



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI



Cilt 4 Sayı 1 | Nisan 2024

Volume 4 Issue 1 | April 2024



e-ISSN : 2757-9964

KIRIKKALE LAW JOURNAL



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 4 Sayı 1 | Nisan 2024

e-ISSN: 2757-9964



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 4 Issue 1 | April 2024

KHM,
2021 yılından (C.1 S.1) itibaren TR-DİZİN’de indekslenmektedir.
KHM,
Index to Legal Periodicals&Books, Index Copernicus ile AcarIndex tarafından
taranmakta,
Jurix Hukuk Dergileri ve İSAM Türk Tarih, Edebiyat, Kültür ve Sanat Tarihi
Makaleleri Veri Tabanlarında yer almaktadır.



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Dekan V.
Prof. Dr. Mustafa Avcı

Baş Editör | Editor-In-Chef

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Alan Editörleri | Editors

Doç. Dr. Yasemin Durak
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş
Arş. Gör. Şeyma Kurt

Dil Editörleri | Language Editors

Türkçe: Dr. Öğr. Üyesi Onur Altunsu
İngilizce: Öğr. Gör. Ergin Kesgin
Almanca: Öğr. Gör. Nurhayat Yalçın

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü
Ankara Karayolu 7. km. 71453
Yahşihan / Kırıkkale
hukukmecmuasi@kku.edu.tr
<https://khm.info.tr>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.
Prof. Dr. Mustafa Özen – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Prof. Dr. Ozan Can – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. Yasemin Durak – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.
Prof. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İsmail Kırca – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Ahmet Kılınç – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adana, Türkiye.
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Turan Şahin, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektas, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır.
- Makaleler, dergiye dergipark yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her Ciltte bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Dergiye özel sayılar ve armağan sayıları hariç olmak üzere belli bir sayı için makale kabul edilmemektedir. Yazarlar istediği zaman makalesini gönderebilir. Değerlendirme süreci tamamlanan makaleler geliş tarihi, sayıdaki makalelerin konu ve alan ağırlıkları gibi hususlar dikkate alınarak hangi sayıda yayımlanacağına Editörlerce karar verilir. Makaleler için kesinlikle süre, sayı ve yayın garantisi verilmemektedir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 5.000 en çok 15.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 3.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede

uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakılmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.

İÇİNDEKİLER

VERİ TAŞINABİLİRLİĞİNİN REKABET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	1
EVALUATION OF DATA PORTABILITY IN TERMS OF COMPETITION LAW Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen & Aslıhan Kart	
ULUSLARARASI SUÇLARA YÖNELİK KRİMİNOLOJİK YAKLAŞIMLARIN ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	19
AN ASSESSMENT OF CRIMINOLOGICAL APPROACHES TO INTERNATIONAL CRIMES WITHIN THE SCOPE OF INTERNATIONAL LAW Dr. Öğr. Üyesi Cansu Atılğan Pazvantoğlu	
KAMU KAYNAĞI BAĞLAMINDA DESTEKLEME ÖDEMELERİNİN HACZİNE İLİŞKİN HUKUKİ ANALİZ.....	47
LEGAL ANALYSIS OF IMPOUNDMENT OF SUPPORT PAYMENTS IN THE CONTEXT OF PUBLIC RESOURCE Dr. Yalçın Arslantürk	
TAŞIMA SENEDİNİN İSPAT GÜCÜ	71
POWER OF PROOF OF THE CONSIGNMENT NOTE Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç	
TÜRK İDARE HUKUKUNDA YETKİ DEVRİ KAVRAMI	91
THE CONCEPT OF DELEGATION OF AUTHORITY IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW Barış Acun	
VASİYETNAMENİN YOK OLMASI.....	123
THE DESTRUCTION OF A WILL Dr. Öğr. Üyesi Kemal Erdoğan	
PEYGAMBERLERLE MÜCADELE EDEN SUÇ ÖRGÜTLERİ.....	163
THE CRIME ORGANIZATIONS WHO FIGHT AGAINST PROPHETS Prof. Dr. Mustafa Avcı	
ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULUNUN YETKİ ALANINDA KALAN KONULAR ESAS SÖZLEŞMEDE DÜZENLENEBİLİR Mİ?.....	195
CAN THE MATTERS WITHIN THE JURISDICTION OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANYS BE REGULATED IN THE ARTICLES OF ASSOCIATION? Zehra İlgün Mağden Çamlı	
BELEDİYELERİN PAZAR YERLERİNE İLİŞKİN GÖREV VE YETKİLERİ BAĞLAMINDA İŞGAL HARCİ SORUNUNUN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ.....	225
THE OCCUPATION FEE PROBLEM FROM ADMINISTRATIVE LAW PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF MUNICIPALITY DUTIES AND POWERS FOR MARKETPLACES Dr. Öğr. Üyesi Dilhun Ayaydın	

BİREYSEL CEZAİ SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ: AD HOC MAHKEMELERDEN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NE GEÇİŞ	253
THE DEVELOPMENT OF INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY: FROM AD HOC TRIBUNALS TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT Dr. Öğr. Üyesi Makbule Ezgi Erten	
KURAMSAL BOYUTUYLA “İSTİSNA HALİ” ÜZERİNE BİR İNCELEME	287
AN EXAMINATION ON THE “STATE OF EXCEPTION” IN ITS THEORETICAL DIMENSION Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur Kaya	
MEDENİ USUL HUKUKUNDA OKUNAMAYAN VEYA UYGUNSUZ YAHUT İLGİSİZ DİLEKÇE (HMK M. 32)	307
IN CIVIL PROCEDURAL LAW UNREADABLE OR INAPPROPRIATE OR IRRELEVANT PETITION (CCP ART. 32) Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu	
ANONİM ŞİRKET BİRLEŞMELERİNDE AYRILMA AKÇESİ	343
THE OPT-OUT FUND IN JOINT STOCK COMPANY MERGERS Prof. Dr. Hayri Bozgeyik & Şule Işın	
SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ÜST DÜZEY YÖNETİCİLERİN SÖZLEŞMESEL REKABET YASAĞINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR VE GÖREVLİ MAHKEME	361
DISPUTES ARISING FROM THE NON-COMPETE AGREEMENT BETWEEN EQUITY COMPANIES AND SENIOR MANAGERS AND COMPETENT COURT Dr. Öğr. Üyesi Nevin Mera & Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu Erzurumlu Işık	
ALENİYET İLKESİ VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA SES VEYA GÖRÜNTÜLERİN KAYDA ALINMASI SUÇU (TCK M. 286)	401
THE CRIME OF RECORDING AUDIO OR VISUALS (TPC ARTICLE 286) WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF PUBLICITY AND FREEDOM OF PRESS Öğr. Gör. Aslı Aydın	

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

VERİ TAŞINABİLİRLİĞİNİN REKABET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF DATA PORTABILITY IN TERMS OF COMPETITION LAW

Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen *

Aslıhan Kart *

ÖZ

Kişisel verileri kontrol hakkının somut bir görünümü olarak ifade edilebilecek olan veri taşınabilirliği, serbest piyasa ekonomisinde rekabetin korunması açısından da aynı düzeyde önem arz edebilmektedir. Bu nedenle veri taşınabilirliği konusu çalışılırken yalnızca teknik gereklilik ve yeterliliklerin ya da sadece kişisel veri ile ilgili hak, yetki ve yükümlülüklerin veyahut kişisel veri düzenlemelerinden arındırılmış bir rekabet hukuku incelemesinin yeterli olmayacağı değerlendirilmektedir. İşbu çalışma içerisinde, sayılan bu unsurlar bir arada ele alınarak kişisel verinin rekabet koşullarının sürdürülebilirliği açısından somutlaşması, bilhassa veri taşınabilirliği üzerinden incelenecektir. Teorik ve pratik düzeyde uluslararası ve ulusal düzeyde uygulamalar ile Türk hukuku bilgilerine yer verilecek, konunun rekabet düzenleme ve uygulamaları ile ilişkisi kurulacak; konunun kişisel verilerin ve rekabetin korunması açısından ortaya çıkan alan kesişmesi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: veri taşınabilirliği, kişisel veri, selfkontrol, teknoloji, rekabet.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı.

☎ 0000-0001-6357-2960 ✉ ketizmen@hacettepe.edu.tr

* (Sorumlu Yazar)

Avukat. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi.

☎ 0000-0002-9263-630X ✉ aslihankart@gmail.com

Çalışma, Rekabet Kurulu yeni dönem Uzman Yardımcılarına Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen tarafından verilen “KVK Hukuku ile Rekabet Hukuku” eğitimi kapsamında sunulan konu başlıklarından biri olup yazarlarca geliştirilerek makaleleştirilmiştir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Data portability, which may be expressed as a concrete appearance of the right to control personal data, might also be of equal importance in terms of protecting competition within competitive free market relations. Therefore, it shall be evaluated that only technical requirements and competencies or rights, authorities and obligations regarding personal data or a competition law review which does not contain personal data regulations shall not be sufficient when mentioning data portability. Herein this feature, these factors shall be considered together and the concretization of personal data in terms of the sustainability of competition conditions shall be examined, especially within the concept of data portability, theoretical and practical world applications at international and national level and Turkish law information shall be included and the relationship between the data portability - inter operability and market competition circumstances, national and international competition regulations and practices shall be correlated. Also the intersection of the issue in terms of the protection of personal data and competition shall be evaluated.

Keywords: data portability, personal data, selfcontrol, technology, competition.

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması 1970'li yıllardan itibaren gündeme gelmiş kimi zamanlar kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi kapsamında devlet-birey ilişkileri üzerinden yoğun bir tartışma konusu olmuş kimi zaman ise kişilerarası ilişkiler kapsamında ve özellikle piyasa ilişkileri kapsamında gündeme gelmiştir. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin süreç bu son söylenen kapsamda değerlendirildiğinde, fordizmden post fordizme geçiş sürecinde post-fordist düzenleme tarzı içinde bu aşamada da kişisel verinin önemli bir yer edinmeye başladığı ifade edilebilir. Nitekim bu gelişme Castells'in belirttiği üzere üretimin girdisi, işlem konusu ve çıktısının kendisinin yine bir bilgi olduğu bir sürecin gündeme gelmesi ve bilginin kendisinin bizatihi bir meta haline gelmesi¹ ve bu süreç ile birlikte esnek üretim ve bireyselleştirilmiş tüketime odaklanılmasını da ön plana çıkartmıştır. Bu gelişim içinde, piyasa ölçeğinin ulusal sınırlar ötesine geçtiği bir ortamda bir bütün olarak kişisel veriye olan ilgi de artmıştır. Piyasadaki bu seri üretim ve tüketim sürecindeki genel eğilimlerin bilinmesi talebi de anonim bilginin artık yeterli olmamasını ve anonim bilginin ötesinde bir ölçüğe geçilmesini de ifade eder.

Hal böyle olunca rekabet ilişkileri içerisinde avantajlı bir konum elde edilebilmesi için, diğer koşulların yanında, tüketici de dahil olmak üzere, piyasa ve piyasada yer alan aktörler, kişiler hakkında yoğun bir bilgi işleme sürecini ve kapasitesini önemli bir unsur olarak kabul etmişlerdir. Dönem içerisinde veri taşınabilirliği, asıl olarak rekabet ilişkileri içerisinde avantajlı bir konum edinilmesine ilişkin süreçte de gündeme gelirken ve bu kapsamda rekabet koşullarının sürdürülebilirliği açısından da önemli bir yer edinirken, kişisel verilerin korunması konusunda yeni bir boyut olarak eklenmek suretiyle kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatta somutlaştırılmıştır.

Bilindiği üzere, özel hayat ve özel hayatın gizliliği üzerinden şekillenen kişisel verilerin korunması, tarihsel gelişimde “yalnız kalma hakkı”² kavramı içerisinde ifade edilmiş³ ve devamında “mahremiyet hakkı”na⁴ evrilmeye başlamıştır. Bu evrilme süreci, kişinin kendi yaşamına ilişkin bu aktarılan kapsamdaki iktidarından⁵ doğmuş ve *Westin*'in tanımlamasıyla⁶ “*kişilerin kendileri hakkındaki verileri kontrol hakkı*”nı⁷ karşılayan bir forma dönüşme yönünde gerçekleşmiştir. Buna göre artık genelde özel hayatın gizliliği, özelde ise verilerin korunması açısından yapılacak değerlendirmeler, kişilere ilişkin bilgi ve bu bilginin kontrolünü temel alan bir gelişim üzerinden ele alınmak durumundadır⁸.

¹ Manuel Castells, *Informational City: Information Technology, Economic Restructuring and The Urban-Regional Process*, Oxford: Blackwell, 1989, s. 78.

² “right to be alone”.

³ Sultan Tahmaz Uzeltürk, “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2018/1 (2008), s. 97.

⁴ “right to privacy”.

⁵ Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 197.

⁶ Lee A. Bygrave, “The Place of Privacy In Data Protection Law”, *University of South Wales Law Journal* 24, S. 1 (2001). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html>.

⁷ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1970, s. 1.

⁸ Muammer Ketizmen ve Aslıhan Kart, “Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1, S. 2 (2021), s. 258.

Bu gelişim içerisinde, General Data Protection Regulation (“GDPR”/ Genel Veri Koruma Tüzüğü) ile düzenlenen bir hak olarak veri taşınabilirliği (*data portability*), veri öznesinin⁹ kişisel verilerinin bir veri kontrolöründen bir diğerine taşıyabilme yetkisini ifade etmekte¹⁰ olup bireyin, yukarıda sözü edilen kişisel verileri üzerindeki tasarruf hakkının ve kişilerin kendileri hakkındaki verileri kontrol hakkının somut görünümüleri olarak şekillendirilmiştir. Bir diğer yönüyle ise her ne kadar kişinin veriye erişim hakkı (kopyalama, paylaşma, aktarma işlemleri ile¹¹) kişisel verilerin korunması kapsamında en temel hak olarak baştan beri düzenlenmiş olsa da, bu hak, doğrudan verinin taşınması (örneğin bir hizmet sağlayıcıdan diğerine doğrudan ya da dolaylı olarak otomatik olarak aktarılabilmesine) imkan sağlayan bir nitelikte değildir. Bu hak üzerinden türetilmekle birlikte bu kapsamda düzenlenmeyen bir hususun kişisel verilerin korunması üzerinden eklenmesi söz konusudur.

Veri taşınabilirliği sorunu ise asıl olarak bilgi/ enformasyon ve bu kapsamda yoğun bir şekilde kişisel veri işleme merkezinde gelişen ve kontrolsüzce büyüyen (özellikle ABD piyasasının) *big-tech*/büyük teknoloji sektörünün az sayıdaki dev aktörü karşısında rekabet ortamının korunmasında kişisel verilerin korunmasına ilişkin halihazırdaki düzenlemelerin yetersiz kaldığının anlaşılması ve kabulü ile gündeme gelmiştir. Bu haliyle veri taşınabilirliği hem kişisel verilerin korunmasını hem de rekabet hukukunu içerecek şekilde iki boyutlu bir sorun olarak gündeme gelmiş ve çözümler bu iki boyut etrafından şekillendirilmek istenmiştir.

I. GENEL OLARAK “VERİ TAŞINABİLİRLİĞİ” VE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

“*Daha çok kontrol, daha çok rekabet*”¹² sloganı ile karşılık bulan veri taşınabilirliği hakkı, kullanıcıların, verilerini bir hizmet sunucudan bir diğerine taşıyabilmesini ifade etmektedir¹³. Uluslararası Standartlar Kuruluşu (International Organization for Standardization – “ISO”) tanımına göre de veri taşınabilirliği, “*verilerin bir sistemden bir diğerine kolayca ve diğer sistemde yeniden veri girişi yapılmasına gerek olmaksızın taşınabilmesi*”dir¹⁴.

Rekabet bakış açısında ise bu taşıma hakkının rekabet politikalarının “tam kalbinde” olduğu ve sağlıklı bir rekabet piyasasının oluşmasının önemli unsurlarından biri haline geldiği görüşü paylaşılmaktadır¹⁵. Bir yandan tüketici refahını sağlarken diğer yandan piyasadaki

⁹ “Data subject” kavramı, Türk literatüründe veri sahibi/ veri öznesi/ veri konusu olarak çevrilmekte olup çalışmanın devamında tarafımızca veri öznesi ibaresi tercih edilmiştir.

¹⁰ Türk hukukunda “veri sorumlusu” ve “veri işleyen” kavramları ve ayrımı kabul edilmekle birlikte GDPR düzenlemelerinde data controller/ veri kontrolörü terimi kullanıldığından GDPR ile ilgili hususlarda tarafımızca bu ibare tercih edilecektir.

¹¹ Peter Hustinx, The Reform of EU Data Protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU, s. 7. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-01-15_speech-fribourg_en.pdf

¹² Eric Null ve Ross Schulman, The Data Portability Act: More User Control, More Competition, 19.08.2019, <https://www.newamerica.org/oti/blog/data-portability-act-more-user-control-more-competition/>

¹³ Gennie Gebhart, Bennett Cyphers ve Kurt Opsahl, What We Mean When We Say “Data Portability”, Eletronic Frontier Foundation, 13.09.2018, <https://www.eff.org/tr/deeplinks/2018/09/what-we-mean-when-we-say-data-portability>; Null ve Schulman, 19.08.2019.

¹⁴ ISO, Online Browsing Platform (OBP), <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:18101:-1:ed-1:v1:en:term:3.23>

¹⁵ Aysem Diker Vanberg ve Mehmet Bilal Ünver, “The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?”, European Journal of Law and Technology, 8/1 (2017), s. 1-22.

rakipler arası dengeyi temin edeceği düşünülen veri taşınabilirliği, rekabet çekişmesinde veri üzerinden gelişen yeni alan olarak kendini göstermektedir.

Veri taşınabilirliği ile ilgili iki temel kaygıdan söz edilmektedir. Bunlardan ilki, transfere konu edilecek verinin daha az veya daha çok içerikle gönderilmesi; diğeri ise verilere yetkisiz erişimle ilgili güvenlik sorunlarıdır¹⁶ ki, veri taşınabilirliğinin bilhassa tüketici refahı açısından sağladıklarından hareketle, veri güvenliğine ilişkin usullerin de genişletilmemesi ve kötüye kullanıma açık hale getirilmemesi gerekliliği kaygısı da bu kapsamdadır¹⁷.

Tanım, teşvik ve kaygılar birlikte değerlendirildiğinde, veri taşınabilirliğinin kişisel veri ve rekabet boyutunda gelişen ilişki, süreç ve sonuçları konusunda, bilhassa Avrupa açısından mevcut düzenlemeler incelenmelidir.

“*Daha çok kontrol, daha çok rekabet*”¹⁸ sloganı ile karşılık bulan veri taşınabilirliği hakkı, kullanıcıların, verilerini bir hizmet sunucudan bir diğerine taşıyabilmesini ifade etmektedir¹⁹. Uluslararası Standartlar Kuruluşu (International Organization for Standardization – “ISO”) tanımına göre de veri taşınabilirliği, “*verilerin bir sistemden bir diğerine kolayca ve diğer sistemde yeniden veri girişi yapılmasına gerek olmaksızın taşınabilmesi*” dir²⁰.

Rekabet bakış açısında ise bu taşıma hakkının rekabet politikalarının “tam kalbinde” olduğu ve sağlıklı bir rekabet piyasasının oluşmasının önemli unsurlarından biri haline geldiği görüşü paylaşılmaktadır²¹. Bir yandan tüketici refahını sağlarken diğer yandan piyasadaki rakipler arası dengeyi temin edeceği düşünülen veri taşınabilirliği, rekabet çekişmesinde veri üzerinden gelişen yeni alan olarak kendini göstermektedir.

Veri taşınabilirliği ile ilgili iki temel kaygıdan söz edilmektedir. Bunlardan ilki, transfere konu edilecek verinin daha az veya daha çok içerikle gönderilmesi; diğeri ise verilere yetkisiz erişimle ilgili güvenlik sorunlarıdır²² ki, veri taşınabilirliğinin bilhassa tüketici refahı açısından sağladıklarından hareketle, veri güvenliğine ilişkin usullerin de genişletilmemesi ve kötüye kullanıma açık hale getirilmemesi gerekliliği kaygısı da bu kapsamdadır²³.

¹⁶ Sasha Hondagneu-Messner, “Data Portability: A Guide and a Roadmap”, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 47/2 (2021), s. 244.

¹⁷ Hondagneu-Messner, “Data Portability”, s. 251. Ayrıca bu konuda PORT-IA/ Portability Impact Assessment yapılması önerileri Hk. Hondagneu-Messner, “Data Portability”, s. 267 vd.

¹⁸ Eric Null ve Ross Schulman, The Data Portability Act: More User Control, More Competition, 19.08.2019, <https://www.newamerica.org/oti/blog/data-portability-act-more-user-control-more-competition/>

¹⁹ Gennie Gebhart, Bennett Cyphers ve Kurt Opsahl, What We Mean When We Say “Data Portability”, Eletronic Frontier Foundation, 13.09.2018, <https://www.eff.org/tr/deeplinks/2018/09/what-we-mean-when-we-say-data-portability>; Null ve Schulman, 19.08.2019.

²⁰ ISO, Online Browsing Platform (OBP), <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:18101:-1:ed-1:v1:en:term:3.23>

²¹ Aysem Diker Vanberg ve Mehmet Bilal Ünver, “The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?”, European Journal of Law and Technology, 8/1 (2017), s. 1-22.

²² Sasha Hondagneu-Messner, “Data Portability: A Guide and a Roadmap”, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 47/2 (2021), s. 244.

²³ Hondagneu-Messner, “Data Portability”, s. 251. Ayrıca bu konuda PORT-IA/ Portability Impact Assessment yapılması önerileri Hk. Hondagneu-Messner, “Data Portability”, s. 267 vd.

Tanım, teşvik ve kaygılar birlikte değerlendirildiğinde, veri taşınabilirliğinin kişisel veri ve rekabet boyutunda gelişen ilişki, süreç ve sonuçları konusunda, bilhassa Avrupa açısından mevcut düzenlemeler incelenmelidir.

II. VERİ TAŞINABİLİRLİĞİ VE DÜNYADA REKABET HUKUKUYLA BAĞLANTILI SÜREÇLER

. Dünyada bilhassa rekabet hukuku düzenlemeleri ve rekabet piyasası alanındaki düzenleyici ve denetleyici kurul uygulamaları takip edildiğinde, veri taşınabilirliğinin ve veri taşınabilirliği üzerinden diğer rekabet hukuku kavramlarının ve eylemlerinin gündeme alındığı görülmektedir²⁴.

Örneğin İtalyan Rekabet Kurulu, 14 Temmuz 2022 tarihinde yaptığı basın açıklamasında, Google hakkında bir soruşturma başlatıldığını duyurmuştu. Bu soruşturma, Google'ın, kişisel verilerin diğer platformlarla ve özellikle İtalya'da faaliyet gösteren bir veri yatırım bankası geliştiren Hoda tarafından işletilen Weople APP ile paylaşılmasını engellediği iddiasından hareketle başlatılan bir hakim durumun kötüye kullanılması soruşturması olarak ortaya çıkmıştır²⁵.

İhlalin dayanak maddesi “Treaty on the Functioning of the European Union” (“TFEU” - Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma) md. 102'dir. Avrupa Birliği iç pazarını koruma vurgusunun çok açık olduğu bu hükme göre; bir veya daha fazla teşebbüsün iç pazardaki veya bunun önemli bir bölümündeki hakim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebileceği ölçüde, iç pazarla bağdaşmadığı için yasaklanacaktır. Bu tür kötüye kullanımın, aynı maddede sayılan şekillerde olabilmesi örneklendirilmiş olmakla birlikte özellikle şu iki kötüye kullanım hali, veri taşınabilirliği açısından da dikkate alınmalıdır. İşbu çalışmanın başladığı tarih itibariyle henüz başkaca bir açıklama, soruşturma süreci bilgisi, karar özeti ve benzeri bilgi bulunmamakta ve yazarlarca, İtalyan Rekabet Kurulu'nun da TFEU md. 102 kapsamındaki bu soruşturmasını şu hollere dayandıracağı değerlendirilmekte idi:

Doğrudan veya dolaylı olarak (...) diğer haksız ticaret koşulları dayatmak (TFEU md. 102/ 2 (a)); (...) teknik gelişmeyi tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlamak (TFEU md. 102/ 2 (b)); diğer ticari taraflarla yapılan eşdeğer işlemlere farklı koşullar uygulayarak onları rekabet açısından dezavantajlı duruma getirmek (TFEU md. 102/ 2 (c)). Google grubunun sağladığı tüm havuz hizmetler bir arada düşünüldüğünde, salt Google hizmetleri yoluyla elde edilen veri miktarı, niteliği ve big data/ yığın veri boyutu, Alphabet/ Google'ı dünya piyasalarındaki çeşitli pazarlarda hakim durumda konumlandırmaya yetmektedir. Google'ın

²⁴ Bir diğer yandan, Nisan 2021'de Facebook'un, ABD ve Kanada'daki kullanıcılarına Google Photos ile fotoğraf ve video aktarımına izin vermesi üzerine rekabetçi uygulamaları ve rekabeti engellediği iddiası ile ABD'de başlatılan incelemede Facebook, bu incelemenin duruşması öncesinde FTC'ye gönderdiği yanıt ve raporda, verilerin rakip teknoloji platformları arasında aktarılması için yasa çalışmalarının hızlı biçimde hayata geçirilmesi ve özel bir taşınabilirlik mevzuatı getirilmesi gerektiğini, bu noktada ne tür verilerin taşınabilir olacağı ve farklı tür hizmetlere taşınırken bu tür verilerin korunmasından kimin sorumlu olacağı konularının netleştirilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiş idi. Facebook pushes for data portability legislation ahead of FTC hearing, 21.08.2020, <https://www.reuters.com/article/us-facebook-antitrust-idUSKBN25H0BG>

²⁵ A552 - Italian Competition Authority, investigation opened against Google for abuse of dominant position in data portability, PRESS RELEASE, 14.07.2022, <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2022/7/A552>

soruşturmaya konu engellemesinin GDPR md. 20 ile tanınan veri taşınabilirliği hakkına aykırılık teşkil ettiğinin, bu engellemenin tüketicilerin verilerinden elde edebilecekleri ekonomik faydaları sınırlayabileceğinin, aynı zamanda, bu eylemin (tıpkı TFEU md. 102/ 2 (b)ve (c) de düzenlendiği gibi), alternatif operatörlerin yenilikçi veri tabanlı hizmetler geliştirme yeteneklerini sınırlandırdığı için rekabeti kısıtlayabilir olduğunun (dışlayıcı etki), rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması açısından değerlendirilebileceği ön görülmekte idi.

Nitekim 31 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla İtalyan Rekabet Kurulu, konunun taahhütlerle çözümlenmesine karar vermiştir²⁶. Karara ilişkin açıklamalarda ise ABD’li bir grup olan Alphabet/ Google’ın ekosistemindeki (Alphabet, Google Search, Youtube, Gmail, Google Maps, Android gibi tüm kollarıyla) verilerin diğer platformlara aktarılmasının artık daha kolay olacağı, bu kadar sınırsız miktarda verinin, kendisini bilhassa veri erişimine dayalı olarak var eden şirketler üzerinde bir rekabet baskısı yaratma aracı olmaya hizmet ettiği belirlemeleri bulunmakta iken Google’ın İtalyan Rekabet Kurulu’na sunduğu taahhütnamede de verilerin üçüncü taraf operatörlere aktarılmasını kolaylaştıracak surette son kullanıcı verilerini yedeklemek için ek çözümler sunması ve yine veri taşınabilirliğini temin etmek üzere birtakım yeni geliştirmeler yapması önerileri yer almaktadır. Bunun sonunda aslında sağlanmak istenen Google ekosistemindeki verilerin üçüncü taraf platformlar tarafından erişilebilir olmasını sağlayan birlikte çalışabilirlik mekanizmasını da geliştirmektedir, denilebilecektir.

Almanya’da Bundeskartellamt’ın (“BKA” - Alman Rekabet Kurulu) 2016 yılında Facebook²⁷ hakkında başlattığı soruşturmada BKA, bilhassa sosyal medya platformlarının kullanıcı verilerinden edindikleri yığın veriyi (*big data*), kendi piyasa varoluşları açısından nasıl işlediklerinin ve kullandıklarının artık rekabet otoritelerinin sorunu olduğunu değerlendirmişti.²⁸ Bunun peşi sıra Avrupa devletlerinin rekabet alanındaki düzenleyici ve denetleyici kuruluşlarından pek çoğu da ABD merkezli büyük teknoloji şirketleri hakkında (Alphabet, Facebook, Amazon, Uber gibi), kişisel veri düzenlemelerini dayanak göstererek rekabet hukuku ihlalleri nedeniyle tecziye kararları tesis etmeye başlamışlardır.

Bu noktada, Alman Rekabet Kanunu’nda bulunan düzenlemeden de söz etmekte fayda vardır. GWB’nin (*German Act against Restraints of Competition - Alman Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Kanun*) 18. maddesi “Piyasa Hakimiyeti”ni düzenlemektedir. Buna göre, bir teşebbüsün piyasa hakimiyetinin ve bununla bağlantılı olarak hâkim durumu kötüye kullandığının belirlenmesinde, teşebbüsün rekabetle ilgili verilere erişimi de belirleyici bir unsur olarak sayılmış (GWB md. 18/ 3); ayrıca çok taraflı piyasalar ve ağlar açısından piyasa konumunun belirlenmesi için de doğrudan veya dolaylı ağ etkilerinin, çeşitli servislerin paralel kullanımlarının ve kullanıcıların bunlar arasında geçiş yapma masraflarının, yüklenici ekonomilerin bu ağ etkileri ile ilişkilerinin, (yine) rekabetle ilgili piyasa verilerine erişimlerinin ve inovasyondan kaynaklanan rekabet baskısının (GWB md. 18/3a) değerlendirmede dikkate alınacağı

²⁶ A552 - Italian Competition Authority: Following the Authority's intervention, Google's data portability becomes easier, PRESS RELEASE, 31.07.2023, <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2023/7/A552>

²⁷ Facebook hakkında verilen bu kararın ardından rekabet kurullarının bu alandaki etkileri artmış ve artık ABD’li big-tech şirketleri Avrupa-Amerika piyasası ilişkisindeki yeni çekişme alanı olarak yerini almıştır.

²⁸ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5

düzenlenmiştir²⁹. GWB'nin yer verilen hükümleri, Alman rekabet hukukunda, özellikle veri temelli piyasa faaliyetlerine bakış açısının, kişisel verilerin korunması ya da bireylerin tüketici olarak (sömürücü davranışlardan) korunmalarından öteye serbest piyasanın aktörlerinin birbirlerine karşı dışlayıcı davranışlar bakımından dengede tutulmaya çalışılmaları odağının esas alındığını gösterdiği için kanımızca önemlidir.

III. VERİ TAŞINABİLİRLİĞİNİN SÖMÜRÜCÜ VE DIŞLAYICI DAVRANIŞLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") md. 3'te hâkim durum "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*" olarak tanımlanmış; md. 6'da ise "*bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar*" hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında hukuka aykırı ve yasak kılınmıştır. Görüldüğü üzere, Kanun'da "hâkim durum" düzenlenmekle birlikte kötüye kullanım hali özel bir tanıma kavuşturulmamış ve fakat RKHK md. 6/ 2 ile başlıca kötüye kullanma halleri sınırlı sayıda olmamak üzere sayılmıştır³⁰.

Gerek RKHK gerekse TFEU başta olmak üzere yasal düzenlemelerde, hâkim durumun kötüye kullanılması eylemleri arasında sömürücü ve dışlayıcı eylemler gibi bir ayrım olmakla birlikte doktrin ve uygulamada bu ayrım üzerinden eylemler değerlendirilmektedir. Bu sınıflandırmanın hâkim durumun kötüye kullanılması eylemlerinin kimi hedeflediğinden hareketle ele alındığı söylenebilir³¹. Hatta Rekabet Kurumu'nun "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz"unda³² üçlü bir ayrım öngörülmekte, bunlar dışlayıcı, sömürücü ve ayırmacı nitelikteki kötüye kullanmalar olarak sayılmaktadır³³. Bu haller her olayda birbirinden ayrı ayrı bulunmamakta, çoklukla aynı olayda iç içe geçmiş olarak kendini göstermektedir.

²⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0027

³⁰ RKHK md. 6 – Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

"(2) Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması,
- Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması".

³¹ Seda Ulaş Kısa, *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerin Kötüye Kullanılması*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2004, s. 28.

³² 29.01.2014 tarih ve 14-05/97-RM(1) kabul-karar tarihli kılavuzu.

³³ Kılavuz s. 1.

Bu kapsamda, RKHK md. 6/ 2’de sayılan örnek hallerden (a) ve (d) bentleri doğrudan piyasayı ve piyasadaki rakip sağlayıcıları hedef aldığından dışlayıcı davranışı temsil etmekte iken (b), (c) ve (e) bentlerinde sayılan haller tüketicileri/ müşterileri hedeflediğinden sömürücü davranış olarak ele alınabilecektir. Dışlayıcı kötüye kullanma eylemlerinde hem potansiyel rakiplerin engellenmesi, işlerinin zorlaştırılması, hem de mevcut rakiplerin piyasa paylarının azaltılması veyahut tümüyle piyasanın dışına çıkarılması söz konusu³⁴ olup dışlayıcı kötüye kullanma eyleminde tüketici refahı da dolaylı olarak etkilenmektedir. Bu dolayım sebebiyle yasalar, düzenleyici ve denetleyici kurumlar nezdinde yapılan düzenlemeler ve idari veya yargısal tecrübeler yoluyla yapılan düzenlemelerden tüketici refahı da bağlantılı olarak etkilenmektedir. Ancak piyasayı düzenleyici ve denetleyici kurumların aslında dışlayıcı faaliyetlerin etkilerinden rahatsız olmalarına karşın bu eylemlerin sömürücü eylemlerden daha zor ispat edilebilir oluşu ve bu eylemlerin kamuoyuna yansıdığı noktada tüketici refahı üzerinden sunulacak bir değerlendirmenin daha amaca ulaşır kılması gibi nedenlerle³⁵ dışlayıcı davranışın sömürücü davranış üzerinden dolayımli olarak cezalandırılması imkanı kullanılmaktadır.

Özellikle teknoloji ve teknoloji bağlantılı sektörlerdeki rekabeti geliştirmesi açısından büyük potansiyel kabul edilen veri taşınabilirliği, pazara yeni girecek olan aktörlerin, halihazırda pazarda hegemonik güce sahip olan rakipleriyle rekabet edebilmeleri açısından hayati önemde ele alınmakta³⁶, bu rekabetin geliştirilmesi potansiyeli, aynı zamanda “inovasyon” umuduyula beslenmektedir. Bu bağlamda denilebilir ki, idari ve teknik olarak yeterliliği sağlayan rakipler, taşınan verileri kolayca kendi sistemlerine entegre edebilecekler, oluşturulacak standartlar sayesinde de hem tüketici refahı, tüketicilerin piyasada diledikleri gibi hareket edebilmeleri, kendilerine daha uygun bir kampanya olduğunda hizmet sunucusunda kolayca değişikliğe gidebilmeleri, bu değişimler sırasında sorun yaşamamaları; hem de piyasada hizmet sunan rakipler arasında denge sağlanacaktır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA VERİ TAŞINABİLİRLİĞİ

Veri taşınabilirliği ile ilgili hususların değerlendirilmesinde, tıpkı kişisel veriyle ilgili diğer rekabet hukuku değerlendirmelerinde de olduğu gibi asıl hedeflenen sömürücü davranışlar ve dolayısıyla tüketici refahı gibi sunulmakta ise de burada da kanımızca asıl engellenmek istenen davranış, dışlayıcı davranıştır: Piyasa rakiplerinin birbirlerine karşı korunması ve piyasanın

³⁴ İlhan Yiğit, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 142.

³⁵ Ketizmen ve Kart, “Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında “Big Data”, s. 74.

³⁶ Gabriel Nicholas, “The New Portability: Designing Portability with Competition in Mind”, *Engelberg Center on Innovation Law & Policy*, NYU School of Law, 2020, s. 10.

Ayrıca konuyla ilgili Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., et al., 504 U.S. 451 davasında, ilgili değerlendirme mahkeme tarafından dikkate alınmamış olmakla birlikte; Kodak’ın, bağımsız hizmet kurumlarının kendi ürettiği mikrografik ekipman yedek parçalarına erişimini sınırlandırması ve bağımsız servis kuruluşları sektöründeki rekabeti ihlal etmesi vakasında Kodak’ın, diğer firmaların yedek parça erişimine izin vermeyerek bu ekipmanlar arasında yer alan, kişisel verilerin depolanması veya kurtarılmasına ilişkin unsurların monopollerleşme açısından; kamu güvenliğinin veya rekabetin korunması gibi konularda bunları nasıl kullanacağını sorgulanması gerektiği Hk. Merve Ayşegül Kulular İbrahim, *Teknolojik Gelişmelerin Negatif Yönü: Hukuki Açından Planlı Eskinme*, Ankara, 2021, s. 66, 67.

tekelleşmesinin önlenmesi³⁷. Dışlayıcı davranışın kontrol altına alınmasının fiyat, ürün kalitesi, zamanlama, inovasyon, arz-talep gibi hususlarda günlük karşılık olarak tüketici refahı boyutuyla da önemli etkiler yaratacağı inkar edilemezdir. Bununla birlikte kanımızca, sömürücü davranış tarafındaki bu etkiler, yapılan düzenlemeler, gerçekleştirilen soruşturmalar ve hükmedilen cezalar açısından, sürecin rekabet hukuku boyutuyla inceleniyor olmasındaki temelini, piyasaları dışlayıcı davranıştan korumaya yönelik olduğu arka plan gerçeğini değiştirmemektedir. Örneğin, veri taşınabilirliği yoluyla bireylerin hizmet sunucuları arasında sorunsuz geçiş yapabilmeleri yine görünürde her ne kadar (çevrimiçi bankacılık, abonelik sözleşmeleri, GSM, internet alan adı gibi gündelik alanlarda) tüketici refahı üzerinden çizilmeye çalışılsa da aynı zamanda ve esasında piyasa rekabetini destekleyecek³⁸ ve tüketiciden ziyade hizmet sağlayıcıların piyasadaki konumlanmalarını korumayı görev edinecektir.

Bu bağlamda, veri taşınabilirliği konusunda öne çıkan örneklerden birini mobil numara taşınabilirliğinin ("MNT") oluşturduğunu söylemek mümkündür. MNT yoluyla, kamu hizmetinin özelleştirilmesi sonucu, birden çok mobil telekomünikasyon hizmet sağlayıcısının (operatörün, işletmecinin) hizmet verdiği piyasada, hizmet alanların (abonelerin) telefon numaralarını (kendilerine tahsis edilen numarayı, rakamsal yapısını) değiştirmeden başka bir operatöre taşıyabilmeleri mümkün kılınmıştır.

MNT uygulaması ve rekabete etkileri açısından sömürücü ve dışlayıcı davranışı engelleme saiklerinin iç içe geçtiğini, söz konusu uygulama ve saikin birbirini etkiler nitelikte olduklarını söylemek mümkündür. Mobil hat ve telekomünikasyon piyasasında penetrasyon oranının yüksekliği³⁹, piyasaya giriş ve çıkış maliyetlerinin yüksek olması⁴⁰ ve sektördeki tarife ve fiyatlandırmalardaki çeşitlilik, tüketicinin hizmet ve servis konusunda kararını zorlaştırması⁴¹ sebepleriyle az sayıda operatörün sağlayıcı olarak piyasada yer aldığı görülmektedir. Gelişen dünyada müşteri/ kullanıcı sayısının da artması ile birlikte MNT uygulaması, operatörlerin, bu aktarım yoluyla aslında eskiden beri müşteri olan mevcut kişileri yeni müşteriler olarak yeniden kazanmalarını sağlamaktadır. Hatta bu eskiye karşılık yeni müşteri döngüsünü sağlayabilmek adına operatörler tarafından mobil numara taşıma üzerinden kampanyalar

³⁷ Bir diğer yandan veri taşınabilirliğinin kimi hizmetler açısından önceki hizmetin tümüyle terk edilmesi anlamını taşımayacağı da eklenmelidir. Verilerinin taşınmasını talep eden kişi, orijinal hizmet sunucuda da kalmaya devam edebilmekte, ham orijinal hem de yeni taşıdığı sunucuda eş zamanlı kalabilmektedir (Hondagneu-Messner, 2021, s. 249); meğerki orijinal sunucudaki verilerinin imhasını talep etmemiş olsun. Nitekim veri taşınabilirliği yolunun temini "sayesinde" eğer tüketici refahının yanında piyasadaki rakipler arası dengelemeden de söz etmekte isek kimi hizmetler açısından eş zamanlı sunuculardan hizmet almanın sağlanması doğru bir mantığa yerleşmektedir.

³⁸ Paul De Hert, ve diğerleri, "The right to data portability in the GDPR", s. 195 ve 202.

³⁹ Müberra Güngör ve Gökhan Evren, *Mobil Numara Taşınabilirliği – Rekabete ve Tüketicilere Etkileri: Ardl Düzenleyici Etki Analizi Çalışması*, Ankara: Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2010, s. 16.

⁴⁰ Ali Genç ve Müslüme Narin, "Türkiye'de Mobil Numara Taşınabilirliği Uygulamasının Fiyat ve Rekabet Üzerine Etkileri: Panel Veri Analizi", *Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi* 2, Sayı 2 (2016), s. 93.

⁴¹ Genç ve Narin, "Türkiye'de Mobil Numara Taşınabilirliği", s. 94.

düzenlenmekte, tüketiciye avantajlar sunulmakta; sistem, müşterinin piyasadaki diğer rakip operatörden kendi operatörünün alanına çekilmeye çalışılması üzerine işletilmektedir⁴².

2009 yılında yayımlanarak yürürlüğe giren Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği⁴³, birçok başvuru yolu ile abonenin telefon numarasını, bir başka işletmeciye taşıma talebinde bulunmasını mümkün kılmıştır. Taşımanın gerçekleştiği süre içerisinde de kişiye, aynı anda bir işletmeci tarafından hizmet verilmesi ve abonenin haberleşme kesintisi asgaride tutularak kişinin kesintisiz hizmet alması temin edilmiştir (Yönetmelik md. 7, 8, 9). Taşıma talebinin reddi ise sınırlı sayıda hale bağlıdır (Yönetmelik md. 10). Operatörler arası taşıma işlemi tek seferlik de değildir, abonenin eski operatörüne dönmesi mümkün olup başkaca operatörlere de geçmesi mümkündür.

Kanımızca MNT örneğinden hareketle veri taşınabilirliğinde dikkate alınması gereken bir başka husus da veri taşıyabilmenin engellendiği durumda, kişinin hizmet alabilmesi ve verilerinin işlenmesi için göstermesi istenen rızanın zorunlu bir "gönüllülük" ile temin ediliyor oluşundadır, ki bu açıklamamızın diğer çeşitli piyasalara da uyarlanması mümkündür.

Veri taşınabilirliğine Türk hukukundan verilebilecek diğer iki güncel örnek de internet alan adları tahsisi ile ilgili güncel düzenlemelerde görülmektedir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 5 inci, 34'üncü ve 35'inci maddelerine dayanılarak hazırlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nde "Kayıt Kuruluşu" tanımlanmış olup bu kuruluş, başvuru, yenileme, iptal gibi alan adları ile ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden taraftır. Aynı Yönetmelik md. 20 ile ise kayıt kuruluşları arası transfer hüküm altına alınmıştır. Buna göre alan adı sahipleri, talep etmeleri halinde, hizmet aldıkları kayıt kuruluşunu değiştirebilirler. Bir kayıt kuruluşunun faaliyetlerine son vermesi veya son verilmesi durumunda ise (halihazırda) faaliyet gösteren diğer bir kayıt kuruluşuna zorunlu transfer gerçekleştirilecektir. Kayıt kuruluşları arası transfer işlemlerine ilişkin hususlar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ("BTK") tarafından düzenlenecek olup kayıt kuruluşları arası transfer işlemleri ile ilgili uyumsuzluklar da BTK tarafından değerlendirilecektir.

Rekabet Kurulu'nun www.nadirkitap.com internet sitesi üzerinden ikinci el kitap satışının yapıldığı nadirkitap ile ilgili kararına⁴⁴ konu olayda da, nadirkitap bünyesindeki satıcıların (sahafların), ürünlerini, nadirkitap'ın rakibi olan diğer hizmet sağlayıcılar üzerinden de pazarlamak istemeleri halinde verileri satıcılara sağlamayarak rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir. Kurul, kararda, ilgili verilerin rakip satıcılara sağlanmaması eyleminin satıcıların rakip platformlar ile çalışma kararları üzerinde etkili olduğunu, buralardaki ticari faaliyeti esastan etkilediğini, nadirkitap'ın bu engellemesinin, satıcıların rakip platformlara geçiş maliyetlerini de artırdığını, en

⁴² Mobil numara taşınabilirliğinin piyasayı düzenleyici araçlardan biri olarak desteklediği Hk. Ayhan Tözer ve Müberra Güngör, "Rekabet Düzenlemeleri Ne Kadar Etkili? Su Yatağı Etkisi ve Türkiye İncelemesi", *Rekabet Dergisi* 13, Sayı 2 (2012), s. 122.

⁴³ 02.07.2009 tarih ve 27276 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁴ Rekabet Kurulu, 07.04.2022 tarih ve 22-16/273-122 sayılı kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b41fb670-edee-4cd3-b58c-f5f3e8118d38>

nihayetinde tüm bunların tüketici refahının yanı sıra, pazara girmek isteyen teşebbüsler açısından da giriş engeli oluşturduğunu gerekçeye bağlamıştır.

Bir başka örnek olarak, Rekabet Kurulu'nun sahibinden.com (sahibinden) hakkında tesis ettiği kararda da kurumsal üyelerin emlak satış/kiralama faaliyetlerine ve kurumsal üyelerin vasıta satış faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmetleri pazarlarında hâkim durumda olduğuna kanaat getirilen sahibinden tarafından, kurumsal üyelerinin, sistemdeki verilerini taşımalarının engellendiği, birden çok platform kullanımının zorlaştırıldığı, bunun fiili bir münhasırlık yaratarak hakim durumun kötüye kullanılmasına hizmet ettiğiinden hareketle ihlal kararı verilmiştir⁴⁵.

Yine kişisel veri ve rekabet hukuku ilişkisi açısından yapılacak bir değerlendirmede, hizmet sağlayıcılar olan operatörlerin bulunduğu bu piyasaya, kullanıcı sayısı, kullanıcı alışkanlıkları, kullanım yoğunluğu gibi hususların etkisiyle başka aktörlerin girişinin zor hale gelmektedir. Bu nedenle de mevcut operatörlerin, dışlayıcı eylemler odağında piyasa ilişkilerini ve sömürücü faaliyetler açısından müşteri ilişkilerine, tarifelere, kampanyalara, hizmet sunumlarına ilişkin süreci istedikleri gibi, lehe veya aleyhe olması önemli olmaksızın, şekillendirebilmeleri söz konusu olmaktadır⁴⁶.

Sürece ilişkin şartlara, çoklukla bu şartlar üzerinde sağlıklı bir değerlendirme yapmaksızın dahil olan müşteriler, esasında piyasa aktörleri olan hizmet sağlayıcıların piyasa hakimiyeti odaklı faaliyetlerinin birer oyuncusu olmaktadır. Bunun sonucunda müşteriler her bir hizmet sağlayıcının koyduğu kurallara tabi olmakla birlikte ilgili hizmet sağlayıcı ile iribatlarını kesmek istemeleri halinde kullanıcı alışkanlıklarını da kaybetmekte, şebeke etkisinin çemberinden çıkamamaktadırlar⁴⁷. Zira şebeke etkisi, özellikle yüksek teknoloji endüstrilerinde en büyük pazar güçlerinden biri olarak değerlendirilmekte⁴⁸, bireysel bir abone/ kullanıcı o ağ üzerinden ne kadar çok kişiye ulaşabilirse ağ o kadar değerli hale gelmektedir⁴⁹. Aslında özünde monopol olmayan bir piyasada monopolizasyon etkisi yaratmaktadır⁵⁰.

Nitekim veri taşınabilirliği ve Facebook vakasının bir arada değerlendirildiği örneklerde de şebeke etkisi vurgusunun ağırlıklı olduğu görülmektedir. Buna göre Facebook'un, piyasadaki herhangi bir rakibinin iki temel sorunu olacaktır: bu sorunlardan ilki, Facebook'un bir

⁴⁵ Rekabet Kurulu, 17.08.2023 tarih ve 23-39/754-263 sayılı kararı. İşbu çalışmanın teslim edildiği tarih itibarıyla henüz gerekçeli karar yayınlanmamıştır. Soruşturma sonucu duyurusu için Bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/sahibinden-bilgi-teknolojileri-pazarlama-a7884b33ec40ee118ec500505685da39>

⁴⁶ Ketizmen ve Kart, "Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında "Big Data", s. 71-72.

⁴⁷ Veri taşınabilirliğinde farklı bir şebeke etkisi de doğabileceği iddia edilmektedir. *Nicholas*'a göre, "veri taşınabilirliği, şebeke etkisi üzerinde aslında bir "üstesinden gelme" etkisi yaratacaktır. (Büyük) platformlar, farklı ekonomik araçları bir araya getirerek ve onların birbirlerini bulmalarının işlem maliyetlerini azaltarak değer yaratmaktadırlar. Piyasaya yeni girenler ise büyümek için ihtiyaç duydukları ekonomik araçları yalnızca büyük kullanıcı yığınlarına aynı anda ulaşarak elde edebilmektedirler. Veri taşınabilirliği de buna hizmet etmektedir" Nicholas, Gabriel, *Taking It with You: Platform Barriers to Entry and the Limits of Data Portability*, Michigan Technology Law Review, Vol. 27, No. 2, 2021, pp. 263-298, s. 294.

⁴⁸ Christopher S. Yoo, "When Antitrust Met Facebook", *George Mason Law Review* 19, S. 5 (2012), s. 1148.

⁴⁹ Ürün satışı bakımından da böyledir. Alıcıların bir malı daha değerli buldukları bir sistemde, ek alıcılar da aynı malı satın almakta, ilgili ürün üzerinden bir ağ etkisi oluşmaktadır. Mark A. Lemley ve David McGowan, "Legal Implications of Network Economic Effects", *California Law Review*, S. 86 (1998), s. 6.

⁵⁰ Yoo, "When Antitrust Met Facebook", s. 1148.

rakibi olarak piyasaya girerken Facebook ile karşılaştırılabilir gelirin nasıl elde edileceğidir Zira Facebook ilk açıldığında üyelik oluşturan bir kişinin bugün itibarıyla 15 yılı aşkın süredir veri işlemesi yapılmaktadır. Diğerleri ise kişilerin Facebook üzerinden oluşturdukları hızlı iletişim ağı ve çevresinin yeniden oluşturulmasının zorluğu ve bu nedenlerle kişilerin “verilerini taşıyamayacakları” bir başka platforma geçmeyi tercih etmeyecekleridir.⁵¹.

Bu döngüsel zorlayıcılığın da “rıza” kavramının şekli bir işlem kategorisine indirgenmesi açısından, başlı başına ayrı bir çalışmanın konusu olarak, tartışılmaya değer olduğu düşünülmektedir.

SONUÇ YERİNE

Veri taşınabilirliği sorunu kişisel veri koruma mevzuatı içerisinde şekillendirilmekle birlikte, özellikle piyasa ilişkileri içerisinde serbest piyasanın rekabet koşullarına göre işleyebilmesi noktasında da önemli bir sorun olarak gündeme gelmektedir.

Nitekim kişisel veri ve rekabet hukuku ilke ve kurallarının kesışebildiği bir alan olarak veri taşınabilirliğinde birer örnek olarak işbu çalışmada yer verilen MNT'nin, alan adı tahsininde kayıt kuruluşları arası transferin ve sahibinden.com kararı örneğindeki kurumsal üyelerin verilerini başka platformlara taşıyabilmelerine ilişkin değerlendirmelerin tüketici refahına, dolayısıyla sömürücü davranışları engellemeye dönük etki ve faydaları olduğu açıktır. Ancak konunun dışlayıcı davranışlar açısından da eş zamanlı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, kanımızca, veri taşınabilirliğinin temel motivasyonu, tüketicilerin, verilerini rahatlıkla taşıyabilmelerinden ziyade hizmet sunucusu piyasa aktörleri arasında, eşit koşullarda rekabet edebilmeye engel olan farkların, veri taşınabilirliğini sağlayarak birlikte çalışabilirlik ilkesi bağlamında azaltılması çabasıdır. Dolayısıyla her ne kadar kişisel veri koruma mevzuatı içerisinde yer edinmeye başlasa ve söylemsel olarak kişisel veriler üzerindeki kontrol hakkının bir görünümü olarak gündeme gelse de veri taşınabilirliğine ilişkin düzenlemelerin, etkisini daha çok serbest piyasa içinde rekabetin sağlanabilmesi açısından göstermesi kanımızca daha olası görülmektedir.

Diğer yandan, veri taşınabilirliği, veri sorumlusuna bir maliyet artışı olarak da yansımakla, burada kişisel verilerin korunması merkezinde meşrulaştırılan maliyet artışı, aynı zamanda rekabetin korunması açısından da bir tercihi esas almaktadır. Buradaki tercih, hem veri taşınabilirliğinin sağlanması suretiyle yeni aktörlerin piyasaya girişinin hem de tüketicinin halihazırda hizmet aldığı hizmet sağlayıcı ile farklı hizmet sağlayıcılar arasında tercihlerini değiştirebilmesinin kolaylaştırılabilmesi açısından değerlendirilmelidir. Buna göre tercih, rekabetin korunması yönünde yapılmakta; veri taşınabilirliği ile ilgili düzenleme ve süreçlerde veri sorumlularına ek maliyetlerin yüklenmesi, ilgili alanda piyasa rekabetinin korunması açısından katlanılabilir bir maliyet olarak kabul edilmektedir. Bu sayede de eş zamanlı olarak tüketici tercihlerinin önü açılmakta ve ayrıca rekabetin korunması amacı esas alınarak küçük aktörlerin de piyasaya girmesinin ve piyasadaki devamlılıklarının sağlanması temin edilmek istenmektedir. Nitekim aynı vurguya, Türk Rekabet Kurulu'nun ‘nadir kitap’ kararında da rastlanmaktadır.

⁵¹ Hondagneu-Messner, “Data Portability”, s. 242.

Konunun hem kişisel verilerin korunması hem de rekabetin korunması şeklinde iki boyutlu olarak gündeme gelmesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer düzenlemelerde olduğu gibi bu iki alanın olası kesişmelerini pratikte de ortaya çıkartma potansiyelini içerisinde barındırmaktadır. Söz konusu kesişme bir uyumsuzluk ya da ihlal söz konusu olduğunda cezai düzenlemeler de dahil olmak üzere, uygulanacak normun tespiti karmaşasını gündeme getirebilecektir.

Çalışma kapsamında veri taşınabilirliği konusunda, diğer birçok durumda olduğu şekliyle, kişisel veri ve rekabet boyutlarının iç içe geçmiş olmasının diğer bir olası sonucu ise mevzuatımız kapsamında idari yaptırım kararı verme yetkisine sahip olan Rekabet Kurulu ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun, veri taşınabilirliğine ilişkin bir sorunu içeren ihlal halinde, uygulamaları olası idari yaptırımlar açısından Kabahatler Kanununun 15. maddesi (özellikle 1. fıkrası) kapsamında içtima sorununun gündeme gelmesi olabilecektir. Veri taşınabilirliği her ne kadar kişisel veri alanında gerçekleşen bir düzenleme ve uygulama çalışması gibi görünse ve belli piyasa alanlarında rekabet hukukuna dahil oluyorsa da, tüm bunlar süzülüşünde elde kalacak sonuç; ceza hukuku açısından aynı eylemin birden çok kez cezalandırılması, piyasa koşullarına göre ceza hukuku ve idari ceza hukuku yaptırımları arasında yapılacak tercih, piyasa koşullarına müdahalenin hangi yollar (siyasi, idari, diplomatik, hukuki) üzerinden gerçekleştirileceği gibi bütüncül cezalandırma politikalarını etkileyecek olmasıdır. Bu nedenlerle, (kişisel) veri taşınabilirliğinin, rekabet hukuku bağlamında ele alındığı noktanın varacağı yer yine cezalandırma alanı olacak ve norma çatışmalarının bu doğrultuda çözülmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

- A552 - Italian Competition Authority, investigation opened against Google for abuse of dominant position in data portability, PRESS RELEASE, 14.07.2022, <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2022/7/A552>
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Guidelines on the right to data portability, 16/EN WP 242 rev.01, Adopted on 13 December 2016 As last Revised and adopted on 5 April 2017.
- Balaban, Mahmut Furkan, *Elektronik Haberleşme Sektöründe İşlenen Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Bygrave, Lee A., “The Place of Privacy In Data Protection Law”, *University of South Wales Law Journal* 24, S. 1, (2001). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html>.
- Castells, Manuel, *Informational City: Information Technology, Economic Restructuring and The Urban-Regional Process*, Oxford: Blackwell, 1989.
- Diker Vanberg, Aysem ve Mehmet Bilal Ünver, “The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?”, *European Journal of Law and Technology* 8, S. 1 (2017), s. 1-22.
- European Commission, *Facilitating Cross Border Data flow in the Digital Single Market*, Final Report, 2015/0016, 2016.
- Gebhart, Gennie, Bennett Cyphers ve Kurt Opsahl, *What We Mean When We say “Data Portability”*, Eletronic Frontier Foundation, 13.09.2018, <https://www.eff.org/tr/deeplinks/2018/09/what-we-mean-when-we-say-data-portability>
- Genç, Ali ve Müslüme Narin, “Türkiye’de Mobil Numara Taşınabilirliği Uygulamasının Fiyat ve Rekabet Üzerine Etkileri: Panel Veri Analizi,” *Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi* 2, S. 2 (2016), s. 91-116.
- Güngör, Müberra ve Gökhan Evren, *Mobil Numara Taşınabilirliği – Rekabete ve Tüketicilere Etkileri: Ardl Düzenleyici Etki Analizi Çalışması*, Ankara: Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2010.
- Hert, Paul De, Vagelis Papakonstantinou, Gianclaudio Malgieri, Laurent Beslay ve Ignacio Sanchez, “The Right to Data Portability in the GDPR: Towards User-centric Interoperability of Digital Services”, *Computer Law and Security Review*, (2018), s. 193-203.
- Hondagneu-Messner, Sasha, “Data Portability: A Guide And A Roadmap”, *Rutgers Computer and Technology Law Journal* 47, S. 2 (2021), s. 240-273.
- Hustinx, Peter, “*The Reform of EU Data Protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU*”, s. 7. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-01-15_speech-fribourg_en.pdf
- ISO, *Online Browsing Platform (OBP)*, <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:18101:-1:ed-1:v1:en:term:3.23>
- Ketizmen, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Ketizmen, Muammer ve Aslıhan Kart, “Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında “Big Data”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 1, S. 1 (2019), s. 64-76.
- Ketizmen, Muammer ve Aslıhan Kart, “Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme”, *Kırkkale Hukuk Mecmuası* 1, Sayı 2 (2021), s. 256 – 268.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül, “*Teknolojik Gelişmelerin Negatif Yönü: Hukuki Açından Planlı Eskitme*”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Lemley, Mark A. ve David McGowan, “Legal Implications of Network Economic Effects”, *California Law Review* 86, S.3 (1998), s. 479-611.

- Nicholas, Gabriel, *The New Portability: Designing Portability with Competition in Mind*, Engelberg Center on Innovation Law & Policy, NYU School of Law, 2020.
- Nicholas, Gabriel, "Taking It with You: Platform Barriers to Entry and the Limits of Data Portability", *Michigan Technology Law Review* 27, S. 2 (2021), s. 263-298.
- Null, Eric ve Ross Schulman,, *The Data Portability Act: More User Control, More Competition*, 19.08.2019, <https://www.newamerica.org/oti/blog/data-portability-act-more-user-control-more-competition/>
- Tahmaz Uzeltürk, Sultan, "Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2018/1, İstanbul, 2008, s. 95 – 129.
- Tözer, Ayhan ve Müberra Güngör, "Rekabet Düzenlemeleri Ne Kadar Etkili? Su Yatağı Etkisi ve Türkiye İncelemesi", *Rekabet Dergisi* 13, S. 2 (2012), s. 95-146.
- Ulaş Kısa, Seda, *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerin Kötüye Kullanılması*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2004.
- Westin, Alan F., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970.
- Yiğit, İlhan, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Yoo, Christopher S., "When Antitrust Met Facebook", *George Mason Law Review* 19, S. 5 (2012), s. 1147-1162.
- 29.01.2014 tarih ve 14-05/97-RM(1) kabul-karar tarihli kılavuzu.
- 02.07.2009 tarih ve 27276 sayılı Resmi Gazete.
- http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5
- <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024>
- <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0027
- <https://www.rekabet.gov.tr/>
- <https://www.reuters.com/article/us-facebook-antitrust-idUSKBN25H0BG>.

EXTENDED SUMMARY

EVALUATION OF DATA PORTABILITY IN TERMS OF COMPETITION LAW

Muammer Ketizmen, Assist. Prof.

Hacettepe University, ketizmen@hacettepe.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0001-6357-2960>

Aslıhan Kart, Attorney at Law

aslihankart@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9263-630X>

Portability of data is shaped within the framework of personal data protection legislation, but it also emerges as a significant issue in market relations within the context of the functioning of free markets according to competition rules. Indeed, while personal data and competition law principles and rules intersect in the area of data portability, the evaluations regarding the mobile number portability (MNT) mentioned in this study is one of the main samples of this. It is stated that, the transfer between registration authorities in domain name allocation, and the ability of corporate members in sahibinden.com case to transfer their data to other platforms have impacts and benefits towards consumer welfare, thus aiming to prevent exploitative behaviors. However, the issue also needs to be concurrently evaluated in terms of exclusionary conduct. In our opinion, the fundamental motivation behind data portability is not merely about consumers being able to easily transfer their data but rather an effort to reduce the differences that hinder competition among service provider market actors by facilitating interoperability in the context of working together.

Hence, although it is beginning to be integrated into personal data protection legislation and is rhetorically highlighted as an aspect of the right to control personal data, the regulations related to data portability are more likely to demonstrate their impact in ensuring competition within the free market. On the other hand, data portability also reflects as a cost increase for data controllers. That cost increase legitimized at the center of protecting personal data also forms a preference for preserving competition. This preference should be evaluated in terms of facilitating the entry of new actors into the market by ensuring data portability and enabling consumers to change their preferences between the service provider they currently use and different service providers. Therefore, when the preference is made towards preserving competition; the imposition of additional costs on data controllers in regulations and processes related to data portability is considered as a bearable cost in terms of preserving market competition in the relevant field. This simultaneously opens the way for consumer preferences and aims to ensure the entry and continuity of

small actors in the market based on the preservation of competition. Indeed, a similar emphasis may be found in the decision of the Turkish Competition Authority in the *nadirkitap* case.

The fact that the issue emerges in a two-dimensional manner as both personal data protection and the preservation of competition poses the potential to practically reveal the intersections of these two areas, as in other regulations related to the protection of personal data. When such an intersection leads to a dispute or violation, determining the application of the norm, including criminal regulations, may bring up confusion regarding the issue of concurrency under Article 15 of the Turkish Misdemeanor Law, especially in cases involving a breach related to data portability. Although data portability seems to be a regulation and application work taking place in the field of personal data, and involves competition law in certain market areas, the ultimate result after sieving through all these aspects is that the point where the consideration of data portability in the context of competition law will reach will still be in the area of penalization. The resolution of norm conflicts will need to be in this direction in terms of criminal law by affecting comprehensive penal policies, such as the choice between multiple punishments according to market rules and determining how interventions (politically, administratively, diplomatically, legally) in market conditions will be carried out. For these reasons, the point where (personal) data portability is considered within competition law will ultimately be in the realm of penalization, and conflicts of norms will need to be resolved in this direction.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ULUSLARARASI SUÇLARA YÖNELİK KRİMİNOLOJİK YAKLAŞIMLARIN ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

AN ASSESSMENT OF CRIMINOLOGICAL APPROACHES TO INTERNATIONAL CRIMES WITHIN THE SCOPE OF INTERNATIONAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Atılğan Pazvantoğlu*

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, uluslararası suçlara yönelik kriminolojik yaklaşımları; Uluslararası Ceza Mahkemesi kapsamına giren uluslararası suçlar özelinde, Uluslararası Hukuk ve Kriminoloji alanlarının etkileşiminde iş birliği ya da dışlamaya neden olan girişim ya da kısıtları değerlendirerek, disiplinlerarası bir bakış açısıyla çözümlemektir. Çalışma söz konusu alanların temel özelliklerine, kuramsal altyapılarına ve tarihsel süreçte yaşanan kırılmalara değinerek, literatürde baskın biçimde tartışılan kriminolojinin uluslararası suçları göz ardı ettiği iddiasını incelemiş ve kriminolojik yaklaşımların daha esnek ve eleştirel bakış açıları getiren ve karşılıklı kazanımlara odaklanan seyriyle uluslararası suçların çözümlenmesine yönelik Uluslararası Hukuk araştırmalarına giderek daha yakın konumlandığı görülmüştür. Ceza Hukuku'nun kriminolojik yaklaşımlarla ulusal düzeyde var olan yakın ilişkisi, uluslararası ve ulus-üstü çalışmalarda eksiktir. Bu eksikliğin giderilmesine ilişkin girişimler artarak devam etmektedir. Bu araştırma ulusal literatürdeki eksikliği de göz önünde bulunduran, bu konudaki iş birliğine yönelik bir çağrı niteliğindedir. Çalışmada ayrıca, uluslararası suçlara yönelik kriminolojik yaklaşımların uluslararası suçların önlenmesine ilişkin katkıları değerlendirilmiş, her ne kadar mevcut sistem cezalandırma ve kovuşturma yönünden ciddi eleştirilere maruz kalsa da uluslararası suçların önlenmesi odağında kriminoloji alanıyla iş birliğinin olumlu sonuçlar vereceği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Suçlar, Kriminoloji, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Disiplinlerarası.

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

☎ 0000-0002-5404-8064 ✉ cansuatilgan@ogu.edu.tr



ABSTRACT

The aim of this study is to analyze criminological approaches to international crimes; specifically, within the scope of crimes falling under the jurisdiction of the International Criminal Court, evaluating attempts or constraints that lead to collaboration or exclusion between the fields of International Law and Criminology, and to provide an interdisciplinary perspective. The study examines the claim that criminology predominantly overlooks international crimes by addressing the fundamental characteristics, theoretical frameworks, and historical ruptures of these fields. It has been observed that criminological approaches have progressively aligned themselves more closely with International Law research focused on the analysis of international crimes, introducing more flexible and critically oriented perspectives that emphasize mutual gains. The close relationship between Criminal Law and criminological approaches at the national level is lacking in international and supranational studies. Efforts to address this deficiency continue to increase. This research takes into account the gap in the national literature and serves as a call for collaboration on this subject. Additionally, the study assesses the contributions of criminological approaches to the prevention of international crimes. Despite facing substantial criticism in terms of punitive measures and prosecutions within the current system, collaboration with the field of criminology is deemed to yield positive outcomes in the prevention of international crimes.

Keywords: International Crimes, Criminology, International Law, International Criminal Court, Interdisciplinary.

GİRİŞ

Uluslararası suçların tanımlanması ve kapsamlarının belirlenmesi özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası insan hakları ihlalleriyle yaşanan gelişme ve deneyimlerle birlikte sıkça tartışılmış, her ne kadar Soğuk Savaş bu girişimin duraklamasına neden olsa da uluslararası hukuk alanlarının bu gelişmelerle çeşitlenmesi ve derinleşmesiyle tekrar gündeme gelmiştir. Bireylerin de uluslararası hukuk çerçevesinde belirlenmiş uluslararası suçların faili olması durumunda yargılanabilecekleri kalıcı bir sistem, savaş sonrasının Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri ve insanlığı sarsan vahşetlerin sonucunda kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemelerinin deneyimleriyle kurulmuştur. *Ad hoc* mahkemelerden kalıcı nitelikteki Uluslararası Ceza Mahkemesine giden süreç soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu bünyesinde tanımlayan Roma Statüsü'yle nihayete ermiştir.

Bu çalışmada Uluslararası Ceza Hukuku ve Roma Statüsü'nde yer alan suçlar özelinde, bu suçlara yönelik kriminolojik yaklaşımlar uluslararası hukuk açısından ele alınacaktır. Bununla birlikte uluslararası suç tanımını genişleten ulus-ötesi, sınıraşan suçlara da konuyla ilişkisi kapsamında yer verilecektir. Uluslararası hukukun ve dolayısıyla uluslararası ceza hukukunun kriminoloji alanıyla ilişkisi ele alınacak, kesiştikleri ve ayrıştıkları noktalar söz konusu alanların iş birliğine yönelik kısıtları ve kazanımları üzerinden değerlendirilecektir. Kriminoloji alanının kendi içinde yaşanan kuramsal ve uygulamaya yönelik tartışmalar uluslararası suçlara bakışını da etkilemektedir. Özellikle kendi içine gömüldüğü ileri sürülen, ulusal, bölgesel olaylara odaklanan ve uzunca bir süre uluslararası suçlara yönelik ilgisizlik ve ihmalle itham edilen kriminolojinin uluslararası alana taşınmasının önündeki engellerin özellikle uluslararası hukuk bakış açısıyla sorgulanması bu çalışmanın ana araştırma sorusunu oluşturmaktadır.

Bu çerçevede hem uluslararası suçların hem de kriminolojinin tanım ve kapsamlarından yola çıkılarak, nitelikleri ve literatürdeki ana tartışmalar içerisindeki yerleri sorgulanacak, tarihsel süreç, kuramsal altyapı gibi etkileşime girdikleri noktalarda kriminolojinin uluslararası suçlarla ilişkilendirilmesinin ya da uluslararası suçları kriminoloji alanına dâhil etme çabalarının nedenleri irdelenecektir. Böylelikle uluslararası suçları yalnızca tanımlamanın, suç fiillerini ortaya koymanın, yasalastırmanın ve faileri kalıcı bir mahkeme önüne getirmenin en ciddi uluslararası suçlar olarak nitelendirilen söz konusu suçların önlenmesi konusunda vadedilen yardımı sağlayıp sağlamadığı, kriminolojinin uluslararası suçların önlenmesi konusunda sunabileceği katkılar ve uluslararası ceza sistemiyle yapabileceği iş birliğinin artı ve eksileri tartışılacaktır.

I. ULUSLARARASI SUÇLAR

Geleneksel uluslararası hukukta, uluslararası bir suç veya milletler hukukuna karşı bir suç olarak tanımlanan korsanlığa ek olarak, köle ticaretine katılmak da uzun bir süre uluslararası suç olarak adlandırılmıştır. Savaş kurallarına ve geleneklerine karşı suçları ifade eden savaş suçları, 1945 Uluslararası Askerî Mahkeme Şartı'nın¹ kabul edilmesine kadar uluslararası suç

¹ International Humanitarian Law Databases, "Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal" London, 8 August 1945. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945>.

olarak tanımlanmamıştır. Uygun cezai yargı yetkisine sahip herhangi bir uluslararası mahkemenin bulunmaması, uluslararası suç kavramıyla ilgili çözülmemiş bir sorun olarak görülmüştür. Bu sorun, tamamı “temel” uluslararası suçlar olan savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçları üzerinde yargı yetkisine sahip olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasıyla kısmen ele alınmıştır.²

Uluslararası suçlar genel itibarıyla bireylerin kişisel cezai sorumluluğunu gerektiren uluslararası kuralların ihlali olarak tanımlanmaktadır.³ Bu kapsamda uluslararası hukuk suçları olarak da nitelendirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü kapsamında sınırlandırılan suçlar ele alınacaktır.⁴ Bu suçlarla, uluslararası hukukun doğrudan ihlali dolayısıyla suç oluşturan ve kişisel cezai sorumluluğu gerektiren, yapılageliş veya antlaşma ile kurulan uluslararası bir norm aracılığıyla suç haline getirilen davranış tipleri kastedilmektedir.⁵ Uluslararası hukukta uluslararası suçların tanımlanması ve belirgin biçimde çerçevelerinin çizilmesi Nürnberg Mahkemesiyle başlamıştır. Mahkeme ilk uluslararası ceza mahkemesi olarak uluslararası ceza hukuku için gerçek bir başlangıç noktasını işaret etmektedir. Mahkemenin en önemli çıktısı uluslararası hukuka karşı suçların soyut varlıklar tarafından değil, insanlar tarafından işlendiğini belirtmesidir. Bununla birlikte Mahkemenin ortaya çıkışı, bu tür suçları işleyen bireyleri cezalandırarak uluslararası hukukun devletlere olduğu kadar bireylere de görev ve yükümlülükler yüklediğini ve bu çerçevede uluslararası hukuk hükümlerinin uygulanmasının gerekliliğini açıkça ortaya koymuştur.⁶ Buradan hareketle uluslararası hukuku doğrudan uygulayan bir uluslararası ceza mahkemesi olmasının Nürnberg Mahkemesini olağanüstü ve biricik kıldığı yorumu yapılmıştır. Bu özelliği uluslararası ceza hukukunun tanımlayıcı yönünü de karşılamaktadır, bu nedenle Nürnberg modern hukuk dünyasında bu tür bir sorumluluğun ilk saf örneği olarak görülmüştür.⁷

Bir diğer uluslararası askeri mahkeme olan Tokyo Mahkemesi ile birlikte söz konusu iki mahkeme İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçları ele almak için kurulmuştur. Kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi oluşturma fikri daha sık dile getirilmeye başlansa da Soğuk Savaş bu girişimlerin askıya alınmasına neden olmuştur. 1980'lerde tekrar gündeme gelen ve 1990'larda ivme kazanan kalıcı bir mahkeme kurulmasına ilişkin tartışmalar örnek olaylarla şekillenmiştir. Eski Yugoslavya ve Ruanda'da

² Uluslararası suçlar olarak adlandırılan suçlar ile uluslararası antlaşma hukuku temelinde çok devletli yargı yetkisini gerektiren suçlar arasında bir ayırım yapılabilecektir. John P. Grant ve J. Craig Barker, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 292-294.

³ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 47.

⁴ Ekokırımın (Ecocide) bir uluslararası suç olarak Uluslararası Ceza Mahkemesine alınmasına yönelik çabalar uluslararası suçların kapsamının genişletilmesine yönelik girişimlere örnek gösterilebilir. Çalışma sınırlılığı dâhilinde ayrıca tartışılmamakla birlikte bu örnek alanın devimsel yapısını belirtmek için verilmiştir. Bknz: Stop Ecocide Foundation, *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide-Commentary and Core Text*, June 2021.

⁵ Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s.41-42.

⁶ Malcolm, N. Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, 2008, s. 399-400.

⁷ Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, s. 39.

işlenen büyük ölçekli zulümlerle birlikte, Birleşmiş Milletler 1990'larda belirtilen isimlerle iki *ad hoc* mahkeme kurmuştur. Nerede işlendiklerine bakılmaksızın en ciddi uluslararası suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olacak kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi kurmak için yapılan görüşmeler neticesinde Temmuz 1998'de Roma'da Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Tüzüğü (Roma Statüsü) kabul edilmiştir.⁸ “Başka Ruanda İstemiyoruz” (No More Rwanda's) söylemi uluslararası alanda adeta bir slogana dönüşmüş, yaşanan tüm acı deneyimler sonrasında uluslararası suçlara yönelik oluşturulan gündem uluslararası suçların önlenmesine ilişkin tartışmaları güçlendirmiştir.⁹

Roma Statüsü, yargı yetkisine giren uluslararası suçların kapsamını dört suçla sınırlamıştır. En ciddi suçlar olarak nitelendirilen bu suçlar madde 5'teki sıralamayla soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur.¹⁰ Bu bağlamda uluslararası suçlar terimi, uluslararası ceza hukukundan türetilmiştir. Uluslararası ceza hukukunun temel amacı, uluslararası suçların faillerinin kovuşturulmasına ilişkin kurallar oluşturmaktır.¹¹ Bu açıdan bakıldığında uluslararası ceza hukukunun ve Mahkemenin suçun kökenlerini irdelemek gibi bir amacı ve görevi olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte Mahkemenin cezasızlığı sona erdirmek için küresel bir mücadele yürüttüğü ve uluslararası ceza adaleti aracılığıyla, sorumluları suçlarından sorumlu tutmayı ve bu suçların tekrar oluşmasını önlemeye yardımcı olmayı amaçladığı¹² göz önüne alındığında uluslararası suçların kök nedenlerine kriminolojik bir bakış açısı kazandırabilecekleri değerlendirilmelidir.

1948 yılında Paris'te toplanan BM Genel Kurulunun kabul ederek aynı yıl imzaya açtığı “Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına dair Sözleşme” soykırım suçunu detaylı bir biçimde düzenlemiş ve uluslararası hukukta genel kabul görerek alanda temel metin haline gelmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinde önemli bir yaklaşım getirilerek “ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin” ifadesini kullanılmıştır. Böylelikle yalnızca savaş sırasında değil barış zamanında işlenen soykırım suçlarının da cezalandırılması mümkün olmuştur. Sözleşme ayrıca soykırım suçunu yargılamaya yetkili kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasını öngörmüştür. 6. maddesinde soykırım suçunu işleyen kişilerin sözleşmeciler devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanacağı belirtilmiştir.¹³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde tanımlanan soykırım suç; ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen “grup üyelerini öldürmek, grup üyelerine ciddi bedensel ya da ussal zarar vermek, fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz

⁸ The International Committee of the Red Cross (ICRC), *International Criminal Justice: The Institutions, Advisory Service on IHL*, April 2021. <https://www.icrc.org/en/document/international-criminal-justice-institutions-0>

⁹ International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, December 2001, s. VIII.

¹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544. Rome: 17 July 1998.

¹¹ Alette Smeulers ve Fred Grünfeld, *International Crimes and other Gross Human Rights Violations, A Multi- and Interdisciplinary Textbook*, Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 19.

¹² International Criminal Court, About the Court, <https://www.icc-cpi.int/about/the-court>

¹³ United Nations General Assembly Resolution 260 A (III), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948.

bırakmak, grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak ve grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmek” eylemlerini kapsamaktadır.¹⁴ Tanım, 1948 Sözleşmesi’ndeki düzenlemeler değişikliğe uğramadan Statü’de yerini almıştır. Sözleşme’deki gibi Statü de soykırımın hedefi olabilecek sınırlı sayıda grup tanımlamıştır. Buna göre yaygın ve sistematik bir saldırının hedefi olabilecek diğer gruplar bu tanımın dışındadır.

İnsanlığa karşı suçların tanımlanması barış zamanı işlenen bazı suçların savaş suçu ya da saldırı suçu kapsamında değerlendirilemedikleri için cezasız bırakılmamaları açısından önemlidir. Tanımlanan mağdur gruplarından biri söz konusu olmadığında soykırım suçu, barış zamanı işlendiklerinde de savaş suçu tanımlamalarına dâhil olmayan suçlar düşünüldüğünde insanlığa karşı suç kavramı daha kapsayıcı bir şekilde ele alınmıştır. Herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen “öldürme, toplu yok etme, köleleştirme, nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme, işkence, cinsel şiddet, siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm, zoraki kayıplar, ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu, diğer insanlık dışı eylemler” insanlığa karşı suçlar olarak sıralanmış, söz konusu eylemler maddenin ikinci kısmında içerikleriyle detaylandırılmıştır.¹⁵ Nürnberg Statüsü’nden farklı biçimde Roma Statüsü, insanlığa karşı suçların silahlı bir çatışmaya bağlı olması şartını düzenlememiştir.¹⁶ Tanımdaki en önemli vurgu “sivil halka yönelik, yaygın veya sistematik” ifadesidir.

Savaş suçları da Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin kurucu sözleşmelerinde, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinde, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinin statülerinde yer bulmuştur. İnsancıl hukuk düzenlemeleri, siviller, yaralılar, savaş esirleri ve diğer alanlarla ilgili savaş suçu sayılan fiillerin ayrıntılı açıklamalarını yaparak tanımlamaktadır.¹⁷ Roma Statüsü savaş suçlarını ulamlara ayırarak düzenlemiştir. Buna göre; 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin çok ciddi şekilde ihlali, uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri, uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmada 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin ciddi ihlalleri savaş suçları kapsamında sıralanmıştır.¹⁸ Saldırı suçunun ise, Statü’de ileride tanımlanarak statüye dâhil edileceği belirtilmiştir.¹⁹ Görece eskiye dayanan diğer suçlardaki fikir birliği saldırı suçunun tanımlanmasında mümkün olmamıştır.²⁰ UCM kapsamında yapılan Haziran 2010 tarihli tanımlamada madde 8/2’de atıfta bulunulan fiillerden herhangi birinin, saldırı fiili olarak nitelendirildiğinin anlaşıldığı, failin, silahlı kuvvet

¹⁴ Rome Statute, md. 6.

¹⁵ Rome Statute, md. 7.

¹⁶ United Nations Document, A/CN.4/L.2, Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission, Formulation of the Nürnberg Principles, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1950.

¹⁷ The Geneva Conventions and Additional Protocols (International Committee of the Red Cross (ICRC), “The Geneva Conventions and their Commentaries”, Treaty Database: Full Texts, Commentaries and State Parties, 2023. <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

¹⁸ Rome Statute, md. 8

¹⁹ Rome Statute, md. 5/2.

²⁰ United Nations Document A/CN.4/L.2.

kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı olup olmadığı konusunda hukuki bir değerlendirme yaptığını kanıtlama zorunluluğu olmadığı aktarılmıştır. Failin bir saldırı eylemini planlamış, hazırlamış, başlatmış veya gerçekleştirmiş olması, saldırı eyleminin bir devletin başka bir devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya BM Şartı ile bağdaşmayan herhangi bir şekilde silahlı kuvvet kullanması şeklinde işlenmesi, failin, bu tür bir silahlı güç kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı olduğunu ortaya koyan fiili koşulların farkında olması, eylemin niteliği, ciddiyeti ve ölçeği itibarıyla BM Şartı'nın açık bir ihlalini teşkil etmesi suçun öğeleri arasında sıralanmıştır.²¹

Sürekli nitelikteki ilk uluslararası ceza mahkemesi olan Uluslararası Ceza Mahkemesi, devletleri değil kişileri yargılamaktadır. Bağımsız bir uluslararası yargı organı olarak, ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı niteliktedir. Yargı yetkisini, sözü geçen uluslararası suçlar kapsamında, “bir taraf devlet tarafından Mahkeme savcısına başvuru”, “BM Şartı VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvuru bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durumlarda” ya da “bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından soruşturma başlatılması halinde” kullanılmaktadır.²²

II. KRİMİNOLOJİ: TANIM VE KAPSAM

Kriminolojinin tanım ve kapsamını açıklamadan önce ele alınacak sonraki tartışmalara ışık tutacak biçimde sözcük kökenine değinmek faydalı olacaktır. Fransızca ‘criminologie’ sözcüğünden hareketle kriminoloji ya da suç bilimi²³ olarak Türkçeleştirilen ve İngilizce’de ‘criminology’ olarak ifade edilen sözcüğün kökeni bir yasayı çiğneme eyleminden çok adli süreci ifade eden Latince “crimen” sözcüğünden gelmiştir. Etimolojik inceleme, suç, suçlama, yargılama ve yasa ihlaline karar verme gibi anlamları da içeren bir derinlik sunmaktadır. Dolayısıyla fiili suç eylemlerinin ve nedenlerinin incelenmesinden çok daha geniş bir anlamı karşıladığı görülmektedir. Böylelikle kriminolojinin hukuk çalışmalarına (legal studies) oldukça yakın olduğu değerlendirilmektedir. Kriminoloji kelimesine filolojik bir yaklaşım gerekli görülmektedir çünkü bu alandaki farklı ve bazen çelişkili anlayışlar kelimenin kökenine ilişkin tartışmalarla örtüşmektedir.²⁴ Tarihsel süreçte kavramın işleyişe geçmesi ise modern anlamda davranış denetimi ve adalet sistemlerini, soruşturma ve cezalandırma içeriklerini getiren on sekizinci yüzyılın Avrupa Aydınlanma Dönemi ile olmuştur.²⁵ Sözcük kökeni ve tarihsel süreçteki konumlanması kriminolojiyi daha geniş bir bakış açısıyla tanımlama gereğini göstermektedir.

Tanımlamasına göre bir bilim dalı olarak kriminoloji, suç oluşturan davranışların nedenlerini araştırmakta, bu suçları önlemeye yönelik ne tür çalışmalar yapılması gerektiğini belirlemeye çalışmakta ve ceza adaleti sistemi içinde suçla mücadele eden örgütlere yol göstermektedir.²⁶ Bir diğer ifadeyle kriminoloji, ceza hukukunun özellikleri, suçun boyutu, suçun

²¹ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, 2011, s. 43.

²² Rome Statute, md. 1, 13.

²³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, “Kriminoloji”, <https://sozluk.gov.tr/> Türkçe literatürdeki kullanım sıklığı nedeniyle çalışmada “suç bilim” yerine “kriminoloji” sözcüğü tercih edilmiştir.

²⁴ Jeffrey R. Wilson, “The Word Criminology: A Philology and a Definition, *Criminology*”, *Criminal Justice Law, & Society*, 16/3 (2015), s. 77.

²⁵ Katherine S. Williams, *Textbook on Criminology*, Oxford: Oxford University Press, 2012, s.2.

²⁶ Füsün Sokullu Akıncı, *Kriminoloji*, İstanbul: Beta, 2018, s. 41.

mağdurlar ve toplum üzerindeki etkileri, suç önleme yöntemleri, suçluların özellikleri ve ceza adalet sisteminin özellikleri ve işleyişini içermektedir.²⁷ Bu noktada kriminolojinin ceza hukukuyla ilişkisi gündeme gelmektedir. Kriminolojiye ilişkin en önemli tartışmalardan biri 1990'ların sonlarında ortaya çıkmıştır. 1970'ler ve 1980'ler boyunca suç oranlarının tüm zamanların en yüksek seviyelerine yükselmesi tetikleyici olmuş ancak 1990'ların sonunda, örneğin ABD özelinde eyaletler çok daha katı ceza kanunları uygulamaya başladıkça suç oranları düşmeye başlamıştır.²⁸ Ceza hukuku, kanun koyucunun gerçekleşmesi istenmeyen netice olarak belirlenmiş ve suç adı verilmiş olan eylemleri ve suç adı verilen eylemlerin faillerini cezalandırmaya yönelik kuralları incelemektedir, dolayısıyla suçluluk olgusunun incelenmesi, ortaya çıkış nedenlerinin belirlenmesi veya faili suç oluşturan eyleme yönelen nedenlerin araştırılması ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır.²⁹

Kriminoloji alanında her yıl çok sayıda bölüm, araştırma merkezi, yüksek lisans ve lisans programları açılırken, yeni kitaplar ve dergiler de çoğalmaktadır. Disiplinin gücündeki ve etkisindeki farklılıklara ek olarak, disiplinin ana hatları üzerinde alan içinde çok az fikir birliği bulunmaktadır. En açık şekilde, diğer sosyal bilimlerde olduğu gibi, akademisyenler arasında metodolojik meseleler, yani araştırmanın en iyi nasıl yürütüleceği konusunda önemli anlaşmazlıklar vardır. Ancak bundan da öte, disiplinin konusu ve amaçları da tartışmalı olarak nitelendirilmektedir.³⁰

Suç kuramları bir veya daha fazla etkenin suç davranışına nasıl yol açtığını test edilebilir bir düzlemde açıklamaktadır. Suç davranışını açıklayan kuramlar, yalnızca genç çetelerin yaptığı hırsızlıkları açıklayan kuramlara göre daha işlevsel bulunmaktadır. Geniş kapsamlı büyük kuramlar her türlü suç davranışını açıklamaya çalışmaktadır.³¹ Bilim olarak kriminolojinin kuramsal gelişiminin bütünüyle yeterli bir kuramsal ideale ulaşmadığı ileri sürülmektedir. Buna karşın bilimsel kuramın olması gereken özelliklerinden bazılarını içeren pek çok kuram birbiriyle yarışmaktadır ve araştırmacıların çoğu suçla ilgili süreçlerle ilgili ana nedensel süreçlerin tanımlandığını düşünmektedir.³² Kriminoloji modern bir disiplin olarak ele alınmaktadır, suç ve suçu anlamlandırma biçimleri modernleşmeyle ilişkilendirilmektedir. Kriminolojik kuramlar karşılıklı bağlantıları anlamlandırırken bazı kuramlar dikkati bireyin sorumluluğuna odaklamakta diğerleri ise suç davranışının üretilmesinde toplumsal sorumluluğa farklı vurgular sunmaktadır. Geleneksel kriminoloji, bireysel suçluların suçun nasıl işleneceğine karar verirken akılcı, hesaplayıcı bir karar alma sürecine dâhil oldukları yönündeki temel varsayımla oluşturulmuştur.³³

²⁷ S. Williams, *Textbook on Criminology*, s. 9.

²⁸ Steven M. Briggs ve Joan Friedman, *Criminology for Dummies*, Hoboken N.J: Wiley, 2009, s. 5.

²⁹ Sokullu Akıncı, *Kriminoloji*, s. 53.

³⁰ Mary Bosworth ve Carolyn Hoyle, "An Introduction", *What is Criminology?* (Mary Bosworth ve Carolyn Hoyle), Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 2.

³¹ Gennaro F. Vito ve Jeffrey R. Maahs, *Criminology: Theory, Research and Policy*, Jones & Bartlett Learning, 2017, s. 7-8.

³² Charles R. Tittle, "Introduction: Theory and Contemporary Criminology", *The Handbook of Criminological Theory* (Alex R. Piquero), John Wiley & Sons, 2016, s. 10.

³³ Sandra Walklate, *Understanding criminology: Current theoretical debates*, Open University Press, 2007, s. 18.

Kriminolojik kuramlar insan davranışını ve toplumu açıklamaya yönelik daha geniş sosyal bilim çabasının bir parçasıdır. Suçla ilgili hemen hemen her politika veya eylem, bazı temel suç kuram ya da kuramlarına dayanmaktadır. Kuramların sınıflandırılması, kanunların varlık nedenlerini, ceza adaleti sisteminin nasıl işlediğini, kanunlara aykırılığı ve dolayısıyla suç ve suçlu davranışlarını açıklamaları üzerinden değişiklik göstermektedir. Buna göre, hukuk ve ceza adaleti kuramları ve suç ve sapkın davranış kuramları olarak iki farklı temel sınıflandırma yapılabilecektir. Özellikle ikinci tür kuramlar çoğunluktadır.³⁴ Bu kuramsal çeşitlilik içerisinde araştırma, uluslararası suçları araştırma kapsamına alan ya da bu etkileşime değinen kuramları örnekleyecektir.

Kriminolojinin ayrı bir akademik disiplin olarak görülmesinin nedeni, psikolojik, psikanalitik, biyolojik veya sosyolojik vb. suç üzerinde etkili olduğu düşünülen öğelerle, önceden oluşturulmuş çeşitli ilgili çalışma alanlarını bünyesine dâhil etmesi ve bu alanlardan ödünç almayı gerektiren disiplinlerarası bir yaklaşımın kullanılması olmuştur.³⁵ Bu disiplinlerarası miras, kriminolojinin diğer ilgili alanlarla etkileşiminin irdelenmesinde sağlam bir zemin oluşturmaktadır.

III. ULUSLARARASI SUÇLAR VE KRİMİNOLOJİ ETKİLEŞİMİ: KRİMİNOLOJİNİN ULUSLARARASILAŞMASI VE DİSİPLİNLERARASI YAPISI

Kriminolojinin uluslararası alana yönelmesi, geleneksel-bölgesel ve tematik sınırların ötesine bakmaya iten sebeplerle birlikte gelişmiş, iletişim ve iş birliği için finansman sağlanabilmesi, bir dizi uluslararası ağ ve profesyonel topluluk yaratılması ve bu ilişkilerin sürdürülmesiyle ivme kazanmıştır. Soğuk Savaş düzeni, çökmüş rejimlerle ilişkili şiddeti incelemek için önemli fırsatlar sağlamıştır, aynı zamanda ciddi uluslararası suçların Avrupa anararasına, Bosna ve Kosova'ya dönüşüyle de ilişkilendirilmiş ve hem Ruanda'daki soykırım hem de derin tartışmalara konu olan teröre karşı savaş gündeme gelmiştir. Hem eski Yugoslavya hem de Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri, ırk ayrımcılığı (apartheid) sonrası Güney Afrika'daki Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu ve ilgili kuruluşlar gibi kitlesel şiddet bağlamlarına yönelik uluslararası tepkiler uluslararası hukukta önemli gelişmeler olarak yaşanmıştır. Söz konusu tarihsel olaylar ve kırılmalarla ilişkili kitlesel suçun ve uluslararası adaletin bazen rahatsız edici derecede bol olan "hammaddeleri" ile ilgilenen daha eleştirel ve dışa dönük bir kriminoloji ihtiyacı doğmuştur.³⁶

Kriminolojinin uluslararasılaşması söz konusu olduğunda değerlendirilmesi gereken bazı tartışmalı konular ortaya çıkmıştır. İlk olarak, uluslararası bir kriminoloji inşasında yer alan tüm ülkeler arasındaki kültürel farklılıkların ve sayısız çıkarların nasıl dengeleneceği önemli bir sorudur. Bir diğeri, uluslararası kriminolojinin polis, istihbarat teşkilatları ve askeri güçler arasında giderek yaygınlaşan sınırlarla ilgili üstlendiği rol, suç kontrolü ve savaş veya iç

³⁴ Ronald L. Akers, *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, Routledge, 2012, s. 3.

³⁵ John Tierney, *Criminology: Theory and Context*, Longman, 2006, s. 69.

³⁶ Jon Shute, "Moral Discourse and Action in Relation to the Corpse: Integrative Concepts for a Criminology of Mass Violence", *Human Remains and Mass Violence*, (Jean-Marc Dreyfus ve Élisabeth Anstett), Manchester University Press, 2015, s. 86.

ve dış güvenlik gibi kavramların algılanma biçimleridir. Uluslararası suçlar her zaman temel bir konu olmasına rağmen, hem ulusal hem de uluslararası kriminolojinin gündeminde savaş ve sınırların ötesinde siyasi ve ekonomik gücün kötüye kullanımı göz ardı edilmiştir. Uluslararası suçlarla (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve daha az ölçüde barışa karşı suç olarak saldırı suçu), sınıraşan (transnasyonal) suçlar (yolsuzluk, mali suçlar, terörizm, organize suçlar ve farklı yasa dışı kaçakçılık yöntemleri, siber-saldırıları ve çevreye karşı suçlar) ve siyasi ve ekonomik gücün kötüye kullanılmasına ilişkin suçlar (yargısız infazlar, işkence) gibi suçların uluslararası kriminoloji kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir.³⁷ Bununla birlikte kriminolojideki ulus-ötesi suç türlerinin tüm değişik biçimlerinden emin olunamamaktadır, çünkü dünyamızdaki ulus-ötesi suç miktarına dair geçerli deneysel bir genel bakış bulunmamaktadır. Kriminoloji literatüründe sınıraşan suçun ne olduğuna dair de net bir tanım yoktur. Uluslararası suçlardan –uluslararası hukuk (uluslararası ceza hukuku) tarafından tanımlanan suçlardan- ayırt edilebileceği aşıkârdır, örneğin soykırım ve diğer insanlığa karşı suçlar, sınıraşan suçlar çatısı altına alınamamaktadır. Tanım olarak sınıraşan suçlar, birden fazla ülkede işlenen ve ulusal sınırları aşan suçlarla ilgilidir. Faaliyetlerin, meydana geldikleri tüm ülkelerde veya tüm ülkelerde olmasa da bir veya daha fazla ülkede yasa dışı olabilmesi bu suçları ciddi oranda karmaşıktır.³⁸

Küreselleşme, kriminoloji için yeni bakış açıları sunarken, ulus-ötesi durumun karmaşıklığı, katı bir kriminolojik merceğin her şeyi yeterli biçimde odak noktası yapabilmesi için yetersiz kalmaktadır. Öte yandan ulus-ötesi kriminolojideki bu konu alanları ve diğerleri, büyük bir bedel ödenerek oluşturulan ve bu konu özelinde göz ardı edilen terimlerin analitik tarafsızlığı iddialarını test etmek için fırsatlar sunmaktadır. “Uluslararası suç” kavramı ve aynı çatıyı paylaştığı diğer tüm kavramlar disiplinlerarası kriminolojik bir bakış açısı gerektirmektedir.³⁹ Örneğin, eko-küresel bir kriminoloji, ekolojik kaygılar⁴⁰ ve ölçeği ve bakış açısı bakımından dünya çapında eleştirel bir analizle ele alınması gereken kriminolojik bir yaklaşımı ifade etmektedir. Eleştirel yeşil kriminologlar tarafından tasarlandığı şekliyle zarar, geleneksel hukuk ve ana akım kriminoloji tarafından sunulanlardan daha kapsayıcı tanımlar gerektirmektedir.⁴¹ Kriminoloji, geçici ve olumlu yarı (quasi) disiplinler karakterini diğer birçok çalışma alanıyla

³⁷ Gema Varona, ve José Luis de la Cuesta, “International Criminology: Concept, History, Developments, and Institutions”, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2019.

³⁸ Gerben Bruinsma, “Criminology and Transnational Crime”, *Histories of Transnational Crime*, New York: Springer-Verlag, 2015, s. 1-2.

³⁹ James Sheptycki, “Transnational Crime: An Interdisciplinary Perspective”, *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law* (1st ed.), (Robert J. Currie ve Neil Boister), Routledge, 2014, s. 51, 55.

⁴⁰ Yeşil (Green) Kriminoloji, insan davranışının gezegenin varlığını tehdit eden çevresel koşullara sebep olmasının ve bu koşulları şiddetlendirmesinin nedenleri ve biçimlerine ilişkin kuramsal bir bakış sunmaktadır. Çevreye zarar, suç, hukuk, düzenlemeler, mağduriyet ve adalet kavramlarının incelenmesiyle, yerel, ulusal ve uluslararası düzeydeki güncel sorunlarla giderek artan bir ilgiyle alt konulara ayrılarak kendi içinde zenginleşen bir yapıya bürünmektedir. Ayrıca bkz: Avi Brisman, “‘Multicolored’ Green Criminology and Climate Change’s Achromatopsia”, *Contemporary Justice Review*, 18/2 (2015): 78-196; Angus Nurse, Rob White ve Melissa Jarrell, *Palgrave Studies in Green Criminology*, <http://www.palgrave.com/series/14622>

⁴¹ Rob White, *Transnational Environmental Crime: Toward an Eco-global Criminology*, Willan, 2011, s. 20.

paylaşmaktadır. Bu nedenle, kriminoloji hakkında tümdengelimli veya kuralcı olarak değil, sosyal ve kurumsal olarak düşünmeye yönelik eğilimler artmaktadır.⁴²

Tarihi boyunca, önde gelen yorumcularının çoğu, kriminolojinin bir disiplin olduğunu inkâr etmekte ihtiyatlı davranmıştır. Uzmanların, hemen her alanda olduğu gibi alanın disipliner anlamda saf olmayışı ve tekrarlanan sınır ihlalleri tarafından cezbedildikleri bir süreç yaşanmıştır. Alanın en önemli sorularından biri kriminolojinin bir tür paradigmatik birlik ya da mutabakata sahip olup olamayacağı ya da bunu arzulaması gerekip gerekmediğiyle ilgili olmuştur. İkincisi ise kriminolojik bilimsel bilgi ile dünyadaki sosyal ve politik eylem arasındaki belirsiz ilişkiyle ilgilidir. Kriminolojinin, başlangıçta çok olmasa da, melez ve disiplinlerarası statüsünü kabul etmek için güçlü nedenleri olduğunu ve bunu çeşitli şekillerde ve derecelerde uzun süredir kabul ettiği ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak konusunu oluşturan bir dizi alan ve etki arasında kesişme noktasında durduğu ve bu alanlarla (en azından) siyasi, hukuki, felsefi, ekonomik, kültürel, kurumsal, politik, profesyonel ilişkiler kurma çabası içinde olduğu gösterilmiştir.⁴³ Uluslararası kriminolojinin var olamayacağını ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler suç ve suçlunun doğal olmayan biçimde yaratıldığını, uluslararası hukukun da bu yaratıma dâhil olduğunu ve bu nedenle uluslararası suç diye bir kavramdan söz edilemeyeceği için uluslararası kriminolojinin de mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Uluslararası hukuk sistemiyle olduğu varsayılan bağ tamamen reddedilmektedir.⁴⁴

Kriminolojinin bir bilim alanı olarak uluslararası suçları ihmal ya da göz ardı ettiği literatürdeki en önemli tartışmalardan biridir. Bu ihmalin sebepleri birçok araştırmada irdelenmiştir. Örneğin kriminologlar tarafından insanlığa karşı suçlara odaklanılmamasına yönelik ilk argüman yasallık ilkesine dayandırılmıştır. Burada kastedilen sıkça tartışılan devlet desteği konusudur. Suçların devlet desteğiyle işlenmesi doğru bir hukuki yorum yapmaya engel olmaktadır. Böylece, yirminci yüzyılda insanlığa karşı suçlar da dâhil olmak üzere birçok uluslararası suç, uluslararası hukuk ihlali şeklinde işlenmiş olsa da, dar anlamda asıl sorumlular ulusal veya uluslararası hukuk tarafından kovuşturulmamış, cezalandırılmamıştır.⁴⁵ Bununla birlikte, hem etiyolojik kriminolojinin⁴⁶ hem de eleştirel kriminolojinin⁴⁷, ceza adalet sisteminin tepkisine

⁴² Ian Loader ve Richard Sparks, "Situating criminology: On the Production and Consumption of Knowledge about Crime and Justice", *The Oxford Handbook of Criminology*, (Mike Maguire, Rod Morgan ve Robert Reiner), Oxford University Press, 2002, s. 19

⁴³ Mike Maguire, Rodney Morgan ve Robert Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2002, s. 11-18.

⁴⁴ Chester G. Vernier, "Annual Meeting of the Illinois Branch: International Criminology", *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 5/3 (Sep., 1914), s. 458.

⁴⁵ Nazi Almanyası, Stalinist Rusya ve Maoçu Çin, 20. yüzyıl boyunca devlet tarafından/desteğiyle işlenen suçlarda büyük ölçekli vakalar olarak örneklenmektedir. 20. yüzyılın son yılları ise Bosna ve Ruanda'daki soykırım eylemlerine odaklanan mahkemeler ve daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması da dâhil olmak üzere, devlet suçlarının faillerini yargılamaya yönelik büyük yeni girişimler olarak nitelenmektedir. Dawn L. Rothe ve David O. Friedrichs, "The State of the Criminology of Crimes of the State", *Social Justice*, Vol. 33/1 (2006), s. 148.

⁴⁶ Uluslararası ceza hukuku ihlallerinin etiyolojik (nedenbilimsel) bir değerlendirmesi için ayrıca bkznz: Dawn L. Rothe ve Christopher W. Mullins, "Toward a Criminology of International Criminal Law: An Integrated Theory of International Criminal Violations".

⁴⁷ Tarihsel süreçte Marksist kuramın eşanlamlısı olarak ifade edilen eleştirel kuramlar, kapitalist topluma, Batı demokrasilerinde hukuk ve adalete ve ana akım kriminolojiye karşı eleştirel bir duruşu paylaşan bakış açılarını tanımlamak için kullanılmıştır. Bu eş anlamlılığın da eleştirisiyle feminist, sol gerçekçi ve diğer çeşitli bakış açılarını

göre çalışma alanlarını belirledikleri, birçok yapısal engelin, kriminolojinin insanlığa karşı suçlara dikkat etmesini engellediği vurgulanmaktadır. Bu suçlardaki artış dikkate alındığında kriminologların geleneksel yaklaşımlarını gözden geçirmek zorunda oldukları ve insanlığa karşı suçlar da dâhil olmak üzere uluslararası suçlar alanındaki kriminoloji literatürü ve araştırmalarının bu eğilimde olduğu görülmektedir.⁴⁸

Uluslararası suç örneklerinden olan saldırı suçu için de benzer yorumlar getirilmektedir. Bu suçun incelenmesi, eleştirel kriminolojinin öncüllerinin mükemmel bir örneği olarak sunulmaktadır ve bu nedenle, şu anda tipikleştirildiği şekliyle saldırı suçunun, saldırı suçunu işlemeye fiilen muktedir olan güçleri suç/suçlu saymadığı hipotezini doğrulamaktadır, dolayısıyla bu suçun önlenmesi ve cezalandırılması için gösterilen çabalar hiçbir şekilde etkili olmayacaktır.⁴⁹ Bu eleştiriler genel olarak uluslararası ceza hukukuna ve özelde Uluslararası Ceza Mahkemesine yöneltilen eleştirilerle örtüşmektedir. Saldırı suçunu Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine dâhil eden temel karar dahi eleştirilmektedir. Saldırı suçunun çerçevesi ve bu suç üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin koşullar konusunda uzlaşma sağlanmadığı sürece beklenmesi makul görülmüştür.⁵⁰

Kendine ait bir polis gücü bulunmadığından UCM, emirlerinin uygulanması için devletlerin iş birliğine ihtiyaç duymaktadır ve tutuklama emirlerinin yerine getirilmesi için tamamen devletlere bağımlı durumdadır. Dolayısıyla UCM'nin tutuklama emirlerine konu olan bazı şüpheliler, uluslararası toplumun uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünü tesis etme girişimlerine meydan okuyarak, yıllarca tutuklanmaktan başarıyla kurtulmuştur. Bu kişilerin adalet önüne çıkarılmasına yönelik siyasi irade önemle vurgulanmaktadır.⁵¹ Temmuz 2020 itibarıyla Mahkemenin 14 olağanüstü tutuklama emri ve sanıkların Kuzey ve Sahra altı Afrika ülkelerinden gelmesi, bu iddianamelerin ve tutuklama emirlerinin büyük çoğunluğunun 2000'li yılların başlarından ortalarına kadar yayınlanması UCM'nin genel olarak sanıkları hızlı bir şekilde yakalama konusunda zayıf olduğuna örnek olarak gösterilmiştir.⁵²

kapsayan Marksist kuramın ötesinde bir yaklaşım geliştirilmiştir. Ronald L. Akers, *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, s. 175-176.

⁴⁸ Mohammad Ali Haji Dehabadi vd., "Theoretical Analysis of Crimes against Humanity in Light of Criminology", *International Journal of Humanities and Cultural Studies*, 3/2 (2016), s. 478.

⁴⁹ Aroa Ruiz Martínez, "Criminology of International Crimes: A Revision of the Crime of Aggression from a Critical Criminology Perspective", *E-ciències jurídiques*, 1, 2017, s. 8.

⁵⁰ Andreas Paulus, "Second Thoughts on the Crime of Aggression", *The European Journal of International Law*, 20/4 (2009), s. 1119. Claus Krefß aynı sayıda yer alan "Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus" başlıklı çalışmasında Paulus'a yanıt vermiştir. Paulus'un çok aceleci karar verilmemesi konusundaki uyarısına, "çok daha fazla araştırmaya ihtiyaç olduğu" ve "uluslararası toplum içinde jus ad bellum meselelerine ilişkin anlaşmazlık devam ettiği sürece, saldırı suçu konusunda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yargı yetkisi vermenin zamanı gelmeyebileceği" görüşlerine katılmadığını belirterek anlaşmazlığın uzun yıllar boyunca ortadan kalkmasının pek mümkün görünmediğini ve bunun güç kullanımı konusunda kalıcı bir cezasızlığa neden olacağını ifade etmiştir. 21. Dipnotta açıklandığı üzere saldırı suçu 2010 itibarıyla tanımlanmıştır.

⁵¹ Sang-Hyun Song, *The Role of the International Criminal Court in Ending Impunity and Establishing the Rule of Law*, *Delivering Justice*, 4/ XLIX (2012).

⁵² Octavio Vega, "Beyond Justice's Reach, Part 1: The Limits of the International Criminal Court", *Harvard International Review* (25 September 2020).

Kitlesel şiddetin gerçekleştiği ortamı ve koşulları sağlayan siyasi, sosyal ve ekonomik yapılar gibi daha geniş sistemik etkenleri içerebilecek şekilde bağlamın genişletilmesini gerektiren tarihsel gerçekliği sunmak cezai sorumluluğu tesis etmekle çalışmaktadır. Yasal ana yönelim, olayları tekil olaylara, somut davranışlara ve aleyhine delil bulunan failere indirgemeyi amaçlamaktadır. Yargılamanın kapsamı ne kadar genişlerse, durumun sanık sandalyesindeki bireyin sorumluluğu açısından kavranması da o kadar karmaşık hale gelmektedir. Davalar, uluslararası suçların “en çok sorumlu” küçük bir grup tarafından işlendiğini ortaya koymaktadır fakat tarihsel olarak bu eylemlerin yaygın bir halk desteğine sahip olduğunu belirtmek daha doğru bir açıklama olarak görülmektedir.⁵³ Mahkeme, iddianamelerinde failerin meşruiyetinin sorgulanmasını sağlayarak barışa katkı sunabilir ancak bu oldukça öngörülemez bir durumdur. Bir uluslararası suç faili mahkeme soruşturmasına karşın destek almaya devam edebilmektedir.⁵⁴

Uluslararası ceza adaletine yönelik galibin adaleti olarak değerlendirilen seçicilik eleştirileri, Mahkemenin savcılık makamının Afrika’ya odaklanmasını uluslararası ceza hukukunun içindeki ırksal önyargının kanıtı olarak gören modern eleştirilerle birleşmektedir.⁵⁵ Özellikle uluslararası ceza hukuku ile ilgili radikal eleştiriler, onun hâkim küresel (veya yerel) jeopolitik, ekonomik ve sosyo-kültürel güç yapılarıyla olan bağlantılarını ve mevcut düzendeki adaletsizlikleri ve eşitsizlikleri düzeltmekten ziyade sürdürmedeki rolünü açığa çıkarmaya çalışmaktadır. Mahkemeler, ilan ettikleri ilkeler doğrultusunda iç mücadelelerin üstesinden gelerek ve hegemonik yapılara meydan okuyarak eleştirilerden kaçınabilir. UCM de Afrika isyan mahkemesi etiketinden, Afganistan, Ukrayna ve büyük güçlerin gölgesinde kalan diğer yerlerde soruşturmaya devam ederek sıyrılmaya çalışabilecektir.⁵⁶

Uluslararası ceza adaleti kurumlarının, suç ve adalete ilişkin temel felsefe, cezalandırma gerekçeleri ve suç kontrol kuramları gibi temel kavramları, kavramsal ve yapısal konuları yeterince dikkate almadan yerel düzeyden uluslararası düzeye nakletmesi temel bir eleştiridir. Ulusal ceza adaleti anlayışları uluslararası suçu açıklamaya uygun bulunmamakta ve kuramsal olarak uluslararası ceza adaletine özgü sayısız etkeni açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu eleştiriye göre, kriminoloji henüz uluslararası ceza adaletini tam olarak keşfetmemiştir. Uluslararası suç ve adalet hakkındaki mevcut araştırmaların çoğu uluslararası hukuk veya uluslararası ilişkiler bakışıyla ele alınmaktadır.⁵⁷ Bu eleştiri çalışma içerisinde yer verilen kuramsal yaklaşımlarda da görülmektedir.

Kriminolojide uluslararası suçları ihmal konusundaki benzer durum soykırım suçu için de söz konusudur. İçerik analizleri, kriminoloji disiplininin soykırım suçunu akademik ilgiye değer bir suç olarak tanımlama konusundaki isteksizliğini de göstermektedir. Alıntılanan

⁵³ Marieke de Hoon, "The Future of the International Criminal Court. On Critique, Legalism and Strengthening the icc's Legitimacy", *International Criminal Law Review* 17/4 (2017), s. 591-614.

⁵⁴ Catherine Gegout, "The International Criminal Court: Limits, Potential and Conditions for the Promotion of Justice and Peace", *Third World Quarterly*, 34/5 (2013), s. 810.

⁵⁵ Marco Vöhringer, "Critiques of International Criminal Law Revisited in the Light of the Rome Statute: What More Can We Do?", *Völkerrechtsblog* (10.01.2022).

⁵⁶ Sergey Vasiliev, "The Crises and Critiques of International Criminal Justice", *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Kevin Jon Heller vd.), Oxford Handbooks, 2020, s. 23, 45.

⁵⁷ Willem de Lint, Marinella Marmo ve Nerida Chazal, *Criminal Justice in International Society*, Routledge, 2014, s. 6.

çalışma 1990-1998 yılları arasında Amerikan Kriminoloji Derneğinin yıllık toplantılarında soykırımsal davranışlarla ilgili sunumları incelemiştir. Mevcut bulgular, soykırım çalışmalarının kriminoloji disiplini tarafından göz ardı edildiği iddiasını desteklemektedir. Bazı yazarlar mevcut analizi, bariz olanın yeniden ifade edilmesi olarak görse de, insanlığa karşı en tehlikeli suçun, “suç” çalışmasına ve muhtemelen bu suçların azaltılmasına adanmış olanlar tarafından neredeyse göz ardı edildiği gerçeğinin devam ettiği vurgulanmıştır. Buna göre kendini kriminoloji disiplinine adanmış akademisyenler, soykırımsal davranış ve daha genel olarak uluslararası suç çalışmalarını çağdaş toplum için önemsizmiş gibi ele almıştır. Bu ihmalin açıklanması kriminoloji disiplininin hem yerleşik odak noktası hem de gelecekteki yönü hakkında fikir verecektir. Akademisyenler geleneksel olarak ana akım kriminoloji ile ilgilenmişlerdir. Oysa kriminoloji disiplini de uluslararası suç araştırmalarından yararlanabilecektir.⁵⁸ Karmaşık ilişkinin zorluğundan karşılıklı kazanımlara odaklanmaya çağıran bir eğilim oluşmuştur.

Soykırımın kriminolojik incelemesi için sunulan argümanlar arasında soykırım suçunun ölümcül boyutunun kriminolojik dikkat gerektirdiği, kriminologların trajik ve korkunç durumları incelemeye alışkın olmaları ve bu nedenle soykırımın dehşetini incelerken nesnelliklerini koruyabilecekleri ve bir disiplin olarak kriminolojinin soykırım konusuyla ilgilenmekten fayda sağlayabileceği yer almaktadır. Bu argümanlar içgözlemden-düşünümsellik (reflexivity)⁵⁹ yoksun oldukları için problemleri görülmektedir. Kriminolojinin düşünümselliği benimsemesi gereklidir, böylece kriminoloji modernite ile olan mimetik ilişkisinin üstesinden gelebilecek ve ayrıca kurumsallaşmış güç ilişkileri bağlamlarının ve dışlama kalıplarının -özellikle devlet tarafından tesis edilen suç ve suçluluk kavramlarının- soruları potansiyel olarak nasıl şekillendirdiğini dikkate alabilecektir. Böylelikle eleştirel yaklaşımlar gerekli görülmüştür.⁶⁰

Herhangi bir cinayet de, genel olarak savaş da insanları öldürmektedir. Bu nedenle, bireylerin cinayet işleme sebepleri ve kimi öldürdükleri kadar ulusların savaş nedenleri ve kurbanlarının kimler olduğu da kriminolojik soruşturmanın merkezinde yer alabilecektir. Bu çerçevede imparatorluğun kriminolojisi örneklenmiştir. Ulus devletlerin pozitif hukukuna dayandırılmayan bu yaklaşım, devletlerin tipik olarak işledikleri zararları suç saymamasına ve imparatorluğun zararlarının ulusal yasaların büyük ölçüde işlemediği uluslararası ilişkiler arenasında meydana gelmesine odaklanmıştır. Uluslararası arenayı yöneten baskın düzenlemeler; BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve bunlardan kaynaklanan temel sözleşmeler ve antlaşmalar ile uluslararası teamül hukukudur. Bu görüşe mevcut düzenlemeler ne kadar önemli olsa da, imparatorluktan kaynaklanan zararların ne zaman kusurlu sapkınlık biçimleri oluşturduğunu belirlemek kolay olmamaktadır.⁶¹ Dolayısıyla uluslararası hukukun, siyasi çıkar

⁵⁸ George S. Yacoubian, Jr., “The (in)significance of genocidal behavior to the discipline of criminology”, *Crime, Law & Social Change*, 34 (2000).

⁵⁹ Düşünümsellik, “araştırmacıların öznelliklerinin ve bağlamlarının araştırma süreçlerini nasıl etkilediğini bilinçli olarak eleştirdiği, değerlendirdiği ve değerlendirdiği bir dizi sürekli, işbirlikçi ve çok yönlü uygulamalar” olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca bkz: Olmos-Vega vd., “A practical guide to reflexivity in qualitative research: AMEE Guide No. 149”, *Medical Teacher*, 45/3 (2023) s. 241-251.

⁶⁰ Andrew Woolford, “Making Genocide Unthinkable: Three Guidelines for a Critical Criminology of Genocide”, *Critical Criminology*, 14 (2006), s. 88, 92.

⁶¹ Raymond Michalowski, “Power, crime and criminology in the new imperial age”, *Crime, Law and Social Change*, 51 (2009), s. 319.

ve tercihler için bir araç olduğu düşüncesi, belirsiz bir yapıda olduğu görüşü ve güç ilişkilerinin kurulmasındaki rolü⁶² kriminolojinin uluslararası suçları, bu örnekte savaş suçlarını değerlendirememesi için bir diğer etken olarak görülebilir.

Bu noktada uluslararası hukuk bakış açısıyla bir değerlendirme yapılabilir. Uluslararası hukukta devletlerin rızası doğrultusunda neredeyse yalnızca yazılı hukuka dayanan, temelde hukukun ne olması gerektiğinden çok ne olduğunu araştıran olgucu (pozitivist) yaklaşım sınırlayıcı bir bakış sunmaktadır.⁶³ Dolayısıyla yalnızca kriminoloji tarafından değil uluslararası hukuk açısından da katı anlayışların iş birliğine engel olabileceği varsayılabilir. Bununla birlikte uluslararası hukukta daha esnek bir yaklaşımı savunan görüşlere göre uluslararası hukuk özelleşmekte ve demokratikleşmektedir. Küreselleşmenin getirdiği ögelerle güçlenen değişim neticesinde paradigma, egemenliği temel alan uluslararası yasal sistemden resmi olmayan, ulusaşırı, devlet dışı yasal düzene kaymaktadır.⁶⁴ Uluslararası hukukta disiplinlerarası iş birliklerine yönelik eğilim, sınırları aşan konuların, tanımlanması kapsamının belirlenmesi tartışmalı kavramların, devlet merkezli hukuk ve devletin belirleyici aktör konumunun sarsıldığına ilişkin görüşlerin artışıyla daha çok gündeme gelmektedir.⁶⁵ Uluslararası hukukun genişleyen ve artık ayrı dallar olarak çalışılan; uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası çevre hukuku, uluslararası ceza hukuku, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası davalar, uluslararası tahkim, uluslararası ticaret ve uluslararası yatırımlar gibi alanlar ve bu alanlarla bağlı gelişen alt dallar uluslararası hukuktaki disiplinlerarası ihtiyacı tetikleyecektir.

Tüm bunlardan hareketle kriminoloji bakış açısıyla ve uluslararası toplumun tepkisi açısından da 1940'lerden 1990'lara kadar soykırım, kitlesel vahşet veya savaş suçlarının açıklanmasına neredeyse hiç katkı yapılmaması dikkat çekicidir. Srebrenica ve Ruanda'daki kitlesel vahşet bile neredeyse fark edilmemiştir, ancak milenyumdan bu yana bu durum açıkça değişmeye başlamıştır. Bunun dışında, daha önce belirtildiği gibi yirminci yüzyılın büyük bir bölümünde meydana gelen -uluslararası toplumun dikkatini daha çok çeken- uluslararası suçlar, uluslararası hukukun ihlali olmasına rağmen, ulusal yargı mercileri veya uluslararası mahkemeler tarafından ne kovuşturulmuş ne de cezalandırılmıştır. Cezalandırılmayan veya cezalandırılmayacak olan davranışlar, kriminolojinin ilgi alanına da girememiştir. Bu açıdan, Roma Statüsü'nün imzalanmasından sonra ulus-üstü kriminoloji üzerine yayınların sayısının keskin bir şekilde artması şaşırtıcı bulunmamıştır. Günümüzde bile ulus-üstü kriminoloji, yalnızca uluslararası ceza hukukunun ihlali olarak tanımlanabilecek bu tür davranışlara -kriminolojinin suç

⁶² Remi Bachand ve Thierry Lapointe, "Beyond Presentism: Rethinking the Enduring Co-constitutive Relationships between International Law and International Relations", *Inter-national Political Sociology*, 4/3 (2010), s. 271-273.

⁶³ Brendon Howe, "Law and Intervention", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 4 (2008), s. 13.

⁶⁴ İlhami Alkan Olsson, "Four Competing Approaches to International Soft Law", *Scandinavian Studies in Law*, 58 (2013), s. 176-196.

⁶⁵ Cansu Atılgan Pazvantoğlu, "Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 27/2 (2021), s. 1150.

veya sapkınlığın bir şekilde pozitivist tanımına açıkça güçlü bir şekilde bağlı olması nedeniyle soykırım, insanlığa karşı suçlar veya savaş suçlarına odaklanmaktadır.⁶⁶

Uluslararası ceza hukuku kovuşturmalarına yönelik eleştirilerle güçlenen, uluslararası toplumun, kitlesel şiddet suçlarını, bir kitlesel şiddet kriminolojisi geliştirmeden kovuşturduğuna yönelik görüşler, iddialarını uluslararası ceza hukukunun gerçekte kendi işleyiş nedenine sahip olmaması, alanın göreceli gençliği ve görevini ne kadar acil bir şekilde üstlendiğiyle temellendirmektedir. Yararlı ve yapılandırmacı sonuçlara yol açabilecek kurumların en iyi nasıl inşa edileceğine dair uygulamalı reçetelerle birlikte, kitlesel şiddet için kriminolojiyi temellendirebilecek deneysel çalışmalara ihtiyaç olduğu düşünüldüğünde bu ilgisizlik hayal kırıklığı yaratmaktadır.⁶⁷ Uluslararası mahkemelerle ilişkili kriminolojik bir alt yapı sunmak adına irdemeler yapılırken uluslararası-laştırılmış mahkemelerin amaçlarında başarılı olup olmadıkları, barışın sağlanmasının mümkün olup olmadığı ve bunun ne ölçüde bu mahkemelere atfedilebileceği, bu mahkemelerin verimli çalışıp çalışmadığı, kovuşturma politikalarının neler olduğu ve bunun en adil, etkili ve verimli politika olup olmadığı sorulması gereken sorular olarak sıralanmaktadır.⁶⁸

Kriminolojinin uluslararası suçları ihmalinin temel kurumsal, entelektüel ve coğrafi meselelerle ilgili olduğu düşünülebilir. Ana akım (Batı) kriminolojide devlet suçlarını araştırmak için finansmanın daha önce kıt olması ve (Batılı) kriminologların genellikle normatif suçlar ve yerel suçlarla ilgili kendi yerel kaygılarıyla meşgul oldukları bilinmektedir. Bir diğer önemli nokta, örneğin soykırım çalışmalarını ele alacak tarihsel, kültürel ve coğrafi bilgidен yoksun olunmasıdır, bu durum akademik müfredata da yansımaktadır. Soykırım kurbanlarının deneyimlerine, seslerine ve görünürlüklerine odaklanmanın artan önemi göz önüne alındığında, artık dikkati soykırım suç eyleminden uzaklaştırıp yirmi birinci yüzyılda soykırım davranışının kurbanlarına baktığımızı da düşünürsek mevcut ilgisizliğin başka ve daha karmaşık yönlerini de görebiliriz.⁶⁹ İnsancıl hukukun gelişimi uluslararası alandaki bu dönüşümü açıklamak için önemli bir örnektir. Gelişiminde mağdur odaklı ve insani kaygıları merkeze alan bir seyir izlenmiş, savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin düzenlemelerle savaş ve silahlı çatışma kuralları mağdurlara yönelerek bir yardım hukuku çatısına evrilmiştir.⁷⁰

Daha çok ulusal düzeyde analiz edilen kriminoloji öğelerinin uluslararası alana taşındığında karşılıklı olarak fayda sağlanacağını ileri süren görüşler bağlam ve ölçek bağımsızlığı önerisini sunmaktadır. Aynı olayın farklı türleri arasında, örneğin, meyhane kavgalarındaki şiddet ve etnik gruplar arasındaki şiddet, yerel ile küresel arasında ve mikro ve makro bağlamlar arasında veya şirketler ve milisler gibi farklı aktör türleri arasında yaşanan örnekler birlikte ele

⁶⁶ Stefan Harrendorf, "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?", *Journal of International Criminal Justice*, 12 (2014), s. 232-234, 251.

⁶⁷ Mark A. Drumbl, "Toward a Criminology of International Crime", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19:1 (2003), s. 269, 278, 281.

⁶⁸ Alette Smeulers ve Roelof Haveman, "International Crimes and Criminology: An Agenda for Future Research", *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes* (Alette Smeulers & Roelof Haveman), Antwerp: Intersentia, 2008, s. 512.

⁶⁹ Ross McGarry ve Sandra Walklate, *The 'Forgotten Criminology of Genocide'?*, Bristol University Press, 2019, s. 66, 77.

⁷⁰ Françoise Bouchet-Saulnier, *İnsancıl Hukuk Sözlüğü*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2022, s. 292.

alınabilecektir. Sıralama önerisiyle de “olayların akışına” odaklanmak ve özgün dinamiklerin takip edilmesi sunulmaktadır. Kriminoloji ölçeğini küçük dünyalardan daha büyük dünyalara taşınabilecek ve tekrar geri getirebilecektir, bu verimli bir strateji olarak görülmüştür. Ölçek yükseltirken, daha büyük topluluklar ve aşırı şiddet için ağların, ailelerin ve mahallelerin mikro bağlamlarından çok şey öğrenilebilecektir. Ölçek küçültüldüğünde ise, çeteler ve şiddetle dolu mahallelerin sorunlarını ele almak için çatışma bölgeleri ve şiddet yüklü toplumlardan çok şey derlenebilecektir.⁷¹

Geleneksel uluslararası hukukta suçluluk (criminality) kavramı yer bulmamıştır. Bununla birlikte, bu sistem bile, en az bir suçlu sınıfına, yani hostis humani generis (tüm insanlığın düşmanı) olarak, suçu sıklıkla uluslararası bir suç olarak tanımlanan korsana ilişkindir.⁷² Uluslararası suç faili, tanımlanan diğer uluslararası suçlarda karmaşılaşmaktadır. Uluslararası suçlara kriminolojik bakışı güçleştiren bir öge olarak devletin rolü oldukça önemlidir. Uluslararası suçların devletle ilişkisi özellikle suç faillerinin tanımlaması açısından tartışmalara konu olmaktadır. Örneğin insanlığa karşı suçlar itaat suçu olarak görülmektedir. Yapısı bakımından kanun uygulayıcının devlet olduğu adi suçlardan ayrıldığı hatta birçok bakımdan bu suçlarla taban tabana zıt olduğu belirtilmektedir. Buna göre, bir suçun itaat suçu sayılabilmesi için doğrudan bir emirle işlenmesi gerekmemektedir, yetkililer tarafından suça izin verilmesi veya göz yumulması öne çıkmaktadır. Diğer bir deyişle failer davranışlarının üstleri tarafından kabul edilebilir olduğuna veya kendilerinden beklendiğine inanmaktadır. Bu durumun devleti de fail konumuna düşürdüğü tartışılmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası suçların faileri, ulusal anlayıştan farklı olarak sapkın davranışlardan ziyade itaatkâr ve uyumlu davranışlar sergilemektedir.⁷³

Milgram'ın “otoriteye itaati (obedience to authority)”, Kelman'ın “insanlıktan çıkarma (dehumanisation) süreci” gibi çalışmalarına ilişkin kriminolojik kuram “sorumluluğu reddetme”, “mağduru reddetme” ve “daha yüksek bağlılıklara başvurma” olarak karşımıza çıkmaktadır. Soykırım ve devlet suçlarının olağanüstü boyutları, suçların uygulanabilir hale gelmesi için son derece yoğun bir etkisizleştirmeyi gerektirmektedir. “Savaşılması”, “öldürülmesi” veya “yok edilmesi” gereken kişi veya gruplar siyasi düşman olarak ilan edilmekte, etkisizleştirilmektedir.⁷⁴ Kriminologlar, bu tür suçlar genellikle kitlesel şiddet bağlamında, devlet adına, bir grup içinde veya belirli bir hükümet veya askerileştirilmiş birim veya örgütün üyeleri tarafından işlendiği için, bu suçları devlet suçu, örgütsel suç veya siyasi suç olarak nitelendirme eğiliminde olmaktadır. Söz konusu suçlarda otorite yapısı tarafından desteklenen suç -itaat suçu- olarak görülmektedir ve bu gerçek, kriminolojik kuramın altında yatan tüm analitik

⁷¹ Susanne Karstedt, “Scaling criminology: From Street violence to atrocity crimes”, *Scaling criminology: From street violence to atrocity crimes, Regulatory Theory*, (Peter Drahos), ANU Press, 2017), s. 466-477.

⁷² John P. Grant ve J. Craig Barker, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, s. 292.

⁷³ Alette Smeulers ve Fred Grünfeld, *International Crimes and other Gross Human Rights Violations*, s. 99.

⁷⁴ Frank Neubacher, “How Can it Happen that Horrendous State Crimes are Perpetrated?, An Overview of Criminological Theories”, *Journal of International Criminal Justice*, 4/4 (2006), s. 792.

çerçeveyi alt üst etmektedir. Çünkü ana akım kriminoloji kanunları çiğneyen, kurallara uymayan sapkın insanları incelemektedir.⁷⁵

Çoğu kriminolog, geleneksel suç biçimlerine, bu tür suçları önleme çabalarına ve ceza adaleti sisteminin geleneksel sokak suçlarına verdiği tepkiye odaklanmaya devam etmektedir. Kriminolojide bir devletin cezai açıdan sorumlu olduğu fikri ciddi bir dirençle karşılanmaktadır. Devlet suçlarına ilişkin bir kriminoloji, uluslararası suçlarla ilgili fark ve benzerliklere, geleneksel suçlar yelpazesi ve bu suçların kontrolü hakkında üretilen bilginin devlet suçlarına ve bu tür suçların kontrolüne nasıl uygulandığını (veya uygulanmadığını) sistematik olarak araştırmalıdır.⁷⁶ Bununla birlikte devletin denkleme olmadığı durumlarda da karmaşa devam edecektir. Vahşet suçlarının⁷⁷ devlet eliyle değil devlet-dışı ögelerin stratejilerinin bir parçası olarak işlendiği durumlarda hem bu aktörlere karşı yaptırım uygulamak hem de onları uzlaşma noktasına getirmek oldukça zor olabilmektedir. Örneğin vahşet suçlarını işleyen esas aktör bir terör örgütü olduğunda odak terörle mücadeleye kaymaktadır. Bu da ilgili nüfusların korunmasının esas öncelik olmasının önüne geçmekte ve hatta teröre karşı savaşan tarafların da zaman zaman savaş suçları gibi suçları işlemesiyle sonuçlanabilmektedir.⁷⁸ Kuralların uygulanması konusunda hal böyleyken kriminolojik yaklaşımlarla suçların itici gücüne ve diğer ögelere ilişkin bir değerlendirme yapabilmek gittikçe zorlaşacaktır.

IV. ULUSLARARASI SUÇLAR ÇERÇEVESİNDE KRİMİNOLOJİYE İLİŞKİN KURAMSAL TARTIŞMALAR

Kriminoloji de diğer birçok alanda olduğu gibi kuramsal zeminini oluştururken bir dizi tartışma yaşamış ve hâlihazırda yaşamaktadır. Kriminolojideki bölünmenin derin kökleri olduğu için kolayca çözülemeyeceğini öne süren görüşler, bu bölünmenin, suçun, insanların, toplumun ve gerçekliğin doğası hakkında kriminologların yaptıkları farklı varsayımlara dayandığını söylemektedir. Bu varsayımlar, suç olarak görülen eylemlerin türleri, nedenleri, yöntemler ve suç kontrolü için öneriler üzerinde temel etkiye sahip olmaktadır. Kriminolojideki mevcut kuramların her birinin suçu açıklamaya katkısı olduğu kabul edilmekle birlikte suçun tam olarak açıklanabilmesi için bu kuramların temel içgörülerini bütünleştirmenin ve mevcut olanların üzerine inşa etmenin bir yolunun bulunması gerekliliği dile getirilmektedir.⁷⁹

Geleneksel kriminolojik araştırmaların, çoğunlukla, belirli bir çözümleme düzeyine hitap eden kuramlar ürettiği bilinmektedir. Organizasyonlar, dış hızlandırıcı koşullar gibi ögelerin yalnızca bireysel düzeydeki süreçlerini açıklayan kuramlar, uluslararası suçların

⁷⁵ Alette Smeulers, "Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology", *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, (Alette Smeulers ve Roelof Haveman), Antwer: Intersentia, 2008, s. 233, 236.

⁷⁶ Dawn L. Rothe ve David O. Friedrichs, "The State of the Criminology of Crimes of the State", s. 156.

⁷⁷ Alıntılanan çalışmada koruma sorumluluğunun kapsamını oluşturan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve etnik temizlik suçlarını ifade etmek üzere kullanılmıştır.

⁷⁸ Pınar Gözen Ercan, "Uluslararası Hukuk ve Siyaset Etkileşiminde Koruma Sorumluluğunun Dönüşümü ve Uygulamaları", *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası İlişkiler: Disiplinlerarası Yaklaşımlar*, (Cansu Atılğan Pazvantoğlu), Yetkin Yayınları, 2023, s. 229.

⁷⁹ Robert Agnew, "Toward a Unified Criminology: Integrating Assumptions about Crime", *People and Society: A Unified Criminology*, NYU Press, 2011, s. 191, 192, 202.

karmaşıklığını gözden kaçırmaya mahkûm olarak görülmüştür. Bu yaklaşım, zaman-mekân, tarih, kültür, politika, ideoloji ve ekonomi gibi birçok faktör tarafından şekillendirilen karmaşık görüngülerin çözümlemesinin, yapısal unsurlardan bireylere kadar tüm analiz seviyelerini ele alan bütünlüğe bir model içermesi görüşüyle desteklenmektedir. Bu görüşe göre bir disiplin olarak kriminoloji, insanların işlediği en kötü suçları açıklayamıyorsa, belirtilen gündemi yerine getirmiyor demektir, bununla birlikte bu suçlara kriminolojik kuram uygulayarak, hem bu olayların etiyojisini daha iyi anlayabiliriz hem de gelecekteki vahşeti azaltmak veya ortadan kaldırmak için potansiyel denetim yöntemlerini daha iyi değerlendirebiliriz.⁸⁰

Kriminolojide tarihsel süreçte yapılan onlarca yıllık çalışmanın, sokak suçları ve suçluğa ilişkin önemli ölçüde anlayış sağladığı ancak bu bilginin ulus-ötesi ve uluslararası suçlara doğrudan uygulanıp uygulanmadığı belirgin değildir. Pozitivizm, işlevselcilik, etiketleme kuramı ve çatışma kuramı dâhil olmak üzere birçok standart kriminolojik kuram, uluslararası suçların siyasi amaçlı şiddetini açıklamak için uyarlanabilecektir. Öte yandan, çoğunlukla yoksun bırakılan suçlular üzerinde yapılan çalışmalarla geliştirilen bu kuramlar, ulus-ötesi organize suçları, özellikle de hızlı büyümelerini açıklamakta pek başarılı olamamaktadır. Açıklamalar daha çok dünya ticaretinin ve göçün muazzam oranda genişlemesi ve yeni teknolojilerin ve elektronik iletişimin patlamasıyla birlikte küreselleşmenin artması çerçevesinde yapılmaktadır.⁸¹ Uluslararası suçlar için farklı kuramları ve açıklayıcı değişkenleri, ilkesel olarak tüm olası etkileri dikkate alan çok faktörlü bir kuramsal modelde birleştirmek mümkün görülmektedir. Böyle bir model, zorunlu olarak durumsal yönleri de dikkate almak zorunda olacaktır. Bunu yaparken, böyle bir kuramın kriminoloji alanı dışında, özellikle de sosyal psikologlar ve tarihçiler tarafından üretilmiş araştırma sonuçlarını da içermesi gerekmektedir.⁸² Elbette tüm bu farklı alanlarla etkileşim disiplinlerarası çalışmaların popülerliği içinde olumsuz bir seyir de izleyebilir. Disiplinlerarası çalışmalar “parçaları birleştirmek üzere derinleşmek yerine, yüzeydeki parçalar arasında kurulacak bağlantılarla hızlıca kesin sonuçlara varma aracına dönüşmemelidir”.⁸³

Kriminoloji, hem metodolojik olarak sağlam yöntemler ve araçlar hem de uluslararası suçları incelemek için yararlı bir kuramsal çerçeve sağlayabilecektir. Ana akım kriminoloji için uluslararası suçları incelemek ilgi çekici bir meydan okuma olarak da görülebilir, yasalara uyan pek çok vatandaşın ciddi suçlar işlemeye karışması ilgi çekicidir. Ana akım kriminoloji, uluslararası suçların etiyojisini incelerken kuramlarının sağlamlığını ve geçerliliğini test edebilir ve bu durum kriminoloji için yeni bir itici güç olabilir. Uluslararası ceza hukukunun son yıllarda artan oranda olgunlaşması karşısında kriminolojinin geride kalmaması gerekliliği de açıktır. Ulus-üstü kriminolojiyi uluslararası suçların kriminolojisi olarak görerek, kendisini kelimenin

⁸⁰ Dawn L. Rothe ve Christopher W. Mullins, “Toward a Criminology of International Criminal Law: An Integrated Theory of International Criminal Violations”, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 33/1 (2009)s. 99, 115.

⁸¹ Natarajan, Mangai, *International Crime and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s.1-2.

⁸² Stefan Harrendorf, “How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?”, s. 251.

⁸³ Derya Aydın Okur, “Uluslararası İlişkiler ile Uluslararası Hukukun 'Uzak Yan Yanalığı' ve Disiplinlerarasılık Meselesi”, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası İlişkiler: Disiplinlerarası Yaklaşımlar*, (Cansu Atılğan Pazvantoglu), Yetkin Yayınları, 2023, s. 42.

geniş anlamıyla uluslararası suçları incelemekle sınırlaması gerektiği de öneriler arasındadır.⁸⁴ Örneğin, soykırım nedenselliği üzerine kuram geliştirmek, gerçekten de geleneksel kriminolojik kuramın gelişimine katkıda bulunabilir. Ayrıca, hüküm giymiş soykırım faileri cezalandırılacak ve aciz bırakılacak, bu da ıslah ve ceza teorisindeki bilgileri ilerletebilecektir. Soykırım davranışını kriminolojik bilimsel araştırmadan çıkarmak kriminoloji disiplini, kullanılan bir ceza adaleti araştırması kaynağından da mahrum edecektir.⁸⁵ Akademisyenlerin güvenilir metodolojik araç ve gereçler geliştirmeleri ve bu araçları düzenli olarak test etmeleri gerekmektedir. Test edilebilir hipotezlere çevrilebilecek açıklayıcı kuramlar geliştirilmelidir. Bu görüşe göre mevcut kriminolojik kuramlar açısından bu kuramların uluslararası suçların etiyolojisini açıklamaya ne ölçüde yardımcı olabileceği test edilerek yeni araştırma alanları keşfedilmelidir. Dolayısıyla uluslararası suçlarla ilgili araştırmaların hangi kriminolojik geleneklere yerleştirilebileceği, ana akım kriminolojiden hangi kuramların uluslararası suçların yaygınlığına veya nedenlerine yanıt verebileceği, uluslararası suç olgusunun nasıl açıklanabileceğine yönelik sorular önem kazanmaktadır.⁸⁶

19. yüzyılın ilk yarısına dayanan karşılaştırmalı analizlerin başlangıcından bu yana kriminolojinin bir yandan naif veri toplama ile diğer yandan kriminolojik kuramları test etmek için karşılaştırmalı verileri kullanmaya yönelik tüm girişimleri reddetme arasında gidip gelmesi, bilgiyi ilerletmek için kötü tasarlanmış araçlar olarak görülmüştür. Başlangıcından bu yana karşılaştırmalı kriminoloji, suç ve ceza adaleti hakkında geçerli uluslararası verilerin eksikliğinden muzdarip olmuştur. Birkaç on yıl boyunca, yeni veri toplama yoluyla uluslararası karşılaştırmaları iyileştirmek için çaba gösterildiği de açıktır.⁸⁷ Tüm bu kuramlar ve modeller ayrıca algılanabilecek en üst seviye olası etkileşim sayısını göz önünde bulundurmamak ve davranışın, kişisel ve sosyal denetimlerin gelişimiyle rastgele bir bileşeni bütünleştirmek konusundaki zorluklarla da baş etmek durumundadır.⁸⁸

⁸⁴ Alette Smeulers ve Roelof Haveman, *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, s. 487-488.

⁸⁵ George S. Yacoubian, Jr., "The (in)significance of genocidal behavior to the discipline of criminology", 7-19

⁸⁶ Alette Smeulers ve Roelof Haveman, *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, s. 511-512.

⁸⁷ Marcelo F. Aebi, Martin Killias ve Cynthia Tavares. "Comparing Crime Rates : the International Crime (Victim) Survey", *The European Sourcebook Of Crime And Criminal Justice Statistics, and Interpol Statistics*, 2002, s.22.

⁸⁸ Rolf Loeber ve Brandon C. Welsh, *The Future of Criminology*, New York: Oxford University Press, 2012, s. 131.

NEDEN	AÇIKLAMA	KARŞI GÖRÜŞ
Ulus-üstü Ceza Hukuku'nun görece yeniliği	Suçların uluslararası hukukta tanımlanması, ancak ulusal hukukta nadiren uygulanması/Tanımların kısıtlayıcı biçimde yorumlanması: Örneğin; "yasa koyucu" "ulusal yasa koyucu"/Devletin suçu belirlemesi/ Uluslararası toplumun suçu belirlemesi/Uluslararası suçların kriminologların suç tanımının dışında kalması	Eski 'ulusal' suç kavramının yerini, uluslararası gelişmeleri kucaklayan yeni bir suç kavramının alması/Şiddet, cinayet, soykırım, hırsızlık, miadı dolmuş ilaçların veya kimyasal atıkların üçüncü dünyaya boşaltılması, insanlığa karşı suçlar, tecavüz, doğal varlıkların yasa dışı kullanımı, Afrika'daki kaynaklar veya savaş suçları hepsinin artık kriminoloji alanına dâhil edilebilir olması
Devletin uluslararası suçlara dâhil olması/yönlendirilmesi	Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırımın genellikle devletlerin bir miktar müdahalesiyle işlenmesi / Devletlerin failer haline gelmesi ve artık sadece suçu önleme ve cezalandırmaya çalışan otoriteler olmaması/"devlet suçu"nun anlam karmaşası (contradictio in terminis)/Devletin genellikle suçlu olması ve ihlal edilen normatif çerçevenin uluslararası çerçeve olmasının davranışa yönelik çalışmayı güçleştirmesi	İtaat suçları çerçevesinde bir inceleme Suçlu sapkın değil itaat eden ve konformist
Uluslararası Suçların karmaşık ve kavranması zor yapısı	Yerel düzeyde olduğu gibi, kriminologlar için suçun nedenlerini inceleme ve suçun işlenmesini önleme görevinin bu karmaşıklığı çözümlenememesi	Bu zorluk, ulus-üstü kriminoloji için bir meydan okuma
Diğer disiplinlerdeki literatür yoğunluğu	Kriminologların uluslararası suçlar için ekleyecekleri bir şey olmadığı düşüncesi	Kriminoloji, savaşları ve soykırımları inceleyen herkes arasındaki ara disiplin / Diğer disiplinlerin içgörülerini bir araya getiren bir disiplinlerarası arabulucu
Coğrafi Uzaklık	Amerikalı ve Avrupalı kriminologların ulusal - ve doğrudan temas edilen suçlarla meşgul olması Uluslararası suçların ana akım kriminologların yaşadıkları yerlerden uzakta işlenmesi	Araştırmacılar ve uygulayıcılar arasındaki mesafenin, Avrupa, Asya ve Afrika'da uluslararası mahkemelerin kurulmasıyla önemli ölçüde kapatılması Medyanın Etkisi
Metodolojik Sorunlar	Uluslararası suçların çözümlenmesinde geleneksel araştırma yöntemlerinin ancak sınırlı ölçüde kullanılabilmesi	Kriminolojik kuramların uluslararası suçlar için geçerli olup olmadıkları, geçerliyse ne ölçüde geçerli olduklarının incelenmesi

Tablo 1: Kriminolojinin Uluslararası Suçları Alan Dışına İtmesine Yönelik Argümanlar, Gerekçeler ve Karşı Görüşler⁸⁹

Tüm bu bilgilerden hareketle kriminolojinin uluslararası suçlara yönelik ihmalinin nedenleri yukarıdaki tabloyla özetlenebilir. Tabloda “Neden” başlığı altında kriminolojinin uluslararası suçları göz ardı etmelerinin ardında yatan argümanlar maddeler halinde sunulmuştur. “Açıklama” başlığı altında bu argümanlar detaylandırılmıştır. Bu nedenleri oluşturan öğeler yine maddeler halinde sıralanmıştır. “Karşı Görüş” başlığında ise, bu argümanların neden geçersiz olduğuna ve mevcut sorunların aslında ne şekilde ele alınması gerektiğine ilişkin görüşler kısaca belirtilmiştir. Araştırma boyunca başlıklandırılan ve detaylandırılan konular sınıflandırılmıştır. Çalışmanın sonuç kısmında bu bulgularla birlikte tartışılan literatür taraması uluslararası hukuk kapsamında yorumlanmıştır.

SONUÇ

Uluslararası hukuk ihlalleri neticesinde bireylerin cezai yargulamaya konu olabilmesine yönelik girişimler sonucu en ciddi uluslararası suçlar olarak nitelendirilen soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarının düzenlendiği Roma Statüsü ve yargılama ve kovuşturmayı yürüten Uluslararası Ceza Mahkemesi işleyişi uluslararası alandaki suç tanımlamaları ve kapsamı açısından önemli bir dönüm noktasına işaret etmektedir. Uluslararası ceza hukukunun ve Mahkemenin suçların cezasız kalmamasına ve önlenbilmesine yaptığı vurgu bu konuda yapılabileceklerin sorgulanmasına zemin hazırlamıştır. Bu çalışma, uluslararası suçlara ilişkin bu sorgulamada kriminolojinin yerini işaret ederek, alanların disiplinlerarası yaklaşımlarına vurgu yapan bir değerlendirme sunmuştur. Bireylerin uluslararası ceza hukukuna konu olmasıyla işledikleri suç ve suçlu konumlarına kriminolojik bir yaklaşımın her iki alan için kazanıma yönelik bir süreci işletebileceği görülmüştür. Bununla birlikte her iki alanın bu işbirliğine karşıt olarak neden olabileceği kısıtlar da ele alınmıştır. Çalışmadaki literatür incelemesiyle birlikte kriminolojinin uzun yıllar uluslararası suçları göz ardı ettiği teyit edilse de bu eğilimin değiştiği ve dönüştüğü de açıklanmıştır.

Kriminoloji sözcük kökeniyle birlikte “suç” kavramını ele alırken sonuçtan çok sürece odaklanmaktadır. Kriminolojinin bu özelliği daha çok sonuç odaklı ele alınan uluslararası suçlara, özellikle kök nedenlerinin sorgulanması açısından fayda sağlayabilecektir. Çalışmada sınırlandırılan uluslararası suçların dışında ulus-ötesi ve sınıraşan uluslararası suçların karmaşıklığı bir kısıt olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu çeşitliliği de gittikçe artmaktadır, çalışmada eko-küresel kriminoloji bu kapsamda örneklenmiştir. Mevcut, sınırları büyük çabalarla korumaya çalışılan uluslararası suçların dahi çerçevesinin genişletilebileceğine ilişkin görüşler olduğu düşünüldüğünde kriminolojinin bu karmaşık yapıya daha detaylı, esnek ve var olan bakış açısını sorgular biçimde eleştirel yaklaşması gerektiği açıktır. Disiplinlerarası değerlendirmenin kaçınılmaz olduğu uluslararası suçlar ve kriminoloji etkileşiminde, kriminolojinin diğer birçok alanla kesişim noktaları bulunduğu ifade edilmiş ve disiplinlerarası çalışmaların artan popülaritesi çerçevesinde araştırmaların yüzeysel kalmaması gerekliliğine dikkat çekilmiştir.

⁸⁹ Alette Smeulers ve Roelof Haveman, *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, s. 6-12’de yer alan bilgiler tablolaştırılarak ve yorumlanarak sunulmuş, genel değerlendirme yapılmıştır.

Uluslararası suçlarda devletin etkinliği de kriminolojik yaklaşımlarda bir kafa karışıklığına yol açmaktadır. Suçun kökenleri sorgulanırken bireylerin eğilimleriyle sınırlı tutulan geleneksel yaklaşımlar karşısında devlet desteği ve aktör genişlemesi kriminolojik değerlendirmelerin önünde bir kısıt olarak görülmüştür. Bununla birlikte genel olarak uluslararası ceza sistemine yönelik eleştiriler, hâlihazırda ve –yine devlet davranışlarına bağlı olarak- cezalandırma ve kovuşturmaların yapılmadığına ilişkin görüşler kriminolojinin uluslararası suçları ihmaline yönelik bir gerekçe olarak sunulmaktadır. Bu noktada uluslararası hukuk kanadından da bir değerlendirme gerekli görülmüştür. Yine her iki alanın pozitivist yaklaşımlarının bir kısıt olarak görülebileceği, her iki alanda uluslararası gelişmelerle birlikte katı anlayıştan uzaklaşan bir eğilimin olduğu ve bu eğilimlerin işbirliğini kolaylaştırabileceği açıklanmıştır. Bir diğer kısıt tarihsel süreçte araştırmalara sağlanan finansman kıtlığı, daha çok yerel kaygılarla hareket edilmesi ve geçmişte bilgi akışının görece az olmasıdır. Uluslararası sistemde suçtan ve suçludan mağdura evrilen bir süreç yaşanması da uluslararası suçlara yönelik kriminolojik ilginin kısıtlı kalmasına neden olmuştur. Suçların geleneksel biçimde yorumlanmasına karşı, bir yerel şiddet eğilimiyle, uluslararası suç eğiliminin farklarına odaklanmaktansa birlikte ele alınabilecekleri ve bunun suçu açıklamada fayda sağlayabileceği görüşleri iş birliğine yönelik olumlu adımlardandır. Araştırmada kuramsal sorgulama, kriminolojik kuram ve yaklaşımların uluslararası suçları değerlendirmeleri ölçüsünde sınırlı tutulmuştur. Kuramların çoğunlukla bireysel düzeydeki süreçleri açıklaması dış etkenlerin oldukça fazla olduğu uluslararası suçlar söz konusu olduğunda yeterli olamamaktadır.

Sonuç olarak araştırma, kriminolojik bir yaklaşım geliştirmeden suçların kovuşturulmasına odaklanan bir sistemde uluslararası ceza hukukunun etkinliğinin sorgulanmasına yönelik uluslararası hukuk akademisyenlerinin ayrıntılı değerlendirmelerine ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymaktadır. Literatürde konuya ilişkin çalışmaların azlığını göz önünde bulundurulduğunda her bir başlıkla ilgili olarak yapılacak detaylı çözümlenmeler, disiplinlerarası çalışmalara ve her iki alan literatürüne katkı sunacaktır. Uluslararası alanda yaşanan vahşetlere tanık olmaya devam ederken uluslararası suçların kök nedenlerini bilmenin ve açıklayabilmenin suçun önlenmesine yardımcı olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akers, Ronald L. *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, Routledge, 2012.
- Atılğan Pazvantoğlu, Cansu. "Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 27/2 (2021): 1131-1155.
- Aebi, Marcelo F., Martin Killias ve Cynthia Tavares. "Comparing Crime Rates : the International Crime (Victim) Survey", *The European Sourcebook Of Crime And Criminal Justice Statistics, and Interpol Statistics*, 2002.
- Agnew, Robert. "Toward a Unified Criminology: Integrating Assumptions about Crime". *People and Society: A Unified Criminology*. NYU Press, 2011.
- Aydın Okur, Derya. "Uluslararası İlişkiler ile Uluslararası Hukukun 'Uzak Yan Yanalığı' ve Disiplinlerarasılık Me-selesi". *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası İlişkiler: Disiplinlerarası Yaklaşımlar*, (Cansu Atılğan Pazvan-toğlu), Yetkin Yayınları, 2023.
- Bachand Remi ve Thierry Lapointe. "Beyond Presentism: Rethinking the Enduring Co-constitutive Relationships between International Law and International Relations". *Inter-national Political Sociology*. 4/3 (2010): 271-286.
- Bosworth Mary ve Carolyn Hoyle. "An Introduction". *What is Criminology?*, (Mary Bosworth ve Carolyn Hoyle), Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Bouchet-Saulnier, Françoise. *İnsanlık Hukuk Sözlüğü*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2022.
- Briggs, Steven M. ve Joan Friedman. *Criminology for Dummies*. Hoboken N.J: Wiley, 2009.
- Bruinsma, Gerben. "Criminology and Transnational Crime". *Histories of Transnational Crime*, New York: Springer-Verlag, 2015.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Cryer, Robert. *Prosecuting International Crimes Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005.
- Dehabadi, Mohammad Ali Haji, Mohammad Ebrahim Shams Naterry, Sedigheh Khalili ve Samira Golkhandan. "Theoretical Analysis of Crimes against Humanity in Light of Criminology." *International journal of hu-manities and social sciences*. 3 (2016): 477-492.
- Drumbl, Mark A. "Toward a Criminology of International Crime". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 19:1 (2003): 263-282.
- Gegout, Catherine. "The International Criminal Court: Limits, Potential and Conditions for the Promotion of Justice and Peace", *Third World Quarterly*, 34/5 (2013): 800-818.
- Grant, John P. ve J. Craig Barker. *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Gözen Ercan, Pınar. "Uluslararası Hukuk ve Siyaset Etkileşiminde Koruma Sorumluluğunun Dönüşümü ve Uygulamaları". *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası İlişkiler: Disiplinlerarası Yaklaşımlar*, (Cansu Atılğan Pazvan-toğlu), Yetkin Yayınları, 2023.
- Harrendorf, Stefan. "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?". *Journal of International Criminal Justice*. 12 (2014): 231-252.
- Howe, Brendon. "Law and Intervention". *Uluslararası Hukuk ve Politika*. 4 (2008): 95-117.
- Hoon, Marieke de. "The Future of the International Criminal Court. On Critique, Legalism and Strengthening the icc's Legitimacy", *International Criminal Law Review* 17/4 (2017).
- International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, December 2001.
- International Criminal Court, About the Court, <https://www.icc-cpi.int/about/the-court>
- International Criminal Court, *Elements of Crimes*, 2011.

- International Humanitarian Law Databases, “Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal” London, 8 August 1945. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945>
- Karstedt, Susanne. “Scaling criminology: From Street violence to atrocity crimes”. *Scaling criminology: From street violence to atrocity crimes, Regulatory Theory*, (Peter Drahos), ANU Press, 2017.
- Kreß, Claus. “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus”, *The European Journal of International Law*, 20/4 (2009).
- Lint, Willem de, Marinella Marmo ve Nerida Chazal. *Criminal Justice in International Society*, Routledge, 2014.
- Loader, Ian ve Richard Sparks. “Situating criminology: On the Production and Consumption of Knowledge about Crime and Justice”. *The Oxford Handbook of Criminology*, (Mike Maguire, Rod Morgan ve Robert Reiner), Oxford University Press, 2002.
- Loeber, Rolf ve Brandon ve C. Welsh. *The Future of Criminology*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Maguire, Mike, Rodney Morgan ve Robert Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2002.
- Martínez, Aroa Ruiz. “Criminology of International Crimes: A Revision of the Crime of Aggression from a Critical Criminology Perspective”. *E-ciències jurídiques*. 1 (2017): 1-11.
- McGarry, Ross ve Sandra Walklate. *The ‘Forgotten Criminology of Genocide?’*. Bristol University Press, 2019.
- Michalowski, Raymond. “Power, crime and criminology in the new imperial age”. *Crime, Law and Social Change*. 51 (2009): 303-325.
- Natarajan, Mangai. *International Crime and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Neubacher, Frank. “How Can it Happen that Horrendous State Crimes are Perpetrated?, An Overview of Criminological Theories”. *Journal of International Criminal Justice*. 4/4 (2006): 787-799.
- Olsson, İlhami Alkan. “Four Competing Approaches to International Soft Law”. *Scandinavian Studies in Law*. 58 (2013): 177-196.
- Paulus, Andreas. “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, *The European Journal of International Law*, 20/4 (2009).
- Rome Statute of the International Criminal Court. *United Nations, Treaty Series*. Vol. 2187, No. 38544. Rome: 17 July 1998.
- Rothe L., Dawn L. ve David O. Friedrichs, “The State of the Criminology of Crimes of the State”, *Social Justice*, Vol. 33/1 (2006): 147-161.
- Rothe L., Dawn ve Christopher W. Mullins. “Toward a Criminology of International Criminal Law: An Integrated Theory of International Criminal Violations”. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. 33/1 (2009): 97-118.
- Shaw, Malcolm N. *International Law, 6th edition*. Cambridge University Press, 2008.
- Sheptycki, James. “Transnational Crime: An Interdisciplinary Perspective”. *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law (1st ed.)*, (Robert J. Currie ve Neil Boister), Routledge, 2014.
- Shute, Jon. “Moral Discourse and Action in Relation to the Corpse: Integrative Concepts for a Criminology of Mass Violence”, *Human Remains and Mass Violence*, (Jean-Marc Dreyfus ve Élisabeth Anstett), Manchester University Press, 2015.
- Smeulers, Alette. “Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology”. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, (Alette Smeulers ve Roelof Haveman), Antwerp: Intersentia, 2008.
- Smeulers, Alette ve Roelof Haveman. “International Crimes and Criminology: An Agenda for Future Research”. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, (Alette Smeulers & Roelof Haveman), Antwerp: Intersentia, 2008.
- Smeulers Alette, Fred Grünfeld. *International Crimes and other Gross Human Rights Violations, A Multi- and Interdisciplinary Textbook*. Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

- Sokullu Akıncı, Füsün. *Kriminoloji*, İstanbul: Beta, 2018.
- Song, Sang-Hyun. The Role of the International Criminal Court in Ending Impunity and Establishing the Rule of Law, *Delivering Justice*, 4/ XLIX (2012).
- Tezcan, Durmuş, Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. Uluslararası Ceza Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- The Geneva Conventions and Additional Protocols (International Committee of the Red Cross (ICRC), "The Geneva Conventions and their Commentaries", Treaty Database: Full Texts, Commentaries and State Parties, 2023 <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>
- The International Committee of the Red Cross (ICRC). International Criminal Justice: The Institutions, Advisory Service on IHL, April 2021. <https://www.icrc.org/en/document/international-criminal-justice-institutions-0>
- Tierney, John. *Criminology: Theory and Context*, Longman, 2006.
- Tittle, Charles R. "Introduction: Theory and Contemporary Criminology", *The Handbook of Criminological Theory* (Alex R. Piquero), John Wiley & Sons, 2016.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- United Nations Document, A/CN.4/L.2, Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission, Formulation of the Nürnberg Principles, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1950.
- United Nations General Assembly Resolution 260 A (III), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948.
- Varona, Gema ve José Luis de la Cuesta, "International Criminology: Concept, History, Developments, and Institutions", *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2019.
- Vasiliev, Sergey. "The Crises and Critiques of International Criminal Justice", *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Kevin Jon Heller vd.), Oxford Handbooks, 2020.
- Vega, Octavio. "Beyond Justice's Reach, Part 1: The Limits of the International Criminal Court", *Harvard International Review* (25 September 2020).
- Vernier, Chester G. "Annual Meeting of the Illinois Branch: International Criminology", *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*. 5/3 (Sep., 1914): 196-203.
- Vito, Gennaro F. ve Jeffrey R. Maahs. *Criminology: Theory, Research and Policy*, Jones & Bartlett Learning, 2017.
- Vöhringer, Marco. "Critiques of International Criminal Law Revisited in the Light of the Rome Statute: What More Can We Do?", *Völkerrechtsblog* (10.01.2022).
- Walklate, Sandra. *Understanding criminology: Current theoretical debates*, Open University Press, 2007.
- White, Rob. *Transnational Environmental Crime: Toward an Eco-global Criminology*. Willan, 2011.
- Williams, Katherine S. *Textbook on Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Wilson, Jeffrey R. "The Word Criminology: A Philology and a Definition, Criminology". *Criminal Justice Law, & Society*. 16/3 (2015): 61-82.
- Woolford, Andrew. "Making Genocide Unthinkable: Three Guidelines for a Critical Criminology of Genocide". *Critical Criminology*. 14 (2006): 87-106.
- Yacoubian, George S. The (in)significance of genocidal behavior to the discipline of criminology. *Crime, Law and Social Change* 34 (2000): 7-19.

EXTENDED SUMMARY

AN ASSESSMENT OF CRIMINOLOGICAL APPROACHES TO INTERNATIONAL CRIMES WITHIN THE SCOPE OF INTERNATIONAL LAW

Cansu Atılğan Pazvantoglu, Assist. Prof.

Eskisehir Osmangazi University, cansuatilgan@ogu.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-5404-8064>

The purpose of this research is to evaluate criminological approaches to international crimes within the scope of the International Criminal Court from an international law perspective. The study aims to examine both historical and theoretical points where criminology and international law intersect, analyzing the potential mutual benefits that can be derived. In this research, definitions and scopes of international crimes and criminology are presented, their characteristics are discussed, their places in key debates in the literature are questioned, their interactions are evaluated, and the reasons behind efforts to link criminology with international crimes or include international crimes in the field of criminology are analyzed.

Critiques regarding criminology excluding international crimes from its scope have been addressed, considering the internationalization of criminology as a discipline. International criminal law and the International Criminal Court do not have the explicit purpose and mandate to analyze the origins of crime. However, given the advocacy for ensuring that crimes do not go unpunished and the pursuit of justice, a criminological assessment concerning the root causes of international crimes can contribute significantly.

Similarly, criminology can be supportive in achieving the objectives of the International Criminal Court and facilitating the implementation of processes. Does the Court indeed fulfill the promised assistance in preventing the crimes in question, which are considered the most serious international crimes, by defining crimes, uncovering criminal acts, legislating, and bringing perpetrators before a permanent court? Within the scope of this question, the contributions that criminology can offer in preventing international crimes and the pros and cons of its collaboration with the international criminal justice system should be assessed.

Criminology, due to its process-oriented approach, can assist in the analysis of internationally focused crimes that are traditionally approached with a results-oriented mindset. The discipline of criminology encompasses a rich theoretical diversity. In the research, only criminological theories that include international crimes in their scope or engage in discussions about such crimes are exemplified. Criminological theories often explain processes at the individual level and may not be sufficient when dealing

with international crimes where external factors play a significant role. However, the interdisciplinary nature of criminology, interacting with various fields, has formed the basis for this research.

The internationalization of criminology has particularly taken place within the framework shaped after the Cold War. International crimes that occurred during conflicts in the 1990s drew attention on the international stage, creating a need for criminology as a significant field capable of analyzing these crimes. The complexity of transnational and cross-border international crimes occurring beyond international crimes on the international stage, along with the increasing diversity of subjects and issues, has combined with the structural constraints of criminology, making interaction more challenging.

Within this context, as one of the most significant debates in the literature, the research evaluates claims that criminology neglects or overlooks international crimes. The involvement of the state in international crimes, criticisms of the international criminal system, and issues related to neglect are among the reasons cited. Resource scarcity in the field of criminology, locality, individual-focused traditional assessments, and approaches directed from the perpetrator to the victim in the international system are also seen as other constraints on criminology's engagement with international crimes.

The international criminal law system, with a focus on the prosecution of crimes, has been examined in the research, and the effectiveness of this system has been questioned. The study evaluates the contributions that understanding and explaining the root causes of international crimes can offer to the international criminal justice system. There is an observed increase in international literature on the subject, and similar positive trends are strengthening.

The research aims to contribute to the Turkish literature and calls for interdisciplinary studies that will separately scrutinize the intersections of both fields, with the goal of enhancing understanding. This call is directed towards international law scholars, encouraging them to engage in such interdisciplinary research.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

KAMU KAYNAĞI BAĞLAMINDA DESTEKLEME ÖDEMELERİNİN HACZİNE İLİŞKİN HUKUKİ ANALİZ

LEGAL ANALYSIS OF IMPOUNDMENT OF SUPPORT PAYMENTS IN THE CONTEXT OF PUBLIC RESOURCE

Dr. Yalçın Arslantürk*

ÖZ

Özel hukuk kişilerinin alacaklarının haciz yoluyla tahsiline yönelik olarak İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre borçlunun malvarlığına haciz işlemi uygulanabilmektedir. Söz konusu haciz işlemi, borçluya borcu olan veya sair alacağa karşın ödeme yapmak durumunda olan borçlunun üçüncü şahıslar elindeki malvarlıklarına da uygulanabilmektedir. Dayanağını İcra ve İflas Kanunu'ndan alan bu uygulamaya karşın aynı Kanun'da devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hüküm de bulunmaktadır. Bu itibarla borçluya ödeme yapmak durumunda olan tüm üçüncü şahıslara ilişkin bu genel hüküm karşısında, ödemenin kaynağının devlet malı olması dolayısıyla üçüncü şahsın devlet olması durumunda haciz işlemine ilişkin aynı Kanun'da bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. Uygulamada icra dairelerince, destekleme ödemeleri de söz konusu olsa üçüncü şahıs olarak devlet tarafından bu ödemelerin ilgili borçlu yerine icra dairelerine yapılması gerektiğine ilişkin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirimler yapılmaktadır. Kanun'da haciz uygulamasını farklılaştıran söz konusu iki farklı hüküm dikkate alınarak çalışmada öncelikle destekleme ödemelerinin mevzuatta yapılan tanım dikkate alınarak devlet malı niteliği ortaya koyulmuştur. Sonrasında ise destekleme ödemelerinin haczedilemeyeceği, özellikle özel hüküm ve genel hüküm ayrımı kapsamında hukuki gerekçeleriyle analiz edilmiştir. Tarımsal destekleme ödemelerinin haczedilemeyeceğine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararlarında yer alan hükümler de bu değerlendirmeyi destekleyen idari kararlar olarak ayrıca sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Destekleme Ödemesi, Devlet Malı, Haciz, Kamu Kaynağı, Özel Hüküm.

* Uzman, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ankara, Türkiye.

☎ 0000-0002-0895-0022 ✉ yalcinrabzon@gmail.com



ABSTRACT

For the collection of credits of private law persons through confiscation, the debtor's assets can be seized in accordance with the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law. The aforementioned confiscation can also be applied to the assets held by third parties of the debtor that owes the debtor or has to make payments against other credits. Despite the practice which is based on the Enforcement and Bankruptcy Law, there is also a provision in the same Law that state properties cannot be confiscated. In this respect, in the face of this general provision regarding all third parties who have to make payments to the debtor, an exception has been made in the same Law regarding the confiscation, in case the third party is the state due to the fact that the source of the payment is the state property. In practice, even if support payments are in question, notifications are made to the relevant public institutions and organizations that these payments should be made by the state as a third party to the enforcement offices instead of relevant debtor. Considering the two different provisions in the Law that differentiate the application of confiscation, the nature of the support payments as state property has been revealed in the study, taking into account the definition made in the legislation. Afterwards, it was analyzed that support payments cannot be confiscated, especially within the scope of the distinction between special provisions and general provisions with legal justifications. The provisions in the President's decisions regarding the non-seizable of agricultural support payments are also presented as administrative decisions supporting this assessment.

Keywords: Support Payment, State Property, Confiscation, Public Resource, Special Provision.

GİRİŞ

Devlet; çiftçi, girişimci vb. farklı grupları gerçekleştirmiş oldukları faaliyetleri destekleme amacıyla karşılıksız transfer niteliğinde ödemeler yapmaktadır. Bir kamu kaynağı olan söz konusu ödemelerle ilgili ödeme yapılan kişiye yönelik haciz kararı bulunması durumunda ise uygulamada tartışmalı bir husus bulunmaktadır. Haciz işlemi uygulayan icra daireleri, destekleme ödemeleri de dâhil olmak üzere takip borçlusunun tüm alacak ve haklarının borç tutarına tekabül eden kısmının ilgili kişi yerine icra dairesine ödenmesi gerektiği hususunda kamu kurum ve kuruluşlarına resmî bildirim yapmaktadır. Söz konusu bildirim dayanağı ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) "Alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkında" başlıklı 89'uncu maddesidir. Yalnızca 89'uncu madde dikkate alındığında icra dairelerinin yapmış olduğu bildirimde sorunlu bir husus görünmemektedir. Ancak İİK'nin "Haciz caiz olmayan mallar ve haklar" başlıklı 82'nci maddesinde, devlet mallarının haczedilemeyeceğine hükmedilmiştir. Dolayısıyla devlet malı niteliğine sahip herhangi bir varlığın haczi mümkün bulunmamaktadır. Ayrıca tarımsal desteklemelere ilişkin alınan Cumhurbaşkanlığı karalarında, destekleme ödemelerinin haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla İİK'nin 82 ve 89'uncu madde hükümlerinin, icra daireleri ve Cumhurbaşkanlığı makamınca farklı yorumlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla çalışmada İİK'nin her iki maddesinin birlikte değerlendirilmesiyle destekleme ödemelerinin hazine ilişkin hukuki bir analiz gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Böylece konuya ilişkin hangi yorumun hukuki olarak daha uygun olduğu ve mevzuata uygun uygulamanın ne olması gerektiği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Söz konusu hukuki analiz için çalışmada öncelikle haciz uygulaması genel hatlarıyla kısa bir şekilde açıklanmıştır. Bu açıklamada iki farklı mevzuatta yer alan haciz uygulamasına değinilmekle birlikte gerekçesi de sunularak destekleme ödemelerinin haczinin İİK hükümleri kapsamında söz konusu olabilmesi nedeniyle bu kapsamdaki haciz uygulaması üzerinde tartışma sürdürülmüştür. Sonrasında icra dairelerinin destekleme ödemelerini İİK'nin 89'uncu madde hükmü kapsamında değerlendirmeleri nedeniyle söz konusu ödemelerin, 89'uncu madde hükmünde yer alan alacak veya hak kavramları karşısındaki mahiyeti belirlenmiştir. Bu belirlemenin ardından ise devlet malı kavramının kapsamı, mevzuat çerçevesinde tespit edilerek destekleme ödemelerinin devlet malı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi yapılmıştır. Söz konusu değerlendirmeye müteakip destekleme ödemelerinin, İİK'nin hacze ilişkin farklı sonuçları olan 82 ve 89'uncu maddelerinden hangisinin kapsamında yer alması gerektiği hukuki gerekçeleriyle ortaya koyulmuştur.

I. DESTEKLEME ÖDEMELERİNİN HACZİNDE UYGULANACAK KANUN

Haciz uygulaması hem 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (6183 sayılı Kanun) hem de İİK'de düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanun'un kapsamı "*Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan*

diğer alacakları ile bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.” olarak belirlenmiştir. Bu hükümden görüleceği üzere 6183 sayılı Kanun kamu alacaklarının tahsiline yöneliktir. Ayrıca Kanun’un 2’nci maddesinde, diğer kanunlarda Tahsili Emval Kanunu’na (6183 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırılan) göre tahsil edileceği bildirilen alacaklar hakkında da 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm bulunması itibarıyla söz konusu alacaklar da bu Kanun kapsamı içerisinde yer almaktadır.

Çalışma kapsamında tartışma konusu yapılan husus, haciz kararı neticesinde takip borçlusunu konumundaki kişilere destekleme ödemesi yapılacak olması durumunda izlenecek yoldur. Dolayısıyla burada hacze ilişkin dikkate alınacak mevzuat İİK’dir. Zira yukarıdaki hükümlerden görüleceği üzere 6183 sayılı Kanun kamu alacaklarına tatbik edilmektedir. Destekleme ödemesine hak kazanan bir kamu borçlusunun söz konusu alacağı hacze değil ancak mahsup işlemine konu olabilecektir. Nitekim burada kaynağı elinde bulunduran ve alacaklı, aynı kişide (devlet) birleşmektedir. 6183 sayılı Kanun’un 62’nci maddesinin birinci fıkrasındaki *“Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunur.”* hükmü bu hususu teyit etmektedir. Bu hükme göre 6183 sayılı Kanun uyarınca haciz, borçlunun veya üçüncü şahıslar elindeki mal, alacak ve haklarına uygulanabilmektedir. Alacaklı konumunda olan devlet, destekleme ödemesi yapan olarak kendisine karşı üçüncü şahıs olamayacağı için destekleme ödemeleri için 6183 sayılı Kanun kapsamında bir haciz uygulaması söz konusu olamayacaktır. Bu itibarla çalışmada haciz uygulaması İİK hükümleri kapsamında ele alınmıştır.

İcra hukuku esas olarak toplumdaki huzur ortamını korumak amacıyla alacaklının hakkını, ihkak-ı hak yoluyla bizzat kendisinin almasını yasaklama fikrinden doğmuştur¹. Alacaklı ve borçlu arasında olası bir çatışmayı önlemek ve hakkın adil bir şekilde teminini sağlamak üzere söz konusu işlem kamu otoritesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Böylece icra hukukunun, alacaklı ve borçlu şeklindeki iki tarafın hak uyumsuzluğu nedeniyle devletin yetkili organları tarafından bu hakkın borçludan alınarak alacaklıya ödenmesi üzerine kurulu olduğu belirtilebilir².

İcra hukukunda haciz işlemleri; alacaklının özel hukuka ilişkin sübjektif haklarının, devletin cebri icra organları marifetiyle gerektiğinde zor kullanılarak gerçekleştirilmesine yönelik hukuki korunma talebinde bulunma hakkı/yetkisi olarak tanımlanabilen “takip hakkı” çerçevesinde gerçekleşmektedir³. Bu hak, tarafların kendi aralarında ve taraflar ile cebri icra organları arasında kurulan üçlü ilişkinin oluşması bakımından hak arama özgürlüğünün somut görünümünden olup kamusal nitelik taşımaktadır⁴.

¹ Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010, s. 93.

² Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 47.

³ Nurullah Bal, “Haksız Takip Nedenine Dayanan Tazminat Sorumluluğu”, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2020, s. 71.

⁴ Bal, “Haksız Takip Nedenine Dayanan Tazminat Sorumluluğu”, s. 71.

Genel bir çerçevede haciz, para alacaklarının ödenmesini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulması olarak tanımlanabilmektedir⁵. İcra hukukunda haczi uygulayan kamu idaresi, icra daireleridir. İcra dairesi tarafından haczedilen mallar, yine icra dairesi tarafından satılarak paraya çevrilir ve alacaklıya alacağı ödenir⁶.

Haciz kararı, icra işleminin özel bir tipi olan icra takip işlemlerinden olup diğer icra takip işlemlerindeki gibi tek yanlılık karakterini haizdir⁷. Zira İİK madde 78/1'e göre haciz kararı verilebilmesi için işlemin muhatabı olan borçlunun rızası gerekmeyip alacaklının haciz talebinde bulunması yeterlidir.

Haczin konusunu borçlunun haczedilebilir tüm mal ve hakları oluşturmakla birlikte haczin bir üst sınırı bulunmakta olup asıl alacak, faiz ve masraflar bu sınırı belirlemektedir⁸. Bunun dayanağı, İİK'nin 85'inci maddesinin birinci fıkrasındaki "*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur; ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz.*" hükmüdür. Fıkranın sonundaki "*ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz*" ifade 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7445 sayılı Kanun) ile 2023 yılında eklenmiştir. Bu eklemenin; Kanun'da mevcut olan bir boşluktan yararlanılmasına engel olmaktan çok hâlihazırda yasak olan bir işlemin "yasak olduğu" hususunu vurgulamak suretiyle daha açık bir şekilde belirtmek amacıyla yapıldığı değerlendirilmektedir⁹. Zira borca yetecek olandan daha fazla malvarlığı unsurunun haczinin, takip hukukuna egemen hak ve ilkeler arasında yer alan ölçülülük ilkesiyle birlikte borçlunun mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelecek olması dikkate alındığında İİK madde 85/1'in 7445 sayılı Kanun'la değişiklik öncesindeki hâlinin de aşkın hacze izin vermiş olduğu düşünülemez¹⁰.

Para vb. hazır değerler dışında haczedilen malların kıymet takdiri İİK madde 87 uyarınca yapılmakta ve madde 102'ye göre haciz tutanağıyla kayıt altına alınmaktadır. Böylece alacak, faiz ve masraflara yetecek miktarda malın haczedilmesi sağlanmaktadır. Yeterli veya hiç hacze kâbil mal bulunmadığı durumlarda ise bu husus tutanağa kaydedilmektedir. Nitekim bu tutanak aciz vesikası düzenlenmesine dayanak teşkil edebilir. Zira İİK madde 143/1 uyarınca alacaklı alacağının tamamını alamamış veya aciz vesikası düzenlenmesi için gerekli şartlar yerine gelmişse icra dairesi kalan miktar için aciz vesikası düzenleyip alacaklı ve bir suretini de borçluya verir. İİK madde 105/1 hükmünce haczi kabil mal bulunmazsa da haciz tutanağı madde 143'teki aciz vesikası hükmündedir. İİK madde 143/2 hükmünce aciz vesikası ise

⁵ Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015, s. 196.

⁶ Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX/4 (2016), s. 26.

⁷ Ozan Tok, "İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2021), s. 57, 68.

⁸ Boran Güneysu, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", s. 26.

⁹ Barış Toraman ve Hakan Hasırcı, "Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler", *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 19/54 (2023), s. 24.

¹⁰ Toraman ve Hasırcı, "Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler", s. 23; Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 112-113.

borcun ikrarını içeren senet mahiyetinde olup alacaklıya 277'nci maddedeki yazılı hakları vermektedir. 277'nci maddeye göre aciz vesikası bulunan alacaklı madde 278, 279 ve 280'deki şartlar dâhilinde borçlunun; ivazsız tasarruflarının, mevcut bir borcu temin için yapmış olduğu rehinlerin (teminat göstermeyi daha önce taahhüt etmiş oldukları istisnadır), para veya mutat ödeme vasıtaları dışında bir suretle yaptığı ödemelerinin, vadesi gelmemiş bir borcu için yapmış olduğu ödemelerinin, kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya vermiş olduğu şerhlerin ve alacaklarına zarar verme kastıyla yaptığı işlemlerin butlanına hükmettirme amacıyla iptal davası açabilir.

II. DESTEKLEME ÖDEMELERİ VE GENEL REFAHA ETKİSİ

Destekleme ödemeleri devlet tarafından çiftçi, esnaf ve sanatkâr, küçük ve orta ölçekli işletme vb. kesimlere, gerçekleştirmiş oldukları faaliyetleri destekleme amacıyla yapılan karşılıksız transfer niteliğinde ödemelerdir. Söz konusu ödemeler, TBMM'de kabul edilen merkezi yönetim bütçe kanunlarıyla belirlenmektedir. Dolayısıyla destekleme ödemelerinin dayanağı bir yasadır. Söz konusu desteklemeler bütçe içerisinde cari transferler bölümünde yer almaktadır¹¹.

Destekleme ödemelerinin tahsisinin merkezi yönetim bütçesindeki cari transferler içerisinde yapılmış olması, bu ödemelerin kaynağının kamu kaynağı olduğunun bir göstergesidir. Bir kamu kaynağı olması dolayısıyla söz konusu ödemelerin bildiriminin ve takibinin yapılması da kanuni bir yükümlülük olarak hüküm altına alınmıştır. Nitekim 5018 sayılı Kanun'un "Kamu Kaynağının Kullanılmasının Genel Esasları" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 7'nci maddenin ilk fıkrasında "*Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında denetimin sağlanması amacıyla kamuoyu zamanında bilgilendirilir.*" hükmü altında, fıkranın (c) bendinde; genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri tarafından sağlanan teşvik ve desteklemelerin bir yılı geçmemek üzere belirli dönemler itibarıyla kamuoyuna açıklanmasının zorunlu olduğu, hükmüne yer verilmiştir.

Destekleme ödemeleri belirli gruplara ödenmekle birlikte bu ödemeler neticesinde yalnızca doğrudan söz konusu desteklemeye muhatap grup değil, ülkenin geneline yönelik bir refah artışı amaçlanmaktadır. Tarımsal desteklemelerin genel ekonomik refahı hangi kanallardan nasıl etkilediğine ilişkin açıklamalar, konunun daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olacaktır. Zira tarımsal desteklemeler, ödeme yapılan kesimin ve ödeme tutarının¹² büyüklüğü dikkate alındığında en önemli destekleme türü¹³ olarak dikkat çekmektedir.

Destekleme ödemesinin olmadığı bir durumda, olası satış fiyatı karşısında yüksek üretim maliyetine sahip ürünleri üretme güdüsü olmayan çiftçilerin, destekleme ödemesi yapılmak suretiyle teşvik edilmesi neticesinde, söz konusu üretimi gerçekleştirmesiyle aksi durumdaki olası bir ürün arz miktarındaki düşüş ve dolayısıyla ürün fiyatındaki artışın önüne

¹¹ Bkz. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, *2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Gerçekleşmeleri ve Beklentiler Raporu*, 2022, s. 60 vd.

¹² 2022 yılında toplam 40,4 milyar TL: Bkz. Tarım ve Orman Bakanlığı, *2022 İdare Faaliyet Raporu*, 2023, s. 130.

¹³ Örneğin 2022 yılında küçük ve orta ölçekli işletmelere yapılan toplam tarımsal destekleme ödemesi 1,6 milyar TL'dir: Bkz. KOSGEB, *2022 Yılı Faaliyet Raporu*, 2023, s. 1.

geçilebilmektedir. Bu da destekleme ödemesinin olmadığı bir duruma göre tüketicilerin aynı ürünü daha düşük fiyattan tüketebilmelerine olanak tanıyarak tüketici refahına katkı sağlamaktadır. Zira destekleme ödemeleriyle çiftçiler üretim maliyetlerinin bir kısmını ürün satışından bağımsız olarak elde edeceklerini dikkate alarak üretim kararı vermekte ve/veya üretim miktarlarını artırmakta, bunun neticesinde gerçekleşen söz konusu ürün arzındaki artış da satış fiyatlarının olası seviyesinden düşük gerçekleşmesini sağlamaktadır. Böylece destekleme ödemeleri aracılığıyla hem üretici hem tüketici refahında artış gerçekleşebilmektedir. Üretici refahındaki artış doğrudan görülürken tüketici refahındaki artış, düşük satış fiyatları şeklinde dolaylı gerçekleşmektedir. Bununla birlikte çiftçilerin kendi üretmiş oldukları ürünler dışındaki ürünlerin de tüketicisi oldukları dikkate alındığında, söz konusu ürünlerin desteklenmesi durumunda, çiftçiler kendi üretmiş oldukları ürünler açısından doğrudan desteklenirken diğer ürünler açısından da dolaylı yoldan desteklenmiş olmaktadır.

Üretici ve tüketici refahıyla birlikte destekleme ödemeleri, makroekonomik göstergelere de olumlu tesir edebilmekte ve yine bu yolla tüm ülke refahına katkı sağlayabilmektedir. Şöyle ki destekleme ödemesinin olmaması durumunda, üretim maliyetinin arzu etmiş olduğu kârlılığı sağlayamayacak derecede yüksek olması hâlinde çiftçinin söz konusu ürünün üretimden çekilmesi veya daha düşük üretim gerçekleştirmesi neticesinde ürün arzında azalma meydana gelecektir. Bu düşüşün arz miktarını talep miktarının altına geriletmesi hâlinde fiyat artışının yanı sıra özellikle ürünün temel gıda maddelerine yönelik bir ürün olması durumunda söz konusu arz açığı ürünün ithal edilmesi zorunluluğunu doğuracaktır. İthalat ise bir yandan döviz kurunun yüksekliği ve yüksek ulaşım maliyetleri dikkate alındığında ürünün satış fiyatının artmasına yol açabilirken diğer yandan ise ülke için dövizin yurtdışına çıkmasına ve böylece azalan döviz miktarının seviyesine göre döviz kurlarının artışında rol oynayabilmektedir. Döviz kurundaki artış ise yalnızca söz konusu arz açığı ürünün maliyetinin artışıyla değil söz konusu dövizle ithal edilen tüm malların fiyatlarının artmasına yol açabilecektir. Böyle bir durumda ise hem TL'nin değer kaybetmesi hem cari açık seviyesinin artması hem de fiyat artışları neticesinde enflasyon artışının yaşanması şeklinde makroekonomik göstergelerin ve dolayısıyla topyekûn ülke refahının olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bu itibarla etkin bir tarımsal destekleme sistemiyle yalnızca çiftçi refahı değil tüm ülke refahına olumlu katkı sağlanabilmektedir.

Tarımsal desteklemelerin çiftçi geliri üzerinden genel refah artışına hangi yollarla katkı sağlamış olduğuna yönelik bu ilişki ağı, desteklemelerin nasıl önemli bir kamu kaynağı kullanımını olduğuna ilişkin örnek oluşturmaktadır.

III. DESTEKLEME ÖDEMELERİNE İLİŞKİN HACİZ UYGULAMASININ HUKUKİ ANALİZİ

A. ALACAK VE HAKLARA İLİŞKİN HACİZ UYGULAMASI KARŞISINDA DESTEKLEME ÖDEMELERİNİN MAHİYETİ

Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, alacak ve haklarının haczinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesi, İİK'nin 89'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde, olağan haciz uygulamasından ayrılan özellikleri dolayısıyla genel veya klasik bir

haciz şekli, araç veya düzeneği olarak değerlendirilmemektedir¹⁴. Zira söz konusu madde, borçluya yönelik haciz işleminde üçüncü bir kişinin borçluya olan borcunun veya borçlunun üçüncü kişiye yönelik sair bir talep hakkının borç tutarı nispetinde icra dairesine ödenmesi şeklinde, hacze konu borçlu-alacaklı dışında üçüncü bir kişiye yönelik hükümleri ihtiva etmektedir.

89’uncu maddenin birinci fıkrasında *“Hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senetle müstenit bulunmayan alacak veya sair bir talep hakkı veya borçlunun üçüncü şahıs elindeki taşınır bir malı haczedilirse icra memuru; borçlu olan hakiki veya hükmi şahsa bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini ve takip borçlusuna yapılan ödemenin muteber olmadığını veya malı elinde bulunduran üçüncü şahsa bundan böyle taşınır malı ancak icra dairesine teslim edebileceğini, malı takip borçlusuna vermemesini, aksi takdirde malın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağını bildirir (Haciz ihbarnamesi). Bu haciz ihbarnamesinde ayrıca 2, 3 ve 4 üncü fıkra hükümleri de üçüncü şahsa bildirilir.”* hükmü bulunmaktadır.

Öncelikle bu madde hükümleri doğrultusunda haczedilen malların, üçüncü kişilerde bulunan taşınır mallar olduğu anlaşılmaktadır. Yine bu fıkra hükmünce haczedilen üçüncü kişilerdeki borçluya ait alacakların, hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede bağlı bulunmayan alacakları nitelediği görülmektedir. Zira borçlunun bir üçüncü kişideki alacağı, hamiline ait bir senede veya poliçe ve sair cirosu kabil bir kıymetli evraka dayanmakta ise bu kıymetli evrak ve bununla kıymetli evrakta tecessüm eden alacak, 89’uncu madde hükümleri yerine 88’inci madde uyarınca taşınır mallar gibi haczedilecektir¹⁵. Nitekim 88’inci maddenin birinci fıkrasında *“Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.”* hükmü ile diğer taşınırlar da dâhil olmak üzere maddenin devamındaki fıkralarında taşınırlara ilişkin muhafaza tedbirlerine yer verilmiştir. Burada şu ayırım önemlidir: Borçlunun üçüncü şahıs elindeki taşınır malları 89’uncu madde kapsamındayken hamiline ait bir senede veya poliçe ve sair cirosu kabil bir kıymetli evrak şeklinde taşınır mal niteliğindeki alacakları 88’inci madde hükümlerine tâbidir. Bunların yanı sıra maddenin birinci fıkrasında *“alacak veya sair bir talep hakkı”* şeklinde açıkça belirtilmesi nedeniyle borçlunun üçüncü kişilerdeki hakları da 89’uncu madde kapsamında icra dairesine ödenmesi gereken unsurlar arasında yer almaktadır. Bunların yanı sıra şunu da belirtmek gerekir ki icra dairesi üçüncü şahsa haciz ihbarnamesi gönderirken anaparayı, faizi ve masrafları ayrıca belirtmelidir; zira üçüncü kişinin icra dairesine *“biz anaparayı ödedik ama bunun faiz ve masrafları ne kadardır”* diye sorma mükellefiyeti bulunmamaktadır¹⁶.

Bunlarla birlikte üçüncü şahsa, kendisine yapılan ihbarnameye karşı İİK madde 89/2 uyarınca itiraz hakkı da tanınmıştır. Doktrindeki genel görüşe göre birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmişse aynı alacak için aynı alacaklı tarafından yeni bir haciz ihbarnamesi veya haciz

¹⁴ Hilmi Şeker, “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/Özel Sayı (2014), s. 2971, 2974.

¹⁵ Baki Kuru, “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, 47 (2003), s. 59.

¹⁶ Abdurrahim Karlı, “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2004), s. 416.

müzekkeresi tebliğ edilemez; edilse dahi bu haciz ihbarnamesinin herhangi bir hukuki sonuç doğurması beklenemez¹⁷. İtiraza rağmen haciz ihbarnamesi gönderilirse üçüncü kişinin buna yedi gün içinde itirazda bulunma zorunluluğu olmadığı gibi icra memurunun bu işlemi hatalı kabul edilerek süresiz şikâyet konusu olarak değerlendirilmektedir¹⁸.

Bunun yanı sıra İİK madde 89'da üçlü ihbarname sisteminin kabul edilmesi itibarıyla borçlu üçüncü şahsın ikinci haciz ihbarnamesine de itiraz hakkı ve üçüncü haciz ihbarnamesi karşısında menfi tespit davası açabilme olanağı da bulunmaktadır. Üçüncü kişinin birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesi ve yapmış olduğu itirazdaki beyanının aksinin ispatlanması hâlinde ise itirazında kusurlu olduğu kabul edilerek üçüncü kişinin tazminata mahkûm edilmesi söz konusu olacaktır¹⁹.

Üçüncü ihbarnameye yönelik olarak ise üçüncü kişi, takip borçlusunun kendisinde haciz ihbarnamesinde belirtilen böyle bir alacağı olmadığı iddiasıyla zimmetinde sayılan borcu ödemekten veya yedinde sayılan malı teslim etmekten kurtulmak için üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde genel mahkemede menfi tespit davası açabilir²⁰. Üçüncü haciz ihbarnamesine itiraz imkânı olmadığından, alacaklının İİK madde 89/4 uyarınca tazminat davası açabilmesi için borçlunun birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine süresi içerisinde geçerli şekilde itiraz etmiş olması gerekli ve yeterlidir²¹.

Ayrıca üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde, doğmuş ve/veya doğacak alacakların haczedildiği bildirilmiş olsa bile üçüncü kişinin sorumluluğu kural olarak haciz ihbarnamesinin tebellüğü etmiş olduğu andaki durumla sınırlıdır²². Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aynı doğrultuda kararı bulunmaktadır. Takip borçlusunun üçüncü kişi olan bankadaki mevcut mevduatının yanı sıra müstakbel mevduatının (doğacak alacak) hazine ilişkin davada Kurul²³; takip borçlusunu ile davalı/üçüncü kişi banka arasında, banka nezdinde müstakbel alacak doğuracak (kira, istihkak, maaş vb) bir hukuki ilişkinin olmadığı, borçlunun banka nezdinde mevduat hesabı bulunmakla birlikte anılan mevduat hesabına düzenli (periyodik) olarak para yatırılmasının da söz konusu olmadığı açık olduğunu belirterek davalı/üçüncü kişi banka tarafından yalnızca haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde mevcut hesap bakiyesine

¹⁷ Leyla Akyol Aslan, "İcra İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VI/1-2, (2011), s. 99; Baki Kuru, *Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi*, İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayını, 2002, s. 41; Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, s. 267; Murat Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, İstanbul: Arkan Basım Yayım Dağıtım, 2005, s. 60, 69, 93, 94; Talih Uyar, "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki -Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİ.Y. Mad. 89)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/2 (1981), s. 215.

¹⁸ Uyar, "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki -Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİ.Y. Mad. 89)", s. 215.

¹⁹ İbrahim Ermenek, "İcra ve İflas Kanunu Madde 89/4'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukuki Analizi", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Cilt 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 899.

²⁰ Ramazan Arslan, "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4, (2016), s. 3224.

²¹ Efe Dörenisa, "Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/1, (2022), s. 341.

²² Ahmet Cahit İyilikli, *Haciz İhbarnameleri*, Ankara, 2012, s. 180.

²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2012/624, 26.09.2012.

haciz uygulanmasına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Kurulun bu kararı oldukça yerindedir. Zira müstakbel (beklenen) bir alacaktan bahsedebilmek için bir hukuki ilişkinin mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlusunun belli olması gerekmektedir²⁴. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir başka Kararında²⁵; bir hukuki ilişkiye dayanmayan müstakbel alacağın doğmuş alacaklarla birlikte haczi için haciz ihbarnamesi gönderildiği takdirde üçüncü kişinin haciz ihbarnamesinin doğacak alacak ile ilgili kısmını şikâyet yolu ile icra mahkemesinde iptal ettirme hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Destekleme ödemeleri, karşılıksız transfer niteliğinde ödemeler olup bir borç ödemesi olarak değerlendirilemez. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (6098 sayılı Kanun) "Borç İlişkisinin Kaynakları" başlıklı birinci bölümüne göre borç ilişkisi; sözleşmeden, haksız fiillerden ve sebepsiz zenginleşmeden olmak üzere 3 koşulda doğabilmektedir. Destekleme ödemeleri ise niteliği itibarıyla bu üç unsurun hiçbirinin kapsamına girmemektedir. Bu itibarla destekleme ödemelerini, İİK'nin 89'uncu maddesi kapsamında borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı olarak değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte 89'uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan "veya sair haklar" ibaresi nedeniyle destekleme ödemelerinin 89'uncu madde kapsamında haczedilebileceği düşünülebilir. Zira bu ödemeler, bir alacak-borç ilişkisine konu olmasa da muhatabı için bir hak olarak değerlendirilebilir. Nitekim Danıştay kararına göre Tarım ve Orman Bakanlığınca çiftçilerin ürettikleri tarım ürünleri karşılığında yapılan destekleme prim ödemeleri, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan ve üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir "kamu hizmeti" niteliğine sahiptir²⁶. Danıştay'la birlikte Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinin de konuya ilişkin kararlarında, kamu yararına olan bir faaliyeti kamu hizmeti şeklinde açıkladıkları anlaşılmaktadır²⁷. Doktrinde de desteklemeye yönelik işlerin "kamu hizmeti"²⁸ veya "dolaylı kamu hizmeti"²⁹ olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim destekleme faaliyetinde destek alıcısına destek verilmek suretiyle yapılan kamu kaynağı transferi yalnızca onun yararına değil ayrıca toplumun ve makro anlamda devletin de yararına sonuçlar doğurmaktadır³⁰. Destekleri belirleyici kılan temel özellik, tek yönlü olarak kamudan özel hukuk kişilerine doğru bir kaynak transferinin gerçekleşmiş olmasıdır³¹. Bu açıklamalar da destekleme ödemelerinin; bir borç-alacak ilişkisi olarak değil, desteklemeden faydalanan için "sair hak" kapsamında değerlendirilmesinin uygun olacağını teyit etmektedir.

Böylece İİK'nin yalnızca 89'uncu maddesi dikkate alındığında, üçüncü kişi olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından borçluya yönelik yapılacak destekleme ödemelerinde, haczi

²⁴ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 491.

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2019/130, 12.02.2019.

²⁶ Danıştay 10. Dairesi, K. 2016/1935, 12.04.2016. Benzer yönde başka bir karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi K. 1999/5360, 27.10.1999.

²⁷ Necip Taha Gür, "İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019, s. 26; İdarenin destekleme yönlü faaliyetini ayrı bir faaliyet türü şeklinde açıklayan yargı kararlarına rastlanılmamıştır.

²⁸ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayın, 2009, s. 91; Melikşah Yasin, "Kamu Hizmeti", *İdare Hukuku*, Ed. Turan Yıldırım, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 561.

²⁹ İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s. 260.

³⁰ Gür, "İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti", s. 29.

³¹ Jerry Jasinosiq, "The Great Fiscal Unknown-Subsidies", *The American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 32, Issue 1, 1973, s. 5, (aktaran Gür), "İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti", s. 31.

karşılamanın tutar kadar ödemenin icra dairesine yapılması gerektiği değerlendirilebilir. Ancak İİK'nin "Haczi caiz olmayan mallar ve haklar" başlıklı 82'inci maddesinde devlet mallarının haczedilemeyeceğine hükmedilmiştir.

B. DESTEKLEME ÖDEMELERİNİN DEVLET MALI OLMA ÖZELLİĞİ VE HACİZ UYGULAMASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Devlet mallarının haczedilmesini yasaklayan İİK madde 82/1-1 hükmünün³², destekleme ödemeleri açısından değerlendirmesini yapabilmek için öncelikle devlet malı kavramını açıklamak uygun olacaktır.

Devlet malının tanımı, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nda (1050 sayılı Kanun) yapılmıştır. 1050 sayılı Kanun, 2003 yılında kabul edilen ve 2006 yılından itibaren tüm hükümleriyle uygulanmaya başlanan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na (5018 sayılı Kanun) kadar yürürlükte kalan, ülkemizin bir nevi ilk mali anayasası niteliğine sahip bir kanundur³³. İİK'nin 82'nci maddesinin 1050 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu tarihlerde hüküm altına alınmış olduğu dikkate alındığında, devlet malının tanımı için 1050 sayılı Kanun'a başvurulması gerekmektedir. Kaldı ki 5018 sayılı Kanun'da devlet malına ilişkin bir tanım da bulunmamaktadır.

1050 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde şu hüküm bulunmaktadır: "*Devletin emvali Devletçe tarh ve cibayet olunan her türlü tekalif ve rüsum ile Devlete ait nükt ve esham ve her türlü menkul ve gayrimenkul eşya, emval ve kıyem ve bunların hasılat ve icraatı ile bedellerinden terekkep eder.*". Buna göre devlet malları; devletçe konulan ve alınan türlü vergi, resim ve harçlar, devlete ait nakit, her türlü hisse senedi (kambiyo senetleri), her türlü taşınır, taşınmaz mal, diğer kıymetler ve bunların irat ve satış bedellerinden oluşmaktadır. Böylece bu tanımdan devlet malının, nakit gibi diğer kaynaklar da dâhil olmak üzere günümüzde kullanılan mal kavramının çok ötesinde tüm kamu kaynaklarını nitelediği anlaşılmaktadır. Bu değerlendirmeyi Anayasa Mahkemesinin, İİK madde 82/1-1'in Anayasa'nın 10'uncu maddesinin üçüncü ve 138'inci maddesinin dördüncü fıkralarına aykırılığı savıyla iptaline ilişkin açılmış olan davada³⁴ belirtmiş olduğu açıklamalar da teyit etmektedir. Dava konusu olan devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin İİK madde 82/1-1'de yer alan devlet malı tanımı için Anayasa Mahkemesi 1050 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi devlet mallarının kapsamını şu şekilde belirtmiştir: "*Bu kurala göre devlet malları; devletçe konulan ve toplanan vergiler ve resimler ile devlete ait paralar ve pay senetleri ile her türlü taşınır ve taşınmaz mal ve bunların kira geliri ve satış bedellerinden oluşmaktadır.*" Yine aynı Kararda Anayasa Mahkemesi devlet mallarının haczedilemeyeceğinin gerekçesine ilişkin olarak "*Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz.*" ifadelerini kullanmıştır.

³² "Aşağıdaki şeyler haczolunamaz: 1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar,"

³³ Zuhâl Ergen, "Kamu Mali Yönetiminde Yeniden Yapılanma: Muhasebe-i Umumiye Kanunu'ndan 5018 sayılı Kanun'a Bütçe ve Harcama Usullerinde Dönüşüm", *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, 8/1 (2016), s. 93, 98.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, K. 1992/50, 21.10.1992, RG 30.06.1993/21623.

Literatürde de 1050 sayılı Kanun'da yapılan tanıma uygun bir şekilde devlet malına yönelik sınıflandırmalar yapılmaktadır. İşlevsel olarak devlet malları öncelikle devletin kamu malları ve özel malları olarak ikiye ayrılmaktadır³⁵. Kamu malları; herkesin doğrudan doğruya ortak yararlanmasına doğal nitelikleri gereği açık olan veya devlet veya bir kamu tüzel kişisi tarafından herkesin veya bir kısım halkın yararlanmasına tahsis edilen veya kamu görevlerinin yerine getirilmesine doğrudan doğruya hizmet eden mallar olarak tanımlanabilmektedir³⁶. Bu mallar; hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallardan oluşmaktadır³⁷. Devletin özel malları ise kamu hizmetlerinin yürütülmesinde doğrudan bir rolü olmayan ve halkın faydalanmasına yönelik tahsisi bulunmayan fakat sağladıkları gelir sebebiyle dolaylı bir şekilde kamu yararı sağlayan mallar şeklinde tanımlanabilmektedir³⁸. Bu mallarla ilgili mülkiyet hakkından doğan tüm yetkiler, devlete aittir³⁹. Kural olarak özel hukuk hükümlerine tâbi olan bu mallar hakkında devletin mülkiyet hakkından başka denetim ve gözetim yetkisi dolayısıyla istisnai olarak idare hukuku kuralları da uygulanmaktadır⁴⁰. Devletin özel malları da devlet malı olmaları sebebiyle İİK madde 82/1-1 kapsamında yer almaktadır.

Gerek 1050 sayılı Kanun'da yapılan devlet malı tanımı gerekse literatürde yapılan devlet malına yönelik sınıflandırmalar ile İİK 82/1-1'deki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, kamu kaynaklarının haczedilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yalnızca günümüzdeki anlamıyla mallar değil, diğer devlet kaynaklarının da söz konusu hüküm uyarınca haczi mümkün bulunmamaktadır.

Destekleme ödemeleri, adından da anlaşılacağı üzere devlet tarafından ilgili grubun gerçekleştirmiş olduğu faaliyeti destekleme amacıyla yapılan karşılıksız ödemelerdir. Bu ödemeler, merkezi yönetim bütçesi içerisinde cari transferler kaleminden yapılmaktadır. Dolayısıyla destekleme ödemesine konu kaynak, devlet tarafından ilgiliye ödeme yapılana kadar kamu kaynağı niteliğine sahiptir. Bu itibarla İİK'nin 89'uncu madde hükmünün aksine devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin İİK 82/1-1 hükmü uyarınca destekleme ödemesinin, icra dairesi yerine takip borçlusu olan ilgiliye yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

Bu değerlendirmeyi devlet mallarının kapsamını belirten yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi Kararında yapılan diğer açıklamalar da desteklemektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu Kararında "*Kamu hizmetlerine özgülünmüş ve halkın doğrudan yararlandığı malların haczedilememesi ilkesi, kamu hizmetlerinin görülebilmesini kolaylaştırarak hukuk devletinin gerçekleşmesine yardımcı olur. Bu hizmetler; Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulan devamlı ve düzenli çalışmalardır.*" açıklamalarında bulunmuştur.

³⁵ İlhami Söyler, *Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi*, Ankara: Maliye Bakanlığı APK Yayını, 2005, s. 37.

³⁶ Abdurrahman Akdoğan, Sadık Kırbas ve Saygın Eyüpgiller, *Açıklamalı Maliye ve Vergi Terimleri Sözlüğü*, Ankara: Birlik Yayınları, 1986, s. 100.

³⁷ Söyler, *Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi*, s. 39.

³⁸ Akdoğan, Kırbas ve Eyüpgiller, *Açıklamalı Maliye ve Vergi Terimleri Sözlüğü*, s. 44.

³⁹ Ekrem Erdoğan, "Teoride Kamu Taşınmaz Malları", *XIV. Türkiye Maliye Sempozyumu*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2000, s. 59.

⁴⁰ Söyler, *Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi*, s. 56.

Yine aynı Kararda Anayasa Mahkemesi devlet mallarının haczedilememesinin gerekçesi olarak ayrıca “Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına dayanır. Devlet mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştireceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekliliğe engel olarak, kamu yararına zarar verir. Uyuşmazlık konusu olayda, borcun hiç ödenmemesinden değil, bütçe olanaklarına göre yılını aştığı için gecikerek ödemenin sağlanacağından söz edilmektedir. Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz. Öbür yandan; 23-25 Nisan 1972 günlerinde Ankara’da yapılan 1. Türk Hukuk Kongresinde, İcra ve İflas Yasası’nın devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kuralının değiştirilmesi gerektiği önerisi, bu hükmün konuluş nedeninin ‘Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceğinin doğal olduğu ilkesine dayandığı’, görüşüyle kabul edilmemiştir.” ifadelerini kullanmıştır. Bu konuda diğer mahkemelerin de Anayasa Mahkemesiyle aynı görüşleri paylaştığı görülmektedir. Zira Yargıtay İcra ve İflas Dairesi, devlet mallarının devlete intikal şeklini ve o mallar üzerinde daha evvel özel kişiler lehine tesis edilmiş olan rehin haklarını bile nazara almaksızın o mal devlet malı ise İİK madde 82/1-1’e göre malın haczedilemeyeceği konusunda içtihatla bulunmuştur⁴¹.

Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin doktrinde de yargı kararlarıyla benzer gerekçeler öne sürülmüştür. Bu gerekçeleri çok kısa bir şekilde şöyle özetleyebiliriz: Devlet borçları bütçe kanunundaki usullere uyularak ödendiği için devlet mallarının haczedilmesi bu usul dışına çıkılması anlamına gelir ve bu itibarla bütçe kanununa aykırılık teşkil eder⁴². Devlet mallarının haczi bu malların tahsis cihetini değiştireceği için devlet malvarlığında ve mali hukukta istikrarı bozar ve kamu yararını ihlal eder⁴³. Bir alacaklının kişisel menfaatini sağlamak için devlet mallarının haczinin, özel menfaatin genel menfaate üstün tutulması anlamına gelmesi dolayısıyla böyle bir uygulama kabul edilemez⁴⁴. Devlete karşı icra yoluna başvurulması, kamu gücünü elinde bulunduran devletin, kendinin yürüttüğü ve sahip olduğu icra gücüyle kamu gücünün çarpıştırılması anlamına gelir ki bu durum ulusal egemenliğin, kamu hizmetleri dengesinin yıkılması anlamına gelir⁴⁵. Devlet mallarının haczi durumunda kamu hizmetlerinin aksaması ve kesintiye uğraması gibi ciddi bir sorun oluşabilir⁴⁶.

İİK hükümleri çerçevesinde destekleme ödemelerine haciz uygulanamayacağına ilişkin yorumu, tarımsal desteklemelere yönelik yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararları da teyit etmektedir. Şöyle ki 2022 Yılında Yapılacak Tarımsal Desteklemeler ve 2023 Yılında Uygulanacak Sertifikalı Tohum Kullanım Desteğine İlişkin Karar’ın⁴⁷ 8’inci maddesinin on dokuzuncu fıkrasında “Bu Karar kapsamında yapılan tarımsal destekleme ödemeleri kamu kaynağı

⁴¹ Bakı Kuru, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19/1 (1962), s. 284.

⁴² Necmeddin Berkin, “Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar”, İstanbul Barosu Dergisi, 5, (1957), s. 115.

⁴³ Necmeddin Berkin, “Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar”, s. 116.

⁴⁴ Ejder Yılmaz, *Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı)*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988, s. 601-602.

⁴⁵ Ahmet Erdoğan, “Yönetsel Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi”, Danıştay Dergisi, 1/1 (1971), s. 16.

⁴⁶ Cenk Akil, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralları Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 2, (2012), s. 107.

⁴⁷ Cumhurbaşkanlığı Kararı, K. 6243, 19.10.2022, RG 20.10.2022/31989.

olduğundan hak sahibinin hesabına aktarılmadan önce haciz/icra, temlik ve benzeri işlemler yapılmaz." hükmü bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın bu hükmü de destekleme ödemelerinin kamu kaynağı niteliğine vurgu yaparak yukarıda İİK hükümleri kapsamında yapılan hukuki değerlendirmelerle ulaşılan, destekleme ödemelerinin haczedilemeyeceği sonucuyla aynı kanaati paylaşarak bu uygulamayı gözetmektedir.

Bazı kamu kurum ve kuruluşlarının haczedilebilecek malları ise ancak devlet malı olma niteliği bulunmamalarında geçerli olabilecektir. 1050 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılması sonrası yürürlüğe giren 5018 sayılı kanun kapsamı dışında yer alan ve özel mevzuatında mallarının devlet malı kapsamında yer aldığı şekilde bir hüküm bulunmayan kamu idarelerinin malvarlıkları ile söz konusu Kanun'da yer almakta birlikte malvarlıklarının (taşınır ve taşınmaz mal, gelir, gider, alacak vb.) sevk ve idaresi söz konusu kanundaki hükümlere tabi olmayan idarelerin söz konusu mal varlıkları haczedilebilecektir⁴⁸. Örneğin, Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler ile üniversite hastanelerinin döner sermayeli işletmeleri 5018 sayılı Kanun'daki bütçe ve muhasebe usullerine tâbi olmayıp söz konusu işletmelerin fon varlığı kapsamındaki kasa veya bankalardaki mevcutları ile alacakları ve bir kamu idaresine bağlı olmakla birlikte kamu hizmeti yerine ticari amaçla işletilen işletmelere ait mallar haczedilebilir malvarlığı kapsamında yer almaktadır⁴⁹. Destekleme ödemeleri ise 5018 sayılı Kanun kapsamında ve merkezi yönetim bütçesi içerisinde yer alan ve bu itibarla devlet malı niteliğine sahip, haczi mümkün olmayan kamu kaynaklarıdır.

Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hükmü de içeren Anayasa'ya aykırılık savıyla açılan davada itirazı reddetmiş olan Anayasa Mahkemesi'nin Kararı⁵⁰ yukarıdaki değerlendirmelerimizi ayrıca teyit etmektedir. Anayasa'ya aykırılık iddiası, alacaklı şirket tarafından yapılan ilamlı icra takibinde borçlu belediyece, banka hesaplarındaki paraların kamuya tahsisli olduğu ileri sürülerek haczin kaldırılmasına yönelik açılmış olan davayı gören mahkemece yapılmıştır. İİK 82/1-1 ile Belediye Kanunu 19/1-7 hükmünün Anayasa'nın 35 ve 138'nci maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ilişkin açılan söz konusu davada, Anayasa Mahkemesi'nin iptal isteminin reddine vermiş olduğu kararın gerekçesinde yer alan şu açıklamalar önem arz etmektedir: *"Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkarlardan farklı ve onun üstünde ortak bir yarar vardır. Belediyelerin, devamlılık gösteren hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan emval veya eşyaların hacze konu olabilmemesinin, belediyelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamuya ilişkin hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğuracağı kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamada amaç toplum yararının üstün tutulmasıdır."* Yargıtay da belediyeye ait sebze ve meyve hâllerinde kendilerine yer tahsis edilmiş olanlardan belediyece alınacak ücretlerin normal kira niteliğinde olmayıp yasal düzenleme ile Belediye Gelirleri Kanunu'na tâbi ve belediye hizmetlerine mahsus gelir

⁴⁸ Mali Dünya, "Kamu Kurumlarının Hangi Malları Haczedilebilir?", <http://www.malidunya.com/kamu-kurumlarının-hangi-malları-haczedilebilir/>, Erişim: 12.08.2023.

⁴⁹ Mali Dünya, "Kamu Kurumlarının Hangi Malları Haczedilebilir?"

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, K. 2000/25, 20.09.2000, RG 04.10.2002/24896.

niteliğinde olduğu gerekçesiyle İİK 82/1-1 hükmüne istinaden bu gelirin haczedilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁵¹.

Hal böyleyken icra dairelerinin, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına; İİK'nin yalnızca 89'uncu maddesi hükmünü gerekçe göstererek borçluya yönelik destekleme ödemelerinin borçlu yerine ilgili icra dairesine yapılacağına ilişkin bildirimlerinde, hukuki uyarılılık bulunmadığı düşünülmektedir. Bu itibarla İİK'nin 82 ve 89'uncu maddelerinin birlikte dikkate alınarak yapılan yukarıdaki değerlendirmeler doğrultusunda kamu kurum ve kuruluşlarının destekleme ödemelerini, ilgili icra dairesine yerine borçluya kesintisiz olarak gerçekleştirmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının haciz ihbarnamesine muhatap ilgili birim ve yetkililerinin; destekleme ödemesinin icra dosyası yerine ödemeye hak kazanan kişiye gerçekleştirilmesi nedeniyle ihbarnameye aykırı işlemden dolayı hukuki sorumluluğuna başvurulmaması adına, her ne kadar İİK madde 82'ye dayanarak işlem gerçekleştirilmiş olması sebebiyle bu kimseler hakkında olumsuz hukuki bir sonuç beklenmese dahi böyle bir sürece sebebiyet vermemek için ilgili icra dairesine itiraz etmeleri yerinde olur. Zira İİK hükümleri uyarınca üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren yedi günlük yasal sürede itiraz etmez ise bu ihbarname ile kendisinden istenen takip konusu borç miktarı üçüncü kişinin zimmetinde; dolayısıyla kendisinden birinci haciz ihbarı ile istenen alacak miktarını takip borçlusuna borçlu olduğunu ikrar etmiş sayılır⁵². Türk hukuk uygulamasında her ne kadar kural olarak sükût ikrar sayılmaz ise de kanunun belli bir vakıa karşısında sükût edilmesinin ikrar kabul edileceğinin öngörüldüğü durumlarda, sükûtun ikrar sayılmayacağına ilişkin genel kural işlemeyecektir⁵³. Ancak bu ikrar etmiş sayılma, kesin bir karine olmayıp bu karinenin aksini ispat için İİK madde 89'da üçlü ihbarname sistemi kabul edilerek üçüncü kişiye yasal imkânlar tanınmıştır: Birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemekle meydana gelen zimmetinde sayılma durumu, ikinci haciz ihbarnamesiyle bildirilip itiraz imkânını kullanma hakkı bahşedilirken bu hakkın kullanılmaması durumunda üçüncü haciz ihbarnamesiyle üçüncü kişiye bu kez menfi tespit davası açabilme olanağının bulunduğu tebliğ edilecektir⁵⁴. Dolayısıyla destekleme ödemesini gerçekleştirecek ilgili kamu kurum ve kuruluşunun, birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine, bu çalışmada ortaya koyulan hukuki tespit ve değerlendirmeleri gerekçe göstermek suretiyle itiraz etmesi önem arz etmektedir. Bu itiraza karşın ilgili icra dairesinin destekleme ödemesinin haczi hususunda direktmesi halinde ise ilgili kamu kurum ve kuruluşunun konu hakkında İİK madde 16 uyarınca icra mahkemesine şikâyette bulunması gerekmektedir. Zira söz konusu maddede *"Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya*

⁵¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, K. 2002/10145, 16.05.2002.

⁵² Ahmet Cahit İyilikli, "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011, s. 36.

⁵³ Süha Tanrıver, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", TBB Dergisi, 2, (1993), s. 214.

⁵⁴ İyilikli, "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi", s. 36.

sebeatsız sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir.” hükmü bulunmakta olup tartışma konusu husus da icra dairesinin İİK madde 82/1-1 hükmüne aykırı bir işlemidir. Şikâyette bulunmak için yapılan işlemin kanuna aykırılık taşımasının yeterli olması nedeniyle söz konusu şikâyet için şikâyet konusu hatalı işlemi yapan memurun kusurlu veya bilgisizliği ile bunu yapmış olması da aranmamaktadır⁵⁵. Bununla birlikte destekleme ödemesine ilişkin haciz ihbarnamesini alan ilgili kamu kurum ve kuruluşunun; her ne kadar öncelikle haciz ihbarnamesine itirazda bulunulmasının uygun olabileceği belirtilmiş olsa da tartışma konusunun icra dairesinin kanun hükmünü yanlış yorumlamasından kaynaklanması nedeniyle itiraz yerine doğrudan icra mahkemesine şikâyette bulunması da uygun olabilecektir. Ayrıca söz konusu “kanuna aykırılık”, madde 16 hükmünden anlaşılacağı üzere yalnızca İİK ile sınırlı olmayıp icra ve iflas hukukuna ilişkin hükümleri içeren diğer kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerini de kapsamaktadır⁵⁶. Dolayısıyla kanuna aykırılık; bir kanun, tüzük ve yönetmelik hükmünün “hiç uygulanmamış” veya “yanlış uygulanmış” olmasını ifade etmektedir⁵⁷.

Yukarıda yapılan değerlendirmelere ilave olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) almış olduğu bir kararını, devlet mallarının hacziyle olan ilişkisi nedeniyle burada kısa da olsa tartışmak faydalı olabilir. Şöyle ki Türkiye’de bir belediyeden alacağı olan bir şirket, alacağını tahsil edemediği için alacağına yönelik olarak belediye hesap ve taşınmazlarına icra dairesince tesis ettirmiş olduğu haciz işleminin, ilgili belediyenin davası üzerine İcra Hukuk Mahkemesince iptali üzerine AİHM’e başvurmuştur. İcra Hukuk Mahkemesi ilgili belediyenin talebini haklı bulurken belediyeye ait tüm hesapların kamu hizmetine tahsis edilmiş olduğu ve kamu hizmetine tahsis edilen hesaplara haciz konulamayacağı tespitinde bulunmuştur. AİHM ise söz konusu olayda ek 1 no.lu Protokol’ün 1’inci maddesiyle öngörüldüğü şekilde mülkiyet hakkının ihlal edildiği hükmüne vararak alacaklıyı haklı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 46’ncı maddesine göre Sözleşmeye taraf tüm devletler AİHM kararlarına uymaya mecbur olup bu itibarla AİHM kararları üye devletler için bağlayıcıdır. Bu da insan haklarına yönelik bir ihlalin olduğunu tespit eden AİHM kararının iyi niyetle -yani tam olarak ve süratle- infaz edilmesi için uluslararası hukuk anlamında bir yükümlülük getirmektedir⁵⁸. Söz konusu yükümlülük ise AİHM’in karara bağlamış olduğu somut olayla ilgilidir. Nitekim bir dönemin AİHM İnsan Hakları Direktörü Christos Giakoumopoulos’un da belirtmiş olduğu gibi AİHM kararları ulusal mahkeme kararlarını, düzenlemeleri veya kanunları hükümsüz kılmamaktadır⁵⁹. Bu itibarla AİHM’in söz konusu kararını; genel olarak Anayasa Mahkemesinin devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kararının aksine bir karar olarak ve İİK madde 82/1-1’in uygulamasını engel olacak şekilde yorumlamak mümkün değildir. Kaldı ki yukarıda aktarılan söz konusu uyuşmazlığa ilişkin AİHM Kararında aleyhine karar alınan taraf belediyedir. İİK madde 82/1-1’de ise devlet mallarının haczedilemeyeceği hükmünü haizdir. Belediyeler ise devlet tanımı içerisinde yer almamaktadır. Nitekim idare hukukunda kamu tüzel kişilerine

⁵⁵ Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul: Kardeşler Matbaası, 1995, s. 57, 58.

⁵⁶ Ömer Ulukapı, *İcra ve İflas Hukuku Uygulamaları*, Konya: Mimoza Yayınevi, 2001, s. 17.

⁵⁷ Talih Uyar, “İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri (I)”, TBB Dergisi, 50, (2004), s. 98.

⁵⁸ Christos Giakoumopoulos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, Anayasa Yargısı Dergisi, 33 (2016), s. 35.

⁵⁹ Giakoumopoulos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, s. 35.

“kamu idareleri” ismi verilmekte olup kamu idareleri kendi arasında “devlet” ve “mahalli idareler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁰. Merkezi idare veya genel idare adıyla da anılan devlet; yasama, yürütme ve yargı organlarından oluşmakta, yürütme organı da kendi içinde başkent teşkilatı ve taşra teşkilatı şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁶¹. Devlet tek bir kamu tüzel kişiliğini oluşturmakta; dolayısıyla TBMM’nin, yüksek mahkemelerin, Cumhurbaşkanlığı, bakanlıkların, valiliklerin, kaymakamlıkların ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayıp bunların hepsi devlet tüzel kişiliğinin içinde yer almaktadır⁶². Mahalli idareler ise mahalli sınırlar içinde yaşayan insanların oluşturdukları kişi topluluklarıdır⁶³. Anayasa’nın 127’nci maddesi uyarınca “il özel idareleri”, “belediyeler” ve “köyler” olmak üzere üç tür mahalli idare bulunmakta olup her mahalli idarenin ayrı bir kamu tüzel kişiliği vardır⁶⁴. Bu itibarla mahalli idareler kamu tüzel kişiliğine sahip olmakla birlikte devlet tüzel kişiliği ve dolayısıyla devlet tanımının kapsamı içerisinde yer almamaktadır. Bunların yanı sıra söz konusu AİHM Kararında, ilgili belediye bizzat borcunu ödemediği için alacaklının mülkiyet hakkının ihlali gerekçesiyle başvuru haklı bulunmuştur. Bu çalışmanın konusu ise destekleme ödemelerinin haczi olup haciz işleminde devletin üçüncü kişi olarak destekleme alacaklısına (haciz borçlusuna) yapacağı ödemenin haczedilip haczedilemeyeceğidir. Bu bağlamda çalışmada tartışılan husus, devletin kendi borcuna yönelik bir haciz işlemi değil, devletin haciz borçlusuna yapacağı ödemenin (devlet malı niteliğini haiz destekleme ödemesi) haciz kapsamında icra dairesine yapılıp yapılamayacağıdır. Kaldı ki söz konusu ödeme, AİHM Kararındaki konunun aksine bir borç ödemesi değil; bir destekleme ödemesi olması dolayısıyla ancak İİK madde 89/1’de hüküm altına alınan “sair hak” kapsamında değerlendirilecek bir ödemedir. Bu itibarla çalışma konusu ile AİHM kararının içeriği hem haczedilen malvarlığının sahibinin (devlet-belediye) farklı olması nedeniyle hacze konu unsurun devlet malı olup olmaması hem haciz işleminin İİK’nin diğer maddeleri yerine 89’uncu maddesi (alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkında) kapsamında yer alan bir uygulama olması hem de borç ödemesi yerine sair bir hakka ilişkin ödeme olması açısından farklılık arz etmektedir. Konunun detaylarına ilişkin bu farklılıklara rağmen bu Kararla AİHM’in genel olarak devlet mallarının haczinin mümkün olabileceğine ilişkin bir görüşe sahip olduğu sonucuna da ulaşılabilir. Bununla birlikte söz konusu Kararda uygulanması gerektiği belirtilen haciz işleminin, doğrudan borçlunun kendi mülkiyetinde bulunan malvarlığına uygulanan haciz işlemi olduğu; dolayısıyla Kararın içeriğinin haciz uygulamasında üçüncü kişi konumundaki şahıs (çalışma özelinde devlet) tarafından haciz borçlusuna yapılan ödemeleri kapsamadığını yinelemekte fayda bulunmaktadır.

SONUÇ

Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesi, İİK’nin 89’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca borçluya yönelik haciz işleminde üçüncü bir kişinin borçluya olan borcunun veya

⁶⁰ Kemal Gözler, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60/4 (2011), s. 839.

⁶¹ Gözler, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, s. 839.

⁶² Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2009, s. 163-166.

⁶³ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 161, 163-166.

⁶⁴ Gözler, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, s. 840.

borçlunun üçüncü kişiye yönelik sair bir talep hakkının borçluya değil, borç tutarı nispetinde icra dairesine ödenmesi gerekmektedir. Bu maddede ayrıca bir şerh düşülmediği için sair hak olarak değerlendirilebilmesi dolayısıyla söz konusu haciz işlemi kapsamında destekleme ödemelerinin de bu çerçevede icra dairesine ödenmesi gerektiği iddia edilebilir. Zira uygulamada genel olarak icra daireleri, 89'uncu maddeye atıf yaparak haciz işlemi kapsamında destekleme ödemelerinin borçlu yerine icra dairelerine yapılmasına ilişkin kamu kurum ve kuruluşlarına bildirim yapmaktadır.

İİK'nin yalnızca 89'uncu maddesi dikkate alındığında icra dairelerinin yapmış oldukları bu bildirimlerde sorunlu bir husus görünmemektedir. Ancak İİK madde 82/1-1'de devlet mallarının haczedilemeyeceğine hükmedilmiştir. İlk etapta destekleme ödemelerinin bir mal olmaması dolayısıyla bu hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceği düşünülebilir. Ancak "devlet malı" kavramının mevzuatta yapılan tanımı dikkate alındığında destekleme ödemelerinin de bu kavram kapsamında yer aldığı görülmektedir. Şöyle ki devlet malının tanımı, 1050 sayılı Kanun'da yapılmıştır. 1050 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine göre devlet malları; devletçe konulan ve alınan türlü vergi, resim ve harçlar, devlete ait nakit, her türlü hisse senedi (kambiyo senetleri), her türlü taşınır, taşınmaz mal, diğer kıymetler ve bunların irat ve satış bedellerinden oluşmaktadır. Nakit vb. diğer kaynaklar da dâhil olmak üzere günümüzde kullanılan mal kavramının çok ötesinde tüm kamu kaynaklarını devlet malı olarak niteleyen bu tanım uyarınca destekleme ödemeleri de bir devlet malıdır. Bu itibarla İİK madde 82/1-1 hükmü uyarınca destekleme ödemelerinin de haczi mümkün bulunmamaktadır.

Tarımsal desteklemelere yönelik yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararları da aynı doğrultuda hüküm ihtiva etmektedir. Şöyle ki 2022 Yılında Yapılacak Tarımsal Desteklemeler ve 2023 Yılında Uygulanacak Sertifikalı Tohum Kullanım Desteğine İlişkin Karar'da, tarımsal destekleme ödemelerinin kamu kaynağı olduğundan hak sahibinin hesabına aktarılmadan önce haciz/icra, temlik ve benzeri işlemler yapılmayacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Bu tespit ve değerlendirmeler; destekleme ödemeleri söz konusu olduğunda İİK'nin 89'uncu maddesi yerine 82'nci maddesinin dikkate alınmasını ve dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarının destekleme ödemelerini, ilgili icra dairesine ödemek yerine borçluya kesintisiz olarak gerçekleştirmesi gerektiği sonucunu ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının haciz ihbarnamesine muhatap ilgili birim ve yetkililerinin, destekleme ödemesinin icra dosyası yerine ödemeye hak kazanan kişiye gerçekleştirilecek olması nedeniyle İİK hükümleri uyarınca ihbarnameye aykırı işlemden dolayı hukuki sorumluluğuna başvurulmaması adına, birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine, bu çalışmada ortaya koyulan hukuki tespit ve değerlendirmeleri gerekçe göstermek suretiyle itiraz etmesi önem arz etmektedir. Her ne kadar İİK madde 82'ye dayanarak işlem gerçekleştirilmiş olması sebebiyle bu kimseler hakkında olumsuz bir hukuki sonucun çıkması muhtemel olmasa dahi böyle bir işleme sebebiyet vermemek için ilgililerin ihbarnameye itiraz etmeleri hukuki olarak daha uygun bir yöntem olacaktır. Bu itiraza karşın ilgili icra dairesinin destekleme ödemesinin haczi konusunda direktmesi halinde ise ilgili kamu kurum ve kuruluşunun konu hakkında "kanuna aykırı işlem" gerekçesiyle İİK madde 16 uyarınca icra mahkemesine şikâyette

bulunması gerekmektedir. Hatta destekleme ödemesine ilişkin haciz ihbarnamesini alan ilgili kamu kurum ve kuruluşu konuya ilişkin olarak doğrudan icra mahkemesine şikâyette de bulunabilir. Zira tartışma konusu husus icra dairesinin İİK madde 82/1-1 hükmüne aykırı bir işlemidir.

Tüm bunlarla birlikte çalışmada ele alınan bu temel tartışma konusuna ilişkin literatür ve yargı kararlarının inceleme aşamasında tartışmalı bir başka konu daha tespit edilmiştir. Bu da icra daireleri tarafından üçüncü kişilere gönderilen haciz ihbarnamelerinde, takip borçlusunun üçüncü kişideki mevcut alacağının yanı sıra muhtemel doğacak alacaklarının da haczinin talep edilip edilemeyeceği hususudur. Literatür taramasından ve konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararından; üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde, takip borçlusuna ilişkin müstakbel doğacak alacakların da haczedildiği bildirilmiş olsa dahi üçüncü kişinin sorumluluğunun kural olarak haciz ihbarnamesinin tebellüğ etmiş olduğu tarihteki mevcut alacaklarla sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Müstakbel bir alacaktan bahsedebilmek için bir hukuki ilişkinin mevcut olmasının ve bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlusunun belli olması gerekliliğine ilişkin literatürdeki görüş dikkate alındığında, bu şekilde belirli bir alacak söz konusu olmadığında, ileride olası bir alacağın hazine ilişkin bir talebin hukuki bir dayanağının olmadığı değerlendirilmiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir hukuki ilişkiye dayanmayan müstakbel alacağın doğmuş alacaklarla birlikte haczi için haciz ihbarnamesi gönderildiği takdirde üçüncü kişinin haciz ihbarnamesinin doğacak alacak ile ilgili kısmını şikâyet yolu ile icra mahkemesinde iptal ettirme hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman. Sadık Kırbas ve Saygın Eyüpgiller. *Açıklamalı Maliye ve Vergi Terimleri Sözlüğü*. Ankara: Birlik Yayınları, 1986.
- Akyol Aslan, Leyla. "İcra İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. VI/1-2 (2011): (s.93-119).
- Arslan, Ramazan. "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağına Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/4 (2016): (s.3217-3242).
- Bal, Nurullah. "Haksız Takip Nedenine Dayanan Tazminat Sorumluluğu". Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2020.
- Berkin, Necmeddin. "Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar". *İstanbul Barosu Dergisi*. 5 (1957): (s.113-124).
- Boran Güneysu, Nilüfer. "İcra Hukukunda Aşkın Haciz". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. XXI/4 (2016): (s.25-60).
- Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı. *2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Gerçekleşmeleri ve Beklentiler Raporu*. 2022.
- Direnisa, Efe. "Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12/1 (2022): (s.329-360).
- Erdoğan, Ekrem. "Teoride Kamu Taşınmaz Malları", *XIV. Türkiye Maliye Sempozyumu*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2000.
- Ergen, Zuhâl. "Kamu Mali Yönetiminde Yeniden Yapılanma: Muhasebe-i Umumiye Kanunu'ndan 5018 sayılı Kanun'a Bütçe ve Harcama Usullerinde Dönüşüm". *Ekonomi Bilimleri Dergisi*. 8/1 (2016): (s.93-115).
- Ermeneç, İbrahim. "İcra ve İflas Kanunu Madde 89/4'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukuki Analizi". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*. Cilt 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014: (s.887-918).
- Giakoumopoulos, Christos. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü". *Anayasa Yargısı Dergisi*. 33 (2016): (s.35-42).
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Cilt 1. 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2009.
- Gözler, Kemal. "5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 60/4 (2011): (s.837-919).
- Gür, Necip Taha. "İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti". Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.
- İyilikli, Ahmet Cahit. "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi". Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011.
- İyilikli, Ahmet Cahit. *Haciz İhbarnameleri*. Ankara, 2012.
- Jerry Jasinowski, "The Great Fiscal Unknown-Subsidies", *The American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 32, Issue 1 (1973): (s.1-16).
- Karlı, Abdurrahim. "İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/2 (2004): (s.411-417).
- KOSGEB. *2022 Yılı Faaliyet Raporu*. 2023.
- Kuru, Baki. "Haczi Caiz Olmayan Şeyler". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 19/1 (1962): (s. 277-326).

- Kuru, Baki. *Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi*, İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayını, 2002.
- Kuru, Baki. "İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler". *Bankacılar Dergisi*. 47 (2003): (s.59-82).
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku*. 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009.
- Söyler, İlhami. *Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi*, Ankara: Maliye Bakanlığı APK Yayını, 2005.
- Şeker, Hilmi. "İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16/Özel Sayı (2014): (s.2971-3004).
- Tanrıver, Süha. "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu". *TBB Dergisi*. 2 (1993): (s.212-243).
- Tarım ve Orman Bakanlığı. *2022 İdare Faaliyet Raporu*. 2023.
- Tok, Ozan. "İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 9/1 (2021): (s.57-85).
- Toraman, Barış ve Hakan Hasırcı. "Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler". *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 19/54 (2023): (s.3-52).
- Ulukapı, Ömer. *İcra ve İflas Hukuku Uygulamaları*, Konya: Mimoza Yayınevi, 2001.
- Uyar, Talih. "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki -Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İ.Y. Mad. 89)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 (1981): (s.205-227).
- Uyar, Talih. "İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri (I)". *TBB Dergisi*. 50 (2004): (s.97-120).
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul: Kardeşler Matbaası, 1995.
- Yasin, Melikşah. "Kamu Hizmeti". *İdare Hukuku*. Ed. Turan Yıldırım. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018: (s.529-591).
- Yavaş, Murat. *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2005.
- Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Yayın, 2009.
- Yılmaz, Ejder. *Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı)*. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988.

EXTENDED SUMMARY

LEGAL ANALYSIS OF IMPOUNDMENT OF SUPPORT PAYMENTS IN THE CONTEXT OF PUBLIC RESOURCE

Dr. Yalçın Arslantürk

Ministry of Agriculture and Forestry, yalcinrabzon@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-0895-0022>

The balance of interests between the creditor, the debtor and the third party in the seizure of the debtor's goods and receivables from third parties is regulated in article 89 of the Enforcement and Bankruptcy Law (EBL). Pursuant to this article, in the confiscation process against the debtor, the debt of a third party to the debtor or any other claim of the debtor towards to the third party must be paid to the enforcement office in proportion to the debt amount, not to the debtor. Since there is no additional annotation in this article, it can be claimed that the support payments within the scope of the seizure process in question should be paid to the enforcement office within this framework, since they can be considered as other rights. Because in practice, enforcement offices generally refer to article 89 and notify public institutions and organizations regarding the payment of support payments to the enforcement offices instead of the debtor within the scope of the seizure process.

Considering only article 89 of the EBL, there doesn't appear to be anything problematic in these notifications made by the enforcement offices. However considering the definition of the concept of "state property" in the legislation, it can be seen that support payments are also included in this concept. As a matter of fact, according to article 2 of Law No. 1050, state property; it consists of all kinds of taxes, duties and charges imposed and collected by the state, cash belonging to the state, all kinds of stocks (bills of exchange), all kinds of movable goods, real properties, other assets and their income and sales prices. In accordance with this definition, which qualifies all public resources as state property, support payments are also state property. In this respect, it's not possible to seize the support payments in accordance with the provision of article 82/I-1 of the EBL. As a matter of fact, there is a provision in the Presidential decisions, stating that since agricultural support payments are public resources, no seizure/enforcement, assignment or similar transactions will be made before they are transferred to the account of the beneficiary.

These determinations and evaluations; when it comes to support payments, it's concluded that the article 82 of the EBL should be taken into consideration instead of the article 89 and therefore public institutions and organizations should make the

support payments to the debtor without interruption instead of paying them to the relevant enforcement office.

Another controversial issue was identified during the review of the literature and judicial decisions regarding this fundamental debate issue discussed in the study. This is the issue of whether the debtor's possible receivables from third parties can be requested to be seized in the seizure notices sent by the enforcement offices to third parties. From the literature review and the decision of the General Assembly of the Supreme Court of Appeals on the subject; it has been concluded that even if it is stated in the seizure notice sent to the third party that the possible receivables related to the follow-up debtor are also seized, the liability of the third party is, as a rule, limited to the existing receivables on the date when the seizure notice was notified. Considering the opinion in the literature that in order to talk about a possible receivable, a legal relationship must exist and the type and debtor of the receivable arising from this legal relationship must be certain, it has been evaluated that when such a specific receivable does not exist, a request for the seizure of a possible receivable in the future has no legal basis. As a matter of fact, the General Assembly of the Supreme Court of Appeals stated that if a lien notice is sent for the seizure of a possible receivable that is not based a legal relationship together with the receivables that have arisen, the third party has the right to cancel the part of the lien notice related to the receivable that will arise in the enforcement court through a complaint.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TAŞIMA SENEDİNİN İSPAT GÜCÜ

POWER OF PROOF OF THE CONSIGNMENT NOTE

Doç. Dr. Nurdan Ortaç*

ÖZ

TTK'de (Türk Ticaret Kanunu) taşıma sözleşmesi herhangi bir şekilde tabi kılınmamışsa da sözleşmeyi tevsik edici niteliği haiz olan taşıma senedine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çalışmada, taşıma senedinin ispat gücü üzerinde durulmuştur. Taşıma senedinin ispat fonksiyonu, taşıma işlemleri sırasında doğan anlaşmazlıkları çözmeye önemli bir rol oynar. Taşıma senedi, eşyanın teslim alındığı andan, eşyanın teslim edildiği ana kadar olan birçok aşamanın kayıt altına alındığı önemli bir delil niteliğindedir. Taşıma senedinin üzerinde yer alan bilgiler, eşyanın türü, miktarı, taşıyıcı, gönderen, gönderilen bilgileri gibi taşıma işlemine dair ayrıntılarını içerir. İşte bu bilgiler, taşıma senedini bir ispat aracı haline getirir. TTK'nin taşıma senedinin ispat gücüne ilişkin düzenlemeler içeren 858'inci maddesinde gönderen ve taşıyıcı tarafından birlikte imzalanan taşıma senedine ilişkin çeşitli karineler öngörülmüştür. Çalışmamızda bu karinelere ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Her ne kadar çalışma konusu Türk hukuku ile sınırlı olsa da zaman zaman mehz Alman Ticaret Kanunu (HGB) hükümlerine ve Alman yargı kararları ile Alman öğretisindeki görüşlere yer verilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşıyıcı, Gönderen, Taşıma Sözleşmesi, Taşıma Senedi, İspat Gücü.

ABSTRACT

Although the contract of carriage is not subject to any form in the TCC (Turkish Commercial Code), detailed regulations regarding the bill of carriage, which has the quality of certifying the contract, are included. In this study, the proof power of the bill of carriage is emphasised. The proof function of the bill of carriage plays an important role in resolving disputes arising during carriage transactions. The bill of carriage is an important evidence that records many stages from the moment the goods are received to the moment the goods are delivered. The information on the bill of carriage contains the details of the carriage process such as the type, quantity, carrier, sender and consignee of the goods. This information makes the bill of carriage a means of proof. Article 858 of the TCC, which regulates the proof power of the bill of carriage, stipulates various presumptions regarding the bill of carriage co-signed by the consignor and the carrier. In our study, explanations regarding these presumptions will be given. Although the subject of the study is limited to Turkish law, the provisions of the German Commercial Code (HGB), German judicial decisions and the opinions of the German doctrine will be included from time to time.

Keywords: Carrier, Sender, Contract of Carriage, Consignment Note, Power of Proof.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

📞 0000-0002-4274-7087 ✉ nurdanortac@kku.edu.tr



GİRİŞ

Eşya taşıma sözleşmesine ilişkin genel hükümler TTK¹'nin “*Taşıma İşleri*” başlıklı 4. Kitabında düzenlenmiştir². Taşıma sözleşmesi, Kanun'da herhangi bir şekil şartına tabi kılınmadığından, bu sözleşme TBK (Türk Borçlar Kanunu)³ m. 12 hükmü gereği şekle tabi değildir. Ancak TTK'de taşıma sözleşmesini tevsik edici niteliği haiz olan taşıma senedine⁴ ilişkin hükümler sevk edilmiştir.

TTK'nin 856 ve devamı maddelerinde taşıma senedine ilişkin tanıma yer verilmemişse de anılan Kanun'da yer alan düzenlemelerden yola çıkarak taşıma senedini, gönderen tarafından düzenlenen; taşınan eşya, taşıma ücreti ve taşıyıcı, gönderen ve gönderilen hakkında bilgiler içeren ve sözleşmenin tarafları arasındaki özel anlaşmaları da tevsike yarayan bir belge olarak tanımlayabiliriz. Bununla beraber taşıma senedine ilişkin hüküm sevk edilen KTY (Karayolu Taşıma Yönetmeliği)'nde taşıma senedine ilişkin açık bir tanıma yer verilmiştir. Anılan Yönetmelik m. 4/1/iii hükmü uyarınca taşıma senedi “*Eşya ve kargo taşımalarında gönderen ile yetki belgesi sahibi arasında akdedilen, taşımada kullanılan taşıta ait bilgiler ile ilgili diğer mevzuat ve bu Yönetmelikle belirlenen bilgileri ihtiva eden sözleşme belgesi veya bu tür bir sözleşmede bulunması gereken bilgileri ihtiva etmesi halinde taşıma senedi yerine geçecek olan taşıma faturası, taşıma irsaliyesi veya irsaliyeli taşıma faturasını*” ifade eder. Anılan düzenlemede bir belgenin taşıma senedi niteliği arz etmesi için açıkça belgenin taşıma senedi olduğunu belirtmesi gerektiği aranmamış, taşıma senedine ilişkin bilgileri içeren taşıma faturası, taşıma irsaliyesi veya irsaliyeli taşıma faturasının da taşıma senedi olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki her ne kadar KTY'nin ilgili hükmünde taşıma senedinin yetki belgesi sahibi ile gönderen arasında düzenleneceği ifade edilmişse de TTK hükümleri kapsamında “*taşıyıcı*”

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

² TTK'nin 852'nci maddesinde deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı tutulduğundan bu hususlarda öncelikle varsa özel hükümler; özel hükümlerde düzenlenmemiş hallerde ise genel hüküm niteliğindeki TTK'nin 4. Kitabı hükümleri uygulama alanı bulur. Örneğin, havayolu taşımalarında Türk Sivil Havacılık Kanunu, deniz yolu ile taşımalarda TTK'nin “Deniz Ticareti” başlıklı 5. Kitabı, demiryolu ile taşımalarda 1872 tarihli “*Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname*” (anılan Nizamnamenin halihazırda yürürlükte olmasına ilişkin eleştiriler için bkz. Nurdan Orbay Ortaç, “Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, *Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 9-12 Şubat 2021, Bildiri Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 563 vd.) özel düzenlemeler olarak zikredilebilir.

³ 6098 sayılı Türk Ticaret Kanunu 11.01.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴ Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (Convention On The Contract For The International Carriage Of Goods By Road-CMR)'nin Türkçe metninde “*sevk mektubu*” terimi tercih edilmiştir (Bkz. 04.01.1995 tarihli ve 22161 sayılı Resmî Gazete). *Kendigelen/Aydın* tarafından kaleme alınan makalede CMR Konvansiyonunun alternatif bir çevirisi yapılmış ve *yazarlar* tarafından resmi tercümeden farklı olarak “*taşıma senedi*” kavramı tercih edilmiştir (Abuzer Kendigelen ve Alihan Aydın, “Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR), Resmî Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi”, *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, İstanbul: Beta, 2002, s. 501 vd.

sifatının kazanılabilmesi için sadece taşıma işinin taahhüt edilmesi yeterli⁵ olduğundan taşıma işinin icrasını taahhüt eden taşıyıcı da TTK hükümleri kapsamında taşıma senedi düzenleyebilir.

Kanun koyucu, TTK m. 857/1 hükmünde taşıma senedinin içeriğine ilişkin standart bazı hususlara yer vermiş olsa da⁶ ikinci fıkra ile taraflara uygun gördükleri -örneğin, eşyanın belli ısıda taşınması kaydı, yetkili mahkeme kaydı gibi- diğer kayıtları koyma imkânı da tanımıştır. Anılan hükümde yer alan kayıtların bir kısmını içermeyen taşıma senedinin geçerliliği hususunda Kanun'da, açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anılan maddeye ilişkin gerekçede yer alan “*Birinci fıkra, taşıma senedinin asgarî mecburi içeriğini göstermektedir. Bu özelliklikle ikinci fıkradan anlaşılmaktadır.*”⁷ ifadesinden her ne kadar söz konusu kayıtların, geçerlilik unsuru olduğu yönünde bir kanaat oluşsa da TTK'nin taşıma senedinin ispat gücüne ilişkin 858'inci maddesinin gerekçesi nazara alındığında görülecektir ki esasen kanun koyucu, bu sorunun çözümünü öğretici ve yargı kararlarına bırakmıştır. Şöyle ki anılan madde gerekçesinde “...*Taşıma senedinin kanunda ifadesini bulan ispat gücünü haiz olabilmesi için şeklen kanuna uygun düzenlenmiş bulunması, her şeyden önce imzayı içermesi ve 858 inci maddedeki kayıtları içermesi gerekir. Bu kayıtlardaki eksikliklerin senedin ispat gücünü tümüyle mi ortadan kaldıracacağı, yoksa eksik olan kayıtlarla ilgili olarak mı gücünü yitireceği sorununun çözümü öğretici ve yargı kararlarına aittir.*”⁸. Kanaatimizce gönderen tarafından imzalanan taşıma senedinin TTK m. 857 hükmünde yer alan kayıtların bir kısmını içermemesi, gerekli asgari bilgileri karşıladığı (gönderen imzası, taşıyıcı, gönderen ve gönderilenin kimliğine ilişkin bilgiler ile taşınan mallara ilişkin bilgiler) sürece bir talimat ve ispat belgesi olarak işlevine halel getirmez. Nihayetinde taşıma senedinin en önemli işlevi ispat belgesi olmasıdır. Dolayısıyla özellikle her iki tarafça imzalanan taşıma senedi kanunda öngörülen kayıtların bir kısmını içerse dahi içerdiği kayıtlar bakımından ispat fonksiyonunu koruyacaktır⁹. Sadece gönderen tarafından imzalanması halinde ise onun aleyhine delil olma vasfı devam edecektir.

⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mertol Can, “4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na göre Yapılan Taşımaların Tabii Olduğu Hukuki Esaslar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2005, s. 11-63.

⁶ Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde 6102 sayılı Kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, taşıma senedinde taşımacı, gönderen ve alıcının unvanları, adresleri, iletişim bilgileri, eşyanın cinsi, miktarı, teslim alma ve teslim edilme yerleri, taşıma süresi, taşıma ücreti, taşımacının vergi kimlik numarasının (gerçek kişilerde T.C. kimlik numarası) belirtilmesi, taşıma irsaliyesinde ise; malın cinsi, miktarı, kimin tarafından tevdi edildiği, nereye ve kime gönderildiği ile alınan nakliye ücreti tutarı, sürücünün ad ve soyadı, taşıtın plakası, seri ve müteselsil sıra numarası ve düzenleme tarihinin yer almasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

⁷ Gerekçe için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (Erişim Tarihi: 01.09.2023)

⁸ Gerekçe için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (Erişim Tarihi: 01.09.2023)

⁹ Öğretide, ispat fonksiyonunu haiz olan ve kıymetli evrak niteliği arz etmeyen taşıma senedinde, TTK m. 857 hükmünde yer alan unsurlardan bir kısmının eksik olmasının senedin, taşıma senedi olma niteliğini etkilemeyeceği yönünde görüşler için bkz. Vural Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012, s. 51; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 95; Ahmet Batuhan Oyal, “Taşıma Senedi İle Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırılmalı Olarak Değerlendirilmesi”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1, (2023), s. 121 vd. Alman hukuku bakımından: Ingo Koller, *Handelsgesetzbuch Kommentar* (Hrsg Ingo Koller/Peter Kindler/Klaus-Dieter Drüen), 10. Auflage, C.H. Beck, 2023, HGB § 408, Rn. 1.

Taşıma senedinin taşıma sözleşmesine ait bir şekil şartı olmaması sebebi ile bu senedin düzenlenmemesi ya da düzenlenen taşıma senedinin TTK'de öngörülen şekle ve içeriğe uygun olmaması veya kaybolması halleri, taşıma sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez (TTK m. 856/2). Ancak taşıma senedinin kanuna uygun düzenlenmesi taraflar arasında çıkacak bir uyumsuzlukta ispat açısından oldukça önemli bir rol oynar.

Aşağıda öncelikle taşıma sözleşmesinin her iki tarafınca imzalanmış taşıma senedinin ispat gücü, ardından taşıma senedinin sadece gönderen tarafından imzalandığı hallerde ispat gücü üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

Çalışma konumuz TTK m. 858 hükmü ile sınırlı olsa dahi zaman zaman mehz Alman Ticaret Kanunu (HGB) hükümleri ve Alman yargı kararlarına da değinilmeye gayret edilecektir.

I. HER İKİ TARAFÇA İMZALANAN TAŞIMA SENEDİNİN İSPAT GÜCÜ

Taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin taraflardan birinin istemi üzerine gönderen taraftan düzenlenir. Taşıma senedinin sadece gönderen tarafından imzalanması yeterli olmakla beraber gönderen, taşıyıcıdan da senedi imzalamasını talep edebilir (TTK m. 856/1). Taşıma senedi, taşıyıcı tarafından da imzalanmış ise nitelikli bir ispat belgesine dönüşür¹⁰. Zira taşıma senedinin sadece gönderen tarafından imzalanması halinde söz konusu belge, gönderenin kendinden sadır olduğu için onun lehine, taşıyıcı aleyhine delil teşkil etmez¹¹.

A. TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN AKDİNE İLİŞKİN İSPAT GÜCÜ

TTK'nin 856'ncı maddesinin taşıma senedi düzenlenmemiş olsa dahi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile taşıma sözleşmesinin kurulacağına ilişkin düzenlenmesinden anlaşılacağı üzere (f. 2, c. 1), taşıma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere özel bir şekil şartı aranmaması sebebi ile taşıma sözleşmesi bakımından şekil serbestisi ilkesinin (TBK m. 12/1) geçerli olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Bu bağlamda taşıma sözleşmesi, yazılı veya resmî şekilde akdedilebileceği gibi sözlü dahi akdedilebilir. Bununla birlikte taşıma senedinin düzenlenmesi, taşıma sözleşmesinin geçerlilik şartı olmamakla beraber sözleşmenin ispatı açısından önem arz eder.

¹⁰ Maria Paschke, *Handelsgesetzbuch Kommentar* (Hrsg Oetker Hartmut), 7. Auflage, München: C.H. Beck, 2021, HGB § 409, Rn. 1.

¹¹ Senet, onu vücuda getiren kişi aleyhine delil teşkil eder (Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usul El Kitabı*, C. I, 2. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021, s. 670; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, C. I, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021, s. 914; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukuku*, 9. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 379; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, 11. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 436).

TTK'nin 858'inci maddesinde de açıkça vurgulandığı üzere her iki tarafça imzalanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına kanıt¹² teşkil eder¹³. Dolayısıyla her ne kadar taşıma senedinin düzenlenmemesi, taşıma sözleşmesinin geçerliliği bakımından önem arz etmese de bu durum, sözleşmenin varlığını ispat bakımından bazı güçlükler yaratabilir. Bu halde sözleşmenin varlığının ispatı genel hükümlere yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) tabi olacaktır. Bununla birlikte TTK'nin 856'ncı maddesinde taşıma senedinin düzenlenmediği halde de taşıma sözleşmesinin varlığına ilişkin başkaca bir karine daha öngörülerek sözleşmenin varlığını ispat açısından taraflara bir başka kolaylık tanındığını söyleyebiliriz. Şöyle ki anılan düzenleme uyarınca eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil edecektir (TTK m. 856/2 c. son)¹⁴. Bu halde eşyanın taşıyıcı tarafından gönderenden teslim alındığının ispatlanması taşıma sözleşmesinin varlığı bakımından aksi ispat edilebilir bir karine niteliği arz edecektir¹⁵. Ancak eşyanın taşıyıcıya teslimi sadece taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil ettiğinden, özellikle taşınan eşyanın zayı olması veya hasara uğraması halinde yine ispat sorunları doğabilir. Bu sebeple taşıma sözleşmesinin yazılı yapılmasında yahut her iki

¹² Karakaş, karineyi “varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmamızı sağlayan bir işaret, belirti” olarak tanımlamaktadır (Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62/3, (2013), s. 731.).

¹³ Her ne kadar anılan düzenlemede “...kanıt oluşturur.” ifadesine yer verilmiş olsa da öğretide söz konusu ifadenin “...aksi ispat edilene kadar karine teşkil eder.” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir (Seven, Taşıma Hukukunda Gönderilen, s. 59, 60; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 105.).

¹⁴ “... Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalının İzmir’den Mersin’e taşınması için davacıya teslim ettiği iş makinesinin davacı tarafından taşınarak A. K. ya teslim edildiği, taraflar arasında yazılı bir taşıma sözleşmesi bulunmadığı ve ayrıca taşıma senedi de düzenlenmediği, ancak davalı tarafından mevzuat gereğince zorunlu olan sevk irsalıyesini düzenlenerek davacıya teslim edildiği anlaşılmaktadır. Refakat belgesi niteliğini taşıyan dava konusu taşımaya ilişkin sevk irsalıyesinin davalı tarafından düzenlenmesi ve eşyanın davalı tarafından davacıya teslimi ile taşıma sözleşmesinin varlığına karine oluşması, davalının bunun aksini ispat edemediği, ayrıca taşıma ücretine ilişkin faturaya itiraz edilmemesi karşısında somut olayda taşıma sözleşmesinin taraflar arasında yapıldığı ve davalının taşıma sözleşmesinin göndereni olduğunun kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay HGK, 2017/408 E., 2019/917 K., T. 19.09.2019, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 30.08.2023). “Her ne kadar davacı tarafından Bakırköy 6. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2007/201 Esas sayılı dosyasına delil olarak dayanılmış ise de davalı şirketin taraf olmadığı bir davada dinlenen tanık beyanlarının eldeki dava için taşıma işinin davalı adına yapıldığına ve taşınan malzemelerin davalıya teslim edildiğine dair delil olarak kabul edilmesi, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi davalı tarafından kabul edilmediğinden davanın niteliği ve dava konusu alacağın miktarı gözetildiğinde mümkün değildir. Ancak dava dışı Fırat Plastik A.Ş.’nin davalıya sattığı plastik boru emtiaşının İstanbul’dan Çanakkale’ye taşınması için 12.04.2005 ve 13.04.2005 tarihlerinde düzenlenen üç ayrı sevk irsalıyesine araç plakalarının yazılarak davacının şoförleri tarafından imzalandığı ve sevk irsalıyelerinde emtiaşının Çanakkale’ye taşınarak teslim edildiğine dair davalı şirket çalışanı Cafer Çetin’in de imzasının bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca dava dışı Fırat Plastik A.Ş. tarafından taşımaya konu emtialar için davalı adına düzenlenen 12.04.2005 ve 13.04.2005 tarihli faturaların davalının ticari defterlerinde kayıtlı olduğu görülmektedir. Bu nedenle yerel mahkemece, sevk irsalıyesi ve davalının ticari defterleri birlikte gözetildiğinde davacının taşıma ilişkisini ispat ettiği kabul edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.” (Yargıtay HGK, E. 2017/123, K. 2019/404, T. 4.4.2019, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 30.08.2023)

¹⁵ Öğretide Can’ın da belirttiği üzere taşıma senedinin düzenlenmediği hallerde eşyanın teslimi sadece taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil eder; dolayısıyla eşyanın teslimi vakiasının sözleşmenin kurucu bir unsuru olarak nitelendirilemez. Bu sebeple de taşıma sözleşmesi aynı sözleşme niteliği arz etmez (Mertol Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, C. I, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2017, s. 47.]. Kaldı ki TTK m. 856’nın taşıma sözleşmesinin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulacağına ilişkin hükmünden taşıma sözleşmesinin niteliği gereği rızai bir sözleşme olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

tarafça imzalanan taşıma senedinde taşıma konusu eşyaların nitelik ve nicelik olarak belirtilmesinde fayda vardır¹⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki her iki tarafça imzalanan taşıma senedi sadece taşıma sözleşmesinin varlığının ispatı bakımından bir karine teşkil eder; yoksa taşımaya konu eşyaya ilişkin gönderen ile gönderilen veya üçüncü kişi arasındaki bir sözleşmesel ilişkiyi ispat bakımından fonksiyonu bulunmamaktadır¹⁷.

B. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ BAKIMINDAN İSPAT GÜCÜ

Taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin içeriğine de karine teşkil eder (TTK m. 858/1). Taşıma senedinin, sözleşmenin içeriği bakımından ispat gücü pek tabii ki sözleşmede öngörülen hususların taşıma senedine aktarıldığı kadarı ile sınırlıdır. Sözleşmede kararlaştırılan ancak taşıma senedine aktarılmayan kayıtlara ilişkin taşıma senedinin ispat gücü olmayacağından, bu halde söz konusu hususların varlığını ispat genel hükümlere tabi olacaktır¹⁸.

Taşıma senedinin içereceği hususlar, TTK m. 857 hükmünde örnek niteliğinde sayılmıştır. Anılan hüküm uyarınca taşıma senedi; gönderen, taşıyıcı ve gönderilene ait bilgileri, taşınan eşyanın teslim alınacağı ve teslim edileceği tarihi ve yeri, eşyanın niteliği ve niceliğine ilişkin bilgileri, taşıma ücretini, ambalaj bilgilerini, taşıma koşullarını, taşıma senedinin düzenleme yerini ve tarihini içerir. Söz konusu kayıtlar sınırlayıcı nitelik arz etmez, taraflar uygun gördükleri başkaca kayıtları da taşıma senedine derç edebilirler (TTK m. 857/2). Taşıma senedinin düzenleyenin imzasını içermesi kaydıyla, TTK m. 857 hükmünde yer alan diğer kayıtların bir kısmını içermemesi senedin geçerliliğini etkilemez¹⁹ ve bu halde taşıma senedi sadece var olan kayıtlar bakımından kanıt niteliğinde kabul edilmelidir. Ancak bu durum, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklarda taşıma senedinin ispat fonksiyonunu zayıflatabilir. Bu nedenle taşıma senedi düzenlenirken özellikle taşıma sözleşmesinin tarafları ve ilgililerine, taşınan eşyaya dair özellikle taşınma koşulları ve eşyanın ağırlığına ilişkin bilgilere yer verilmesi ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde oldukça önem arz edecektir.

C. EŞYANIN TAŞIYICI TARAFINDAN TESLİM ALINDIĞINA İLİŞKİN İSPAT GÜCÜ

Taşıma senedi, malın taşıyıcıya teslim edildiğini ve taşıma sürecinin başladığını kanıtlayıcı niteliktedir (TTK m. 858/1). Zira taşıma senedi malın taşıyıcı tarafından teslim alındığı tarih ve yer gibi hususlara dair bazı bilgileri de içerir. Bu nedenle, eşyanın taşıyıcıya teslimi ile ilgili anlaşmazlıklarda her iki tarafça imzalanan taşıma senedi, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiğine ilişkin delil olarak kullanılabilir. Bu özelliği gereği taşıma senedinin makbuz niteliğinde

¹⁶ Konuya ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2016/4474, K. 2017/2990, T. 23.05.2017 (Yayımlanmamış Karar).

¹⁷ Her iki tarafça imzalanan taşıma senedi yalnızca taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil eder; taşıma sözleşmesinin konusu olan eşyanın satımına ilişkin bir satış sözleşmesinin varlığını ispat bakımından taşıma senedinin bir fonksiyonu bulunmamaktadır (Konuya ilişkin Bamberg Eyalet Mahkemesi'nin kararı için bkz. OLG Bamberg, Urteil vom 06.11.2003 – 1 U 121/02 Beckonline (20.11.2023)).

¹⁸ CMR senedi bakımından aynı hususta bkz., Ecehan Yeşilova, "CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1, (2005), s. 260.

¹⁹ Bkz. dipnot 9.

olduğu da söylenebilir²⁰. Bu karine özellikle eşyanın zıyı halinde taşıyıcının sorumluluğunun doğumu bakımından oldukça önem arz eder²¹. Zira TTK'nin 875'inci maddesi uyarınca taşıyıcının eşyanın zıyaından, hasara uğramasından ve gecikmesinden ötürü sorumluluğunun, mevcut olduğu zaman dilimi, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçen süreyi kapsamaktadır.

D. EŞYAYA İLİŞKİN KAYITLAR BAKIMINDAN İSPAT GÜCÜ

Taşıma senedi eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karine teşkil eder (TTK m. 858/2). Söz konusu uygunluk karinesi, taşıyıcı tarafından taşıma senedine konulan bir çekince ile çürütülebilir. Bu halde taşıma senedine haklı bir sebeple çekince konabileceği gibi; taşıyıcının şerh düşeceği çekince, senette var olan kayıtların doğruluğunu denetleyecek uygun araçlara sahip olmadığı sebebine de dayandırılabilir (TTK m. 858/2). Kanun koyucu, “*haklı bir sebeple*” ifadesi ile taşıyıcının koyacağı çekincenin gerekçelendirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. O halde taşıyıcının, taşıma senedine örneğin sadece “*içeriği bilinmiyor*” ya da “*...içerdiği ifade edilmekle beraber, buna ilişkin çekince konulmuştur*” gibi ifadeler, taşıma senedinde yer alan kayıtların doğruluğuna ilişkin karinenin işlerliğini yitirmesi için tek başına yeterli değildir²². Mutlaka çekincenin gerekçelendirilmesi gerekir ki haklı bir sebep teşkil edip etmediği anlaşılabilir. Çekincenin örneğin, konteynerin mühürlü olması ya da denetlemenin yapılması için gerekli zamanın taşıyıcıya sağlanmaması gibi sebeplerle içeriğinin tespit edilemediği²³ veya ambalajın yırtık olduğu ya da su geçirmeye müsait olduğu şeklinde somut biçimde gerekçelendirilmesi gerekir. Taşıyıcı tarafından taşıma senedine konulan kanuna uygun bir çekince, taşıma senedinin ispat gücünü zayıflatır; ancak gönderen tarafından kabul edilmedikçe çekincenin içerdiği husus bakımından taşıyıcı lehine bir karine olduğundan söz edilemez²⁴. Taraflar arasında bu hususta bir uyuşmazlık vaki olduğunda gönderenin çekincenin doğruluğunu kabul etmesi ise ikrar anlamını taşır ve bu halde ikrar edilen hususta taraflar arasında uyuşmazlık nihayete erer.

Taşıyıcının taşıma senedinin ispat gücünü zayıflatan çekincesi, senette var olan kayıtların doğruluğunu denetleyecek uygun araçlara sahip olmadığı sebebine dayandırılmışsa gönderenin bu çekinceyi kabul etmesi, sadece eşyanın denetlenmediğinin kabulü hususunda etki

²⁰ Paschke, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, HGB § 409, Rn. 7; Fabian Reuschle, *Handelsgesetzbuch (Begründet von Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn; Hrsrg von Joost, Detlev/Strohn, Lutz)*, Band 2, §§ 343/475h, Transportrecht, München: C.H. Beck, 2020, HGB § 409, Rn. 6.

²¹ Karlsruhe Eyalet Mahkemesine konu olan bir uyuşmazlıkta eşyanın bir kısmının gönderilene teslim edilmediği hususunda taraflar arasındaki ihtilafın çözümünde taşıma senedinin eşyanın gönderilene teslim edildiği hususunda karine teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir [OLG Karlsruhe (15. Zivilsenat), Urteil vom 17.11.2021-15 U29/21, Beckonline, (20.11.2023)]. Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB) taşıma senedinin ispat gücünün düzenlendiği § 409 hükmünde taşıma senedinin, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiğine karine oluşturacağı düzenlenmişken mahkeme kararında belirtildiği üzere anılan Kanun hükmü taşınan eşyanın gönderilene teslim edildiği hususunda karine teşkil edeceğine dair bir düzenleme içermemektedir.

²² Thomas Wieske, *Nomos Kommentar Handelsgesetzbuch* (Hrsrg Thomas Heidel/ Alexander Schall), 3. Auflage, Nomos, 2020, HGB § 409, Rn. 6.

²³ Wieske, *Nomos Kommentar Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 6.

²⁴ Yeşilova, *CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti*, s. 266.

doğurur²⁵ ve anılan kayıtlara ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlıkta genel ispat kuralları (HMK) işlerlik kazanır.

Aşağıda TTK'nin 858'inci maddesinde taşıma senedinin içeriğine ilişkin öngörülen karineler ayrı ayrı ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Eşyanın Dış Görünüşü Bakımından İyi Durumda Olduğu Karinesi

Gönderen ve taşıyıcı tarafından imzalanan taşıma senedi, eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğuna karine teşkil eder (TTK m. 858/2). Bu halde taşıma senedinin içeriği, belirtilen hususlar bakımından taşıma sözleşmesinin de içeriği olarak varsayılır²⁶. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere taşıyıcı, taşıma senedine haklı bir sebeple çekince koymuş ise²⁷ veya taşıyıcının çekincesi kayıtların doğruluğunu denetleyecek, uygun araçlara sahip olmadığı sebebine dayanıyorsa söz konusu karine işlerliğini yitirir (TTK m. 858/2)²⁸. Bu halde TTK m. 858/2 hükmünden anlaşılacağı üzere taşıma senedine sadece çekince konulması yeterli değildir, söz konusu çekincenin gerekçelendirilmesi de şarttır. Örneğin, ambalajlama yükümlülüğünün gönderende olduğu hallerde, her iki tarafça imzalanan taşıma senedine taşıyıcı tarafından gerekçe belirtilmeksizin sadece ambalajın yetersizliğine ilişkin bir kayıt düşüldüğü takdirde, TTK m. 858/2 hükmü gereğince eşyanın teslim alındığı sırada ambalajın iyi durumda olduğu kabul edileceğinden, artık taşıyıcının bu karinenin aksini ispat etmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 201

²⁵ Yeşilova, *CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti*, s. 266.

²⁶ Paschke, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, HGB § 409, Rn. 5.

²⁷ Münih Eyalet Mahkemesi'nin mehz CMR Konvansiyonu kapsamında verdiği bir karara konu olan olayda, taşıma sözleşmesi ile taşıyıcıya malların yeterince ön soğutma işlemine tabi tutulduğunu kontrol etme yükümlülüğü getirilmiştir. Mahkeme, malların ön soğutmaya tabi tutulmasını kontrol yükümlülüğünün eşyanın dış görünüşüne ilişkin olduğuna ve taşıyıcı, eşyayı teslim aldığı sırada ön soğutma eksikliğini taşıma senedine şerh düşmediği için eşyanın ön soğutmaya tabi tutulduğu hususunda taşıma senedinin karine teşkil edeceğine ve karinenin çürütülmesinin taşıyıcının yükümlülüğünde olduğuna hükmetmiştir [OLG München, Urteil vom 08.03.2012 – 23 U 4203/11, Beckonline (20.11.2023)].

²⁸ "...dosyada taşıyıcı olan davalının gönderiyi ihtirazi kayıtla teslim aldığına dair delil bulunmamaktadır. Hasarın taşıma sırasında oluştuğu anlaşıldığından, hasarın ambalajlanmadan kaynaklandığını ispat yükü davalıda olup, ihtirazi kayıt koymadan teslim aldığı eşyanın dış görünüşü itibarıyla kusuru olmadığını kabul etmiş sayılmaktadır. Bu bakımdan, davacının gönderiyi ilgili olarak talimat verip ürünün ambalaj hatasından mı yoksa taşıma sebebiyle mi hasar gördüğünü tespit ettirmesi gerekmediğinden, mahkemece davacının sözleşme gereğini yerine getirmemesi sebebiyle tazminata hak kazanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 11. HD., E. 2022/10756, K. 2013/8892, T. 02.05.2013). "...taşıyıcının ihtirazi kayıt sürmeksizin taşımaya aldığı emtianın taşıma süresindeki hasarından ve zayıfından sorumlu olduğu, TTK m. 858 gereğince, yükü alırken itiraz ileri sürmeyen taşıyıcı dış görünüş itibarı ile yükün senede uygun, hasarsız ve sorunsuz olduğunu teyit etmiş olduğunun kabulü gerektiği, dolayısıyla yüklemesi sırasında itiraz ileri sürmeyen taşıyıcının emtianın önceki taşıma ve/veya antrepo aşamalarında hasarlandığını ispatla yükümlü olduğu, hasarın emtianın ambalajından değil, dıştan gelen ıslanma kaynaklandığı, parsiyel yük şeklindeki taşıma da gözetildiğinde, davalıların istinaf sebepleri yerinde değildir..." (İstanbul BAM 14. HD., E. 2018/2114, K. 2020/506, T. 09.06.2020)

uyarınca ancak senetle mümkün olacaktır²⁹. Dolayısıyla taşıma senedine konulacak haklı bir çekince, taşıma senedinin ispat fonksiyonunu sınırlandırır³⁰.

TTK m. 858/2 hükmünün açık lafzından anlaşılacağı üzere taşıma senedi, eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, *dış görünüşü bakımından* iyi durumda bulunduğu karine teşkil edeceğinden kural olarak, eşyanın *ambalajın içindeki durumunun* iyi olduğuna ilişkin bir karine oluşturmaz³¹. Zira dış görünüş bakımından yapılacak denetlemeden anlaşılması gereken, taşıyıcının elindeki makul araçlarla ve taşınan eşya hakkında özel bilgisi olmayan basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özeni göstererek denetleme yapmasıdır³². Ancak örneğin, malların ambalajının şeffaf bir streç ile kaplı olması halinde olduğu gibi, ambalajın dışından eşyanın durumu belirlenebiliyorsa bu karine, istisnai olarak ambalajın içeriğini de kapsayacak şekilde uygulama alanı bulabilir³³.

2. Taşınan Paketlerin Sayısının, İşaretleri İle Numaralarının Taşıma Senedinde Yer Alan Kayıtlara Uygun Olduğu Karinesi

İki tarafça imzalanan taşıma senedi, taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna da karine teşkil eder (TTK m. 858/2). Bu halde anılan hususlara ilişkin kayıtların doğru olmadığını iddia eden kimse söz konusu karineyi çürütecek deliller sunmakla yükümlüdür. Bu halde senede karşı senetle ispat kuralı işlerlik kazanacaktır. Ancak yazılı delil başlangıcının -örneğin, taraflar arasındaki e-posta

²⁹ "... Somut olayda, ambalajlama, yükleme ve istifleme işinin davacı gönderen tarafından yapıldığı tarafların kabülindedir. Davacı tarafça yasal sürede ileri sürülmemen, "davalının yüke el attığı ve paketlerin şeklini değiştirdiği, yöntemindeki iddiasına ise itibar edilmemiştir. Bilirkişi heyet kök ve ek raporunda, davacı tarafça kullanılan ambalajın ceviz yağı ürüne uygun olduğu, kullanılan ambalaj kadar yükleme, istifleme ve sabitlemenin de önemli olduğu, ancak üretici firma kullanım kılavuzu incelendiğinde istifleme ve sabitlemenin gereği gibi yapılmadığı, zira şart koşulan palet şekli, ambalajın köşelerden palete oturtulması ve yerleşmesi, dolunum usulüne uygunluğu, streç film ile sabitleme, sarma ve kapların her birini sabitleyecek şekilde istifleme ve sarma olmaksızın aksine 2 palet yük parsiyel olarak taşımaya verildiği belirtilmiştir. Bilirkişi raporu denetime açık ve hüküm kurmaya elverişli niteliktedir. O halde hasarın yükün gereği gibi istiflenmemesi sabitlenmemesinden kaynaklandığı tespit edilmiştir. Öte yandan kural olarak taşıma ilişkisinde ambalajlama, yükleme ve sabitleme yükümlülüğü gönderene ait olsa bile davalı taşıyanın tali de olsa yüklemeye nezaret yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda emtianın gereği gibi istiflenmeden sabitlenmeden sevk edilmesi halinde nakliye sürecinde hasar görebileceğini taşıyıcının "basit değerlendirmeye" öngörüp "yüklemeye karşı çıkması; göndereni uyarması, netice alamaması durumunda da çekincesini yazılı olarak belirtmesi gerektiği halde, bu konuda gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle davalı taşıyıcının somut olayda "yüke olan özen yükümlülüğünü ihlalden" dolayı müterafik kusurunun bulunduğu kabul edilebilecektir. (Yargıtay 11. H.D'nin 07.03.2016 tarih, 2015/7457 E., 2016/2437 K.-19.11.2013 tarih, 2013/6260 E., 2013/20837 K.-08/01/2018 tarih, 2016/4836 E. 2018/28 K. Sayılı ilamları). Dosyada mevcut 09/01/2015 tarihli sevk ve taşıma irsaliyesinde ise davalıya atfen herhangi bir çekince kaydı olmadığı görülmüştür. ... Yukarıda açıklanan gerekçelerle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine...". (İstanbul BAM, 12. HD., E. 2018/874 K. 2019/413 T. 21.3.2019, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 27.08.2023).

³⁰ Hanno Merkt; *Beck'sche Kurz Kommentare: Band 9, Hopt – Handelsgesetzbuch: HGB Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- Und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (Ohne Seerecht)*, 42. Auflage, München: C.H. Beck, 2023, HGB § 409, Rn. 1.

³¹ Paschke, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, sc HGB § 409, Rn. 10; Koller, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, HGB § 409, Rn. 1.

³² Karl-Heinz Thume, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 7 (Bandredakteur Christine Schmidt), 5. Auflage, München: C.H. Beck, 2023, HGB § 409, Rn. 11.

³³ Thume, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 14; Reuschle, *Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 13.

veya kısa mesaj yazışmalarının- varlığı halinde bu delili doğrulayan başkaca deliller -birlikçi raporu, tanık vs.- sunmak sureti ile de anılan karinenin aksinin ispatlanması mümkündür.

Taşınacak paketlerin sayısı belirlenirken her bir eşya kalemi paket sayılacaktır. Ancak örneğin, bir palet üzerinde yer alan kolilerin tek bir eşya kalemi mi sayılacağı yoksa palet üzerindeki kolilerin her birinin ayrı ayrı eşya kalemi mi olarak mı değerlendirileceği hususunda taşıma senedi yol gösterici olacaktır. Taşıma senedinde hem palet sayısının hem de üzerindeki koli sayısının belirtilmesi halinde, paletlerin mi yoksa kolilerin mi paket olduğu örneğin, taşıyıcının bilgileri kontrol etme imkânına sahip olup olmadığı veya palet üzerindeki streç filmin opak olması nedeniyle üstündeki kolilerin seçilememesi gibi sebeplerle somut olaya göre farklılık arz edebilir³⁴. Verilen iki örnekte palet üzerindeki kolilerin sayısı tespit edilemediğinden somut koşullarda paletin, paket olarak kabul edilmesi gerekecektir³⁵. Ancak bu konuda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek için taşıyıcının en azından palet içeriğini denetleme imkânının olmadığını taşıma senedine şerh düşmesi isabetli olacaktır. Aksi halde yani taşıyıcı, taşıma senedine koli sayısının doğruluğunu denetleme imkânı olmadığı yönünde bir şerh düşmediği halde, gönderen tarafından taşıma senedine derç edilen koli sayısı da uygunluk karinesinden yararlanacaktır³⁶. Bu durum ise somut olay özelinde koli sayıları ile ilgili olarak taraflar arasında bir uyuşmazlık yaşanmasına sebebiyet verebilir.

Ayrıca TTK m. 858 uyarınca taşıyıcının şerh düşeceği çekince, kendisinin kayıtların doğruluğunu denetleyecek, uygun araçlara sahip olmadığı sebebine de dayandırılabilir. Bununla beraber söz konusu çekince taşıma senedine şerh düşülmemişse daha sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta taşıyıcı objektif nedenlerle malların ve ambalajların sayısını, işaretlerini, numaralarını, ambalajlarını ve dış durumunu kontrol edemediğini kanıtlaya dahi, taşıma senedi, senette yer alan söz konusu kayıtlar bakımından karine teşkil etmeye devam eder³⁷.

3. Eşyanın Net Olmayan Ağırlığı Veya Başka Şekilde Beyan Edilen Miktarı

TTK m. 858/3 hükmü uyarınca “Eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı ya da taşınacak paketlerin içeriği, taşıyıcı tarafından denetlenmiş ve denetlemenin sonucu her iki tarafça imzalanan taşıma senedine yazılmışsa, bu yazı, ağırlığın, miktarın ve içeriğin, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir.” Anılan hüküm kapsamında bir karineden söz edebilmek için eşyanın net olmayan ağırlığının veya başka şekilde beyan edilen miktarının ya da taşınacak paketlerin içeriğinin taşıma senedinde yazılı olması yeterli bulunmamış; ayrıca söz konusu kayıtların, “taşıyıcı tarafından denetlenmesi” ve “denetleme sonucunun her iki tarafça imzalanan taşıma senedine yazılmış olması” şartı aranmıştır

³⁴ Thume, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 16.

³⁵ Oyal, *Taşıma Senedi İle Yük Senedine İlişkin Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, s. 130.

³⁶ Günter Kirchhof, BeckOK HGB (Hrsg Martin Häublein/ Roland Hoffmann-Theinert), 40. Edition, München: C.H. Beck, HGB § 409, Rn. 3; Wieske, *Nomos Kommentar Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 5.

³⁷ OLG Köln, Urteil vom 16. April 2015 – 3 U 108/14, Beckonline (20.11.2023).

Taşıma senedine eşyanın ağırlığının yazılması özellikle TTK'nin taşıyıcının sorumluluğunun miktarının hesaplanmasına ilişkin 882'nci maddesi³⁸ ve gönderenin sorumluluğunun miktarının hesaplanmasına ilişkin 864'üncü maddesi açısından oldukça önemlidir. Her iki madde hükmünde de sorumluluk miktarı tespit edilirken “eşyanın net olmayan ağırlığının kilogram cinsinden değeri” esas alınmaktadır. Sorumluluğun tespitinde kilogram cinsinden ağırlık nazara alındığından bu birim esas alınarak ağırlığın belirtilmesi isabetli olacaktır. Eşyanın ağırlığının farklı bir birim olarak belirtilmesi halinde ise söz konusu sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesi için ağırlığın kilogram cinsinden ağırlığa dönüştürülmesi gerekir. Buna rağmen uygulamada çoğunlukla taşıma senedinde eşyanın ağırlığı belirtilmediğinden, özellikle parça borcu konusu olan eşyanın zıyı halinde tazminat miktarının hesaplanması oldukça güçleşebilir³⁹. Bu sebeple eşyanın net olmayan ağırlığının taşıma senedine yazılması ihmal edilmemelidir.

Belirtmek gerekir ki taşıyıcı, gönderenin talebi üzerine ve denetlemeye uygun araçları varsa, eşyanın ağırlığını, miktarını veya içeriğini denetlemekle yükümlüdür (TTK m. 858/4, c. 1). TTK m. 858/4, c. 2'de taşıyıcının, gönderenin talebi üzerine gerçekleştirdiği denetleme faaliyeti sebebi ile yaptığı giderleri -örneğin, uzman kişilerden yararlanmışsa veya denetleme için araç kiralamışsa bunlardan doğan giderleri- gönderenden isteyebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere taşıyıcının elinde uygun araçları yoksa kayıtların doğruluğunu denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak taşıma sözleşmesi ile taşıyıcıya böyle bir ikincil yükümlülük getirilmesi mümkündür.

³⁸ “Davacı vekili, müvekkilinin bilgisayar, cep telefonu ve aksesuarları satışını yapan firma olduğunu, dava dışı ... Elek. Teknik ve San. Ltd. Şti.'den almış olduğu 28 adet cep telefonunun davalının bağlantılı olduğu ...Bilişim Hizmetleri ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından davalı taşımacı kanalı ile gönderildiğini, davalı taşımacının bu malzemeleri 05/05/2015 tarihli GL724006 barkod ile anılan malzemeleri önce İzmir'e gönderdiğini ve bunun yanlış olduğunu anlayınca anılan malzemeleri tekrar 07/05/2015 tarih ve HA 12198 barkod ile İstanbul'a geri getirdiğini, oradan tekrar 08/05/2015 tarihinde ve HA 44720 barkod ile kendilerine ulaştırıldığını, gelen kargonun ambalajı iş yerlerinde kamera gözetiminde açıldığını, 28 adet cep telefonu gelmesi gerekirken 10 adet cep telefonunun eksik çıktığını, kargo paketinde yapılan inceleme sonucunda da ambalajın bozularak 10 adet cihazın alındığını tespit ettiklerini, cihazların ilk yüklemesinde barkodlu taşıma senedinde 10 desi ağırlığında olduğu görüldüğünü son barkodlu taşıma senedinde 10 desi ağırlığında olduğu görüldüğünü, son barkodlu taşıma senedinde 7 desi olarak teslim edildiğini, bu eksilmenin kayıp telefon cihazları olarak tespit edildiğini, bir cihazın fatura bedelinin 1.850,50 TL + KDV olduğunu, kayıp ve teslim edilmeyen 10 adet cihazın toplam karşılığı olan 21.160,00 TL olan değerinin davalı taşımacıdan yazılı ve sözlü talep ettiklerini ancak tazmin için herhangi bir çaba sarf edilmediğini, bu miktarın ve satışın gerçekleşmesi nedeni oluşan kâr mahrumiyetini davalıdan talep ve dava etmiştir. Davalı vekili davanın reddini savunmuştur. Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; davacı şirkete ait ticari emtianın davalı şirket tarafından taşınması işinin yapıldığı, ancak taşımaya konu 28 adet cep telefonundan 10 tanesinin taşıma sırasında kaybolduğu ve alıcı tarafı teslim edilemediği, bu durumun taşıma belge ve kayıtları ile dosya kapsamından anlaşıldığı, davalı taşımacının söz konusu kayıptan kötü işgörme kurallarına göre sorumluluğu bulunduğu ve sınırlı sorumsuzluk avantajlarından yararlanamayacağı, gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne...” (Yargıtay 11. HD., E. 2016/3432, K. 018/4576, T. 19.06.2018, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.09.2023).

³⁹ Taşınan eşyanın cins borcu olması halinde eşya zayı olsa dahi aynı cins eşyanın piyasada mevcut olması sebebi ile kilogram cinsinden ağırlığını tespit etmek oldukça kolaydır. Konuya ilişkin Ankara BAM 20. HD. önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin dosya içerisinde, zayı olduğu iddia edilen cep telefonlarının ağırlığına ilişkin bir beyan bulunmadığından, yaptığı araştırmada dava dilekçesinde nitelikleri bildirilen 5 adet cep telefonunun toplam ağırlığının yaklaşık 1 kg olduğunu tespit ederek davalının sorumlu olduğu zarar miktarını hesaplamıştır.” (Karar için bkz. Ankara BAM 20. HD. E. 2019/107, K. 2020/413, T. 05.06.2020, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 21.09.2023).

Taşıyıcının gönderenin talebi olmaksızın denetlemeyi gerçekleştirmesi halinde ise yapacağı giderleri isteyip isteyemeyeceği yahut bu soruya olumlu yanıt verilirse ne ölçüde talep edeceği hususunda TTK'de hüküm sevk edilmediğinden, genel hükümlerden yararlanılarak çözüme ulaşılması mümkündür. Bu kapsamda taşıyıcının, vekaletsiz iş gören gibi değerlendirilerek⁴⁰ TBK hükümlerinin izin verdiği ölçüde, yaptığı masrafları isteyebileceğini ifade edebiliriz. TBK m. 529 uyarınca iş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolaşısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu nedenle yapılan denetim çerçevesinde, menfaati olması şartıyla gönderenin karşılaması gereken masraflara, taşıyıcının personeline ödenecek ücretler, gerekli malzeme masrafları ve uzmanların kullanımına ilişkin masraflar örnek verilebilir.

Bununla beraber gönderenin talebi olmaksızın taşıyıcı tarafından yapılan denetlemenin sonucu, taşıma senedinde gönderen tarafından beyan edilen bilgilerin gerçeğe uymadığı yönündeysen, anılan fıkra hükmünde belirtilen unsurlara ilişkin taşıyıcı ve gönderenin beyan ettiği bilgiler çelişkili olacağından, taşıma senedinin bu açıdan herhangi bir karine etkisi olmayacaktır⁴¹. Ki bu halde taşıyıcının denetleme sonucunu, taşıma senedine çekince olarak şerh düştüğü kabul edilmelidir.

TTK m. 858'in ikinci ve üçüncü fıkrası arasındaki farklılığa da değinmekte fayda vardır. Anılan iki fıkra arasındaki fark öncelikle konu bakımındandır. Şöyle ki ikinci fıkra ile taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygunluğu bakımından bir karine öngörülmüşken; üçüncü fıkrada taşınan eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı veya taşınacak paketlerin içeriği bakımından bir karine öngörülmüştür. Söz konusu iki düzenleme arasındaki bir diğer farklılık ise karinenin işlerlik kazanmasına ilişkin şartlar bakımından ortaya çıkar. Şöyle ki ikinci fıkra uyarınca öngörülen karinenin işlerlik kazanabilmesi için, her iki tarafça imzalanmış taşıma senedinde yer alan paketlerin sayısı, işaretleri ile numaraları bakımından gönderen tarafından beyan edilen bilgilerle ilişkin olarak taşıyıcının çekince ileri sürmemiş olması gerekir. Buna karşın üçüncü fıkra uyarınca öngörülen karinenin işlerlik kazanabilmesi, taşınan eşyanın net olmayan ağırlığının veya başka şekilde beyan edilen miktarının veya taşınacak paketlerin içeriğinin taşıyıcı tarafından denetlenmiş ve bu denetlemeye ilişkin sonucun her iki tarafça imzalanan taşıma senedine derç edilmiş olmasına bağlıdır. Bu halde üçüncü fıkrada yer alan bir denetimin yapılmış olması şartı, taşıyıcıyı korumaya hizmet eder. Zira böylece taşıyıcı, üçüncü fıkrada atıfta bulunulan taşıma senedinde yer alan ve kendisinin kontrol edip teyit edemediği bilgilerle bağlı olmayacaktır. Bununla birlikte taşıyıcı, gönderen tarafından taşıma senedine dercedilen ikinci fıkrada öngörülen bilgileri denetlemeden onaylarsa, bu açıdan artık korunmaz ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna ilişkin karine sadece bir çekince ile geçersiz kılınabilir. Sonuç olarak TTK m. 858'in ikinci fıkrası göndereni, üçüncü fıkrası ise taşıyıcıyı korumaya yöneliktir.

⁴⁰ Thume, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 24-25.

⁴¹ Thume, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, HGB § 409, Rn. 20.

D. EŞYA ÜZERİNDE TASARRUF HAKKININ KULLANILMASI BAKIMINDAN İSPAT GÜCÜ

TTK m. 868/4 uyarınca taşıma senedi düzenlenmiş ve her iki tarafça imzalanmışsa gönderen; taşıma senedinde öngörülmüş olması şartıyla, ancak kendisine ait olan nüshayı ibraz ederek taşımanın durdurulması, eşyanın geri getirilmesi, başka bir varma veya teslim yerine götürülmesi ya da başka bir gönderilene teslim edilmesi şeklinde tasarruflarda bulunabilir. Söz konusu hükmün uygulanabilirliği hükümde açıkça zikredildiği üzere ancak taşıma senedinin hem gönderen hem taşıyıcı tarafından imzalandığı ve tasarruf hakkının kullanımının, açıkça taşıma senedinin ibrazına bağlandığı hallerde mümkündür. Dolayısı ile mevcut koşulların varlığı halinde gönderenin tasarruf hakkını kullanabilmesi, taşıma senedinin varlığına bağlanmıştır. Ancak tasarruf hakkının eşyanın teslim yerine ulaşması ile artık gönderilene geçtiği (TTK m. 868/2)⁴² andan itibaren, gönderenin taşıma senedini ibraz etse dahi kural olarak tasarruf hakkı kalkacaktır. Bununla beraber TTK'nin 869'uncu maddesinde tasarruf hakkının gönderilene olduğu hallerde eğer gönderilene ulaşılamıyor veya gönderilen eşyayı teslim almaktan imtina ediyorsa tasarruf hakkının gönderene geçeceği ve bu halde gönderenin, tasarruf hakkının kullanılmasının taşıma senedinin ibrazına bağlı tutulmuş olsa dahi taşıma senedini ibraz etmeksizin tasarruf hakkını kullanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Belirtmek gerekir ki tasarruf hakkının gönderilene geçtiği hallerde gönderenin tasarruf hakkını kullanabilmesi, taşıma senedinin ibrazı şartına bağlanmamıştır (TTK m. 868/2).

II. SADECE GÖNDEREN TARAFINDAN İMZALANAN TAŞIMA SENEDİNİN İSPAT GÜCÜ

A. GENEL OLARAK

Taşıma senedinin, kural olarak gönderen tarafından imzalanması gerekli ve yeterliyse de (TTK m. 856/1, c. 1) gönderen dilerse taşıyıcıdan da söz konusu senedi imzalamasını isteyebilir.

Sadece gönderenin imzaladığı taşıma senedinin ispat gücü, iki tarafın imzaladığı bir taşıma senedine kıyasla daha sınırlı nitelik arz eder ve bu halde taşıma senedinde yer alan kayıtların ispat gücü genel ispat kurallarına göre tespit edilir. İspat hukuku açısından öncelikle belirtmek gerekir ki kural olarak kişi, kendinden sadır olan bir belgeyi lehine delil olarak kullanamaz; ancak söz konusu belge, düzenleyenin aleyhine delil olarak kullanılabilir⁴³. Bu sebeple sadece gönderen tarafından imzalanan taşıma senedi, gönderen aleyhine delil teşkil edebilir⁴⁴.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, 105 vd.

⁴³ Bazı istisnai hallerde kanunun aradığı şartlar mevcutsa kişinin kendinden sadır olan belgeyi lehine delil olarak kullanması mümkün kılınmıştır. Bu hususa HMK m. 222 kapsamında ticari defterlerin sahibi lehine delil olması hali örnek verilebilir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Şengül Al Kılıç, "HMK'da 7251 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliğin Ticari Defterlerin İspat Kuvvetine Etkileri", *Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 9-12 Şubat 2021, *Bildiri Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 47-102.).

⁴⁴ Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, s. 55.

Gönderen tarafından düzenlenen ancak imzalanmamış taşıma senedinin örneğin, elektronik ortamda veya faks ile gönderilmesi durumunda ise söz konusu belge yazılı delil başlangıcı niteliği arz edebilir (HMK m. 202)⁴⁵.

B. ÖZELLİKLİ DURUMLAR

TTK'de sadece gönderen tarafından imzalanan taşıma senedinin ispat gücüne ilişkin olarak var olan özel düzenlemeler bakımından öncelikle üzerinde durulması gereken mesele taşıma ücretidir. Şöyle ki taşıma ücreti, taraflar arasında belli bir miktar olarak kararlaştırılabileceği gibi taşınan eşyanın sayısı, ağırlığı veya başka ölçüyle gösterilen miktarına göre de kararlaştırılabilir. Eğer taşıma ücreti, taşınan eşyanın sayısı, ağırlığı veya başka ölçüyle gösterilen miktarına göre kararlaştırılmışsa taşıma ücreti hesaplanırken, taşıma senedindeki kayıtların doğruluğu karine olarak kabul edilir (TTK m. 870/4, c. 1). Kanun koyucu bu halde karineyi biraz daha güçlendirmiş ve bu varsayımın; taşıyıcının taşıma senedine, anılan senette yer alan kayıtların doğruluğunu denetleme konusunda uygun araçların hazır bulunmadığına ilişkin çekince koyması hâlinde dahi geçerli olacağına hükmetmiştir (TTK m. 870/4, c. son). Bununla birlikte gönderen, taşıma senedinde öngörülen miktardan daha az eşya taşındığı veya taşıyıcı, taşıma senedinde öngörülen miktardan daha fazla eşya taşındığı iddiasında ise bu hususun aksini ispatlamakla yükümlüdürler⁴⁶. Görüldüğü üzere bu halde kanun koyucu taşıma senedinin ispat gücü açısından senedin her iki tarafça imzalanması koşulunu aramamıştır.

TTK'nin taşıma senedinin, eşyaya ilişkin kayıtların doğruluğunu denetleme konusunda uygun araçların hazır bulunmadığına ilişkin çekince konulmuş olması hâlinde dahi geçerli olacağına ilişkin m. 870/4, c. son hükmünün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere taşıyıcının, kayıtların doğruluğuna ilişkin çekincesini, yaptığı denetim sonucuna dayandırması söz konusu karinenin etkisini ortadan kaldırır.

Sadece gönderen tarafından imzalanan taşıma senedinin ispat gücüne ilişkin olarak Kanun'da özel olarak öngörülen bir diğer düzenleme de taşıyıcının hapis hakkına ilişkindir. TTK'nin 891'inci maddesinde taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan tüm alacakları için TMK (Türk Medeni Kanunu)⁴⁷ kapsamında hapis hakkını haiz olduğu belirtildikten sonra bu hakkın, taşıyıcının eşyayı zilyetliğinde bulundurduğu veya eşya üzerinde konşimento ve taşıma senedi aracılığı ile tasarruf hakkına sahip olduğu sürece mevcut olduğu hüküm altına alınmıştır. Esasen TMK kapsamında hapis hakkının mevcudiyeti, taşınır eşyaya veya eşyayı temsil eden kıymetli evraka zilyet olunmasına bağlıdır. Oysa TTK'nin 891'inci maddesinde taşıyıcının hapis hakkı, TMK'de olduğu gibi taşınır eşyaya veya eşyayı temsil eden kıymetli evraka sahip olmanın yanı sıra anılan Kanun'dan farklı olarak ayrıca kıymetli evrak niteliğini haiz olmayan ve eşyayı temsil gücü olmayan taşıma senedine zilyet olmaya da bağlanmıştır. Her ne kadar taşıma senedinin eşyayı temsil vasfı olmaması bakımından söz konusu düzenleme

⁴⁵ Yazılı delil başlangıcına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Göksu, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, (2011), s. 53-65.

⁴⁶ Oyal, *Taşıma Senedi İle Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, s. 131.

⁴⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

eleştirilse de⁴⁸ olan hukuk açısından değerlendirme yapıldığında taşıyıcının, taşınan eşyaya zilyet olmadığı ancak taşıma senedinin bir nüshasını elinde bulundurduğu müddetçe dahi eşya üzerinde hapis hakkına sahip olacağı neticesine varılmaktadır⁴⁹. Ancak taşıma senedinin eşyayı temsil fonksiyonu olmadığı nazara alındığında TTK'nin 891'inci maddesine ilişkin eleştirilerin isabetli olduğunu söylemek gerekir. Bu sebeple öğretide haklı olarak söz konusu düzenlemenin mehz Alman Ticaret Kanunu'nda olduğu şekilde kaleme alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰. Şöyle ki Alman Ticaret Kanunu'nda "*Taşıyıcının rehin hakkı*" başlığı altında (HGB § 440) yer alan düzenleme uyarınca taşıyıcının taşınan eşya üzerinde rehin hakkı onun eşya üzerinde Alman Ticaret Kanunu kapsamında kıymetli evrak niteliğini haiz olan ve taşıyıcının taşınan eşya üzerinde dolaylı zilyetlik imkanı tanıyan taşıma senedi aracılığı ile tasarruf edebildiği sürece devam eder [HGB § 440/ (2)⁵¹]. Ancak mehz Alman Ticaret Kanunu'nda taşıyıcının eşyayı gönderilene teslimden sonraki mahkemeye başvurmuş olması ve eşya henüz gönderilenin zilyetliğinde olması şartıyla 3 gün daha devam edebileceği hükme bağlanmak suretiyle [HGB § 440/ (3)⁵²] hukuki güvenliğin sağlandığını söylemek de mümkündür. Türk hukukunda ise eşyayı gönderilene teslim eden taşıyıcının, eşyayı temsil fonksiyonu olmayan elindeki taşıma senedine dayanarak hapis hakkını kullanabileceğini söylemek pratik olarak mümkün değildir.

SONUÇ

Türk hukukunda taşıma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi kılınmadığından şekil serbesliği ilkesi geçerli olmakla beraber TTK'de taşıma sözleşmesini tevsik edici nitelik arz eden taşıma senedine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Taşıma senedinin geçerliliği için sadece gönderen tarafından imzalanması yeterli olmakla beraber aynı zamanda taşıyıcının da imzasını içerdiği takdirde nitelikli bir ispat belgesi halini alır. Zira her iki tarafça imzalan taşıma senedi taşıma sözleşmesinin varlığına, taşıma senedinin içeriğindeki bilgilerin doğruluğuna ilişkin karine teşkil eder. Söz konusu karine aksi ispat edilebilir bir karinedir. Her iki tarafça imzalanan taşıma senedi Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında senet niteliğini haiz olduğundan aksinin ispatı ancak kesin delillerle yani senet (HMK m. 204, 205), yemin (HMK m. 229) veya kesin hüküm (HMK m. 204) ile mümkün olabilir.

⁴⁸ Eleştiriler için bkz. Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, s. 122; Oyal, *Taşıma Senedi İle Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, s. 174 vd.; Karşı görüş için bkz. Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, s. 239.

⁴⁹ Adıgüzel'e göre de taşıma senedinin hapis hakkının kullanımına etkisi anılan senedin ibraz ve ispat fonksiyonundan ileri gelmektedir (Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, s. 239.).

⁵⁰ Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, s. 122 vd.; Oyal, *Taşıma Senedi İle Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, s. 175.

⁵¹ HGB § 440 "(2) *Das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer das Gut in seinem Besitz hat, insbesondere solange er mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.*"

⁵² HGB § 440 "(3) *Das Pfandrecht besteht auch nach der Ablieferung fort, wenn der Frachtführer es innerhalb von drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitz des Empfängers ist.*"

Taşıma senedinin sadece gönderen tarafından imzalanmış olması halinde ise söz konusu belge yine senet niteliğini haiz olacak, ancak bu halde taşıma senedi yalnızca onu düzenleyen gönderen aleyhine delil teşkil edecektir. Ancak bu halde taşıma ücreti ve hapis hakkı bakımından iki özellikli durum ayrıca düzenlenmiştir.

Taşıma ücreti, taşınan eşyanın sayısı, ağırlığı veya başka ölçüyle gösterilen miktarına göre kararlaştırılmışsa taşıma ücreti hesaplanırken, sadece gönderen tarafından imzalanmış olsa dahi taşıma senedindeki kayıtların doğru olduğu karine olarak kabul edilir (TTK m. 870/4, c. 1).

Sadece gönderen tarafından imzalanan taşıma senedi, taşıyıcının taşınan eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilmesi bakımından da ispat fonksiyonunu haizdir (TTK m. 891).

Taşıma senedinin ispat gücü taşıma sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynadığından Kanun'da öngörülen içeriğe uygun bir taşıma senedi hazırlanması isabetli olur. Özellikle taşıyıcının ve gönderenin sorumluluğunun, taşınan eşyanın net olmayan kilogram cinsinden ağırlığı esas alınarak belirlendiği hallerde -bkz. TTK m. 882; m. 864- taşıma senedine taşınan eşyanın ağırlığının yazılması isabetli olacaktır. Ancak taşıma senedinde taşınan eşyanın ağırlığına ilişkin bilginin gerçeğe uygun olduğu yönündeki karinenin işlerlik kazanabilmesi için her iki tarafın taşıma senedini imzalaması yanında söz konusu eşyanın ağırlığının taşıyıcı tarafından denetlenmiş ve denetleme sonucunun taşıma senedine derç edilmiş olması şartı da aranır (TTK m. 858/3).

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. *Taşıma Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Al Kılıç, Şengül. "HMK'da 7251 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliğin Ticari Defterlerin İspat Kuvvetine Etkileri", *Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Can, Mertol. *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*. C. I, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2017.
- Can, Mertol. "4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na göre Yapılan Taşımaların Tabi Olduğu Hukuki Esaslar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2005, s. 11-63.
- Göksu, Mustafa. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları". *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/1, (2011): s. 53-65.
- Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usul Hukuku*, 11. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Karakaş, Fatma Tülay. "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62/3, (2013): s. 729-759.
- Kirchhof, Günter. *BeckOK HGB* (Hrsg Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland), 40. Edition. München: C.H. Beck, 2023.
- Kendigelen Abuzer ve Aydın Alihan. "Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR), Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, İstanbul: Beta, 2002
- Koller, Ingo. *Handelsgesetzbuch Kommentar* (Hrsg Ingo Koller/Peter Kindler/Klaus-Dieter Drüen), 10. Auflage, C.H. Beck, 2023.
- Kuru, Baki ve Aydın, Burak. *Medenî Usul El Kitabı*, C. I, 2. Bası. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Merkt, Hanno. *Beck'sche Kurz Kommentare: Band 9, Hopt – Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 42. Auflage. München: C.H. Beck, 2023.
- Orbay Ortaç, Nurdan. "Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 9-12 Şubat 2021, Bildiri Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Oyal, Ahmet Batuhan. "Taşıma Senedi İle Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi". *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1, (2023): s. 117-186.
- Paschke, Maria. *Handelsgesetzbuch Kommentar* (Hrsg. Hartmut, Oetker), 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2021.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medenî Usul Hukuku*, 9. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Reuschle, Fabian. *Handelsgesetzbuch (Begründet von Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn; Hrsg von Joost, Detlev/Strohn, Lutz)*, Band 2, §§ 343/475h, Transportrecht. München: C.H. Beck, 2020.
- Seven, Vural. *Taşıma Hukukunda Gönderilen*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*, C. I, 4. Bası. İstanbul: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Thume, Karl-Heinz. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 7 (Bandredakteur Christine Schmidt), 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2023.

Wieske, Thomas. *Nomos Kommentar Handelsgesetzbuch* (Hrsg Heidel, Thomas/Schall, Alexander), 3. Auflage. Nomos, 2020.

Yeşilova, Ecehan. "CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7/1, (2005): s. 237-274.

EXTENDED SUMMARY

POWER OF PROOF OF THE CONSIGNMENT NOTE

Nurdan Orbay Ortac, Assoc. Prof.

Kırıkkale University, nurdanortac@kku.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-4274-7087>

The purpose of this study is to examine the provisions of the Turkish Commercial Code regarding the power of proof of the bill of carriage within the scope of the provisions regarding the carriage of goods by road. Although the study is limited to Turkish law, the German Commercial Code regulations and the opinions in the German doctrine and German judicial decisions regarding these regulations have been mentioned in our study.

Although the contract of carriage is not subject to form in the Turkish Commercial Code, detailed regulations regarding the bill of carriage, which serves to prove the contract, are included.

The bill of carriage signed by both parties to the contract of carriage is a presumption of the existence of the contract. However, if the bill of carriage is not issued, the rules of proof of the Code of Civil Procedure shall apply in proving the contract of carriage.

The bill of carriage signed by both parties constitutes a presumption as to the content of the contract of carriage (Art. 858/1 TCC). The power of proof of the bill of carriage in terms of the content of the contract is limited to the extent that the matters stipulated in the contract are transferred to the bill of carriage.

The bill of carriage also constitutes a presumption that the goods and their packaging are in good condition in terms of their external appearance at the time of receipt of the goods by the carrier, and that the number, markings and numbers of the packages carried are in accordance with the records in the bill of carriage (Art. 858/2 TCC). This presumption may be rebutted by a reservation made by the carrier in the bill of carriage. In this case, a reservation may be made in the bill of carriage for a justifiable reason, or the carrier may stipulate a reservation that he does not have the appropriate means to check the accuracy of the entries in the bill of carriage (Art. 858/2 TCC). As can be understood from the expression "for a just cause", the reservation to be made by the carrier must be justified.

The bill of carriage signed by both parties shall also constitute a presumption that the number, markings and numbers of the parcels are in accordance with the records in the bill of carriage (Art. 858/2 TCC). In this case, the person claiming that the records regarding the aforementioned matters are not correct shall be obliged to present evidence to refute the presumption in question. In this case, the rule of proof by deed against deed shall become operational. In addition, the reservation to be annotated by the carrier pursuant to Article 858 of the TCC may also be based on the reason that the carrier does not have the appropriate means to check the accuracy of the records.

If the unspecified weight or otherwise declared quantity of the goods or the contents of the packages to be carried have been inspected by the carrier and the result of the inspection has been written in the bill of carriage signed by both parties, the bill of carriage shall also constitute a presumption in respect of these entries. Writing down the weight of the goods is particularly important for determining the carrier's limited liability in case of loss or damage to the goods. The carrier is obliged to inspect the weight, quantity or content of the goods upon the request of the consignee and if he has the means suitable for inspection (Art. 858/4, c. 1 TCC). It is expressly stipulated that the carrier may claim from the consignee the expenses incurred due to the inspection activity carried out upon the request of the consignor (Art. 858/4, c. 2 TCC). However, there is no clear provision in the Law as to whether the carrier may claim the expenses incurred by the shipper in case the carrier carries out the inspection without the request of the consignor. In this context, it should be accepted that the carrier may claim the expenses incurred by being considered as an gestor.

Pursuant to Art. 868/4 TCC, if a bill of carriage has been signed by both parties, the consignor may make dispositions such as stopping the carriage, returning the goods, taking them to another place of destination or delivery, or delivering them to another consignee, provided that it is stipulated in the bill of carriage, only by submitting the copy belonging to him.

The power of proof of a bill of carriage signed only by the consignee is more limited compared to a bill of carriage signed by both parties, and in this case, the power of proof of the records in the bill of carriage is determined according to the general rules of proof.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRK İDARE HUKUKUNDA YETKİ DEVRİ KAVRAMI

THE CONCEPT OF DELEGATION OF AUTHORITY IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

Barış Acun*

ÖZ

İdari makamların idari işlem yapabilmeleri için hukuk kuralları tarafından yetkilendirilmeleri gerekir. İdari makamların yetkileri kişi, konu, yer ve zaman bakımından sınırlandırılmıştır. İdare adına irade açıklamasında bulunmaya yetkili kişiler ve organlar ile bu kişi ve organların yapabilecekleri idari işlemler konu bakımından da sınırlandırılmıştır. İdare içinde yetki düzeni, idarenin kanuniliği ilkesi gereği kural olarak kanunlarla belirlenmektedir. 2017 Anayasa Değişikliği sonucunda Türk hukukuna Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) adında yeni bir kamusal işlem türü girmiş ve birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Yürütmenin asli düzenleme yetkisinin örneğini teşkil eden bu işlem türünün birçoğunda idari makamlara yetkilerini devretmelerine imkan tanıyan hükümler sevk edilmiştir. Bu çalışmada, öncelikle idari işlemin yetki ögesi incelenecek, ardından Türk idare hukukunda yetki devri kavramına ilişkin klasik kabuller “geçerlilik koşulları”, “hukuka uygun yetki devrine bağlanan hukuki sonuçlar”, “hukuka aykırı yetki devrine bağlanan hukuki sonuçlar” ve “yetki devrinin sona ermesi” olmak üzere dört ana başlıkta değerlendirilecektir. Yürürlükteki kanunlar ve CBK’ler üzerinden yetki devri kavramının hukuki rejiminin ortaya koyulması gerektiğini ve öğretinin bu konudaki klasik kabullerinin pozitif hukuku açıklayamayabileceğini ileri süren bu çalışmanın sonuç bölümünde, idari makamlara CBK ile idari işlem yapma yetkisi tanınmış olsa dahi kanuni yetkilerin CBK’lerde yer alan yetki devri normlarına dayanılarak devredilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Kanuni yetkilerin CBK ile devredilemeyeceğini öngören veya devredilebilecek yetkileri CBK’lerde tanınanlarla sınırlandıran CBK hükümleri kanuni yetkilerin hukuka aykırı olarak devredilmesini engelleyebileceklerdir.

Anahtar Kelimeler: idari işlem, yetki ögesi, yetki devri, cumhurbaşkanlığı kararnamesi

* Araştırma Görevlisi, Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.

0000-0002-9481-1618 barisacun@bartin.edu.tr



ABSTRACT

Administrative authorities must derive their authority from the legal framework to take administrative acts. These authorities are limited regarding person, subject, place and time. In principle, the order of administrative authority within the administration is determined by the Constitution and Codes in accordance with the principle of legality of the administration. Adhering to the doctrine of the legality of the administration, administrative acts are carried out by civil servants duly authorised by law. These individuals, known as administrative authorities, can delegate the authority vested in them for administrative acts based on the admissibility of such delegation. Following the 2017 Constitutional Amendment in Turkey, the introduction of Presidential Decrees as a novel category of public acts significantly sparked extensive debates within Turkish public law. Many of these decrees, emblematic of the primary regulatory authority of the executive, contain provisions permitting administrative authorities to delegate their powers. This study aims to scrutinise the competence element of the administrative act initially. Subsequently, it will evaluate traditional postulations concerning the delegation of authority in Turkish administrative law across four main domains: 'conditions for validity,' 'legal implications of legitimate delegation of authority,' 'legal ramifications of illegitimate delegation of authority,' and 'cessation of delegated authority.' This study posits that the legal framework governing the delegation of authority should be delineated through extant Codes and Presidential Decrees. Moreover, it contends that traditional doctrinal assumptions regarding the delegation of authority may not comprehensively elucidate the Turkish administrative law. In conclusion, it asserts that while administrative authorities may be empowered to take administrative acts through Presidential Decrees, the authorities stipulated in the Codes cannot be delegated solely based on Presidential Decrees. The provisions of the Presidential Decrees stating that the authorities stipulated in the Codes cannot be delegated by Presidential Decrees may prevent the unlawful delegation of the authority stipulated in the Codes.

Keywords: administrative act, competence element of administrative act, delegation of authority, presidential decree

GİRİŞ

Yetki, idare hukukunda tüm anlamları bir yana idari işlemin ögesi olma anlamı taşır. İdari işlemin ögeleri işlemin geçerlilik koşullarıdır. İdari işlemin hukuki rejimini “hukukilik ilkesi” belirler. Hukukilik ilkesi gereğince idare, bütün faaliyetlerinde hukuka uygun davranmak zorunda olup idari işlemler marifetiyle faaliyette bulunan idarenin bütün işlemlerinin de hukuka uygun olması zorunludur. İdari işlemin bir bütün olarak hukuka uygun olabilmesi için idari işlemin bütün ögeleriyle birlikte hukuka uygun olması gerekir.¹ İdari işlemlerin hukuki rejimi, hukukilik ilkesi altında belirir ve bu belirme günümüzde idari işlemin ögeleri üzerinde yapılan yargısal denetim üzerinden ortaya koyulmaktadır. Başka bir ifadeyle, idari işlemin bütün ögeleri hukuka uygunsa/idari işlemin bütün ögeleri ögelerin tabi olduğu hukuk kurallarına uygunsa idari işlem hukuka uygundur. İdari işlemin tabi olduğu hukuk kuralları, normlar hiyerarşisinde kendisinden daha üstte yer alan normlara göre belirlenecektir.² Türk hukukunda idari işlemlerin ögelerine ilişkin kanuni dayanak olarak kabul edilen İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 2’ye göre iptal davası, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı oldukları dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalardır. Dolayısıyla, Türk pozitif hukukunda idari işlemin ögeleri “yetki”, “şekil”, “sebep”, “konu” ve “maksat” olarak kabul edilmektedir.³ Her şeyden önce bir hukuki işlem olan idari işlemde, hukuki işlemlerin tümünde bulunan “işlemin yapıcısı”, “maddi dünyaya yansıyan formu”, “yapılış süreci”, “hukuki sonucu”, “işlemin yapıcısını işlemi yapmaya sevk eden sebep ve amaç” ögeleri vardır. İdare hukukunda da bir hukuki işlem olarak idari işlemin bütün bu ögeleriyle ilgilenilir. Ancak idari işlemin bütün bu ögeleri hukuk kurallarıyla tanımlı ve sınırlıdır.⁴ İdare hukukunda idari işlem yapma yetkisine sahip idari makamların söz konusu yetkilerini bizzat kullanmaları zorunludur. Ancak, hukukumuzda bunun istisnasını oluşturan yetki devri kurumunu kurallaştıran pozitif düzenlemeler de vardır. Bu sebeple, idari makamlar hukuken kendilerine izin verildiği takdirde ve ölçüde idari işlem yapma yetkilerini kendileri dışındaki diğer makam veya görevlilere devredebilir. Bu çerçevede, idari işlemin yetki ögesi bakımından hukuka uygun olabilmesi için hukuka uygun bir yetki devri yapılması zorunludur. Hukuka aykırı yetki devri ve bu devri takip eden idari işlemler hukuka aykırı olup yargısal denetimde iptal yaptırımıyla karşı karşıyadır.

¹ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s.343.; Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.381.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s.404 vd.; Güher Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s.85 vd.; Türk idare hukukunda idari işlemin hukuki rejimini belirleyen ilkenin hukukilik ilkesi olmasının anayasal dayanağı Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olduğunu ifade eden Anayasa m. 2’dir. Hukuk devleti, bütün Devlet organlarının dolayısıyla idarenin de hukuka bağlı olduğu devleti ifade eder. Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2017, s.37 vd.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.84 vd.

² Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.86-89.

³ Türk hukukunda idari işlemin ögeleri, hukuka aykırılık halleri/iptal sebepleri üzerinden belirlenmiştir. 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu m. 19, “idari mukarrerat ve muamelat hakkında salahiyet ve şekil ve esas ve maksat cihetlerinden biriyle kanuna yahud nizama muhalefetinden dolayı iptali için açılan davalar” hükmüyle idari işlemin ögelerinin salahiyet, şekil, esas ve maksat olarak belirlenmiştir. 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu m. 23 ise “idari fiil ve kararlar hakkında esas, maksat, salahiyet ve şekil cihetlerinden biriyle kanunlara ve nizamnamelere aykırı olduklarından dolayı iptali için açılan davalar” idari işlemin ögelerini esas, maksat, salahiyet ve şekil olarak belirlenmiştir. 521 sayılı Danıştay Kanunu m. 30 ise idari işlemler hakkında “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biriyle kanuna aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar” hükmüyle esas ögesini açıkça sebep ve konu ögeleri olarak belirlenmiş diğer ögeler ise önceki kanunlardaki haliyle kabul edilmiştir.

⁴ Yeliz Şanlı Atay, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, Ankara: TODAİE Yayınları, 2011, s.126.

I. İDARİ İŞLEMİN YETKİ ÖGESİ

Fransız ve Türk hukukunda yetki, “idari işlem yapma gücü” biçiminde tanımlanmaktadır. Yetki, sahibine idari işlem yapma gücü tanırken aynı zamanda ona hangi konuda işlem yapabileceğini de bildirir. Bu sebeple yetki, sadece idari işlem yapma gücü olmayıp belirli bir konudaki idari işlemin hangi makam tarafından yapılacağını ortaya koyan “ilişkisel tipte” bir kavram olarak nitelenebilir. Geniş anlamıyla yetki, bütün öğeleriyle birlikte düşünülen idari işlem yapma gücü olarak tanımlanabilirken; dar anlamıyla yetki, idari makama belirli bir yerde belirli bir zamanda ve belirli konularda hukuki işlem yapma yeteneği kazandırılması olarak tanımlanabilir. İdari işlemin ögesi olarak yetki, idari işlemin yapıcısı, işlem sözleşme ise idare adına sözleşeni ile ilgilidir.⁵

İdare hukukunda yetkisizliğin asıl, yetkinin istisna olduğu tartışmasız biçimde kabul edilmektedir.⁶ Hangi idari birimin idare adına irade açıklayarak hukuki sonuç doğurma gücüne sahip olduğu Anayasa ve kanunlar tarafından belirlenir. İdare, Anayasa ve kanunların kendisine tanıdığı yetkilere sahiptir.⁷ İdare hukukunda yetki ögesinin içeriğinin kişi, konu, yer ve zaman bakımından sınırlı olduğu ve yalnızca kanunların öngördüğü tüm koşullara uygun olarak kullanılabilmesi tartışmasız kabul edilmektedir.⁸ İdari işlemin yetki ögesi, idari işlemin yapıcısı ile ilgili olmakla birlikte işlemin yapıcısının yetkisi de birtakım sınırlara sahiptir. Kişi bakımından yetki, kimlerin idare adına irade açıklamaya yetkili olduğunu belirler ve idare içerisinde idari işlem yapma yetkisinin kişi bakımından sınırını betimler.⁹ Ayrıca idari işlemin, yapıcısının yetkili olduğu faaliyet alanında yapılması gerekir. Konu bakımından yetki, idari işlemin hangi konuda yapılabileceğini belirler ve yetkinin konu bakımından sınırını betimler. İdari işlemin yapıcısının yetkisi yer ve zaman bakımından da sınırlıdır. Yer bakımından yetki, idari işlemin yapıcısının işlemiyle etkili olabileceği coğrafi alanı belirler. Zaman bakımından yetki ise, idari işlemin yapıcısının işlemi yapabileceği süreyi belirler.¹⁰

İdare içerisinde yer alan her görevli, idare adına irade açıklamaya yetkili kılınmamıştır. İdare adına irade açıklamaya yetkili kılınanlar “idari makam” denilen az sayıda görevli veya organlardır.¹¹ İdari işlemin, idare adına irade açıklamaya yetkili kılınanlar/idari makamlar tarafından yapılması gerekir.¹² Dolayısıyla kişi bakımından yetki, idari işlemin idari makam tarafından yapılmasını gerektirir.¹³ Yetki, kişi kategorisiyle değerlendirildiğinde idarenin iradesini açıklamaya yetkili olan birim, makam veya görevli araştırılacaktır. İrade açıklamasına işlemin hazırlık aşamasında görüş bildirerek katılması gereken idare, makam veya görevlinin

⁵ Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.111-113.

⁶ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s.480, 481; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2010 s.117.; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s.350.

⁷ Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 272 vd.; Günday, *İdare Hukuku*, s.135.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.406.

⁸ Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s.161.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.382.

⁹ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s.327.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.382. İdari işlemin ilgisinin belirlenmesini kişi bakımından yetki ögesi içerisinde değerlendiren görüş için bkz. Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2017, s.1119,1120.

¹⁰ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.347 vd.; Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.129-131.

¹¹ Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s.35 vd.; Yayla, *İdare Hukuku*, s.117.

¹² Günday, *İdare Hukuku*, s.136.

¹³ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.105.; İdare organı dışındaki Devlet organları ile özel hukuk kişilerinin idari işlemleri yönünden kişi bakımından yetki, idari işlemin o organ veya kişiler adına irade açıklamaya yetkili kişiler tarafından yapılmasını ifade eder. Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.140.

araştırılması da var olan yetkinin kişi bakımından araştırılması faaliyetinin içindedir.¹⁴ İdarenin organlardan teşekkül ettiği durumlarda organlar arasındaki yetki dağılımı da kişi bakımından yetkiyi ilgilendiren bir dağılımdır.¹⁵ İdare içerisinde karar alma yetkisine sahip bir idari birimin hukuki koşullara uymaksızın oluşmuş olması da kişi bakımından yetki ögesi yönünden bir soruna işaret eder.¹⁶ İdari işlemin konu ögesi ile konu bakımından yetki ögesinin birbirine karıştırılması kuvvetle muhtemel olduğu için öncelikle bu iki kavramın açıklığa kavuşturularak başlanması daha uygun olur. İdari işlemin konu ögesi idari işlemin doğurduğu hukuki sonuçtur.¹⁷ Ancak konu bakımından yetki idari işlemin yapıcısının yetkili olduğu faaliyet ve görev alanıyla ilgilidir.¹⁸ Konu bakımından yetkinin araştırılması, bir idari birimin yetkilerinin dağılımının incelenmesiyle olacaktır. Misalen, bir idari birimin bir konuda işlem yapma yetkisi, belirli bir hukuki sonucu doğurma yetkisi yoksa yapılan işlem konu ögesi bakımından sakattır. Ancak, bir idari birimin o konuda yetkileri ayrıştırılmış ve farklı farklı birimlere verilmişse o konuda yetkisiz birimin yaptığı işlemin konu bakımından yetki ögesinde sakatlık söz konusudur.¹⁹ Bu çerçevede, konu bakımından yetki ile kişi bakımından yetki aynı bağlamda yer alır.²⁰ Yer bakımından yetki, idarenin karar alma gücünün kapsadığı coğrafi alanla ilgili bir kavramdır. Başka bir ifadeyle yer bakımından yetki, idari makamların yetki kullanmaya mezu edildikleri coğrafi alanın dışında yetki kullanıp kullanamayacaklarına ilişkindir.²¹ İdari makamın kullanacağı yetkiler coğrafi bir alanla sınırlandırılmışsa o coğrafi alan dışındaki yetki kullanımı işlemi sakatlayacaktır.²² Ancak, idari işlemin yapıldığı mevkiin belirli bir coğrafi alanda bulunup bulunmaması önemli değildir. İdari işlemin doğurduğu hukuki sonucu, yetkinin bulunduğu coğrafi alanda doğup doğmadığı önemlidir.²³ Zaman bakımından yetki, idarenin karar alma gücünün süresini ve bu gücü kullanabileceği zaman dilimini ifade eder.²⁴ Kural olarak idare, kendisine verilen yetkinin kullanımına ilişkin zamansal bir sınırlamaya tabi değildir. Ancak idareye verilen yetki, kanun tarafından süreyle sınırlandırılmış olabilir. Başka bir ifadeyle karar alma gücünün başlangıcı ve yetkinin kullanılabilmesi zaman dilimi konusunda kanunda bir sınırlama öngörülmüş olabilir. Kanunda yetkinin zaman itibarıyla kullanılmasına dair bir belirleme varsa bu belirlemeye uyulması gerekir.²⁵ Genel olarak öğreti ve yargı kararlarında, hem idare adına yetki kullanacak birimin faaliyete başlaması hem de görevlinin fiilen göreve başlaması gerektiği

¹⁴ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.359.

¹⁵ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.361.

¹⁶ İdari birimlerin oluşmasındaki kurallara uyulmaması biçim sakatlığı değildir. Çünkü işlem iradesinin oluşum biçimi veya iradenin dış dünyaya yansımada bir sakatlık yoktur. Aksine, işlem iradesini açıklayan öznenin oluşumunda sakatlık vardır ki bunun da yetki ögesine ilişkin olmadığı savunulamaz. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.368, 369.

¹⁷ Özay, *Günışığında Yönetim*, s.497.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.384.

¹⁸ Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.328.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.384.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.351, 352.

¹⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.352.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.108 vd.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.384.

²⁰ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.353.

²¹ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.111.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.328.

²² Günday, *İdare Hukuku*, s.137, 138.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.386.

²³ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.378.; Kanunda idari işlemin yapılacağı mekân belirlenmişse işlemin o mekânda yapılmamasının yer yönünden yetki sakatlığı oluşturacağı hakkında bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.409.

²⁴ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.112 vd. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.385.

²⁵ Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.328.

kabul edilmektedir.²⁶ Kamu görevlisi yetkisini görevi başında bulunduğu zamanlarda kullanabilir, görevi başında bulunmayan kamu görevlisinin yetki kullanması zaman bakımından yetki sakatlığı oluşturur.²⁷ Görev süresi belirlenmiş olan makamlarda bulunan kişiler yetkilerini özel kanuni düzenleme olmadığı sürece ancak bu süreler içinde kullanabilir.²⁸

II. YETKİ DEVRİ KAVRAMI

A. YETKİ DEVRİ KAVRAMININ HUKUKİ ÇERÇEVESİNİ OLUŞTURMAK MÜMKÜN MÜDÜR?

Kamu hukukunda yetki, özel hukuktaki ehliyet kavramından farklıdır. Kamu hukukunda yetki, kanunen belirli ve sınırlı bir güçtür. Özel hukuk kişilerinin haklarını temsil veya vekalet yoluyla başka kişilere aktarabilmeleri kural olarak serbestken kamu hukuku kişilerinin ve idarenin yetkilerini bizzat ve doğrudan kullanma mecburiyeti vardır meğerki aksi kanunda açıkça öngörülmüş olsun.²⁹ Kamu hukukunda kanunun açık izni olmaksızın yetkinin devredilememesi, yetkinin idareye ve kamu görevlilerine tanınan bir hak değil yerine getirilmesi zorunlu bir görev niteliğinde olmasının bir sonucudur.³⁰ Devlet organları arasındaki yetki dağılımı Anayasa tarafından belirlenmiş ve kanunlarla somutlaşmıştır. İdarede yetki dağılımı kişi, konu, yer ve zaman temelinde oluşturulmuştur. İdare içindeki yetki dağılımı temelde kanunlarla ortaya çıktığı için idarenin bu dağılımı kendi işlemleriyle bozması mümkün değildir. Bu durum “yetkisizliğin asıl, yetkinin istisna olduğu” yaklaşımının bir sonucu olarak görülebilir.³¹ Yetkisizlik asıl yetki istisnaysa, öngörülen bir yetkinin öngörülmüş haliyle kullanılması, öngörülmemiş biçimde yetki kullanımının yetkisizlik olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla, idarenin ancak kendisine yetki veren hukuk kurallarının izin verdiği ölçüde bu dağılıma müdahale edebileceği kabul edilmelidir.³²

²⁶ Günday, *İdare Hukuku*, s.138.; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.377.

²⁷ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.113.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.328.; Yayla, *İdare Hukuku*, s.121.

²⁸ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.378-380.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.412.; Öğretide bazı yazarlar, yetkinin kullanılması için kanunda öngörülen sürenin niteliğinin zaman bakımından yetki sakatlığının oluşup oluşmamasına etki edeceğini savunmaktadır. Kanunda öngörülen sürenin “sınırlandırıcı süre” olduğu hallerde sürenin aşılması işlemi zaman bakımından yetki ögesi bakımından sakatlayacaktır. Kanunda öngörülen sürenin “hızlandırıcı süre” olması halinde ise işlem sakatlanmayacaktır. İdarenin hızlı karar almasını sağlamak amacıyla kanunda öngörülen süreler, idari makamın idari işlem yapma yetkisini kaldırmayacaktır. Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, s.139.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.385.; Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1121. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.412.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.113,114. Elbette, bu noktada sürenin niteliğinin tespiti önem kazanır. Ali D. Ulusoy’a göre işlem süresinin bireyin temel hak ve hürriyetlerini etkilemesi söz konusu ise sürenin sınırlandırıcı süre olduğunun kabul edilmesi uygundur. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.385. Gözübüyük ve Tan, uygulamanın bu ayırım doğrultusunda gelişmediğini ifade etmektedir. Bkz. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.355.

²⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.188.

³⁰ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1964, s.34,35.; Özyay, *Günüşiğında Yönetim*, s.481.

³¹ Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1114.

³² “İdare hukukunda yetki, belirli organ ve makamlara Anayasa ve kanunlarla tanınmış karar alma gücüdür ve kamu hukuku ilkelerine göre, kanun koyucu tarafından hangi makam ve mercie verilmiş ise, bu yetkiyi ancak o makam ve mercie kullanabilir. Bu özelliği itibarıyla idarî işlemin temel unsurlarından olan ‘yetki’ aynı zamanda kamu

İdare hukuku öğretisi ve yargı kararlarında, idare içerisindeki makamlar arasındaki yetki dağılımına *yetki devri* kurumuna başvurularak müdahale edilebileceği tartışmasız kabul edilmektedir.³³ Buna göre, idari işlem yapan makamların iş yüklerinin azaltılması amacıyla öngörülen yetki devri, idari işlem yapan makamların idari işlem yapma yetkilerinden bir kısmını başka makam veya görevlilere devretmesini ifade eder.³⁴ Amacı kamu hizmetinde etkinlik ve sürekliliğin sağlanması olan yetki devri kurumu, yetkinin kendisine tanındığı idari makam tarafından kullanılması ilkesinin istisnası olarak kabul edilir.³⁵ Yetki devrinin, “hiyerarşik” bir devre gönderme yapan tanımlaması da yapılmaktadır. Buna göre yetki devri, üst makamın idari işlem yapma yetkisini ast makama veya görevliye devretmesidir.³⁶ Ancak, yetki devrinin yalnızca hiyerarşik olarak asta yapılmayacağı, organlı idarelerde organlar arasında yapılan devrin veya aynı hiyerarşi içinde olmayan idari birimler arasında yapılan devrin de yetki devri kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülür.³⁷ İdare hukuku öğretisi ve yargı kararlarında, yetki devri kavramının yanında imza devri kavramına da işaret edilir.³⁸ Yetki devri-imza devri

düzenine ilişkin olduğundan idari işlemlerin, Anayasa ve kanunların yetkili kıldığı idare, makam ve kamu görevlileri tarafından tesis edilmesi zorunludur.” Danıştay 10.D., E. 2019/7132, K. 2020/4363. (HukukTürk); “*Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle, idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uyma zorunluluğu bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Kamu hukukunda yetki hiyerarşiden üstündür. Yani bir yetki kanun ile hangi makama verilmiş ise o makam tarafından kullanılmalıdır. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu, yer ve zaman itibarıyla Anayasa ve yasalarla belli bir organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetkinin kimin tarafından kullanılacağını belirleyen kuralların varlığı hâlinde bu yetkinin devri ve paylaşımı konusunda da açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir.*” Danıştay 10.D., E. 2015/2674, K. 2020/3987, 20.10.2020. (HukukTürk)

³³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.1*, Bursa: Ekin Yayınları, 2019, s.859.; Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s.367.; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.383.; Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1116.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.356.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.324.; Yayla, *İdare Hukuku*, s.120.; Yetki devri çağdaş idarenin temel ilkelerinden biri olarak görülmemekte ve idarecilerin idareyi daha etkin ve verimli yönetebilmeleri bakımından zorunlu bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Bkz. Nihat Aytürk, “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, 33/1 (2000), s.79.; Taner Gelegen, “Türk Yönetim Örgütünde Yetki Devri”, *Danıştay Dergisi*, 2/6-7 (1972), s.75 vd.; “Kural olarak, bir yetkinin kullanımı konusunda kanunla belirlenen merciin bu yetkisini kendisinin kullanması gerekir. İdari merciler yetkilerini idarenin işleyişini etkin ve süratli bir hale getirebilmek gibi amaçlarla devretmek istiyor iseler; bu ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde ve sınır ve kapsamı açıkça belirtilerek yapılabilir ki; aksi bir kabul hukuki güvenlik ilkesini zedeleyeceği gibi kanun koyucunun iradesinin de idari makamlarca ortadan kaldırılması anlamını taşıyacağından kanuni idare ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.” Danıştay 8.D., E. 2016/6341, K. 2016/8144, 01.11.2016, DD, S.146, 2017, s.135-138.)

³⁴ Günday, *İdare Hukuku*, s.140.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.387.; Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.249.; R. Cengiz Derdiman ve Yusuf Uysal, “Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri”, *Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15/27 (2014), s.254.

³⁵ Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1116.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.324.; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s.60.; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s.328.

³⁶ Yayla, *İdare Hukuku*, s.120.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.355.; Mesut Ertanhan, *Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s.52.

³⁷ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.384.

³⁸ Fransız hukukunda yetki devri kurumu hem en karmaşık hem de en sık görülen durumlardan biri olarak görülmektedir. Yetki devri (*les délégations de compétence*), iktidar/güç devri (*la délégation de pouvoir*) ve imza devri (*la délégation de signature*) olarak iki türdür. Bu ayrım tamamen biçimsel olmayıp güçlü pratik sonuçları vardır. Birinci tür yetki devri, bir görevin sahibi için, yetkilerinin yalnızca bir kısmının bir veya daha fazla kişiye

karşılaştırması üzerinden işaret edilen bu kavramın da idari işlem yapan makamların iş yüklerinin azaltılması amacıyla öngörüldüğü ve idare içindeki yetki dağılımına müdahale anlamına geldiği ifade edilmektedir.³⁹ Bu çerçevede imza devrinin, yetki sahibinin yanı sıra bir başka görevlinin de işlemi imzalayabilmesine imkân tanıdığı, yetkinin asıl sahibi yanında başka bir görevlinin de idari işlem yapması sonucunu doğurduğu ve imza devrine izin veren bir hukuk kuralı bulunmadıkça imza yetkisinin devredilemeyeceği ifade edilmektedir.⁴⁰ İdarenin kanuniliği ilkesinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde idare, teşkilatı ve faaliyetleri (görev ve yetkileri) açısından kanuna tabi ve kanuna uygun olmak zorundadır.⁴¹ Anayasada yetki ve imza devri kurumlarına yer verilmediği ve idarenin kanuniliği ilkesi gereği idareye tanınan yetkilerin kural olarak kanuni yetkiler olduğu düşünüldüğünde, yetki devrinin temel hukuki dayanağının şekli anlamda kanun olduğu kabul edilir. Ayrıca yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkesi gereğince kanun koyucu Anayasada öngörülmeleyen bir alanı ilk elden ve dilediği teferruatta düzenleyebilir. İdarenin idari işlem yapma yetkisi ve bu yetkilerin bütününe oluşturduğu yetki düzeninin dayanağı kanun olduğuna göre yetki devrinin hukuki dayanağının da kanun olduğu tartışmasız kabul edilmiştir. İdare hukuku öğretisi ve yargı kararları da kanunda yetki

devredilmesinden ibarettir. Yetki devri belli bir kişiye değil, belirli bir işlevi olan makama yapılır. Bu sebeple kişiye değil işleve bağlıdır. Bunun, yetki devreden veya yetki devralanın değişmesi durumunda devrin geçerli kaldığını açıkladığı ifade edilir. İmza devri ise imzalama yetkisinin kararın sahibi yerine bir başka kişiye verilmesinden ibarettir. Her iki tür devrin tabi olduğu ortak hukukilik koşulları şöyledir: 1) Bir metin tarafından açıkça öngörülmesi, 2) Bir metinde öngörülse dahi müdahale ettiği konuyla ilgili olarak başka bir metin tarafından zımnen bile olsa yasaklanmamış olması, 3) Uygulamaya konulmadan önce yayınlanmış olması, 4) Devrin içeriğinin kısmi olması, 5) Kapsamına dair yeterli açıklık ve kesinlik içermesi. İlk bakışta yetki devri, ister iktidar/güç devrinde olduğu gibi bir aktarım, ister imza devrinde olduğu gibi basit bir uygulama olsun, bir yetki meselesi olarak görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jean-Claude Ricci, *Droit administratif général*, Paris: Hachette Livre, 2013, s.196,197.; Philippe Foillard, *Droit administratif*, Orléans: éditions Paradigme, 2010-2011, s.178,179.; David Soldini, “La délégation de service public, sa fonction, ses critères”, *Revue française de droit administratif*, 2010, s.1115.; Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.859,860.

³⁹ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.119.; İmza devri, yalnızca idari işlem metnini imzalama (şekli) yetkisinin bir kişiden başka bir kişiye devredilmesi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.388.; Yayla, *İdare Hukuku*, s.120. Ancak, “de facto” olarak karar alma yetkisi kanunun yetki verdiği makam veya merciden bir diğerine geçmektedir. Bkz. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.119.

⁴⁰ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.388.; Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s.161.; Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s.369.; Ertanhan, *Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları*, s.53.; Aytürk, “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, s.82.; Kemal Gözler Türk hukukunda kimi yazarların yetki devri-imza devri arasında konuları bakımından ayırım olduğuna ilişkin yaklaşımının hatalı olduğunu belirtmekte esasen her iki kavramın da konularının “idari işlem yapma yetkisi” olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.861.; Ancak Danıştay’ın bu iki kavram arasında konu bakımından ayırım yaptığı kararları vardır. Kalabalık, imza devri için açık bir hukuki düzenleme bulunmasına gerek olmadığını savunmakla birlikte bu konunun öğretide tartışmalı olduğunun da altını çizmektedir. Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.63.; “Yetkili makamca verilen imza yetkisinin kullanılması; yetkiyi veren makam adına ve hesabına karar alma sonucunu doğurur. Bir başka ifade ile, imza yetkisi devrinde işlem, devreden makamın işlemidir. Bu ise, imza yetkisini devreden ile devralan arasında ‘güven’ unsurunun varlığını gerektirir.” Danıştay 5.D., E. 2005/6457 K. 2007/2465, 22.05.2007, Y. 37, S. 116, 2007, s.172,173.; “Yetki devrinin ancak Yasa’nın açıkça izin vermesi halinde ve yine açıkça izin verdiği konular hakkında yapılabileceği ilgili yasalarda ve yargı içtihatlarında kabul edilmektedir. İmza yetkisinin devrinde ise yetkili makam yetkili olduğu işlemlerden bir kısmının imzalanması yetkisini, astlarına devretmekte, imza yetkisini devralan kişi ise, vekaleten görevlendirmeden farklı olarak, imza yetkisini devreden amirin görevi başında olduğu zamanlarda da bu yetkiyi kullanmaktadır. Ancak imza devrinde yetki devrinden farklı olarak karar alma yetkisi imza yetkisini devreden makamda kalmaktadır.” Danıştay İDDK, E. 2005/3183, K. 2008/1621, 12.06.2008, DD, Y. 38, S. 119, 2008, s.64-66.

⁴¹ D. Çiğdem Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, s.158 vd.; Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, s.153 vd.

ve imza devrini öngören ve buna açıkça izin veren bir düzenleme bulunmadığı sürece yetkinin devredilemez olduğunu sıklıkla tekrarlamıştır.⁴² Buna göre, yetki devri kanunda öngörülmemiş veya ona izin verilmemişse devre dayanan idari işlemler yetki ögesi bakımından sakattır ve somut olaydaki sakatlığın niteliğine bağlı olarak farklı yaptırımlara tabidir.

Yetki devri konusunda öğretide ve yargı kararlarının sunduğu hiyerarşik tanım, merkezi idarenin başkent teşkilatını düzenleyen kanundaki (genel) yetki devri hükmünden ilham almış görünmektedir.⁴³ Bu kanun hükmünün yalnızca bir tür yetki devrini tanımlamaya elverişli bir içeriği vardır. Dolayısıyla bu kanun hükmü esas alınarak yapılacak bir tanım diğer yetki devri türlerinin tanımın dışında kalmasına sebep olur.⁴⁴ Mülga 3046 Sayılı “Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname-nin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında” Kanun⁴⁵ m. 38 “*Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak yetki devri yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.*”⁴⁶ hükmü ile m. 29 “*Genel Müdür ve her kademedeki kuruluş yöneticileri sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.*” hükmünü öngörmüştür.⁴⁷ Söz konusu kanunun bu iki hükmünü esas alarak yetki devrini üst makamın idari işlem yapma yetkisini ast makama devretmesi olarak tanımlamak mümkündür. Ayrıca, bu iki kanun hükmünden yetki devrinin usul ve esaslarını (geçerlilik koşulları, devre bağlanan sonuçlar ve devrin sona ermesi) belirleme çabasına girildiğinde bazı genel sonuçlara da ulaşılabılır. Ancak bu doğrultuda ulaşılabılır kimi sonuçlar, pozitif hukuku açıklamak bakımından yetersiz kalacaktır. Çünkü, yetki devri kavramı, çok çeşitli kanunlarda farklı içeriklerde kurallaştırılmış olup her bir idari makamın idari işlem yapma yetkisini devretmesine izin veren

⁴² Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.355.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.188 vd.; “*Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarelerin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindedir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu, yer ve zaman itibarıyla Anayasa ve yasalarla, belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki devrinin hukukten geçerli olabilmesi daha önce kanunda açıkça öngörülmüş olmasına bağlı olup istisnai durumlar hariç, yasayla bir makama veya organa verilmiş bir yetkinin başka bir makama ya da kişiye devri mümkün olmadığından, disiplin cezası verme yetkisinin de yetkili kurul ya da amir tarafından devredilmesi mümkün bulunmamaktadır.*” Bkz. Danıştay 8.D., E. 2020/2379, K. 2022/121, 20.01.2022. (Legalbank)

⁴³ Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s.367.

⁴⁴ İl Han Özay yetki devrini, “kanuni düzenlemelerin açıkça öngördüğü veya yasaklamadığı konularda bir görev yerine ait yetkilerin başka bir görev yerine aktarılması” olarak tanımlar. Bkz. Özay, *Günüşünde Yönetim*, s.162.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.60.

⁴⁵ RG, 09.10.1984, S. 18540.

⁴⁶ Bu hüküm çerçevesinde, bakanın, 3046 Sayılı Kanun'a eklenen 21/A maddesinde düzenlenen “bakan yardımcılarında” yetki devri yapıp yapamayacağı konusunda tartışma yaşanmıştır. Bu hükümden bakanın astı olan bakan yardımcısına yetki devri yapamamasını gerektirecek herhangi bir sebep çıkartılamaz. Bkz. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dahil Midir?”, *TBB Dergisi*, S. 98 (2012), s.15,16.

⁴⁷ Danıştay, bakanlık hiyerarşisine dahil olmayan ve bağlı veya ilgili kuruluş olarak nitelendirilen hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının da kanunda yasaklanmadığı sürece 3046 Sayılı Kanun'daki genel yetki devri hükmüne dayanarak yetki devrinde bulunabileceklerine karar vermiştir. Danıştay 5.D., E. 1990/1333, K. 1991/965, 27.05.1991. (Legalbank)

bir dizi kanuni düzenleme bulunmaktadır. Yeknesak bir içeriği bulunmayan bu düzenlemelerden hareketle geçerli bir sonuca varmak için ortak yanların tespit edilmesinin benimsenmesi bir yöntem olarak düşünülebilir ancak tüm kanuni düzenlemelerde ortak tek bir yön dahi bulunamaması da muhtemeldir. Öğreti bir yandan kanunlarda farklı yetki devri hükümlerinin bulunduğunu fark etmekte ancak bu farklılığı bir kenara bırakarak yetki devrini tanımlamakta ve bu kurum hakkında birtakım genel ilke ve sonuçlara varmaya çalışmaktadır. Daha çok Danıştay'ın idari işlemin yetki ögesine ilişkin kararlarına referansla öğretiyi, ulaştığı genel sonuçları idare hukukunun genel ilkeleri olarak sunar.⁴⁸ Çeşitli kanunlarda farklı içeriklerde kurallaştırılmış yetki devri normlarının farkında olan öğretiyi, yetki ve imza devri kurumunun genel usul ve esaslarının kanunda düzenlenmesi gerektiğinin altını ısrarla çizirken tek bir tanım vermek veya yetki devrine dair genel usul ve esaslar sunmaktan kaçınmaz.⁴⁹ Yetki devrine izin veren kanuni düzenlemeler içerik bakımından o kadar çeşitlidir ki, yetki devri kurumuna ilişkin genel ilke ve kurallar çıkarabilmek için sayıca çok olan bu düzenlemelerdeki ortak noktaların tespit edilerek yetki devrine ilişkin geçerli bir tanım ve usul ve esasların sunulması yöntemi benimsenebilirdi. Bu yöntemi benimsemediği anlaşılan öğretiyi, yalnızca tek bir kanunun iki hükmünden ve Danıştay kararlarından hareket ederek yeknesak bir yetki devri kurumu tahayyül eder hale gelmiştir. Çok çeşitli olan bu kanuni düzenlemeler hakkında okuyucuya fikir vermesi amacıyla aşağıdaki kanun hükümlerinin gösterilmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.⁵⁰

- **6253 Sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı” Kanunu m. 25/3:** “İdari Teşkilatın her kademedeki yöneticisi, sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek kaydıyla, yetkilerinin bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, yazılı olmak kaydıyla ilgililere duyurulur.”
- **6306 Sayılı “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında” Kanun m. 6/12:** “Bakanlık, bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ'ye veya İdareye yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya İdare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkilidir.” Bu hüküm, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının TOKİ ve İdareye (belediye, il özel idaresi, büyükşehir belediyesi) devredilecek yetkileri belirleme yetkisi tanımaktadır.
- **6326 Sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu m. 8/4:** “Birlik, odalara sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla yetki devri yapabilir.”
- **6701 Sayılı “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu” Kanunu m. 15/5:** “Başkan, sınırlarını yazılı ve açık olarak belirlemek şartıyla Kurula ilişkin olmayan görev ve

⁴⁸ Kemal Gözler, “*Kanımızca mevzuatımızda bulunan ‘yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırma’ yolundaki hükümler, yetki devrinin genel ilkelerine aykırıdır.*” diyerek bunu açıkça yapar. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.887.

⁴⁹ Gözübüyük ve Tan, yetki devri ve imza devrine ilişkin usul ve esasların hukukumuzda düzenleme konusu yapılmadığı için yargı organlarının bu konularda bazı ilkeler oluşturmak zorunda kaldığını ileri sürmüştür. Yazarlara göre bu konuyu genel itibarıyla düzenleyen tek kanun hükmü 3046 Sayılı Kanun m. 38'dir. Bkz. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.355.

⁵⁰ Kanun hükümleri burada yer verilenlerden çok daha fazladır. Tekrarlara ve benzer hükümlere yer vermemek amacıyla burada çok sınırlı bir kısma yer vermenin uygun olacağını düşünüyoruz.

yetkilerinin bir bölümünü başkan yardımcılara veya hizmet birimi koordinatörlerine devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.”

- **7068 Sayılı “Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair” Kanun m. 15/4:** “Disiplin amirliği yetkisi devredilemez.”
- **5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu Ek m. 1:** “Vali; sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında, güvenliğin sağlanması, giriş-çıkışlarla ilgili görev ve hizmetlerin düzenli ve etkili bir biçimde yürütülmesi, görevli kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonun gerçekleştirilmesi için gerekli önlemleri almaya ve uygulamaya, kuruluşların çalışmalarını denetlemeye yetkilidir. İçişleri Bakanlığının uygun göreceği bu yerlerde vali tarafından mülki idare amiri görevlendirilir. Vali, yetkilerinin tamamını veya bir kısmını görevlendirdiği mülki idare amirine devredebilir.”

Dikkat edileceği üzere, kimi kanunlarda idari makamların belirli iş ve işlemlerini başka idari makamlara devretme yetkisi tanınmakta kimi kanunlarda ise belirli bazı yetkilerin devredilmesi yasaklanmaktadır. Her ne kadar bir kanun hükmünün uygulanması çerçevesinde olsa da bir idari makamın yetkilerinin tamamını devretmesine imkan tanınabilmektedir. Ayrıca, yetki devrinin merkezi idare biriminden mahalli idare birimine devredilmesine de imkan tanınmakta bu imkanın devrin içeriğini belirleme yetkisini de içereceği öngörülmektedir. Üst makamın asta yapacağı yetki devri, yetki devrinin yalnızca bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında organlı idarelerde organlar arası yetki devri başka bir türdür. Bazı kanunlarda, yetkilerin sınırlı, açık ve yazılı olarak devredilmesi bir koşul olarak öngörülebilmektedir. Ayrıca yetki devrinin ilgililere duyurulması gerekliliğine bazı kanunlar yer verebilmektedir. Ancak her bir kanundaki yetki devri hükmünde bu koşullar birlikte yer almamakta, bir kanunda öngörülen bir koşul bir başka kanunda öngörülmeyebilmektedir. Dolayısıyla kanunla öngörülmesi gereken yetki devrinin, yetki devrini öngören ve buna izin veren çok sayıdaki kanun hükmü göz önüne alındığında, yalnızca hiyerarşik olan ile tanımlanması yanıltıcıdır. Bununla birlikte, birbirinden farklı içerikte kurallaştırılmış yetki devri normları, kavrama ait genel ilke ve kurallar ortaya koyulmasına uygun ortamı da sağlamamaktadır. Bu sebeple yargı organları kavrama ait genel ilke ve kurallar ortaya koymaya çalışmakta öğreti de bunları mümkün olduğunca sistemli biçimde sunmaya çalışmaktadır. Yetki devri hakkında öğretinin Danıştay kararlarına referansla ulaştığı genel ilke ve kurallar, (1) “Yetki devrinin hukuki geçerlilik koşulları”, (2) “Hukuka uygun yetki devrine bağlanan hukuki sonuçlar”, (3) “Hukuka aykırı yetki devrine bağlanan hukuki sonuçlar” ve (4) “Yetki devrinin sona ermesi” olarak dört ana başlık altında toplanabilir. Bu çerçevede, öğretide sunulan görüşlerin pozitif hukuku açıklamakta ne ölçüde yeterli olduğu ortaya koyulabilecektir.

B. YETKİ DEVRİ KAVRAMININ HUKUKİ ÇERÇEVESİNE DAİR DEĞERLENDİRMELER

“Yetki devrinin hukuki geçerlilik koşulları”ndan ilk olarak, yetki devrini yapan makamın devredilen yetkiye sahip olması gösterilmektedir. Buna göre, yetki devri yapan makamın devredilen yetkiye sahip olması gerekir. Yetki devri sadece devredilen yetkinin sahibi tarafından yapılabilir. Yetki devrine ilişkin bu şartın bir totoloji olduğu veya doğası gereği bu şartın

bulunması gerektiği söylenebilir. Ancak idarenin yetkisi olmadığı halde idari işlem yaptığı göz önüne alındığında idarenin sahip olmadığı yetkiyi de devretmesi muhtemeldir. Bu sebeple, yetki devrinin hukuki geçerlilik şartları arasında bu şartın da aranması ve değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.⁵¹

Yetki devrinin geçerlilik koşullarından bir diğeri olarak “yetki devrine izin veren bir hukuk kuralının bulunması zorunluluğu” gösterilmektedir. Yetki devrinin, buna izin veren bir hukuk kuralı bulunmadığı sürece geçerli olmayacağı, yetki devrinin hukuk kurallarıyla oluşturulan yetki düzenini değiştiren bir yöntem olduğu için açıkça öngörülmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵² Öğretide bir kısım yazar, yetki devrini öngören hukuk kuralının yetkiyi öngören hukuk kuralıyla asgari olarak aynı hiyerarşik güce sahip olması gerektiğini de ileri sürmektedir. Başka bir ifadeyle idari makama tanınan bir yetkinin devredilebilmesi için yetki devrine izin veren hukuk kuralının yetkinin tanındığı hukuk kuralıyla aynı veya ondan daha yüksek bir hiyerarşik güce sahip olması gerekmektedir.⁵³ Yetki devrine imkan tanıyan hukuk kuralının yetkinin tanındığı hukuk kuralından hiyerarşik olarak altta yer alması, hiyerarşik olarak üstte yer alan hukuk kuralının öngördüğü yetki düzeninin hiyerarşik olarak altta yer alan hukuk kuralıyla bozulması anlamına geleceğinden hukuk kuralları arasındaki hiyerarşi ilişkisini

⁵¹ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.862.; Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.253.; Danıştay, “Belediye başkanlarının da ancak yasal olarak münhasıran belediye başkanının imzalayacağı işlemler dışında olmak üzere kendilerinin imzalayacakları diğer işlemlerle sınırlı olarak imza yetkilerini devredebilecekleri şüphesizdir. Ancak belediye encümenine ait bir yetkinin belediye başkanı tarafından imza devri usulü ile devredilemeyeceği de tabidir.” diyerek, belediye başkanının kendisine ait olmayan bir yetkiyi devredememesinin doğal olduğunu ifade etmiştir. Danıştay 6.D., E. 2022/6622, K. 2023/3073, 23.03.2023. (HukukTürk); Danıştay kararına konu olan başka bir olayda İçişleri Bakanı, belediye başkanı ile belediye meclis ve encümen üyelerinin yurtdışına çıkış izinlerini onaylama yetkisini valilere devretmiştir. Halbuki İçişleri Bakanının idari vesayet kapsamında böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Danıştay, İçişleri Bakanının böyle bir idari vesayet yetkisi bulunmadığını göz ardı ederek İçişleri Bakanının valiye yaptığı yetki devrini hukuka uygun bulmuştur. Bkz. Danıştay 8.D., E. 1995/860, K. 1996/3398, 25. 11. 1996. (Legalbank) Bazı yazarlar yetki devrinin içeriğini oluşturan yetkinin de asgari bir kapsamı olduğunu, bu kapsamın bazı kararlar alma, yürütme ve hatta planlama yetkilerini içerdiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla üst makamın astlar arasında görev bölüşümünde bulunması veya bazı gündelik işler için astları görevlendirmesinin yetki devri anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.115,116.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.390.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.60. Aksi yönde görüş için bkz. Aytürk, “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, s.83-88.

⁵² Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.865,866.; “Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve yasalarla belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki konusunda açık düzenleme yapılmayan hallerde, yetkinin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılacağından hareketle bu yetkiyi kullanacak makam belirlenebilecektir. Hakkında karar verilecek kişi, olay ve karara etki eden bütün unsurlar, yetkinin kullanımını da belirleyecektir. Bu şekilde belirlenen ve yetkiyi kullanımı öngörülen makamın, bu yetkiyi devri ve paylaşımının mümkün olup olmadığının ise açıkça düzenlenmesi gerekir.” Danıştay 8.D., E. 2019/5086, K. 2021/4702, 21.10.2021. (HukukTürk) “İdare Hukukunun bilinen ilkelerinden olan kanunilik ilkesi, idarelerin yetkilerini kanundan almak zorunda olduğunu ifade etmektedir. İdarenin yasalarla kurulması, yasalardan yetki alması, yasalar çerçevesinde ve yasalara aykırı olmamak koşuluyla işlemlerde bulunabilmesi anlamına gelen yasallık ilkesinin (kanunilik ilkesi) gereği olarak yetkili idarenin yasayla belirlenmesi ve yetki devrine imkan veren hususların da yasayla belirlenmesi gerekir. Bir makam ya da organın idari işlem yapma yetkisini başka bir makam veya organa devretmesi yetki düzenini değiştireceğinden yetki devri yapılabilmesi için açık yasal dayanak gerekmektedir. Olayda, öncelikle dava konusu 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğini yapma yetkisinin hangi belediyeye ait olduğunun tespiti gerekmektedir. (...) dolayısıyla, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin ilçe belediyesince yapılacağı ve onaylanacağı, ardından büyükşehir belediyesinin onayına sunulacağı kanunla düzenlendiğinden ve ilçe belediyesinin bu yetkisini büyükşehir belediyesine devredeceğine yönelik herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından yetki devri suretiyle büyükşehir belediyesince doğrudan yapılabildiği kanunla 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinde yetki yönünden hukuka uyumlu bulunmamaktadır.” Danıştay 6.D., E. 2019/2259 K. 2022/6447, 31.05.2022. (Lexpera)

⁵³ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.117.

anlamsız kılacaktır.⁵⁴ 2017 yılına kadar Türk idare hukukunda yetki devrine izin veren kanuni düzenleme olmaksızın yetkinin devredilemeyeceği kabul edilmekteydi.⁵⁵ Danıştay, “(...) *kural olarak yetkinin bizzat kullanılacağı, kanun tarafından oluşturulan yetki düzeninin, yine kanun tarafından izin verilmediği sürece, idare veya o yetkiyi kullanmak ile yükümlendirilmiş makamlarca değiştirilemeyeceği, yetki devrinin Kanunun açıkça izin verdiği durumlarda yapılabilceği, bir makamın yetkisinin başka bir kişiye devredilebilmesi için yetki devri konusunda da mevzuatla yetkili kılınması gerektiği[ni]*” sıklıkla vurgulamış ve bunun istikrarlı bir içtihat haline geldiğini ifade etmiştir.⁵⁶ Danıştay, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 8. maddesinde memurların görev yerlerinin değiştirilmesi konusunda valilere verilen yetkinin kanunda devredilmesine imkan tanıyan bir devir hükmü olmadığını ifade ederek, valiye tanınan bu yetkinin vali yardımcısı tarafından kullanılmayacağını, vali yardımcısı tarafından yapılan naklen atama işleminin yetki yönünden hukuka aykırı olduğuna aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.⁵⁷ Danıştay’a göre, yetkinin asılın yokluğunda vekili tarafından kullanılabilir olması devredilebileceği anlamına gelmez. Kur’an kursu öğreticisinin il içinde naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, vali yardımcısının ancak valiye vekalet ettiği dönemlerde il içi atama yetkisini kullanabileceğini, valiye verilen yetkinin devrine ilişkin kanunda bir hüküm bulunmadığı için valinin bu yetkisini vali yardımcısına devredebilmesinin hukuken mümkün olmadığını ifade etmiş, hukuka aykırı yetki devrine dayanan naklen atama işlemini yetki yönünden hukuka aykırı bulmuştur.⁵⁸

Yetki devrinin sınırlı ve açık olarak yapılması yetki devrinin bir diğer hukuki geçerlilik koşulu olarak sunulmaktadır. Buna göre, kanunla yetkilendirilen bir idari makamın bütün yetkilerini devretmesinin yetki düzeninin bütünüyle değiştirilmesi anlamına geleceği için mümkün olmadığı ileri sürülmüş, buna izin veren kanun hükmünün idarenin kanuniliği ilkesine

⁵⁴ Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.253,254.

⁵⁵ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.386.; Yayla, *İdare Hukuku* s.120.; Hatta Kemal Gözler, yetki devrine kanunla açıkça izin verilmesi şartını, yetki devrinin kanuniliği ilkesi olarak adlandırmıştı. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.866,867.

⁵⁶ Danıştay 8.D., E. 2020/2541, K. 2023/1942, 11. 04. 2023. (Lexpera).; “*Yetki kurallarının; dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Yetkinin kimin tarafından kullanılacağını belirleyen kuralların varlığı halinde bu yetkinin devri ve paylaşımı konusunda da açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir.*” Danıştay 8.D., E. 2023/1475, K. 2023/1581, 30.03.2023. (Lexpera).; “*İdari makamların bir yetkiye sahip olabilmesinde ve sahip olunan yetkinin kullanılmasında, yetkinin anayasa veya kanunla verileceği, kanunun öngördüğü koşulların oluşması durumunda idari makamın bu yetkiyi kullanmak zorunda olduğu ve kanunun açık izni olmaksızın sahip olunan yetkisinden vazgeçip başkalarına devredemeyeceği, idare hukuku ilkelerindedir. Yukarıya aktarılan kanun hükmü ve Bakanlar Kurulu kararında, istihdam fazlası personelin belirlenmesi ve Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesinde, yetkinin bankaların Yönetim Kuruluna ait olduğu vurgulanmış ve yetki devri konusunda herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu durumda, yasayla yönetim kuruluna verilen yetkinin, yönetim kurulu kararıyla başka kademelere devrine olanak bulunmadığından, hukuka uygun olmayan yetki devri sonucu tesis olunan işlemde yasal uyarılık görülmemiştir.*” Danıştay 5.D., E. 2003/40, K. 2004/2070, 04.05.2004. (Legalbank)

⁵⁷ Danıştay 2.D., E. 2004/1374, K. 2004/930, 20.10.2004. (Lexpera)

⁵⁸ Danıştay 5.D., E. 2000/1711, K. 2003/1421, 15.04.2003. (Lexpera). Yetkinin hangi makama veya makamlara devredilebileceğini tereddüde yer bırakmayacak biçimde belirlemesi ve devrin yetkinin asıl sahibinin takdirine bırakılmaması gerekliliği de yetki devri normlarına ilişkin bir koşul olarak kabul edilmektedir. Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, s.278,279. Çevre Kanunu hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisini Bakanlığa veren ve bu yetkinin devredilebileceği kurum ve kuruluşları düzenleyen Çevre Kanunu m. 12’nin anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi, yetkinin Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilebileceğine ilişkin kanun hükmünü Anayasa m. 7 ve 123’e aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun hükümlerine uygunluğu denetleme yetkisinin Bakanlıkta olduğunu ancak Bakanlıkça belirlenecek kurum ve kuruluşlar ibaresiyle yetki devri yapılacak makamların Bakanlığın takdirine bırakılmasının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. AYM, E. 2006/99, K. 2009/9, 15.01.2009. (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁵⁹ Çünkü, kanunun yetkilendirdiği idari makamın bütün yetkilerini devretmesi, makamın sahip olduğu bütün yetkilerin devredilen makam tarafından kullanılması sonucunu doğurur. Kanun koyucunun iradesinin idari makama tanınan yetkilerin yetkinin devredildiği makam tarafından kullanılması yönünde olduğu hiçbir koşulda ileri sürülemez. Kanun koyucunun iradesi bu yönde olsaydı, yetkileri yetkiyi devreden idari makama değil yetkinin devredildiği makama tanır. Bu sebeple, kanunla yetki devrine imkân tanınmış olsa dahi idari makamların yetkilerinin ancak bir kısmını devredebileceği tartışmasız kabul edilmektedir.⁶⁰ Yetkilerin sınırlı olarak devredilmesi, yetki devri kurumunun amacına uygun bir yorumdur. Danıştay'a göre de idarenin geniş ve bütüncül bir yetki devri yapması hukuka aykırıdır. Danıştay kararına konu olan olayda, belediye meclisi belediyeye ait olan tüm taşınmazların satışı konusunda belediye encümenine yetki devri yapmıştır. Belediye meclisinin yaptığı yetki devri sınırları açıkça belirlenen bir yetki devri niteliği taşımadığı için yetkinin sınırlarının belirlenmesi suretiyle devredilmesi ilkesiyle amaçlanan hukuki ve kamusal yarar aşılmıştır. Danıştay hukuka aykırı belediye meclisi kararına dayanılarak yapılan ihaleyi ve ihale komisyonu kararını hukuka aykırı bulmuştur.⁶¹

Yetki devrinin geçerliliğine ilişkin sunulan bir diğer koşul, açıklanan iradenin şekli ve içeriği bakımındandır. Yetki devrinin konusu bakımından açık olması, başka bir ifadeyle yetki devrinin, devreden makamın yetkisini devrettiği konusunda duraksamaya yer vermeyecek açıklıkta bir karara dayanması gerekir.⁶² Ayrıca, yetki devri içeriği bakımından da açık olmalıdır. Yetki devrinde, devredilen yetkilerin kapsamı ve sınırı ile devreden makam yeterli açıklıkta olmalıdır.⁶³ Kanunlarla oluşturulan yetki düzenine müdahale anlamına gelen yetki devri imkanının idari makamlarca kullanılıp kullanılmadığı, yetkilerin devredilip devredilmediği idareyle muhatap olan kişiler tarafından bilinebilir de olmalıdır.⁶⁴ Kişilerin kendi statüleri üzerinde yetki kullanan veya kullanacak idari makamları bilmeleri "hukuki belirlilik" ilkesinin bir gereğidir. Hukuk devletinde kişilerin Devlet işlemlerinden özellikle temel hak ve hürriyetlerini veya içinde buldukları statüyü ilgilendiren ve kamu gücü içeren işlemlerin kimler tarafından

⁵⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.387, 388.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.359.; Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.875.

⁶⁰ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.117.; Dolayısıyla idari makamlar tüm yetkileri için yetki devrine başvurabilse de onların tüm yetkilerini bir arada devretmesi mümkün değildir. Bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2023, s.118.

⁶¹ Danıştay 13.D., E. 2008/3526, K. 2008/6807, 15. 10. 2008, DD, Y. 39, S. 120, 2009, s.380-382.; "(...) yetki devrinin geçerli olabilmesi için bazı unsurları barındırması gerekir ve bu şartlardan herhangi birinin eksikliği ise yapılan yetki devrinin hukuken geçerliliğini sakatlar. Yetkili bir makamın, yetkilerinin bir kısmını başka bir makama devretmesi halinde; devredilen yetkinin kısmi olması, bir başka anlatımla Kanun'da yetkili kılınan makamın tüm yetkilerini devretmesinin mümkün olmaması (...) gibi geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir." Danıştay 8.D., E. 2021/452, K. 2023/1727, 07.04.2023. (Lexpera)

⁶² Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.876.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.62.; Sevgili Gençay, *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*, s.120.

⁶³ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.389; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.194.; "Buna göre, belediye mücavir alan sınırları dışında yer alan tesis için kamp yeri ve içkili lokanta işletmesi için işyeri açma ve çalıştırma ruhsatı vermeye Muğla İl Özel İdaresinin yetkili olduğu açıktır. Diğer taraftan, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun "Yetki Devri" başlığını taşıyan 32. maddesinde "Vali, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, vali yardımcılara, yönetici sıfatı bulunan il özel idaresi görevlileri ile ilçelerde kaymakamlara devredebilir" denilmekte ise de, dava dosyasında Muğla İl Özel İdaresi adına Vali tarafından işyeri açma ve çalıştırma ruhsatı düzenlenmesi hususunda İlçe Özel İdare Müdürlüğü adına Fethiye Kaymakamına açıkça yetki devri yapıldığına dair bir görevlendirme mevcut değildir." Danıştay 2.D., E. 2021/3839, K. 2023/171, 12.01.2023. (Lexpera)

⁶⁴ Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1117, 1118.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.194.

yapılacağını bilme imkanlarının bulunması zorunludur.⁶⁵ Yetki devrinin idareyle muhatap olan kişiler tarafından bilinebilir olması, yetki devrinin dışa yansıyan şekliyle ilgilidir. Yetki devrinin bilinebilir olması yetki devrinin yazılı şekilde yapılmasına ve ilgililere duyurulmasıyla gerçekleşebilir.⁶⁶ Yetki devrinin yazılı olmasını en önemli geçerlilik koşullarından biri olarak nitelendiren kimi yazarlar, kanundaki yetki devrine ilişkin düzenlemede yazılılık koşuluna yer verilmemiş olmasını yalnızca bir “vurgu eksikliği” olarak değerlendirmekte⁶⁷ ve idare hukukunda yazılılığın genel şekil koşulu olduğundan hareketle her koşulda yetki devrinin yazılı olarak yapılması gerektiğinin altını çizmektedir.⁶⁸ Yetki devrinin açıklığı ve bilinirliği olarak adlandırılacak bu koşul, yetki devrini öngören bazı kanunlardan ilham alan öğretici tarafından benimsenmiş görünmektedir. İdari makamlara yetki devri imkanı tanıyan kanun hükümlerinde yetkilerin yazılı olmak koşuluyla devredilebileceği düzenlendiği için bu husus da bir geçerlilik koşulu olarak rahatlıkla ileri sürülebilmştir.⁶⁹

⁶⁵ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.384.

⁶⁶ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.877.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.117.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.194.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.359. Fransız hukukunda yetki devri gerçekleştirilmeden devrin yayınlanması zorunlu olup aksi halde yapılan devre bağlı idari işlemler hukuken geçersiz sayılmaktadır. Rene Chapus, *“Droit administratif général T.1”*, Paris: Montchrestien, 1996, s.1008 vd. (Akt. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.360). Yayınlanmayan yetki devri işlemi üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.878.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.62.

⁶⁷ Emin Koç, “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı - İdare Hukuku Açısından Gözlemler ve Değerlendirme-”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2 (2016), s.237.

⁶⁸ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.877.

⁶⁹ “Ancak, yetki devrinin geçerli olabilmesi için bazı unsurları barındırması gerekir ve bu şartlardan herhangi birinin eksikliği ise yapılan yetki devrinin hukuken geçerliliğini sakatlar. Yetkili bir makamın, yetkilerinin bir kısmını başka bir makama devretmesi halinde; (...) devredilen yetkinin hangi konuya ilişkin olduğu ve sınırlarının ne olduğunun açıkça belirlenmesi, yazılılık, (...) ve ilgililere duyurulması gibi geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir.” Danıştay 8.D., E. 2021/452, K. 2023/1727, 07.04.2023. (Lexpera); Yetki devrine dayanan idari işlemlerin yargısal denetimde yazılı yetki devrinin Mahkemeye sunulmaması halinde yetki devrinin bulunmadığından hareketle söz konusu işlemin hukuka aykırı olduğuna karar verileceğini not etmek gerekir. “*Dairemizin diğer dosyalarında yapılan ara kararı ile davalı idareden, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin ‘olur’un Bakanlık Müsteşarı tarafından imzalanabileceğine ilişkin olarak Bakan tarafından müsteşarlık makamına herhangi bir yetki devri veya müsteşar adına herhangi bir imza devri yapıp yapılmadığı sorulmuş; davalı idare tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin müsteşar tarafından tesis edilmesine imkân sağlayan yazılı yetki devrini gösteren bir belgenin sunulmadığı görülmüştür. Bu itibarla, müsteşar tarafından imzalanmak suretiyle tesis edilen ihaleden yasaklama işleminde yetki yönünden hukuka uygunluk bulunmamaktadır.*” Danıştay 13.D., E. 2013/3744, K. 2019/1252, 17.04.2019. (Lexpera) İmza devri bakımından da davalı idarenin işlemi imzalayan makama imza devri yapıp yapılmadığının Mahkemeye araştırılması sonucunda yazılı imza devrinin Mahkemeye sunulmaması halinde imza devrinin bulunmadığı kabul edilecektir. “*Buna göre, yukarıda yer verilen Yönerge hükmü çerçevesinde yetki devri gereği vali tarafından işlem tesis edilebilecek olmakla birlikte, dava konusu işlemin vali adına vali yardımcısı tarafından imzalanmış olması sebebiyle, vali tarafından usulüne uygun olarak vali yardımcısına yapılmış bir imza devri bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Dairemizin 26/11/2019 tarihli ara kararı ile davalı idareden, davacı şirket tarafından işletilen Hastanenin Onkoloji Bölümünün faaliyeti- nin bir ay süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin dava konusu 19.10.2016 tarih ve 2070 sayılı işlemin vali adına vali yardımcısı tarafından imzalanmış olduğu görüldüğünden, işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla, vali tarafından usulüne uygun olarak vali yardımcısına (işleminde imzası bulunan) yapılmış bir imza devri bulunup bulunmadığı hususunun sorulmasına, konuya ilişkin bilgi ve belgelerin onaylı bir örneğinin istenilmesi üzerine verilen cevap dilekçesi ekinde gönderilen Mersin Valiliği 25 Haziran 2015 tarihli İmza Yetkileri Yönergesinin Üçüncü Bölümünün Vali Yardımcılarının İmzalayacağı Yazılar ve Onaylar Başlıklı II/5 maddesinde; ‘Özel sağlık kurum ve kuruluşlarının ruhsatlandırma ve kapatma onayları ile bu kuruluşlara yeni ilave edilecek ünitelerin açılması onayları’ açıkça düzenlendiği, bu haliyle işlem tarihi itibarıyla özel sağlık kurum ve kuruluşlarının kapatma onaylarını vali adına vali yardımcısının imzaya yetkili kılındığı anlaşılmaktadır.*” Konya BİM 5. İDD, E. 2019/2420, K. 2020/739, 10.03.2020. (Lexpera)

Geçerlilik koşulu olarak bir de olumsuz bir koşul sunulmuştur. Bu koşul, yetkinin belirli bir kişiye veya makamda bulunan kişiye tanınmamış olmasıdır. Bu çerçevede, yetkinin bizzat belirli bir kişiye veya makamda bulunan kişiye tanınması durumunda yetkinin devredilemeyeceği kabul edilmektedir.⁷⁰ Özellikle, idari vesayet yetkisinin kanunda kendisine tanınan makam tarafından kullanılması gerektiği, idari vesayet yetkisinin devredilmesi halinde yetkiyi devralanın tarafı olduğu bir idari vesayet ilişkisi yaratılmış olacağı, bu durumun idari vesayetin kanunla öngörülmesi zorunluluğuna aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür. Anayasa m. 127/5'de İçişleri Bakanına mahalli idare organları ile bu organların üyelerini geçici tedbir olarak görevden uzaklaştırma yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda, İçişlerini Bakanının görevden uzaklaştırma yetkisini devretmesinin mümkün olmadığı dile getirilmiştir.⁷¹ Ayrıca, disiplin soruşturması başlatma, disiplin işlemi tesis etme, disiplin cezasının özlük dosyasından silinmesi, görevden uzaklaştırma gibi yetkilerin de genel yetki devri normlarına dayanılarak devre konu edilemeyeceği kabul edilmektedir.⁷²

“Hukuka uygun yetki devrine bağlanan hukuki sonuçlar” ise (a) “Yetki devri halinde sorumluluk” ve (b) “Yetkiyi devreden devam eden yetkileri” bağlamında tartışılmıştır. “Yetki devri halinde sorumluluk” konusunda, yetki devrinde yetkiyi devreden amirin yalnızca yönetim, denetim, gözetim ve emir verme yetkilerinden sorumluluğunun devam ettiği, yetki devri sonucunda idari işlem yapma yetkisi yetkiyi devralana geçtiği ve idari işlem de yetkiyi devralan tarafından yapıldığı için yetkiyi devralanın sorumluluğunun söz konusu olacağı kabul

⁷⁰ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.874.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.390.; Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1116.; Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s.367.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.192.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.115.; Aytürk, “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, s.87.; Aksi yönde bkz. AYİM 2.D., E. 1996/287, K. 1996/1129, 25.12.1996. (Legalbank) “*Bunun gibi davacının yetki ögesi yönünden işlemin hukuka aykırı olduğu iddiası da kabul edilmemiştir. Gerçi 926 Sayılı Kanununun 14/3 ncü maddesinde işlemi tesis etmeye yetkili makam olarak kuvvet komutanları gösterilmiştir. Davacının sözü edilen başvurusunda yetkili makam olan Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından işlem yapılması gerektiği söylenebilir. Ancak Karargahlarda doğrudan Komutanlara tanınan görev ve yetkilerin, yetki devri suretiyle, komutanın uygun gördüğü ast makamlarca onun adına veya namına kullanıldığı bir gerçektir. Davacının istemi “Kara Kuvvetleri Komutanı namına” denilerek, Personel Daire Başkanlığınca reddedildiğine göre bu yetkinin komutan adına yetki devri suretiyle kullanıldığını göstermektedir. O yüzden davacının öne sürdüğü tüm iddiaları reddedilmiş, işlemin öğeleriyle hukuka uyarlı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.*” Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, “yetki devri yoluyla devredilemeyecek yetkiler”den bahsetmekte ve bakanın Bakanlar Kuruluna katılma yetkisini bu kapsamda görmektedir. Bkz. Gözler, Kaplan, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dahil Midir?”, s.16.; Öğretide bazı yazarlar “devir yasağı olan yetkiler” kümesinden bahsetmekte ve bu kapsamda “planlama yetkisi, kamu görevlileri arasındaki iş bölümünü kapsayan örgütlenme yetkisi, üstün astları üzerindeki denetim yetkisi, idari vesayet yetkisi, disiplin yetkileri, astın üstleri değerlendirme ve terfine yönelik yetkiler, yetki devri yetkisi ve maddi/prestij değeri yüksek işlerin yapılmasına yönelik yetkilerin” devre konu edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.116.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.62. Yazarların ileri sürdüğü küme Genel İdari Usul Kanun Taslağında öngörülmüştü. Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.191,192. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, s.328,329. Kanaatimizce “yetki devri yoluyla devredilemeyecek yetkiler” kümesi her bir idari makamın yetkileri ve yetkinin makama mı makamda tanınan kamu görevlisine mi tanındığı konusunda ayrıntılı bir değerlendirme yapmayı gerektirecek genişlikte bir kümedir. AYM, bakan açısından “Bakanlar Kurulu toplantısına katılma, kararnameleri imzalama, başka bir bakanlığa vekalet etme, yönetmelik çıkarma, atama yapma, disiplin cezası verme, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurma, idari vesayet yetkileri” gibi önemli yetkilerin devredilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. AYM, E. 1992/37 K. 1993/18, 27.04.1993. (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

⁷¹ Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s.367.

⁷² İbrahim Pınar, Öner Çalışkan, *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s.630 vd.; “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 126 ncü maddesinin disiplin cezaları konusunda atamaya yetkili amire verdiği yetki bağlı yetki olup hukukun bu yetkinin. Başkasına devri mümkün olmadığı gibi atamaya yetkili amir adına kullanılması da söz konusu olamaz.” Danıştay 5.D., E. 1975/7737, K.1977/4903, 25.10.1977, DD, Y. 8, S. 30-31, 1978, s.190,191.)

edilmiştir.⁷³ Burada sorumluluktan kasıt, idari işlemin hukuka aykırı olup olmaması ile ilgili olmayıp idare adına irade açıklayan kişilerin cezai, hukuki, idari ve mali sorumluluklarıdır.⁷⁴ Bu genel sonuca, yetkiyi devreden makamın sorumluluğunun ortadan kalkmadığı/devam edeceğine ilişkin bazı kanuni düzenlemeler istisna niteliğinde görülerek ulaşılmaktadır.⁷⁵ Ancak, yetki devrine ilişkin bazı kanuni düzenlemeler yetki devreden amirin sorumluluğunun devam edeceğini öngörmez. Bu düzenleme farklılıklarının karışıklık yarattığı söylenebilir⁷⁶ de bu durum, yetki devrinde sorumluluk konusunda genel bir sonuca varılmasına da engel oluşturmamalıdır. Yetki devrinin yetkiyi devreden makamın sorumluluğunu kaldırmayacağına ilişkin kurallar, yetki devreden sorumluluğuna ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediğinde yetki devreden devredilen yetkiye dayanarak yapılan idari işlemde kaynaklanan sorumluluğunun da bulunduğu tartışılmasına yol açmıştır. Yetki devrinin bir makamdan başka bir makama soyut bir biçimde yapıldığı ve idari işlemin yetki devralan tarafından kullanılan yetkiye dayanılarak yapıldığı düşünüldüğünde yetki devreden bütünüyle sorumluluğunun devam etmesinin haklılığı tartışmaya açık hale gelir.⁷⁷ Ayrıca, yetki devreden makamın kendisinin kullanmadığı bir yetkiye dayanılarak yapılan idari işlemde kaynaklanan sorumluluğunun da bulunması yönetici makamları yetkilerini devretmemeye sevk edebileceği için yetki devreden yalnızca yönetim, denetim, gözetim ve emir verme yetkilerinden sorumluluğunun devam ettiğine yönelik hükümlerin sevk edilmesinin uygun olacağı söylenebilir. “Yetkiyi devreden devam eden yetkileri” konusuna gelince öğretilerde, yetki devrinin soyut olarak bir makamdan diğer makama yapıldığı ve devredilen yetkiler özelinde idari işlem yapma ve karar alma yetkisinin yetki devralana geçtiği kabul edileceği için yetkiyi devreden makamın devrini kaldırmadığı sürece devrettiği yetkileri bizzat kullanamayacağı ifade edilmiştir.⁷⁸ Bu çerçevede, devredilen yetkiler

⁷³ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.887.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.388.; Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1116.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.62.; Aytürk, “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, s.84.; Danıştay da yetki devrini “bir konuda karar almak, eylemde bulunmak veya emir vermek hakkını başkalarına devretmek ve elde edeceği sonuçlardan onu sorumlu tutmak” biçiminde tanımlayarak yetki devrinin devreden sorumluluğunu ortadan kaldırdığına yönelik görüşü desteklemiştir. Bkz. Danıştay 5.D., E. 2005/3947, K. 2007/4793, 21.09.2007. (Legalbank); Danıştay 10.D., E. 2019/5362, K.2019/4435, 27.05.2019. (HukukTürk)

⁷⁴ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.391.

⁷⁵ Sancakdar vd. bu sonuca ulaşırken, 3046 Sayılı Kanun m. 38’deki yetki devreden amirin sorumluluğunun kalkmayacağına ilişkin hükmü göstermiş bu hükmün yürürlükten kalkmasının ardından yürürlüğe giren 4 Sayılı CBK m. 794’de bu yönde bir kural öngörülmediği için günümüzde Bakanlıklar bünyesinde yetki devrinin kural olarak sorumluluğun da devrini içerdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, s.328. İlgili normdaki yetki devreden sorumluluğunun ortadan kalkmayacağına/devam edeceğine ilişkin hükümleri yetki devri-imza devri ayrımının temeli olarak gören yazarlar, yetki devreden sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüşse söz konusu normun yetki devri değil imza devri normu olduğunu düşüncüler. Bkz. Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.64. Dolayısıyla imza devri normu olarak görülen normlara dayanılarak yetki devri de yapılamayacağı ve normda belirtilen makamların yaptıkları yetki devrinin hukuka aykırı olacağı sonucuna da varmak gerekir. Bu sonuç, CBK’lerdeki bazı devir normlarının yetki değil imza devri olduğu ve bunlara dayanılarak yapılan yetki devrinin hukuka aykırı olacağı gibi bir duruma yol açar.

⁷⁶ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.196.

⁷⁷ Danıştay da “yetki devri, asıl yetkili makamların idari işlemleri ve iradeleri ile geçici nitelikte olarak yapılabilmektedir. ...yetkili kılınan makamlar merkezdeki üstün emir ve direktifleri doğrultusunda işlem yapmak zorunda olduğundan, yetkili kılınan tarafından yapılan işlemler sonucunda doğacak sorumluluk asıl yetkili makamlara ait bulunmaktadır.” diyerek yetkiyi devreden sorumluluğunun devam edeceğinin altını çizmiştir. Bkz. Danıştay 5.D., E. 1985/550, K. 1985/2274, 07.10.1985.

⁷⁸ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.885.; Yayla, *İdare Hukuku*, s.120.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku C. 1*, s.324.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.356. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.194.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.116,117.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.63.; Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, s.329.; Sevgili Gençay, *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*, s.120.; Ertanhan, *Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan*

özelinde yetkinin hem devreden makam hem de devralan makam tarafından kullanılması, yetki devri yapılarak somutlaşan yetki düzeninin bozulması anlamına gelir. Ayrıca, devredilen yetkilerin devreden tarafından da kullanılması, yetki devri kurumunun getiriliş amacına da aykırı düşer. Çünkü yetki devri, yetki sahibi makamın iş yükünün azaltılması ve idarenin her kademesinde örgütsel etkinliğin en üst seviyeye çıkması amacını güder. Yönetici makam, yetkilerinin bir kısmını devretmek suretiyle yönetim işlerine daha fazla vakit ayırmış olacaktır.⁷⁹ Yetkiyi devreden makamın devrettiği yetkileri bizzat kullanması halinde yetkinin niçin devredildiği sorusunu cevaplamak da zorlaşır. Bu çerçevede, yetkiyi devreden makamın devrettiği yetkilerden daha sınırlı bir yetki devrine ihtiyaç duyduğu düşünülebilir. Ancak yetkiyi devreden makamın yetki devrini ihtiyaç duyulan ölçüde sınırlaması bizzat kendi yetkisinde olduğu için yetkiyi geniş bir biçimde devrettikten sonra aynı yetkileri bizzat kullanması çelişkilidir. Devredilen yetkilerin devreden makam tarafından da kullanılması, idari işlemin hangi makam tarafından yapılacağı konusunda bireylerde belirsizlik yaratacağı için yetkiyi devreden makamın devrettiği yetkileri bizzat kullanamaması gerektiği ileri sürülmüştür.⁸⁰ Yetkiyi devreden makamın devrettiği yetkiyi bizzat kullanmasının, yetki devrinin zımnen ilga edildiği anlamına geleceği savunulabilirse de yetki devrinin uygun araçlarla ilan edilerek alenileştirilmesi gereğinin bir uzantısı olarak aynı amaçlarla yetki devrinin de açıkça kaldırılması gerektiği ileri sürülebilir.⁸¹ Yetki devreden amirin devri kaldırmadığı sürece devrettiği yetkiyi kullanamaması da genel bir ilke olmayıp bu görüş, bu konuda kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanmış ve yerinde olduğu kabul edilerek ileri sürülmüştür. Aksi yönde bir kanuni düzenleme bulunmasında herhangi bir engel olmadığı gibi bu durumda öğretinin buna karşı ileri sürebileceği hukuki bir argüman da bulunamayacaktır.

Yetki devrinin geçerlilik koşulları oluşmadan yapılan yetki devri hukuka aykırı olacaktır. Öğreti, bir idari makama kanunda yetki devri imkânı tanınmadığında veya yetki devri imkânı tanınmakla birlikte idari makam sınırları açıkça belirli olmayan bir yetki devri yaptığında yetki devrinin hukuka aykırı olduğunu ve hukuka aykırı yetki devrine dayanan idari işlemlerin de yetki ögesi bakımından sakat olduğunu ifade etmiştir.⁸² Danıştay, özelleştirme yöntemlerini belirleme konusunda yetkili olan Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yetkilerini devretmesine

Sorumlulukları, s.53,54.; Aytürk, "Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri", s.83. "Kanunda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için yetki devrinin mümkün olduğu içtihatlarla ve doktrinde kabul edilmektedir. Bu haliyle idare hukukunda mevcut olan yetki devri müessesesinde yetkiyi devreden makam bu yetkisinden yetkiyi devrettiği makam lehine sıyılmakta, karar alma yetkisi yetkiyi devreden makamdaki ayrılmakta ve kendisine yetki devredilen makama geçmekte başka bir ifadeyle yetkiyi devralan devredenden bağımsız olarak bu yetkiyi kullanabilmektedir. Yetki devri müessesesi ile ilgili bu açıklamalar ışığında, usulüne uygun olarak yetki devrinin gerçekleştirildiği durumlarda aynı usul izlenerek yetki devri geri alınmadığı sürece söz konusu yetkinin devreden makam tarafından doğrudan ve ilk elden kullanılması mümkün bulunmamaktadır." Danıştay 2.D., E. 2012/10219, K. 2015/9355, 24.11.2015, DD, S. 142, 2016, s.105-109.; "(...) Bu durumda, hukuken geçerliliğini koruyan yetki devrine rağmen, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticileri Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde belirtilen hükümlere ve prosedüre uyulmaksızın duyuru yapılmadan ve atama yetkisi bulunmayan yetkisiz makam olan Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan atama işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından, davayı reddeden İdare Mahkeme kararında yasal isabet bulunmamaktadır." Danıştay 2.D., E. 2010/4602, K. 2011/1679, 25.04.2011, DD, Y. 41, S. 2011, 2011, s.124,125.

⁷⁹ Derdiman, Uysal, "Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri", s.254.

⁸⁰ Derdiman, Uysal, "Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri", s.270.

⁸¹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.391.

⁸² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.193.; Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, s.252.; "Bu itibarla, 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca Jandarma Genel Komutanlığına yapılan bir yetki devri bulunmadığından, denetim yetkisi bulunmayan kurumda görevli jandarmalar tarafından düzenlenen tutanağa dayanılarak idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık, aksi yöndeki temyize konu Mahkeme Kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 14.D., E. 2015/4896, K. 2018/1158, 07.03.2018, DD, S.148, 2018, s.247-250.

ilişkin kanunda bir hüküm bulunmadığı için Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yetkisini Özelleştirme İdaresi Başkanlığına devretmesinin hukuka aykırı olduğunu ifade etmiş, hukuka aykırı yetki devrine dayanan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı işlemini yetki ögesi yönünden hukuka aykırı bulmuştur.⁸³ İdare adına irade açıklamaya yetkili olmakla birlikte yetkili olmadığı konuda işlem yapan idari makamın işlemi "yetki tecavüzü" hali oluşturur. Söz konusu idari işlemi yapma yetkisinin başka bir idari makama ait olması durumu değiştirmemektedir.⁸⁴ Yetkinin hukuka aykırı olarak devredildiği durumlarda o konuda işlem yapma yetkisi, yetki devrede(meye)n makamda olmakla birlikte işlem, yetkiyi devrala(maya)n makam tarafından yapılmıştır. Hukuka aykırı yetki devrine dayanan işlemler açısından işlemi yapan makam, o konuda işlem yapma yetkisini -yetki devrinin hukuka aykırı olması sebebiyle- kazanamamıştır. Bu sebeple, hukuka aykırı yetki devrine dayanan işlemlerin yetki tecavüzü hali oluşturduğu söylenebilir. Danıştay kararlarına göre yetki tecavüzünün yaptırımı duruma göre yokluk ve iptaldir.⁸⁵ Kredi işlemlerinde faiz dışında alınacak her türlü komisyon ve ücretlerin bankalar tarafından serbestçe belirlenmesini öngören Merkez Bankası tebliğinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, Merkez Bankası Kanunu ve Bankalar Kanunu uyarınca yetkinin Bakanlar Kurulu'nda olduğunu, kanunda Bakanlar Kurulu'na açıkça devir yetkisi tanınmadığı için Bakanlar Kurulu kararıyla Merkez Bankası'na yetki devri yapılmasının mümkün olmadığına karar vermiş ve hukuka aykırı yetki devrine dayanan Merkez Bankası tebliğini iptal etmiştir.⁸⁶

Yetki devrinin sona ermesiyle ilgili olarak, yetkiyi devreden makamın yetki devri işlemini açıkça kaldırdığı durumlarda yetki devrinin sona erdiği söylenebilir. Ancak, yetkiyi devreden veya devralan makamda bulunan görevlilerin değişmesi halinde yetki devri sona erer mi? Danıştay'ın farklı yönlerdeki kararları⁸⁷ bu konuda öğretiyi de ikiye ayırmış görünmektedir.

⁸³ Danıştay 13.D., E. 2006/2885, K. 2006/4526, 29. 11. 2006.; Benzer yönde bkz. Danıştay 15.D., E. 2014/718, K. 2014/10021, 24.12.2014. (HukukTürk)

⁸⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.414.

⁸⁵ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.363.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.414.; "Bu durumda; disiplin amiri olan Bakan tarafından verilmiş ve davacıya isnad edilen eylemlerin belirtildiği bir disiplin soruşturma emri bulunmaksızın, usulsüz yetki devrine dayalı olarak Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanı tarafından verilen soruşturma talimatına göre yürütülen disiplin soruşturması sonucu, davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemin yetki unsuru yönünden iptaline karar verilerek, suçun sübut bulup bulmadığı yönünde bir belirleme yapılmaması gerekirken, işin esasına girilerek davanın reddi yönünde verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir." Ankara BİM 2. İDD, E. 2018/1408, K. 2019/276, 07.02.2019. (Legalbank) Aynı yönde bkz. Ankara BİM 2. İDD, E. 2018/3104, K. 2019/858, 26.04.2019. (Legalbank)

⁸⁶ Danıştay 10.D., E. 1991/1213, K. 1992/73, 21.01.1992. (Lexpera)

⁸⁷ Önceki bakan tarafından yapılan yetki devrine dayanılarak müsteşar tarafından yapılan atama işlemiyle ilgili olarak Danıştay, atama yetkisinin mevzuatta makamda bulunan görevliye (Bakana) ait olmasından hareketle yetki devrinin sona erdiğine ve sona eren yetki devrine dayanılarak yapılan müsteşar işleminin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. "Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; yasanın yetkiyi belli bir kişiye tanımış olması halinde; bu kişi irade ve takdirini kullanarak yetki devrinde bulduktan sonra görevden ayrılmış, yerine de başka bir kamu yöneticisi gelmişse devrolunan yetki kendiliğinden devredene döner. Çünkü asıl olan yetkinin yasal sahibi tarafından kullanılmasıdır. Yeni bir yetki devri yapılmadıkça yetkinin evvelce devralmış olan kişiye kullanılması, işlemi yetki yönünden sakatlar. Yetki devri konusunda evvelki (devreden) yönetici ile onun yerine gelen sonraki yöneticinin iradeleri farklı olabilir. Yeni yönetici yasanın kendisine verdiği yetkiyi devretmek istemeyebilir. Bu takdirde evvelce devredilmiş yetkinin geçerli sayılması onun iradesine aykırı düşüyor, bir başka deyişle, yasanın direkt olarak kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullanamıyor demektir. Yeni yöneticinin iradesini belirtmesine kadar, yetkiyi devralan kişinin bu konuda hiçbir işlem yapmaması gerekir. Arada geçecek zaman dilimi içinde kamu hizmetinin aksayacağı şeklinde bir düşünce akla gelebilir de; yeni yöneticinin yetki devri konusundaki iradesini hemen açıklamayı ya da evvelce yetkiyi devralan yöneticinin yeni gelen yöneticinin bu konudaki talimatını hemen istemesi yoluyla bu sakınca da giderilebilir. Aksi halde yani yetki devri konusunda yeni yöneticinin irade beyanına kadar yapılan işlemlerin geçerli sayılması, yasanın belli bir kişiye verdiği yetkinin başka bir kişi tarafından kullanılması anlamına gelir ki buna cevaz verici bir düşünce tarzı mevzuata aykırı düşer ve o idari işlemi yetki yönünden

Öğretide yetkiyi devreden makamda bulunan kişinin değişmesinin yetki devrini sona erdireceğini kabul eden görüş⁸⁸ bulunmakla birlikte sona erdirmeyeceğini kabul eden görüş de bulunmaktadır.⁸⁹ Yetki devrinin sona ereceğini savunan görüş, devredilen yetkinin makama veya makamda bulunan görevliye tanınmış olması halinde geçerlilik kazanmaktadır. Buna göre yetki, makama değil makamda bulunan görevliye tanınmışsa ve makamda bulunan görevli değişmişse yetki devrinin sona erdiği ve yetkinin devreden makama geri döndüğü kabul edilmelidir.⁹⁰ Yetki devrinin soyut olarak bir makamdaki diğer bir makama yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda makamda bulunan kişilerin değişmesinin yetki devrini kendiliğinden sona erdirmeyeceği düşünülebilir.⁹¹ Ayrıca yetkiyi devreden makama gelen görevlinin yetkinin asıl sahibi olan makamda bulunması sebebiyle kendisinden önce yapılan yetki devrini kaldırabilme imkanı da vardır. Ayrıca, yetki devrinin kendiliğinden sona ermesi halinde bireylerin yetki devrinin sona erdiğini bilmelerine imkan yoktur. Bunun yetki devrinden haberdar olan muhatapların hukuki güvenliğini zedeleyebileceği söylenebilir. Tüm bu sebeplerle yetkiyi devreden veya devralan makamda bulunan kişilerin değişmesi halinde yetki devrinin kendiliğinden sona ermeyeceğini kabul etmenin daha uygun olacağı ileri sürülebilir.⁹²

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YETKİ DEVRİ KAVRAMINA ETKİLERİ

Türk hukukunda 2017 yılına kadar idarenin asli düzenleme yetkisi çok sınırlı bir alanda kabul edilmekte, idarenin düzenleme yetkisinin ikincil (türev) bir yetki olduğu kabul

sakat hale getirir.” Danıştay 5.D., E. 1989/2735, K. 1989/2286, 13.12.1989. (HukukTürk) Bu karar karar düzeltme yolunda düzeltilmiştir. Danıştay, “*yetki devrinde bulunan Bakanın işlemin tesisi sırasında görevden ayrılmış olması (...) yetki devrinin kendiliğinden sona ermesini gerektiren bir hal olarak kabul edilemeyeceğine*” karar vermiştir. Bkz. Danıştay 5.D., E. 1989/2727, K. 1989/2113, 20.05.1993, Celal Karavelioğlu, “*Açıklamalı, İçti-hatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.156-158.

⁸⁸ Yayla, *İdare Hukuku*, s.120.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.120.

⁸⁹ Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.883,884.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.388; Akgüner, Berk, *İdare Hukuku*, s.1118.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku C.1*, s.324,325.; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.356.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.62.; Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, s.330.; Ertanhan, *Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları*, s.54.; Aytürk, “*Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri*”, s.83.

⁹⁰ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.393.; Akyılmaz’a göre yetki kullanımı ile ve idari işlemle yapılan yetki devrinde, yetkiyi devreden makamdaki kamu görevlisinin değişmesi halinde devir işlemi kendiliğinden son bulur. Bkz. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.120.; “*Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; yasanın yetkiyi belli bir kişiye tanımış olması halinde; bu kişi irade ve takdirini kullanarak yetki devrinde bulduktan sonra görevden ayrılmış, yerine de başka bir kamu yöneticisi gelmişse devrolunan yetki kendiliğinden devredene döner. Çünkü asıl olan yetkinin yasal sahibi tarafından kullanılmasıdır. Yeni bir yetki devri yapılmadıkça yetkinin evvelce devralmış olan kişiye kullanılması, işlemi yetki yönünden sakatlar. Yetki devri konusunda evvelki (devreden) yönetici ile onun yerine gelen sonraki yöneticinin iradeleri farklı olabilir. Yeni yönetici yasanın kendisine verdiği yetkiyi devretmek istemeyebilir. Bu takdirde evvelce devredilmiş yetkinin geçerli sayılması onun iradesine aykırı düşüyor, bir başka deyişle, yasanın direkt olarak kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullanamıyor demektir. Yeni yöneticinin iradesini belirtmesine kadar, yetkiyi devralan kişinin bu konuda hiçbir işlem yapmaması gerekir. Arada geçecek zaman dilimi içinde kamu hizmetinin aksayacağı şeklinde bir düşünce akla gelebilirse de; yeni yöneticinin yetki devri konusundaki iradesini hemen açıklamayı ya da evvelce yetkiyi devralan yöneticinin yeni gelen yöneticinin bu konudaki talimatını hemen istemesi yoluyla bu sakınca da giderilebilir. Aksi halde yani yetki devri konusunda yeni yöneticinin irade beyanına kadar yapılan işlemlerin geçerli sayılması, yasanın belli bir kişiye verdiği yetkinin başka bir kişi tarafından kullanılması anlamına gelir ki buna cevaz verici bir düşünce tarzı mevzuata aykırı düşer ve o idari işlemi yetki yönünden sakat hale getirir.*” Danıştay 5.D., E. 1989/2735, K. 1989/2286, 13.12.1989. (HukukTürk)

⁹¹ Günay, *İdare Hukuku*, s.140,141.

⁹² Yetki devrinin kendiliğinden sona erip ermemesinde her iki görüşün de haklı yanlarının bulunduğu ve önemli olan bir görüşün istikrar kazanması olduğuna ilişkin bkz. Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s.369.

edilmekteydi. Bunun bir sonucu olarak idarenin düzenleme yetkisi hem kanuna dayanmak hem de kanuna uygun olmak zorundaydı. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemlerinin düzenlendiği Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile olağanüstü hallerde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler dışında yürütmenin asli düzenleme yetkisine sahip olmadığı kabul edilmekteydi. 2017 yılında yapılan kapsamlı Anayasa Değişikliğiyle yürütme organının ilk elden kural koyma yetkisinin hukuki aracı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) işlem türü, hukukumuzda girmiştir.⁹³ AY m. 104/17'ye göre "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir." Anayasada yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceği öngörüldüğüne göre yürütme ve geniş anlamda yürütme içerisinde yer alan idareye Anayasaya uygun olmak koşuluyla CBK ile idari işlem yapma yetkisi verilebileceğinin kabulü gerekir. Ayrıca AY m. 104/9'da "üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların"; AY m. 106/sonda "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının"; AY m. 108/4'te "Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin"; AY m. 118/sonda "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevlerinin" CBK ile düzenleneceği ifade edilmiştir. Anayasada dört ayrı fıkrada düzenlenen konulara ilişkin CBK'lerde de idare içerisinde yer alan bu kurum ve kuruluşlara idari işlem yapma yetkisi tanınabilecektir. İdareye CBK ile idari işlem yapma yetkisi tanınabileceğine göre idare içerisindeki yetki düzenine CBK'lerin de dahil olduğu ve yetki devrinin hukuki dayanağının günümüzde CBK'ler de olabileceğinin kabulü gerekir.⁹⁴ İdari makamlara CBK ile idari işlem yapma yetkisinin tanınması mümkün hale geldiği için yetki düzenine CBK'lerin de dahil olduğu, kanunlar ve CBK'lerle oluşturulan yetki düzeninin idarenin işlemleriyle bozulmasının mümkün olmadığı ve yetki devrine kanunla veya CBK ile izin verilmiş olması gerektiği söylenebilir.⁹⁵

Bu çerçevede, çeşitli CBK'lerde yetki devri başlığı altında olsun olmasın idari makamların yetki devri yapabilmesine imkan veren çok sayıda hükme yer verilmiştir. Ancak, Anayasadaki idarenin kanuniliği ilkesinin varlığı ile AY m. 104'te CBK'ler için birtakım sınırlamalar - konu bakımından yetki sınırları⁹⁶- öngörüldüğünden idari işlem yapma yetkisi tanıma

⁹³ M. Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2017), s.36,37.; Tolga Şirin, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 7/14 (2018), s.309,310.; Turan Yıldırım'a göre AY m. 104'den hareketle yürütmeye asli düzenleme yetkisi verildiği sonucuna varılamaz. Bkz. Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23/2 (2017), s.13,14.

⁹⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.191,192.; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.388,389.; Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, s.328. Ancak herhangi bir kanuni dayanak veya CBK hükmü olmaksızın yalnızca yönetmelik gibi idarenin türevsel düzenleme araçlarıyla idari makamların yetki devrine ilişkin bir düzenleme yapılması mümkün değildir. Bkz. K. Burak Öztürk, "Fransa ve Türkiye'de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2019), s.104.

⁹⁵ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.387.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.193.

⁹⁶ AY m. 104/17'de olağan dönem CBK'lerin tabi olduğu konu bakımından yetki sınırlarına ilişkin kapsamlı bir AYM içtihadı oluşmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selda Çağlar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasaya

konusunda kanunun yetki alanının CBK'lere göre daha geniş olduğu söylenebilir. İdare içerisindeki yetki düzenine CBK'lerin dahil olması sebebiyle yetki devrinin CBK'lerde öngörülebileceği, yetki devrine CBK'lerle izin verilebileceğini ifade ettikten sonra şu soru sorulmayı hak eder: *Bir idari makama Anayasa veya kanunlarla verilen bir yetki, CBK'de idari makam veya makamlara yetkisini devretme imkanı tanıyan "yetki devri normuna" dayanılarak devredilebilir mi? Başka bir ifadeyle, CBK'de idari makamlar için öngörülen yetki devri normları, söz konusu makamın bütün idari işlemlerini devretmesi bakımından geçerli bir dayanak olarak kabul edilecek midir?*

İdari işlem yapma yetkisinin kanunda, yetki devrinin CBK'de öngörülmesi halini AY m. 104/17'deki kanun-CBK ilişkisi hakkındaki hükümlerle değerlendirmeye çalıştığımızda şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

Bir idari makama belirli bir konuda idari işlem yapma yetkisi kanunla tanındığında o konuda işlem yapma yetkisinin CBK ile de tanınması "*kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmü sebebiyle mümkün değildir.

Kanunla tanınan idari işlem yapma yetkisi ile yetki devrinin aynı konudaki düzenlemeler olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Çünkü, kanuni düzenlemenin konusu işlemin konusu ve dolayısıyla işlemin dahil olduğu faaliyet alanına ilişkinen CBK'nin düzenlediği konu, idari makamın yetkilerini devretmesi biçimindeki idare içerisindeki yetki düzenine ilişkindir. Bu sebeple idareye kanunla birtakım yetkiler tanınmış ve aynı idare içerisindeki makamın idari işlem yapma yetkisini devredebilmesine yönelik CBK hükmü konulmuş olabilir.

İdari işlem yapma yetkisinin kanunda, yetki devrinin CBK'de öngörülmesi halinde kanunla CBK'nin farklı hükümler içerdiği de söylenemeyecektir. Şöyle ki, iki düzenleme arasında farklı hükümler bulunabilmesi için her iki düzenlemede de hükmün bulunması gerekir. Ancak bu varsayımaya dayalı durumda kanunda yetki devrine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunda yetki devrine ilişkin hükmün bulunmaması CBK ile farklı hüküm içerdiği anlamına da gelmeyecektir.

İdari işlem yapma yetkisinin kanunda, yetki devrinin CBK'de öngörülmesi halinde kanuni yetkilerin CBK'ye dayanılarak devredilip devredilemeyeceği sorusunun cevabının AY m. 104/17'den çıkarılamayacağını ifade etmek gerekir. İdari işlem yapma yetkisi tanıma konusunda yalnızca kanun koyucunun iradesinin bulunduğu halde CBK'deki yetki devri hükmüne dayanılarak işlem yapma yetkisinin devredilmesi, kanun koyucunun iradesinin kurduğu yetki düzeninin yürütme organını oluşturan Cumhurbaşkanının işlemine dayanan idare tarafından bozulması anlamına gelecektir. Bu sorun, kanunla CBK arasındaki hiyerarşik ilişkiyi ilgilendirir.

Kanunla CBK'lerin eşdeğer normlar olup olmadığı meselesi öğretilde oldukça tartışmalıdır.⁹⁷ Kanaatimizce CBK'ler kanuna eşdeğer normlar olmayıp kanun altı değerdedir.⁹⁸ Kanun

Uygunluk Denetimi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a Armağan (ed. Ece Göztepe, Ozan Ergül, Selda Çağlar), Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s.73 vd.; Hamit Yelken, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s.77 vd.

⁹⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, s.60-70.; Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36/1 (2019), s.145 vd.

⁹⁸ Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", s.39.; Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.23.; Şirin, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", s.296-298.; Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, s.64,65.

koyucunun iradesini yansıtan bir yetkinin CBK hükmüne dayanılarak kanunun öngörmediği bir başka makam tarafından kullanılabilmesi, kanunun değiştirilmesi olarak nitelendirilebilir.⁹⁹ Çünkü, kanunda belirli bir idari makama tanınmış olan yetkinin CBK hükmü ile artık o makam yerine başka bir makam tarafından kullanılacağı kabul edilmesi, belirli bir yetkiyle sınırlı olarak, o kanun hükmünün CBK hükmü ile değiştirilerek uygulanması anlamına gelir. Kanunun değiştirilebilmesi için CBK'nin kanun değiştirme gücüne sahip ve kanuna eşdeğer olması gerekir. Ancak CBK'ler olağanüstü hallerde çıkarılanlar haricinde kanunlarda değişiklik yapma gücüne sahip değildir.¹⁰⁰ Anayasa m. 119/6'e göre olağanüstü hallerde çıkarılacak CBK'ler kanun hükmündedir. Ancak, Anayasa m. 104/17 ile Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesini özel olarak öngördüğü konulara ilişkin maddelerde (AY m. 104/9, AY m. 106/11, AY m. 108/4 ve AY m. 118/7) CBK ile kanunun hiyerarşik olarak aynı güce sahip olduğu anlamına gelebilecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun gücü ve değerinde olmayan olağan dönem CBK'lerindeki yetki devri normlarına dayanarak yalnızca CBK'lerde yer alan yetkilerin devredilebileceği söylenebilir.¹⁰¹ Dolayısıyla, kanuni yetkilerin devri için kanuni bir yetki devri hükmüne ihtiyaç bulunduğu ve idari işlem yapma yetkisinin kanunla tanındığı ve kanunda yetki devri imkanının tanınmadığı durumlarda yetki devrine ilişkin CBK hükmüne dayanılarak yetkinin devredilemeyeceğini ileri sürmek mümkündür.

İhalede yasaklama kararı yetkisinin bakana ait olmasına rağmen bakan yardımcısı olarak tesis edilen 2019 tarihli işleme karşı açılan iptal davasında ilk derece mahkemesi, bakan yardımcısına yetki devri yapılmadığı için dava konusu işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Bölge İdare Mahkemesinin istinaf başvurusunu reddi üzerine temyiz kanun yolunda Danıştay, 3046 Sayılı Kanun'un yürürlükten kalkmasından sonra 1 Sayılı CBK m. 506'da bakana yetki devri imkanı tanındığını belirtmiş ve idarenin mahkemeye sunduğu 2014 tarihli bir belgede ihalede yasaklama konusunda yetki devrinin yapıldığını tespit etmiştir. 2018 tarihli bir belgeyle bakanın bakan yardımcısına imza yetkisi verdiğini de saptayan Mahkeme, dava konusu ihalede yasaklama kararı işleminin yetki ögesi bakımından hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır.¹⁰² Bu kararda Danıştay kanuni bir yetki olan ihalede yasaklama kararı işleminin CBK hükmü ile devrinin mümkün olup olmadığını tartışmamıştır. Yetki devri 2014 tarihli olduğu için devrin zaten 3046 Sayılı Kanun'a dayanılarak

⁹⁹ Öğretide çoğu yazar yetki devriyle normatif yetkililik durumunun değiştiğini ve yetki devri yapıldığında artık yetkilendirilen makam ve merci yerine başka bir makam veya merci yetkili hale geldiğini ifade ederler. Günday, *İdare Hukuku*, s. 140.; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s.118.; Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, s.329. İmza devrinde yetkiyle ilgili normatif hukuk düzeninde bir değişikliğin olmadığını süren yazarların yetki devrinde normatif hukuk düzeninde bir değişiklik meydana geldiği görüşünde oldukları söylenebilir. Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.198. Benzer biçimde, kanuna dayanan idari karar alma yetkisinin herhangi bir kanun olmaksızın devredilmesini, kanun hükmünün yetki devreden makam veya görevli tarafından değiştirilmesi olarak nitelendiren görüş için bkz. Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, s.61.; "Zira yetki devrinin kanun izin vermediği halde mümkün olması, bir işlemi tesise yetkili olan idareyi 'o idareye yetki devri yapacak olan bir diğer idare'nin belirlemesi anlamına gelecektir ki, bunun kanuni idare ilkesiyle bağdaştırılabileceği olanaksızdır." Bkz. Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, s.278.

¹⁰⁰ Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", s.49.; Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.23.; Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, s.65.

¹⁰¹ Bu kapsamdaki başka bir tartışma konusu da Cumhurbaşkanının Anayasada öngörülen yetkilerini devredip devredemeyeceğidir. 1958 Fransız Anayasasının aksine Türk Anayasasında Cumhurbaşkanının yetkilerini devredemeyeceğine ilişkin herhangi bir anayasa hükmü öngörülmediği için Cumhurbaşkanının anayasal yetkilerini Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara devredemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bkz. Sevgili Gençay, *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*, s.117. Gözler de yetki devrinin idari işlev alanında kalan yetkiler için söz konusu olduğunu dolayısıyla Cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkilerinin yetki devrine konu edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.873.

¹⁰² Danıştay 13.D., E. 2021/3765, K. 2023/417, 07.02.2023. (Lexpera)

yapıldığı ve bu sebeple ortada CBK’de yer alan yetki devri normuyla kanuni yetkilerin devredilip devredilmeyeceği tartışmasının anlamsız olacağı söylenebilir. Ancak ihaleden yasaklama işlemi 2019 tarihlidir ve bu tarihte bakanın kullanması gereken yetkinin devrine izin veren 1 Sayılı CBK yürürlüktedir. Bu sebeple 2019 tarihinde geçerliliğini sürdüren bir yetki devrinin varlığını tespit etmek bakımından CBK’deki yetki devri normlarının kanuni yetkilerin devrine imkan tanıyıp tanımadığı hususu tartışma konusu yapılabilirdi.

Uluslararası koruma başvurusunun reddine ilişkin Valilik İl Göç İdaresi Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davanın esastan reddi üzerine istinaf kanun yolunda Bölge İdare Mahkemesi (BİM), her ne kadar 6458 Sayılı Kanun m. 112’deki yetki devri hükmü yürürlükten kaldırıldıktan sonra 4 Sayılı CBK m. 794’te söz konusu CBK’de düzenlenen bütün kuruluşların yöneticilerine yetki devri imkanı tanındığını ve kanundaki boşluğun CBK ile doldurulduğunu belirtmiş, davacının yetki ögesi yönünden hukuka aykırılık gerekçesine itibar etmemiş ve istinaf isteminin reddine karar vermiştir.¹⁰³ Mahkemenin gerekçesi, AY m. 106 uyarınca yetki devrinin CBK ile düzenlenebileceği üzerine kuruludur. Ancak asıl sorun, yetki devrinin CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceği değil CBK’de düzenlenen yetki devrinin hangi işlemlerin devrine dayanak sağlayacağıdır. Benzer bir uyumsuzlukta BİM, 6458 Sayılı Kanun m. 112’nin yürürlükten kaldırılmasının ardından 4 Sayılı CBK m. 794’ün yürürlüğe girmesi sebebiyle öncelikle işlem tarihinde valiliklerin uluslararası koruma başvurusu işlemlerini kabul/ret yetkisinin bulunup bulunmadığının tartışılması gerektiğini not etmiş, 4 Sayılı CBK m. 794’e dayanan bir yetki devri bulunup bulunmadığını ara kararla idareye sormuştur. Mahkeme, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün 2019 tarihli işlemiyle 4 Sayılı CBK uyarınca uluslararası koruma başvurusunu kabul/ret yetkisinin valiliğe devredildiğinin tartışmasız olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁴ Bu kararlardan anlaşılacağı üzere istinaf mercilerinin, CBK’deki yetki devri normlarına dayanılarak kanuni yetkilerin de devredilebileceğini üstü kapalı olarak kabul ettiği söylenebilir.

Günümüzde CBK’lerde birçok yetki devri normu bulunmaktadır. 1 Sayılı CBK m. 1/3¹⁰⁵, Cumhurbaşkanının; m. 16¹⁰⁶, İdari İşler Başkanlığı yöneticilerinin; m. 164/2¹⁰⁷, Dışişleri Bakanı ve Bakanlık yöneticilerinin; m. 220/3¹⁰⁸, Hazine ve Maliye Bakanlığı Başhukuk

¹⁰³ Ankara BİM 10. İDD, E. 2020/86, K. 2020/62, 05.02.2020. (Legalbank)

¹⁰⁴ İzmir BİM 6. İDD, E. 2020/23, K. 2020/354, 04.02.2020. (Legalbank) Mahkeme, 6458 Sayılı Kanun m. 112’nin yürürlükten kalkmasından ve 4 Sayılı CBK m. 794’ün yürürlüğe girmesinden sonra buna dayanılarak yapılan yetki devrinden önceki zaman diliminde tesis edilen işlemde hukuka uygun bir yetki devri bulunmadığı için işlemin iptaline karar vermiştir.

¹⁰⁵ “Cumhurbaşkanı, yetkilerinden bir kısmını gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak belirterek astlarına devredebilir. Ancak devrettiği yetkiyi, gerek gördüğünde kendisi de doğrudan kullanabilir.”

¹⁰⁶ “İdari İşler Başkanlığının her kademesindeki yöneticileri, yapmakla yükümlü buldukları hizmet veya görevleri verilecek emir ve direktifler doğrultusunda mevzuata, plan ve programlara uygun olarak yerine getirmek ve yürütmekten bir üst yöneticiye karşı sorumludur. İdari İşler Başkanlığının her kademedeki yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilirler. Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.”

¹⁰⁷ “Bakan ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri, sınırlarını açıkça belirtmek şartıyla yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, yetkisini devreden amirin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

¹⁰⁸ “Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla münhasıran dava ve icrayla ilgili işlerde; Başhukuk Müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürü, illerde muhakemat müdürü, ilçelerde ise yetkili hazine avukatı doğrudan yazışma yetkisine sahiptir. Hazine avukatı bulunmayan veya görevlendirilemediği yerlerde, ilgili daire amirleri de bu yetkiyi kullanabilir. Başhukuk Müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürü ile muhakemat müdürleri sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla bu yetkisini devredebilir.”

müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürünün; m. 533/A¹⁰⁹, Cumhurbaşkanlığı Ofisleri Başkanları ve ofis yöneticilerinin; m. 506¹¹⁰ ise diğer Bakan ve Bakanlık yöneticilerinin yetki devri yapabileceğine ilişkin (genel) hüküm sevk etmiştir.¹¹¹ 3 Sayılı “Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair” CBK m. 2/2¹¹²’de, 4 Sayılı “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında” CBK m. 194/2, m. 250/2, m. 306, m. 337, m. 389/4, m. 390/3, m. 565/1 ve m. 621/2(ğ)’de çeşitli yetki devri hükümleri öngörülmüştür. Ayrıca 4 Sayılı CBK m. 794, CBK’deki tüm kurum ve kuruluş yöneticilerinin yetki devri yapabileceğine ilişkin genel bir yetki devri hükmü sevk etmiştir. Buna göre, “Bağlı, ilgili, ilişkili ve diğer kurum ve kuruluşların her kademedeki yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.” Bunlara ilaveten 6 Sayılı “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında” CBK m. 23, 7 Sayılı “Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında” CBK m. 10, 11 Sayılı “Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında” CBK m. 24, 12 Sayılı “Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında” CBK m. 16, 13 Sayılı “Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında” CBK m. 22, 14 Sayılı “İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında” CBK m. 20, 23 Sayılı “Türkiye Uzay Ajansı Hakkında” CBK m. 6/7 ve m. 7/3, 47 Sayılı “Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında” CBK m. 10/6 ve m. 11/2, 95 Sayılı “Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında” CBK m. 29 ve m. 9/2’de çeşitli yetki devri hükümleri vardır. 117 Sayılı “Uludağ Alan Başkanlığı Hakkında” CBK m. 9’daki “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde hüküm bulunmayan hâllerde, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “Ortak Hükümler” başlıklı Ellialtıncı Bölümü hükümleri uygulanır.” hükmüyle 4 Sayılı CBK m. 794’teki genel yetki devri hükmüne atıf yapılmıştır.

CBK’lerde yer alan yetki devrine ilişkin normları tasniflemek gerekirse bunlardan ilk kategorinin, bir kamu kurum ve kuruluşunun tüm yönetici makamlarının idari işlem yapma yetkisini ast makamlara devredebilmesini öngören yetki devri normlarıdır. Bu kategoride “sınırların açıkça belirtilmesi”/ “yetkilerin bir kısmının devredilmesi” ortak bir geçerlilik koşulu olarak öngörülmüş, birkaç istisna haricinde “devrin yazılı olması” koşuluna da yer verilmiştir. Bazı hükümlerde yetki devrinin ilgililere duyurulması zorunluluğuna yer verilmişken bazılarında yer verilmemiştir. Benzer biçimde, yetkiyi devreden amirin sorumluluğunun devam edeceğine bazı hükümlerde yer verilmiş bazılarında verilmemiştir. Tüm bunların yanında birkaç

¹⁰⁹ “Başkan ve her kademedeki birim yöneticileri, sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak şartıyla yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri uygun araçlarla ilgililere duyurulur. Yetki devri, yetki devreden yöneticinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

¹¹⁰ “Bakan ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.”

¹¹¹ Danıştay, 1 Sayılı CBK’de düzenlenen yetki devri normlarının mülga 3046 Sayılı Kanun m. 38’dekiyle paralel olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Danıştay 10.D., E. 2019/7057, K. 2020/7143, 29.12.2020. (Lexpera) “Anılan mevzuatta dava konusu işlemler sonrası 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklikler yapılmış ise de, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yukarıda yer verilen düzenlemeler ile aynı yönde düzenlemelere yer verilmiştir.”

¹¹² “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanlığı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanlığı onayı ile atama yapılır. Bu cetvelde sayılmayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili Cumhurbaşkanlığı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılır. Cumhurbaşkanlığı yardımcısı ve bakan bu yetkisini alt kademedeki yöneticilere devredebilir.” Bu kişilere tanınan atama yetkisinin devredilebilmesi için herhangi bir sınır da öngörülmemiştir. Atama yetkisinin bizzat bu kişilere tanınmasına rağmen yetkinin sınırsız bir biçimde devrine imkân verilmesi eleştirilmektedir. Bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.390.

hükümde yetki devrinin “gerekli görüldüğünde” veya “gerektiğinde” yapılmasına da yer verilmiştir. Cumhurbaşkanının yetki devrini düzenleyen maddede Cumhurbaşkanının gerek gördüğü takdirde devrettiği yetkisini kendisinin de kullanabileceğinin öngörülmüş olması, Cumhurbaşkanlığı İdari Teşkilatı ve Bakanlıklarda üst makamın asta yapacağı yetki devrinde devredilen yetkinin artık üst makam tarafından kullanılmayacağı biçiminde anlaşılabilir. Cumhurbaşkanının devrettiği yetkileri bizzat kullanabilme yetkisine sahip bulunması, Cumhurbaşkanı işlemlerinin muhatapları açısından hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği azalttığı için eleştirilebilir.¹¹³ Ancak Cumhurbaşkanının devrettiği yetkileri bizzat kullanabilme yetkisinin bulunması yetki devrine ilişkin idare hukuku kabulleri olarak sunulan hususlara uymadığı için eleştirilemez.¹¹⁴ Yetki devrine ilişkin ilke ve kurallar pozitif hukuku açıklayabildiği ölçüde hukuki değere sahiptir. Türk pozitif hukuku, yetkiyi devreden devrettiği yetkiyi kullanamaması biçimindeki genel geçer bir ilkenin varlığına izin vermez. Kanunlar ve CBK’ler anayasaya aykırı olmamak koşuluyla ilk elden düzenleme yapabilir. Anayasada yetki devrine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için Cumhurbaşkanının devrettiği yetkileri bizzat kullanabileceğini öngören bir CBK hükmünün anayasaya aykırılığını iddia etmek de pek mümkün görünmemektedir. Türk pozitif hukukunda yetkisini devreden makamın devrettiği yetkisini bizzat kullanabilmesine olanak tanıyan ve hukuka uygun biçimde geçerliliğini sürdüren bir düzenleme bulunduğu sürece yetkisini devreden makamın devrettiği yetkileri bizzat kullanamayacağı biçiminde genel bir ilkeden bahsedilebilmesi mümkün değildir.¹¹⁵

CBK’lerde yer alan yetki devri normlarına ilişkin diğer kategori, organlı idarelerde karar organı olarak öngörülen organların idari işlem yapma yetkisini yürütme organına devredebilmesine ilişkindir. Bu kategoride “sınırların açıkça belirtilmesi”/“yetkilerin bir kısmının devredilmesi” ortak bir geçerlilik koşulu olarak öngörülmüş birkaç istisna haricinde “devrin yazılı olması” koşuluna da yer verilmiştir. Ayrıca bazı hükümlerde karar organının yalnızca birkaç yetkisini devredebilmesine izin verilmiştir. Böylece geri kalan yetkilerin devredilemez olduğunu kabul etmek gerekir. Yetkiyi devreden karar organının sorumluluğunun devam edeceğine ise bazı hükümlerde yer verilmiş bazılarında yer verilmemiştir. Tüm bunlara ilave olarak karar organının yürütme organına yetki devretmesi halinde yürütme organını oluşturan makamın da yetki devri yapabileceği öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle “devredilen yetkilerin devredilemezliği” gibi bir genel ilkenin de kabul görmediği düşünülebilir.

95 Sayılı “Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında” CBK m. 9/2’deki “7381 sayılı Kanunla Kurula verilen görev ve yetkiler ile yetkilendirmelere ilişkin yetkilerinden nükleer tesis, radyasyon tesisi ve radyoaktif atık tesislerinin yetkilendirilmesi ve bu tesislerin kurulacağı saha onayı dışındaki yetkilerini Başkana devredebilir.” hükmü, Nükleer Düzenleme Kurulu’nun Nükleer Düzenleme Kurum Başkanına yapabileceği yetki devrini sınırlandırırken 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu’yla Kurula verilen yetkileri dışarıda bırakarak kanuni yetkilerin CBK’deki yetki devri normuna dayanılarak devrinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Kanuni yetkilerin CBK ile devredilmesini engelleyebilecek bu düzenleme tarzının tüm CBK’lerde benimsenmesi daha uygun olur. Bu kapsamda, CBK’lerdeki yetki

¹¹³ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.389.

¹¹⁴ Öğretide bu hüküm yetki devreden devri kaldırmadığı sürece yetki kullanamayacağı kuralının istisnası olarak sunulmaktadır. Bkz. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, s.356.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.195.

¹¹⁵ Öğretide Cumhurbaşkanının devrettiği yetkileri bizzat kullanabilmesine yönelik hükmü imza devri olarak nitelendirenler vardır. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku C.1*, s.886.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri, C. 2*, s.64. Hüseyin Melih Çakır, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, s.51.

devri normlarına “kanunla verilen yetkilerin” istisna edildiğine ilişkin hükümlere yer verilerek kanuni yetkilerin kanun hükmü olmaksızın devredilmesi engellenebilir.

SONUÇ

İdari makamların iş yüklerinin azaltılması amacıyla hukuki bir formül olarak geliştirilen yetki devri, idare içerisindeki yetki düzenini değiştirir. İdari makamlara idari işlem yapma yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi gereğince kural olarak kanun tarafından verilir. 2017 Anayasa Değişikliği sonucunda Türk hukukuna farklı bir anlamla giriş yapan CBK’ler Anayasadan aldıkları yetkiye dayanarak yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma imkânına sahiptir. Ayrıca Anayasada belirli konuların CBK ile düzenleneceği özel olarak ifade edilmiştir. Bu sebeple, idari makamlara idari işlem yapma yetkisinin CBK ile tanınabilecektir. Böylelikle idare içerisinde yetki düzeninin kural olarak kanunlarla sınırlı olarak da CBK’lerle oluşturduğu kabul edilmelidir.

Yetki devri kurumu, idare içerisindeki yetki düzenini değiştirdiği için yetkiyi tanıyan hukuk kuralının bulunması gerekliliğinin yanı sıra yetki devrine imkân veren hukuk kuralının bulunması da zorunludur. Yetki düzenine CBK’lerin eklenmesiyle birlikte yetki devrinin CBK’lerde de öngörülmesi mümkündür. Ancak kanun ile CBK’nin eş düzeyde normlar olmaması ve CBK’nin kanunu değiştirme gücünün bulunmaması sebebiyle kanuni bir yetkinin CBK’de yer alan yetki devri normuna dayanılarak devredilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Ancak Danıştay önüne gelen somut olayda bu meseleyi tartışma imkanı olmasına rağmen tartışmamış, kanuni bir yetkinin CBK hükmüne dayanılarak devredilmesinde bir sorun görmemiştir. İki farklı BİM de uluslararası koruma başvurusu kabul/ret yetkisi bağlamında CBK’deki yetki devri normuna dayanılarak kanuni yetkilerin yetki devrine konu edilmesinde bir sorun görmemiştir.

CBK’lerdeki yetki devri hükümlerinde ortak olan yön, yetkilerin tamamının devredilmesine izin verilmemesi başka bir ifadeyle sınırlı yetki devrinin öngörülmesidir. Ayrıca yetki devrinin yazılı olarak yapılmasının da ortak bir geçerlilik koşulu olarak gözetildiği söylenebilir. Ancak, ortak yön olarak “yetki devrinin ilgililere duyurulması” ile “devreden makamın devam eden sorumluluğu”na yer verildiği söylenemez. CBK’lerdeki yetki devri hükümleri arasında yalnızca Cumhurbaşkanı bakımından devredilen yetkinin yetki devreden tarafından da kullanılabileceğinin öngörülmüş olması, yetki devreden diğer idari makamların söz konusu yetkisini artık kullanamayacağı yönünde herhangi bir veri sunmaz. Ancak, aynı CBK’de düzenlenen ve yetki devri yapabilmeye imkan tanıyan diğer idari makamlar bakımından devredilen yetkinin kendileri tarafından kullanılabilmesine dair bir hüküm de sevk edilmediğini not etmek gerekir. Sonuç olarak, hem merkezi idarenin başkent teşkilatını hem de bazı hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarını kurarak görev ve yetkilerini düzenleyen CBK’lerin yeknesak yetki devri normları ihdas etmek ve yetki devrinin hukuki rejimini bir ölçüde belirliliğe kavuşturmak bakımından sahip olduğu fırsatı başarılı olarak kullanabildiğini söylemek pek mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emre. *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Akgüner, Tayfun ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Akyılmaz, Bahtiyar. *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Ardıçoğlu, M. Artuk. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 3 (2017): (s.21-51).
- Aslan, Volkan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36/1 (2019): (s.139-161)
- Aytürk, Nihat. "Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri", *Amme İdaresi Dergisi*, 33/1 (2000): (s.79-110).
- Chapus, Rene. *"Droit administratif général T.1"*, Paris: Montchrestien, 1996.
- Çağlar, Selda. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a Armağan* (ed. Ece Göztepe, Ozan Ergül, Selda Çağlar), Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Çakır, Hüseyin Melih. "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı- Bakan İlişkisi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019.
- Derdiman, R. Cengiz ve Yusuf Uysal. "Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri", *Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15/27 (2014): (s.251-277).
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1964.
- Ertanhan, Mesut. *Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Foillard, Philippe. *Droit administratif*, Orléans: éditions Paradigme, 2010-2011.
- Gelegen, Taner. "Türk Yönetim Örgütünde Yetki Devri", *Danıştay Dergisi*, 2/6-7 (1972): (s.75-84).
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. "Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dahil Midir?", *TBB Dergisi*, 98 (2012): (s.11-24).
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.1*, Bursa: Ekin Yayınları, 2019.
- Gözübüyük A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Kalabalık, Halil, *İdare Hukuku Dersleri C. 2*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karavelioğlu, Celal. *"Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu"*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Koç, Emin. "Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme - İdaresi Başkanlığı İdare Hukuku Açısından Gözlemler ve Değerlendirme - ", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2 (2016): (s.225-258).
- Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- Öztürk, K. Burak. "Fransa ve Türkiye'de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Barosu Dergisi*, 3 (2019): (s.95-117).

- Pınar, İbrahim ve Öner Çalışkan. *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Ricci, Jean-Claude. *Droit administratif général*, Paris: Hachette Livre, 2013.
- Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Sever, D. Çiğdem. *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem. *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Soldini, David. “La délégation de service public, sa fonction, ses critères”, *Revue française de droit administratif*, (2010), (s.1114-1123).
- Şanlı Atay, Yeliz. *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, Ankara: TODAİE Yayınları, 2011.
- Şirin, Tolga. “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 7/14 (2018): (s.289-356)
- Ulu, Güher. *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- Ulusoy, Ali D.. *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- Yelken, Hamit. *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy. *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- Yıldırım, Turan. “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23/2 (2017): (s.13-28).
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku C. 1*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

İnternet Kaynakları

<https://legalbank.net/>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

<https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler>

<https://www.hukukturk.com/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

EXTENDED SUMMARY

THE CONCEPT OF DELEGATION OF AUTHORITY IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

Baris Acun, RA.

Bartın University, barisacun@bartin.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-9481-1618>

Administrative authorities must derive their authority from the legal framework to take administrative acts. These authorities are limited regarding person, subject, place and time. In principle, the order of administrative authority within the administration is determined by the Constitution and Codes in accordance with the principle of legality of the administration. Adhering to the doctrine of legality within the administration, civil servants carry out administrative acts duly authorised by law. These individuals, known as administrative authorities, can delegate the authority vested in them for administrative acts based on the admissibility of such delegation. The concept of the delegation of authority refers to the potential for administrative authorities to transfer their authority for taking administrative acts to other authorities or civil servants. In administrative law doctrine and jurisprudence, delegation of authority is commonly defined as the transfer of authority from a superior entity to a subordinate within the same organisational unit. Nevertheless, in organisational structures featuring multiple organs, the transfer among these organs or between distinct administrative units is also conceptually encompassed within the delegation of authority.

The postulations of the concept of delegation of authority form the legal framework within administrative law doctrine and jurisprudence. This study's primary focus of inquiry revolves around examining whether this framework adequately elucidates Turkish administrative law and, if so, to what extent. The postulations articulated as the legal framework can be categorised into four principal domains: the 'conditions for validity,' 'legal implications of legitimate delegation of authority,' 'legal ramifications of illegitimate delegation of authority,' and 'cessation of delegated authority.' Each category further delineates specific subheadings. While referencing one another, the conclusions drawn by doctrine and jurisprudence concerning the concept and its legal framework appear contentious in certain aspects. Moreover, an additional topic of debate has emerged within this context.

Following the 2017 Turkish Constitutional Amendment, Presidential Decrees were introduced as a novel form of public act, featuring numerous instances until 2024, encompassing provisions relating to the delegation of authority. Examining the overarching legal structure of these provisions could clarify the contentious aspects associated with the concept of delegation of authority to a certain extent. Consequently, the secondary research question pertains to the impact of the provisions outlined in Presidential Decrees regarding the delegation of authority on this concept. The assertion that Presidential Decrees uniformly establish normative standards governing the delegation of authority and effectively contribute to clarifying the legal framework of delegation of authority appears challenging to substantiate. Presidential Decrees, purportedly addressing facets associated with the delegation of authority, exhibit inconsistencies in their capacity to define and regulate this concept uniformly.

While Presidential Decrees may confer administrative authorities with the authority to take administrative acts, the constitutional limits of these decrees impose limitations compared to the Codes. The Constitution mandates many powers to be regulated through the Codes, raising a pertinent query. The question arises: Is it feasible to delegate authority envisaged in the Codes and grant them to the administrative authorities, based on the provisions governing delegation of authority in Presidential Decrees? Addressing this query necessitates exploring the legal relationship between Codes and Presidential Decrees. The hierarchical arrangement between these legislative instruments within the normative order remains contentious. In our assessment, Codes and Presidential Decrees do not hold equal normative standing, and a Presidential Decree must maintain the hierarchy of administrative authority established by Codes. Therefore, authorities envisioned within the Codes and conferred by them should not be delegated utilising the norms governing delegation of authority present in Presidential Decrees. The Council of State and administrative courts have yet to discuss this matter openly. However, based on their jurisprudence, administrative courts do not perceive any impediment in delegating authority based on the provisions for delegation of authority stipulated in Presidential Decrees. Nevertheless, clauses within Presidential Decrees specifying that the delegation of authority will be confined to the authorities outlined in the decrees may serve as a preventer to delegating authority envisaged within the Codes.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

VASIYETNAMENİN YOK OLMASI

THE DESTRUCTION OF A WILL

Dr. Öğr. Üyesi Kemal Erdoğan*

ÖZ

Vasiyetnamenin yok olması, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 543'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Vasiyetnamenin kaza sonucunda veya üçüncü bir kişinin kusuruyla yok olması mümkündür. Bu durumda, mirasbırakanın geri alma yönünde bir irade açıklaması bulunmamaktadır. Vasiyetnamenin yok olması, onun hükümden düşmesi için tek başına yeterli görülmemiştir. TMK m. 543/II hükmüne göre, yok olan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetname hükümsüz kalır. O hâlde, içeriği aynen ve tamamen belirlenebilirse, yok olan vasiyetnamenin hüküm ifade etmesi mümkündür. Vasiyetnamenin yok olmasının tek sonucu bu olmayıp, lehine tasarruf yapılan kimsenin vasiyetnameyi yok eden üçüncü kişiden Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesine dayanarak tazminat talep etmesi de mümkündür. Ne var ki, vasiyetname içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilememesi hâlinde, zarar miktarını tam olarak ispat etmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca vasiyetnameyi yok eden kişi, aynı zamanda mirasçı ise mirastan yoksun kalacaktır. Bunun için, mirasçının vasiyetnameyi kasten ve hukuka aykırı şekilde yok etmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vasiyetname, Vasiyetnamenin Geri Alınması, Vasiyetnamenin Yok Olması, Tazminat, Mirastan Yoksunluk.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

☎ 0000-0001-8648-1623 ✉ kemalerdogan@sakarya.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

The destruction of a will is regulated in the second paragraph of Article 543 of the Turkish Civil Code (TCC). It is possible for the will to be destroyed by an accident or by the fault of a third party. In this case, there is no declaration of will by the testator for revocation. The destruction of the will alone is not deemed sufficient for its nullity. Pursuant to Article 543/II of the TCC, a will that is destroyed and the content of which cannot be exactly and completely determined is null and void. In that case, if its content can be determined exactly and completely, it is possible for the will to be valid. This is not the only consequence of the destruction of the will, and it is also possible for the person in whose favour the will was made to claim compensation from the third party who destroyed the will based on Article 49 of the TCO (Turkish Code of Obligations). However, in the event that the content of the will cannot be exactly and completely proved, it will not be possible to prove the exact amount of damage. In addition, if the person who destroyed the will is also the heir, he will be deprived of the inheritance. For this, the heir must destroy the will intentionally and unlawfully.

Keywords: Testament, Revocation of Testament, Destruction of Testament, Compensation, Deprivation of Inheritance.

GİRİŞ

Mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği hususlara ilişkin irade açıklamalarına “ölüme bağlı tasarruf” denilmektedir. Sağlararası hukuki işlemlerden farklı olarak, ölüme bağlı tasarruflar açısından *numerus clausus ilkesi* geçerlidir. Türk Medeni Kanunu’na (TMK)¹ göre, ölüme bağlı tasarruf iradesi açıklanırken “vasiyetname” (TMK m. 531-544) veya “miras sözleşmesi” (TMK m. 545-548) olmak üzere iki kalıptan birinin tercih edilmesi zorunludur. Bunlardan vasiyetnamenin geçerli bir şekilde doğması için sadece mirasbırakanın irade açıklaması yeterlidir. Diğer bir deyişle, vasiyetname tek taraflı hukukî işlemler arasında yer almaktadır.

Vasiyetnamenin tek taraflı hukuki işlem olma özelliği, mirasbırakanın yine tek taraflı bir irade açıklamasıyla vasiyetnamesini dilediği zaman geri alabilmesine imkân tanımaktadır. Mirasbırakanın bu yetkisi kesin olup, önceden bu haktan feragat edilmesi geçersizdir. Mirasbırakan “*yeni bir vasiyetname yapmak*” (TMK m. 542) veya “*yok etmek*” (TMK m. 543/I) suretiyle vasiyetnamesini açıkça geri alabilir. Bununla birlikte, geri alma iradesinin örtülü olarak açıklanması da mümkündür. Şöyle ki, mirasbırakan önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmayarak yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuyla yer bırakmayacak surette öncekini tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname öncekinin yerini alır (TMK m. 544/I). Mirasbırakanın belirli mal bırakma vasiyeti ile bağdaşmayan sonraki sağlararası tasarrufları, vasiyetnamede aksi belirtilmemişse, mirasbırakanın önceki ölüme bağlı tasarrufunu geri aldığı anlamına gelir (TMK m. 544/II).

Öte yandan, kanun koyucu ayrıca vasiyetnamenin yok olmasını da düzenlenmiştir (TMK m. 543/II). Yukarıda izah edilenlerden farklı olarak, burada mirasbırakanın geri alma yönünde bir irade açıklaması bulunmamaktadır. Vasiyetname, kaza sonucunda ya da üçüncü bir kişinin kusurlu fiili sebebiyle yok olmuştur. Vasiyetnamenin yok olması, hükümden düşmesi için tek başına yeterli görülmemiştir. TMK m. 543/II hükmüne göre, yok olan vasiyetname, içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmazsa hükümsüz kalacaktır. O hâlde, içeriği aynen ve tamamen belirlenebilirse, yok olan vasiyetname hüküm ifade edebilecektir.

Vasiyetnamenin birçok nedenle yok olması mümkündür. Uygulamada özellikle hukukçu olmayan kişiler, vasiyetnamenin yok olması hâlinde artık buna dayanarak bir talepte bulunamayacaklarını düşünmektedirler. Ne var ki, Türk Medeni Kanunu vasiyetnamenin yok olmasına birtakım sonuçlar bağlamıştır. Bunlar, içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesi hâlinde vasiyetnamedeki tasarrufun yerine getirilmesini isteyebilme, vasiyetnameyi yok eden üçüncü kişiden tazminat talep edebilme ve son olarak vasiyetnameyi yok eden mirasçının mirastan yoksun olmasıdır. Vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından geri alma niyetiyle ortadan kaldırılması, akademik çalışmalara konu olmasına rağmen; tespit edebildiğimiz kadarıyla münferiden vasiyetnamenin yok olmasına yönelik akademik bir çalışma henüz yapılmamıştır. Vasiyetçiler hazırlamış oldukları el yazılı vasiyetnamelerini çoğu zaman evlerinde gizli bir yerde muhafaza etmeyi tercih etmektedirler. Bu durumda evin tümünden kullanılmaz hâlde

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

gelmesine yol açan deprem, yangın ve heyelan gibi felaketler burada muhafaza edilen vasiyetnamelerin de yok olmasına neden olmaktadır. Ülkemiz bir deprem ülkesi olup, en son 6 Şubat 2023'te gerçekleşen Kahramanmaraş merkezli depremlerde muhtemelen birçok vasiyetname enkaz altında kalıp yok olmuştur. Aynı şekilde ülkemizin farklı illerinde ortaya çıkan büyük çaplı orman yangınlarında birçok köy yanmış ve insanlar bütün ev eşyalarını (böylelikle hazırlanmış oldukları vasiyetnamelerini) kaybetmişlerdir. Mirasbırakanın yaptığı bir ölüme bağlı tasarruftan hoşlanmayan mirasçıların vasiyetnameyi gizlice yok etmesi de uygulamada sıklıkla görülebilecek bir ihtimaldir. Tüm bu durumlarda mirasbırakan hayatta ve vasiyetnamesinin yok olduğundan haberdar ise, yeni bir vasiyetname düzenleyebilir. Buna karşılık, vasiyetnamenin mirasbırakanın ölümünden sonra yok olması, vasiyetnamenin yok olmasına neden olan olayda mirasbırakanın da ölmesi veya mirasbırakan daha sonra ölmüş olsa bile vasiyetnamenin yok olduğundan haberdar olmadığı için yeni bir vasiyetname düzenleyememesi gibi hâllerde, yok olan vasiyetnamenin hüküm doğurması ayrı bir önem taşıyacaktır. Açıklanan gerekçelerle bu çalışmanın konusu, vasiyetnamenin yok olması olarak belirlenmiştir.

I. VASİYETNAMENİN YOK OLMASI KAVRAMI

Türk Medeni Kanunu'nun 543'üncü maddesinin kenar başlığı, bir üst başlık ile birlikte değerlendirildiğinde “*yok etme ile vasiyetten dönme*” şeklinde bir anlam taşımaktadır. İçeriğine bakıldığında ise hükümde sadece vasiyetten dönmenin değil, aynı zamanda vasiyetnamenin yok olmasının da düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki, hükmün birinci fıkrasında mirasbırakanın yok etmek suretiyle vasiyetnameden dönmesi düzenlenmişken, ikinci fıkrasında vasiyetnamenin yok olmasına yer verilmiştir².

TMK m. 543/II hükmüne göre, vasiyetnamenin kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla ortadan kalkmasına, “*vasiyetnamenin yok olması (Untergang des Testaments)*” denilmektedir³. Hükmün uygulama alanının belirlenebilmesi için, “yok etme” ile “yok olma”

² ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, İsviçre Medeni Kanunu) Art. 510 (TMK m. 543) hükmünde de vasiyetnamenin yok edilmesi ve yok olmasının düzenlendiği görülmektedir. Ne var ki, İsviçre Hukuku'nda miras sözleşmelerinin de kural olarak yok etme veya yok olma suretiyle hükümsüz hâle gelebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu sonuca ulaşılmasında miras sözleşmesinin kendine has özellikleri de dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, miras sözleşmesinin ortadan kalmış sayılabilmesi için, tüm taraflarının anlaşarak resmi makamda saklanan asıl nüsha da dahil olmak üzere kendilerinde bulunan kopyaların tamamını yok etmeleri gerekmektedir. Benzer şekilde tüm belgelerin geri getirilme imkânı olmaksızın kaybolması hâlinde, miras sözleşmesi vasiyetnameye benzer şekilde hükümden düşmelidir. Bkz. Peter Breitschmid, “Art. 505-511 ZGB”, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB*, (ed. Thomas Geiser ve Stephan Wolf), 6. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019, Art. 513, N. 3; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2002, s. 614; Tamara Monika Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, *ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht*, 181 (2003), s. 188.

³ Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. N. 10; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, N. 1045; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, N. 551. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 490'ıncı maddesinin gerek kenar başlığında gerek metninde, “*vasiyetnamenin zayi olmasından*” söz edilmekteydi. Konuya ilişkin bilimsel eserlerde ise, “*vasiyetnamenin ziyai*” terimi kullanılmaktaydı. Bkz. İlhan Öztürk, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1964, s. 105; Esat Şener, *Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Vasiyet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1995, s. 98. Öte yandan, TMK m. 543 hükmünün kenar başlığı “*Yok etme ile*” şeklinde belirlenmiştir. Bu ibare bir üst başlık ile birlikte

kavramlarının ne anlama geldiği tespit edilmelidir. Türk Dil Kurumu tarafından yayınlanan Güncel Türkçe Sözlüğü'ne bakıldığında, “*yok etmek*” sözcüğü, “1. ortadan kaldırmak, ifna etmek, izale etmek, 2. varlığına son vermek”; “*yok olmak*” sözcüğü ise, “1. ortadan kalkmak, kaybolmak, 2. varlığı sona ermek” şeklinde tanımlanmıştır⁴. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, yok etmede bunu yapan fail ön plandayken; yok olmada faile ve hatta sebebe değil, sadece neticeye/sonuca önem atfedilmektedir. Hukuki anlamda vasiyetnameyi ancak mirasbırakan yok edebilir. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde vasiyetnamenin ortadan kalkmasında vasiyetçinin kendisi ve iradesi ön plandadır. Kanun koyucu da TMK m. 543/I hükmünde buna dikkat çekmektedir. Buna karşılık, vasiyetnamenin üçüncü bir kişinin davranışı veya bir tabiat olayı nedeniyle ortadan kalkması hâlinde, vasiyetçinin iradesi değil, ortaya çıkan netice önem taşımaktadır. Aynı şekilde, vasiyetname mirasbırakanın davranışları neticesinde yok olmasına rağmen, mirasbırakan bunun farkında olmayabilir. Kısaca vasiyetname mirasbırakanın (yani failin) iradesine dayalı olarak ortadan kalkmışsa, “vasiyetnamenin yok edilmesi”; buna karşılık mirasbırakanın buna yönelik iradesi olmaksızın ortadan kalkmışsa “vasiyetnamenin yok olması” söz konusudur.

II. VASIYETNAMENİN YOK OLMASININ UNSURLARI

Vasiyetnamenin yok olmasından kasıt, onun okunamayacak ve içeriği anlaşılamayacak hâle gelmesidir. Bu neticeyi ortaya çıkaran etkenin ne olduğu ise önemli değildir. Vasiyetname, bir üçüncü kişi tarafından yakılmış olabileceği gibi, yıldırımın düşmesi neticesinde ortaya çıkan yangında da yanabilir. Benzer şekilde, üzerine yazılı olduğu şeyin parçalanması, ıslanması veya çürümesi neticesinde vasiyetname tümünden ortadan kalmış olabileceği gibi, cismen var olsa bile vasiyetnamenin içeriği okunmaz hâle gelmiş olabilir. Üçüncü bir kişi tarafından karalanması da vasiyetnamenin yok olmasına yol açabilir. Ancak karalama fiilini mirasbırakan gerçekleştirmişse, bunu geri alma niyetiyle yapıp yapmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Bazı durumlarda vasiyetnamenin içeriği; üzerine mürekkep, boya veya çay gibi bir maddenin dökülmesi neticesinde okunamaz hâle gelebilir.

Vasiyetnamenin yok olması bakımından herhangi bir sebeple içeriğinin anlaşılamayacak hâle gelmesi (objektif unsur) yeterli olup, ayrıca bu durumun mirasbırakanın geri alma niyetine (animus revocandi) dayanması şart değildir. Hatta bu çalışmada tercih edilen dar anlamıyla vasiyetnamenin yok olmuş sayılabilmesi için, bu sonucun mirasbırakanın iradesi olmaksızın meydana gelmesi gerekmektedir. O hâlde, vasiyetnamenin yok olmasının biri olumlu, diğeri olumsuz olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır.

değerlendirildiğinde hükmün kenar başlığı anlam itibarıyla “*Yok etme ile vasiyetten dönme*” şeklindedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında vasiyetnamenin mirasbırakanın dönme iradesi olmaksızın ortadan kalktığı hâller düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TMK m. 543 hükmünün kenar başlığının sadece birinci fıkrayı kapsadığı; buna karşılık, ikinci fıkrayı kapsam dışında bıraktığı ifade edilebilir. Olması gereken (ideal) hukuk (de lege ferenda) bakımından hükmün iki ayrı madde olarak düzenlenmesi, birinci fıkranın kenar başlığının aynı şekilde kalması, sistematik olarak bu yeni maddenin 544’üncü maddeden sonraya alınması, ikinci fıkranın ise, “*III. Vasiyetnamenin Yok Olması*” kenar başlığı ile bu iki hükümden sonra ancak TMK m. 545’inci maddeden önce yeni bir madde olarak düzenlenmesi kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, Bağlantı: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 08.11.2023).

A. OLUMLU UNSUR: VASIYETNAMENİN İÇERİĞİNİN ANLAŞILAMAYACAK HÂLE GELMESİ

1. Genel Olarak

Vasiyetnamenin yok olması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Her şeyden önce bir tabiat olayı vasiyetnamenin yok olmasına sebebiyet verebilir. Ne var ki, vasiyetname sadece tabiat olayları nedeniyle değil, aynı zamanda beşerî nedenlerle de ortadan kalkabilir. Gerçekten vasiyetnamenin üçüncü kişilerin veya bizzat mirasbırakanın davranışları nedeniyle yok olması da mümkündür.

Öte yandan, vasiyetname tamamen veya kısmen yok olabilir⁵. Kısmen yok olan vasiyetnamenin geri kalan kısımlarının bazı hâllerde hüküm doğurması mümkün olup, bu konuya aşağıda⁶ değinilecektir.

2. Vasiyetnamenin Yok Olmasının Görünüm Şekilleri

TMK m. 543/II hükmünde vasiyetnamenin, kaza sonucunda veya üçüncü bir kişinin kusuruyla yok olabileceği belirtilmiştir. Buna göre, vasiyetnamenin yok olmasının nedenleri, “kaza” ve “üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı” şeklinde iki başlık altında ele alınabilir.

a. Vasiyetnamenin Kaza Sonucunda Yok Olması

Vasiyetnamenin yok olmasına, öncelikle kaza olarak nitelendirilebilecek bir olay neden olabilir. Bu bağlamda “tabiat olaylarının”, “üçüncü kişinin kusursuz davranışının” ve “mirasbırakanın geri alma niyeti olmaksızın gerçekleştirdiği davranışın” kaza kavramının kapsamına girdiği kabul edilmektedir.

aa. Tabiat Olayları

Vasiyetnamenin bir tabiat olayı sonucunda yok olması mümkündür. Bu durumda dış dünyada insan iradesine dayanan bir değişiklik olmadığından, vasiyetname hiç kimsenin fiili olmaksızın yok olmaktadır.

Vasiyetnamenin yok olmasına sebebiyet verebilecek tabiat olaylarına örnek olarak, yangın, deprem, su baskını, rutubet, kasırga, toprak kayması, patlama gibi olaylar gösterilebilir⁷.

⁵ Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1985, s. 128.

⁶ Bkz. IV-A-2-c.

⁷ Bkz. Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, 13. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlag, 1996, s. 82; Andrea Dorjee-Good, “Art. 498-511 ZGB”, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo), 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2016, Art. 509-511, N. 6; Nicolas Druet, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, 2002, § 9, N. 68; Harold Grüniger, “Art. 467– 536 ZGB”, *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018, Art. 510, N. 3; Stephan Wolf ve Christian Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, *successio*, (2010), s. 81-82; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, Haz. O. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, N. 572; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1054; Kübra Kamelya Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2017), s. 124; Fikret Eren ve İpek Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, N. 402; Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsan, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Ahmed Said Matbaası, 1963, s. 119; Erhan Günay, “Vasiyetten Dönme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15/162 (2020), s. 315; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık,

Ne var ki işin doğası gereği salt bu doğa olayının gerçekleşmesi yeterli olmayıp, bu olay nedeniyle vasiyetnamenin de yok olması gerekmektedir. Söz gelimi, bir ilde yüksek şiddette bir deprem meydana gelmesine rağmen vasiyetnamenin bulunduğu bina zarar görmemişse veya yıkılmış olmasına rağmen binanın molozları arasında vasiyetname zarar görmeden çıkarılabilmişse, vasiyetnamenin yok olduğundan söz edilemeyecektir. Yine vasiyetnamenin fare veya böcek gibi hayvanlar tarafından kemirilmiş olması da kaza sonucunda yok olmasına örnek olarak gösterilebilir⁸. Vasiyetnamenin mirasbırakanın evinde veya işyerinde ya da tevdi edildiği makamda yok olması da aynı hukuki sonucu doğurmaktadır⁹.

bb. Üçüncü Kişinin Kusursuz Davranışı

Vasiyetnamenin yok olmasına yol açan bir diğer etken ise, üçüncü bir kişinin davranışıdır¹⁰. Üçüncü kişiden maksat, vasiyetçinin dışında kalan herhangi bir kimsedir¹¹. Bu kişi, mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçılarından birisi olabileceği gibi, lehine kazandırma yapılan vasiyet alacaklısı¹² veya bunlar dışında kalan herhangi bir kişi (meselâ, temizlikçi, bebek bakıcısı) olabilir.

Üçüncü kişi vasiyetnameyi bilerek veya bilmeyerek yok edebilir. Vasiyetnamenin yok olmuş sayılması bakımından üçüncü kişinin yok etme fiilini bilerek veya bilmeyerek işlemesi

2022, N. 534; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987, s. 238; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s. 180; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 213; İlhan Öztrak, *Miras Hukuku*, Ankara: Ankara SBF Yayınları, 1968, s. 50; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 123; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 59.

⁸ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1054; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 124; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 109; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 534; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 50; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 123; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99.

⁹ Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190; Nüşin Ayiter, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s. 58; Şakir Berki, *Miras Hukuku*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s. 82; Furkan Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 83-84; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 123.

¹⁰ Vasiyetnamenin başkaları tarafından yok edilmesi Türk Ceza Kanunu’nda (TCK, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 29.09.2004, RG 12.10.2004/25611) suç olarak düzenlenmiştir. Bkz. Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, § 4, N. 109b. Gerçekten TCK m. 210/I hükmüne göre, “Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır”. İsviçre Hukuku’nda da vasiyetnamenin yok edilmesi bir suç olarak düzenlenmiştir (Art. 254 StGB). Bkz. Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 7; Grüninger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 4.

¹¹ Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 50; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 124; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99.

¹² Öztrak’a göre, vasiyetnamenin lehine tasarruf yapılan kişi tarafından kaybedilmesi hâlinde vasiyetnamenin yok olduğundan söz edilmemelidir. Zira kendi ihmâli ile vasiyetnamenin yok olmasına neden olan kişinin, bunun olumsuz sonuçlarına katlanması kadar doğal bir netice bulunmamaktadır. Buna karşın, vasiyetnamenin bu kişinin hâkimiyetinde iken çalınması hâlinde vasiyetname üçüncü kişinin kusuruyla yok olmuş kabul edilmelidir. Bkz. Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 123. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Vasiyetname ile kendisine kazandırma yapılan kişinin bu vasiyetnameyi kaybetmesi hâlinde de vasiyetnamenin yok olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira nasıl ki ihmâli sonucunda diğer evrakları arasında mirasbırakanın bizzat yakarak ortadan kaldırması hâlinde vasiyetnamenin yok olduğundan söz edilebiliyorsa, kazandırma lehtarının ihmâli nedeniyle vasiyetnameyi kaybetmesi de yok olma niteliğinde görülmemelidir.

arasında herhangi bir farklılık yoktur. Benzer şekilde, üçüncü kişinin vasiyetnameyi yok etmek için kullandığı yöntem de önem arz etmemektedir. *Meselâ*, üçüncü kişi vasiyetnameyi yırtarak çöpe atabilir, yakabilir, karalayabilir, toprağa gömebilir veya suda eritebilir¹³. Önemli olan vasiyetnamenin yok olmasının, mirasbırakan dışındaki bir üçüncü kişinin iradesine ve fiiline dayanmasıdır.

TMK m. 543/II-c.1 hükmünde “*üçüncü kişinin kusuruyla*” ifadesinin kullanılması karşısında, vasiyetnamenin üçüncü kişinin kendisine herhangi bir kusur atfedilemeyen davranışla yok olması hâlinde acaba TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulmayacak mıdır? Elbette bu soruya olumsuz bir cevap vermek gerekmektedir. Zira vasiyetnamenin üçüncü bir kişinin kusuru olmaksızın ortadan kalkması hâlinde, vasiyetnamenin kaza sonucunda yok olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

cc. Mirasbırakanın Geri Alma Niyeti Olmaksızın Gerçekleştirdiği Davranış

TMK m. 543/II hükmünde vasiyetnamenin kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olmasından bahsedilmesine karşın, mirasbırakanın davranışı neticesinde yok olmasından söz edilmemiştir. Hükümde mirasbırakanın davranışından bahsedilmemesi, vasiyetnamenin mirasbırakanın davranışı neticesinde yok olamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira vasiyetnamenin yok olması sadece kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla değil, vasiyetçinin geri alma niyeti olmaksızın bizzat gerçekleştirdiği bir fiille de gerçekleşebilir. Mirasbırakanın geri alma niyeti olmaksızın vasiyetnameyi ortadan kaldırması, kaza niteliğinde görülmektedir¹⁵. Kanun koyucu da zaten kaza kavramının uygulama alanına giren bir vakıyı hükmünde ayrıca saymak istememiştir. Zira kanun yapılırken lafızda tasarruf edilmesi, modern kanun yapma tekniğinin bir parçasıdır.

b. Vasiyetnamenin Üçüncü Kişinin Kusurlu Davranışı Nedeniyle Yok Olması

TMK m. 543/II-c.1 hükmünde vasiyetnamenin kaza yanında üçüncü kişinin kusuruyla yok edilmesinden de bahsedilmektedir. Kusur kavramı, borçlar hukuku alanında tanımlanmış olup, en genel anlamıyla hukuk düzeni tarafından kınanan davranıştır. Yukarıda belirtildiği

¹³ Bkz. Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 572; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 125; Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 258; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 180; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58.

¹⁴ Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 124; Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 50; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99. *Gönensay ve Birsen* de vasiyetnamenin yok olması bakımından herhangi bir üçüncü kişinin vasiyetnamenin ortadan kalkmasına sebebiyet vermesinin yeterli olduğunu, hatta kendisine kusur isnat edilemeyen bir akıl hastasının vasiyetnameyi yakması veya yırtması hâlinde vasiyetnamenin yok olmuş sayılacağını ifade etmektedir. Bkz. Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 119-120; aynı yönde bkz. Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı*, s. 124. *Öztrak*’a göre de kanunda geçen “*üçüncü kişinin kusuruyla*” ifadesini “*üçüncü kişinin fiiliyle*” şeklinde anlamak gerekmektedir. Bkz. Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 50; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı*, s. 124.

¹⁵ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 572; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 57-58; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 124; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 403; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 50; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99.

üzere¹⁶, vasiyetnamenin üçüncü kişinin kusuru olmaksızın gerçekleştiği bir davranış nedeniyle yok olması, kaza kavramının görünüm şekillerinden biri olarak görülmektedir. Ne var ki, üçüncü kişi, vasiyetnameyi kasten veya özen yükümlülüğüne aykırı davranarak da yok edebilir. Bu ihtimalin kaza kavramının kapsamına girmediği aşikardır. Kanun koyucu, bu gerekçe ile vasiyetnamenin üçüncü kişinin kusuruyla yok olması hâlini ayrıca belirtmek istemiştir.

B. OLUMSUZ UNSUR: MİRASBIRAKANIN GERİ ALMA NİYETİNİN OLMAMASI

Vasiyetnamenin yok olmasından söz edilebilmesi için önemli olan husus, bu durumun vasiyetçinin geri alma niyetine (animus revocandi) dayanmamasıdır. Diğer bir deyişle, mirasbırakanın geri alma iradesine dayanmayan her hukuki olay vasiyetnamenin yok olmasına neden olabilecek niteliktedir¹⁷. Vasiyetnamenin kaza neticesinde yok olması hâlinde, bu olayın mirasbırakanın geri alma niyetine dayanmadığı aşikardır.

Vasiyetnamenin üçüncü bir kişi tarafından yok edilmesi hâlinde ikili bir ayırım yapılmalıdır. Öncelikle, bu kişi mirasbırakanın bilgisi ve iradesi olmaksızın vasiyetnameyi yok etmiş olabilir. Bu durumda, mirasbırakanın geri alma niyetinin varlığından söz edilemeyeceği için TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, üçüncü kişinin vasiyetçi tarafından verilen bir emir ve talimata istinaden vasiyetnameyi yok etmiş olması da mümkündür. Vasiyetnamesini yok etmeye karar veren mirasbırakanın bu işi bizzat yapmak zorunda olup olmadığı bu ihtimalde önem taşıyan bir husustur. Öğretideki hâkim kanaate göre¹⁸, mirasbırakanın vasiyetnameyi bizzat kendi fiilleriyle yok etmesi şart olmayıp, onu üçüncü kişilere de yok ettirebilir. Ancak bunun için vasiyetnameyi yok etme kararı bu üçüncü kişiye bırakılmamalıdır. Yok etme kararını bizzat mirasbırakanın vermesi şartıyla, yok etme davranışının

¹⁶ II-2-a-bb.

¹⁷ Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", S. 188; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 134; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 551.

¹⁸ Walther J. Friedrich, *Testament und Erbrecht*, 16. Auflage, München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1991, s. 96; Anne Röthel, *Erbrecht*, 18. Auflage, München: C.H. Beck Verlag, 2020, § 18, N. 12; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1048; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 403; Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 188; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90. Ne var ki, mirasbırakanın iradesine rağmen üçüncü kişi vasiyetnameyi ortadan kaldırmamışsa, vasiyetname geçerliliğini korumaya devam edecektir. Diğer bir deyişle, vasiyetnamenin yok edilebilmesi için, geri alma iradesi ile vasiyetnamenin yok edilmesi şartları aynı anda gerçekleşmelidir. Bkz. Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 189; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1048; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 188, dn. 493. Aksi görüşte olan Şener'e göre, üçüncü kişinin mirasbırakanın emir ve isteğine rağmen vasiyetnameyi yok etmemesi hâlinde de vasiyetname geçersiz olmalıdır. Zira amaca göre yorum bu sonucun kabulünü gerektirmektedir. Bkz. Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90. Öğretide, üçüncü kişinin vasiyetnameyi mirasbırakanın ölümünden sonra yok etmesi hâlinde TMK m. 543/I (ZGB Art. 510 Abs. 1) hükmünün değil, TMK m. 543/II (ZGB Art. 510 Abs. 2) hükmünün uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Ancak bu durumda vasiyetçinin ölümünden haberdar olmayan üçüncü kişiden tazminat talep edilememelidir. Bkz. Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 189, Fn. 848. Ayrıca bkz. Friedrich, *Testament und Erbrecht*, s. 96; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 12; Schlüter, *Erbrecht*, s. 82. Aynı yönde bkz. Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 188, dn. 493. Aksi görüşte bkz. Breitschmid, "BSK ZGB II", Art. 509-511, N. 5; Wolf ve Wild, "Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung", s. 81, yazarlara göre, üçüncü bir şahsı imha için yetkilendirmek veya görevlendirmek mümkün değildir. Zira aksinin kabulü ZGB Art. 510 Abs. 1 (TMK m. 543/I) hükmünün lafzına açıkça aykırıdır. Bu görüşün ikna edici olduğu yönünde bkz. Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 189.

geçleştirilmesi bir üçüncü kişiye bırakılabilir. Bu durumda üçüncü kişi, vasiyetçinin temsilcisi (Vertreter) olarak değil, onun aracı (Werkzeug) olarak hareket etmektedir¹⁹. Dolayısıyla, mirasbırakan tarafından verilen bir kararın üçüncü bir kişi tarafından aracı sıfatıyla gerçekleştirilmesi hâlinde, vasiyetnamenin yok olması (TMK m. 543/II) değil, yok edilmesi (TMK m. 543/I) söz konusu olmaktadır.

Mirasbırakanın geri alma niyetinin olmaması şeklindeki olumsuz unsur, daha ziyade vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından ortadan kaldırıldığı hâllerde gündeme gelmektedir. Vasiyetname, mirasbırakanın bir davranışı nedeniyle de yok olabilir. Ancak bunun için mirasbırakanın geri alma niyetinin olmaması şarttır. Şayet mirasbırakan vasiyetnamesini geri alma niyetine istinaden yok etmişse, bu takdirde TMK m. 543/II hükmü değil, TMK m. 543/I hükmü uygulama alanı bulacaktır. Gerçekten bu hükme göre, “*Mirasbırakan, yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir*”. Mirasbırakanın gerçekleştirdiği yok etme fiilinin geri alma şeklinde nitelendirilebilmesi için, bu fiilin geri alma niyetiyle (animus revocandi) icra edilmiş olması gerekmektedir²⁰. İşte vasiyetname mirasbırakan tarafından böyle bir niyet taşımaksızın imha edilmiş olursa, vasiyetnamenin yok edilmesinden değil, yok olmasından söz edilir²¹. O hâlde vasiyetname bizzat mirasbırakan tarafından yok edilmesi hâlinde, bu davranışın geri alma niyetiyle mi yapıldığı ayrıca araştırılmalıdır. *Meselâ*, vasiyetçi diğer evraklar arasına karışan

¹⁹ Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 12; Schlüter, *Erbrecht*, s. 82; Grüniger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 2; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 189; Ömer Bağcı, “*Vasiyetnamenin Geri Alınması*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 198-199; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1048; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 188; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 47; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107.

²⁰ Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 13; Gregor Joos, “Testamentsformen in der Schweiz und in den USA”, *ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht*, 170 (2001), s. 197; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, Cilt III, *Miras Hukuku*, N. 571; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 134; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1046; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku*, C. IV, *Miras Hukuku*, N. 543; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 117; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 403; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 186; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 531; Dilşah Büşra Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9/34 (2018), s. 325-326; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234, 238; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 91; Yılmaz, *Medeni Hukuk*, Cilt IV, *Miras Hukuku*, s. 58.

²¹ Karl-Heinz Gursky, *Erbrecht*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994, s. 45; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 13; Pia Badertscher, “Art. 498–516 ZGB”, *Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar*, (Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Auflage, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021, OFK ZGB, Art. 510, N. 4; Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. 10; Benedikt Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, Zürich: Schulthess, 2017, N. 697; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190; Peter Weimar, *Berner Kommentar, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, (ed. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter), Bern: Stämpfli Verlag, 2009, Art. 509-511, N. 17; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 81-82; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, Cilt III, *Miras Hukuku*, N. 571, 585; Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 222; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 134; Bağcı, “*Vasiyetnamenin Geri Alınması*”, s. 232; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 117; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 403; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 186, dn. 484; Günay, “Vasiyetten Dönme”, s. 315; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 531, 534; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 325-326; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234; Köpürülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 34-35; Aydın Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 168.

vasiyetnamesini farkında olmayarak yırtıp çöpe atmışsa veya yakmışsa, onun niyeti vasiyetnameyi yırtıp çöpe atmak veya yakmak olmayıp, bilakis işe yaramayan kullanılmış kâğıtları imha etmektir²². Buna ek olarak, vasiyetçinin hazırladığı el yazılı vasiyetnameyi cebinden düşürmesi ve kaybetmesi²³ ya da vasiyetçinin yok etme davranışını gerçekleştirirken ayırt etme gücüne sahip olmaması²⁴ hâllerinde de durum bu şekildedir. Bu ihtimâllerde vasiyetnameyi geri alma niyeti yoktur.

Öte yandan, TMK m. 543/I hükmünün uygulama alanı bulması bakımından öncelikle mirasbırakanın geri alma niyetinin oluşması ve vasiyetnamenin bu niyete istinaden yok edilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, vasiyetname yok olduktan sonra mirasbırakanın bu durumu onaylaması, yani geri alma niyetine sahip olması, yok olan vasiyetnamenin yok edilmiş hâle gelmesini sağlamaz. Söz gelimi, mirasbırakan, vasiyetnamesinin kaza veya üçüncü kişinin davranışına dayalı olarak yok olmasını şekilsiz olarak onaylayabilir. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere²⁵, mirasbırakanın bu şekilde yok olmayı onaylaması, vasiyetnamenin geri alınmış olmasını sağlamaz. Vasiyetname hâlâ yok olmuş sayılmalıdır.

III. VASİYETNAMENİN YOK EDİLMESİNDEN FARKI

TMK m. 543/I hükmüne göre, “*Mirasbırakan, yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir*”.²⁶ Hükümde açıkça ifade edilmemiş olsa da vasiyetnameden bu yolla dönülebilmesi

²² Benzer örnek için bkz. Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 13; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 571; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 223, dn. 1003; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1054; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 117, 124; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 119; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 534; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, s. 123; Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178, 180; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99. Buna karşılık, vasiyetnamenin sadece buruşturulmuş veya çöp sepetine atılmış olması, yok etme anlamına gelmemektedir. Bkz. Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 5; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 79; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 569; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 116; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178, dn. 444; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 91. Aksi görüşte Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1047, dn. 1993, yazara göre, mirasbırakanın vasiyetnameyi buruşturarak çöpe atması yok etme suretiyle vasiyetnameden dönme niteliğindedir. Zira bu durumda mirasbırakan vasiyetnamesinin hüküm ve sonuç doğurmasını arzu etmemektedir. Ancak üçüncü bir kişinin bu vasiyetnameyi bularak geçerliymiş gibi hüküm doğurmasını sağlaması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, sonradan bu tür uyumsuzlukların çıkmasını engellemek amacıyla vasiyetname yok edilerek (mesela yırtılarak) çöpe atılmalıdır. Aynı yönde bkz. Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 12.

²³ Örnek için bkz. Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 81-82; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1054; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109.

²⁴ Bkz. Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 81-82; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1049; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 117, 124; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 116; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178, 180; Olğaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 83-84; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99.

²⁵ Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107.

²⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 490’uncü maddesinde bu fıkra yer almamakta idi. Ne var ki, öğretide hükümün İsviçre Medeni Kanunu’ndaki karşılığını oluşturan 510’uncü maddenin birinci fıkrasında böyle bir düzenlemeye yer verildiği, ancak bu düzenlemenin bir yanlışlık nedeniyle Türk Kanunu Medenisi’ne alınmadığı ve aynı imkânın Türk Hukuku’nda da kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. Ayan, *Miras Hukuku*, s. 132; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 56; Bağcı, “*Vasiyetnamenin Geri Alınması*”, s. 188-187; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 116; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 117; İnan, Ertaş ve Albaş,

için, yok etme davranışının geri alma niyetiyle (animus revocandi/ Aufhebungsabsicht, Aufhebungswille, Widerrufsabsicht) gerçekleştirilmiş olması lazımdır²⁷. Bu aşama vasiyetçinin zihninde geri alma iradesinin oluşması ve bu iradeye istinaden fiil iradesinin ortaya çıktığı bir süreci kapsamaktadır. Bu nedenle söz konusu şartta vasiyetnamenin yok edilmesinin “*sübjektif unsur*” da denilmektedir²⁸. Buna karşılık, vasiyetçinin böyle bir niyeti olmaksızın vasiyetnamayı yok etmesi hâlinde TMK m. 543/I’de düzenlenen “*yok etme*” değil, TMK m. 543/II’de düzenlenen “*yok olma*” gündeme gelecektir²⁹. Vasiyetnamenin kaza sonucunda veya üçüncü bir kişinin fiiliyle yok olması hâlinde, TMK m. 543/II hükmünün uygulama alanı bulacağı aşikârdır. Buna karşılık, vasiyetnamenin bizzat vasiyetçi tarafından yok edilmesi veya

Miras Hukuku, N. 530; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 325; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 233; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 177-178; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 88-89, yazar 20.09.1950 tarihli ve 4/10 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında, tereddüt hâlinde kaynak kanunun esas alınacağını ifade edildiğini ve vasiyetçinin yok etmek suretiyle vasiyetnamesinden dönüp dönemeyeceği yönündeki tereddüdün mehz Kanun’daki düzenleme esas alınarak giderilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aksi yönde bkz. Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 49; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, s. 48-54, yazara göre o dönemde yok etmek suretiyle vasiyetnameden dönmek mümkün değildi. Zira, vasiyetname sıkı şekil kurallarına tabi bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan, kanunun aradığı şekillerin dışına çıkılmamalıydı.

Her ne kadar hükümde “*dönme*” terimi kullanılmış olsa bile, bu ifade mehz Kanun’daki düzenlemeye (ZGB Art. 510) uygun olarak “*geri alma (Widerruf)*” şeklinde okunmalıdır. Zira vasiyetname tek taraflı ve bağlayıcı olmayan bir tasarruftur. Bu nedenle, mirasbırakanın dönme beyanında bulunmasından bahsetmek teorik olarak yerinde olmaz. TMK m. 542 hükmü bakımından yapılan benzer bir açıklama için bkz. Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, § 8, N. 2.

²⁷ Wolfgang Edenhofer, “BGB §§ 1922-2385”, *Beck’sche Kurz Kommentare, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7*, 65. Auflage, München: C.H. Beck Verlag, 2006, § 2255, N. 8; Friedrich, *Testament und Erbrecht*, s. 96; Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 13; Helmut Koziol ve Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13. Auflage, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007, s. 511; Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 2; Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. 5; Alexandra Dal Molin-Kränzlin, “Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament”, *successio*, (2020), s. 362; Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 365; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Ervertrügen und ihre Missachtung”, s. 188; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 80; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 571; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 222; Bağcı, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 232; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1046; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 117; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 186; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 531; Zafer Kahraman, “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/Özel Sayı (2015), s. 948; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 325; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 123; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 34; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, s. 47, 54-56; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 91; Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, s. 158-159; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58.

Öğretideki hâkim kanaate göre, vasiyetnamenin yok edilmesi (TMK m. 543/I), mirasbırakanın geri alma iradesine dayandığı için hukukî işlem niteliğindedir. Bu nedenle, vasiyetçinin tasarruf ehliyetine sahip olması gerekir. Bkz. Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 2; Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 365; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 80; Bağcı, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 193; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 116; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 326; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, s. 47-48. Buna karşılık, vasiyetnamenin yok edilerek geri alınmasının maddi fiille gerçekleştiği yönünde bkz. Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 188.

²⁸ İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108.

²⁹ Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. 10; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 186, dn. 484; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178.

vasiyetnameyi kimin yok ettiğinin tespit edilememesi gibi durumlarda hangi hükmün uygulanacağını tespit etmek somut olayda oldukça güç hâle gelebilmektedir.

Vasiyetnamenin geri alınmasının ikinci şartı, vasiyetçi tarafından yok etme fiilin gerçekleştirilmesidir (objektif unsur). Vasiyetçi, arzusuna göre vasiyetname senedini yırtma, yakma, delme, kesme, kıyma, ıslatma, bulunamayacak şekilde atma, kalıcı olarak elden çıkarma gibi davranışlar sergileyebileceği gibi, vasiyetname senedini yok etmeksizin onu baştan aşağı karalama, sadece imza veya tarihin çizilmesi gibi farklı davranışlarda da bulunabilir³⁰. Bu açıdan önemli olan husus, vasiyetnamenin fiziken yok edilmesi değil, okunamayacak hâle getirilmesidir³¹. Vasiyetname tamamen yok edilebileceği gibi, kısmen de yok edilebilir³². *Meselâ*, vasiyetçi vasiyetnamede bulunan tasarruflardan bir kısmını karalamış³³ ya da mirasbırakan

³⁰ Silvia Bauermeister, “§§ 2229 bis 2263 BGB”, *juris Praxiskommentar BGB, Band 5, Erbrecht*, (ed. Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann, Stephan Weth, Markus Würdinger ve Hannes Ludyga), 9. Auflage, Saarbrücken: Online-Nutzung, 2020, jurisPK BGB, § 2255, N. 8-10; Edenhofer, “Beck’sche K.”, § 2255, N. 5; Friedrich, *Testament und Erbrecht*, s. 97; Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 11; Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 1; Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. 5; Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 5; Druey, *Grundriss des Erbrechts*, § 9, N. 66; Grüniger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 1; Stephanie Hrubesch-Millauer ve Martina Bosshardt, “Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung”, *Der Mensch Als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid*, Zürich: Schulthess, 2019, s. 364; Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 365; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, s. 612; Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 12-13; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 79; Zeiter, Alexandra. “Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB)”, *AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz*, 203 (2001), N. 728; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 569; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1046-1047; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 116; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 401; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 186-187; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 117; Günay, “Vasiyetten Dönme”, s. 315; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108-109; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 532; Kahraman, “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması”, s. 948, dn. 11; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 326-327; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 34; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 212; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 59; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 88; Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, s. 158. Avusturya Hukuku’nda da vasiyetçinin vasiyetnameyi kesmesi, üzerini çizmesi veya içeriğini silmesi, yok etme olarak düzenlenmiştir (ABGB § 721). Bkz. Koziol ve Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 511.

³¹ Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N.5; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1047; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 544; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 116; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 532; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 34; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107. Bu konuda akla yırtılmasına rağmen, küçük parçalarının bir araya getirilmesi suretiyle içeriği anlaşılabilen vasiyetnamenin yok edilmiş sayılıp sayılmayacağı gelebilir. Yargıtay bu tür vasiyetnamelerden yok etme suretiyle dönülmediğini ve bu nedenle de geçerliliklerini koruduğunu kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD. T. 06.04.1964, E. 1964/1887, K. 1964/ 1795 (Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 544, dn. 297).

³² Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 1; Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. 5; Druey, *Grundriss des Erbrechts*, § 9, N. 68; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1053; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 116; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 401; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 123; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 35; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90; Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, s. 159.

³³ İsviçre öğretisinde de vasiyetnamenin imzalanmasından sonra mirasbırakanın yaptığı silme ve karalama gibi işlemlerin ZGB Art. 510 anlamında kısmi yok etme yoluyla vasiyetnamenin ilgili bölümünün geri alınması niteliğinde olduğu ve bu sonuca ulaşılması için imza veya parafın gerekli olmadığı; ne var ki, yeni bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilen eklerin ya da mevcut bir ölüme bağlı tasarrufu değiştiren değişikliklerin tarih konularak imzalanması (ya da paraflanması) gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Matthias Bizzarro, “Mängel handschriftlicher Testamente”, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, (2016), s. 1447.

vasiyetnamenin bir kısmını yırtmış ve kalan kısım da geçerlilik koşullarını taşıyorsa vasiyetnamenin kısmen yok edilmesi gündeme gelir³⁴. Bu durumda, vasiyetnamenin yok edilen kısımları olmaksızın kalan kısımlarının geçerli olabilmesi için, vasiyetçinin arzu ve iradesinin bu yönde olması ve geri kalan kısmın yok edilen kısımlar olmaksızın tek başına yerine getirilebilir olması gerekmektedir³⁵.

Yok etme fiilinin gerçekleştirilmesi bakımından, vasiyetnamenin düzenleniş biçimi önemli bir rol oynamaktadır. Şöyle ki, vasiyetnamenin fotokopisi veya bir nüshasının yok edilmesi yeterli olmayıp, tüm asıllarının yok edilmesi gerekmektedir³⁶. Bunun için de vasiyetnamenin asıllarının vasiyetçinin hâkimiyetinde olması gerekmektedir. Mirasbırakan tarafından hazırlanan ve saklanan el yazılı vasiyetnameler, kolaylıkla yok edilebilir.

Buna karşılık, vasiyetnamenin aslı bazı hâllerde vasiyetçi dışında bir başkasının hâkimiyeti altına olabilmektedir. *Meselâ*, el yazılı vasiyetnamenin saklanmak üzere notere, sulh hâkimine veya yetkili memura tevdi (TMK m. 538/II), resmi vasiyetnamenin aslının noter veya resmi memur tarafından saklanması (TMK m. 537 ve NK 81/II) veya sözlü vasiyetnamede tutanağın hâkim tarafından muhafaza edilmesi gibi hâllerde durum böyledir. Vasiyetnamenin aslı başkasının hâkimiyetinde olunca, akla bunun ne şekilde yok edileceği gelmektedir. Zira

³⁴ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1053; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 117; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 123.

³⁵ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1053; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 116; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90.

³⁶ Koziol ve Welsler, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 511; Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 3; Breitschmid, “BSK ZGB II”, Art. 509-511, N. 5; Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 5; Grüniger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 2; Hrubesch-Millauer ve Bosshardt, “Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung”, s. 363; Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 365; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 189; Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 11; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 79, 82; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 568; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1051-1052; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 119; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 402; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 190; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 36; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 213; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58. *Gönensay ve Birsen*'e göre, vasiyetçinin birden fazla asıl varken sadece bir nüshayı yok etmesi, vasiyetten dönme olarak değerlendirilmeyebilir. Ancak, bu gibi hâllerde vasiyetçinin maksat ve niyetinin araştırılmasının daha yerinde olacaktır. *Meselâ*, el yazısıyla yazılmış bir vasiyetnamenin birden çok nüshası varsa bunlardan sadece birisinin imha edilmesi, hâl ve şartlara göre vasiyetçinin bu vasiyetnameden dönmeyi kastettiği şeklinde yorumlanabilir. Bkz. *Gönensay ve Birsen, Miras Hukuku*, s. 117-118. *Öztrak*'a göre ise, vasiyetnamenin birden çok orijinal nüshasının olması ve vasiyetçi bunlardan sadece birisini yok etmesi hâlinde, vasiyetçinin geri alma niyetiyle bunların hepsini yok etmeyi arzuladığı, ancak elinde olmayarak bu arzusunu yerine getiremediği şüpheye mahal bırakmayacak bir şekilde ispat edildiği takdirde bu vasiyetnameden dönülmüş olduğu kabul edilmelidir. Zira, bu kabul favor testamenti kuralına uygun bir çözüm tarzıdır. Bkz. *Öztrak, Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyası*, s. 60. Aynı yönde bkz. Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 189. *Badertscher* de vasiyetçinin birden çok orijinal nüshadan sadece birini imha etmesi hâlinde, vasiyetnamenin hüküm ifade etmesini istemeyen kişilerin vasiyetçinin asında tüm orijinal nüshaları yok etmek niyetinde olduğunu, ancak kaçınılmaz engeller nedeniyle bunu yapamadığını ispat edebileceklerini ifade etmektedir. Bkz. *Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 3. Şener* ise, resmi şekilde düzenlenen vasiyetnamenin aslının alınarak örnekleri ile birlikte yok edilmesinden söz etmektedir. Bkz. *Şener, Vasiyet Hukuku*, s.89. *Dorjee-Good* da pratik açıdan vasiyetnamenin tüm orijinalleri yanında tüm kopyalarının da imha edilmesini tavsiye etmektedir. Bkz. *Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 5. Ayrıca bkz. Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 80.*

yok etmede, vasiyetname mirasbırakan tarafından geri alma niyetiyle ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise mirasbırakanın vasiyetnameye zilyet olmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan vasiyetnamenin yok edilmesi, daha ziyade el yazılı vasiyetnamelerde söz konusu olmaktadır³⁷. El yazılı vasiyetname saklanmak üzere notere, sulh hâkimine veya yetkili memura verilmiş olsa bile (TMK m. 538/II), vasiyetçi bunu her zaman geri isteyerek yok edebilir³⁸. Her ne kadar pratik bir önemi olmasa da sözlü vasiyetnamelerin de bir aylık süre dolmadan hâkimden alınarak yok edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁹.

Ne var ki somut olayda resmi vasiyetname düzenlenmişse, düzenleyen memur vasiyetnamenin aslını saklamakla yükümlüdür (TMK m. 537). Memurun, özellikle noterin, saklama yükümlülüğü karşısında resmi vasiyetnamenin yok edilip edilemeyeceği meselesi akla gelmektedir. Aksini kabul edenler olmakla birlikte⁴⁰, resmi vasiyetnamenin yok etme yoluyla geri alınabilmesi için, vasiyetçinin sadece elindeki nüshayı yok etmesi yeterli olmayıp, resmi memurda

³⁷ Bkz. Friedrich, *Testament und Erbrecht*, s. 96; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 79, 82; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 570; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1050; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 544; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 118; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 187, dn. 486; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 532; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 327; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 123; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 35; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, s. 59; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 89; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58.

³⁸ Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 3; Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 11; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1052; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 546; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 119-120; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 187, dn. 486; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 329; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 236, dn. 21; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 89. BGB § 2256 hükmünün üçüncü fıkrasında da BGB 2256/II hükmünün BGB § 2248 hükmü uyarınca tevdi edilen vasiyetname için de geçerli olduğu, ancak geri vermenin vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir. O hâlde, vasiyetçi her zaman muhafazası için tevdi edilen el yazılı vasiyetnamesinin iadesini talep edebilecektir. Ne var ki, resmi vasiyetnamelerden farklı olarak, tevdi edilen el yazılı vasiyetnamenin salt iade edilmesi onu geçersiz hâle getirmeyecektir. Bkz. Bauermeister, “jurisPK BGB”, § 2256, N. 12; Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Susanne Kappler ve Tobias Kappler, *Erman BGB, Kommentar, Band 3, §§ 1589-2385 BGB, AGG, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, WEG, IPR*, (ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer), 16. Auflage, Köln: Ottoschmidt, 2020, § 2256, N. 2; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 15; Philipp Sticherling, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 141, Erbrecht, §§ 1922-2385 BGB, §§ 27-35 BeurkG*, (redak. Sibylle Kessel-Wulf), 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2022, § 2256, N. 4. Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Die Vorschriften des Absatzes 2 gelten auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluss”. Resmi vasiyetnamelerde olduğu gibi, bu tür vasiyetnamelerin de vasiyetçiye şahsen iade edilmesi gerektiği hakkında bkz. Sticherling, “Münchener K. BGB”, § 2256, N. 12.

³⁹ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 547; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 12; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 187, dn. 486; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234, dn. 13; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178. Aksi görüşte olan Kılıçoğlu’na göre, sözlü vasiyetname artık mahkemeye teslim edildiği için yok edilmesi mümkün değildir. Bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 123.

⁴⁰ Serozan ve Engin’e göre, resmi vasiyetnamenin veya tevdi edilmiş el yazılı vasiyetnamenin aslı yerine sadece kopyasının geri alma niyetiyle yok edilmesi de vasiyetnameyi geri almak şeklinde değerlendirilmelidir. Zira yazarlara göre, bunun aksinin kabul edilmesi hâlinde resmi vasiyetnamenin veya tevdi edilmiş el yazılı vasiyetnamenin geri alınması gereksiz yere zorlaştırılmış olurdu. Bkz. Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 108. Aynı yönde bkz. Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 328.

bulunan vasiyetname aslını da yok etmesi gerekmektedir⁴¹. Noterlik Kanunu (NK)⁴² m. 84/II ve TMK m. 537 hükümlerinde öngörülen noterin resmi vasiyetnameyi saklama yükümlülüğü karşısında, noterdeki aslın nasıl yok edilebileceği meselesi akla gelmektedir. *Bir görüşe göre*⁴³, NK m. 84/II hükmünde noter tarafından düzenlenen tutanakların aslının noterlikte saklanacağı ve ilgisine bir örneğinin verileceği düzenlendiğinden noter resmi vasiyetnameyi vasiyetçinin isteği üzerine geri veremez. Her ne kadar noter vasiyetnamenin aslını geri veremezse de vasiyetçinin notere başvurarak ondan elindeki resmi vasiyetname nüshasını yakmasını, yırtmasını veya karalamasını talep edebilir. Bu ihtimalde noter durumu bir tutanakla tespit ederek bu talebi yerine getirebilir. Ne var ki, vasiyetçi noterdeki nüshayı bir şekilde ele geçirip yok etmişse vasiyetname geri alınmış sayılacaktır⁴⁴. *Bir başka görüşe göre ise*⁴⁵, TMK m. 537'de yer alan vasiyetnamenin saklanmasına ilişkin hüküm bir geçerlilik şartı olmadığından, vasiyetçi noterdeki asıl nüshayı geri isteyebilir⁴⁶. Ne var ki vasiyetin yok edilmiş sayılabilmesi için, noterlikten alınan nüshanın geri alma niyetiyle yok edilmiş olması gerekmektedir⁴⁷. BGB § 2256/I hükmünde ise, noterde bulunan aslın salt geri alınması hâlinde dahi vasiyetnamenin geri alınmış sayılacağı düzenlenmiştir⁴⁸.

⁴¹ Dorjee-Good, "CHK ZGB", Art. 509-511, N. 5; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, s. 612; Weimar, "BK ZGB", Art. 509-511, N. 11; Wolf ve Wild, "Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung", s. 82; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 544; Efedayıoğlu, "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma", s. 120-121; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 532; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 236; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178.

⁴² Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG 05.02.1972/14090.

⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234-235; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 38 vd.

⁴⁴ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1051; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 234, 236; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 46; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107.

⁴⁵ Badertscher, "OFK ZGB", Art. 510, N. 3; Weimar, "BK ZGB", Art. 509-511, N. 11; Wolf ve Wild, "Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung", s. 82; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 402; Günay, "Vasiyetten Dönme", s. 315; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 533; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 89-90.

⁴⁶ BGB § 2256 hükmünün ikinci fıkrasında, vasiyetçinin her zaman vasiyetnamenin iadesini talep edebileceği ve vasiyetnamenin sadece vasiyetçiye şahsen iade edilebileceği düzenlenmiştir. Hükmün Almanca metni ise şu şekildedir: "Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Das Testament darf nur an den Erblasser persönlich zurückgegeben werden". İade talebinin herhangi bir şekle tabi olmadığı yönünde bkz. Bauermeister, "jurisPK BGB", § 2256, N. 5; Sticherling, "Münchener K. BGB", § 2256, N. 6, 8. Vasiyetnamenin bizzat vasiyetçiye değil de onun yetkili temsilcisine iade edilmesi, iadenin hukukî sonucunun meydana gelmesini sağlamaz. Vasiyetname üzerine iadenin yazılması da bu durumu değiştirmeyecektir. Bkz. Bauermeister, "jurisPK BGB", § 2256, N. 6; Kappler ve Kappler, "Erman BGB", § 2256, N. 5; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 15; Schlüter, *Erbrecht*, s. 82; Sticherling, "Münchener K. BGB", § 2256, N. 8.

⁴⁷ Wolf ve Wild, "Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung", s. 82; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 89.

⁴⁸ Bkz. Kappler ve Kappler, "Erman BGB", § 2256, N. 2; Schlüter, *Erbrecht*, s. 82; Sticherling, "Münchener K. BGB", § 2256, N. 14; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 187, dn. 486; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 236; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 107. Hükmün Almanca metni şu şekildedir: "Ein vor einem Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird. Die zurückgebende Stelle soll den Erblasser über die in Satz 1 vorgesehene Folge der Rückgabe belehren, dies auf der Urkunde vermerken und aktenkundig machen, dass beides geschehen ist". Hükmün Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: "Noter huzurunda veya § 2249 hükmü uyarınca yapılan vasiyetname, resmi korumaya alınan vasiyetname senedinin vasiyetçiye iade edilmesi hâlinde geri alınmış sayılır. Belgeyi iade eden makam, vasiyetçiye geri vermenin birinci cümlede öngörülen sonucu hakkında bilgi verir, bunu belge üzerine yazar ve her ikisinin yapıldığına dair bir tutanak tutar". Bu, aksi iddia edilemez bir karinedir ve bu konuda

Tüm bu anlatılanlardan hareketle, vasiyetnamenin yok olmasının vasiyetnamenin yok edilmesinden farklarına değinmek gerekmektedir. Öncelikle, vasiyetnamenin yok edilmesi TMK m. 543/I hükmünde düzenlenmişken; vasiyetnamenin yok olması TMK m. 543/II'de hüküm altına alınmıştır. Vasiyetnamenin yok etme yoluyla geri alınabilmesi için, mirasbırakanın vasiyetnameyi yok etmesi (objektif unsur) ve bu davranışını geri alma niyetiyle gerçekleştirilmesi (sübjektif unsur) gerekmektedir⁴⁹. Buna karşılık, vasiyetnamenin yok olması mirasbırakanın iradesine dayalı olarak gerçekleşmemektedir. Diğer bir deyişle, bu durumda vasiyetnamenin yok etme yoluyla geri alınmasında aranan sübjektif unsurdan bahsedilmeyecektir⁵⁰. Mirasbırakanın vasiyetnamesini yok etmesi için ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olması gerekli iken; vasiyetnamenin yok olması, diğer bir deyişle TMK m. 543/II hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için mirasbırakanın iradesinin ve ehliyetinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁵¹. Vasiyetnamenin yok edilmesi, mirasbırakan hayatta olduğu sürece mümkünken; vasiyetnamenin yok olması mirasbırakan hayatta olduğu sürece ve hatta onun ölümünden sonra da söz konusu olabilmektedir⁵².

Vasiyetnamenin yok edilmesi hâlinde, mirasbırakan vasiyetnamesini geri almış, diğer bir deyişle ondan dönmüş kabul edilmektedir. Bu nedenle, yok edilen vasiyetname artık geçerli değildir ve hukuken bir değeri bulunmamaktadır⁵³. Ne var ki, yok olan bir vasiyetname içeriği bir fotokopi veya tanıkla aynen ve tamamen ispat edilebilirse, uygulanma imkânı elde edebilir⁵⁴. O hâlde somut olayda vasiyetnamenin yok edilmiş mi olduğu yoksa yok olmuş mu olduğu dikkatle araştırılıp tespit edilmelidir. *Mesela*, mirasbırakanın ölümünden sonra evrakları arasında yırtılarak paramparça edilmiş bir vasiyetname ve bu vasiyetnamenin bir fotokopisi bulunmuştur. Şayet mirasbırakanın vasiyetnameyi geri alma niyetiyle bizzat yok ettiği ispat edilebilirse, vasiyetname hükümsüz olur ve fotokopinin varlığı bu sonucu değiştirmez⁵⁵. Buna karşılık, mirasbırakanın vasiyetnameyi geri alma niyeti olmaksızın yok ettiği veya bir üçüncü

vasiyetçinin iradesi önem taşımamaktadır. Vasiyetçi vasiyetnamesini geçersiz kılmak istemeyip sadece içeriğini evde kontrol etmek amacıyla resmi makamdan almış olsa bile, vasiyetnamenin geri alındığı kabul edilmektedir. Bkz. Schlüter, *Erbrecht*, s. 82. Aynı yönde bkz. Julius Binder, *Bürgerliches Recht, Erbrecht*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 1930, s. 37; Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 15.

⁴⁹ Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 365; Bağcı, "Vasiyetnamenin Geri Alınması", s. 207; Efedayioğlu, "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma", s. 117; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 35.

⁵⁰ Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 83.

⁵¹ Molin-Kränzlin, "Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament", s. 362; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 223; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 35. Bu sonuç, vasiyetnamenin artık mevcut olmamasından değil, vasiyetçinin geri alma niyetini yok etme yoluyla açıklamasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, bu hukuki sonuç mirasbırakanın iradesine dayanmaktadır. Bkz. Molin-Kränzlin, "Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament", s. 362.

⁵² Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 223.

⁵³ Molin-Kränzlin, "Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament", s. 362; Imre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108.

⁵⁴ Bizzarro, "Mängel handschriftlicher Testamente", s. 1453.

⁵⁵ Molin-Kränzlin, "Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament", s. 362; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 190.

kişinin bu davranışı gerçekleştirdiği ispat edilebilirse, fotokopi kullanılarak vasiyetnamenin hüküm ifade etmesi sağlanabilir⁵⁶.

Vasiyetnamenin yok edilmesinden farklı olarak, yok olması açısından düzenleniş biçimi önem arz etmemektedir. Bu bakımdan noter veya resmi memur tarafından saklanan vasiyetnamenin ilgili yerde çıkan yangın ya da bir çalışanın dikkatsizliği sonucunda yok olması hâlinde TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulabilecektir⁵⁷.

IV. VASIYETNAMENİN YOK OLMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. YOK OLAN VASIYETNAMENİN UYGULANABİLİRLİĞİ

1. Kural: Yok Olan Vasiyetnameye Dayanılamaması

TMK m. 543/II'ye göre, hangi sebeple olursa olsun yok olan ve içeriği aynen ve tamamen belirlenemeyen vasiyetname hükümden düşer. Ne var ki, yok olan vasiyetnamenin içeriğinin aynen ve tamamen belirlenememesi hâlinde hükümden mi düşeceği yoksa hükümden düşmeyip sadece etkisini mi kaybedeceği öğretide tartışmalıdır.

*Bir görüşe göre*⁵⁸, TMK m. 543/II hükmünden de anlaşılacağı üzere, yok olan vasiyetnamenin hükümden düşmesi ilke olup, hüküm ifade etmesi istisnadır. Vasiyetnamenin yok olması ve içeriğinin de ispat edilememesi hâlinde, ölüme bağlı hukuki işlem de yok olmuş sayılacaktır. Zira bu gibi hâllerde, lehine vasiyet yapılan kişinin hakkını dayandırdığı ölüme bağlı tasarrufun varlığını ve içeriğini ispatlaması mümkün değildir.

*Diğer bir görüşe göre ise*⁵⁹, vasiyetnamenin yok olması onun hükümden düşmesine yol açmaz. Ancak yok olan vasiyetnamenin içeriği aynen ve tamamen ispat edilemedikçe bu vasiyetnamenin yürürlüğü hukuki değil, hayali bir yürürlük olacaktır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 510'uncu maddesinin ikinci fıkrasında⁶⁰ "*verliert die Verfügung ... ihre Gültigkeit*" denilmektedir. Bu ifadenin Türkçeye "*tasarruf geçerliliğini kaybeder*" şeklinde tercüme edilmesi mümkündür. Ne var ki, İsviçre öğretisinde yayımlanan eserlerde "*Gültigkeit*" yerine "*Wirkung*"

⁵⁶ Bkz. Efedayioğlu, "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma", s. 118; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90.

⁵⁷ Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 402.

⁵⁸ Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 58; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1057; Efedayioğlu, "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma", s. 128; Günay, "Vasiyetten Dönme", s. 315; Hatemi, *Miras Hukuku*, § 8, N. 5; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 109-110; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 535; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 180; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 50. Şener de içeriği aynen ve tamamen tespiti edilemeyen vasiyetnamenin yok olduğundan söz etmektedir. Bkz. Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 99. İçeriği aynen ve tamamen belirlenemeyen vasiyetnamenin hükümden düşeceği yönünde bkz. Ayan, *Miras Hukuku*, s. 134.

⁵⁹ Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109. Köprülü de bu durumda vasiyetnamenin hükümsüz olacağından değil, artık ona itibar olunmayacağından bahsetmektedir. Bkz. Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128-129.

⁶⁰ ZGB Art. 510 Abs. 2 hükmünün Almanca metni şu şekildedir: "*Wird die Urkunde durch Zufall oder aus Verschulden anderer vernichtet, so verliert die Verfügung unter Vorbehalt der Ansprüche auf Schadenersatz gleichfalls ihre Gültigkeit, insofern ihr Inhalt nicht genau und vollständig festgestellt werden kann*" ifadesi kullanılmıştır. Hüküm Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: "*Vasiyetname kaza sonucunda veya üçüncü bir kişinin kusuruyla yok olursa, tazminat talepleri saklı kalmak kaydıyla içeriği tam ve doğru bir şekilde belirlenemediği takdirde tasarruf geçerliliği kaybeder*".

(*Etki*)” kelimesi tercih edilmektedir⁶¹. Bu bilinçli bir tercihtir. Zira bu kullanımla, vasiyetnamenin aslında hala hükümsüz olmadığı, sadece etkisini kaybettiği ifade edilmek istenmektedir.

Kanaatimizce bu görüşlerden ikincisi daha yerindedir. Zira şekle tabi bir hukuki işlemde salt şeklin üzerinde cisimleştiği belgenin kaybedilmesi veya ortadan kalkması kural olarak o hukuki işlemin de ortadan kalkmasına neden olmaz. Bu nedenle, vasiyetname senedi yok olmuş olsa bile, bunun içeriğinde yer alan tasarruflar hukuken varlığını devam ettirecektir. Ancak bu vasiyetnameye dayanarak hak iddia eden kişinin öncelikle hakkına kaynaklık yapan vasiyetnamenin varlığını ispat etmesi gerekmektedir. Yok olan vasiyetnamenin içeriği aynen ve tamamen ispat edilemezse, kişi aslında sahip olduğu bir hakkı kanıtlayamadığından amacına erişemeyecektir. Diğer bir deyişle, aslında var ve geçerli olan vasiyetname etkisini gösteremeyecektir. Ancak olan (pozitif) hukuk (de lege lata) bakımından bu görüşümüze gerekçe bulmak güçtür. Zira TMK m. 543/II hükmünde yer alan “hükümsüz kalır” sözü açık (sarih) bir ifadeye sahiptir. Gerçi İsviçre Hukuku’nda da “geçerliliğini kaybeder” ifadesine rağmen öğreti bu ifadeyi etkisini kaybeder şeklinde anlamaktadır. O hâlde hükmün teleolojik yoruma tâbi tutularak olan hukuk bakımından da “etkisini kaybeder” şeklinde okunması mümkündür. Fakat pratikte yok olan vasiyetnamenin etkisini kaybetmesi ile hükümsüz kalması pek bir fark doğmayacaktır. Zira her iki durumda da lehine kazandırma yapılan kişi, vasiyetnameye dayanamayacaktır. Yine de olması gereken (ideal) hukuk (de lege ferenda) bakımından hükümde geçen “hükümsüz kalır” ifadesinin “etkisini kaybeder” şeklinde değiştirilmesi önerilebilir.

2. İstisna: İçeriği Aynen ve Tamamen İspat Edilen Vasiyetnamenin Hüküm İfade Etmesi

TMK m. 543/II-c.1 hükmünde yok olan vasiyetnamenin istisnai olarak hüküm ifade edebileceği düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetname hükümsüz kalır*”. Hükümün zıt anlamı (mefhum-u muhalifi), kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan ve içeriği aynen ve tamamen belirlenen vasiyetnamenin hüküm ifade edeceğini belirtmektedir⁶². O hâlde, yok olan vasiyetnamenin hüküm ifade edebilmesi için, şu şartlar gerekmektedir:

⁶¹ Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 6; Grüniger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 3; Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 17. *Badertscher*, vasiyetnamenin yok olmasının hukuki değil, sadece fiili bir etkisinin olduğunu, vasiyetnamenin artık kanıtlayıcı amacını yerine getiremediğini, ancak kurucu amacını hâlâ devam ettirdiğini ifade etmektedir. Bkz. *Badertscher*, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 4. Aynı yönde bkz. *Molin-Kränzlin*, “Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament”, s. 362; *Völk*, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190-191; *Wolf ve Wild*, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 82. *Seiler*’e göre, vasiyetnamenin şekli bir geçerlilik şekli olup, ispat şekli değildir. Bu nedenle, içeriği aynen ve tamamen herhangi bir şekilde ispatlanabildiği takdirde, vasiyetnamenin yok olması onun geçersiz olmasına yol açmaz. Bkz. *Seiler*, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 697. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. *Gursky*, *Erbrecht*, s. 45; *Schlüter*, *Erbrecht*, s. 82. Avusturya Hukuku’nda aynı yönde bkz. *Koziol ve Welser*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 512.

⁶² *Badertscher*, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 4; *Molin-Kränzlin*, “Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich widerrufenes Testament”, s. 362; *Völk*, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art.

a. Mirasbırakan tarafından yapılmış geçerli veya iptal edilebilir ancak henüz iptal edilmemiş bir vasiyetname olmalıdır

Mirasbırakan tarafından hazırlanmış bir vasiyetname projesinin veya vasiyetname olarak varlık kazanamayan karalamaların ortadan kalkması hâlinde TMK m. 543/II hükmüne dayanılarak bunların hüküm ifade etmesi sağlanamaz. Zira anılan hükümle hukuk aleminde hiç var olmayan bir ölüme bağlı tasarrufa varlık kazandırmak değil, önceden var olmakla birlikte sonradan yok olduğu için hüküm ifade etmediği kabul edilen bir ölüme bağlı tasarrufa ispat edilmesi hâlinde hüküm ifade edebilme imkânının tanınması amaçlanmıştır⁶³.

b. Bu vasiyetname yok olmalıdır

Vasiyetnamenin bir tabiat olayı veya üçüncü bir kişinin davranışı nedeniyle yok olması hâlinde bu konuda ayrıca bir ispat zorluğu yaşanmayacaktır. Ancak bir uyumsuzluk çıkarsa, vasiyetnamenin kaza sonucunda veya üçüncü bir kişinin davranışı nedeniyle yok olduğunu, buna dayanarak hak iddia eden kişinin ispat etmesi gerekmektedir (TMK m. 6; ZGB Art. 8)⁶⁴.

Buna karşılık, vasiyetnamenin mirasbırakanın bir davranışı nedeniyle ortadan kalkması hâlinde bu davranışın yok etme suretiyle geri alma niyetiyle mi yoksa böyle bir niyet olmaksızın mı gerçekleştirildiği önem arz edecektir. Vasiyetnamenin hüküm ifade etmesinde menfaati olan kişilerin bu durumda mirasbırakanın bu davranışını geri alma niyetiyle yapmadığını da ispat etmesi gerekmektedir (TMK m. 6)⁶⁵. Bununla birlikte, bizzat mirasbırakan tarafından

556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 188, 191; Wolf ve Wild, "Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung", s. 82; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 223; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 134; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 58; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1054; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 551; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 120; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 535; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 180; Olgaç, *Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 84; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 213; Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, s. 168; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58.

⁶³ Oğuzman, yanmış bir vasiyetnamenin salt içeriğinin ispatını yeterli bulmayan, bununla birlikte bu vasiyetnamede şekle uyulduğunun da ispat edilmesini arayan Yargıtay kararını (Yarg. 2. HD., T. 10.02.1951, E. 1951/4290, K. 1951/115) eleştirmiştir. Yazar, haklı olarak şekle uyulmamasının vasiyetnameyi iptal edilebilir hâle getirdiğini, buna karşılık vasiyetname içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilememesinin kesin hükümsüzlüğe yol açtığını belirtmiştir. Bkz. Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 180, dn. 459. Aksi görüşte Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 101. Öztrak'a göre de yok olan bir vasiyetnamenin hüküm ifade etmesinin şartlarından ilki, geçerli bir vasiyetnamenin olmasıdır. Bkz. Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı*, s. 118-122. Badertscher de vasiyetnamenin yok olmadan önce geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Badertscher, "OFK ZGB", Art. 510, N. 7. Aynı yönde bkz. Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 191, yazara göre ancak başlangıçta geçerli olan ve resmi ve maddi açıdan kusursuz olan vasiyetnameler hüküm ifade edebilir.

⁶⁴ Gursky, *Erbrecht*, s. 45; Röthel, *Erbrecht*, § 18, N. 13; Alexandra Jungo, *Zürcher Kommentar, Beweislast, Art. 8 ZGB*, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2018, s. 230; Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 190; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 575, 586; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 223; Bağcı, "Vasiyetnamenin Geri Alınması", s. 238; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 553; Efedayoğlu, "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma", s. 118, 127; Kartal, "Vasiyetnamenin Geri Alınması", s. 326; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Olgaç, *Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 85-86; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı*, s. 55.

⁶⁵ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 553; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178.

ortadan kaldırılan vasiyetnamenin geri alma niyetiyle yok edildiği yönünde fiili bir karine⁶⁶ de bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, vasiyetçinin bizzat vasiyetnamesini yok etmesinin rücu niyetine dayanması hayatın olağan akışına uygun bir kabuldür⁶⁷. Lehine karine bulunan tarafın iddiasını ispatlamasına gerek olmadığından⁶⁸, ortaya çıkan ihtilafta vasiyetnamenin hüküm ifade etmesini istemeyen vasiyet borçluları veya yasal mirasçıların vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından yok edildiğini ispatlamaları yeterlidir. Bu davranışın geri alma niyetiyle yapılmadığını, yani vasiyetnamenin yok olduğunu ve böylece içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilmesi hâlinde uygulanabileceğini ispat etme yükü diğer tarafa aittir.

Vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından yok edildiğinin ispatı bakımından vasiyetnamenin yırtılmış, karalanmış vb. olarak bulunduğu yer önem taşımaktadır. Şöyle ki, vasiyetname bu hâlde mirasbırakanın hâkimiyeti altında bulunan bir yerde, meselâ evrak çantasında, çekmecesinde, dolabında veya kasasında bulunursa, bu yok etme fiilinin bizzat mirasbırakan tarafından gerçekleştirilmiş olduğu farz edilmektedir⁶⁹. Zira vasiyetnameyi yok eden üçüncü kişi, arkasında delil bırakmamak amacıyla kalıntıları büyük olasılıkla yasal mirasçıların erişebileceği bu tür mekanlardan uzaklaştıracaktır⁷⁰. Dolayısıyla, böyle bir yerde bulunan vasiyetnamenin üçüncü bir kişi tarafından yok edildiğini iddia eden, bu iddiasını ispatlamak zorundadır. Zira bu ihtimal hayatın olağan akışına terstir⁷¹. Elbette somut olayda vasiyetnamenin bulunduğu yere diğer kişilerin erişiminin olup olmadığı da ayrıca araştırılmalıdır. Söz gelimi yırtılmış vasiyetnamenin mirasbırakanın bankadan kiraladığı ve sadece kendisinin açtırma yetkisinin olduğu bir banka kasasında bulunması ile, evinde tüm aile üyelerinin rahatlıkla kullanabildiği bir çekmecedeki bulunması aynı şey değildir. Zira vasiyetname üçüncü kişilerin de

⁶⁶ Hâkimin günlük hayat tecrübelerinden hareketle bilinen bir olaydan hareketle bilinmeyen bir olay için çıkardığı sonuca, “*fiili karine*” denilmektedir. Tanım için bkz. Mehmet Akçaal, *Medenî Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 43; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt: I, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, N. 2378; Mehmet Ayan ve Nürşen Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 300; Dursun Ali Demirboğa, “Hakların Korunmasında İspat Kuralları ve Resmî Sicil ve Senetlerin İspat Kuvveti”, *Medeni Hukuk – I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (ed. Metin İnkizler ve Özlem Tüzüner), Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 275; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 10. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015, N. 1305; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 21. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, N. 1047-1048; Sinan Okur, *Türk Medenî ve Borçlar Hukukunda Metot*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 80; Rona Serozan, *Medenî Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, § 10, N. 34c; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 190.

⁶⁷ Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 178.

⁶⁸ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 211-212; Ayan ve Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 300; Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, N. 1304; Oğuzman ve Barlas, *Medenî Hukuk*, N. 1042.

⁶⁹ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1055; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 118; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 189, dn. 497; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 326, dn. 33; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 238-239; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 212; Öztrak, *Tek Tarafli Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 55; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90.

⁷⁰ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1055, dn. 2022; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 554; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, s. 189, dn. 497; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 239.

⁷¹ Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 118; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 90.

erişebilir olduğu mekanlarda bulunmakta ise, mirasbırakanın ölümünden sonra dahi, bir üçüncü kişi tarafından yırtılarak veya karalanarak kalıntıların dikkat çekmemek amacıyla mirasbırakanın koyduğu yerde bırakılması ihtimal dahilindedir. Yine de öğretilerde bu ihtimalde vasiyetnamenin kaza sonucunda veya üçüncü bir kişinin fiili neticesinde yok olduğunu iddia edenin bu iddiasını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷². Bununla birlikte yırtılan parçaların birleştirilerek vasiyetnamenin yeniden okunabilir hâle gelmesi, kanımızca tek başına yeterli olmamalıdır⁷³. Diğer taraftan, vasiyetnamenin bir üçüncü kişinin hâkimiyeti altında bulunan bir yerde bulunması hâlinde fiili karine, vasiyetnamenin yok olması yönündedir⁷⁴. *Mesela*, vasiyetnamenin mirasbırakanın evinin dışında sokakta bulunan bir çöpte bulunması hâlinde üçüncü bir kişinin vasiyetnameyi yok etmek istediği daha ağır basmaktadır⁷⁵. Bu ihtimalde ise, yırtılan parçaların birleştirilerek vasiyetnamenin okunabilir hâle getirilmesi hukuken önem arz etmektedir. Zira burada yırtma fiili mirasbırakandan sadır olmadığından bizzat bu fiile vasiyetnameyi geri alma niyeti bağlanamayacaktır. Miras hukukunda geçerli olan ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği lehine yorum kuralı (favor testamenti) gereğince, vasiyetnamenin parçaları yeniden birleştirilerek içeriği aynen ve tamamen okunabilir hâle getirilebiliyorsa, bu tasarrufun hüküm ifade etmesine olanak tanımak gerekmektedir⁷⁶.

⁷² İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108.

⁷³ Serozan ve Engin de haklı olarak aslı bulunamayan ancak yırtılmış olarak bulunan bir vasiyetnamenin karine olarak mirasbırakan tarafından geri alınmış sayılmayacağını ifade etmektedirler. Bkz. Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109a. § 2255 BGB hükmünün ikinci cümlesine göre ise, mirasbırakan vasiyetnameyi yok etmişse vasiyetçinin vasiyetnameyi geri alma niyetinde olduğu varsayılmaktadır. Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “*Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermutet, dass er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe*”. § 2255 BGB hükmünün aksine ZGB Art. 510 hükmünde yasal bir karine öngörülmediği ve bu konuda ZGB Art. 8’de yer alan genel kuralın geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 697, Fn. 1696. İsviçre Hukuku’nda da bu durumda vasiyetçinin yok etme davranışını geri alma niyetiyle gerçekleştirdiği varsayılmaktadır. Bkz. Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 5. Türk Hukuku bakımından bkz. İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 108.

⁷⁴ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1055; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 555; Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, s. 326, dn. 33. Kocayusufpaşaoğlu’na göre, bu ihtimalde de vasiyetnamenin bizzat vasiyetçi tarafından ve geri alma niyetiyle yok edildiği yönünde bir karine bulunmakla birlikte; vasiyetnamenin vasiyetçi nezdinde bulunmasına oranla burada söz konusu karineyi çürütmek daha kolaydır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 239.

⁷⁵ Öztan, *Miras Hukuku*, s. 212. Kocayusufpaşaoğlu’na göre, vasiyetnamenin yok edilmeyerek sadece parçalanmış veya yırtılmış olması, onun bizzat vasiyetçi tarafından yok etme niyetiyle veya vasiyetçi veya üçüncü kişi tarafından yanlışlıkla yok edildiği fikrini desteklemektedir. Ancak somut olayın hal ve şartlarına göre parçalanmış vasiyetnamenin bir üçüncü kişi tarafından kasten yok edildiği sonucuna da ulaşılabilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 239.

⁷⁶ Gönensay ve Birsen, tarafından verilen bir örnek de bu görüşü desteklemektedir. Buna göre, mirasbırakan tarafından yapılan vasiyetname bir mirasçı (üçüncü kişi) tarafından yanlışlıkla veya öfke nedeniyle yırtılmıştır. Şayet yırtılan bu vasiyetnamenin bütün parçaları elde edilip, vasiyetname içeriği aynen ve tamamen okunabilecek surette yapılandırılacak olursa, vasiyetname hükümsüz olmaz. Bkz. Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 120. Ayrıca bkz. Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1056, dn. 2024; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 51.

c. Yok olan vasiyetnamenin içeriği aynen ve tamamen ispat edilmelidir

Vasiyetnamenin hüküm ifade etmesi için, içeriğinin aynen ve tamamen⁷⁷ ispat edilmesi gerekmektedir⁷⁸. Bu konuda ispat yükü, vasiyetnameye dayanarak hak iddia eden kişiler üzerindedir (TMK m. 6; ZGB Art. 8)⁷⁹. Vasiyetnamenin içeriğinin aynen ve tamamen tespiti bakımından, her türlü delilden faydalanılabilir. *Mesela*, yok olan vasiyetnamenin bir fotokopisine veya fotoğrafına, mirasbırakanın bir arkadaşına yazdığı mektuba, maile veya mesaja, kendi defterine aldığı notlara, günlüğünde geçen ifadelere, telefon veya bilgisayarından diğer kişilerle yaptığı yazışmalara ispat aracı olarak başvurulabilir⁸⁰. Hatta bu konuda tanık dinletilmesi de mümkündür⁸¹. Ne var ki, TMK m. 543/II hükmünün uygulanabilmesi için sadece bir vasiyetnamenin bulunduğuna işaret edilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda vasiyetnamenin içeriğine de aynen ve tamamen ışık tutulmalıdır.

Bu noktada akla, tüm vasiyetnamenin aynen kelime kelime ispatının gerekli olup olmadığı gelmektedir. TMK m. 543/II-c.1 hükmünün lafzından, vasiyetnamenin içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Öğretiye göre⁸², hükümde geçen “*aynen*

⁷⁷ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 490'inci maddesinde bu kısım “...münderecatının aynıyla ve tamamiyle tesbiti mümkün olmazsa ...” şeklinde ifade edilmekteydi. *Ayiter*, mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda “*genau und vollständig*” denilmesi nedeniyle, Türkçe metinde “*doğru ve eksiksiz olarak*” şeklinde bir tercümenin yapılmasını önermişti. Bkz. *Ayiter*, *Miras Hukuku*, s. 58, dn. 31.

⁷⁸ *Ayan*'a göre, böyle bir ispat pratik açıdan çok zordur. Bkz. *Ayan*, *Miras Hukuku*, s. 134.

⁷⁹ Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1055; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 553; Efedayıoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 127; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 138-140.

⁸⁰ Grüninger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 3; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 190-191; *Ayiter*, *Miras Hukuku*, s. 58; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1056; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 556; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 239; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 213; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 51; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 135-137; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 100.

⁸¹ Bkz. Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, N. 697; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 191; *Ayiter*, *Miras Hukuku*, s. 58; Berki, *Miras Hukuku*, s. 82; Efedayıoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 128; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 536; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 240; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, s. 130-131, 133, 135; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 100. Öğretide tanık ifadesinin değerlendirilmesinde çok dikkatli olunması gerektiği tavsiye edilmektedir. Bkz. Efedayıoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 128; Günay, “Vasiyetten Dönme”, s. 315; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 240; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 100. Aksi görüş için bkz. Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 120, yazarlara göre, vasiyetnamenin içeriğinin tanıkla ispat edilmesi mümkün değildir. *Çabri*'ye göre de vasiyetnamenin içeriğinin belirlenmesinde sadece tanık beyanına itibar edilmemelidir. Vasiyetname içeriğinin ispatlanmış sayılabilmesi için, tanık beyanının en azından başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Bkz. Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1056. Aynı şekilde vasiyetnameyi yok eden kişinin ikrarı da vasiyetnamenin içeriğinin ispatı bakımından tek başına yeterli görülmemelidir. Bkz. Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1056, dn. 2027.

⁸² Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 5-6; Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 6; Grüninger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 3; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 191; Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 17; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 573; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*,

ve tamamen” ifadeleri kelime anlamında anlaşılmalıdır; “tamamen ispat” vasiyetnamenin tümünün, “aynen ispat” ise ilgili tasarrufun kelime kelime saptanması şeklinde dar bir çerçevede yorumlanmamalıdır. Anlam itibarıyla bir bütün olarak ispat edilmesi hâlinde, vasiyetname içinde geçen bir tasarruf kural olarak ispat edilemeyen diğer vasiyetname hükümleri olmadan hüküm doğuracaktır⁸³. Ne var ki, bu tasarrufun ifası diğer kısımlar olmadan gerçekleştirilemiyorsa bu kısımların da aynen ve tamamen ispat edilmiş olması gerekecektir⁸⁴.

Aynen ve tamamen ispat konusunda şöyle bir örnek verilebilir. (M)’nin 18.09.2021 tarihinde el yazısı ile yazdığı vasiyetname metni şu şekildedir:

“Aşağıdaki tasarruflar benim son arzularımdır.

1) Mirasımın altında birini küçük yaşta öksüz ve yetim kalan yeğenim (Y)’ye bırakıyorum.

2) Hukuk Fakültesi’ni dört yılda bitirmesi koşuluyla, oğlum (O)’ya otomobilimi vasiyet ediyorum.

18.09.2021

İmza”

s. 223; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 58; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1056; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 556; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 127-128; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 536-537; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 239-240; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 84; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 51-52; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, s. 130-131; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 100. Weimar’ın bu konuda verdiği örnek şu şekildedir: “Noter vasiyetçinin belirli bir vakfı tek başına mirasçı olarak atadığını hatırlarsa, bu yeterlidir. Kullanılan kelimelerin kanıtlanmasına gerek yoktur”. Bkz. Weimar, “BK ZGB”, Art. 509-511, N. 17.

⁸³ Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 6; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 82; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 574; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 223-224; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1058; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 128; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 537; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 84; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 51-52; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 100-101. TMK m. 543/II hükmünde, “vasiyetname hükümsüz kalır” denilmektedir. Bu ifadenin lafzına bakılacak olursa, tüm vasiyetnamenin toptan ya hüküm ifade etmesi ya da hükümden düşmesi gerekir. Ne var ki, maddede düzenlenmek istenen bu değildir. Bu nedenle, hükmün olan hukuk bakımından teleolojik bir yoruma tabi tutularak daraltılması, diğer bir deyişle teleolojik reduksiyon yapılarak tüm vasiyetnamenin değil, sadece ilgili tasarrufun geçersiz olduğunun kabulü gerekmektedir. Ne var ki, olması gereken hukuk bakımından hükmün lafzında “ölüme bağlı tasarruf hükümsüz kalır” şeklinde bir değişiklik yapılması yerinde olur. Bu takdirde vasiyetname içinde yer alan bir ölüme bağlı tasarrufun iç bağlantı olmadıkça diğer yok olan tasarruflar olmadan hüküm ifade edebileceği de düzenlenmiş olacaktır.

⁸⁴ Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, s. 224; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 128; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 84. Öğretide, mirasbırakanın tespit olunamayan diğer tasarruflar olmaksızın tespit olunan tasarrufu yapmayacağı anlaşılıyorsa, bu tasarrufun tek başına hüküm ifade etmeyeceğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Bkz. Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 6; Dorjee-Good, “CHK ZGB”, Art. 509-511, N. 6; Grüniger, “KUKO ZGB”, Art. 510, N. 3; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 191; Wolf ve Wild, “Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung”, s. 82; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1058; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 128; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 537; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 240; Öztrak, *Miras Hukuku*, s. 52; Öztrak, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, s. 128-129; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 101.

(M) düzenlediği el yazılı vasiyetnamesini, evinde bulunan çalışma masasının çekmece-sine koymuştur. Ne var ki, 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremde (M)'nin evi yı-kılmış ve (M) hayatını kaybetmiştir. Enkaz kaldırma çalışmaları sırasında (O) babasının yazdığı vasiyetnameden bir parça bulmuştur. Bunun dışında vasiyetname içeriğinin ispat edilmesine yarayan başkaca bir delil bulunmamaktadır. Bilirkişi tarafından kâğıdın önceden bir kişi tara-fından yırtılmadığı, binanın yıkılması nedeniyle parçalandığı tespit edilmiştir:

(a) Bu parçada şu kısım yer almaktadır:

Hukuk Fakültesi'ni dört yılda bitirmesi koşuluyla, oğlum (O)'ya otomobilimi vasiyet edi-yorum.

18.09.2020

İmza

Bu ihtimalde (Y) lehine yapılmış olan tasarruf, deprem nedeniyle yok olmuştur. Ne var ki, (O) lehine yapılan tasarruf aynen ve tamamen ispat edilebilir niteliktedir. Bu durumda, (Y) lehine yapılan tasarruf yok olsa da (O) lehine yapılan tasarruf geçerli olmaya devam edecektir. Diğer bir deyişle, (Y) lehine yapılan tasarrufun yok olması, (O) lehine yapılan tasarrufun hü-küm ve sonuç doğurmasını engellemeyecektir. (O) lehine yapılan tasarrufun ifası (Y) lehine yapılan tasarrufun hüküm ifade etmesine de bağlı değildir⁸⁵.

(b) Bu parçada şu kısım yer almaktadır:

oğlum (O)'ya otomobilimi vasiyet ediyorum.

18.09.2020

İmza

Vasiyetnamenin bu kısmı ilgili tasarruf yönünden vasiyetnamenin aynen ve tamamen ispat edilmiş sayılması için yeterli değildir. Zira ilgili tasarrufun geciktirici koşula bağlı olduğu bu kısımdan anlaşılarmamaktadır. Elbette hâkim bu ihtimalde vasiyetnamenin tamamını göre-mediği için geciktirici koşulun eksik olduğunu net bir şekilde bilemez. Ne var ki, cümlenin kâğıdın ortasından küçük harfle başlaması hâkimde tasarrufun bir kısmının eksik olduğu ka-naatini uyandırmalıdır.

(c) Bu parçada şu kısım yer almaktadır:

Hukuk Fakültesi'ni dört yılda bitirmesi koşuluyla, oğlum (O)'ya otomobilimi vasiyet edi-yorum.

Bu ihtimalde bulunan parçanın geçerli bir vasiyetnamede mi geçtiği yoksa bir vasiyet-name projesinde mi geçtiği belirli değildir. Dolayısıyla, hâkim salt bu parça nedeniyle doğru-dan vasiyetnamenin yok olmuş olduğuna karar vermemeli; diğer ispat araçlarıyla bu ifadenin hukuken varlık kazanmış bir vasiyetnamede yer aldığının da ispat edilmesini aramalıdır. Elbette hâkimi bu şekilde davranmaya yönelten durum, bulunan parçanın salt şekil şartlarını

⁸⁵ Benzer bir örnek için bkz. Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1058.

içermemesi değildir. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, TMK m. 543/II hükmü iptal edilebilir ancak henüz iptal edilmemiş bir vasiyetname bakımından da uygulama alanı bulabilir. Burada hâkimin araştırması gereken husus, vasiyetnamenin kurucu unsurlarının, bu bağlamda mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunma niyetinin (animus testandi) bulunup bulunmadığını araştırmaktır. Zira mirasbırakan tarafından hazırlanan bir vasiyetname projesi, kurucu unsurlara sahip olmadığından yok hükmündedir⁸⁶.

B. YOK OLAN VASIYETNAMENİN UYGULANAMAMASI HÂLİNDE TAZMİNAT TALEBİ

Türk Medeni Kanunu'nun 543'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde tazminat isteme hakkı saklı tutulmuştur. Hükmün lafzından tazminatı kimin, kimden, hangi gerekçe ile isteyeceğine değinilmemiştir. Ne var ki, öğretide ifade edildiği üzere⁸⁷ bu tazminatı, lehine tasarruf yapılan kimse⁸⁸, vasiyetnameyi yok eden üçüncü kişiden⁸⁹ TBK m. 49 (OR Art.

⁸⁶ Bkz. Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 49.

⁸⁷ Badertscher, "OFK ZGB", Art. 510, N. 8; Dorjee-Good, "CHK ZGB", Art. 509-511, N. 7; Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 192; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 587; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 134; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 58; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, N. 1059; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 557; Efedayioğlu, "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma", s. 125; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 404; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, s. 120; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 110; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 539; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 240; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 129; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 213; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109b; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 101; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58-59.

⁸⁸ Vasiyetçi de yeni bir ölümüne bağlı tasarruf hazırlamak için gerekli olan masrafları talep edebilmelidir. Bkz. Weimar, "BK ZGB", Art. 509-511, N. 18.

⁸⁹ Burada noter tarafından saklanan vasiyetnamenin yok olması hâlinde notere karşı da tazminat davasının açılıp açılmayacağı akla gelmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, noterler düzenledikleri veya kendilerine tevdi edilen vasiyetnameleri saklamakla yükümlüdür. Noterlik Daireleri Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te (RG. 18.09.1990, S. 20639) noterlikte yapılan işlemler saklama şekil ve esasları bakımından nitelikleri dikkate alınarak A, B, C ve D olarak dört gruba ayrılmıştır (m. 9/I). Bunlardan A grubu, B, C ve D grubu dışında kalan tüm işlemleri kapsamakta olup, noterlerce bizzat düzenlenen ya da onlara NK m. 69 uyarınca açık veya kapalı olarak saklanmak üzere verilen vasiyetnameler (bu tür vasiyetnameler D grubundan hariç tutulmuştur) de bu gruba girmektedir. Yönetmelik m. 13/I hükmüne göre, "A grubuna giren noterlik işlem kâğıtları, 1512 sayılı Noterlik Kanunu ve Noterlik Kanunu Yönetmeliği hükümlerine uygun şekilde süresiz olarak saklanır". Yönetmelik'in 5'inci maddesinde koruma ve saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasına göre, "Noterlikler ellerinde bulunan arşiv malzemesi ve arşivlik malzeme her türlü zararlı tesir ve unsurlardan korumak, mevcut asli düzenleri içerisinde tasnif edip saklamakla yükümlüdürler". İkinci fıkraya göre ise noterler, yangın, hırsızlık, rutubet, su baskını, toz ve her türlü hayvan ve haşeratin tahriplerine karşı gerekli tedbirleri almakla, yangın söndürme cihazlarını yangın talimatı çerçevesinde sürekli olarak çalışır durumda bulundurmamakla, arşivin her bölümünde uygun yerlerde higrometre bulundurmamak suretiyle, rutubeti % 50-60 arasında tutmakla, fazla rutubeti önlemek için, rutubet emici cihaz veya kimyevi maddeler kullanmakla, yılda en az bir defa mikroorganizmalara karşı koruyucu tedbir olarak arşiv depolarını dezenfekte etmekle, ışık ve havalandırma tertibatını elverişli bir şekilde düzenlemekle ve nihayet ısıyı mümkün olduğu kadar sabit (kâğıt malzeme için 12-15 derece arasında) tutmakla yükümlüdürler. Noter bu yükümlülüklerine aykırı davranarak bir vasiyetnamenin yok olmasına ve bu nedenle bir zararın ortaya çıkmasına neden olmuşsa, zarar görenlere karşı sorumludur (NK m. 162/I). Saklama işinin hiç yapılmaması, hatalı veya eksik yapılması stajyer, kâtip veya kâtip adaylarından kaynaklansa bile ortaya çıkan zararlar nedeniyle zarar görenlere karşı noter sorumludur (NK m. 162/I). Ne var ki, bu durumda noterin ödemediği miktar için saklama işinin yapılmamasına, hatalı veya eksik olarak yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu etmesi mümkündür (NK m. 162/III). Bununla birlikte, noterlikteki temizlikçi, çaycı, odacı gibi çalışanların tamir, temizlik vb. işleri sırasında iş sahiplerine veya üçüncü kişilere verdikleri zararlar bakımından noterin sorumluluğu, NK m. 162/I hükmüne değil, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66 hükmüne dayanmaktadır. Bkz. Leyla Müjde Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2014), s. 97-98. Öğretide noterlerin

41) hükmüne dayanarak isteyecektir. O hâlde lehine tasarruf yapılan kişinin bu tazminatı talep edebilmesi için, TBK m. 49'da yer alan şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Buna göre;

a. Üçüncü kişi, hukuka aykırı bir fiille vasiyetnameyi yok etmelidir:

Vasiyetnamenin mirasbırakan tarafından verilen bir emir veya talimat olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından yok edilmesi hukuka aykırıdır.

b. Lehine tasarruf yapılan kişi, zarara uğramalıdır:

Haksız fiil hukukunda zararı ispat yükü, zarar görene aittir. Nitekim TBK m. 50/1'e göre, "*Zarar gören, zararını ... ispat yükü altındadır*". O hâlde lehine tasarruf yapılan kişi, öncelikle zararını ispat etmelidir. Burada zararın tam olarak belirlenebilmesi için, aynı zamanda vasiyetnamenin içeriğinin de aynen ve tamamen ispat edilmiş olması gerekmektedir. Ne var ki, vasiyetnamenin içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilmesi hâlinde, zaten vasiyetname hüküm ve sonuç doğuracaktır⁹⁰. Bu hâlde vasiyetname hüküm ifade ettiğinden lehine tasarruf yapılan kişi, sadece tespit ve dava masraflarını talep edebilecektir⁹¹.

TMK m. 543/II hükmünün lafzı da zaten tazminatın vasiyetnamenin hükümsüz kalması hâlinde istenebileceğine işaret etmektedir. Vasiyetname içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilememesi hâlinde asıl sorun, zararın mevcut olup olmadığı değil, miktarının ne olduğudur. Diğer bir deyişle, vasiyetnamenin içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilememiş olması hâlinde lehine tasarruf yapılan kişi tazminat talep edebilecektir⁹². Ne var ki, vasiyetnamenin içeriğinin belirlenmesine olanak bulunmadığından, zarar miktarı da tam olarak belli değildir. Bu nedenle, lehine tasarruf yapılan kişinin talep edebileceği tazminat, sadece vasiyetnamenin içeriğinin tespiti için yapılan masraflarla sınırlı kalacaktır⁹³. Bununla birlikte, vasiyetname

sorumluluğunun hukukî niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, noterin sorumluluğu bakımından kusur şart değildir. Bu nedenle, noter kendi kusurunun veya çalışanların kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Bkz. Kurt, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", s. 105-106. Buna karşılık, öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, noter bizzat yapmış olduğu fiiller nedeniyle ancak kusuru oranında sorumluyken; çalışanlarının davranışlarından dolayı kusursuz olarak sorumludur. Bkz. Mehmet Ünal, "1512 sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukukî Sorumluluğu)", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 101 (1999), s. 53; Serdar Nart, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/Özel Sayı (2009), s. s. 429-432; Tuğçe Tekben, "Noterin Hukukî Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", *İzmir Barosu Dergisi*, 86/3 (2021), s. 110-111.

⁹⁰ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1059.

⁹¹ Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 192; Weimar, "BK ZGB", Art. 509-511, N. 18; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 540; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 101.

⁹² Bkz. Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 193; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 240-241; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 128-129; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58-59. *Berki* de üçüncü şahsın kusuru ile yok olan vasiyetnamenin bir sureti yoksa, vasiyet alacaklısının vasiyetin içeriğine göre bu üçüncü kişiden tazminat isteyebileceğini beyan etmektedir. Bkz. *Berki*, *Miras Hukuku*, s. 82. Ne var ki, *Ayiter*, yok olan vasiyetnamenin içeriğinin aynen ve tamamen ispat edilerek hüküm doğurması hâlinde zararın sadece ispatın yapılması için yapılan masraflar ile dava masraflarından oluştuğunu; buna karşılık, vasiyetnamenin içeriğinin tespit edilememesi hâlinde kimin lehine ne kadar vasiyette bulunulduğu bilinemediğinden üçüncü kişiden tazminat talep etmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. *Ayiter*, *Miras Hukuku*, s. 58.

⁹³ Badertscher, "OFK ZGB", Art. 510, N. 8; Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 193; Weimar, "BK ZGB", Art. 509-511, N. 18; Antalya, *Marmara*

içerisinde bulunan bir tane ölüme bağlı tasarruf aynen ve tamamen ispat edilmesine rağmen, tespit edilemeyen diğer kısım ile bulunan iç bağlantısı nedeniyle ifa edilemiyorsa, artık zarar belirli hâle gelmiştir. Dolayısıyla, bu ihtimâlde üçüncü kişiden zararın tamamı istenebilir⁹⁴. Öte yandan, tazminat ödeyen üçüncü kişinin vasiyetin hüküm ifade etmemesi nedeniyle miras payları artan mirasçılara veya mirasçılık sıfatını kazanan kişilere rücu etmesi mümkün değildir. Zira bu kişilerin iktisapları, haksız değildir⁹⁵.

c. Vasiyetnamenin yok olması ile lehine tasarruf yapılan kişinin zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır:

Üçüncü kişiden tazminat talep edilebilmesi için, vasiyetnamenin yok olması ile lehine tasarruf yapılan kişinin zararı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Uygun illiyet bağının bulunması, üçüncü kişinin sorumluluğunun kurucu şartlarından birisidir.

d. Vasiyetnameyi yok eden üçüncü kişi, kusurlu olmalıdır:

Vasiyetnameyi yok eden kişi, ağır kusurlu olabileceği gibi; hafif kusurlu da olabilir. Bununla birlikte, öğretilerde⁹⁶ istisnai hâllerde vasiyetnameyi yok eden kişiden kusursuz olsa da tazminat talep edilebileceği ifade edilmektedir. *Meselâ*, vasiyetnameyi yok eden kişinin ayırt etme

Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku, N. 587; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1059; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 557; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 127; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 110; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 240-241; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 191; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109b; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 59. *Hatemi*, davacının kendisine bir kazandırma yapıldığı ispat etmesi, buna karşılık içeriğini ispat edememesi hâlinde olan hukuk bakımından sadece dava masraflarının talep edilebileceğini belirtmiştir. Yazar, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından kanunda bu konuda bir özel hukuk cezasının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu ceza, somut olaydaki tasarrufun beşte biri olarak kabul edilebileceği gibi; hâkim TBK m. 1 (TMK m. 5 hükmü vesilesiyle) ve TMK m. 1/II hükümlerinden yararlanarak bu konuda içtihat yoluyla bir hesaplama metodu da geliştirebilir. Bkz. *Hatemi, Miras Hukuku*, § 8, N. 6.

⁹⁴ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 576; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1060; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 557; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 127; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 540, dn. 142; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 241; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 4, N. 109b. *Meselâ*, (M) eşi (E) ye Alanya’da bulunan arazisinin 1/5’ini vasiyet etmiştir. (M) nin önceki (ilk) eşinden olan oğlu (O-1) bu duruma tepki gösterince, (M) aynı arazinin 1/5’ini de ona (O-1’e) vasiyet etmiş ve bu vasiyetnamede (E) lehine yapılan kazandırmanın hükümsüz olması hâlinde bu vasiyetin de hükümsüz olacağını belirtmiştir. (M) nin ilk eşinden olan ikinci oğlu (O-2), babasının çekmecesini karıştırırken (E) lehine yapılan vasiyetnameyi bulur ve imha eder. (M) nin vefatından sonra (O-1), lehine yapılan kazandırmanın ifasını talep eder; ancak (E) lehine yapılan vasiyetname bulunamaz, bu vasiyetnameyi (O-2) nin yok ettiği ispat edilir, ancak vasiyetnamenin içeriği tespit edilemez. Bu durumda (O-1), her ne kadar lehine yapılan kazandırmanın ifasını isteyemese de vasiyetnamenin hüküm doğurmamasından dolayı uğramış olduğu zararı (arazinin değerinin beşte birini) (O-2) den talep edebilir. Benzer bir örnek için bkz. Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, N. 1060. *Berki* de bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “*Hatta vasiyeti tanzim eden memurun kayıt defterlerinde de zâyi olmuş vasiyete dair resmi kayıtlar ve beyineler zâyi olmamış olabilir. Bu beyinelerle sabit olan vasiyet konusu kıymetine göre tazminat davası açılabilir*”. Bkz. naklen *Berki, Miras Hukuku*, s. 82. *Yılmaz* a göre, TMK m. 543/II hükmü uyarınca istenecek tazminat, vasiyetname yok olmasaydı elde edilecek menfaati kapsamamaktadır. Diğer bir deyişle, bu maddeye dayanarak yoksun kalınan menfaatler talep edilemez. Bkz. *Yılmaz, Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 59.

⁹⁵ Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 127; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, Albaş, N. 540.

⁹⁶ Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 126; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 539; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 101.

gücü olmayan oldukça varlıklı bir kişi olmasına karşın; vasiyetname ile lehine kazandırma yapılan kişinin yoksul olması durumunda, hakkaniyet gereğince üçüncü kişinin ortaya çıkan zararlarının giderilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bu gibi durumlarda TBK m. 65 (eBK m. 54) hükmünde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu uyarınca kusurlu olmasa da üçüncü kişiden tazminat talep edilebilecektir⁹⁷.

C. VASIYETNAMEYİ YOK EDEN MİRASÇININ MİRASTAN YOKSUN OLMASI

Vasiyetnameyi yok eden üçüncü kişi, aynı zamanda mirasbırakanın mirasçılarında birisi olabilir. Hatta menfaat uyuşmazlığı nedeniyle somut olayda vasiyetnameyi yok etme fiili daha ziyade mirasçılar tarafından gerçekleştirilir. TMK m. 578/I-b.4 hükmüne göre, “*mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar*⁹⁸ veya *bozanlar*” mirasçı olamayacakları gibi, ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler. Mirastan yoksunluğun gerçekleşmesi için ayrıca bir irade açıklaması veya mahkeme kararı gerekli olmayıp, vasiyetnamenin yok edildiği anda bu sonuç kendiliğinden gerçekleşmektedir⁹⁹.

Vasiyetnameyi kasten ve hukuka aykırı şekilde yok eden mirasçı, TMK m. 578/I-b.4 uyarınca aynı zamanda mirastan yoksun olmaktadır¹⁰⁰. Mirasçının mirastan yoksun hâle gelmesi için, öncelikle mirasbırakanın geçerli veya iptal edilebilir ancak henüz iptal edilmemiş bir ölüme bağlı tasarrufu bulunmalı¹⁰¹ ve bu tasarruf kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan

⁹⁷ Benzer bir örnek için bkz. Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 126; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 539; Şener, *Vasiyet Hukuku*, s. 101.

⁹⁸ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 520’nci maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, “*Müteveffanın artık bir daha yeniden yapamayacağı bir hal ve zamanda ölümüne bağlı bir tasarrufunu kasden ve haksız yere gizleyenler veya bozanlar*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Öğretide vasiyetnamenin “*ortadan kaldırılması*” yerine “*gizlenmesi*” deyiminin kullanılması eleştirilmekteydi ve bu terim, İsviçre Medeni Kanunu’nun Almanca metninde kullanılan terime muvafık olarak “*ortadan kaldırma*” şeklinde okunmaktaydı. Zira vasiyetnameyi gizleyen kişinin, sonradan bunun bulunması hâlinde mirastan yoksun olmayacağı, sadece lehine vasiyet yapılan kişinin gecikme zararını tazmin etmek zorunda kalacağı kabul edilmektedir (TMK m. 595/II). Bkz. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, s. 377, dn. 985; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 346.

⁹⁹ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1560; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 302; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 168; Berki, *Miras Hukuku*, s. 47-48; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 1166, 1192; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 311; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1514; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 259; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 532, 539; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 353-354; Gönensay ve Birsan, *Miras Hukuku*, s. 192-193; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 268; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 347; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 51; Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, s. 42.

¹⁰⁰ Bkz. Badertscher, “OFK ZGB”, Art. 510, N. 9; Völk, “Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung”, s. 192; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 134; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 58; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1542-1547; Efedayioğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma”, s. 125; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 404; Hatemi, *Miras Hukuku*, § 8, N. 8; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1508; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 536; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 129; Olgaç, *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 213; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 49; Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, s. 58.

¹⁰¹ Bkz. Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1553; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1510; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 538; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 268; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 345-346; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 50. Buna karşılık, bir mirasçının kendiliğinden hükümsüzleşmiş bir vasiyetnameyi bu durumdan habersiz bir şekilde yırtıp atması, onun mirastan yoksun olmasına neden olmaz. Bkz. Gönensay ve Birsan, *Miras Hukuku*, s. 196; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1510; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 538; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 268; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 50. *Meselâ*,

kaldırılmalı veya bozulmalıdır¹⁰². *Mesela*, mirasçının ihmalkâr davranışları nedeniyle çıkardığı yangında babasının vasiyetnamesi yanmıştır. Bu olayda vasiyetnameyi ortadan kaldırma kastı olmadığından mirasçı, mirastan mahrum olmayacaktır. Yine, ayırt etme gücü olmayan mirasçının vasiyetnameyi yok etmesi, onun mirastan yoksun olmasını gerektirmez¹⁰³. Bir başka örnek ise, mirasçının mirasbırakanın talebi üzerine bilerek ve isteyerek vasiyetnameyi yakmasıdır. Söz konusu durumda mirasçı vasiyetnameyi kasten yakmış olsa bile bu hukuka aykırı bir davranış olmadığından mirastan mahrumiyet söz konusu olmayacaktır¹⁰⁴. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, vasiyetnamenin yok olduğu her halde mirastan yoksunluk söz konusu olmayacaktır. Zira birinci örnekte, üçüncü kişinin kastının olmaması, onun mirastan yoksun olmasını engelse de bu durum, vasiyetnamenin yok olmasına engel olmaz. Vasiyetnamenin yok olması bakımından üçüncü kişinin kusurlu veya kusursuz olması önem taşımaz. TMK m. 543/II-c.1 hükmünde de “*üçüncü kişinin kusuruyla*” denilerek kusurunun belirli bir ağırlıkta olması aranmamıştır. Hatta yukarıda da ifade edildiği üzere, vasiyetname üçüncü kişinin kendisine kusuru isnat edilemeyen bir davranışı nedeniyle ortadan kalmışsa, kaza sonucunda yok olmuş sayılmaktadır. İkinci örnekte ise, mirasbırakan vasiyetnamesini ortadan kaldırmaya karar vermiş olup, vasiyetnamesini yok etmek amacıyla bir yardımcı şahıs kullanmayı tercih etmiştir. Bu ihtimalde, vasiyetname geri alma niyetine istinaden ortadan kaldırıldığından yok olmadan değil, yok etmeden söz edilmelidir. Sonuç olarak, vasiyetnamenin yok olması ile mirastan yoksunluk birbiriyle bazı durumlarda kesişebilen iki ayrı kurumdur.

Öte yandan, vasiyetnameyi yok eden vasiyet alacaklısı da alacaklı sıfatını kaybetmektedir¹⁰⁵. O hâlde, kendi lehine tasarruf yapılan ancak mirasbırakan tarafından sonradan yapılan bir yeni bir vasiyetname ile geri alınan vasiyetnameyi yeniden canlandırmak amacıyla, yeni tarihli vasiyetnameyi yok eden vasiyet alacaklısı artık mirasçılardan bu vasiyeti ifa etmelerini isteyemeyecektir.

(M) hazırladığı el yazılı vasiyetnamesinde yakın arkadaşı (A)'ya arabasını vasiyet etmiştir. Mirasbırakanın ölümünden sonra bu vasiyetnameyi bulan oğlu (O), vasiyetnameyi baştan sona karalayarak okunamaz hâle getirmiştir. Ne var ki, hâkim tarafından (A)'nın mirasbırakan (M)'den daha önce öldüğünü tespit edilmiştir. Mirasbırakandan önce ölüm, iradî mirasçılığı sona erdirmektedir (TMK m. 581). O hâlde somut olayda (O) vasiyetnameyi okunamaz hâle getirmesine rağmen, zaten bu vasiyetname yok edilme anında kendiliğinden hükümsüz olduğundan mirastan yoksun olmayacaktır. Bkz. Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 50. Bu konuda başka bir örnek daha verilebilir: (M) yapmış olduğu vasiyetnamesiyle terekesinin 3/4'ü bakımından eşi (E)'yi mirasçı atamıştır. Ne var ki, (M) ve (E) bir süre sonra boşanmışlardır. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra, (M) kalp krizi geçirmiş ve komaya girmiştir. (M) komada iken oğlu (O) bu vasiyetnameyi bulmuş ve yakarak imha etmiştir. Bir müddet sonra da (M) ölmüştür. Somut olayda boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça vasiyetname kendiliğinden hükümsüz hâle geleceğinden (TMK m. 181/I) (O) mirastan yoksun olmayacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 538.

¹⁰² Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1553; Berki, *Miras Hukuku*, s. 48, dn. 63; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 1188; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 262; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 265; Olgaç, *Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, s. 88; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 345.

¹⁰³ Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 170; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 265, dn. 20.

¹⁰⁴ Örnekler için bkz. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, s. 1544.

¹⁰⁵ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1559; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 301-302; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 58; Berki, *Miras Hukuku*, s. 46; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 1192; İnan, Ertay ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1514; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 539; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 355; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 265, 268; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 52.

Yok olan vasiyetnamenin içeriği aynen ve tamamen belirlenebilirse, bu vasiyetname TMK m. 543/II hükmü uyarınca hüküm ifade edecektir. *Meselâ*, (O-1) babasının annesinden boşandıktan sonra evlendiği eşinden olan diğer oğlu (O-2)'ye el yazılı vasiyetname ile bir daire bıraktığını öğrenmiştir. Babasının kendisini dışladığını düşünen (O-1), üvey kardeşine yapılan kazandırmayı önlemek için bir gün gizlice aldığı bu vasiyetnameyi yakarak ortadan kaldırmıştır. Ne var ki, (O-2) mahkemeye bu vasiyetnamenin fotokopisini sunarak hüküm ifade etmesini sağlamıştır. Peki böyle bir durumda vasiyetnameyi kasten ve hukuka aykırı şekilde yok eden (O-1) yine de mirastan yoksun olacak mıdır? Öğretide¹⁰⁶, TMK m. 578/I-b.4 hükmünün ifadesinden mirastan yoksunluk yaptırımının mirasbırakanın son arzularının gerçekleşmesinin engellenmesine bağlandığı, bu nedenle yok edilen vasiyetnamenin TMK m. 543/II hükmü uyarınca hüküm ifade ettiği hâllerde mirastan yoksunluğun olmayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, somut olayda (O-1) mirastan yoksun olmamakta; ancak TMK m. 543/II-c.2 uyarınca (O-2)'nin uğradığı zararları gidermek zorunda kalmaktadır¹⁰⁷.

Vasiyetnameyi yok eden kişinin mirastan yoksun olmasının diğer bir şartı da miras bırakanın bu ölüme bağlı tasarrufu yeniden yapamayacak durumda olmasıdır¹⁰⁸. Gerçekten, TMK m. 578/I-b.4'e göre, ölüme bağlı tasarrufun "*Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda*" ortadan kaldırılması veya bozulması gerekmektedir. Bu şarta ilişkin akla ilk gelen örnek, ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın ölümünden sonra yok edilmesidir¹⁰⁹. Hâkimin bu durumda mirastan yoksunluk bakımından ayrıca bir araştırma içine girmesi gerekmez. Buna karşılık, mirasbırakan hayatta iken yok edilen veya bozulan ölüme bağlı tasarruflar bakımından hâkim mirasbırakanın bu durumu bilip bilmediğini ve bilse bile yeniden bir ölüme bağlı tasarruf yapabilecek imkânının olup olmadığını araştırmalıdır. Şöyle ki, mirasbırakan hazırlamış olduğu ölüme bağlı tasarrufun yok edildiğinden hiç haberdar olmadan veya haberdar olmuş olsa bile ölüme bağlı tasarruf ehliyetini kaybettiği için veya vakit olmadığı için yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapamadan ölmüşse, ölüme bağlı tasarrufu yok eden veya bozan kişi mirastan yoksun olacaktır¹¹⁰. Ne var ki, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunun yok edildiğini öğrenmesine ve yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapması için yeterli bir vakte sahip olmasına rağmen bunu yapmamışsa, mirastan yoksunluk uygulama alanı bulmayacaktır¹¹¹.

¹⁰⁶ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1545. Aksi görüş için bkz. Völk, "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung", s. 192, yazara göre, mirastan yoksunluk, ZGB Art. 510 Abs. 2 (TMK m. 543/II) hükmü uyarınca vasiyetnamenin hüküm doğurup doğurmadığından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Mirastan yoksunluk, tasarruf lehtarlarının zarara uğramalarına değil, vasiyetçinin son arzularına aykırı davranmanın yaptırımıdır. Bu nedenle, kazandırma lehtarları vasiyetname içeriğindeki değerlere sahip olsalar ve herhangi bir zarara uğramasalar bile vasiyetnamenin gerçekleşmesine engel olmaya dönük davranışları gerçekleştiren kişi, mirastan yoksun olmalıdır.

¹⁰⁷ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1545.

¹⁰⁸ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1553; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1513; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 538.

¹⁰⁹ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1546; Eren ve Yücer-Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, N. 1189; Gönensay ve Birsan, *Miras Hukuku*, s. 195-196; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 538; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 268; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 49.

¹¹⁰ Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 170; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1546; Gönensay ve Birsan, *Miras Hukuku*, s. 195-196; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1513; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 538; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 267-268; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 49.

¹¹¹ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1547.

Son olarak vasiyetnameyi yok eden kişi, mirasbırakan tarafından affedilmemiş olmalıdır¹¹². Hukuken duygu (his) açıklaması niteliğinde olan affın mirastan yoksunluğu kaldırabilmesi için, “*af açıklamasının mirasbırakan tarafından yapılmış olması*”¹¹³ ve “*mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olması*” gerekmektedir¹¹⁴. Affın geçerli olması için, mirasbırakan yoksunluk sebebi hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Yoksunluk sebebi hakkında bilgi sahibi olmayan mirasbırakanın sözleri veya davranışları, af beyanı olarak değerlendirilemez¹¹⁵. Bunun dışında, mirasbırakanın tam fiil ehliyetine sahip olması şart değildir. Bu nedenle, mirasbırakanın kanuni temsilcisi tarafından yapılan af beyanı hukuki sonuç doğurmamalıdır. Zira “*affetme*” sıkı şekilde kişiye bağlı bir hakkın kullanımını niteliğinde olduğundan bizzat mirasbırakan tarafından yapılmalıdır¹¹⁶. Ayrıca af açıklaması herhangi bir şekil şartına da tabi değildir. Af beyanının bir ölüme bağlı tasarrufla yapılması şart olmayıp, mirasbırakan bu iradesini mirasçılara veya bir üçüncü kişiye sözlü olarak beyan edebileceği gibi, bir mektupla veya günlüğüne yazdığı notlarla da açıklayabilir¹¹⁷. Bu bakımdan affa ilişkin kanaat, açık bir şekilde beyan edilebileceği gibi, örtülü olarak veya affa delalet eden herhangi bir fiille de açıklanabilir¹¹⁸. Ancak af beyanının kayıtsız ve şartsız yapılması gerekmektedir¹¹⁹. Mirasbırakanın sonradan af beyanından dönmesi ise, mümkün değildir¹²⁰. Affın varlığını iddia eden kişinin bunu ispatlaması gerekir¹²¹. Affın ispatı için, tanık dinletilmesi de mümkündür¹²².

SONUÇ

Vasiyetnamenin yok olması, TMK m. 543/II hükmünde düzenlenmiştir. Bu hüküm, kanunda “Vasiyet” (TMK m. 531-544) üst başlığı altında yer almaktadır. TMK m. 543 hükmünün kenar başlığı “Yok etme ile” şeklindedir. Bu ibare bir üst başlık ile birlikte

¹¹² Vasiyetnamenin mirasbırakanın ölümünden sonra ortadan kaldırılması hâlinde işin niteliği gereği mirasbırakanın af beyanında bulunması mümkün olmayacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 541; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 270.

¹¹³ Ceza hukuku alanındaki af kanunlarının yoksunluğa bir etkisinin olmadığı hakkında bkz. Ayan, *Miras Hukuku*, s. 304, dn. 67; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1559; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 542.

¹¹⁴ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1566; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 304-305; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1559-1560; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1521; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 542; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 269; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 347; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 55.

¹¹⁵ Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 172; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1520; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 348.

¹¹⁶ Ayan, *Miras Hukuku*, s. 304, dn. 67; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 355; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 55.

¹¹⁷ Berki, *Miras Hukuku*, s. 48; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1522; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 347.

¹¹⁸ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1566; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 304; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, N. 1560; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1522; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 541-542; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 269; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 348; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, § 5, N. 55. Bu bağlamda, mirasbırakanın önceden düzenlemiş olduğu vasiyetnamesini yok eden mirasçısı lehine, bu durumu bile bile yeni bir vasiyetnameyle ölüme bağlı tasarruf yapması, örtülü af olarak değerlendirilebilir. Bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 1522; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 541-542; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 269.

¹¹⁹ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1567.

¹²⁰ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, N. 1567; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 172; Gönensay ve Birsan, *Miras Hukuku*, s. 196; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 314; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, s. 355; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 269; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 348.

¹²¹ Gönensay ve Birsan, *Miras Hukuku*, s. 196.

¹²² Berki, *Miras Hukuku*, s. 48.

değerlendirildiğinde hükmün kenar başlığı, anlam itibarıyla “Yok etme ile vasiyetten dönme” şeklindedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında vasiyetnamenin mirasbırakanın geri alma iradesi olmaksızın ortadan kalktığı hâller düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TMK m. 543 hükmünün kenar başlığının sadece birinci fıkrayı kapsadığı; buna karşılık, ikinci fıkrayı kapsamadığı ifade edilebilir. Nasıl ki bir herhangi bir metnin başlığının içeriği tam olarak yansıtması gerekiyorsa, kanun hükümlerinin kenar başlıkları da o maddede yer alan tüm fıkraları kapsamalı ve bir kısmını dışarıda bırakmamalıdır. Olması gereken (ideal) hukuk (de lege ferenda) bakımından hükmün iki fıkrasının iki ayrı madde olarak düzenlenmesi, birinci fıkranın kenar başlığının aynı şekilde kalması, sistematik olarak bu yeni maddenin 544’üncü maddeden sonraya alınması, ikinci fıkranın ise, “III. Vasiyetnamenin Yok Olması” kenar başlığı ile bu iki hükümden sonra ancak TMK m. 545’inci maddeden önce yeni bir madde olarak düzenlenmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

Her ne kadar lafzı ve kanundaki sistematik yeri dikkate alındığında sadece vasiyetnameler bakımından uygulanabilir gibi gözükse de İsviçre Hukuku’nda TMK m. 543 (ZGB Art. 510) hükmünün miras sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulabileceği, ancak bu sonuca ulaşılmasında miras sözleşmesinin kendine has özelliklerinin dikkate alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Şöyle ki, TMK m. 543/I hükmüne göre, vasiyetçi yok etmek suretiyle vasiyetnamesinden dönebilir. Bir davranışın vasiyetnameden dönme olarak değerlendirilebilmesi için, bunun vasiyetçinin tek taraflı olarak oluşturduğu geri alma iradesine dayanması gerekli ve yeterlidir. Ne var ki, miras sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem olup, mirasbırakanın yaptığı miras sözleşmesinden tek taraflı irade açıklamasıyla dilediği zaman dönmesi mümkün değildir. Ancak taraflar yaptıkları sona erdirmeye sözleşmesiyle aralarında önceden akdettikleri miras sözleşmesini ortadan kaldıracaklardır. Kanun koyucu bu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmasını aramaktadır (TMK m. 546/I). Tarafların aralarında anlaşarak yaptıkları miras sözleşmesinin bütün nüshalarını yok etmeleri hâlinde, miras sözleşmesinin ortadan kalkıp kalmadığı akla gelebilir. Kanaatimizce vasiyetnamelere ilişkin TMK m. 543/I hükmünü kıyasen miras sözleşmelerine uygulamak yerinde olmaz. Zira vasiyetnamelerde yok etme fiilinin vasiyetçinin iradesine dayanması yeterliyken; miras sözleşmesinde yok etme fiilinin tarafların anlaşmasına dayanması şarttır. Her şeyden önce miras sözleşmesine son verme sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir ölüme bağlı tasarruftur. Kanun koyucu, miras sözleşmesini ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmaların adi yazılı şekilde yapılmasını aramıştır. Kanunun şekle tabi tuttuğu bir anlaşmayı, kıyasen bu şekil şartından kurtarmak ise mümkün değildir. O hâlde, tarafların yazılı bir şekilde önceden akdettikleri miras sözleşmesinin bütün nüshalarını imha edecekleri yönünde anlaşmaları ve bu anlaşmaya istinaden resmi makamda bulunan nüsha da dahil olmak üzere tüm nüshaları ortadan kaldırmaları hâlinde miras sözleşmesinin sona erdiği ifade edilebilir. Ne var ki, kanaatimizce burada miras sözleşmesinin sona ermesi TMK m. 543/I hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde değil, TMK m. 546/I hükmünün doğrudan uygulanması suretiyle olmaktadır. Nitekim miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesinde önceden yapılan miras sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça yazılabileceği gibi; bu sözleşmenin bütün nüshalarının ortadan kaldırılacağı gibi örtülü bir irade beyanına da yer verilebilir. Buna karşılık, TMK m. 543/II hükmünün miras sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulanması mümkündür. Zira

tüm belgelerin geri getirilme imkânı olmaksızın yok olması hâlinde, miras sözleşmesinin vasiyetnameye benzer şekilde hükümden düştüğünü kabul etmede bir sakınca yoktur.

TMK m. 542 ve TMK m. 543/I hükmünde “dönme” terimi kullanılmaktadır. Halbuki mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun bu hükümlere karşılık gelen 509 ve 510’uncu maddelerinde “*widerrufen*” veya “*Widerruf*” terimleri kullanılmış olup, bunlar Türkçeye “*geri almak*” veya “*geri alma*” şeklinde çevrilebilir. İsviçre Hukuku’nda dönme kavramı, “*Rücktritt*” terimiyle ifade edilmektedir. Kanaatimizce İsviçre Hukuku’nda “geri alma” teriminin kullanılması yerinde bir tercih olmuştur. Zira vasiyetname tek taraflı ve bağlayıcı olmayan bir tasarruf olduğu için burada mirasbırakanın dönme beyanında bulunmasından bahsetmek teorik olarak yerinde olmaz. Bir örnek vermek gerekirse, kanun koyucu tek taraflı irade açıklamaları olan öneri ve kabulün geri alınabileceğini (*Widerruf des Antrages und der Annahme*) düzenlemiştir (TBK m. 10; ZGB Art. 9). Bu nedenle, olması gereken hukuk açısından TMK m. 542 ve 543/I hükümlerinde bir değişiklik yapılarak, “dönme” yerine “geri alma” teriminin kullanılması isabetli olur.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, lehine tasarruf yapılan kişinin vasiyetnameyi kaybetmesi hâlinde TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulmamalıdır. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira nasıl ki mirasbırakanın kendi ihmâliyle diğer evrakları arasına karışan vasiyetnamesini yakması ya da bulunamayacak şekilde kaybetmesi hâlinde TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulabiliyorsa, salt kazandırma lehtarının ihmâli nedeniyle vasiyetnamenin kaybolması hâlinde de bu hükme başvurulabilmelidir.

TMK m. 543/II hükmünün lafzına ve öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yok olan ve içeriği aynen ve tamamen ispat edilemeyen vasiyetname hükümden düşer. Ancak kanaatimizce vasiyetnamenin yok olması onun hükümden düşmesine yol açmamalıdır. Gerçekten gerek İsviçre gerek Avusturya Hukuku’nda yok olan vasiyetnamenin etkisini kaybedeceğinden söz edilmektedir. Diğer bir deyişle, vasiyetname senedi yok olmuş olsa bile, bunun içeriğinde yer alan tasarruflar hukuken varlığını devam ettirmektedir. Ancak bu vasiyetnameye dayanarak hak iddia eden kişinin öncelikle hakkına kaynaklık yapan vasiyetnamenin varlığını ispat etmesi gerektiğinden, yok olan vasiyetnamenin içeriği aynen ve tamamen ispat edilemezse, kişi aslında sahip olduğu bir hakkı kanıtlamayacak ve amacına erişemeyecektir. Pratikte yok olan vasiyetnamenin etkisini kaybetmesi ile hükümsüz kalması pek bir fark meydana gelmemektedir. Zira her iki durumda da lehine kazandırma yapılan kişi, vasiyetnameye dayanmamaktadır. Yine de olması gereken (ideal) hukuk (de lege ferenda) bakımından hükümde geçen “*hükümsüz kalır*” ifadesinin “*etkisini kaybeder*” şeklinde değiştirilmesi önerilebilir. Ayrıca hükümde “*vasiyetname hükümsüz kalır*” denilmesi, vasiyetname içeriğinin kısmen yok olmasını dışlamaktadır. Bunun yerine, “*vasiyetnamenin tamamı veya bir kısmı etkisini kaybeder*” ya da “*yok olan vasiyetnamede yer alan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan ölüme bağlı tasarruf, etkisini kaybeder*” şeklinde bir ifadenin kullanılması tercih edilebilir.

Yok olan vasiyetnamenin hüküm ifade etmesinin ilk şartı, mirasbırakan tarafından önceden yapılmış geçerli veya iptal edilebilir ancak henüz iptal edilmemiş bir vasiyetnamenin bulunmasıdır. Bu nedenle, hukuk aleminde henüz varlık kazanmamış bir vasiyetname projesi

bakımından TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulmaz. Tartışmalı olan husus, iptal edilebilir ancak henüz iptal edilmemiş bir vasiyetnamenin yok olması hâlinde TMK m. 543/II hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TMK m. 543/II hükmünün uygulanabilmesi için yok olan vasiyetnamenin bütün geçerlilik şartlarını bünyesinde taşıması ve iptal edilebilir dahi olmaması gerekmektedir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bünyesinde bir iptal sebebi taşıyan ölüme bağlı tasarrufların mahkeme tarafından iptal edilinceye kadar hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir. O hâlde, her ne kadar vasiyetnamenin iptaline yol açan bir sebep mevcut olsa bile TMK m. 543/II hükmü uyarınca bu vasiyetnamenin hüküm ifade etmesi sağlanabilmelidir.

Son olarak, TMK m. 543/II’de geçen “*Tazminat isteme hakkı saklıdır*” ifadesinin hükümde yer almasının gerekli olmadığı ifade edilebilir. Zira bu ifade hükümde geçmese dahi, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine göre tazminat talep etmek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akcaal, Mehmet. *Medeni Hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Akıpek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.
- Antalya, O. Gökhan ve Murat Topuz. *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt: I, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Antalya, O. Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*. Haz. O. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Atlı, Banu. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Medeni Hukuka Giriş*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayiter, Nüşin. *Miras Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Badertscher, Pia. "Art. 498–516 ZGB", *Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar*, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Auflage, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Bağcı, Ömer. "Vasiyetnamenin Geri Alınması". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Bauermeister, Silvia. "§§ 2229 bis 2263 BGB", *juris Praxiskommentar BGB, Band 5, Erbrecht*, (ed. Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann, Stephan Weth, Markus Würdinger ve Hannes Ludyga), 9. Auflage, Saarbrücken: Online-Nutzung, 2020.
- Berki, Şakir. *Miras Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Binder, Julius. *Bürgerliches Recht, Erbrecht*. 2. Auflage. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 1930.
- Bizzarro, Matthias. "Mängel handschriftlicher Testamente". *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*. (2016): s. 1444-1457.
- Breitschmid, Peter. "Art. 505-511 ZGB", *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB*, (ed. Thomas Geiser ve Stephan Wolf), 6. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Demirboğa, Dursun Ali. "Hakların Korunmasında İspat Kuralları ve Resmî Sicil ve Senetlerin İspat Kuvveti", *Medeni Hukuk – I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (ed. Metin İkizler ve Özlem Tüzüner), Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Dorjee-Good, Andrea. "Art. 498-511 ZGB", *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo), 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2016.
- Druey, Jean Nicolas. *Grundriss des Erbrechts*. 5. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. 10. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*. 17. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Edenhofer, Wolfgang. "BGB §§ 1922-2385", *Beck'sche Kurz Kommentare, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7*, 65. Auflage, München: C.H. Beck Verlag, 2006.
- Efedayioğlu, Kübra Kamelya. "Ölüme Bağlı Tasarrufları Yok Etme Yoluyla Kaldırma". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 (2017): s. 107-135.

- Eren, Fikret ve İpek Yücer-Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Vasiyetnamenin Yorumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Friedrich, Walther J. *Testament und Erbrecht*. 16. Auflage. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1991.
- Gönensay, Samim ve Kemaleddin Birsan. *Miras Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Ahmed Said Matbaası, 1963.
- Grüninger, Harold. "Art. 467– 536 ZGB", *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018.
- Gursky, Karl-Heinz. *Erbrecht*. 2. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994.
- Günay, Erhan. "Vasiyetten Dönme". *Terazi Hukuk Dergisi*. 15/162 (2020): s. 314-319.
- Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie ve Martina Bosshardt. "Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung", *Der Mensch Als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid*, Zürich: Schulthess, 2019, s. 359-373.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. 11. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Joos, Gregor. "Testamentsformen in der Schweiz und in den USA". *ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht*. 170 (2001): s. 191-219.
- Jungo, Alexandra. *Zürcher Kommentar, Beweislast, Art. 8 ZGB*. 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2018.
- Kahraman, Zafer. "Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/Özel Sayı (2015): s. 945-964.
- Kappler, Susanne ve Tobias Kappler. *Erman BGB, Kommentar, Band 3, §§ 1589-2385 BGB, AGG, ErbbauRG, ProdhafTG, VBVG, WEG, IPR*, (ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer), 16. Auflage, Köln: Otoschmidt, 2020.
- Kartal, Dilşah Büşra. "Vasiyetnamenin Geri Alınması". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 9/34 (2018): s. 317-339.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. 11. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Koziol, Helmut ve Rudolf Welser. *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*. 13. Auflage. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007.
- Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri*. 2. Baskı. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1985.
- Kurt, Leyla Müjde. "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18/2 (2014): s. 85-118.
- Nart, Serdar. "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11/Özel Sayı (2009): s. 425-452.
- Ünal, Mehmet. "1512 sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukukî Sorumluluğu)". *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 101 (1999): s. 48-53.
- Tekben, Tuğçe. "Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme". *İzmir Barosu Dergisi*. 86/3 (2021): s. 69-150.
- Molin-Kränzlin, Alexandra Dal. "Der Widerruf des Widerrufs und dessen Wirkungen auf das ursprünglich wider-rufene Testament". *successio*. (2020): s. 357-367.

- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. 21. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Okur, Sinan. *Türk Medeni ve Borçlar Hukukunda Metot*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Olgaç, Furkan. *Resmi Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Öztrak, İlhan. *Miras Hukuku*, Ankara: Ankara SBF Yayınları, 1968.
- Öztrak, İlhan. *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1964.
- Röthel, Anne. *Erbrecht*. 18. Auflage. München: C.H. Beck Verlag, 2020.
- Schlüter, Wilfried. *Erbrecht*. 13. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlag, 1996.
- Seiler, Benedikt. *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, Zürich: Schulthess, 2017.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sticherling, Philipp. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 141, Erbrecht, §§ 1922-2385 BGB, §§ 27-35 BeurkG*, (redak. Sibylle Kessal-Wulf), 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2022.
- Şener, Esat. *Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Vasiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1995.
- Tekdoğan, Aydın. *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Tuor, Peter, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo-Jungo. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 12. Auflage. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2002.
- Völk, Tamara Monika. "Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung". *ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht*. 181 (2003): s. 187-193.
- Weimar, Peter. *Berner Kommentar, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, (ed. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter), Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Wolf, Stephan ve Christian Wild. "Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung", *successio*, (2010): s. 77-84.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Zeiter, Alexandra. "Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB)", *AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz*, 203 (2001): s. 203-210.

EXTENDED SUMMARY

THE DESTRUCTION OF A WILL

Kemal Erdogan, Assist. Prof.

Sakarya University, kemalerdogan@sakarya.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-8648-1623>

When the marginal title of Article 543 of the Turkish Civil Code (TCC) is evaluated together with the main heading, it has the meaning of "revocation of a will by annulment". When its content is analysed, it is seen that the provision regulates not only the revocation of the will, but also the destruction of the will. Namely, while the first paragraph of the provision regulates the testator's revocation of the will by destruction, the second paragraph regulates the destruction of the will.

What is meant by the destruction of the will is that it becomes unreadable and its content cannot be understood. It is sufficient for the will to become unintelligible for any reason (objective element), and this situation should not be based on the intention of the testator to revoke (*animus revocandi*). In that case, the destruction of a will has two elements, one positive and the other negative.

The positive element of the destruction of a will is its disappearance. Destruction of a will may be caused by various reasons. First of all, a natural event may cause the will to be destroyed. However, a will may be destroyed not only by natural events, but also by human causes. Indeed, it is also possible for the will to be destroyed due to the behaviour of third parties or the testator himself. The third party may destroy the will knowingly or unknowingly.

The negative element of the destruction of a will is the absence of the testator's intention to revoke it (*animus revocandi*). According to the prevailing opinion in the doctrine, it is not necessary for the testator to destroy the will by his own actions, but he may also have it destroyed by third parties. However, the decision to destroy the will should not be left to this third party.

Pursuant to Article 543/II of the TCC, a will that is destroyed for whatever reason and whose content cannot be fully and completely determined is null and void. In our opinion, the destruction of the will should not lead to its nullity. In terms of the ideal law (*de lege ferenda*), it may be suggested to change the expression "becomes null and void" in Article 543/II of the TCC to "loses its effect".

A will that is destroyed by accident or by the fault of a third party and the content of which is exactly and completely determined shall be valid. The important issue in

this respect is to prove the content of the will exactly and completely. The burden of proof is on the persons who claim rights based on the will (Art. 6 TCC). All kinds of evidence may be utilized in order to prove the content of the will exactly and completely. It is even possible to have witnesses heard on this issue. At this point, the question arises whether it is necessary to prove the entire will word for word. According to the doctrine, the expressions "exactly and completely" in the provision should not be understood literally, and "completely proving" should not be interpreted narrowly as the determination of the entire will and "exactly proving" as the determination of the relevant disposition word by word.

The second sentence of the second paragraph of Article 543 of the Turkish Civil Code reserves the right to claim compensation. The wording of the provision does not specify who may request compensation, from whom and on what grounds. However, as stated in the doctrine, the person in whose favour the disposition was made shall claim this compensation from the third party who destroyed the will, based on Article 49 of the Turkish Code of Obligation (TCO). However, since it is not possible to determine the content of the will, the amount of damage is not entirely clear. Therefore, the compensation that the person in whose favour the disposition was made may claim will be limited to the expenses incurred for the determination of the content of the will.

The third party who destroys the will may also be one of the heirs of the testator. The heir who wilfully and unlawfully destroys the will is deprived of inheritance pursuant to Article 578/I-4 of the TCC. In order for this result to be realized, the heir must be unable to make this testamentary disposition again and must not have forgiven the heir who destroyed the will.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

PEYGAMBERLERLE MÜCADELE EDEN SUÇ ÖRGÜTLERİ

THE CRIME ORGANIZATIONS WHO FIGHT AGAINST PROPHETS

Prof. Dr. Mustafa Avcı*

ÖZ

Allah tarafından toplumların ıslahı için gönderilen peygamberler, her devirde örgütlü muhalefetle karşılaşmıştır. Peygamberlerin karşısında duran bu muhalif oluşumlar tevhid temelli İslam inancını tahrif etmek, fitrata ve ahlaka aykırı davranışlarla kamu düzenini bozmak için ifsad edici girişimlerde bulunmuştur. Bu çalışmada Kur'an ve siyer ilimleri doğrultusunda bahsi geçen örgütlü muhalefetler ceza hukuku bağlamında değerlendirilmiştir. Çalışma neticesinde suç örgütünü ifade için "nâdi", "raht", "usbe", "taife" ve "bağy", "hizb", "sâi bi'l-fesâd" ve "fie-i bağhiye" kavramlarının kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu kavramların suç örgütü olarak değerlendirilmesinde bağlamın (siyak ve sibakın) önemli bir unsur olduğuna dikkat çekilmiştir. Ayrıca Hz. Peygamber döneminde münafıklar, Yahudiler ve yalancı peygamberler tarafından oluşturulan suç örgütleri tarafından devlet başkanına suikast, genel ahlaki bozmak, yabancı güçleri İslam devleti aleyhinde tahrik etmek ve temel dini değerleri ihlal etmek gibi suçların varlığı saptanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Peygamber, yalancı peygamber, suç örgütü, terör.

ABSTRACT

The prophets who were sent by Allah for the improvement of societies have faced organized opposition in every era. These oppositional formations, which stood against the prophets, made destructive attempts to falsify the belief in Islam based on tawhid and to disrupt public safety with behaviors contrary to creation and morality. In this study, the organized oppositions mentioned in the direction of the Qur'an and siyer (prophetic biography) sciences were evaluated in the context of organized crime. As a result of the study, it was determined that the concepts of "nadi", "raht", "usbe", "taife" and "bagy", "hizb", "sai bi'l-fesad" and "fie-i baghiye" were used to express the criminal organization. It has been pointed out that the context (siyak and sibak) is an important element in the evaluation of these concepts as a criminal organization. Also, in the study it is detected that Prophet Muhammed (peace be upon him)'s time, crimes committed such as assassinating the president, corrupting public morals, provoking foreign powers against the Islamic state, and violating fundamental religious values by criminal organizations founded by hypocrites, Jews and false prophets.

Keywords: Prophet, false prophet, criminal organization, terrorism.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

0000-0002-7453-8431 mustafaavci@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

GİRİŞ

Kur'an'a göre dünya, kimin daha güzel iş yaptığının anlaşılacağı bir belâ (deneme) yeri olup ölüm ve hayat bunun için yaratılmıştır (Mülk 67/2).¹ Allah insanları **korku**, açlık, mal ve can kaybı gibi musibetlerle imtihan eder (Bakara 2/155).² İnsanın dert ve musibetlerle karşılaşması kaçınılmazdır.³ Başta peygamberler olmak üzere Allah herkesi bir belâ ile sınamaktadır. “*Mükâfatın büyüklüğü, belânın şiddetine göredir. Allah, sevdiği topluluğu belâyâ uğrattır.*” “*En şiddetli belâlara uğrayanlar peygamberler ve onlara en çok benzeyenlerdir.*”⁴

Hak ve batıl mücadelesi hayatın gerçeğidir.⁵ “Biz (sana yaptığımız gibi) *her peygambere de insan ve cin şeytanlarını böylece düşman yaptık. Onlardan kimi kimine aldatmak için yaldızlı birtakım söz(ler ve vesveseler) telkin eder. Eğer Rabbin dileseydi bunu (bu telkini) yapmazlardı.*” En'am, 6/112.⁶ Allah Teâlâ müşriklerin inat, inkâr ve türlü tecavüzleri karşısında Hz. Muhammed'i imtihan etmiş; eski peygamberlerin hayatlarına dair birçok âyette gösterdiği gibi o peygamberlere de bazı ruhanî ve cismanî güçleri düşman kılıp onların mücadele etmekteki sabır ve sebatlarını denemiş; bu suretle, Allah'ın bu en seçkin kulları, ilâhî hakikatleri tebliğ ve yaşatma uğruna büyük mücadeleler vermişlerdir.

Yeryüzünde insanlar yaşadığı için insan peygamberler gönderilmiştir (İsrâ, 17/95). Çünkü beşere resul; ancak beşerden olur.⁷ İnsanlarla ilişki kurarak ilâhî emirleri tebliğ etmesi ve rehber kabul edilebilmesi için peygamberin insan olması gerekir.⁸

Dünya hayatı imanla inkârın, hayırla şerrin, hak ve batılın çatışma alanıdır. Hakkı yaşatmak, bâtılı etkisiz kılmakla mümkün olur. Diğer insanlar gibi peygamberler de imtihana tâbi tutulmuştur.⁹ Peygamberlerle onlara uyanların iman ve amellerinin değer kazanması için böyle bir mücadeleye gerek vardır. Allah, peygamberlerin güçlükler karşısındaki sabır ve kararlılıklarını ölçmek ve her bir ümmete, üstün ideallere ağır meşakkatleri, güçlü direnişleri yenerek

¹ “*Andolsun, sizi biraz korku, (biraz) açlık, (biraz da) mallardan, canlardan ve mahsullerden yana eksiltme ile imtihan edeceğiz.*” Bakara, 2/155. Allah'ın kullarını belalarla sınamasındaki hikmet; kazaya razı olanlarla olmayanlar insanlar arasında zahir olsun ve itaatkâr olanlarla âsî olanlar bilinsin. Ehl-i iman hakkında musibet ukubet değil; nimettir, musibetin yaratıcısı Allah Teâlâdır, Allah'tan her ne gelirse razı olduğunu izhar edenler, âhireti, haşri ve neşri ikrar ettiği cihetle büyük sevaba nail olacaktırlar. M. Vehbi, Büyük Kur'an Tefsiri, I/265.

² Düşmanların hücumu korkusu, kıtlık ve darlıktan dolayı açlık, savaş ve savaş masrafları dolayısıyla mal, can, evlat ve kazanç eksikliği kabilinden şeylerle imtihan edileceksiniz. Yazır, M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, (Haz. A. Cüneyd Köksal-Murat Kaya) İst.2021, I/636.

³ “*Mü'min, Allah'a günahsız olarak kavuşuncaya kadar kendisinden, çoluk çocuğundan, malından belâ eksik olmaz.*” Tirmizî, Zühd, 57.

⁴ Tirmizî, Zühd, 56-57; İbn Mâce, Fiten, 23; Dârimî, Rekâik, 67; Buhârî, Merdâ, 3.

“*Filhakika bunlar fitneyi daha evvel çıkarmak istemişlerdi de senin için türlü işler çevirmişlerdi. Nihâyet onların rağmına hak yerine geldi ve Allah'ın emri galip geldi.*” Tevbe, 9/48.

⁵ Kahır ve kötülük olmayıp da sadece iyilik kalsaydı, padişahlık nereden yetkinliğe erecekti? Mevlâna, Mesnevi, Beyit:1076.

⁶ Sevgi ve ülfeti veren Allah olduğu gibi, düşmanlık ve nefreti veren; dostu dost, düşmanı düşman yapan da Allah'tır. Düşmanı bulunan peygamber sadece sen değilsin. İnsan ve cin şeytanları her peygambere düşman olagelmiştir. Yazır, II/945. Geçmiş peygamberler de insan ve cin şeytanlarının düşmanlığı ile sıkıntı çekmişlerdir. Ayet bir bakıma Hz. Peygamber'i teselli etmektedir. Kur'an Yolu, II/457-458.

⁷ Mehmed Vehbi, Büyük Kur'an Tefsiri, Üçdal Neşriyat, VII-VIII/2679-2681.

⁸ Mâtürîdî, V/208, 337.

⁹ Mâtürîdî, V/55, 73; VIII/43; Ali el-Kârî, s.53.

ulaşılabileceğini; kişinin değerinin de bu yoldaki kararlılığıyla ortaya çıkacağını göstermek için cin ve insan şeytanları peygamberlere düşman kılmıştır.

“İnsan şeytanlar”, bâtılı ve şerri seçen, hakkın temsilcisi olan peygamberlere ve onları izleyenlere düşmanlık edenler; “cin şeytanlar” ise bu mücadelede insan şeytanlara aldatıcı ve yıkıcı fikirler telkin ederek destek olan mânevî güçlerdir.

Hız. Âdem'den Nuh'a kadar geçen dönem içerisinde devletten söz edilmemiştir. Ancak “bunun üzerine kavminden küfredenlerin elebaşları, ‘biz seni sadece kendimiz gibi bir insan olarak görüyoruz. Sana sığ görüşlü ayak takımımızdan başkasının uyduğunu da görmüyoruz. Sizin bize karşı bir üstünlüğünüzü de kabul etmiyoruz, bilâkis sizin yalancı olduğunuz kanaatini taşıyoruz” dediler.” Hud, 11/27. Dediler ki “Ey Nûh! Sen bu (dediğinden) vazgeçmezsen, muhakkak ki taşlanmışlardan olacaksın!” Şuara, 26/116. “Bunun üzerine Nûh, “Artık yenik düştüm; yardımını esirgeme!” diye rabbine yalvardı.” Kamer, 54/10.

“Onun kavminden (iman etmeyi) kibirlerine yediremeyen kodamanları şöyle dedi: “Ey Şuayb! Seni ve beraberinde iman edenleri ya muhakkak şehrimizden çıkaracağız yahut mutlaka bizim dinimize döneceksiniz!” O, “istemesek de mi? dedi” A'raf, 7/88.

Allah'ın kendisine mülk ve hükümdarlık bahşettiği için şımarıp İbrâhim ile tartışan Nemrud, “ben de diriltir ve öldürürüm” diyerek rablık iddiasına kalkmıştı (Bakara 2/258).¹⁰

Yusuf (a.s.) da önce kardeşlerinin, sonra da saray bürokrasisinin haksızlıklarına uğradı, zindana atıldı, işkence gördü, ancak Mısır'da hazine veziri (maliye bakanlığı) makamına geldi (Yusuf, 12/55).¹¹

Musa (a.s) ve kavmi (israiloğulları) devlet terörü ile mücadele etti.

“Musa'dan sonra İsrailoğullarının ileri gelenlerine bakmadın mı? Hani onlar peygamberlerine: “Bize bir hükümdar gönder (tayin et) de Allah yolunda savaşalım” demişlerdi. O da: “Ya üzerinize bir muharebe yazılıp (farz edilip) de savaşı tutmayıverirseniz?” demişti. Onlar (şöyle) söylemişlerdi: “Allah yolunda niye savaşmayalım? Hem hakikaten yurtlarımızdan çıkarıldık hem evlatlarımızdan (mahrum edildik) fakat ne zaman ki uhdelerine savaş yazıldı, içlerinden birazı müstesna olmak üzere (muharebeden) yüz çevirdiler. Allah çok iyi bilicidir o zalimleri. Onlara peygamberleri: “Hakikat Allah size padişah olarak Tâlût'u göndermiştir” dedi. Dediler ki: “Biz hükümdarlığa ondan daha lâyük iken ve ona maldan da bir bolluk verilmemişken nasıl olur da bizim başımızda padişahlık onun olabilir?” (Peygamber dedi) “Şüphesiz Allah sizin üstünüze beğenip seçmiştir, ona bilgice, vücutça (kuvvetçe de) bir üstünlük vermiştir.” Allah mülkünü kime dilerse ona verir...” (Bakara, 2/246-247).

Firavun'un İsrailoğullarına yaptığı zulüm Kur'an'da birçok kez kınanmıştır. Örneğin: “Biz ise diliyoruz ki o yerde zaafa uğratanlara lütfedelim, onları hayırda önderler yapalım ve onları (Firavun mülkünün) varisleri kılalım. Onlara o yerde kudret (ve hakimiyet) verelim;

¹⁰ Hz. İbrâhim'in cezalandırılması ve ateşe atılmasıyla ilgili âyetlerde de Nemrud'a bazı atıflar vardır. Enbiyâ 21/68-70; Ankebût 29/24; Sâffât 37/97-98.

¹¹ Hamidullah, Muhammed, İslâm Peygamberi Hayatı ve Eseri (Çev: Mehmet Yazgan), İst.2004, s.724-727.

Firavun'a, Hâmân'a ve bunların ordularına da çekinip korkmakta oldukları şeyi başlarına getirip gösterelim.” (Kasas, 28/5-6).¹²

Kur'an'da, Hz. Dâvûd'a hükümdarlık, hikmet (nübüvvet) (Bakara 2/251) ve hakkı bâtıldan ayırarak uyuşmazlık çözme özellikleri verildiği belirtilmiş, yeryüzünde halife kılınmış, saltanatı güçlendirilmiş ve adaletle hükmetmesi emredilmiştir (Sâd 38/20-26). Düşmanlarından bir grup, onu öldürmek maksadıyla beklenmedik bir zamanda ve beklenmedik bir yoldan onun bulunduğu odaya tırmanıp içeriye girmişler, Dâvûd mülkünde bir ihtilâl oluyor, kendine bağı ile bir baskın yaptılar zannetmiş ancak, zannettiği fitne vâki olmamış, mücerred bir ibret dersi olarak kapanmıştır.¹³

Allah, Süleyman'ı da peygamberlik, hükümdarlık, hikmet ve ilimle donatmış, bina kuran ve dalgıçlık yapan şeytanları, demir halkalarla bağlı diğer yaratıkları emrine vermiş, saltanatı ve nübüvveti onların şahsında toplamıştır (Bakara 2/251; Enbiyâ 21/79; Neml 27/15; Sâd 38/35-38). Bu sayede şer güçlerini (suç örgütlerini) zapt u rapt altına almış, hatta onları hayır işlerinde çalıştırmıştır.

Yahudiler, İsa'nın tebliğ ettiği mesajdan hoşlanmamışlar ve onu öldürmek için tuzak kurmuşlardır (Âlü İmrân 3/54). Kur'an'a göre Hz. İsa çarmıha gerilmemiştir (Nisa, 4/157).¹⁴

Resûl-i Ekrem hem peygamber olarak Allah'tan aldığı vahyi insanlara tebliğ etmiş hem de müslümanların dünyevî işlerini düzene koymuş, hukukî ihtilâflarını çözmüş, ahlâk bakımından onları eğitmiş, siyasî birliğin tamamlanmasından sonra devlet başkanlığı ve ordu kumandanlığı görevlerini üstlenmiştir.

I. KURAN'DA ÖRGÜTLÜ SUÇA İŞARET EDEN AYETLER

A. ÖRGÜT (CEMÎUN) VE ÖRGÜT İÇİ DAYANIŞMA (MUNTASİR)

“Yoksa ‘intikam almaya gücü yeten bir topluluğuz (cemîun muntasir) mu diyorlar? O topluluk (cem') yakında bozulacak ve onlar arkalarını dönüp kaçacaklardır.” Kamer, 54/44-45.

“Mekke kafirleri ahmaklıklarından nâşî “Biz müctemi bir cemaat ve müttefik bir kavimiz, re'yimiz birbirimize muvafıktır. Binaenaleyh; yardımlaşan bir kitle olduğumuzdan düşmanlarımıza galebe eder sarsılmaz bir kavimiz mi derler? Yakında o cemiyet mağlub olur ve harp zamanı harpten arkalarını dönerler, yani müşrikler cemiyetlerine mağrur olarak kendilerinin gâlib olacaklarına inanıyorlarsa yakın vakitte onların cemiyetleri elbette dağılır, savaşta arkalarını dönerek kaçarlar. Zira; onların gururları sürurlarına mâni ve âdetleri olan zulüm ve butlana ısrarları dahi helaklerine sebep olur. Râzi ve Beyzâvî'ye göre Cenab-ı Hakkın bu

¹² Hamidullah, İslâm Peygamberi, s.727-730.

¹³ Yazır, IV/727.

¹⁴ Nabat Kralı IV. Aretas'ın kızı olan hanımını boşayarak Yahudi hukukuna göre meşrû sayılmayan, kardeşinin hanımı Herodias ile evlenmesinin Yahyâ tarafından eleştirilmesi onun öfkesini iyice arttırmış, Yahyâ'yı tutuklatıp hapse attırılmış, daha sonra da başını kestirmek suretiyle idam ettirmiştir. Aydın, Mahmut, “Yahya” *DİA*, C:43, s.232-234.

Yahyâ'nın idam edilmesinden sonra yaşadığı bölgeden kaçan Zekeriyâ yarılmış bir ağacın kovuğunda saklanmış, ancak şeytan onun elbisesinin bir kenarını dışarıda bırakmış, daha sonra düşmanlarına haber vermiş, onlar da ağacı keserek ikiye bölmüş, böylece Zekeriyâ şehid edilmiştir. Aydın, Mahmut, “Zekeriyâ” *DİA*, C:44, s.211.

âyetteki vaadi Bedir günü gerçekleşmiştir. Müslümanlara göre kâfirler bir büyük bir topluluk oldukları halde bozulup öldürülen ve esir olanlardan başka kılıç artığı savaştan arka dönerek kaçtılar.”¹⁵

B) ÖRGÜTTE DEVAMLILIK (TEMADI) UNSURU:

“O şehirde dokuz kişi (elebaş) vardı ki; bunlar yeryüzünde bozgunculuk yapıyorlar (yüf-sidûn), iyilik tarafına hiç yanaşmıyorlardı (la yuslihûn).” Neml, 27/48. Dokuz kişiden maksat, dokuz insan olabileceği gibi dokuz grup da olabilir.¹⁶

Modern ceza hukukunda çok failli suçlarda kanunda öngörülen neticeyi bir defa ihlal etmek yeterli iken suç örgütü kurmada, sayısı birden fazla bir seri suçun işlenmesi amaçlandığından süreklilik vardır.¹⁷ Peygamberlerle mücadele eden suç örgütlerinde devamlılık ve birden fazla suç işleme unsuru, de facto olarak mevcuttu denilebilir.

C) ÖRGÜT LİDERİ

ca) “Eğer antlaşmalarından sonra yeminlerini bozarlar, dinimize dil uzatırlarsa, **küfrün imamları** (önderleri, elebaşları) ile savaşın!” (Tevbe, 9/12). Yeminlerle tevsik ve teyid ederek ahid verdikten sonra yeminlerini bozanlar ve dininize ta’n edenler küfürde ileri gitmiş, küfür önderi olmuş olurlar. Binâenaleyh siz de ölümü, öldürmeyi göze alıp bunlarla savaşın.¹⁸

cb) “(Peygamber’in eşine) bu ağır iftirayı uyduranlar şüphesiz sizin içinizden bir **grup**tur (usbe)... Onlardan her bir kişiye günah olarak ne işlemişse (onun karşılığı ceza) vardır. Onlardan (elebaşlık yapıp) **günahın büyüğünü yüklenen** kimse için de çok büyük bir azap vardır.” Nur, 24/11. Bu, münafıkların reisi Abdullah b. Übey hakkındadır. O ifki başta o atmış, ilk önce o tasrih etmiş ve halk arasında propaganda yaptırmıştı. Kurnaz münafıklar cinaslı sözlerle mü’minleri gizliden gizliye heyecana getirmeye çalışmış ve bu propagandaya aldanan şâir Hassân ve fakir Mistah gibi bir iki sâde-dil de o Übey oğlunun tasrihine kapılıp hadd-i kazfe müstahik olmuşlardı.¹⁹

cc) “Semûd kavmi, azgınlığı yüzünden (Allah’ın elçisini) yalanladı. Onların en bedbahtı (deveyi kesmek için) atıldığında...” Şems, 91/11-12. Râzi ve Ebussuud’a göre Salih (a.s.)’in devesini öldüren Kıdar b. Saaf dir.²⁰

¹⁵ Hz. Ömer’den “Bu âyet indiğinde Resulullah’ın bu nusret ne zamandır?” buyurduğu ve sonra Bedir günü çadır altında Allah’a iltica ederek zırhını giyip bu ayeti okuduğu mervidir. M. Vehbi, XIV/5683.

¹⁶ Karaman vd. Kur’an-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali, s.380.

¹⁷ Yargıtay 8. CD. 15.11.2001 tarih ve 11826/16097 sayılı kararında: “Sanıklardan Ali’nin liderliğinde tam bir iş birliği ve organizasyon içinde sürekli olarak önceden sayı ve yeri belirlenmeyen hırsızlık ve gasp suçlarını işlemek ve haksız çıkar sağlamak amacıyla örgütlendikleri, bu amaçla 7 gün içinde beş ayrı hırsızlık ve gasp suçunu örgütlü olarak gerçekleştirdikleri... anlaşılma eylemlerinin TCK m.313 (5237 sayılı TCK m.220) kapsamında değerlendirilmesi doğrudur.” demiştir. Karar metni için bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Mart 2002, s.489.

¹⁸ Yazır, III/312.

¹⁹ Yazır, IV/229.

²⁰ M. Vehbi, XV/6566.

D) ÖRGÜTÜN FAALİYETİ:

1. İfsad

“O şehirde dokuz elebaşı vardı, bunlar yeryüzünde bozgunculuk yapıyor (yüfsidûn), ıslah yapmıyorlardı.” Neml, 27/48.

2. Eracif neşri

“Münafıklar, kalplerinde çürüklük bulunanlar ve **Medine'de asılsız haber yayanlar yaptıklarına son vermezlerse...**” Ahzab, 33/60. İracaf, ortalığı sarsacak yalan haber yaymak demektir. Yayılan yalanlara da erâcîf denir. Ayet, halkın moralini bozmak için durmadan asılsız haber yayanlar, Müslüman akıncıların harekâtı hakkında yalan bilgiler verenlerin cezalandırılmaları zamanının geldiğini bildiriyor.

3. Peygambere suikast planı

“Allah'a and içerek birbirlerine şöyle dediler: “Gece ona ve ailesine baskın yapalım (hepsini öldürelim), sonra da velisine, “Biz Salih ailesinin yok edilişi sırasında orada değildik, inan ki doğru söylüyoruz” diyelim. Onlar böyle bir **tuzak kurdular**, biz de kendileri farkında olmadan onların planlarını altüst ettik.” Neml, 27/49-50. Hicr şehrindeki dokuz kişilik örgüt, gece baskınıyla uğursuz saydıkları Salih (a.s.) ve ailesini öldürmeyi ve kan dava edecek akrabasına da “Biz Salih ailesinin öldürüldüğü sırada orada değildik” veya “Onun ailesini kimin öldürdüğünü görmedik” demeyi planlamışlardı.

E) ÖRGÜT EVİ (MABED GÖRÜNÜMLÜ):

“Bir de şunlar var ki, **zararlı eylemler gerçekleştirmek, inkarcılıklarını pekiştirmek, müminlerin arasına ayrılık sokmak** ve daha önce Allah ve Resulüne savaş açmış kişi lehine **fırsat kollamak** üzere bir mescid yapmışlardır. “Amacımız sadece iyilikti” diye de yemin edecekler, Allah şahit, onlar kesinkes yalancılardır.” Tevbe, 9/107.²¹

²¹ Ebû Âmir câhiliyede Hristiyan olmuş, ilim öğrenmiş, râhib olmuştu. Resûlullah'ın zuhûru üzerine riyâseti zâil olduğundan düşmanlığa kalkışmış ve Mekke müşriklerini tahrik ve teşvik ederek Uhud savaşına gelmiş ve Resûlullah'a “Seninle savaşan her kavmin yanında seninle savaşacağım” demiş ve Huneyn savaşında Hevâzin yenildiği gün Şam'a kaçmış ve kaçarken münafıklara “gücünüz yettiği kadar kuvvet ve silâh hazırlayın, ben Kayser'e gideceğim ve asker getirip Muhammed ve ashâbını Medine'den çıkaracağım” diye haber göndermişti. Onlar da Kubâ Mescidi civarında bir mescid yapmışlar ve Hz. Peygamber'e: “hastalalar ve yağmurlu kış geceleri için bir mescid yaptık. Burada bize namaz kıldırıp bereketle dua etmenizi arzu ediyoruz” demişlerdi. Mescid inşa edip cemaate devam etmeyi kolaylaştırdıkları izlenimi uyandıracaklar, böylece hem Mescid-i Nebvî ile Kubâ Mescidi cemaati arasında bir tefrika çıkarmış olacaklar, hem de Ebû Âmir ile gizlice görüşebilecekleri bir mekâna kavuşmuş olacaklardı. Resûlullah da “şimdi sefere çıkmak üzere bulunuyorum, meşgulüm, inşaallah geldiğimizde kılarız” buyurmuştu. Tebuk'ten dönünce yine mescide gelmesini istediler, bunun üzerine bu âyetler indi. Hz. Peygamber, Malik b. Duşşüm, Ma'n b. Adiy, Âmir b. Seken ve Vahşi'yi çağırdı; “gidin, şu ahâlisi zâlim mescidi yıkıp yakın!” buyurdu, onlar da öyle yaptılar. Yazır, III/446, Algül, Hüseyin, “Mescid-i Dırar” *DİA*, C:29, s.272. Hz. Peygamber bu örgüt evini kuranların cezalandırılmasıyla ilgili bir şey söylememiştir. Zaten örgüt evi yıkılınca örgütü kuran ve devam edenler de dağılmıştır. Kettani, II/67, 305.

Dırar Mescidi'nin kuruluş amacı Tevbe, 9/107-109. ayetlerde şöyle belirlenmiştir:

Dırar; Müslümanlara zarar vermek,

Küfr; dinden çıkmayı örgütlemek (Esed, s.381),

Tefrikan beyne'l-mü'minin: Mü'minler arasında ayrımcılık oluşturmak,

İrsaden limen hârabe'llahe ve rasuleh: Allah ve Resulüne karşı harbe kalkışmış olanlara **yataklık** etmek. Yazır, IV/2617.

F) ÖRGÜTÜN AKİBETİ

“Yaptıklarına son vermezlerse seni onların üzerine sevk edeceğiz; o zaman seninle beraber orada fazla oturamayacaklar, Allah'ın rahmetinden uzaklaşmış olarak nerede bulunsalar yakalanıp öldürülecekler.” Ahzab, 33/60-62. Bir ülkede fitne ve fesada çalışanlara öteden beri her millette ölüm ve sürgün cezaları verilmiştir. İslâm böyle zararlı ve bozguncu olanları def ve tenkil kanununu değiştirmemiştir.²²

G) DEVLET TERÖRÜ

Terör, bir örgütün faaliyetlerinden kaynaklanabileceği gibi devletin halkına zulmü de teröre dönüşebilir. Firavun yönetimi Hz. Mûsâ ve kavmini yerleşik dinî anlayış ve ona dayalı düzene karşı bir tehdit saymış ve onları potansiyel bozguncu olarak nitelemiştir. Ancak asıl kendileri devlet terörü uygulamışlardır: “Firavun uyrukları arasından önde gelenler dedi ki: Şimdi sen, Musa'yı ve halkını seni ve ilahlarını bırakıp ülkede kargaşa çıkarsınlar diye mi kendi başlarına bırakacaksın? (Firavun): Onların oğullarını öldürüp kız çocuklarını sağ bırakacağız. Ve böylece biz onların üzerindeki **ezici baskımızı** sürdürmüş olacağız.” A'raf, 7/127 ayeti, devlet terörünü tasvir etmektedir.²³

“Şüphesiz Firavun, ülkesinde despotluk ediyor, halkını gruplara ayırıyordu. Onlardan bir grubu güçsüz düşürmek istiyor, erkek çocuklarını kıyımdan geçiriyor, kızlarını sağ bırakıyordu. Hiç şüphesiz o huzur ve güveni bozanlardandı.” Kasas, 28/4. Firavun, despotluk için halkını tabakalara bölmüş, bu ayette de işaret edildiği üzere özellikle İsrail asıllı olanlara insanlık onuruna yakışmayacak şekilde muamele etmiştir. Bu sebeple aynı ayetin son cümlesinde onun fesad çıkarılardan olduğu ve düzeni bozduğu ifade edilmektedir. Mısır'da çoğalıp kendisine isyan edeceklerinden kaygılandığı için İsrail asıllı olanların erkek çocuklara soykırım uyguladı. Ayrıca insanları ağır işlerde çalıştırıp özellikle yaşlıların ölümüne sebep oldu.

II. KUR'AN'DA ZİKRİ GEÇEN/SÖZÜ EDİLEN ÖRGÜTSEL OLUŞUMLAR

Kur'an'da, bir suç örgütüne değinilirken, onu ifade için topluluk manası taşıyan bir kelime kullanıldığında o kelime ile suç örgütünün kastedildiği, kelimenin kendisinden değil, ayetin bağlamından (siyak ve sibakından) anlaşılır. Mesela Neml 27/48'de geçen “dokuz kişilik çete/topluluk” (tis'atü raht) tabirinden, bu çetenin bir suç örgütü olduğu ayetin devamından anlaşılmaktadır, üstelik “tis'atü raht” bir kelime değil terkiptir, ayrıca raht kelimesi sadece bu surede geçmemektedir.

²² Yazır, IV/590.

²³ Firavun, mağlûbiyet endişesini gidermek ve toplumu rahatlatmak istiyor. Mûsâ'nın şahsen hiçbir önemi yoktur. Onun gücünün kaynağı, kavim ve kabilesi, unsuru olan İsrâiloğullarıdır. Ne yaparsa bunlarla yapabilir. Biz ise onları kahrımız altında istediğimiz gibi ezeriz ve ezeceğiz. Oğullarını öldürmek, kadınlarını ve kızlarını bırakmak suretiyle güçlerini, mevcûdiyetlerini azaltacağız. Çoğalıp başkaldırmalarına meydan vermeyeceğiz” demek istiyordu. Yazır, III/132. Hukukla sınırlandırılmayan devlet gücü, kolaylıkla örgütlü suçluluk enstrümanına dönüşebilir. Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Ank.2020, s.12.

A. NÂDÎ (النَّادِي)/ NEDİY

Nâdî kelimesi, kök olarak, bir konuyu konuşmak ve istişare etmek maksadıyla sözlü/sesli çağrı (nida) üzerine toplanma manasından alınmadır. Kelime mekan ismi olarak “meclis (toplantı yeri)” manasına geldiği gibi meclis katılımcıları, meclis müdavimleri, heyet, kurul manası da taşır.²⁴ Dilciler, bir mekana/meclise hakiki anlamıyla *nâdî* denilmesi için içinde katılımcılarının bulunması gerektiğini, katılımcılarının hazır olmadığı haldeki toplantı mekanını için -mecazen kullanımı hariç olmak üzere- *nâdî* kelimesinin kullanılmadığını belirtir.²⁵ Bazıları, *nâdî* kelimesinin “gündüz toplantısı” manasına *nedv* kökünden geldiğini, gece yapılan toplantı mekanına *nâdî* denilmediğini kaydeder.²⁶

Arapçada *nâdî* manasına aynı kökten *nedî* (النَّدِي) kelimesi de kullanılır ve bu kelime Kur’ân-ı Kerîm’de bir yerde, Meryem suresinde (19/73) geçer: “Onlara açık açık ayetlerimiz okunduğu zaman inkâr edenler, iman edenler hakkında: ‘İki topluluktan (hizibden) hangisinin makamı daha hayırlı, *nedî*’si (meclisi/nâdîsi) daha güzeldir?’ derler.” İbn Kesîr’in açıklamasına göre Mekke müşrikleri bu sözleri ile şunu kastetmişlerdi: En güzel evler, en yüksek yurtlar bizde, *nâdî*’miz (Dârünnedve) daha mamur, geliri ve kapısını çalanı (giriş çıkışı) daha çok. Nasıl olur da böyle üstün bir konumda olan biz bâtil yolda oluruz da Dârülerkam’da ve benzeri değersiz yurtlarda gizlenip saklananlar (müminler) hak yolda olur?²⁷

1. Mekkeli Müşriklerin Nâdî/Nedîsi: Dârünnedve (Alâk 96/17)

Araplar meşveret için bir araya gelinen kabile meclislerine “*nâdî*” derlerdi.²⁸ Mekke’de bulunan ve mazisi İslâm’dan önceye dayanan Dârünnedve (*dâr*, “etrafı/bahçesi duvarla çevrili ev” yani yurt; *nedve*, toplanma veya toplananlar/cemaat manasına) içinde önemli konularda kararların alındığı, bir kısım sosyal etkinliklerin icra edildiği toplantı mekanına verilen bir isimdi. Burası esas itibarıyla bir asiller meclisi işlevi görürdü; mecliste Mekke’deki boyların her biri, kırk yaşını geçmiş üye ile temsil edilirdi.²⁹

Alâk, 96/17 ayetinde Ebu Cehil ile irtibatlı olarak “*o vakit çağırısın o, nâdîsini*” buyrulur. Müfessirler ayetteki *nâdî*’yi genelde meclis ve aşiret olarak açıklamışlar, Elmalılı ise kurultay, meclis diye aktarmıştır.³⁰ İslâm’ın azılı düşmanlarından Ebu Cehil, Hz. Peygamber’e ve müminlere her türlü eziyeti yapmış ve bu konuda öncülük etmiştir. O, Dârünnedve’nin önde gelen üyelerinden biriydi. Hz. Peygamber’in öldürülmesi konusunda Dârünnedve’den karar çıkaran da odur. Hicretten birkaç yıl önce Benî Mahzûm’un reisliğine getirilmiştir.³¹

²⁴ Râgıb el-İsfehânî, *el-Müfredât*, “ndv” md.; İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, “ndv” md.

²⁵ Zemahşerî, *el-Keşşâf* (nşr. Âdil Abdülmevcud-Ali Muavvad), Riyad: Mektebetü’l-Ubeykan, 1418/1998, IV/547, Ankebut 29/29 ayetinin tefsiri.

²⁶ Bkz. İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve’t-tenvîr*, Tunus 1984, XX/241, Ankebût 29/29 ayetinin tefsiri.

²⁷ İbn Kesîr, *Tefsîru’l-Kur’âni’l-azîm* (nşr. Sâmî Selâme), Riyad: Dâru Taybe, 1420/1999, V/257, Meryem 19/73 ayetinin tefsiri.

²⁸ Bozkurt, Nebi, “Meclis” *DİA*, C:28, s.241-242.

²⁹ Fiğlalı, E. Ruhi, “Dârünnedve” *DİA*, C:8, s.555-556.

³⁰ Yazır, M. Hamdi, Hak Dini Kur’an Dili, İst. ty, VIII, 5948, 5961, Alâk 96/17 ayetinin tefsiri.

³¹ Kapar, M. Ali, “Ebû Cehil”, *DİA*, C:10, s.117-118, aynı yazar, “Mahzûm” *DİA*, C:27, s.402-403.

Dârünnedve İslam'ın ilk yıllarından itibaren Hz. Peygamber'e ve müminlere karşı **örgütlü muhalefetin merkezi** haline gelmiştir.

2. Sodom'un Nâdîsi

Ankebût, 29/29 ayetinde Hz. Lût'un inkârcı kavminin kendilerine ait nâdî'de kötü (münker) fiiller işlediklerinden söz edilir: “*Cidden siz hâlâ* (kadınları bırakıp) *erkeklerle gidecek, yolu kesecek ve nâdî'nizde kötülük* (münker) *yapıp duracak mısınız?!*”

Hz. Lût'un inkârcı kavmi yaşadıkları Sodom ve Gomore şehirlerinde daha önceki insanların yapmadığı bir sapıklığı ihdas etmiş; erkek-erkeğe cinsel ilişkiye girme gibi çirkin ve pis bir yola sapmışlardı. Ayette zikredilen “yol kesme” eylemini eşkıyalık (yol kesip mala el koyma ve insan öldürme) diye açıklayan müfessirler olduğu gibi, fuhuş yapmak amacıyla insanları yoldan alıp götürmek şeklinde izah edenler de vardır. Bazıları söz konusu eylemi, Sodom halkının kadınları bırakıp erkeklerle yönelmeleri sebebiyle nesli kesip bitirmeleri diye yorumlamıştır. Kurtubi, “muhtemelen bütün bu sayılan fiiller onlarda bulunmaktaydı” der.³²

Ankebût ayetinden anlaşılıyor ki bu sapık halkın Sodom'da nâdî veya nâdîleri vardı. Bu nâdîde onlar ayette münker (kötü) diye belirtilen fiilleri işlemekteydiler. Tefsir kitaplarının aktardığına göre Sodumlular bu mekânda cinsel içerikli konuşmalar yaparlardı, birbirleriyle küfürlü konuşurlardı, yoldan geçen erkek misafirlere musallat olurlardı. Hatta bu mekanları alenî livâta yeri olarak kullandıkları söylenir. Onların edep ve ahlak dışı daha başka birçok hâl ve hareketlerinin de olduğu nakledilir.³³ İbn Abbas'tan nakledildiğine göre sapık zümre yol üzerinde (ki meclislerinde) otururlardı. Her birinin yanında içinde çakıl taşları bulunan büyükçe çanakları olurdu. Yoldan bir yolcu, özellikle garip birisi geçtiği zaman o yolcuya çakıl taşlarını atarlardı, ilk kim isabet ettirirse yolcuyu o hak etmiş sayılırdı. İsabet ettiren gider adamın elinde ne varsa alır, onunla cinsel ilişkiye girer ve ayrıca adamı (yol/köprü geçiş ücreti adı altında?) para olarak üç gümüş borçlandırır. Onların aralarındaki meselelerde haksız hükümler veren bir hâkimleri (kadı) de vardı. “*O/Falan, Sodom kadısından daha zalim*” deyiimi ondan gelmektedir.³⁴ Anlaşılan o ki onlar bu iğrenç eylemlerini kendilerince eğlenceli bir oyun haline dönüştürmüşlerdi.

Öyle anlaşılıyor ki Sodom'daki söz konusu nâdî, erkek eşcinsellere ait fuhuş yuvası olarak işlev görmüş, yabancılar için böylesi bir mekâna uğramak veya yollarından geçmek büyük tehlike arz etmiştir. Yukarıda zikri geçen o zalim hâkim, Sodumlular aralarında çıkan meseleleri hükme bağlamada bu mekânı/meclisi kullanmış olabilir. Nâdî kelimesinin sözlükteki “bir konuyu konuşmak ve istişare etmek maksadıyla sözlü çağrı üzerine toplanma” manasına bakılacak olursa daha başka amaçlarla kullanıldığı söylenebilir.

³² Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö.1273): *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân* (nşr. Abdullah Türkî), Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 1427/2006, XVI/358, Ankebüt 29/29 ayetinin tefsiri.

³³ Bkz. Kurtubî, XVI/358-359, Ankebüt 29/29 ayetinin tefsiri.

³⁴ Bkz. Begavî, *Tefsîru'l-Begavî: Me'âlimüt't-Tenzîl* (nşr. Muhammed Nemr vd.), Riyad: Dâru Taybe, 1411, VI/240. Bursevî, *Rûhu'l-Beyân*, Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, ty, VI/465.

Sodom halkının erkekleri arasındaki eşcinselliğin böylesine yaygın oluşu, kadınlar arası eşcinselliğin (sihâk) de ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur.³⁵

3. Raht (رَهْطٌ) Hicr'deki Dokuz Kişilik Suç Örgütü

Raht kelimesi³⁶ mutlak olarak kullanıldığı zaman genelde üçten ona kadar olan insan, özellikle erkek topluluğu/cemaati diye tanımlanır. Yediden ona, ondan daha az, kırka kadar erkek topluluğu için kullanıldığı da söylenir. Üçten yediye kadarki insan topluluğuna ise *nefer* denir.³⁷

Bir Arap kavmi olan Semud ile Hz. Salih'in konu edildiği (Neml 27/48-49) ayetlerinde mealen şöyle buyrulur: “*Şehirde (Hicr'de) dokuz raht vardı. Hep arzda fesat yaparlar, salaha yanaşmazlardı. Allah'a and içerek birbirlerine: Biz bu gece ona ve ailesine baskın yapalım, sonra velisine (veliyüddeme), ailesinin öldürülüşünde bulunmadığımızı, bizim doğru olduğumuzu söyleyelim, dediler.*”

Ayette geçen Hicr (Medâinüsâlih) şehrindeki (günümüzde Medine-Tebük yolu üzerinde içinden Hicaz demiryolunun geçtiği sarp kayalıklarla çevrili vadide yer alır ve burada kalıntılarının bulunduğu söylenir) *dokuz raht* ifadesine müfessirlerin çoğu *dokuz erkek, dokuz şahıs, dokuz kişilik çete* manası vermişlerdir.³⁸ Zira ayette dokuz kişiden oluşan bir topluluktan söz edilmektedir; dokuz ayrı topluluktan değil. Bu inkârcı çete mensuplarının her biri, müfessirlerin açıklamalarına göre, kendisine tabi olan adamlarının reisi konumunda idi. Çetenin şehir eşrafının (servet sahibi zengin kesimin) çocuklarından oluştuğu belirtilir. Bazı kaynaklarda onların isimleri verilir. Hz. Sâlih'e mucize olarak verilen deveyi kestiği nakledilen Kudâr b. Sâlif de -Kur'an'daki ifadesiyle “Semûd'un en haydutu” (Şems 91/12)- bu şer çetesi içinde yer alıyordu. Kudâr'ın veya Kudar'la birlikte Misda'ın (Musadda?) çetenin başı oldukları, devenin kesiminde de bu ikisinin birlikte hareket ettiği söylenir.³⁹

³⁵ Bkz. Kurtubî, XVI/359-360.

³⁶ Raht kelimesi “falanın rahtı” (rahtu fulan) şeklinde isim tamlaması şeklinde kullanıldığında söz konusu şahsın kendilerine dayandığı, kendileriyle kuvvet bulduğu aşireti, kabilesi manasına gelir. Kişinin en yakın akrabası/sosyal çevresi manasına geldiğini söyleyen âlimler de vardır. *Fasile* kelimesi ise bir kişinin *raht*'ından daha yakın olan akrabasını ifade eder.

Raht kelimesi Kur'an'da ikisi Hûd (11/91, 92) ve biri Neml (27/48) suresinde olmak üzere üç ayette geçer. Hûd 11/91'de Hz. Şuayb'in inkârcı kavminin -mealen- “*Eğer senin raht'ın olmasaydı seni kesinlikle recmederdik...*” sözlerine; 92'de ise Hz. Şuayb'in “*benim rahtım size Allah'tan daha mı aziz ki...*” ifadesine yer verilir.

İbn Âşur'un Hûd, 11/91 ayetinin tefsiri münasebetiyle yaptığı açıklamaya göre raht kelimesi bir kişiye nispet edildiği zaman onunla o kişinin en yakınları kastedilir, çünkü kişinin en yakınları sayıca çok olmaz. Hûd sure-sinde Hz. Şuayb'in inkârcı kavmi ona “rahtın olmasaydı” demiştir ki raht kelimesi azlık bildirir, asıl itibarıyla 3'ten 10'a kadar az sayıdaki taife manasına gelir. Hz. Şuayb'a iman edenlerin sayısı gönderildiği kavmin tamamına nispetle az olduğu için ayette *raht* kelimesi seçilmiştir.

Yazır, Hûd ayetlerinin ilgili kısmına şu meali vermiştir: “*Yâ Şuayb! Eğer taallukatın beş on kişi olmasaydı mutlaka seni recmederdik, senin bize karşı hiçbir ehemmiyetin yok.*” dediler. *Ve ey kavmim! dedi: Benim taallukatım size Allah'tan daha mı aziz ki O'nu arkanıza atıp unuttunuz.* Yazır, “benim taallukatım” mealini tefsir kısmında “birkaç adamım” diye açıklamış, raht kelimesinin içerdiği anlam alanını yansıtmayı da ihmal etmemiştir.

³⁷ Bkz. Râgıb el-İşfehâni, *el-Müfredât*, “rht” md.; İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab*, “rht” md. geniş bilgi için bkz. Atalay, Orhan, “Kur'an'da Sosyal Grup İfade Eden Kavramlar” *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/30769>, s.197-231.

³⁸ “*Hicr şehrinde dokuz kişilik bir şerir çetesi (suç örgütü) vardı. Bunlar Semud'un mütegalibe (zorba) takımı idi. Semud diyarını ıslah değil; ifsad ediyorlardı...*” Miras, IX/138.

³⁹ Bkz. Kurtubî, XVI/182-183, Neml 27/48-49 ayetlerinin tefsiri.

Söz konusu çete, ayette belirtildiği üzere, hep yeryüzünde fesat çıkarma ile meşgul oluyor, topluma yararlı hiçbir işte yer almıyordu. Kur'ân'da, onların yeryüzünde yapmış oldukları bozguncu faaliyetlerden olarak, mucize olarak verilen deveyi kesmeleri, Hz. Salih'i ve ailesini bir gece baskını ile öldürmeyi tasarlamaları gösterilir. Tefsir kitaplarında yer alan nakle göre bu çete mensuplarının ve genelde Semud kavminin alışverişte yaptığı fesat işlerden biri de şu idi: Alışverişte kullandıkları altın ve gümüş paralar ellerine geçince kenarlarından bir miktar koparmak suretiyle eksiltip başkalarına öylece ve sayı ile verirler, fakat kendileri başkalarından alırken altın ve gümüş parayı sayı ile değil tartarak alırlardı. Tâbiünden Saîd b. Müseyyeb (ö.94/713) altın ve gümüş paraları bu şekilde hile ile eksiltmeyi "arzda fesat" eyleminden sarar.⁴⁰ Onların belirgin bir başka özelliği de insanların ayıp ve kusurlarını araştırmaktır.⁴¹

4. Usbe (الْعُصْبَةُ)

Usbe, birbirine sıkı sıkıya bağlı, birbirini daima destekleyen/dayanışma halinde olan bir topluluk demektir.⁴² Kaynaklar, topluluğu oluşturan fertlerin sayısı hakkında farklı bilgiler verir; belirtilen nitelikteki 10 ve daha fazla, 10 ila 15, 10 ila 40, 1 ila 10, 3 ila 10 kişiden oluşan topluluğu ifade ettiği söylenir, daha başka sayı verenler de vardır. Dilcilerin çoğu 10'dan 40'a kadarki insan topluluğu için kullanıldığını söylemiştir.⁴³

a. İfk Hâdisesini Örgütleyen Grup

Nûr, 24/11 ayetinde Hz. Aişe'ye yönelik çirkin iftiranın (ifk) bir usbe tarafından atıldığı belirtilir: "O çirkin iftirayı (ifk) atanlar içinizden bir usbedir. Siz onu sizin için bir şer sanmayın. Bilakis o sizin için bir hayırdır. Onlardan (usbeden) her kişi işlediği günahın cezasını görecektir. Bu çirkin iftirada vebalin büyüğünü yüklenene (başı çekene) de büyük bir azap vardır."

İbn Kesîr'e göre 24/11. ayette usbe kelimesinin kullanılması, iftirayı atanların bir iki kişi değil, aksine bir topluluk olduğunu belirtmek maksadına yöneliktir.⁴⁴

Merâğî (1883-1952) bu konuda şunu söyler: "O ifk'i atanlar içinizden bir usbedir" yani o yalanı ve bühtanı atanlar içinizden bir topluluktur, ey müminler, onlar gizledikleri maksatlarını gerçekleştirmek için birbirleriyle yardımlaşmış ve o bühtanı insanlar arasında duyurup yaymaya karar vermişlerdir... Söz konusu topluluğun "usbe" diye tabir edilmesi şunu beyan eder: Onlar sayıca çok az bir topluluktur ve o bühtanı yayanlar da onlardır. Yoksa çok sayıda insandan oluşmamaktadır.⁴⁵

İfk hâdisesi hadis, siyer ve tefsir kitaplarında ayrıntılı anlatılır. Özetle; Hz. Peygamber ordusuyla birlikte Beni Mustalik Gazvesinden dönerken yanında götürdüğü Hz. Aişe bir konak yerinde tabii ihtiyacını gidermek üzere gece karanlığında ordugahtan uzaklaşır. Dönerken

⁴⁰ Bkz. İbn Kesir, Tefsîr, VI/199, Neml 27/48-48 ayetlerinin tefsiri.

⁴¹ Bkz. Kurtubî, XVI/182.

⁴² Bkz. Râgıb el-İsfehânî, el-Müfredât, "asb" md.

⁴³ Kurtubî, XVI/317 Kasas 28/76 ayetinin tefsiri; İbn Âşûr, et-Tahrîr ve't-tenvîr, XII/222, Yusuf 12/8 ayetinin tefsiri. Geniş bilgi için bkz. Atalay, s.221.

⁴⁴ İbn Kesir, Tefsir, 24/11 tefsiri.

⁴⁵ Ahmed Mustafa el-Merağî, *Tefsîru'l-Merâğî*, Kahire, 1365/1946, XVIII/83.

gerdanlığının düşmüş olduğunu fark eder, onu almak için geri döner, biraz fazlaca oyalanır. Konaklama yerine geldiğinde Hz. Peygamber'in ve ordunun hareket etmiş olduğunu görür; birlik Hz. Aişe'nin hevdecinde (tahtırevan) olduğunu sanarak yola koyulmuştur. Gelir beni bulurlar düşüncesiyle orada bekler. Ordunun artçısı Safvan b. Muattal onu bulur, devesine bindirir, kendisi yaya olarak yola çıkarlar. Gecikmeli olarak ancak bir sonraki konaklama yerinde orduya yetişirler. Bu durumu kötüye kullanmak isteyen münafıkların başı Abdullah b. Übey b. Selül, Hz. Aişe'ye zina iftirasında bulunur ve iftirasının müminler arasında yayılması için çabalar. İftira hadisesinden günler (yaklaşık bir ay) sonra Nûr suresinin 11-26. ayetleri nazil olur ve bu ayetlerde Hz. Aişe'nin suçsuz olduğu, onun hakkında ortaya atılan iddianın büyük bir bühyan olduğu açıklanır.

İftira hadisesinde başı çeken Abdullah b. Übey'in yanı sıra sair münafıklar ve sahabeden bazıları da iftirayı dillerine dolamış, bazıları da bunun mümkün olabileceğini düşünmüştü. Kaynaklarda sahabeden iftira olayına karışıp yayılmasına sebep olduğu tespit edilen Hassân b. Sâbit, Mistah b. Üsâse ve Hamne bt. Cahş'e kazif haddi uygulanmıştır.⁴⁶

Âlimlerin çoğuna göre ayette "o vebalin büyüğünü yüklenen/başı çeken" diye bahsedilen kişi Abdullah b. Übey'dir. İfk hâdisesi, yukarıdaki kısa anlatımdan da anlaşıldığı kadarıyla, Abdullah b. Übey'in sinsice örgütlediği, Nur ayetleri ininceye kadar da amacına önemli ölçüde ulaştığı bir vakıdır. Onun bu düzenine, işin arka planından haberi olmayan bir kısım müminler de katkı sağlama durumuna düşmüşlerdir.⁴⁷

b. Hz. Yusuf'un Kardeşleri

Usbe kelimesi Yusuf 12/8, 14. ayetlerde de geçer. Yusuf 12/8'de kardeşlerinin Hz. Yusuf'a ve Bünyamin'e yönelik besledikleri haset konu edilir: "*(Kardeşleri) dediler ki: Yusuf ile kardeşi (Bünyamin) babamıza bizden daha sevgilidir. Halbuki biz kalabalık bir cemaatiz (usbe). Şüphesiz ki babamız bir yanlışlık içindedir.*" İbn Kesir'in açıklamasına göre kardeşleri şunu söylemek istemişlerdir: Biz bir topluluk (usbe) olduğumuz halde, nasıl oluyor da bu ikisi babamıza bizim gibi bir topluluktan daha çok sevimli oluyor!?"

Kardeşlerinin Hz. Yusuf'a olan hasetlerinin neticesi olarak onu öldürme veya uzak ve ıssız bir yere atma ya da kırdaki kuyunun dibine bırakma görüşlerinden sonuncusunu uygulamak üzere kendi aralarında anlaşınca, babalarından kıra hayvan gütmeye giderken Yusuf'u da gezip oynaması için kendileriyle beraber göndermesini isterler. Babalarının kırdaki Yusuf'u kurdun yemesinden korktuğunu söylemesi üzerine kardeşlerinin babalarına söyledikleri söz 14. ayette mealen şöyle anlatılır: "*Yusuf'un kardeşleri babaları Yakub (a.s.)'a yemin edip dediler ki: "Biz kuvvet ve galebe sahibi ehl-i neseb-i vahid re'y ü tedbirde müttehid on nefer rical iken eğer Yusuf'u kurt yerse cümlemiz acz ü meskenet ve zaaf ü mezellet âryla helak olmak lazım gelir."*"⁴⁸

⁴⁶ İfk hâdisesi hakkında bk. Buhârî, *Şehâdât*, 15; *Tefsîr*, 24/5-10; Müslim, *Tevbe*, 56; İbn Kesir, *Tefsîr*, VI/19-Nur 24/11 vd.; Fayda, Mustafa, "İfk Hâdisesi" *DİA*, C:21, s.507-509.

⁴⁷ Koçyiğit, Talat, "Abdullah b. Übey b. Selül" *DİA*, C:1, s.139-140.

⁴⁸ İbn Haldun, I/401.

İki ayette geçen *usbe* kelimesini Taberi “on bir kişiden oluşan bir topluluk”, Yazır, “mu-taassıb bir kuvvet”, Hasan Basri Çantay “birbirini destekleyen kuvvetli bir cemaat-topluluk” diye açıklamıştır. Yukarıdaki açıklamalardan Hz. Yusuf’un kardeşlerinin “biz bir usbeyiz” söz-leri ile kendilerinin, birbirine sıkı sıkıya bağlı, birbirini destekleyen, koruyup kollayan, sayısı onu bulan bir kuvvet olduklarını ifade etmektedirler.

“Yusuf u öldürün veya onu (uzak) bir yere atın ki babanızın teveccühü yalnız size kalsın! Ondandır sonra da (tövbe ederek) sâlih kimseler olursunuz!” Onlardan biri, “Yusuf u öldürmeyin, eğer mutlaka yapacaksanız onu kuyunun dibine atın da geçen kervanlardan biri onu alsın” dedi... Onu götürüp kuyunun dibine atmaya ittifakla karar verdikleri zaman biz Yusuf a, "Kardeşlerinin yaptıklarını bir gün onlara kendileri farkına varmadan mutlaka haber vereceksin!" diye vahyettik... Onlar, **tuzak kurmak** üzere ittifak ettikleri zaman, sen onların yanında değildin.” Yusuf, 12/9-10, 15, 102.

Özetle Hz. Yusuf’un kardeşlerinin kıskançlıkla onu öldürmeyi düşünüp kuyuya atmaya karar verdikleri, bunu uyguladıkları, babalarına yalan söyleyerek aldattıkları, sonra Yusuf u ker-vancıya sattıkları, durumu babalarından gizlemeye devam ettikleri, böylece birden fazla suç işlemeye karar verip icraya koydukları yani örgütlü olarak suç işledikleri görülmektedir.

5. Taife (الطَّائِفَةُ) ve Bağy (الْبَغْيُ)

Sözlükte bir şeyin parçası manasına gelen *taife*, dilcilerin açıklamalarına göre insanlar için kullanıldığında bir ve birden fazla kişiyi ifade eder. Tâbiinden Mücahid, 1’den 1000’e kadar olan insan için kullanıldığını, en azının bir adam/racül olduğunu, Atâ ise en az iki kişiden/racül oluşan insan topluluğunu belirttiğini söylemiştir.⁴⁹

Bağy, mutlak olarak “istemek”, “normalin dışına, üstüne çıkmak istemek” demektir, çıkma isteği gerçekleşsin gerçekleşmesin fark etmez. Olumsuz (mezzum) manasıyla doğrudan ayrılma, haddi aşma, hakkı olmayan şeyi isteme, düşmanlık etme, saldırma, zulmetme, fesat çıkarma, kadının zina etmesi gibi manalarda kullanılmıştır. Kelime Kur’an’da daha çok olum-suz manasıyla yer alır.⁵⁰

“Şayet iman edenlerden iki taife kavga ederlerse... (Hucurat, 49/9) ayetinin, Evs ve Haz-rec kabileleri arasında meydana gelen bir gerginlik üzere nazil olduğu ve dolayısıyla, “iki taife” ile söz konusu iki kabilenin murat edildiği anlaşılmaktadır.⁵¹ Ayet, kaynaklarda, Medine döneminde bazı mümin gruplar ya da şahıslar arasında çıkan ve genelde, silahın kullanılmadığı çarpışmalarla/kavgalarla irtibatlandırılır.⁵²

İrtibatlandırılan olaylardan birinde münafıkların başı Abdullah b. Übey b. Selul’un adı geçer: Enes’ten nakledilen bir rivayete göre Hz. Peygamber’e: Abdullah b. Übeyy’e gitseniz! diye teklif edilince bir eşeğe binip yola çıkmış, müslümanlardan bir grup da onunla birlikte yürümüştü. İbn Übeyy’in bulunduğu yer tozlu topraklı bir yermiş. Hz. Peygamber gelince İbn Übeyy: Öte dur! Vallahi eşeğinin pis kokusu beni rahatsız etti, demiş. Bunun üzerine Ensardan biri çıkıp: Vallahi Allah Resûlünün eşeği senden daha güzel kokulu, diye karşılık vermiş. Karşı

⁴⁹ Râgıb el-İsfehâni, el-Müfredât, “tvf” md.; İbn Manzûr, Lisânü’l-Arab, “tvf” md. geniş bilgi için bkz. Atalay, s.220.

⁵⁰ Râgıb el-İsfehâni, el-Müfredât, “bğy” md.; İbn Manzûr, Lisânü’l-Arab, “bğy” md.

⁵¹ Taberi, XI/387-388; Zemahşeri, IV/354.

⁵² Bkz. Kurtubî, XIX/373-375; İbn Kesîr, Tefsîr, VII/374-375.

tarafтан biri İbn Übeyy'e arka çıkmış, ötekine sövmüş. Her iki taraf kendi adamlarına arka çıkmış. Derken iki taraf arasında sopa, el ve ayakkabıların/terliklerin kullanıldığı bir kavga çıkmış. Enes b. Mâlik'e göre onlar hakkında Hucurât ayeti (49/9) inmiştir.⁵³

Hanefi fakihî Cessâs (ö.981) şunu söyler: Hucurat ayetinin zâhiri, âsî/zalim taraf (fie-i bâğiye) ile Allah'ın emrine dönünceye kadar savaş emrini iktiza eder. Bu durum (silahın kullanılmadığı) sair kıtal çeşitlerine de şamildir; sopa (asa/cop) ve ayakkabı/terlik müdahalesiyle hakka (Allah'ın emrine) dönerse, başkası (silah) kullanılmaz. Şayet onunla dönmezse ayetin zahirinin gerektirdiği şekilde (bâği tarafla) kılıç kullanılarak savaşılr. Eğer (bâği taraf silahsız) saldırganlığına ve hakka dönmeyi terk etmeye devam ederse hiç kimsenin onunla silah kullanmayıp sırf asâ ile savaşmakla yetinmesi caiz değildir. Bu, "iyiliği emredip kötülükten vazgeçirmeye çalışma" (emir bi'l-ma'rûf nehiy ani'l-münker) çeşitlerinden biridir. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "Sizden kim bir kötülük (münker) görürse onu eliyle değiştirsin, şayet gücü yetmezse o takdirde diliyle, eğer buna da gücü yetmezse kalbiyle. Bu (sonuncusu) imanın en zayıfıdır." Görüldüğü gibi Hz. Peygamber kötülüğün "el" ile ortadan kaldırılmasını emretmiş, silah-silahın dünü (daha aşağı savaş/vuruşma araçları) ayırımı yapmamıştır. Hadisin zahiri kötülüğün mümkün olan herhangi bir araçla ortadan kaldırılmasının vucubunu iktiza eder... (Haşviyye'den bir grubun ehl-i bağı ile savaşın ancak asa, pabuç ve silah kapsamına girmeyen daha aşağı araçlarla yapılabileceğini, onlarla savaşta kılıç kullanılmayacağı yönündeki görüşünü ve delillerini aktardıktan sonra bu görüşü eleştirir)... Yine şu da var ki Hz. Ali fie-i bâğiye ile kılıçla savaşmıştır, konuları malum olan sahabenin büyüklerinden ve Bedir ehlinde bir kısmı da yanında bulunuyordu. O, fie-i bâğiye ile savaşmakta haklı idi, bunda kimse ona karşı çıkmamıştır, fie-i bâğiye ve taraftarları hariç. Hz. Peygamber, Ammar b. Yâsir'e: "Seni o âsî fırka (fie-i bâğiye) öldürecek" demiştir. Bu, tevatür yoluyla gelen makbul bir haberdir. Hatta Muaviye bile bu hadisi -Abdullah b. Ömer kendisine söyleyince- inkâr etmemiş ancak şunu demiştir: "Onu (biz değil) buraya getiren ve dişlerimizin arasına atan (Ali) öldürmüştür."⁵⁴

İbn Âşur, Hucurat ayetinde geçen bağı'nın, fikhî (terim) anlamında değil; sözlük (zulmetmek/haksızlık yapmak, başkasının hakkına tecavüz etmek) anlamında kullanıldığını söyler. Buna göre ayetteki "hakka tecavüz eden/saldırıcıyı sürdüren taife" demek, (başka bir taifeye karşı) hak-hukuk dışına çıkmış zalim taife demektir... Devletin devreye girip hak ihlali yapan tarafa askeri güç kullanması (savaşması) için ayette hak ihlali yapan tarafın "taife" (büyük bir topluluk) olması hükmü getirilmiştir, zira böylesi durumlarda zalim taifenin zulmünü toplumdandan bir kısım fertlerle ve emniyet güçlerinin desteğiyle engellemek zor olur, bu yüzden onları bu hak ihlalinden, ordu ve silahı devreye sokarak men etmek taayyün eder. Bu uygulama/hüküm (müslüman toplumda) bir kısım topluluklar veya kabileler arasında çıkan çarpışma/çatışmalar için geçerlidir. Ancak müslüman toplumdan bir hizbin/bölüğün/fienin (halifeye/meşru nizama) başkaldırması meselesine gelince, bu durum daha şiddetli bir tecavüzdür. Bu (meşru düzene isyan hareketi), esas itibarıyla, Hucurat ayetinin konusu (mevridi) değildir. Fakat ayet, bu konuda İslam hukukunda bir asıl teşkil eder... (Siyasi iktidar düzenine silahlı isyan

⁵³ Buhârî, *Sulh*, 1; Müslim, *Cihad*, 117.

⁵⁴ Hadisi Kûfe, Basra, Hicaz ve Şam uleması rivayet etmiştir. Cessâs, Ebûbekir Ahmed b. Ali, *Ahkâmü'l-Kur'an* (nşr. Muhammed Sadık Kamhavi), Beyrut: Dâru İhyai't-türasi'l-Arabi, 1412/1992, V/280.

anlamındaki) bağıy'ın terim/fikhî anlamı ve bağıy şekilleri, İslam'ın ilk yıllarında tayin ve tespit edilmiş değildi, onu, ulema ancak (Hz. Ali ile Hz. Âişe arasında cereyan eden) Cemel Vak'ası (36/656) ve hemen ardından meydana gelen (Hz. Ali ile Muaviye arasında çıkan) Siffin Vak'ası'ndan (37/657) sonra tespit etmiştir.⁵⁵

6. Hizb/Ahزاب

Sözlükte “parça, kısım; cemaat, taife; bir kimsenin görüşüne ve emrine uyan özel adamları” gibi anlamlara gelen hizb kelimesi⁵⁶ terim olarak “cemaat, taife ve siyasî parti” anlamında da kullanılır.⁵⁷ Hizib, bir kişinin görüşüne uyarak kendisiyle birlikte bulunan dost ve arkadaşları, belli bir görüş ya da unsur çevresinde oluşan topluluk, parti demektir. Kavim, kabîle gibi tarihi ve toplumsal bir oluşumla ortaya çıkan topluluğa hizb denildiği gibi; bir kişi, inanç ya da düşünceye taraftarlıkla toplumdan ayrışan siyasî ve itikâdî topluluklara da hizib adı verilir. Her hizib, kendi içinde sıkı bir dayanışma, yardımlaşma ve taraftarlık bilinciyle hareket ederken, diğer hiziblerle ilişkilerinin temelini sakınma, korunma ve düşmanlık duyguları belirler.

Kur'an'da hizbullahın karşıtı olarak “hizbü's-şeytân” terkihi de geçer.⁵⁸ Hizbüşşeytan olarak tanımlanan insanlar Medine'deki münâfıklardır. Münâfıklar, müslüman gibi göründükleri, içiçe yaşadıkları müslümanların sahip oldukları bütün haklardan yararlandıkları halde, gerçekte iman etmemiş kimselerdir. Mü'minleri kendilerine inandırabilmek için yemin dâhil her yola başvurur, ancak her fırsatta Allah'ın yoluna engel olmaya çalışırlar. Münâfıkları, (hizbüşşeytanı) gerçek mü'minlerden, Hizbullah'tan ayıran en temel özellik: Allah'ı, Resulünü ve mü'minleri değil, onların karşısındaki kimseleri dost edinmeleridir. Münâfıklar, İslam'ın ve mü'minlerin zaferini sonuna kadar engellemeye çalışmışlar, bu amaçlarına ulaşabilmek için hem müşriklerle hem de yahudilerle iş birliği yapmışlardır.

Resûlullah (s.a): “Gerçekten iblis tahtını suyun üzerine koyar, sonra **çete(seriyye)lerini**⁵⁹ gönderir. Bunların ona derece itibarıyla en yakın olanı, en büyük fitne çıkarandır. Bunlardan biri gelerek ‘şöyle şöyle yaptım’ der. O da: ‘hiçbir şey yapmamışsın’ der. Sonra biri gelerek ‘onu karısıyla birbirinden ayırmadan bırakmadım’ der. Bunu kendisine yaklaştırır ve ‘sen ne iyisin!’ der.” buyurdu.⁶⁰

⁵⁵ İbn Âşûr, et-Tahrîr ve't-tenvîr, XXVI/240.

Katâde'den naklen Hâzin tefsirinde beyan olunduğuna göre bu âyet bir alacak davasından dolayı tartışan Ensardan iki kimse hakkında inmiştir. Çünkü Ensardan alacak davasında bulunan zat “benim kavim ve kabile çoktur, binaenaleyh ben bu hakkı senden zorla alırım” der. Diğeri de “Davamızı Hz. Peygamber'e arz edelim, bilmuhakeme hakkın tebeyyün ederse al!” der. Velhasıl bu suretle işi uzatırlar. Hatta elleri ve ayaklarının pabuçları ile vuruşmaya başlayınca bu âyetin indiği rivayet edilir. M. Vehbi, Büyük Kur'an Tefsiri, XIII/5494-5495.

“Devlete isyan edenler (bâğiler), halka karşı da haksız yere savaş ilân etmiş oldukları ve zarar verdikleri için müctehidlerce bu âyetin kapsamına alınmışlar; –bazı istisnalar dışında– aynı hükme ve muameleye tâbi tutulmuşlardır.” Kur'an Yolu, V/92-93.

⁵⁶ Lisânü'l-'Arab, “hzb” md.; Tâcü'l-'arûs, “hzb” md.; Kâmus Tercümesi, “hzb” md. Geniş bilgi için bkz. Atalay, s.228-229.

⁵⁷ Birşık, Abdülhamit, “Hizbullah” *DİA*, C:18, s.183-184.

⁵⁸ Zemahşeri, IV/78; Fahreddin er-Râzi, XXIX/277.

⁵⁹ “Seriyye “askerî birlik, silâhlı tim, ordunun bir bölüğü” anlamlarına gelir. Bu askerî birliklere görevlerinin gereği olarak çok defa geceleyin yol almaları, gizli hareket etmeleri ve baskın şeklinde hareket planı yürütmeleri dolayısıyla seriyye adı verilmiştir.” Özdemir, Serdar, “Seriyye” *DİA*, C:36, s.565.

⁶⁰ Müslim, *Münafıkın*, 67.

“Ahzâb sûresindeki (33/20, 22) ahzâb, Hendek Savaşı'nı başlatan Mekkeli müşrikler, Gatafân kabilesi ve yahudilerden oluşan ordudur.”⁶¹

Razi “hizb, lügatte, aynı görüşleri paylaşan kimselerdir ki, kendi gruplarının işlerini düzenlemek, problemlerini çözmek ve idare etmek amacıyla toplanmışlardır” şeklinde bir tanım yapar.⁶²

“Ey benim kavmim! Bugün ülkede hakimiyeti elinde bulunduran bir toplum olarak hükümlerlik sizindir. Ama eğer Allah'ın cezası başımıza gelirse ona karşı bize kim yardım edebilir!” Firavun ise, “Ben sadece kendi gördüğümü size gösteriyorum ve sizi yalnızca doğru yola yönlendiriyorum” dedi. İnanan kişi de şöyle dedi: “Ey kavmim! Doğrusu vaktiyle (peygamberlerine karşı) **gruplar oluşturmuş eski toplulukların** yaşadıkları felaketlerin benzerinin sizin de başınıza gelmesinden korkuyorum: Nuh kavminin, Âd, **Semûd** ve onlardan sonrakilerin durumu gibi.” Mü'min, 40/29-31.

7. Sai bi'l-fesad /Bozguncu

Fesad kavramı sosyal, siyasî ve hukukî düzenle ilgili olarak kullanıldığında belli bir düzen veya dengenin bozuluşunu ifade eder.⁶³

“Allah ve Resulüyle **savaşanlar** ve yeryüzündeki **hak düzeni bozmaya çalışanlar...**” yekdiğerini himaye ederek toplanıp bir kuvve-i mania teşkil eden (örgüt oluşturan), bu suretle müslümanların ve İslâm'ın tabiiyetleri veya ahdinde bulunanların (zimmiler ve müste'menlerin) canlarına, mallarına, ırzlarına kasıt ve asayişlerini ihlal eden içtimai ve siyasi şakavet erbabıdır. Yeryüzünde fesad için sa'y eyleyen; cana veya mala veya ırza tasallut veya hars ü nesli ihlâke teşebbüs ve tesebbüb ile nizâm-ı hakki ve âsâyîş-i halkı ihlâl ve ifsad için çalışan kimse-lerdir.”⁶⁴

İslam ceza hukukunun konusu olan “hırabe cezası” (haddü'l-hırâbe) yukarıda belirtildiği üzere Mâide 5/33-34. ayetlerinde yer alır. Bir kısım araştırmacılar “hırâbe” suçunu maddi ve manevi unsurları bakımından “örgütlü suç” (الْجَرِيمَةُ الْمُنْتَظَمَةُ : *el-cerîmetü'l-munazzame* veya: الْإِجْرَامُ الْمُنْتَظَمُ : *el-icrâmu'l-munazzam*, çoğul haliyle الْجَرَائِمُ الْمُنْتَظَمَةُ : *el-ceraimu'l-munazzame*: örgütlü suçlar) tanımına ey yakın suçlardan sayar.⁶⁵

8. Hadiste Zikri Geçen Âsî/Bâğî Fırka/Bölük (fie-i bâğiye) (الْفِئَةُ الْبَاغِيَّةُ)

Râgıb el-İsfehânî *fi'e*'yi “birbirine destek çıkan, yardımlaşma içerisinde hareket eden topluluk” diye açıklar. *Lisânü'l-Arab*'da yer verilen bilgiye göre kelime, aslında, “insan fırkası” ve “insan topluluğu” manasına gelir. Savaş düzeninde ordunun arkasında konumlanan, ordu

⁶¹ Birışık, “Hizbullah” s.183-184.

⁶² Razi, XII/32.

⁶³ Kutluer, İlhan, “Fesad” *DİA*, C:12, s.421-422.

⁶⁴ Yazır, II/620. Cahiliye devrinde ailesi ve aşireti tarafından terk edilen, kabile törelerine uymayan, aşılmaz çöllerde ve sarp dağlarda eşkıyalık yapan, baskınlarla kervan soyarak, yol keserek hayatını sürdüren, daima takip edilen, yakalandıkları takdirde derhal cezalandırılan bir âsi taifesi (haydut ve eşkıya çetesi) vardı. Durmuş, İsmail, “Su'luk” *DİA*, C:Ek-2, s.534-536.

⁶⁵ Mesela bk. Müsfır Hasan el-Kahtânî, *Mevkifu'l-fikhi'l-İslâmî ve't-teşri'âtî'l-cinâiyye mine'l-icrâmi'l-munazzam*, el-'Alâka beyne cerâimi'l-ihitiyal ve'l-icrâmi'l-munazzam konulu ilmi toplantı/sempozyum, Mansure, 3-5/06/1425 / 18-20/06/2007, Câmîatu Nâif el-'Arabiyye li'l-'ulûmi'l-emniyye, Merkezu'd-dirâsât ve'l-ulûm, bildiri metni, s.17.

korkuya kapıldığında veya hezimete uğradığında muhâriplerin kendilerine sığındığı birliğe de *fi* denir.⁶⁶

Fi Kur'an'da geçtiği dokuz farklı ayetin altısında (2/249;⁶⁷ 3/13; 8/16, 19, 45, 48) “askeri birlik” manasında kullanılmıştır.

Buhari'nin rivayet ettiği hadiste Mescid'in inşasında kerpiçleri herkes birer birer taşıırken İslam'ın ilk kadın şehidi Sümeyye'nin oğlu Ammâr b. Yâsir ikişer ikişer taşıyordu. Bir ara Hz. Peygamber onun yanına geldi, başındaki tozu sildi ve: “Vah Ammar! Kendisini o âsi fırka/bölük/hizip (el-fietü'l-bâğiye) öldürecek” buyurdu.⁶⁸ Müslim'in rivayetine göre bu hadis -kısmen farklı lafızlarla- Hendek kazımı sırasında varit olmuştur.⁶⁹

Nevevî, Müslim şerhinde şunu söyler: “*Fi*, taife ve fırka demektir. Ulema demiştir ki, bu hadis Hz. Ali'nin haklı ve isabetli, diğer taifenin (Muaviye tarafının) ise meşru nizama isyan edenler (buğât: bâğiler) olduğuna açık hüccettir. Fakat onlar (diğer taife) içtihatla hareket etmişlerdir, bu yüzden onlara bir günah yoktur. Bu hadiste birçok yönden Hz. Peygamber'e ait açık bir mucize vardır; Ammâr'ın öldürülecek olması, onu müslümanların öldürecek olması, öldürenlerin bâğiler olması, Sahabenin ileride birbirleriyle savaşıacak ve onların bâğiye ve gayri bâğiye (âdile) olmak üzere iki fırkaya ayrılacak olmaları. Nitekim bütün bunlar tıpkı sabah aydınlığı gibi gerçekleşmiştir.”⁷⁰

Ammâr, Siffin Savaşında (37/657) Hz. Ali safında savaşırken öldürülmüştür.⁷¹

III. HZ. PEYGAMBER DEVRİ SUÇ ÖRGÜTLERİ

A. MÜNAFIKLAR

1. Faaliyetleri

Münafıklar, barış zamanı ensar ve muhâcirler arasında kavga çıkartarak (halkı kin ve düşmanlığa tahrik ederek) İslâm toplumunu birbirine düşürmek, Hz. Peygamber'e gelen vahiyleri küçümseyip yeni müslümanlar arasında tereddüt uyandırmak, onun şahsını ve aile fertlerini toplum içinde yıpratmak savaş zamanı müslümanların cesaretini kırmak, düşmana

⁶⁶ Râgıb el-İsfehâni, *el-Müfredât*, “fi” md.; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “fi” md. geniş bilgi için bkz. Atalay, s.221-222.

⁶⁷ “Allah'a mülâki olacaklarına kani olanlar ise dediler ki: Nice az bir **fırka**, nice çok fırkalara Allah'ın izniyle galip gelmiştir. Ve Allah sabredenlerle beraberdir.” (2/249 Bilmen)

“Allah'a mülâki olacaklarına kani' olanlar ise şu cevabı verdiler: nice az bir **cemiyet**, çok bir **cemiyete** Allah'ın izniyle galebe çalmışlar (nice defalar azıcık bir **bölük**, birçok **böülklere** Allah'ın izniyle galip geldiler) (2/249 Yazır).

“Kesin olarak Allah'a kavuşacaklarını bilenler: "Nice küçük **topluluklar**, Allah'ın izniyle büyük **kalabalıklara** üstün gelmiştir! Zira Allah, güçlülere karşı sabırlı olanlarla beraberdir." diye cevap verdiler.” (2/249 M. Esed)

“Allah'a kavuşacaklarını umarlarsa nice azlık **taife** vardır ki dediler, Allah'ın izniyle çokluk **taifeye** üst olmuştur, Allah sabredenlerledir.” (2/249 Gölpınarlı)

“(Ahirette) muhakkak Allah'a kavuşacaklarını bilenler (ve itaatle ırmağı geçenler) ise: Nice az bir **cemiyet** (topluluk) daha çok bir **cemiyete** (topluluğa) Allah'ın izniyle galip gelmiştir.” (2/249 Çantay)

⁶⁸ Buhari, *Salât*, 63.

⁶⁹ Müslim, *Fiten*, 72-73.

⁷⁰ Nevevî, el-Minhâc, Beyrut 1392, XVIII/40.

⁷¹ Fayda, Mustafa, “Ammâr b. Yâsir” *DİA*, C:3, s.75-76.

avantaj sağlayacak yollara başvurmak, Resûlullah'a suikast tertipleme ve İslâm ordusunu içten çökertmeye çalışmak gibi faaliyetlerde bulundular.⁷²

2. Örgüt Lideri (Abdullah b. Übey b. Selûl)

Medine halkına başkan olmak üzere iken İslâmiyet'in şehre gelmesiyle siyasî nüfuzunu yitiren Abdullah b. Übey, eski itibarını korumak amacıyla bir grup oluşturdu ve Hz. Peygamber'e karşı gizli bir muhalefet cephesi kurarak çeşitli nifak taktikleri uygulamaya başladı, münafıklar grubunu Yahudi ve müşriklerle aynı ittifak içinde toplamaya çaba gösterdi.

Hicretten birkaç gün sonra Kureyş ileri gelenleri Abdullah'a bir mektup göndererek hi-mayelerine aldıkları Peygamber'i öldürmelerini veya Medine'den çıkarmalarını istemişler, aksi takdirde bütün güçleriyle üzerlerine yürüyeceklerini bildirmişlerdir. Abdullah b. Übey'in konuyu taraftarlarıyla müzakere etmekte olduğu haberi Hz. Peygamber'e ulaşmış, o da Abdullah'ı ziyaret ederek Kureyş'in isteklerine uydukları takdirde kendilerinin zararlı çıkacaklarını ona hatırlatmıştır.⁷³

Uhud ve Hendek savaşları sırasında ilk defa Kureyş müşrikleri ve Hristiyan liderlerinden akrabası Ebû Âmir er-Râhib ile olan ilişkilerini açığa vurdu.⁷⁴

"Abdullah b. Übey'in iş birliği yaptığı gruplardan biri Medine'deki Yahudilerdi. Hazrec kabilesi eskiden beri Nadîr Yahudilerinin müttefiki olduğu için Abdullah, onların İslâm aleyhtârı faaliyetlerine katılabiliyordu. Müslümanların Bedir zaferini hazmedemeyen ve bundan kendi kötü âkibetlerinin işaretini gören Kaynukâ Yahudileri bazı taşkınlıklar yapmışlardı. On beş gün süren kuşatma sonucunda Yahudiler Hz. Peygamber'in hükmüne razı olarak teslim oldukları bir sırada Abdullah onların imdadına koştu ve Peygamber'e Hazrec kabilesinin Yahudilerle antlaşma yapmış olduğunu ileri sürdü."⁷⁵

Hz. Peygamber'in Nadîr yahudilerinin Medine'yi terk etmelerini istemesi üzerine, Abdullah b. Übey yahudilere haber göndererek yerlerinden ayrılmamalarını ve Peygamber'e karşı gelmelerini istemişti. Yahudiler de buna güvenerek kalelerine kapanmış ve mukavemete teşebbüs etmişlerse de vaad edilen yardım gelmeyince müslümanların şartlarını kabul etmek zorunda kalmışlardı.⁷⁶

⁷² Sezikli, H. Ahmet, "Münafık" *DİA*, C:31, s.567.

⁷³ Ebu Davud, *Harac*, 22.

⁷⁴ Sezikli, s.567. Medine'de, Ebû Âmir er-Râhib adında, Hz. Peygamber'in kendisine fâsık (sefih, ahlâksız) adını verdiği bir Hıristiyan keşiş vardı. Hz. Peygamber'in buraya hicret etmesi üzerine Medine'yi terk edip Mekke'ye yerleşerek, çevresine topladığı bir rivayete göre on beş, başka bir rivayete göre elli kadar adamıyla aktif bir şekilde Uhud savaşına katıldı. Hamidullah, *İslam Peygamberi*, No:1017.

⁷⁵ Koçyiğit, Talat, "Abdullah b. Übey b. Selûl" *DİA*, C:1, s.139-140.

⁷⁶ "Medine'de bulunan münafıklar Yahudilerle gizlice görüşürler, Resulullah aleyhinde konuşurlar ve gizli düşmanlıklarını birbirlerine anlatırlar ve münafıklar Yahudilere karşı yeminle teminat verirler ve: "Eğer Muhammed (s.a.) ve ashâbı tarafından siz vatanınızdan çıkarılırsanız biz de sizinle beraber çıkarız... her nereye giderseniz biz de sizinle oraya gideriz. Korkmayın, sizi ve bizi Medine'den çıkarmak kolay değildir, sizin hakkınızda savaş ve sair zararınıza dair her kim bize ne söylerse biz onun sözüne asla itaat etmeyiz. Eğer siz savaşırırsanız elbette size yardım ederiz, asla sözümüzden dönmeyiz" derler ve bu gibi sahte sözlerle Yahudileri düşmanlığa teşvik edip, kandırırlardı." M. Vehbi, XIV/5854-5855.

Mekkeli müşrikler Hudeybiye Antlaşması ile kısmen ve Mekke'nin fethinden sonra tamamen onun ittifakından çıktılar. Medine'de ortak eyleme girdiği yahudilerin şehirden sürülmesiyle oradaki beraberlik de sona erdi. Bu durumda sadece Mekke fethinin ardından Tâîf'e kaçan ve daha sonra Suriye'ye giden Ebû Âmir onunla irtibatını kesmeyerek Hristiyanları Hz. Peygamber'e karşı kışkırtmak suretiyle kendisine yardım etmeyi sürdürdü.

Abdullah b. Übey, Benî Mustalîk (Müreyssî) Gazvesi sırasında Ensar ve muhacirleri birbirine düşürmeyi denedi; dönüşte de Medine'de kargaşa çıkarmak için İfk Hadisesi'ni tezgâhladı.

Nifakın zirveye çıktığı en kritik günlerde münafıkların üs olarak kullandığı nifak merkezine mescid görünümünü vererek (Dırâr Mescidi) faaliyetlerine meşruiyet kazandırmak istedi.

Tebük Seferi'nde adamlarıyla birlikte Zübâb tepesi civarında ayrı bir ordugâha yerleşen münafıkların reisi Abdullah, "Muhammed Rumlarla savaşmayı oyuncak sanıyor. Ben onun ve arkadaşlarının iplere bağlandığını görür gibiyim" diyerek yetmiş seksen taraftarıyla Medine'ye döndü.⁷⁷ Bir yandan savaşa gitmeyenlerin başını çekerken diğer yandan bazı münafıkların orduya katılmasını sağlayarak nifak hareketlerini tahrik etti. Tebük dönüşünde Resûl-i Ekrem'e suikast teşebbüsünde bulunuldu. Buna Kur'an'da şöyle işaret edilir:

"Ve o başaramadıkları cinayeti tasarladılar. Halbuki intikam almaları için Allah'ın, Resülü ile onları lütfundan zenginleştirmiş olmasından başka bir sebep yoktu." Tevbe 9/74.

"Nail olamadıkları suikastta bulundular." Tebük'ten Medine'ye dönüşte münafıklardan onbeş kişi, geceleyin karanlıkta bir yamacın kıvrıldığı bir tepede Hz. Peygamber'i bineği üzerinde vurup uçuruma itmeyi kararlaştırdılar. Ammar b. Yasir bineğin yularından çekiyor, Huzeyfe b. Yeman da arkasından sürüyordu. Tam o sırada Huzeyfe develerin ayak seslerini ve bir silah şakırtısı işitti, döndü baktı ki, yüzleri örtülü bir grup üzerlerine doğru geliyor. Bunun üzerine Huzeyfe yüksek sesle: "*Kendinize gelin ey Allah düşmanları, kendinize!*" diye bağırınca, onlar da korkup kaçtılar.⁷⁸

B. YAHUDİ SUÇ ÖRGÜTLERİ VE LİDERLERİ

Hz. Peygamber, Medine site devletini kurup Mekkeli muhacirlerle Medineli Arap kabileleri bir anayasa etrafında toplamış, Yahudileri de buna dâhil ederek bir ortak vatan mefhumu geliştirmiştir. Ancak Yahudiler fırsat buldukça Medine Sözleşmesini ihlal etmişlerdir. İlk olarak Kaynukâoğulları Bedir Savaşı'ndan sonra toplumun huzur ve refahını bozmaya çalıştıkları,⁷⁹ Uhud Savaşı'ndan sonra Müslümanların zaafından faydalanmaya çalışan Nadîroğulları da Hz. Peygamber'e suikast tertipleedikleri için sürgün edilmişler, nihayet Hendek Savaşı sırasında müşriklerle birlikte hareket edip Müslümanları iki ateş arasında bırakarak onların zor anlar

⁷⁷ Vâkîdî, I/995). Bununla birlikte çok sayıda münafık ganimet beklentisiyle sefere katıldı.

⁷⁸ Yazır, III/425.

⁷⁹ Kaynukâoğullarının suçları, Müslümanlara karşı kin ve düşmanlık beslemeleri, Bedir zaferinden sonra bu duygularını açığa çıkarmaları, kendilerini uyarıya ve İslâm'a davete gelen bir peygambere küstahça cevap vermeleri ve Müslüman bir kadının iffet ve namusuna göz dikmeleridir. Arslan, s.55.

yaşamısına sebep olan Kurayzaoğulları ise ihanetin boyutlarına göre en ağır şekilde cezalandırılmışlardır.⁸⁰

1. Kâ'b b. Eşref

Baba tarafından Tay kabilesine, anne tarafından bir Yahudi kabilesi olan Nadîroğullarına mensuptur. Hem Araplar hem yahudiler tarafından sevilir ve kendisine değer verilir.

Medine Şehir-Devletini kurma çalışmaları sırasında, bir gün Yahudiler Hz. Peygamberin huzuruna çıktılar ve geleneğe göre Kurayzaoğulları ile Nadîroğulları arasında bir farklılık olduğunu, Kurayzalıların kanının Nadîroğullarınıninkilerin yarısı (140'a karşılık 70 vesk hurma) değerinde olduğunu söylediler. Hz. Peygamber bu konuda eşit davranılmasını emretti. Nadîroğullarından Ka'b b. Eşref bunun üzerine homurdanarak: "Biz senin kararını kabul etmiyoruz, senin emrine itaat etmeyeceğiz ve bu konuda eski âdet ve geleneğimizi sürdüreceğiz." dedi.⁸¹

Ka'b b. Eşref, Yahudilerden bir cemaate yemek hazırlattı, öldürtmek için Hz. Peygamberi davet ettirdi. Cebrail (a.s.) onların maksatlarını haber verince, Peygamberimiz (s.a.) onların yanlarından hemen ayrıldı.

Bedir Gazvesi sonunda müşriklerin mağlûp oldukları ve yetmiş ölü verdikleri haberi Medine'ye ulaşınca bunun doğruluğuna inanmadı, "Gerçekten Muhammed bu kadar kişiyi öldürmüştü yerin altı üstünden daha hayırlıdır" diyerek tepki gösterdi. Ancak haberin doğru olduğu ortaya çıkınca tâziyede bulunmak ve Kureyş'i müslümanlar aleyhine kışkırtmak için kırk kadar adamıyla birlikte Mekke'ye giderek müslümanlara karşı savaşmak üzere Ebû Süfyân ile anlaştı. Söylediği şiirlerle Kureyşlilerin intikam duygularını tahrik etti.

Medine'ye döndükten sonra şiirleriyle Resûl-i Ekrem'i ve ashabını hicveden, etkili konuşmaları ve servetiyle müşrikleri müslümanlara karşı kışkırtmaya devam eden Kâ'b b. Eşref'in davranışlarından rahatsız olan Hz. Peygamber bu duruma son verilmesini ve kendisinin eziyetten kurtarılmasını istedi. Bunun üzerine Muhammed b. Mesleme, Kâ'b b. Eşref'in süt kardeşi Ebû Nâile b. Selâme, Abbâd b. Bişr, Hâris b. Evs ve Ebû Abs ile bir araya gelerek Kâ'b'ı ortadan kaldırmak için plan yaptılar ve 14 Rebülevvel 3/4 Eylül 624'te onu öldürdüler.⁸²

2. Ebu Rafi Abdullah b. Ebi'l-Hukayk

Ebû Râfi', Nadîroğullarının din adamlarından olup, Hicaz'ın baş tefecisi idi.⁸³ Rasûlullah'a ezâ eder ve O'nun aleyhindeki hareketlere mali yardım yapardı (terörün finansmanı). Hicaz toprağında kendisine ait müstahkem bir kalede oturan bu zengin Yahudi, Arap kabilelerinin birçoğunu kışkırtıp Hendek Muharebesinin yapılmasına da sebep olmuştu.⁸⁴ Hazreç kabilesi mensupları Peygamber'e düşman olan bu örgüt liderini öldürmek için izin istediler. Hz. Peygamber, Abdullah b. Atîk komutasında Hazreç kabilesinden beş kişiyi 6/628 yılı

⁸⁰ Arslan, s.42.

⁸¹ Hamidullah, İslam Peygamberi, No:958.

⁸² Buhari, *Megazi*, 15, İbn Sa'd, II/31-33, Kapar, M. Ali, "Ka'b b. Eşref" *DİA*, C:24, s.3-4.

⁸³ Taberî, *Târih*, III/7, Köksal, *İslam Tarihi*, IV/90.

⁸⁴ Sellâm b. Ebû'l-Hukayk, Huyey b. Ahtab ve Rebî' b. Ebû'l-Hukayk gibi Nadîroğullarının ileri gelenleri Mekke'ye giderek Kureyşlileri müslümanlara karşı birlikte savaşmaya ikna ettiler. Hamidullah, Muhammed, "Hendek Gazvesi" *DİA*, C:17, s.194-195.

Ramazan ayında Yahûdî Ebû Râfîi öldürmeleri için gönderdi. Abdullah b. Atîk, gizlice girdiği kalede onu öldürdü.⁸⁵

3. Nadiroğulları

Nadiroğulları, Bedir Gazvesi'nin ardından Kaynukâoğullarının şehirden sürülmesine, ayrıca kendi kabilelerinden müslümanlar aleyhine kışkırtıcı şiirler söyleyen ve yıkıcı faaliyetlerde bulunan ünlü şair Kâ'b b. Eşref'in öldürülmesine çok kızdılar; aynı zamanda korkuya kapılarak Hz. Peygamber ile yeni bir antlaşma yaptılar. Fakat daha sonra Uhud Gazvesi'nin hazırlıkları sırasında bir gece 200 adamıyla birlikte gelen Ebû Süfyân'a müslümanlar hakkında istediği bilgileri verdiler; bu savaşta İslâm ordusunun tam bir üstünlük sağlayamamasından aldıkları cesaretle de müşriklerin Hz. Peygamber'i öldürme teklifini olumlu karşılayıp antlaşmalarını bozma eğilimine girdiler.⁸⁶

Hicri 4. yılın Safer ayında (Temmuz 625) meydana gelen Bi'rima'ne hadisesinde yetmiş İslâm davetçisinin tuzağa düşürülüp öldürülmesi sırasında kurtulanlardan Amr b. Ümeyye ed-Damrî, olayı Resûl-i Ekrem'e haber vermek üzere Medine'ye dönerken yolda kendilerine saldıranlardan olduklarını sandığı Âmiroğulları kabilesinden iki yeni müslümanı öldürmüştü. Bu yanlışlık karşısında maktullerin diyetlerinin ödenebilmesi için Hz. Peygamber bir grup sahâbîyle birlikte Nadiroğullarına giderek aralarında mevcut anlaşma gereği diyete iştirak etmelerini istemiş ve onların kendi paylarına düşen kısmı toplamak için hazırlık yapmaları sırasında bir duvarın dibine oturup beklemeye başlamıştı. Ancak Nadiroğulları bunu fırsat bilerek üzerine büyük bir taş yuvarlayıp onu öldürmeye kalkıştılar.⁸⁷

Hicri 4. yılın Rebülevvel ayında (Ağustos 625) Nadiroğullarının oturduğu yeri kuşattı. On beş gün sonra kuşatmanın şiddetinden bunalan Nadiroğulları, bekledikleri yardım gelmeyince Medine'den ayrılma talebinde bulundular; taleplerinin kabul edilmesi üzerine bir kısmı 600 deve yükü ile Suriye ve Ezriât'a, daha az sayıdaki bir kısmı da Hayber'e gidip yerleştiler. Nadiroğullarının geride bıraktığı mallar, bölgeden sürülmelerinin ardından nâzil olan Haşr sûresinin 6-10. ayetleriyle fey statüsüne tâbi tutularak Resûl-i Ekrem'e tahsis edildi. Resûl-i Ekrem bunlardan bir kısmını kendi şahsî ve ailevi harcamaları için, bir kısmını cihad amacıyla kullandı; bir kısmını da uygun gördüğü kişilere verdi. Hayber'e yerleşen Nadiroğulları kısa sürede bir tehdit unsuru ve nifak kaynağı haline geldiler, sonuçta da Hendek Gazvesi'nin ter-tipçisi oldular.⁸⁸

Müslümanlara her kötülüğü yapmış olan Huyey b. Ahtab, Nadiroğulları Medine'den sürgün edilip Hayber'e yerleştikten sonra da Mekkeli müşriklerle Kurayzaoğullarını müslümanlar aleyhinde kışkırtmaya devam etti. İhanetleri yüzünden Kurayzaoğulları cezalandırılırken o da öldürüldü.

⁸⁵ Buhari, *Megazi*, 16. Olayın değerlendirilmesi için bkz. Mumcu, Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ank.1985, s.10-11.

⁸⁶ Özkuyumcu, Nadir, "Beni Nadir" *DİA*, C:32, s.275-276.

⁸⁷ Özkuyumcu, s.275-276.

⁸⁸ Özkuyumcu, s.275-276.

4. Kaynukaoğulları

Hız. Peygamber'in Medine'deki Arap ve yahudi kabileleriyle yaptığı, barış içerisinde birlikte yaşama anlaşmasına (Medine Vesikası) Kaynukaoğulları, Hazreclilerin müttefiki olarak katılmışlardı. Ancak müslümanların Bedir Gazvesi'nde kazandıkları başarı onları rahatsız etti ve taşkınlık yapmaya başladılar. Hız. Peygamber, Kureyş'in başına gelenleri hatırlatarak müslüman olmalarını istedi, ona red cevabı verdiler. Bedir Gazvesi'ne dikkat çekilerek kâfirlerin Allah'ın yardımıyla yakın bir zamanda tekrar yenileceklerini belirten âyetlerin bu cevaba karşılık indiği rivayet edilir. "Rasûlullah (s.a) Bedir (savaşı) günü Kureyş'i hezimete uğrattı Medine'ye gelince, Yahudileri Kaynukaoğulları çarşısında toplayıp "Ey yahudi cemaati, Kureyş'in başına gelenler sizin de başınıza gelmeden önce müslüman olunuz!" dedi. (Onlar): "Ey Muhammed! Kureyş'ten savaş bilmeyen tecrübesiz bir toplumla savaşman seni aldatmasın. Eğer sen bizimle savaşsaydın, bizim nasıl yiğit bir topluluk olduğumuzu ve bizim gibi bir cemaatle hiç karşılaşmamış olduğumu anlayacaktın." dediler. Bunun üzerine yüce Allah "*inkâr edenlere de ki yeni leceksiniz...*" (Âlü İmrân 3/12-13).⁸⁹

O sırada gerginlik sürerken alışveriş için Kaynukaoğulları çarşısına giden müslüman bir kadının tâcize uğraması ve çıkan olayda karşılıklı kan dökülmesi anlaşmanın bozulmasına sebep oldu. "*Herhangi bir kavmin hıyanetinden endişe edersen evveleminde ahidlerini reddettiğini düpedüz kendilerine bildir, çünkü Allah hâinleri sevmez.*" (Enfâl 8/58).⁹⁰

5. Kurayzaoğulları

Hız. Peygamber'in hicretten sonra Medine'deki Arap ve yahudi kabileleriyle yaptığı Medine Sözleşmesi denilen antlaşmaya Kurayzaoğulları Evs kabilesinin müttefiki olarak katılmışlardı. Nadîroğulları, Hız. Peygamber'den intikam almak amacıyla Hendek Savaşı öncesinde Kureyş ve yandaşlarıyla ittifak yaparken Kurayzaoğullarını da yanına çekmek istedi. Başlangıçta bu ittifaka yanaşmayan Kurayzaoğulları nihayet onlara katıldı.⁹¹ Çarpışmaların en yoğun bir anında ihanet ettiler. Tam müttefiklerin kuşatmayı kaldırdıkları gün, Resulullah (a.s.) da Kurayzaoğullarının oturduğu mahalleyi kuşattı; birkaç günlük bir direnişten sonra teslim oldular.⁹² "*Allah hem o kâfirleri hiçbir hayra elleri ermeksizin gayzlarıyla def etti ve bu suretle Allah, mü'minlere kıtâlin hakkında geliverdi ve Allah Kavî, Azîz bulunuyor. Hem de ehl-i kitabdan onlara muzâheret edenleri: Kalblerine korku düşürerek kulelerinden indirdi, bir kısmını katlediyordunuz, bir kısmını esir.*" (Ahzâb 33/25-26).⁹³

⁸⁹ Ebu Davud, *Harac*, 22.

⁹⁰ Avcı, Casim, "Kaynuka" *DİA*, C:25, s.88.

⁹¹ Avcı, Casim, "Kurayza" *DİA*, C:26, s.431.

⁹² Hamidullah, *İslam Peygamberi*, No:955.

⁹³ Ayette geçen ehl-i kitab Yahudilerden Kurayzaoğullarıdır. Resûlullah ile antlaşma yapmış olmalarına rağmen Nadîroğullarının ilhâhiyla dönmüşler, Ahzâb'a muzâheret etmişlerdi. Ahzâb'ın münhezim olup dağıldığı gecenin sabahı Müslümanlar Medine'ye dönüp silâhlarını bıraktıkları sırada Hız. Peygamber Bilâl-i Habeşî'yi çağırarak ikinci namazının Kurayzaoğulları yurdunda kılınmasını ilan ettirdi. Kalenin önüne vardığında yahudi ileri gelenlerine teker teker seslenerek onları İslâm'a davet etti. Olumsuz cevap vermeleri üzerine kalelerinden inmelerini ve teslim olmalarını istedi; bu teklifin de reddedilmesiyle çatışma başladı. Kurayzaoğulları on beş veya yirmi beş gün boyunca kuşatma altında tutuldu. Bu arada münafıklar Kurayzaoğullarına giderek onları müslümanlara teslim olmamaya çağırıyor, direnmeye devam etmeleri halinde kendilerine yardımda bulunacaklarını söylüyorlardı. Evs'ten

C. YALANCI PEYGAMBERLER

Hız. Peygamber, yalancı peygamberler konusunda ashabını uyarmış⁹⁴ ve diğer isyancılara kıyasla ne kadar tehlikeli olduklarını ifade etmiştir. Esved'in iddiası⁹⁵ öğrenildiğinde hızlı hareket edilmiş, tedbir olarak derhal öldürülmesi emredilmiştir. Ancak sağlığında mücadele ettiği Müseylime ve taraftarları bastırılmamış, Hız. Peygamber'in vefatından sonra isyan ve iddiasını devam ettiren Müseylime ve taraftarlarının şiddetli savunması karşısında İslam orduları daha fazla sıkıntı çekmişlerdi.⁹⁶

Alınan tedbirlerle o dönemdeki Arapların anarşik toplum yapısı, istikrarlı bir devlet teşkilatına dönüştü. Bundan böyle yapılacak tek şey, birtakım gericilerin kurulmuş olan yeni düzeni değiştirmeye kalkmalarını önlemek ve bir kez yenildiklerini anladıktan sonra yeni Devlet ve toplum düzenini kabul etmelerini sağlamaktır. Gerçekten bu tepki hareketleri açık ve kesin bir biçimde Hız. Peygamber'in hayatının son aylarında ortaya çıktı, ancak Resulullah (s.a.) ve halifesi Ebûbekir sükûnetle, ama hiç yılmadan çalıştılar. Bu gayretlerin sonunda elde edilen başarı, insanlık tarihinde göze çarpan en büyük inkılâp ve değişim hareketinin başarısızlıkla sonuçlanmasını önledi ve onun dünya çapında bir misyon yüklenmesi için gerekli çıkışı açtı.⁹⁷

Yalancı peygamberlerin hedefi, kabilelerini kendi nüfuzları altında toplamak, onları başka bir nüfuza tabi kılmamaktır.⁹⁸

1. Esved el-Ansî

Sâsânilerin San'a valisi Bâzân müslüman olunca Hız. Peygamber Onu görevden almadı, bütün Yemen'i ona bağladı.

Bazan'ın ölümünden sonra Rasulullah (s.a.) hicretin onuncu yılında Yemen'i valiliklere ayırarak her bir ili ayrı bir emire bağladı. Vedâ haccı dönüşünde Resûlullah'ın hastalandığını haber alan Esved el-Ansî (ö.11/632), kendisine bağlı 700 askeriyile ayaklandı. Rasulullah (s.a.) Cerir b. Abdullah el-Beceli'yi Esved'e Müslüman olması için gönderdi. Fakat o, İslam'a yeniden girmeyi kabul etmedi.⁹⁹

Sa'd b. Muâz hakem tayin edildi. Sa'd, kendisinin vereceği hükme razı olacaklarına dair hem Evslilerle Kurayzaoğullarından hem de Hız. Peygamber'den söz aldıktan sonra kararını açıkladı. Savaşabilecek yaşta bulunan erkekler öldürülecek, kadın ve çocuklar esir edilecek, mallar müslümanlar arasında paylaşılacaktı. Yazır, IV/551, Avcı, "Kurayza" s.431-432.

⁹⁴ Bunların peygamberlik iddiaları haberi Medine'ye ulaşınca Hız. Peygamber minbere çıktı ve şöyle söyledi: "*Ben kadir gecesinde bir rüya görmüştüm, size söylemeyi unuttum. Bileklerimde iki altın bilezik gördüm buna sinirlendim, sonra onlara üfledim, hemen ikisi de kayboldu. İşte bu rüyayı şu peygamberlik iddia eden iki yalancı olarak tevil ettim, biri Yemenli, diğeri Yemamelidir.*" Buhârî, *Menâkıb*, 25, *Megâzî*, 70, 71, *Tabîr*, 38; Müslim, *Rüyâ*, 21; Tirmizî, *Rüyâ*, 10; İbn Mâce, *Rüyâ*, 10.

⁹⁵ İsyân hareketlerinin esas amacı dini ve siyasi bağımsızlığın yanında toprak bağımsızlıklarını da kazanmaktır (yıkıcı ve bölücü terör özellikleri vardı). Esvedü'l-Ansî, Yemen'de bulunan Rasulullah (s.a.)'in valilerine bir mektup yazarak: "Ey bize karşı direnenler! Elimizden aldığınız toprakları ve topladığınız malları bize geri verin. Çünkü biz bu topraklara ve mallara, sizden daha layıkız ve size nisbetle o mallarla yerler üzerinde daha çok hak sahibiyiz. Siz de kendi işinize bakın" demişti. İbn Kesir, 1994, VI/435, akt. Hurç, s.65.

⁹⁶ Sarıkaya, Hüseyin, "Mütenebbiler Meselesi Bağlamında Câhiliye Araplarının Nübüvvet Telakkileri" İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi, C:4, S:2 Güz-2018, s.186.

⁹⁷ Hamidullah, İslam Peygamberi, No:910.

⁹⁸ Hurç, s.36.

⁹⁹ Belazûri, 1991, s.113.

Esved, ayaklanmasından on gece sonra Necran'ı ele geçirdi. Necranlıları kendine bağlayarak Kays b. Abd Yegûs b. Mekşuh Murat emiri Ferve b. Müseyk'i sürüp yerine geçti. Hadramut'tan Tâ'if'e kadar uzanan geniş bir bölgeyi egemenliği altına aldı.¹⁰⁰ San'a kentini ise ayaklanmasının yirmi beşinci gecesinde işgal ederek valisi Şehr b. Bazan'ı öldürdü. Şehr'in ölümünden sonra Muaz, Me'rib'de bulunan Ebu Musa Hadramut'a gittiler. Böylece tüm Yemen, Esved'in eline geçti. Yemen bölgesinde bulunan Müslüman emirlerinden çoğu Tahir b. Hale'ye katıldılar. Amr ve Halid Medine'ye geri döndü.

Hız. Peygamber, isyan eden topluluklara komşu olup da İslâm'a bağlılığını sürdüren kabile başkanlarına birer mektup yazarak, bu yalancı peygamberlerle mücadele etmelerini emretmiştir. Bölge ileri gelenlerinden Kays b. Mekşûh, Fîrûz, Cüşeyş ve Dâzeveyh, kendi safında gördükleri Esved'e suikast tertibi konusunda anlaştılar. Kocasını öldürüp kendisini zorla nikâhladığı için Esved'den nefret eden Şehr b. Bâzân'ın karısı Âzâd'ın¹⁰¹ da yardımıyla bir gece yarısı girdikleri evinde Esved'i öldürdüler.¹⁰² Durumu öğrenince kaçmak isteyen Esved taraftarlarıyla müslümanlar arasında silahlı mücadele olduysa da sonunda güvenlik yeniden sağlandı ve İslâm valileri eski görevlerine döndüler.

2. Müseylimetü'l-Kezzab

Mesleme b. Sümâme b. Kebîr (Kesîr) el-Hanefî el-Vâilî (ö.12/633), 8/630 yılında Hevze el-Hanefî'nin ölümünden sonra Hanifeoğullarının reisi oldu. Hıristiyan olan ve ölümünden bir süre önce Hız. Peygamber'in İslâm'a davet mektubunu aldığı anda kendisine bu işte pay verilmesi şartıyla ona uyacağını bildiren Hevze müslüman olmamış, ancak Hanifeoğullarından birçok kişi İslâm'ı kabul etmiş ve bunlar kabilenin güçlü liderlerinden Sümâme b. Üsâl'in etrafında toplanmıştı. Bu durumu hâkimiyet ve nüfuz açısından tehlikeli bir gelişme olarak gören Müseylime, liderliğini pekiştirmek için Hanifeoğullarının heyeti içinde Medine'ye gitti (10/631). Hız. Peygamber ile görüşmesinde ondan sonra hâkimiyetin kendisine verilmesini istediği ve Resûlullah'ın bu talebi kesin bir şekilde reddettiği kaydedilir. Resul-i Ekrem önünde bulunan bir hurma dalını kaldırıp Müseylime'ye şöyle dedi: "*Benden bir tek bunu bile istesen, onu sana vermem.*"¹⁰³

Yemame'ye dönen Müseylime, kendisinin de Allah'ın bir elçisi olduğunu -Resulullah (s.a.)'ın ona hediyeler gönderip, hakkında söylediği birkaç söze dayandırarak- bunun Hız. Muhammed tarafından da kabul edildiği iddiasını yaydı.

İbn Hişâm, Müseylime'nin Resûl-i Ekrem'e kendisinin de peygamber olduğunu ve yer yüzünün yarısının kendi kabilesine, diğer yarısının Kureyş'e ait bulunduğunu ifade eden bir mektup gönderdiğini, bunun üzerine Hız. Peygamber'in, yolladığı mektupta onu kezzâb (çok

¹⁰⁰ Hamidullah, İslam Peygamberi No:907.

¹⁰¹ Azad, Feyruz ed-Deylemi'nin amcasının kızı; güzel, salih ve Müslüman bir kadındı. Hurç, s.45.

¹⁰² Hız. Peygamber, vefatından bir gün önce Esved'in Fîrûz Deylemi tarafından öldürüldüğünü haber vermiş, ancak resmî bilgi Medine'ye Hız. Ebûbekir devrinde ulaşmıştır. Algül, Hüseyin, "Esved el-Ansî" *DİA*, C:11, s.440-441.

¹⁰³ Hamidullah, İslam Peygamberi, No:681-682.

yalancı) diye tanımladıktan sonra yeryüzünün Allah'a ait olduğunu ve onu istediğine vereceğini bildirdiğini kaydeder.¹⁰⁴ Bunun üzerine "Müseylimetü'l-kezzâb" diye anılmıştır.

Resulullah tarafından Müseylime'nin zararlı fikirlerine karşı halkı bilinçlendirme amacıyla bölgeye gönderilen Übey b. Ka'b'dan Kur'an ilimlerini öğrenmiş olan Reccâl b. Neşhel ile Yemâme'nin ileri gelenlerinden Muhakkım b. Tufeyl'in ihanetidir. Halk Müseylime'nin iddiasının aslını öğrenmek maksadıyla Reccâl'in yanına geldiğinde hem Muhakkım hem de Reccâl, Hz. Peygamber'in vefat etmeden önce nübüvvet görevini Müseylime'ye verdiğine şahit olduklarını söyledi. Bunun üzerine halkın Müseylime'ye olan teveccühü arttı. Hz. Peygamber, Müseylime'nin bu asılsız davasından vazgeçmesi için Ensar'dan Habîb b. Zeyd'i elçi olarak görevlendirmişse de kısa bir süre sonra hadisenin sonucunu göremeden vefat etti. Habîb ise Müseylime'nin adamları tarafından şehit edildi.

Hz. Ebûbekir tarafından terörle mücadele maksadıyla İkrime b. Ebî Cehil, Şurahbil b. Hasene bölgeye sevk edilmişse de mağlup oldular. Müseylime'nin bir türlü kontrol altına namaması üzerine Halid b. Velid'e komutanlık görevi verildi ve gerçekleştiği yere nispetle Ak-rabâ Savaşı olarak zikredilen zorlu bir mücadelenin sonunda Müseylime öldürüldü.¹⁰⁵

SONUÇ

Âdem'in yaratılışının ardından ona secde etmeleri istenen melekler itaat; kibirlenen İblis ise isyan etmiştir. Âdem ile eşinden üreyip çoğalan insan türüne düşmanlık ederek onları çeşitli hile ve desiselerle aldatacağını söyleyen şeytan, insan türüne, birey olarak her bir insana, insan toplumlarına, bu toplumların teşkilatlanmış şekli olan devletlerine ve devletlerin dayandığı ideolojilere düşman olmuştur. Allah, hayırdan ve rahmetinden uzaklaştırdığı şeytana insanoğluna vesvese vermeye, çeşitli hile yöntemleriyle bâtılı hak gibi gösterip insanları doğru yoldan saptırma izni vermiştir. Allah'a itaat eden insanları kendi taraftarı (hizbüşşeytan) yapıncaya kadar her bir fertle, toplumla, devletle ve ideolojilerle savaşı devam etmektedir.

Şeytan insanı kötülük (suç) işlemeye teşvik ettiği gibi onun Allah'a yaklaştıracak fiilleri gerçekleştirmesine de engel olmaya çalışır veya yerine getirmeye çalıştığı kulluk görevini (ibadet) bozmaya gayret gösterir.¹⁰⁶ Bu savaş, Yaratıcı'nın ona verdiği mühlet ve müsaade ile kıyamete kadar devam edecektir.¹⁰⁷ İnsan işbu hak batıl mücadelesini imtihan olarak yaşamaktadır, yaşamaya devam edecektir.

¹⁰⁴ İbn Hişam, es-Sîre, III-IV/600-601.

¹⁰⁵ Sarıkaya, s.187.

¹⁰⁶ Kur'an'a göre şeytanın gücü sınırlı, hile ve tuzakları zayıftır (Nisâ 4/76), insanlar üzerinde hâkimiyeti yoktur, onlara istediğini yaptırılmaz, sâlih kişiler üzerinde ise hiçbir etkisi yoktur (Hicr 15/39-40, 42; İsrâ 17/65; Sebe' 34/21); Şeytanın bütün mahareti insanları kendi yoluna çağırmaktan ibarettir (İbrâhîm 14/22), ona uyup uymamak kişinin iradesinde olan bir şeydir. Dolayısıyla insanların yaptıkları kötülükler (işledikleri suçlar) için şeytanı bahane etmeleri gerçekçi değildir, Allah katında da herhangi bir değeri yoktur.

¹⁰⁷ "İblîs, "bana (insanların) tekrâr dirilecekleri güne kadar mühlet ver!" dedi. Allah, "Haydi, sen mühlet verilenlerdensen" buyurdu." A'raf, 7/14-15. Yani "Âdem ve zürriyetinin ölümden sonra dirilmeleri vaktine kadar öldürme de ecelimi tehir eyle" diye tazarru ve niyaz etti. Yazır, III/23. Onun bu dileğinin kabul edilmesi, insanoğlu için dünya hayatının bir imtihan süresi olması yönündeki ilâhî takdirin de bir sonucudur. Ayrıca burada şeytanın insanlar aleyhindeki kötü planları onlara haber verilerek, bir bakıma insanlar dünya ve âhîret hayatlarını mahvedecek olan bu tehlike karşısında uyarılmışlardır. Kur'an Yolu, II/507.

İlk insan ve ilk peygamber Hz. Adem'den son peygamber Hz. Muhammed'e kadar bütün peygamberler tevhid mücadelesinde başta şeytan ve ona uyanların ferdi ve toplu muhalefeti ve direnci ile karşılaşmış, gerektiğinde güç ve kuvvete başvurmuşlardır. Bazı peygamberler devlet başkanı olarak suç örgütleriyle sosyal meşru savunma kapsamında savaşmışlardır.

Allah'ı, Resûlullah'ı ve müminleri sevenler, dost edinenler (**evliyâullah** (Yûnus 10/62), **ensârullah** (Âlü İmrân 3/52; Saf 61/14) ve **ibâdullah** (Sâffât 37/40, 74, 128, 160, 169; İnsân 76/6, **hizbullah** (Hûd 11/17; Ahzab, 33/20, 22, Sad, 38/13, Mü'min 40/5, 30-31), Allah'a ve onun elçisine düşman olanları sevmezler, Allah katındaki değerleri çok yüksek olduğu için O'nun hoşnutluğunu kazanmış ve cenneti hak etmişlerdir. İnsanları etkisi altına alıp Allah'ı unutturan şeytan ise Allah'a ve peygamberlerine düşman olanlar grubu ile peygamberleri yalınlarlar, şeytanın oyuncuğu haline gelir, ilâhî mesajı unuttur ve sonuçta azabı hak ederler.

Şeytan, insanlara yalan vaadlerde bulunup onları aldattığını itiraf edecek, sizi zorla kendime itaat ettirmedim, siz kendi arzunuzla yalınlarıma inandınız, davetime icabet ettiniz. Allah'ın kafi vaadlerine inanmadınız ve davetine icabet etmediniz. Şu halde siz beni kınamayın, ancak kendi nefsinizi kınayın. Zira; ben size düşmanlığımı ilân ettim. Düşmanlık ilân eden kimsenin adaveti icabı sizi vesveseyle aldatması kınamanıza gerekçe olamaz. Çünkü; gaflet ve ahmaklık sizde olduğundan kınamaya müstehak sizsiniz” diyecektir (İbrahim, 14/22).

Suç, insanlığın bir gerçeğidir, insan yaratıldığından beri suç işlenmektedir, suç işlenmeyen bir dünya düşünmek mümkün değildir. Dolayısıyla kısmen veya lokal olarak mümkün olsa bile tamamen suç ve suçludan arındırılmış bir dünyada yaşamak hayaldir. Müslüman toplumlar da melekler topluluğu değildir; suç işlenmesi tamamen önlenemez. Dolayısıyla hedef, iyi insanları topluma egemen kılmak, zararlı insanların sayısını ve etkisini olabildiğince azaltmaya çalışmaktır.

Şikayetçisi bulunmayan, kamu vicdanını yaralamayan ve yaygınlaşmayan suçları görmezden gelmek, affetmek, uzlaşmak/uzlaştırmak ve böylece toplumsal barışı yeniden tesis etmek amaç olmalıdır. Son çare İslam'ın öngördüğü yaptırımların hayata geçirilmesidir.¹⁰⁸ Huzurlu ve mutlu toplumun tesisine tarih şahittir.

¹⁰⁸ Erturhan, Sabri, “İslam Hukukunda Suçla Mücadele Yöntemleri” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S:9, 2007, s.142.

KAYNAKÇA

- Ahmed Mustafa el-Meraġi, *Tefsîru'l-Merâġi*, Kahire, 1365/1946.
- Algül, Hüseyin, "Mescid-i Dırar" *DİA*, C:29, s. 262.
- Algül, Hüseyin, "Esved el-Ansî" *DİA*, C:11, s. 440-441.
- Arslan, İhsan, "Hz. Peygamber Döneminde Medine'de Devletin Varlığını ve Geleceğini Tehdit Eden, Toplumun Huzur ve Refahını Bozmaya Çalışan Üç Yahudi Kabilesinin Cezalandırılması" *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2021, 50, s. 41-83.
- Atalay, Orhan, "Kur'an'da Sosyal Grup İfade Eden Kavramlar" *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/30769> s. 197-231.
- Aydın, Mahmut, "Yahya" *DİA*, C:43, s. 232-234.
- Aydın, Mahmut, "Zekeriyya" *DİA*, C:44, s. 210-211.
- Begavi, Tefsîru'l-Begavi: *Me'âlimüt't-Tenzîl* (nşr. Muhammed Nemr vd.), Riyad: Dâru Taybe, 1411.
- Behnesi, A. Fethi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1991.
- Bozkurt, Nebi, "Meclis" *DİA*, C:28, s.241-242.
- Bursevi, İ. Hakki (ö.1725), *Rûhu'l-Beyân*, Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabi, ty.
- Cessâs, Ebûbekir Ahmed b. Ali, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (nşr. Muhammed Sadık Kamhavi), Beyrut: Dâru İhyai't-türâsi'l-Arabi, 1412/1992.
- Durmuş, İsmail, "Su'luk" *DİA*, C: EK-2, s. 534-536.
- Ebu Zehra, Ebu Zehra, Muhammed, *el-Cerime fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Kahire, Ty.
- Erturhan, Sabri, "İslam Hukukunda Suçla Mücadele Yöntemleri" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 9, 2007, s. 101-142.
- Fayda, Mustafa, "Ammâr b. Yâsir" *DİA*, C: 3, s. 75-76.
- Fayda, Mustafa, "İfk Hâdisesi" *DİA*, C: 21, s. 507-509.
- Fiğlalı, E. Ruhi, "Dârünnedve" *DİA*, C: 8, s. 555-556.
- Hamidullah, Muhammed, *İslâm Peygamberi Hayatı ve Eseri* (Çev: Mehmet Yazgan), İstanbul, 2004.
- Hurç, Ramazan, "Hz. Ebu Bekir Döneminde Bağımsızlık Hareketleri (İrtidat ve İrtica)" *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S:3, Elazığ, 1998, s.3 3-66.
- İbn Âşûr, Muhammed, et-Tahrîr ve't-tenvîr, Tunus 1984.
- İbn Haldun (ö.1406), *Tercüme-i Mukaddime-i İbn Haldun* (Mütercim: Pirizade Mehmed Sahib, ö.1749) (Haz: Yavuz Yıldırım, Sami Erdem, Halit Özkan, Cüneyt Kaya) Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2015.
- İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-azîm* (nşr. Sâmi Selâme), Riyad: Dâru Taybe, 1420/1999.
- İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, "ndv" md.
- Kapar, M. Ali, "Ebû Cehil", *DİA*, C: 10, s. 117-118.
- Kapar, M. Ali, "Mahzûm" *DİA*, C: 27, s. 402-403.
- Kapar, M. Ali, "Ka'b b. Eşref" *DİA*, C: 24, s. 3-4.

- Kettani, M. Abdülhay (ö.1962), *et-Terâtibu'l-İdâriye*, (Çev. A. Özel), İstanbul, 1991.
- Konyalı Mehmet Vehbi, *Hulasatü'l-Beyan Büyük Kur'an Tefsiri*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, ty.
- Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö.1273): *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an* (nşr. Abdullah Türki), Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1427/2006.
- Kutluer, İlhan, "Fesad" *DİA*, C:12, s. 421-422.
- Nevevî, Ebu Zekerîya Muhyiddin b. Şeref (ö.1277): *el-Minhâc*, Beyrut, 1392.
- Sarıkaya, Hüseyin, "Mütenebbiler Meselesi Bağlamında Câhiliye Araplarının Nübüvvet Telakkileri" *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi*, 4(2) Güz-2018, s.173-214.
- Serahsi, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), *el-Mebsût*, Beyrut, 1986.
- Yazır, M. Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili* (Haz. A. Cüneyt Köksal, Murat Kaya), İstanbul, 2021.
- Zemahşeri, *el-Keşşâf* (nşr. Âdil Abdülmevcud-Ali Muavvad), Riyad: Mektebetü'l-Ubeykan, 1418/1998.

EXTENDED SUMMARY

THE CRIME ORGANIZATIONS WHO FIGHT AGAINST PROPHETS

Mustafa Avcı, Prof.

Kırıkkale University, mustafaavci@kku.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-7453-8431>

The world is a testing place and life is a test. The struggle between right and wrong, good and evil, and beneficial and harmful is a reality of life. People are tested by calamities such as fear, hunger, loss of property and life.

Such a struggle is necessary for the faith and deeds of the prophets and their followers to gain value. Allah made demons, both human and jinn, enemies of the prophets in order to test their patience and determination in the face of adversity, and to show each nation that high ideals can be achieved by overcoming severe hardships and strong resistance, and that a person's worth will be revealed by his determination on this path.

Even in periods of human history when there was no mention of a state, prophets sent by Allah to reform societies faced organized opposition. These opposition organizations, which stood against the prophets, made subversive attempts to distort the Islamic belief based on tawhid and to disrupt public order with behaviors contrary to nature and morality.

All prophets, from Adam to Muhammad, faced individual and collective opposition and resistance from Satan and his followers in their struggle for tawhid, and resorted to force and power when necessary. Some prophets fought criminal organizations as heads of state within the scope of social legitimate defense.

Prophet Noah struggled for a long time with those who did not believe in him, accepted defeat (Al-Qamar, 54/10), asked for Allah's help in the face of their insults and threats of lynching (Ash-Shuarâ 26/118-119; Noah 71/26-27), Allah accepted Prophet Noah's prayer and destroyed the disbelieving people with a flood (Al-Qamar, 54/11-12).

Prophet Shu'ayb was threatened by the elders of the community with exile if he did not renounce his faith, and because the people of Midian did not take heed Prophet Shu'ayb's warnings, they were destroyed by a severe earthquake (Al-A'râf 7/91; Al-Ankeboot 29/37), a violent sound (Hûd 11/94) and the punishment of the "day of shadow" (Ash-Shuarâ 26/189), and only those who believed in Prophet Shu'ayb were saved from this punishment.

The Prophet Abraham was punished by being thrown into a fire by a ruler who claimed divinity. (Al-Anbiya 21/68; Al-Ankaboot 29/24).

Prophet Joseph suffered injustice first from his brothers (Joseph, 12/9) and then from the palace bureaucracy (Joseph, 12/32, 35); he was imprisoned and tortured without charge, but after a while his innocence was proven, his reputation was restored and he was given the position of minister of treasury (Joseph, 12/55). Prophet Joseph, seeing their repentance, did not want them to be punished (Joseph, 12/51, 91-92).

The Prophet Lot fought against a people who gathered together and committed sexual perversion, cutting roads and committing rape for this purpose, and since they continued to commit crimes despite all the warnings, after the believers were taken out, the people of Lot were baked from clay, stones were rained down in layers and the people of Lot were destroyed (Al-A'râf 7/83-84; Hûd 11/81-83; Al-Hijr 15/65, 73-74; Al-Qamar 54/37-39; At-Tahrim 66/10).

The tribe of Thamud was punished for adulterating gold and silver coins and upsetting the economic order, on the one hand, and for assassinating Prophet Salih and his family, who had warned them, on the other (An-Naml, 27/49).

If state power is not limited by law, it can easily turn into a criminal organization. Indeed, Prophet Moses and his people struggled against such state terrorism. Allah saved him and his people from state terrorism and punished the terrorist head of state and his army by drowning them in water (Ash-Shuarâ, 26/60-66).

A group of enemies of Prophet David (Al-Baqara 2/251), who was given both rulership and wisdom (prophethood), entered his room unexpectedly with the intention of killing him; Prophet David feared that it was a coup attack, but Allah protected him (Sad, 38/21-22).

Prophet Solomon, on the other hand, subdued the criminal organizations and even used them in building, diving, coppersmithing and other trades (Al-Anbiya 21/82; Sâd 38/37).

The Jews, who disliked the message preached by Prophet Jesus, plotted to kill him (Âl-Imran, 3/154); however, indeed, they did not kill him, Allah raised him in His own presence (An-Nisâ 4/157-158).

When the Qur'an talks about the criminal organizations that the prophets fought against, it refers to solidarity for the organization in modern criminal law, the element of continuity of the organization, the leader of the organization, its members and their activities such as subversion, spreading false news, plotting to assassinate prophets, using buildings disguised as temples as the organization's house, aiding and abetting the members of the organization, and the disbandment / defeat of criminal organizations.

Prophet Muhammad (PBUH) fought against polytheist Arabs during the Meccan period of his prophethood (Al-Anfal, 8/30), and against Jewish and hypocritical criminal organizations both in Mecca and Medina after his migration to Medina. These

criminal organizations repeatedly assassinated him, conspired against him, tortured him and his followers, slandered his wife, and attempted to provoke civil war by stirring up old enmities between tribes.

In his fight against organized crime, the Prophet sometimes fought by simply demolishing the house of the organization, sometimes, by eliminating the leader of the organization, sometimes by exiling the traitors.

He initiated a struggle against apostates and false prophets, each of whom was the leader of a separatist and destructive terrorist organization, close to his death, and these struggles were successfully concluded during the caliphate of Abu Bakr and national unity and integrity were ensured.

In this study, in line with the Qur'anic and sciences of siyar, the aforementioned organized opposition was evaluated in the context of criminal law.

As a result of the study, it was determined that the concepts of “nâdî”, “raht”, “usbe”, “tâife” ve “bağy”, “hizb”, “sâi bi'l-fesâd” and “fie-i bâğiyeh” were used to express the criminal organization. It was pointed out that context (siyaq and sibak) is an important element in the evaluation of these concepts as criminal organizations.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULUNUN YETKİ ALANINDA KALAN KONULAR ESAS SÖZLEŞMEDE DÜZENLENEBİLİR Mİ?

CAN THE MATTERS WITHIN THE JURISDICTION OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANYS BE REGULATED IN THE ARTICLES OF ASSOCIATION?

Zehra İlgin Mağden Çamlı*

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımına ilişkin esaslar, her iki organ için de devredilemez bazı yetkiler bakımından bir sınır çizilmesi (TTK m. 375/1 ve 408/2) ve bunun dışında devredilebilir nitelikteki yetkiler için de yönetim kurulu lehine karine öngörülmesi suretiyle (TTK m. 374/1) belirlenmeye çalışılmıştır. Anonim şirketlerde organlar arasındaki yetki dağılımına ilişkin esaslar gereği, genel kurulun, yönetim kurulu karşısında üst organ niteliği bulunmamakta, genel kurul yönetim kurulunun yetki alanına giren konulara müdahale edememektedir. Bunun dışında her iki organ da kendi yetki alanına giren konularda düzenleme yapma özgürlüğünü haizdir. Bu düzenlemeler normlar hiyerarşisi bakımından esas sözleşmenin altında bulunan genel kurul iç yönergesi ve yönetim kurulu iç yönergesi ile yapılabilir. Keza genel kurul, kendi yetki alanında kalıp genel ve soyut bir düzenlemeye kavuşturulabilecek konuları esas sözleşme değişikliği suretiyle, esas sözleşmede de düzenleyebilir. Peki, genel kurul, yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuları, esas sözleşme değişikliği yapmak suretiyle esas sözleşmede düzenleyebilir mi? Yoksa bu konularda düzenleme yapma yetkisi münhasıran yönetim kuruluna ait olup, ilgili düzenlemeler ancak yönetim kurulu iç yönergesinde mi yer bulabilir? Nihayet, kuruluştaki esas sözleşme hükümleri, genel kurul tarafından oluşturulmadığı için, yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların, kuruluştaki esas sözleşme ile sınırsız bir şekilde düzenlenebileceğinden söz edebilir miyiz? Çalışmada söz konusu soruları değerlendirerek bir cevap bulmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Esas Sözleşme, Yetki Dağılımı, İç Yönerge, Organizasyon Özgürlüğü

* Arş. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0002-5539-4655 ilgunmagden@kku.edu.tr

Bu makale, Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönergesi'nin 40. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan doktora tezi kapsamında tez konusu ile ilgili bir yayın olarak hazırlanmıştır.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

Under the Turkish Commercial Code numbered 6102, the principles regarding the distribution of authority between the general assembly and the board of directors have been tried to be determined by drawing a limit for some non-transferable powers for both bodies (Article 375/1 and 408/2 of the Turkish Commercial Code) and by prescribing a presumption in favor of the board of directors for other transferable powers (Article 374/1 of the TCC). In line with the principles regarding the distribution of authority between the bodies in joint stock companies, the general assembly is not a superior body over the board of directors, and the general assembly cannot intervene in matters within the jurisdiction of the board of directors. Besides, both bodies have the liberty to make regulations on matters within their jurisdiction. These regulations can be made with the internal directive of the general assembly and the internal directive of the board of directors, which are under the articles of association in terms of the hierarchy of norms. Likewise, the general assembly may regulate the matters that are in its authority and can be regulated in general and abstract terms through the amendment of the articles of association by amending the articles of association. Then, can the general assembly regulate the matters within the authority of the board of directors in the articles of association by amending the articles of association? Or does the authority to make regulations on these matters belong exclusively to the board of directors and can the relevant regulations only be included in the internal directive of the board of directors? Finally, since the provisions of the articles of association in the organization are not formed by the general assembly, can we mention that the matters remaining within the authority of the board of directors can be regulated unlimitedly with the articles of association in the organization? In the study, we tried to find an answer by evaluating these questions.

Keywords: Articles of Association, Distribution of Authority, Internal Directive, Freedom of Organization

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu iç yönergesi anonim şirket yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuları kanun ve esas sözleşmeye aykırı olmamak üzere düzenleyebilir. Keza yönetim kurulu iç yönergesi normlar hiyerarşisinde esas sözleşmenin altında bulunur. Bu durum yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların da esas sözleşmede düzenlenip düzenlenmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Esas sözleşmenin ihtiyari düzenleme alanı konusunda bir sınır öngörülmemiş olması bu soruya olumlu yanıt verilebileceğini düşündürülebilir. Ancak yönetim kurulunun yetki alanında kalan konulara esas sözleşmede, esas sözleşme değişikliği yapılmak suretiyle yer verilmesi için bir genel kurul kararı gerekir. Bu durumun anonim şirket yönetim kurulu ve genel kurul arasındaki yetki dağılımına ilişkin esaslara aykırılık oluşturup oluşturmayacağı incelenmelidir. Bir genel kurul kararını gerektirmemeleri nedeniyle kuruluştaki esas sözleşme hükümleri için farklı bir değerlendirme yapılıp yapılmayacağı da tartışılmalıdır.

Yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşmede düzenlenip düzenlenmeyeceği sorusuna bir cevap vermek üzere çalışmamızda öncelikle; yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki dağılımına ilişkin temel esaslar, anonim şirketlerde organizasyon özgürlüğü kavramı ve yönetim kurulu iç yönergesi ile iç yönergenin esas sözleşme ile ilişkisi incelenecektir. Daha sonra yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşmede düzenlenmesine ilişkin Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki görüşler incelenecek, ardından konuya ilişkin değerlendirmelerimize yer verilecektir.

I. ANONİM ŞİRKETLERDE ORGANLAR ARASINDAKİ YETKİ DAĞILIMINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

Anonim şirketin zorunlu organları olan genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımının sınırlarının tespiti, monografik bir çalışmanın konusunu oluşturacak kadar geniş bir meseledir¹. Ancak günümüzde anonim şirketin her iki zorunlu organı arasında eşitlik ilkesinin (*Paritätstheorie*) geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre anonim şirketin zorunlu her

¹ Bu konuda kapsamlı bir çalışma olarak bkz. Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

iki organının² birbirleri karşısında altlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır³. Her iki organ da Kanun'da kendilerine tanınan görev ve yetki alanında bağımsız bir şekilde hareket etme ve karar alma özgürlüğüne sahiptir⁴. Bu kapsamda önemli olan, yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki dağılımına ilişkin Türk Ticaret Kanunu⁵ (TTK) hükümlerinden yola çıkarak, her iki organın da yetki alanının sınırlarını çizmektir. Yetki dağılımına ilişkin temel tespitlerimiz ise şu şekildedir:

1. Öncelikle, yönetim kurulu ve genel kurul TTK m. 375/1 ve TTK m. 408/2'de belirtilen konularda münhasıran yetkilidirler ve bu yetkilerini devredemezler⁶. Ayrıca, TTK'nin ve

² Bu kapsamda şirketler hukukunda organ kavramını açıklamakta da fayda vardır. Öncelikle belirtelim ki şirketler hukuku öğretisinde organ kavramı; şekli anlamda organ, maddi anlamda organ, dar ve geniş anlamda organ, görünürde organ, seçilmiş organ, olgu organ gibi terimlerle sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Öğretide bu sınıflandırma açısından bir terim birliği bulunduğu söylenemez. Örneğin, şekli organ terimi, öğretide, organ niteliği fiili bir durumdan değil, kanun, esas sözleşme veya iç yönerge kaynaklanan organları ifade etmek üzere kullanılmıştır (Heinz Schärer, *Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe*, Winterthur: Verlag Hans Schellenberg Winterthur, 1981, s. 27; Adrian Kammerer, *Die Unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, s. 31-32; Beşir Fatih Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 7). Bununla birlikte aynı terim, şirketi organa özgü bir şekilde temsile kanundan dolayı yetkili olan, genel kurulun geçerli bir kararı ile atanmış yönetim kurulu üyelerine karşılık gelecek şekilde de kullanılmaktadır [Kırca (İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), s. 388; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 56]. Maddi anlamda organla ise şekli anlamda organa özgü yetkilerin, yani organsal işlevin devredildiği bir statü kastedilebilmektedir. (Aynı yönde bkz. Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 58). *Tekinalp*, bu statüyü tüzel kişinin iradesini meydana getirip yürüten kişi olarak tarif etmiş ve bu statü için dar anlamda organ terimini kullanmıştır (Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, N. 11-02, s. 219). Biz de maddi anlamda organ terimi ile zorunlu organların yetkilerini devralan ve yine şirket iradesinin oluşumunda etkili olan kişileri kastetmekteyiz. Keza organ kavramının kanunlarda öngörülen maddi kıstasını da karar verme ve yönetim görevleri oluşturmaktadır (Bilge Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fillerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 39-53). Fiili organ ise maddi veya şekli anlamda bir organ vasfını haiz olmamakla birlikte organa özgü yetkileri fiilen icra eden ve bu nedenle de sorumlulukları gündeme gelen kişiler için kullanılmaktadır (Schärer, s. 30; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, § 31, N. 36, s. 848; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 60-61). Anonim şirkette iç yönerge çıkarabilecek organlar ise şirketin zorunlu organları ile bu organların yetkilerini devralan maddi anlamda organlarıdır.

³ Kammerer, *Die Unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 65-66; Katja Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, Zürich: Dike, 2007, N. 448, s. 219; Salim Rizvi, *Die Kompetenzen der Generalversammlung in Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2011, s. 164.

⁴ Kammerer, *Die Unübertragbaren und Unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 65-66; Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 448, s. 219; Rizvi, *Die Kompetenzen der Generalversammlung in Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats*, s. 164.

⁵ RG. 14.02.2011, S. 27846.

⁶ TTK m. 375'te yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri ibaresi kullanılmışken, TTK m. 408'de genel kurulun, yalnızca devredilemez yetkilerinden söz edilmiştir. Bu anlamda devredilemezlik ve vazgeçilemezlik kavramlarına değinmek gerekir. Devredilemezlik, görev ve yetkilerin yöneticilere veya genel kurula devredilemeyeceği anlamına gelmektedir [Kammerer, *Die Unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 126; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 170; Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 539; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 166]. Mevzuat m. 716'a'daki "yoksun bırakılmaz" şeklindeki düzenlemenin "vazgeçilemez" olarak alındığı TTK m. 375'te vazgeçilemezlik ile kastedilenin ise bu görev ve yetkilerin yönetim kurulunun rızası ile dahi olsa başka bir organa hasredilememesi

- başka kanunların diğer bir kısım maddelerinde de organların devredilemez yetkilerine ilişkin hükümler öngörülmüştür⁷. Örneğin yönetim kurulu iç yönergesinin hazırlanması (TTK m. 367/1), halka açık şirketlerde, ilişkili taraflar ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir kararın alınması [Sermaye Piyasası Kanunu⁸ (SPK)m. 17/3], yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindedir⁹. Söz konusu görev ve yetkilerin devrine ilişkin işlemler geçersiz olup, geçersiz devire dayanarak sorumluluktan kurtulmak da mümkün değildir¹⁰.
2. Yönetim kurulunun yönetim yetkisi (TTK m. 365) kapsamında kalan; ancak devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında da yer almayan bazı yetkileri bulunmaktadır. Pay sahiplerine borç verilmesi bunlar arasında sayılabilir (TTK m. 358)¹¹. Yönetim kurulu, bu kapsamdaki yetkilerini, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da üçüncü kişilere devredebilir. Ancak anonim şirketin zorunlu diğer organı olan genel kurula devredemez ve genel kurul da bir esas sözleşme hükmü ile kendisini bu konularda karar veya onay makamı olarak belirleyemez¹². Zira aksinin kabulü, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilmesi ve temsil olunmasına dair TTK m. 365/1 hükmünü anlamsız kılar¹³.
 3. Türk Ticaret Kanunu'nun “*yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir*” hükmünü düzenleyen 374. maddesinin birinci fıkrasında, yetki dağılımına ilişkin olarak yönetim kurulu lehine bir karine öngörülmüştür¹⁴. Ancak yönetim kurulunun bu karine nedeniyle yetkili olmasına rağmen, yönetim kurulunun yönetim

olduğu ifade edilmektedir [Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 539; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 171]. Bununla birlikte devredilemezliğin yetkilerin yöneticilerin devrini, yoksun bırakılamazlığın ise genel kurulun yetkileri devralmasını yasakladığı yönünde bkz. Peter Böckli, *Die Unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, s. 12.

⁷ Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 177-178; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 146; Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 540.

⁸ RG. 30.12.2012, S. 28513.

⁹ Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 540.

¹⁰ Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 612, dpn. 609.

¹¹ Pay sahiplerine borç verilmesinin yönetim kurulunun TTK m. 374/1 kapsamında kalan yetki alanına ilişkin bir işlem olduğu yönünde bkz. Serdar Hızır, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Batider*, C. 29/S. 2 (2013), s. 239; Emek Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 268.

¹² Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich: Schulthess, 2009, § 13, N. 332, s. 1665; Peter Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, Zürich: Schulthess, 2011, § 9, N. 80, s. 228-229; Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 536; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 239, 242.

¹³ Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 243.

¹⁴ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-28a, s. 244; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 20. TTK m. 374/1’de öngörülen karinenin, hangi organın yetkisinde olduğu tartışmalı bir konu gündeme geldiğinde işin niteliğinin sorgulanmasına engel bir kaçış hükmü olarak değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre; işin gerçekten yönetsel bir karar mı olduğu yoksa pay sahiplerinin menfaatlerini etkileyen bir karar mı olduğu sorgulanarak sonuca varılmalıdır (Harun Keskin, “Anonim Şirket Genel Kurulu İle Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış”, *Batider*, C. 34/S. 3 (2018), s. 269).

yetkisi (TTK m. 365) ile de bağdaşmayıp, genel kurulun yapısına uygun olan konular da vardır¹⁵. Buna örnek olarak, sınırlamaya tabi payların devrinde pay devrine onay verilmesi gösterilebilir (TTK m. 492/1)¹⁶. Bu konulardaki yetkilerin TTK m. 408/1 gereği esas sözleşme ile genel kurula bırakılabileceği kabul edilmelidir¹⁷.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE ORGANİZASYON ÖZGÜRLÜĞÜ

Özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesi şirketler hukuku için de geçerlidir¹⁸. Organizasyon özgürlüğü de sözleşme özgürlüğünün anonim şirketler hukukundaki bir görünümüdür¹⁹.

Yönetim organizasyonunda özgürlük, zorunlu unsurları kanunen belirlenmiş bir şirket türünün, iç organizasyonunu emredici hükümler çerçevesinde somut ihtiyaçlara göre şekillendirme özgürlüğü olarak tanımlanabilir²⁰. Türk-İsviçre şirketler hukukunda da yönetim kuruluna, şirket yönetiminin örgütlenmesine ilişkin olarak geniş bir özgürlük tanınmıştır²¹. Ancak, İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda 6102 sayılı Kanunla birlikte emredici hükümler ilkesinin benimsendiğini ve bu ilke uyarınca, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun açıkça izin vermişse sapılabileceğini de belirtelim (TTK m. 340)²². Bununla birlikte yönetim kurulunun organizasyon özgürlüğünün dayandığı hükümler zaten yönetim kuruluna düzenleme yapma özgürlüğü de bahşetmektedir. Nitekim yönetim kurulunun organizasyon özgürlüğü, Türk Ticaret Kanunu'ndaki; anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil olunacağına dair TTK m. 365/1, yönetim kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredebileceğine dair TTK m. 367/1 ve yönetimin devredilmediği takdirde yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğuna dair TTK m. 367/2 hükümlerine dayanmaktadır²³.

¹⁵ Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 245.

¹⁶ Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 245.

¹⁷ Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 245.

¹⁸ Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 115, s. 63-64.

¹⁹ Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 115, s. 64. Anonim şirketlerdeki sözleşme özgürlüğü "pay sahiplerinin, anonim ortaklığın kanunda öngörülen yapısını ve ortaklık bünyesindeki hukuki ilişkilerini, hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar içinde serbestçe düzenleme imkânı" olarak tanımlanmıştır (Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021, s. 155). Daha dar kapsamlı bir tanım için bkz. Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 29.

²⁰ Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 116, s. 64.

²¹ Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 2, N. 11, s. 22.

²² Öğretide TTK m. 340'ın anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak esas sözleşme yoluyla sapılabilesine izin verdiği, bu nedenle iç yönerge veya genel kurul kararı aracılığıyla Kanun'dan sapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir (Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, s. 58). Ancak TTK m. 340'ın bu şekilde yorumlanmasının hükmün kapsamını Kanun'un amacına uygun olmayacak bir şekilde genişleteceği kanaatindeyiz (Aynı yönde bkz. Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*, s. 381).

²³ Nitekim İsviçre hukukunda organizasyon özgürlüğünün dayandığı üç temel hükmün bulunduğu, bunların; TTK m. 365/1'in karşılığını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu [*Obligationenrecht* (OR)] m. 716/2, TTK m. 367/1'in

Yönetim kurulunun kendi organizasyonunu belirleme özgürlüğünün sınırlarını kendi görev ve yetki alanı ile Kanun'da bu alana ilişkin açıkça esas sözleşmeye ve genel kurula tanınan yetkiler oluşturur²⁴. Örneğin, yönetim kurulunun yönetim yetkilerini devretmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması gerekmektedir (TTK m. 367/1)²⁵. Keza yine Kanun'da açıkça öngörüldüğü üzere, yönetim kurulu üyeleri esas sözleşme ile atanmakta veya genel kurul tarafından seçilmekte (TTK m. 359), genel kurul kararı ile görevden alınmakta (TTK m. 364), esas sözleşmede başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin genel kurul tarafından seçilebilmesi öngörülebilmekte (TTK m. 366/1), yönetim kurulundaki toplantı ve karar yeter sayıları esas sözleşme ile arttırılabilmekte (TTK m. 390/1), temsil yetkisine ilişkin çift imza kuralının aksi de esas sözleşme ile kararlaştırılabilmektedir (TTK m. 370/1). Yönetim kurulunun organizasyon özgürlüğü gereği genel kurulun Kanun'da açıkça belirtilen söz konusu hususlar dışında, yönetim kurulunun organizasyonu ve çalışması üzerinde herhangi bir etkiyi haiz olamayacağı ve yönetim kuruluna talimat veremeyeceği ifade edilmiştir²⁶. Buna göre, yönetim kurulunun çalışmasından ve kararlarından memnun olmayan genel kurulun bu konudaki tek yetkisi, yönetim kurulu üyelerini görevden almak veya bir sonraki seçimde seçmemektir²⁷.

I. YÖNETİM KURULU İÇ YÖNERGESİ VE İÇ YÖNERGENİN ESAS SÖZLEŞME İLE İLİŞKİSİ

Anonim şirketin her organı kendi görev alanına giren konularda iç yönerge çıkartabilir²⁸. Organlar iç yönerge ile kendi çalışma usul ve esaslarını emredici hükümlere ve bunun yanında esas sözleşmeye aykırı olmamak üzere belirleyebilir. Zira esas sözleşme normlar hiyerarşisinde iç yönergelerin üstünde bulunmaktadır²⁹.

Şirketler hukukunda iç yönerge çıkartılmasına ilişkin bir zorunluluk kural olarak bulunmamaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinin birinci fıkrasında yönetim yetkilerinin devredilmesi durumunda bunun bir iç yönerge ile yapılması şart koşulmuştur. Keza sınırlı yetkili ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının atanması durumunda temsile ilişkin yönetim kurulu iç yönergesi (TTK m. 371/7) düzenlenmesi zorunludur. Nihayet genel

ilk cümlesinin karşılığını oluşturan OR m. 716b/1 ve TTK m. 367/2'nin karşılığını oluşturan OR m. 716b/5 (2020 değişikliğinden önceki OR m. 716b/3) olduğu ifade edilmiştir (Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 2, N. 1, s. 21).

²⁴ Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 2, N. 12-20, s. 22-25.

²⁵ Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinin birinci fıkrasının mehzını İsviçre Borçlar Kanunu 716b maddesi oluşturmaktadır. Bununla birlikte 1 Ocak 2023'te yürürlüğe giren 2020 değişikliği ile İsviçre Borçlar Kanunu 716b maddesi de değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikte yönetimin devri için esas sözleşmede buna izin verilmesi değil, esas sözleşmede aksinin öngörülmemesi, yani yetki devrinin yasaklanmaması aranmıştır (OR m. 716b/1).

²⁶ Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 126, s. 68.

²⁷ Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 126, s. 68.

²⁸ Ernst, J. Eigenmann, *Das Reglement der Aktiengesellschaft*, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1952, s. 16; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 14, N. 27, s. 297; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 45.

²⁹ Fridolin Allemann, *Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft*, Zürich: Brunner & Bodmer Zürich, 1951, s. 25; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern: Stämpfli Verlag, 1996, § 11, N. 4, s. 117; Irene von Moss-Busch, *Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates*, Zürich: Universität Zürich, 1996, s. 62; Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İllkesi*, s. 207.

kurulun çalışma usul ve esaslarını belirleyen genel kurul iç yönergesi (TTK m. 419/2) de çıkarılması zorunlu olan iç yönergeler arasındadır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yetki devri yapmadığı veya Türk Ticaret Kanunu'nun m. 371. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca sınırlı yetkili ticari vekil atamadığı sürece yönetim kurulunun iç yönerge çıkarma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulları, kanunen çıkarmakla yükümlü oldukları iç yönergelerin metnine dahil etmek sureti ile³⁰ veya ayrı bir metinde, kendi çalışma usullerine, üyelerinin hak ve borçlarına ilişkin iç yönerge hükümleri öngörebilir³¹. Bu kapsamda iç yönergelerde, yönetim kurulunun toplantıya ne şekilde çağrılacağına, üyelerin toplantı sırasındaki bilgi alma haklarını ne şekilde kullanacaklarına, toplantılara görüşlerinden yararlanmak üzere uzman çağırmanın şartlarına vs. dair düzenlemelere yer verilebilir³².

Esas sözleşme ile yönetim kurulu iç yönergesi arasındaki ilişki öğretide genellikle normlar hiyerarşisi bağlamında incelenmiştir. Keza bu başlığın başında da belirttiğimiz üzere yönetim kurulunun yetki alanında kalan tüm konuları düzenleyebilen yönetim kurulu iç yönergesi de normlar hiyerarşisinde esas sözleşmenin altındadır. Dolayısıyla yönetim kurulu iç yönergesi hükümleri esas sözleşme hükümlerine uygun olmak zorunda olup, esas sözleşmeye aykırı iç yönerge hükümleri geçersizdir³³. Örneğin esas sözleşmede yönetim yetkisinin devrine izin verilmemişse veya yetki devri yasaklanmışsa iç yönerge ile yapılan yetki devri de geçersizdir (TTK m. 367/1).

Esas sözleşme ile yönetim kurulu iç yönergesi arasındaki ilişkinin yalnızca normlar hiyerarşisi bağlamında incelenmiş olması, genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımına ilişkin esaslar gözetilmeksizin her konunun esas sözleşmede düzenlenebileceği izlenimini verebilir. Esas sözleşmenin ihtiyari düzenleme alanına ilişkin bir sınır öngörülmemiş olması da bu izlenimi desteklemektedir. Keza öğretide, ihtiyari esas sözleşme hükümlerinin iç yönerge, yönetim kurulu kararı, genel kurul kararı veya borçlar hukuku sözleşmesi gibi farklı bir hukuki

³⁰TTK m. 367/1'e göre çıkartılan iç yönerge “*şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler*” (TTK m. 367/1) . Sayılan bu hususlar iç yönergenin zorunlu içeriğine dahildir [Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 522, s. 1752; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 15, N. 19, s. 308; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-60, s. 258; Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 604; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 136; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 86)].

³¹Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, s. 309 vd.; Stefan Zwicker, “Der Inhalt des Organisationsreglementes nach dem neuen Aktienrecht”, *ST*, S. 1-2 (1994), s. 57; Patrick Umbach, “Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüche”, *Verantwortlichkeit im Unternehmenrecht III*, (haz. Rolf Weber), Zürich: Schulthess, 2006, s. 41; Andreas Kummer, “Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft Entscheidendes Instrument für die “Best Practice””, *ST*, S. 80 (2006), s. 917; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 141; Hasan Pulaşlı, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11/S. 125 (2013), s. 40 vd.

³²Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, s. 309 vd.; Zwicker, “Der Inhalt des Organisationsreglementes nach dem neuen Aktienrecht”, s. 57; Umbach, “Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüche”, s. 41; Kummer, “Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft Entscheidendes Instrument für die “Best Practice””, s. 917; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 141; Pulaşlı, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge”, s. 40 vd.

³³Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 135.

işleme de konu edilebilen esas sözleşme hükümleri olduğu belirtilmiştir³⁴. Ancak yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri ile yönetim yetkisi kapsamında kalan konular; genel kurulun yetkili kılınamayacağı konulardır. TTK m. 374/1’de lehine tanınan karine sebebiyle yönetim kurulunun yetkili olduğu; ancak yönetim kurulunun yönetim yetkisi (TTK m. 365) ile bağdaşmayan konular ise zaten esas sözleşme ile genel kurula bırakılabileceğinden bu konuda esas sözleşme ile düzenleme yapılması herhangi bir soru işaretine yer vermez. Öyleyse bu konuya ilişkin sorularımız şunlardır:

1. Kuruluştaki esas sözleşme hükümleri ile daha sonra genel kurul tarafından esas sözleşme değişikliği sureti ile getirilen hükümler arasında bir fark gözetilmeli midir? Kuruluştaki esas sözleşme hükümlerinin genel kurul tarafından oluşturulmaması nedeniyle bu hükümlerin yetki dağılımına ilişkin esaslar uyarınca değerlendirilmeyeceği savı ileri sürülebilir mi?
2. Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri veya yönetim yetkisi kapsamında kalması nedeniyle iç yönergede düzenleyebileceği konular hiyerarşik olarak iç yönergenin üstünde bulunan esas sözleşmede de düzenlenebilir mi?

Yönetim kurulunun kendi yetki alanında kalması nedeniyle iç yönergede düzenleyebileceği konuların esas sözleşmede de düzenlenip düzenlenemeyeceği sorusunun cevabı tespit edebildiğimiz kadarıyla, İsviçre ve Türk hukukunda yalnızca münferit konulara ilişkin olarak verilmiştir³⁵. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda ise [*Aktiengesetz* (AktG)] bu sorunun cevabı ayrıca düzenlenmiştir. Çalışmamızda öncelikle konuya ilişkin; Alman, İsviçre ve Türk hukukunda ileri sürülen bazı görüşlere değinilecek, sonrasında ise söz konusu soruların cevapları verilmeye çalışılacaktır.

II. YÖNETİM KURULUNUN YETKİ ALANINDA KALAN KONULARIN ESAS SÖZLEŞMEDE DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. ALMAN HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Türk Ticaret Kanunu hükümleri oluşturulurken Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu hükümlerinden de yararlanılmıştır. Nitekim Alman hukukunda da şirket organlarının kendi

³⁴ Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*, s. 272-273. Bahtiyar da ihtiyari esas sözleşme hükümlerinin esas sözleşmeye yazılmasa dahi bir “*yönetim kurulu kararı*” olarak geçerlilik kazanabilecek hususlar olduğunu ifade etmiştir (Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 104). *Yazar*, eserinin ilerleyen sayfalarında da ihtiyari esas sözleşme hükümlerinin esas sözleşmede düzenlenmemiş olsa bile “*istisnaen*” ve “*nadiren*” yönetim kurulu kararına bağlanabilecek hususlar olduğunu belirtmiştir (Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, s. 217, 220). *Yazar*’ın ihtiyari esas sözleşme hükümlerinin yönetim kurulu kararı ile de geçerlilik kazanabilmesinin istisnai bir durum olduğunu belirtmesi bu konuda yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki dağılımını gözettiği izlenimini vermektedir.

³⁵ İsviçre Borçlar Kanunu’na ilişkin 1991 değişikliğinin genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki eşitlik ilkesi yönünde tercih yaptığı kabul edilmektedir (Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 88). Öyleyse, bu konuda 1991 değişikliğinden önce ileri sürülen görüşlerin eşitlik ilkesi konusundaki tercihin tartışılmaya daha açık olduğu bir dönemde ileri sürüldüğünü de göz önüne almak gerekir.

görev alanlarına giren konularda iç yönerge çıkartabilecekleri kabul edilmektedir³⁶. Dolayısıyla yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşmede düzenlenip düzenlenemeyeceğine ilişkin görüşümüzü belirlerken bu konuda Alman hukukunda ileri sürülen görüşleri de ele almak gerekir. Nitekim mesele, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir.

Şirket yönetiminde düalist sistemin benimsendiği Alman anonim şirketler hukukunda, şirket işlerinin yürütülmesi, şirketin temsili ve şirketle ilgili karar alma görevi kural olarak yönetici kurula (*Vorstand*) aittir³⁷. Bir diğer yönetim organı olan gözetim kurulunun (*Aufsichtsrat*) ise yönetici kurul üzerinde gözetim ve tavsiye, başka bir deyişle kontrol işlevi vardır³⁸. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 77/2'ye göre; yönetici kurul; ancak esas sözleşmede gözetim kuruluna böyle bir yetki verilmemişse ve gözetim kurulu, yetki verilmemesine rağmen yönetici kurul için iç yönerge çıkarmamışsa kendisi için iç yönerge çıkartabilir³⁹. Aynı maddeye göre; göre esas sözleşmede de iç yönergenin münferit konuları bağlayıcı bir şekilde düzenlenebilir (AktG m. 77/2). Ancak esas sözleşmedeki bu düzenlemeler yalnızca münferit konulara ilişkin olmalı, esas sözleşme yoluyla gözetim kurulu ve yönetici kurulun bu konudaki organizasyon özgürlüğüne müdahale edilmemelidir⁴⁰. Esas sözleşmede yönetici kurulun iş bölümüne, karar alma sürecine, komitelerin oluşumuna ilişkin hükümler bulunsa da yönetici kurulun iç yönergesinde yer alacak kuralların tamamen esas sözleşmede düzenlenemeyeceği ifade edilmiştir⁴¹. Keza esas sözleşmede öngörülen hükümler yalnızca esas sözleşme değişikliğine ilişkin şartlar yerine getirilerek değiştirilebilir. Dolayısıyla esas sözleşmede yönetici kurula ilişkin iç yönerge hükümlerine yoğun bir şekilde yer verilmesi, yönetici kurulun değişen koşullara uyum sağlama yeteneğini zayıflatır⁴².

Münferit konuların esas sözleşmede düzenlenmesi durumunda yönetici kurulun veya yönetici kurul adına gözetim kurulunun çıkaracağı iç yönergeler esas sözleşmedeki düzenlemeye aykırı olamaz⁴³. Alman hukukundaki bu düzenlemenin (AktG m. 77/2) Türk hukukunda yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşmede düzenlenmesiyle ilgili yol gösterici olup olamayacağını aşağıda inceleyeceğiz.

³⁶ Micheal Kort, "Geschäftsverteilung und Geshäftsordnung des Vorstands", *Handbuch des Vorstandsrechts*, (haz. Holger Fleischer), Münih: Verlag C.H. Beck, 2006, § 3, N. 29, s. 85.

³⁷ Uwe Hüffer ve Jens Koch, *Aktiengesetz*, Münih: Verlag C.H. Beck, 2022, § 76, N. 2, s. 507; Gerald Spindler, "Art76-77", *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, (haz. Wulf Goette ve Mathias Habersack ve Susanne Kalls), Münih: Verlag C.H. Beck, 2019, § 76, N. 49, s. 24; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 27.

³⁸ Spindler, "Art 76", § 76, N. 50, s. 24.

³⁹ Kort, "Geschäftsverteilung und Geshäftsordnung des Vorstands", § 3, N. 30, s. 85.

⁴⁰ Hüffer ve Koch, *Aktiengesetz*, § 77, N. 20, s. 566; Spindler, "Art 77", § 77, N. 51, s. 162; Gerold Bezzenger, "Die Geschäftsordnung der Hauptversammlung", *ZGR*, S. 2 (1998), s. 355; Gunnar Isenberg, *Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft*, Bremen: Peter Lang GmbH, 2005, s. 70-71.

⁴¹ Markus Weber, "Art 76-77", *Aktiengesetz*, (haz. Wolfgang Hölters ve Markus Weber), Münih: Verlag C.H. Beck, 2022, § 77, N. 48, s. 552.

⁴² Isenberg, *Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft*, s. 71.

⁴³ Bezzenger, "Die Geschäftsordnung der Hauptversammlung", s. 355; Isenberg, *Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft*, s. 46.

B. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşmede düzenlenip düzenlenemeyeceğine ilişkin olarak, İsviçre ve Türk hukukundaki görüşler bir arada incelenecektir. Zira İsviçre öğretisinde meseleye ilişkin olarak ele alınan OR m. 716a/1/2 hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini düzenleyen 375. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin karşılığını oluşturur. Nitekim yönetim kurulunun iç organizasyonu ile ilgili Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin çoğu da İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Tekli yönetim sisteminin benimsendiği Türk Ticaret Kanunu'nda organlar arası yetki dağılımına ilişkin olarak öngörülmüş düzen de yine tekli yönetim sisteminin benimsendiği İsviçre Borçlar Kanunu'nda öngörülen düzenle büyük ölçüde aynıdır. Nihayet İsviçre ve Türk hukukunda, iç yönergenin münferit konularının esas sözleşmede düzenlenmesine ilişkin, Alman hukukundaki gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Aşağıda, meseleye ilişkin olarak, yönetim kurulunun iç organizasyonu ve çalışma usulüne ilişkin konular için ileri sürülen görüşler ve yönetim kurulunun yetki alanında kalan diğer konular için ileri sürülen görüşler, ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

1. Yönetim Kurulunun İç Organizasyonuna ve Çalışma Usulüne İlişkin Konuların Esas Sözleşmede Düzenlenip Düzenlenemeyeceğine İlişkin Görüşler

Forstmoser, yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçilebilmesi gibi Kanun'da açıkça tanınan müdahale imkânları dışında, genel kurulun yönetim kurulu üzerinde başka müdahale imkânının bulunmadığını ifade etmiştir⁴⁴. *Yazar* bu bağlamda, genel kurulun, yönetim kurulunun organizasyonu ve çalışma usulünü de belirleyemeyeceğini; bu nedenle yönetim kurulu toplantılarının asgari sayısı, toplantı ve karar yeter sayıları⁴⁵, toplantılara davet vb. konulara ilişkin esas sözleşme hükümlerinin geçerli olmadığını ifade etmiştir⁴⁶. Aynı gerekçelerle *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*⁴⁷ ve *Roth Pellanda*⁴⁸ da yönetim kurulu toplantılarının yürütülmesine ve yönetim kurulunda karar alınmasına ilişkin düzenlemelere esas sözleşmede yer verilemeyeceğini belirtmiştir.

Kammerar ise yönetim kurulunda toplantı ve karar yeter sayılarını, yönetim kurulu toplantılarına davet usulünü düzenleyen, belirli bir toplantı sıklığı öngören esas sözleşme hükümlerine ihtiyatla yaklaşmak gerektiğini ifade etmiştir⁴⁹. *Yazar*, bu konularda genel kurulun, yönetim kurulu üzerinde bir müdahale imkânı olmadığını belirtmiştir⁵⁰. Zira eğer kanun koyucu

⁴⁴ Peter Forstmoser: "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates- Möglichkeiten und Grenzen", *SZW/RSDA*, S. 4 (1994), s. 174.

⁴⁵ Belirtmek gerekir ki *Yazar*'ın toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin düzenlemeleri de yönetim kurulunu yetki alanında görmesinin sebebi, İsviçre hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, genel kurula toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmemesi, yani genel kurula, yönetim kurulunun çalışma düzenine ilişkin kanuni bir etki imkânı tanınmamasıdır.

⁴⁶ Forstmoser, "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates- Möglichkeiten und Grenzen", s. 174; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 8, N. 31, s. 161.

⁴⁷ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel, § 30, N. 66, s. 345.

⁴⁸ Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrat*, N. 173, s. 92.

⁴⁹ Kammerar, *Die Unübertragbaren und Unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 153.

⁵⁰ Kammerar, *Die Unübertragbaren und Unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 153.

bu konularda genel kurulun yönetim kurulu üzerinde bir müdahale imkânı olmasını kabul etseydi; yönetim kurulu başkanının seçiminde olduğu gibi, Kanun'da bu konuda müdahale imkânı tanıyan bir hüküm bulunurdu⁵¹.

Rhein ise yönetim kurulunda karar alınması ve irade oluşumu ile ilgili hususların esas sözleşmede düzenlenmesinin kabul edilemeyeceği; zira bunun yönetim kurulunun kendi organizasyonunu belirleme yetkisini ve yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki eşitlik ilkesini ihlal edeceği görüşündedir⁵².

Böckli de genel kurulun, esas sözleşmede yönetim kurulunun karar almasına, toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin düzenlemeler yapamayacağını belirtmiştir⁵³. Nitekim, genel kurula yönetim kurulu kararlarının alınmasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi veren 2007 tarihli öneri, 2020 değişikliğine dahil edilmemiştir⁵⁴. Yine yönetim kurulu üyelerinin toplantıya çağrılmasına ilişkin düzenlemeler de esas sözleşmede yer bulamayacaktır⁵⁵. Zira bu, yönetim teşkilatının belirlenmesini yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez bir yetkisi olarak gören OR m. 716a/1/2'ye aykırı olur⁵⁶.

Bunun dışında yönetim kurulunun çalışma usulüne ilişkin düzenlemelere esas sözleşmede yer verilemeyeceğine ilişkin olarak tespit ettiğimiz görüşlerden;

Hungerbühler'e göre, esas sözleşmede yönetim kurulunun toplantı sıklığı ile ilgili düzenlemeler yapılamayacak, bu tür düzenlemeler yönetim kurulu iç yönergesinde yer alabilecektir⁵⁷.

Krnet'a göre, yönetim kurulu üyelerinin toplantıya, toplantıdan ne kadar süre önce çağrılacaklarına ilişkin düzenlemeler ve yönetim kurulu başkanının toplantı talebini reddetmesi hâlinde yönetim kurulunun, başkan yardımcısı tarafından toplantıya çağrılabilmesine ilişkin düzenlemeler, yönetim kurulunun iç organizasyonu ile ilgili olduğundan bunların esas sözleşmede belirtilmesi gerekli değildir⁵⁸. *Yazar*'a göre, yönetim kurulunun toplantı ve karar yeter sayılarına, yönetim kurulu komitelerinin oluşturulmasına yönelik esas sözleşme hükümleri de anlam ifade etmez⁵⁹. Bu tür esas sözleşme hükümlerinin bir etkisi bulunmamaktadır⁶⁰.

Homburger'e göre de esas sözleşmede, yönetim kurulu toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi, “*yönetim teşkilatının belirlenmesi*”nin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden olduğunu belirten TTK m. 375/1/b'nin karşılığını

⁵¹ Kammerer, *Die Unübertragbaren und Unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 155.

⁵² Mirjam Simone Rhein, *Die Wichtigkeit von VR-Beschlüssen*, Zürich: Schulthess, 2001, s. 208.

⁵³ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich: Schulthess, 2022, (www.swisslex.ch: 06.01.2024), § 9, N. 165. Aksi yönde bkz. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 120, 122, s. 1587, 1588.

⁵⁴ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2022, § 9, N. 165.

⁵⁵ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2022, § 9, N. 145, dpn. 363. Aksi yönde bkz. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 113, s. 1582.

⁵⁶ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2022, § 9, N. 145, dpn. 363.

⁵⁷ Ivo W Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, Zürich: Schulthess, 2003, s. 95.

⁵⁸ Georg Krnet, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Bern: Stämpfli Verlag, 2005, Art 715, N. 905a, s. 178.

⁵⁹ Krnet, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Art 716a, N. 1220, s. 252-253.

⁶⁰ Krnet, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Art 716a, N. 1220, s. 253.

oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu 716a/1/2'de yönetim kuruluna tanınan yetkiye müdahale anlamını taşır⁶¹.

Öğretide yukarıda zikredilen görüşlerin aksine, yönetim kurulunun çalışma usulü ile ilgili düzenlemelerin esas sözleşmede yer alabileceğine dair görüşler de bulunmaktadır. *Wernli* ve *Rizzi*'ye göre, yönetim kurulunu başkan dışında kimin toplantıya çağıracağına ilişkin düzenlemeler gibi yönetim kurulunun toplantıya çağırılması konusunda kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemelere esas sözleşmede ya da iç yönergede yer verilebilir⁶². Anılan yazarların bu yönde düşünmelerinin nedeni, yönetim kurulunun yönetim teşkilatının belirlenmesi konusundaki devredilemez ve vazgeçilemez yetkisini yalnızca yönetim yetkisinin devri ile sınırlı olarak yorumlamaları, yönetim kurulunun bunun dışındaki iç organizasyonunu yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez bir yetkisi olarak görmemeleridir⁶³. Bu görüşe göre, şirket yönetim teşkilatının belirlenmesini yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkisi olarak gören TTK m. 375/1/b'nin mehz İsviçre hukukundaki karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 716a/1/2, sadece yetki devri hâlinde buna ilişkin şirket organizasyonunu konu almakta olup yönetim kurulunun iç organizasyonu ile ilgili değildir⁶⁴. *Forstmoser*, bu görüşün Kanun'un lafzı ve amacıyla bağdaşmadığını ifade etmiştir⁶⁵. *Yazar'a* göre, yönetim kurulunun kendisini organize etme hakkına sahip olmaması için herhangi bir neden de bulunmamaktadır⁶⁶. *Böckli*'ye göre de genel kurula yönetim kurulu kararlarının alınmasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi veren 2007 tarihli önerinin 2020 değişikliğine dahil edilmemesi yönetim kurulunun kendi iç organizasyonu konusunda münhasıran yetkili kılındığını göstermektedir⁶⁷.

⁶¹ Eric Homburger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht*, Zürich: Schulthess, 1997, Art 713, N. 279, s. 93.

⁶² Martin Wernli ve Marco A. Rizzi, "Art 707-715a", *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, (haz. Heinrich Honssell ve Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, Art 715, N. 8, s. 1139-1040. *Böckli* de eserinin 2009 yılındaki baskısında yönetim kurulunun toplantıya çağırılmasına, yönetim kurulundaki toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin düzenlemelere esas sözleşmede yer verilebileceğini belirtmekteydi (*Böckli, Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 120, 122, s. 1587, 1588 ve N. 113, s. 1582). Ancak *Yazar*, eserinin 2022 yılındaki baskısında bu tür düzenlemelere esas sözleşmede yer verilemeyeceğini savunmuştur (*Böckli, Schweizer Aktienrecht*, 2022, § 9, N. 145 ve N. 165).

⁶³ Felix R. Ehrat, "Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat", *AJP/PJA*, S. 6 (1992), s. 192, dpn. 33; Wernli ve Rizzi, "Art 712", N. 4, s. 1111. Aksi yönde bkz. Kammerer, *Die Übertragbaren und Unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, s. 153; Homburger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht*, Art 716a, N. 554, s. 182-183; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 8, N. 31, s. 161; Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Art 716a, N. 1219, s. 252; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2022, N. 133.

⁶⁴ Bu görüşe göre, organizasyonun belirlenmesinin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez bir yetkisi olduğu ifade edilen 716a/1/2'de yönetim kurulunun iç organizasyonunun belirlenmesini düzenleyen ve organizasyon kenar başlığını taşıyan OR m. 712 vd. hükümlerine değil, sadece, yönetimin devrini düzenleyen OR m. 716b'ye atıf yapılmaktadır [*Böckli, Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 101, s. 1578; Ehrat, Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat", s. 192, dpn. 33; Wernli ve Rizzi, "Art 712", N. 4, s. 1111]. *Böckli* eserinin 2022 baskısında, OR m. 716a/1/2'nin yönetim kurulunun iç organizasyonuna atıf yapmadığı yönündeki görüşe katılmadığını ifade etmiştir (*Böckli, Schweizer Aktienrecht*, 2022, § 9, N. 133).

⁶⁵ Forstmoser, "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates- Möglichkeiten und Grenzen", s. 174; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 8, N. 31, s. 162.

⁶⁶ Forstmoser, "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates- Möglichkeiten und Grenzen", s. 174; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 8, N. 31, s. 162.

⁶⁷ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2022, § 9, N. 133.

Türk hukukunda da esas sözleşmede yönetim kurulu toplantısının yerine⁶⁸, yönetim kurulunun toplantıya çağrı usulüne⁶⁹ ilişkin düzenlemelere yer verilebileceği belirtilmiştir. Ancak bu tür düzenlemeler yapılmasının yönetim kurulunun yetkisi kapsamında kalıp kalmadığına ve bunlara esas sözleşmede yer verilebilecek olmasının nedenlerine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır⁷⁰. *Kırca*'ya göre ise yönetim kurulu toplantılarının zamanı, sıklığı, çağrı usulü ile ilgili düzenlemelerin yönetim kurulu iç yönergesinde yer alması uygun olmakla birlikte bu türden düzenlemelerin esas sözleşmeye konulması da düşünülebilir⁷¹. Ancak *Yazar*'a göre, bu yapılırken; yönetim kurulunun çalışma usulü ile ilgili hükümlerin esas sözleşmeye konulmasının genel kurulun yönetim kurulunun yetkilerine müdahalesi anlamı taşıdığına ilişkin görüş hesaba katılmalıdır⁷². *Yazar*, burada kanaatini tam olarak bildirmemiş, *Forstmoser*'in ilgili görüşüne⁷³ atıf yapmıştır⁷⁴. Öğretide ayrıca yönetim kurulunun iç organizasyonu ile ilgili olarak; TTK m. 366/2 uyarınca yönetim kurulu bünyesinde kurulacak komitelerin esas sözleşmede öngörülebileceği⁷⁵, esas sözleşmeye, komiteler ile bunların görevlerinin nelerden ibaret olduğuna ilişkin hüküm koyulabileceği ifade edilmiştir⁷⁶. Esas sözleşmeye bu yönde hüküm koyulabilmesi ise komite oluşturulmasının yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden olmaması ile açıklanmıştır⁷⁷. Öğretide ayrıca, yönetim kurulu başkanının niteliklerine esas sözleşmede yer verilebileceği ifade edilmektedir⁷⁸.

⁶⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II*, § 36, N. 79, s. 1357.

⁶⁹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-92, s. 273; Hülya Çoştan: "Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yeter Sayılar ve Toplantı Talep Hakkı", *Batider*, C. 27/S. 3 (2012), s. 174.

⁷⁰ Bununla birlikte mesele, öğretide emredici hükümler ilkesi bağlamında ele alınmıştır. Buna göre; emredici hükümler ilkesinin bulunmadığı eski TTK döneminde esas sözleşmede yönetim kurulu toplantılarının yeri, zamanı, gündemi vs. ile ilgili düzenlemeler yapılması mümkünken 6102 sayılı TTK ile kabul edilen emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340) gereği bu mümkün değil gibi gözükmektedir. Ancak yönetim kurulu, iç yönergesinde kendi toplantı düzenini belirleyebilir veya buna ilişkin bir karar alabilir (Kübra Ercoşkun Şenol, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19/S. 2 (2013): s. 1700-1701).

⁷¹ Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 482.

⁷² Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 482-483.

⁷³ Forstmoser, "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates-Möglichkeiten und Grenzen", s. 174.

⁷⁴ Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 482-483.

⁷⁵ Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*, s. 276.

⁷⁶ Jürg Vollmar, *Grenzen der Übertragung von Gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren*, Bern, 1986, s. 105-106; Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, s. 78; Evin Emine Demir, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 49. Komite ve komisyonlara ilişkin düzenlemelerin yönetim kurulu iç yönergesinde yer almasının amaca daha uygun olacağı yönünde bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II*, § 35, N. 31, s. 1187. Benzer yönde bkz. Altay, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*, s. 65.

⁷⁷ Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*, s. 276.

⁷⁸ Esas sözleşmede yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçileceği öngörülmüşse başkanın niteliklerine ilişkin hükümlere esas sözleşmede yer verilmesi de tartışmaya açık olmayacaktır. Ancak öğretilerdeki görüşler başkanın yönetim kurulu tarafından seçildiği hâllerde de başkanının niteliklerine esas sözleşmede yer verilebileceği yönündedir [Ayhan Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 223; Yusuf Berat Baş, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Başkanı", Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 88; Cafer Eminoglu ve Zehra Avcı, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanının Niteliklerine, Seçilmesine Ve Yönetim Kurulunun Başkansız İşleyişine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 7/S. 2 (2022), s. 1039].

2. Yönetim Kurulunun Yetki Alanında Kalan Diğer Konuların Esas Sözleşmede Düzenlenip Düzenlenemeyeceğine İlişkin Görüşler

Yönetim kurulu üyelerinin hak ve borçlarına ilişkin birtakım konular ile yönetim yetkisi kendisine devredilen kişilerin hak ve borçlarına ilişkin konular yönetim kurulunun yetki alanında kalmaktadır. Bunun yanında pay sahiplerine borç verilmesi (TTK m. 358/1), ıskat müeyyidesinin uygulanması (TTK m. 483) gibi pay sahipleri ile birtakım iş ve işlemlerde de yönetim kurulu yetkilidir.

Yönetim kurulu üyelerine şirketle işlem yapma (TTK m. 395/1) ve rekabet yasağı (TTK m. 396/1) ile ilgili izin verme yetkisi gibi yönetim kurulu üyelerinin hak ve borçlarına ilişkin bazı yetkiler ise genel kuruldadır. Bunun yanında yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma haklarının genişletilmesi (TTK m. 392/6) ve mali haklarının (TTK m. 394) belirlenmesi gibi bazı konuların esas sözleşmede düzenlenmesi Kanun hükmü ile açıkça mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla söz konusu hak ve borçlara ilişkin soyut ve genel nitelikteki hükümler esas sözleşmede yer alabilir.

Yönetim kurulu üyelerinin hakları ve borçlarına ilişkin konu yönetim kurulunun yetki alanında kalıyorsa ve Kanun'da bu konunun esas sözleşmede düzenlenebileceğine dair bir hüküm yoksa esas sözleşmede bu konuya ilişkin bir düzenleme yapıp yapılamayacağına belirlenmesi gerekir. Bu soruyu olumsuz cevaplamamız hâlinde; örneğin, rekabet yasağının ihlali durumunda, uygulanacak yaptırımları seçme yetkisinin yönetim kurulunda olduğu göz önüne alınırsa (TTK m. 396/2) esas sözleşmede yönetim kurulunun hangi yaptırımı seçebileceğine dair bir düzenlemeye yer verilemez. Veyahut hangi durumların, dürüstlük kuralı gereği müzakerelere katılma yasağını gerektirdiğine karar verecek organ yönetim kurulu olduğundan (TTK m. 393/1) esas sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme yapılamaz. Bununla birlikte öğretide müzakerelere katılma yasağının esas sözleşme ile somutlaştırılabileceği ifade edilmiştir⁷⁹.

Türk Ticaret Kanunu m. 367/1 uyarınca şirket yönetimini yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devretme yetkisi yönetim kurulundadır. Yönetim kurulu, yönetimi devrettiği kişilerin bu görevleri ile ilgili hak ve borçlarını belirlemeye de yetkilidir (TTK m. 375/1/a, b ve d). Öyleyse esas sözleşmede, yönetim yetkisi kendisine devredilen üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüklerini veya rekabet yasağını ihlal etmeleri durumunda cezai şart ödeyeceklerine, daha doğrusu bu kişiler ile yapılacak sözleşmede cezai şart öngörülebileceğine dair bir düzenlemeye yer verilip verilemeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Borçlanma yasağına tabi kişiler (TTK m. 395/2) ve bu yasağına tabi olmayanların borçlanabilme şartları Türk Ticaret Kanunda belirtilmiştir (TTK m. 358/1). İlgili hükümlere göre pay sahipleri belli şartlar altında şirkete borçlanabilirler. Şirkete borçlanabilecek pay sahiplerinin ilgili şartların da varlığı hâlinde şirkete borçlanabilmesi konusundaki takdir yetkisi ise yönetim kurulundadır⁸⁰. Bu hâlde, esas sözleşmeyle pay sahiplerinin şirkete borçlanma şartlarının

⁷⁹ Thomas Alexander Steininger, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, Zürich: Schulthess, 2011, s. 106, 107.

⁸⁰ Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, s. 213. TTK m. 358/1'in şirkete borçlanılmasına izin vererek pay sahibini üçüncü kişilerden farklı konuma sokmadığı, yani ödünç sözleşmesinin üçüncü kişilerle hangi şartlarda

ağırlaştırılıp ağırlaştırılmayacağı sorusu gündeme gelir. Öğretide ise şirkete borçlanma şartlarına ilişkin ağırlaştırıcı düzenlemelerin esas sözleşmede yapılabileceği ifade edilmiştir⁸¹.

Bizi yönetim kurulunun yetki alanında kalan diğer konuların, daha özelde, yönetim kurulu üyelerinin hak ve borçlarının, esas sözleşmede düzenlenip düzenlenemeyeceği sorusuna yönlendiren, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkıyla ilgili İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüştür. Şöyle ki; İsviçre Borçlar Kanunu m. 715a/6'da yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının yönetim kurulu düzenlemeleri ve kararlarıyla genişletilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda bu konuda esas sözleşmeye açık bir yetki tanınmamıştır. Keza İsviçre öğretisinde, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin düzenlemeler yapma yetkisinin münhasıran yönetim kurulunun görev alanında kaldığı (OR m. 716a/1/2 ve 715a/4) ve bu nedenle de bu konudaki düzenlemelere esas sözleşmede yer verilemeyeceği ifade edilmiştir⁸².

Türk hukukunda ise anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı TTK m. 392'de düzenlenmiş ve ilgili maddenin altıncı fıkrasında ise esas sözleşmenin ve yönetim kurulunun, üyelerin bilgi alma hakkını genişletebileceği ifade edilmiştir. Yani Türk hukukunda bu konuda esas sözleşmeye düzenleme yapma yetkisi veren bir hüküm mevcuttur⁸³. Öğretide *Kalender*, TTK'de bilgi alma hakkının esas sözleşmede düzenlenebileceğinin açıkça öngörülmesi karşısında, İsviçre öğretisindeki söz konusu görüşün Türk hukuku için benimsenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir⁸⁴. *Yazar*'a göre İsviçre öğretisinde bilgi alma hakkının esas sözleşmede düzenlenemeyeceğinin kabul edilmesinin nedeni İsviçre Borçlar Kanunu m. 715a/6'nın açıkça yönetim kurulu düzenlemelerine ve kararlarına gönderme yapmasıdır⁸⁵. Bununla birlikte *Yazar*, TTK m. 392/6 hükmünün bu konuda esas sözleşmeye yetki vermesinin, yönetim kurulunun kendi organizasyonunu oluşturması ilkesi bağlamında yerinde olmadığını belirtmiştir. Zira esas sözleşmede bu konuda genel bir hüküm getirilmesi durumunda anılan hüküm, kanuni düzenlemeler karşısında anlam ifade etmeyecek, ayrıntılı bir hüküm getirilmesi durumunda ise, hükmün ihtiyaca cevap verebilirliği tartışmalı olacak, ihtiyaca cevap veremeyen esas sözleşme hükmünün genel kurul tarafından değiştirilmesi zorunluluğu ise yönetim kurulunun çalışmasını aksatacaktır⁸⁶. Bu nedenlerle *Yazar*'a göre; bilgi alma hakkının esas sözleşme ile düzenlenmesi yerine iç yönergede düzenlenmesi yerinde olup, *de lege ferenda* olarak esas

yapılıyorsa pay sahibi ile de aynı şartlarda yapılması gerektiği yönünde bkz. İsmail Kırcı ve Murat Gürel, "Bağımlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı", *Batider*, C. 30/S. 8 (2014), s. 9.

⁸¹ Hızır, "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", s. 240; Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, s. 213.

⁸² Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel, § 28, N. 104, s. 307; Wernli ve Rizzi, "Art 715a", N. 14, s. 1150-1151; Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, N. 1062.

⁸³ Yönetim kurulunun hakkı genişletmesine gerek kalmadan genel kurulun devreye girmesine olanak sağlaması ve hakkın kullanılmasını daraltıcı uygulamaların daha baştan engellenebilecek olması nedeniyle bilgi alma hakkının esas sözleşmeyle genişletilmesine olumlu yaklaşan görüş için bkz. Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, s. 373.

⁸⁴ Emre Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 191.

⁸⁵ Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 191.

⁸⁶ Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 191.

sözleşmeye yetki veren hükmün madde metninden çıkartılması isabetlidir⁸⁷. Öyleyse bir an için TTK'de esas sözleşmeye gönderme yapan bir hüküm bulunmadığı varsayılırsa, anılan görüş çerçevesinde, yönetim kurulunun organizasyon özgürlüğü bağlamında bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemelerin yalnızca yönetim kurulu iç yönergesi ile yapılabileceğini kabul etmemiz gerekir.

III. DEĞERLENDİRMEMİZ

Yukarıda konuya ilişkin belirttiğimiz soru işaretleri ve öğreti görüşleri sonucu yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşmede düzenlenip düzenlenemeyeceği sorusuna ilişkin olarak vardığımız sonuçlar şu şekildedir.

A. ALMAN PAYLI ORTAKLIKLAR KANUNU M. 77/2 DÜZENLEMESİ TÜRK HUKUKU İÇİN YOL GÖSTERİCİ OLAMAZ

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 77/2'de yönetici kurulun iç yönergesinin münferit konularının esas sözleşmede düzenlenmesine açıkça izin verilerek yönetici kurul üzerinde genel kurul lehine bir müdahale imkânı tanınmıştır. Türk hukukunda ise Kanun'un çeşitli hükümlerinde açıkça öngörülenler dışında, genel kurula yönetim kurulu ile ilgili münferit konuların esas sözleşme ile düzenlenmesi yoluyla yönetim kurulu üzerinde müdahale imkânı tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle AktG m. 77/2'den yola çıkan bir yorum yoluyla genel kurula yönetim kurulu üzerinde bir müdahale imkânı tanınamayacağı düşüncesindeyiz. Kaldı ki AktG m. 77/2'de genel kurul lehine tanınan müdahale imkânının sınırları açıkça çizilmemiştir. Öğretide, esas sözleşmede münferit konulara gözetim kurulunun ve yönetici kurulunun organizasyon özgürlüğüne müdahale edecek ölçüde yer verilmemesi gerektiği ifade edilse de⁸⁸ bu konuda kesin bir ölçü belirlemek neredeyse imkânsızdır. Keza öğretide iç yönerge hükümlerinin tamamının esas sözleşmenin bir parçası olarak yayınlanmasının kabul edilemeyeceği de ileri sürülse de⁸⁹ münferit konuların esas sözleşmede düzenlenmesi yoluyla yönetici kurul iç yönergesinin adeta esas sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi mümkündür⁹⁰. Yönetici kurulla ilgili esas sözleşmede düzenlenebilecek konulara ilişkin sınır çizilmesindeki söz konusu zorluk nedeniyle de AktG m. 77/2 düzenlemesi Türk hukuku için yol gösterici olamaz.

B. KURULUŞTAKİ ESAS SÖZLEŞME HÜKÜMLERİYLE VE ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİ İLE GETİRİLEN HÜKÜMLER ARASINDA BİR AYIRIM YAPILAMAZ

Esas sözleşmenin normlar hiyerarşisinde iç yönergenin üstünde yer alması; ancak şirketin kuruluşundan sonra, esas sözleşme değişikliklerinin genel kurul kararı ile yapılması nedeniyle kuruluştaki esas sözleşme hükümleri ve sonradan esas sözleşme değişikliği yapılmak suretiyle getirilen esas sözleşme hükümleri arasından bir fark gözetilemez. Zira kuruluşta veya sonradan esas sözleşme değişikliği ile getirilmiş olması esas sözleşme hükmünün hukuki niteliğinde bir

⁸⁷ Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 191.

⁸⁸ Hüffer ve Koch, *Aktiengesetz*, § 77, N. 20, s. 566; Spindler, "Art 77", § 77, N. 51, s. 162; Bezzenger, "Die Geschäftsordnung der Hauptversammlung", s. 70-71.

⁸⁹ Hüffer ve Koch, *Aktiengesetz*, § 77, N. 20, s. 566.

⁹⁰ Isenberg, *Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft*, s. 70.

farklılık yaratmaz⁹¹. Dolayısıyla yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşme düzenlenip düzenlenemeyeceğine ilişkin sorunun cevaplandırılmasında da esas sözleşme hükmünün kuruluştaki esas sözleşmede var olması ya da sonradan esas sözleşme değişikliği ile getirilmesi rol oynamaz.

C. YÖNETİM KURULUNUN YETKİ ALANINDA KALAN KONULARIN ESAS SÖZLEŞME İLE DÜZENLENMESİ YÖNETİM KURULUNUN DİNAMİK YAPISINA UYGUN DEĞİLDİR

Esas sözleşme değişiklik yapılabilmesi için genel kurulun toplanması ve Kanun'da öngörülen nitelikli toplantı ve karar yeter sayıları ile bu değişikliğe izin vermesi gerekir (TTK m. 421). Yönetim kurulu iç yönergesinin değiştirilmesi için ise yönetim kurulu toplanarak (esas sözleşmede aksi öngörülmemişse) olağan nisapla karar almalıdır. Toplanması için gündemin ilanı (TTK m. 413), toplantıya davet (TTK m. 414) gibi bir dizi usulün yerine getirilmesi gereken genel kurul, şirketin idare organı olan yönetim kuruluna göre çok daha az toplanabilmektedir. Dolayısıyla esas sözleşmede değişiklik yapılması yönetim kurulu iç yönergesinde değişiklik yapılmasına göre oldukça zordur⁹². Esas sözleşmede şirketin idare organı olan yönetim kurulunun yetki alanında kalan işlemlere ilişkin düzenleme yapılmış olması hâlinde ilgili düzenlemenin değiştirilmesindeki zorluk, şirket menfaatine aykırı durumların ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin, esas sözleşmede yönetim kurulunun yönetim yetkisini devrettiği yöneticilerle yaptığı sözleşmede sözleşme sonrası rekabet yasağı ve yasağın ihlaline ilişkin cezai şart öngöreceğine dair bir düzenlemeye yer verildiğini varsayalım. Bu hâlde yönetim kurulunun yönetimi devretmek üzere belirlediği ve şirkete büyük ölçüde katkı sağlayabilecek olan bir yönetici, rekabet yasağına ve cezai şarta ilişkin sözleşme hükmünü kabul etmek istemeyebilir. Ancak yönetim kurulu bu durumda esas sözleşmeye aykırı işlem de yapamaz. Aslında yönetim kurulu kararlarının esas sözleşmeye aykırılığı da Kanun'da açıkça yönetim kurulu kararlarının geçersizlik nedeni olarak belirtilmemiştir (TTK m. 392). Ancak esas sözleşmenin yönetim kurulu kararı ile ihlal edilen hükmünün düzenlediği ve etkilediği alana bakılarak yönetim kurulu kararının geçersizliğine karar verilebilir⁹³. Bu da ilgili yönetim kurulu kararının hukuki akıbeti ile ilgili yeni bir sorun meydana getirir. Oysa aynı düzenlemeye yönetim kurulu iç yönergesinde yer verilseydi ilgili iç yönerge hükmü kolayca değiştirilebilirdi.

Esas sözleşmede yönetim kurulunun toplantı usulüne ilişkin hükümler öngörülmesi de sıkça toplanan yönetim kurulunun çalışmasını aksatabilir. Örneğin esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin toplantıya posta ile çağrılacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi, ardından yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun yurtdışına taşınması durumunda esas sözleşme hükmü yönetim kurulunun acil durumlarda kısa sürede toplanmasını engel olabilir.

⁹¹ Nitekim esas sözleşme değişikliğinin tescilden itibaren, sözleşme yerine karar şeklinde bir işlem aracılığıyla gerçekleştirilebilmesinin, esas sözleşmenin hukuki niteliğinde herhangi bir fark yaratmayacağı yönünde bkz. Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*, s. 216.

⁹² Allemann, *Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft*, s. 26, 32; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel, § 8, N. 88-89, s. 112.

⁹³ Aydın Alber Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 242.

D. ESAS SÖZLEŞMENİN HİYERARŞİK ÜSTÜNLÜĞÜNÜN SINIRI YÖNETİM KURULUNUN “KARAR ALMA” YETKİSİNİ HAİZ OLDUĞU KONULARDIR

Esas sözleşme hükümlerinin yönetim kurulu iç yönergesi hükümleri karşısındaki hiyerarşik üstünlüğünün sınırı yönetim kurulunun “karar alma” yetkisini haiz olduğu konulardır. Başka bir deyişle; esas sözleşmede yer verilecek düzenleme ile yönetim kurulunun ilgili konudaki karar alma yetkisine müdahale edilemez. Keza karar alma yetkisi tüzel kişilerde maddi anlamda organ sıfatının bir tezahürüdür⁹⁴. Bu kapsamda, esas sözleşme ve yönetim kurulu iç yönergesi arasında düzenleme yapılacak konuların sınırı büyük ölçüde yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki dağılımına ilişkin esaslar çerçevesinde belirlenir.

1. Esas Sözleşme ile Yönetim Kurulunun Devredilemez ve Vazgeçilemez Görev ve Yetkileri Kapsamında Karar Almasına Müdahale Edilemez

Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri kapsamında karar alma yetkisini haiz olduğu konularda esas sözleşme ile düzenleme yapılarak yönetim kurulunun karar alma yetkisine müdahale edilemez. Bu, yönetim kurulunun organizasyon özgürlüğüne aykırı olur. TTK m. 367/1 uyarınca yönetim yetkisinin devredildiği kişilerle ilgili düzenlemeler bu kapsamdadır. Bu nedenle, örneğin, yönetim yetkisinin devredildiği üçüncü kişilerin rekabet yasağını ihlal etmeleri durumunda cezai şart ödeyeceklerine ilişkin bir düzenlemeye esas sözleşmede yer verilemez. Zira bu konuda düzenleme yapma yetkisi TTK m. 375/1/a, b ve d fıkraları kapsamında yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez bir yetkisidir. Kanaatimizce hangi durumların dürüstlük kuralı gereği müzakerelere katılma yasağını gerektirdiğine tereddüt hâlinde yönetim kurulunun karar vereceğini düzenleyen TTK m. 393/1 de yönetim kuruluna işin niteliği gereği devredilemez ve vazgeçilemez bir yetki bahşetmektedir. Bu nedenle esas sözleşmede hangi durumların dürüstlük kuralı gereği müzakerelere katılma yasağını gerektirdiğine ilişkin bir düzenlemeye de yer verilemez. Aksi takdirde yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetki alanındaki karar alma özgürlüğüne müdahale edilmiş olur.

Yönetim kurulunun iç organizasyonuna ve çalışma usulüne ilişkin hususların, “*şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi*” (TTK m. 375/1/a) kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin yukarıda⁹⁵ ele aldığımız tartışmayı burada cevaplandırmaya çalışmayacağız. Zira kanaatimizce; yönetim kurulunun kendi iç organizasyonuna ve çalışma usulüne ilişkin konuları düzenleme yetkisi bunlar “*şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi*” kapsamında kalmasa dahi yönetim kurulunun, Kanun’da açıkça belirtilmeyen devredilemez ve vazgeçilemez bir yetkisidir. Çünkü kendi iradesini oluşturma yetkisini haiz olan organ, kanunda belirlenen sınırlar içerisinde bu iradenin ne şekilde oluşacağına dair kuralları da kendisi belirlemelidir. Keza genel kurulun esas sözleşme aracılığı ile yönetim kurulunun çalışma usulüne müdahalesi yönetim kurulunun verimli bir şekilde çalışmasını engelleyebilir. Çünkü yönetim kurulu için en verimli çalışma usulünü yine yönetim kurulunun kendisi bilecektir. Bunun dışında yönetim kurulunun kendisini organize etme hakkını haiz olmaması ve bu konularda genel kurula

⁹⁴ Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*, s. 39.

⁹⁵ Bkz. IV. A.

müdahale imkânı tanınması için bir neden de yoktur⁹⁶. Yönetim kurulu bu konularda düzenleme yapma yetkisini yönetim yetkisini devrettiği kişilere de devredemez. Zira bizzat yönetim kurulunun kendisinin görevlendirdiği bir maddi organın, yönetim kurulunun nasıl çalışacağına ilişkin bağlayıcı kurallar koyması da işin doğasına aykırıdır. Yönetim yetkisi kendisine devredilenler bu kuralları hazırlayabilir; ancak bu kuralları onaylama yetkisi münhasıran yönetim kurulunda olmalıdır. Bu nedenle yönetim kurulunun toplantı yeri, toplantı sıklığı, yönetim kurulunda oylamanın Kanun'da belirlenen sınırlar içerisinde nasıl gerçekleştirileceği gibi konularda karar alma yetkisi yönetim kurulundadır. Esas sözleşmede bu konulara ilişkin bir düzenleme yapılarak yönetim kurulunun karar alma özgürlüğü kısıtlanamaz. Bu, yönetim kurulunun organizasyon özgürlüğünün de bir gereğidir. Yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı da yönetim kurulunun iç organizasyonu ve çalışma usulü ile ilgili bir haktır. Yönetim kurulunun iç organizasyonu ve çalışma usulü ile ilgili bir hakkın esas sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmesi ise yönetim kurulunun bu konudaki ihtiyacına cevap vermez⁹⁷. Ancak Kanun'da açıkça esas sözleşme lehine tanınan bir düzenleme yetkisi (TTK m. 392/6) bulunduğu için bilgi alma hakkı esas sözleşme ile genişletilebilir. Bununla birlikte hakkın esas sözleşme değişikliğine ilişkin olmayan bir genel kurul kararı ile genişletilmesi düşünülemez.

Yönetim kurulu bünyesinde komiteler kurulması da organizasyon özgürlüğü bağlamında yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetki alanında kalır. Hangi komitelerin kurulacağına esas sözleşmede belirlenmesi yönetim kurulunun bu konuda karar alma özgürlüğüne müdahale anlamı taşır. Yönetim kurulu başkanının niteliklerinin esas sözleşmede belirlenmesi meselesine ise daha farklı yaklaşılmalıdır. Zira TTK m. 366/1'de esas sözleşmede başkanının genel kurul tarafından seçilmesinin öngörülebileceği ifade edilmiştir. Yani genel kurula yönetim kurulu başkanının seçimi ile ilgili müdahale imkânı tanınmıştır. Bu nedenle esas sözleşme yoluyla yönetim kurulu başkanının seçimi konusunda kendisini yetkili kılacak genel kurulun yine esas sözleşme yoluyla yönetim kurulu tarafından seçilecek başkanın niteliklerini de evleviyetle belirleyebileceği kabul edilmelidir⁹⁸. Bu durumda başkanının niteliklerine ilişkin yönetim kurulu iç yönergesi hükümleri aynı konudaki esas sözleşme hükümlerine uygun olmalıdır.

2. Esas Sözleşme ile Yönetim Kurulunun Yönetim Yetkisi Kapsamında Karar Almasına Müdahale Edilemez

Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri dışında, yönetim yetkisi kapsamında kalan alanda karar alma özgürlüğünü haiz olduğu konularda da esas sözleşme ile düzenleme yapılarak yönetim kurulunun karar alma özgürlüğüne müdahale edilemez⁹⁹. Zira

⁹⁶ Forstmoser, "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates- Möglichkeiten und Grenzen", s. 174; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 8, N. 31, s. 162.

⁹⁷ Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 191.

⁹⁸ Esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla olağan nisapla yönetim kurulu başkanını belirleyebilecek genel kurulun, esas sözleşme değişikliğine ilişkin nitelikli nisapla başkanının niteliklerini belirleyemeyeceğinin ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. Eminoğlu ve Avcı, s. 1039.

⁹⁹ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 332, s. 1665; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 9, N. 80, s. 228-229; Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler*

aksinin kabulü, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilmesi ve temsil olunmasına dair TTK m. 365/1 hükmünü anlamsız kılar¹⁰⁰.

Yönetim kurulunun TTK m. 365/1 kapsamında kalan; ancak devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerinden de sayılmayan yönetim yetkilerini, yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredebilmekle birlikte genel kurula devredememesi genel kurulun yönetim yetkilerinin yerine getirilmesi için yapısal olarak uygun bir organ olmaması ile açıklanmıştır¹⁰¹. Bununla birlikte esas sözleşme hükmünün yönetim kurulu tarafından hazırlanıp genel kurulun oylamasına sunulacağı düşünülürse yönetim yetkilerine ilişkin esas sözleşme hükmü getirilmesinin genel kurulun yönetim yetkilerine ilişkin yapısal uygunsuzluğunun kendini göstereceği bir işlem olmadığı söylenebilir. Ancak bunun dışında, yönetim kurulunun yönetim yetkilerini genel kurula devredememesinin bir diğer nedeni de bu durumun anonim şirketlerdeki sorumluluk düzeni ile bağdaşmamasıdır¹⁰². Zira yönetim kurulunun bu yetkilerini genel kurula devretmesi hâlinde yetki devri yaptığı kişilerin seçiminde ve gözetiminde¹⁰³ makul derecede özen göstermesi mümkün olmaz (TTK m. 553/2)¹⁰⁴. Bunun dışında genel kurula da aldığı kararlar nedeni ile bir sorumluluk yüklenemez¹⁰⁵. Yönetim kurulunun karar alma özgürlüğünü haiz olduğu alanda esas sözleşmede bir düzenleme yapılması da aynı sonuca yol açar. Nitekim genel kurul ilgili konularda bir esas sözleşme hükmü öngörmek suretiyle anonim şirketlerde organlar arasındaki yetki dağılımına ilişkin esasları dolanmış, TTK m. 365/1'e aykırı olarak yönetim kurulunun karar alma özgürlüğüne müdahale etmiş olur. Başka bir deyişle ilgili konudaki kararı bir anlamda genel kurul almış olur. Oysa genel kurula ilgili esas sözleşme hükmü nedeniyle

Hukuku C. I, s. 536; Kaşak, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, s. 239, 242.

¹⁰⁰ Genel kurulun yönetimi yetkisi kapsamında kalan konularda esas sözleşme ile kendisini yetkili kılmasının mümkün olmadığı; zira bunun TTK m. 365/1'i anlamsız kılacağı yönünde bkz. Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, s. 243.*

¹⁰¹ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 283, s. 1646; Kummer, "Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft Entscheidendes Instrument für die "Best Practice"", s. 917; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, s. 217.*

¹⁰² Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 283, s. 1646; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 9, N. 80, s. 228-229; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, s. 217.*

¹⁰³ TTK m. 553/2'de her ne kadar sadece yöneticilerin seçiminde makul derecede özenin söz edilse de öğretide bu özenin mehzaz OR m. 754/2'ye uygun olarak yöneticilere talimat verilmesinde ve yöneticilerin gözetiminde de aranacağı belirtilmektedir. Bu yorum, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında şirketin üst düzey yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesinin de sayıldığı TTK m. 375/1/a ile de uyum içindedir [Altay, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, s. 302-303*; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 99*; Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 612-613*].

¹⁰⁴ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 283, s. 1646; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 9, N. 80, s. 228-229; Martina Isler, *Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung*, Zürih; Dike, 2010, s. 32-33; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, s. 217.*

¹⁰⁵ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 283, s. 1646; Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 9, N. 80, s. 228-229; Isler, *Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung*, s. 32-33; Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, s. 217.*

bir sorumluluk yüklenemez. Bu da anonim şirketlerdeki sorumluluk düzeni ile bağdaşmaz¹⁰⁶. Örneğin borçlanma yasağının şartlarının esas sözleşmede ağırlaştırılması yönetim kurulunun pay sahibine borç verip vermeme konusundaki karar alma özgürlüğünü sınırlar. Oysa pay sahibine borç verip vermeme konusundaki takdir yetkisi yönetim kurulundadır¹⁰⁷. Zira şirketin o anki finansal durumunu da en iyi şekilde yönetim kurulu ve yönetim yetkisinin kendisine devredildiği yöneticiler bilmektedir. Bu kapsamda borçlanma yasağının şartlarının esas sözleşmede ağırlaştırılması finansal durumu o an için uygun olan şirketin pay sahibine şirket menfaatine uygun olacak bir faizle borç vermesini engelleyebilir. Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal etmeleri durumunda diğer yönetim kurulu üyelerine TTK m. 396/1’de öngörülen yaptırımları seçme yetkisi veren TTK m. 396/2 de yönetim kurulunun yönetim yetkisi kapsamında kalmaktadır¹⁰⁸. Bu nedenle esas sözleşmede hangi durumlarda hangi yaptırımların seçileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilerek yönetim kurulunun bu konudaki karar alma özgürlüğüne müdahale edilemez.

3. Yönetim Kurulu TTK m. 374 Kapsamında Yetkili Olduğu Alanda Genel Kurul Yetkili Kılınmıyışsa Düzenleme Yapabilir

Yönetim kurulunun TTK m. 374/1’de kendisi lehine öngörülen karine nedeniyle kural olarak yetkili olduğu; ancak yönetim yetkisi ile de bağdaşmayıp genel kurulun yapısına uygun

¹⁰⁶ İlgili konudaki şirket iradesini oluşturma yetkisinin genel kurula verilmesine ve böylece şirketin tazminat talebinin ortadan kalkmasına yol açacağı için yönetim yetkisi kapsamında kalan konularda genel kurulun karar veya onay makamı olarak belirlenmesine izin verilmemesi gerektiği yönünde bkz. Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 242.

¹⁰⁷ Yönetim kurulunun pay sahibine borç verilmesi konusundaki yetkisinin TTK m. 374/1’den kaynaklanan bir yetki olduğu yönünde bkz. Hızır, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, s. 239; Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, s. 268. *Toraman Çolgar’a* göre, pay sahibine borç verilmesi konusunda TTK m. 374/1 uyarınca kural olarak yönetim kurulu yetkilidir; ancak TTK m. 408/1 uyarınca bu konuda genel kurul da yetkili kılınabilir (Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, s. 267-268). *Yazar*, bu konuda genel kurulun yetkili kılınmasının ve pay sahibinin şirkete borçlanmasına diğer pay sahiplerinin izin vermesinin TTK m. 358/1’in amacına uygun olduğunu belirtmiştir. *Yazar’a* göre, yönetim kurulunun bu konuda sorumluluktan kaçmak için kararın genel kurulda alınmasını sağlaması hâlinde ise limited şirketlere ilişkin TTK m. 625/2 hükmü kıyasen uygulanmalı ve kararın genel kurulda alınmasının yönetim kurulunun sorumluluğunu kaldırmadığı kabul edilmelidir (Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, s. 268). Kanaatimizce pay sahiplerine borç verilmesi TTK m. 374/1 kapsamında değerlendirilmelidir. Pay sahibine borç verilmesi yönetim kurulunun yönetim yetkisi (TTK m. 365) kapsamında kabul edilmelidir. Zira şirketin üçüncü bir kişiye borç vermesi yönetim kurulunun yönetim yetkisi kapsamındadır. Öğretide kabul edildiği üzere; TTK m. 358/1 uyarınca şirkete borçlanmasına izin verilmesi de pay sahibini sözleşme şartları bakımından üçüncü kişiden farklı bir konuma sokmaz (Kırca ve Gürel, “Bağımlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı”, s. 9). Öyleyse şirketin pay sahibine borç vermesi de yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilmelidir. Pay sahibine borç verilmesi yönetim kurulunun yönetim yetkisi kapsamında olduğu için TTK m. 408/1 uyarınca esas sözleşme yoluyla bu konuda genel kurul yetkili kılınamaz.

¹⁰⁸ TTK m. 396/2’de TTK m. 396/1’de öngörülen haklardan birinin seçilmesinin rekabet yasağını ihlal eden üye dışındaki üyelere ait olduğu belirtilmektedir. Hükmün lafzından TTK m. 396/1’deki yaptırımları seçme yetkisinin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez bir yetkisi olduğu anlamı çıkabilir. Ancak kanaatimizce; TTK m. 396/2’de rekabet yasağına aykırı harekette bulunan üye dışındaki üyelere söz edilmesine rekabet yasağını ihlal eden üyelerin müzakerelere katılma yasağının vurgulanması dışında bir anlam yüklemek gerekir. Kanaatimizce rekabet yasağını ihlal durumunda Kanun’da öngörülen yaptırımları seçme yetkisi yönetim kurulu tarafından bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da üçüncü kişilere devredilebilir. Nitekim yönetim yetkisini devralanlar hangi yaptırımın seçilmesinin şirket menfaatine uygun düşeceğini daha iyi bilebilirler.

olan konularda genel kurul esas sözleşme ile kendisini yetkisi kılabilir (TTK m. 408/1)¹⁰⁹. Örneğin genel kurul sınırlamaya tabi payların devrine onay verecek organ olarak kendisini yetkili kılmışsa artık bu konudaki karar alma yetkisi de genel kuruldadır. Esas sözleşmede TTK m. 374/1 kapsamında kalan konuda genel kurulu yetkili kılan bir hüküm yoksa ilgili konularda karar alma yetkisi yönetim kurulundadır¹¹⁰. Bu durumda söz konusu kararın nasıl alınacağına dair düzenlemeler de yönetim kurulu iç yönergesi ile yapılabilir. Bununla birlikte bu başlık kapsamında kalan konuların her halükârda esas sözleşmede de düzenlenebileceği kabul edilmelidir. Zira genel kurul, ilgili konularda esas sözleşme yoluyla kendisini yetkili kılabiliyorsa esas sözleşmede bu konulara ilişkin düzenleme yapılması da evleiyetle mümkün olmalıdır. Nitekim ilgili konuda esas sözleşme değişikliği ile bir düzenleme yapılması genel kurulun en azından bu düzenlemenin yapılması bakımından kendisini yetkili kıldığı anlamına gelir. İlgili konuda esas sözleşme ile bir düzenleme yapılmış; ancak nihai karar alma yetkisinin hangi organda olduğu belirlenmemişse bu yetkinin TTK m. 374/1 gereği yönetim kurulunda olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda konuya ilişkin yönetim kurulu iç yönergesi hükmü aynı konudaki esas sözleşme hükmüne uygun olmalıdır. Konuya ilişkin esas sözleşme hükmünün yönetim kurulunun karar alma yetkisini kısıtladığı ölçüde de yönetim kurulunun sorumsuzluğu gündeme gelmelidir.

4. Genel Kurulun Karar Alma Yetkisini Haiz Olduğu Konularda Esas Sözleşme ile Düzenleme Yapılabilir

Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinden bir kısmı idari görevlerken bir kısmı stratejik önemi nedeniyle yönetim kuruluna yüklenen görevlerdir¹¹¹. Yönetim kurulu stratejik önemi nedeniyle kendisine yüklenen görevler ile ilgili karar alma yetkisini haizdir. Yönetim kurulu idari görevlerinde ise stratejik nitelikte bir karar almaz. Örneğin şirket defterlerinin tutulması, gerekli tescil ve ilân işlemlerinin yapılması için yönetim kurulunun bir karar alması gerekmez¹¹². Genel kurul kararlarının yürütülmesi de yönetim kurulunun idari görevleri arasındadır (TTK m. 375/1/f). Genel kurul kararlarının yürütülmesi her ne kadar yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden olsa da yönetim kurulu genel kurul kararlarını yürüttüğü işlemlerde stratejik nitelikte bir karar almamakta yalnızca şirket işlerinin yürütülmesini sağlamaktadır. Yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişi ile bu kişinin görevi kabul etmesine ilişkin sözleşme yapılması da bu kapsamdadır. Bu nedenle, örneğin, yönetim kurulu üyeleriyle yapılacak sözleşmede bu kişilerin rekabet yasağını ihlal etmesi hâlinde cezai şart ödeyeceğine ilişkin bir esas sözleşme hükmü öngörülebilir¹¹³. Zira bu durumda yönetim kurulunun karar alma

¹⁰⁹ Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, s. 245.

¹¹⁰ Ancak sınırlandırmaya tabi payların devrinde ret sebeplerinin esas sözleşmede öngörülmesi gerektiğini belirtelim (TTK m. 493/1). Bununla birlikte iç yönergede örneğin ret sebeplerine ilişkin esas sözleşme hükümleri somutlaştırılabilir.

¹¹¹ Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, § 8, N. 99, s. 179.

¹¹² Çamoğlu (Reha Poroy ve Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku C. I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), N. 523, s. 371.

¹¹³ Bu tür hükümlerin hem esas sözleşmede hem de iç yönergede öngörülebileceği yönünde bkz. Katja Roth Pellanda, "Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten", *GesKR*, S. 1 (2012), s. 81; Özge Ayan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, Ankara: Adalet

yetkisine müdahale bulunmamaktadır. Aksine esas sözleşmede bu yönde bir hüküm öngörülmesi genel kurulun yönetim kurulu üyelerini seçme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Kanaatimizce esas sözleşmede, yönetim kurulu üyeleri ile yapılacak sözleşmede üyelerin görev süreleri sonunda şirketle ilgili belgeleri iade etmelerinin düzenlenmesinin öngörülmesi de aynı kapsamda değerlendirilmelidir¹¹⁴. Nitekim üyelerle şirket arasında kurulan sözleşmeye ilişkin şartların yönetim kurulu iç yönergesinde düzenlenmesi, genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin bu şartları kabul etmemesi nedeni ile göreve başlamamasına neden olabilir. Bu da genel kurulun yönetim kurulu üyelerini belirleme konusundaki yetkisine müdahale anlamına gelir. Ancak bu durum yönetim kurulu iç yönergesinde yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasaklarının ve sır saklama yükümlülüklerinin somutlaştırılmasına engel değildir. İç yönergedeki bu düzenlemeler üyelerin özen yükümlülüklerini somutlaştırırlar ve bu kapsamda bağlayıcıdırlar¹¹⁵.

Genel kurul iç yönergesinin hazırlanması (TTK m. 419/2) da yönetim kurulunun genel kurulla ilgili idari görevlerine örnek verilebilir. İç yönergeyi onaylayacak organ genel kurul olduğundan esas sözleşmede genel kurul iç yönergesinin içeriğine dair hükümler yer alabilir. Bu, yönetim kurulu iç yönergesinde de genel kurul iç yönergesinin içeriğine ilişkin hükümler yer almasına engel değildir. Ancak yönetim kurulu iç yönergesindeki söz konusu hükümler ilgili konudaki esas sözleşmedeki hükümlerine uygun olmalıdır.

Karar alma konusunda açıkça genel kurulun yetkili kılındığı konularda yönetim kurulu iç yönergesinde düzenleme yapılması genel kurulun yetkilerine müdahale anlamı taşıyabilir. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ortadan kaldırmaya yetkili organ genel kurul olarak belirlendiğinden (TTK m. 396/1) rekabet yasağının hangi durumlarda kaldırılacağına dair düzenleme yapma yetkisi de münhasıran genel kurulda olmalıdır. Bu nedenle rekabet yasağının hangi durumlarda kaldırılacağına ilişkin düzenlemelere yönetim kurulu iç yönergesinde yer verilemez. Şirketle işlem yapılmasına izin verecek organ da genel kurul olduğundan hangi durumlarda şirketle işlem yapılmasına izin verileceğine dair bir düzenleme yapma yetkisi de genel kuruldadır (TTK m. 395/1). Genel kurul bu konulardaki düzenlemeleri esas sözleşme veya maddi konulara ilişkin çıkaracağı bir iç yönerge ile yapabilir¹¹⁶. Yine yönetim kurulu üyelerinin mali hakları esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirleneceğinden (TTK m. 394) yönetim kurulu iç yönergesinde bu haklarla ilgili olarak genel kurula sunulacak teklife

Yayınevi, 2021, s. 161. İç yönergede bu tür hükümlerin öngörülebileceği yönünde bkz. Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Art 717, N. 1911, s. 424; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II*, § 35, N. 101, s. 1206-1207.

¹¹⁴ Belgelerin iadesine ilişkin düzenlemelerin esas sözleşme ile yapılabileceği yönünde bkz. Homburger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht*, Art 717, N. 848, s. 274; Ayan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, s. 171. Ancak dikkat edilmelidir ki esas sözleşmede öngörülebileceğine kanaat getirdiğimiz bu düzenlemeler, yönetim kurulu üyesi seçilen kişi ile şirket arasında kurulacak sözleşmeye ilişkin şartlardır. Akdi rekabet yasağı kurallarının yalnızca esas sözleşmede yer alması yönetim kurulu üyesinin bu kurallara tabi olacağı anlamına gelmez. Cezaî şart, yönetim kurulu üyesi ile yapılacak rekabet yasağı sözleşmesinde ayrıca belirtilmelidir (Roth Pellanda, "Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten", s. 79; Ayan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, s. 161).

¹¹⁵ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, § 13, N. 613, s. 1784-1785.

¹¹⁶ Genel kurul, toplantı düzenine ilişkin iç yönerge (TTK m. 419/2) dışında yetki alanında kalan maddi konularda da iç yönerge çıkartılabilir (Bezzenger, "Die Geschäftsordnung der Hauptversammlung", s. 363; Isenberg, *Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft*, s. 99).

dair olanlar dışında düzenleme yapılamaz. Keza yönetim kurulu iç yönergesinde yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine ilişkin olarak yalnızca yönetim kurulunun genel kurula aday gösterme yetkisi ile sınırlı düzenleme yapılabilir (TTK m. 360/1). Ancak elbette genel kurulun yetki alanında kaldığı için yönetim kurulu iç yönergesinde düzenlenemeyecek konulara ilişkin esas sözleşme hükümlerinin iç yönergede tekrar edilmesinin önünde bir engel yoktur.

SONUÇ

Esas sözleşme hiyerarşik olarak iç yönergelerin üstünde olsa da bu, yönetim kurulunun yetki alanında kalan konuların esas sözleşme ile düzenlenebileceği anlamına gelmez. Esas sözleşmenin iç yönerge karşısındaki hiyerarşik üstünlüğünün genel kurulun düzenleme yapmaya yetkili sayıldığı konularla sınırlı olduğunu kabul etmekteyiz. Genel kurul esas sözleşmede düzenleme yapmak suretiyle yönetim kurulunun yetkili olduğu konulardaki karar alma özgürlüğüne müdahale edemez. Zira karar alma özgürlüğü maddi anlamda organ sıfatının bir tezahürüdür. Yönetim kurulunun yetkili olduğu alanda karar alma özgürlüğünün sınırlandırılması ise yönetim organının bu işlevini yerine getirememesine sebep olur. Keza bu anonim şirketlerde organlar arasındaki yetki dağılımına ilişkin esasların esas sözleşmede düzenleme yapılması yoluyla dolanılmasına yol açar. Öyleyse genel kurul, esas sözleşme yoluyla, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri ve yönetim yetkisi kapsamında kalan konularla ilgili karar alma özgürlüğüne müdahale edemez. Yönetim kurulunun, TTK m. 374/1 gereği yetkili olduğu alanda ise esas sözleşme yoluyla düzenleme yapabileceğini kabul etmekteyiz. Zira bu kapsamdaki konularda bir esas sözleşme hükmü ile kendisini yetkili kılma hakkını haiz (TTK m. 408/1) genel kurulun, yönetim kurulunun bu konulardaki karar alma özgürlüğünü sınırlandırmaya da evleviyetle yetkili olduğunu kabul etmekteyiz. Yönetim kurulunun stratejik nitelikte bir karar almasını gerektirmeyen iş ve işlemleri için ise farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Esas sözleşmede yönetim kurulunun genel kurulla ilgili bu nitelikteki iş ve işlemlerine yönelik düzenlemeler bulunabileceğini kabul etmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Allemann, Fridolin. *Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft*. Zürich: Brunner&Bodmer Zürich, 1951.
- Altay, Sıtkı Anlam. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Ayan, Özge. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet. *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. İstanbul: Beta Basım, 2001.
- Baş, Yusuf Berat. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Başkanı". Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Bezzenger, Gerold. "Die Geschäftsordnung der Hauptversammlung". *ZGR*. S. 2 (1998): (s. 352-365).
- Böckli, Peter. *Die Unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 2009.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 2022, (<https://www.swisslex.ch>: 06.01.2024).
- Çoştan, Hülya. "Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yeter Sayılar ve Toplantı Talep Hakkı". *Batider*. C. 27/S. 3 (2012): (s. 155-190).
- Demir, Evin Emine. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Doğan, Beşir Fatih. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Ehrat, Felix R. "Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat". *AJP/PJA*. S. 6 (1992): (s. 789-795).
- Eigenmann, Ernst J. *Das Reglement der Aktiengesellschaft*. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1952.
- Eminoğlu, Cafer ve Zehra Avcı. "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanının Niteliklerine, Seçilmesine Ve Yönetim Kurulunun Başkanlık İşleyişine İlişkin Bazı Değerlendirmeler". *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 7/S. 2 (2022): (s. 1029-1072).
- Ercöşkun Şenol, Kübra. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, C. 19/S. 2 (2013): (s. 1693-1726).
- Forstmoser, Peter, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1996.
- Forstmoser, Peter. "Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates — Möglichkeiten und Grenzen". *SZW/RSDA*. S. 4 (1994): (s. 169-177).
- Forstmoser, Peter. *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*. Zürich: Schulthess, 2011.
- Hızır, Serdar. "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler". *Batider*. C. 29/S. 2 (2013): (s. 225-289).
- Homburger, Eric. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht*. Zürich: Schulthess, 1997.
- Hungerbühler, Ivo W. *Der Verwaltungsratspräsident*. Zürich: Schulthess, 2003.
- Hüffer, Uwe ve Jens Koch. *Aktiengesetz*, Münih: Verlag C.H. Beck, 2022.

- Isenberg, Gunnar. *Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft*. Bremen: Peter Lang GmbH, 2005.
- Isler, Martina. *Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung*. Zürich: Dike, 2010.
- Kalender, Emre. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Kammerar, Adrian. *Die Unübertragbaren und Unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997.
- Karasu, Rauf. *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015.
- Kaşak, Esra. *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Keskin, Harun. “Anonim Şirket Genel Kurulu İle Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış”. *Batider*. C. 34/S. 3 (2018): (s. 241-274).
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kırca, İsmail, Murat Gürel. “Bağımlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı”. *Batider*. C. 30/S. 8 (2014): (s. 5-19).
- Kort, Micheal, “Geschäftsverteilung und Geschäftsordnung des Vorstands”, *Handbuch des Vorstandsrechts*, (haz. Holger Fleischer), Münih: Verlag C.H. Beck, 2006.
- Kortunay, Ayhan. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Krnet, Georg. *Praxiskommentar Verwaltungsrat*. Bern: Stämpfli Verlag, 2005.
- Kummer, Andreas. “Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft Entscheidendes Instrument für die “Best Practice””, *ST*. S. 80 (2006): (s. 916-920).
- Özcan, Bilge. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. “Anonim Şirketlerde İç Yönerge”. *Legal Hukuk Dergisi*. C. 11/S. 125 (2013): (s. 35-45).
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi C. II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Rhein, Mirjam Simone. *Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen*, Zürich: Schulthess, 2001.
- Rizvi, Salim. *Die Kompetenzen der Generalversammlung in Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2011.
- Roth Pellanda, Katja. “Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten”. *GesKR*, S. 1 (2012): (s. 72-82).
- Roth Pellanda, Katja. *Organisation des Verwaltungsrat*. Zürich: Dike, 2007.
- Schärer, Heinz. *Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe*. Winterthur: Verlag Hans Schellenberg Winterthur, 1981.
- Spindler, Gerald, “Art76-77”, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, (haz. Wulf Goette ve Mathias Habersack ve Susanne Kals), Münih: Verlag C.H. Beck, 2019.
- Steininger, Thomas Alexander. *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*. Zürich: Schulthess, 2011.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

- Toraman Çolgar, Emek. *Şirkete Borçlanma Yasası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Umbach, Patrick. “Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüche”. *Verantwortlichkeit im Unternehmenrecht III*, (haz. Rolf Weber), Zürich: Schulthess, 2006: (s. 26-44).
- Veziroğlu, Cem. *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- von Moss-Busch, Irene. *Das Organisationsreglements des Verwaltungsrates*. Zürich: Universität Zürich, 1996.
- Vollmar, Jürg. *Grenzen den Übertragung von Gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren*. Bern, 1986.
- Weber, Markus, “Art 76-77”, *Aktiengesetz*, (haz. Wolfgang Hölter ve Markus Weber), Münih: Verlag C.H. Beck, 2022.
- Wernli, Martin ve Marco A. Rizzi, “Art 707-715a”, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, (haz. Heinrich Hon-sell ve Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Yüce, Aydın Alber. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: SeçkinYayıncılık, 2022.
- Zwicker, Stefan. “Der Inhalt des Organisationsreglementes nach dem neuen Aktienrecht”. *ST*. S. 1-2 (1994): (s. 55-64).

EXTENDED SUMMARY

CAN THE MATTERS WITHIN THE JURISDICTION OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANYS BE REGULATED IN THE ARTICLES OF ASSOCIATION?

Zehra İlgun Mağden Çamlı, RA.

Kırıkkale University, ilgunmagden@kku.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-5539-4655>

In the study, it was aimed to determine whether the matters within the authority of the board of directors in joint stock companies can be regulated in the articles of association. In the doctrine, it is accepted that the articles of association are superior to the internal directive in terms of the hierarchy of norms. The fact that the relationship between the articles of association and the internal directive of the board of directors has been examined in this way only in the context of the hierarchy of norms may give the impression that every issue can be regulated in the articles of association, regardless of the principles related to the distribution of authority between the general assembly and the board of directors. No limit is foreseen for the arbitrary regulation area of the articles of association, which also supports this impression. Likewise, it is stated in the doctrine that the provisions of the arbitrary articles of association are the provisions of the articles of association that can be subject to a different legal transaction such as an internal directive, a decision of the board of directors, a decision of the general assembly, or a contract of the law of obligations. Nevertheless, the fact that the articles of association regulate the matters under the authority of the board of directors within the scope of arbitrary regulation may limit the freedom of movement and decision-making of the board of directors on these matters. Therefore, the boundary of the matters to be regulated between the articles of association and the internal directive of the board of directors should be mostly determined within the framework of the principles regarding the distribution of authority between the board of directors and the general assembly.

Per the principles regarding the distribution of authority in joint stock companies, the board of directors is authorized to make decisions in the field of non-transferable and indispensable authority. The board of directors is also authorized to make decisions on matters that do not fall within the scope of the non-transferable and indispensable authority but remain within the scope of the management authority. Although it may delegate its powers in this regard to one or more members of the board of directors or third parties, it cannot transfer them to the general assembly. Furthermore, Article 374/1 of the Turkish Commercial Code stipulates a presumption in favor of the board of directors in terms of the distribution of authority. However,

although the board of directors is authorized due to this presumption, there are matters that are incompatible with the management authority of the board of directors and are suitable for the structure of the general assembly.

We admit that the hierarchical superiority of the articles of association over the internal directive is limited to the matters that the general assembly is deemed authorized to regulate. The general assembly may not interfere with the freedom of decision-making on matters within the authority of the board of directors by making amendments to the articles of association. This is because freedom of decision-making is a manifestation of the nature of the organ in material terms. Limiting the freedom of decision-making in the area where the board of directors is authorized prevents the management body from fulfilling this function. Likewise, this leads to the violation of the principles regarding the distribution of authority between the bodies in joint stock companies by making amendments to the articles of association. So, the general assembly cannot interfere through the articles of association with the freedom of the board of directors to make decisions on matters falling within the scope of its non-transferable and indispensable powers and management authority. We admit that the board of directors may make amendments through the articles of association in the field where it is authorized under Article 374/1 of the Turkish Commercial Code. This is because we accept that the general assembly, which has the right to authorize itself through the articles of association on matters within this scope (Article 408/1 of the Turkish Commercial Code), is also authorized a fortiori to limit the freedom of decision-making of the board of directors on these matters. A different evaluation should be made for the works and transactions that do not require the board of directors to make a strategic decision. It should be accepted that the articles of association may include regulations regarding the works and transactions of the board of directors of this nature related to the general assembly.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

BELEDİYELERİN PAZAR YERLERİNE İLİŞKİN GÖREV VE YETKİLERİ BAĞLAMINDA İŞGAL HARCİ SORUNUNUN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

THE OCCUPATION FEE PROBLEM FROM ADMINISTRATIVE LAW PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF MUNICIPALITY DUTIES AND POWERS FOR MARKETPLACES

Dr. Öğr. Üyesi Dilhun Ayaydın*

ÖZ

Modern dünyada insanlar gıda, giyim gibi temel ihtiyaçlarını satın alma yoluyla karşılamaktadırlar. Bu itibarla insanların bu temel ihtiyaçlarını kolaylıkla giderebilecekleri satın alma, yani alışveriş ortamlarının bulunması hem tüketiciler hem de üreticiler yönünden neredeyse bir zorunluluktur. Her ne kadar şehirlerde karşımıza büyük ve lüks alışveriş merkezleri çıkmakta ise de hem mali olarak daha avantajlı olması hem de üretici ile doğrudan buluşma imkânı açısından pazar yerleri halk arasında rağbet görmeye devam etmektedir.

Alışveriş merkezlerinin bulunmadığı köy ve küçük ilçe gibi yerlerde ise pazar yerleri çok daha fazla önem arz etmektedir. Mahalli halkın ortak ihtiyacı olan pazar yerlerinin kurulması hukukumuzda sadece belediyelerin ve belediye iştiraklerinin yetkisine bırakılmıştır. Pazar yerlerinin işletilmesi ise tahsis ya da kiralama yoluyla gene belediyelerce gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde kullanılan pazar yerlerinin ne zaman Belediye Gelirleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan işgal harcının konusunu oluşturacağı ise uygulamada tartışma yaratmaktadır. Bu konuda belediyelerin pazar yerlerinden işgal harcından başka bir bedel alamayacaklarına ilişkin yargı kararları mevcuttur.

Bu makalede öncelikle belediyelerin pazar yeri kurma, denetleme ve işletme konusundaki görev ve yetkileri kamu hizmeti perspektifinden incelenecek, ardından pazar yeri içerisinde bulunan satış yerlerinin belediyelerce kullandırılması karşılığı tahsil edilen bedellerin niteliklerinin analizi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler Kamu Hizmeti, Pazar Yeri, Belediye, İşgal Harcı, Pazar Yerlerinin Kiralanması.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

📞 0000-0001- 9302-5781 ✉ dilhunayaydin@cankaya.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

In the modern world, people provide for their basic needs such as food and clothing through purchasing. In this respect, it is almost a necessity for both consumers and producers to have shopping environments where people can easily provide for these basic needs. Although there are large and luxurious shopping malls in cities, marketplaces continue to be popular among the public, both for their financial advantages and the opportunity to meet directly with the producer.

In places such as villages and small districts where shopping malls are not available, marketplaces are much more important. For the establishment of marketplaces, which is a common need of the local people, the law only authorised the municipalities and municipal subsidiaries. The operation of the marketplaces is carried out by the municipalities through allocation or leasing. In practice, it is controversial whether such marketplaces are subject to the occupation fee regulated in the Law on Municipal Revenues. In this regard, there are judicial decisions stating that municipalities cannot collect any other fee other than the occupation fee from marketplaces.

In this article, firstly, the duties and powers of municipalities in establishing, supervising and operating marketplaces will be examined from the public service perspective, and then the characterisation of the fees collected by the municipalities for the use of the sales places in the marketplace will be analysed.

Keywords Public Service, Marketplace, Municipality, Occupation Fee, Renting of Marketplaces

GİRİŞ

Eski çağlardan beri varlıklarını sürdüren pazar yerleri önceleri insanların mal alışverişinde buldukları tek yer iken günümüzde internet, alışveriş merkezleri gibi ortamlara rağmen ucuzluk ve mal çeşitliliği sebebiyle halk arasında halen tercih edilmekle birlikte, artan enflasyon sonucu ihtiyaren gidilen bir yer olmaktan çıkıp zorunlu olarak tercih edilen alışveriş yerlerine dönüşmüştür¹.

Pazar yerlerine olan rağbetin günümüzde de eksilmeden devam etmesi ve insanların özellikle meyve, sebze, süt, peynir, yoğurt gibi temel gıda ihtiyaçlarını pazarlardan karşılama eğilimleri, pazar yerlerinin kurulmasından sonra pazar yerlerinin ve buralarda satışa sunulan ürünlerin düzgün denetiminin yapılması zorunluluğunu getirmektedir. Bu zorunluluklar karşısında kanun koyucu öncelikle 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la pazar yerlerinin ne şekilde kurulacağı ve işletileceği konularında düzenlemeler getirmiştir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı² da 5957 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak Pazar Yerleri Hakkında Yönetmelik ile birtakım ek düzenlemeler yapmıştır.

Pazar yerleri hakkında bu sayılan ayrıntılı düzenlemelerin yapılmasının esasında kanun koyucunun pazar yerlerinin kurulması ve işletilmesi faaliyetlerini kamu hizmeti olarak değerlendirdiğini söyleyebiliriz. 2010 tarihli 5957 sayılı Kanun dışında esas olarak 5393 Sayılı Belediye Kanunu ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu da, pazar yerlerinin işletilmesinde işgal harcı veya tahsis ücreti dışında kira alınıp alınamayacağı bakımından irdelenecektir.

Bu bağlamda öncelikle pazar yerlerinin kurulması ve buna yönelik faaliyetlerin yürütülmesinin kamu hizmeti kavramı, fonksiyonu, türleri bakımından irdelenmesi gerekmektedir. Belediyelerin pazar yerleri üzerindeki görevi yetkilerini Anayasa ve yasadaki hükümler çerçevesinde ele aldıktan sonra, belediyelerin pazar yerleri üzerindeki kolluk denetimine değinilecektir. Ardından pazar yerlerinin tahsis ya da kiralama yoluyla işletilmesinin hangi usul ya da usullerde mümkün olabileceği tartışılacaktır. Pazar yerlerinden alınan bedelin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI VE KAMU HİZMETLERİNİN YERİNE GETİRİLME USULLERİ

A. KAMU HİZMETİ NEDİR? NASIL KURULUR?

Anayasa ve pek çok kanuni düzenlemede yer verilmiş olsa da kamu hizmeti kavramının yasal bir tanımı mevcut değildir. Doktrinde verilen tanımlara baktığımızda GÜNDAY'a göre kamu hizmeti: "Siyasal irade tarafından kamuya yararlı görülen ve bir kamu tüzel kişiliğince ya

¹ Yıldız Aksoy. "Pazar Yerlerinin Şehir Planlaması Standart ve İlkeleri Yönünden İncelenmesi: İstanbul İli Bakırköy İlçesi Örneği", *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 18, Sayı:2, 2009, s. 27.

² Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, makalenin yazım tarihi itibarıyla Ticaret Bakanlığı adı altında yapılmış vaziyettedir.

da kamu tüzel kişiliğinin sıkı gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler”³ şeklindedir.

ATAY ise kamu hizmeti tanımına özel bir hukuki rejim kapsamındaki yürütülme hususunu eklemiştir: “Özel bir hukuki rejime uygun olarak idare örgütü tarafından bizzat ve/veya bunların yakın denetim ve gözetimi altında yürütülen, yürütülmesinde kamu yararı bulunan ve bu hususunda siyasal karar almaya yetkili devlet organınca öngörüldüğü faaliyetlerdir”⁴.

ULUSOY’a göre kamu hizmeti: “Kamuya yararlı olması ve özel bir ticari faaliyet gibi yürütülmesinin mümkün ya da arzulanır olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel ticari faaliyetlere göre farklı ve spesifik bir hukuki rejime tabi tutulmuş ve sorumluluğu son tahlilde idari bir makam tarafında üstlenilen faaliyettir”. ULUSOY, kamu hizmetini tanımlarken özel ticari faaliyetten farklı hukuki rejime tabi tutulma ve kamu hizmetlerin yürütülmesindeki sorumluluğun idarede bulunduğuna ilişkin vurguyu yapmıştır⁵.

AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA’ya göre: “Kamu hizmeti yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun gözetim ve denetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir”⁶.

GÖZLER - KAPLAN’a göre: “Kamu Hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir”⁷.

TAN – BAYAZIT’a göre kamu hizmetinin tanımının belirlenmesi zordur. TAN – BAYAZIT, Anayasa Mahkemesi’nin herkesçe bilinen kamu hizmet tanımını vermiş benzer tanımın Danıştay tarafından da kabul edildiğini belirterek esasında Danıştay’ın Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşması’nın 86’ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Genel Ekonomik Yarar Sağlayan Hizmet” yaklaşımının Danıştay tarafından da benimsendiğini belirtmiştir⁸.

Anayasa Mahkemesi ise: “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir” şeklinde tanım getirmiştir.⁹ Dolayısıyla görülmektedir ki Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen tanım doktrinde ortak kabul görmektedir.

³ Metin Günday. *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 2002, s. 284.

⁴ Ender Ethem Atay. *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 630.

⁵ Ali Dursun Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 510.

⁶ Bahtiyar Akyılmaz ve Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Eylül 2020, s. 548-549.

⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Haziran 2020, s. 477.

⁸ Turgut Tan ve Bahar Bayazit. *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 348-351.

⁹ Anayasa Mahkemesi’nin E:1994/43, K:1994/42, K.T: 09.12.1994, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.11.2023

Tanımlar bu ve benzeri nitelikte olmakla birlikte kamu hizmetine yönelik farklı tanım ve yaklaşım getiren yazarlar da bulunmaktadır. KARAHANOĞULLARI, kamu hizmetini mal ve hizmet üretimi üzerinden tanımlayarak: “Devletçe piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilen toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretimidir” şeklinde nitelemektedir. KARAHANOĞULLARI, Devletin kapitalist üretim biçimini güvence altına almak için kamu hizmetlerinin siyasal alanda kabulünü sağladığı görüşündedir¹⁰.

Yukarıdaki tanımlar, idare hukuku teorisi ve uygulaması bakımından genel olarak birbirine yakın bir kamu hizmet anlayışı ortaya koymaktadır. Kanaatimizce kamu hizmeti tanımlarının tamamı doğrudur fakat konuya farklı açılardan yaklaşmaktadır.

Kamu hizmetlerinin kurulması ve kaldırılması bakımından ise 2017 yılına kadar gerek teori ve gerek uygulama bakımından bir ortaklık vardı. Ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile bu konuda farklı görüş ve tartışmalar ortaya çıkmıştır. ULUSOY, kamu hizmetini kurma ve kaldırma bakımından 1982 Anayasasının 104’üncü maddesi ve 123’üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca asli yetkinin yasama organında olduğunu ve Cumhurbaşkanının kararname yoluyla özellikle teşkilat yapısı üzerinde kullandığı yetkinin “kamu hizmetinin icrası için gerekeni yapmak” niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹¹. AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA ise; Anayasasının 123’üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; kamu hizmetinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceğini, yasama organının ihtiyaç halinde Anayasaya uygun olarak herhangi bir alanı kamu hizmeti olarak tesis edebileceğini belirtmektedir¹². GÖZLER – KAPLAN, yukarıdaki tartışmalara girmemekte, kamu hizmetlerinin kurulmasını faaliyet ve teşkilat bakımından ayırarak, kanunla kurulmanın esas olduğunu, milli kamu hizmetlerinde zaten yasama organının belirleyici olacağını ancak mahalli kamu hizmetlerini kurma yetkisinin doğrudan mahalli idarelere yani il özel idaresi, belediye ve köylere ait olduğunu ve bunların karar organlarının hizmetin kurulmasında karar alma yetkisine sahip olduğunu açıklamaktadır¹³.

Yukarıdaki açıklamalar ve görüşler doğrultusunda kanaatimizce kamu hizmetleri Türkiye’de Türk modern devleti geliştikçe vatandaşların beklentileriyle orantılı olarak daha geniş uygulama alanı bulmuştur. Bu yüzden kamu hizmetlerinin sunulmasında devletten beklenen etkinlik düzeyi oldukça yüksektir. Kamu hizmeti bizzat devlet tarafından veya devletin gözetim ve denetiminde yani idarenin sorumluluğunda özel kişilerce yürütülen ve yine özel bir hukuki rejimin uygulandığı hizmettir. Kamu hizmetinin kurulması ve kaldırılmasında asli yetki yasama organına aittir. Ancak, Anayasa’nın 104’üncü maddesi ve 123’üncü maddesinin yorumu ve münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek konulara bakıldığında hem organik hem de fonksiyon olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla kamu hizmetlerinin kurulması mümkün olacaktır. Ancak her ne olursa olsun kamu

¹⁰ Onur Karahanoğulları. *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 292-293, Ayrıca kamu hizmetinin geniş incelemesi için bkz: Onur Karahanoğulları. *Kamu Hizmeti –Kavramsal ve Hukuki Rejim*, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2015.

¹¹ Ulusoy, s. 513.

¹² Akyılmaz ve Sezginer ve Kaya, s. 549.

¹³ Gözler ve Kaplan, s. 497.

hizmetlerinin kurulması ve kaldırılmasında asli yetki yasama organına ait olup, kanunla düzenleme esas düzenleme biçimidir.

B. KAMU HİZMETLERİNİN SUNULMASINA İLİŞKİN TEMEL İLKELER VE KAMU HİZMETLERİNİN FİNANSMANI

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi adına doktrinde gelişmiş ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler Fransız doktrininde 1926'da Louis Rolland tarafından sistematik hale getirildiği için "Rolland Kanunları" olarak da ifade edilmektedir¹⁴. İlkeler yargısal içtihadların sonucu olarak ortaya çıkmış olup doktrin tarafından geliştirilmiş ve sistematize edilmiştir¹⁵. Fransız ve Türk hukuk doktrininde; süreklilik, düzenlilik, değişkenlik, uyarılma, nesnellik, eşitlik ilkeleri sayılmaktadır¹⁶. Kamu hizmetlerinin bedelsizliğini, doktrinde bazı yazarlar ilke olarak görmemektedir. Nitekim GÖZLER – KAPLAN, kamu hizmetlerinin bedavallığını veya bedelli olmasını bir ilke olarak görmemekle birlikte, "Anayasa ve kanunda yer alması durumunda bir kamu hizmetinin bedavallığından bahsedilebilecektir" şeklinde ifade etmektedir. Zira yazara göre: Anayasanın 42'nci maddesinin beşinci fıkrasının "İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır" hükmü uyarınca kamu hizmetinin bedavallığının yasal dayanağı oluşturulmuştur¹⁷.

Yukarıda sayılı ilkelerin Anayasal dayanakları vardır. Anayasa'nın 2'nci maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri belirtilirken; hukuk devleti ilkesi, demokratik devlet ilkesi, insan haklarına saygılı devlet ilkesi, laiklik ilkesi, sosyal devlet ilkesi sayılmıştır. 10'uncu madde de ise; eşitlik ilkesinden bahsedilmiştir. Bu anayasal ilke ve dayanaklar, kamu hizmetlerinin yürütülmesi adına ATASAYAN'ın ifadesiyle: "ayrılmaz bir bütün" oluşturmaktadır¹⁸. Süreklilik, düzenlilik, değişkenlik, uyarılma, nesnellik, gibi ilkeler Anayasa'da yer alamamakla birlikte başta 2'nci madde de olduğu gibi dayanak ilkelere hareketle kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kendine dayanak bulmuştur.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak belirlenmiş ortak ilke ve kuralların yargısal içtihat yoluyla geliştiği, doktrinde sistemli hale getirildiği ve zaman içinde de Anayasal ve yasal dayanaklara kavuştuğu görülmektedir.

Bu ilkeleri kısaca ele alacak olursak; en başta kamu hizmetlerinin *düzenliliği ve sürekliliği* esastır. *Toplumsal ihtiyaçlar, düzenli, sürekli ve kesintisiz sunulmalıdır*¹⁹. Otobüs, metro, gibi ulaşım hizmetleri veya elektrik, su vb. insan hayatının devamı için olmazsa olmaz hizmetlerin sürekliliği, devamlılığı elzem olup, kesintisiz yürütülmeleri gerektiği kuşkusuzdur. Ancak, her sürekli hizmetin kesintisiz yürütülmesi gerekmemektedir. Elektrik, su, telekomünikasyon gibi hizmetler sürekliliğin yanında kesintisiz verilmesi gerekirken, yılın belli gün ve saatlerinde

¹⁴ Gözler ve Kaplan, s. 487.

¹⁵ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti - Kavramsal Hukuki Rejim, s. 189.

¹⁶ Atay, s.635, Tan ve Bayazit, s. 358-362.

¹⁷ Gözler ve Kaplan, s. 492-493.

¹⁸ M. Gözde Atasayan. Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2012, s. 25.

¹⁹ Akyılmaz ve Sezginer ve Kaya, s. 550.

hizmet veren hatta tatil dönemi olan eğitim ve adalet gibi hizmetlerin 365 gün 24 saat kesintisiz yürütüldüğünü söylemek mümkün değildir²⁰.

Kamu hizmetlerinin düzenli, sürekli ve kesintisiz işlemesi Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında yer almış, kamu hizmetinin olmazsa olmaz ilkesi olarak kabul edilmiştir. Danıştay, idari istikrarın gerçekleşebilmesini kamu hizmetinin sürekli ve düzenli işlemesine bağlamıştır²¹.

Danıştay'ın geçmiş yıllara dayalı birçok kararında olduğu gibi²², Danıştay 13. Daire'nin yakın tarihli bir kararında: "İdarî istikrar, idare tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin -kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti- sürekli ve düzenli bir şekilde işlemesidir. Ancak, faaliyetlerin sürekli ve düzenli işleyebilmesi için aynı zamanda idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir" ifadelerine yer vererek idari istikrarın gerçekleşmesinin hukuka uygun tesis edilen işlem ve eylemler çerçevesinde kamu hizmeti faaliyetinin düzenli ve sürekli gerçekleşmesine bağlı olduğunu belirtmiştir²³.

Kamu hizmetlerinin *değişkenliği (uyarlama) ilkesi*, kamu hizmetlerinin değişen koşullara uyum sağlamasıdır²⁴. Günün koşulları, bilimsel ve teknolojik gelişmelere uyum sağlayacak şekilde idare, takdir yetkisini kullanarak kamu hizmetlerinin değişen durumlara uyumunu sağlayabilir²⁵. Bu durumda kamu hizmetinden yararlananlar bakımından, kamu görevlileri bakımından ve sözleşmede taraf olanlar bakımından idare değişikliklere gidebilecektir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bu bağlamda idarenin tek yanlı değişiklik yapabileceği sözleşme türlerine örnektir²⁶.

Kamu hizmetlerin nesnellığı (tarafsızlığı) ve eşitliği ilkeleri hakkında GÖZLER – KAPLAN: "Tarafsızlık ilkesini, eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu, onun uzantısı" olarak görmektedir²⁷. ATAY: "Kamu hizmetinin objektif ve eşit koşullarda sunulur" yaklaşımından hareketle siyasal organın bir hizmeti kamu hizmeti olarak belirlemesinden sonra tarafsız davranma ve Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁸. TAN ve BAYAZIT ise tarafsızlığı: "ayrımcılık yapmama, çoğulculuğa saygı gösterme" olarak ele almaktadır²⁹.

Kamu hizmetleri, yeni teknolojik gelişmelere uygun şekilde yerine getirilir ancak devlet bu görevini Anayasanın 65'inci maddesi uyarınca mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecektir. Devlet kamu hizmetlerinin yürütülmesinde vatandaşlar arasında eşitlik ilkesini gözetecek şekilde hareket etmelidir. Anayasanın 10'uncu maddesindeki bu eşitliğin mutlak

²⁰ Gözler ve Kaplan, s. 487-488.

²¹ Atasayan, s. 70-71.

²² T.C. Danıştay DİİK, E:1996/79, K:1996/83, K.T:3.10.1996, DD, S: 93, s.36 <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-02-25-3045471.pdf>, Erişim Tarihi: 28.01.2024.

²³ T.C. Danıştay 13. Daire Başkanlığı'nın E:2022/1860, K:2022/2327, K.T:26.05.2022 <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28.01.2024.

²⁴ Gözler ve Kaplan, s. 489.

²⁵ Atay, s. 639.

²⁶ Atay, s. 640-641.

²⁷ Gözler ve Kaplan, s. 490.

²⁸ Atay, s. 641-643.

²⁹ Tan ve Bayazit. s. 362.

biçimde sağlanması mümkün olmayacaktır. Farklı durumda olanlar hakkında farklı kararlar alınabilecektir³⁰.

Kamu hizmetlerinde bedelsizlik ilkesi: mutlak bir ilke olmayıp, kamu hizmetinin en başlarda uygulandığı dönemlerde geçerli iken bugün artık mevcut kamu hizmetleri için artan mali kaynak ihtiyacı, yeni yatırımların gereği gibi sebeplerle bedel alınmaktadır³¹. Anayasa ve kanunlar bir kamu hizmetinin bedelli veya bedelsiz olduğunu belirtebilir. Sınai ve ticari kamu hizmetleri bedelli iken, idari kamu hizmetlerinin Anayasa ve kanunda bedelli olduğu hüküm altına alınabilecektir³².

Kamu hizmetlerinin finansmanının sağlanması, hizmetlerin geniş kitlelere ulaştırılabilmesi, hizmet çeşitliliğinin sağlanması ve hizmetin düzgün ve kesintisiz olarak yürütülebilmesi açısından bugün en önemli konulardan birisidir. Artan maliyetler, yeni teknolojik gelişmeler kamu hizmetlerine ayrılan finansmanın her geçen gün daha da artırılması sonucunu doğurmaktadır. Mevcut devlet bütçeleri ya da mahalli bütçelerle hizmetlerin karşılanması zorluğu, bu hizmetlerin bedelsiz yürütülmesini imkânsız kılmakta adil ve dengeli bir şekilde bedel almasını zorunlu kılmaktadır. Kamu hizmetlerinden faydalanmak için yapılan ödemeler bir fiyat karşılığı değil, kamu hizmetlerine katılmanın karşılığıdır. İdare tacir olmadığı için bedeli kâr elde etmek amacıyla almamaktadır³³. Esas olan maliyetin karşılanması iken kanuna koyulan hükümlerle istisnai olarak kâr elde edilebileceği düzenlenebilecektir. İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Kanunu'nun 23'üncü maddesinde düzenlenen bir kâr oranının esas alınabileceğine ilişkin hüküm sadece oran bakımından Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olup kâr oranı alma Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uygun bulunmuştur³⁴. Görülmektedir ki; kamu hizmetlerinin finansmanı sorunu ve hizmetlerin belirli kalite ve düzende işlemesi zorunluluğu ne-redeyse tüm hizmetleri bedelli hale getirmektedir.

Kamu hizmetlerinin finansmanı için devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin vergi, özel mülk ve teşebbüsleri yoluyla elde edilen gelirleri kullanılmaktadır. Vergiler, harçlar, resimler, şerhler, parafiskal gelirler, para cezaları, zorunlu borçlar, fon gelirleri, para işlemlerinden doğan gelirler, mali tekeller, mülk ve teşebbüs gelirleri, özelleştirme gelirleri, zorunlu olmayan borçlar kamu maliyesinde devletin elde ettiği gelir kalemlerini oluşturmaktadır. Bu gelirlerin tamamı kamu hizmetlerinin finansmanı için kullanılmaktadır.

Vergi ödevi Anayasanın 73'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Madde herkesin kamu giderlerini karşılamak için mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğunu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağını, değiştirileceğini ve kaldırılacağını, bunların muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Cumhurbaşkanına

³⁰ Atay, s.642-643.

³¹ Ulusoy, s. 544.

³² Gözler ve Kaplan, s. 493.

³³ Akyılmaz ve Sezginer ve Kaya, s. 553-555.

³⁴ Akyılmaz ve Sezginer ve Kaya, s. 557.

Naklen: Anayasa Mahkemesi E:2011/6, K:2012/16, K.T:26.01.2012, R.G:21.07.2012 Tarihli Kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120721-24.htm>, Erişim Tarihi: 28.01.2024.

verilebileceğini öngörmektedir. Cumhurbaşkanına değişiklik yapma yetkisi konusunda geniş bir yetki alanı tanındığı bu durumun da 2017 Anayasa değişiklikleri sonucunda vergi yükünü arttırabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır³⁵. Mahalli idarelerin sunduğu hizmetler yerel nitelikte olduğu için bir kısım hizmetlerin hizmetten yararlılara sağladığı özel fayda nedeniyle harca tabi tutulması mümkündür³⁶.

Ancak kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yukarıda arz ve izah edildiği üzere tek gelir kalemi Anayasanın 73'üncü maddesinde ifade edildiği üzere vergi veya harç değildir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri dayanağını kanundan almak kaydıyla kamu hizmetlerinin finansmanına katılım için katılma karşılığı alabilecektir. Aksi takdirde devletin ve diğer kamu tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan mallar üzerinde sağlayacağı gelirleri açıklamamız mümkün olmayacaktır. Bu noktada temel amaç kamu yararının sağlanmasıdır. Mahalli kamu hizmetlerinin sunulmasında da mahalli idareler, mahalli yararı sağlamakla yükümlüdür. Nitekim kamu hizmetlerinin sürekliliği de kamu yararını sağlama hedefine yenilmiştir³⁷.

C. KAMU HİZMETLERİNİN GÖRÜLME USULLERİ

Kamu hizmetlerinin görülmesi, bizzat idare tarafından veya idarenin gözetimi altında özel kişiye gördürülme usulüne göre veya arada bir sözleşme olup olmamasına göre çeşitli isimler almaktadır. Emanet, kamu kurumu usulü, müşterek emanet, iltizam, ruhsat, imtiyaz gibi usullerle hizmetler görülebilecektir. Tabii zaman içinde ekonomik gelişmeler ve özel kişilerin hizmetlerin kurulmasına katılmasıyla yeni usuller benimsenmiştir³⁸. Yap-İşlet, Yap-İşlet-devret ve Kamu - Özel Ortaklığı³⁹ modelleri özel kişilerce kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından getirilmiş yeni usullerdir. Çalışma konumuz gereği emanet usulünün tanımını vererek konuyla ilişkisini kurabiliriz.

Emanet usulü, bir kamu hizmetinin bu hizmetten sorumlu olan kamu idaresi tarafından kendi tüzel kişiliği içinde kendi personel ve parasıyla doğrudan doğruya işletilmesidir⁴⁰.

Aşağıda açıklanacağı üzere, pazar yerlerinin kurulmasının klasik anlamda idarenin kendi aracı ve kendi personeli ile kurduğu ve işlettiği bir usul olan emanet usulüne tabi olduğu düşünülmektedir. Pazar yerlerini belirlemek, buna ilişkin satış imkânlarını oluşturmak pazar-cıları satış yerlerine yerleştirmek için gerekli organizasyonu kurmak bizzat idarenin görevidir.

D. KAMU HİZMETİ KAPSAMINDA BELEDİYENİN KOLLUK YETKİSİ VE PAZAR YERİ İLİŞKİSİ

Mahalli idarelerin kamu hizmetlerini sunma konusundaki görev ve yetkisinin ayrılmaz parçası kolluk yetkisidir. Toplumda dirlik, düzen, güvenlik ile genel ahlak ve sağlığın korunması kapsamında idari kolluk faaliyetleri yürütülmektedir. 1982 Anayasası'nın 127'nci

³⁵ Murat Batı. *Vergi Reformları ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, No.417, Ankara, 2023, s. 91

³⁶ Halil Nadaroğlu, Mahalli İdareler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, 2001, s.100

³⁷ Cemil Kaya. *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 46, 84.

³⁸ Akyılmaz ve Sezginer ve Kaya, s. 561-569., Ulusoy, s. 548-553.

³⁹ Oğuz Sancakdar ve Lale Burcu Önüt ve Eser Us Doğan ve Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2021, s. 573-579.

⁴⁰ Gözler ve Kaplan, s. 501-503.

maddesinin ikinci fıkrasında: “Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca mahalli idareler, kendilerini kuran kanunlarda yer alan düzenlemelerin gereği olarak kolluk yetkisine sahiptir.

İl özel idaresi, belediye ve köy mahalli idareler kendilerine kanunla tanınan görev ve yetkiler bağlamında kolluk yetkisini kullanmaktadır. Belediyelerin kurmak ve işletmekle görevli ve yetkili olduğu pazar yerleri üzerinde sahip oldukları kolluk yetkisi bağlamında; halk sağlığı, gıda güvenliği, fiyat istikrarı gibi konularda denetim yapabilmektedir.

Belediyenin söz konusu kolluk yetkisi ile ilgili olarak Danıştay 10. Daire kararında, “(...) belediyeye ait çok katlı pazar yerinde oluşturan alanda faaliyet göstermelerine karar verilen perakende balık satış işletmelerinin faaliyet konuları ve nitelikleri itibari ile çevre ve insan sağlığı ile estetik açıdan şehir içinde bulunmasının olumsuz sonuçlar doğuracağı ve söz konusu meclis kararının taşınacak işyerlerinin faaliyet konuları belirlenmek suretiyle objektif kriterler dikkate alınarak kamu yararına uygun olarak tesis edildiği gerekçesiyle davacının işyeri açma ve çalışma ruhsat talebinin reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı işlem ile bu işleme dayanak alınan ... tarih ve ... sayılı Karşıyaka Belediye Meclisi kararında hukuka aykırılık bulunmayarak davanın reddine” şeklinde karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁴¹.

Özel idari kolluğun mahalli idari kolluğunu oluşturan bu teşkilat yapıları, denetimlerini kendi kolluk görevlileri vasıtasıyla yürütmektedir. Belediyelerde bu görev belediye başkanına doğrudan bağlı belediye zabıta gücü tarafından yerine getirilmektedir⁴². Belediye zabıta müdürlüğünün çalışma usul ve esasları 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 51'inci maddesinde düzenlenmiştir. 2007 yılında da bu hükme dayalı Belediye Zabıta Yönetmeliği çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde belediye zabıtasının sağlık ve esenliği koruma görevi hüküm altına alınmıştır⁴³. Belediye zabıtasının sağlıkla ilgi görevleri Belediye Zabıta Yönetmeliği 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının “c” bendinde sayma yoluyla gösterilmiş, hatta Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi ilişkili kanunlara gönderme yapılmıştır.

Belediye zabıtası, Belediye Kanunu ve Belediye Zabıta Yönetmeliği uyarınca pazar yerlerinde denetim yapmaktadır. Zabıta yapmış olduğu denetimlerde hukuka aykırı görmüş olduğu durumlarda tespit tutanağı tutmakta, tutulan tutanak hukuka uygun bir şekilde tutulmadığı takdirde aykırı hale gelmekte ve idari yargı tarafından bu tutanaklara dayalı kurulmuş işlemler iptal edilmektedir⁴⁴.

Önemli olan halkın gıda ve diğer ürünlere pazar yerinde ulaşırken sağlık koşullarına uygun, düzenli, istikrarlı bir şekilde ulaşması, fiyatları dalgalandıran hareketlerin önlenmesi, hizmetin kesintisiz ve düzenli bir şekilde yürütülmesidir. Pazar yerlerinin işletilmesi belediyenin sorumluluğundadır.

⁴¹ T.C. Danıştay 10. Daire'nin, 17.12.2020 tarih, E:2016/8605, K:2020/6500 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024.

⁴² Bahtiyar Akyılmaz ve Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, Eylül 2023, s. 631-632.

⁴³ Elvettin Akman. “*Özel Kolluk Kuvveti Olarak Belediye Zabıtası: Zabıtaların Temel Sorunlarının Isparta Ölçeğinde Nitel Bir Analizi*”, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi Yıl: 2018, Cilt: 1, Sayı: 3, s.349-350.

⁴⁴ T.C. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 07.05.2015 tarih ve E:2013/4129, K:2015/1776 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi 16.09.2020 tarihli kararında “Öte yandan, davacının ticari faaliyetini yürüttüğü toptancı hali ile ilgili özel düzenlemeler getiren 5957 sayılı Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un bulunduğu ve bu Kanun'da ürün fiyatlarının denetlenmesi ile ilgili yasaklar ve cezalar ile bu cezaları uygulayacak idari mercileri düzenleyen hükümlerin getirildiği, anılan Kanun'da düzenlenen yaptırımları uygulamaya, doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine belediyelerin yetkili olduğu anlaşılmaktadır” demek suretiyle belediyelerin pazar yerleri üzerindeki denetimi konusundaki öncelikli yetkisine vurgu yapmıştır⁴⁵.

Bu kapsamda her türlü tedbiri belediye almalı, gözetim ve denetim faaliyetlerini yürütmeli, kanun ve yönetmeliklere aykırı davranışlara gerekli idari yaptırımları uygulamalıdır. Hatta gerekirse batı demokrasi modellerinde yer alan kolluğun sivil gözetimi sağlayacak yapılar belediye nezdinde oluşturulmalıdır⁴⁶.

II. KAMU HİZMETLERİNİN MAHALLİ İDARELERCE SUNULMASI

Anayasanın 127'nci maddesinin birinci fıkrasında: “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir” denilmektedir. Esasında burada Anayasa yoluyla mahalli idarelere yönelik kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından yetkilendirme yapılmaktadır. Anayasanın 127'nci maddesinin birinci fıkrasından hareketle mahalli idarelerin mahalli müşterek ihtiyaçlar konusunda genel yetkisi olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanunda verilen ve sayma yoluyla belirtilmiş konularda mahalli idareler, kendilerine tanınan yetkileri kullanabilecektir.

Nitekim 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nda yapılan genel yetkilendirme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁴⁷. Ancak, Anayasa Mahkemesi il özel idaresine ilişkin genel yetkilendirme getiren düzenlemeyi iptal etmemiştir⁴⁸.

“Anayasaya aykırılık savını, maddede sayılan hizmetler bakımından merkezi yönetimin genel yetkili olmaktan çıkarılıp il özel idaresinin genel yetkili hale getirildiğine, yerel yönetimlerin görevlerinin somut ve belirgin biçimde düzenlenmesi gerektiği...” ileri sürülerek 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar”, “ile diğer” sözcüklerinin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelen davada Mahkeme:

“Maddede, il özel idarelerinin bazı görevleri somut olarak sayılırken, bazı görevlerin ilişkin oldukları hizmet alanları belirtilerek, sayılan alanlardaki mahalli müşterek nitelikli her türlü

⁴⁵ Ankara BİM 9. İdare Dava Dairesi'nin 16.09.2020 tarih, E:2020/489, K:2020/1183 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024.

⁴⁶ Kolluğun sivil gözetimi konusunda Bkz., H. Gökçe Zabunoğlu. *Kolluğun Sivil Gözetimi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, s.457-482.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin E:2005/32, K:2007/3, K.T:18.01.2007, normkararlarbilgibankası.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.01.2024

⁴⁸ Nur Kaman. “Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2020, s. 81.

görev ve hizmetin özel idarelerce yürütüleceği öngörülmüştür. Bununla birlikte il özel idaresinin hangi hizmet alanlarında bütün il genelinde, hangi hizmet alanlarında ise belediye hudutları dışında yetkili olacağı maddede ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu, kanunla düzenleneceği, kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı; 127. maddesinin ikinci fıkrasında, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Buna göre Yasakoyucu, Anayasal ilkeler çerçevesinde kendi takdiri ile mahalli müşterek ihtiyaç olarak nitelediği bir hizmetin görülmesini yerel yönetimlere verebilir. Yasakoyucu'nun koyduğu yasa, yerel yönetime yüklediği görevin mahalli müşterek niteliğini vurgulamış olması yeterlidir. Genel bir kamu hizmetinin mahalli müşterek ihtiyaç niteliği taşıyan bölümü, Anayasa'da yerel yönetimlerin görev alanı olarak belirlenen coğrafyayla sınırlıdır. Bu nedenle iptali istenilen maddede sayılan her bir kamu hizmeti bakımından mahalli müşterek nitelikte olanların tek tek sayılmasında Anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır” gerekçeleriyle iptal talebini reddetmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin, mahalli idareler bakımından il özel idaresi ve belediyeleri aynı hukuki çerçevede görmediğini söyleyebiliriz.

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesinde mahalli müşterek nitelikte olmak kaydıyla belediyelerin görev ve yetkileri sayılmıştır. 15'inci maddede belediyenin yetkileri ve imtiyazları tek tek sayılmıştır. 15'inci maddenin birinci fıkrasının a bendinde: “Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunmak” şeklinde düzenlenmiştir. 5957 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin beşinci fıkrasındaki “Belediyeler, modern pazar yerleri kurmak, işletmek ya da Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar dahilinde yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları iştiraklerince kurulmasını ve işletilmesini sağlamak, pazar yerlerinde malların hijyenik şartlarda satışa sunulmasını sağlayıcı uygun çalışma ortamını oluşturmak ve altyapı ile çevre düzenlemelerini yapmak, tüketicinin korunmasına yönelik tedbirleri almak ve gerekli denetimleri yapmakla görevlidir” düzenlemeyle pazar yerlerinin kurulması ve işletilmesi bakımından münhasır yetkinin belediye ve iştiraklerinde olduğu kabul edilmiştir.

A. SUBSİDİARİTE İLKESİ – KAMU HİZMETLERİNİN YERELE TAŞINMASI

1982 Anayasası'nın 123'üncü maddesinin ikinci fıkrasında; “İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır” denilmektedir. Anayasanın 127'nci maddesi ise; mahalli idareleri düzenlemektedir. Anayasa 127'nci madde mahalli idarelerin kuruluşunu “il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak” olduğunu söyleyerek mahalli idarelerin hizmet odaklı kurulan yapılar olduğunu hüküm altına almıştır.

Subsidiarite ilkesi ise Avrupa demokrasisinde yer edinmiş köklü bir ilke olarak kamu hizmetlerinin yerele daha etkin bir şekilde taşınması hedefine yönelmiştir. Avrupa Konseyi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı kapsamında üye ve taraf devletlere subsidiarite ilkesini

sunarak kabul edilmesini sağlamıştır. Türkiye, Yerel Yönetimler Özerklik Şartını çekinceleriyle birlikte kabul etmiştir. İlke halkın yönetime katılımını sağlama ve yerel demokrasiyi artırma hedefini taşımaktadır⁴⁹.

Yerel yönetim, demokrasi ve özerklik arasında sıkı bir ilişki oluşmasını sağlamak üzere ortaya çıkan subsidiarite ilkesi, yerel düzeyde halkın katılımını esas aldığı için gerek seçmen sıfatıyla gerekse de hemşehrilik ilişkisi içinde seçmen katılımını esas almakta ve halk denetimini teşvik etmektedir. Subsidiarite ilkesi özellikle karar alma süreçlerinin halka en yakın düzeye indirilmesi hedefini taşımaktadır⁵⁰. Subsidiarite ilkesinin çıkmazı üniter devleti benimseyen ülkelerde özerklik isteklerini artırma tehlikesidir. Bu bağlamda ilkenin mevzuatımızda ve uygulamamızdaki faydası merkezden yönetim ve yerinden yönetim arasında gerçekleşecek yetki paylaşımında kendini göstermektedir⁵¹.

Bu bağlamda ülkemizde birçok kamu hizmeti mahalli düzeyde örgütlenerek yerel yönetimlere aktarılmıştır. Özellikle belediyelerin hizmet alanları geniş tutulmuştur. Pazar yerleri açma, kurma ve işletme yetkisi belediyelere verilmiş, halkın yerel düzeyde ucuz gıda ve temel bazı ihtiyaç ürünlerine ulaşımı sağlanmıştır. Ancak, belediyelerin pazar yerlerini kurması ve işletmesi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın çok daha öncesinde mülga 1580 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15'inci maddesinde belediyelerin vazifeleri arasında yer almıştır. 2005 yılında kabul edilen 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nda aşağıda belirtileceği üzere Belediyelerin bu yetkisi devam ettirilmiştir. Dolayısıyla pazar yerlerinin yerel yönetim organlarından olan Belediyeler tarafından kurulması ve işletilmesi konusu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ile örtüşmektedir.

Pazar yerlerinin belirlenmesi, belediye meclisince ve belediye meclisinin alacağı kararlara istinaden encümen tarafından yapılmaktadır. Belediye meclis üyeleri seçilmiş kişiler olarak halkın yereldeki temsilcisi konumundadır. Yine encümen üyelerinin bir kısmı belediye meclisi tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla pazar yerleri belirlenirken halkın katılımı sağlanmış olmakta ve hizmetin yerelleşme süreci demokratik usullere göre yönetilme imkânı bulunmaktadır.

Danıştay 13. Daire, ilk derece mahkemesinin "Semt pazarlarının kapalı pazar yerinde kurulması hâlinde satış yerlerinin tahsisin yanı sıra belirli süreli sınırlı aynı hak tesis yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla işletilmesinin mümkün olduğu, beldenin müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamakla görevli ve yetkili olan belediyelerin mali, sosyal ve benzeri kriterleri göz önünde bulundurarak kapalı pazar yerinde kurulan semt pazarındaki satış yerlerinin tahsis yoluyla ya da belirli süreli sınırlı aynı hak tesis yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla işletilmesinde takdir yetkisine sahip olduğu; dosyanın incelenmesinden, 5 yıl için yapılan kiralama ihalesinde yetkinin Belediye Meclisi'ne ait olmasına karşılık, Belediye Encümeni tarafından ihalenin gerçekleştirildiği; bu durumda, encümen tarafından 5 yıllık kiralamaya yönelik tesis olunan ihale işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı" gerekçesiyle onanmıştır⁵². Danıştay 13. Daire 16.03.2023 tarihli daha yeni bir kararında "(...) dava konusu meclis kararı ile pazar yerinin 10 yıllığına kiralanmasına

⁴⁹ Hakan Demir ve Mehmet Karakütük. "Yerel Yönetimler ve Hizmette Yerellik; Subsidiarite İlkesi", *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 2, 2003, s. 74-76.

⁵⁰ Nadaroğlu, s. 70.

⁵¹ Mehmet Karaarslan. *Özerklik ve Denetim Açısından Yerel Yönetimler Reformu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 86-92.

⁵² T.C. Danıştay 13. Daire'nin, 16.06.2020 tarih ve E:2016/4991, K:2020/1387 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2024.

karar verildiği, ilgili belediyenin sahip olduğu takdir yetkisinin hem söz konusu pazaryerindeki satış yerlerinin ilk işletme şeklinin belirlenmesini hem de mevcut işletme şeklinin değiştirilmesini kapsadığı, söz konusu takdir hakkının kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı şekilde kullanıldığından bahsedilemeyeceği görüldüğünden pazaryerinin 10 yıllığına kiraya verilmek üzere ihaleye çıkartılmasına dair tesis edilen dava konusu ... tarih ve ... sayılı Sapanca Belediyesi Meclis kararında bu yönü ile hukuka aykırılık bulunmadığı; ancak, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18/e maddesinde belirtildiği üzere 3 yıldan fazla kiralama yetkisinin Belediye Meclisinde bulunduğu, münhasıran belediye meclisine ait olan taşınmazın 10 yıl süre ile kiralanması konusunda kanun koyucunun iradesini ortadan kaldırılacak şekilde Belediye Encümenine ve Belediye Başkanına yetki verilmesine ilişkin tesis edilen dava konusu ... tarih ve ... sayılı Sapanca Belediyesi Meclis kararında yetki yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır” şeklinde hüküm kuran Bidayet Mahkemesi kararını onamıştır⁵³.

B. BELEDİYELERİN GÖREVLERİ VE YETKİLERİ

Belediyeler kamu tüzel kişiliğini haiz yerel yönetimlerdir. İdare hukukumuzda hâkim en temel ilkelerden birisi de kaynağını Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 123 ve devamı maddelerinden alan “idarenin kanuniliği” ilkesidir. İdarenin kanuniliği, kamu tüzel kişilerini hareket alanı bakımından özel kişilerden ayıran en önemli ilkelerden birisidir. Bu ilke uyarınca *-özel hukuktan farklı olarak-* idarenin yetkisizliği esas, yetkili olması ise istisnadır. Başka bir ifadeyle özel kişiler kanunlarla kendilerine yasaklanmamış olma şartıyla hareket serbestisine sahipken, kamu tüzel kişilerinin bir işlem veya eylemde bulunabilmesi için öncelikle kendilerine konuyla ilgili olarak kanunla izin verilmiş olması gerekmektedir (*secundum legem*)⁵⁴, daha sonra idarenin tüm işlemlerinin kendisine izin veren hukuki düzenlemeyle birebir uyumlu olması (*intra legem*)⁵⁵ gerekmektedir. Mamafih idare, kanunlarla kendisine hangi yol çizilmiş ise o yolu takip etmek zorundadır; bu konuda idarenin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Görev ile yetki arasındaki fark, yasayla görev olarak sayılanların ilgili idare tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olması, başka bir ifadeyle kişilerden bu yönde gelen taleplerin idarece olanaklar çerçevesinde olumlu bir şekilde cevaplandırmanın zorunlu olmasıdır. Yasalarla idarelere tanınan yetkiler ise temel olarak idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında idarelere hareket alanı sağlamaktan ibarettir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesi belediyelerin görevlerini, 15'inci maddesi ise yetki ve imtiyazlarını düzenlemektedir.

Bu düzenlemelere bakıldığında pazar yerleri kurulması hususu esas olarak belediyelerin görevlerinden ziyade yetkileri arasında olabileceği görülmektedir ki; 15'inci maddede toptancı ve perakendeci hallerinden söz edilmesi bunun işaretidir.

C. BELEDİYELERİN PAZAR YERLERİNE İLİŞKİN GÖREV VE GELİRLERİ

Pazar yerlerinin varlığının insanlar için ciddi ve süreklilik arz eden bir ihtiyaç olduğu açıktır. Bununla birlikte pazar yeri kurulmasının 5393 sayılı Belediye Kanunu madde 14/1/a

⁵³ T.C. Danıştay 13. Daire'nin, 16.03.2023 tarih ve E:2020/2187, K:2023/1224 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2024.

⁵⁴ Gözler ve Kaplan, s. 70.

⁵⁵ Gözler ve Kaplan, s. 71.

hükmü kapsamında “ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi” kavramı içerisinde yorumlanabileceği hususu ve aşağıda açıklanacak mevzuata göre pazar yeri kurma konusunda temel olarak belediyelere tanınmış bir hak olduğu nazara alındığında, pazar yeri kurup denetlemenin belediyelerin asli görevi olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabılır.

Diğer taraftan 5957 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “Belediyeler, modern pazar yerleri kurmak, işletmek ya da Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar dahilinde yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları iştiraklerince kurulmasını ve işletilmesini sağlamak, pazar yerlerinde malların hijyenik şartlarda satışa sunulmasını sağlayıcı uygun çalışma ortamını oluşturmak ve altyapı ile çevre düzenlemelerini yapmak, tüketicinin korunmasına yönelik tedbirleri almak ve gerekli denetimleri yapmakla görevlidir” hükmü belediyelerin pazar yeri kurma konusunda yukarıda bahsettiğimiz asli görevini teyit ederek netleştirmektedir.

Belediye Kanunu’nun 59’uncu maddesi ise belediyelerin hangi gelir kalemlerini tahsil edebileceklerini saymaktadır. Buna göre belediyelerin gelirleri (a) belediye vergi, resim, harç ve katılma payları, (b) genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan pay, (c) genel ve özel bütçeli idarelerden yapılacak ödemeler, (d) taşınır ve taşınmaz malların kira, satış ve başka suretle değerlendirilmesinden elde edilecek gelirler, (e) belediye meclisi tarafından belirlenecek tarifelere göre tahsil edilecek hizmet karşılığı ücretler, (f) faiz ve ceza gelirleri, (g) bağışlar, (h) her türlü girişim, iştirak ve faaliyetler karşılığı sağlanacak gelirler, (i) diğer gelirlerden ibarettir. Her ne kadar yukarıda bahsi geçen idarenin kanuniliği ilkesi gereği 59’uncu maddede sayılan gelir kalemlerinin sınırlı bir şekilde sayıldığına (*numerus clausus*) kabul edilmesi gerekmekte ise de maddenin (i) bendindeki “diğer gelirler” ibaresi belediyelerin gelirlerinin neredeyse sınırsız türde olabilmesine olanak sağlamaktadır.

Bu çerçevede belediyelerin pazar yerlerinin kiralanmasından veyahut tahsis edilmesinden doğacak kira ya da harç tutarlarını gelir olarak tahsil edebilmeye yetkilerinin bulunduğu kuşkusuzdur.

“Pazar yeri” terimi 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da tanımlanmaktadır. Pazar yerinin tanımı mezkûr Kanun’un 2’nci maddesinde: “Belediyelerce tespit edilecek yer ve günlerde kurulan üretici ve semt pazarları” şeklinde yapılmıştır. İlgili maddede semt pazarı “Üreticiler ve pazarcılar tarafından satışa sunulan mallar ile belediyece müsaade edilen diğer gıda ve ihtiyaç maddelerinin doğrudan tüketicilere perakende olarak satıldığı açık veya kapalı pazar yerleri”, üretici pazarı ise “Üreticilerin kendi ürettikleri malları perakende olarak doğrudan tüketicilere sattıkları açık veya kapalı pazar yerleri” olarak tanımlanmıştır.

D. PAZAR YERİ KURMA VE İŞLETME KONUSUNDA TEKEL HAKKI

Pazar Yerleri Hakkında Yönetmelik’in, pazar yerlerinin kurulması ve işletilmesi başlıklı 5’inci maddesinin ilk fıkrası: “Pazar yerleri, imar planında belirlenmiş veya asıl tahsis amacını engellemek kaydıyla ayrılmış diğer alanlarda bu Yönetmelikte belirtilen asgari koşulları taşıyacak şekilde belediyeler veya yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları iştirakleri tarafından kurulur. Gerçek veya diğer tüzel kişiler tarafından pazar yeri kurulamaz” düzenlemesiyle,

belediyelerin belli şartları sağlayan iştirakleri dışında, özel kişilerin veyahut belediyelerden başka herhangi bir kamu tüzel kişisinin pazar yeri kurabilmesinin önüne geçmektedir.

Yine Yönetmeliğin 11'inci maddesinin birinci fıkrasında: "Semt ve üretici pazarlarındaki satış yerleri tahsis yoluyla işletilir. Kapalı pazar yerlerindeki satış yerleri ile diğer yerler, belirli süreli sınırlı aynı hak tesisi yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla da işletilebilir. Tesisi edilen sınırlı aynı hak tapu kütüğüne tescil edilir ve süresi on yılı geçemez. Satış yerlerinin işletilmesine yönelik işlemler, belediye encümeni kararı ile yapılır" demek suretiyle pazar yerlerinde bulunan satış yerlerinin işletilmesinin de münhasıran belediyelerce (veya belediye iştiraklerince) gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

Danıştay 8. Daire de 24.02.2021 tarihli kararında: "(...) Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca, belediyeler pazar yerlerini bizzat kurup işletebileceği gibi yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları belediye şirketleri tarafından da kurulup, işletilmesini sağlamak görev ve yetkisine sahip olup, pazarlar, imar planında pazar yeri olarak belirlenen yerler ile asıl kullanım amacına engel teşkil etmeyecek diğer alanlarda da kurulabilecektir. (...) meclis kararını müteakip, dava konusu kararın işletilmesi işinin belediye şirketine verilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır"⁵⁶ demek suretiyle pazar yerlerinin işletilmesi hususundaki belediye yetki ve görevlerini teyit etmiştir.

Yukarıda sayılan yönetmelik düzenlemelerinden belediyelerin pazar yerlerinin hem kurulması hem de işletilmesi konusunda tekel hakkında sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Danıştay 10. Daire 19.03.2018 tarihli kararında "Davacı Oda tarafından, sözleşmenin, pazar yerinin tümüyle işletilmesine yönelik bir sözleşme olduğu ve davalı belediyenin ilgili mevzuat uyarınca bu şekilde kiralama yoluna gidemeyeceği iddia edilmektedir. Sözleşme, bir pazar yerinin işletilmesine yönelik ise 5957 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'in pazar yerlerinin işletilmesi için öngördüğü hususlara uygun bir sözleşme olup olmadığının hukuki incelemesinin idare mahkemelerince yapılması gerektiği açıktır" şeklinde hüküm kurmuştur⁵⁷.

E. PAZAR YERLERİNDE BULUNAN SATIŞ YERLERİNİN NE ŞEKİLDE KULLANDIRILABİLECEĞİ

Pazar yerlerinde bulunan satış yerlerinin kullanılma usulü konusunda yapılan değerlendirmede pazar yerlerine ilişkin mevzuatta 2013 yılında yapılan değişiklikleri dikkate almanın fazlasıyla önem arz ettiği düşünülmektedir.

1. Pazar Yerlerine İlişkin Mevzuatın 2013 Değişiklikleri Öncesindeki Durumu ve Pazar Yerlerinde Tahsis

İdarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken araç, gereç, taşınmaz ve taşınır mallara ihtiyaç duyduğu açıktır. Dolayısıyla idarenin malları, kamusal mal ve özel mal şeklinde ayırmakta, kamusal mallar da idare hukukuna tabi olmaktadır. Bir malın kamu malı olabilmesi

⁵⁶ T.C. Danıştay 8. Dairenin 24.02.2021 tarih, E:2018/4313, K:2021/1118 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2024.

⁵⁷ T.C. Danıştay 10. Dairenin, 19.03.2018 tarih, E:2017/4108 K:2018/1126 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2024.

için kamu tüzel kişinin mülkiyetinde olması ve kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekir.⁵⁸ Tahsis, Türk Dil Kurumu Sözlüklerine göre “Bir şeyi bir kimseye veya bir yere ayırma” anlamına gelmektedir.⁵⁹ Tahsis: “Devlet malını halkın faydasına bir kamu hizmetine aktarma veya özel bir malı kamu hizmetine özgüleyecek şekilde kamu yararı amacıyla orta malı veya hizmet malı haline getirmektir”.⁶⁰

Kamu malları teorisinde kamu malları: “sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları” şeklinde sınıflandırılmaktadır. Halkın ortak kullanımı ve yararlanmasına ayrılmış mal orta malı olarak kabul edilmektedir. Mera, yaylak, kışlak, yol, meydan, köprü, çocuk parkı, pazar yeri orta malının başlıca örnekleridir. Bir kamu hizmetine tahsis edilmiş mal hizmet malıdır. Ancak, biraz daha daraltıcı yaklaşımla bu mallar hizmetin niteliğine göre uyarlanmakta ve düzenlenmektedir. Belediye binası, hastane, okul, ibadet yerleri, pazar yerleri hizmet malı niteliğindedir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan hiç kimsenin özel mülkiyetinde olmayan dağlar, tepeler, göller, ormanlar sahipsiz mal niteliğindedir.⁶¹

Konumuz gereği pazar yerleri olarak imarda ayrılan yerlerin halkın ortak kullanımına ayrıldığı, encümen kararı ile pazarcı esnafına yapılan tahsisin malı hizmet malı haline getirdiği açıktır. Pazar yeri olarak ayrılmış alanda pazarcının talebi üzerine tek taraflı izin yani yetkilendirme yoluyla pazar yerlerinde satış yapılmasına izin verilmektedir. Burada tek taraflı bir idari işlem söz konusudur. İdare, pazar yeri olacak taşınmazları kamu hizmetine özgülemekte, pazarcılardan aşağıda izah edileceği üzere işgal harcı almaktadır.

5957 sayılı Kanun, 26.03.2010 tarih ve 27533 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun’un yürürlük tarihi 01.01.2012 olan 7’nci maddesinin ilk hali incelendiğinde kanun koyucunun pazar yerlerinin sadece ilgili kişilere “tahsis” edilebileceğini öngördüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten de maddenin ilk halinde pazar yerlerinin “işletilmesi” ile ilgili hiçbir düzenleme bulunmamakla birlikte, sadece “tahsis” edilme ibaresine yer verilmiştir.

Aynı şekilde Kanun’a dayanılarak çıkarılmış olan ve 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Pazar Yerleri Hakkında Yönetmelik’in “Tahsis” başlıklı 11’inci maddesi; semt ve üretici pazarlarındaki satış yerlerinin tahsis yoluyla işletileceğini, semt pazarlarındaki satış yerlerinin pazarcılara ve üreticilere, üretici pazarlarındaki satış yerlerinin ise münhasıran üreticilere tahsis edileceğini, ayrılan satış yerlerine üreticilerden yeteri kadar talep olmaması veya boşalan satış yerlerinin doldurulamaması hâlinde diğer talep sahiplerine de tahsis yapılabileceğini, aynı pazar yerinde, bir üreticiye veya pazarcıya doğrudan veya dolaylı olarak en fazla iki satış yeri tahsis edilebileceğini ve tahsisin belediye encümeni kararı ile yapılacağını düzenleme altına almıştır.

⁵⁸ Tan ve Bayazıt. s. 567-568.

⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: 26.11.2023.

⁶⁰ Aydın Gülan. *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s. 95-96.

⁶¹ Aydın Gülan., s. 32-43.

Burada pazar yerlerinde bulunan satış yerlerinin kullanılmasında mevzuatla belediyelere tanınan hareket alanı “tahsis etme” ile sınırlıdır ve yukarıda bahsedilen idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca belediyelerin satış yerlerini tahsisten başka bir şekilde kullanmalarını yönünde herhangi bir yetkileri bulunmamaktadır. Pazarıcıdan alınabilecek katılım ücreti de işgal harcı olmak zorundadır.

2. Pazar Yerlerine İlişkin Mevzuatın 2013 Değişiklikleri Sonrasındaki Durumu

11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6455 sayılı Kanun’la 5957 sayılı Kanun’da bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler incelendiğinde ise kanun koyucunun daha önce benimsediği satış yerlerinin tahsis yoluyla kullanılmasını yöntemini genişleterek *kiralama yoluyla* kullanmanın da önünü açtığı görülebilmektedir.

Gerçekten de 6455 sayılı Kanun’un 70’inci maddesiyle 5957 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “tahsis” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya kiralama” ibaresi; beşinci fıkrasında yer alan “kurmak,” ibaresinden sonra gelmek üzere “işletmek ya da Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar dahilinde yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları işti- raklerince kurulmasını ve işletilmesini sağlamak,” ibaresi eklenmiş, 72’nci maddesiyle ise 5957 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinin üçüncü fıkrasına “Kapalı pazar yerlerindeki satış yerleri ile diğer yerler, belirli süreli sınırlı ayni hak tesisi yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla da işle- tilebilir.

GÖZLER – KAPLAN tarafından da ifade edildiği üzere: “Kamu malları üzerinde üçüncü kişiler lehine, irtifak hakkı tesisi, taşınmaz yükü, rehin hakkı gibi sınırlı ayni hakların tesis edilemeyeceği kabul edilmektedir. Buna ilişkin yapılan sözleşme ve her türlü üçüncü kişi lehine alınan kararlarda geçersiz olacaktır. Ancak, kamu malları üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilemeyeceği ilkesi Anayasal bir ilke olmadığı ve içtihadî nitelikte olduğu ve kanuni bir ilke olduğu için kanunla bu ilkeye aykırı düzenleme yapılabilir”⁶². Sınırlı ayni hak tesisi pazar yerini idarenin özel malı haline getirmez. Kamu hizmetine özgülenmiş yani pazar yeri olarak tahsis edilmiş mal, idarenin mal ile sahiplik ilişkisini değiştirmeyecektir⁶³.

5957 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinin üçüncü fıkrasına “Kapalı pazar yerlerindeki satış yerleri ile diğer yerler, belirli süreli sınırlı ayni hak tesisi yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla da işletilebilir” hükmünde yer alan kiralama ise kamu malının tahsis amacıyla uyuştugu ölçüde hukuka uygun kabul edilebilecektir⁶⁴.

Sınırlı ayni hak tesisi yöntemi ile bir pazar yerinde aynı kişiye en fazla iki satış yeri veri- lebilir. Sınırlı ayni hak tesisi ile tahsis ve kiralama işlemine ilişkin diğer usul ve esaslar yönet- melikle düzenlenir” ibareleri eklenmiş, altıncı fıkrasında yer alan “tahsis sahiplerinden” ibaresi “satış yerlerini kullananlardan” şeklinde değiştirilmiş, aynı fıkranın (i) bendinde yer alan “Tah- sis edilen satış yerlerini” ibaresi “Satış yerlerini Bakanlıkça belirlenen sebepler dışında” şeklinde değiştirilmiş, (k) bendine “tahsis edildiği” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya kiralandığı”

⁶² Gözler ve Kaplan., s. 633.

⁶³ Karahanoğulları., İdare Hukuku, s. 732.

⁶⁴ Gözler ve Kaplan., s. 634.

ibaresi ile fıkraya aşağıdaki (I) bendi eklenmiş ve yedinci fıkrasında yer alan “yerlerindeki tahsis sahipleri” ibaresi “yerlerinde faaliyet gösterenler” şeklinde değiştirilmiştir.

5957 sayılı Kanun’da yapılan bu değişikliklere paralel olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığına, Yönetmelikte 13.07.2013 tarih ve 28706 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi ise daha önce “Tahsis” başlığını taşıyan 11’inci maddede gerçekleşmiştir. Maddenin başlığı “Pazar yerlerinin işletilmesi” şeklinde değiştirilmiş ve kapalı pazar yerlerindeki satış yerleri ile diğer yerlerin, belirli süreli sınırlı aynı hak tesisi yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla da işletilebileceği, tesis edilen sınırlı aynı hak tapu kütüğüne tescil edileceği ve süresinin on yılı geçemeyeceği, satış yerlerinin işletilmesine yönelik işlemlerin belediye encümen kararı ile yapılacağı düzenlenmiş, lehine sınırlı aynı hak tesis edilen kişilerin satış yerlerini yapılacak sözleşmeler çerçevesinde üçüncü kişiler ne şekilde kiralayabileceği, bu kira sözleşmelerinin ilgili belediye veya iştirakinin onayından sonra geçerli olacağı, belediyelerin satış yerleri üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesine ve bu yerlerin kiralanmasına yönelik sözleşmeleri matbu olarak düzenleyebilecekleri yer almıştır. Kuşkusuz yapılan değişiklikler bunlarla sınırlı değildir; örneğin Yönetmeliğin 13’üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Tahsis” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve sınırlı aynı hak tesisi” ibaresi eklenmesi, 19’uncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “tahsis sahibine” ibaresi “satış yerini kullananlara” olarak değiştirilmesi gibi pek çok değişiklik yapılmıştır.

Tüm bu değişikliklerin esas amacına bakıldığında, değişikliklerin pazar yerinde bulunan satış yerlerinin kiralanması hususunda artık belediyelere açık bir yetki verilmesine matuf olduğu görülmektedir.

Danıştay 10. Dairesi, 2020 yılı kararında konuyu teyit ederek “Pazar Yerleri Hakkında Yönetmelik’in yürürlüğe girmesinden önceki süreçte, pazar yerlerine yönelik ulusal düzeyde özel düzenlemeler içeren bir mevzuat bulunmamakta ise de mülga 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve belediye mevzuatı hükümlerine dayanarak belediyelerce hazırlanan mevzuat hükümlerine göre pazar yerlerinde tahsis işlemleri yapılmıştır. Bu nedenle de anılan Yönetmelik’ten önceki dönemde, pazar yerlerinde yapılan tahsislerin ve alınan ücretlerin hukuki niteliğinin saptanmasında zorluklar yaşanmıştır. Davalı idare tarafından da idarenin işgaliye harcı alıp almama, bu yerlerden yararlandırıp yararlandırmama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ileri sürülse de anılan Yönetmelik’in yürürlüğe girmesi ile pazar yerlerindeki iş ve işlemlerin bu Yönetmelik uyarınca yapılması gerektiği açıktır” şeklinde hüküm kurmuştur⁶⁵.

F. PAZARCI ESNAFLA AKDEDİLEN KİRA SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukukumuzda kira sözleşmeleri esas olarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun Dördüncü Bölümünde 299’uncü ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Kuşkusuz söz konusu Borçlar Kanunu hükümleri eşit konumda olan iki taraf arasında akdedilmiş olan kira sözleşmelerini konu edinmektedir.

⁶⁵ T.C. Danıştay 10. Daire’nin, 21.12.2020 tarih, E:2019/12285, K:2020/6727 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024.

Doktrinde idarelerle özel kişiler arasında akdedilen kira sözleşmeleri çerçevesinde meydana gelen kiracı-kiralayan ilişkisinin bir *özel hukuk* ilişkisi olduğu ve idare hukukunun alanına girmediğine ilişkin görüşler mevcut olmasının yanında bu yönde yargı içtihatları da bulunmaktadır; gerçekten de sinema yapımı amacıyla belediyeden taşınmaz kiralınması konusunda akdedilen kira sözleşmesinin belediye tarafından feshedilmesi ile ilgili ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta adli yargının görevli olduğuna karar verilmiş⁶⁶, belediyelerin özel mülkünün kiralanmasında kira bedeli ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkta da adli yargının görevli olduğu⁶⁷ yönünde hüküm kurulmuştur⁶⁸.

Bununla birlikte belediyelerce bir kamu malının kiralanması yönünde akdedilmiş sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi görünümünde olsa da kamu malından yararlanmayı konu alan bu tür bir kira sözleşmesinin idare hukuku çerçevesinde bir kamu malından özel yararlanma ilişkisi yarattığı bu kapsamda idare hukuku kurallarına tabi olacağı açıktır⁶⁹. Diğer taraftan idarenin özel mallarının kiralanmasına ilişkin kira sözleşmelerinde dahi sözleşmenin akdedilmesinden önceki dönem için idarece tesis edilen tek yanlı işlemlerin de özel hukuk işleminden ziyade bir idari işlem olduğu kabul edilmektedir⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi bir sözleşmenin idari bir sözleşme sayılabilmesi için üç şartın sözkonusu olması gerektiğini ifade etmiştir⁷¹. Bu üç şart ise sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması ve sözleşmede idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkileri tanınmış olmasıdır. Doktrinde bazı yazarlarca aynı ölçütlerin kabul edildiği görülmektedir. Kamu hizmeti ölçütüne göre kamu hizmetinin yürütülmesine sözleşmenin tarafı olan özel kişilerin katılmaları öngörülmekle beraber, sözleşmenin diğer tarafı olan idarenin de karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini etkileyebilecek mahiyette kamu gücüne dayanan tek taraflı işlem tesis edebilme yetkisinin bulunması idari sözleşmeden bahsedilebilmesinin şartıdır. İdare sözleşmenin diğer tarafı özel kişiyi denetimi ve gözetimi altına alıp yaptırım uygulayabilecek, sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapıp, sözleşmeyi feshedebilecektir⁷².

Yukarıda da bahsedildiği üzere pazar yerlerinin kurulması ve işletilmesi kamu hizmeti olup, bu hizmet için ayrılan yerler de kamu malı niteliğindedir. Bu kapsamda belediyelere pazar yerlerinde bulunan satış yerlerinin kiralanması hususunda akdedilecek sözleşmelerin de bir kamu malının kiralanmasına yönelik olması, sözleşmenin tarafının bir kamu idaresi olan belediye olması ve kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması sebebiyle idare hukukuna tabi olacağı ve bunun hasebiyle de idareye özellikle fesih, tahliye ve ödeme gibi hususlarda Borçlar Kanunu kapsamında akdedilmiş kira sözleşmelerinden daha geniş yetkiler tanınmasının zorunlu olduğu düşünülmektedir.

⁶⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 02.11.1965 tarih, E:1968/75, K:1968/416 sayılı kararı

⁶⁷ T.C. Danıştay 8. Daire'nin 01.02.1994 tarih, E:1993/102, K:1994/343 sayılı kararı

⁶⁸ Kemal Gözler. *İdare Hukuku*, Cilt: II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, s. 57-58.

⁶⁹ Gülan., s. 212.

⁷⁰ Gözler., s. 58.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin E:1994/43, K:1994/42-2, K.T: 09.12.1994, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.01.2024

⁷² Atay., s. 594-599.

Gerçekten de tek taraflı olarak idarenin hazırlamış olduğu sözleşmenin imzalanması ile pazar yeri özel kişilerin doğrudan ve özel yararlanmasına tahsis edilmektedir. Taşınmazın pazar yeri olarak tahsisi, alışveriş yapan halk bakımından ve satış yapan pazarcı esnafı bakımından her ikisini de kapsayacak şekilde doğrudan ve özel yararlanma niteliğindedir. Temel amaç tahsisi gerçekleştirmektir. Özel yararlanma güvenceli olmakla birlikte geçicidir. Süreye bağlıdır. İdare, süreyi uzatabilir ancak süre dolmadan da özel yararlanmaya son verebilir. İdare, kolluk yetkisi kapsamında çeşitli sınırlamalar getirmekte pazarda ayrılmış yerleri sınırlandırmakta, pazar kurma günlerini değiştirmekte, pazar esnafına yönelik kimi bazı kriterler belirleyip niteliğini kaybedenlerle arasındaki ilişkiyi sonlandırmaktadır. Bu noktada temel kriter kamu yararına aykırı her durumda idarenin müdahalesidir. İdare, pazarcı esnafının yetkilerini iptal edip, sözleşmelerini feshetme yetkisini kullanmaktadır⁷³.

Yukarıda izah edildiği üzere pazarcı esnafı ile belediye arasında imzalan sözleşme idari sözleşmedir. İdareye üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınmakta olup, idare tek taraflı ihaleye çıkmakta, pazar yerinin işletim usulünü ve süresini belirleyerek pazarcı esnafının katılımıyla sözleşmeyi imzaya sunmaktadır. Bu noktada pazarcının hiçbir belirleyiciliği yoktur. Hizmetin yürütülmesine pazarcı esnafı katılmaktadır.

Bu kapsamda belediye ile pazarcı esnaf arasında akdedilecek söz konusu kira sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olduğu, sözleşmelere adli yargının görevli olduğunu belirten hükümler konulsa bile sözleşmeden doğan uyumsuzlukların 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca idari yargıda görülmesi gerekmektedir. Bu bağlamda idari sözleşmeden dolayı menfaati ihlal edilenler iptal davası açacaktır. İptal davasının ilke ve kuraları bu davalarda işleyecektir⁷⁴.

G. KIRA SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA BELEDİYEYE ÖDENEN BEDELLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yukarıda açıklandığı üzere, pazar yerleri kamu hizmeti ve kamu malı niteliğinden mütevellit mevzuatın belediyelere tanıdığı yetki çerçevesinde idari sözleşmeler yoluyla kiralanabilecektir. Bu kiralama işleminin ise gerek kiralama yönünden gerekse kamu mallarından özel amaçla yararlanma yönünden bir bedel karşılığı olacaktır. ATAY'ın da ifade ettiği üzere, bu özel yararlanma karşılığı idarece tahsil edilecek bedel resim, harç ve vergi niteliğinde değildir⁷⁵.

İdari yargı yerleri önünde açılmış ve görülmekte olan davaları zaman akışına göre ele aldığımızda Danıştay'ın pazar yerlerinin işletme usulü konusunda farklı kararlar aldığı görülmektedir. Danıştay 8'inci Daire 2004 yılında verdiği bir kararda: "Çorlu İlçesinde kurulan pazar yerlerine ilişkin olarak pazar esnafından tezgah kurma belgesi ücreti alınması, pazar yeri ücret tarifesinin belirlenmesi, yeni açılacak pazar tezgahlarından ücret alınmasına yönelik tarifenin kabulüne ilişkin Çorlu Belediye Meclisinin 24.10.2002 günlü kararının iptali istemiyle açılan davada, yasal düzenlemeler uyarınca pazar yerleri yapmak belediyelerin asli görevleri arasında sayılmış olup, pazar yerlerine satıcı olarak gelen kimselerden işgal harcı dışında herhangi bir ücret alınmasının hukuken mümkün olmadığı, olayda da davalı idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu

⁷³ Gülan., s. 206-211.

⁷⁴ Metin Günday. *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2022, s.121-132

⁷⁵ Atay., s. 829.

faaliyetler için işgaliye harcı dışında herhangi bir ücret alınmasının hukuka aykırı olduğunu” ifade etmiştir⁷⁶.

Danıştay 13’üncü Daire ise 2020 tarihli kararında: “Semt pazarlarının kapalı pazar yerinde kurulması hâlinde satış yerlerinin tahsisinin yanı sıra belirli süreli sınırlı aynı hak tesis yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla işletilmesinin mümkün olduğu, beldenin müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamakla görevli ve yetkili olan belediyelerin mali, sosyal ve benzeri kriterleri göz önünde bulundurarak kapalı pazar yerinde kurulan semt pazarındaki satış yerlerinin tahsis yoluyla ya da belirli süreli sınırlı aynı hak tesis yöntemi kullanılarak kiralama yoluyla işletilmesinde takdir yetkisine sahip olduğu açıktır” şeklinde karar vermiştir⁷⁷.

Her iki karar arasındaki fark, Danıştay 13’üncü Daire kararının kanun değişikliği sonrasında verilmiş olmasından ileri gelmektedir. 2013 yılında yapılan kanun değişikliği ile 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6455 sayılı Kanun’la 5957 sayılı Kanun’da kanun koyucunun satış yerlerinin tahsis yoluyla kullandırılması yöntemi yanında *kiralama yoluyla* kullandırmaya imkân tanınması; Danıştay 13’üncü Dairece de kabul edilmiştir.

Ancak, 2017 yılında alınan kararda İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesi: “Çarşı ve Pazar yerlerinin kurulmasının belediyelerin zorunlu görevi olduğu, 2464 Sayılı Kanun’un 52’nci maddesine dayanarak sadece işgal harcı alınabileceğini başkaca bir ücret alınmayacağını” kabul etmiştir.

İdari yargı yerlerinden çıkan bu farklı karar ve yaklaşımlar incelendiğinde özellikle istinaf kanun yolu bakımından parasal sınırlarda dikkate alındığında Bölge İdare Mahkemesinin Danıştay’dan farklı karar alarak kanun değişikliğini dikkate almadığı görülmekte dolayısıyla konuyla ilgili içtihat birliğini ortadan kaldırmaktadır.

Özellikle pazarcı esnaf tarafından belediye aleyhine ikame edilmiş davalarda idari yargının değerlendirmesinin son derece hatalı olarak 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 52 ve devamı maddelerinde düzenlenen işgal harcı çerçevesinde olduğu görülmektedir. Burada idari yargı yerlerinin, pazar yerlerinde bulunan satış yerlerinin pazarcı esnafa tahsis edilmesi sebebiyle belediyelerin sadece “işgal harcı” tahsil edebileceğine, bunun dışında herhangi bir bedel tahsil etmesinin hukuka aykırı olduğuna karar verdikleri görülmüştür.

Bu kapsamda öncelikle 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun niteliğinin irdelenmesi gereklidir. 2464 sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde Kanun’un bir vergilendirme kanunu niteliğinde olduğu, daha açık bir ifadeyle kanun maddelerinde belirlenmiş vergiyi doğuran olayların gerçekleşmesi durumunda hangi vergi, harç ya da mali yükümlülüğün tahakkuk edeceğinin ve bunların tutarlarının ne olacağını düzenlendiği görülmektedir. Ne var ki 2464 sayılı Kanun hiçbir surette belediyelerin gelirlerinin neler olacağını düzenleyen bir kanun

⁷⁶ T.C. Danıştay 8. Daire’nin E:2004/348, K:2004/3313, K.T: 17.09.2004, Sinerji Web Mevzuat, Erişim Tarihi: 15.11.2023.

⁷⁷ T.C. Danıştay 13. Daire’nin E:2016/4991, K:2020/1387, K.T: 16.06.2020, Sinerji Web Mevzuat, Erişim Tarihi: 15.11.2023.

değildir; söz konusu düzenleme yukarıda ifade edildiği üzere 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 59'uncu maddesinde yer almaktadır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun bir vergilendirme kanunu niteliğinde olmasının başka bir sonucu ise vergilendirmeye ilişkin tüm hükümlerinin dar yoruma tabi olması ve bu hükümlerin yorumlanmasında "kıyas yasağının" söz konusu olmasıdır.

Bu açıklamalar sonrasında Belediye ile pazarcı esnaf arasında imzalanmış kira sözleşmesi yoluyla satış yerinin esnafa "tahsis" mi edildiği, yoksa bunun bir "kullandırma" niteliğinde olup olmadığı önem arz etmektedir. Zira 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu 52'inci madde hükmü uyarınca işgal harcının doğabilmesi için işgalin belediyeden izin alınması neticesinde gerçekleşmesi şarttır. Belediye tarafından verilecek izin ise tek taraflı bir işlemdir; hâlbuki yukarıda da ifade edildiği üzere idari nitelikte de olsa kira sözleşmesi imzalanması, iki tarafın karşılıklı iradelerinin uyuşmasını gerektirmekle birlikte tek taraflı bir idari işlem değildir.

Pazar yerlerine ilişkin mevzuatın 2013 yılındaki değişiklikten önceki halinde pazar yerlerindeki satış yerleri için sadece tahsis yapılması mümkün olduğundan bu tahsislerin işgal harcına tabi olması söz konusudur; ne var ki, 2013 yılında belediyelere tanınan kiralama yoluyla kullandırma yetkisi çerçevesinde, kira sözleşmesi yapılan yerlerle ilgili olarak işgal harcı doğmayacaktır. Bunun aksi yorum kanun koyucunun iradesiyle çelişeceği gibi, vergi hukukunda kıyas yasağının da ihlal edilmesi anlamına gelecektir.

Netice olarak belediyeler tarafından kapalı pazar yerinde bulunan satış yerleri için sınırlı aynı hak tesisi suretiyle yapılan kiralamalarda, kira sözleşmesinin diğer tarafı olan pazarcı esnaf tarafından ödemelerin dayanağı da herhangi bir şekilde 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu değil kira sözleşmesidir ve bu bedeller kullandırma karşılığı kira ödemesi niteliğindedir. Bu kira ödemelerinin de 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 59'uncu maddesinde kendilerine yer bulunduğu açıktır.

SONUÇ

Pazar yerleri kurulması ve işletilmesi doğrudan yerel yönetimlere bırakılmış bir kamu hizmetidir. İdare hukuku bakımından birçok fonksiyonu olan pazar yerleri halkın ucuz gıda tekstil ve diğer bazı ürünlere ulaştığı mecra olması bakımından vazgeçilmez bir görünümündedir. Pazar yerlerinde sunulan hizmetlerin aynı zamanda kolluk denetimine de ihtiyacı olduğu açıktır. Nitekim belediyeler özel kolluk yetkisi kapsamında pazar yerlerini denetlemekte, özellikle gıda güvenliğini sağlamaktadır. Aynı zamanda Anayasanın 123'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan idarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır hükmü uyarınca yerinden yönetimin hizmet yönüyle halkın ihtiyaçlarına cevap verebilmesinin en kolay, pratik ve zorunlu yolu pazar yerleridir. Yerel yerinden yönetimin bir diğer adıyla mahalli idarelerin temel varoluş nedeni halka kamu hizmetlerinin yerelde en etkin şekilde sunulmasını sağlamaktır. Dolayısıyla pazar yerlerinin hızlı, etkin ve standartlarda kurulması ve işletilmesi halkın bu kamu hizmetinden en üst verimde faydalanmasını sağlamak esastır.

1980’li yıllardan beri uygulanan ve Avrupa Konseyi’nin amacı haline gelen subsidiarite ilkesi yani yerleşme hedefi, pazar yerlerinin korunması, işletilmesinin geliştirilmesi halkın bu kamu hizmetinden doğrudan ve etkili bir şekilde yararlanması bakımından da çok önemlidir. Pazar yerleri, merkezden yönetim bakımından düşünüldüğünde ise, halkın ekonomik anlamda alım gücünün yansıma noktasıdır. Enflasyonun ölçülmesi, yüksek enflasyonla mücadele gibi araçların kullanılmasında pazar yerleri etkin bir ölçüm merkezi olma vasfı görmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15’inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde: *“Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunmak”* denilmiştir. 5957 sayılı Kanun çıkarılarak bu kapsamda pazar yerlerinin kurulması ve işletilmesi bakımından münhasır yetkinin Anayasa ve ilgili kanunlar uyarınca belediye ve iştiraklerinin yetkisinde olduğu kabul edilmiştir.

Belediyeler ve mevzuat gereği belediye şirketleri mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak maksadıyla pazar yerlerini işletme yetkisine sahiptir. Belediyelerin sunduğu hizmet zorunlu ve kesintisiz yürümesi gereken bir hizmet olduğu için kamu yararı esas alınarak pazar yerleri kurulmakta ve emanet usulüyle bizzat belediye veya belediye şirketleri tarafından işletilmektedir.

Pazar yerleri halkın gıda ve diğer ürünlere serbest piyasa şartları içinde hızlı, sürekli ve ekonomik bir şekilde ulaştığı yerlerdir. Bu yerlerde satış yapılabilmesi için belediyeler tarafından tahsis veya kiralama yoluyla işletme mümkündür. 5957 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinde 2013 yılında yapılan değişiklik ile tahsis yanında kiralama yoluyla pazar yerlerinin işletilebileceği kabul edilmiştir. Pazar Yerleri Hakkında Yönetmelik’in 5’inci maddesinin ilk fıkrası ile gerek kanun bazında gerekse de yönetmelik bazında pazar yerlerinin kiralama suretiyle işletilebilmesinin hukuki dayanağı sağlanmıştır. Bu bakımdan pazar yerleri olacak taşınmazlar, orta malı ve hizmet malı niteliğine getirilerek pazar yeri olarak tahsis edilen satış yerlerinden işgal harcı alınabileceği gibi sınırlı aynı hak tesisi ve ihale usulüyle idare ve pazarcı esnafı arasında imzalanacak ve özel bir yararlanma biçiminin temelini oluşturacak kira sözleşmeleri ile pazar yerleri işletilebilecektir.

Bu noktada belediyelere işgal harcı getirerek hizmete zorlamak mümkün değildir. Nitekim belediyelerin tek bir pazar yeri kurma ve işletme gibi zorunluluğu da yoktur. Birden fazla ve türde pazar yerleri kurulabilir ve işletilebilir. Tür ve niteliğine göre de belediye tahsis veya kiralama yoluyla işletme modelini belirleyebilir. Bu sayede pazar yeri kurulmasına yönelik hizmetler daha etkin bir şekilde yürütülme imkânı bulacaktır.

KAYNAKÇA

- Akman, Elvettin. "Özel Kolluk Kuvveti Olarak Belediye Zabıtası: Zabıtalının Temel Sorunlarının Isparta Ölçeğinde Nitel Bir Analizi", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Yıl: 2018, Cilt: 1, Sayı: 3.
- Aksoy, Yıldız. "Pazar Yerlerinin Şehir Planlaması Standart ve İlkeleri Yönünden İncelenmesi: İstanbul İli Bakırköy İlçesi Örneği", *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 18, Sayı:2, 2009.
- Atasayan, M. Gözde. *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2012.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- Akıylmaz, Bahtiyar ve Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Kitabevi, 12. Baskı, Ankara, 2020.
- Akıylmaz, Bahtiyar ve Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2023.
- Batı, Murat. *Vergi Reformları ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, No.417, Ankara, 2023.
- Demir, Hakan ve Mehmet Karakütük. "Yerel Yönetimler ve Hizmette Yerellik; Subsidiarite İlkesi" *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 2, 2003.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003
- Gözler, Kemal ve Kaplan Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Haziran 2020.
- Gülen, Aydın. *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 2002.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2022.
- Kaman, Nur. "Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müsterek İhtiyaç", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2020.
- Karaarslan Mehmet. *Özerklik ve Denetim Açısından Yerel Yönetimler Reformu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Karahanoğulları, Onur. *Kamu Hizmeti – Kavramsal ve Hukuki Rejim*, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2015.
- Karahanoğulları, Onur. *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- Kaya, Cemil. *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Nadaroğlu Halil. *Mahalli İdareler*, Beta Yayınları, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, 2001.
- Sancakdar, Oğuz ve Önüt Lale Burcu ve Doğan Eser Us ve Kasapoğlu Turhan Mine ve Seyhan Serkan. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2021.
- Tan, Turgut ve Bayazıt, Bahar. *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- Ulusoy, Ali Dursun. *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Zabunoğlu, H. Gökçe. *Kolluğun Sivil Gözetimi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016.
<https://www.worldhistory.org/trans/tr/1-512/agera/ErişimTarihi: 25.11.2023>
<https://sozluk.gov.tr/>, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: 26.11.2023
- Anayasa Mahkemesi'nin E:1994/43, K:1994/42, K.T: 09.12.1994, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.11.2023

- Anayasa Mahkemesi'nin E:1994/71, K:1995/23, K.T:28.06.1995, normkararlarbilgibankası.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 27.11.2023
- Anayasa Mahkemesi'nin E:2005/32, K:2007/3, K.T:18.01.2007, normkararlarbilgibankası.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.01.2024
- Anayasa Mahkemesi'nin E:1994/43, K:1994/42-2, K.T:09.12.1994, normkararlarbilgibankası.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.01.2024
- Anayasa Mahkemesi E:2011/6, K:2012/16, K.T:26.01.2012, R.G:21.07.2012 Tarihli Kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120721-24.htm>, Erişim Tarihi: 28.01.2024
- T.C. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 07.05.2015 tarih ve E:2013/4129, K:2015/1776 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024
- T.C. Danıştay 10. Daire'nin, 17.12.2020 tarih, E:2016/8605, K:2020/6500 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024
- T.C. Danıştay 10. Daire'nin, 21.12.2020 tarih, E:2019/12285, K:2020/6727 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024
- T.C. Danıştay 8. Daire'nin E:2004/348, K:2004/3313, K.T: 17.09.2004 Sinerji Web Mevzuat, Erişim Tarihi: 15.11.2023
- T.C. Danıştay 13. Daire'nin E:2016/4991, K:2020/1387, K.T: 16.06.2020 Sinerji Web Mevzuat, Erişim Tarihi: 15.11.2023
- T.C. Danıştay 13. Daire'nin E:2022/1860, K:2022/2327, K.T:26.05.2022 <https://karararama.danistay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.01.2024,
- T.C. Danıştay DİİK, E:1996/79, K:1996/83, K.T:3.10.1996, DD, S: 93, s.34-37, https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-02-25_3045471.pdf, Erişim Tarihi: 28.01.2024
- T.C. Danıştay 13. Daire'nin, 16.06.2020 tarih ve E:2016/4991, K:2020/1387 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2024
- T.C. Danıştay 13. Daire'nin, 16.03.2023 tarih ve E:2020/2187, K:2023/1224 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2024
- T.C. Danıştay 8. Daire'nin 24.02.2021 tarih, E:2018/4313, K:2021/1118 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2024
- T.C. Danıştay 10. Daire'nin, 19.03.2018 tarih, E:2017/4108 K:2018/1126 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2024
- Ankara BİM 9. İdare Dava Dairesi'nin 16.09.2020 tarih, E:2020/489, K:2020/1183 sayılı kararı, Lexpera, Erişim Tarihi: 26.01.2024

EXTENDED SUMMARY

THE OCCUPATION FEE PROBLEM FROM ADMINISTRATIVE LAW PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF MUNICIPALITY DUTIES AND POWERS FOR MARKETPLACES

Dilhun Ayaydın, Assist. Prof.

Çankaya University, dilhunayaydin@cankaya.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-9302-5781>

Introduction and Research Purpose: This study discusses whether the establishment and operation of marketplaces is a public service, who has the authority to operate marketplaces, and whether the collection of only occupation fees from marketplaces is in compliance with the legislation in accordance with public service criteria. Marketplaces are the point of access to cheap food for people all over the world, from London to Budapest, from Calcutta to Bangkok. This situation has never lost its validity throughout the history. In accordance with the principle of subsidiarity, the service related to the establishment and the operation of marketplaces by the administration is the direct access of the public to the public service at the local level. This service should be carried out without interruption, and the administration should establish the necessary organization to carry out the service. In Türkiye, this service is carried out by the municipalities within the scope of local common needs. Such service is carried out by the administration itself in terms of quality, whereas as a marketplace, sellers sell in the places allocated to them based on the decisions of the municipal council and council. Until 2013, a few legal amendments were made regarding the marketplaces operated only through allocation. With the amendment made in 2013 to Article 7 of Law No. 5957, it was accepted that marketplaces can be operated through leasing as well as allocation. The first paragraph of Article 5 of the Regulation on Marketplaces provides the legal basis for the operation of marketplaces by leasing both based on law and regulation. However, there have been different decisions between the Turkish administrative courts, especially the courts of appeal, the Regional Administrative Courts, which have ruled differently from the Council of State, the supreme court of the Turkish administrative jurisdiction, that marketplaces cannot be operated through lease agreements except for the occupation fee. In this article, based on the basic concepts and principles of administrative law such as public service, law enforcement, and local common need, the view that only occupation fees can be collected from marketplaces in judicial decisions is criticized and presented to the reader with its justifications.

Literature Review: In the study, since the marketplace relates and belongs to the public law, first, the basic administrative law literatures have been examined, and the articles on the subject have been scanned, however no detailed article on marketplaces has been found. For the issues of should marketplaces be operated only through allocation and occupation fees, can they also be operated through a lease agreement, no related article or general literature has been found. In this respect, the study is original and enlightening for the reader. Bahtiyar Akyılmaz and Murat Sezginer and Cemil Kaya's Turkish Administrative Law, Ender Ethem Atay's Administrative Law, Metin Günday's Administrative Law, Onur Karahanoğulları's Administrative

Law are the general works that have guided the study especially in explaining the relationship between public service, law enforcement and the marketplace. Onur Karahanoğulları's Public Service-Conceptual and Legal Regime is a monograph which explains the public service from a different perspective and with a comparison to the French doctrine. The most detailed and elaborate information on marketplaces is found in the monographic study titled "The Legal Regime Subject to the Procedures of Utilization of Public Goods" by Aydın Gülan. The study includes a comparative narrative by taking into account the French doctrine and court decisions. This article discusses the possibility of operating marketplaces with occupation fees or leasing, which is not directly discussed in the valuable works I have provided information and contributes to the theory and practice.

Methodology and Findings: This is a mixed qualitative and critical study. Concrete judicial practice is criticized in the study and theoretical and legislative justifications are explained. The study is a research article with a critical identity. Within the scope of the study, it is concluded that bodies other than local administrations and their affiliates cannot operate marketplaces, operating marketplaces is a public service, and marketplaces can be operated through lease agreements other than occupation fees. While reaching these conclusions, it has been determined that there is a close relationship between law enforcement, public service, public property, and local administrations.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: Marketplaces are places where people gather, for cheap food and are the mirror of the country's economy. In the research on marketplaces, no limitations were encountered in accessing both judicial decisions and municipal and legislative practices. The most important contribution of the study is to present to the reader and discuss the ways of uninterrupted and continuous execution of the marketplace public service that the state must provide to its citizens at the local level. The main objective is to bring producers, sellers, and consumers together in closed or open marketplaces, for food or other products. In this context, it has been determined that the issue cannot be narrowed down by only collecting allocation and occupation fees, and that sellers and the public can be brought together through lease agreements. Researchers of both law and other disciplines can make use of the article to conduct research on how to operate marketplaces in a more efficient and quality manner. The study has been explanatory and guiding in this sense.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

BİREYSEL CEZAI SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ: AD HOC MAHKEMELERDEN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NE GEÇİŞ

THE DEVELOPMENT OF INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY: FROM AD HOC TRIBUNALS TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Dr. Öğr. Üyesi Makbule Ezgi Erten*

ÖZ

İnsanlık açısından utanç kaynağı sayılabilecek iki büyük Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle, devletler artık uluslararası toplumun bir arada nasıl yaşaması gerektiği hususunda bir takım koruyucu tedbirler alma yoluna gitmiş ve uluslararası hukuk bağlamında suçların tanımını yaparak, kapsamını genişletmiştir. Özellikle uluslararası suç işleyen devlet yetkililerinin veya kişilerin de bireysel cezai sorumluluğu kabul edilerek işledikleri uluslararası suçlardan dolayı yargılanmışlardır. Bu yargılamalar, savaşın mağdurlarına bir nebze olsun adaletin yerini bulduğu bir ortam yaratmıştır. Hiç şüphesiz, uluslararası arenada bireysel cezai sorumluluğun gelişimine en büyük katkı sağlayan kurumlar, Nürnberg, Tokyo mahkemeleri ve *Ad Hoc* mahkemeler olmuştur. Bu özel mahkemelerde geliştirilen içtihat, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün geliştirilmesi için itici bir güç sağlamıştır. Özetle, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçların somut faillerinin insanlar olduğu ve bu tür menfur suçları işleyen bireylerin cezalandırılmasının, uluslararası hukukun etkili bir şekilde işlemesi ve hayata geçirilmesi için gerekliliği kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Cezai Sorumluluk, Nürnberg, Tokyo, *Ad Hoc* Mahkemeler, Uluslararası Ceza Mahkemesi

ABSTRACT

By the end of the two major World Wars, which can be considered as a source of shame for humanity, states have taken some protective measures in terms of how the international community should live together and have expanded the definition and scope of crimes in the context of international law. In particular, the individual criminal responsibility of state officials or individuals who committed international crimes was accepted and they were tried for the international crimes they committed. These trials have created an environment in which the victims of the war have received a modicum of justice. Undoubtedly, the institutions that made the greatest contribution to the development of individual criminal responsibility in the international arena were the Nuremberg and Tokyo tribunals and ad hoc tribunals. The jurisprudence developed in these specialised tribunals provided the impetus for the development of the Rome Statute of the International Criminal Court. In particular, it is recognised that the concrete perpetrators of war crimes and crimes against humanity are human beings and that the punishment of individuals who commit such heinous crimes is necessary for the effective functioning and implementation of international law.

Keywords: Individual Criminal Responsibility, Nuremberg, Tokyo, Ad Hoc Tribunals, International Criminal Court

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı.

0000-000 2-2477-7186 ezgierten@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

GİRİŞ

I. ve II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra hayal bile edilemeyecek araçlarla savaş silahlarının konuşlandırılması göz önüne alındığında, bu insan yapımı felaketlerin tüm uluslararası toplum için yarattığı belanın ve acının büyüklüğünü tüm dünya fark etmeye başlamıştır. Bu savaşlar sırasında elli milyona yakın insan katledilmiş ve bulaşıcılığı oldukça kuvvetli olan şiddetli salgın hastalıklar ortaya çıkarak milyonlarca insanın ölümüne neden olmuştur¹. Günümüzde savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçlarının bireysel cezai sorumluluğu, tartışmasız ancak bir o kadar da karmaşıktır. Belirli tip uyumsuzlukların yargılanamaz olduğunu düşünen devlet yöneticileri nezdinde uluslararası hukukun bu konulardaki rolü görmezden geldiği için yargı çevresinin endişesi sürmektedir. Bu konuların hukuki olmaktan çok sosyo-politik olduğu ve bu nedenle herhangi bir mahkeme kararı verilebilmesi için uygun bir konu olmadığı devlet yöneticileri tarafından düşünülmektedir². Savaş suçları, uluslararası hukukun ve savaş ilkelerinin korkunç bir ihlalidir ve savaş suçlarının yargılanması için bir ceza adaleti sistemi gerektirir. Bu sebeple, uluslararası insancıl hukukun ihlali ile cezai sorumluluğu ilişkilendiren yasal hükümlerin inşa edilmesi, ayrıca savaş suçlarının kovuşturulması gerekliliği ve bu konuda uluslararası ceza adaletinin yasal bir sistem olarak hayati rolü vurgulanmaktadır³.

Uluslararası hukuk kapsamındaki suçların işlenmesi genellikle çok sayıda kişinin iş birliğini gerektirmektedir⁴. Bu, genellikle devletin ya da ordunun bir parçası olan, ancak her halükârda organize olan, az ya da çok yerleşik bir ağ aracılığıyla gerçekleşmektedir. Ancak, uluslararası hukuk kapsamındaki suçların kolektif niteliği, bireysel sorumluluğu belirleme ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır. Aslında tüm vakalarda belirli bireyler birlikte çalışmış, mağdurları belirlemiş ve mağdurlarına karşı güç kullanımını planlamış, organize etmiş ve uygulamıştır. Kolektif eylem zincirindeki bireysel sorumluluğu belirlerken, fiile olan mesafe arttıkça cezai sorumluluğun derecesinin azalmadığı, hatta çoğu zaman arttığı unutulmamalıdır. Örneğin Adolf Hitler, kendisi tek bir kurbanı bile elini sürmeden milyonlarca insanı ölüme göndermiştir⁵. Adolf Eichmann, Avrupalı Yahudilerin katledilmesini SS'in⁶ Berlin'deki

¹ Cheng, Zhaoqi, *A History of War Crimes Trials in Post 1945 Asia-Pacific*, Palgrave Macmillan, Singapore, Springer 2019, s.3.

² William Edward, Adjei, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", *Journal of Legal Studies*, Vol.25, Issue 39, 2020, s.69-70.

³ Muath Mohammed, Alashqar – Asmar, Abdul Rahim – Ahmad Shamsul, Abd Aziz, "War Crimes in Gaza Strip from Year 2008-2021: Individual Criminal Responsibility under the Legal Framework of Rome Statute of The International Criminal Court", *Journal of International Studies*, Vol.19, No.1, 2023, s.63.

⁴ Barbara, Goy, "Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals", *International Criminal Law Review*, Vol.12, Issue 1, 2012, s.2.

⁵ Judgment, Tadic (IT-94-1-A), Appeals Chamber, 15 July 1999, parag.191, <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, (Erişim: 15.12.2022).

⁶ Almanya'da Adolf Hitler liderliğindeki Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi (NSDAP), "Fırtına Birimi" anlamına gelen SA (Sturmabteilung) ve "Savunma Birimi" anlamına gelen SS (Schutzstaffel) adında iki paramiliter örgütü bünyesinde bulundurmaktaydı. Detaylı bilgi için Bkz. Mustafa, Karaca, "Waffen SS Propaganda Faaliyetleri", *European Journal of Managerial Research*, C.2, S.2, 2018, ss.100-118.

'Reichssicherheitshauptamt' merkezindeki ofisinden organize etmiştir⁷. Yugoslavya Mahkemesi sorunu net bir şekilde özetlemiştir:

"Bu suçların çoğu tek tek bireylerin suç işleme eğiliminden kaynaklanmamakta, kolektif suçluluğun tezahürlerini oluşturmaktadır; suçlar genellikle ortak bir suç eylemi planı doğrultusunda hareket eden bireylerden oluşan gruplar tarafından işlenmektedir. Her ne kadar grubun bazı üyeleri suç eylemini (cinayet...) fiziksel olarak gerçekleştirse de grubun diğer üyelerinin katılımı ve katkısı, söz konusu suçun işlenmesini kolaylaştırmada genellikle hayati önem taşımaktadır. Bu tür bir katılımın ahlaki ağırlığının çoğu zaman söz konusu eylemleri fiilen gerçekleştirenlerden daha az olmadığı ya da farklı olmadığı sonucuna varılır⁸."

Uluslararası hukuk kapsamındaki suçlar için bireysel sorumluluk ilkesi BM Şartı'nda ve Nürnberg Mahkemesi Kararı'nda kabul edilmiştir. Bu ilkenin tanınması, uluslararası hukuku ciddi ihlal eden bireylerin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını mümkün kılmıştır. Nürnberg kararı ayrıca, uluslararası hukuk kapsamındaki suçlar için bireysel hesap verebilirliği sağlamayı amaçlayan⁹, Devlet Başkanı veya diğer üst düzey yetkililer de dahil olmak üzere bir bireyin resmi konumunun veya yalnızca üst emirlerin varlığının, bir bireyin bu tür suçlar için sorumluluktan kurtulması için geçerli gerekçeler olarak hariç tutulması gibi bir dizi oldukça önemli ilgisi olan ilkeyi de ortaya koymuştur¹⁰.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kendi hukuk sistemi içinde faaliyet gösterdiği göz önüne alındığında, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)/ International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) içtihadının UCM Statüsünü yorumlamada ne ölçüde faydalı olabileceğini belirlemek için, yalnızca her bir usulün özelliklerini değil, aynı zamanda sırasıyla ICTY/ICTR ve UCM nezdinde sorumluluk usullerinin işlediği sistemleri de anlamak gerekmektedir¹¹. UCM ve *ad hoc* mahkemeler ICTY ve ICTR tarafından uygulanan uluslararası ceza hukuku, çoğunlukla bu tür zulümlerin faillerine veya azmettiricilerine odaklanmaktadır. Sorumluları suçla ilişkilendirerek bireysel cezai sorumluluğu ortaya çıkarmak, özellikle de bu kişiler coğrafi ve yapısal olarak suç mahallinden uzakta olduklarında çok zor olabilmektedir. Bu 'ilişkilendirme', sanığın bir suçta katılabileceği farklı biçimleri tanımlayan sorumluluk biçimleri ile gerçekleştirilmektedir.

BM Genel Kurulu'nun isteği doğrultusunda, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Nürnberg Mahkemesinin¹² Kuruluş sözleşmesi ve Nihai kararında tanınan uluslararası hukuk ilkelere bir formülasyonunu hazırlamıştır. Genel Kurul, bu ilkeleri oybirliği ile onaylamış ve

⁷ Gerhard Werle, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.5, Issue 4, 2007, s.953.

⁸ Tadic, Appeals Chamber, parag.191.

⁹ Mahkemenin kurulmasının ve yargılama yapmasının başka bir amacı da II. Dünya Savaşı'nda kazanan devletlerin, kaybeden devletlerden intikam alma isteği olduğu yönündedir. Ersan, Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Mart 2009, Seçkin Yayıncılık, s.20.

¹⁰ Reinhold, Gallmetzer – Mark, Klamberg, "Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court", *The Summer School on International Criminal Law*, 2005, s.60, <https://ssrn.com/abstract=1576024>, (Erişim: 12.01.2022).

¹¹ Goy, s.2.

¹² Mahkeme, sadece savaş suçularını yargılamamış aynı zamanda, "insanlığa karşı suçlar" ve "barışa karşı suçlar" kavramlarının da uluslararası hukuk belgelerinde yer almasını sağlamış, bu suçları işleyen kişilerin de kurumlara aracılığıyla yargılanmasına olanak sağlamıştır. Henry J., Steiner - Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996, s.101.

1947'de, İnsanlığın Barış ve Güvenliğine karşı Suçların Kanun tasarısının hazırlanmasında, Uluslararası Hukuk Komisyonunun, bu ilkeleri dikkate almasını istemiştir.

Bu çalışma, ICTY/ICTR içtihadında ifade edildiği şekliyle uluslararası hukukun UCM önündeki bireysel cezai sorumluluğunun yorumlanmasına ne ölçüde yardımcı olabileceğini açıklığa kavuşturmak amacıyla, ICTY/ICTR ve UCM önündeki sorumluluk türlerini kendi sistemlerinde analiz etmekte ve karşılaştırmakta, aynı zamanda Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinden kalan seçkin mirasın uluslararası hukuku ve UCM'yi uluslararası suç mağdurları için adalet arayışını nasıl etkilediğini analiz etmektedir.

I. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NDE BİREYSEL CEZAI SORUMLULUĞUN KAPSAMI

Uluslararası ceza mahkemelerinin yargı yetkisine giren suçlarla ilgili olarak gerçek kişilerin cezai sorumluluğu genellikle çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Uluslararası ceza mahkemeleri, özellikle soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırganlık gibi ciddi suçlarla ilgilenmektedir. Bu suçlar, uluslararası hukukta genellikle "uluslararası ceza suçları" olarak adlandırılarak uluslararası ceza mahkemeleri tarafından yargılanmaktadır. Mahkemeler, suçu işleyenleri yargılarken sadece doğrudan suç işleyenleri değil, aynı zamanda suçun işlenmesini emreden, isteyen, özendiren, yardımcı olan, ortak olan veya suçun işlenmesine katılan diğer kişileri de sorumlu tutabilmektedir¹³. Bu yaklaşım, suçların işlenmesine katkıda bulunan tüm kişilerin cezai sorumluluğunu belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu kişilerin suça katkısı farklı olabilmekte; bazıları suçu fiziksel olarak işlerken, diğerleri planlamada veya suçun finansmanında rol alabilmektedir. Uluslararası ceza mahkemeleri, suça katılım derecesine göre ceza verme yetkisine sahip olan ve bu tür suçları yargılarken genellikle uluslararası hukuk normlarına göre yargılama yapan mahkemelerdir¹⁴. Bu da bireylerin, devlet liderlerinin veya diğer yetkililerin suçlarını hesaba katmayı amaçlayan bir süreç olmaktadır.

Soykırım suçu özel bir kategori olarak benimsenerek uluslararası hukukta çok ciddi bir suç olarak kabul edilmektedir¹⁵. Soykırım suçu işlendiğinde, sadece doğrudan suçu işleyenler değil, aynı zamanda soykırımın işlenmesini emreden, isteyen, özendiren veya kışkırtan kişiler de cezai sorumluluk altına girmektedir. Roma Statüsü, soykırım suçunun tanımını ve sorumluluklarını açıkça belirlemiştir. Statü soykırımı, "ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun tamamen veya kısmen imhası" amacıyla işlenen eylemler olarak tanımlamış ve bu suçu işleyenlerin cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁶. Bu tür suçlarda, sadece fiziksel olarak suçu işleyenler değil, suçun planlamasına, organize edilmesine, finanse edilmesine veya teşvik edilmesine katılan kişilerin de sorumlu tutulabileceklerini belirtmiştir. Bu kadar geniş bir çerçevede ele alınmasının sebebi, soykırım suçunun çok ciddi bir suç olması ve bu suçu işleyen ve/veya

¹³ Yusuf, Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.251.

¹⁴ Hacı, Sarıgüzel, "Uluslararası Ceza Hukuku", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.3, 2013, s.231.

¹⁵ Yusuf, Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.664.

¹⁶ UCM Statüsü 5.madde, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, (Erişim: 12.11.2022.)

suça katılan bireylerin hesap vermesini sağlayarak uluslararası toplumun hukuki değerlerini koruma amacının taşınmasıdır.

Modern uluslararası hukuk perspektifinde evrensel yargı yetkisi ve bireylerin uluslararası cezaî sorumluluğu ilkeleri, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi uluslararası toplumu doğrudan ilgilendiren suç türleri için temel hukuk kurallarıdır. Bu ilkelere göre, sadece UCM değil, ulusal mahkemeler de suçun işlendiği yere, mağdurların veya failerin tabiiyetine bakılmaksızın suçları yargılama ve cezalandırma yetkisine sahiptir. Ayrıca, bu tür suçları işleyen bireylerin bireysel cezaî sorumluluğu uluslararası hukukta teamül hukuku ve hatta *jus cogens* (emredici kural) olarak kabul edilmekte ve bu nedenle devletlerin suçluları yakalaması, kovuşturması veya kovuşturmayorsa iade etmesi *erga omnes*¹⁷ bir yükümlülük oluşturmaktadır¹⁸.

¹⁷ Erga omnes kavramı pozitif hukuka UAD tarafından 1970 tarihli Barcelona Traction davasında, erga omnes yükümlülüklerin tüm devletleri ilgilendirdiğini belirlerken girmiştir. Söz konusu yükümlülüklerin önemi göz önünde bulundurulduğunda, tüm devletlerin bunların korunmasında hukuki menfaatleri olduğu kabul edilecektir. Aynı durum UCM Statüsü'nde ifade edilen ve UCM'ye 'bir bütün olarak uluslararası toplumu' ilgilendiren en ciddi suçlar, yani soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları üzerinde yargı yetkisi veren yükümlülükler için de geçerlidir. Özellikle önemli olan, jus cogens ve erga omnes yükümlülüklerin örtüşüp örtüşmediği ve ne ölçüde örtüştüğü sorusudur. UAD'nin Barcelona Traction kararı, jus cogens yükümlülüklerin erga omnes etkiye sahip olacağı sonucuna varılması hususunda dayanak teşkil etmektedir. UAD, açıkça jus cogens'e atıfta bulunmaksızın, erga omnes normlara örnek olarak zikrettiği yükümlülük türleriyle bunu kastetmiştir. Bunlar arasında tek taraflı güç kullanımının, soykırımın ve kölelik ve ırk ayrımcılığının yasaklanması yer almaktadır. Aynı yasakların genel olarak emredici nitelikte olduğu kabul edildiğinde, bir yükümlülüğün temel niteliği nedeniyle istisnasına izin verilmeyen bir yükümlülük olarak kabul edilmesi halinde, tüm devletlerin (ve uluslararası hukukun diğer sülhlerinin) bu yükümlülüğün korunmasında hukuki menfaatleri olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, bunun tersinin de geçerli olduğunu, yani tüm erga omnes yükümlülüklerin zorunlu olarak jus cogens statüsüne de sahip olduğunu varsaymamak konusunda dikkatli olunmalıdır. Bu yükümlülüklerin kolektif menfaat niteliği, uluslararası topluma bir bütün olarak bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde menfaat sağlamak ve bunların sadece "iki taraflı yükümlülükler demetinden" daha fazlasını ifade ettiğini yansıtmaktadır. Aynı zamanda, bu gerçek kendi başına tüm erga omnes insan hakları yükümlülüklerini emredici normlara dönüştürmektedir. Örneğin soykırım ve işkence yasağının emredici karakteri, devletlerin büyük çoğunluğu tarafından bu şekilde tanınmalarından kaynaklanmaktadır. Jus cogens yükümlülüklerin erga omnes statüsüne sahip olduğunu belirledikten sonra, bu tür bir örtüşmenin sonuçları üzerinde düşünmek gerekmektedir. Özellikle, tüm devletlerin jus cogens yükümlülüklerin korunmasında sahip olacakları hukuki menfaatin, bu yükümlülüklerin daha etkili bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunup bulunamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Uluslararası hukukta jus cogens şeklinde bir normlar hiyerarşisinin devlet uygulamasında ve doktrinde giderek daha fazla resmi olarak tanındığını göstermiştir. Bu da özellikle temel insan hakları konusunda uluslararası devletler topluluğu tarafından paylaşılan temel değerlerin daha fazla tanınması anlamına gelmektedir. Ancak, aynı zamanda jus cogens normlarının sayısı, kapsamı ve norm çatışmalarının çözümüne yönelik bir mekanizma olarak faydalarına ilişkin uluslararası fikir birliği de tartışmalıdır. Uygulama göstermiştir ki, belirli bir normun emredici statüsünün tanınması, normun ve temsil ettiği değerlerin etkili bir şekilde uygulanmasının garantisi değildir. Ayrıca, emredici normların olağan teamül ve/veya antlaşma hukuku tarafından garanti edilenin ötesinde bir koruma sağlayıp sağlayamayacağı ve ne ölçüde sağlayacağı da belirsizliğini korumaktadır. Bu nedenle, insan hakları normlarının uluslararası hukukta emredici normlar olarak daha fazla tanınmasının, bu normların uluslararası ve ulusal düzeyde etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayıp sağlamayacağı konusunda tartışmaların devam ettiği sonucuna varmak doğru olacaktır. Bkz. Erika, De Wett, "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", *Dinah Shelton (Ed), The Oxford Handbook on Human Rights*, 2013, s.1-23.

¹⁸ Yusuf, Aksar, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.2, 2003, s.135.

II. BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK ANLAYIŞININ ULUSLARARASI HUKUKA YANSIMASI

A. NURNBERG VE TOKYO MAHKEMESİ ÖNCESİ BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK

İnsanlık tarihi, savaşlar ve çatışmaların varoluşunun ayrılmaz bir parçası olmuştur. Geçmişten günümüze, farklı topluluklar, milletler veya ideolojiler arasındaki çatışmalar, insanlığın evrimi ve tarihinde önemli bir iz bırakmıştır. Bu çatışmalar sırasında işlenen uluslararası suçlar ve suçluların yargılanması hususu da tarih boyunca tartışmalı bir konu olmuştur. İşlenen suçlardan devletlerin değil, insanların sorumlu olduğu sonucuna varmak da bin yıldan fazla zaman almıştır. Nihayetinde, küresel suçlar için kişilerin cezai sorumluluğu olması gerektiğine karar verilmiştir. Savaş dönemlerinde işlenen tarihsel zulümleri sona erdirmek için çeşitli düşünceler ve stratejiler geliştirilmiştir. Bireysel cezai sorumluluğun resmi olarak kabul edilmesine rağmen hiçbir birey başarılı bir şekilde kovuşturulmamıştır. Bunun nedeni, tarih boyunca, II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar, devlet temsilcilerinin, yöneticilerin ve güvenilir askeri generallerin cezasızlığı tercih etmeleridir. (Kralların ve liderlerin kendi uluslarının sınırları içinde işledikleri suçlardan diğer uluslara karşı sorumlu tutulmaması gerektiği düşünülmekteydi.) Ülkeleri adına hareket ettiklerine inandıkları için, ulusal egemenlik fikri onlara herhangi bir bireysel cezai sorumluluğa karşı kalkan olarak kullandıkları bir koruma da sağlamaktaydı. İmparatorlar ve uluslar, siyasi hedeflerini ilerletmek için her türlü zulmü kullanmakta kendilerini özgür hissetmişlerdir¹⁹.

Batı Avrupa'daki Katolik Kilisesi, savaş zamanı şiddeti engellemek için manevi yaptırımlar kullanan '*Pax et treuga De*²⁰' olarak bilinen önemli bir harekete öncülük etmiştir. Ancak bu yasaların veya başlatılan hareketlerin hiçbiri savaşın yasaklanmasına ya da bireysel cezai sorumluluk getirilmesine yol açmamıştır. Uluslararası bir suç için kişinin sorumlu tutulmasındaki esas gelişme, sorumluların adalete teslim edilmesi için zamanlama eylemlerin yapıldığı 15.yy'a yüzyıla atfedilebilir²¹. İngiltere Kralı 2.Richard 1386 yılında tarafından yayınlanan Ordunun Yönetimi Yönetmeliği'nde, düşmanlıkların yürütülmesine sınırlar getirilerek kadınlara ve silahsız rahiplere yönelik şiddet eylemleri, evlerin yakılması ve kiliselere saygısızlık yasaklanmıştır. Aynı nitelikte hükümler 1526 yılında Macar Ferdinand, 1570 yılında İmparator 2.Maximilian ve 1621 yılında İsveç Kralı 2.Gustavus Adolphus tarafından çıkarılan kanunlarda da yer almıştır. 2. Gustavus Adolphus tarafından ilan edilen Savaş Maddeleri'nin 100.maddesi,

¹⁹ Abdus Samad, Khan vd., "Responsibility of Sexual Violence under International Law", *Journal of Social Sciences Review*, Vol.3, No.1, 2023, s.30.

²⁰ 'Tanrı'nın Barışı ve Adaleti' anlamını taşımaktadır. "Tanrı'nın Barışı" (*Pax Dei*), Kilise ve ruhban sınıfı tarafından özel çatışmaları sınırlandırmak amacıyla oluşturulan ve 11. yy. boyunca giderek tüm Batı Avrupa'ya yayılan bir hareketti. Tanrı'nın Ateşkesi (*Treuga Dei*) özellikle barış günlerine, yani ayın takvimi tarafından belirlenen bayram günlerine değinmektedir. Bkz. Thomas, Gergen, "The Peace of God and its legal practice in the Eleventh Century", *Cuadernos de Historia del Derecho*, Vol.9, 2002, s.11, <https://core.ac.uk/reader/38811880>, (Erişim: 23.04.2023).

²¹ Khan, vd., "Responsibility of Sexual Violence under International Law", s.30.

hiç kimsenin "herhangi bir Kilise mensubuna, yaşlıya, erkeğe ya da kadına, hamile ya da çocuğa zulmetmemesi" gerektiğini açıkça ortaya koymuştur²².

Savaş suçları kapsamında görülen en eski dava, 1474 yılında Peter von Hagenbach davası olarak bilinmektedir²³. Nürnberg Mahkemesi sırasında ve sonrasında olduğu gibi, o dönemde de sanığın cezalandırılması üstlerin emirlerine uyma hususuna dayanmaktaydı. Burgonya Dükü Cesur Charles (1433-1477), Landwgt Peter von Hagenbach'ı Yukarı Ren Nehri üzerindeki Breisach şehrinin yönetiminin başına getirmiş, ancak vali, Breisach halkını tamamen boyun eğdirmek için bir keyfilik, vahşet ve terör rejimi başlatmıştı²⁴. Cinayet, tecavüz, yasadışı vergilendirme ve özel mülkiyete ahlaksızca el koyma genel uygulamalar haline getirilmiştir. Tüm bu şiddet eylemleri, Frankfurt panayırına giden İsviçreli tüccarlar da dahil olmak üzere komşu bölgelerin sakinlerine karşı da uygulanmıştır. Büyük bir ittifak (Avusturya, Fransa, Bern ve Yukarı Pvhine kasabaları ve şövalyeleri), Dük'ün hırslı hedeflerine son verip, Breisach kuşatması ve Alman paralı askerleriyle birlikte yerel halkın isyanı, Hagenbach'ın yenilgisine yol açmıştır. Mahkemede Arşidük'ün bir temsilcisi davacı olarak yer almış ve von Hagenbach'ın "Tanrı'nın ve insanların yasalarını ayaklar altına aldığı" belirtmiştir. Sanık, cinayet, tecavüz, yalancı şahitlik ve Alman olmayan paralı askerlerine, kadın ve çocukların tamamen onların merhametine kalması için, konakladıkları evlerdeki erkekleri öldürme emri vermek de dahil olmak üzere birçok kötü eylemle suçlanmıştır. Savunma esas olarak, "Sir Peter von Hagenbach'ın Burgonya Dükü'nden başka bir yargıç ve efendi tanımadığını" ve onun emirlerine itiraz edemeyeceğini düşünerek, üstlerinin emirlerine itaat kozunu oynamıştır. Bu temel düşüncenin altında, Dük'ün bizzat 'ex post facto'²⁵ olarak kendi adına yapılan her şeyi onayladığı ve tasdik ettiği gerçeği yatmaktadır²⁶. Von Hagenbach, Dük'ten onay almak için erteleme talebinde bulunmuş, ancak mahkeme heyeti bu talebi Tanrı'nın yasalarına aykırı bulunduğu ve sanığın suçları şüpheye yer bırakmayacak şekilde sabit olduğu için reddetmiştir²⁷. Bu nedenle, mahkeme sanığı suçlu bulmuş ve (önlemekle yükümlü olduğu suçları işlediği için) şövalye rütbesinden ve ilgili ayrıcalıklarından mahrum bırakılan von Hagenbach, Mareşal'in

²² Edoardo, Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", *International Review of the Red Cross*, Vol.81, Issue 835, 1999, s.532-533.

²³ Cenap, Çakmak, *Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama, Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı*, Ekin Basım Yayın-Dağıtım, 2014, s.244.

²⁴ Gökhan, Güneysu, "Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.837.

²⁵ Geçmişe uzanan ve davranışı, yapıldığı zaman cezalandırılmadığı bir şekilde cezalandırılabilir hale getiren yasalar *ex post facto* kanunlardır. Böyle bir kanun; (1) yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylara uygulanır ve (2) bundan etkilenen kişiyi dezavantajlı duruma düşürür. Bir kanun; kişi, yeni bir suç yaratırsa, mevcut bir suçun cezasını artırır, sanığı fiilin işlendiği sırada mevcut olan bir savunmadan mahrum bırakırsa veya başka bir şekilde bir fiili, kişinin fiili işlediği zamankinden farklı, daha dezavantajlı bir şekilde cezalandırılabilir hale getirirse aleyhte bir durum yaratır. Bkz. Ben, Johnson, "Prohibition Against Ex Post Facto Laws", *House Research, Short Subjects The Constitution and the Legislature*, 2017, s.1, <https://www.house.mn.gov/hrd/pubs/ss/clssexpost.pdf>, (Erişim: 23.05.2023).

²⁶ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.534.

²⁷ Muhammed, Demirel, *Amirin Emri: Amirin Emri'ne Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s.194; Yasin, Poyraz, Yasin – Ömer Vehip, Önen, "Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 2019/1, 2019, s.191.

"Adalet yerini bulsun" emri uyarınca idam edilmiştir²⁸. Söz konusu eylemlerin savaş suçu olduğunu tespit etmek kolay olmasa da bunların çoğu düşmanlıkların resmi olarak başlamasından önce işlendiğinden dolayı, o dönemde (bugün olduğu gibi) savaş ve barış arasındaki sınır çizgisini ayırt etmek hem zor hem de sonraki yüzyıllara göre daha değişken olmuştur. Her halükârda Breisach'ın işgal edilmiş topraklar olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Dahası, bu eylemleri savaş suçu olarak sınıflandırmak zor olsa bile, yine de günümüzde "insanlığa karşı suçlar" olarak bilinen suçların erken tezahürleri olarak kabul edilebilmeleri mümkündür.

Uluslararası silahlı çatışmalarda geçerli olan hukukun ağır ihlali olarak kabul edilen savaş suçları için bireylerin suçlanmasının temellerinin atılması için birkaç yüzyıl geçmesi gerekmiştir. Amerikan İç Savaşı (1861-1865) sırasında Başkan Abraham Lincoln, Lieber Kanunu'nu yayınlamıştır (24 Nisan 1863). New York'taki Columbia Üniversitesi'nde hukuk profesörü olan Francis Lieber tarafından hazırlanan ve subaylardan oluşan bir kurul tarafından gözden geçirilen bu metin, savaş kanunlarını kodifiye etmeye yönelik ilk girişimi temsil etmektedir. Kanun'un 44.maddesine²⁹ göre, "işgal edilen ülkedeki kişilere karşı işlenen her türlü ahlaksız şiddet, her türlü mala zarar verme", "her türlü soygun, yağma veya talan" ve "bu ülke sakinlerinin ırzına geçme, yaralama, sakat bırakma veya öldürme" cezalandırılmaktadır (bu filler kesinlikle savaş suçları kapsamındadır). Yine Kanun'un 47.maddesindeki düzenlemeye göre³⁰, bir Amerikan askeri tarafından düşman bir devletin topraklarında işlenen "kundaklama, cinayet, sakatlama, saldırı, otoyol soygunu, hırsızlık, soygun, dolandırıcılık, sahtecilik ve tecavüz" gibi "tüm ceza kanunları tarafından cezalandırılabilen suçlar", "evde" işlenmiş gibi kabul edilerek ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Sadece Amerikan askerlerine yönelik ve sadece onları bağlayıcı olsa da Lieber Kanunu diğer orduların askeri düzenlemeleri üzerinde de önemli bir etkiye sahip olmuştur³¹.

Uluslararası toplumun devlet liderleri tarafından işlenen kitlesel zulümlere verdiği tepkiyle, Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının somut bir bağlantısı bulunmaktadır. Devlet başkanları, generaller ve temsilcilerin sadece görevde kaldıkları için affedilmeleri yerine adalet önüne çıkarılmaları için planlar yapılmış, ancak küresel ölçekte işledikleri suçlardan dolayı yargılanıp yargılanamayacakları konusunda büyük bir anlaşmazlık yaşanmıştır. Westphalia Antlaşması nedeniyle, çoğu ulus egemendi ve liderleri ve devlet başkanları, "Kral yanlış yapmaz" deyiminde ima edildiği gibi, ulusal yasaları uyarınca her türlü davadan muafı. Mahkemelerin kurulma

²⁸ Güneysu, "Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı", s.841.

²⁹ Lieber Kanunu 44.madde: "İşgal edilen ülkedeki kişilere karşı uygulanan her türlü ahlaksız şiddet, yetkili memur tarafından emredilmeyen her türlü mal tahribatı, her türlü soygun, her türlü yağma ya da bir yeri ana güçle ele geçirdikten sonra bile yağmalama, bu tür sakinlere tecavüz etme, yaralama, sakat bırakma ya da öldürme, ölüm cezası ya da suçun ağırlığına uygun görülebilecek başka bir ağır ceza ile yasaklanmıştır." The Lieber Code of 1863 Correspondence, Orders, Reports and Returns of the Union Authorities from January 1 to December 31, 1863, General Orders No. 100, <https://vfw.org/uploads/Articles/Bells/Sec2ofGO100LieberCode1863.pdf>, (Erişim: 21.06.2023).

³⁰ Lieber Kanunu 47.madde: "Kundaklama, cinayet, yaralama, saldırı, otoyol soygunu, hırsızlık, soygun, dolandırıcılık, sahtecilik ve tecavüz gibi tüm ceza yasaları tarafından cezalandırılan suçlar, bir Amerikan askeri tarafından düşman bir ülkede, o ülke sakinlerine karşı işlenirse, yalnızca kendi ülkesinde olduğu gibi cezalandırılmakla kalmayacak, ölümün uygulanmadığı tüm durumlarda daha ağır ceza tercih edilecektir." İbid.

³¹ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.535.

sebebi ise, kral ve/veya kraliçeyi korumaktı³². Devletlerin soyut varlıklar olmadığı, aksine suçların belirli bireyler tarafından işlendiği sonucuna varmak bin yıldan fazla zaman almıştır. Bireysel cezai sorumluluğun yasal temeli halen oluşturulamamış olsa da nihayetinde her bir suçlunun işlediği ihlallerden sorumlu tutulması ve intikam yaralarının iltihaplanmasını önlemek için uluslararası daimî bir ceza mahkemesi önünde yargılanması gerektiğine karar verilmiştir³³.

Uluslararası suçluları, uluslararası bir mahkemede yargılama fikrinin I. Dünya Savaşı'nın sonunda olgunlaştığına dikkat edilmelidir. Gelişimsel sürecin oldukça farklı dönemleri veya aşamaları tespit edilmiş ve 27 maddenin içerdiği Versay Barış Antlaşması'ndan başlayarak çeşitli aşamaları açıklamak için farklı teoriler hâsıl olmuştur. Bu aşamada, Alman İmparatoru II. Wilhelm; antlaşmaların kutsallığı ve "uluslararası etik aleyhinde en büyük suç" ile ilgili bir sorumluluk beyanı olmakla birlikte kendisini yargılamak için bir mahkeme kurulmasını teklif etmiştir³⁴. Nitekim bu durum, her ne kadar insani yardım ve savaş suçlarıyla ilgilenmek için özel bir mahkeme kurulmasına esas teşkil etse de İmparator'un Hollanda'dan aldığı koruma nedeniyle gerçekleşmemiştir. I. Dünya Savaşı'ndan sonra, 28 Haziran 1919 tarihli Versay Antlaşmasınının 228. ve 229.maddelerinde, müttefik devletlerin "savaş hukuku ve geleneklerinin ihlalden" sorumlu kişileri yargılama ve cezalandırma hakkı tesis edilmiştir³⁵. Dolayısıyla Alman Hükümeti, müttefik askeri mahkemeler önüne çıkarılabilmeleri için "suçlanan tüm kişileri" teslim etmekle yükümlü kılınmış, "Müttefik ve Ortak Güçlerin birden fazlasının vatandaşlarına karşı suç teşkil eden eylemlerden suçlu bulunan" bir kişi söz konusu olduğunda, uluslararası bir mahkeme kurulması imkânı sağlanmıştır³⁶. Ayrıca 227.maddede, 2.Wilhelm'in "uluslararası ahlaka ve antlaşmaların kutsallığına karşı işlenen büyük bir suçtan" sorumlu olduğunu ve Müttefik Güçlerin, sanığı yargılamak üzere ABD, İngiltere, Fransa, İtalya ve Japonya tarafından atanan yargıçlardan oluşan "özel bir mahkeme" kurmayı kabul ettiği belirtilmiştir³⁷. Güçler ayrıca İmparator'un teslim olması için Hollanda hükümetine bir talepte bulunmayı da kabul etmişlerdir ki bu girişim başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Görüldüğü üzere, bu maddenin hükümleri II. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkacak olan "barışa karşı suçlar" kategorisini öngörmektedir.

1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri ve 1929 tarihli Savaş Esirlerine Uygulanacak Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi, kurallarını ihlal eden kişilerin cezalandırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Sadece Sahadaki Silahlı Kuvvetlerde Bulunan Yaralı

³² Makbule Ezgi, Erten, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya – İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağımsızlığı*, Legem Yayıncılık, Aralık 2016, s.7.

³³ Nazar, Hussain, vd., "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", *Pakistan Journal of Humanities and Social Sciences*, Vol.11, No.1, 2023, s.223.

³⁴ Rhea, Harry M., "The First Attempt to Prosecute The Crime of Aggression", *Journal of Transnational*, Vol.28, 2018-2019, s.48.

³⁵ Özellikle 228.madde, "Alman Hükümeti, Müttefik ve Ortak Güçlerin, savaş hukuku ve geleneklerine aykırı eylemlerde bulunmakla suçlanan kişileri askeri mahkemeler önüne çıkarma hakkını tanı" demektedir. <https://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versay/versa6.html>, (Erişim: 14.06.2023).

³⁶ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.535-536.

³⁷ Poyraz – Önen, "Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü", s.191.

ve Hastaların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme'nin 30.maddesinde³⁸ biraz zayıf bir düzenleme bulunmaktaydı. Daha sonra bu sözleşmelere daha sonra Nürnberg Kararı'nda atıfta bulunulmuştur³⁹. Ancak, II. Dünya Savaşı'nın sonunda, Nazi ve Japon rejimlerinin liderleri Almanya ve Japonya'daki Uluslararası Askeri Mahkemelerin önüne çıkarılmış ve Londra'da, askeri yargılamalarla ilgili uluslararası bir konferans düzenlenmesiyle; barışa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı kişileri soruşturmak için bir mahkeme kurulması Nürnberg duruşmaları ile sonuçlanmış ve Japonya'nın Müttefik Kuvvetler Başkomutanı General MacArthur, Tokyo ile ilgili olarak, IMT'nin (Uluslararası Askeri Mahkeme) Uzak Doğu için yargı yetkisini belirleyen, aynı zamanda barışa karşı işlenen suçları ve insanlığa karşı işlenen suçları da yargılayan Tokyo Tüzüğü'nü, kanun hükmünde kararname ile onaylamıştır. Açıkça görülüyor ki, bu olaylar sonucunda iki alan daha da geliştirilmiş; sivil mücadele sonucunda "ad hoc ceza mahkemeleri" kurulmuştur⁴⁰. BM Güvenlik Konseyi, 827 sayılı karar ile 1993'te ICTY'yi ve 1994'te 955 sayılı karar ile ICTR'yi kurmuştur⁴¹.

B. NÜRNBERG VE TOKYO ULUSLARARASI MAHKEMELERİ

Uluslararası toplumda, II. Dünya Savaşı'ndan sonra hem devletlerin geleneksel sorumluluğu hem de bireylerin kişisel sorumluluğu açısından, savaş hukukunun ciddi ihlallerinin kovuşturulması ihtiyacına ilişkin daha derin ve ciddi bilinç şekillendirmeye başlayan bir hareket başlamıştır. Naziler ve Japonlar tarafından işlenen korkunç suçlar, müttefik güçler arasında hızlı bir şekilde anlaşmalar yapılmasına ve akabinde "ister bireysel olarak ister örgüt veya grup üyesi sıfatıyla veya her iki sıfatla suçlansınlar, suçlarının belirli bir coğrafi konumu olmayan savaş suçlarının yargılanması için" Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemelerinin kurulmasına yol açmıştır. Bu özel yargı mercileri, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlar gibi yeni kategorileri de dikkate almıştır⁴².

Uluslararası hukukta bireysel cezai sorumluluktan ilk kez Nürnberg Mahkemeleri'nde bahsedilmiştir. Bu sebeple ilk kez uluslararası düzeyde net bir şekilde tanıdığı yer olarak bu mahkemeler kabul edilmektedir. Nürnberg Mahkemeleri, II. Dünya Savaşı'nın ardından Nazi liderlerinin savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçları gibi suçlar nedeniyle yargılandığı oldukça önemli uluslararası mahkemelerdir. 1945-1946 yılları arasında gerçekleşen Nürnberg Mahkemeleri, Nazi liderlerini ve diğer işbirlikçilerini yargılayarak bireysel cezai

³⁸ 30.madde (Tıbbi ve Dini Personelin Geri Dönüşü): "28.maddedeki hükümler uyarınca alıkonulmaları zorunlu olmayan personel, geri dönmeleri için yol açılır açılmaz ve askeri gereklilikler izin verir vermez, ait oldukları çatışma tarafına iade edileceklerdir. İade edilinceye kadar savaş esiri sayılmayacaklardır. Bununla birlikte, en azından 12 ağustos 1949 tarihli savaş esirlerine uygulanacak muameleye ilişkin cenevre sözleşmesi'nin tüm hükümlerinden yararlanacaklardır. Karşı tarafın emirleri altında görevlerini yerine getirmeye devam edecekler ve tercihen kendilerinin de ait oldukları çatışma tarafının yaralı ve hastalarının bakımıyla meşgul olacaklardır. Ayrılırken, kendilerine ait eşyaları, kişisel eşyaları, değerli eşyaları ve araçları yanlarında götüreceklerdir." 12 Ağustos 1949 Tarihli Sahadaki Silahlı Kuvvetlerde Bulunan Yaralı ve Hastaların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-30>, (erişim: 18.01.2023).

³⁹ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.536.

⁴⁰ Hussain, vd., "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", s.224-225.

⁴¹ Adjei, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", s.74.

⁴² Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, s.239-240.

sorumluluk ilkesini geniş bir şekilde uygulamıştır. Bu liderler sadece devletlerinin politikalarını uygulayan yetkililer olarak değil, aynı zamanda bireysel olarak suç işlemiş kişiler olarak yargılanmıştır. Mahkeme, suçların işlenmesine katılan kişilerin suça iştirak etmeleri durumunda da sorumlu tutulabileceklerini belirleyerek uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir dönüm noktası olmuş ve ilerleyen yıllarda oluşturulan uluslararası ceza mahkemesine ve hukuki belgelere temel örnek teşkil etmiştir. Mahkeme, bireysel cezai sorumluluğunun uygulanışını mahkeme süreci boyunca belirli kurallar ve yargılama ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirerek, ilk kez uluslararası hukukta bireylerin devlet adına işledikleri suçlardan bireysel olarak sorumlu tutulabileceğini göstermiştir⁴³. Yine mahkeme, bireysel cezai sorumluluk kapsamına giren suçları tanımlayarak, bu suçların hangi eylemleri içerdiğini, iştirak biçimlerini belirlemiştir. Kapsamını belirlerken, adil yargılanma hakkı, kanıt sunma hakkı, savunma hakkı gibi temel uluslararası hukuk ilkelerini göz önünde bulundurmıştır.

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Tüzüğü'nün 6.maddesi⁴⁴, aşağıdaki eylemlerle suçlanan kişilerin yargılanması için yasal dayanak oluşturmuştur:

- Barışa karşı suçlar: Saldırı niteliğindeki savaşların planlanması, uluslararası antlaşmaları veya anlaşmaları ihlal etmek amacıyla gerçekleştirilen savaşların planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesi veya yukarıdakilerden herhangi birini gerçekleştirmek için ortak bir plana veya komploya katılmayı içmektedir.

- Savaş suçları: Savaşla ilgili yasalara ve geleneklere aykırı hareket etmeyi ifade etmektedir. Bu suçlar, işgal altındaki bölgelerdeki sivil halkın öldürülmesi, kötü muameleye maruz kalması veya köle olarak çalıştırılması, savaş esirlerinin veya denizdeki kişilerin öldürülmesi veya kötü muamele görmesi, rehinenin öldürülmesi, kamu veya özel mülkiyetin yağmalanması, şehirlerin, kasabaların veya köylerin gereksiz yere tahrip edilmesi veya askeri gerekliliklerle açıklanamayan tahribat gibi eylemleri içermektedir⁴⁵.

- İnsanlığa karşı suçlar: Savaş öncesi veya savaş döneminde, sivilleri hedef alan cinayet, yok etme, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı eylemleri içerir. Bu suçlar, mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suçların işlenmesi sırasında veya bu suçlarla ilişkili olarak, siyasi, ırksal veya dini nedenlerle yapılan zulümleri içerebilir; bu eylemler olsun veya olmasın, işlendiği ülkenin iç hukukuna aykırıdır.

'*Ratione personae*' (Kişi bakımından) yargı yetkisi söz konusu olduğunda, bu suçlardan herhangi birini işlemek için ortak bir planın veya komplonun oluşturulmasında veya yürütülmesinde yer alan "liderleri, örgütleyicileri, azmettiricileri ve suç ortaklarını" kapsamaktadır⁴⁶.

Yargıç Robert Jackson, 1946 Nürnberg Duruşmasında mahkemenin bireysel hesap verebilirlik konusundaki içtihadını geliştirirken, uluslararası hukukta cezai sorumluluğun

⁴³ Erten, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya – İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağımsızlığı*, s.86.

⁴⁴ Nürnberg Tüzüğü 6.madde, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945/article-6b>, (Erişim: 12.06.2023).

⁴⁵ Versay Antlaşmasınının 227.maddesi ile karşılaştırıldığında, artık antlaşmaların "kutsallığına" atıfta bulunulmadığı gözlemlenmiştir.

⁴⁶ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.537-538.

gerekçesini yinelemiştir: "*uluslararası hukuka karşı işlenen suçlar soyut varlıklar tarafından değil insanlar tarafından işlenir ve ancak bu tür suçları işleyen bireyler cezalandırılarak uluslararası hukukun hükümleri uygulanabilir*". Mahkeme ayrıca 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 4.maddesine de atıf yapmıştır: "*Soykırım veya III. maddede sayılan diğer fiillerden birini işleyen kişiler, anayasal olarak sorumlu yöneticiler, kamu görevlileri veya özel şahıslar olsunlar cezalandırılırlar*"⁴⁷.

Tokyo Mahkemesi veya resmi adıyla "Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi- Uzakdoğu Şubesi," II. Dünya Savaşı sonrasında Japonya'nın işlediği savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar nedeniyle Japon liderlerinin yargılandığı uluslararası bir mahkeme olmuştur. Mahkeme, 1946-1948 yılları arasında faaliyet göstererek, Japonya'nın işlediği savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve diğer uluslararası suçları incelemiş, Japon liderleri sadece ulusal politikaların uygulayıcıları olarak değil, aynı zamanda bireysel olarak suç işlemiş kişiler olarak da yargılanmıştır. Mahkeme, suçların tanımını ve sanıkların neyle suçlandığını belirleyerek, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve diğer suçlar açısından iddianameler hazırlamıştır. Bu iddianamelerde, suçların ayrıntıları, sanıkların suç işlediklerine dair kanıtlar ve suçların mağdurlarına dair bilgiler yer almıştır. Aynı zamanda temel hukuk prensipleri göz önünde bulundurularak sanıkların adil yargılanma, kanıt sunma, tanık dinletme hakkı gibi temel haklardan faydalanmaları sağlanmıştır. Tokyo Mahkemesi'nin çalışmaları, Nürnberg Mahkemeleri'ndeki uygulamalara benzer bir temelde gerçekleşmiştir. Tokyo Mahkemesi, Japon liderlerini bireysel cezai sorumluluk altında yargılayarak uluslararası hukukun bireysel cezai sorumluluk ilkesinin sadece Nazi liderlerine değil, diğer ülkelerin liderlerine de uygulanabileceğini göstermiş olup, uluslararası hukuktaki bireysel cezai sorumluluk ilkesinin pekiştirilmesine katkı sağlamıştır⁴⁸.

A. NURNBERG ve TOKYO ULUSLARARASI MAHKEMELERİ SONRASI BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK

Bireysel cezai sorumluluk alanı, I. ve II. Dünya Savaşlarının ardından Tokyo ve Nürnberg ceza mahkemelerinin kurulmasıyla yeni bir döneme girmiştir. Nürnberg savaş mahkemesi, uluslararası ceza hukuku olarak adlandırılan yeni bir uluslararası hukuk dalının başlangıcı olarak görülmektedir. Nürnberg mahkemesi, cezai sorumluluğu açıkça tanımlamanın yanı sıra devlet yetkililerinin ve ordu personelinin korunmasını ve siyasi egemenlik doktrinini de ortadan kaldırmıştır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Sırbistan'ın yargı yetkisinin olmadığı iddiasını, sözleşmenin lafzı özellikle devlet sorumluluğunu kapsamı dışında bıraktığı için reddetmiştir: "Nürnberg kararının, dünya toplumuna karşı suç işleyen ya da uluslararası hukuku ihlal edenlerin soyut varlıklar değil, insanlar olduğu yönündeki ünlü sözü mahkeme tarafından kabul edilmektedir. UCM Roma Statüsüne üye devletler, mahkemenin yargı yetkisine girecek saldırı eyleminin tanımı ve unsurları üzerinde yakın zamana kadar mutabık kalmıştır"⁴⁹.

⁴⁷ Adjei, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", s.70.

⁴⁸ Erten, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya – İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağımsızlığı*, s.86.

⁴⁹ Hussain, vd., "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", s.226.

Nürnberg duruşmaları ve küçük bir etkiyle Tokyo duruşmaları, uluslararası hukuk kapsamında bireysel cezai sorumluluğa ilişkin içtihat hukukunun oluşmasına oldukça katkıda bulunan çok sayıda karar üretmiştir. Nürnberg ve Tokyo yargılama tecrübeleri, devletlerin ve uluslararası örgütlerin (yani Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi) antlaşmaların kabulü yoluyla kodifikasyonu sağlamak için girişimlerde buldukları, ilke ve kuralların kesin bir şekilde oluşturulması ve sağlamlaştırılmasına yönelik kademeli bir sürecin başlangıcına işaret etmiştir. 11 Aralık 1946 gibi erken bir tarihte BM Genel Kurulu, "Nürnberg Mahkemesi Şartı ile Tanınan Uluslararası Hukuk İlkelerinin Teyidi" başlıklı 95(1) sayılı kararı oybirliği ile kabul etmiştir. Genel Kurul, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması ve ekindeki Tüzüğü (ve Tokyo Mahkemesine ilişkin paralel belgeleri) "not ettikten" sonra iki önemli adım atmıştır. Bunlardan ilki hukuki açıdan büyük önem taşımaktadır: Genel Kurul hem Tüzük hem de Nürnberg Mahkemesi Kararı tarafından tanınan uluslararası hukuk ilkelerini onaylamıştır. Genel Kurul'un görüşüne göre mahkeme zaten mevcut olan ve sadece "tanınması" gereken uluslararası hukuk ilkelerini dikkate almıştır. İkincisi ise bu ilkelerin BM Genel Kurulu'nun bir alt organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından kodifiye edilmesine yönelik bir taahhüttür. Bu kararlar BM, Nürnberg Şartı ve Kararının "tanındığı" ve önemli bir kodifikasyon aracına (ya "insanlığın barış ve güvenliğine karşı işlenen suçların genel kodifikasyonu" yoluyla ya da hatta "uluslararası ceza kanunu" olarak) dahil edilmesinin önemli görüldüğü, teamül hukukuna ait bir dizi genel ilke olduğu onaylanmıştır. Aynı şekilde karar, Londra Anlaşması'nda yer alan hükümlerin örf ve âdet hukuku niteliğini de tanımıştır⁵⁰.

UHK 1950 yılında "Nürnberg Mahkemesi Şartında ve Mahkeme Kararlarında Tanınan Uluslararası Hukuk İlkeleri" hakkında bir rapor kabul etmiştir⁵¹. Raporla bu ilkelerin pozitif uluslararası hukukun bir parçası olup olmadığı ya da ne ölçüde olduğu tartışılmamıştır. UHK'ye göre, Genel Kurul bu ilkelerin uluslararası hukuka ait olduğunu zaten teyit etmesi sebebiyle kendisini söz konusu ilkelerin içeriğini hazırlamakla sınırlamıştır⁵². Birinci ilke "uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir fiili işleyen herkes bundan sorumludur ve cezalandırılabilir" demek suretiyle herhangi bir bireyin bir suç işlemesinden dolayı sorumlu tutulabileceği gerçeğinin resmi olarak tanınması anlamına gelmektedir. II. İlkeye göre, aynı zamanda bu durum, eylem, iç hukukta suç olarak kabul edilmese bile söz konusu olabilmektedir. III. ve IV. İlkeler, devlet başkanı veya hükümet yetkilisi sıfatıyla hareket eden bir kişi ile hükümetin veya bir amirin emriyle hareket eden bir kişinin sorumluluktan kurtulamayacağını öngörmektedir⁵³. Bu iki ilke, Nürnberg Şartı'nın 7. ve 8. maddelerinde ortaya konanları teyit etmektedir. Üstlerin emirlerine ilişkin 8.madde, "Mahkeme'nin adaletin gerektirdiğine karar vermesi halinde" cezanın hafifletilmesi olasılığını kabul etmiştir. UHK metninin IV. İlkesi bu yaklaşımı değiştirmektedir: birey, "ahlaki bir tercihin kendisi için gerçekten mümkün olması halinde" sorumluluktan kurtulmaz. Bu, bireyin bir üst tarafından verilen bir emre uymayı reddetmek için

⁵⁰ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.539.

⁵¹ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal 1950, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/17_1_1950.pdf, (Erişim: 20.11.2022).

⁵² Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.539.

⁵³ Aksar, *Temel Metin ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, s.642-643.

gerçekten "ahlaki bir tercihi" olup olmadığına karar vermeye çağrılan mahkemelere büyük bir takdir yetkisi bırakılmaktadır. VI. İlke, Nürnberg Şartı'nın 6.maddesi tarafından belirlenen üç suç kategorisini kodifiye etmektedir⁵⁴. Londra Anlaşmasında "Mahkemenin yargı yetkisine girer suçlar" olarak tanımlanan suçlar, 6.maddede yer alan aynı ifadeler kullanılarak uluslararası hukuka göre işlenen suçlar" olarak belirlenmiştir. VI. İlke, olası bir uluslararası ceza kanununun özünü temsil etmektedir. Nürnberg ilkelerinin 1946 Genel Kurul kararıyla onaylanması ve Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından şekillendirilmesi, bireysel sorumluluk gerektiren bir uluslararası suçlar kanununun oluşturulmasına yönelik önemli adımlar olmuştur. Ancak daha fazla ilerleme kaydedilmesi gerekiyordu⁵⁵.

1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabul edilmesinden itibaren insan haklarının ihlal edilmesi devlet sorumluluğunun, failerin ceza ve kamu hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. İnsan hakları ihlali sonucunda, failin iç hukuka göre değil, uluslararası hukuka göre cezalandırılması gerektiği bireysel sorumluluk kavramına odaklanılmıştır. Bireysel sorumluluk konusu, uluslararası hukukta gerçek kişinin gelişen yasal hakları ile ayrılmaz bir biçimde ilişkilidir. Uluslararası insan hakları, özellikle bireysel şikâyet mekanizmaları oluşturulması ve mağdur kişilerin "*Locus Standi*"⁵⁶ aracılığıyla hak arama yolunda ilerlemesi önemli bir role sahiptir⁵⁷.

Beyannamenin 9 Aralık 1948'de kabul edilmesinin arifesinde, insanlığa karşı suç kavramının önemli bir gelişmesi, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin (56'ya karşı sıfır oyla) kabul edilmesine yol açmıştır. Sözleşme, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiş olup ister barış zamanında ister savaş zamanında işlenmiş olsun, soykırımı uluslararası hukuk kapsamında açıkça bir suç olarak sınıflandırmaktadır. 2.maddede soykırım, "ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla işlenen, grup üyelerini öldürmek, onlara ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek, grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacak yaşam koşullarını kasten uygulamak, grup içinde doğumları engellemeye yönelik önlemler almak, grubun çocuklarını zorla başka bir gruba nakletmek gibi eylemler" olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme'nin 3.maddesi, bu tür fiillerin ve bu fiillere çeşitli derecelerde karışmanın cezalandırılabilir olduğunu belirtmektedir: fiilleri işlemek için komplo, doğrudan ve alenen tahrik, teşebbüs veya suç ortaklığı. Ancak,

⁵⁴ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal 1950, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/17_1_1950.pdf, (Erişim: 20.11.2022).

⁵⁵ Antonio, Cassese, "Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal", United Nations *Audiovisual Library of International Law*, 2009, ss.1-9, s.6.

⁵⁶ Duruşmaya Katılma Hakkı (*Locus Standi*), 'yasayı uygulamak isteyen bir devletin, kendisi ile yürürlükteki davanın konusunu oluşturan yasal kural arasında yeterli bir bağ kurması gerekliliği' olarak tanımlanmaktadır. Bu yeterli bağlantı, konuyla ilgili bir menfaatin varlığıdır. Ancak, yargıç Morelli tarafından da teyit edildiği üzere, 'her devlet kendi menfaatinin yargıcidir'. Bu nedenle, her menfaat tek tek devletlere duruşmaya katılma hakkı sağlamaz, sadece 'hukuki menfaatleri' olan devletlere bu hakkı sağlar. Sebastián, Green Martínez, "Locus Standi Before The International Court Of Justice For Violations Of The World Heritage Convention", *Transnational Dispute Management*, Vol.5, 2013, S.1-10, S.4; Barry, Hough, "A Re-Examination Of The Case For A Locus Standi Rule In Public Law", *Cambrian Law Review*, Vol.28, 1997, S.83.

⁵⁷ Ilias, Bantekas, "Individual Responsibility And The Evolving Legal Status Of The Physical Person In International Human Rights Law", *The Sixtieth Anniversary Of The Universal Declaration Of Human Rights*, Ashgate, 2010, S.431.

sadece "yöneticilerin" veya "kamu görevlilerinin" değil, aynı zamanda "özel şahısların" da cezalandırılması yükümlülüğünü getiren 4.maddedir. 6.madde ise, suçluları yargılama yetkisini hem ulusal hem de uluslararası mahkemelere vermektedir⁵⁸.

Bu önemli Sözleşme, uluslararası hukuk kapsamında, Nürnberg Şartı'nın 6.maddesi tarafından halihazırda oluşturulmuş olan yasal sınıflandırmayla, yani insanlığa karşı suçlar ile doğrudan bağlantılı yeni bir suç ortaya koymaktadır. Uluslararası antlaşmalar hukuku da devlet sorumluluğunun geleneksel sınırlarının çok ötesine geçerek, bireylerin uluslararası hukukun belirli bir alanındaki yükümlülükler bakımından "ön saflarda" yer aldığı altını çizmektedir. Soykırım Sözleşmesi, önceki belgelere uygun olarak, soykırım suçunun ve bu suça çeşitli düzeylerde katılımın (doğrudan eylemler, komplo, kışkırtma, teşebbüs, suç ortaklığı) geniş bir tanımını sunmaktadır. Sözleşmenin temelini oluşturan ilkelerin teamül niteliği UAD tarafından kabul edilmiştir. II. Dünya Savaşı'nın dramatik deneyimlerinin ardından ICRC'nin girişimiyle hazırlanan 12 Ağustos 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi, savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin antlaşma temelli sistemin tamamını yeniden şekillendirmiştir. Bu Sözleşmelerin tarafları, "her koşulda" kendi kurallarına "saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama" temel genel yükümlülüğünü üstlenirler (dört sözleşmede ortak olan 1.madde). Cenevre Sözleşmelerinin her birinin bir bölümü korunan kişilere yönelik eylemlerle ilgilidir. Bunlar, savaş suçu değil, ağır ihlaller olarak adlandırılır ancak şüphesiz uluslararası hukuk kapsamında suç teşkil ederler. Bu eylemler, Birinci Sözleşme'nin 50.maddesi, İkinci Sözleşme'nin 51.maddesi, Üçüncü Sözleşme'nin 130.maddesi ve Dördüncü Sözleşme'nin 147.maddesinde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Aynı zamanda kasten öldürme, işkence veya insanlık dışı muamele (biyolojik deneyler dahil), kasten büyük acılara veya vücutta veya sağlıkta ciddi yaralanmalara neden olma, mülkiyetin aşırı derecede tahrip edilmesi veya el konulması, bir savaş esirinin düşman bir gücün kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması veya adil ve düzenli yargılanma hakkından kasten mahrum bırakılması, yasadışı sınır dışı etme, korunan bir kişinin nakledilmesi veya hapsedilmesi ve "askeri gereklilikle haklı gösterilmeyen ve yasadışı ve ahlaksızca gerçekleştirilen" rehin alma gibi suçları içermektedir. Uygulama alanı *ratio personae* ile ilgili olarak, sözleşmeler bu ağır ihlallerin doğrudan sorumlularının ve üstlerinin sorumluluğunu belirlemektedir. Kuralların kapsamı aslında çok geniştir çünkü "kişi" kelimesi hem sivilleri hem de resmi ya da gayri resmi güçlere mensup olsun olmasın savaşçıları kapsamaktadır⁵⁹.

Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin 14 Mayıs 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, akit taraflara "tüm insanlığın kültürel mirası" olarak adlandırılan mirası koruma yükümlülüğünü getirmektedir⁶⁰. Sözleşmenin "ihlalini yapan veya yapılmasını emreden" kişiler hakkında "olağan cezai yargı yetkileri çerçevesinde kovuşturma yapmak ve cezai veya disiplin yaptırımları uygulamak için gerekli tüm adımları atmak" zorundadırlar. 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek 1977 tarihli iki Protokol, kapsamlı bir hukuk sistemi haline gelen bu sisteme daha kesin kurallar eklemiştir. Ayrıca 85.madde, halihazırda mevcut olan ağır ihlaller listesine

⁵⁸ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.541.

⁵⁹ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.542.

⁶⁰ Jan, Hladík, "The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity", *International Review of the Red Cross*, Vol.81, Issue 835, 1999, s.621-635, s.622.

çok sayıda ihlal eklemektedir⁶¹. Yine Protokol I'in 1.maddesi ile taraflar "her koşulda" Protokol'e "saygı göstermeyi ve saygı gösterilmesini sağlamayı" taahhüt etmektedir.

C. 1990 SONRASI BİREYSEL CEZAI SORUMLULUĞUN *AD HOC* MAHKEMELERDEN ULUSLARARASI CEZA MEHKEMESİNE GEÇİŞİ

Kuzey İrlanda Katolikleri, Yugoslavya ve Sovyetler Birliği, Ruanda, Sierra Leone, Afganistan, Irak, Bosna-Hersek, Kosova, Şili, Mısır, Libya, Liberya, Türkiye, Demokratik Kongo Cumhuriyeti (DRC), Batı Sudan'ın Darfur'u, Kenya, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Fildişi Sahili gibi ülkelerdeki iç çatışma günümüz savaşlarının çoğunun iki devlet arasında olmaktan ziyade çoğunlukla sorumsuz liderler tarafından yönetilen devlet içindeki taraflar arasında olduğunu göstermektedir⁶². Bu bağlamda devletler, kendi cezasızlığını ortadan kaldırmak için evrensel düzeyde bilinçliliği arttırmak ve ulusal hukuk sistemini tamamlayan ve güçlendiren uluslararası bir ceza adaletinin olması gerekliliğini vurgulamak zorunda kalmışlardır. Gördüğümüz üzere, bu uluslararasılaşmaya yaklaşım, eski Yugoslavya ve Ruanda için geçici mahkemelerin kurulması ile tanımlanmış ve uluslararası ceza mahkemesinin Roma tüzüğüne uyarlanan diplomatik konferans ile çeşitli mahkeme kararlarıyla yansıtılmıştır. Uluslararası hukuktaki bu önemli gelişme, çeşitli mahkemeler tarafından da vurgulanmıştır⁶³.

Uluslararası hukuk kapsamında bireysel cezai sorumluluğa ilişkin kuralların geliştirilmesine yönelik uzun süreçte önemli bir adım, sırasıyla eski Yugoslavya'da ve Ruanda'da işlenen suçların yargılanması için iki *ad hoc* mahkemenin kurulmasıyla atılmıştır. Aynı zamanda, BM Genel Kurulu'nun 95 (I) sayılı kararında öngördüğü anlamda, bir tür uluslararası ceza kuralının özüne ilişkin olarak da açıklık getirmişlerdir⁶⁴.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY⁶⁵), 1993 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmuş ve 1991 ile 2001 yılları arasındaki Bosna-Hersek'teki çatışmalarda meydana gelen savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarını yargılamak üzere eski Yugoslavya'nın mıntıkasında vuku bulan uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerine karşı birey sorumluluğunun adli takibi için bir uluslararası mahkeme oluşturulmuştur⁶⁶. ICTY, eski Yugoslavya'nın dağılmasının ardından bu çatışmaların sonuçlarını ele almayı amaçlamış, uluslararası hukuk ve ceza hukuku ilkelerine dayanarak, bu çatışmalarda işlenen ciddi suçları yargılamıştır. Mağdurlara adalet sağlama çabalarına hizmet etmiş ve suçluların cezasız

⁶¹ Melike, Batur Yamaner, vd., *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, s.241-242, <https://dSPACE.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/94/ekutuphane4.1.6.6.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 20.05.2023).

⁶² Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.542.

⁶³ Adjei, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", s.70.

⁶⁴ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, s.241.

⁶⁵ Mahkemenin tam adı; Eski Yugoslavya Topraklarında 1991 Yılından Bu Yana İşlenen Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlallerinden Sorumlu Kişilerin Kovuşturulması için Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir (International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991), Aksar, *Temel Metin ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, s.644.

⁶⁶ Gallmetzer - Klamburg, "Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court" s.61.

kalmamasını amaçlamıştır. Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi suçlar, mahkemenin yargılama yetkisi kapsamında yer almıştır. Mahkeme, sadece bireysel suçları yargılama yetkisine sahip olup, devletlerin veya hükümetlerin sorumluluğunu değil, bireylerin sorumluluğunu ele almıştır.

Eski Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen fiillerden sorumlu kişilerin yargılanması için mahkemeler kurulmasına ilişkin çeşitli BM Güvenlik Konseyi kararları, uluslararası hukuk kapsamında cezalandırılacak fiillere ilişkin hükümler içermektedir. Özellikle, ICTY Statüsünün 2,3,4 ve 5.maddeleri mahkemenin yargı yetkisine giren farklı suçları sıralamaktadır. 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerine ilişkin 2.madde, mahkemeye bu tür ağır ihlalleri "işleyen ya da işlenmesini emreden" kişileri yargılama yetkisi vermekte, 3.madde, savaş hukuku ve geleneklerinin ihlalini de kapsayacak şekilde kapsamı genişletmekte ve 4.madde, 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin 2. ve 3.maddelerini yeniden düzenlemektedir⁶⁷. 5.madde, Mahkeme'ye "uluslararası ya da ulusal nitelikte olsun" silahlı çatışmalarda sivillere karşı işlenen suçlardan sorumlu kişileri kovuşturma yetkisi vermektedir⁶⁸. Halihazırda kodifiye edilmiş geleneğe uygun olarak, 7.madde "bireysel cezai sorumluluğa" geniş bir kapsam tanımakta ve "bir suçu planlayan, azmettiren, emreden, işleyen veya bir suçun planlanmasına, hazırlanmasına veya icrasına başka bir şekilde yardım ve yataklık eden" tüm kişileri kapsamaktadır⁶⁹. Bireysel ceza sorumluluğu ile ilgili olan ICTY Statüsünün 7.maddesi, Nürnberg İlkeleri ile canlandırılmıştır. 3 Mayıs 1993 raporunda, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, "Eski Yugoslavya'da uluslararası insani hukukun ciddi ihlallerinde hazırlık planlamasına veya bizzat yürütülmesine katılan tüm kişilerin, ihlal suçuna katkıda bulunduğunu ve bu yüzden bireysel olarak sorumlu olduğunu beyan etmiştir. Bu rapor, ayrıca, "*Statü (yasa), Devlet başkanının dokunulmazlığının bir bahanesi veya itham edilen görevlinin kapasitesinde, bir eylemin ifa edilmesinde bir savunma teşkil etmeyeceği ve de cezayı hafifletmeyeceği veya yetkili konumdaki bir kişinin, [...] mevcut statü (yasa) altında bir suçu işlemek için ya da bir suçu önlemede veya onun emrinde olanların yasal olmayan davranışını caydırmada başarısız olmak için kanunsuz emir verilmesinde bireysel*

⁶⁷ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.543.

⁶⁸ ICTY Statüsü 5.madde (İnsanlığa Karşı Suçlar): "*Uluslararası Mahkeme, uluslararası ya da ulusal nitelikteki silahlı çatışmalarda işlenen ve herhangi bir sivil halka karşı yöneltilen aşağıdaki suçlardan sorumlu kişileri yargılama yetkisine sahip olacaktır: (a) cinayet; (b) katliam; (c) köleleştirme; (d) sürgün; (e) hapis; (f) işkence; (g) tecavüz; (h) siyasi, ırksal ve dini nedenlerle zulüm; (i) diğer insanlık dışı eylemler.*" Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, s.6, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, (Erişim: 12.11.2022)

⁶⁹ ICTY Statüsü 7.madde (Bireysel Cezai Sorumluluk): "*1. Bu Statü'nün 2 ila 5. maddelerinde belirtilen bir suçu planlayan, azmettiren, emreden, işleyen veya planlanmasına, hazırlanmasına veya icrasına başka bir şekilde yardım ve yataklık eden bir kişi, suçtan bireysel olarak sorumlu olacaktır. 2. Suçlanan herhangi bir kişinin Devlet veya Hükümet Başkanı ya da sorumlu bir Hükümet görevlisi olarak resmi konumu, bu kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmaz ve cezayı hafifletmez. 3. Bu Statü'nün 2 ila 5. maddelerinde belirtilen fiillerden herhangi birinin bir ast tarafından işlenmiş olması, astın bu tür fiilleri işleyeceğini veya işlediğini bilmesi veya bilmesi için bir neden olması ve üstünün bu tür fiilleri önlemek veya faillerini cezalandırmak için gerekli ve makul önlemleri almaması halinde, üstünü cezai sorumluluktan kurtarmaz. 4. Bir sanığın bir Hükümetin ya da bir üstün emri uyarınca hareket etmiş olması, cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, ancak Uluslararası Mahkeme'nin adaletin bunu gerektirdiğine karar vermesi halinde cezayı hafifletici bir unsur olarak değerlendirilebilir.*" Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, s.6, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, (Erişim: 12.11.2022).

olarak sorumlu tutulmasını belirleyen hükümler [...] içermesinin iyi olacağını" ileri sürmüştür.⁷⁰ 7.maddede, resmi bir konuma sahip bir kişinin (Devlet veya hükümet başkanı, hükümet yetkilisi) sorumluluğu ve üst düzey emirlerin etkileri, Nürnberg Şartı ve 1950 tarihli UHK raporunda (III. ve IV. İlkeler) olduğu gibi ele alınmaktadır. "Uluslararası Mahkeme adaletin böyle gerektirdiğine karar verirse" (Şart'ın 8.maddesinde olduğu gibi) hafifletme olasılığına atıfta bulunmaktadır.

ICTY'nin kuruluşundan hemen sonra ele alınan ve savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar gibi ciddi uluslararası suçları içeren bir dava olan "*Tadić Davası*"⁷¹, bireysel cezai sorumluluğun uluslararası arenada tanınmasına ve bu tür suçları işleyenlerin adalet karşısında hesap verebilirliğinin artmasına önemli bir katkı sağlamıştır. Davanın sonucunda, bireylerin savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar gibi ciddi uluslararası suçlar nedeniyle cezai sorumluluğa tabi tutulabileceği kabul edilmiştir.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi⁷² (ICTR), 1994 yılında gerçekleşen Ruanda Soykırımı sırasında yaşanan ciddi insan hakları ihlalleri ve uluslararası insancıl hukukun ihlalleri ile suçlanan kişileri yargılamak üzere 8 Kasım 1994 tarihli 955 sayılı kararla Birleşmiş Milletler tarafından kurulmuştur. Mahkeme, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve diğer ciddi uluslararası suçları yargılama yetkisine sahipti ve aynı zamanda, soykırımın planlaması, teşvik edilmesi, yönlendirilmesi veya yürütülmesi gibi suçları yargılamakla görevliydi. Yaklaşık 800.000 Tutsi etnik grubu üyesi ve ılımlı Hutu'nun öldürüldüğü bu soykırımda mahkeme, sorumluları adalete teslim etmeyi amaçlamış ve uluslararası hukukun insan haklarını koruma amacı doğrultusunda önemli bir adım atmıştır. Benzer şekilde, BM Genel Sekreteri "*soykırım ve 1 Ocak 1994 ve 31 Aralık 1994 arasında komşu olan ülkelerin muntakasında işlenmiş bu ve diğer ihlaller ile soykırım için sorumlu olan Ruanda ve Ruanda vatandaşlarının muntakasında işlenmiş uluslararası insani hukukun diğer ciddi ihlalleri için sorumlu kişilerin yasal takibinde bulunulabilmesi amacıyla, [...] bir uluslararası mahkeme*" tesis edildiğini açıklamıştır. Bireysel ceza sorumluluğu hakkında, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün (ICTR) 6.maddesi ile ICTY'nin 7.maddesinin özdeşliği dikkat çekmiştir⁷³. Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi ve 1990'larda Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan ad hoc Ceza Mahkemeleri, hiç kuşkusuz

⁷⁰ Gallmetzer - Klamberg, "Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court", s.61.

⁷¹ Bosna-Hersek'teki çatışmalarda Sırp milis güçlerinin liderlerinden biri olan Duško Tadić, 1991-1995 yılları arasında Bosna Savaşı sırasında Sırp Devleti lideri Radovan Karadžić ve Sırp lideri Ratko Mladić gibi diğer önemli isimlerle bağlantılı olarak, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlemekle suçlanmıştır. Tadić, Bosna-Hersek'teki savaş sırasında, Sırp güçlerinin etnik temizlik, soykırım ve diğer ciddi uluslararası suçlar işlediği iddialarının merkezinde yer almıştır. Bu nedenle ICTY tarafından suçlu bulunmuş ve 20 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, (Erişim: 15.12.2022).

⁷² Tam adı; Ruanda Topraklarında İşlenen Soykırım ve Diğer Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlallerinden Sorumlu Kişiler ile 1 Ocak-31 Aralık 1994 Tarihleri Arasında Komşu Devletlerin Topraklarında İşlenen Soykırım ve Diğer Bu Tür İhlallerden Sorumlu Ruanda Vatandaşlarının Yargılanması için Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir. (Rwandan International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States between 1 January and 31 December 1994)

⁷³ Ezeli, Azarkan, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, 2003, ss.275-297, s.283.

uluslararası ceza hukukunda bireylerin cezaî sorumluluklarının ve adaletin gelişimine büyük katkıda bulunmuştur. Yaşanan tüm bu gelişmelerin üzerine 1996'da Uluslararası Hukuk Komisyonu, bireysel ceza sorumluluğu ile ilgili olan Nürnberg İlkelerini yansıtan yasa tasarısını tamamlamıştır⁷⁴. Mahkeme süresince Ruanda soykırımına karışıkları iddia edilen birçok kişi yargılanmış ve mahkûmiyet kararları verilmiş, ancak Mahkeme 31 Aralık 2015 tarihinde faaliyetlerini sona erdirmiştir. Ruanda Ceza Mahkemesi Statüsü biraz farklı görünmektedir, ancak hükümlerinin küresel yaklaşımı büyük farklılıklar ortaya koymamaktadır.

ICTY, 2017 yılında faaliyetlerini tamamlamasının ardından, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oluşturulan bir devam mekanizması devreye girmiştir⁷⁵. Ceza Mahkemeleri için Uluslararası Rezidüel Mekanizma (IRCMT), ICTY ve ICTR tarafından yargılanmış olan davaların ve mahkeme işlemlerinin tamamlanmasını ve sonuçlandırılmasını sağlamak ve suçluların cezaî sorumluluğunu yerine getirmeye devam etmek, mağdurlara adalet sağlamak ve uluslararası ceza yargılamasının ilerlemesine katkıda bulunmak amacıyla kurulmuştur. IRCMT, ICTY ve ICTR'nin kapanmasından sonra kalan işlevleri ve görevleri devralarak devam ettirmiştir.

Bu büyük ilkeler ve kurallar bütünü ve tüm bu hukuki miras, 17 Temmuz 1998 tarihinde BM diplomatik konferansı tarafından kabul edilen UCM Roma Statüsü ile tek bir belgede somut bir şekilde düzenlenmiştir. Statü, 120 Devlet tarafından Roma'da imzalanan çok taraflı bir antlaşma ile 17 Temmuz 1998'de tesis edilmiştir⁷⁶. UCM Statüsü, 60. devlet tarafından onaylandıktan sonra, 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir⁷⁷. ICTY ve ICTR'nin diğer yasaları gibi, UCM Statüsü uluslararası toplumu ilgilendiren ve en ağır suçlardan yargılanması gereken kişilerin soruşturulması ve kovuşturulmasını sağlayan bireysel ceza sorumluluğu ilkesini saygın bir yere koymuştur⁷⁸. Üstelik UCM Statüsü; bir Devlet veya Hükümet Başkanı, Hükümetin veya Parlamentonun (meclisin) bir üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet görevlisi olarak resmi yetki gibi, ya da resmi yetkiye dayalı herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm kişilere eşit olarak uygulanmaktadır. Ayrıca, komutanların ve diğer amirlerin sorumluluğu ile ilgili belirli bir hükme de yer verilmiştir⁷⁹. Böylece mahkemenin, bireylerin cezaî sorumlulukları hakkında karar verecek ve gelecekteki olası ağır suçlar için bir güçlü bir önleyici işlevi görevi düşünülmüştür. Bütün bu ad hoc mahkemelerin ve uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasında, Soğuk Savaş döneminin sona ermesine de oldukça etkili olmuştur⁸⁰. Statünün 5 ila 8.maddeleri UCM'nin yargı yetkisine giren suçların tanımıyla ilgilidir. Bu

⁷⁴ Gallmetzer - Klamburg, "Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court", s.61.

⁷⁵ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, s.243.

⁷⁶ Mustafa, Uçar, "1998 Tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün Konu Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Hükümlerinin Kimyasal Silahlar Açısından Yorumlanması", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2023, s.231.

⁷⁷ Yeter, Tabur – Erdi, Şafak, "Küresel İklim Krizi ile Mücadelede Uluslararası Hukukun Rolü ve Ekokırım Suçu", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13, S.1, Haziran 2023, s.96.

⁷⁸ Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.359.

⁷⁹ Gallmetzer - Klamburg, "Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court", s.61.

⁸⁰ Philippe, Kirsch, "The International Criminal Court", *McGill Law Journal*, Vol.46, 2000, s.261.

suçlar "en ciddi suçlardır" ve "uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendirirler"⁸¹. Gerçekten evrensel bir perspektiften bakıldığında, Cenevre Sözleşmelerinin ve genel olarak savaş hukuku ve geleneklerinin hem "ağır ihlallerini" hem de "ciddi ihlallerini" içeren kapsamlı bir tanımdır. Bu tür suçlar uluslararası toplumun yasal ve etik kural ve ilkelerine aykırıdır.

Roma Statüsü, üç yerine dört kategoriden oluşan yeni bir suç tipolojisi benimsemiştir: soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları. Daha önce de belirtildiği üzere, bu çalışma saldırı suçunun Nürnberg Şartı'nda tanımlandığı üzere "barışa karşı suç" mu yoksa Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Kanun Tasarısı'nda tanımlandığı üzere "insanlığın barış ve güvenliğine karşı suç" mu teşkil ettiği sorununu bir kenara bırakmaktadır. Roma Statüsü'nün 6.maddesi, 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin hükümlerini aynı kelimelerle teyit etmekte ve genel kabul görmüş gibi görünen ilke ve kuralların kodifikasyonu yönünde daha ileri bir adımı temsil etmektedir. İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçları ile ilgili olarak 7. ve 8. maddelerde büyük bir evrim gerçekleşmiştir. Burada, Nürnberg Şartı'nın 6.maddesi'nin ve daha sonraki düzenlemelerin yerini ayrıntılı hükümler almıştır⁸².

'İnsanlığa karşı suç', herhangi bir sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak, saldırının bilgisi dahilinde işlenen bir eylem anlamına gelmektedir⁸³. Uluslararası teamül hukukuna aittir ve Nürnberg Şartı ve 6.maddesinden sonra çeşitli belgelerde tanımlanmıştır. Hangi eylemlerin insanlığa karşı suç teşkil ettiğine dair açık bir örnek ICTY'nin *Erdemović* davasına ilişkin kararında yer almaktadır: "*İnsanlığa karşı suçlar, insanların en önemli varlıkları olan yaşamlarına, özgürlüklerine, fiziksel refahlarına, sağlıklarına ve/veya onurlarına zarar veren ciddi şiddet eylemleridir. Bunlar, kapsamı ve ağırlıkları itibarıyla, cezalandırılmalarını zorunlu olarak talep eden uluslararası toplum için tahammül edilebilir sınırların ötesine geçen insanlık dışı eylemlerdir. Ancak insanlığa karşı işlenen suçlar bireyi de aşar çünkü birey saldırıya uğradığında insanlık da saldırıya uğrar ve inkâr edilir. Bu nedenle, insanlığa karşı suçları esasen tanımlayan şey, mağdur olarak insanlık kavramıdır*"⁸⁴. Açıkçası, ICTY'nin *Erdemović* davasında yer alan bu ciddi şiddet eylemlerinin savaş veya barışta ya da uluslararası veya iç silahlı çatışmalar sırasında gerçekleştirilmesinde herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Temel ilke olarak tanımlanan şey, insanlık kavramının kendisidir. Birey, mağdur, çok daha geniş bir kavram olan insanlık kavramının parçası haline gelir. 1907 tarihli IV No'lu Lahey Sözleşmesi'nin girişinde "medenî halklar arasında yerleşmiş teamüllerden, insanlık yasalarından ve kamu vicdanının korunmasından" bahsedilmektedir.

İki bölümden oluşan 7.maddenin yapısı yeni bir yaklaşımı yansıtmaktadır: ilk bölümde insanlığa karşı suç teşkil eden fiiller sıralanmakta, ikinci bölümde ise bunlardan bazılarının tanımları verilmektedir. Cinayet, kıyım, köleleştirme ve sürgünün de dahil edilmesi Nürnberg

⁸¹ UCM Roma Tüzüğü 5.madde, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, (Erişim: 12.11.2022.)

⁸² Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.544.

⁸³ UCM Roma Tüzüğü 7.madde, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, (Erişim: 12.11.2022.)

⁸⁴ Judgment, *Erdemović* (It- 96-22), Appeals Chamber, 7 October 1997, Parag. 21, <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>, (erişim: 06.11.2022).

mirasını desteklemektedir⁸⁵. Nürnberg Şartı'nda genel olarak "herhangi bir sivil halka karşı işlenen diğer insanlık dışı eylemler" olarak adlandırılan eylemler, Roma Statüsünde son 70 yılda hem uluslararası hem de yerel çatışmalarda ve hatta sözde barış zamanlarında halkların yaşadığı dramatik deneyimleri dikkate alan bir eylemler listesine dönüşmektedir: "Uluslararası hukukun temel kurallarına aykırı olarak hapis veya diğer ağır fiziksel özgürlükten mahrum bırakma; işkence, tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkta herhangi bir cinsel şiddet biçimi; kişilerin zorla kaybedilmesi, ırkçılık". Bu eylemlerin her biri 7.maddenin ikinci bölümünde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, bunların önemli bir kısmı cinsel nitelikli suçlardır. *Hagenbach* davasından bu yana, çatışmalarda ve diğer şiddet durumlarında bazı erkeklerin davranışları, o zamanlar tecavüz suçu⁸⁶ olarak kabul edilenden oldukça öteye geçmiştir. Bugün ise bu tür suçlar yaygın ve sistematik hale gelmiştir. Ancak suçun vahameti her zaman aynı olmuştur: "Her kim bir kadını istismara zorlarsa ve bu kanıtlanırsa, bunun cezasını çekecektir". Dahası, eski Yugoslavya'da işlenen eylemler "etnik temizlik" kavramının ortaya çıkmasına neden olmuş ve bu kavram ICTY tarafından, özellikle de *Karadzic ve Mladic'e Karşı İddianamenin Gözden Geçirilmesi Kararı*'nda⁸⁷ yorumlanmıştır. 7.madde listeyi geniş bir şekilde sonlandırmaktadır: "kasıtlı olarak büyük acılara veya vücutta ya da zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi yaralanmalara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler". Böyle bir tanım, gelecekte başka eylemlerin de dahil edilmesine açık kapı bırakmakta, böylece ulusal ve uluslararası yargı mercileri önüne getirilen davaların, insanların insanlık fikrinin en ciddi ihlalini oluşturan bu suç kategorisini genişletmeye fazlasıyla muktedir olduğunu gösterdiği gerçeğini dikkate almaktadır⁸⁸.

Roma Statüsünün 8.maddesi geleneksel savaş suçları kavramını ele almaktadır. İçerdiği maddelerle Nürnberg Şartı'nın 6.maddesinde yer alan maddeler arasında bir karşılaştırma yapıldığında, çeşitli fiillerin savaş suçu olarak tanımlanması sürecinin büyük ölçüde geliştiği ve daha geniş ve ayrıntılı bir kodifikasyona yol açtığı görülmektedir. 8.madde farklı açılardan değerlendirilebilir. İlk cümlede tanımlandığı üzere, bir üye devletin silahlı kuvvetlerini veya siyasi faaliyetlerini etkin bir şekilde kontrol etme veya yönlendirme gücüne sahip bir kişi, mahiyeti, boyutu veya kapsamı itibarıyla BM Şartı'nın açık bir ihlalini oluşturan saldırgan bir eylemi planlar, hazırlar, başlatır veya gerçekleştirirse saldırı gerçekleştirmiştir. İkinci olarak, 8.maddenin ilk paragrafı bireysel suç eylemleriyle devlet düzeyindeki saldırı eylemleri arasındaki bağlantıyı kurarken, aynı maddenin ikinci paragrafı bu tür eylemlerin tanımını vermektedir. İkinci paragrafın, 1974 Kararı'nın saldırı eylemi olarak tanımladığı davranışların bir listesini yansıtan yedi alt paragrafı, bu yapının üçüncü aşamasını ifade etmektedir⁸⁹. Hukuka aykırı bir saldırı

⁸⁵ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.545.

⁸⁶ Güneysu, "Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı", s.840.

⁸⁷ Judgment, *Karadzic* (IT-95-5/18), Appeals Chamber, 10 April 2012, <https://www.icty.org/x/cases/karadzic/trans/en/120410ED.htm>, (Erişim: 06.11.2022).

⁸⁸ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.546.

⁸⁹ 14 Aralık 1974 tarihli 3314 sayılı Saldırının Tanımlanması Genel Kurul kararında saldırının tanımı yapılmıştır. "Saldırı, bir Devlet tarafından başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya bu Tanımda belirtildiği gibi BM Şartına aykırı herhangi bir şekilde silahlı güç kullanılmasıdır.", Definition of Aggression General Assembly resolution 3314 (XXIX) 14 December 1974, <http://hrllibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>, (Erişim: 05.07.2023).

fiilinin işlenmesinin, bu fiile katılanları derhal cezai olarak sorumlu hale getirmediğini belirtmek önemlidir. Böyle bir sorumluluk ancak en az üç şart yerine getirildiğinde ortaya çıkabilmektedir. Birincisi ve en önemlisi, saldırı eyleminin niteliği, şiddeti ve kapsamı nedeniyle BM Şartı'nın ciddi bir ihlalini yansıtmaması gerekmektedir. Muhtemel failleri bir hükümetin üst düzey yetkilileriyle sınırlandırmak için, kontrol veya doğrudan gereklilik yerine getirilmelidir. UCM Statüsünün 8.maddesi uyarınca, sanık sandalyesindeki kişi bir devlet yetkilisiyse ve bir saldırı fiili işlenmişse, ancak "bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya uygulanmasında" yer aldığı takdirde cezai olarak sorumlu olmaktadır. UCM Statüsünün 8/1.maddesi en az iki yeni gelişme içermekle birlikte saldırı eyleminin yorumlanması 1974 Kararı'ndan aynen alınmıştır. İlk yenilik, saldırının yalnızca söz konusu eylemin "niteliği, eylemsiz kuvvetleri ve boyutu itibarıyla BM sözleşmesinin açık bir ihlalini temsil ettiği" durumlarda kovuşturulması zorunluluğudur. SWGCA⁹⁰ tarafından UCM'nin yetki alanı dışında olduğuna inanılan sınır çatışmaları ve müdahalecilik gibi tartışmalı hukuki durumların suç kapsamı dışında bırakılmak istendiği açıkça görülmektedir. İkinci olarak, geleneksel uluslararası hukukun şekillendirme ya da etkileme standardının aksine, saldırganlık yalnızca devlet politikası üzerinde kontrol ya da yetki sahibi konumunda olan kişilere bireysel cezai sorumluluk yüklemektedir⁹¹.

Geniş anlamda savaş suçları, özellikle "bir plan veya politikanın parçası olarak veya bu tür suçların büyük ölçekte meydana gelmesinin bir parçası olarak işlendiğinde" UCM'nin yargı yetkisine girmektedir⁹². Bu da demektir ki, UCM'ye, bireyler tarafından işlenen eylemler üzerinde de yargı yetkisi verilmiştir. Çeşitli suç türleri ele alınmaktadır. Bunlardan ilki Cenevre Sözleşmeleri tarafından belirlenen ağır ihlallerdir. İkincisi ise "uluslararası hukukun yerleşik kuralları dahilinde, uluslararası silahlı çatışmalarda geçerli olan kanun ve teamüllerin diğer ciddi ihlallerini" kapsamaktadır. Bunu takip eden madde son derece ayrıntılı olup 26 tür eylem ya da davranış içermektedir. Bu, şimdiye kadar uluslararası bağlayıcılığı olan bir belgede yer alan en uzun suç maddelerini içeren listedir. Üçüncü kategori, Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3.maddesinin ciddi ihlallerine atıfta bulunmaktadır; bu madde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarla ilgilidir ve düşmanlıklarda aktif rol almayan kişilere karşı işlenen eylemleri kapsamaktadır (yaşama ve kişiye yönelik şiddet, özellikle her türlü cinayet, sakatlama, zalimce muamele ve işkence; ve kişisel onura yönelik hakaretler, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamele, rehin alma ve "vazgeçilmez olarak kabul edilen" adli güvenceleri vermeyi reddetme gibi). Dördüncü kategori ise "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda geçerli kanun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri" ile ilgilidir. Son iki kategoriyi ayaklanmalar, münferit ve münferit şiddet eylemleri "veya benzer nitelikteki diğer eylemler" gibi iç karışıklık ve gerginlik durumlarında işlenen eylemleri UCM'nin yargı yetkisi dışında bırakan hükümler takip etmektedir. Devletlerin kanun ve düzeni koruma veya tesis etme ya da birlik ve toprak bütünlüklerini

⁹⁰ Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression (Saldırganlık Suçu Özel Çalışma Grubu Raporu), https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-SWGCA-1_English.pdf, (Erişim: 05.04.2023).

⁹¹ Hussain, vd., "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", s.228.

⁹² UCM Statüsü 8.madde, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, (Erişim: 12.11.2022.)

"tüm meşru yollarla" savunma genel hakkı açıkça tanınmaktadır. Her halükârda, dördüncü kategori "hükümet otoriteleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında veya bu tür gruplar arasında uzun süreli silahlı çatışma" durumları, yani çağdaş iç çatışmaların büyük çoğunluğu için uygulanmaktadır⁹³.

UCM'nin Roma Tüzüğü'nün önsözüne atıfta bulunduğu *Bosco Ntaganda*⁹⁴ kararında, "misilleme" ve "caydırıcılık"ın hükümlü bir kişiyi suçlamadan caydırmak için mekanizmalar olduğunu ve benzer suçları işlemeyi düşünenlerin bunu yapmaktan vazgeçmesini sağladığı belirtilmiştir. Ancak UAD, 11 Nisan 2000 tarihli tutuklama emrinde (Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Belçika), görev sırasında hiçbir devlet başkanının, hükümet başkanının veya Dışişleri Bakanı'nın, başka bir Devletin ulusal mahkemesinin emriyle veya bu kişiye karşı alınan tutuklama emrinin uluslararası dolaşımı gibi önleyici tedbirlerle tutuklanamayacağına dair çok tartışmalı bir karar vermiştir⁹⁵. Bu tür kararlar büyük ölçüde adaleti baltalayarak diplomatik dokunulmazlıklara ve devletin cezasızlığına katkıda bulunmaktadır. 1899 Lahey Konferansı'nda ve yine 1907'de bireysel cezai sorumluluğu uygulama girişimleri, devlet egemenliği ve bağımsızlığı kavramları tarafından kısıtlanmış ve Nürnberg yargıçlarının; "*Lahey Sözleşmesi hiçbir yerde bu tür uygulamaları [savaş yürütme yöntemlerini] suç olarak tanımlamaz, herhangi bir ceza öngörülmez ve ne de bu türden suçluları yargılamak ve cezalandırmak için mahkemeden bahsedilmiştir*" yorumu, bu kavramın hukuki etkisini ve uygulanabilirliğini tartışmalı hale getirmiştir⁹⁶.

Nazi Almanya'sının, Ruanda'nın, Eski Yugoslavya'nın, Kamboçya'daki Pol Pot rejiminin kötü faaliyetleri⁹⁷, Irak'ın Kürt nüfusuna karşı zehirli gaz kullanması gibi vakalar ya

⁹³ Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", s.548.

⁹⁴ 8 Temmuz 2019 tarihinde, UCM VI. Yargılama Dairesi, Bosco Ntaganda'yı 2002-2003 yıllarında Ituri, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde işlenen insanlığa karşı suçlar (cinayet ve cinayete teşebbüs, cinsel kölelik, zulüm, zorla göç ettirme ve sınır dışı etme) ve savaş suçlarından (cinayet ve cinayete teşebbüs, kasıtlı olarak sivillere karşı saldırı düzenlemek, tecavüz, cinsel kölelik, sivil halkın yerlerinden edilmesini emretmek, 15 yaşından küçük çocukları askere almak ve silahlı bir gruba dahil etmek ve onları düşmanlıklara aktif olarak katılmak için kullanmak, kasıtlı olarak korunan nesnelere karşı saldırı düzenlemek ve hasmın mülkünü tahrip etmek) toplam 18 savaş suçu ve insanlığa karşı suçtan makul şüphenin ötesinde suçlu bulmuştur. Bosco Ntaganda, 7 Kasım 2019 tarihinde toplam 30 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. *Judgment, Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Appeals Chamber, 8 July 2019, <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda>, (Erişim: 05.04.2023)

⁹⁵ Yusuf, Aksar, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.4, 2003, s.145.

⁹⁶ Adjei, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", s.71.

⁹⁷ 1969-1973 yılları arasında ABD'nin Kampuchea'ya attığı 550.000 tonluk bombanın (Hiroşima'yı yerle bir eden atom bombalarının yaklaşık 120 tanesine eşdeğer bir tonaj) etkisiyle bir milyondan fazla insan ve ülkedeki çiftlik hayvanlarının üçte ikisi öldü, yaralandı ya da sakat kaldı. Ayrıca, nüfusun neredeyse yarısı yerlerinden edilmiş ve kendi ülkelerinde mülteci durumuna düşmüştür. Sihanouk'un devrilmesi ve ABD-Vietnam Savaşı'nın ardından yaşanan toplumsal çözülme ve siyasi karmaşanın bir sonucu olarak Kızıl Kmerler Nisan 1975'te ABD destekli Lon Nol hükümetini devirdi. Bu, Nisan 1975'ten Ocak 1979'a kadar süren, bu yüzyılın en vahşi ve baskıcı rejimlerinden birinin başlangıcı oldu. 3.5 yıl içinde bir ila iki milyon arasında Kamboçyalı daha açlıktan, ağır işlerden çalışmaktan veya hastalıktan öldü ya da Kızıl Kmerler tarafından idam edildi. Başlangıçta üç Kızıl Kmer grubundan sadece birinin lideri olan Pol Pot, 1977'de ülkenin kontrolünü tamamen ele geçirmeyi başardı. İntikamının ilk hedeflerinden biri, diğer iki grubun yetkilileri ve liderleriydi. Pol Pot ayrıca Kampuchea sınırındaki Tayland köylerine saldırılar düzenledi ve doğu ve güneydoğu sınırındaki Vietnam köylerine büyük zarar verdi. Yarım

görevdeki Devlet Başkanı ya da yüksek devlet dairelerinde bulunan kişiler tarafından işlenen ve yargılanan birçok acımasız suç arasında yer almaktadır. Mart 2009'da UCM, Sudan Devlet Başkanı Omar Hassan Ahmad Al Bashir için insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından dolayı tutuklama emri çıkarmış ve bu tutuklama, görevdeki bir Devlet Başkanı'nın suçlandığı ilk olay olmuştur⁹⁸. UCM'nin görevi devam ederken, bir devlet başkanı hakkında tutuklama emri çıkarması, uluslararası hukuk kuralları gereğince devlet başkanının dokunulmazlığını ihlal ettiği gerekçesiyle tartışmalara sebep olmuştur⁹⁹. Sonraki süreçte, Ekim 2011'de öldürülen eski Libya Devlet Başkanı Muammer Gaddafi¹⁰⁰ ve Fildişi Sahili'nin mahkeme kararıyla Kasım 2011'de gözaltına alınan eski başkanı Laurent Gbagbo¹⁰¹ gibi diğer devlet başkanları hakkında da

milyon Vietnamlı evlerinden kaçtı. Bkz. Eva, Mysliwiec, *Punishing The Poor: The International Isolation of Kampuchea*, Oxford, UK: Oxfam, 1988, s.2-3; 22 Eylül 2022 tarihinde Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri Yüksek Mahkeme Dairesi ('ECCC'), eski Devlet Başkanı Khieu Samphan'ın diğer suçların yanı sıra Kamboçya'nın etnik Vietnamlı nüfusuna karşı işlenen soykırım suçundan mahkumiyetini onayladı. Temyiz kararı ECCC'nin 002/02 sayılı davadaki son duruşmasını sona erdirdi ve ardından Mahkeme yargı faaliyetlerine son verdi. Bu karar, ECCC Yargılama Dairesi tarafından 16 Kasım 2018 tarihinde verilen ve Mahkeme'nin ardından iki sanık - Kampuchea Komünist Partisi eski Sekreter Yardımcısı Nuon Chea ve Khieu Samphan - soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan suçlu bulundu. Bu suçlamalar arasında cinayet, imha, köleleştirme, işkence, siyasi, dini ve ırksal nedenlerle zulüm ve zorla kaybetme, zorla nakletme, zorla evlendirme ve bu evliliklerde tecavüz olarak nitelendirilen diğer eylemler yer alıyordu. Soykırım suçlamasıyla ilgili olarak, Yargılama Dairesi Nuon Chea'yı iki azınlığa (Cham ve Vietnamlı gruplar) karşı soykırım yapmaktan suçlu bulmuş, Khieu Samphan'ı ise Vietnamlılara karşı soykırım yapmaktan suçlu bulmuş ancak Chamlara karşı suçlu bulmamıştır. Yargılama Dairesi her iki sanığı da müebbet hapis cezasına çarptırmış ve bu cezalar 002/01 sayılı davada daha önce onaylanmış olan müebbet hapis cezalarıyla birleştirilmiştir. Bkz. Christoph, Sperfeldt, "Nationality as Reparation? The Case 002/02 Trial Judgment at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Statelessness and Citizenship Review*, Vol 5, No.1, 2023, s.118-119.

⁹⁸ Tutuklama kararlarının alındığı 16 Ekim 1993-2019 tarihleri arasında Sudan Cumhuriyeti Devlet Başkanı olan Omar Hassan Ahmad Al Bashir için ilk tutuklama emri 4 Mart 2009 tarihinde, ikincisi ise 12 Temmuz 2010 tarihinde çıkarılmıştır. UCM tarafından yöneltilen suçlamalar; beş insanlığa karşı suç: cinayet, imha, zorla nakil, işkence ve tecavüz; iki savaş suçu: kasıtlı olarak bir sivil nüfusa veya düşmanlıklarda yer almayan bireysel sivilere karşı saldırılar düzenlemek ve yağma; üç soykırım suçu: öldürerek, ciddi bedensel veya zihinsel zarar vererek ve her bir hedef gruba, grubun fiziksel olarak yok olmasına neden olacak şekilde hesaplanan yaşam koşullarını kasıtlı olarak uygulayarak, en azından 2003 ve 2008 yılları arasında Sudan'ın Darfur bölgesinde işlendiği iddia edilmektedir. *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, (ICC-02/05-01/09), <https://www.icc-cpi.int/darfur/abashir>, (Erişim: 05.04.2023).

⁹⁹ Şener, Çelik, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tutuklama Kararlarıyla İlgili Bir Değerlendirme: Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir Örneği", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, C.7, S.14, 2011, s.93.

¹⁰⁰ 2011 yılında Libya Devlet Başkanı olarak faaliyet gösteren Muammer Gaddafi'ye karşı, Libya'da işlediği iddia edilen iki insanlığa karşı suçtan dolayı UCM tarafından 27 Haziran 2011 tarihinde tutuklama emri çıkarılmıştır. Dava, ayrıca Seyfülislam Kaddafi ve Abdullah El-Senussi'ye yönelik suçlamaları da içeriyordu. Al-Senussi aleyhindeki dava 11 Ekim 2013 tarihinde kabul edilemez ilan edilmiştir. Muammer Kaddafi aleyhindeki dava, ölümünün ardından 22 Kasım 2011 tarihinde sona ermiştir. <https://www.icc-cpi.int/defendant/muammar-gaddafi>, (Erişim: 05.04.2023).

¹⁰¹ Fildişi Sahili'nde 2010-2011 seçim sonrası şiddet olayları sırasında işlendiği iddia edilen cinayet, tecavüz ve diğer cinsel şiddet türleri, zulüm ve diğer insanlık dışı eylemler olmak üzere insanlığa karşı dört suçtan dolayı, UCM 21 Aralık 2011 tarihinde Laurent Gbagbo hakkında tutuklama emri çıkarmıştır. Blé Goudé davası ile Gbagbo davası 11 Mart 2015 tarihinde birleştirilmiştir. Yargılama 28 Ocak 2016 tarihinde başlamış, 15 Ocak 2019 tarihinde, I. Yargılama Dairesi, oy çokluğuyla, Bay Laurent Gbagbo ve Bay Charles Blé Goudé'nin 2010 ve 2011 yıllarında Fildişi Sahili'nde işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçlara ilişkin tüm suçlamalardan beraatine karar vermiştir. 1 Şubat 2019 tarihinde Temyiz Dairesi, Bay Gbagbo ve Bay Blé Goudé'nin, kendilerini topraklarında kabul etmeye ve Daire tarafından belirlenen koşulları uygulamaya istekli ve muktedir bir Devlete salıverilmeleri halinde uygulanacak koşulları belirlemiştir. 16 Temmuz 2019 tarihinde, I. Yargılama Dairesi, Bay Laurent Gbagbo ve Bay Charles Blé Goudé'nin beraatine ilişkin yazılı tam gerekçeleri sunmuştur. Savcı, 16 Eylül 2019 tarihinde bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz Dairesi 31 Mart 2021 tarihinde, 15 Ocak

tutuklama emri çıkarılmıştır. Irak'ın eski diktatörü Saddam Hüseyin de Irak Özel Mahkemesi tarafından insanlığa karşı suçlardan mahkûm edilerek idam edilmiştir. Broomhall, böyle durumlarda, devlet adamlarının bu tür insanlık dışı ve aşağılayıcı eylemlerinin talihsiz olduğunu ve uluslararası toplumun barış ve güvenliğe olan inancını baltaladığını ve "insanlığın vicdanını şok ettiğini" belirtmiştir¹⁰². Uluslararası hukukta bireysel ceza sorumluluğunun uygulanmasının birçok insan için gerçeklikten çok bir hayal olduğu açık olsa da yepyeni bir içtihadın kök salmaya başladığı bazı temel şablonlar oluşturulmuştur.

Son olarak Roma Statüsü, 18 yaşından küçüklerin işlediği suçlar konusunda bir istisna getirmektedir. Buna göre, 18 yaşından küçük olanlar, işledikleri suçlardan dolayı UCM kapsamında ceza sorumluluğuna tabi tutulmamaktadır. Bu durum, çocukların korunması ve uluslararası hukukun genelinde kabul edilen çocuk hakları ilkesine dayanmaktadır. Roma Statüsünün bu yaklaşımında, çocukların silah altına alınması ve silahlı çatışmalarda kullanılmasının yasaklanmasını içeren uluslararası çocuk hakları sözleşmeleri, özellikle Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (CRC) önemli bir rol oynamaktadır. Aynı zamanda statü, 18 yaş altındaki çocukları ceza sorumluluğundan muaf tutarak, çocuk haklarına saygı göstermeyi, uluslararası hukukun evrensel değerlerini yansıtmayı, çocukları silahlı çatışmaların zararlarından korumayı ve onların normal gelişimlerini desteklemeyi hedeflemiştir.

D. 2010 KAMPALA KONFERANSI

Kampala Konferansı¹⁰³, uluslararası ceza hukukunun gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Uganda'nın başkenti Kampala'da gerçekleşen Konferans'ta UCM'nin yargı yetkisini genişletmeye yönelik düzenlemeler kabul edilmiştir. Konferansın ana gündem maddesi,

2019 tarihli beraat kararını oy çokluğuyla onamıştır. *Judgment, Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, (ICC-02/11-01/15), Appeals Chamber, 31 March 2021, <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>, (Erişim: 15.08.2023).

¹⁰² Adjei, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", s.71-72.

¹⁰³ 31 Mayıs ve 1 Haziran 2010 tarihlerinde yapılan Kampala konferansı, Türkiye dahil olmak üzere, toplam 83 ülke katılımıyla gerçekleşmiştir. (Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bangladeş, Belçika, Bolivya, Botswana, Brezilya, Bulgaristan, Burkina Faso, Kanada, Orta Afrika Cumhuriyeti, Şili, Çin, Kolombiya, Kongo, Kosta Rika, Fildişi, Küba, Çek Cumhuriyeti (Çekya), Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvador (ayrıca UNASUR, Güney Amerika Ülkeleri Birliği adına), Mısır (ayrıca Bağlantısızlar Hareketi adına), El Salvador, Estonya, Fiji, Finlandiya, Fransa, Gambiya, Gürcistan, Almanya, Gana, Yunanistan, Gine, Guatemala, Macaristan, Vatikan (Holy See), Hindistan, Endonezya, İrlanda, İran, İtalya, Japonya, Ürdün, Kenya (Afrika Taraf Devletleri adına da), Kuveyt, Lesotho, Lihtenştayn, Lüksemburg, Mauritius, Meksika, Karadağ, Namibya, Hollanda, Yeni Zelanda, Nijerya, Norveç, Paraguay, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Samoa, Senegal, Sierra Leone, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspanya (Avrupa Birliği adına da), Surinam, İsveç, İsviçre, Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, Trinidad ve Tobago, Türkiye, Uganda, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti, ABD ve Venezuela. Ayrıca Filistin temsilcisi, Afrika Birliği, Asya-Afrika Hukuki Danışma Örgütü, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası İnsani Gerçekleri Araştırma Komisyonu, Arap Devletleri Ligi ve Uluslararası Frankofoni Örgütü temsilcileri ve sivil toplum örgütlerinin temsilcileri tarafından da açıklamalar yapılmıştır: Action des Chrétiens Activistes des Droits de l'Homme à Shabunda, Amnesty International, Coalition for the International Criminal Court, Comisión Andina de Juristas, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Human Rights Network-Uganda (HURINET-U), Human Rights Watch, No Peace Without Justice ve Women's Initiative for Gender Justice). Bkz. Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court Kampala, 31 May – 11 June 2010 Official Records, https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.I-ENG.pdf, (Erişim: 05.04.2023).

UCM'nin Roma Statüsünde yapılan ve saldırı suçunu UCM'nin yargı yetkisi altındaki suçlar arasına dahil eden değişikliğin kabul edilmesi olmuştur¹⁰⁴. Bu değişiklik, devlet ve devlet dışı aktörler tarafından işlenen saldırı eylemlerinin cezasız kalmasına karşı mücadelede önemli bir dönüm noktası olmuştur. Saldırı suçunun UCM'nin yargı yetkisine dahil edilmesinin birkaç önemli sonucu bulunmaktadır. İlk olarak, uluslararası hukukta tartışmalı bir konu olan saldırı suçunun tanımının netleştirilmesine yardımcı olmuştur. İkinci olarak, bireylerin saldırı eylemlerinden sorumlu tutulmaları için yasal bir çerçeve sağlamıştır. Üçüncü olarak, potansiyel saldırırganlara uluslararası toplumun bu suçu ciddiye aldığı ve hoş görmeyeceği yönünde güçlü bir mesaj göndermektedir. Sonuç olarak, Kampala Konferansı ve Roma Statüsünde yapılan değişikliğin kabulü, uluslararası ceza hukukunun geliştirilmesi ve ciddi suçların cezasız kalmasıyla mücadelede ileriye doğru atılmış önemli bir adımı temsil etmektedir. Uluslararası toplumun, bireyleri eylemlerinden sorumlu tutma ve uluslararası hukuka saygıyı teşvik etme konusundaki kararlılığını göstermektedir¹⁰⁵.

Saldırı Suçuna ilişkin Kampala Değişiklikleri ile ilgili UAD'nin kuvvet kullanma sorunlarına ilişkin içtihadı, UCM'nin yargı yetkisine girecek olan yeni tanımlanmış bu suç türünün yorumlanmasıyla ilgili birtakım tartışmalar ortaya çıkarmıştır. Bunun nedeni de kısmen, Kampala'da tanımlandığı şekliyle saldırı suçunun, "niteliği, büyüklüğü ve ölçeği itibarıyla BM Şartı'nın açık ihlalini teşkil eden" bir "saldırı eyleminin" işlenmesini gerektirmesidir. Ancak, saldırı suçundan mahkûmiyet için bir devletin böylesine açık bir ihlalden sorumlu olduğunun tespitinin gerekli olması, UCM'nin devletin sorumluluğuna ilişkin tespitlerde bulunmasına ilişkin soru işaretleri doğurmaktadır. UCM'nin yargı yetkisi sadece bireylerin cezai sorumluluğunun belirlenmesini kapsamaktadır. Bu bireyler aynı zamanda devletlerin yetkilileri veya temsilcileri olduğunda, bireyin eylemlerinin atfedilebileceği devletin sorumluluğu hakkında da sorular ortaya çıkabilmektedir. Gerçekten de UCM'nin yargı yetkisi dahilindeki bir uluslararası suçun, eylemleri devlete atfedilebilecek bir devlet organı veya kişi tarafından işlenmesi durumunda, genellikle uluslararası hukukun ihlali nedeniyle devletin sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Bunun nedeni, UCM'nin yargı yetkisi dahilindeki tüm suçların "çifte yükümlülükler" kavramını yansıtmasıdır. Yani, bu "esas suçların" altında yatan yasaklar sadece bireylere yönelik olmayıp, aynı zamanda devletlere yüklenen aynı yükümlülüklerle de ilgilidir. Soykırım yasağı hem bireylere hem de devletlere yöneliktir; savaş suçları devletler için açıkça bağlayıcı olan uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleridir ve insanlığa karşı suçlar esasen insan hakları hukukundan türetilmiştir. Bir devlet organının bireysel cezai sorumluluk oluşturan uluslararası bir suç işlediğine dair bir saptama, genellikle eylemlerinin atfedilebileceği devletin sorumluluğunu doğuran uluslararası haksız bir eylemde bulunduğu anlamına gelse de devlet sorumluluğuna dair böyle bir tespit bulunmak çoğunlukla UCM'nin görevi olmayacaktır. UCM'nin devlet organlarının bu tür suçları işlemeye yönelik bir politikası olduğuna veya bu yönde bir plan geliştirdiğine dair bir tespit bulunması gerektiği durumlarda bile, bu tespitler devlet sorumluluğunun dile getirilmesi veya belirlenmesi değil, daha ziyade devletin sorumluluğunu

¹⁰⁴ Meagan S, Wong, "Aggression and State Responsibility at the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.70, Issue 4, 2021, s.990.

¹⁰⁵ Hussain, vd., "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", s.227.

ortaya koyacak bir tespitten öteye geçemeyecektir. Ancak saldırı suçu söz konusu olduğunda, suçun tanımı UCM'nin suçun işlenmesine ilişkin bireysel sorumluluğun tespiti için bir ön koşul olarak devletin sorumluluğuna ilişkin bir tespitte bulunmasını gerektirmektedir¹⁰⁶. Yani burada bir devlet organının bir soykırım eylemi ya da insanlığa karşı suç işlediğinin tespit edilmesinden kaynaklanan bir çıkarımdan değil, uluslararası hukuk kapsamında bireysel cezai sorumluluğun tespitinin ön koşulu olarak doğrudan devlet sorumluluğunun tespitinden bahsedilmektedir. Saldırı suçuyla ilgili olarak devlet ve birey sorumluluğu arasındaki bu gerekli bağlantı, saldırı suçunun diğer "uluslararası suçlardan" farklı olduğunu göstermektedir. Uluslararası ceza adaleti düşüncesinin "uluslararası hukuka karşı işlenen suçların soyut varlıklar tarafından değil, insanlar tarafından işlendiğini" ortaya koymakla ilgili olduğu, vurgunun ve odağın suç işleyen bireyin sorumluluğuna yapıldığı ve devletin sorumluluğunun ikincil olduğu ileri sürülebilse de saldırı söz konusu olduğunda, devlete odaklanma, mahkemenin öncelikle devletin sorumluluğuna karar vermesi gerektiği ve ancak bunu yaptıktan sonra bireysel suçluluğu veya masumiyeti belirlemeye geçebileceği şeklinde devam etmektedir¹⁰⁷. Ayrıca, devlet ve birey sorumluluğu arasındaki gerekli bağlantı, UCM açısından birtakım sorunlara yol açmakta ve tartışmaya açık hale getirmektedir. İlk sorun, devlet yöneticileri saldırı suçundan yargılanan bir devletin, söz konusu olayda BM Şartı'nın açıkça ihlal edilmediğini savunmak için UCM yargılamalarına müdahale edip edemeyeceğidir. Bununla bağlantılı ikinci sorun ise, UCM'nin uluslararası hukuk kapsamında bireysel cezai sorumluluğun varlığını belirleme bağlamında devlet sorumluluğuna ilişkin, dolaylı bir tespitte bulunma yetkisine sahip olup olmadığıdır¹⁰⁸. Sınırlı yargı yetkisi altında faaliyet gösteren herhangi bir mahkeme, yargı yetkisine giren temel hukuki sorunu çözebilmek için gerekli olan dolaylı tespitleri ne ölçüde yapabileceğini belirlemek zorundadır. Sorun, UCM'nin dolaylı bir tespit yapmak zorunda olması değil, Mahkeme'nin önünde olmayan bir devletin sorumluluğuna ilişkin bir tespit yapmak zorunda olmasıdır. UCM'nin saldırı suçu için bireysel cezai sorumluluğa ilişkin tespitlerde bulunurken devletin sorumluluğuna ilişkin sorunları da ele alması gerektiği gerçeği, Mahkeme'nin bu suç üzerindeki henüz belirsiz yargı yetkisi hakkında nasıl düşünebileceğimize dair sonuçlar doğurmaktadır.

Bir dizi tartışmayı da beraberinde getiren 2010 Kampala Konferansı tarihe geçerek UCM Statüsünün ilk Gözden Geçirme Konferansı'nın saldırı suçu üzerinde anlaşmaya vardığı dönüm noktası olarak kabul edilmiştir¹⁰⁹. Bununla birlikte, saldırı suçunu tanımlamak, ne anlama geldiği konusunda oldukça az anlaşma bulunduğu için yarım yüzyıl sürmüştür¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vijay, Padmanabhan, *From Rome to Kampala: The U.S. Approach to the 2010 International Criminal Court Review Conference*, Council On Foreign Relations Press, 2010, S.14.

¹⁰⁷ Dapo, Akande – Antonios, Tzanakopoulos, "The Crime of Aggression in the ICC and State Responsibility", *Harvard International Law Journal*, Vol.58, 2017, s.34.

¹⁰⁸ Padmanabhan, *From Rome to Kampala: The U.S. Approach to the 2010 International Criminal Court Review Conference*, s.23.

¹⁰⁹ Hans Peter, Kaul, "Kampala June 2010 – A First Review of the ICC Review Conference", *Goettingen Journal of International Law* Vol.2, No.2, 2010, s.658.

¹¹⁰ Hussain, vd., "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", s.227.

SONUÇ

Zamanın başlangıcından bu yana savaşlar ve çatışmalar her zaman var olmuş ve bu çatışmalar sırasında işlenen uluslararası suçlar ve suçluların yargılanması konusu da tarih boyunca tartışma yaratmıştır. İşlenen uluslararası suçlardan devletlerin değil, insanların sorumlu olduğu sonucuna varmak da bin yıldan fazla zaman almıştır. Uluslar, I. Dünya savaşının dehşetini ya da sebep olanları sorumlu tutmadaki başarısızlığın etkisini II. Dünya Savaşı'na kadar anlayamamıştır. Bunun nedeni II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar, devlet temsilcilerinin, yöneticilerin ve güvenilir askeri generallerin cezazsızlığı tercih etmeleri olmuştur. Çünkü kralların ve liderlerin kendi ulusal sınırları içinde işledikleri suçlardan diğer uluslara karşı sorumlu tutulmaması gerektiği düşünülmüştür. Ülkeleri adına hareket ettiklerine inandıkları için, ulusal egemenlik fikri onlara herhangi bir bireysel cezai sorumluluğa karşı kalkan olarak kullandıkları bir koruma sağlamıştır. İmparatorlar ve uluslar, siyasi hedeflerini ilerletmek için her türlü zulmü kullanmakta kendilerini özgür hissetmiştir. Ancak savaşın acı sonuçlarıyla yüz yüze gelen insanoğlu, uluslararası suçların mağdurlarına karşı misilleme yapılmasını önlemek için daimî bir uluslararası ceza mahkemesi kurma kararı almıştır.

Önceden var olan ve uzun süredir uykuda olan ilkeler, savaş sonrasında Alman ve Japon komuta subayları ile uluslararası suçlardan sorumlu askeri görevlilerin yargılandığı davalarla hayata geçirilmiştir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Nürnberg ve Tokyo mahkemeleri, bireysel cezai sorumluluk kavramının uluslararası hukukun bir parçası olarak görülmesini sağlamıştır. Bu mahkemeler, savaş sırasında ve sonrasında gerçekleşen ciddi insan hakları ihlalleri ve suçlarının bireysel liderlerin ve yetkililerin sorumluluğunda olduğunu vurgulamış ve uluslararası hukuka dayalı bir yargılama süreci ile bu sorumluluğun yerine getirilmesini sağlamıştır. Bu mahkemelerin mirası, modern uluslararası ceza hukukunun temel taşlarından birini oluşturmuştur. Nürnberg ve Tokyo mahkemesinin yanı sıra BM Güvenlik Konseyi tarafından *ad hoc* mahkemeler olarak kurulan ICTY ve ICTR, çekişmeli bir başlangıca rağmen, ilk olarak bireysel cezai sorumluluğun unsurlarını detaylandırmış ve bu iki uluslararası ceza mahkemesi, uluslararası ceza hukuku olarak bilinen yeni bir hukukun gelişiminde devrim yaratmıştır.

Roma Statüsüyle kurulan UCM ile, uluslararası arenada savaş suçları, soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi suçları yargılayan ve bireysel cezai sorumluluğu ilke edinen uluslararası bir yargı mekanizması ortaya çıkmıştır. 2010 yılında yapılan ve beraberinde tartışmaları da getiren Kampala Konferansı, UCM'nin yargı alanını genişleterek, saldırı suçunu da mahkemenin yargı yetkisine dahil etmiştir.

Sonuç olarak, bireysel cezai sorumluluk ilkesi, insanlık tarihinde uzun bir evrim sürecinden geçerek modern hukukun temel taşlarından biri haline gelmiştir. Bu ilke, adaletin sağlanması, insan haklarının korunması ve toplumsal düzenin sürdürülmesi açısından hayati bir öneme sahiptir. İlke ile suçların işlenmesine karşı caydırıcılık artırılmış, mağdurlara haklarını alma ve travmalarını hafifletme fırsatı sunulmuş, uluslararası toplumun birlikte çalışarak suçların cezazsız bırakılmadığı bir dünya oluşturma hedefi gerçekleştirilmek istenmiştir.

KAYNAKÇA

- Adjei, William Edward, "The Development of Individual Criminal Responsibility Under International Law: Lessons from Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials", *Journal of Legal Studies*, Vol.25, Issue 39, 2020, s.69-97.
- Akande, Dapo ve Antonios, Tzanakopoulos, "The Crime of Aggression in the ICC and State Responsibility", *Harvard International Law Journal*, Vol.58, 2017, s.33-36.
- Aksar, Yusuf, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.4, 2003, ss.131-146.
- Aksar, Yusuf, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.2, 2003, ss.125-139.
- Aksar, Yusuf, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Alaşqar, Muath Mohammed, Abdul Rahim, Asmar ve Ahmad Shamsul, Abd Aziz, "War Crimes in Gaza Strip from Year 2008-2021: Individual Criminal Responsibility under the Legal Framework of Rome Statute of The International Criminal Court", *Journal of International Studies*, Vol.19, No.1, 2023, s.61-93.
- Azarkan, Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, 2003, ss.275-297.
- Banketas, Ilias, "Individual Responsibility and the Evolving Legal Status of the Physical Person in International Human Rights Law", *The Sixtieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Ashgate, 2010, s.431-444.
- Batur Yamaner, Melike, A. Emre, Öktem, Bleda, Kurtdarcan ve Mehmet C., Uzun, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/94/ekutuphane4.1.6.6.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Cassese, Antonio, "Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009, s.1-9.
- Çakmak, Cenap, *Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama, Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı*, Ekin Basım Yayın-Dağıtım, 2014.
- Çelik, Şener, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tutuklama Kararlarıyla İlgili Bir Değerlendirme: Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir Örneği", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, C.7, S.14, 2011, ss.87-100.
- De Wett, Erika, "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", Dinah Shelton (Ed), *The Oxford Handbook on Human Rights*, 2013, s.1-23.
- Demirel, Muhammed, *Amirin Emri: Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
- Erten, Makbule Ezgi, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya – İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağımsızlığı*, Legem Yayıncılık, Aralık 2016.
- Gallmetzer, Reinhold ve Mark, Klamburg, "Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court", *The Summer School on International Criminal Law*, 2005, s.60-77, <https://ssrn.com/abstract=1576024>.

- Gergen, Thomas, "The Peace of God and its legal practice in the Eleventh Century", *Cuadernos de Historia del Derecho*, Vol.9, 2002, s.11-27, <https://core.ac.uk/reader/38811880>.
- Goy, Barbara, "Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court A Comparison with the Ad Hoc Tribunals", *International Criminal Law Review*, Vol.12, Issue 1, 2012, s.1-70.
- Green Martínez, Sebastián, "Locus Standi Before the International Court of Justice for Violations of the World Heritage Convention", *Transnational Dispute Management*, Vol.5, 2013, s.1-10.
- Greppi, Edoardo, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", *International Review of the Red Cross*, Vol.81, Is.835, 1999, s.531-553.
- Güneysu Gökhan, "Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss.833-849.
- Hladík, Jan, "The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity", *International Review of the Red Cross*, Vol.81, Is.835, 1999, s.621-635.
- Hough, Barry, "A Re-examination of The Case for a Locus Standi Rule in Public Law", *Cambrian Law Review*, Vol.28, 1997, s.83-104.
- Johnson, Ben, "Prohibition Against Ex Post Facto Laws", *House Research, Short Subjects The Constitution and the Legislature*, 2017, <https://www.house.mn.gov/hrd/pubs/ss/clssexpost.pdf>.
- Karaca, Mustafa, "Waffen SS Propaganda Faaliyetleri", *European Journal of Managerial Research*, C.2, S.2, 2018.
- Kaul, Hans Peter, "Kampala June 2010 – A First Review of the ICC Review Conference", *Goettingen Journal of International Law* Vol.2, No.2, 2010, s.649-667.
- Khan, Abdus Samad, Anjum, Bibi, Asif, Khan ve Ishaq, Ahmad, "Responsibility of Sexual Violence under International Law", *Journal of Social Sciences Review*, Vol.3, No.1, 2023, s.29-41.
- Mysliwicz, Eva, *Punishing The Poor: The International Isolation of Kampuchea*, Oxford, UK: Oxfam, 1988.
- Nazar, Hussain, Asif, Khan, Liaquat Ali, Chandio ve Sahib, Oad, "Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause", *Pakistan Journal of Humanities and Social Sciences*, Vol.11, No.1, 2023, s.223-232.
- Padmanabhan, Vijay, *From Rome to Kampala: The U.S. Approach to the 2010 International Criminal Court Review Conference*, Council on Foreign Relations Press, 2010.
- Philippe, Kirsch, "The International Criminal Court", *McGill Law Journal*, Vol.46, 2000, s.255-261.
- Poyraz, Yasin ve Ömer Vehip, Önen, "Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 2019/1, 2019, ss.187-222.
- Rhea, Harry M., "The First Attempt to Prosecute The Crime of Aggression", *Journal of Transnational*, Vol.28, 2018-2019, s.47-76.
- Sarıgüzel, Hacı, "Uluslararası Ceza Hukuku", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.3, 2013, ss.230-273.
- Sperfeldt, Christoph, "Nationality as Reparation? The Case 002/02 Trial Judgment at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Statelessness and Citizenship Review*, Vol 5, No.1, 2023, s.118-126.
- Steiner, Henry J. ve Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Şen, Ersan, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Yayıncılık, Mart 2009.
- Tabur, Yeter ve Erdi, Şafak, "Küresel İklim Krizi ile Mücadelede Uluslararası Hukukun Rolü ve Ekokırım Suçu", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13, S.1, Haziran 2023, ss.83-114.

- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan, Erdem ve Murat, Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Uçar, Mustafa, “1998 Tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün Konu Bakımından Yargı Yetki-sine İlişkin Hükümlerinin Kimyasal Silahlar Açısından Yorumlanması”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2023, ss.209-248.
- Werle, Gerhard “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, Journal of International Criminal Justice, Vol.5, Is.4, 2007, s.953-975.
- Wonh, Meagan S, “Aggression and State Responsibility at the International Criminal Court”, International and Comparative Law Quarterly, Vol.70, Is.4, 2021, s.961-990.
- Zhaoqi, Cheng, A History of War Crimes Trials in Post 1945 Asia-Pacific, Palgrave Macmillan, Singapore, Springer 2019.

İnternet Kaynakları

- <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>
- <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>
- http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf
- http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf
- https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.I-ENG.pdf
- https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-SWGCA-1_English.pdf
- <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-30>
- <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945/article-6b>
- https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf
- <https://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versay/versa6.html>
- <https://vfwvy.org/uploads/Articles/Bells/Sec2ofGO100LieberCode1863.pdf>
- <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>
- <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>
- <https://www.icc-cpi.int/defendant/muammar-gaddafi>
- <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda>
- <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>
- <https://www.icty.org/x/cases/karadzic/trans/en/120410ED.htm>
- <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>
- https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

EXTENDED SUMMARY

THE DEVELOPMENT OF INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY: FROM AD HOC TRIBUNALS TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT WILL

Makbule Ezgi Erten, Assist. Prof.

Kırıkkale University, ezgierten@kku.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-2477-7186>

The history of humanity, from the past to the present, has been an inevitable element of wars and conflicts. These conflicts between different communities, nations or ideologies have been one of the decisive factors shaping the evolution and history of humanity. The conflicts experienced in this long-term process have been the precursors of a series of important events such as the interaction of cultures, political changes and social transformations. Therefore, the traces of wars and conflicts have constituted one of the fundamental elements of the complex story of humanity. With the end of the two great World Wars, which can be considered as a source of shame for humanity, states have taken some protective measures on how the international community should live together and have expanded the definition and scope of crimes in the context of international law. It has been decided that not only states but also individuals acting on behalf of the state should be punished for the crimes committed. In particular, the individual criminal responsibility of state officials or individuals who committed international crimes was accepted and they were tried for the international crimes they committed. These trials have created an environment in which the victims of the war have received a modicum of justice. Undoubtedly, the institutions that made the greatest contribution to the development of individual criminal responsibility in the international arena were the Nuremberg, Tokyo and Ad Hoc tribunals. In the aftermath of World War II, a deeper understanding of both the traditional responsibility of states and the personal responsibility of individuals to pursue serious violations of the laws of war emerged in the international community. The appalling crimes committed by the Nazi and Japanese regimes led to rapid agreements between the Allied Powers and the subsequent establishment of the Nuremberg and Tokyo International Military Tribunals "for the prosecution of war criminals, individually or as members of organisations or groups, with no specific geographical location". These specialised judicial bodies included new categories, such as crimes against humanity and crimes against peace, and addressed individual responsibility as well as war crimes. Individual criminal responsibility was first explicitly raised at the international level at the Nuremberg Tribunals and these tribunals are considered to be the first recognised examples of such responsibility in international law. The jurisprudence developed in

these special tribunals provided the impetus for the development of the Rome Statute of the International Criminal Court. Today's wars are often not fought between two states, but rather as internal conflicts between parties within states, often led by irresponsible leaders. This situation shows that states have to emphasise the need for international criminal justice in order to raise universal awareness and strengthen the national legal system in order to eradicate their own impunity. In this context of widespread internal conflicts, it has become inevitable for the international community to develop an approach to such problems. This approach has been characterised by the establishment of ad hoc tribunals in the aftermath of crises such as the former Yugoslavia and Rwanda. These tribunals made significant contributions to the development of international criminal law and led to the shaping of the Rome Statute of the International Criminal Court through diplomatic conferences and court decisions. This process is seen as a step towards a more effective legal framework for conflicts between states. The trend towards internationalisation supports the establishment of international criminal mechanisms to strengthen the responsibility of leaders and criminal accountability. This is a milestone in the evolution of international law, enabling the international community to play a more effective role in combating human rights violations caused by internal conflicts. In sum, it is recognised that the concrete perpetrators of war crimes and crimes against humanity are human beings and that the punishment of individuals who commit such heinous crimes is essential for the effective functioning and implementation of international law.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

KURAMSAL BOYUTUYLA “İSTİSNA HALİ” ÜZERİNE BİR İNCELEME

AN EXAMINATION ON THE “STATE OF EXCEPTION” IN ITS THEORETICAL DIMENSION

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur Kaya*

ÖZ

İstisna hali küresel anlamda giderek gerek anlam gerek kapsam bakımından genişlemektedir. Bu bakımdan istisna halinin küresel bir olgu olarak dikkate değer bir konu olmaya devam ettiğini söyleyebiliriz. Çalışmamız kapsamında baktığımızda genel itibarıyla istisna halinin tarihsel süreçte bir “egemen” ve bunun “karar”ına bağlı olarak geliştiğini belirtmek gerekir. Ne var ki istisna hali egemen ve bunun karar anı üzerinden okunduğunda pek çok sorun ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlardan en temeli istisna halinin hukukilik olan bağı ve işlevselliğidir. Gerçekten de istisna hali hukuki bir “bir”lik formu olarak devlet yerine egemen üzerinden okunduğunda hukukiliğini yitirmek durumunda kalabilmektedir. Burada elbette hukukilik ile kastettiğimiz istisna haline dair yasalık ile birlikte meşruluğa da atıfta bulunmaktadır. Çalışmada ileri sürülen sav, istisna haline ilişkin karar ve uygulamanın egemen ekseninde olmak yerine hukuki bir form olan devlet ile bütünlük bir şekilde dayanak ve işleyiş göstermesidir. Çünkü ancak bu şekilde istisna hali keyfi olmaktan sıyrılır ve vatandaşlar tamamıyla hukuk içerisindeki bir istisna haliyle karşı karşıya kalır. Bu da temel hak ve özgürlükler açısından oldukça önemli bir garanti sağlamaktadır. İşte bu doğrultuda çalışmamızda öncelikle istisna halinin devletle ilişkisi incelenmiş, ardından daha geniş bir kapsamla siyasal olanla etkileşimine değinilmiştir. Bu bakımdan semantik fonksiyonu tespit edilen istisna halinin egemen kavramıyla olan bağı irdelenmiştir. Nihayet en sonda bir değerlendirme sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Siyasal Olan, Egemen, Devlet, İstisna Hali, Hukuki Form

* Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-5888-1750 semih.batur@yahoo.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

The state of exception is gradually expanding globally both in terms of meaning and scope. In this respect, we can say that the state of exception continues to be a noteworthy issue as a global phenomenon. When we look at it within the scope of our study, it should be noted that the state of exception has generally developed depending on a “sovereign” and its “decision” in the historical process. However, when the state of exception is dominant and it is read through the moment of decision, many problems may arise. The most fundamental of these problems is the legality and functionality of the state of exception. Indeed, the state of exception may have to lose its legality when it is read through the sovereign rather than the state as a legal form of unity. Of course, what we mean by legality here is to refer to the legitimacy as well as the legality of the state of exception. The argument put forward in the study is that instead of being at the dominant axis of the decision and practice regarding the state of exception, it is based and functions in an integrated manner with the state, which is a legal form. Because only in this way does the state of exception cease to be arbitrary and citizens are faced with a state of exception within the law. This provides a very important guarantee in terms of fundamental rights and freedoms. In this direction, in our study, we firstly examine the issue of the state of exception with the state. In this regard, the semantic function identified for the state of exception and its connection with the concept of sovereignty have been analyzed. Finally, an evaluation is presented at the end.

Keywords: Political, Sovereign, State, State of Exception, Legal Form

GİRİŞ

İstisna hali küresel bir olgu haline gelmiştir. Dolayısıyla gün geçtikçe adeta güncellenen istisna hali, üzerinde düşünölmeye değer bir konu olmaya devam etmektedir. Ne var ki istisna hali tarihsel ve düşünsel bağlamı içerisinde genel itibariyle egemen üzerinden okunduğunda çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan en önemlisi istisna halinin bir karar "anı"na indirgenebilmesi ve dolayısıyla hukuk formu olarak tanımlanmasının zorlaştırılmasıdır. Bu da kişiyi istisna hali karşısında "çıplak", yani savunmasız bırakmaktadır. Oysaki toplumun sürekli bir izlenme, taranma ve gözetim altında tutulması liberal olmayan bir yönetim tekniğı ile keyfiliğe oldukça elverişlidir. Bizim burada savunduğumuz mekanizma ise devlet formu, yani hukukileştirilmiş ve dolayısıyla mutedilleştirilmiş istisna halinin zeminini sorgulamaktır.

Devletin işlevsel etkisi ile onun kompozit yapısının etkileyici bir şekilde yeniden inşasının modern dönem itibariyle istisna hali üzerinden okunması popüler bir çıkış noktasıdır. Bu hususun esasen konumuz bakımından fonksiyonel bir değeri haiz olduğu söylenmelidir. Devlet kolektif hafızaya sahip bir varlık olarak egemen fenomeni ekseninde arkaik bir hareket tarzına sahip olmanın ötesinde bir "yüksek otorite" olarak varlık bulmalıdır. Daha sonra demokratik çağa geçişle beraber, mutlakiyetçiliğın görkemli hareket tarzı ve programı ve buna karşılık gelen istisna hali tekniğı sona erebilmiştir. Nitekim bunun yerine liberal bir hayal gücü olarak demokratik hukuk normunun itici gücü geçmiştir.

Bu çalışmayla hedeflediğimiz şey, istisna haline yönelik normalleşmenin hukuk evreninde belirginleştiğini saptamaktır. Burada özgürlükleri korumayı gaye edinen müdahalenin sınırları ve eşiklerinin yanı sıra devlet ve kişilerin görev dağılımının yetkin bir şekilde inşası ile ilgili kategorik bir hukuk formu yakalamanın kaçınılmazlığı anlatılmaktadır. Egemen kimliğinden sıyrılan ve devlet olarak "bir"e ulaşan bir mekanizmanın çarkları elbette hukuki olmak durumundadır. Bu şekilde tavsir edilen devlet, istisna hali karşısında güvenlik ile özgürlüğü bir dikotomi şeklinde ele almaz. İstisnanın hukuki normalleşmesinin açık bir göstergesi ancak bu şekildeki bilişselden varoluşsala doğru merkezi bir kaymanın gerçekleşmesi ve özgürlükler mimarisinin tehlike önleme ve yapısal çarpıklıkları çözme kabiliyetini haiz olmasıdır.

I. BİR HUKUKİ FORM OLARAK DEVLET VE İSTİSNA HALİ

Devlet bir siyasal birlik biçimidir. Bu siyasal birlik kendi içerisinde sosyal ve hukuksal yaşam rejimini de içermektedir. Dolayısıyla devlet daha genelde insana dair olanın yalnızca bir birlik formudur. Böyle olmakla devleti tanımlamak, ne tür bir siyasal birlik olduğunu açıklamak onun diğer insan birliği biçimleriyle daha genel olarak ise insan kolektivitesi türleri ile olan ilişkisini açıklamaktan geçer.

Ancak bu faaliyetler kolayca açıklanacak meseleler değildir. Şöyle ki;¹ birincisi, devlet bir tarihle bir ilişki biçimidir, bu nedenle tarif edilecek olan varlık evrimleşmiş veya gelişmiştir ve bu nedenle bir anlık görüntüde kolayca yakalanamaz. İkincisi, devlet kavramının kendisinin bir tarihi vardır, bu nedenle terimin herhangi bir şekilde anılması, onun çok farklı şekillerde kullanılmış olduğu gerçeğiyle ilgilenmek zorunda kalacaktır. Üçüncüsü, devlet olduklarını

¹ Bkz. Chandran Kukathas, "A Definition of the State", University of Queensland Law Journal 33/2 (2014), s. 366.

iddia eden veya devlet olarak kabul edilen varlıkların tümü, büyüklükleri, uzun ömürleri, güçleri, siyasi örgütlenmeleri ve meşrulukları bakımından farklılık gösterdikleri için aynı türden varlıklar değildir. Dördüncüsü, devlet siyasi bir varlık olduğu için, devlete ilişkin herhangi bir açıklama, kendileri de devlet kavramı kadar tartışmalı olan - meşruiyet gibi - normatif kavramları yaymalıdır. Devleti tanımlamak benzersiz bir şekilde zor olmasa da, bu sorunların kabul edilmesi gerekir.²

Bu durumu basitleştirirsek, devletin analizini karakteristik olarak iki tür soru sormuş olarak düşünebiliriz.³ İlk ve daha normatif veya değerlendirci soru şudur: Devlet ne olmalıdır ve ne yapmalıdır? Bu, bizi herhangi bir siyasi otoriteyi kurmak ve sürdürmek, devlet ile üyeleri arasındaki uygun ilişkiyi ve devlet eyleminin kabul edilebilir sınırlarını tanımlamak için uygun koşulları düşünmeye davet eder. Ancak bu husus, siyaset felsefecilerinin en büyük endişesi olmuştur.

İkinci ve daha "olgulara dayalı" veya ampirik soru şudur: Devletler gerçekte nasıldır? Siyaset bilimciler ve siyaset sosyologları tarafından en sık ele alınan soru budur. Uygulamada, iki yaklaşım bu kadar net bir şekilde ayrılamaz. Birçok yorumcu için açıklama ve değerlendirme örtüşmektedir. Hem destekçileri hem de muhalifler için, devletlerin gerçekten neye benzediği, onların nasıl olması gerektiğini (makul bir şekilde) varsayabileceğimiz hakkında bir şeyler ima eder. Bununla birlikte, daha değerlendirci iddiaların asla uzak olmadığını kabul ederek, burada bizim de⁴ birincil odak noktamız ikinci tür soru üzerinde olacaktır.

Weber'e göre, modern devlet, kendisi daha genel bir siyasi birlikler kategorisinin özel bir biçimi olan devletin özel bir biçimidir. Sürekli operasyonları yürütmesi zorunlu bir siyasi örgüt; emrinin uygulanmasında fiziksel gücün meşru kullanımının tekeline yönelik iddiaların başarıyla desteklendiği birlik olarak modern devlet tezahür eder. Modern devlet, idari kadronun örgütlü faaliyetlerinin de yönetmeliklerle kontrol edildiği, mevzuatla değiştirilebilen bir idari ve hukuki düzene sahiptir. Bu emir sistemi, yalnızca devletin üyeleri üzerinde ya da çoğu doğuştan üyelik kazanmış vatandaşlar üzerinde değil, aynı zamanda çok büyük ölçüde kendi yargı alanında gerçekleşen tüm eylemler üzerinde de bağlayıcı otorite talep eder. Bu nedenle modern devlet, zorunlu bir organizasyondur. Modern devletin güç kullanımını tekelleştirme iddiası, onun için zorunlu yargı yetkisi ve sürekli operasyon niteliği kadar önemlidir.⁵

Bununla birlikte modern devlet, devletin esasını oluşturan yukarıdaki açıklamalardan hareketle ancak hukuki bir form oluşturduğu ölçüde meşruluk bulur. Netice olarak kanaatimizce⁶ devlet siyasal olanın hukuki bir form bulduğu noktada:

- a. Devletin kendisel bir varlık olarak vatandaşlarının çıkarları dışında özgün çıkarları olabilen bir birlik olmamalıdır.

² Ayrıca modern devletin doğuşu için bkz. Harold J. Laski, *Authority in the Modern State*, Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 5-8.

³ Christopher Pierson, *The Modern State*, London ve New York: Routledge, 1996, s. 6-7.

⁴ Pierson, *The Modern State*, s. 7.

⁵ Max Weber, *Economy and Society*, New York: Bedminster, 1978, s. 54-56.

⁶ Aksi yönde bkz. Kukathas, *A Definition*, s. 357.

- b. Devlet vatandaşların nazarında yabancı bir güç şeklinde bir fenomene dönüşmemelidir; insan yapımı olan devlet tamamıyla insan kontrolünde olmalıdır.
- c. Devlet çoğunlukla vatandaşların çıkarını korumak için orda olmalıdır; bu anlamda devlet, vatandaşlarının birbiriyle uzlaşmasına yardımcı olmalı, çatışan çıkarları uyumlaştırmalıdır.
- d. Devlet nihai olarak iktidar fenomeninin bir somutlaşmasıdır. Dolayısıyla devletin maddi bir nesne olarak varlığı vardır ve belirli bir alanla sınırlıdır.
- e. Devletin vatandaşlarından özerk, kendisine has bir yaşam rejimi yoktur.

Ayrıca tekil ve doğrusal açıklamaların aksine, modern bilim devlete dair kurumsal türlerdeki farklılıkları analiz etme eğilimindedir ve bu tür farklılıkların açıklamalarını mikro düzeyde arar. Geniş çevresel değişimlerin etkisi kabul edilirken, dikkatler bireysel hesaplamaların, koalisyon pazarlıklarının ve sözleşmeye dayalı ilişkilerin özelliklerine yönelmektedir.⁷ Modern devletin yapısına ve *ratiosuna* (amacına) ilişkin geleneksel açıklamalar da devlet egemenliğinin özel kurumsal mantığından ziyade devletin kapasitesine odaklanmaktadır. Bu tür açıklamalar ise özellikle önemli bir özelliğin altını çizmektedir: modern devletin benzeri görülmemiş bir ölçekte temel haklara doğrudan müdahale etme ve onları harekete geçirme yeteneği. Devletin bu işlevlerini inkar etmeden, daha yeni kurumsalcı bilim, devletlerin ulusal düzeyde kolektif eylemi kolaylaştırma ve ulusal üstü düzeyde meşruluk ilişkilerini tasarlama becerisine dikkat çekmiştir.

Öte yandan tüm bu bakımlardan devlet kuramının,⁸ istisna halinin oluşum sürecini kapsamlı bir şekilde ele aldığını söyleyebiliriz. İstisna halinin tatbikinin devletin tekeline alınması, toplumsal olanı önemli bir yükten kurtarmaktadır.⁹ Çünkü bu sayede devlet, zaruri hallerde, zorlayıcı aygıtlarını kullanarak hukukun ayırık hallerde dahi uygulanması için harekete geçme kudretini haiz olmaktadır. Modern devletin istisna halini üstlenmesinin toplum bakımından ortaya çıkardığı maliyet, bundan ileri gelen faydalara nispetle daha düşüktür. Dolayısıyla bu değerlendirmeden bilhassa şu netice ortaya çıkmaktadır: Öncelikle istisna halinin mutlak bir realiteyi tarif etmesi gerektiği açıktır. Böyle olmakla istisna hali kavramı, devlet bünyesinde hukuki bir yetkiyi ifade etmektedir. İkinci olarak, istisna halinin hukuki form bulmuş özel halinde devletleştirilmek suretiyle ehlileştirilmesi, şahısların kişi ve şeylere karşı şiddet tatbik etmesi¹⁰ imkânını ortadan kaldırması yine önem arz etmektedir. Böyle olmakla modern devlet,¹¹ istisna halini bünyesine almasıyla herkesin hukuk formu dâhilinde yaşamasını zorunlu kılmaktadır.

⁷ Hendrik Spruyt, "The Origins, development, and Possible Decline of the Modern State", *Annu. Rev. Polit. Sci.* 5, (2002), s. 135.

⁸ Bkz. Graeme Gill, *The Nature and Development of the Modern State*, London: Palgrave Macmillan, 2003, s. 2.

⁹ Karşılaştırınız John Armitage, "State of Emergency: An Introduction", *Theory, Culture and Society*, 19/4 (2002), s. 27.

¹⁰ Eckart Klein, "Devletin Şiddet Tekeli", çev. Ali Emrah Bozbayındır, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014, s. 647.

¹¹ Guy Lurie, "What is Modern in the State of Exception?", Prepared for the workshop on "Law, Violence and Exception", held at the Centre de recherche français à Jérusalem, Jerusalem, 24 November 2015, s. 1-26.

II. DAHA GENİŞ BİR KAVRAM OLARAK “SİYASAL OLAN” VE İSTİSNA HALİ

Modern çağ genellikle demokratik devrimler çağı şeklinde belirtilmektedir.¹² Ne var ki bu popüler çıkış noktası, istisna halinin temelleri konusunda modern siyasi düşüncenin tahayyülünü ele geçirmemiştir. En azından Niccolo Machiavelli ve Jean-Jacques Rousseau zamanından beri, antik Yunan polisinin tarihsel deneyiminin damgasını vurduğu ve Roma cumhuriyetçi mirasının büyümesine kapılan erken dönem demokratik teori, kolektif temeller ve demokratik daha yüksek yasa yapma temasını etkin vurgulamıştır.¹³ Genellikle *demosun* dışında yer alan mitsel kanun koyucular ve kahraman kurucuların kuruluş eylemleriyle sınırlayarak, demokratik teori sistematik olarak siyasi ve yasal temelleri kendi terimleriyle ele almadığı zamanlardan günümüze değin siyasi olanın istisnayı belirleme kapasitesi hukuksal olandan daha fazla olmuştur. Kahramanlarını uzaylıya dönüştüren bir halk için bir efsane ne işe yarar diye sorar Sigmund Freud. Siyasal ile olan ilişkisinde istisna halinin hayaletleri de bu bakımdan üzerinden düşünölmeye değerdir.

Bu arada klasik liberalizm, hukuki sürekliliği, yasallığı ve kademeli siyasi değişiklikleri vurgulamaya meyillidir. John Locke'un önde gelen istisnası dışında, *toplumsal sözleşme* versiyonlarında bile, liberalizmin odak noktası daha çok kurgusal bir doğal duruma ve eşit ve özgür kişiler arasındaki orijinal bir sözleşmenin¹⁴ karşı olgusal nosyonuna ve fiili siyasi kırılmalara, yasal yeniliklere ve yeni gelişmelere daha az katkı sağlamış gibi gözükmemektedir. Aslında, gerçek anlamıyla bir sosyal sözleşme fikri, ağırlıklı olarak siyasi yükümlülüğü açıklamak, itaati haklı çıkarmak, otoritenin rızaya dayalı temelini tanımlamak ve birkaç durumda, bu tarihsel gerçek anları açıklamak yerine, direnişi meşrulaştırmak için kullanılmalıdır. Siyasal olanda kırılma ve başlangıç fikri bunun üzerine ancak kurulur. Daha sonraki bir aşamada, klasik Marksizm,¹⁵ yakın bir proleter devrim olasılığına başvurarak bu boşluğu *de facto* doldurmaya çalıştı; ancak siyasi determinizm onun hukuksal olanı geri bırakmasından dolayı kurumsal bir bütünlüğü inşa etmemesine yol açtı.

Yeni popüler başlangıçlar üzerindeki bu yansıma eksikliği, modern siyasette demokrasi, meşruiyet ve özgürlük anlayışını zayıflattı.¹⁶ Bu arka plana karşı, bu çalışmadaki temel gayemiz, demokratik teori için temeller konusunu yeniden ele almanın neden önemli olduğunu göstermek ve can sıkıcı gibi görölen konuları yeniden düşünmek için kuramsal çıkarımlar araştırmaktır. Bunlar ise; meşruluk, yasallık, egemenlik ve temsil, iktidar ve hukuk arasındaki ilişki ekseninde istisna halini ortaya koymaktır. Çağdaş siyaset teorisindeki tartışmaların merkezinde yer alan özgürlük ve otorite sorununun bir şekilde istisna hali olan ilişkisi dikkate alındığında bu çabanın yerinde görülmesi mümkündür. Böyle olunca hareket noktamız, yeni siyasi ile

¹² Ayrıntılı bir çalışma için bkz. R. R. Palmer, *The Age of the Democratic Revolution*, Princeton ve Oxford: Princeton University Press, 2014.

¹³ Bonnie Honig, *Democracy and the Foreigner*, Princeton ve Oxford: Princeton University Press, 2001, s. 18 vd. Bkz. John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 366-374.

¹⁴ Karl Marx, *Preface to A Critique of Political Economy*, ed. Maurice Dobb and trans. S. W. Ryazanskaya, New York: International Publishers, 1989, s. 19-22.

¹⁵ Bkz. Andreas Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 1-2.

olan ilişkisinde istisna haline dair radikal başlangıçlar sorununu, olağandışı kategorisi açısından yeniden ifade etmek ve onun karmaşık ve gerilim yüklü ilişkisini açıklamaktır.

Bundan, istisna halinden, pratik ve kolektif faaliyet biçimi olarak siyasal olan yönünün önemi çıkarılabilir. Tarihsel bir edim olarak siyasal olan tarafından gerçekleştirilebilir ve bu, heterojen amaçlara sahip çok sayıda dağınık iradenin tek bir amaç ile birbirine kaynaklandığı bir olağandışı politik birliğin kurulması ile sonuçlanır. Ancak buna rağmen rasyonel bir tepki olarak demokratik olanın siyasal olanı dönüştürmesi sağlanabilir ve istisna hali hukuk içerisinde tutularak hem genel hem özel anlamda eşit ve özgür bir toplumsal anlayış ortaya konulabilir. Unutmamak gerekir ki istisna hali kurumu, her durumda bir anlamlar dünyası diyebileceğimiz siyasal olan ile ilişkisinde imgesel magmasının bir kurumudur. Çünkü siyasal olan, her halde anlam dünyasını kendi dünyası olarak varsayarak karşıt olabilecek her kurumu dışlayıcı bir kurumsallaştırma yolunu seçer. Şu halde demokratik bilinç, kümülatif olarak toplumun anlam dünyasına sirayet etmesi ve sürekli özgürlükçü bir fenomene göndermede bulunması gerekir.

III. EGEMEN, EGEMENLİK VE İSTİSNA HALİ

Egemenlik kavramı, ortaçağ skolastikleri boyunca dolambaçlı bir yol boyunca gelişmiştir; ancak Jean Bodin, Machiavelli'nin yeniliklerini temel alarak, kavrama özel modern anlamını vermeye başlamıştır. Schmitt ise hikayeye bir nokta koymaktadır.¹⁷ Gerçekten de Bodin'in ve sonraki Hobbes'un elinde, egemen önceki versiyonların aksine, her zaman doğal hukuka tabiydi. Nihayet egemen, hukukun üstünde görülür hale geldi. Bu satırlardan şöyle mantıklı bir argüman çıkarılabilir. Sonuçta, egemen, kendisi de uyruklarına eşitse, herkese nasıl yasa verebilir ve uygulayabilir? Öyle olsaydı, o zaman astlarından herhangi birinin kanunu verme ve uygulama konusunda eşit derecede yetkin ve etkin olduğu düşünülürdü. Schmitt'in çözümlediği ve etrafında yoğunlaştığı sorun budur.

Schmitt'e göre egemen yasanın üzerinde olduğu için egemen olabilir. Sonuçta yasanın değişmesi gerekmektedir, yasa içeriden değiştirilemez çünkü bunu yapmak yasayı çiğnemektir. Sadece kanunun üstünde biri bunu değiştirebilir. Bu ilke egemenin hukuk üzerindeki konumu, Schmitt ve onun istisnai halin nihai durumu için önemliydi, çünkü ona göre egemen yalnızca bir olağanüstü duruma nasıl yanıt vereceğini değil, aynı zamanda böyle bir durumun ne zaman var olduğunu veya ne zaman olması gerektiğini de belirlemek zorundaydı. Yine, normal yasadan daha üstün bir otorite gereklidir. Ancak Schmitt'in koyduğu bu nokta istisna hali, devlet ve egemenlik kavramları etrafında bambaşka ve girift bir sorun yumağı yaratmaktadır.

Güvenlik arzusu elbette anlaşılabilir bir durumdur. Bu nedenle siyasi topluluklar, aklı başında anlarında kendilerini "gelecekteki ayartmalara karşı koruyan anayasal kurullarla ki, bu, tipik olarak bir 'acil durum' kisvesi altında görünen" gerekliliklerle bağlarlar. Bu konuda ise devlet organları arasında genellikle yürütmenin, kamuya açık acil durumlarda etkin bir şekilde hareket etmek için en iyi konumda olduğu varsayılır. Genellikle hızlı ve kesin bir karar gerektiren krizle başa çıkmak için yetkiye, yeterliliğe, gerekli bilgiye ve altyapıya yürütme erkinin

¹⁷ Michael McConkey, "Anarchy, Sovereignty, and the State of Exeption", *The Independent Review*, 17/3 (2013), s. 417.

sahip olduğu belirtilir.¹⁸ Yasama erki hemen harekete geçemez, bu nedenle bazen sadece yürütme gerekli kararı verme konumunda olabilir. Bununla birlikte, hızlı ve esnek yürütme eylemi hak ve özgürlüklere yüksek maliyet getirebileceğinden, kişisel özgürlük için anlaşılabilir bir endişe söz konusudur.

Şöyle ki; demokrasi için temel bir zorluk, güvenlik tehditlerini etkili bir şekilde ortadan kaldırırken, kişisel hak ve özgürlükleri mümkün olduğunca korumak için yönetim biçimleri oluşturmaktır. Devletin asli görevlerinden biri, kişisel özgürlükleri sürdürmek ve bireyi her türlü insan hakkı ihlalden korumaktır. Ancak tarihsel örnekler, ağır insan hakları ihlallerinin modern devletlerde meydana gelme eğiliminde olduğunu göstermektedir.

İstisnai durumların istisnai tedbirler gerektirebileceğine dair demokratik dünyada bir fikir birliği vardır. Özel (ekonomik, siyasi, çevresel vb.) koşullar, anayasal demokrasinin varlığının tehlikede olduğu durumlarda, anayasal güvencelerin geçici olarak askıya alınmasını gerektirebilir. Ancak, demokratik dünyada olağanüstü hal yetkileriyle ilgili birçok soruda anlaşmazlıklar söz konusudur. Özellikle Kantçılar ve Lockeçular, hukukun üstünlüğünün anormal zamanlarda siyaseti nasıl kontrol edebileceği konusunda farklı düşünürler.¹⁹ Kantçılar, hukukun acil durumları kontrol edebileceğine ve yapması gerektiğine inanırlar, bu nedenle olağanüstü hal ilan etmek ve uzatmak için asli gereklilikleri vurgularlar. Acil hükümet eyleminin genellikle anayasal hakkı, geleneği veya uygulamayı kısıtladığını kabul ederler. Ancak, ortaya çıkan hükümet eyleminin her zaman anayasal demokrasinin temel değerine saygı duyması gerektiğinde ısrar etmektedirler ki,²⁰ bu da insanların eşit onurunun korunmasıdır. Onurlu yaşama temel özleminin evrensel olduğunu ve acil durumlarda bile korunması gereken şeyin bu olduğunu düşünmektedirler.

Kantçılar daha çok maddi boyuta odaklanırken, Lockeçular olağanüstü hal ilan etme ve uzatma konusunda usuli denetimlerin önemini vurgular. Kurumsal garantiler olmadan (örneğin yasama gücü, yargı ve uluslararası organlar) yürütme gücünün kötüye kullanılması için çok büyük bir cazibe olduğunu bulurlar. John Locke'un ayrıcalık fikri, bu argümanın temeli olarak hizmet eder. Locke, kralın ayrıcalığını “kamu yararını kurlsız yapma gücünden başka bir şey değil” olarak tanımlar. Locke, imtiyazın “yasanın emri olmaksızın ve hatta bazen aleyhine

¹⁸ İstisna hali, mevcut hukuk düzeninin zaruret halinde askıya alınması nedeniyle hukuksuzluktan arındırılmış bir alanı ifade etmektedir. İstisnai durumlarda en yüksek karar alma organı olan bir egemen yaratır. Dolayısıyla egemenlik ile istisna arasında karşılıklı bağlantı kurulur. Modern demokratik devletlerde yürütme, istisnai olarak her türlü ciddi zaruret veya acil durumda egemen gibi davranır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin merkeziliğine bir istisna ile karşı çıkmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin yerini, dayandığı zorunluluk nedeniyle özerk bir hukuk kaynağı gibi yürütme kararnameleleri ve işlemleri almaktadır. Bu durumda ise, istisnanın siyasi bir olgu ile hukuki bir olgu arasındaki ayrımı bulanıklaştırdığını ve orijinal hukukun kapsamı dışında normalleştirilmiş bir kural oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Meenakshi Gogoi, “The IDEA of the Political, Reconfiguring Sovereignty and Exception: Analysing Theoretical Perspectives of Carl Schmitt and Giorgio Agamben”, *Socrates*, 2/2 (2014), s. 72. Gerçi biz bunun “kalıcı” bir kural olmaması için hukuk içerisinde bir çaba sarfedilmesi gerektiğini söylemekteyiz. Biraz aşağıda bu husus detaylı tartışılacaktır.

¹⁹ D. Dyzenhaus, “State of Emergency”, içinde ed. M. Rosenfeld ve A. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 444.

²⁰ W. F. Murphy, “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity”, içinde ed. S. Levinson, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press, 1995, s. 183.

olmak üzere, kamu yararı için takdir yetkisine göre hareket etme gücü" olduğunu savunur.²¹ Ancak, yürütmenin bu olağan hukuk dışında hareket etme ayrıcalığının asıl amacının anayasal düzeni korumak olduğunu vurgulamak önemlidir. Ayrıca, imtiyaz anayasada yer alabilir. Dolayısıyla demokratik kamusal ve toplumsal yaşamın dayandığı hukuk ilkeleriyle sınırlıdır. Bu maddi ve usule ilişkin gereklilikler, olağanüstü hal ilan edilirken veya uzatılırken olası suiistimallere karşı garantileri listeleyen günümüzün uluslararası belgelerinde yansıtılmaktadır.

Burada değinilesi bir diğer tartışma konusu olarak; otoriter kamu hukuku teorisini Carl Schmitt ile Yahudi edebiyat eleştirmeni Walter Benjamin arasındaki ilişkinin, entelektüel sol için uzun zamandır sorunlu olması hususudur. Egemenlik, Benjamin'in *habilitasyon* tezi *The Origin of German Tragic Drama*'da merkezi bir rol oynar. Çalışma, Schmitt'in *Politik Teolojisi*'ne bir referans içermekte ve 1930'da Benjamin, hukukçu düşüncesine hayranlığını ifade eden bir mektupla birlikte Schmitt'e bir kopya göndermektedir. Samuel Weber'in belirttiği gibi, Benjamin'in egemenlik kavramının Schmitt'ten uyarlanmış olabileceği fikri, bu mektubun Benjamin'in toplu yazılarının ilk baskısından çıkarılmasına neden olmuştur.²² Ancak *İstisna Hali*'nde, Giorgio Agamben, Schmitt ve Benjamin arasındaki ilişki hakkında edinilen bilgeliği tepetaklak etmektedir. Bunu, iki düşünürün bir dizi en önemli politik çalışmaları aracılığıyla dolaylı olarak dâhil oldukları bir tartışmayı yeniden inşa ederek yapar. Agamben bu tartışmayı "boşlukla ilgili devasa bir makine" olarak adlandırır, çünkü temel kaygısı hukuk ve istisna hali (genellikle *anomi* olarak tanımladığı bir hukuk dışı bölge) arasındaki ilişkidir. Benjamin'in politik düşüncesinin (mesiyanizm ve Marksizm ile kendine özgü bir angajman tarafından şekillendirilen) temel hareketinin, yasayı "yozlaştıran", "yok eden" veya "askıya alan" bir "saf şiddet" fikri olduğunu savunmaktadır.²³ Bu, şiddetin "saf" bir biçimdir, çünkü yasal amaçlara ve siyasi tahakküme yönelik araçsal bir ilişkiden arındırılmıştır. Benjamin'in deyişiyle, bu şiddetin yasa dışı tezahürü, "insanoğlunun katıksız şiddetinin en yüksek tezahürü olan devrimci şiddetin ve hangi yollarla mümkün olduğunun kanıtını" sağlar.²⁴

Buna karşılık Schmitt, solun devrimci politikalarına derinden düşman olan devlete inanan biriydi ve Agamben, Schmitt'in egemenlik teorisinin saf şiddet fikrinin devrimci sonuçlarını etkisizleştirmeye çalıştığını savunmaktadır. Agamben'e göre Schmitt bunu, yasanın askıya alınmasının yasal amaçlar için kullanılabileceği ve sonuç olarak anomik şiddet ile yasal düzen arasında bir ilişki olduğu argümanı ile başarmaktadır.²⁵ Agamben'in politik düşüncesi, Benjamin'e ve saf şiddet fikrine derinden borçludur: *Means Without Ends*'de, "saf araçlar" politikasını içerecek bir "statistik olmayan ve hukuk dışı bir siyaset ve insan hayatı" geliştirmemiz

²¹ Kriszta Kovacs, "The State of Exception: A Springtime For Schmittian Thoughts", *Diritto and Questioni Pubbliche*, 2 (2017), s. 167-168.

²² Samuel Weber, "Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt", *Diacritics*, 22/3-4 (1992), s. 5.

²³ Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford: Stanford University Press, 1998, s. 64. Benjamin ayrıca ilahi şiddeti yasayı "askıya almak" olarak tanımlar. Bkz. Walter Benjamin, "The Critique of Violence", içinde ed. Peter Demetz, *Essays, Aphorisms, Autobiographical Writings*, New York: Schocken Books, 1978, s. 300.

²⁴ Benjamin, *The Critique*, s. 300.

²⁵ Daniel McLoughlin, "The Fiction of Sovereignty and the Real State of Exception: Giorgio Agamben's Critique of Carl Schmitt", *Law, Culture and Humanities*, 12/3 (2013), s. 1-2.

gerektiğini savunur;²⁶ benzer şekilde, İstisnai Devletin kapanış yorumları, saf şiddetin (şiddet ile hukuk arasındaki bağı koparan bir eylem) “gerçek anlamda tek politik eylem” olduğunu ileri sürer.²⁷ Ancak Agamben, “dev makineciliği” yeniden inşa ederek, Schmitt'e karşı Benjamin'i bir karşıt geliştirir. Agamben'e göre, Benjamin'in “Tezleri”, egemenlik teorisini, “ezilenlerin geleneği bize içinde yaşadığımız olağanüstü halin istisna değil, kural olduğunu öğrettiği” iddiasıyla kontrol altına alır.²⁸ Olağanüstü halin çağdaş güvenlik politikasının bir tanımı olarak bir kural olduğu iddiasını alıntılanmak sıradan bir şey haline gelse de, Agamben'in egemenlik eleştirisinin anahtarı, hemen ardından gelen sekizinci tezdeki pasajdan kaynaklanmaktadır: Bu anlayışla uyumlu bir tarih anlayışı. “O zaman, gerçek bir olağanüstü hal ilan etmenin bizim görevimiz olduğunu açıkça anlayacağız ve Faşizme karşı mücadeledeki konumumuz bu sayede gelişecektir.”²⁹

Agamben, sürekli olarak Benjamin'in düşüncesini Schmitt'inkiyle yan yana getirir ve günümüzün siyasi krizlerine bir yanıt olasılığını analiz ederken gerçek ve kurgusal olağanüstü haller arasındaki ayrımı başvurur. Bu bakımdan şu üç can alıcı soruyu gündeme getirir: Agamben'e göre, kurgusal istisna durumundaki “kurgu” nedir? Onun terimleriyle, gerçek bir istisna hali meydana getirmek ne anlama gelir? Bu, çağdaş otoriterizme karşı mücadelede nasıl yardımcı olabilir? McLoughlin'in belirttiği üzere,³⁰ Agamben'e göre, Schmitt'in düşüncesinin özünün “yasanın resmi olarak askıya alınmasının ötesinde işlemlerini” sürdürmek olduğunu savunmak gerekir. Schmitt'in hukukun istisnai durumda yasa gücü olarak var olmaya devam ettiği iddiası, Gerschem Scholem'in Kafka okumasında bulunan “engellenmiş mesihçilik”e benzemektedir. Agamben buna, Benjamin'in “Tezler”inden ve Kafka üzerine denemesinden ve St Paul'ün Mektupları'ndan yararlanarak geliştirdiği “tamamlanmış bir nihilizm”le karşılık verir. Nitekim Benjamin'e göre, egemen gücü sahiplenmek için büyük umutsuzlukla çabalayan biri için sonuç başkalarından farklı değildir; herkes, sonluluğun, yaşamın tüm gücünün boş anlam içeren bir kara delikte yutulacağına dair nihai vaadine yenik düşer.³¹

Benjamin'e göre egemen, en başından itibaren karar verme kapasitesine sahip değildir. Egemen, istisna konusunda emredici bir şekilde karar vermek yerine, gerçekte nasıl karar verme yeteneğinden yoksundur? Bunun için bir yanıt geliştirmek gerekir. Egemen, istisnaya karar verme eyleminde aşkınlık gücünden yararlanmaz. Egemenin kimliği bölünmüş ve bu bölünmüşlük berbaerinde bir gerilim getirir. Egemen hem bir tiran hem de bir şehittir. Egemen, mutlak otorite için normalde ayrı ama birbirine bağımlı olan iki üretken rolü somutlaştırarak birleştirir. Egemenin bu hermafrodit unsuru, egemenin, aşkınlığın gücünü ve işlevsel ilişkisini olumsal olarak ve dolayısıyla despotik bir şekilde kendi kararına dayatmaya çalıştığı mekanizmaları açığa çıkarır. Belki de Benjamin-Schmitt ilişkisindeki gerilim bir itme meselesinden

²⁶ Giorgio Agamben, *Means Without Ends: Notes on Politics*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000, s. 111.

²⁷ Giorgio Agamben, *State of Exception*, Chicago ve London: University of Chicago Press, 2005, s. 88.

²⁸ Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, içinde , ed. Hannah Arendt, *Illuminations*, New York: Schocken Books, 1999, s. 248-249, 257.

²⁹ Benjamin, *Theses*, s. 248-249.

³⁰ McLoughlin, *The Fiction*, s. 2-3.

³¹ J. D. Mininger, “The Hermaphrodite Sovereign: Walter Benjamin, Carl Schmitt, and the Permanent State of Exception”, *Baltic Journal of Law and Politics*, 3/2 (2010), s. 157.

ziyade manyetik ve büyütülmüş bir çekim meselesidir. Buna karşılık Benjamin'in egemenlik teorisi, egemenin olağanüstü gücünün kaynağını ve meşruiyetini destekleyen kararsızlığın içi boş köklerini açığa çıkarır. Eğer politikanın şimdikiye kadar kullanılmamış bir alan olarak bir geleceği varsa, belki de bu, yaşam ve hukuk arasındaki bir ilişkinin ötesinde değil, tam da bu ilişkinin birbiriyle ilişkisine ilişkin monist bir bakış açısında yatmaktadır. Egemen, istisna üzerine karar verme/karar vermeme işleminin esasen hermafroditik kimliğini kabul etmek yerine, kendisini/kendilerini aşmayı ister. Hermafrodit egemen, kesinlikle kendisinin ötesinde yatan somut ve değişmez kimliği arzular. Zalim ile şehit arasındaki yarı yarıya dalgalanma, dünyevi içkinliğin kabulünü süresiz olarak erteleyerek egemenin imkansız bir aşkınlığa olan bağlılığını çözüme arzusunun gücünü ifade eder.³²

Agamben için hukukun orijinal biçiminin, onun mutlak işlemeziği olduğunu ve egemenliğin bunu örten bir kurgu olduğunu belirtmek gerekir. Olağanüstü halin kaostan farklı olduğu fikri, ancak olağanüstü hal geçici bir durum olarak kaldığı sürece makul olduğundan, çağdaş siyasetin kanunsuzluğu devletin egemenlik iddialarını baltalamaktadır. Sekizinci tezin etkisi, böylece egemenliği bir kurgu olarak teşhir etmek ve böylece hukuk ile şiddet arasındaki yasa gücü fikrinin sürdürdüğü ilişkiyi ortadan kaldırmaktır. Sonuç olarak, bu şekilde, Agamben devletçi olmayan bir siyaset fikri için kavramsal alanı yeniden tanıtmaktadır: "yasanın kullanımı". Yasanın kullanımı ise istisna halini ister istemez hukuk parantezine almaktadır. Şiddetin normatifleşmesi ise fiziki şiddet yerine geçerek bir anlamda ehlileşmektedir.

Pek çok ülkede acil durumlarla başa çıkmak için yasal veya anayasal istisna hal hükümleri bulunmaktadır. Ancak yasal olarak tanımlanmış "istisna hallerine" neden ihtiyaç duyulur? Ya da bunun ahlaki temelleri söz konusu mudur? Kanaatimizce istisna hali tamamen de jure (hukuk içinde) niteliği haiz olması kaydıyla gerekli bir araç ve anlayış ortaya koyduğu söylenmelidir. Aksi halde, egemenin gerek bir makam sahibi gerek kendisi için bir birey olarak hukuk dışı bir şekilde hareket etmesinin gerektiği ahlaki bir istisna durumu fikri tutarsız ve gereksiz gelebilir. Gerçekten de pek çok uygulama dikkate alındığında bu tür durumlar istisnai durumlar değil, trajedilerdir.

Schmitt'e göre egemenin amacı her zaman aynı zamanda "bizim" amacımızdır, yani "bizi", devletin dostlarını tehdit eden düşmandan, "onlar"dan korumaktır. Dolayısıyla egemenin çıkarları ile "bizim" çıkarlarımız arasında temel bir ayrım yoktur. Giorgio Agamben'de ise istisna hali bu görüşün tersine yeniden yapılandırılır. Buna göre "biz" artık egemen güçle birlik içinde değiliz ve egemenin amaçları bizim amaçlarımız değildir. Daha doğrusu hepimizi tehdit eden egemene karşı "biz" "onlar"la birlikte aynı kategoriye konulmaktayız. Agamben'e göre "biz" kalabalığız ve egemen, koruyucumuz değil, bizi boyun eğdirmeye ve yasa kisvesi altında "çıplak hayata" indirgemeye çalışan hayati düşmanımızdır. Agamben, Schmitt ve Walter Benjamin'in çalışmalarından cömertçe yararlanarak, egemen gücün hukuku istediği zaman askıya alabileceğinden, bunun işlevsel olarak hukukun korumasından yoksun olmakla eşdeğer olduğunu savunmaktadır. Neticede de öldürülmekte özgürüz. Agamben'e göre egemenlik "şiddetin hukuka geçmesi, hukukun da şiddete geçmesi" anlamına gelir ve normatifleşimin egemen

³² Mining, The Hermaphrodite Sovereign, s. 149-160.

rejiminde yeri yoktur. İstisna belirsiz olduğu için hepimiz egemen güce karşı her zaman çıplak ve savunmasızız.³³ Egemenlik, çünkü fiilen keyfidir, anayasal demokrasinin ahlaki özünü boşa çıkarır.³⁴

Tabiki Carl Schmitt'in çalışmalarından kaynaklanan istisna hali kavramı dikkate değerdir. Ne var ki burada istisna, yaşam biçimini tehdit eden bir düşmanın tanınması ve yok edilmesi gerektiği anı ifade etmektedir. Bu yasal veya ahlaki değil, daha ziyade politik bir tercih konusudur.³⁵ Schmitt istisna halini egemen varlığın ontolojik temeli olarak sunar. Gerçekten de belirttiğimiz bir “an”ın mevcut olması, hukukun ötesinde, düşmanın kim olduğuna karar verecek egemen bir gücün varlığına işaret eder. Bunun bir zorunluluktan öte politik bir tercihin konusu olması, buradan hareketle gerçekleştireceğimiz tartışmayı veya incelemeyi engelleyen bir yaklaşımdır. Böyle olmakla da bu durum bizi elbette, söz konusu politik tercih bahsinin yasallık ve ahlakla keskin karşıtlığının, hukukun normatif niteliğinin yanıltıcı olduğunu gösterdiğini iddia etmeye yöneltmez. Dolayısıyla hukuk devletinin ve hakların ciddiye alınması zorunludur.

Şu halde Kelsenci anlamda bir normatiflik ve hukukun üstünlüğü, güç çoğulculuğuna dayandığı halde cari anlamda işlevseldir. Dolayısıyla buradan hareketle istisna haline giden bir durum söz konusu olmaz. Güç biçimlerinin ve kaynaklarının çoğulluğunun tek bir “hukuk”la anayasal bir kurguya kavuşturulması, hukuk dışı bir istisna hali anlayışına kesin bir şekilde kapı kapatır. Bu yoğun formülasyon, bu tür istisna hallerinin merkezi paradoksuna gönderme yapar. Buna göre istisna hali, yasanın kendi askıya alınmasını sağladığı nokta değildir; yasallık ile hukuka aykırılık arasındaki ayrımın hukuken gerçekleştiği yerdir. İstisna hali, hukuki olanın durmadığı ve egemen bir hesap verebilirliğin başladığı siyasi noktadır.

³³ Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, s. 115.

³⁴ Ne var ki Agamben'in formülasyonunda buna karşıt bir esaslı eylem eğiliminden de söz edilmektedir: “*Makineyi durdurmaya çalışmak, ana kurgusunu göstermek mümkünse bunun nedeni şiddet ile hukuk, yaşam ile norm arasında esaslı bir eklemelenmenin olmamasıdır. Ne pahasına olursa olsun onları bir arada tutmaya çalışan hareketin yanı sıra, hukukta ve hayatta ters yönde çalışan, yapay ve şiddet yoluyla birbirine bağlanan şeyleri daima gevşetmeye çalışan bir karşı hareket var.*” Agamben, *State of Exception*, s. 87.

³⁵ Schmitt, egemeni devlet ve rejiminin “garantör”ü olarak görmektedir. Buna göre egemen diktatörler, sürekli olarak hazırda duran halkın koruyucularıdır. Schmitt, *Political Theology* kitabında olduğu üzere garantör olarak egemen diktatörün her zaman gerekli olduğunu, çünkü her an rejimi ve halkın yaşam tarzını yok etmeye çalışan bir devlet düşmanının ortaya çıkabileceğini savunmaktadır. Düşmanın hızlı ve kararlı bir şekilde tespit edilmesi ve ezilmesi gerekir ve parlamenter demokrasinin kurumları, şiddetli ve bitmek bilmeyen tartışmalarıyla bu işe uygun değildir. Schmitt'e göre liberalizmin özü, nihai anlaşmazlığın, belirleyici kanlı savaşın parlamento tartışmasına dönüştürülebileceği ve kararın sonsuz bir tartışmada sonsuza kadar askıya alınmasına izin verileceği umuduyla, müzakereci; temkinli bir yarım önlemdir. İstisna, teknokratik bir belirlemeye izin verecek, açıkça tanımlanmış bir ontolojik kategori de değildir. Yani, kesin bir ikili belirleme yapmak için net bilgilerin karşılaştırılabileceği bir dizi kriter yoktur. Neyin istisna sayılacağı önceden kurullarla belirlenemez, müzakereci demokrasi bağlamında tartışılmaz. Kısıtlı zamansallık ile tanımlayıcı özelliklerin yokluğunun birleşimi, bir istisna halinin var olduğuna dair tespitini egemen, kendiliğinden ortaya çıkan bir karara dayanması gerektiği anlamına gelir. Schmitt burada normların yalnızca *normal* durumda geçerli olduğunu ve yasal olarak *normal* durumun var olması için birinin yukarıdan düzeni garanti etmesi gerektiğini söylemektedir. Şu halde devletin hiç düşmanı olmadığını veya bu düşmanlarla “temkinli yarım tedbirlerle” başa çıkılabileceğini düşünmek yanıltıcı olur. Bkz. Carl Schmitt, *Political Theology*, çev. George Schwab, Chicago: University of Chicago Press, 2010, s. 63.

Dolayısıyla bireysel özgürlükler barajının sapasağlam durduğunu söylemek ve toplumun devletin egemenlik gücüyle dolup taşmadığını belirtmek³⁶ gerekir.

Öte yandan konumuz bakımından önemli bir husus, istisna halinin normatifliğinin hukukun üstünlüğüne zarar verip vermediğidir. Burada şöyle bir soru tevcih edilebilir: İstisna hali bakımından eğer farklı hukuki yapılar ve farklı koşullar için farklı güç ve hak yapıları varsa, o zaman hukukun üstünlüğü tam anlamıyla isteğe bağlı hale gelmez mi?³⁷ Her şeyden önce hukukun üstünlüğü liberal demokrasinin aynı zamanda ahlaki temellerinden birini teşkil etmektedir.

Bizim yaklaşımımız istisna halini tamamen hukuk içerisine alarak ve normatif devrelerle düzenleyerek hukukun şartlara bağlı olarak korunmasının önüne geçmektedir. Böyle olmak da, istisna halinde de hukukun üstünlüğünün var olduğu bir ortamın kaçınılmazlığı karşısında bireysel haklar, çoğunluğun ahlaki iddialarına karşı bir siper, faydacı baskılara karşı bir koruma teşkil etmeye devam eder. Bu da *Schmittçi* anlamda bir egemenin varlığı yerine *Kelsenci* kapalı devre bir normatifik gerektirir. Bu olunca, haliyle istisna halinde de devlet, her kişiye kendi içinde bir amaç olarak saygı duymalı, onu asla yalnızca daha geniş toplumun ihtiyaçlarını karşılamının bir aracı olarak kullanmamalıdır. Yani egemen gücün kullanımı haklara saygılı olmalıdır.

Elbette bir kriz durumunda halkı korumak (özellikle bireysel var oluş şart ve hakları) amacıyla yürütme yetkisi üzerindeki çeşitli kısıtlamalar zayıflatılabilir. Fakat bu hukuk içerisinde olduğunda egemenliğin kaynağı değişmez (örneğin yürütme kuvvetine) ve hatta tersine anayasal hakları garanti edici vasfını yerine getirmek için devlet kudretine yükümlülükler yükler. Dolayısıyla bu doğrultuda yetkililerin gözetim yoluyla mahremiyeti ihlal etmesi, bir salgın veya şiddet olayı sırasında hareket özgürlüğünü kısıtlaması, mallara el koyulması vb. yine anayasal hakların bütüncül bir koruması içindir.³⁸ O halde bizim de burada çabaladığımız şey, Agamben'de olduğu gibi; düşünme, eyleme geçme ve yaşama potansiyeline özgürce hükmetmeye yetecek kadar açık olan başka bir gerçek istisna durumunun gerçekleştirilmesidir.

Netice olarak yukarıdaki ve bizim de katıldığımız alıntıların anlamı egemenin hukuk düzeninin ötesinde yer almadan hukuku uygulama kararlarına gönderme yapmaktadır. Her ne kadar istisna halinde hukuk ihdası, hukukun merkeziliği ve geleneksel egemenlik anlayışıyla çelişecek şekilde hukukun kapsamı dışında olduğu gibi gösterilse de geline aşamada siyasi otoritenin aldığı her türlü tedbirin hukuk düzeni olarak karşımıza çıktığını vurgulamamız gerekir.

³⁶ Aksi için bkz. Leland de la Durantaye, "The Exceptional Life of the State: Giorgio Agamben's State of Exception", *Genre*, XXXVIII (Spring/Summer 2005), s. 182.

³⁷ Nomi Claire Lazar, "What Is the State of Exception?", içinde ed. Gary Gerstle ve Joel Isaac, *States of Exception in American History*, London: The University of Chicago Press, 2020, s. 20.

³⁸ Dolayısıyla Kelsenci yaklaşımla normatifik sayesinde egemen, artık yasayı askıya alarak doğrudan müdahale edememektedir. Ayrıca hukuk devletinde yasa altında kendiliğinden özyönetimini mümkün kılmak için kendisini etkisiz hale de getirmektedir. Ayrıca bkz. Tim Christiaens, "Agamben's Theories of the State of Exception", *Cultural Critique*, 110 (2021), s. 50.

IV. DEĞERLENDİRME: İSTİSNA HALİNİN SEMANTİĞİ

“Siyasal felsefe geleneğinin kamusal/özel gibi klasik bir ayrımını aldığınızda, o zaman ayırım üzerinde ısrar etmeyi ve terimlerden birinin azalmasından yakınmayı, iç içe geçmişliği sorgulamaktan çok daha az ilginç buluyorum. Sistemin nasıl çalıştığını anlamak istiyorum. Ve sistem her zaman çifttir; her zaman muhalefet yoluyla çalışır. Sadece özel/kamusal olarak değil, aynı zamanda ev ve şehir, istisna ve kural, hüküm sürmek ve yönetmek vb. olarak da. Ama burada gerçekte neyin tehlikede olduğunu anlamak için, bu karşıtlıkları birer birer olarak görmemeyi öğrenmeliyiz. Demek istediğim, fizikte olduğu gibi, net bir çizgi çizmenin ve iki farklı maddeyi ayırmanın imkansız olduğu bir alanın mantığına ihtiyacımız var. Polarite mevcuttur ve alanın her noktasında hareket eder. O zaman aniden kararsızlık veya kayıtsızlık bölgeleriniz olabilir. İstisna hali de bu bölgelerden biridir.”³⁹

İstisna hali; kriz, acil durum veya doğal afet zamanlarında devletin yapısında veya bununla birlikte eylem ve işlemlerinde meydana gelen bir değişiklikte tanımlanabilir. Bu değişiklik genellikle olumsuz bir anlam içermektedir. Çünkü meydana gelen *anomalî* karşısında normal hareket kabiliyetini yitiren devlet, vatandaşların demokratik özgürlüklerini ve haklarını sınırlandırmak ya da tamamen ortadan kaldırmak gibi olağanüstü bir durumu devreye sokmaktadır.

Bu tanımlama girişimi göz önüne alındığında sorun basit gibi görünebilir. Ne var ki arkeolojik bir çabaya tabi tutulduğunda, parçalanmaya başlandığında bununla birlikte gelen pek çok soruna işaret edilebilmektedir. Her şeyden önce ifade ve kavramsallaştırma probleminde başlayarak konu hakkında ilerlenebilir. Karşılaştırmalı hukuk rejimlerine baktığımızda; farklı mevzuatlar, kavramı bazen anayasalarla, bazen örfi terimlerle farklı şekillerde tanımlanır ve bazı durumlarda ise bir devletin mevzuat külliyatında istisna haline ilişkin herhangi bir tanım bulmak hiç mümkün olmaz. İkinci kritik nokta, tanımın kendisinin genişliğinin gerekliliğinde yatmaktadır. Çünkü esasında hiçbir devlet, hangi acil durumun farklı bir eylem biçimine ihtiyaç duyacağını önceden doğru bir şekilde tahmin edemez ve bu nedenle çok dar bir tanım, devletin öngörülemeyen durumlarda etkili bir şekilde hareket etmesini engelleyebilir. Bu iki sorunu kısmen çözmek ancak tanımın karmaşıklığını ve hukuksal kimliğini derinleştirmekle mümkündür.

Bu çabanın ve stratejik girişimin iyi bir örneği tanıma daha fazla değişken eklemek gibi gelebilmektedir. Ancak eklenecek her değişken, devlet ve vatandaşlar üzerindeki olumsuz etkiyi daha etkili ve daha fazla kılmak gibi istisna halinin doğasının bir neticesi ile bizi karşılaştırır. Böyle olmakla iki seçenek önümüzde durabilmektedir ki, birincisi devlet işlevlerinin yeniden yapılandırılmasını gerektirdiği durumlara ilgilenecek (yapısal şartlar), ikincisi haklarla (haklar şartı) ilgili bir alan genişlemesi yolunda uğraş vermektir.

Şu halde, hukukun üstünlüğünün sınındığı durumlar olan istisna haline bakarak hukukun üstünlüğü ve tanımı hakkında teorik tartışmaya katkıda bulunmayı amaçlayabiliriz. Gerçekten de istisna hallerinin ve istisnai kanunların kendine has özellikleri vardır; temel

³⁹ Aktaran Ulrich Raulff, “An Interview with Giorgio Agamben”, *German Law Journal*, 5/5 (2004), s. 610-612.

özelliklerinden biri yasama gücünün yürütmeye devredilmesidir ki, bu da demokrasilerin daha az demokratik hale gelmesine neden olur. Dolayısıyla istisnai hallerin doğası ve yapısı ile bağlantılı olarak hukukun üstünlüğü ilkesinin analiz edilmesiyle, aralarındaki bağlantı daha şeffah hale gelebilir. Bu doğrultuda istisna hallerine ilişkin kuralların sadece liberal demokrasileri ilgilendirdiğini ve hukuk devletinin kriz zamanlarında da egemenliğini sürdürmesi gerektiğini mantıksal olarak gösterilebilir. Hukukun üstünlüğü anlayışı olmadan demokrasinin olamayacağı ve hukukun üstünlüğünün yalnızca demokrasilerde işe yaradığını ve bu nedenle otoriter rejimlere uygulanamayacağını iddia etmekteyiz.⁴⁰ Bunu tespitten hareketle biz de, olağanüstü hal kurallarını demokrasi, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı kavramları temelinde de-taylandırarak hukuki-teorik anlayışla açıklayabiliriz.⁴¹

Bu durumda, tanıma dahil edilen ve kavramın daha iyi anlaşılmasını mümkün kılan değişkenler, devletin eylem ve işlemlerinin kalitesine göre yapısal ve haklar şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki biz burada, devletin yapısını hangi anlamda yeniden şekillendirmesi gerekebileceğini açıklama girişiminde çok fazla bulunmadan özellikle istisna hali ile karşıtı olan *normal hali* arasındaki farkları tanımlayarak, böylece devlet ve egemenin haklar şartına yönelik geliştirilebilecek bir prosedürün benimsenmesinin gerekliliği ve bunun nedenlerinin bir açıklamasını takip etmekteyiz.

SONUÇ

“İstisna hali”, sosyal bilimlerde çeşitli disiplinlerdeki araştırmalarda kendine yer bulan bir kavramdır. Fakat biz burada kavramın politik doğasını incelemekteyiz. Bu bakımdan politik kavramı ve kullanım tarzına kısaca değinelim. Bu da politik teknolojiye atıfta bulunur. Politik teknoloji, politik gücün kullanılmasını ifade eder. “Teknoloji”, devlet aktörlerinin ve kurumlarının faaliyetlerinde kullandıkları uygulama, norm ve ilkeler, bilgi ve beceri biçimleri, hesaplamalar, stratejiler ve taktikler bütünüdür. “Politik” ve “yasal” ise, gücün nasıl kullanıldığına ilişkin yöntemleri karakterize eder. Neticede kavram, Michel Foucault'nun çok yönlü “yönetimsellik” (governmentality) kavramının önemli bir bileşenine değinir.⁴²

⁴⁰ Bu doğrultuda bkz. Andrej Zwitter, “Rule of Law in Times of Crisis”, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No. 10/2013.

⁴¹ Ferejohn ve Paquino'nun belirttikleri üzere, anayasalar genellikle iki meclislilik, yürütme veto yetkisi, özel çoğunluk ve günümüzde anayasa yargısı gibi araçları kullanarak, gücün kullanımını kontrol etmek için tasarlanmıştır. Bu kontroller, bir dereceye kadar, devletin otoritesini elinde tutanlara, en azından bireysel hakların korunmasına ilişkin bir tür güvensizliği yansıtmakta ve bu güvensizlik, yürütme gücünün kullanılması söz konusu olduğunda en üst düzeye çıkmaktadır. İngiliz anayasal düzenlemeleri bile, yargıların, bir idari işlemin bir parlamenter hukuk ihdası biçimi tarafından yetkilendirilmediğine ikna edilebilirlerse, yürütmeye müdahale etmelerine izin vermektedir. Ancak modern anayasal hükümetler bu şekilde sınırlandırıldıkları sürece, acil durumlarla başa çıkmakta bir şekilde yetersiz kalabilirler. Kamu güvenliği ciddi bir şekilde tehdit edildiğinde, belki de olağan anayasal yönetimin kasıtlı hızını bekleyemeyecek hızlı ve kararlı bir eyleme ihtiyaç duyulabilir. Bu, gerçekten de, liberal bir anayasal hükümetin merkezi bir ikilemidir. Sağladığı ve koruduğu haklar ve korumalar, hükümetin bu hakları ve hatta belki de anayasal düzenin kendisini yok edecek düşmanlara verimli ve enerjik bir şekilde yanıt vermesini engellerebilir. Bkz. John Ferejohn ve Pasquale Paquino, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *I-CON*, 2/2 (2004), s. 210.

⁴² Michel Foucault, bir sorunu belli bir biçimde gündeme getirmenin belirli bir hükümet mantığına dikkat çekmesinin yanı sıra, bu sorunları bu mantığa göre çözmek için uygulanan hükümet uygulamalarına ve teknolojilerine de dikkat çekiyor. Bkz. Günter Frankenberg, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law: Normalizing the State of Exception*, Northampton: Edward Elgar, 2014, s. 1-5.

Burada politik teknoloji, istisna hali bakımından devleti, kesişen hedefler ve operasyonel stratejiler için bir faaliyet ve müdahale alanı olarak vurgulamaktadır. Aynı zamanda istisna hali iktidarın kullanılmasında bir müdahale biçimi ve otorite temeli olarak hukukun önemini vurgulamaktadır. Dolayısıyla “istisna hali teknolojisi”, yalnızca yürütme ve idari yönleri, yani kendini yönetmeye vurgu yapmakla yetinmez, şu halde aynı zamanda iktidarın yasama pratiklerini ve aynı zamanda devletin hizmetinde hareket eden özel kurumları da kapsar.

Şu halde istisna hali hukukun içerisinde kaldığı sürece her zaman için ayırt edilebilmektedir. Böyle olmakla istisna hali teknolojisi, hukukla bağlı devletin bir yönetim sanatıdır. Antik çağlardan Aydınlanma'ya kadar istisna hali teknolojisi, yönetim anlayışını esas olarak bir egemenin erdemlilik ve basiretlilik tasavvuru olarak belirtmiştir. Oysa gelinen aşamada istisna hali, ileriye dönük ve basiretli bir egemen kavramından ziyade politik bir kimlik olarak devletin bir hareket tarzı olarak ilan edilmelidir.

Günümüzde devlet yönetimi bakımından istisna haline bakıldığında, yönetimin ve hareket tarzının zorluğu vurgulanabilir. Bu da ironik veya eleştirel bir konumlanma olarak tavsir edilebilir. Kanaatimizce tüm bu bağlamlarda istisna hali, egemen etrafında belirdiğinde daha ziyade pragmatik hedeflerin yönetim biçimi şeklinde ancak ele alınabilir. Egemen kavramı, zincirleme “kararlara” işaret eder. Oysa istisna hali devlete atfedildiğinde bir teknoloji olarak norm ve olgularla bir hareket tarzı belirler. Açıkçası bu çalışmada biz, istisna halini bir devlet meselesi olarak görmek eğilimindeyiz. Çünkü ancak böyle olmakla istisna hali hukuki bir form yakalayabilir.

Üstelik istisna hali bir yönetim biçimi olarak belirdiğinde, belirli bir anlam kazanarak daha yüksek normatif yüke sahip olur. Bu da, istisna hali tekniğinin klasik anlambilime ve demokratik ilkelere yeniden iyi yönetim kavramı altında uyumlaşma sürecine işaret eder. Dolayısıyla istisna hali yalnızca hükümet uygulamalarına odaklanmaz. Böyle olmakla da, hukukilikten yola çıkan buradaki yönetimle karmaşık düzenleyici sistemlerdeki yönetim tekniklerini tanımlama yeteneği kazanır.

Netice olarak istisna hali kapsamındaki bir rejim, istisna hali politikasının mantığını iki çatışma alanında kendi anlamı ve yönü ile belirler. İlk olarak devlet gücünün keyfi olarak kullanılmasına karşı yasal olarak önlenmesi sağlanır. İkinci olarak savaş, ayaklanma, afet vb. acil durumların iyileştirilmesi gerçekleşir. Hukuki bir normatiflik kazandırıldığında istisna hali, bu iki hususu ideal-tipik bir karşıtlık içerisinde çözmez. Tersine yine bir hukuk formu olarak istisna hali hukuku içerisinde; düzenli bir hukuk kapsamında görev dağılımını, yönlendirmeyi, kontrolü, bilgilendirmeyi veya disipline bağlı olarak güvenlik mekanizmasının gerektiği ve kendi tekniğini ürettiği alanları yapılandırır.

KAYNAKÇA

- Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- Agamben, Giorgio. *Means Without Ends: Notes on Politics*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.
- Agamben, Giorgio. *State of Exception*. Chicago ve London: University of Chicago Press, 2005.
- Armitage, John. "State of Emergency: An Introduction". *Theory, Culture and Society*. 19/4 (2002), 27-38.
- Benjamin, Walter. "The Critique of Violence". içinde ed. Peter Demetz, *Essays, Aphorisms, Autobiographical Writings*, New York: Schocken Books, 1978, 277-301.
- Benjamin, Walter. "Theses on the Philosophy of History". içinde , ed. Hannah Arendt, *Illuminations*, New York: Schocken Books, 1999, 253-265.
- Christiaens, Tim. "Agamben's Theories of the State of Exception". *Cultural Critique*. 110 (2021), 49-74.
- de la Durantaye, Leland. "The Exceptional Life of the State: Giorgio Agamben's State of Exception". *Genre*. XXXVIII (Spring/Summer 2005), 179-196.
- Dyzenhaus, D.. "State of Emergency". içinde ed. M. Rosenfeld ve A. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Ferejohn, John/Pasquino, Pasquale. "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers". *I-CON*. 2/2 (2004), 210-239.
- Frankenberg, Günter. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law: Normalizing the State of Exception*. Northampton: Edward Elgar, 2014.
- Gill, Graeme. *The Nature and Development of the Modern State*. London: Palgrave Macmillan, 2003.
- Gogoi, Meenakshi. "The IDEa of the Political, Reconfiguring Sovereignty and Exception: Analysing Theoretical Perspectives of Carl Schmitt and Giorgio Agamben". *Socrates*. 2/2 (2014), 69-78.
- Honig, Bonnie. *Democracy and the Foreigner*. Princeton ve Oxford: Princeton University Press, 2001.
- Kalyvas, Andreas. *Democracy and the Politics of the Extraordinary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Klein, Eckart Klein. "Devletin Şiddet Tekeli". çev. Ali Emrah Bozbayındır, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014, 645-668.
- Kovacs, Kriszta. "The State of Exception: A Springtime For Schmittian Thoughts". *Diritto and Questioni Pubbliche*. 2 (2017), 163-182.
- Kukathas, Chandran. "A Definiton of the State". *University of Queensland Law Journal*. 33/2 (2014), 357-366.
- Laski, Harold J.. *Authority in the Modern State*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- Lazar, Nomi Claire. "What Is the State of Exception?". içinde ed. Gary Gerstle ve Joel Isaac, *States of Exception in american History*, London: The University of Chicago Press, 2020, 17-38.
- Locke, John. *Two Treaties of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Lurie, Guy. "What is Modern in the State of Exception?". Prepared for the workshop on "Law, Violence and Exception", held at the Centre de recherche français à Jérusalem, Jerusalem, 24 November 2015, 1-26.
- Marx, Karl. *Preface to A Contribution to the Critique of Political Economy*. ed. Maurice Dobb and trans. S. W. Ryazanskaya, New York: International Publishers, 1989.
- McConkey, Michael. "Anarchy, Sovereignty, and the State of Exeption". *The Independent Review*. 17/3 (2013), 415-428.

- McLoughlin, Daniel. "The Fiction of Sovereignty and the Real State of Exception: Giorgio Agamben's Critique of Carl Schmitt". *Law, Culture and Humanities*. 12/3 (2013), 1-20.
- Mininger, J. D.. "The Hermaphrodite Sovereign: Walter Benjamin, Carl Schmitt, and the Permanent State of Exception". *Baltic Journal of Law and Politics*. 3/2 (2010), 144-164.
- Murphy, W. F.. "Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity". içinde ed. S. Levinson, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press, 1995.
- Palmer, R. R.. *The Age of the Democratic Revolution*. Princeton ve Oxford: Princeton University Press, 2014.
- Pierson, Christopher. *The Modern State*. London ve New York: Routledge, 1996.
- Raulff, Ulrich. "An Interview with Giorgio Agamben". *German Law Journal*. 5/5 (2004), 609-614.
- Schmitt, Carl. *Political Theology*. çev. George Schwab, Chicago: University of Chicago Press, 2010.
- Spruyt, Hendrik. "The Origins, development, and Possible Decline of the Modern State". *Annu. Rev. Polit. Sci.* 5, (2002), 127-149.
- Weber, Samuel. "Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt". *Diacritics*. 22/3-4 (1992), 5-18.
- Weber, Max. *Economy and Society*. New York: Bedminster, 1978.

EXTENDED SUMMARY

AN EXAMINATION ON THE "STATE OF EXCEPTION" IN ITS THEORETICAL DIMENSION

Semih Batur Kaya, Assist. Prof.

Balıkesir University, semih.batur@yahoo.com

<https://orcid.org/0000-0001-5888-1750>

"State of exception" is a concept that finds its place in research in various disciplines in social sciences. But here we will try to examine the political nature of the concept. In this regard, let's briefly touch on the concept of politics and its usage style. This also refers to political technology. As Frankenberg says political technology refers to the exercise of political power. "Technology" covers the set of practices, norms and principles, forms of knowledge and skills, calculations, strategies and tactics used by state actors and institutions in their activities. "Political" and "legal" characterize the ways in which power is exercised. After all, the concept touches on an important component of Michel Foucault's multifaceted concept of "governmentality".

Here, political technology highlights the state in its state of exception as a site of activity and intervention for cross-cutting goals and operational strategies. At the same time, the state of exception emphasizes the importance of law as a form of intervention and the basis of authority in the exercise of power. The "technology of the state of exception" therefore not only emphasizes the executive and administrative aspects, that is, self-government, but also includes the legislative practices of power, as well as private institutions acting in the service of the state.

In this case, the exception can always be distinguished as long as it remains within the law. As such, the technology of the state of exception is an art of government of the state bound by law. From ancient times to the Enlightenment, the technology of the state of exception has essentially defined the concept of government as a sovereign's vision of virtue and prudence. However, at this stage, the state of exception should be declared as a style of action of the state as a political identity rather than the concept of a forward-looking and prudent sovereign.

When we look at the state of exception in terms of state administration today, the difficulty of management and style of action can be emphasized. This can be described as an ironic or critical positioning. In our opinion, in all these contexts, the state of exception can only be handled as a form of management with pragmatic goals when it appears around the sovereign. The concept of sovereign refers to chain

“decisions”. However, when the state of exception is attributed to the state, it determines a course of action with norms and facts as a technology. Frankly, in this study we tend to see the state of exception as a state matter. Because only in this way can the state of exception attain a legal form.

Moreover, when the state of exception appears as a form of government, it acquires a certain meaning and has a higher normative burden. This points to the process of harmonizing the state of exception technique with classical semantics and democratic principles under the concept of good governance. Therefore, the state of exception does not focus solely on government practices. As such, it gains the ability to define management techniques in complex regulatory systems with governance based on legality.

A regime under the state of exception determines the logic of the state of exception policy with its own meaning and direction in the two conflict areas. First, it ensures legal prevention against arbitrary use of state power. Secondly, war, uprising, disaster, etc. amelioration of emergencies takes place. When given a legal normativity, the state of exception does not resolve these two issues in an ideal-typical opposition. On the contrary, within the law of exception as a form of law; It structures the areas where task distribution, guidance, control, information or discipline-based security mechanism is required within the scope of a regular law and produces its own technique.

As a result, the state of exception is gradually expanding globally both in terms of meaning and scope. In this respect, we can say that the state of exception continues to be a noteworthy issue as a global phenomenon. When we look at it within the scope of our study, it should be noted that the state of exception has generally developed depending on a “sovereign” and its “decision” in the historical process. However, when the state of exception is dominant and it is read through the moment of decision, many problems may arise. The most fundamental of these problems is the legality and functionality of the state of exception. Indeed, the state of exception may have to lose its legality when it is read through the sovereign rather than the state as a legal form of unity. Of course, what we mean by legality here is to refer to the legitimacy as well as the legality of the state of exception. The argument put forward in the study is that instead of being at the dominant axis of the decision and practice regarding the state of exception, it is based and functions in an integrated manner with the state, which is a legal form. Because only in this way does the state of exception cease to be arbitrary and citizens are faced with a state of exception within the law. This provides a very important guarantee in terms of fundamental rights and freedoms. In this direction, in our study, we firstly examine the issue of the state of exception with the state.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA OKUNAMAYAN VEYA UYGUNSUZ YAHUT İLGİSİZ DİLEKÇE (HMK M. 32)

IN CIVIL PROCEDURAL LAW UNREADABLE OR INAPPROPRIATE OR IRRELEVANT PETITION (CCP ART. 32)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoglu*

ÖZ

HMK'nın "Yargılamaya hâkim olan ilkeler" başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "yargılamanın sevk ve idaresi", şekli ve maddi anlamda sevk ve idare olarak ikiye ayrılır. Mahkemeye sunulan dilekçelerin belirli bir disiplin dâhilinde yazılması, özellikle dilekçelerin okunabilmesi, dava ile ilgili olması ve uygunsuz ifadeler içermemesi gerektiği, yargılamanın şekli bakımından sevk ve idaresi ile doğrudan ilgilidir. HMK'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasında yargılamanın şekli bakımından sevk ve idaresi, "Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez." şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, mülga HUMK döneminde genel anlamda "münasebetsiz evrak" olarak kaleme alınırken, HMK'ya "okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe" olarak alınmıştır. Bu çalışmada; mevcut düzenlemenin konuluş amacı başta olmak üzere, hukuk yargılamasında işlerlik kazandığı alanlar ve hükümden geçen "okunamayan dilekçe", "uygunsuz dilekçe" ve "ilgisiz dilekçe" kavramlarının anlamları noktasında açıklanması gereken konular ile söz konusu düzenlemenin hüküm ve sonuçları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Münasebetsiz Evrak, Sevk ve İdare, Okunamayan Dilekçe, Uygunsuz Dilekçe, İlgisiz Dilekçe

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000- 0002-8700-7453 | mehmetkodakoglu@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

The “conduct and management of the proceedings” regulated in the first paragraph of Article 32 of the CCP titled “Principles governing the proceedings” is divided into two as formal and substantive conduct and management. The fact that the petitions submitted to the court should be written in a certain discipline, especially that the petitions should be readable, relevant to the case and should not contain inappropriate expressions is directly related to the formal conduct of the proceedings. The second paragraph of Article 32 of the CCP defines the formal conduct of the proceedings as follows: “An appropriate period of time shall be granted for the reorganization of the petition that cannot be read or is inappropriate or irrelevant, and this petition shall remain in the file. If a new petition is not filed within the given time, no further time shall be granted.” While the said provision was written as “inappropriate documents” in general terms during the abrogated CPC period, it was included in the CCP as “petition that cannot be read or is inappropriate or irrelevant”. In this study; the purpose of the current regulation, the areas in which it has become functional in civil proceedings, the issues that need to be explained in terms of the meanings of the concepts of “unreadable petition”, “improper petition” and “irrelevant petition” mentioned in the provision, and the provisions and consequences of the said regulation have been examined in detail.

Keywords: Irrelevant Documents, Management and Administration, Unreadable Petition, Inappropriate Petition, Irrelevant Petition

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, "yargılamanın sevk ve idaresi" başlığının 32. maddesinin ikinci fıkrasında; okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçelerin mahkemeye sunulması halinde, hâkimin bu dilekçelere ilişkin sevk ve idare yetkisi düzenlenmiştir. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ise "münasebetsiz evrak" olarak nitelendirilen (bkz. HUMK m. 78, 2) bu kavram, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, "okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe" olarak ifade edilmiştir (bkz. HMK m. 32, 2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bu düzenleme çerçevesinde söz konusu hüküm, "Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez." şeklinde düzenlenmiştir.

Tespit edebildiğimiz ölçüde çalışma konumuza, sadece medeni usul hukuku ile ilgili genel eserlerde kısaca değinilmiş olup şu ana kadar öğretilerde konu hakkında ayrıntılı bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle, okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin Türk hukukundaki yeri üzerinde durulmuş, sonrasında hükmün uygulama alanları, "okunamayan" veya "uygunsuz" yahut "ilgisiz" dilekçe kavramları ile HMK m. 32, 2 uyarınca mahkemenin vereceği karar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

I. YARGILAMANIN SEVK VE İDARESİ

Davanın açılması ile taraflar ve mahkeme arasında üçlü bir usulî ilişki ortaya çıkar ve yargılama hem şekli hem de maddî açıdan hâkim tarafından yürütülür¹. Yargılama sürecine katılan taraflar arasındaki ilişki, eşitlik esasına dayanırken (AY m. 10); objektif ve tarafsız bir üçüncü kişi konumunda bulunan hâkime ise yargılama sürecini yürütme ve uyuşmazlığı çözüme kavuşturarak hüküm verme görevi verilmiştir². Yargılama sürecini yürütme ve hüküm verme görevini yerine getirirken yargı yetkisini kullanan hâkim ile taraflar arasındaki bu ilişki kamusal niteliklidir³.

Hâkim, yargılamanın sevk ve idaresi kapsamında, hukukî güvenliğin sağlanmasına ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülerek, adaletin tecelli etmesine olanak sağlayacak usul kurallarını uygulamalıdır⁴. Nitekim yargılamanın belirli bir düzen içinde yürütülüp

¹ HMK m. 32 gerekçesi. Ayrıca bkz. Ramazan Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 167; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 898; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 126; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Filiz Kitabevi, 2022, s. 98; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 314-315; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 177.

² Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 167; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 126.

³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 126; Postacıoğlu ve Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, s. 177; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s. 443-444.

⁴ İbrahim Ermenek, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *MİHDER*, 9/26 (2013), s. 46; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 315. Öğretilerde *Alangoya*, yargılamanın hızlandırılması ve davaların süratle sonuçlandırılması amacı ile sevk edilmiş olan hükümlere rağmen istenen amacın sağlanamamasının en

sonlandırılmasında, hâkimin egemen olmasını öngören yargılama hukuku ilkesine, “yargılamanın sevk ve idaresi ilkesi” denir⁵. Yargılamanın yürütülmesine hizmet eden bu ilke, taraflara haklar verdiği gibi aynı zamanda hâkime de bazı ödevler yüklemektedir.

Karşılaştırmalı hukukta yargılamanın sevk ve idaresi, şekli ve maddi anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ancak çoğu zaman şekli ve maddi anlamda sevk ve idare yetkisi kesişmekte ve hatta ikisi bir bütünü meydana getirmektedir.

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nda “davanın yürütülmesi” bölümünde ve “ilkeler” başlığı altında; yargılamanın şekli anlamda sevk ve idaresi kapsamında, mahkemenin yargılamayı yürüttüğünü, davanın hızlı bir şekilde hazırlanması ve yürütülmesi için usule ilişkin gerekli emirleri vereceği düzenlenmektedir (SchZPO Art. 124, 1). Öte yandan SchZPO Art. 128’de de yine yargılamanın şekli anlamda sevk ve idaresi kapsamında, duruşma düzeninden bahsedilmektedir. Hâkimin maddi anlamda sevk ve idare yetkisi ise taraflarca getirilme ilkesi (SchZPO Art. 55, 1), re’sen araştırma ilkesi (SchZPO Art. 55, 2), teksif ilkesi (SchArt. 229) ve ispat hukuku kuralları çerçevesinde düzenlenmiştir.

Alman hukukunda ise “yargılamanın başkan tarafından yürütülmesi” başlıklı ZPO §136; yargılamanın şekli bakımdan sevk ve idaresini düzenlemekte olup mahkeme başkanının duruşmayı yürüteceğini, taraflara söz vereceğini, uyuşmazlığın kapsamlı bir şekilde tartışılmasını ve duruşmanın kesintiye uğramadan tamamlanmasını sağlamakla görevli olduğunu belirtmektedir.

Öte yandan ZPO §139’da ise hâkimin maddi bakımdan yargılamayı sevk yetkisi (*Materielle Prozessleitung*) düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre; mahkeme gerekli olduğu ölçüde, olayın ve hukukî uyuşmazlığın sebeplerini ve hukukî yönlerini taraflarla birlikte ele alır ve sorular sorar. Bu, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakılardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve ilgili talepleri ileri sürmelerini sağlar (ZPO §139, 1)⁶. Söz konusu hüküm, duruşmalar bakımından uygulanabileceği gibi mahkemeye sunulan dilekçeler özelinde de uygulanır⁷. Nihayetinde bu hüküm ile yargılamanın adil, keyfilikten uzak ve

önemli sebebinin, usul kanununun verdiği hızlandırma imkânlarından yeteri kadar faydalanılamaması olduğu görülmektedir [Yavuz Alangoya, “Yargılamanın Sevkinde Prensipler ve Bu Açısından 1711 Sayılı Kanun ile Değiştirilen 409. Madde Açısından Düşünceler”, *Yavuz Alangoya Makaleler*, (Seçen ve Derleyen Mert Namli), İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s. 117]. Aynı yönde bkz. Walter H. Rechberger, “Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması”, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (çev: M. Kamil Yıldırım), İstanbul: Beta Yayınevi, 9. B., 2017, s. 6-7.

⁵ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. I*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 424; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 314.

⁶ Gerhard Lücke ve Peter Wax, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, §§ 1-354, München: C. H. Beck Verlag, 2000, s. 1067; Leo Rosenberg, Karl Schwab ve Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. neubearbeitete Auflage, München: C. H. Beck Verlag, 2010, § 92, Rn. 25; Isaak Meier ve Miguel Sogo, *Schweizerisches Zivilprozessrecht eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zürich: Schulthess, 2010, s. 401; Samuel Baumgartner vd., *Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, 10. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, 2018, s. 117.

⁷ Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Verlag Franz Vahlen, 2023, § 139, Rn. 3.

mümkün olduğunca gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik olmasını sağlamak için mahkemeye tamamlayıcı bir özen ve sorumluluk yükümlülüğü yüklenmektedir⁸.

Türk hukukunda, yargılamanın maddî anlamda sevk ve idaresinde hâkim, tasarruf ilkesi (HMK m. 24) ve taraflarca getirilmesi ilkesi (HMK m. 25) çerçevesinde, hukukî uyuşmazlığın içeriğine uygun çözüm bulmaktadır. Hâkimin yargılama sürecindeki etkinliğinin artırılmasına ve vakıaların aydınlatılmasına yönelik işlemler bağlamında re'sen delil toplayabilmesi, davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) kapsamında taraflara soru sorabilmesi ve tarafların açıklama yapmalarını isteyebilmesi ile uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesini sağlaması (HMK m. 30), yargılamanın maddî anlamda sevk ve idaresiyle (bkz. m. 31) doğrudan ilgilidir⁹. Ancak iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını muhafaza etme ihtiyacı sebebiyle, davayı aydınlatma ödevini (HMK m. 31) bir adım daha ileri götüren maddî anlamda sevk ve idare yetkisi Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁰ muza alınmamıştır¹¹.

Öğretide, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkimin maddî anlamda sevk ve idare yetkisinin Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki düzenlemeye (ZPO §139) paralel bir şekilde düzenlenmesi ve bu ilkenin tüm boyutlarıyla işlerlik kazanabilmesi için, dava malzemesinin toplanması aşamasında taraflarla hâkimin işbirliği yapmasını öngören “işbirliği ilkesi”nin (*die Kooperationsmaxime*) kabul edilmesi ve bunun üzerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na “hâkimin maddî anlamda sevk ve idare yetkisi” başlıklı bir hüküm konulması gerektiği ifade edilmektedir¹².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “sevk ve idare” kavramı ise yargılamanın şekli anlamda yürütülmesini düzenlemektedir¹³. Ezcümle Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yargılama faaliyetinin yürütülmesini ve bu bakımdan usul kurallarının uygulanmasını gözeterek, yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alma sorumluluğunu hâkime vermiştir (HMK m. 32, 1). Zira davanın taraflarının tasarruf alanı dışında kalan tüm hususlar, yargılamayı yürüten hâkime aittir. Bu bağlamda; tensip tutanağı düzenlenmesi, duruşma yapılması, duruşma yer ve zamanının belirlenmesi, duruşmada yapılması gereken işlemler, duruşmanın yönetilmesi, duruşma disiplininin sağlanması (HMK m. 79; 151), duruşmada kayıt yapılmasına karar verilmesi (HMK m. 153), ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası (HMK m. 149), duruşmalarda tutanak tutulması (HMK m. 154), ilgili yerlere müzekkere yazılması, tebligat yapılması (dilekçelerin, bilirkişi raporunun, ilamın tebliği), taraflara süre verilmesi (HMK m. 90), davaların ayrılmasına veya birleştirilmesine karar

⁸ Musielak ve Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, § 139, Rn. 1.

⁹ HMK m. 32 gerekçesi.

¹⁰ RG. 04.02.2011, S. 27836.

¹¹ Hakan Pekcanitez, “HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-XII, 18-19 Ekim 2014-Isparta, SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, 4/2* (2014), s. 131-132.

¹² M. Kamil Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. III, 22/3* (2016), s. 3040; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 425.

¹³ Öğretide *Schilken*, yargılamanın şekli anlamda yürütülmesi yetkisini kendi içinde, hâkimin “yargılamayı yürütmesi” ve hâkimin “duruşmayı yürütmesi” olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir (Eberhard Schilken, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü”, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (çev. Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul: Beta Yayınevi, 9. B., 2017, s. 47.

verilmesi (HMK m. 166-167) ile tarafların, tanıklara veya duruşmadaki üçüncü kişilere soru yöneltmesi (HMK m. 152, 1) konularının karara bağlanması, yargılamanın şekli anlamda sevk ve idaresi kapsamındadır¹⁴.

Hâkimin sevk ve idare yetkisini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati¹⁵ ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu¹⁶'nu bakımından da konumuzla sınırlı olarak incelemekte fayda görmekteyiz.

Nizamiye ve ticaret mahkemelerindeki yargılama işlemlerini düzenlemek üzere çıkarılan, 1879 yılında kabul edilen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1927 yılına kadar yürürlükte kalan Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati'nde, yargılamaya hâkim olan ilkelerin düzenlendiği ayrı bir bölüm bulunmasa da Kanun'un dördüncü bölümünün birinci faslında, yargılamanın şekli bakımından sevk ve idaresi ilkesine ilişkin hükümler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (bkz. UMHKM m. 36-40)¹⁷.

Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati'nden sonra yürürlüğe giren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 78. maddesinde¹⁸ ise yargılamanın şekli bakımından sevk

¹⁴ Adrian Staehelin, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm.*, Basel: Schulthess, 2010, s. 844; Karl Spühler, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017, s. 625, Rn. 1, 2; Dominik Gasser ve Brigitte Rickli, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, Zürich: Dike Verlag, 2010, § 124, Rn. 2, 3; Adrian Staehelin, Daniel Staehelin ve Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht*, Zürich: Schulthess, 2008, s. 248, Rn. 21; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 167; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 314; Schilken, "Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü", s. 47; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 424; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 264; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 270.

¹⁵ Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati, Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, Matbaa-i Amire, İstanbul 1293 (Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz Özkan, *1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021).

¹⁶ RG. 2, 3, 4.07.1927, S. 622, 623, 624.

¹⁷ UMHK m. 36: "Esnâ-i muhâkemâtta mahkemenin umûr-u zâbitası reis bulunan zâta muhavveldir".

UMHK m. 37: "Esnâ-i muhâkemede tarafeynden biri söyler iken diğeri onun sözünü kesmek veyâhut ifâdesi hitâm bulmaksızın cerh ve tekzibe kalkışmak veyâhut hasma karşı elfâz-ı tahkiriye istimâl eylemek gibi harekete cür'et eyler ise reis tarafından men' olunur."

UMHK m. 38: "İstimâl-i muhâkemât için hâricîten mahkemeye gelenler kemâl-i edeb ve sükût üzere durup nizâmın vikayesi için reisin kâffe-i evâmîr ve tenbihâtına derhâl itâate mecbûrdur. Sâmî'inden her kim olur ise olsun reisin emir ve tenbihine itâat etmez veyâhut tarafeynin ifâdeleri ve reis ve a'zânın kelâmı ve mahkemenin hüküm ve kararı hakkında tahsîn veyâ takbîhi mutazammın bir günâ işâret ve hareket eder veyâhut her nasılsa gürültü vuku'una sebep olur ise kalkıp gitmesine emir olunarak inkiyad etmediği hâlde der-akab ahz-u girift olunarak mahkmeden tard edilir."

UMHK m. 39: "Gürültüye sebep olan kimesne mahkeme-i me'mûrîn ve hademesinden olduğu hâlde otuz sekizinci maddede beyân olunan muâmeleden başka bir aylık maâş kat' olunur."

UMHK m. 40: "A'zânın ve sair me'mûrîn-i mahkemenin icrâ-i me'mûrîyetleri esnâsında nâmusuna dokunmak veyâ bunları ihâfe etmek misillü harekete cesâret edenler reisin emriyle derhâl ahz-u girift olunarak mahkemenin karar-nâmesiyle tevkîfhâneye irsâl olunur. Ve yirmi dört saat zarfında bilistintâk töhmetini isbât eder sûretle me'mûru cânibinden yapılacak takrîr üzerine yirmi dört saatte bir haftaya kadar hapse ilka ile mücâzât olunmasına mahkeme tarafından hükmolunur. Müttehem der-akab ahz-u girift olunamadığı hâlde dahî aleyhine sâlifüz-zikr cezâ gıyâben hükmolunup fakat bu bâbda yapılacak i'lâmın kendisine veyâ ikametgâhına tebliği târihinden on gün mürûruna kadar hapsolunmak üzere kendiliğinden gelir ise ol hâlde defî da'vâya hakkı olur. Müttehem töhmeti Cezâ Kanunnâmesi mücibince mezkûr cezâdan eşedd mücâzâtı müstelzim görülür ise ol hâlde kanun-u mezkûr ahkâmına tatbîkan muhâkeme-i te'dîbi icrâ olunmak üzere keyfiyyet icâb eden mahkeme-i cezâiyyeye havâle olunur."

¹⁸ Yargılamaya hâkim olan ilkelere ilişkin olan bu madde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 78. maddesini kısmen karşılamaktadır. Ancak maddenin başlığı ve birinci fıkrasında yer verilen "sevk ve idare" kavramı yenidir.

ve idaresi ile ilgili “Hâkim muhakeme adabı haricinde çıkan tarafı meneder” hükmü ile yine 150. maddesinin birinci fıkrasında “Muhakemenin idare ve zabıta işleri reise aittir” düzenlemeleri yer almaktaydı.

Son tahlilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 32. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin yargılamayı sevk ve idare edeceği, yargılama düzeninin bozulmaması için her türlü tedbiri alacağı belirtilerek, yargılamaya hâkim olan bu ilkenin, “yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesi ilkesi” olduğuna açıkça vurgu yapılmıştır¹⁹.

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu, “yargılamanın sevk ve idaresi” başlığı altında, okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçelerin mahkemeye verilmesi halinde, hâkimin bu şekilde sunulan dilekçelere ilişkin sevk ve idare yetkisini ayrıca düzenlemiştir (bkz. HMK m. 32, 2). Esasen bu noktada işaret edilen husus, Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda “münasebetsiz evrak” olarak nitelendirilen (bkz. HUMK m. 78, 2) ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, “okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe” olarak ifade edilen dilekçelerin yargılamadaki durumu ve bu şekilde mahkemeye sunulan dilekçelere bağlanan hukukî sonuçlardan ibarettir. Esasen “okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe” kavramı, yargılamanın sevk ve idaresine nazaran, “dilekçeler” ile daha sıkı bir ilişki içinde olduğundan bu kavramın, Kanun’da yargılamaya hâkim olan ilkelerden “yargılamanın sevk ve idaresi” başlığı altında değil de “Üçüncü Kısım”da dilekçelere ilişkin bölümlerden birinde düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

II. OKUNAMAYAN VEYA UYGUNSUZ YAHUT İLGİSİZ OLAN DİLEKÇENİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Medeni usul hukukunun amacı, maddî vakıaların gerçekten vuku bulup bulmadıklarının tespiti ile adalete ve gerçeğe ulaşarak doğru hüküm verilebilmesidir²⁰. Medeni usul hukuku gerçeğe ulaşma yolunda, yargılamanın taraflarının hukukî olarak korunmalarını, yargılamanın adil ve eşit şekilde yürütülmesini, tarafların yargılamada etkili olabilmelerini ve hukuk güvenliğini sağlar. Öte yandan yargılamada gerçeğe ulaşılması ve tarafların adalet taleplerinin

¹⁹ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 424.

²⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 10; Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 25; Meral Sungurtekin Özkan, “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”, *DEÜHFD, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan*, 11 (2010), s. 561-563; Heinz Thomas ve Hans Putzo, *Zivilprozessordnung*, 31. Neubearbeitete Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2010, § 136, Rn. 1; Budak ve Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 5; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979, s. 86-89. Öğretide *Karşlı*, medeni usul hukukunun tek bir amacı olduğuna yönelik görüşlere katılmadığını belirtmiştir (*Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 25). Medeni usul hukukunun amacı ile ilgili görüşler için bkz. Yavuz Alangoya, “Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V*, Ankara: TBB Yayınları, 2007, s. 33-54; Hans Friedhelm Gaul, “Yargılamanın Amacı: Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (çev: Nevhis Deren Yıldırım), İstanbul: Beta Yayınevi, 9. B., 2017, s. 75-106; Sema Taşpınar Ayvaz, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara: TBB Yayınları, 1999, s. 759-787; Ali Cem Budak, “Alangoya’ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/2 (2019) s. 33-43.

karşılanmasında hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) da önemli ve temel bir ilkedir²¹. Bu sebeple mahkemeye sunulan dilekçelere gerekli özenin gösterilerek, dilekçelerin açık, akıcı ve sade bir dille yazılması, davanın sağlam bir temele oturtulması, koruma altına alınmak istenen hakkın yerine getirilmesi bakımından oldukça önemlidir. Zira Türkçenin doğru ve düzgün kullanılması, dilekçenin hâkim tarafından veya karşı tarafça okunurken anlaşılmasını ve dolaşısıyla da yargılamanın daha kısa sürede ve adilane bir şekilde sonuçlanmasını sağlar.

Dilekçenin belirli bir disiplin dâhilinde yazılması, özellikle dilekçenin okunamaması veya dilekçede uygunsuz ifadeler kullanılması yahut ilgisiz bir dilekçe sunulması, yargılamanın şekli bakımından sevk ve idaresi ile ilgilidir. Bu bağlamda gerek mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, mahkemeye okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir dilekçe verilmesi halinde ne gibi işlem yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

Nitekim mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrasında; *“Okunamıyan veya münasebetsiz olan evrak iade edilir. Ve yeniden tanzim için münasip bir mühlet verilir. Bu mühlet zarfında tanzim olunmazsa yeniden mühlet verilemez”* şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Söz konusu hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Yargılamanın sevk ve idaresi” başlıklı 32. maddesinin ikinci fıkrasına; *“Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez”* olarak alınmıştır.

Her ne kadar ilk etapta gerek mülga HUMK gerek HMK'daki düzenlemelerin kapsamının ve sonuçlarının aynı olduğu söylenebilirse de bu iki düzenleme arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

İlk olarak, mülga HUMK'taki *“okunamayan”* ifadesi HMK'ya aynen alınmış ancak HUMK'ta genel anlamda kullanılan *“münasebetsiz evrak”* ifadesinden vazgeçilmiş ve HMK'da *“münasebetsiz”* kavramını karşılayan *“uygunsuz”* ifadesi ile birlikte aynı zamanda *“ilgisiz”* kavramı da kullanılarak, maddedeki *“münasebetsiz”* kavramı HMK'nın 32. maddesinde daha geniş manada ele alınmıştır.

İkinci olarak, mülga HUMK'ta *“evrak”* kavramı kullanılırken, HMK'da ise *“evrak”* kavramına nazaran daha dar anlamda *“dilekçe”* kavramı tercih edilmiş ve nihayetinde söz konusu hüküm, sadece *“dilekçe”* ile sınırlı tutulmuştur.

Son olarak ise mülga HUMK'ta, okunamayan veya münasebetsiz olan evrak doğrudan dava dosyasından çıkarılıp ilgisine iade edilmekte ve yeniden bir dilekçe düzenlenmesi için ilgisine uygun bir süre verilmekteydi. Ancak HMK ile okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçe, mülga HUMK'taki düzenlemenin aksine, dosyada muhafaza edilmekte ve

²¹ Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 753; Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 65-66.

fakat mülga HUMK'ta olduğu gibi yeniden dilekçe düzenlenmesi için ilgisine yine uygun bir süre verilmesi hususu hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na kadar sunulan tasarılar²² da “okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe” kavramına yer verildiği görülmektedir. Ne var ki, Hukukta Yargılama Usulü Kanunu 1948 Tasarısı²³'nin 93. maddesinde, sadece hâkimin sevk ve idaresi ile ilgili bir düzenleme yer almış olup okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçeden açıkça söz edilmemiştir. Söz konusu maddeye göre; taraflar hâkime karşı gerekli saygıyı göstermeye ve savunmanın gerektirdiği oranda hasımlarına ve duruşmaya katılan diğer şahıslara karşı nezaketle muamelede bulunmaya mecburdurlar.

Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe kavramına, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan sonra ilk olarak Hukukta Yargılama Usulü Kanunu 1952 Tasarısı²⁴'nin 93. maddesinin ikinci fıkrasında; “Okunamayan veya münasebetsiz fıkraları ihtiva eden evrak iade edilir ve yeniden tanzim için kesin bir süre verilir. Mahkeme dilerse münasebetsiz fıkraların çizilmesine de karar verebilir.” şeklinde açıkça yer verilmiştir.

Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Lâyihası 1955 Tasarısı²⁵'nin 94. maddesinin ikinci fıkrası ile Hukukta Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı (Su Komisyonu Tasarısı)²⁶'nin 94. maddesinin ikinci fıkrasında esasa etkili olmayan birkaç kelime farkı dışında metin aynen korunmuştur. Söz konusu düzenlemelerde; okunamayan veya münasebetsiz fıkraları içeren evrakın iade edileceğine ve yeniden düzenlenmesi için kesin bir süre verileceğine, mahkemenin dilediği takdirde münasebetsiz fıkraların çizilmesine de karar verebileceğine işaret edilmiştir.

Hukuk Yargılama Usulü Kanunu 1971 Tasarısı²⁷'nin “Tarafların mahkemeye ve birbirlerine karşı ödevi” başlıklı 91. maddesinin ikinci fıkrasında ise ilgili düzenleme; “Okunamayan ve uygun olmıyan söz ve bölümler taşıyan kâğıtlar geri verilir ve yeniden düzenlenmesi için kesin bir süre tesbit edilir. Mahkeme dilerse bu şekildeki söz ve bölümlerin çizilmesine de karar verebilir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Son olarak, Hukuk Yargılama Usulü Kanunu 1993 Tasarısı²⁸'nin “Yargılama ve evrak düzeni” başlıklı 73. maddesinin ikinci fıkrasına göre; okunamayan veya uygunsuz olan evrak

²² Tasarılar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tülay Özer, *HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2012.

²³ Hukukta Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/311), 20.02.1948, Dönem VIII, Toplantı: 2, No: 2030, TC. Başbakanlık Muamelât Umum Müdürlüğü, S. 71-980.

²⁴ Hukukta Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/310), 08.01.1952, TC. Başbakanlık Muamelât Umum Müdürlüğü, S. 71-1839/6/95.

²⁵ Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Lâyihası (1/202), 24.02.1955, TC. Başvekâlet Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, S. 71/45, 535.

²⁶ Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Lâyihasının Su Komisyonu Tarafından Hazırlanan Esbabı Mucibeli Metni (1/80), 1959, Dönem XI, No: 137.

²⁷ Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/474), 28.04.1971, Dönem III, Toplantı: 2, No: 64, TC. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Dairesi, S. 71-494, 5460.

²⁸ Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/654), 02.12.1993, Dönem 19, No: 610, TC. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, S. 101-607/06343.

geri verilir ve yeniden düzenlenmesi için mahkemece bir süre belirlenir. Bu süre içinde düzenlenmezse bir daha süre verilmez.

III. HMK M. 32, 2 UYARINCA “DİLEKÇE” KAVRAMI VE HÜKMÜN UYGULAMA ALANI

Bireyler, hakları ihlâl edildiği ya da ihlâl edilme tehlikesiyle karşılaştığı durumlarda, hukuk devleti ilkesinin (AY m. 2) bir gereği olarak hak arama hürriyeti (AY m. 36; AİHS m. 6) bağlamında hukukî korunma talebi ile yetkili makamlara başvurabilir. Nitekim Anayasa'nın “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74. maddesine göre; vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Öte yandan dilekçe hakkı, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun²⁹’un 3. maddesinde de, “Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler” şeklinde düzenlenmiştir (3071 s. K. m. 3, 1).

Genel anlamda dilekçe, bir talebi ilgili makama iletmek amacıyla hazırlanan metindir. Adli dilekçe ise, yargı organlarına verilen veya gönderilen ve genellikle içeriği kanun tarafından düzenlenen dilekçedir³⁰. Dava ile ilgili mahkemeye sunulan her türlü dilekçe ve belge hâkim veya yazı işleri müdürüne havale ettirildikten sonra, zabıt kâtibi tarafından dosyasına konular (HMK m. 159, 1). Medeni usul hukukunda, tasarruf ilkesinin (HMK m. 24) bir görünümü olarak hâkim, tarafların dilekçeleri (vakıalar ile talep sonucu) ile bağlıdır³¹.

Dava ve cevap dilekçeleri (HMK m. 119; 129), hâkimin reddi talebine ilişkin dilekçe (HMK m. 38, 2), fer’î müdahale talebine ilişkin dilekçe (HMK m. 67, 1), eski hale getirme dilekçesi (HMK m. 97), bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi (HMK m. 281), istinaf ve temyiz dilekçeleri (HMK m. 342; 364), yargılamanın iadesi talebi dilekçesi (HMK m. 378, 1), ihtiyatî tedbir talebine ilişkin dilekçe (HMK m. 390, 3), delil tespiti talebine ilişkin dilekçe (HMK m. 402, 1) vb. adli dilekçelere örnek teşkil eder.

HMK m. 32, 2 hükmünün uygulanma alanının belirlenmesi açısından üzerinde durulması gereken asıl mesele, söz konusu hükmün sadece “dilekçe” özelinde mi ele alındığı yoksa dosyaya sunulan ve “dilekçe” kavramını da içine alan “belge” için de bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağıdır³².

Öğretide *Erdönmez*, HMK m. 32, 2 hükmünü geniş yorumlayarak, davanın konusu ile ilgisi bulunmayan veya uygunsuz belgelerin olması halinde, mahkemenin bu belgelerin ilgisiz

²⁹ RG. 10.11.1984, S. 18571.

³⁰ Ejder Yılmaz, *Adli Yazı ve Yazışma Usulleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 43.

³¹ Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 98.

³² Mahkeme de verdiği kararlarında, yargılama adabı dışında ve meslek ilkelerine aykırı, tarafların saygısını zedeleyen ifadeler kullanmamalıdır. Ancak aksi durum, sadece hâkim açısından bir “uygunsuzluk” olarak nitelendirileceğinden, hâkimin verdiği kararlar açısından HMK m. 32, 2 hükmünün uygulanması mümkün değildir.

veya uygunsuz olduğunu tarafa bildireceği, tarafın bunun üzerine isterse bu belgeleri geri alıp düzeltebileceği, isterse bunda ısrar edeceği ve bu belgelerin dosyada kalacağı görüşündedir. Nitekim yazar; bir ticarî davada, dava konusu ile ilgili bulunmayan şirket yönetim kurulu üyesinin uygunsuz fotoğraflarının dilekçeye eklenmesi halinde, mahkemenin bu fotoğrafların dava ile ilgisinin olmadığını tarafa bildireceğini ancak fotoğrafların dosyada kalacağını bu görüşüne örnek olarak vermektedir³³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, mülga HUMK m. 78, 2’de “evrak” kavramı kullanılırken, HMK m. 32, 2’de ise daha dar kapsamda “dilekçe” kavramı tercih edilmiştir. Arapça kökenli “varaka”³⁴ kelimesinin çoğulu olan “evrak” kelimesi; yapraklar, kâğıtlar ve yazılı kâğıtlar anlamına gelmektedir³⁵. Ancak Kanun’da geçen “dilekçe” kavramından, yargı organlarına verilen veya gönderilen ve genellikle içeriği kanun tarafından düzenlenen yazılı metin anlaşılmalıdır. Neticede “evrak” kavramının kapsamı, her ne kadar “dilekçe” kavramına nazaran daha geniş olsa da yazılı olmaları, her ikisi için de ortak bir unsurdur. “Belge” kavramı ise hem “evrak” hem de “dilekçe” kavramlarını içine alan daha geniş bir kavramdır (bkz. HMK m. 199)³⁶. Zira uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre belgedir (m. 199).

“Belge” kavramının Kanun’da ayrıca düzenlendiği (HMK m. 199) düşünüldüğünde, Kanun’un lafzından, konunun sadece “dilekçe” kavramı ile sınırlı tutulduğu ve bu sebeple söz konusu hükmün dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim dava konusu ile ilgisiz bir belgenin (örneğin fotoğrafın, filmin, görüntü veya ses kaydının) süre verilerek ilgili hale getirilmesi pek mümkün olmadığı gibi ilgisiz bir belgenin (örneğin fotoğrafın) dava dosyasında kalmasının da bir anlamı bulunmamaktadır. Zira yazarın yukarıdaki örneğinden hareketle, şirket yönetim kurulu üyesinin uygunsuz fotoğraflarının dava dosyasında bulunması, olası bir boşanma davasında bu fotoğrafların eşi tarafından kullanılabilme ihtimalini ortaya çıkarabilecektir. Dava ile ilgisi bulunmayan fotoğrafların, sonrasında başka bir davada kullanılması ise kişisel verilerin ihlali anlamına gelebilecektir (KVKK m. 1). Ayrıca dava konusu ile hiçbir ilgisi bulunmayan, dolayısıyla hükmün dayandırılabilmesinin mümkün olmadığı bir belgenin dosyada kalmasının da bir manasının olmadığı ve bu sebeple dosya kapsamının da gereksiz şekilde artırılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Öte yandan taraflardan birinin, başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapması (HMK m. 139, 1-ç) üzerine, mahkeme o belgenin

³³ Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. 1, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 818.

³⁴ Varaka, nakledilebilen bir şey (kâğıt, levha, bez vb.) üzerine yazılıp da bir kimliği olan ve hukukî bir önemi haiz olan bir vakıayı ispata yarayan yazıdır (Sahir Erman, “Evrakta Sahtekârlık Suçlarında “Varaka” Mefhumu”, *İÜHF*, 15/1 (1949), s. 185).

³⁵ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara: Aydın Kitabevi, 2000, s. 242; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 404.

³⁶ 5237 sayılı TCK’nın gerekçesinde; “Belge, eski dilimizde “evrak” kelimesi karşılığında kullanılmakta olup yazılı kâğıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, yazılı kâğıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımamaktadır” denilmek suretiyle ceza hukuku bakımından belge kavramının tanımı yapılmıştır (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, s. 244).

getirtilmesinin dava konusu bakımından ilgisi olmadığına kanaat getirirse, zaten o belge, dava dosyasına hiç girmemiş olacaktır. Örneğin kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle açılan tahliye davasında, kiracının babasının tapu kayıtlarının mahkemeden istenmesi halinde, mahkemenin bu talebi kabul etmemesi ve tapu müdürlüğüne bu konu ile ilgili müzekkere yazmaması gerekir. Eğer taraflardan biri, dava ile ilgisi olmayan ancak dilekçesinde göstermiş olduğu belgeleri süresi içinde mahkemeye sunarsa (bkz. ve karşı. m. 140, 5), tahkikat aşamasında mahkeme, o sunulan belgelerin dava konusu ile ilgisinin olup olmadığına karar verecektir. Örneğin trafik kazasından kaynaklanan tazminat davasında, sigorta şirketinin yönetim kurulu üyesinin de zamanında bir başka trafik kazasına karıştığına ilişkin fotoğraflar dilekçeye eklenmişse, mahkeme bu fotoğrafların dava ile herhangi bir ilgisinin olmadığına karar vermeli ve bu kararını tarafa bildirmelidir. Zira ibraz edilen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için gerekli olmadığına kanaat getiren mahkeme, ilgisiz belge açısından HMK m. 32, 2 hükmü uyarınca işlem yapmayı sadece belgenin dava dosyasının dışına çıkarılmasına karar vermelidir.

Yargılama aşamasında tutanak tutulması da yargılamanın sevk ve idare yetkisinin bir gereğidir³⁷. Mahkeme tutanakları; yargılama sürecinin görülebilmesini, yargılamaya ilişkin mahkeme ve taraf usul işlemlerinin kayıt altına alınmasını sağlar. Zira ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir (HMK m. 156). Hâkim, tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını, gerekirse özet olarak zabıt kâtabi aracılığıyla tutanağa kaydettirir (HMK m. 154, 1). Taraflar veya diğer ilgililer sözlü açıklamalarını hâkimin izniyle doğrudan da tutanağa yazdırabilir (HMK m. 154, 2). Bu sebeple mahkeme tutanaklarında, uygunsuz veya ilgisiz açıklamalar bulunması, ancak bu açıklamaların hâkim tarafından tutanağa kaydettirilmesi durumunda mümkündür. İddia ve savunma sınırlarını aşan, hâkimin veya karşı tarafın şahsına yönelik yapılan hakaretler, uygunsuz ifadeler kullanan tarafın gerek tazminat ve ceza sorumluluğunun ispatı gerek bu ifadelerin kanun yolu aşamasında denetlenebilmesi açısından tutanağa yazdırılmalı ve tutanak, dava dosyasında kalmalıdır. Öte yandan tarafın, dava konusu ile ilgisi olmayan sözlü açıklamalarının da tutanağa geçirilmesi ve tutanağın dava dosyasında kalması, tutanaktaki açıklamaların gerçekten bu nitelikte olup olmadığının ispatı ve yine bu açıklamaların kanun yolu aşamasında denetlenebilmesi açısından yerinde olacaktır. Ancak tutanak özelinde bahsedilen bu durumlarda HMK'nın 32, 2 hükmü yerine, duruşma düzenine yönelik hükümlerin (HMK m. 151) uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu, basit yargılama usulünün kolay ve hızlı bir şekilde yargılamayı gerçekleştirme amacını dikkate alarak, dava ve cevap dilekçelerinin UYAP Bilgi Sistemlerinde yer alan dava ve cevap dilekçesi formları doldurulmak suretiyle de verilebileceğini düzenlemiştir (HMK m. 317, 4; Yön. m. 198, 2). Eğer okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz açıklamalar, bu dava ve cevap dilekçesi formlarında ortaya çıkarsa, HMK'nın okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçeye uygulanan m. 32, 2 hükmü, şüphesiz bu formlar için de uygulanmalıdır.

³⁷ Salih Özyakut ve Mehmet Beleş, *Karşılaştırılmalı-Açıklamalı-Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 192.

Mahkemeye verilen dilekçeye veya yine bu kapsamda değerlendirilen dava ve cevap dilekçesi formlarına özgülünen HMK'nın 32, 2 hükmü, acaba mahkemeye verilen uzman görüşü (HMK m. 293) açısından uygulanabilir mi?

Öğretideki çoğunluğun benimsediği görüşe³⁸ göre, uzmanın hazırladığı ve tarafın mahkemeye sunduğu görüş, delil olmayıp yazılı bir belgeye bağlı olan taraf beyanıdır³⁹. Başka bir deyişle, uzman tarafından hazırlanan görüş, tarafların dilekçelerine ekledikleri ve mahkeme tarafından serbestçe takdir edilen bir dilekçedir.

Uzman görüşündeki beyanlar okunamıyorsa veya uzman görüşünde uygunsuz yahut dava konusuyla ilgisi bulunmayan açıklamalarda bulunulmuşsa, böyle bir görüşün mahkeme tarafından değerlendirilebilmesi mümkün değildir⁴⁰. Kanaatimizce, uzman görüşünün hukukî niteliğinin taraf beyanı olması sebebiyle, böyle bir ihtimalde HMK'nın 32, 2 hükmü gereği işlem yapılması gerekir.

Son tahlilde; mahkemeye verilen her türlü dilekçeye, basit yargılama usulünde verilebilen dava ve cevap dilekçesi formlarına ve bir taraf beyanı olarak nitelendirilen uzman görüşüne HMK m. 32, 2 hükmü uygulanmalıdır.

Elbette burada üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de HMK m. 32, 2 hükmünün, dilekçelerin davanın taraflarınca değil de üçüncü kişilerce verilmesi halinde uygulanıp uygulanamayacağıdır. Söz konusu hükmün, sadece davanın taraflarına özgülünmeyip davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin verdiği dilekçeler için de uygulanması yerinde olacaktır. Ezcümle, davada taraf yardımcısı konumunda bulunan fer'î müdahilin (HMK m. 66) mahkemeye verdiği dilekçe, okunamıyorsa veya uygunsuz yahut ilgisiz ise mahkeme, dilekçenin yeniden düzenlenmesi için fer'î müdahile uygun bir süre vermeli ancak fer'î müdahil tarafından verilen ilk dilekçe dosyada kalmalıdır (bkz. HMK m. 32, 2).

Öte yandan HMK m. 32, 2 hükmü, sadece mahkemelere verilen dilekçeler bakımından uygulanabilmekte olup icra dairelerine verilen dilekçeler için bu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira İcra ve İflâs Kanunu⁴¹ muzda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanacağına ilişkin herhangi bir atıf bulunmamaktadır⁴². Her ne kadar İcra

³⁸ Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara: 2009, Adalet Yayınevi, s. 398; Çiğdem Yazıcı-Tıktık, "HMK m. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması", *MİHDER*, 7/20 (2011/3), s. 91; Cenk Akil, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı", *ABD*, 2 (2011) s. 177; Barış Toraman, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 660-661; Fulya Teomete Yalabık, "Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış", *DEÜHFD, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, 16 (2014), s. 2131.

³⁹ Öğretide uzman görüşünün hukukî niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Hasan Elyıldırım, *Hukuk Yargılamaında Uzman Görüşü Özel Bilirkişi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 47 vd.

⁴⁰ Uzman görüşü bu durumda kısmen geçersiz sayılacaktır [Mustafa Serdar Özbek, "Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi", *TNBHD*, 4/1 (2017), s. 89].

⁴¹ RG. 19.06.1932, S. 2128.

⁴² Öğretide *Yılmaz*, olması gereken hukuk bakımından, icra dairelerine yol göstermek amacıyla, İcra ve İflâs Kanunu'ndan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (ve diğer ilgili mevzuata) açık ve yeterli atıflar yapılması gerektiğini ifade etmektedir (Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, C. 2, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 1848, 1865).

ve İflâs Kanunu'nda açık atıf hükmü bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanabilmesi mümkünse de (örneğin HMK m. 26; 50-56; 124, 3) gerek İcra ve İflâs Kanunu'na konu ile ilgili açıkça atıf yapılmamış olması gerek icra dairelerinin işlemlerinin yargısal nitelikte olmaması sebebiyle icra dairesine, okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir dilekçe verilmesi halinde, icra dairesinin böyle bir dilekçeye istinaden HMK m. 32, 2 uyarınca bir işlem yapmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak icra dairelerine verilen dilekçelerin okunamaması veya uygunsuz yahut ilgisiz olması halinde, icra dairesi her somut olay bakımından durumu ayrıca değerlendirmelidir. Ezcümle borçlunun itirazını yabancı dilde yazmış olması durumunda icra dairesinin, borçluya dilekçesini Türkçe'ye tercüme ettirmesi için süre veremeyeceği gibi söz konusu dilekçeden borçlunun itiraz iradesi de anlaşılamayacağından, bu dilekçe üzerine takibin durdurulmaması gerekir. Öte yandan icra dairesine "itiraz" adı altında ilgisiz bir dilekçe verilmesi ya da ilgisiz bir dilekçenin UYAP sisteminde "itiraz" sekmesi seçilerek takip dosyasına gönderilmesi, takibe itiraz iradesini ortaya koymadığından, bu ilgisiz dilekçe üzerine de takip durdurulmamalıdır⁴³. İcra mahkemesinin görev alanına giren davalar (istihkak davası gibi) ile hukuki yollarda (itirazın kaldırılması, şikâyet gibi) da HMK m. 32, 2 hükmü geçerli olmalıdır.

Tahkim yargılamasında da HMK m. 32, 2 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı açıktır. Zira HMK'nın "Uygulanmayacak hükümler" başlıklı 444. maddesinde, tahkim kısmında düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça HMK'nın diğer hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim kısmında yargılamaya hâkim olan ilkelerden "Yargılamanın sevk ve idaresi" başlıklı 32. maddesine bir atıf yapılmadığından, tahkim yargılamasında okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan bir dilekçenin bulunması halinde, HMK m. 32, 2 hükmünün uygulanması mümkün değildir (HMK m. 444).

IV. "OKUNAMAYAN" VEYA "UYGUNSUZ" YAHUT "İLGİSİZ" DİLEKÇE KAVRAMI

Yargılamanın ilk aşaması olan dilekçeler teatisi aşamasında, dilekçelerin hangi hususları içereceği HMK'da belirtilmiştir (bkz. HMK m. 119, 1; 129, 1; 136, 2). Eğer dilekçe, Kanun'daki usule uygun olarak düzenlenmezse hâkim, dilekçenin dava veya cevap dilekçesi olmasına göre eksikliği tamamlaması için taraflara süre verir ve bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde, dilekçenin türüne göre dava açılmamış (HMK m. 119, 2) veya cevap dilekçesi verilmemiş (HMK m. 130) sayılır⁴⁴. Öte yandan istinaf ve temyiz dilekçelerinde bulunması gereken hususlar da Kanun'da açıkça belirtilmiş olup (HMK m. 342, 3; 364, 3) bu

⁴³ Bkz. Y. 12. HD. 04.04.2023, 2022/9750, 2023/2305 (www.e-uyar.com).

⁴⁴ Öğretide *Tanrıver*, dava veya cevap dilekçesinde talep sonucunun belirtilmemesi halinde ortada gerçek anlamda bir davanın veya savunmanın mevcudiyetinden bahsedilemeyeceğini, hâkimin "talep sonucu" içermeyen bir dava veya cevap dilekçesini, HMK'nın 32. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde "uygunsuz evrak" olarak nitelendirmesi ve buna göre işlem yapması gerektiği görüşündedir (Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 694). Ancak "dava dilekçesi" özelinde konuyu ele alan *Özkes* ise, davacının talebini açık, tereddüt ve çelişki doğurmayacak şekilde belirtmesinin, bu talebin dava konusu kısmı ve vakialarla da uyumlu olması gerektiğini, talep kısmına hiç yer verilmemesi halinin, dilekçenin eksikliği sayılacağını ve m. 119, 2 uyarınca davacıya bir haftalık kesin süre verilmesi gerektiğini ifade etmektedir [Muhammet Özkes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", *DEÜHFD, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, 16 (2014) s. 278].

hususların dilekçede bulunmaması halinde ise istinaf veya temyiz dilekçesi reddedilir (HMK m. 342, 3; 364, 3).

Dilekçeler teatisi aşamasındaki dilekçelerin veya istinaf ya da temyiz dilekçelerinin Kanun'daki hususları içeriyor olması, mahkemece reddedilmemeleri ve dikkate alınmaları için tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda bu dilekçeler okunaklı olmalı, uygunsuz ve ilgisiz olmamalıdır. Ancak dilekçenin okunaklı olması ve uygunsuz ya da ilgisiz olmaması gerektiği, sadece dava ve cevap dilekçeleri ile istinaf ve temyiz dilekçeleri açısından geçerli olmayıp aynı zamanda mahkemeye sunulan hâkimin reddi dilekçesi (HMK m. 38, 2), fer'î müdahale dilekçesi (HMK m. 67, 1), bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi (HMK m. 281), eski hale getirme dilekçesi (HMK m. 97), yargılamanın iadesi talebi dilekçesi (HMK m. 378, 1), ihtiyati tedbir talebi dilekçesi (HMK m. 390, 3), delil tespiti talebi dilekçesi (HMK m. 402, 1) vb. her türlü dilekçe bakımından da aranır.

A. "OKUNAMAYAN DİLEKÇE" KAVRAMI

Kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece dilekçe; el yazısı, daktilo veya bilgisayar ile yazılabilir⁴⁵. Ancak mahkemeye sunulan dilekçenin ne ile yazıldığı değil, okunaklı olup olmadığı önemlidir. Zira dilekçenin içeriğindeki bilgilerin tam olarak anlaşılabilmesi veya yanlış anlaşılmaya mahal verilmemesi için dilekçenin okunaklı olması ve dilekçede açık ifadeler kullanılması gerekir⁴⁶. Uyuşmazlığın çözümü için gereken bilgiler ve mahkemeye yöneltilen talepler anlaşılmalı veya yanlış anlaşılmalı takdirde, mahkemece söz konusu uyuşmazlık ya çözüme kavuşturulamayacak ya da eksik inceleme neticesinde hatalı olarak karara bağlanacaktır. Nitekim tarafların dilekçelerini okuyamayan bir hâkimin, tarafların açıklamalarını dikkate alarak değerlendirmesi ve kararlarını somut ve açık olarak gerekçelendirmesi, yani doğru ve adilane bir karar vermesi mümkün olmadığından (HMK m. 27, 2-c) bu durum, adil yargılanma (AY m. 36, AİHS m. 6) ve hukukî dinlenilme hakkına (HMK m. 27) da aykırı olacaktır.

Dilekçe, bir irade beyanı içerdiğine göre bu irade beyanının anlaşılabilmesi için öncelikle o dilekçenin okunabilmesi gerekir. Dilekçenin okunamaması, dilekçede kullanılan harflerin veya kelimelerin okunamamasından kaynaklanabileceği gibi kullanılan dilin Türkçe olmamasından da kaynaklanabilir.

HUMK'un yürürlüğe girdiği yıllarda, ülkemizdeki teknolojik yetersizlikler sebebiyle, dilekçelerin daktilo ve bilgisayardan ziyade el yazısı ile yazılması olağan ve oldukça yaygın bir uygulamaydı. Ancak kurşun kalemle yazılan dilekçelerin silinmesinin kolay olması, dilekçelerin okunabilirliğini ve dolayısıyla da güvenilirliğini ortadan kaldırmaktaydı. Bu sebeple, dilekçelerin el yazısı ile yazılması durumunda tükenmez veya dolma kalem kullanılması, ilerleyen yıllarda ülkemizde yaygın hale gelmiştir. Özellikle 2000'li yılların başlarından günümüze kadar, mahkemeye sunulan dilekçelerin artık el yazısı ile yazılmadığı göz önünde bulundurulduğunda, günümüz itibarıyla ilk etapta okunaksız bir şekilde yazılan dilekçe ile çok sık karşılaşamayacağı düşünülebilir⁴⁷. Ancak el yazısı ile yazılmasa dahi mahkemeye sunulan dilekçenin

⁴⁵ Yılmaz, *Adli Yazı ve Yazışma Usulleri*, s. 100.

⁴⁶ Yılmaz, *Adli Yazı ve Yazışma Usulleri*, s. 35.

⁴⁷ Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 167.

yine de okunamaması mümkün olabilir. Örneğin bilgisayar ile yazılmış dilekçenin ıslanması sebebiyle yazılar okunamaz hale gelebileceği gibi dilekçede çok fazla kısaltma kullanılması veya dilekçenin küçük puntolarla yazılması ya da bilgisayarda yazılan yazıların silik çıkması, dilekçenin okunmasını ve buna bağlı olarak da anlaşılmasını güçleştirebilir⁴⁸.

Yargılama dilinin Türkçe olması sebebiyle, mahkemeye sunulan dilekçelerin de Türkçe yazılması şarttır (AY m. 3, 1). Eğer taraf, dilekçesini yabancı dilde yazmışsa, mahkemenin yabancı dilde yazılmış dilekçeyi kendiliğinden tercüme ettirme zorunluluğu bulunmamaktadır (bkz. ve karşı. HMK m. 223)⁴⁹. Öte yandan dava ve cevap dilekçelerinin yabancı dilde yazılması, kanunen bulunması gereken zorunlu hususlar bakımından, bir eksiklik olarak görülmediğinden, tamamlanması için taraflara bir haftalık süre verilmesi de mümkün değildir (bkz. HMK m. 119, 2; 130). Hal böyleyken, yabancı dilde yazılmış ancak Türkçeye tercüme ettirilmemiş dilekçenin “okunamayan dilekçe” olarak nitelendirilmesi, bu sebeple de HMK m. 32, 2 uyarınca tercüme ettirilerek yeniden düzenlenmesi için mahkemece, ilgiliye uygun bir süre verilmesi ve yabancı dilde yazılan dilekçenin de dosyada kalması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁰.

B. “UYGUNSUZ DİLEKÇE” KAVRAMI

1. Genel Olarak

Münasebetsiz kavramı; uygun olmayan, yakışksız, çirkin anlamına gelirken; uygunsuz kavramı; uymayan, yakışık almayan, yaraşmayan, münasebetsiz, namünasip anlamlarına gelmektedir⁵¹. Bu tanımlardan hareketle, “münasebetsiz” ve “uygunsuz” kavramlarının aynı anlama geldiği göz önünde bulundurulduğunda, HMK'daki “uygunsuz dilekçe” kavramının, mülga HUMK'taki “münasebetsiz evrak” kavramının karşılığı olarak kullanıldığı sonucuna varılmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda “uygunsuz” kavramı, sadece “dilekçe” özelinde (HMK m. 32, 2) kullanılmamaktadır. Nitekim Kanun'da, “Vekilin veya vekâlet verenin duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışı” başlıklı 79. madde ile “Duruşma düzeni” başlıklı 151. maddede, genel olarak taraf ve vekil bakımından uygun olmayan tutum ve davranışlarda bulunulması hali ve bunun sonuçları duruşma disiplini bakımından düzenlenmektedir.

Uygunsuz davranış, esasen göreceli bir kavram olup aynı davranış her yerde “münasebetsizlik” olarak nitelendirilemez⁵². Örneğin vergi dairesinde memur ile görüşürken ve hakkımızdaki işlem gerçekleştirilirken ayağa kalkmamak münasebetsizlik sayılmayabilirken, aynı

⁴⁸ “Dosyada yer almayan, UYAP sorgulamasında tespit edilen ancak taranmadığı için okunamayan, 06.11.2013 tarihli davalı tarafın temyiz dilekçesinin fiziken gönderilmesi için, dosyanın yerel mahkemesine geri çevrilmesine...” (Y. 9. HD. 26.02.2015, 2013/13039, 2015/8363) (www.corpus.com.tr). Aynı yönde bkz. Y. 3. HD. 12.05.2016, 2015/9603, 2016/7656; Y. 3. HD. 29.09.2014, 4675/12612 (www.corpus.com.tr).

⁴⁹ Yabancı dilde yazılmış belgeler

MADDE 223- (1) Yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan taraf, tercümesini de mahkemeye sunmak zorundadır.

(2) Mahkeme kendiliğinden veya diğer tarafın talebi üzerine, belgenin resmî tercümesini de isteyebilir.

⁵⁰ Nitekim öğretide *Önen* de başka dilde yazılan dilekçelerin kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir (Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 60).

⁵¹ www.sozluk.gov.tr

⁵² Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 147.

davranış hüküm tefhim edilirken yapıldığı takdirde münasebetsizlik olarak addedilir (HMK m. 294, 5).

Dilekçe gerek şekil gerek içerik itibarıyla uygunsuz olabilir. Örneğin dilekçedeki açıklamaların karikatürize edilerek yapılması veya dilekçenin uygun olmayan bir kâğıda yazılması, dilekçenin şeklen uygunsuz olduğunu gösterir. Ancak dilekçenin içeriğinde uygunsuz ifadelerde bulunulması, dilekçede içerik itibarıyla uygunsuzluk halidir. Bu nedenle hukuka uygun olmayan, iddia ve savunma hakkının sınırlarını aşan, karşı tarafa veya hâkime ya da bilirkişiye yönelik hakaret ya da uygunsuz ifadeler içeren, amacı aşan ve saldırgan ifadeler bulunan dilekçe sunulması yahut dilekçede mahkemenin saygınlığını zedeleyen açıklamalar yapılması halinde, içerik itibarıyla uygunsuzluktan söz edilir⁵³.

2. Uygunsuz Dilekçe Kavramı İle İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki

Çalışmamızda, asıl olarak içerik itibarıyla uygunsuzluk hali ve bu uygunsuzluk hali ifade özgürlüğü arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır.

Mahkemeye sunulan dilekçeler, ifade özgürlüğü sınırlarını aşmamalı, mahkemeye, karşı tarafa veya herhangi bir kimseye ve makama karşı mütecaviz ifadeler içermemeli ve kabul edilebilir eleştiri sınırları içinde olmalıdır. Nitekim dilekçelerde düzgün ifadeler kullanmak, nezaket ve saygı kurallarından ayrılmamak, tarafların ve avukatların dikkat etmeleri ve uymaları gereken önemli konulardan biridir⁵⁴. Nezaket ve saygı kuralları içerisinde kalınarak, başkalarının kişilik haklarına saldırı oluşturabilecek ifadelerin kullanılmamasına özen gösterilerek hukuk kuralları dışına çıkılmadan, sadece maddi vakıalar ile hukukî sebeplerin açıklanması suretiyle dilekçe yazılmasına önem verilmelidir⁵⁵. Zira hukukî dinlenme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının kullanılması (HMK m. 27, 2-b); mahkemeye uygunsuz dilekçenin verilmesini, iddia ve savunma sınırlarını aşacak şekilde, karşı tarafın kişilik haklarına saldırı niteliğinde

⁵³ “Somut olayda davacı, 28.11.2017 havale tarihli temyiz dilekçesinde “...Sadık bey ve grubu ... evet evet bu hak aramadır diye karar verecek ... Millet Keriz Mi? Beni dolandırmaya çalışacaksın hile ve hurdayla sonra da yok sana 750 TL ceza ve hiçbir şey yapmayan avukata da 3.000 TL vereceksin... Benim namımda Türk Milletini Keriz Yerine Koyamazsın...” ifadelerine yer verilmiştir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre belirtilen sözlerin, iddia ve savunma sınırlarını aşan, hukuka uygun olmayan ve HMK'nın 32. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uygunsuz nitelikte ifadeler olduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, davacının 28.11.2017 havale tarihli temyiz dilekçesinin HMK'nın 32. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilip işlem yapılmak üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekmiştir” (Y. HGK. 18.05.2021, 2018/4-121; 2021/581, www.karamercanhukuk.com). Ayrıca bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 128.

⁵⁴ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960, s. 235.

⁵⁵ “Davacı vekilinin temyiz dilekçesinde yer verdiği ibarelerin, adli yazışmalarda ve özellikle Yargıtay'a verilen dilekçelerde yazılması alışılmış (mutad) olmayan, itiraz sınırlarını aşan, davanın aydınlığa kavuşması, hakkın ortaya çıkarılması yönünden etkisi ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan gereksiz (icapsız) sözler olduğu, bu nedenle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 78. maddesinde anlamını bulan “münasebetsiz” evrak niteliğinde bulunduğu kabul edilmiş; nezaket ve saygı kuralları içerisinde kalınarak icapsız sözlere yer verilmeden ve hukuk kuralları dışına çıkılmadan sadece hukuki nedenlerin açıklanıp belirtilmek suretiyle yeniden düzenlenmesi halinde inceleneceği sonucuna varılmıştır” (Y. HGK. 24.01.2007, 9-22/18, www.e-uyar.com). Aynı yönde bkz. Y. 19. HD. 03.10.2011, 8814/11780 (www.kazanci.com.tr); Y. 3. HD. 02.04.2012, 4632/8811 (www.lexpera.com).

açıklamalarda bulunulmasını kapsamaz⁵⁶. Örneğin davayı kaybedeceğini anlayan ve bu sebeple tek amacı karşı tarafa rahatsızlık vermek ve karşı tarafı taciz etmek isteyen tarafın dilekçe sunması kötü niyetli bir davranıştır⁵⁷.

Dilekçenin kolay anlaşılabilmesi amacıyla, dilekçedeki ifadelerin öz, açık, doğru ve uygun bir üslupla yazılması gerekir. Ancak tarafların yaşamış oldukları uyuşmazlığa bağlı olarak içinde buldukları ruhsal durumlar da göz önüne alındığında, davanın bir tarafının, sırf kendi çıkarlarını savunmak için dava konusu ile ilgili olarak, çoğu kez karşı tarafı gücendirici ve belki de rencide edici iddialar öne sürmesinin belli ölçüde olağan karşılanması ve bu konuda taraflara geniş bir ifade serbestliği tanınması (HMK m. 27, 2-b) yerinde olacaktır⁵⁸.

Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre; herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu hürriyetlerin kullanılması, ... başkalarının şöhret veya haklarının, ... veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ise ifade özgürlüğü, şu şekilde belirtilmiştir: "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ... başkalarının şöhret ve haklarının korunması, ... yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tâbi tutulabilir."

Taraflara, yargılama süresince mahkemeye sunacakları dilekçelerde, hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) kapsamında ifade özgürlüğü tanınmasının bir sınırı olduğu gibi bu sınırın doğru bir şekilde belirlenmesi de ayrıca önem arz eder. Nitekim TCK'nın "İddia ve savunma dokunulmazlığı" başlıklı 128. maddesi, yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmeyeceğine ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerektiğine işaret etmektedir. O halde ceza hukuku bakımından, mahkemeye sunulan dilekçelerde hakaret veya sövme suçunu oluşturacak ifadelerin, iddia veya savunma temelini açıklamak ya da karşı tarafın iddia veya savunma temelini çürütmek amacıyla kullanılması suç teşkil etmemektedir. Ancak mahkemeye sunulan dilekçedeki ifadelerin dava ile

⁵⁶ "İddia ve savunmalara ilişkin olup da dava dosyasına sunulacak dilekçelerde; davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, başkalarının kişilik haklarına saldırı oluşturabilecek yazı ve sözlerin kullanılmasına özen gösterilmelidir" (Y. HGK. 17.10.2001, 4-654/717, www.e-uyar.com).

⁵⁷ Spühler, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, s. 645, Rn. 19.

⁵⁸ Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 147.

İlgisi yoksa bu ifadeler iddia veya savunma sınırları içinde sayılamayacağından, ifade sahibinin hakaret suçundan dolayı mahkûm edilmesi gerekir⁵⁹.

Burada asıl mesele, “suç teşkil eden dilekçe” ile “uygunuz dilekçe” ayrımını yapabilmektir. Nitekim bir dilekçenin uygunuz olup olmadığının tespitindeki temel kıstas, dilekçede kullanılan ifadelerin salt hakaret suçunun unsurlarını oluşturması değildir. Ezcümle dilekçedeki beyanlar, karşı tarafın veya hâkimin ya da bilirkişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı davranış, ağır eleştiri niteliğinde ise hakaret suçunun unsurları oluşmamıştır. Ne var ki kişilere yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözler hakaret suçu bağlamında değerlendirilmese de sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte olması, somut bir fiil veya olgu isnadını ya da sövmek fiilini oluşturur. Nihayetinde dilekçede, eleştiri boyutunun sınırlarını aşan ve kişilik haklarını zedeleyen ifadeler kullanılması, ceza hukuku bağlamında suç olmasa da usul hukuku bakımından uygunuz dilekçeye vücut verir. Bu sebeple mahkeme, dilekçenin uygunuz olup olmadığını, somut olayın şartlarını dikkate alarak ve uygunuz ifadelerin kullanılma sebeplerini göz önünde bulundurarak tespit etmelidir. Bu çerçevede, dilekçede kullanılan ifadelerin meşru amaçlarla orantılı olup olmadığı ve mahkemenin bu konuya ilişkin gerekçesinin tam ve yeterli olup olmadığı ayrıca belirlenmelidir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise usul hukuku bakımından uygunuz sayılan dilekçeyi, bireysel başvuru özelinde “hakkın kötüye kullanılması” olarak değerlendirmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun, meşru ve medeni sınırlar içinde kalmak şartıyla ihlâl iddialarını, başvurusunun amacı doğrultusunda normal olandan daha sert bir dille ortaya koymasını mazur görmekte birlikte, haklılığını ortaya koyma ve kendini daha iyi ifade etme amacını aşan, hak ihlâline sebebiyet verdiği iddia ettiği kamu otoritesini, kamu otoritesini temsil eden kişileri veya doğrudan Anayasa Mahkemesini hedef alan, hakaret veya iftira oluşturabilecek, eleştiri sınırları dışında kalan, kaba, rahatsız edici ve saldırgan bir dil kullanılmasının bireysel başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına ve bu tür davranışların hakkın kötüye kullanılması olarak kabulünün gerektiğine işaret etmiştir. Somut olay özelinde başvuruçunun tarafından, ikinci bireysel başvuru dilekçesinin ekinde sunulan ve doğrudan Bireysel Başvuru Bürosu Raportörünü muhatap alan dilekçede, kendisine bildirilen idarî eksikliklerin başvurusunun reddedilmesi için “*uydurulan bahaneler*” olduğunu belirterek “... ben elimde olan tüm belgeleri fotokopi-orijinal demeden size gönderiyorum. Gerisi sizin sütünüzün kalitesine kalmış” şeklinde kullanılan ifadelerin yazılış gayesini aşan, yakışıksız ve saldırgan ifadeler olduğuna karar verilmiştir⁶⁰.

Öte yandan AİHM de başvuruçunun mahkeme ile yazışmalarında, davalı hükümete, hükümet temsilcisine, davalı devletin makamlarına, bizzat mahkemeye, mahkemenin

⁵⁹ “Davalının mahkemeye verdiği dilekçede davacı hakkında sarfettiği, “ırzıma göz diken bir namus ve haysiyet düşmanı” sözlerinin dava ile ilgisi olmadığı ve iddia yahut savunma sınırları içinde sayılamayacağından, bu kişinin hakaret suçundan dolayı mahkûm edilmesi gerekir” (Y. CGK. 01.02.1971, 2-256/36; Rifat Ersoy, *Notlu-İzahlı-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1966, s. 355).

⁶⁰ AYM. Osman Sandıkçı Başvurusu, B. No: 2013/6297, 10.03.2016 (RG. 19.04.2016, S. 29689).

hâkimlerine veya mahkeme yazı işleri müdürlüğü mensuplarına karşı kırııcı, tehditkâr, tahkir veya tahrik edici bir dil kullanması halinde, başvuru hakkının kötüye kullanılmış olacağını kabul etmektedir⁶¹. AİHM'e göre başvurucunun kullandığı dilin kaba olduğunun değerlendirilebilmesi için sadece ağır, tartışma yaratmaya yönelik veya alaycı olması yeterli olmayıp aynı zamanda “*normal, medeni ve meşru eleştiri sınırlarını*” da aşması gerekir⁶².

Uygunsuz dilekçeye, usul hukuku haricinde maddî hukuk bakımından da bazı sonuçlar bağlanmıştır. Nitekim dilekçedeki ifadelerin eleştiri sınırlarını aşması, kişilik haklarını zedelemesi durumunda, bundan zarar gören hâkim veya bilirkişi ya da taraf, genel hükümler dâhilinde dava açabilir. Ezcümle hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir (TMK m. 24). Mahkemeden kişilik haklarının korunmasını isteyen davacı, hâkimden, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (TMK m. 25, 1). Kişilik haklarına saldırının sona ermesine karşın olumsuz etkilerin devam etmesi halinde ise zarar gören kişi, aynı zamanda, kendisini zarara uğratan kişiye karşı hak ihlâli gerekçesiyle tazminat davası açabilir (TMK m. 25, 3; TBK m. 49; 58)⁶³.

Mahkeme, dilekçenin uygunsuz sözler içermesi ve hâkime veya heyete yönelik sarf edilen sözlerin hakaret vari nitelik taşıması sebebi ile söz konusu uygunsuz dilekçenin bir suretini çıkartarak ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verir. Eğer dilekçeyi düzenleyen avukat ise mahkeme, avukat hakkında idarî yönden soruşturma açılması

⁶¹ Řehák/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 67208/01, 18.05.2004; Düringer ve diğerleri ve Grunze/Fransa (k.k.), 61164/00 B. No: 18589/02, 04.02.2003. “Davalı, dilekçesinde; istemine konu olan Yargıtay kararının “görevi kötüye kullanma suretiyle”, “karşı tarafı kazandırmak için”, “uydurukçulukla”, “hileyle” ve “torpille” verildiği; Heyetin “torpil ve dalavere ile” karar verdiği yönünde ibareler kullanmıştır. Davalı ayrıca “...’da adamları bulunan işgalcilerin haklı çıkartılması için şapkadan tavşan çıkarırcasına karar yazıldığı” yönünde de bir ifadeye bulunmuştur. Bununla da yetinmeyen davalı, bu kararın hemşerisi olan bazı hâkimlerin ve yine bazı yasetçilerin ve FETÖ/PDY ile irtibatı nedeniyle meslekten çıkarılan eski yargı mensuplarının etkisiyle verildiği şeklinde de ithamlarda bulunmuştur. Yine dilekçede yer alan “...bozma kararının içine hilenin monte edilmesiyle hâkimlik yapılmaz ... temiz aile çocuklarının yazdığı yanlış kararın karar düzeltme aşamasında düzeltileceğine inanmak isterim, şu an çok iyi anlıyorum ki insanlar neden suç işler, niçin hapis yatar, niçin terörist olur, niçin intihar bombacısı olur...” şeklindeki açıkça tehdit ve tahkir içerikli ifadeler doğrudan Dairemiz Heyetini hedef almaktadır” (Y. 8. HD. 10.11.2022, 2959/9009) (www.corpus.com.tr).

⁶² Di Salvo/İtalya (k.k.), B. No: 16098/05, 11.01.2007; Apinis/Letonya (k.k.), B. No: 46549/06, 20.09.2011.

⁶³ “... HMK ve mantık çerçevesi içinde ne olduğu belirsiz yazı, adına hukuki mütalaa dedikleri yazı, ancak bu iki akademisyen bilim adamlarının da hukukun da, üniversitenin de, YÖK’ün de adını batırmış kendi itibarları ile birlikte akademiyanın da ve en önemlisi hukukun da adını batırmaya cüret etmişlerdir. ... sorun artık bilim yularının dahi hukuk bilmez ya da utanma bilmez ya da paraya tamah eden kişilere unvan vermesinde, ... bu zatlar hangi kategoride onu da vicdanlara bırakıyoruz, ... ve hukuk fakülteleri ve adalet adına utanç verici bir rapor, ... haddini bilmez ve maalesef utanarak ifade ediyorum hukuk bilmez, ticaret hukukunda adının önünde ünvanı olan ve medeni usul hukukunda adının önünde ünvanı olan iki kişinin beyanları bu dosyaya girer, ... bu yazıyı yazan titri (ünvanı) olan kişiler hukuk bilmediği gibi mahkeme kararını sonuna kadar okumaktan aciz ünvanlı kişilerdir, ... gerek kendileri için gerekse de akademiya için gerekse adalet için utanç verici bu yazıyı kaleme almazlardı, ... hukuk cinayeti işleyecek cüretkarlıktadırlar... ya aldıkları mütalaa (!) ücretinden ya da haturdan ya da hiç hukuk bilmediklerinden bu cinayeti işlemişlerdir, ... Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesinde okuyan malum iki zatın öğrencileri dahi ünvanlı bu iki kişiden daha iyi bilir (İnşallah) hukuk bilmeyen bu zatlar, ... kâr etmenin fakirleşmeye değil zenginleşmeye neden olduğunu anlamayacak kapasitede olan...” şeklindeki ifadelerin davacıyı küçük düşürücü nitelikte olduğu, iddia ve savunma sınırları içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmadığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği sonucuna varılmıştır (Y. HGK. 16.12.2021, 2017/4-3141, 2021/1691) (www.karamercanhukuk.com).

için anılan dilekçe sureti ile geri çevirme karar suretlerinin Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına gönderilmesine karar verir⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devletinin olmazsa olmaz şartı olan bağımsız yargı, yargının olmazsa olmaz şartı olan savunma ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “tez-anti tez-sentez” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adil bir yargılamanın varlığı ancak avukatın yargılamaya etkin katılımıyla mümkündür⁶⁵. Hal böyleyken, ifade özgürlüğü ile uygunsuz dilekçe arasındaki ilişkinin avukatlar özelinde de ele alınması yerinde olacaktır⁶⁶. Zira bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında, yargı organlarıyla, yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri önem taşımaktadır⁶⁷. Bu kapsamda mesele, ilk olarak ulusal sonrasında ise uluslararası hukuk bağlamında incelenecektir.

Avukatlık Kanunu⁶⁸’nun “Avukatın Hak ve Ödevleri” başlıklı 34. maddesine göre; avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

TBB Meslek Kuralları⁶⁹’nın 5. maddesinde ise avukatın, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması; meslekî çalışmasında avukatın, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınması gerektiği düzenlenmiştir. TBB Meslek Kuralları’nın 6. maddesinde; avukatın, iddia ve savunmanın hukukî yönü ile ilgili olduğunu, taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalması gerektiği ifade edilmiştir. 17. maddede ise hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukatın, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorunda olduğuna ve bu ilişkilerde karşılıklı saygının esas olduğuna işaret edilmiştir. Öte yandan TBB Meslek Kuralları’nın 27. maddesinde de hiçbir avukatın, herhangi bir meslektaşısı, özellikle hasım vekili meslektaşısı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça belirtemeyeceği; resmî ya da özel kuruluşlarda bağımlı olarak birlikte çalışan avukatların, kadro görevleri ne olursa olsun, adalet ve eşitlik ilkelerinden ayrılmamaya

⁶⁴ Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır (Av. K. m. 134). Bu yönde karar için bkz. Y. 1. HD. 15.11.2012, 11759/13019 (www.lexpera.com); Y. 23. HD. 29.06.2016, 4191/4047 (www.e-uyar.com).

⁶⁵ AYM. 15.10.2009, 2007/16, 2009/147 (https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/).

⁶⁶ “Maalesef Yargıtay İçtihatları çerçevesinde işbu temyiz dilekçemizin de vekil edenim lehine herhangi bir değişiklik oluşturmayacağını bilincindeyiz. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği için işbu kararı (usulen) temyiz ediyoruz” cümleleri adli muhaberratta yazılması mutad olmayan ve yersiz sarf edilmiş cümleler olarak görülmekle, sadece bu cümleleri içeren temyiz dilekçesi heyetimizce kanuni tabiri ile münasebetsiz evrak olarak kabul edilmiştir” (Y. 20. HD. 28.06.2007, 6198/9255) (www.lexpera.com).

⁶⁷ AYM. 15.10.2009, 2007/16, 2009/147 (https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/).

⁶⁸ RG. 07.04.1969, S. 13168.

⁶⁹ TBB’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu’nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni’nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ve iş dağıtımını, denetimi ve her türlü iş ilişkilerinde meslek dayanışmasına ve onuruna uymayan davranışlardan kaçınmaya özen göstermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir⁷⁰.

Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in (Havana Kuralları)⁷¹ 20. maddesinde ise avukatların, bir mahkeme, yargı yeri veya hukukî ya da idarî bir makam önünde mesleki nedenlerle buldukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde yaptıkları beyanlardan ötürü hukukî ve cezaî muafiyetten yararlanacaklarına işaret edilmiştir.

Öte yandan 77/249/EEC sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu ve 98/5/EC sayılı Avrupa Birliği Direktiflerinde tanımlanan avukatlarla CCBE'nin yedek ve gözlemci üyesi devletlerin avukatlarına uygulanan Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları⁷²'nin "Mahkemelerde Davranış" başlıklı 4.3. maddesinde ise; bir avukatın, mahkemeye karşı gerekli saygı ve nezaketi gösterirken, müvekkilinin çıkarlarını; kendi çıkarlarını ve kendisi veya üçüncü kişiler bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlarını düşünmeksizin, onurlu ve korkusuz bir biçimde savunacağından bahsedilmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın "Avukatların Görevleri ve Rollerini" başlıklı kısmının 4. maddesine göre; avukatlar yargıya saygı göstermeli ve mahkemelere karşı olan görevlerini mesleki standartlara ve iç hukuk kurallarına uygun olarak yerine getirmelidirler.

Bir avukatın mesleğini icra ederken sahip olduğu ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlarının ortaya konulması, bu anlamda oldukça büyük önem taşımaktadır⁷³.

Avukatın ifade özgürlüğünün sınırlarıyla ilgili önemli ilke kararlarından biri olan *Morice/Fransa* kararında⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, avukatın mesleğinin icrası sırasında

⁷⁰ "Borçlular vekili Av. ... tarafından düzenlenen 16.02.2022, 23.02.2022 ve 09.03.2022 tarihli kanun yolu başvuru dilekçelerinde "Hâkimlerin biat etmeleri mümkün olabilir ancak T.C. Vatandaşları yarım akıllı bir adliye teşkilatına biat etmeyecektir." ifadesi, yine "... ifadeleri kelime cambazlığı ve alacaklı lehine karar verme önyargısı ile yapılmış bir incelemenin tezahürüdür. Hâkimler kararları ile konuşur ve bu kararda konuşmakta, bu kararı imzalayan Yargıtay Üyelerinin buldukları mevkilere gelme gerekçelerinin sorunlu olduğunu göstermektedir." ifadesi, yine "Bir taraf lehine hileli karar tesis etmek Yüksek Mahkeme Üyeliğine yakışmaz.", yine "...ifadesinin Türkçe meali bize bu kararı bozmamız için talimat geldi, onun için kıvrılabildiğimiz kadar kıvracağız denilmektedir." ifadesi, yine "Genellikle Yüksek Hâkimler süslü ifadeleri kullanarak hukuka aykırı karar tesis etmekte mahirdirler, ... Yüksek Mahkemenin bu kadar ucuz bir karar vermesi o heyetin kıymetine işaret eder." gibi ifadeler nedeniyle dilekçenin HMK'nun 32/2. maddesinde geçen "uygunsuz" kelimesinin kapsamında kaldığı ve aynı zamanda suç teşkil ettiği anlaşılmakla; Av. ... hakkında yerel mahkeme hakimi, bozma kararını veren Yargıtay 12. Hukuk Dairesi üyeleri ve tetkik hakimine yönelik hakaret, itham ve isnat içeren ifadeler nedeniyle cezaî ve idarî yönden gereğinin takdir ve ifası için geri çevirme kararının ve bahsi geçen dilekçelerin bir örneğinin Yargıtay 1. Başkanlığı aracılığıyla ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına ve ilgili Baroya bildirilmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na gönderilmesine, 30.05.2022 gününde oybirliğiyle karar verildi" (Y. 12. HD. 30.05.2022, 4860/6434) (www.corpus.com.tr).

⁷¹ 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

⁷² Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları ilk defa, 28 Ekim 1988 tarihinde yapılan, CCBE Genel Kurul Toplantısında kabul edilmiştir. Meslek kurallarında sırasıyla 28 Kasım 1998, 6 Aralık 2002 ve 19 Mayıs 2006 tarihlerinde yapılan Genel Kurul Toplantılarında değişiklikler yapılmıştır. Öte yandan meslek kuralları, 20 Ağustos 2007 tarihinde yapılan Olağanüstü Genel Kurul Toplantısında CCBE Tüzüğünde yapılan değişiklikleri de göz önüne almaktadır.

⁷³ Bu konu hakkındaki önemli değerlendirmeler ile ilgili bkz. AİHM. Nikula/Finlandiya (B. No: 31611/96, 21.06.2002).

⁷⁴ AİHM. Morice/Fransa (B. No: 29369/10, 23.04.2015).

sarf ettiği sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığını değerlendirirken, bunların yanıltıcı veya ağır kişisel saldırı niteliği taşıyıp taşımadığının ya da yargılamadaki olaylarla yeterli ölçüde yakın bir ilişkisinin bulunup bulunmadığının önemini vurgulamış ve ifadelerin kullanıldıkları bağlam içinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Avukatlık mesleğinin kendine has bir doğası olup yargının bir süjesi olan avukatlar itidalli, ölçülü ve ihtiyatlı hareket etmelidir. Bu sebeple sağduyulu, dürüst ve ağır başlı davranmaları gereken avukatın, dilekçesinde hakaret içeren veya onur kırıcı olabilecek ifadeler kullanması, meşru menfaatlerin korunması açısından ayrıca dikkate alınmalıdır⁷⁵. Özellikle avukatın bu tür beyanlarının, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumak amacıyla yaptığı ve kullandığı ifadelerin keskin olmasının sebebinin, görevinin bir parçası olduğu ve ifade özgürlüğü ile ifade edilen sözler arasında adil bir denge kurulması gerektiği göz ardı edilmemelidir⁷⁶.

Avukatlar tarafından sarf edilen sözlerin ya da yazılı beyanların, kullanıldıkları yere bağlı olarak, konuşmanın tamamı dikkate alınarak olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir⁷⁷. Zira bazı durumlarda avukatların ifade açıklamalarına müdahale ile adil yargılanma hakkı (AY m. 36; AİHS m. 6) arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, demokratik bir toplumda bu tür bir açıklamaya yapılacak müdahalelerin çok istisnai durumlarda gerekli olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan avukat tarafından kullanılan uygunsuz ifadelerin hedef alınan kişinin yargılama sürecindeki konumu⁷⁸, sözlerin muhatabının kendisine yöneltilen sözlere cevap verme olanağının bulunup bulunmadığı⁷⁹, uygunsuz ifadelerin hedef alınan kişinin hayatı üzerindeki etkisi ile bu ifadelerin maddi vakıaların açıklanması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği⁸⁰ hususları, ifade özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde önem arz eden kıstaslardır.

Nihayetinde avukatın, doğru ve düzgün bir şekilde temsil faaliyetini gerçekleştirebilmesi için müvekkilinin haklılığının ve çıkarlarının ötesine geçen hakaretamiz ve küçük düşürücü ifadeler kullanması hiçbir şekilde kabul edilemez⁸¹.

⁷⁵ “Yukarıda belirttiğim ve mahkeme dosyası münderecatından da anlaşıldığı üzere alacağın varlığı kesin bir şekilde kanıtlanmış iken; davanın reddine ilişkin hüküm tesisini anlamak imkânsızdır. Bu kadar gerçekçeye ve delile istinaden hakkın yerine getirilmemesi gecikmiş adalet adalet değildir, ilkesinin ne kadar yerinde bir söz olduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır. Davanın müddeabihî göz önüne alındığında davanın değeri çok da büyük bir mblağ değildir. Ancak sen mal al ve ardından da parasını ödeme ve o malı da inşaatında kullan, bu husus taraf olarak bizi üzmemektedir. İnsanların hak aramak için yollara düştüğü günümüzde niçin yollara düştüğü ve niçin birçoğunda hakkın mahkeme dışında arandığı bir hukukçu olarak tasvip etmememize rağmen kısmen de bu ve buna benzer kararları neticesinde doğru bulmaktayız. Tüm bu ve buna benzer nedenlerle verilmiş olan kararların bzulacağı düşüncesindeyiz.” (Y. HGK. 07.06.2006, 337/339).

⁷⁶ Spühler, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, s. 643, Rn. 10.

⁷⁷ AYM. Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27.12.2017, § 51 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

⁷⁸ AYM. Keleş Öztürk, § 58; Kenan Gül (2), B. No: 2018/24311, 15.06.2021, § 43 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

⁷⁹ AYM. Temel Coşkun, B. No: 2017/1632, 29.01.2020, § 33; AYM. Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26.05.2021, § 42; AYM. Nihat Zeybekçi, B. No: 2015/5633, 08.05.2019, § 39 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

⁸⁰ AYM. Durmuş Fikri Sağlar (2) [GK], B. No: 2017/29735, 17.03.2021, § 50; AYM. Deniz Karadeniz ve diğerleri [GK], B. No: 2014/18001, 06.02.2020, §§ 48,49 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

⁸¹ Spühler, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, s. 645, Nr. 9, 18. Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. 25.10.2004, 1250/10279 (www.lexpera.com).

3. Uygunsuz Dilekçe İle Hâkimin Reddi Sebepleri Arasındaki İlişki

Tarafın mahkemeye sunduğu dilekçede hâkime yönelik uygunsuz ifadelerde bulunmasının, hâkimin reddi (HMK m. 36) sebebi teşkil edip etmeyeceği meselesi üzerinde durmamız yerinde olacaktır. Böyle bir durumda, ret sebebinin, tarafça isteyerek ve kötü niyetli bir şekilde yaratılıp hâkimin reddi sonucuna yönelik hareket edip edilmediğine bakılmalıdır. Ezcümle tarafın, dilekçesinde hâkimi rencide edici, küçük düşürücü, hakaretamiz, ölçüsüz veya düşmanca ifadeler kullanarak, hâkim ile dava esnasında, aralarında düşmanlık bulunduğu (HMK m. 36, 1-d) iddiasını ortaya çıkarıp hâkimin reddi sonucuna ulaşmak istemesi, kural olarak tek başına ret sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Zira aksi durum, tarafın kendi davranışının, hâkimin reddine sebep olduğu ve bu sebebin kabulü halinde, hâkimin davaya bakamamasının, tarafın keyfiyetine bağlandığı anlamına gelir ki bunun inandırıcı bir ret sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁸². Öte yandan hâkimin, tarafın dilekçesindeki uygunsuz ifadeler nedeniyle taraf hakkında suç duyurusunda bulunmuş olmasının, doğrudan bu kapsamda bir ret sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi yerinde olacaktır⁸³. Ancak hâkimin, kendisine karşı kullanılan hakaretamiz ifadeler neticesinde, kendiliğinden davadan çekilme yönünde görüş bildirmesine (HMK m. 39)⁸⁴ engel bir durum bulunmamaktadır.

Dava esnasında düşmanlık bulunmasına ilişkin ret sebebi (HMK m. 36, 1-d), sadece hâkim ile taraflar arasında mevcut olmalıdır⁸⁵. Zira avukatın, davanın taraflarından olmaması sebebiyle avukatın dilekçesinde hâkim hakkında uygunsuz ifadeler kullanması, davanın tarafı için özel bir ret sebebi teşkil etmez⁸⁶. Ancak avukatın dilekçesindeki uygunsuz ifadelerle ilgili olarak, hâkim ile avukat arasındaki ortaya çıkan gerginlik, hâkimin yargılamadaki tarafsızlığında şüphe duyulabilecek bir hale neden olursa (HMK m. 36, 1, c. 1), işte o zaman hâkimin reddi talep edilebilir⁸⁷.

C. “İLGİSİZ DİLEKÇE” KAVRAMI

Davanın çözüme kavuşmasında ve hakkın yerine getirilmesinde hiçbir etkisi olmayan, yazılmasında zorunluluk bulunmayan gereksiz ifadelerin dilekçede kullanılmamasına özen gösterilmelidir. Zira mahkemeye sunulan dilekçede, görülmekte olan dava ile doğrudan veya dolaylı ilgisi bulunmayan açıklamalarda bulunulması, hakkın ortaya çıkarılması yönünden etkisi bulunmayan gereksiz ayrıntılara yer verilmesi; davanın çözüme kavuşmasına ve işin esasının

⁸² Nazlı Gören Ülkü, “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 149. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 93-94. Öğretide *Yılmaz*, dava görülürken açılan davanın veya yapılan şikâyetin, haklı nedenlere dayanması ve sırf hâkimin reddi için kötü niyetli bir durum ortaya çıkarmaması halinde, bu bent kapsamında ret talebinin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (*Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 1015).

⁸³ Gören Ülkü, “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi”, s. 144-145.

⁸⁴ Y. 15. HD. 24.01.2011, 2010/4278, 2011/233 (www.lexpera.com).

⁸⁵ Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 31; Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 153.

⁸⁶ Y. 4. HD. 03.12.1982, 10824/ 11260 (<https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=35472>).

⁸⁷ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, s. 95. Hâkim ile vekil arasında düşmanlık bulunmasının ret sebebi olarak ileri sürülebileceği yönünde bkz. Thomas ve Putzo, *Zivilprozessordnung*, § 42, Rn. 11.

gözden kaçabilmesine neden olabilir⁸⁸. Örneğin iflâs davasında, borçlunun aile yaşantısından bahsedilmesi veya tahliye davasında kiralyanın eğitim durumundan söz edilmesi, dava ile hiçbir ilgisi bulunmayan açıklamalardır. Öte yandan mevcut dava dosyasına sunulması gereken dilekçenin sehven başka bir dosyaya ibraz edilmesi de yine ilgisiz dilekçe kavramı kapsamında değerlendirilir⁸⁹.

V. HMK M. 32, 2 UYARINCA MAHKEMENİN VERECEĞİ KARAR

Dava dosyasında okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir dilekçe varsa, mahkeme o dilekçenin yeniden düzenlenmesi için ilgiliye uygun bir süre verir ve bu dilekçe dosyada kalır (HMK m. 32, 2, c. 1)⁹⁰. Mülga HUMK döneminde ise okunamayan veya münasebetsiz olan belgenin hâkimin kararı ile ilgisine iade edilmesi ve dolayısıyla söz konusu belgenin dava dosyasının dışına çıkarılabilmesi mümkündür (HUMK m. 78, 2, c. 1). Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, Kanun'da sayılan bu hallerde, dilekçenin yeniden düzenlenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Okunamayan veya uygunsuz bir dilekçenin, yeniden düzenlenmesi mümkün iken ilgisiz bir dilekçenin (sehven başka dosyaya verilmesi hali hariç) yeniden düzenlenmesi mümkün değildir. Ezcümle okunamayan bir dilekçe, okunabilir hale getirilebilir veya uygunsuz bir dilekçe uygun hale getirebilir ancak bir dilekçe dava konusu ile ya ilgilidir ya da değildir. Bu nedenle, ilgisiz bir dilekçe yeniden düzenlendiği takdirde, okunamayan veya uygunsuz dilekçeden farklı olarak ilk verilen dilekçeden tamamen farklı yeni bir dilekçe ve buna bağlı olarak yeni bir talepte bulunulmuş olunabilir ki böyle bir ihtimalde, iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ile karşılaşılır (bkz. HMK m. 141).

HMK m. 32, 2 uyarınca ilgili, dilekçeyi yeniden düzeltip dilekçenin yeni halini mahkemeye verecektir. Mahkeme, söz konusu dilekçenin sadece bir kısmının okunmadığı veya ilgisiz olduğu yahut uygunsuz olduğuna kanaat getirirse, mahkemenin nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin HMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Eğer dilekçenin sadece bir kısmı okunamıyor ve okunamayan kısım dilekçenin zorunlu unsurlarından biri değilse ya da tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar hariçinde bir kısım ise, yani okunamayan kısım esasa etkili değilse, dilekçenin sadece o kısmının yok sayılması ve bu sebeple mahkemenin ilgiliye süre vermesine (HMK m. 32, 2, c. 2) de gerek

⁸⁸ “Mahkemece yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmiş ise de; temyiz incelemesine konu karar başlığında davalı tarafın gösterilmesine rağmen davanın çekişmesiz yargı işlerinden kıymetli evrakın iptali davası olarak nitelendirilip karar verilmesi doğru olmadığı gibi davacı vekilinin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden sehven gönderildiğini ileri sürdüğü dilekçe ekinde Tüketici Sorunları İlçe Hakem Heyeti Kararı'nın da bulunduğu ve davacı vekilinin asıl dava dilekçesini sonradan mahkemeye sunduğu, davacı vekilinin ilk dilekçesinin HMK'nın 32/2. maddesinde belirtilen ilgisiz dilekçe olduğu anlaşılmıştır” (Y. 11. HD. 03.11.2014, 14830/16680) (www.corpus.com.tr).

⁸⁹ Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğ elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar (HMK m. 240, 2). Eğer tanık dinletilmek istenen vakia ile somut uyuşmazlığın çözümü için ispatlanması gereken vakia arasında bir ilgi bulunmasa da burada ilgisiz dilekçeden (HMK m. 32, 2) bahsedilemez. Zira gösterilen tanıkların ilgisiz olup olmadığı ancak tanıklar dinlendikten sonra anlaşılır.

⁹⁰ Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “Belgenin iade edilmesi” başlıklı 32. maddesinin 2. fıkrasında da “ilgisiz dilekçe” ile paralel olarak idareye muhatabı olmadığı halde fiziksel ortamda gelen bir belgenin asıl muhatabı anlaşılıyorsa gönderene iade edileceği ancak asıl muhatabın açıkça belli olması durumunda, gerektiğinde belgenin bir sureti alınarak asıl muhatabına gönderileceği ve belgeyi gönderene de bilgi verileceği düzenlenmiştir.

olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin dava dilekçesinde davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya hukukî sebepler (HMK m. 119, 1-g) ile uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşımayan kişi, adres ve tarih bilgileri okunamıyorsa, dilekçenin o kısımları yok sayılıp süre verilmeden davaya devam edilmesi usul ekonomisi ilkesine (HMK m. 30) de uygun olacaktır.

Dilekçenin bir kısmı ilgisiz ise, yukarıda okunamayan dilekçe için ifade ettiklerimiz paralel olarak, söz konusu dilekçenin sadece ilgisiz olduğuna kanaat getirilen kısmı yok sayılmalı ve mahkeme, ilgiliye bu konu hakkında süre vermeden davaya devam etmelidir.

Dilekçede davayla ilgisi olmayan uygunsuz ifadeler bulunması ise, uyuşmazlığın esasına etkili olmasa bile, ifade özgürlüğü açısından ele alınmalı, eğer kullanılan ifadeler, ifade özgürlüğü sınırlarını aşıyorsa, okunamayan ve ilgisiz dilekçeden farklı olarak, mahkemece yok sayılmamalı ve ilgiliye süre verilmelidir (HMK m. 32, 2, c. 2)⁹¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrasındaki durumun varlığına kanaat getiren mahkeme, hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir gereği olarak, kararında hangi hususlar yönünden dilekçenin düzeltilmesi gerektiğini belirtmeli ve ilgiliye uygun bir süre vermelidir⁹².

Mahkemece ilgiliye HMK m. 32, 2 uyarınca süre verildiği aşama, mahkemeye sunulan dilekçenin türüne göre değişiklik gösterir. Örneğin mahkeme, dilekçeler teatisi aşamasındaki dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri bakımından süreyi kural olarak ön inceleme aşamasında verir. Ancak mahkeme, dilekçenin okunamadığını, uygunsuz veya ilgisiz olduğunu ön inceleme aşamasından sonra fark ederse, mahkemenin ilgiliye daha sonra da süre vermesi mümkündür. Öte yandan tahkikat aşamasında verilen bir dilekçe (örneğin bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi) için ise süre, dilekçenin mahkemece incelendiği ve okunamadığı, uygunsuz veya ilgisiz olduğunun tespit edildiği duruşmada verilmelidir.

Kanun'da mahkemenin ilgiliye “uygun bir süre” vereceği düzenlenerek, sürenin ne kadar verileceği noktasında hâkime takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Burada, “uygunluğun” ölçüsünü doğru tespit edebilmek gerekir. Kanaatimizce, mahkemece verilen süre, dilekçedeki eksikliğin giderilmesine yetecek nitelikte olmalı ve dilekçeye konu işlemin yapılması için kanunda öngörülen süreyi aşmamalıdır. Hâkimin, usul ekonomisi ilkesini (HMK m. 30) göz önünde bulundurarak ilgiliye verdiği süre kesindir⁹³. Zira Kanun'daki “verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemeyeceği” hükmünden hareketle, HMK m. 32, 2'ye göre verilen sürenin kesin olduğu açıktır. Ancak mahkemece verilen süre içinde elde

⁹¹ Aksi görüş için bkz. Y. 9. HD. 15.03.2018, 2015/10866, 2018/5345 (www.e-uyar.com).

⁹² Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, s. 112; Erdönmez, *Pekcantez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, s. 816.

⁹³ “Davalı tarafın temyiz dilekçesinin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 32/2. maddesi gereğince, mühürlendikten sonra dilekçeyi veren davalıya geri verilmesinin sağlanması ve tamamen davanın konusu içinde kalınarak hukuki itirazlarını içeren yeni bir temyiz dilekçesi yazması için kendisine (10) günlük süre verilmesi ve bu süre içinde yeni bir dilekçe vermediği takdirde temyiz isteğinden vazgeçmiş sayılacağına bildirilmesi konusunda gereğinin yapılması için dava dosyasının mahkemesine geri çevrilmesine karar verildi” (Y. 3. HD. 02.04.2012, 4632/8811, www.e-uyar.com).

olmayan bir sebeple dilekçe düzeltilememişse, davanın tarafları eski hale getirme talebinde (HMK m. 95) bulunabilirler⁹⁴.

Mahkeme, dosyaya sunulan dilekçenin okunamayan veya uygunuz yahut ilgisiz bir dilekçe olduğu kanaatine varırsa, dilekçenin yeniden düzenlenmesi için ilgiliye vereceği uygun süreyi ara kararla verir ve ara kararında bu süreye uyulmamasının hukukî sonuçlarını açıkça tutanağa geçirerek ihtar eder (bkz. ve karşı. HMK m. 94, 2). Dilekçenin mahkemece geri çevrilmesi kararı ise ara karar niteliğinde olup tek başına kanun yoluna götürülemez ancak bu karara karşı esas hükümle birlikte kanun yoluna başvurulması mümkündür.

Dilekçedeki açıklamalar okunamıyorsa veya uygunuzsa yahut ilgisizse mahkeme, bu tür açıklamaların dosyadan çıkarılmasına karar veremez. Mülga HUMK'tan farklı olarak dilekçenin dosyadan çıkarılmamasının sebebi, ileride bu dosya için kanun yoluna başvurulduğunda, dilekçedeki açıklamaların gerçekten okunup okunmadığına, uygunuz veya davayla ilgisiz olup olmadığına ilişkin mahkeme kararının denetlenebilmesidir⁹⁵. Zira söz konusu dilekçe okunmadığı, uygun olmadığı veya ilgisiz olduğu gerekçesiyle dava dosyasından çıkarılırsa, bu dilekçe artık dosyada olmayacağı için kanun yolu aşamasında, o dilekçedeki açıklamalar dikkate alınmayacağından, bunun denetimi yapılamayacak ve ileride bu durumun ispatı açısından sorun çıkacaktır. Tarafların hak arama hürriyetinin (AY m. 36, AİHS m. 6) ve hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27) ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla, dosyada bulunan dilekçe okunamasa veya uygunuz bulunsa yahut dava dosyası ile ilgisi bulunmasa da ister verilen süre içinde yeni bir dilekçe verilsin ister verilmesin, önceki dilekçe her halükârda dosyada kalacaktır⁹⁶. Böyle okunamayan veya uygunuz yahut ilgisiz bir dilekçenin dava dosyasında kalması, karşı taraf bakımından olumsuz bir durum yaratmayacağı gibi hâkimin dava ile ilgili kanaatini de olumsuz yönde etkilemeyecektir (bkz. ve karşı. HMK m. 36). Zira hâkimin, hükmünü verirken dayandığı gerekçeleri ve delilleri açıklamak zorunda olması (HMK m. 297), bu ihtimali tamamiyle ortadan kaldırmaktadır⁹⁷.

İlgili, verilen süre içinde dilekçeyi okunabilir veya uygun hale getirirse yahut ilgisiz olmaktan çıkarırsa, artık mahkemeye verilen bu yeni dilekçe dosyaya konulur ve böylelikle ilgili, dilekçe konusu işlemi kanuna uygun olarak yapmış sayılır⁹⁸.

⁹⁴ Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme-Hali Sabıka İrca-*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 111, 113.

⁹⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 127.

⁹⁶ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 128.

⁹⁷ Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, s. 818.

⁹⁸ "Mahkemece yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmiş ise de; temyiz incelemesine konu karar başlığında davalı tarafın gösterilmesine rağmen davanın çekişmesiz yargı işlerinden kıymetli evrakın iptali davası olarak nitelendirilip karar verilmesi doğru olmadığı gibi, davacı vekilinin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden sehven gönderildiğini ileri sürdüğü dilekçe ekinde Tüketici Sorunları İlçe Hakem Heyeti Kararı'nın da bulunduğu ve davacı vekilinin asıl dava dilekçesini sonradan mahkemeye sunduğu anlaşılmıştır. HMK'nın 32/2. maddesi 'Okunamayan veya uygunuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez' hükmü haizdir. Somut olayda, davacı vekilinin ilk dilekçesinin HMK'nın 32/2. maddesinde belirtilen 'ilgisiz dilekçe' olduğunun kabulü gerektiğinden mahkemece, davacı vekiline dilekçenin yeniden düzenlenmesi için mehil verilmesi gerekir ise de davacı vekilince dava dilekçesinin usulüne uygun şekilde yeniden düzenlenerek dosyaya sunulduğu

VI. SÜRESİNDE YENİ DİLEKÇE VERİLMEMESİNİN SONUCU

İlgilinin, kendisine verilen süre içinde dilekçesini usulüne uygun hale getirerek mahkemeye yeni bir dilekçe vermemesinin yaptırımının ne olacağı ise Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olup bu konuya ilişkin öğretide bazı görüşler ileri sürülmüştür.

Yılmaz, mülga HUMK m. 78, 2 hükmünden farklı olarak, HMK m. 32, 2'ye göre münasebetsiz dilekçe geri verilmeyeceği için, süresi içinde dilekçe yeniden düzenlenmesi dahi eski dilekçe dosyada kalmaya devam ettiğinden, dilekçenin verilmiş sayılması gerektiği görüşündedir⁹⁹.

Umar'a göre, HMK m. 32, 2 hükmü uyarınca, salt uygunsuz dilekçenin dosyada kalmasından hareketle, yeni dilekçe uygun hale getirilerek verilmemesi takdirde, önceki dilekçe geçerli olarak verilmiş sayılmayacağından, taraf söz konusu dilekçeyi vermemiş sayılır¹⁰⁰.

Akyol Aslan ise m. 32, 2 hükmünü cevap dilekçesi özelinde ele alıp mahkemece kendisine verilen süre içinde yeni bir cevap dilekçesi verilmemesi halinde, süresi içinde cevap dilekçesinin verilmemiş sayılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰¹.

Kanaatimizce ilgili, kendisine mahkemece verilen süre içinde usulüne uygun yeni bir dilekçe hazırlayarak mahkemeye sunmazsa, önceki dilekçe hiç verilmemiş gibi sonuç doğar. Zira verilen süre içinde yeni bir dilekçenin verilmemesi, "ikinci bir münasebetsizlik" olarak kabul edilmeli ve eski dilekçe dava dosyasında kaldığından, söz konusu dilekçe işleme konmamış sayılmalıdır¹⁰². Eğer dosyada kalan dilekçe geçerli kabul edilseydi, kanun koyucu yeni dilekçenin düzenlenmesi için ilgiliye süre vermezdi. Bununla birlikte, söz konusu hüküm kötüye de kullanılabilir ve okunamayan, uygunsuz veya ilgisiz dilekçenin geçerli olarak kabul edileceğini bilen ilgili, yeni bir dilekçe verme yoluna da gitmeyecektir. Burada ortaya çıkacak hukukî sonuç, hazırlanmayan dilekçenin ne olduğuna bağlıdır. Örneğin davacı, kendisine verilen süre içinde usulüne uygun yeni bir dava dilekçesi hazırlayarak mahkemeye vermezse dava açılmamış sayılır. Aynı şekilde, kendisine verilen süre içinde usulüne uygun yeni bir cevap dilekçesi hazırlayarak mahkemeye vermeyen davalı da cevap dilekçesi vermemiş sayılır (bkz. HMK m. 128)¹⁰³.

anlaşmış olup, sunulan ikinci dilekçe uyarınca yargılama yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir" (Y. 11. HD, 03.11.2014, 14830/16688: www.corpus.com.tr). Aynı yönde bkz. Y. 3. HD. 31.03.2016, 3318/5012; Y. 3. HD. 16.03.2016, 10002/4133 (www.e-uyar.com).

⁹⁹ Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 900.

¹⁰⁰ Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 149.

¹⁰¹ Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 130.

¹⁰² Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 149.

¹⁰³ "Davacı tarafından verilen 08.12.2015 havale tarihli temyiz dilekçesinde yer verilen ifadelerin; adli yazışmalarda ve özellikle Yargıtay'a verilen dilekçelerde yazılması alışılmış (mutad) olmayan, itiraz sınırlarını aşan, davanın aydınlığa kavuşması, hakkın ortaya çıkarılması yönünden etkisi ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan gereksiz sözler olduğu, bu nedenle 6100 sayılı HMK'nın 32. maddesinde anlamını bulan "uygunsuz" evrak niteliğinde bulunduğu kabul edilmiş; nezaket ve saygı kuralları içerisinde kalınarak, gereksiz sözlere yer verilmeden ve hukuk kuralları dışına çıkılmadan sadece hukukî nedenlerin açıklanıp belirtilmek suretiyle yeniden düzenlenmesi halinde

İlk derece mahkemesindeki yargılamalarda okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir dilekçe sunulduğunun mahkemece tespiti halinde mahkeme, dilekçenin geri çevrilmesine ve dilekçenin yeniden düzenlenmesi için ilgiliye uygun bir süre verilmesine karar verir. Bunun gibi istinaf ve temyiz dilekçelerinin okunamaması veya uygunsuz olması yahut ilgisiz bulunması neticesinde de, yeniden dilekçe düzenlenmesi gerektiğinden, istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesi veya temyiz kanun yolunda ise Yargıtay tarafından, dilekçenin geri çevrilmesine ve dava dosyasının kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilir¹⁰⁴. Bölge adliye mahkemesinin veya Yargıtay'ın verdiği bu karar üzerine, ilk derece mahkemesi tarafından ilgiliye gönderilecek yazılı bir bildirim ile okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan istinaf veya temyiz dilekçesinin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir. İstinaf veya temyiz dilekçesi yeniden düzenlendiği takdirde dosya, duruma göre tekrar bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a gönderilir. Mahkemece verilen süre içinde dilekçenin yeniden düzenlenmediği durumda ise ilk derece mahkemesince "istinaf veya temyiz başvurusunun yapılmamış sayılmasına" karar verilecek olup dosya yeniden bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a gönderilmez. Ancak istinaf veya temyiz dilekçesinin geri çevrilmesi ile dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi şeklinde bir karar tipi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Dikkat edilecek olursa, kanun yolu aşamasında bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay, süre verilmesi gerektiğine kanaat getirmişse, kaldırma veya bozma kararı yerine geri çevirme kararı vermektedir¹⁰⁵. Kanaatimizce, okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir istinaf veya temyiz

inceleneceği sonucuna varılmıştır. Bu itibarla; Davacı tarafından verilen temyiz dilekçesinin HMK'nın 32/2. maddesi gereğince, mühürlendikten sonra dilekçeyi veren davacıya iadesinin sağlanması ve tamamen davanın konusu içinde kalınarak hukuki itirazlarını içeren yeni bir temyiz dilekçesi yazması için kendisine uygun bir süre verilmesi ve bu süre içinde yeni bir dilekçe vermediği takdirde temyiz isteğinden vazgeçmiş sayılacağına bildirilmesi ve ondan sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine, 31.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi" (Y. 3. HD. 31.03.2016, 3318/5012: www.e-uyar.com). Aynı yönde bkz. Y. 3. HD. 16.03.2015, 10002/4133 (www.e-uyar.com); Y. 3. HD. 11.02.2016, 2015/13592, 2016/1672 (www.lexpera.com). Aynı yönde bkz. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 149; Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları*, s. 130. Aksi görüş için bkz. Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 900.

¹⁰⁴ "Somut olayda davacı, 13.02.2018 havale tarihli temyiz dilekçesinin 2. bendinde "... Bu heyet 29'a kadar saymayı bilmiyor... siyah önlüklerini giysinler ilkokul 1. sınıfa marş marş...", 3. Bendinde "...Daire başkanı 35 kitap yazdım deyip sosyal medya ve seminerlerde hava atıp insan sevgisi, hak hukuk diyor... Ömer efendi sende Allah korkusu yok, bu yüzden de sende adalet olgusu yok... sen onu anca kendi şakşakçalarına anlatırsın... senin yatacak yerin yok... Rezil ediyorsunuz Türk Hukukunu ...", 4. bendinde "...Ömer efendi ve avanesi yanlış kararın üzerine sıvadılar, ... kalleşliği legalleştirirsin... sen 35 değil 35000 kitap yazsan ne yazar..." ifadelerine yer verilmiştir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre belirtilen sözlerin, iddia ve savunma sınırlarını aşan, hukuka uygun olmayan ve HMK'nın 32. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uygunsuz nitelikte ifadeler olduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, davacının 13.02.2018 havale tarihli temyiz dilekçesinin HMK'nın 32. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilip işlem yapılmak üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekmiştir" (Y. HGK. 18.05.2021, 2018/2-446; 2021/576, www.karamercanhukuk.com). Dosyanın geri çevrilmesine ilişkin verilen kararlar için bkz. Y. HGK. 20.05.2021, 2018/123, 2021/590; Y. 12. HD. 20.03.2018, 2017/8152, 2018/2769 (www.lexpera.com).

¹⁰⁵ Mahkemenin kararında yargılama adabı dışında ve meslek ilkelerine aykırı, saygıyı zedeleyen ifadeler kullanması ya da Yargıtay'ın aynı karar hakkında birden fazla bozma olması halinde ise alt derece mahkemesinin uymadan sonra ısrarla aynı hataları tekrar etmesi durumunda dosya, kararı veren mahkemeye değil, başka yer mahkemesine gönderilir (Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku*, C. 3, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2304). Nitekim Yargıtay da eski tarihli verdiği bir kararda bu hususa şu şekilde değinmiştir: "Mahkemeler düşüncelerini açıkça yazmakla görevlidirler. Lakin ilamlarda meslek törenlerine ve ilgili kimse ve yerlere karşı saygı esasına aykırı yazılar yazılması, doğru görülmez. Bu bakımdan direnme ilamındaki (şiddetli

dilekçesi verilmesi halinde, “talebin mesmu olmaması sebebiyle reddine” şeklinde bir karar verilmesinin yerinde olacaktır.

Son tahlilde, mahkemece verilen süre içinde dilekçenin uygun hale getirilerek mahkemeye verilmemesi halinde, Kanun’a “dilekçenin verilmemiş sayılması” şeklinde bir yaptırım konulmasının ve devamında “bu halde, kanunda ilgili dilekçeye bağlanmış sonuçlar meydana gelmez” şeklinde bir ilave yapılmasının, belirsizliklerin önüne geçeceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Mahkemeye sunulan dilekçenin açık, akıcı ve sade bir dille yazılması gerekir. Nitekim Türkçenin düzgün kullanılması, dilekçenin okunurken anlaşılmasını ve dolayısıyla da davanın daha kısa sürede sonuçlanmasını, iddia ve savunmaların mahkemeye doğru bir şekilde yansımını, böylece gerçeğe uygun karar verilmesini sağlar. Bu sebeple dilekçelere, gerekli özenin gösterilerek davanın sağlam bir temele oturtulması, koruma altına alınmak istenen hakkın yerine getirilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, “yargılamanın sevk ve idaresi” başlığının 32. maddesinin ikinci fıkrasında; okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçelerin mahkemeye sunulması halinde, hâkimin bu dilekçelere ilişkin sevk ve idare yetkisi düzenlenmiştir. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda “münasebetsiz evrak” olarak nitelendirilen (bkz. HUMK m. 78, 2) bu kavram, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, “okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz dilekçe” olarak ifade edilmiştir (bkz. HMK m. 32, 2).

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında, okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir dilekçe verilmesi özelinde; kavram, kapsam ve hukukî sonuç bakımından birtakım farklılıklar bulunmaktadır.

Ezcümle mülga HUMK m. 78, 2’de “evrak” kavramı kullanılırken, HMK m. 32, 2’de ise daha dar kapsamda “dilekçe” kavramı tercih edilmiştir. Ancak HMK m. 32, 2 kapsamında dilekçe kavramı; basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesi formları ile uzman görüşü için de pekâlâ geçerlidir.

Öte yandan icra dairesine, okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan bir dilekçe verilmesi halinde ise İcra ve İflâs Kanunu’nda bu konuya ilişkin açık bir atıf yapılmamış olması ve icra dairelerinin işlemlerinin yargısal nitelikte olmaması sebebiyle, icra dairesinin böyle bir dilekçeye HMK m. 32, 2 uyarınca işlem yapmaması gerekir.

Tahkim yargılamasında ise HMK’nın “Uygulanmayacak hükümler” başlıklı 444. maddesinin, aynı Kanun’un 32. maddesine bir atıf yapmadığından, tahkim yargılamasında

geçimsizliğin mebdei davalının zabıt kâtibi Niyazi ile söylenmeğe başladığı 1954 yılıdır. Bu durumda taraflar arasında mevcut olan şiddetli geçimsizliğin temyiz bozma ilamındaki şeklinde mütalaası için insanda hiçbir suretle insaf bulunmaması icap eder) sözleriyle özel daire, insafsızca düşünceleri benimsemekle suçlandırılmış olduğundan direnme kararı örneğiyle bu kararın bir örneğinin gereği takdir edilmek üzere Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlığına gönderilmesine karar verilmelidir. Bu durumda dosyanın başka bir mahkemeye sevkine karar vermede de fayda vardır” (Y. HGK. 06.03.1963, 2-5/17: ABD, 1963/2, s. 211-213).

okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan bir dilekçenin bulunması durumunda, HMK m. 32, 2 hükmü uygulanamaz.

Mahkemece, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi ve adilane bir karar verilebilmesi, dilekçenin okunabilmesine bağlıdır. Dilekçenin okunamaması, dilekçede kullanılan harflerin veya kelimelerin herhangi bir sebeple okunamamasından kaynaklanabileceği gibi kullanılan dilin Türkçe olmamasından da kaynaklanabilir.

Dilekçede, iddia ve savunma sınırlarını aşacak şekilde, karşı tarafın kişilik haklarına saldırı niteliğinde açıklamalarda bulunulması, kullanılan dilin medeni ve meşru eleştiri sınırlarını aşması, alışılmış olmayan itiraz sınırlarını aşan, davanın aydınlığa kavuşması, hakkın ortaya çıkarılması yönünden etkisi ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan gereksiz sözler sarf edilerek kaleme alınmış dilekçeler ise içerik itibarıyla “uygunsuz dilekçe” olarak nitelendirilir. Ancak her uygunsuz dilekçe, aynı zamanda suç teşkil eden bir dilekçe olmayıp ifade özgürlüğü ile uygunsuz dilekçe arasındaki ilişkinin doğru bir şekilde ortaya koyulması gerekir. Zira dilekçede, eleştiri boyutunun sınırlarını aşan ve kişilik haklarını zedeleyen ifadeler kullanılması, Türk Ceza Kanunu bağlamında suç olmasa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından uygunsuz dilekçeye vücut verir. Öte yandan dilekçedeki açıklamaların karikatürize edilerek yapılması veya dilekçenin uygun olmayan bir kâğıda yazılması ise dilekçenin şeklen uygunsuz olduğunu gösterir.

Tarafın mahkemeye sunduğu dilekçede, hâkime yönelik uygunsuz ifadeler bulunması, tek başına hâkimin reddi (HMK m. 36) sebebi teşkil etmez. Zira aksi durum, tarafın kendi davranışının, hâkimin reddine sebep olduğu ve bu sebebin kabulü halinde, hâkimin davaya bakamamasının, tarafın keyfiyetine bağlandığı anlamına gelir. Ancak hâkimin, kendisine karşı kullanılan hakaretamiz ifadeler neticesinde, kendiliğinden davadan çekilme yönünde görüş bildirmesine engel bir durum yoktur (HMK m. 39).

Davanın çözüme kavuşmasında ve hakkın yerine getirilmesinde hiçbir etkisi olmayan, yazılmasında zorunluluk bulunmayan gereksiz ifadelerin dilekçede kullanılması veya mevcut dava dosyasına sunulması gereken dilekçenin sehven başka bir dosyaya ibraz edilmesi ise “ilgisiz dilekçe” olarak nitelendirilir.

Dava dosyasında okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz bir dilekçe varsa, mahkeme o dilekçenin yeniden düzenlenmesi için ilgiliye uygun bir süre verir ve bu dilekçe dosyada kalır (HMK m. 32, 2, c. 1). İlgili, verilen süre içinde dilekçeyi okunabilir veya uygun hale getirirse yahut ilgisiz olmaktan çıkarırsa, artık mahkemeye verilen bu yeni dilekçe dosyaya konulur ve ilgili, dilekçe konusu işlemi kanuna uygun olarak yapmış sayılır. Eğer ilgili, kendisine mahkemece verilen süre içinde usulüne uygun yeni bir dilekçe hazırlayarak mahkemeye sunmazsa, önceki dilekçe hiç verilmemiş gibi sonuç doğar.

Mahkemece verilen süre içinde dilekçenin uygun hale getirilerek mahkemeye verilmesi halinde, Kanun’a “dilekçenin verilmemiş sayılması” şeklinde bir yaptırım konulmasının ve devamında “bu halde, kanunda ilgili dilekçeye bağlanmış sonuçlar meydana gelmez” şeklinde bir ilave yapılmasının, belirsizliklerin önüne geçeceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı". *ABD*. 2 (2011): s. 171-183.
- Akyol Aslan, Leyla. *Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Vaktaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*. İstanbul: Fakülter Matbaası, 1979.
- Alangoya, Yavuz. "Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara: TBB Yayınları, 2007: s. 33-54.
- Alangoya, Yavuz. "Yargılamanın Sevkinde Prensipler ve Bu Açısından 1711 Sayılı Kanun ile Değiştirilen 409. Madde Açısından Düşünceler", *Yavuz Alangoya Makaleler*, (Seçen ve Derleyen Mert Namlı), İstanbul: Beta Yayınevi, 2012: s. 115-144.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Baumgartner, Samuel, Annette Dolge, Alexander R. Markus ve Karl Spühler. *Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, 10. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2018.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Budak, Ali Cem. "Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi". *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6/2 (2019): s. 33-43.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Filiz Kitabevi, 2022.
- Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*. Ankara: Aydın Kitabevi, 2000.
- Elyıldırım, Hasan. *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü Özel Bilirkişi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Erdönmez, Güray. *Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku*. C. 1, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Erman, Sahir. "Evrakta Sahtekârlık Suçlarında "Varaka" Mefhumu". *İÜHFİM*. 15/1 (1949): s. 167-197.
- Ermenek, İbrahim. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar". *MİHDER*. 9/26 (2013): s. 3-55.
- Ersoy, Rifat. *Notlu-İzahlı-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1966.
- Friedhelm Gaul, Hans. "Yargılamanın Amacı: Güncelliğini Koruyan Bir Konu", *İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, (çev: Nevhis Deren Yıldırım), İstanbul: Beta Yayınevi, 9. B., 2017: s. 75-106.
- Gasser Dominik ve Brigitte Rickli. *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*. Zürich: Dike Verlag, 2010.
- Gören Ülkü, Nazlı. "Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014.

- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*. İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Lüke, Gerhard ve Peter Wax. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, §§ 1-354. München: C. H. Beck Verlag, 2000.
- Meier, Isaak ve Miguel Sogo. *Schweizerisches Zivilprozessrecht eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*. Zürich: Schulthess, 2010.
- Meriç, Nedim. *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Musiak, Hans-Joachim ve Wolfgang Voit. *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*. München: Verlag Franz Vahlen, 2023.
- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Özaykut, Salih ve Mehmet Beleş. *Karşılaştırılmalı-Açıklamalı-Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 2. B. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Özbek, Mustafa Serdar. "Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi". *TNBHD*. 4/1 (2017): s. 63-162.
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Özekes, Muhammet. "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler". *DE-ÜHFD, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*. 16 (2014): s. 263-300.
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. C. 3, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özer, Tülay. *HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2012.
- Özkan, Yavuz. *1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanûn-u Muvakkati'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Pekcanitez, Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000: s. 753-791.
- Pekcanitez, Hakan. "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009: s. 397-418.
- Pekcanitez, Hakan. "HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler". *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, 18-19 Ekim 2014-Isparta, SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı*. 4/2 (2014): s. 131-132.
- Postacıoğlu, İlhan E. Ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Rechberger, Walter H. "Avusturya Medenî Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması", *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*, (çev: M. Kamil Yıldırım), İstanbul: Beta Yayınevi, 9. B., 2017: s. 3-15.
- Rosenberg, Leo, Karl Schwab ve Peter Gottwald. *Zivilprozessrecht*, 17. neubearbeitete Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- Schilken, Eberhard. "Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü", *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (çev: Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul: Beta Yayınevi, 9. B., 2017: s. 39-60.
- Spühler, Karl. *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.

- Stahelin, Adrian. *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm.* Basel: Schulthess, 2010.
- Stahelin, Adrian, Daniel Stahelin ve Pascal Grolimund. *Zivilprozessrecht.* Zürich: Schulthess, 2008.
- Sungurtekin Özkan, Meral. “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”. *DEÜHFD, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan*, 11 (2010): s. 553-574.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku, C. I.* Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara: TBB Yayınları, 1999: s. 759-787.
- Tercan, Erdal. *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme-Hali Sabıka İrca-*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Teomete Yalabık, Fulya. “Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış” *DEÜHFD, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan*. 16 (2014): s. 2115-2162.
- Thomas, Heinz ve Hans Putzo. *Zivilprozessordnung*, 31. Neubearbeitete Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- Toraman, Barış. *Medenî Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Yazıcı-Tıktık, Çiğdem. “HMK m. 293’teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması”. *MİHDER*. 7/20 (2011/3): s. 79-100.
- Yıldırım, M. Kamil. “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, C. III. 22/3 (2016): s. 3027-3044.
- Yılmaz, Ejder. *Adli Yazı ve Yazışma Usulleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I.* Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 2*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015: 1835-1866.

EXTENDED SUMMARY

IN CIVIL PROCEDURAL LAW UNREADABLE OR INAPPROPRIATE OR IRRELEVANT PETITION (CCP ART. 32)

Mehmet Kodakoglu, Assist. Prof.

Selçuk University, mehmetkodakoglu@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8700-7453>

The “conduct and management of the proceedings” regulated in the first paragraph of Article 32 of the CCP titled “Principles governing the proceedings” is divided into two as formal and substantive conduct and management. The fact that the petitions submitted to the court should be written in a certain discipline, especially that the petitions should be readable, relevant to the case and should not contain inappropriate expressions is directly related to the formal conduct of the proceedings.

The second paragraph of Article 32 of the CCP defines the formal conduct of the proceedings as follows: “An appropriate period of time shall be granted for the reorganization of the petition that cannot be read or is inappropriate or irrelevant, and this petition shall remain in the file. If a new petition is not filed within the given time, no further time shall be granted.” While the said provision was written as “inappropriate documents” in general terms during the abrogated HUMK period, it was included in the CCP as “petition that cannot be read or is inappropriate or irrelevant”.

On the other hand, while the concept of “document” is used in Article 78, 2 of the abrogated CCP, the concept of “petition” is preferred in a narrower scope in Article 32, 2 of the CCP. The concept of “petition” in the Code should be understood as the written text submitted or sent to the judicial bodies, the content of which is generally regulated by law. Article 32, 2 of the CCP should be applied to all kinds of petitions submitted to the court, to the forms of the statement of claim and reply petition that can be submitted in the simple procedure, and to the expert opinion, which is considered as a party statement.

Article 32, 2 of the CCP can only be applied to petitions submitted to courts, and it is not possible to apply this provision to petitions submitted to enforcement offices and arbitration proceedings (Article 444 of the CCP).

The petition may be improper in form or content. For example, if the explanations in the petition are caricatured or if the petition is written on an inappropriate paper (for example, toilet paper), the petition is improper in form. Making inappropriate statements in the content of the petition is a case of impropriety in the content of the petition. Therefore, if a petition is submitted that is not in

accordance with the law, exceeds the limits of the right to claim and defense, contains insults or inappropriate expressions towards the opposing party or the judge or expert, contains excessive and offensive expressions, or if the petition contains statements that damage the dignity of the court, it is improper in terms of content.

Care should be taken not to use unnecessary expressions in the petition, which have no effect on the resolution of the case and the fulfillment of the right, and which are not obligatory to be written. This is because making statements in the petition submitted to the court that are not directly or indirectly related to the pending lawsuit, including unnecessary details that have no effect on the realization of the right; may cause the lawsuit to be resolved and the merits of the case to be overlooked.

If there is a petition in the case file that cannot be read or is inappropriate or irrelevant, the court shall grant an appropriate period of time to the relevant party to reorganize the petition and this petition shall remain in the file (Art. 32, 2, c. 1 of the CCP). During the abrogated HUMK period, it was possible to return the illegible or inappropriate document to the relevant party with the decision of the judge, and thus the document in question could be removed from the case file (Art. 78, 2, c. 1 of the HUMK).

The Law regulates that the court shall grant "an appropriate period of time" to the relevant party, and the judge is given discretionary power to determine the duration of the period of time. The time given by the judge to the relevant party is final, taking into account the principle of procedural economy (Art. 30 CCP).

If the interested party makes the petition readable or appropriate or ceases to be irrelevant within the given period of time, this new petition shall be placed in the file and the interested party shall be deemed to have taken the action in accordance with the law.

If the person concerned fails to prepare and submit a new petition to the court within the time limit given by the court, it shall be as if the previous petition had never been filed.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ANONİM ŞİRKET BİRLEŞMELERİNDE AYRILMA AKÇESİ

THE OPT-OUT FUND IN JOINT STOCK COMPANY MERGERS

Prof. Dr. Hayri Bozgeyik*

Şule Işın**

ÖZ

Şirket birleşmelerinde pay sahipliğinin devamı kural olmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda buna bir istisna olarak pay sahipleri için ayrılma akçesi olarak ayrılma hakkı düzenlenmiştir. Birleşmede kural olarak devralan şirket, devredilen şirketteki payları elde edecek değerinde pay ve haklar üzerinde talep imkanına sahip olmakta, böylece, devrolunan şirketteki her bir ortağın eski şirketteki payının değeri karşılanmakta ve bu pay sahipleri sahip oldukları eski payların verdiği eşit haklara sahip olmaktadır. Pay sahiplerinin ayrılma hakkı ve ayrılma akçesi talep imkânı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Birleşmede çıkarma hakkının sadece devredilen şirket ortakları için tanınmış olması, birleşme ile devralan şirket bünyesinde bir sinerji yakalamanın amaçlandığını göstermektedir. Ayrılma akçesi talep hakkı, devredilen şirket ortaklarına tanınmış bir haktır. Seçim hakkı tek taraflı bir bildirimle kullanılmakta ve bildirim devralan şirkete ulaştığında hüküm doğurmaktadır. Ayrılma akçesi için belirlenecek değer, elde edilecek şirket paylarının gerçek değeri olması, gerçek değer hesaplanmasında birleşme sonucu sona eren şirketin değerinin değil, yaşayan şirketin değerinin baz alınması gerekmektedir. Payın gerçek değeri, şirket varlıkları ve kârlılık durumu gibi şirketin finansal verilerine ilişkin birtakım unsurlar göz önünde bulundurularak hesaplanan pay değeridir. Payın gerçek değer belirlenmesi konusunda finans öğretisinde çeşitli yöntemler dile getirilmekte birlikte kanaatimizce her duruma uygulanacak bir tek yöntem yerine somut olayın özelliklerine bakılarak bir belirlenme yapılması daha uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şirket birleşmeleri, birleşmede çıkarma hakkı, pay sahiplerinin çıkma hakkı, ayrılma akçesi, birleşme sözleşmesi

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

[0000-0002-9974-7459](mailto:hbozgeyik@aybu.edu.tr) hbozgeyik@aybu.edu.tr

** Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

[0000-0002-7422-6278](mailto:suleisin@aybu.edu.tr) suleisin@aybu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

Although the continuation of shareholding is the rule in mergers, the Turkish Commercial Code regulates an opt out right and fund for shareholders as an exception to this rule. In a merger, as a rule, the acquiring company has the right to claim the shares and rights with the value that will acquire the shares in the transferred company, thus, the value of the shares of each shareholder in the transferred company in the old company is met and these shareholders have rights equal to the rights granted by the old shares they hold. The shareholders' right to exit and the right to demand a separation fund is an formative right. The fact that the right to exit in a merger is recognised only for the shareholders of the transferred company shows that the merger aims to achieve a synergy within the transferee company. The right to demand an opt out fund is a right granted to the shareholders of the transferred company. This right is exercised through a unilateral notification and becomes effective when the notification reaches the transferee company. The value to be determined for the opt out fund must be the real value of the company shares to be acquired. The calculation of the real value shall be based on the value of the surviving company, not the value of the company terminated as a result of the merger. The real value of the shares is the value of the shares calculated by taking into consideration certain factors related to the financial data of the company, such as the company's assets and profitability status. Although various methods are mentioned in the finance doctrine on the determination of the real value of the share, in our opinion, it would be more appropriate to make a determination based on the characteristics of the concrete case rather than a single method to be applied to all cases.

Keywords: Merger, squeeze out merger, opt-out right, opt-out fund, merger contract.

GİRİŞ

6102 sayılı TTK ile şirket birleşmeleri, şirketler hukukunda önemli bir kurumsal yapılanma modeli haline gelmiştir. Bu sayede iki veya daha fazla şirket bir araya gelerek tek şirketi oluşturmaktadır. Bunlardan ilk modelde, birleşmeye katılan birden fazla şirket yeni bir şirket altında toplamakta, diğerinde ise şirketlerden biri devralan sıfatıyla diğer şirketi kendi bünyesine katmaktadır. Birleşme sonrasında bunlardan ilkinde her iki şirketin, diğerinde ise devrolunan şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir.

Birleşmenin tüzel kişiliği son bulan şirketin pay sahipleri bakımından önemli hukuki sonuçları ortaya çıkmaktadır. Birleşmeye hâkim olan temel ilke pay sahipliğinin devamıdır. Konu TTK 140 ile düzenlenmiş ve pay sahiplerine devralan ya da yeni kurulan ortaklıktan verilecek payların nitelik ve niceliği belli kurallara bağlanmıştır.

Birleşme ile pay sahipliği sıfatının korunması esas kural iken buna ilk defa yürürlükteki TTK ile bir istisna getirilerek ayrılma akçesi düzenlenmiştir. Ayrılma akçesi ile devredilen şirket pay sahipleri birleşmeye katılmaksızın pay sahipliği sıfatını kaybetmekte ve karşılığında TTK 141’de öngörülen ayrılma akçesini talep hakkını haiz olmaktadır.

I. BİRLEŞME VE PAY SAHİPLİĞİNE ETKİSİ

Şirket birleşmesi, *birden fazla ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin tek şirket haline gelmesi* şeklinde tanımlanabilir (TTK 136 vd.). Ticaret şirketlerinde birleşme farklı şekillerde gerçekleşmekte¹, iki veya daha fazla şirket, bunlardan biri veya kurulan yeni şirket altında bir araya gelmekte ve böylece birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerine, bu şirketin payları verilmektedir². Bunlar, *devralma şeklinde birleşme veya yeni kuruluş şeklinde birleşme* olarak nitelenmektedir.

Birleşme sonucunda bir ticari şirket, malvarlığı tasfiye edilmeden başka bir şirket tarafından devralınmakta, birçok ticari şirketin malvarlığı, yeni kurulan şirkete kendiliğinden geçmekte ve devredilen şirket paylarının sağladığı haklar ortadan kalkmaktadır.

Pay sahiplerinin ortaklık statülerinin devam etmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesine hâkim olan ilkelerden biridir³. Her ne kadar “devamlılık ilkesi” bir temel ilke⁴ olsa da 6102 sayılı TTK’nın 141. maddesi ile buna bir istisna öngörülerek⁵, pay sahiplerine bir yenilik doğurucu hak tanınmış⁶ ve böylelikle pay sahipliğinin devamlılığı ilkesine istisna getirilmiştir.

Birleşmede kural olarak devralan şirket, devredilen şirketteki payları elde edecek değerde pay ve haklar üzerinde talep imkânına sahiptir. Bu talep hakkı, birleşen şirket malvarlığı ve oy

¹ Hikmet Sami Türk, *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1986, s. 41.

² Hamdi Yasaman, *Anonim Ortaklıklarının Birleşmesi*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1987, s. 5.

³ Öztürk Almaç, Tuğçe, “Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Ortaklık Haklarının Devamlılığı İlkesi”, *Konya Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2018, s. 31 vd.

⁴ Sevda Bora, “Şirket Birleşmeleri ve Birleşme Sözleşmelerinde Ortaklıktan Çıkarma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11/124 (2016): s. 37-50.

⁵ Ünal Tekinalp, “Birleşmelerde Ayrılma Akçesi”, *REGASTA*, 2/1 (2012), s. 22.

⁶ Bilge Develi, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/1-2 (2013), s. 444.

hakları gibi hususlar göz önünde bulundurularak hesaplanmaktadır (TTK 140/1). Böylece, devrolunan şirketteki her bir ortağın, eski şirketteki payının değeri karşılanmakta ve eski payların verdiği eşit haklara sahip olmaktadır.

Birleşmede ayrılma hakkı, birleşme işlemine katılmak istemeyen veya şirketteki düzeni bir anlamda “fesada düşürme” ihtimali olan azınlığın, paylarının gerçek değerini alarak, birleşme işlemine katılmadan ve bir anlamda “birleşme sonucu ortaya çıkacak yeni şirketin kazanaacağı seviyeyi zarara uğratmadan” şirketten ayrılmasını mümkün kılmaktadır⁷.

II. AYRILMA AKÇESİ

A. GENEL OLARAK

Şirket birleşmelerinde pay sahipleri için ayrılma akçesinin düzenlenme amacı TTK 141 hükmünün gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılma hakkının “birleşmeyi kendi menfaatine aykırı gören, bu işleme katılmak istemeyen yapılan birleşme anlaşmasını kendi çıkarlarına uygun görmeyen devrolunan şirket ortaklarını devralan şirkette baskı ve zorla tutmanın yanlış ve hatalı” olmasından ötürü düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Pay sahiplerinin ayrılma kararı almaları ve ayrılma akçesi talep etmeleri “seçimlik yenilik doğurucu” (inşai) bir haktır. Doktrinde söz konusu hakkın, birleşmeye katılan şirketler tarafından pay sahiplerine “tanınabilecek haklar” şeklinde ifade edilmesinin sorun oluşturduğu ve bu ibarenin *tanınacak haklar* şeklinde olması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁸.

Ayrılma akçesi belirlenirken payların borsa değeri, bu yoksa gerçek değeri esas alınmakta, bu nakit olabileceği gibi başka bir şirket payı veya menkul kıymet de olabilmekte⁹, nakit olduğundan ödeme, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen yedeklerden yapılmaktadır¹⁰.

Hükmün gerekçesinde yer aldığı üzere ayrılma akçesinin “sermayenin iadesi şeklinde olmaması” gerektiğinin belirtilmesi öğretide eleştirilmekte ve gerçek sermayenin, nominal sermayeye eşit veya bundan düşük olması durumunda ayrılma akçesinin sermayenin iadesi şeklinde olabileceği savunulmaktadır¹¹.

⁷ Develi, “Ayrılma Akçesi”, s. 447; Ayrılma hakkı ve ayrılma akçesi kavramları için bkz. Sadiye Sıla Bakırcı, “Şirketler Hukukunda Birleşme İşlemleri Sebepiyle Ayrılma Akçesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

⁸ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku C. 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s. 54; Nevzat Akbilek, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 183; Tekinalp, “Ayrılma Akçesi”, s. 25; Yusuf Ziya Sönmez, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, İstanbul: Beta 2009, s. 201; Hülya Coştan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009, s. 172. Karş. Yağmur Şimşek, “6102 Sayılı TTK Hükümleri Uyarınca Birleşme Prosedürü ve Sonuçları”, *Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2022, s. 178.

⁹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Adalet 2017, s. 78.

¹⁰ Moroğlu, 54.

¹¹ Akbilek, *Pay Sahibinin Korunması*, s.183.

Anonim şirkette yüzde doksan pay oranına sahip çoğunluğa, sürekli sorun çıkaran bazı pay sahiplerini ayrılma akçesi ödeyerek de şirketten çıkarma hakkı tanınmıştır¹². Madde gerekçesinde, bu düzenleme ile şirket iç barışının hedeflendiği belirtilmektedir (TTK 141/2)¹³. Yüzde doksan oy nisabı şartıyla ortaklar bazı pay sahipleri için sadece ayrılma akçesi öngörebilmektedir (TTK 151/5). Bu durum, pay sahipliği ve pay sahipliği haklarının devamlılığı ilkelelerinin en önemli istisnası olup bu halde pay sahibi, rızasına bakılmaksızın ortaklıktan çıkarılmaktadır.

Birleşme sözleşmesinde her iki usule; yani hem *ayrılma akçesi alarak çıkma* hem de *ayrılma akçesi vererek çıkartmaya* yer verilmesi halinde izlenecek yöntem kararın genel kurulda yüzde doksan veya üzeri oy nisabıyla kabul edilmesi olmaktadır (TTK 151/5)¹⁴. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu kuralın yalnızca ayrılma akçesi vererek şirkette istenmeyen pay sahiplerinin uzaklaştırılması durumunda gerekli olduğudur (TTK 141/2 ve 151/5). *Ayrılma hakkı vererek çıkarma* durumunda aranan bu şartın, ayrılma hakkı alarak çıkmada aranmaması gerekmektedir.

TTK 141/2 hükmü, bu şekliyle sanki TTK 141/1 uyarınca ayrılma akçesi alabilecek tüm pay sahipleri için ortaklıktan çıkmanın mecburi tutulmasına yönelik anlam içerdiği noktasından eleştirilmiştir¹⁵. Doktrinde, gerekçeyle birlikte değerlendirildiğinde açıklık kazandığı, ancak hükmün kötü kaleme alındığı ifade edilmiş ve TTK 141/2’de geçen “*sadece*” sözcüğünden önce “*bazı pay sahiplerine*” ifadesinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶. Kanaatimizce hükmün gerekçesinde yer alan “*arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkaran azınlığı veya ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek şirketten çıkarma hakkı büyük çoğunluğa verilmiştir*” ifadesiyle şirketten çıkarılacak pay sahipleri oranına sınır getirildiği görüşü¹⁷ yerinde olduğundan, TTK 141/2 hükmünün belirsizliğe neden olduğu düşünülmemelidir.

Birleşme dolayısıyla ortakları şirketten çıkarma hakkı sadece devreden şirkete tanınmıştır (TTK 141/2). Birleşme ile oluşacak sinerjinin özellikle devralan şirket bünyesinde sağlanması amaçlandığına göre, kanaatimizce birleşmeye muhalif pay sahipleri için öngörülen ortaklıktan çıkarma hakkının, devralan şirket açısından da tanınması gerekmektedir¹⁸.

Öğretide, birleşme ile istenmeyen azınlığa karşı çıkarma hakkının kullanılmasının özellikle borsada yatırım yapan kişiler açısından tehlikeli olabileceği görüşü ileri sürülmüş, mesela borsa endeksinin düşük olduğu bir dönemde veya salt bilanço değeri üzerinden yapılacak bir

¹² Pulaşlı, *Genel Esaslar*, s. 107. Düzenlemeyi karşı. TTK 208 kapsamında şirketler topluluğunda “şirketin çalışmasını engelleyen, dürüstlük kuralına aykırı davranan, fark edilir sıkıntı yaratan veya pervasızca hareket eden” azınlık pay sahiplerinin çıkarılması hakkında bkz. Muhammed Sulu, “Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 80/1 (2022), s. 213-248.

¹³ Akbilek, *Pay Sahibinin Korunması*, s. 185.

¹⁴ Coştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 113.

¹⁵ Akbilek, *Pay Sahibinin Korunması*, s. 185.

¹⁶ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 184.

¹⁷ Yurdal Özatlan, *Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası)*, İstanbul: Onikilevha, 2014, s. 132.

¹⁸ Aynı yönde, bkz. Özatlan, *Denkleştirme Davası*, s. 133.

çıkarma işleminin azınlık pay sahiplerini zarara uğratabileceği dile getirilmiştir¹⁹. Ayrılma akçesini yeterli bulmayan pay sahiplerinin birleşme kararının ilanından itibaren iki ay içinde mahkemeden denkleştirme akçesi isteme imkânı bulunmaktadır (TTK 191).

B. HAK SAHİBİ

Ayrılma akçesi talep hakkı, devredilen şirket ortaklarına tanınmış bir haktır²⁰. TTK 141'in gerekçesinde de ifade edilen bu durum yerinde bir düzenlemedir²¹. Zira böylece, değişimden etkilenen²² pay sahiplerine yeni kurulan veya devralan şirketten pay verilmesi yerine, ayrılma akçesi alarak birleşmeye girmeme imkânı tanınmıştır. Ancak, ayrılma akçesi için belirlenecek değer, elde edilecek şirket paylarının gerçek değeri olması gerekmektedir.

Devralan şirketteki pay sahiplerinin pay ve ortaklık hakları bakımından değişiklik söz konusu olmayacaktır²³. Bu durumun istisnası yeni kuruluş yoluyla birleşmedir. Bu birleşme türünde birleşmeye katılanların tamamı devrolunan şirket olarak kabul edildiğinden ayrılma hakkının bütün ortaklara tanınması gerekmektedir²⁴.

Ayrılma hakkının kime tanındığı TTK 141/1 hükmünde belirtilmiştir. Hükmün gerekçesinde yer alan “*birleşmeyi kendi menfaatlerine gören devredilen şirketin ortaklarını zorla devralan şirkette tutmak doğru değildir*” ifadesi ile sanki gerekçede ayrılma hakkının sadece birleşmeye onay vermeyen hak sahiplerine tanındığı sonucu çıkabilecektir. Aynı sonuca TTK 151/5 düzenlemesinde geçen “*birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesi öngörüyorsan buna ilişkin kararın, devreden şirket şahıs şirketi ise oy hakkına haiz ortaklarının sermaye şirketi ise şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oylarıyla onaylanması şarttır*” hükmünden de varılabilmekle birlikte, ayrılma hakkına, devredilen şirketin her bir ortağı sahiptir. Ortağın bu hakka sahip olabilmesi için birleşme kararına olumsuz oy vermiş olması gerekmemektedir²⁵. Bu konuda Türk hukuku, sadece birleşme kararına olumsuz oy veren ortaklara ayrılma hakkının tanındığı Alman hukukundaki düzenlemeden ayrılmaktadır²⁶.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ayrılma hakkını gösteren TTK 141/1'in ve nisap miktarını gösteren TTK 151/5'in TTK 202'den ayrılan yönleridir. Zira hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması (TTK 202) halinde, bağlı şirketin pay sahiplerine tanınan ayrılma hakkı TTK 141/1 ve 151/5'ten farklıdır. TTK 202'de “*hâkim şirketin, hâkimiyetini bağlı şirkete kayba uğratacak şekilde kullanması ve hâkim şirketin bu yüzden doğan kaybı denkleştirememesi halinde bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden şirketin zararının tazminini*” isteyebileceği öngörülmektedir. Buna ilaveten

¹⁹ Çağlar Manavgat, *Aleni Pay Alım Teklifi*, Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1997, s. 538-539.

²⁰ Fena İpek Kayalı, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 53.

²¹ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 94.

²² Coştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 171.

²³ Şengül Al Kılıç, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*, İstanbul: Beta, 2009, 50.

²⁴ İpek Kayalı, *Birleşmeler*, s. 253.

²⁵ Kürşat Göktürk, “Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/1-2 (2013), s. 645.

²⁶ İpek Kayalı, *Birleşmeler*, s. 253.

konuya TTK 202/2 hükmünde de açıklık getirmektedir. İlk dava bağlı şirketin zararlarının tazminine, ikinci dava ise pay sahiplerinin zararlarının tazminine yönelik olacaktır²⁷.

TTK 202’de düzenlenen *bağlı şirket pay sahibinin ayrılma hakkı*, genel kurul kararına karşı red oyu kullanıp bunu tutanağa geçirmeye veya yönetim kurulunun bu konudaki kararına yazılı olarak itiraz etmeye bağlıdır. Buna karşılık TTK 141/1’de ayrılma akçesini talep eden pay sahipleri için herhangi bir şart öngörülmemiştir. TTK 141/1 hangi pay sahiplerine hangi şartlarda bu imkânın tanınacağını belirtmemektedir. Maddenin gerekçesinde birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesinin seçimlik olarak tanınması halinde, pay sahiplerinin bunu hangi şartlarda alabileceğine dair bir ayrım yer almamaktadır. Bu durum neticesinde TTK 141/1’in ayrılma akçesi talep eden ortaklarına herhangi bir şart ve sınırlama getirmediği görülmektedir²⁸.

Ayrılma hakkının her ortak tarafından kullanılabilmesi, devredilen şirketin tüm ortaklarının seçimlik ayrılma hakkını kullanmak istemeleri halinde birleşmenin akıbetinin ne olacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Tüm pay sahiplerinin ortaklıktan ayrılması veya paylarının gerçek değerinin karşılığını talep etmesi durumunda birleşme ile amaçlanan hedefler olumsuz etkilenecek, hatta bu durumda birleşme işlemi anlamsız olacak veya gerçekleşmeyecektir. TTK 141’in gerekçesinde “*bütün pay sahiplerinin veya çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir*” ifadeleriyle bu noktaya dikkat çekildiği görülmektedir. Bu problem öngörülmesine rağmen yine gerekçenin devamında “*bu da bir sakınca değil, pay sahipleri demokrasinin gereği olarak değerlendirilmelidir*” şeklindeki yaklaşım kanaatimizce ortaya çıkan veya çıkacak olan sorunu çözmemektedir. Kanunda tüm devreden ortaklık pay sahiplerinin ayrılmasına ilişkin bir düzenleme olmasa da kanaatimizce bu konuda sayıya veya orana bir sınır getirilmesi daha isabetli görülmektedir²⁹.

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

Seçimlik ayrılma akçesinin hukuki niteliği hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır (TTK 141/1). Seçim hakkı tek taraflı bir bildirimle kullanılmakta, bildirim devralan şirkete ulaşıncaya hüküm doğurmaya ve kararın kesinliği karşı tarafa ulaşıncaya oluşmaktadır.

Zira kararından dönmek isteyen pay sahibi bildirim karşı tarafa ulaşıncaya kadar dönebileceği bir zamana sahiptir. Bildirim karşı tarafa yani devralan şirkete ulaştığında ise artık kararından dönmeyecektir³⁰. Bu durumda seçim hakkını kullanmak isteyen ortak, seçim hakkının kullanma süresi bitmese dahi beyanını kural olarak geri alamayacaktır.

Bunun istisnası birleşme sözleşmesinde yer alabilecektir. Birleşme sözleşmesinde bu hakkın kullanma süresi içinde, ayrılma hakkının içeriğinde değişiklik olabileceği kararlaştırılabilecek³¹, pay sahibi, ayrılma hakkını kullandıktan sonra bu karardan geri dönemeyecektir.

²⁷ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, Nr. 23-100.

²⁸ Özatlan, *Denkleştirme Davası*, s. 123-124.

²⁹ Aynı yönde, bkz. Özatlan, *Denkleştirme Davası*, s. 128.

³⁰ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 289.

³¹ İpek Kayalı, *Birleşmeler*, s. 53

Ç. DAYANAĞI

Ayrılma akçesinin gündeme gelebilmesi için birleşme sözleşmesinde yer alması gerekmektedir. Bunun tek istisnası kolaylaştırılmış birleşme usulüdür (TTK 155). Bu durumda devralan şirket, devredilen şirketin ortaklarına kendi paylarına eşit pay sunmak veya bu payların karşılığında gerçek değerleri üzerinden hesaplanan bir bedel teklif etmek zorundadır. Kolaylaştırılmış birleşme usulünde, devralan şirketin ayrılma akçesi teklifini seçimlik olarak sunması gerekmektedir³².

Kolaylaştırılmış birleşme, hukukumuzda 6102 sayılı TTK ile girmiş olup sadece sermaye şirketleri içindir. TTK 155 uyarınca kolaylaştırılmış birleşme iki şekilde söz konusu olabilmekte, bunun için devralan şirketin devrolunan şirketin oy hakkı olan bütün paylarına sahip olması veya oy hakkı veren paylarının tamamına veya en az yüzde doksanına sahip olması gerekmektedir.

TTK 155 hükmünün diğer birleşmelerden ayrılan yönü, birleşmenin işleyiş sürecini kolaylaştırmasıdır. Birleşme sözleşmesinin taraflarca kabulünden sonra işlem yapılmış sayılmakta, birleşme raporu, birleşmeye ilişkin denetim, pay sahipleri için öngörülen inceleme hakkı ve genel kurul onayına gerek kalmamaktadır³³.

Ayrılma hakkının varlığından söz edebilmek için gereken bir başka şart ise TTK 151/5'te yer almaktadır. Anılan düzenleme "*birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesi öngörüyorsa bunun, devreden şirket şahıs şirketi ise oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketi ise şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oylarıyla onaylanması şarttır*"³⁴ şeklindedir. Bu düzenleme ülkemize özgü olup, bu hüküm ile ayrılma akçesini düzenleyen ülkelerden ayrılmış bulunmaktayız³⁵. Bu maddenin kaynağı olan FusG Art. 18/3'ün farklı bir düzenlemeye sahip olduğu görülmektedir. Buna göre, birleşme sözleşmesi yalnızca ayrılma bedelini bulunduruyorsa, birleşme kararının, devredilen ortaklıkta oy haklarının yüzde doksanına sahip ortaklar tarafından onaylanması gerekmektedir³⁶. Kaynak kanun ile TTK 151 arasında çok temel iki hususta farklılık bulunmaktadır. FusG Art. 18/3'te oy hakkı bulunan ortakların yüzde doksanının onayına tabi olan husus, ayrılma hakkı değil, birleşme sözleşmesidir. İkincisi ise bu oranda onay şartı, birleşme sözleşmesinden ayrılma hakkı değil, ortaklara yalnızca ayrılma seçeneğinin sunulması halinde söz konusu olmaktadır³⁷.

FusG Art. 8/2'de pay sahiplerine yalnızca ayrılma hakkı tanınmıştır. TTK 141/2 ise "*birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler*" denilmekte olup düzenleme kaynak kanunla paraleldir. Bunun neticesinde devralınan şirketin pay sahipleri, birleşmeyle birlikte devralan ortaklıkta pay sahibi olmaz, nakit olarak

³² Develi, "Ayrılma Akçesi", s. 448.

³³ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 188, 189.

³⁴ Oğuz İmregün, *Kollektif Komandit Ortaklıklar ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar*, İstanbul: Yasa Yayınları, 1989, s. 39, Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul: Onikilevha, 2011, s. 142.

³⁵ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 190.

³⁶ İmregün, *Ortaklıklar*, s. 39.

³⁷ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, s. 107.

ortaklıktan ayrılırlar. Bu durum ABD'deki nakit karşılığı birleşmeye (*cash out merger*) benzetilmektedir³⁸.

Birleşme sözleşmesinde pay sahiplerinin hangi oranda, ne gibi şartlarla ayrılma akçesi haklarından yararlanabilecekleri yer alabilir. TTK 141/1'de bunu engelleyen bir hüküm yoktur. Bununla beraber bu hususta eşit işlem ilkesi önem arz etmektedir. Zira birleşme sözleşmesinde bu hakkın yalnızca belirli kişi veya pay gruplarına tanınması halinde, seçimlik haktan faydalanmak isteyip de muvaffak olamayan pay sahipleri bu uygulamanın eşit işlem ilkesine aykırı olduğunu ileri sürebilecektir³⁹.

D. MİKTARI

Ayrılma akçesinin “şirket paylarının gerçek değerine denk” olması gerekmekte (TTK 141/1), “şirket payları” ifadesi ile, “devralan şirketin payları” anlaşılmaktadır. “Gerçek değer”, şirket birleşmelerinde hem denkleştirme akçesi (TTK 191) hem de ayrılma akçesinin (TTK 141) hesaplanmasında ölçü olarak kabul edilmektedir. Birleşme haricinde şirketler topluluğunda (TTK 202/2) ve anonim şirketlerin haklı sebeplerle feshinde (TTK 531) payın gerçek değeri gündeme gelmektedir. Bu nedenle öğretilerde bu iki konuya ilişkin çalışmalarda da payın gerçek değerine ilişkin tartışma ve değerlendirmeler yer almaktadır.

TTK 141 ve hükme kaynaklık eden İsviçre hukukundaki ilgili düzenlemeye (FusG 8) bakıldığında, ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibine ödenecek bedelin neye göre hesaplanacağıyla alakalı açıklayıcı bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Ölçü olarak şirketlere açık kapı bırakıldığı, “borsa değeri”, “marka değeri” veya “gerçek değer”in esas alınma olanağı tanındığı anlaşılmaktadır. Hukukumuzda hükümlerin kaynak hukuktaki belirsizlik ve güvensizlik dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmekte, bu nedenle hukukumuz açısından ayrılma akçesinin hesaplanmasında temel alınacak hususun “iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değeri” olduğu belirtilmektedir⁴⁰.

TTK 141/1 hükmünde “gerçek değer” açıklamasının yapılmadığı ve bu durumun uygulamaya bırakıldığı ifade edilmektedir. Gerçek değer hesaplanmasında birleşme sonucu sona eren şirketin değeri değil, yaşayan şirketin değeri baz alınacaktır⁴¹. Mevzuatta ortaklık payının gerçek değerini belirten bir hüküm bulunmadığından ve beklendiğinde kararın ardından oluşabilecek değer inişleri pay sahiplerini etkileyebileceğinden⁴², yabancı hukuk uygulamalarına bakarak, değer biçilme anı için birleşme kararının alındığı tarihe en yakın tarih baz alınabilecektir.

Gerçek değer hesaplaması bakımından finans öğretisinde birden fazla yöntemin olduğu ifade edilmekte ve her durumda uygulanacak bir yöntemin öngörülmesinden ziyade somut olayın şartlarına bakılarak bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır⁴³. Öte

³⁸ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 190.

³⁹ Özatlan, *Denkleştirme Davası*, s. 124.

⁴⁰ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, s. 77.

⁴¹ Coştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 174.

⁴² Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 124.

⁴³ Muharrem Tütüncü, *Hâkim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze Out) -TTK md. 208*, İstanbul, 2017, s. 259.

yandan bizim de katıldığımız bir görüşe göre, tercih edilecek yöntemler arasında büyük farklılıklar ortaya çıkması azınlık pay sahibi veya hâkim şirket açısından adil olmayacak bir sonuç doğuracağından farklı metotlarla birden fazla veri elde edilip ortalama bir meblağ belirlenmesi, satın alma bakımından daha hakkaniyetli olabilecektir⁴⁴. Payın gerçek değeri, şirket varlıkları ve kârlılık durumu gibi şirketin finansal yapısına ilişkin birtakım unsurlar göz önünde bulundurularak hesaplanan pay değeridir⁴⁵.

Payın değeri tespit edilirken şirketin değeri kaynak alınıp, şirketin değerinin belirlenmesine yarayan kıstaslar payın değerinin tespitine de yardımcı olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken “piyasa değeri”, “aktif değer”, “satış değeri” ve “tasfiye değeri” gibi kavramlardır. Ayrıca aktif ve pasif varlıkların toplamı ile işletmenin tecrübe ve bilgi birikimi, yöneticilerinin niteliği ve piyasada meydana getirdiği izlenim gibi maddi olmayan varlıklar da gerçek değeri etkilemektedir⁴⁶.

Pay sahibinin elinde bulunan pay sayısının, şirketin değerinin belirlenmesiyle oluşan bir payın gerçek değeri ile çarpılması sonucu elde edilen miktar ayrılma akçesinin tutarını oluşturmaktadır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken payın imtiyazlı olmamasıdır. Pay üzerinde imtiyaz olması veya paya artı değer kazandıracak bir durumun olması halinde bu formül uygulanmayacaktır.

TTK 141/1’de ayrılma akçesi hesaplanırken *şirket paylarının gerçek değerinden* hesaplanacağı vurgulanmakla beraber payın niteliği de göz önüne alınarak gerçek değer hesabı yapılmalıdır. Mevcut hükümde tüm pay sahiplerine aynı oranda ödeme yapılamayacağı, paylar arasındaki değer farklılıklarının da dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Bu durum eşit işlem ilkesine aykırı olsa da ayrılma akçesi konunun istisnası olmaktadır. Kıstas alınacak durum imtiyazlı pay ile adi pay arasında veya oy hakkına sahip payla oy hakkı bulunmayan pay arasındaki değer farklılığıdır.

Kanaatimizce payın gerçek değeri birçok kıstas gözetilerek belirlenebilecektir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi şirketin piyasa değeri, belirlenecek payın değeri ile hesaplanmaktadır. Fakat burada birçok sıkıntı ortaya çıkmaktadır. Örneğin piyasa değeri, piyasadaki arz ve talebe bağlı olarak değişkenlik gösterebilmekte, yine borsa değeri baz alındığında borsadaki hareketlenmeler olumlu ve olumsuz değeri etkileyebilmektedir.

Ayrılma akçesinin belirlenmesinde asıl olan payın değerinin tespitidir. Emsal konumda olup faaliyet gösteren birkaç şirket paylarının gerçek değeri belirlenip, bunun yanında payın piyasa ve borsa değeri hesaplanarak hepsinin ortak paydası alınarak da ayrılma akçesi bedelinin tespiti mümkündür. Değerleme yöntemleri, karşılaştırma yapılarak belirlenirse doğru sonuca ulaşmada başarılı olunabilecektir.

⁴⁴ Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul: Onikilevha 2009, s. 411.

⁴⁵ Tütüncü, *Squeeze Out*, s. 258.

⁴⁶ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 125.

E. TALEP USULÜ

Ayrılma akçesini talep eden pay sahiplerinin bu isteklerini şirkete bildirmeleri gerekirken, bu bildirim, hakkı talep eden pay sahipleri için bir yasal başvuru niteliği taşımaktadır. Seçim hakkının kullanılmaması, sürenin geçirilmesi veya şartlara riayet edilmemesi sonucunda hakkını kullanamayan pay sahiplerinin üyeliği, birleşmede üyelik haklarının devamlılığı temel ilke olduğundan, devam edecek birleşme sözleşmesinde ayrıca, hakkını kullanamayan ortaklar ile ilgili hüküm de kararlaştırılabilecektir⁴⁷.

Ayrılma akçesini talep eden pay sahiplerinin, bildirimini ne zaman ve ne şekilde yapacağı konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda, şirketten ayrılma akçesi almak suretiyle ayrılmak için bu durumun devralan şirkete bildirilmesi gerekmektedir⁴⁸. Doktrinde Türk Ticaret Kanunu'na göre de bildirim şirkete ve yazılı şekilde yapılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁹.

F. SÜRESİ

Ayrılma hakkının ne kadar süre içinde kullanılacağı karşılaştırmalı hukukta farklı şekillerde düzenlenmiştir⁵⁰. Örneğin Alman hukukunda yer alan düzenlemeye göre, ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılma talebinin birleşme kararının tescilinden itibaren yazılı şekilde yapılması gerekmektedir⁵¹.

Hakkın kullanılacağı süre konusunda bir düzenleme olmaması sebebiyle konunun İsviçre doktrininde tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu konuda bir görüş, talebin ilgili kararın alınmasından sonra yapılması gerektiği, bir diğer görüş ise, sürenin, ilgilinin bu konuda bilgi sahibi olması ile başlayacağı yönündedir⁵². İsviçre hukukundaki düzenleme (FusG 16/1) birleşmeyle ilgili GK toplantı gündeminin sahiplerinin bilgisine 30 gün önceden sunulması yönünde olduğundan hak sahiplerinin bu sürede ayrılma talebinde bulunması mümkün olacaktır.

Seçim hakkının hangi tarihten itibaren kullanılacağı da tespit edilmesi gereken başka bir konu olarak durmaktadır. Öğretide savunulan ilk görüş, seçim hakkının birleşme kararından önce ve inceleme hakkının kullanılmasından sonra başlayabileceği yönündedir. Buna göre, ortaklar inceleme hakkını kullandıktan sonra seçim haklarını ne yönde kullanılacaklarına karar verebilecektir. Bu görüş uyarınca birleşme kararından önce de sonra da seçim hakkının kullanılabilirliği savunulmaktadır⁵³. İkinci görüş, seçim hakkının birleşme kararının ilanından sonra

⁴⁷ İpek Kayalı, *Birleşmeler*, s. 260.

⁴⁸ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 194.

⁴⁹ Özdoğan, 737 ve 753.

⁵⁰ Develi, "Ayrılma Akçesi", s. 452.

⁵¹ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 149. Türk hukuku bakımından ayrılma akçesinin muacceliyeti konusunda bkz. Nihal Koşer, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Birleşmede Ayrılma Akçesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9/34 (Nisan 2018), s. 384. Muacceliyet konusunda daha kapsamlı bir inceleme için bkz. Topaloğlu, Mustafa / Özer, Işık, Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi, *Terazi*, Cilt: 14, Sayı:158, Ekim 2019, s. 1955-1967.

⁵² Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 149.

⁵³ Coştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 284.

iki ay içinde kullanılması gerektiği⁵⁴, bir başka görüş ise, TTK 149'a dayanarak, ortakların inceleme hakkını beklemeden şirket yetkili kurulunda gerekli bilgileri edinip seçim hakkını kullanmalarının isabetli olacağı yönündedir⁵⁵.

SONUÇ

Şirket birleşmelerinde pay sahipliğinin devamı kural olmakla birlikte kanunda buna istisna oluşturan bir kurum olarak ayrılma akçesi düzenlenmiştir. Birleşmede kural olarak devralan şirket, devredilen şirketteki payları elde edecek değerinde pay ve haklar üzerinde talep imkanına sahip olmakta, böylece, devrolunan şirketteki her bir ortağın eski şirketteki payının değeri karşılanmakta ve bu pay sahipleri sahip oldukları eski payların verdiğine eşit haklara sahip olmaktadır.

Birleşmede ayrılma hakkı, bir başka açıdan, birleşmeye katılmak istemeyen veya çeşitli nedenlerle şirketteki ahengi bozma ihtimali olan azınlığın, paylarının gerçek değerini alarak birleşmeye katılmadan ve şirketin kazanacağı seviyeyi zarara uğratmadan şirketten ayrılmalarını mümkün kılmaktadır.

Pay sahiplerinin ayrılma hakkı ve ayrılma akçesi talep imkânı onlara tanınan bir yenilik doğurucu" haktır. Hükmün gerekçesinde ayrılma akçesinin "sermayenin iadesi şeklinde olmaması" gerektiği şeklindeki ifadeler öğretilmekte ve gerçek sermayenin, nominal sermayeye eşit veya bundan düşük olması durumunda ayrılma akçesinin sermayenin iadesi şeklinde olabileceği savunulmaktadır.

Birleşmede çıkarma hakkının sadece devredilen şirket ortakları için tanınmış olması, birleşme ile oluşacak sinerjinin özellikle devralan şirket bünyesinde sağlanmasının amaçlandığını göstermektedir.

Ayrılma akçesi talep hakkı, devredilen şirket ortaklarına tanınmış bir haktır. Seçim hakkı tek taraflı bir bildirimle kullanılmakta, bildirim devralan şirkete ulaştıkça hüküm doğurmakta ve kararın kesinliği karşı tarafa ulaştıkça oluşmaktadır.

Ayrılma akçesi için belirlenecek değer, elde edilecek şirket paylarının gerçek değeri olması gerekmektedir⁵⁶. Devralan şirketteki pay sahiplerinin pay ve ortaklık hakları bakımından değişiklik söz konusu değildir. Bu durumun istisnası yeni kuruluş yoluyla birleşmede söz konusudur. Bu birleşme türünde birleşmeye katılanların tamamı devrolunan şirket olarak kabul edildiğinden ayrılma hakkının bütün ortaklara tanınması gerektiği savunulabilir.

TTK 141/1 hükmünün gerekçesinde yer alan "birleşmeyi kendi menfaatlerine gören devredilen şirketin ortaklarını zorla devralan şirkette tutmak doğru değildir" ifadesi, ayrılma hakkının sadece birleşmeye onay vermeyen hak sahiplerine tanınması gerektiğini çağırırsa da, bu hakka devredilen şirketin her bir ortağı sahiptir.

⁵⁴ Sönmez, *Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, s. 150.

⁵⁵ İpek Kayalı, *Birleşmeler*, s. 259.

⁵⁶ Gerçek değer konusunda bkz. Özdamar, Emine, "Ayrılma Akçesinin Hesaplanması Bakımından Gerçek Değer Kavramı", *Ankara Hacıbayramı Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/3 (2023), s. 141-168.

Ayrılma hakkının her ortak tarafından kullanılabilmesi, devredilen Şirketin tđm ortaklarının seçimlik ayrılma hakkını kullanmak istemeleri halinde birleşmenin akıbetinin ne olacağı sorusunu gđndeme getirmektedir. Kanaatimizce kanunda bu konuda bir dđzenleme olmasa da bu sayı veya orana bakımından bir sınır getirilmelidir.

Ayrılma akęesinin gđndeme gelebilmesi için birleşme sđzleŐmesinde yer alması gerekmektedir. Ayrılma akęesini talep eden pay sahipleri, Şirkete bu isteklerini bildirmelidir. Bu bildirim, hakkı talep eden için bir yasal başvuru niteliği taşıyacaktır

Ayrılma akęesinin “Şirket paylarının geręek değerine denk” olması gerekmekte, bu ifade ile, devralan Şirketin payları anlaşılmaktadır. Ayrılma akęesinin hesaplanmasında temel alınacak husus “iktisap olunacak Şirket paylarının geręek değeri” olacaktır. Geręek değerin hesaplanmasında birleşme sonucu sona eren Şirketin değeri değil, yaşayan Şirketin değeri baz alınacaktır.

Payın geręek değeri, Şirket varlıkları ve kârlılık durumu gibi Şirketin finansal verilerine ilişkin birtakım unsurlar gđz 6nđnde bulundurularak hesaplanan pay değeridir. Finans 6ęretisinde pay geręek değerin belirlenmesi konusunda ęeŐitli y6ntemler dile getirilmekle birlikte kanaatimizce her duruma uygulanacak bir tek y6ntem yerine somut olayın 6zelliklerine bakılarak bir belirleme yapılması daha uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbilek, Nevzat. Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009. (Kısaltma: Pay Sahibinin Korunması)
- Al Kılıç, Şengül. Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi. İstanbul: Beta, 2009.
- Bakırcı, Sadiye Sıla. "Şirketler Hukukunda Birleşme İşlemleri Sebebiyle Ayrılma Akçesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.
- Bora, Sevda. "Şirket Birleşmeleri ve Birleşme Sözleşmelerinde Ortaklıktan Çıkarma". Terazi Hukuk Dergisi. 11/124 (2016): s. 37-50.
- Coştan, Hülya. Anonim Ortaklıkların Birleşme Bölünme Tür Değişirme Yoluyla Yenden Yapılandırılmasında Alacaklılarının Korunması. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007. (Kısaltma: Alacaklıların Korunması).
- Develi, Bilge. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 27/1-2 (2013): s. 443-489. (Kısaltma: "Ayrılma Akçesi")
- Göktürk, Kürşat. "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 27/1-2 (2013): s. 631-662.
- İmregün, Oğuz. Kolektif Komandit Ortaklıklar ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar. İstanbul: Yasa Yayınları, 1989. (Kısaltma: Ortaklıklar)
- İpekeli Kayalı, Ferna. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014. (Kısaltma: Birleşmeler)
- Kendigelen, Abuzer. Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler. İstanbul: Oniki Levha, 2011.
- Koşer, Nihal. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Birleşmede Ayrılma Akçesi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 9/34 (Nisan 2018): s. 367-385.
- Manavgat, Çağlar. Aleni Pay Alım Teklifi. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1997. (Kısaltma: Pay Sahibinin Korunması)
- Moroğlu, Erdoğan. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler. 7.Baskı, İstanbul: Oniki Levha 2012. (Kısaltma: Pay Sahibinin Korunması)
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012. (Kısaltma: Pay Sahibinin Korunması)
- Okutan Nilsson, Gül. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku. İstanbul: Oniki Levha, 2009. (Kısaltma: Pay Sahibinin Korunması)
- Özatan, Yurdal. Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası). İstanbul: Oniki Levha, 2014. (Kısaltma: Denkleştirme Davası)
- Özdamar, Emine. "Ayrılma Akçesinin Hesaplanması Bakımından Gerçek Değer Kavramı". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 27/3 (2023): s. 141-168.
- Öztürk Almaç, Tuğçe. "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Ortaklık Haklarının Devamlılığı İlkesi". Konya Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya 2018.
- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. Ortaklıklar Hukuku C. 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Adalet 2017. (Kısaltma: Genel Esaslar)
- Sönmez, Yusuf Ziya. Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı. İstanbul: Beta 2009. (Kısaltma: Ortaklıktan Ayrılma Hakkı)

- Sulu, Muhammed. “Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler”. İstanbul Hukuk Mecmuası. 80/1 (2022): s. 213-248.
- Şimşek, Yağmur. “6102 Sayılı TTK Hükümleri Uyarınca Birleşme Prosedürü ve Sonuçları”. Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul 2022.
- Tekinalp, Ünal. “Birleşmelerde Ayrılma Akçesi”. REGASTA. 2/1 (2012): s. 21-29. (Kısaltma: “Ayrılma Akçesi”)
- Tekinalp, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Türk, Hikmet Sami. Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1986.
- Tütüncü, Muharrem. Hâkim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze Out) -TTK md. 208. İstanbul, 2017. (Kısaltma: Squeeze Out)
- Yasaman, Hamdi. Anonim Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1987.

EXTENDED SUMMARY

THE OPT-OUT FUND IN JOINT STOCK COMPANY MERGERS

Hayri Bozgeyik, Prof.

Ankara Yıldırım Beyazıt University, hbozgeyik@aybu.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-9974-7459>

Sule Isın, RA.

Ankara Yıldırım Beyazıt University, suleisin@aybu.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-7422-6278>

Although continuity of shareholdings is generally the norm in mergers, our legal system provides for an opt-out fund as an exception to this rule. In a merger, the acquiring company usually has the right to demand shares and rights at a value equal to the value of the shares in the transferred company. This ensures that the value of each shareholder's shares in the transferred company in the old company is covered and these shareholders have rights equal to the rights conferred by the old shares they hold.

In another aspect, the right to opt out in a merger allows minority shareholders who do not wish to participate in the merger or who, for various reasons, are likely to disturb the harmony in the company, to leave the company by receiving the real value of their shares without participating in the merger and without damaging the level that the company will reach.

The right of shareholders to withdraw and demand a separation fund is a fundamental right granted to them. The doctrine in the preamble to the provision criticises the statement that the opt-out fund should not be in the form of a return of capital. It argues that the opt-out fund can be in the form of a return of capital if the actual capital is equal to or less than the nominal capital.

The recognition of the right to demand an opt-out fund solely for the shareholders of the transferred company suggests that it aims to protect the synergies resulting from the merger, particularly within the transferee company.

The right to request an opt-out fund is exclusively granted to the shareholders of the transferred company. The right to exercise is granted through a unilateral notification. This notification takes effect upon receipt by the acquiring company and becomes final upon receipt by the other party.

The value of the opt-out fund must be determined based on the actual value of the shares to be acquired. There will be no alteration to the share and partnership rights of the shareholders of the acquiring company, except in the case of a merger by formation of a new company. In this type of merger, the opt-out right should be granted to all shareholders since all parties to the merger are considered the acquiring company.

The statement in the preamble to TTK 141/1 suggests that the opt-out right should be granted only to the holders of rights who do not approve the merger. However, every shareholder of the transferred company has this right.

The possibility for any shareholder to exercise the opt-out right raises the question of what would happen to the merger if all shareholders of the acquiring company wish to exercise their optional opt-out right. In our opinion, although there is no legal regulation on this issue, a limit should be set in terms of the number or ratio of shareholders who can claim the opt-out fund.

To claim the opt-out fund, it must be included in the merger agreement. Shareholders requesting the opt-out fund must notify the company, which constitutes a legal demand.

The opt-out fund must be equivalent to the real value of the shares of the acquiring company. The calculation of the opt-out fund must be based on the real value of the shares to be acquired. The calculation of the real value is based on the value of the surviving company rather than the value of the company being dissolved due to the merger.

The intrinsic value of the shares is calculated by taking into account certain factors related to the financial data of the company, such as its assets and profitability status. Although there are various methods in financial doctrine for determining the intrinsic value of a share, it is more appropriate to decide based on the characteristics of the specific case rather than applying a single method to all cases.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ÜST DÜZEY YÖNETİCİLERİN SÖZLEŞMESEL REKABET YASAĞINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR VE GÖREVLİ MAHKEME

DISPUTES ARISING FROM THE NON-COMPETE AGREEMENT BETWEEN EQUITY COMPANIES AND SENIOUR MANAGERS AND COMPETENT COURT

Dr. Öğr. Üyesi Nevin Meral*

Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu Erzurumlu Işık*

ÖZ

Şirketler hukukunda, kurul organ niteliğindeki yönetim kurulu, müdürler kurulu veya organ sıfatını haiz yöneticiler ile anonim veya limited şirket arasında, organik bir bağ bulunmaktadır. Ancak bireysel üye ile sermaye şirketi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği noktasında öğretide uzun zamandır süregelen bir tartışma bulunmaktadır. Sermaye şirketi ile üst düzey yöneticileri arasında var olan ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, daha sonra aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti açısından oldukça önemlidir. Üst düzey yönetici kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamıştır ve öğretide de bu husus oldukça tartışmalıdır. Üst düzey yöneticilerin, başta yönetim veya müdürler kurulu üyeleri olmak üzere, genel olarak kendisine yönetim veya temsil yetkisinin devredildiği yöneticilerden oluştuğu söylenebilir. Söz konusu üst düzey yöneticilere ilişkin getirilen kanuni rekabet yasakları, şüphesiz sadece o pozisyonu işgal ettikleri süre için geçerli olacaktır. Ancak görev süresinin sonra ermesinden itibaren etkili olacak şekilde bir rekabet yasağı sözleşmesi veya rekabet yasağı kaydı taraflar arasında düzenlenebilir. Bu sözleşmesel rekabet yasağının ihlâl edilmesi sonucunda doğacak bir uyuşmazlığın niteliği ve hangi mahkemede davanın açılması gerektiği belirsizdir. Bu çalışmada, öncelikle üst düzey yönetici ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve bu kişilerin aralarında akdettikleri rekabet yasağı sözleşmelerinde uygulanacak hükümler tespit edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra ise söz konusu uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda görevli mahkeme belirlenecektir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Limited Şirket, Müdür, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Üst Düzey Yönetici, Görevli Mahkeme.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-6205-2680 n.meral@aybu.edu.tr

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0003-1359-2378 n.erzurumlu.isik@aybu.edu.tr

Bu makalenin konusu, 25 Ekim 2021 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "IV. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

In Turkish company law, there exists an organic relationship between the board of directors and managers, along with all other executive managers who are transferred the authority to manage and represent the company. However, there exists a longstanding debate in the literature over the legal nature of this relationship between the individual manager and equity companies. Determining the legal nature of this relationship becomes very important as to the determination of applicable rules to possible conflict among them. The concept of senior manager is not defined in the Turkish Commercial Code no. 6102 (TCC) and is also having been debated in the literature. It can be said that the senior managers consist of members of board of directors and managers as well as all managers to whom executive and management authority have been granted and transferred in accordance with law. Non-competition provisions regulated in codes are undoubtedly valid only during the period that managers occupy those positions in the companies. Nevertheless, parties can conclude non-compete agreement or determine a non-competition clause in their main and underlying contract, effective after the termination of the underlying contract. In case of a dispute arising out of the violation of this contractual competition prohibition, the legal nature of this dispute remains unclear along with the competent court that this dispute should be heard before. In our opinion, this dispute does not constitute to a commercial case since it is based on mixed contracts; not on art. 444 et seq. of the Turkish Code of Obligations no. 6098 (TCoO). As a result, even if this dispute should be heard by main civil courts de lege lata, main commercial courts should be competent to hear this dispute de lege ferenda. In this study, the legal nature of the relationship between the senior managers and the equity companies and the legal provisions applicable to non-compete agreements between them will be examined. Following this, the competent court will be determined accordingly, depending on the disputed arising out of these agreements.

Keywords: Joint Stock Company, Limited Company (Limited Liability Company), Managers, Non-Compete Agreement, Senior Manager, Competent Court.

GİRİŞ

Şirketler hukukunda, anonim ve limited şirketlerde yönetim organı ile şirket arasında organik bir bağın olduğu oybirliği ile kabul edilirken organı oluşturan yöneticilerle şirket arasındaki hukukî ilişkinin niteliği uzun zamandır öğretilerde tartışılmıştır. Şüphesiz üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasındaki ilişkinin bu organik bağdan öte kendine has sözleşmesel bir yapısı bulunmaktadır. Sermaye şirketinin genel kurulunun kararı ile yapılan önerinin, yönetici veya müdür tarafından kabul edilmesiyle birlikte şirketle üst düzey yönetici veya müdür arasında bir sözleşmenin kurulduğu açıktır. Bu sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretilerde hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi veya isimsiz sözleşme şeklinde farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretilerde çoğunlukla savunulan ve Yargıtay tarafından benimsenen görüş, şirket ve üst düzey yöneticisi arasındaki ilişkinin, aksi kararlaştırılmamışsa hukukî niteliği itibariyle bir vekâlet ilişkisi olduğudur. Ancak bu konuda Yargıtay uygulaması gerek zamansal gerekse daireler arasındaki kararlar açısından farklılık göstermektedir. Bunun da ötesinde doğrudan üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan bir yargı kararına da rastlanmamıştır.

Taraflar arasındaki bu sözleşme, daha ayrıntılı bir inceleme yapıldığında, özellikleri itibariyle kanunda düzenlenen hiçbir tip sözleşmeye tam olarak uymamakta ve kanunda düzenlenmiş bazı sözleşme türlerine ait unsurları kanunda öngörülmemiş şekillerde bir araya getirmektedir. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında söz konusu sözleşmenin, isimsiz sözleşmelerden karışık muhtevalı akit olduğu savunulmaktadır. Aradaki bu temel sözleşmeye bağlı olarak ancak bu temel ilişkiden ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalanabilir veya taraflar aralarındaki bu temel ilişkide rekabet etmeme yasağı öngörebilirler. Rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin kanunda hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle uyumsuzluk doğması hâlinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesi, davanın ticarî dava olup olmayacağı ile görevli mahkemenin belirlenmesi hususları açısından büyük önemi haizdir.

Bu çalışmamızda öncelikle üst düzey yönetici kavramının anlamı belirlenecek ve üst düzey yönetici ile şirket arasındaki ilişkinin hukukî niteliği ayrıntılı bir şekilde araştırılacaktır. Bu kapsamda, öğretilerde ileri sürülen tüm görüşler ele alındıktan sonra bu çalışmada savunulan karma sözleşme görüşü açıklanacaktır. Sonrasında bu temel ilişkiye bağlı olarak kararlaştırılabilecek rekabet yasakları incelenecektir. Taraflarca temel ilişkiye yönelik sözleşmeye rekabet etmeme kaydı konulabileceği gibi ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi de yapılabilir. Kararlaştırılacak rekabet yasağının sınırları ve unsurları da çalışma kapsamında ayrıntılı şekilde incelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde sözleşmesel rekabet yasağının üst düzey yöneticiler tarafından sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra ihlâl edilmesi hâlinde doğacak uyumsuzlukların ticarî uyumsuzluğa vücut verip vermeyeceği; bu uyumsuzluklarda açılacak davanın niteliği, görevli mahkeme ve izlenecek usûl ele alınacaktır. Son olarak da bu çalışma kapsamında yapılan araştırmalardan elde edilen bulgular, sonuç bölümünde özetlenecektir.

I. ÜST DÜZEY YÖNETİCİLERLE ŞİRKET ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. ÜST DÜZEY YÖNETİCİ KAVRAMI

Türk Hukukunda anonim ve limited şirket ile yönetim kurulu ve müdürler kurulunun arasında¹ TMK m. 49 anlamında tüzel kişi-kurul organ ilişkisinin olduğu ve TMK m. 50 uyarınca şirketin iradesinin, şirket organı olarak yönetim organı tarafından açıklanacağı düzenlenmektedir. Bir şirketin bu durumda kurul-organı olarak yönetim kurulu veya müdürler kurulunun, şirket tüzel kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olduğu ve şirketin iradesinin bu kurullar aracılığıyla kendini göstereceği tartışmasızdır.² Öğretide, bir tüzel kişinin sınırlı sayıda organının olmadığı ve uygulamada bu organların tespitine yönelik maddi bazı kriterlerin de kullanılabilceği belirtilmektedir. Buna göre, şirketin dar anlamda organı, yönetim kurulu gibi kanunda veya şirket sözleşmesinde açıkça öngörülen ve çeşitli işlevleri yerine getiren şekli kurullar veya kimseler iken (şekli organ); geniş anlamda organı ise bu şekli organların yanı sıra tüzel kişinin karar alma yetkisini haiz olan veya iradesini açıklayan ve kararlarını uygulayan kişilerdir (maddi veya işlevsel organ).³ Fiili organlar, öğretide zaman zaman organ görevlisi veya yardımcıları olarak da adlandırılmalarına karşın, esasen maddi anlamda organ sıfatını taşımaktadırlar.⁴

¹ Bu çalışmada bu aşamadan sonra, anonim ve limited şirketler için kısaca şirket kavramı; anonim şirketteki yönetim kurulu üyeleri ile yönetim veya temsil yetkisi kanuna uygun bir şekilde kendisine devredilmekle birlikte organ sıfatını taşıyan tüm yöneticiler ve temsilciler ile limited şirketlerdeki müdürler kurulu üyeleri ile yönetim veya temsil yetkisi kanuna uygun bir şekilde kendisine devredilen ve organ sıfatını taşıyan tüm yöneticiler ve temsilciler için üst düzey yönetici kavramı kullanılacaktır.

² Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Baskı, İstanbul: Vedat 2010, s. 34; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, Arıkan 2005, s. 296, par. 521-521a; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, 3. Baskı, Ankara: Adalet 2018, s. 1199, par. 142; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul: Vedat 2010, s. 141, (Anılış: Sorumluluk); Ayşegül Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan MÜHF-HAD (Özel Sayı), (2006), s. 366; Özge Karaege, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliliğine Seçilme Koşulları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI/3 (2012), s. 70; nitekim organ, şirket tüzel kişiliğinin “*tutan eli, yürüyen bacakları, konuşan ağızıdır*”, bkz. Cafer Eminoğlu, Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı, 2. Baskı, Ankara: Adalet 2023, s. 108. Alman hukukunda limited şirketlerde müdürlerle şirket arasındaki organik bağın kurulduğuna yönelik açık bir düzenleme yer almasa da § 6 GmbHG uyarınca ön şirket aşamasında limited şirketin dış dünyadaki faaliyetlerini yürütecek bir organının olması gerektiği yorumu çıkarılmaktadır, bkz. Elif Melis Ertaş, Alman ve Türk Şirketler Hukukuna Göre, İsviçre Hukukundan Karşılaştırmalı Notlarla, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, Ankara: Seçkin 2018, s. 3.

³ Eminoğlu, Fiili Yönetim Organı, s. 81-82; Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 34-35; Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 145; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Vedat 2015, s. 213-214, par. 11-02; Özge Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara: Adalet 2013, s. 4-5; Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 370; Kübra Doğan Yenisey, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliliği ve İş Sözleşmesi”, İÜHF Prof. Dr. Feyzi Şahlanan’a Armağan, 74 (2016), s. 316; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha 2016, s. 116, par. 357-359; bu doğrultuda bkz. TTK m. 371/5.

⁴ Eminoğlu, Fiili Yönetim Organı, s. 83; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 116, par. 357 vd.; Doğan Yenisey, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliliği ve İş Sözleşmesi”, s. 313, 315; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 69; ancak soyut olan organın, tüzel kişi karşısında hak ve yükümlülüklerin süjesi olmayacağına; bu hak ve yükümlülüklerin ancak organ görevlisinin sahip olabileceğine ilişkin karşı görüş için bkz. Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 37. Yazara göre,

Şirketler hukuku anlamında üst düzey yönetici kavramının belirlenmesi gerekir; ancak kavram, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Türk hukukunda başka düzenlemelerde, üst düzey yönetici kavramı tanımlanmış olmasına rağmen bu hükümlerdeki üst düzey yönetici tanımlarının, şirketler hukukundaki anlamından uzak olduğu görülmektedir.⁵ Yine de üst düzey yönetici kavramının kapsamı belirlenirken, şüphesiz mevzuattaki diğer düzenlemelerden yararlanılabilir. Diğer yandan, TTK m. 375/1-a'da ve TTK m. 625/1-a'da şirketin üst düzey yönetimiyle, anonim şirketlerde yönetim kurulunun, limited şirketlerde müdürler kurulunun münhasıran yetkili ve yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Buradaki üst düzey yönetim, şirketin günlük yönetiminden ziyade, şirket sözleşmesinde belirlenen amaca ulaşmak, daha çok kâr elde etmek gibi hususlarda stratejik planlama yapılmasına, önemli yatırım kararlarının verilmesine ve şirkette karar alıcı mekanizmaların başındaki kilit personelin belirlenmesine, atanmasına, denetlenmesine ve gözetimine ilişkindir.⁶ Nitekim bu yönde bir ifade, madde gerekçesinde “...genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi

ancak organ görevlileri ile şirket arasında bir hukuki ilişki mevcuttur ve bu da hizmet veya vekâlet sözleşmesidir. Anonim şirketlere ilişkin fiili organ kavramı hakkındaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. Eminoğlu, Fiili Yönetim Organı, s. 138 vd. Yazar, fiili organdan bahsedebilmek için bazı şartlar aramaktadır. Buna göre, (a) şekli yönetim organına özgü işlem ve davranışta bulunulması, (b) şirketin iradesinin oluşmasında önemli ölçüde etkili olunması, (c) şirket iradesinin aktarılması, (ç) organ sorumluluğu bakımından zararı önleyebilme kudretine sahip olunması gerekir, bkz. Eminoğlu, Fiili Yönetim Organı, s. 138-149.

⁵ Üst düzey yönetici, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamasına rağmen, Türk hukukunda farklı düzenlemelerde kavramsal olarak kullanılmıştır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca “Bakanlıklarda ve diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir.” Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik (RG, 01.11.2006, S 26333) 3/1-ğ maddesinde üst yönetimin, banka yönetim kurulu ile üst düzey yönetimini ifade ettiği belirtildikten sonra aynı Yönetmeliğin 3/1-g maddesi uyarınca üst düzey yönetimin, “Banka genel müdür ve genel müdür yardımcılarını, iç sistemler kapsamındaki birimlerin yöneticileri ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, danışmanlık birimleri dışındaki birimlerin, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticilerini” ifade ettiği belirtilmiştir. Diğer taraftan Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG, 28.08.2012, S 28395) 3/1-f maddesi uyarınca üst düzey yönetici, “Şirketin yönetim kurulu üyeleri dışında şirketin faaliyetlerini doğrudan veya dolaylı olarak planlama, yönetme ve kontrol etme yetkisi ve sorumluluğu verilen kişileri” ifade etmektedir. Seri: V, No: 68 sayılı Aracı Kurumlarda Uygulanacak İç Denetim Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ 3. maddesi uyarınca üst düzey yönetim ile, “Aracı kurum genel müdür ve genel müdür yardımcılarını ile birim yöneticileri” kastedilmektedir. Karayolu Taşıma Yönetmeliği (RG, 08.01.2018, S 30295) 4/1-ttt hükmü uyarınca üst düzey yönetici, “Bu Yönetmelik kapsamında faaliyet gösteren bir gerçek veya tüzel kişiliği temsil ve ilzam ederek ve/veya bu kişilerin faaliyetlerini fiilen sevk ve idare ederek sürekli ve etkin bir şekilde yöneten sahip, temsile yetkili ortak veya istihdam edilen kişileri” ifade eder. Son olarak da Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlilik Eğitimi Yönetmeliği'nin (RG, 03.09.2004, S 25572) 4. maddesi uyarınca Karayolu Taşıma Yönetmeliği kapsamında “faaliyet gösteren bir gerçek veya tüzel kişiliği temsil ve ilzam ederek ve/veya bunların tamamını fiilen sevk ve idare ederek sürekli ve etkin bir şekilde yöneten yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi, genel müdür, genel koordinatör, genel sekreter ve benzeri konumundaki veya bu unvanlarla istihdam edilen kişileri” ifade ettiği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, şirket yönetim kurulu üyelerinin, üst düzey yönetici kavramına dahil olduğu tartışmasız kabul edilmesi gerektiğine göre, bu gibi hükümlerde verilen tanımların, şirketler hukuku açısından yol gösterici nitelikte olmadığı açıktır, aynı yönde bkz. İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Ankara: BTHAE 2013, s. 543-544.

⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 243, par. 12-38 ve 246, par. 12-45; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul: Vedat 2013, s. 332, par. 522a; Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 541. Şirketin üst düzeyde yönetimi kavramına esasen işletme stratejisi ve şirket imajı kavramlarının dahil olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1286, par. 8. Üst düzey yönetim kavramının içerdiği hususlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1287-1288, par. 10-13. Yine de üst düzey yönetici kavramının işletme biliminin tartışma alanına girdiğine ilişkin bkz. Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 542.

politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağını belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespiti...” şeklinde ifade edilmiştir.

Üst düzey yönetici kavramının tespitine yönelik olarak öğretilerde iki temel ölçüt önerilmektedir: görevin önemi ve şirketin tamamının temsili.⁷ Bir yöneticinin kendisine tevdi edilen görevin öneminden kasıt, üst düzey yöneticilerin, şirketin tamamını ilgilendiren veya şirketin geleceği açısından önem arz eden işlemlerle meşgul olmasıdır.⁸ Şüphesiz şirket yönetiminin organizasyonu içerisinde günlük işlerin icrasına ilişkin bir görev dağılımı söz konusu olabilecektir. Nitekim şirketin günlük işlerinin yapılmasına ilişkin kararlar, yönetim yetkisinin devri kapsamında olmayan ve dolayısıyla üst düzey yönetimle ilgisi bulunmayan kararlardır.⁹ Üst düzey yönetici kavramının esas belirleyici noktasının önemli nitelikte kabul edilebilecek mali ve idari işlemlerle meşguliyet olduğu yerleşik yargı içtihatlarından da anlaşılabilir.¹⁰ Diğer taraftan üst düzey yöneticinin, şirketin tamamını temsil etmesi, açıkça anlaşılacağı gibi, şirketin tamamına ilişkin işlemleri yapma yetkisini haiz olmasıdır ve bu yetkisi, onu bankaların şube müdürleri gibi yetkililerden ayırmaktadır.¹¹ Nitekim yönetim işlevinin organsal devri TTK m. 367 ve TTK m. 629/3'e, şirketi temsil yetkisinin murahhas üye veya müdüre devri TTK m. 370 ile TTK m. 629/1 hükümlerine tabidir.¹² Bu hükümlere uygun olarak yapılan devir, ilgili alanda yönetim kurulu üyelerinin yetki ve sorumluluğunu ortadan kaldırır; yalnızca, yönetim ve müdürler kurulunun TTK m. 375/1-e hükmü ile TTK m. 625/1-d uyarınca devredilmez görev ve yetkilerinden biri olan üst gözetim bu hâlde de devam eder.¹³

Üst düzey yönetici kavramının kapsamına, sermaye şirketlerinde yönetim ve müdürler kurulunun üyelerinin girip girmediği incelenmelidir. Türk hukukunda yönetim kurulunun organ sıfatı öğretide oybirliği ile kabul edilirken, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı açısından tartışma bulunmaktadır. Öğretilerde, bazı yazarlar yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatının bulunduğunu savunurken,¹⁴ başka bir grup yazar ise organ görevlisi olduğunu¹⁵ düşünmektedir. Bunun yanı sıra murahhas üyelerin organ sıfatına sahip olduğu öğretide baskın olarak

⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 246, par. 12-45.

⁸ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 246, par. 12-45.

⁹ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 541 ve 593; Necla Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, AÜHF, 57/1 (2008), s. 9. Yönetim kurulunun icra mercii gibi hareket eden yöneticiler, şirketin günlük işleriyle ilgili olarak genellikle yönetim kurulu tarafından tayin edilirler. Bu kimseler hangi şekilde tayin edilirse edilsinler, müdürler ile şirket arasında bir hizmet sözleşmesi olduğu görüşü gerek öğretide gerekse Yargıtay kararlarında kabul görmüştür, Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, s. 20-21; örnek içtihat için bkz. Yargıtay 10 HD, 5035/5090, 09.09.1974.

¹⁰ Bu hususta özellikle “*şirketin mali ve idari konularında tek başına emir ve tasarruf yetkisine sahip özel şekilde kendisine yetki verilen kişi*”nin üst düzey yönetici olduğuna ilişkin bkz. Yargıtay 21. HD, 2018/1794 E., 2019/648 K., 06.02.2019 ve Yargıtay 10. HD, 2020/286 E., 2022/4777 K., 31.03.2022.

¹¹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 246, par. 12-45.

¹² Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 592.

¹³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s. 346-347, par. 536; Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, s. 10.

¹⁴ Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: Beta, 2002, s. 29 vd.

¹⁵ Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 39.

kabul edilmektedir.¹⁶ TTK m. 375/1-d ve TTK m. 625/1/d uyarınca yönetim veya temsil yetkisinin devri söz konusu olduğunda, bu yetkilerin devredildiği kişiler, münhasıran yönetim kurulu veya şirket sözleşmesinde hüküm bulunması koşuluyla müdürler kurulu tarafından belirlenmektedir. Bu yetkilerin kendisine devredildiği murahhaslar¹⁷ veya aynı işleve sahip diğer kimseler, organ sıfatını ve dolayısıyla üst düzey yönetici sıfatını da kazanmaktadır.¹⁸ Ancak aynı işleve sahip kimselerin ‘müdür’ olarak adlandırılması, onların üst düzey yönetici olduğu anlamına gelmemektedir.¹⁹ Görevlerinin işlevsel olarak karşılığına bakılmasında fayda vardır.

Şirketin yönetim şeması içerisinde, TTK m. 368 uyarınca anonim şirketlerde yönetim kurulu ticari mümessil veya ticari vekiller atayabilir; ayrıca TTK m. 371/7 uyarınca da temsil yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları, sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını atayabilir. İç yönerge ile ticari vekilin ve diğer tacir yardımcılarının görev ve yetkileri belirlenebilir; ancak bu kimseler iç yönergeyle atanamaz. TTK m. 631 uyarınca limited şirketlerde şirket sözleşmesinde düzenlenmişse, ticari vekil ve temsilci gibi yöneticileri atama yetkisi, müdürler kurulundadır. Ayrıca atanan bu kimseler, uygulamada müdür olarak adlandırılrsa dahi, üst düzey yönetici sayılmazlar. Nitekim TTK m. 631/2 uyarınca limited şirkette üst düzey yönetici sıfatına sahip olmayan ve dolayısıyla TTK m. 623’ün kapsamına girmeyen ticari temsilci ve vekilin her zaman müdürler tarafından görevden alınabileceği düzenlenmiştir. Yine limited şirketlerde TTK m. 629’un yollaması ile anonim şirkete ilişkin TTK m. 367 ve 371 hükümleri, yönetim ve temsil yetkilerinin devrinde uygulanmakta ve müdürler de bu yetkileri kanuna uygun olarak başka yöneticilere devredebilmektedir.²⁰

Sonuç olarak, üst düzey yönetici kavramı Türk Ticaret Kanunu’nda tanımlanmamış, buna karşın kanunda başka benzer kavramlara yer verilmiştir. Tüm hükümler birlikte değerlendirildiğinde, üst düzey yöneticilerin, başta yönetim ve müdürler kurulu üyeleri olmak üzere, genel olarak kendisine yönetim veya temsil yetkisinin kanuna uygun şekilde devredildiği tüm yöneticilerden oluştuğu söylenebilir.

¹⁶ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 159.

¹⁷ Murahhaslar veya murahhas üyeler, TTK m. 367 ve 370 hükümleri uyarınca yönetim veya temsil yetkisi kendisine kanuna uygun şekilde devredilmiş olan yönetim kurulu üyeleridir, bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1254, par. 282.

¹⁸ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 246, par. 12-45; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 593 ve 629; Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 372. 6762 sayılı TTK döneminde murahhaslar ve icra organı müdürler şeklinde yaptığı ayrımında, Akdağ Güney, müdürlerin yetkilerinin, murahhas olarak kabul edilen ve temsil veya yönetim yetkisi kendisine hukuka uygun şekilde devredilen üst düzey yöneticilere nazaran oldukça sınırlı olduğunu belirtmektedir, Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, s. 11-13.

¹⁹ Anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından TTK m. 375/1-d’ye göre şirket organizasyonunda şirketin işlerini yürütmek için atanan icra elemanlarına müdür denilmektedir, bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1254, par. 283. Müdürlerin şirkete hizmet akdiyle bağlı ve aslen ticari temsilci mahiyetinde olduklarına ilişkin bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1560 vd., par. 446 vd. ile 1574, par. 458. Diğer taraftan TTK m. 370’e göre yönetim kurulu tarafından şirketi temsil yetkisini haiz olmak üzere atanan ve bu anlamda yönetim kurulunun temsil yetkisinin devri ile organ sıfatını kazanan kişilere de murahhas müdür denilmektedir, bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1573, par. 455-458. Murahhas müdür, eğer ki yönetim kurulu üyesi ise, bu durumda kendisine murahhas üye denilmektedir.

²⁰ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II. 13. Baskı. İstanbul: Vedat 2017, s. 507, par. 1719e ve 516, par. 1726.

B. İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

a. Genel Olarak

Yukarıda bir anonim şirket veya limited şirket açısından, yönetim organı olarak sırasıyla yönetim kurulu ve müdürler kurulunun, organ sıfatını haiz olduğu belirtilmişti. Buna paralel olarak öğretide şirket ve yönetimle yetkili kurul arasındaki bağ organik bağ olduğu kabul edilmektedir; ancak bireysel olarak gerçek veya tüzel kişi üye ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği noktasında hiçbir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak yönetim organına üye kişiler, tüzel kişilik gibi soyut bir kavram olan bu organın dış dünyadaki görünüm şekillerini oluştururlar.²¹ Yine de sermaye şirketlerindeki yönetim organı ile bu organa üye kişiler arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde uzun zamandır süregelen bir tartışma bulunmaktadır. Söz konusu ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, daha sonra şirketle üst düzey yönetici arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti açısından oldukça önemlidir.²²

Türk hukukunda genel olarak yöneticilerle şirket arasındaki ilişkinin, şirket tarafından yapılan öneri ve bir kimse tarafından bu önerinin açık veya örtülü kabulü üzerine kurulan sözleşmeye dayalı bir ilişki olduğu kabul edilmektedir.²³ Söz konusu sözleşmenin niteliği, hüküm ve şartları, şirket sözleşmesi veya münhasıran yöneticileri seçme yetkisi olan genel kurulun kararında belirlenmişse, sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu şirketler hukukunda da şüphesiz bu kurallar uygulanır.²⁴ Ancak böyle bir belirlemenin yapılmadığı, yalnızca yöneticinin (TTK m. 334'te olduğu gibi) başka bir şekilde atandığı ve özellikle Türk Ticaret Kanunu'nda hakkında hüküm bulunmayan durumlarda, yöneticinin hangi hükümlere tâbi olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

²¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 311, par. 543; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1199, par. 142.

²² Akdağ Güney, "Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları", s. 14; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 453. Aradaki bu ilişkinin nitelendirilmesi için tarafların üstlendikleri ve ilişkiye tipini kazandıran asli edim yükümlülüklerine bakılması gerekir, Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara: BTHAE 2013, s. 187.

²³ Aynı yönde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 311, par. 543; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1200, par. 143; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 276, para .12-112; Akdağ Güney, "Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları", s. 13; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 453; Sezgin, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 367; Hasan Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", Erciyes Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 8/1 (2013), s. 248; Karaege, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliliğine Seçilme Koşulları", s. 71; Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, s. 9; İbrahim Kaplan, "6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Düzey Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu", AÜHFHD, 65/4 (2016), s. 3502; Sami Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", Legal Hukuk Dergisi, 17/200 (2019), s. 3420; Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliliği ve İş Sözleşmesi", s. 317; Gökmen Gündoğdu ve Hasan Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", İÜHFHD, 65/2 (2007), s. 257.

²⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 311, par. 543; Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 101.

Şirketler hukuku anlamında, yönetim kurulu, müdürler kurulu veya organ sıfatını haiz yöneticiler ile sermaye şirketi arasında öncelikle organik bir bağ bulunmaktadır.²⁵ Aynı durum, yönetim veya temsil yetkisinin kanuna uygun olarak devredildiği hâllerde, bu yetkilerin kendisine devredildiği kişilerin organ sıfatını iktisap etmelerinde de söz konusu olur. Bu organik bağ dışında, yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz ancak tek başına organ olmayan yönetici ile şirket arasında ve yönetim veya temsil yetkisi kendisine usulüne uygun şekilde devredildiği için organ sıfatını haiz yönetici ile şirket arasında da bir ilişki mevcuttur. Burada bahsedilen her iki ilişki birbirinden ve organik ilişkiden farklı²⁶ ve önemlidir. Nitekim üst düzey yönetici açısından burada madalyonun iki yüzü olduğundan söz edilebilir: organik bağ, şirketin dış dünyada bir uzantısı olmaktan ileri gelir ve özellikle şirketin üçüncü kişiler karşısındaki konumuna ilişkindir; ancak sözleşmesel bağ, şirketin kendi içinde, yöneticisi ile arasındaki özel ve hukuki bir sebebe dayanan ilişkiden kaynaklanır.

Üst düzey yöneticinin, şirket için bir işgörmesi söz konusu olduğundan, şirket ile pay sahibi veya ortak sıfatını taşıyan yöneticisi ile bu sıfatı taşımayan yöneticisi arasında var olan sözleşmesel ilişkinin niteliğine yönelik olarak öğretide, hizmet sözleşmesi²⁷, vekâlet sözleşmesi²⁸ veya isimsiz sözleşme²⁹ şeklinde üç farklı görüş savunulmuştur. Aşağıda ayrıntılarının

²⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 213, par. 11-01; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s. 352, par. 543; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1199, par. 142; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 453; Kayırgan, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 248; Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 365, 365-366; Karaege, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, s. 72; Kaplan, “6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Düzey Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu”, s. 3502; Gündoğdu ve Kaplan, “Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu”, s. 256.

²⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 276, par. 12-112; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1192-1193, par. 137-138; Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, s. 17; Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 371-372; Karaege, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, s. 71; Gündoğdu ve Kaplan, “Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu”, s. 256; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 70; karşı. Doğan Yenisey, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi”, s. 320. Aradaki ilişkinin şirketler ve sözleşmeler hukukunun bileşenlerini içinde barındıran tek bir organik bağdan ibaret olduğu; ancak bu durumun, şirket ile yönetici arasında bir işgörme sözleşmesi bulunmasını gerektirmediği gibi buna engel de teşkil etmeyeceği öğretide ifade edilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi”, s. 320 ve 324. İsviçre hukukunda da bu ilişkilerin farklı olduğuna yönelik olarak bkz. Arthur Meier-Hayoz ve Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern: Stämpfli 2012, s. 545, par. 458.

²⁷ Gündoğdu ve Kaplan, “Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu”, s. 258.

²⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 311, par. 543 ve 312, par. 544; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1200, par. 143; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s. 352, par. 543; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 455-456; Kaplan, “6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Düzey Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu”, s. 3503; Asena Beyza Cengiz, “Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi 2019, s. 64; Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, s. 10.

²⁹ Özellikle İsviçre hukukunda savunulan bu görüş için bkz. Meier-Hayoz ve Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, s. 545, par. 458; Türk hukukunda bkz. Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 104. Türk Borçlar Kanunu’nun özel borç ilişkileri kısmında veya özel bir kanunda düzenlenmemiş olan ve tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde akdettiği sözleşmelere isimsiz sözleşme

incelendiği bu görüşlerin, pratikte bir karşılığının olmadığı öğretide savunulmakta ve yöneticiyle şirket arasındaki organik bağın ve sözleşmesel bağın bütününe yönelik olarak *sui generis* sözleşme gibi kavramların kullanıldığı da görülmektedir.³⁰ Bu sözleşmesel ilişkinin belirlenmesinde temel alınması gereken ölçüt taraf iradeleri olmakla birlikte sözleşmenin esaslı unsurlarının tespit edilmesi, nitelenmesi açısından gereklidir.³¹ Ancak, özellikle sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kuralların belirlenmesi bakımından sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekir.

b. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Türk Ticaret Kanunu'nda üst düzey yönetici ile şirket arasındaki ilişkinin niteliğine ilişkin hüküm bulunmamasıyla beraber, Türk hukuk öğretisindeki baskın görüş uyarınca, şirket ve üst düzey yöneticisi arasındaki ilişki, aksi kararlaştırılmamışsa, hukukî niteliği itibarıyla bir vekâlet ilişkisidir.³² Yargıtay uygulaması da öğretide savunulan bu baskın görüşe paraleldir.³³ TBK m. 502 uyarınca vekâlet sözleşmesi, “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya*

denir; karma sözleşmeler ve kendine özgü sözleşmeler olmak üzere en temel iki türü bulunmaktadır, bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*. 21. Baskı. Ankara: Yetkin 2017, s. 207; Fahrettin Aral ve Hasan Ayranıcı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 9. Baskı. Ankara: Yetkin 2012, s. 50 ve 52.

³⁰ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 458.

³¹ Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 372.

³² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, s. 311, par. 543 ve 312, par. 544; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 1200, par. 143; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 352, par. 543; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 455-456; özellikle arada imzalanmış bir sözleşmenin bulunmaması halinde bu görüşün savunulması gerektiğine ilişkin bkz. Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, Vedat 2016, s. 175-176; Kaplan, “6102 Sayılı YTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Düzey Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu”, s. 3503; Cengiz, “Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, s. 64; Ayan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, s. 10.

³³ Bu hususta Yargıtay, “*Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği karşılaştırmalı hukukta tartışılmalı olmakla beraber, Alman hukukunda sözleşme şartlarına göre, vekâlet veya hizmet akdi olarak nitelendirilmekle birlikte, daha çok, hizmet akdi olduğu yönündedir. Fransız hukukunda da, bu ilişkinin bir vekâlet akdi olduğu kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ise, vekâlet hakkındaki hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir (Mimaroğlu, S. Kemal: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s.100). Türk öğretisinde de, bu ilişkinin vekâlet akdi olduğu görüşü ... Yargıtay, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir hizmet akdi bulunmadığını, en azından şirket genel müdürü iken, yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdi ilişkisinin sona erdiğini kabul etmiştir (H.G.K.'nun 5.2.2003 gün ve 2003/9-82 E.-65 K. sayılı ilamı). Genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK.320 ve TTK. 336.maddelerine göre belirlenir. Şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir vekâlet akdi ilişkisi bulunduğundan, üyelerin şirkete karşı vekil gibi sorumlu olmaları doğaldır. Ayrıca TTK. 320.madde sorumluluğu yanında aynı Kanunun 336.maddesinde sayılan hallerde şirket yönetim kurulu üyeleri gerek şirkete, gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsil sorumlulukları vardır. Yine şirket yönetim kurulu üyeleri hakkında, anonim şirketler yönetim kurulu üyeleri gibi dava açılabilmesinin ön koşulu TTK.'nun 341.maddesi uyarınca şirket genel kurulunun karar alması şartına bağlanmıştır (H.G.K.'nun 7.11.2001 gün ve 2001/13-1026 E.-765 K. sayılı ilamı)...” şeklinde karar vermiştir, bkz Yargıtay HGK, 9-328/370, 07.07.2010, www.legalbank.net. Özellikle yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin açıkça vekâlet ilişkisi olduğuna yönelik olarak Yargıtay “*İlke olarak Banka Yönetim Kurulu Üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkisi vekâlet akdine dayanmaktadır.*” şeklinde karar vermiştir, bkz. Yargıtay HGK, 9-82/65, 05.02.2003, www.hukuki.net. Söz konusu karar uyarınca limited şirket ile müdürler kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin de vekâlet ilişkisi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Diğer taraftan banka genel müdürü iken anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilen kimsenin hizmet ilişkisinin de sona ermiş olduğunu kabul ettiğine; dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğuna yönelik olarak bkz. Yargıtay 9 HD, 24493/39002, 24.10.2011, www.lexpera.com.tr; Yargıtay HGK, 13-1026/765, 07.11.2001, www.legalbank.net; Yargıtay 11 HD, 3367/9955, 27.10.2003, www.lexpera.com.tr; Yargıtay 11 HD, 11123/11988, 17.11.2009, www.lexpera.com.tr.*

işlemine yapmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, üst düzey yöneticiler, genel kurulun seçim kararı ile yapmış olduğu öneriyi, görevi üstlenerek kabul etmiş olur. Bu şekilde üst düzey yöneticiler, şirketle arasında kurulan sözleşme ilişkisi çerçevesinde, şirket için bir yöneticilik vazifesi üstlenirler. İşte bu sözleşmede ilişkinin niteliğine ilişkin bir belirleme yapılabileceği gibi, herhangi bir hüküm bulunmaması halinde, aradaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu kabul edilir. Buna göre, vekil sıfatına sahip bir üst düzey yönetici, şirkete karşı, vekalet ilişkisindeki vekilin özen borcuna uygun şekilde davranmakla yükümlüdür.

Vekalet sözleşmesinin unsurlarına göre şirketle üst düzey yönetici arasındaki ilişki incelendiğinde, TBK m. 502’de yer alan tanıma göre vekalet sözleşmesinin kanunî şartlarında ücret unsuru bulunmamaktadır, ancak uygulamada çoğunlukla vekilin ücret alacağıın sözleşme ile kararlaştırıldığı görülmektedir.³⁴ Üst düzey yönetici ve şirket arasındaki ilişkide belirleyici olan unsurun, ücret unsuru olmadığı açıkça görülmektedir,³⁵ ancak bu durumda, bağımlılık unsurundan yararlanılabilir.³⁶ Vekil, müvekkilin talimatlarıyla bağlı olsa da onun iş organizasyonundan bağımsız olarak görevini icra eder. Ancak bu ilişkiye uygun düşen diğer bir işgörme sözleşmesi türü olan hizmet sözleşmesinde, işçi, işverenin emir ve talimatlarıyla bağlı, onun denetimi ve gözetimi altında işi yürütmekle görevlidir.³⁷ Bağımlılık açısından yönetim kurulu üyesinin, işçiden ziyade, daha çok vekil gibi hareket ettiği, yönetim kurulunun organ olması sebebiyle üyenin somut işvereni temsil ettiği ve bu sonucun TBK m. 502/2 ile de uyumlu olduğu kabul edilmektedir.³⁸ Nitekim TBK m. 502/2 uyarınca “*vekalete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine*” de uygulanacağından, öğretilerdeki baskın görüş uyarınca, vekalet sözleşmesinin burada işaret edilen temel işgörme sözleşmesi olma veya vekalet hükümlerinin tali uygulanma özelliği gereği, işgörmeye dayalı sözleşmelerde isimsiz sözleşmeye yer olmadığı savunulsa da,³⁹ bu hüküm, işgörme alanında isimsiz sözleşmelerin kurulmasını engellemez.⁴⁰ Yine de kanunda

³⁴ Alman hukukunda özellikle ücretin belirlendiği hâllerde yöneticilerle şirket arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğu; vekalet sözleşmesinde bu unsurun bulunamayacağı vurgulanmaktadır, Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 24. Alman hukukunda iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında yapılan ayırım doğrultusunda, limited şirket müdürünün bir ücret alması söz konusuysa, şirketle müdür arasındaki ilişkinin niteliğinin, § 675 BGB uyarınca bir işgörme sözleşmesi olduğu; ancak hizmeti karşılığında bir ücret almıyorsa, § 662 BGB uyarınca vekalet sözleşmesi olabileceği öğretilerde belirtilmiştir. Ancak § 675 BGB hükmünün açık olması karşısında, müdürün hizmetine ilişkin bir karşılık öngörülmüş olsa da aradaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi olduğu kabul edilmelidir, Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 6.

³⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 276, par. 12-112. Özellikle TTK m. 367’ye uygun yapılan yönetim yetkisinin devri sonucunda yetki kendisine devredilen üst düzey yöneticilerle şirket arasında bir hizmet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmektedir, Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 597.

³⁶ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 455; Gündoğdu ve Kaplan, “Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu”, s. 260.

³⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku- Özel Hükümler. 4. Baskı. Ankara: Yetkin 2017, s. 718.

³⁸ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 456; yönetim kurulu üyelerinin somut işveren kabul edilmesi, cezai sorumluluğun da kendilerine ait olmasını gerektirir, Doğan Yenisey, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi”, s. 321.

³⁹ Bu yönde ayrıca bkz. Kocabıyık, “Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar”, s. 3429; Gündoğdu ve Kaplan, “Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu”, s. 261.

⁴⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 714-715; Aral ve Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 393.

düzenlenmeyen veya taraflarca açıkça aksi kararlaştırılmadığı sürece, taraflar arasında akdedilen isimsiz işgörme sözleşmeleri, vekâlet hükümlerine tabi olacaktır.

Aradaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğunu savunanlar, ayrıca TBK m. 630'daki adi şirkete ilişkin hükümden yararlanmaktadır.⁴¹ Bu görüşe göre özellikle TTK m. 126'nın atfıyla TBK m. 630'un uygulanması yerindedir. TBK m. 630 uyarınca şirket sözleşmesinde veya ilgili hükümlerde aksine hüküm bulunmadıkça, adi şirkette yönetici ortaklarla diğer ortaklar arasındaki ilişkilere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Sonuç olarak Türk hukukunda öğretide ve yargı kararlarında şirketle üst düzey yönetici arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmiştir. Yönetici ile sermaye şirketi arasındaki ilişki, öğretide vekâlet ilişkisi olarak nitelense dahi, tipik bir vekâlet ilişkisi olmadığından, bu sözleşme tipinin hükümleri doğrudan söz konusu ilişkiye uygulanamaz.⁴² Vekâlet sözleşmesinin hükümleri, somut ilişkinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, somut sözleşme hükümlerinden sonra uygulama alanı bulacaktır; ancak kanunda hüküm bulunmayan hâllerde bir boşluk olduğundan söz edilir ve kıyas yoluna başvurulması gerekir.⁴³ Dolayısıyla özellikle üst düzey yönetici ile şirket arasındaki sözleşme gibi hakkında kanunda hüküm bulunmayan işgörme sözleşmelerine de vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilecektir.

c. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Üst düzey yöneticilerle şirket arasındaki ilişkinin belirli işlere hasredilmiş olması ve işin süreklilik arz etmesi sebebiyle bu ilişkinin hukuki niteliğinin, hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu da öğretide savunulmaktadır.⁴⁴ Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393/1'de "*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmaktadır. Kanuni tanımdan yola çıkarak, hizmet sözleşmesinin asli unsurları, bağımlılık, işgörme ve ücret olarak belirlenebilir. Üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasında yapılacak sözleşmede ücretin asli unsur olarak yer almaması, bu ilişkiyi her halde hizmet ilişkisi olarak nitelemenin önünde engeldir.⁴⁵ Ancak TBK m. 393'te belirtilen şartları taşıyorsa, Alman hukukundaki baskın görüşe⁴⁶ paralel

⁴¹ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 279-280.

⁴² Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", s. 3423.

⁴³ Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", s. 3430.

⁴⁴ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 280; Gündoğdu ve Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", s. 258.

⁴⁵ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 103; Gündoğdu ve Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", s. 258 ve 260.

⁴⁶ Alman hukukundaki, hizmet ve iş sözleşmesi ayırımından ötürü buradaki ilişkinin doğrudan iş sözleşmesi (*arbeitsvertrag*) olarak adlandırıldığı görülmektedir, anonim şirket yöneticileri için bkz. Barbara Grünwald, Gesellschaftsrecht, 9.Aufl., Beck 2014, s. 261, par. 55; Rolf Steding, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. Baden: Nomos 1997, s. 217, par. 384 ve limited şirket müdürleri için bkz. Grünwald, Gesellschaftsrecht, s. 362, par. 61; Steding, Gesellschaftsrecht, s. 245, par. 443; dolayısıyla bu işgörme sözleşmesine (*geschäftsbesorgungsvertrag*) § 675 BGB hükmü uygulanmalıdır. Ancak diğer taraftan Alman hukukunda, sermaye şirketlerinde üst düzey yöneticilerin işçi kabul edilmelerine ve işçilerin korunmasına hizmet eden mevzuatın ne zaman üst düzey yöneticilere de

olarak Türk hukukunda da hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir.⁴⁷ Özellikle üst düzey yöneticinin, banka genel müdürlüğü gibi şirketin idari bir biriminin de başında olması halinde aralarında ayrıca bir hizmet sözleşmesi de bulunabilir.⁴⁸

Hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsuru, bu sözleşmeyi vekâlet sözleşmesinden ayırmaktadır.⁴⁹ Her ne kadar vekâlet sözleşmesinde de vekilin müvekkiline bağlı olması söz konusu olsa da oradaki bağımlılık unsuru, iş sözleşmesindeki gibi yoğun değildir.⁵⁰ Bu görüşe uygun olarak, TTK m. 364/2 uyarınca görevden alınan üyenin sahip olduğu tazminat hakkı, aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliğinden kaynaklanmaktadır.⁵¹ Ayrıca yöneticinin işi bizzat yürütmesi zorunluluğu⁵² da TBK m. 395'e uygundur. Ayrıca bir yöneticinin, Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen prosedür takip edilerek temsil veya yönetim yetkisinin kendisine devri sonucunda kazandığı organ sıfatına sahip olmamasının, o yöneticinin de işçi sayılması sonucunu doğurduğu da belirtilmektedir.⁵³

İş Kanunu (İşK) m. 2/1⁵⁴ uyarınca, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerle tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar, işveren olarak kabul edilmektedir. Ayrıca işgörmeye borcunun ifasının istenmesi ile işçiye emir ve talimat verilmesi yetkisinin tek bir kişide ya da işverende toplanmasının her zaman gerekmediği kabul edilmektedir.⁵⁵ İş hukukundaki soyut ve somut işveren ayırımından yola çıkarak,⁵⁶ sermaye şirketlerinde işgörmeye borcunun ifasının istenmesi noktasında şirketin soyut işveren; emir ve talimatların verilmesi noktasında da yönetim kurulu

uygulanacağına belirsizliğine yönelik bkz. Gregor Thüsing, "Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur", NZG, 1 (2004), s. 9. Türk hukuku için bkz. Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 24; Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 281.

⁴⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s. 352, par. 543. İlişkinin ayrıca gerçekte hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 276, par. 12-112; üst düzey tüm yöneticilerin işçi sıfatına sahip olduğuna ve buna dair bir tartışmanın bulunmadığına dair bkz. Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 322.

⁴⁸ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 105; ancak yine de üst düzey yöneticinin, şirketle arasında işçi-işveren ilişkisinde yer alan bağımlılık unsurunun burada bulunması söz konusu olamayacağından, ilişkinin saf bir hizmet sözleşmesi olması mümkün değildir, bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1200, par. 143.

⁴⁹ Sezgin, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 373; Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 250; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 71.

⁵⁰ Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 72.

⁵¹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 276, par. 12-112; İbrahim Çağrı Zengin, "Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme - 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", İÜHF, LXXV/2 (2017), s. 799; ancak bu tazminat hakkının tek başına ilişkiyi hizmet sözleşmesine dayandırmaya yetmeyeceği ve tazminatın dayanağının, esasen kanun hükmü olduğu görüşü için bkz. Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 177.

⁵² İsviçre hukukunda da yöneticinin bu yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmaktadır, bkz. Meier-Hayoz ve Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, s. 545, par. 461.

⁵³ Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 316-317.

⁵⁴ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134

⁵⁵ Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 248; Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 322; Gündoğdu ve Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", s. 261.

⁵⁶ İş hukukunda yapılan bu ayırımın, bir yasal dayanağı olmadığına yönelik olarak bkz. Gündoğdu ve Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", s. 264.

veya müdürler kurulunun somut işveren olarak yetkili olması söz konusudur.⁵⁷ Hatta öğretilerde, iş sözleşmesi devam ederken bir üst düzey yöneticinin yönetim veya müdürler kuruluna seçilmesinin, iş sözleşmesinin sona ermesini gerektirmediği, iki ilişkinin kaderinin birbirinden bağımsız olduğu ve dolayısıyla iki ilişkinin de paralel olarak varlığını sürdürebileceği savunulmuştur.⁵⁸ Aradaki ilişkinin hizmet ilişkisi olduğuna yönelik nitelendirmenin yapılması halinde üye, İşK'nda işçiler için öngörülen imkanlardan yararlanma fırsatı bulabilecektir. Bu durumda ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatlarına hak kazanabilme, şirketin iflası halinde veya hacizde sıra cetveli yapılmasında bu alacaklarının birinci sırada yer alması imkânı ve şirketle arasında çıkacak uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olması düşünülebilir. Hatta halihazırda uygulamada yöneticilerin emekliliklerinde faydalanabilmeleri açısından kendileri lehine işçi sıfatında sigorta girişi yapılabilmektedir ve bu durumun dahi tek başına aradaki ilişkinin niteliğine ilişkin yol gösterici olduğu düşünülebilir. Ancak kanaatimizce böyle bir uygulamanın tek başına, üst düzey yönetici ile şirket arasında halihazırda konumunu yansıtan bir sözleşme bulunmadığı durumlarda, ilişkinin mahiyetini belirlemede tek başına yeterli olduğunu söylemek yanlıştır. Özellikle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 88/20 hükmü gereği şirketteki işçilerin prim borcunun ödenmemesi halinde üst düzey yöneticilerin de müteselsilen sorumlu tutulması bu görüşümüzü desteklemektedir. Dolayısıyla üst düzey yöneticiler açısından uygulamada kendilerine işçi sıfatının verilmesi, sigorta girişlerinin işçi olarak yapılması gibi unsurlar değil yetkilerinin niteliği ve sorumlulukları göz önüne alınmalıdır.⁵⁹

Bu görüşün karşıtları, üyenin üçüncü kişi değil de şirketin organı (kişi-organ), yani hukuken şirketin kendisi olması dolayısıyla şirketle arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunamayacağını ileri sürmektedir.⁶⁰ Ancak yönetim kurulu veya müdürler kurulunda bulunan her üyenin bireysel olarak, özellikle kendisine yönetim veya temsil yetkisinin devredilmediği hallerde şirketin organı olduğunu söylemek kanaatimizce yerinde değildir. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun⁶¹ m. 2/1-e ve 2/2 uyarınca işçi sendikaları ve işveren şirket arasında yapılacak toplu iş sözleşmeleri görüşmelerine katılacak yönetim kurulu üyelerinin işveren sayılacağına ilişkin

⁵⁷ Sezgin, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 372; Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 249; Gündoğdu ve Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", s. 261; Canan Ünal Adınır, İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha 2023, s. 50. Diğer taraftan öğreti, işveren konumundaki şirket tüzel kişiliğinin bir organı olarak yönetim veya müdürler kurulu üyelerinin, emir ve talimat verme yetkisini haiz olması sebebiyle somut işveren olduklarına yönelik görüş için bkz. Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", s. 3432. Temsil yetkisine sahip kişilerin şirkette ayrıca pay sahibi veya ortak olmaları halinde (murahhaslar), somut işveren sıfatı daha da belirginleşmektedir, bkz. Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", s. 3433. Benzer şekilde bkz. Yargıtay HGK, 2016/926 E, 2019/1087 K, 17.10.2019 (Lexpera).

⁵⁸ Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 322-323; Meier-Hayoz ve Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, s. 545, par. 460; Grünwald, Gesellschaftsrecht, s. 262, par. 56.

⁵⁹ Bu nitelikler için bkz. yuk. 1, A.

⁶⁰ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 454; Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 250-251; görüşler için ayrıca bkz. Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 176-177; bu doğrultuda somut işveren sıfatı ile işçi sıfatının bağdaşmayacağına yönelik olarak bkz. Ünal Adınır, İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler, s. 49.

⁶¹ Bkz. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/28460.

öğretide ifade edilen görüşe⁶² katılmamaktayız. Nitekim şirket temsilen bu görüşmelere katılan yöneticilerin, şirketler hukuku anlamında temsil yetkisi kendisine devredilen ve tek başına dahi olsa organ sıfatını haiz bir üst düzey yönetici olması gerekmektedir. Yine de söz konusu düzenleme, şirket temsilen katılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması hali ile sınırlandırılmıştır.⁶³ Kaldı ki iş hukuku açısından da işveren şirket adına, şirket temsilen bir yöneticinin, işçi sıfatına engel olmaksızın işveren vekili olabileceği İşK m. 2/4 ve 2/5'e uygun olarak kabul edilmiştir.⁶⁴

Organ sıfatını haiz olması sebebiyle aslen şirketin iç yönetiminde bağımsız hareket eden yönetici ile şirket arasında, organik bağdan ötürü, işçi ile işveren arasında var olan bağımlılık unsurunun bulunmadığı öğretilde savunulmuştur.⁶⁵ Bu noktada, yönetim ve temsil yetkisinin kanuna uygun devredildiği varsayımında, her iki yetki arasında bağımlılık unsuru açısından bir ayırım yapılmıştır. Temsil yetkisini haiz ve organ sıfatına sahip murahhasların, iş sözleşmesi ile çalışmasının mümkün olabileceği; ancak bağımlılık unsurunun kendisini, şirketin iç ilişkilerindeki organizasyonunda göstermesi sebebiyle, yönetim yetkisini haiz murahhasların işçi sıfatına sahip olamayacağı vurgulanmıştır.⁶⁶ Yönetim veya müdürler kurulunun vazgeçilmez ve devredilmez yetki ve görevleri arasında yer alan şirketin üst düzeyde yönetimi ve gözetimi yükümlülüğü, yalnızca kurul organına verilen bir yetkidir. Dolayısıyla organ sıfatını haiz bir yöneticinin, yönetim kurulunun talimatlarına da uyması kendisinden beklenebilecektir. Ancak şirketin günlük işlerinin yürütülmesi, stratejik olmayan bazı kararların alınması gibi hususlarda organ sıfatını haiz yöneticinin bağımsız karar alma ve takdir yetkisini kullanması söz konusudur.⁶⁷ Dolayısıyla temsil yetkisi kendisine devredilen temsilcilerin yanı sıra, kanaatimizce yönetim yetkisi kendisine devredilen yöneticilerin de hizmet ilişkisindeki bağımlılık unsurunun yokluğu sebebiyle, işçi sayılmayacakları açıktır.

ç. İsimli Sözleşme Olduğu Görüşü

Sermaye şirketleri ile üst düzey yöneticileri arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlerken, öğretilde savunulan diğer bir görüş uyarınca sadece vekâlet veya sadece hizmet sözleşmesi hükümlerini göz önüne almak yanıltıcı olabilecektir. Bu yönde İsviçre hukukunda vekâlet ve hizmet sözleşmesinin unsurlarını ve özelliklerini içinde barındıran bu durumu ifade etmek

⁶² Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 250.

⁶³ Ünal Adınır, İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler, s. 40-41.

⁶⁴ Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", s. 3417. İşveren vekilinin, bir işletmenin bütününe yönetmesi halinde, kendisinin işveren sayılacağı; işletmenin bir kısmını yönetmesi halinde ise işçi sayılacağı ve bu yorumun Sendikalar Kanunu 2/6 ve 2/7 maddeleriyle uyumlu olduğuna yönelik görüş için bkz. Gündoğdu ve Kaplan, "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu", s. 255.

⁶⁵ Kocabıyık, "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar", s. 3421; Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 319. Nitekim tüzel kişinin organlarının işlem ve eylemlerinden ötürü, tüzel kişi doğrudan sorumlu iken (Eminoğlu, Fiili Yönetim Organı, s. 78), tüzel kişi ile arasında bağımlılık ilişkisinin bulunduğu kişiler yardımcı kişilerdir, ki bu kimselerin haksız fiillerinden tüzel kişi, istihdam eden sıfatıyla sorumlu olur, bkz. Sezgin, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 370; Kayırgan, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", s. 250.

⁶⁶ Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 326 ve 329; Ünal Adınır, İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler, s. 53-54.

⁶⁷ Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", s. 313, 330.

üzere 'kendine özgü isimsiz bir özel hukuk sözleşmesi (*zivilrechtlicher Innominatvertrag sui generis*)' ifadesi kullanılmaktadır.⁶⁸ Ancak İsviçre hukukunda ileri sürülen bu görüşün ötesinde, yönetici ile şirket arasında şirketler hukuku ve borçlar hukuku karakterli bir ilişkinin var olduğu görüşü sonradan savunulmaya başlanmıştır.⁶⁹ Karma akit niteliğindeki bu sözleşmede, organik bağın ve sözleşmesel bağın eş zamanlı uygulama alanı bulabilmesi ve bu ilişkinin çok yönlü olması dolayısıyla birden fazla kuruma ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olabilecektir.⁷⁰

İsimsiz sözleşme görüşüne göre aradaki ilişkiye TTK başta olmak üzere herhangi bir kanunda yer alan emredici hükümlerin uygulanması, burada bir hükmün bulunmaması halinde ise sözleşme hükümlerinin ve son olarak da vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir.⁷¹ Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, aradaki ilişkiyi doğrudan Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bir sözleşme tipine uydurma ihtiyacı ortadan kalkabilir. Nitekim TTK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesi⁷² gereği, yönetim kuruluna ilişkin konularda da ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse, esas sözleşmede farklı bir düzenleme ile kanundaki hükümden sapılabilecektir. Buna göre yönetim kuruluna ilişkin hükümler incelendiğinde, bir kısım hükümlerin emredici nitelikte olduğu, bir kısım hükümlerin aksinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile kararlaştırılabileceği ve bir kısım hükümlerin de ancak esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle kabul edilebileceği öngörülmüştür. Genel olarak sermaye şirketlerine ilişkin hususlarda sözleşme özgürlüğü prensibinin, yerini emredici hükümler ilkesine bıraktığı görülmektedir.⁷³

d. Görüşümüz

Yönetim kurulu üyeleri, müdürler kurulu üyeleri, organ sıfatını haiz murahhas müdürler ve murahhas üyeler gibi üst düzey yöneticilerle anonim veya limited şirket arasında organik bir bağın yanı sıra sözleşmesel bir ilişkinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Organik ilişkinin kanunen belirlendiği düşünüldüğünde, şirket ve üst düzey yönetici arasındaki organ ilişkisine kanun hükümlerinin uygulanması noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Diğer taraftan üst düzey yönetici ile şirket arasında var olan sözleşmesel ilişkinin hukukî mahiyeti hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Taraflar, sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince, hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi aralarındaki ilişkinin mahiyetini serbestçe kararlaştırma hakkını haizdir.⁷⁴ Somut olayda taraflar, iradeleri doğrultusunda aralarında ne tür bir sözleşme kararlaştırdıysa, şüphesiz emredici hükümlerden sonra, öncelikle o sözleşme

⁶⁸ Meier-Hayoz ve Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, s. 545, par. 458.

⁶⁹ Benzer görüşte bkz. Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 283-284.

⁷⁰ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 104.

⁷¹ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 104.

⁷² TTK m. 340 uyarınca, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi halinde sapabilmektedir. Dolayısıyla anonim ve limited şirketler hukukunda, sözleşme özgürlüğü ilkesine yerine, emredici hükümler ilkesi benimsenmektedir. Bu ilkeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", MÜHF HAD, 18/12 (2012), s. 311 vd.

⁷³ Özellikle şirket ve yönetim kurulu arasındaki ilişki çoğunlukla emredici hükümlerle belirlenmektedir, Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 172.

⁷⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 866; Aral ve Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 50-51; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1200, par. 143.

hükümlerinin, sonrasında da karşılaştırılan sözleşme türüne uygun düştüğü ölçüde genel ve özel hükümlerin uygulanması gerekir. Bu yönde bir belirlemenin yapılmamış olması hâlinde⁷⁵ ise aradaki ilişkinin hukukî niteliğini belirlemek oldukça zordur. Esasen sorun, tarafların arasında ya sözleşmenin doğrudan bulunmaması ya da bu sözleşmenin nitelendirilmesinin taraflarca yapılmamış olduğu hâllerde doğmaktadır.

Üst düzey yönetici ile şirket arasındaki ilişki, şirketler hukuku ile borçlar hukukuna bakan çok yönlü ve karmaşık niteliği itibarıyla doğrudan kanunda düzenlenen bir sözleşmeye uymaz.⁷⁶ Taraflar arasında var olan sözleşme, özellikleri itibarıyla kanunda düzenlenen hiçbir tip sözleşmeye uymadığından, kanaatimizce isimsiz bir sözleşmedir. Kanunda düzenlenmiş bazı sözleşme türlerine ait olmakla birlikte, o sözleşmelerin unsurlarının kanunda öngörülme şekillerinde bir araya getirilmesinden dolayı ortaya çıkan sözleşmenin, isimsiz sözleşme türlerinden karma nitelikte bir sözleşme olduğu söylenebilir.⁷⁷ Bu karma sözleşmeye ya da öğretide kullanıldığı şekliyle, karışık muhtevalı akde, hangi hükümlerin uygulanacağını da belirlenmesi gerekir. Somut olayda sözleşmede hüküm bulunması hâlinde, şüphesiz bu hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak sözleşmede hüküm bulunmaması hâlinde, aradaki ilişkiye, öğretilerde savunulan baskın görüş doğrultusunda, somut sözleşmeye esas karakterini veren ve kanunda o sözleşme tipine ilişkin düzenlenen hükümler kıyasen uygulanabilir.⁷⁸ Sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde üst düzey yönetici ile şirket arasındaki ilişkide, sözleşmenin yorumlanması için emredici hükümlerden sonra, ilişkinin karakteristik özelliklerine uygun düştüğü ölçüde gerek borçlar hukukuna gerekse şirketler hukukuna başvurulmalıdır.⁷⁹ Çalışma konumuz açısından bakıldığında, üst düzey yönetici ile şirket arasındaki ilişkiye somut sözleşmede uygulanabilecek hüküm bulunmaması hâlinde, aradaki ilişkiye esas karakterini veren vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

A. SÖZLEŞME İLE REKABET YASAĞININ KARŞILAŞTIRILMASI

Üst düzey yöneticilerin tabi oldukları kanuni rekabet yasakları, onların konumlarına bağlı olduğundan, görev süresinin sona ermesi ile kanuni rekabet yasakları da sona ermektedir.⁸⁰ Bu anlamda anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396; komandit şirkette komandite ortakların rekabet yasağını düzenleyen TTK m.

⁷⁵ Uygulamada anonim şirketlerin yönetim kurulu üleriyle aralarında var olan sözleşmelerde bu belirlemenin pek yapılmadığına ilişkin bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1200, par. 143.

⁷⁶ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 105.

⁷⁷ İsimli sözleşmeler, uygulamada sıklıkla başvurulmaları ve dolayısıyla görülmeleri hâlinde, artık tipikleşmiş isimsiz sözleşme olarak adlandırılabilirler, Eren, Özel Hükümler, s. 867. Nitekim sermaye şirketi ile üst düzey yöneticisi arasında yapılan sözleşme de buna örnek olarak gösterilebilir.

⁷⁸ Söz konusu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. II, 2-b.

⁷⁹ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 106; Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, s. 11; bu yönde bkz. Yargıtay HGK, 9-82/65, 05.02.2003.

⁸⁰ Yaşar Can Göksoy, "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", DEÜHFD (Özel Sayı), 9 (2007), s. 659; Cengiz, "Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", s. 73; Gökhan Aktepe, "Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2017, s. 105 ve 115; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 89.

572; limite şirkette müdürlerin görev süresi boyunca uymaları gereken rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 626/2; haricen acentelerin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 123 hükümleri de zikredilebilir.⁸¹ Ancak sermaye şirketlerinde üst düzey yöneticilerle şirket arasındaki sadakat borcu, aralarındaki organik bağ sona ermiş olsa dahi, bir süre daha devam eder.⁸² Yine de bu sadakat yükümlülüğünün, rekabet yasağı boyutunda olmadığı açıktır. Bu kapsamda, görev süresi sona eren üst düzey yönetici ile şirket arasında, yöneticinin şirketteki önceki görevi ve konumu sebebi ile öğrenmiş olduğu şirket sırları, faaliyetleri ve hesaplarını, görev süresi sona erdikten sonra da koruması gerekir.⁸³ Bu doğrultuda, görev süresi sona eren yöneticinin, şirket ile rekabet etmesinin önüne geçilmek üzere rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir.⁸⁴

Rekabet yasağı sözleşmesi, işgörme sözleşmesi kapsamında ve bu sözleşme nedeniyle var olan sadakat yükümlülüğünün devamı mahiyetinde, bir kimsenin, başka bir kimse nezdinde sahip olduğu konum, sıfat veya nüfuz sebebi ile edindiği hassas bilgileri, görev süresi veya işgörme sözleşmesi sona erdikten sonra kullanamaması amacıyla iki taraf arasında imzalanan bir sözleşmedir.⁸⁵ Rekabet yasağı sözleşmesi daha çok hizmet sözleşmesine bağlı olarak yapılan ve TBK m. 444 vd. hükümlerinde düzenlenen bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hükümlerin tacir yardımcılara uygulanma kabiliyeti, ancak arada bir hizmet sözleşmesinin bulunmasına bağlıdır.⁸⁶ Bunun yanı sıra, TTK m. 123 uyarınca acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra acente ile müvekkil arasında da bir rekabet yasağı öngörülebilir. Yine TTK m. 557 ve m. 613/2 uyarınca limited şirketlerde şirket sözleşmesine hüküm konulmak suretiyle öngörülebilecek rekabet yasakları da hukukumuzda mevcuttur. Rekabet yasağı sözleşmelerinin bu hükümlerle sınırlı olmadığı rahatlıkla söylenebilir; nitekim emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla her zaman bu sözleşmenin yapılabilmesi mümkündür.⁸⁷

⁸¹ İlgili kanuni rekabet yasağı hükümleri, asıl sözleşme süresince ve özellikle bir sürekli borcun ifasının gerektiği hallerde gündeme gelebilir, Ozan Can, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması. Ankara: Turhan 2011, s. 25.

⁸² Hukukumuzda, sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle her zaman tarafların yükümlülüklerinin sona ermediği kabul edilmektedir. Özellikle rekabet yasağının dayanağı olan sadakat yükümlülüğünün, ilgili normun koruması kapsamında olduğu; dolayısıyla sözleşme veya görev ilişkisi sona ermiş olsa dahi sözleşme sonrası ödev olarak rekabet etmeme borcunun bir süre daha devam ettiği görülmektedir, bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 42; Tercier, Pichonaz ve Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 87, par. 260; ayrıca bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 332, par. 586; Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, s. 276. Alman hukukunda da § 85 GmbHG hükmü uyarınca limited şirket müdürlerinin, görev süreleri sona erdikten sonra şirketin ticarî sırlarını izinsiz şekilde paylaşmayacağı düzenlenmiştir. Ancak, müdürün görev süresinin bitiminden itibaren geçerli olabilecek rekabet yasağına ilişkin herhangi bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır.

⁸³ Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s. 20.

⁸⁴ Göksoy, "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", s. 659; Cengiz, "Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", s. 73; Aktepe, "Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı", s. 113; nitekim uygulama da birçok şirket tarafından 'Rekabet Yasağı ve Gizlilik Anlaşması' imzalatılması söz konusudur, Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 108.

⁸⁵ Bu sözleşmenin işçi-işveren ilişkisi kapsamında hizmet sözleşmesi sebebiyle imzalanmasına yönelik yapılan tanımlar için bkz. Fatih Uşan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil, (2011), s. 121; bu sözleşmenin acente açısından yapılan benzer bir tanımı için bkz. Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s. 29.

⁸⁶ Sema Aydın ve Hasan Ali Kaplan, "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3-4 (2014), s. 190. Bu anlamda bağımlı bir sözleşme olduğu da savunulabilir.

⁸⁷ Aydın ve Kaplan, "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı", s. 169.

Üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasındaki ilişkinin, aradaki organik bağdan kaynaklanan ve şirketler hukukuna bakan bir yönü bulunmakla birlikte, kendine has sözleşmesel bir yapısı da vardır.⁸⁸ Rekabet yasağı, temel ilişkinin sonra ermesinden sonra geçerli olmak üzere, şüphesiz yönetici ile şirket arasında var olan temel sözleşme ilişkisinin içerisinde bir hüküm olarak⁸⁹ yer alabileceği gibi esasen o temel ilişkiden ayrı da akdedilebilir ve temel ilişkiden kaynaklandığı için bağlı veya tali nitelikte bir sözleşmedir.⁹⁰ Şirketle üst düzey yönetici arasındaki rekabet yasağı sözleşmeleri herhangi bir kanunda düzenlenmediği için bu tür sözleşmelerin, bir isimsiz sözleşme olduğu açıktır⁹¹ ve kanaatimizce hizmet sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin özelliklerini bünyesinde barındırdığı için de karma sözleşme⁹² olarak değerlendirilebilecektir. Karma sözleşme niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık doğduğunda, sözleşmede açıkça bir hüküm bulunmuyorsa, somut olaya hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemek için boşluğun doldurulması gerekmektedir.

B. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Rekabet yasağı sözleşmesinde, taraflar bu yasağın unsurları, sınırları, ihlal edilmesi hâlinde doğacak sonuçları düzenleme imkânına sahiptir. Bu sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda doğabilecek uyuşmazlıklarda hangi hükümlerin uygulanması gerektiği belirlenmelidir. Bu kapsamda, ilk olarak akla gelebilecek hüküm, işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin sona ermesinden sonra belirli bir süre için rekabet yasağının öngörülebilmesine imkân tanıyan ve nispi emredici hüküm niteliğindeki⁹³ TBK m. 444 vd. hükümleridir. Aslen karışık muhtevalı akit niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmelerine, TBK m. 444 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanması şüphesiz mümkün değildir.⁹⁴ Bu noktada da hangi hükümlerin uygulanacağına,

⁸⁸ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, s. 110; ayrıca bkz. yuk. II, 2-a. bölümü.

⁸⁹ Bu halde rekabet yasağı, asıl sözleşmenin yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılmaktadır, bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 35-36. Ancak öğretilerdeki bir görüş uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesinde bir rekabet etmeme kaydı olarak yer alsın veya ayrı bir sözleşme olarak yapılsın da daima hizmet sözleşmesine bağlı bir sözleşmedir, bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 567.

⁹⁰ Benzer görüşte bkz. rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesindeki rekabet yasağında olduğu gibi, başka bir sözleşmeye bağlı, tali veya ikincil nitelikte sözleşme olduğuna yönelik bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 205; krş. Göksoy, "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasalarının Kapsamı", s. 659; Arda Kırtas, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara: Seçkin 2021, s. 106; Cengiz, "Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", s. 26; Esra Baskan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/2 (2012), s. 117.

⁹¹ İsimsiz sözleşmeler, TBK'nin özel borç ilişkilerinde veya başka bir kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerdir. Ancak burada geçen kanunda düzenlenme ifadesi, bir sözleşme türünün, tanımının verilmesi ve en azından esaslı unsurlarının, tipi belirleyen asli edimlerinin hükme bağlanmış olmasıdır, bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 865-866. Rekabet yasağı sözleşmesinin tanımı TBK m. 444'te verilmediği gibi, sadece hizmet sözleşmesine özgü olmak suretiyle bazı özelliklerinin vurgulanması sebebiyle, isimsiz sözleşme olmadığı görüşü kanaatimizce uygun değildir.

⁹² Karma veya karışık muhtevalı sözleşme, unsurları kanunda düzenlenmiş bir veya daha fazla sözleşmeye ait olan, fakat bu unsurları kanunun öngörmediği şekillerde birleştirmesi itibarıyla kanuna yabancı isimsiz sözleşmelerdir, bkz. Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, s. 15; Eren, Genel Hükümler, s. 208.

⁹³ Zengin, "Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", s. 803; yöneticilere ilişkin rekabet yasağı hükümlerinin emredici nitelikte olmadığına ilişkin bkz. Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s. 23.

⁹⁴ Zengin, Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", s. 749, dn. 7; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 111-113.

somut olay bazında karar verilmesi gerekmektedir.⁹⁵ Kanaatimizce, buradaki sözleşme, karma bir sözleşme olduğundan, öncelikle emredici nitelikteki kanun veya esas sözleşme hükümlerinin, sonrasında yönetici ve şirket arasındaki somut sözleşme hükümlerinin, bu sözleşmede de düzenlenmeyen hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin ve son olarak niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlete ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekir.⁹⁶

Türk hukukunda kural olarak, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla rekabet yasağını taraflar istedikleri gibi kararlaştırmakta serbesttirler.⁹⁷ Sözleşme özgürlüğü ilkesinin ve dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinin sınırını TMK m. 2, m. 19 ve m. 23 ile TBK m. 26 ve m. 27 hükümleri çizmektedir.⁹⁸ Nitekim mevzuatta, rekabet yasağı sözleşmesine her şartta doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip herhangi bir hüküm bulunmamakta ve bu noktada kanunda boşluğun olduğu ifade edilmektedir.⁹⁹ İsimli sözleşme türü olan karma sözleşmelerde, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması, Türk Borçlar Kanunu'nun genel emredici hükümlerinden sonra, esaslı unsurlarını taşıdığı kanunî akit tiplerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla gerçekleştirilmektedir.¹⁰⁰ Bir hükmün bu kapsamda kıyasen uygulanabilmesi için kanunda düzenlenmemiş isimli sözleşmenin, kanunda yer alan tipik sözleşme hükümlerinin düzenleniş amacının kapsamına girmesi gerekmektedir.¹⁰¹ Bu bağlamda, şirketle üst düzey yönetici arasında görev süresinin sona ermesinden sonra uygulanacak olan rekabet yasağı sözleşmesine, kıyasen TBK m. 444 vd. hükümlerin uygulanması düşünülebilir.¹⁰² Rekabet yasağının sınırlarının belirlenmesinde TBK m. 444 vd. hükümlerinin esasen “hukuki bir süzgeç” görevi görüp “özel norm” niteliğine sahip olduğu da öğretide savunulmuştur.¹⁰³

⁹⁵ Karma sözleşmelerin nasıl tamamlanacağına ilişkin öğretide dışlama, soğurma, birleştirme, bireysel kanuni hükümlerin uygulanması, kıyas ve hâkimin hukuk yaratması temelli bazı görüşler bulunmaktadır (görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Özel Hükümler*, s. 877-880). Ancak hiçbir görüş tek başına tüm karma sözleşmelerin tamamlanmasına yönelik gerekli ilkeleri barındırmamakla birlikte, somut olaya göre kıyas yoluyla uygulama veya hâkimin hukuk yaratması görüşlerine üstünlük tanınması mümkündür; benzer yönde bkz. Eren, *Özel Hükümler*, s. 880-881.

⁹⁶ Benzer görüş için bkz. Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, s. 18; Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, s. 379. Aradaki ilişkiye, somut sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiğine yönelik görüş için bkz. Karaege, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, s. 72.

⁹⁷ Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, s. 659; Cengiz, “Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, s. 26; Zengin, “Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, s. 807; Ertaş, *Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı*, s. 88-89; Can, *Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması*, s. 32.

⁹⁸ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 222 ve 265; Ayan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, s. 161; Can, *Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması*, s. 34-35.

⁹⁹ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 277; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 271.

¹⁰⁰ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 260-261.

¹⁰¹ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 273.

¹⁰² Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, s. 659-660; Cengiz, “Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, s. 74; Aktepe, “Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı”, s. 100; Ertaş, *Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı*, s. 113.

¹⁰³ Ertaş, *Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı*, s. 113.

C. SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILAN REKABET YASAĞININ SINIRLARI

Şirketle üst düzey yöneticisi arasında görev süresinin bitmesini takiben uygulanacak rekabet yasağı sözleşmesinin sınırları, mevzuattaki rekabet yasağı düzenlemelerine paralel olarak çeşitli yargı kararlarında da belirlenmiştir.¹⁰⁴ Kararlaştırılacak rekabet yasağının, şirket ve üst düzey yöneticisinin menfaatleri açısından bir dengesizlik öngörmesi, yöneticinin çalışma hürriyetinin yer, zaman ve konu bakımından ölçüsüz şekilde sınırlandırılması söz konusuysa ahlaka aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹⁰⁵ Dolayısıyla bu rekabet yasağının, konu, yer ve süre bakımından sözleşmede açıkça kararlaştırılması; yapılacak sözleşmenin de yazılı şekle tabi olması gerekmektedir.¹⁰⁶

Öncelikle bu yasağın, önemli ölçüde zarara uğrama, müşteri kaybı, ticarî sırların korunması gibi şirketin haklı bir menfaatini koruma ihtiyacına dayanması gerekmektedir.¹⁰⁷ Kural olarak işçinin, işverene zarar verebilecek nitelikte esaslı bilgiye sahip olmasına sebep olacak bir konumda veya görevde olmadığı söylenebiliyorsa, bu durumda rekabet yasağı da kararlaştırılmaz.¹⁰⁸ Ancak üst düzey yöneticinin, şirket tüzel kişiliği açısından oldukça esaslı bilgilere veya ticarî sırlara sahip olması kaçınılmazdır ve bunları kullanma noktasında şirketle rekabete girmesi, ihtimal dahilindedir.¹⁰⁹ İkinci olarak, sözleşmesel rekabet yasağının, kişinin Anayasa ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandırmaması, yani kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olmaması gerekir.¹¹⁰ Rekabet yasağının yer açısından sınırlandırılması da

¹⁰⁴ Thüsing, “Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, s. 10. Rekabet yasağının sınırlarını belirlerken, Alman hukukunda yargı kararlarında çok açık olmamakla birlikte, çeşitli ölçütler geliştirilmiştir: yöneticinin yaşı, iş sözleşmesinin süresi, sözleşme süresince belirlenen ücret, herhangi bir emeklilik kazancının olup olmadığı gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Thüsing, “Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, s. 10.

¹⁰⁵ Nitekim borçlunun kişisel veya ekonomik özgürlüğünün aşırı şekilde sınırlandırıldığı hallerde rekabet yasağının ahlaka aykırı olacağı doktrinde de kabul edilmiştir, Eren, Genel Hükümler, s. 342; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 54 ve 88; Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, s. 161; bu unsurları taşımayan ve hizmet ilişkisi sonrasında yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olacağına ilişkin bkz. Uşan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, s. 123; Aydın ve Kaplan, “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, s. 194-195.

¹⁰⁶ Yazılılık, bu sözleşme açısından geçerlilik şartı olarak kanunen (TBK m 444/1) öngörülmüştür; ayrıca bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 569; Cengiz, “Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, s. 35 ve 74; Baskan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, s. 118 vd.; Uşan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, s. 123; Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, s. 161.

¹⁰⁷ Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 54; Uşan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, s. 122; Thüsing, “Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, s. 10.

¹⁰⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 568; Uşan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, s. 122; Aydın ve Kaplan, “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, s. 193.

¹⁰⁹ Thüsing, “Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, s. 9.

¹¹⁰ Bkz. Yargıtay 11 HD, 3828/11197, 28.10.2015; Yargıtay 11 HD, 1263/1729, 02.03.2000; Aktepe, “Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı”, s. 95 ve 100; Baskan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

yöneticinin çalışma özgürlüğü açısından önem taşımaktadır. Bu unsuru, şirketin büyüklüğü ve somut olayın özellikleri ile bağlantılı olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim, 1999 tarihli bir kararında Yargıtay, tüm Türkiye genelinde kararlaştırılacak bir yasağın, çalışma özgürlüğünü oldukça sınırlandırdığı için geçersiz sayılacağına hükmetmiştir.¹¹¹ Zaman zaman sektörel, bölgesel, ülkesel veya dünya çapında bir rekabet yasağı kararlaştırılabilir; özellikle sektörel veya bölgesel yasakların şirketin menfaatlerinin korunmasına daha çok hizmet ettiği söylenebilir. Nitekim, rekabet aynı sektörde mümkün olabilecektir ve dünya çapında veya ülkesel bazda bir yasaktan ziyade, şirketin de faaliyette bulunduğu bölgede rekabetten kaçınılması daha uygundur.¹¹² Dolayısıyla rekabet yasağının kararlaştırıldığı sözleşmede, yer bakımından öngörülecek sınırlamanın açıkça yazılması gerekmektedir.¹¹³

Rekabet yasağına konu olabilecek faaliyetler açısından da Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen kanuni rekabet yasaklarına (bkz. TTK m. 230, TTK m. 396; TTK m. 613 ve TTK m. 626) ilişkin ölçütlerin kullanılması faydalı olabilir. Buna göre bir şirketin faaliyet konusuna giren işler¹¹⁴ türünden işleri kendisi veya üçüncü bir kişi adına yapmaması,¹¹⁵ bu tür bir işi yapan bir şahıs şirketine sorumluluğu sınırlı ortak olarak girememesi veya bu tür bir işi yapan şirketlerde yönetici pozisyonunda bulunmaması¹¹⁶ gerekmektedir. Dolayısıyla yöneticinin şirketten ayrıldığı tarihte şirketin işletme konusundan ziyade fiili olarak faaliyet gösterdiği alanlar bu yasağın konu açısından sınırlarını belirleyecektir.¹¹⁷ Alman hukukundaki benzer düzenlemede yer aldığı şekliyle ve TBK m. 445 doğrultusunda, kararlaştırılacak rekabet yasağının haklı sebeplerin varlığı söz konusu değilse iki yılı aşmaması gerekir.¹¹⁸ Nitekim bir yönetici, özellikle hızlı gelişen iş dünyasında, iki yıl sonra şirket aleyhine kullanabileceği güncel bir bilgiye sahip

Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, s. 124. Öğretide bu tür sözleşmeler ‘kelepçeleme sözleşmeleri’ olarak adlandırılır ve bu tür sözleşmelerin, baskın olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu belirtilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri. 2. Baskı. Ankara: Adalet 2017, s. 213, ancak yazar, söz konusu yaptırımın, en hafiften en ağıra doğru ele alınması ve somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s. 214.

¹¹¹ Yargıtay 9 HD, 8262/12073, 06.07.1999; ayrıca bkz. Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 57; Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s. 23-24.

¹¹² Thüsing, “Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, s. 11.

¹¹³ Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 58.

¹¹⁴ Bu noktada, şirketlerin, sözleşmelerinde gösterilen işletme konusunun mu yoksa fiili faaliyet alanının mı esas alınacağı öğretide tartışmalı olsa da baskın görüş, şirketin fiili faaliyet alanının rekabet yasağı açısından belirleyici olacağı yönündedir, bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s. 213, par. 268 ve 373, par. 569; Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, s. 662.

¹¹⁵ Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, s. 660-661.

¹¹⁶ Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, s. 633, 667-668; Zengin, “Pazarlamacının ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, s. 801.

¹¹⁷ Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 115-116; Uşan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, s. 123.

¹¹⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 569; Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 114.

olamayacak¹¹⁹ ve iki yıldan fazla süre için kararlaştırılan rekabet yasağının ahlâka aykırı olması ihtimali bir hayli artacaktır.¹²⁰

Ç. GÖREVLİ MAHKEME

a. Genel Olarak

Medenî usûl hukuku bağlamında görev, taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlığın hangi mahkeme tarafından çözüme kavuşturulacağını ifade eder¹²¹. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 1 ile görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğu düzenlendikten sonra HMK m. 114/1-c’de de bu kuralların dava şartı niteliği taşıdığı ayrıca hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, mahkemenin görevli olup olmadığı yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından re’sen de dikkate alınabilir. Ayrıca Anayasa m. 142 ile mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmiş; 5235 sayılı Kanun m. 6’da ise hukuk mahkemelerinin görevi düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin yanı sıra özel kanunlarla da hukuk mahkemeleri kurulabileceği kabul edilmiştir.

Hukuk sistemimizde yer alan göreve ilişkin kurallar dikkate alındığında, özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü bakımından görevli mahkemenin tespitinde uyuşmazlığın taraflarına ve/veya konusuna göre bir belirleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede örneğin, TTK m. 4’te “*her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları*” ile tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ilgili hükümde sayılan konulara ilişkin uyuşmazlıkların ticarî davaya vücut vereceği, ticarî davalar bakımından ise aksine düzenleme bulunmadıkça asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir. Diğer bir anlamıyla, asliye ticaret mahkemesinin görevi hem uyuşmazlığın tarafları hem de uyuşmazlık konusu dikkate alınarak kabul edilen ölçütlere göre belirlenmiştir.

Somut bir uyuşmazlıkta görevli mahkeme tespit edilirken öncelikle uyuşmazlığın konusuna ve/veya taraflarına göre görevli olan herhangi özel bir mahkemenin mevcut olup olmadığı araştırılmalı, böyle bir mahkeme bulunmuyorsa sulh hukuk mahkemesinin uyuşmazlık bakımından görevli olup olmadığına karar verilmelidir. Zira 5235 sayılı Kanun m. 6/2’de asliye hukuk mahkemelerinin, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan her türlü uyuşmazlıkta görevli olduğu açıkça düzenlenmiş; üçüncü fıkrasında ise özel kanunlarla kurulan mahkemelerinin görevleri saklı tutulmuştur. Benzer şekilde HMK m. 2’de de dava konusunun miktar ve değerine bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalar ile şahıs varlığına ilişkin davalarda, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir.

¹¹⁹ Ertaş, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, s. 55.

¹²⁰ Thüsing, “Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, s. 11.

¹²¹ Baki Kuru, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I, Ankara: Yetkin, 2020, s. 121; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medenî Usul Hukuku, 11. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2023, par. 236; Ramazan Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara: Yetkin, 2023, s. 204; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara: Yetkin, 2023, s. 135; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, İstanbul: Filiz, 2022, s. 44.

Üst düzey yöneticiler ile şirket arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından görevli mahkeme belirlenirken de öncelikle söz konusu uyuşmazlığın özel görevli mahkemelerden herhangi birinin görev alanına girip girmediği tespit edilmeli; böyle bir mahkeme mevcut değilse, ancak o zaman genel görevli mahkemelerin görevli olduğu kabul edilmelidir.

b. Yargı İctihatları Çerçevesinde Görevli Mahkemenin Tespiti

Tespit edebildiğimiz kadarıyla üst düzey yönetici ile şirket arasında akdedilen rekabet yasağına ilişkin sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesini konu alan herhangi bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. Buna rağmen üst düzey yönetici ve şirket arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine ilişkin kararlar dikkate alınarak bir belirleme yapılabilir. Esasen üst düzey yönetici ile şirket arasındaki hukukî ilişkinin niteliği ile ilgili de Yargıtay'ın yeknesak bir görüşünün bulunduğunu söylemek güçtür.

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından bu konuda verilen bir kararda, anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda aralarındaki ilişkinin vekâlet ya da hizmet ilişkisine vücut verebileceği, görevli mahkemenin buna göre belirleneceği kabul edilmiştir¹²²:

“Kişi organ statüsündeki murahhas azalar dışında anonim şirket **yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O halde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır** (Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul s. 133-134);

Türk Borçlar Kanunu ticari temsilciyi “işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi” olarak tanımlamıştır (Mad.547/1). Aynı kanununun 554. Maddesinde ticari temsilci ile temsil ettiği kişi arasında hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmelerinin olabileceği, ancak bunun sınırlı olmadığı, taraflar arasında başkaca hukuki ilişkilerin de bulunabileceği belirtilmiştir. Kısacası ticari temsilci ile işletme sahibi arasında iş ilişkisi kurulabilir.

¹²² Yargıtay 9. HD, 2193/7518, 19.02.2015, www.legalbank.net, vurgular tarafımıza aittir. Benzer şekilde bkz. “*Kişi organ statüsündeki murahhas azalar dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O halde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır* (Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul s. 133-134). Somut uyuşmazlıkta davacı, davacı şirketin de dahil olduğu F3 SSS Holding A.Ş. çatısı altındaki grup şirketlerde (Yönetici) genel koordinatör olarak görev yapmıştır. Davalı hukuki ve kişisel olarak işverene bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü gerekir. Taraf tanıkları davacının yönetim kurulunun ve yönetim kurulu başkanının karar, emir ve talimatları doğrultusunda çalıştığını beyan etmişlerdir. Ayrıca davacının aylık sabit ücret karşılığında çalıştığı ve hizmet cevveline göre 4/a kapsamında sigortalı olduğu sabittir. Dosyada yer alan bilgi - belgelere göre davalının, çalışma dönemi boyunca davacı işveren emrinde hukuki ve kişisel olarak bağımlı bir şekilde iş ilişkisi kapsamında çalıştığı, tek başına temsil ve imza yetkisinin bulunmadığı, ayrıca dosyada davacının murahhas üye veya ortaklık sözleşmesinin unsurlarını gösteren bir delil bulunmadığı ve bu nedenle davacının davalı şirkette kişi - organ sıfatını kazanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.” İstanbul BAM 26. HD, 1506/1446, 17.09.2020, www.lexpera.com.tr.

Şirketlerde tüzel kişiliği temsil eden genel müdür veya müdürleri ticari temsilci oldukları açıktır. Ticari temsilcinin yukardaki düzenlemelere göre gerçek anlamda ortak olmadıkça, bağımsız hareket etmedikçe ve Murahhas üye olmadığı sürece, iş ilişkisi kapsamında çalıştığı kabulü gerekir.

Ayrıca ticari temsilci olan, genel müdür veya müdür ile tacir olan kişi arasında çıkan uyuşmazlıkların iş ilişkisi olması halinde uyuşmazlığın 6102 sayılı TTK.'nın 5/1 maddesi yollaması nedeni ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira anılan 5. Maddede açıkça ayrı düzenleme yoksa ticari davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir.”

Buna karşın, Yargıtay'ın 7'nci Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda¹²³ ise şu şekilde görüş bildirilmiştir:

“Ortak olan ile olmayan müdür arasında yetki ve sorumluluk açısından hiçbir fark yoktur. Ortak olmayan müdürler de limited şirketin organı sayılır. Şirketin işverenidir ve şirketle aralarındaki ilişkiyi iş sözleşmesi kapsamında değerlendirme ve müdürleri işçi sayma olanağı yoktur.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da usûlsüz kredi kullanımına izin vermeleri ve bu nedenle bankanın zarara uğraması nedeni ile banka genel müdürü ile bazı banka çalışanlarına karşı açılan davada, banka genel müdürünün ayrıca yönetim kurulu üyesi sıfatını da haiz olmasından hareketle ve aşağıdaki gerekçe ile uyuşmazlığın çözümü bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna ve söz konusu davanın diğer banka çalışanlarının davasından ayrılması gerektiğine karar vermiştir¹²⁴:

“Yargıtay, Yönetim Kurulu Üyeleri ile şirket (banka) arasında bir hizmet akdi bulunmadığını, en azından şirket (Banka) Genel Müdürü iken, Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdi ilişkisinin; sona erdiğini kabul etmiştir. ... Genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK.320 ve TTK.336, maddelerine göre belirlenir. Banka Yönetim Kurulu Üyeleri ile Banka arasında bir vekalet akdi ilişkisi bulunduğundan üyelerin bankaya karşı vekil gibi sorumlu olmaları doğaldır... Yukarıda anlatılanlar dikkate alındığında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelini TTK. da düzenlenen (TTK.nun 320 ve 336) ve Bankalar Kanunda öngörülen Yönetim Kurulu Üyelerinin sorumluluğu ile ilgili bulunduğu ve mutlak ticari davalardan olduğu ve bu tür davaların Ticaret Mahkemesinde görülmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.”

Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir başka kararda da hem şirket genel müdürü hem de yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan davalıya karşı açılan davada görevli mahkemenin tespitinde şirket yönetim kurulu üyesi ile şirketin arasındaki hukukî ilişkinin niteliği dikkate alınmıştır¹²⁵:

“Davanın, davacı T.T. İşletmeleri A.Ş. ile dava dışı S.İ. San. ve Tic. A.Ş. arasında 5.8.1993 tarihinde imzalanan T. Kuşadası M. 'da Yapılarak İşletilecek Akaryakıt İstasyonu ve Müstemilatına Ait Kira Sözleşmesinin daha sonra haksız olarak feshedilmesi nedeniyle davacı şirketin genel müdürü ve yönetim kurulu başkanı Ö. B. 'in sözleşmenin imzalanmasında gerekli özeni göstermeyerek şirketi zarara uğrattığı ve TTK.'nın 336. maddesi gereğince sorumlu olması gerektiği iddiasıyla açıldığı belirgindir.

Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu TTK.'da özel olarak düzenlenmiştir. O halde TTK. 4/1. madde uyarınca mutlak ticari davadır. TTK. 5'nci maddesi uyarınca bu davalara o yerde Ticaret Mahkemesi varsa, bu mahkemenin bakması yasa buyruğudur.

¹²³ Yargıtay 7. HD, 2826/3936, 09.03.2015, www.legalbank.net.

¹²⁴ Yargıtay HGK, 9-82/65, 05.02.2003, www.legalbank.net, vurgular tarafımıza aittir.

¹²⁵ Yargıtay HGK, 9-328/370, 07.07.2010, www.legalbank.net.

Bu haliyle uyuşmazlık, TTK.'nın 336 vd. maddelerinde gösterilen yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan kaynaklanmakta olup, davalı Ö. B. ile onu çalıştıran şirket arasındaki hizmet akdinden, ya da İş Kanunundan kaynaklanmamaktadır.

O halde, hizmet akdinden doğan bir hak uyuşmazlığı niteliğinde olmayan eldeki davanın İş Mahkemelerinde görülemeyeceği açıktır.

Bu durumda, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında eldeki davaya Ticaret Mahkemesinde bakılması ve İş mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekirken, yerel mahkemenin kendisinin görevli olduğunu kabulle işin esasını inceleyip sonuca varması usul ve yasaya aykırıdır.”

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin verdiği kararda da benzer bir gerekçe ile aynı sonuca varılmıştır¹²⁶:

“Somut uyuşmazlıkta davacının davalı anonim şirkette 20/10/2006-16/06/2009 tarihleri arasında, birinci derecede imza yetkisiyle genel müdürlük ve yönetim kurulu üyeliği görevlerini yürüttüğü dosya kapsamıyla sabittir. Davalı şirketin 16/06/2009 tarihli yönetim kurulu kararıyla da, genel müdür ve yönetim kurulu başkanı olan davacının bu görevlerinden alınmasına karar verilmiştir.

Bu noktada anonim şirket yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu maddi olay tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 320 nci ve 336 ncı maddelerine göre belirlenir. Şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir vekalet sözleşmesi ilişkisi bulunmaktadır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 342 nci maddesinde ki düzenleme gereğince de, anonim şirket genel müdürlerinin sorumluluğu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 07/07/2010 tarihli, 2010/9-328 esas ve 2010/370 karar sayılı kararında belirtildiği üzere, anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişki vekalet ilişkisidir.

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular ışığında, taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olmasına ve iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın mevcut olmamasına göre, somut olayda ticaret mahkemeleri görevlidir. Bu itibarla, 6100 sayılı HMK'nın 114/1-c ve 115/2 nci maddeleri gereğince, mahkemece görevsizlik sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Bahsi geçen kararlardan anlaşıldığı üzere Yargıtay, her ne kadar genel müdür sıfatını haiz olsa da aynı zamanda anonim şirket yönetim kurulu üyesi olan kişilerin sorumluluğuna yönelik davalarda, Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında vekâlet ilişkisi bulunduğunu¹²⁷, bu nedenle herhangi bir hizmet ilişkisinin varlığından da bahsedilemeyeceğini gerekçe göstererek asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 37'nci Hukuk Dairesince verilen bir kararda¹²⁸ ise yönetim kurulu üyesi olmayan anonim şirket genel müdürünün sorumluluğuna ilişkin olarak, genel müdürün işi gereği gibi ifa etmemesi hâlinde şirket yönetim kurulu üyeleri ile aynı hükümlere tâbi tutularak sorumlu olacağı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin

¹²⁶ Yargıtay 22. HD, 19952/24147, 24.12.2019, www.legalbank.net.

¹²⁷ Üst düzey yönetici ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu yönünde ayrıca bkz. Antalya BAM 11. HD, 544/1138, 09.06.2023; Bursa BAM 5. HD, 1082/1451, 21.10.2021, www.lexpera.com.tr.

¹²⁸ İstanbul BAM 37. HD, 223/754, 22.05.2018, www.legalbank.net.

hükümlerin ise Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi nedeni ile davada asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce bu konuda önem arz eden diğer bir karar ise Yargıtay'ın yargı yerinin belirlenmesine ilişkin hususlarda görevli olan 20'nci Hukuk Dairesi¹²⁹ tarafından verilmiştir. Söz konusu davada, davacı, anonim şirkette ortak ve yönetim kurulu üyesi olarak denetim ve tam tasdik raporu düzenleme görevi yaptığını, ücretlerinin tam ve düzenli olarak ödenmediğini belirterek ücret, ek ücret ve kıdem tazminatının davalıdan tahsili istemiyle dava açmıştır. Anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olması sebebiyle davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği ileri sürülerek İş Mahkemesi'nce; kıdem tazminatı İş Kanunu'nda düzenlendiğinden bu alacak yönünden davanın iş mahkemesinin görev alanına girdiği gerekçe gösterilerek Asliye Ticaret Mahkemesi'nce görevsizlik kararı verilmiştir. Yargıtay 20'nci Hukuk Dairesi ise aradaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olması nedeni ile “*yönetim kurulu üyelerinin ücret alacağı, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu*” sonucuna varmıştır.¹³⁰

Anılan kararlar dikkate alındığında üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasındaki hukukî ilişkinin nitelendirildiği kararların çoğunda aradaki ilişkinin vekâlet mi yoksa hizmet ilişkisi mi olduğu hususunda tereddütün yaşandığı ve Yargıtay'ın vekâlet ilişkisi görüşünü çoğunlukla benimsediği, hizmet ilişkisi mevcut olmadığından uyuşmazlığın çözümünde iş mahkemelerinin değil, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.

c. Görüşümüz

Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere, üst düzey yöneticinin görev süresi boyunca şirketin faaliyet alanına ilişkin konularda rekabet yasağı, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır (bkz. TTK m. 396; m. 626). Buna karşın üst düzey yöneticinin bu görevinin sona ermesinin ardından, belirli bir süre için şirketin faaliyet alanlarına ilişkin hususlarda faaliyette bulunmasını engellemek amacı ile akdedilecek olan rekabet yasağı sözleşmelerine yönelik kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamakta; bu sözleşmeler sözleşme serbestisi kapsamında tarafların karşılıklı irade beyanları ile kurulmaktadır. Bu kapsamda rekabet yasağına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, üst düzey yönetici ile şirket arasında akdedilen rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin temel ilişkiye bağımlı fakat ayrı bir sözleşme niteliğinde olabilen isimsiz bir sözleşme olduğu dikkate alındığında, üst düzey yönetici ile şirket arasındaki hukukî ilişkinin niteliği de göz önünde bulundurularak tespit edilebilir.

Sermaye şirketlerinde üst düzey yönetici olarak nitelendirilebilecek kişiler şirketi temsil yetkisini haiz olmakla birlikte şirketi kendi adına işletme yetkisine sahip değildir.¹³¹ TTK m. 12 ile bir ticarî işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiler, tacir olarak kabul edildiğinden sermaye şirketlerinin üst düzey yöneticilerinin tacir vasfı bulunmamakta ve bu kişilerin

¹²⁹ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 T., 173. K. sayılı kararı ile Yargıtay'ın 20'nci Hukuk Dairesi, 26.09.2020 tarihinde kapatılmıştır. Karar metni için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumu/173isbolumu.pdf>.

¹³⁰ Yargıtay 20. HD, 9762/9978, 03.11.2016, www.legalbank.net.

¹³¹ Bkz. I, A.

taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından nispi ticari davadan¹³² bahsedilememektedir. Bu çerçevede, inceleme konusu uyuşmazlığın çözümü bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu söylenemez.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5’te iş mahkemelerinin görevi belirlenmiş; Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hizmet sözleşmesine tâbi işçi ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden ya da kanundan doğan her türlü hukukî uyuşmazlığa yönelik dava ve işin iş mahkemelerinin görev alanına girdiği düzenlenmiştir. Oysa şirket ile organ niteliğini haiz olmayan üst düzey yönetici arasındaki hukukî ilişki, yukarıda izah edildiği üzere, doğrudan hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez.¹³³ Zira üst düzey yöneticinin şirketin tamamını temsile veya yönetime yetkili olması ve dolayısıyla işverenin emir ve talimatlarına bağlı şekilde görevini ifa etme yükümlülüğünün bulunmaması karşısında iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru bu ilişkide mevcut değildir.¹³⁴ İsimsiz bir sözleşmeye vücut verdiğini düşündüğümüz bu ilişki, esas karakterini vekâlet sözleşmesinden almakta ve hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Aradaki hukukî ilişkinin hizmet sözleşmesine vücut vermemesi nedeni ile somut uyuşmazlığın çözümü bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu da söylenemez.

¹³² Genel olarak ticari davalar kendi içinde mutlak ve nispi ticari dava olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Uyuşmazlığın taraflarına bakılmaksızın konusunun niteliğinden hareketle bir davanın ticari dava olduğu belirlenmekte ise mutlak ticari davadan, taraflarına ve işin niteliğine göre bir belirleme yapılıyorsa nispi ticari davadan söz edilebilir. Bkz. Seyithan Deliduman ve Yakup Oruç, “Ticari Davalar”, MÜHF HAD, 18/2 (2012), s. 103. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu’nda ya da diğer kanunlarda ticari dava olduğu açıkça düzenlenen yahut asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilen davalar mutlak ticari dava olarak tanımlanabilir. Her iki tarafın tacir olduğu ve uyuşmazlığın ticari işletmeden kaynaklandığı durumlarda, nispi ticari davadan söz edilir. Mutlak ticari davanın söz konusu olduğu hâllerde ise uyuşmazlığın taraflarının tacir olması ya da uyuşmazlığın ticari işletmeyi ilgilendirmesi gerekli değildir. Bkz. Burhan Gündoğan, ‘Ticari Usul Hukuku’, AÜHFHD, 13/1 (1956), s. 172, 173 vd.; Kuru, s. 132 vd.; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara: Yetkin, 2024, (Anılış: C. I), s. 165 vd.; Mine Akkan, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. I, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 159 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, par. 152 vd.; Arslan vd., s. 207 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 139 vd.; Budak ve Karaaslan, 48 vd.; Deliduman ve Oruç, “Ticari Davalar”, s. 103 vd. Ancak TTK m. 4/1-c’de havale ve saklama (vedia) sözleşmelerine ilişkin hükümlerde öngörülen hususlardan doğan davaların ticari dava sayıldığı düzenlenmiş olmasına karşın aynı fıkranın ikinci cümlesi ile “*herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar*”ın bundan istisna olduğu kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle TTK’ya göre havale, vedia sözleşmesi ya da fikir ve sanat eserlerinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın ticari davaya vücut verebilmesi ancak uyuşmazlığın taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olması gereklidir. Bu nedenle öğretilerde savunulan bir görüşe göre ticari davaların mutlak, nispi ve ticari sayılması için en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi gereken davalar olmak üzere üç türü bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku. 25. Baskı. Ankara: BTHAE 2019, s. 107. Öğretilerde savunulan diğer bir görüşe göre ise TTK m. 4/1-c’de yer alan husus bir çelişkiye sebep olmaktadır ve kanundaki bu çelişkinin giderilmesi için c bendinden havale ve saklama sözleşmelerine ilişkin ifadenin çıkarılması gerektiği, havale ve vedia sözleşmelerinin mutlak ticari davaya sebebiyet veremeyeceği, ikinci cümledeki düzenleme dikkate alındığında havale ve vedia sözleşmelerinden kaynaklanan davanın ancak nispi ticari dava olarak nitelendirilebileceği bu görüşte ifade edilmiştir. Bkz. Tanrıver, C. I, s. 166-167. Ticari davaların mutlak ve nispi olarak ayrılmasının pratik açıdan hiçbir öneminin bulunmadığı; bu ayırımın yalnızca teorik olduğu ve bundan vazgeçilmesi gerektiği yönünde bkz. Nesibe Kurt Konca, ‘Asliye Ticaret Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü’, *MİHBİR* Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği, XVII. Antalya Toplantısı, 4-5 Ekim 2019, Emsal 2021, s. 19, 23.

¹³³ Bkz. I, B, c-d.

¹³⁴ Bkz. I, B-c. Bu yönde ayrıca bkz. Kocabıyık, “Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar”, s. 3421; Doğan Yenisey, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi”, s. 319.

TTK m. 4 ile her ne kadar tarafları tacir olmasa da bazı uyuşmazlıklardan doğan davalar (mutlak) ticarî dava olarak kabul edilmekte ve bu davalar bakımından aksine düzenleme bulunmadıkça asliye ticaret mahkemeleri görevli kabul edilmektedir. TTK m. 4/1-c’de, Türk Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin 444 ila 447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan davaların ticarî dava olduğunu düzenlenmiştir.¹³⁵ Kanun koyucu, uyuşmazlığın konusuna ilişkin olarak yaptığı bu belirleme ile işçi ve işveren arasında akdedilen hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işverene karşı rekabet etme yasağını konu alan uyuşmazlıkların ticarî davaya vücut vereceğini düzenlemiştir. Bir davanın ticarî dava olarak kabulünün usûl hukuku bakımından en önemli sonucu görevli mahkemenin tayininde ortaya çıkmaktadır.¹³⁶ Zira TTK m. 5’te aksine hüküm bulunmadıkça ticarî dava ve işlerin asliye ticaret mahkemesinin görev alanına dahil olduğu kabul edilmiştir.¹³⁷

¹³⁵ Öğretide savunulan bir görüşe göre rekabet yasağından doğan her uyuşmazlığın ticarî davaya vücut verdiğinin kabulü mümkün değildir. Örneğin, esnaf düzeyindeki bir berber ile çırağı arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinde olduğu gibi ticarî hayata ilişkin bir uyuşmazlığa yönelik olmayan ve çözümü bakımından uzmanlık gerektirmeyen uyuşmazlıkların Türk Ticaret Kanunu’nun bu hükmü gereğince ticarî dava sayılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 109.

¹³⁶ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 105; Deliduman ve Oruç, “Ticari Davalar”, s. 101.

¹³⁷ TBK’nin 444 vd. hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkemenin tespiti hususunda öğretiy ve Yargıtay uygulamasında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Zengin, “Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, s. 732 vd.

Bu konuda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, uyuşmazlığa vücut veren rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin dayanağının iş ilişkisinden kaynaklanan sadakat yükümü olduğu ve bu nedenle uyuşmazlığın hizmet akdinden kaynaklandığı ifade edilerek iş mahkemelerinin görevli olduğu benimsenmiştir (bkz. Yargıtay HGK, 517/566, 22.09.2008, www.legalbank.net; Yargıtay HGK, 508/545, 21.09.2011, www.legalbank.net); ancak daha sonra söz konusu içtihadattan vazgeçilerek iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bir taahhüdü konu aldığından iş mahkemelerinin görevli olamayacağı, TTK gereğince davanın ticarî davaya vücut vermesi sebebiyle asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir (bkz. Yargıtay HGK, 781/109, 29.02.2012, www.legalbank.net). Benzer biçimde 2013 yılında verilen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bu kez TTK m. 5’te yer alan “*aksine hüküm bulunmadıkça*” ticarî davaların asliye ticaret mahkemesinin görev alanına gireceğine ilişkin hüküm değerlendirilmiş ve İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesinin “*aksine hüküm*” olarak nitelendirilebileceğinin azınlıkta kalan bir grup üye tarafından savunulduğu; buna karşın çoğunluğun söz konusu uyuşmazlıkta mutlak ticarî dava bulunması nedeni ile asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul ettiği açıklanmıştır (bkz. Yargıtay HGK, 412/1708, 25.12.2013, www.legalbank.net). Yakın tarihte verilen bir kararda da “*Rekabet yasağı sözleşmesinin akdedilmesiyle, hizmet sözleşmesinden ayrı bir metinde düzenlenmiş yahut hizmet sözleşmesi içerisindeki bir hükümle düzenlenmiş olmasından bağımsız olarak taraflar arasında hem bir hizmet sözleşmesinin, hem de bir rekabet yasağı sözleşmesinin birbirlerinden ayrı olarak varlıklarını koruyacakları kabul edilmelidir. Bu kapsamda davacı ile davalı arasındaki rekabet yasağı sözleşmesi, her ne kadar taraflar arasındaki hizmet ilişkisine ilişkin olarak akdedilmiş ise de sahip olduğu unsurlar ile uygulanacak kanuni hükümlerdeki farklılıklar, iş ilişkisinin feshedildiği tarihten sonraki döneme dair hükümler içermesi ile anılan dönem için geçerli olması sebebiyle hizmet sözleşmesinden bağımsız nitelikte bir sözleşme olarak varlığını muhafaza eder.*” yönündeki gerekçesi ile asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir (bkz. Yargıtay HGK, 524/210, 15.03.2023, www.lexpera.com.tr). Aynı yönde Yargıtay dairesi kararları için bkz. Yargıtay 7. HD, 2971/7786, 30.04.2015; Yargıtay 20. HD, 11988/10043, 23.10.2015; Yargıtay 22. HD, 41731/2540, 13.12.2017, www.legalbank.net. Yargıtay 13. Hukuk Dairesince 2017 yılında verilen kararda ise söz konusu içtihadın aksi kabul edilmiş; uyuşmazlığın kaynağı iş sözleşmesi olduğundan davanın da iş mahkemelerinin görev alanına girdiği sonuca varılmış (bkz. Yargıtay 13. HD, 41922/12383, 12.12.2017, www.legalbank.net); buna karşın 2018 tarihli kararında ise bu görüşten vazgeçilerek asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmedilmiştir (bkz. Yargıtay 13. HD, 18081/3841, 29.03.2018, www.legalbank.net).

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi de her ne kadar daha önce mutlak ticarî davanın varlığı nedeni ile asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar vermiş olsa da (bkz. Yargıtay 9. HD, 33389/2979, 07.02.2019, www.legalbank.net) sonraki tarihli ilke kararı ile "Uyuşmazlığın kaynağı iş sözleşmesi olduğundan Türk Borçlar Kanununun 444 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Dairemizin önceki kararlarında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonrası dönem bakımından rekabet yasağına ilişkin olarak cezaî şart ve tazminat davaları bakımından ticarî dava olduğu belirtilmiş ise de; konunun yeniden değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmakla, yukarıda belirtilen açıklamalar uyarınca görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu belirlendiğinden bu karardan dönülmesi gerektiği anlaşılmıştır." gerekçesi ile söz konusu uyuşmazlığın çözümünde iş mahkemelerinin görevli olması gerektiğini kabul etmiştir (bkz. Yargıtay 9. HD, 3076/9789, 01.06.2021, www.legalbank.net). Kararın değerlendirilmesi için bkz. Hacı Kara, "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme", İMHFD, VI/11 (2021), s. 45 vd.

Buna karşın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin dairesi arasında meydana gelen çelişkinin giderilmesi amacı ile yapılan başvuruda Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, "...rekabet yasağına ilişkin TBK'nın 444 vd. maddelerinde düzenlenen hükümler, doğrudan hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak görülemeyeceği gibi rekabet yasağının işçi-işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin ve buna bağlı olarak iş ilişkisinin sona ermesinden sonra hüküm ifade edecek mahiyette olması, işçinin tek taraflı bir taahhüdü suretiyle de oluşturulması mümkün bulunmakla, rekabet yasağının ihlali halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların iş ilişkisinden yahut hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilemez. İşçinin bizzatı hizmet sözleşmesinden ve buna bağlı olarak oluşan iş (hizmet) ilişkisinden kaynaklanan rekabet etmeme ve işverene ait sırları saklama yükümlülüğü, TBK'nın 396. maddesinde tanımlanan ve kanundan kaynaklanan işçinin özen ve sadakat borcu ile ilişkili olup TBK'nın 444. maddesinde tanımlanan ve taraf iradesine bağlı olarak ortaya çıkan rekabet etmeme taahhüdü (rekabet yasağı) ise, açıklanan bu karakteri nedeniyle, işçinin kanundan kaynaklanan özen ve sadakat yükümlülüğünün bir devamı yahut işçinin bu borcunun, sözleşme sona erdikten sonra da devamına olanak sağlayan bir düzenleme niteliğinde değildir. Nitekim, işçinin hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonraya ilişkin sır saklama yükümlülüğü, TBK'nın 396. maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesinde özel olarak düzenlenmiş olup doğrudan kanundan kaynaklanan bir yükümlülük niteliğinde bulunmakla, bu yükümlülüğün, serbest iradeye dayalı rekabet etmeme taahhüdünden hukuki karakteri itibarıyla ayrılmakta olduğu, kanunda birbirinden farklı nitelikteki bu iki kavrama ilişkin hükümlerin, açıklanan ayrışmaya uygun olarak farklı bölümlerde düzenlendiği gözden kaçırılmamalıdır. Şu halde, TBK'nın 444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağına ilişkin hükümlerin ve buna bağlı olarak bu yasağın ihlali halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların, 7306 sayılı Kanun'un 5/1. maddesi kapsamında, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlık olarak tanımlanması ve giderek İş Mahkemelerinin görevi kapsamında addedilmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Bu çerçevede, İş Mahkemeleri ile Ticaret Mahkemelerinin görev alanları bakımından bir hüküm uyuşmazlığından bahsedilemeyeceği gibi 7306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile TBK'daki rekabet yasağına ilişkin hükümlerin mutlak ticarî dava olarak tanımlanmasına ilişkin TTK'nın 4. maddesi hükmünün zımnen ilga edilmiş olduğu da ileri sürülemez. Hal böyle olmakla, kanun koyucunun, mutlak ticarî dava niteliğindeki bir davayı, TTK'nın 5. maddesinde yazılı "aksine hüküm bulunmadıkça" hükmüne dayalı olarak, ihtisas alanı ve yargılama usulü tümüyle farklı bir mahkemenin görevi kapsamına alması gibi kabul edilemez nitelikteki bir yaklaşımda bulunmasının söz konusu olamayacağı", TTK m. 4/1-c'de düzenlemenin İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye kıyasla özel nitelikte bulunması ve rekabet yasağı kapsamında ticarî sır kavramının ihtisas mahkemelerince incelenip karara bağlanması gerekçeleri ile asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir (bkz. Yargıtay 11. HD, 1534/6811, 03.12.2021, www.lexpera.com.tr).

Söz konusu karar 5235 sayılı Kanun'un 35. maddesi gereğince kesindir. Ancak bu kesinlikle kastedilen içtihadı birleştirme kararlarına tanınan bağlayıcılık vasfı olarak kabul edilemeyeceğinden, söz konusu karar Yargıtay'ın farklı daireleri bakımından etki doğurmaz. Bu nedenle işçi ve işveren arasında TBK m. 444 vd. hükümlerine dayanılarak akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinde görevli mahkemenin tespitine ilişkin Yargıtay daireleri arasındaki belirsizlik bugün de devam etmektedir. Örneğin Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin yakın tarihli bir kararı için bkz. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, 2156/3830, 14.03.2023, www.karararama.yargitay.gov.tr.

Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere rekabet yasağına ilişkin sözleşme temel ilişkiye bağlı, iş sözleşmesinin varlığı şartına tâbi, talî nitelikte bir sözleşmedir. Bu bağlamda taraflar arasında herhangi bir iş ya da hizmet sözleşmesi akdedilmediği müddetçe TBK m. 444 vd. hükümlerine dayanılarak rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilmesi de mümkün değildir. TBK m. 444 vd. hükümlerinde düzenleme altına alınan sözleşmenin tarafların işçi ve işveren olması gerekir. Ayrıca rekabet yasağına ilişkin bu sözleşme, iş sözleşmesinin geçerli olduğu dönemde işçinin öğrendiği iş sırları ya da müşteri çevresi gibi bilgilerin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde işçinin lehine ve işverenin aleyhine olacak şekilde kullanımını engellemek amacını taşımaktadır. Bu nedenle rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlık, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir aşamada meydana gelmiş

TBK m. 444 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için uyuşmazlığın işçi ve işveren arasında akdedilen bir sözleşmeden kaynaklanması şarttır. Her ne kadar sözleşmenin tarafları işçi ve işveren olarak nitelendirilemeye de üst düzey yöneticinin şirket ile arasındaki ilişkide de bir işgörmeye ediminin yüklenilmesi söz konusu olduğundan ve bu ilişkinin sona ermesinin ardından rekabet yasağı sözleşmesi ile belirli bir süre için üst düzey yöneticinin şirketle rekabet etmesi engellenmeye çalışıldığından, Türk Borçlar Kanunu'nun bahsi geçen hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu ilişkiye kıyasen uygulanması düşünülebilir. Ancak bu, sözleşmenin geçerliliği ya da hüküm ve sonuçlarına ilişkin hususlarda herhangi bir belirsizliğin bulunması hâlinde geçerlidir. Diğer bir ifade ile maddî hukuku ilgilendiren hususlarda üst düzey yöneticilerle akdedilen rekabet yasağına ilişkin sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda, kanunda rekabet yasağına ilişkin olarak doğrudan uygulanacak bir kuralın bulunmaması nedeni ile kıyasen hizmet sözleşmesinin hükümlerinden yararlanılarak sonuca gidilebilir. Buna karşın söz konusu sözleşmeye aykırılık nedeni ile açılacak davada, görevli mahkemenin tespitinde bu şekilde bir değerlendirme yapılamaz. Anayasa ile hem hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı (Anayasa m. 37) hem de mahkemelerinin görevinin kanunla düzenlenmesi gerektiği (Anayasa m. 142) hüküm altına alınmıştır. Mahkemelerin görevlerinin kanunla belirlenmesine ilişkin kural, tabii hâkim ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bunun yanı sıra HMK ile görev kurallarının kamu düzeninden olduğu ve dava şartı niteliği taşıdığı da açıkça düzenlenmiştir. Üst düzey yönetici ile şirket arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü de ancak kanunen görevli mahkeme tarafından gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda hukuk sistemimiz açısından pozitif bir dayanağı bulunmamakla birlikte sözleşme serbestisi çerçevesinde akdedilecek olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme, bu sözleşmelere maddî hukuka göre kıyasen uygulanacak kurallara göre belirlenmez.

de olsa iş sözleşmesi nedeni ile ve bu ilişki çerçevesinde akdedilmiş olduğundan iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak kabul edilmeli ve uyuşmazlığın çözümünde iş mahkemeleri görevli olmalıdır. TTK m. 4 gereğince söz konusu uyuşmazlık ticarî davaya vücut vermesine rağmen aksine hüküm bulunan hâllerde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olmadığı açıkça kanunla öngörüldüğünden, bu uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemelerini görevli kabul edilememesi gerekir. Bu yönde ayrıca bkz. Faruk Baştürk 'Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Kararlar Üzerine Bir İnceleme', Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul: Beta, 2011, s. 1539, 1549 vd.; Esra Kaşak, 'Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK m.4/1-C, 5/A; İŞMK m.3, 5/1-A Bakımından Bir İnceleme)', SÜHFD, 29/4 (2021), s. 3180 vd.; Hatice Selin Pürselim Arning, 'İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk', İstanbul: Oniki Levha, 2022, s. 105. Aksi yönde bkz. Kara, "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme", s. 58-59; Faruk Barış Mutlay ve Melih Işık, '7036 sayılı İş Kanunu Uyarınca Görev', AÜHFD, 68/3 (2019), s. 565, 586-587; Zengin, "Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", s. 805 vd.; Sinan Sarıkaya, 'Küllerinden Doğan Tartışma: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden (TBK m. 444 vd.) Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespitinde Ne Değişti Ne Değişmedi?', İnÜHFD, 12/2 (2021), s. 665 vd. Ancak önemle belirtilmelidir ki Türk Ticaret Kanunu'nun dava şartı arabuluculuğu düzenleme altına alan 5/A maddesi ile asliye ticaret mahkemesince görülen davalardan değil, bilakis ticarî davalardan bahsedildiği için uyuşmazlık iş mahkemelerinde görülüyor da olsa ticarî davalara ilişkin dava şartı arabuluculuk hükmü uygulama alanı bulur. Bu kapsamda örneğin, arabulucu yapılan başvuruyu görevlendirdiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırmalıdır. Zorunlu hâllerde bu süre en fazla iki hafta daha uzatılabilir. Aksi yönde bkz. Kaşak, 'Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı', s. 3199.

Üst düzey yönetici ile şirket arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine, niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m. 444 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi, bu sözleşmelerden kaynaklanan davaların ticarî dava olduğu sonucunu doğurmaz. Zira TTK m. 4 dikkate alındığında kanun koyucunun TBK m. 444 vd. hükümlerinden doğan davaları ticarî olarak nitelendirdiği anlaşılmaktadır. İnceleme konusu bakımından ise uyumsuzluk TBK m. 444 vd. hükümlerinden kaynaklanmamakta; aksine taraflarının üst düzey yönetici ile şirket olduğu bir sözleşmeye dayanmakta ve bu ilişkide ne üst düzey yönetici işçi sıfatını ne de şirket işveren sıfatını kazanmaktadır. Diğer bir anlatımla, somut olay açısından uyumsuzluğun kaynağı TBK m. 444 vd. hükümleri olmayıp, bu hükümler yalnızca somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır. TTK m. 4 çerçevesinde ticarî davadan bahsedilebilmesi için ise uyumsuzluğun bizatihi TBK m. 444 vd. hükümlerinden kaynaklanması gerekir. Bu nedenle üst düzey yönetici ile şirket arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzlukların ticarî davaya vücut verdiği söylenemez. Nitekim tarafları ve konusu değerlendirildiğinde uyumsuzluğun başka herhangi bir özel görevli mahkemenin görev alanına da dahil olmadığı dikkate alındığında 5235 sayılı Kanun m. 6 ile HMK m. 2 gereğince uyumsuzluğun çözümünde asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

Kanun koyucunun ticarî davalara ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir düzenleme getirmesindeki amaç, söz konusu hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyumsuzlukların “mahiyet ve bünyesi itibariyle yargıcın özel bir ihtisasına ihtiyaç gösteren meseleler”den olduğudur.¹³⁸ Bu amaç dikkate alındığında, ticarî davaların bu hususlarda ihtisaslaşmış yargı mercileri tarafından çözümlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Sermaye şirketlerinde üst düzey yöneticilik görevini üstlenen kişilerin görev süreleri boyunca ticarî işletmeye yönelik konularda ve ticarî hayatın gereklerine uygun biçimde faaliyet göstermeleri gerekir. Bu ilişkinin sona ermesinden sonra belirli bir süre için üst düzey yöneticinin şirketin faaliyet alanlarında rekabet oluşturabilecek iş ve işlemlerde bulunmasını yasaklamak amacı ile akdedilen sözleşmeyle korunmaya çalışılan menfaat, ticarî sırdır.¹³⁹ Zira rekabet yasağı sözleşmesi, üst düzey yöneticinin sadakat yükümünün bir devamı olarak öngörülmekte ve sahip olduğu görev ve statü nedeni ile şirketin faaliyet ve hesaplarına ilişkin elde ettiği bilgilerin şirket aleyhine kullanımını önlemek gayesini gütmektedir. Ticarî sırrın değerlendirilmesinin, ihtisaslaşmayı gerektirdiği yargı kararları ile kabul edilmiş¹⁴⁰ ve bu hususun asliye ticaret mahkemelerince incelenerek karara bağlanması gerektiği savunulmuştur.¹⁴¹

¹³⁸ Bkz. 6762 s. TTK Hükümet Gerekçesi III, 11, 10.

¹³⁹ Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s. 50-51; ticarî sır, bağımsız bir ekonomik değeri olan veya sahibi lehine ekonomik faaliyetlerde rekabet avantajı sağlayan, sınırlı bir çevre tarafından bilinen ve gizli kalmasında sahibinin menfaati olan her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Muhammed Sulu, Ticarî sırların Korunması. 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha 2020, s. 12.

¹⁴⁰ “...ticarî sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi, Rekabet Yasağı kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticarî bir konudur...”, Yargıtay 22 HD, 28285/18074, 21.05.2015; Yargıtay 11 HD, 16022/1405, 06.02.2015, www.legalbank.net.

¹⁴¹ İşçi ve işveren arasında TBK 444. vd. madde hükümleri çerçevesinde akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda görevli mahkemenin tespitine ilişkin olarak Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi tarafından 5235 sayılı Kanun’un 35. maddesi çerçevesinde verilen kararda bu husus, “rekabet yasağı kapsamındaki ‘ticarî sır’ kavramı, konusunda ihtisas sahibi mahkemelerce, mevcut piyasa şartları çerçevesinde tartışılıp

Kanaatimizce de sermaye şirketleri ile üst düzey yöneticiler arasında akdedilen rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin kapsamı ve ticarî sırrın ne olduğu bu konuda ihtisas mahkemesi olan asliye ticaret mahkemesince incelenmelidir. Zira çoğu zaman ticarî sırlar, şirketin mali durumu, ticarî faaliyetleri gibi üst düzey yöneticinin eski konumundan dolayı vâkıf olduğu bilgiler sebebiyle rekabet yasağına konu eylem veya işlemin ticarî hayata ilişkin olması, çıkacak uyuşmazlığın uzman mahkemelerce çözülmesini gerekli kılmaktadır.¹⁴² Nitekim rekabet yasağı kavramı dahi piyasa şartlarından bağımsız şekilde değerlendirilemeyen bir kavram olduğu için, ticaret mahkemelerinin bu davayı görmeleri daha uygundur.¹⁴³

Ne var ki Anayasa m. 142 ile HMK m. 1’de öngörüldüğü üzere, mahkemelerin görevi kanunla belirlenir ve pozitif hukukumuz açısından söz konusu uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına girdiğine ilişkin herhangi açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu kabul etmek hem yukarıda zikredilen kurallara hem de Anayasa m. 37’de düzenlenen kanunî hâkim ilkesine ve böylelikle evrensel düzeyde kabul gören tabii hâkim ilkesine¹⁴⁴ aykırılık teşkil eder. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen uyuşmazlık konusunun niteliği göz önünde bulundurularak asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu söylemek, usûl hukukuna ilişkin bir konuda hukuk yaratma niteliğini taşır; ki bu, mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesine ilişkin kurala aykırıdır. Ticarî davalara yönelik olarak kanun koyucunun amacı ile işin niteliği dikkate alındığında, inceleme konusu uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gerekmekte ise de mevcut hükümler çerçevesinde asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

SONUÇ

Üst düzey yönetici ile sermaye şirketleri arasında akdedilen rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde esas alınacak ilke ve hükümlerle bu uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin hangisi olacağı bu çalışma kapsamında tespit edilmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak üst düzey yönetici, kısaca kanunda açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte, temsil veya yönetim yetkisi kendisine kanuna uygun şekilde devredilen, şirketin tamamını temsile veya idareye yetkili olan yönetici ve murahhaslar olarak ifade edilebilir. Sermaye şirketlerindeki yönetim organı ile şirket tüzel kişiliği arasında bulunan organik bağdan farklı ve bağımsız mahiyette bir ilişkinin daha bulunduğu söylenebilir. Bu çalışma kapsamında üst düzey yönetici olarak nitelendirilen ve yönetim organını oluşturan yönetici veya müdürler ile sermaye şirketi arasındaki bu ilişkinin hukukî niteliği hakkında öğretide yoğun bir tartışma ve

değerlendirilmesi gereken ticari bir kavram olduğundan, işin Ticaret Mahkemesinde görülmesi, hakkaniyet ilkesine de uygun düşecektir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz Yargıtay 11 HD, 1534/6811, 03.12.2021, www.lexpera.com.tr.

¹⁴² Benzer görüşte bkz. Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 106; Zengin, “Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, s. 801. Bu durumda TTK m. 5/A kapsamında dava şartı ticari arabuluculuk gündeme gelecektir.

¹⁴³ Zengin, “Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, s. 801.

¹⁴⁴ Medenî usûl hukukunda tabii hâkim ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Süha Tanrıver, Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı, Makalelerim III, Ankara: Yetkin, 2016, (Anılış: Tabii Hâkim), s. 155 vd.

çeşitli görüşler bulunmaktadır. Yargıtay ve öğretinin çoğunlukla kabul ettiği görüşe göre, bu ilişki vekâlet ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Özellikle bağımlılık unsuru dikkate alındığında, bu ilişkinin hizmet/iş ilişkisi olmadığı kabulü gerekir. Ancak kanaatimizce, üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasında akdedilen ve kanunda düzenlenmeyen bu isimsiz sözleşme, esasen her iki sözleşme tipinin de özellik ve unsurlarını taşımaktadır. Bu iki tip sözleşmenin unsurlarını alışılmışın dışında bir araya getiren sözleşmenin, karışık muhtevalı akit (karma sözleşme) olarak nitelendirilmesini daha uygun bulmaktayız.

Üst düzey yöneticilerin görevlerini ifa ederken şirketle rekabet etmemesi hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda kanunî rekabet yasaklarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kanunî rekabet yasağı, yöneticilerin görev süresinin sona ermesine kadar geçerli olup sonrasında rekabet yasağına ilişkin herhangi bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır. Ancak ticarî sırların ve şirket menfaatlerinin korunması maksadı ile sözleşme serbestisi çerçevesinde rekabet yasağına ilişkin bir sözleşme akdedilebilir. Üst düzey yönetici ile sermaye şirketi arasında akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesi asıl sözleşmeye bağlı, ancak kanunda öngörülmemiş olması sebebi ile de isimsiz bir sözleşme niteliğini haizdir. Üst düzey yönetici ile şirket arasındaki hukukî ilişkide olduğu gibi, bu taraflar arasında akdedilen rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin de hüküm ve sonuçlarının kanunda açıkça düzenlenmemesi karşısında kanaatimizce bu sözleşmenin, isimsiz sözleşme tiplerinden karışık muhtevalı akit olduğu kabul edilmelidir. Üst düzey yöneticinin kendisine devredilen yönetim ve temsil yetkileri çerçevesinde belirli bir işi görmeyi üstlendiği bu ilişki bakımından, maddî hukuktan kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığın varlığı hâlinde, karışık muhtevalı akit niteliği dolayısıyla, somut olaya uygun düştüğü ölçüde sözleşmenin esaslı karakterini oluşturan işgörme edimlerini konu alan vekâlet ve hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır.

TBK m. 444 vd. hükümlerinin, sermaye şirketlerinin üst düzey yöneticileriyle yapılan rekabet yasağı sözleşmelerine kıyasen uygulanmasının, bu sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık hâlinde görevli mahkemenin tespitine ise herhangi bir etkisi bulunmaz. Zira söz konusu uyuşmazlık tarafların akdettiği sözleşmeye dayanmakta olup TBK m. 444 vd. öngörülen bir husustan doğmadığı için TTK m. 4 gereğince ticarî davanın varlığından bahsedilemez. Hangi bir özel mahkemenin görev alanına girmeyen uyuşmazlıklar, sulh hukuk mahkemesinin de görev alanına dahil değilse, asliye hukuk mahkemelerinde görülürler. Rekabet yasağı ile şirketin ticarî sırlarının korunmaya çalışıldığı ve ticarî sırrın tespitinin ihtisas mahkemelerince yapılması gerektiği dikkate alındığında, olması gereken hukuk bakımından, bu uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekir. Ancak, Anayasa'nın 142'nci maddesinde ve HMK'de açıkça hüküm altına alınan mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin kurallar ve usûl hukukunda geçerli olan kanunî hâkim güvencesi dikkate alındığında kanunen görevlendirilmeyen bir mahkemenin hukuk yaratmaya varacak bir yorum ile görevli kabul edilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. Anonim Şirket Yönetim Kurulu. 2. Baskı. İstanbul: Vedat 2016. (Anılış: Yönetim Kurulu).
- Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu. 2. Baskı. İstanbul: Vedat 2010. (Anılış: Sorumluluk).
- Akdağ Güney, Necla. "Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları". AÜHFD, 57/1 (2008): s. 1-34 (Anılış: Tazminat).
- Akkan, Mine. Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. I. 15. Baskı. İstanbul: On İki Levha 2017.
- Aktepe, Gökhan. "Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2017.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 9. Baskı. Ankara: Yetkin 2012.
- Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. 25. Baskı. Ankara: BTHAE 2019.
- Arslan Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. Medenî Usul Hukuku. 9. Baskı. Ankara: Yetkin 2023.
- Atalı Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. Medenî Usûl Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Yetkin 2023.
- Ayan, Özge. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları. Ankara: Adalet 2013.
- Aydın, Sema ve Hasan Ali Kaplan. "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3-4 (2014): s. 165-203.
- Baskan, S. Esra. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmeleri". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/2 (2012): s. 116-125.
- Baştürk, Faruk, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Kararlar Üzerine Bir İnceleme". Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul: Beta, 2011. S. 1539-1556.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. Medenî Usul Hukuku. 6. Baskı. İstanbul: Filiz 2022.
- Can, Ozan. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması. Ankara: Turhan 2011.
- Cengiz, Asena Beyza. "Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi 2019.
- Çamoğlu, Ersin. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle). 3. Baskı. İstanbul: Vedat 2010.
- Deliduman, Seyithan ve Yakup Oruç. "Ticari Davalar". MÜHF HAD, 18/2 (2012): s. 99-109.
- Doğan Yenisey, Kübra. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi". İÜHF Prof. Dr. Feyzi Şahlan'a Armağan, 74 (2016): s. 313-336.
- Eminoğlu, Cafer. Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı. 2. Baskı. Ankara: Adalet 2023.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku- Genel Hükümler. 21. Baskı. Ankara: Yetkin 2017. (Anılış: Genel Hükümler).
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku- Özel Hükümler. 4. Baskı. Ankara: Yetkin 2017. (Anılış: Özel Hükümler).
- Ertaş, Elif Melis. Alman ve Türk Şirketler Hukukuna Göre, İsviçre Hukukundan Karşılaştırmalı Notlarla, Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı. Ankara: Seçkin 2018.
- Göksoy, Yaşar Can. "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı". DEÜHFD (Özel Sayı), 9 (2007): s. 633-681.

- Grünewald, Barbara. Gesellschaftsrecht. 9.Aufl., Beck 2014.
- Gündoğan, Burhan. 'Ticari Usul Hukuku', AÜHFD. 13/1 (1956) s 172-193.
- Gündoğdu, Görkem ve Hasan Kaplan. "Anonim Ortaklık ile İşçileri Arasındaki İlişkide Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu". İÜHFM, 65/2 (2007): s. 253-274.
- Helvacı, Mehmet. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: Beta, 2002.
- Kaplan, İbrahim. "6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Düzey Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu". AÜHFD, 65/4 (2016): s. 3493-3510.
- Kara, Hacı. "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme". İMHFD, VI/11 (2021): s. 45-60.
- Karaege, Özge. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyelğine Seçilme Koşulları". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI/3 (2012): s. 67-94.
- Karasu, Rauf. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi". MÜHF HAD, 18/12 (2012): s. 311-332.
- Kaşak, Esra. "Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK m.4/1-C, 5/A; İşMK m.3, 5/1-A Bakımından Bir İnceleme)". SÜHFD, 29/4 (2021): s. 3165-3209.
- Kayırgan, Hasan. "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği". Erciyes Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 8/1 (2013): s. 247-258.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I. Ankara: BTHAE 2013.
- Kocabıyık, Sami. "Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İş Sözleşmesinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar". Legal Hukuk Dergisi, 17/200 (2019): s. 3413-3466.
- Kortaş, Arda. Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi. Ankara: Seçkin 2021.
- Kuntalp, Erden. Karışık Muhtevalı Akit. 2. Baskı. Ankara: BTHAE 2013.
- Kurt Konca, Nesibe. 'Asliye Ticaret Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü', MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği, XVII. Antalya Toplantısı, 4-5 Ekim 2019, Emsal 2021 s. 19-26.
- Kuru, Baki. Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I. Ankara: Yetkin, 2020.
- Meier-Hayoz, Arthur ve Peter Forstmoser. Schweizerisches Gesellschaftsrecht. 11. Aufl. Bern: Stämpfli 2012.
- Mutlay, Faruk Barış ve Malih Işık. '7036 sayılı İş Kanunu Uyarınca Görev'. AÜHFD. 68/3 (2019) s. 565-634.
- Pekcanitez Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. Medenî Usûl Hukuku. 11. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. Ortaklıklar Hukuku I. 13. Baskı. İstanbul: Vedat 2013. (Anılış: Ortaklıklar I).
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. Ortaklıklar Hukuku II. 13. Baskı. İstanbul: Vedat 2017. (Anılış: Ortaklıklar II).
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku. 10. Baskı. Arıkan 2005. (Anılış: Kooperatif).
- Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku Şerhi. 3. Baskı. Ankara: Adalet 2018.

- Pürselim Arning, Hatice Selin. İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk. İstanbul: Oniki Levha 2022.
- Sarıkaya, Sinan. “Küllerinden Doğan Tartışma: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden (TBK m. 444 vd.) Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespitinde Ne Değişti Ne Değişmedi?”. İnÜHFD, 12/2 (2021): s. 654-670.
- Sezgin, Ayşegül. “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”. Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan MÜHF-HAD (Özel Sayı), (2006): s. 365-381.
- Steding, Rolf. Gesellschaftsrecht. 1. Aufl. Baden: Nomos 1997.
- Sulu, Muhammed. Ticarî sırların Korunması. 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha 2020.
- Tanrıver, Süha. Medenî Usûl Hukuku, C. I. Ankara: Yetkin, 2024. (Anılış: C. I).
- Tanrıver Süha. “Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, Makalelerim III. Ankara: Yetkin 2016: s. 155-181 (Anılış: Tabii Hâkim).
- Tekinalp, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. 4. Bası. İstanbul: Vedat 2015.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha 2016.
- Thüsing, Gregor. “Nachorganschäftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern - Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”. NZG, 1 (2004): s. 9-15.
- Uşan, Fatih. “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”. Sicil, (2011): s. 116-128.
- Ünal, Akın. Kelepçeleme Sözleşmeleri. 2. Baskı. Ankara: Adalet 2017.
- Ünal Adınır, Canan. İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha 2023.
- Zengin, İbrahim Çağrı. “Pazarlamacının-ve İşçinin-Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”. İÜHF, LXXV/2 (2017): s. 719-812.

EXTENDED SUMMARY

DISPUTES ARISING FROM THE NON-COMPETE AGREEMENT BETWEEN EQUITY COMPANIES AND SENIOUR MANAGERS AND COMPETENT COURT

Nevin Meral, Assist. Prof.

Ankara Yıldırım Beyazıt University, n.meral@aybu.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-6205-2680>

Nurbanu Erzurumlu Işık, Assist Prof.

Ankara Yıldırım Beyazıt University, n.erzurumlu.isik@aybu.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-1359-2378>

Equity companies tend to sign non-compete agreements with their executive managers as they receive in time very sensitive information regarding the company and its business in practice, yet this specific agreement is not regulated under any law. Obviously not all managers can have commercial secrets, but only senior managers. Although there exists no definition of a senior manager in the Turkish Commercial Code no. 6102, there are other various definitions provided in other regulations, none of which seems to meet the meaning of the concept of senior managers in company law. In order to determine the meaning of the concept of a senior manager, it is possible to say if the duty he fulfils is important and he exercises his authority over the whole company, then he is deemed to be a senior manager. Considering these features, we can safely state that every member of the board of directors or managers, managers whom the authority to represent and to manage the company are transferred and granted (person-organ) constitute to senior managers.

The relationship between organs, both board-organ (board of directors in joint stock companies and board of managers in limited liability companies) and person-organs, and the company is of organic nature; yet there remains a longstanding debate regarding the relationship between individual senior managers and the company in the literature. Though there is no regulation regarding it, the second relationship between individual managers and the company is accepted to be contractual. The offer is deemed to be made by the general assembly of the equity company while the acceptance is made by the senior manager, upon which the contract is concluded. As seen, this contractual relationship is based completely on the contract, but not on the code and is different from the organ relationship.

Some different arguments have been made as to the legal nature of the contractual relationship between senior managers and equity companies. Especially the school arguing for the power of attorney agreement is widely accepted in the Turkish literature, as well as in the court decisions. They simply argue that the managers are

representatives of the company. The other popular opinion argued for in the literature is based on service contracts, stating basically that senior managers provide their services for the company. We argue here that this contract includes characteristic features of both power of attorney agreement and service contract in an untraditional manner. Hence in our opinion, this contract is of the nature of mixed contracts, constituting to no typical contracts regulated under the TCoO. In case that there appears to be no provisions provided in the contract regarding a matter, the provisions of the typical contract regulated in the codes, which gives its essential character to the contract at hand, can be applied by analogy in a dispute.

In practice, equity companies most often provide non-competition clauses in their contract with senior managers as non-competition provisions regulated in the codes are only valid for a period during the occupation of such position. Yet, after the termination of this contractual relationship, it becomes quite important to prevent managers, especially senior ones at that, from exploiting the sensitive information, trade secrets for their own interest. Therefore, non-compete agreements have become popular tools to prevent senior managers from competing with the company in the same business field after they leave the company. However, this type of non-compete agreements are not typically regulated in the code, so we argue here that these agreements are also of mixed contracts. In this context, it is possible to apply by analogy the provisions regulated in the art. 444 et seq of TCoO, which provides non-competition of employee in service contracts. These articles seem to act as a “legal filter” for the non-compete agreements of senior managers. From this perspective, non-compete agreements signed between senior managers and equity companies should not provide for imbalance of interests of both parties; should not limit extremely and excessively the venue, the period of time and the business area of senior manager’s freedom to work. Otherwise, the agreement will be deemed to be void based on immorality.

As to all disputes arise out of non-compete agreement of senior managers, the competent court can also be determined based on its legal nature. According to the art. 4 of TCC to name a case as commercial, the dispute should be directly accepted as so by the TCC, or the parties should operate a commercial enterprise under their own name. However, because the senior managers are not merchants and they do not operate any enterprises, disputes regarding their duties are not of commercial nature. Therefore, in our opinion, commercial courts should not be considered here to be competent courts for these disputes. On the other hand, senior managers are not employees of the companies, unless otherwise agreed upon in the contract, so we state that labour courts should not be the competent courts, either. Still, one should not forget the importance of commercial sensitive information and the necessary expertise to determine trade secrets in commercial cases. We conclude here in this paper that the disputes arisen out of non-compete agreements of senior managers should be heard by main civil courts *de lege lata*, yet main commercial courts should be competent to hear this dispute *de lege ferenda*.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ALENİYET İLKESİ VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA SES VEYA GÖRÜNTÜLERİN KAYDA ALINMASI SUÇU (TCK M. 286)

THE CRIME OF RECORDING AUDIO OR VISUALS (TPC ARTICLE 286) WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF PUBLICITY AND FREEDOM OF PRESS

Öğr. Görevlisi Aslı Aydın *

ÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 286. maddesi, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntülerin yetkisiz olarak kayda alınması veya nakledilmesini suç olarak tanımlamaktadır. Bu suç, teknolojinin ilerlemesiyle birlikte daha da yaygın hale gelmekte ve hem özel hayatın gizliliği hem de adil yargılanma hakkı ile masumiyet karinesine yönelik bir tehdit oluşturma ihtimalini taşımaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 183. maddesiyle doğrudan ilişkili olan bu madde, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda, sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanımının yasaklanması hususunda yardımcı niteliktedir. Çalışmada yargılama hukukunun önemli unsurlarından biri olan aleniyet ilkesinin amaçları ve sınırları açıklanacak, sonrasında ise basın özgürlüğü kapsamında TCK'nın 286. maddesinde yer alan suçun bu özgürlüğün ve aleniyetin sınırları kapsamında olup olmadığı değerlendirilecektir. Ardından; TCK'nın 286. maddesindeki suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer, fail, mağdur, suçun maddi konusu, suçu oluşturan tipik fiil, manevi unsur, hukuka uygunluk sebepleri, teşebbüs, iştirak ve içtima kapsamında bir inceleme yapılarak son olarak kovuşturma ve yaptırım konusuna değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Adliyeye Karşı Suçlar, Aleniyet İlkesi, Basın Özgürlüğü, Ceza Muhakemesi.

* Ufuk Üniversitesi Meslek Yüksekokulu; Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

📞 0000-0001-9532-9754 ✉ asli.aydin@ufuk.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International

ABSTRACT

Article 286 of the Turkish Penal Code No. 5237 defines the unauthorized recording or transmission of audio or images during investigation and prosecution proceedings as a crime. This crime is becoming more common with the advancement of technology and may pose a threat to both the privacy of private life, the right to a fair trial and the presumption of innocence. This article, directly related to Article 183 of the Criminal Procedure Code No. 5271, assists in banning the use of devices that enable audio or images recording or transmission within the courthouse and in the courtroom after the hearing has started. In the study, the purposes and limits of the principle of publicity, which is an important element of procedural law, will be explained. Then, the crime defined in Article 286 of the Turkish Penal Code within the scope of freedom of the press and whether it falls within the limits of this freedom and publicity will be evaluated. An examination will be conducted regarding the legal value aimed to be protected, the perpetrator, victim, subject of the crime, typical act that constitutes the crime, moral element, the reasons for compliance with the law, attempt, participation and association, and finally the issue of prosecution and sanction will be touched upon defined in Article 286 of the Turkish Penal Code.

Keywords: Recording Audio or Visuals, Crimes Against The Judiciary, Principle Of Publicity, Freedom Of The Press, Criminal Procedure.

GİRİŞ

“Ses veya görüntülerin kayda alınması” suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun¹ İkinci Bölümünde yer alan “Adliyeye Karşı Suçlar” başlığı altında 286. maddede düzenlenmiştir. Tek fıkradan oluşan maddede; “Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” demek suretiyle bir suç tipi oluşturulmuştur. Bu suçun, 285. maddede yer alan “Gizliliğin ihlali” suçuna ceza muhakemesinin işleyişine ilişkin olmak açısından benzer bir yönü bulunmakla birlikte, esasen tamamen farklı bir amaca yönelik olarak ve soruşturma ya da kovuşturma aşamasındaki işlemlerin ses ya da görüntü şeklinde kaydedilmesi veya nakledilmesini yasaklaması yönüyle 285. maddeden ayrılmaktadır². 765 sayılı TCK’de yer almayan bu suç, ilk defa 5237 sayılı TCK’de düzenlenmiştir³.

Madde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun⁴ 183. maddesiyle doğrudan ilişkilidir. CMK’nın 183. maddesinde; “180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196 ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır.” hükmü düzenlenmiştir ve bu suçla esasında CMK’daki bu yasağa uyulmasının sağlanması amaçlanmıştır. Dolayısıyla CMK’nın 183. maddesinde yer alan düzenlemedeki hareketlerin TCK’nın 286. maddesindeki hareketleri de kapsar şekilde gerçekleştirilmesi halinde bu kişilerin cezalandırılması söz konusu olacaktır⁵.

I. ALENİYET İLKESİ VE İSTİSNALARI

Ceza muhakemesine tarihsel açıdan bakıldığında, yargılamaların kapalı kapılar ardında yapılması insan hakları bakımından olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Ceza hukukundaki insan hakları odaklı gelişmeler neticesinde ise ceza muhakemesinde aleniyet ilkesi uluslararası mecrada kabul edilen ve uygulanan bir ilke haline gelmiştir⁶. Esasında itham sisteminin bir sonucu

¹ Resmi Gazete. Tarihi 12.10.2004, Sayı 25611. Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

² Çalışma TCK’nın 286. maddesini ilgilendirdiğinden, kapsamın aşılması adına TCK’nın 285. maddesine ilişkin detaylı bilgiler için bkz. Sedef Pelin Gürlek, “Soruşturmanın Gizliliği Gerekeçisi ile Yayın Yasağı”, *İstanbul Barosu Dergisi* 90/4, (2016), (s. 227-246). Güneş Okuyucu-Ergün, “Soruşturmanın Gizliliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59/2 (2010), (s. 243-275). Senanur Tunçak, “Suçsuzluk Karinesini Bir Koruma Yöntemi Olarak Gizliliğin İhlali (TCK. m. 285) Suçu”, *TİHEK Akademik Dergisi* 2/3, (2019), (s. 69-93). Aykut Ersan, “Gizliliğin İhlali Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi* 22 (2013), (s. 117-145).

³ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Millile ve Devlete Karşı Suçlar*, Ankara: US- A Yayıncılık, 2016, (s. 230). 5237 sayılı TCK’da bu düzenlemenin yer almasının, ceza kanunundaki reform çalışmalarının bir sonucu olarak masumiyet karinesine vurgu yapılmasını amaçladığı hakkında bkz. Pınar Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliyeye Karşı Suçlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, (s.395).

⁴ Resmi Gazete Tarihi 17.12.2004, Sayı 25673. Bundan sonra CMK olarak anılacaktır.

⁵ Yener Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2021, (s. 537). Hafizoğulları ve Özen, *Millile ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 230).

⁶ Handan Yokuş Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, (2004), (s. 747). Hamide Zafer, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, *Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi*, (1999), (s. 765). Aleniyet ilkesi doğrudan ve dolaylı olarak karşımıza çıkmaktadır. Doğrudan aleniyet, herkesin duruşma salonunda hazır

olan ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması açısından çeşitli güvenceler sağlayan aleniyet ilkesi, duruşmaların herkes tarafından izlenebilmeye imkân veren bir niteliğe sahip olmasını sağlamıştır⁷.

Aleniyet ilkesi; ceza muhakemesinin şekline ilişkin bir ilke olup tehlikeli kişilerle ilgili olsa bile, yargılamanın ve duruşmaların herkesin girebileceği yerlerde yapılması suretiyle hükmün ve kararın tefhiminin aleni olması anlamına gelmekte ve adil yargılanma ilkesinin bir unsuru olarak kabul edilmektedir⁸. Bu ilke; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrası, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin birinci fıkrası ve Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir⁹. Anayasa'nın 141. maddesinde “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla bu ilkenin, aynı zamanda bir Anayasal ilke olduğunu söylemek mümkündür. Aynı şekilde CMK'nın 182. maddesinin birinci fıkrasında da “Duruşma herkese açıktır.” denerek burada da aleniyet ilkesi ifade edilmiş, yargılamaların adil ve dürüst bir şekilde yapılmasının sağlanması amaçlanmıştır¹⁰. Bunun yanında, hükmün açık duruşmada tefhimi gerekliliği de hem CMK'nın 182. maddesinde hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ifade edilmiştir¹¹.

Esasında bu ilkenin amacı; adli mekanizmanın işleyişini herkese açarak hem kamusal bir denetim yapmak hem de yargılamada şeffaflığı sağlayarak keyfiligi önlemektir. Bu yolla toplum nezdinde mahkemelere olan güvenin korunması sağlanabilecek ve gizlilikten kaynaklanabilecek adil yargılama hakkı ihlallerinin önüne geçilebilecektir¹². Dolayısıyla aleniyet ilkesi, hukuk

bulunabilmesini ifade etmekten dolayı aleniyet de duruşma salonunda hazır bulunan kişilerin duruşma esnasında olan biteni duruşma salonu dışında açıklayabilmesi anlamına gelmektedir. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 18. Bası, 2020, (s. 785). Uğur Ersoy, *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021. (s. 27-29).

⁷ Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2020, (s. 409). Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 21. Baskı, 2021, (s. 49).

⁸ Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, s. 748, Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 19. Baskı, 2022, (s. 87). Bahri Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2023, (s. 124, 130). Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2023, (s. 489). Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2021, (s. 199). Ersoy'a göre aleniyeti, yargılamanın tarafları dışında kalan herkese açık olmak şeklinde algılamak gereklidir, zira yargılamanın taraflarına karşı yargılamanın aleni yapılması zaten gereklidir. Bkz. Ersoy, *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (s. 21).

⁹ Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, (s. 749). Zafer, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, (s. 765). “Universal Declaration of Human Rights (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi)”, son güncelleme 14.02.2024, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. “European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)”, son güncelleme 14.02.2024, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. “International Covenant on Civil and Political Rights (Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi)”, son güncelleme 14.02.2024, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹⁰ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 87). Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 130). Kovuşturma aşamasında aleniyet ilkesi kabul edilmişken, soruşturma aşamasında gizlilik esastır. Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 540).

¹¹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 557).

¹² Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 89). Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 540). Ersoy, *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (s. 23-26).

devletinde olmazsa olmaz niteliktedir ve adil yargılanma açısından da güvence teşkil etmektedir. Bu ilkeye uyulmamasının sonucu hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi gereği hukuka aykırılık hem de CMK'nın 289. maddesi gereği mutlak bir temyiz nedeni olarak kabul edilmiştir¹³. Ayrıca aleniyet ilkesi, duruşmalarda kişilerin gördükleri ve duydukları bilgileri aktarabilmelerini de içermektedir. Ses veya görüntü kaydı sorunu da bu aşamada gündeme gelmektedir¹⁴.

Aleniyet ilkesi, herkesin sözlü duruşmalara katılıp izleyebileceği anlamına gelmekle birlikte; duruşmaların alenen yayınlanması olarak anlaşılmalıdır¹⁵. Bu ilke, mutlak değildir ve özel hayatın korunması, devlet güvenliğinin tehlikeye sokulması, tanığın özel yaşamına ilişkin korunması gereken hususların tehlikeye düşmesi ya da başka bazı önemli nedenler gibi istisnai durumlarda askıya alınabilmektedir¹⁶. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin birinci fıkrasında da bu ilkeye istisnalar getirilmiştir¹⁷. CMK'nın 187. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.*” denerek aleniyet ilkesine bir istisna getirilmiş ve duruşma içeriğinin yayımlanmasının hangi hallerde kısmen veya tamamen yasaklanacağı düzenlenmiştir. Duruşmanın açık veya kapalı yapılması, bu yasak açısından bir fark teşkil etmez. Ancak özellikle, kapalı yapılan duruşmaların içerikleri hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz. CMK'nın çeşitli maddelerinde de aleniyele ilişkin bazı kısıtlamalar getirilmiştir¹⁸.

¹³ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 87, 557). Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılama-
masında Aleniyet İlkesi”, (s. 747). Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16.
Baskı, 2019, (s. 524). Aleniyet ilkesinin medeni usul hukukundaki amaçları konusunda detaylı bilgi için bkz.
Hakan Pekcanitez, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara: Türkiye
Barolar Birliği Yayını, 1999, (s. 637-639). Duruşmanın disiplini ve hakimlerin bağımsızlığı açısından bazı ülke-
lerde duruşma sırasında film, ses ve görüntü alınmasının istisnasız olarak yasaklanmasının söz konusu olduğu
ifade edilmiştir. Pekcanitez, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, (s. 649).

¹⁴ Zafer, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, (s. 765). Medeni usul hukukunda, yargılamanın disiplin
ve ciddiyetinin sağlanabilmesi açısından ses veya görüntü kaydı alınmasının aleniyet ilkesine aykırı olmadığı kabul
edilmektedir. Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 15.
Baskı, 2017, (s. 897). Ses veya görüntü kaydının, duruşmada hakikate ulaşılmasını engelleyebileceği veya tehlikeye
düşürebileceği ihtimali nedeniyle, duruşma esnasındaki açıklama ve ifadelerin doğruluğunu sağlamak amacıyla
birçok ülkede yasaklandığı ifade edilmektedir. Pekcanitez, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, (s. 648).

¹⁵ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2021, (s.
745). Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 200). Herkese açık olan duruşmalarda
olan bitenlerin basın yoluyla yayınlanmasının serbet olması gerektiğine dair bkz. Nevzat Toroslu ve Metin Feyzi-
oğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 337).

¹⁶ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 88). Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılama-
sında Aleniyet İlkesi”, (s. 753). Ayrıca, duruşma salonunun fiziki yeterliliği de aleniyet ilkesini sınırlandıran bir durum
olarak ifade edilmiştir. Zira salonun alabileceği kadar insanın duruşmayı izlemesi, diğerlerinin ise fiziki imkanlar
nedeniyle salona alınamaması, dolaylı da olsa, aleniyet ilkesinin sınırlandırılması durumunu ortaya çıkarabilecektir.
Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 489).

¹⁷ Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılama-
sında Aleniyet İlkesi”, s. 753. Zafer, “Medya Özgürlüğü ve
Adli Haberlerin Verilişi”, (s. 766). “International Covenant on Civil and Political Rights (Birleşmiş Milletler
Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi)”. “European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleş-
mesi)”.

¹⁸ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 88). Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 489-
491).

Örneğin; CMK'nın 182. maddesinde düzenlenen ihtiyari kapalılık halleri ve CMK'nın "Zorunlu kapalılık" başlıklı 185. maddesi gereğince "Sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır." hükümleri bu kısıtlamalar arasındadır¹⁹.

CMK'nın 183. maddesi her ne kadar aleniyet ilkesinin doğrudan kısıtlanması gibi görünmese de esasında duruşma salonunda sesli veya görüntülü şekilde kayıt yapılmasını ya da bunların nakledilmesini engellediği için aleniyet ilkesine bir sınırlama niteliğindedir²⁰. CMK'nın 183. maddesinde; "180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196 ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır." hükmü düzenlenmiştir. Madde açık bir şekilde adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda sesli ve görüntülü şekilde kayıt yapılmasını ve bu kayıtların nakledilmesini sağlayacak aletlerin kullanılmasını yasaklamıştır²¹. Burada amaç; sanıkların veya tanıkların ün kazanması ya da sanıkların daha ağır bir şekilde lekelenmelerinin önüne geçmek ve hâkimin bağımsızlığını korumaktır²². Ayrıca duruşma salonunda sükûneti sağlamak, savunmanın güçleşmesinin önüne geçmek, mahkeme salonuna şiddet getirilmesini engellemek amaçlarının bulunduğu ifade edilerek bu yasağın gerekçeleri açıklanmıştır²³.

Adliye bahçeleri, adliye binalarının bütünleyici parçası olarak kabul edildiğinden, buraların da yasak kapsamında kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁴. Öğretilde, adliyelerde bulunan güvenlik kameralarının bu yasağı ihlal edip etmeyeceği hususu tartışmalı olmakla birlikte; CMK'nın 183. maddesinin açık hükmüne bakıldığında güvenlik durumunun istisna

¹⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 558).

²⁰ Aynı yönde bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 90). Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 491). Aksi yönde Sesim Soyer Güleç, "Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak 'Halka Açıklık' İlkesi", *Ceza Hukuku Dergisi* 2/5, (2007), (s. 95). Mert Ülgen, "Crime of Recording Audio or Visual Media (Article 286 of the Turkish Criminal Code)" *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 11/1, (2023), (s. 97). Soyer Güleç'e göre, basın mensupları duruşmalarla ilgili bilgileri farklı birçok şekilde öğrenebileceğinden, bu düzenlemenin aleniyet ilkesine aykırı olduğu ve basın özgürlüğünü sınırlandırdığı, özgürlüğün özüne zarar verildiği söylenemez. Soyer Güleç, "Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak 'Halka Açıklık' İlkesi", (s. 95).

²¹ Madde metninden, duruşma başlamadan önce duruşma salonunun sesli ve görüntülü olarak kaydının alınabileceği yönünde bir çıkarım yapılabilecek olsa da, kanunun amacına yönelik yorum yapıldığında, bu durumun da yasak kapsamında kabul edilmesi gerektiği, duruşma salonu da adliye binası içinde bulunduğundan sesli ve görüntülü kayıt yapan veya nakil imkanı sağlayan aletlerle görüntü alınamayacağı kabul edilmesi, lafza değil amaca yönelik yorum yapılması gerektiği yönündeki düşünce için bkz. Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 200, 1158). Makalenin konusu olan suç tipi açısından bakıldığında da, bu eylemin TCK'nın 286. maddesinde yer alan suça vücut vereceği söylenebilecektir.

²² Toroslu ve Fezyioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 335). Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 786). Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 744.)

²³ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 491).

²⁴ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2007, (s. 410). Genişletilmiş aleniyet olarak adlandırılan bir aleniyet türünde ise, duruşma salonunun fiziki imkanlarının izleyiciler için yetersiz kalması durumunda duruşmanın eş zamanlı olarak ses ve görüntü kaydı alınarak dışarıda teknik araçlar vasıtasıyla yayınlanmasının mümkün olabileceğine ilişkin görüş için bkz. Nesibe Kurt Konca, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması" *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, 4/2, (2014), (s. 70).

tutulmadığı, dolayısıyla güvenlik kameralarının da bu maddeye aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir²⁵.

CMK'da bu yasağa ilişkin bazı istisnalar da mevcuttur. Bunlar; CMK'nın 180. maddesinin beşinci fıkrasına göre, tanık ve bilirkişinin naip hâkim veya istinabe yoluyla dinlenmesi, CMK'nın 196. maddesinin dördüncü fıkrasına göre sanığın istinabe yoluyla sorguya çekilmesi esnasında görüntüsünün ve sesinin aktarılması halleridir. Bu haller CMK'nın 183. maddesinde açıkça yer almaktadır²⁶.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda²⁷ da duruşma esnasında kayıt ve yayın yasağına ilişkin düzenlemeler ve istisnaları yer almaktadır. HMK'nın "**Kayıt ve yayın yasağı**" başlıklı 153. maddesinin 1. fıkrasında, duruşma sırasında fotoğraf çekilemeyeceği ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. İstisnai olarak ise, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkeme tarafından çekim yapılabileceği ve kayıt alınabileceği ifade edilmiştir²⁸. Maddenin 3. fıkrasında yer alan "*Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 286'ncı maddesi hükümleri uygulanır.*" hükmü gereğince de TCK'nın 286. maddesi uygulama alanı bulmaktadır²⁹.

II. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE KISITLANMASI

Haber, düşünce ve kanıları serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı ile bunları serbestçe yayabilmek hakkı, iletişim özgürlüğü ve özel olarak basın özgürlüğünün temel öğelerinden kabul edilmektedir³⁰. İletişim özgürlüğü, her türlü haber, düşünce ve kanaatin serbestçe öğretilmesi ile toplanabilmesi ve yayılabilmesini beraberinde getirmektedir³¹.

Türk hukukunda basın özgürlüğü, temelini Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan "**Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti**"nden almaktadır. Ancak bu özgürlük de diğer tüm temel hak ve özgürlükler gibi mutlak ve sınırsız değildir. Bunun nedeni, temel hak ve özgürlüklerin sınırsız bir şekilde kullanılmasının, başkalarının temel hak ve özgürlüklerine zarar verebilme

²⁵ Bu konudaki detaylı bilgi için bkz. Başak Oya İşcan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Halka Açıklık İlkesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015, (s. 114 – 117).

²⁶ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 560). Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 492). Mahkemenin basına vermeden daha sonra kendi kullanımı için görüntü kaydı alınmasına karar vermesi mümkündür ve yasağın ihlali olarak kabul edilmez. Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", (s. 655).

²⁷ Resmi Gazete Tarihi 4.2.2011, Sayı : 27836. Bundan sonra HMK olarak anılacaktır.

²⁸ Birinci fıkranın devamında, mahkemece yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanağın, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayınlanamayacağı da ayrıca düzenlenmiş ve bu şekilde koruma altına alınmıştır.

²⁹ HMK'da yer alan "Kayıt ve yayın yasağı" başlığı ile CMK'da yer alan "Ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması" başlığının terminolojik olarak birbiriyle uyumlu olmaması eleştirilmiştir. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 395). Çalışmanın kapsamını aşmamak adına HMK ile ilgili hükümlere bu kadarıyla yer verilmiştir. Detaylı bilgi ve düzenlemeyle ilgili çeşitli eleştiriler için bkz. Ersoy *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (s. 46-49).

³⁰ Sulhi Dönmezer ve Köksal Bayraktar, *Basın Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 6. Baskı, 2016, (s. 225).

³¹ Kayıhan İçel ve Yener Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 9. Baskı, 2012, (s. 58-62). Dönmezer ve Bayraktar, *Basın Hukuku*, (s. 225).

ihtimalinin bulunmasıdır³². Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 26. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında ve Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün ya da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün hangi şartlarda kısıtlanabileceği düzenlenmiştir³³. Hem Anayasa'da hem de uluslararası metinlerde yer alan bu istisnai durumlar dikkate alındığında; ifade ve basın özgürlüğü de özgürlüğün özünü zedeleyici nitelikte olmamak kaydıyla, diğer üstün yararların zarar görmesinin önüne geçmek amacıyla kısıtlanabilecektir. Adaletin amacına uygun olarak işleyebilmesi de basın özgürlüğünün kısıtlanabileceği hallerden biridir³⁴.

Her ne kadar basın mensuplarının basın ve ifade özgürlüğü haklarını kullanmaları bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etse de bunun bir sınırı bulunmaktadır³⁵. Söz konusu hak kullanılırken bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Bu koşullar; yayında haber niteliğinin bulunması, haberin gerçeğe uygun olması ve haberin nesnel ölçüler içinde verilmesidir³⁶.

Basın özgürlüğü kaynağını Anayasa'nın 26. maddesinden almaktadır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, bir başka deyişle ifade özgürlüğü kapsamında, medyanın özgür biçimde düşüncenin açıklanmasına aracı olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, medya aracılığıyla kişilerin özel hayatlarının ve hukuki açıdan da şüpheli ya da sanıkların haklarının ihlal edilmesi veya ceza yargılamasının etkilenmesi gibi sonuçlar da ortaya çıkabilmektedir³⁷. Dolayısıyla adil

³² İçel ve Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, (s. 67). Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 756). Yargıtay'ın basın özgürlüğünün diğer temel hak ve özgürlükler gibi mutlak ve sınırsız olmadığına ilişkin kararı mevcuttur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1987/2077, K. 1987/3267, T. 28.04.1978'den aktaran Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 756).

³³ "European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)". "Universal Declaration of Human Rights (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi)".

³⁴ Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 758). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında haber verme hakkını da kapsayan ifade özgürlüğünün, adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için sınırlanabileceği düzenlenmiştir. "European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)". Basın özgürlüğünün kısıtlanması hallerinden biri olan yayın yasakları hakkında, 5187 sayılı Basın Kanunu çerçevesinde detaylı bilgiler için bkz. Denizhan Horozgil, "İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2, (2012), (s. 150-158).

³⁵ Bu sınırlar; haberin gerçek olması, olayla haber arasında fikri nedensellik bağının bulunması, yayının ağır kusurlu davranış niteliğine bürünmemesidir. Çetin Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999, (s. 252-253).

³⁶ Özellikle yayında haber niteliğinin bulunması şartı açısından adli haberlerin kamusal niteliğinin de bulunduğu hususu göz önüne alındığında burada ilgililerin kişilik haklarının zedelenmemesi için özel bir çaba sarf edilmesi gerekmekte ve ayrıca burada bir dengenin kurulması gerekmektedir. Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 761-762). Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, (s. 254). Bu şartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, (s. 249 vd). Dönmezer ve Bayraktar, *Basın Hukuku*, (s. 224-248).

³⁷ Nur Centel, "Dürüst Yargılanma ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü". *AÜSBF Dergisi*. 48/3 (1994), (s. 58). Medyanın duruşmaları takip ederek sanıkların sözlerini ve görüntülerini yayınlamak toplumda yargısız infaza neden olması, bu şekilde haber verme sınırlarını aştığı, özellikle suç haberlerini reyting kaygısı ve toplumun duygularını sömürmek amacıyla verdiği ve kişileri kamuoyu nezdinde suçlu göstererek masumiyet karinesini ihlal ettiği düşüncesi de savunulmaktadır. Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 751). Alman hukukunda "**şüphe haberi verme yetkisi**" olarak adlandırılan, basının, suç işlendiğine dair başlangıç şüphesinin ortaya çıktığı çerçevede ve basın özgürlüğüne dayanarak bu aşama hakkında haber yapabilmesi mümkün kabul edilmiştir. Bu durumlarda, basın mensuplarının ilgililerin itibarına zarar vermemek adına, özen yükümlülüğüne

yargılanmanın etkilenme ihtimali nedeniyle, bu konuda bazı yasaklar getirilmesi zorunlu hale gelmiştir. CMK'nın 183. maddesi ile TCK'nın 286. maddesi de basın özgürlüğünü bu açılardan kısıtlamakla birlikte, esas amaç, adil ve dürüst bir yargılamanın yapılabilmesine olanak sağlanmasıdır.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda açıkça düzenlenmeyen, ancak Kanun'un 377. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hüküm gereğince; kişilerin şeref, haysiyet ve haklarının ihlal edilmesi gerekçesiyle ses ve görüntülerin yayınlanmasının yasaklanabilmesi mümkündür. Hangi hallerin bu yasak kapsamında kabul edilebileceğini hâkim takdir etmekteydi³⁸. Aynı Kanun'un 378. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca ise, duruşmanın disiplinini sağlamak başkanın görevi olduğundan, başkan duruşmanın disiplinini bozan her kişiyi, mahkeme salonundan çıkarabilmekteydi ve bu nedenle mahkeme salonunda basın mensuplarının ses veya görüntüleri kaydedip kaydetmemelerine mahkeme başkanı tarafından karar verilmekteydi³⁹.

5271 Sayılı CMK ile hem doğrudan ses veya görüntülerin kaydedilmesinin ya da nakledilmesinin yasaklanması, hem de TCK'nın 286. maddesinde bu yasağa aykırı hareket edenlerin cezalandırılmasına ilişkin hükümlerle, adil yargılanma hakkı başta olmak üzere, adliyenin işleyişi, güvenliği ve saygınlığı gibi birçok kurumun korunması sağlanacaktır⁴⁰. Öğretideki görüşler hem sanığın lekelenmeme hakkının hem de özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla aleniyet ilkesinden vazgeçilebileceği düşüncesiyle bu yöndeki düzenlemelerin mevcudiyetini savunmaktadırlar⁴¹.

Özellikle basının haber verme hakkıyla hâkim ve mahkemelerin etki altında kalmadan, adil yargılanma ilkesine uyarak yargılama yapmaları gerekliliği kıyaslandığında; adil yargılanma hakkının daha üstün tutulabileceği ifade edilmektedir⁴². Kanımızca da yukarıda yer alan

uyumaları gerekmektedir. Konuyla ilgili bkz. Christian – Alexander Neuling, "Ceza Adaleti ve Medya – Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa 'Adli Susma Yükümlülüğü' mü?", *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7: Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (çev. Yener Ünver), Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, (s. 231-232).

³⁸ Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 771).

³⁹ Centel, "Dürüst Yargılanma ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", (s. 62). 1412 sayılı CMUK'da buna ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. Sevük, "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", (s. 760, 762). Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 772).

⁴⁰ Sevük, "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", (s. 760). Dönmezer ve Bayraktar, *Basın Hukuku*, (s. 252).

⁴¹ Sevük, "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", (s. 760). Özellikle duruşma esnasında salondaki kamera veya mikrofonlardan hem duruşmanın taraflarının hem de hâkimlerin etkilenmeleri mümkün olmakla birlikte, bu unsurlar medya tarafından izlenen hâkim ve savcılar üzerinde de psikolojik bir baskı yaratabilecek niteliktedir. Dolayısıyla bu durumlar; hâkimlerin verdikleri kararlarda serbestçe delilleri değerlendirebilme ve adil yargılamanın sağlanabilmesi açısından olumsuz sonuçlar yaratabilecek niteliktedir. Aynı şekilde sanıkların veya mağdurların da mikrofon önünde veya kameralar karşısında konuşmak zorunda kalması da özellikle sanıkların savunma hakkını zedeleyebilecek ve kişileri psikolojik baskı altında bırakabilecektir. Zafer, (s. 764-765). Hüküm kesinleşinceye kadar bireyin kamuoyuna suçlu olarak yansıtılmaması gerektiği ve bunun masumiyet karinesinin bir sonucu olduğu yönündeki görüş için bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 195).

⁴² Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", (s. 771). Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", (s. 656). Basının duruşma salonunda ses veya görüntü kaydı yapamaması, fotoğraf çekememesi basın özgürlüğü ile çelişmeyeceği, zira basının duruşmaları herkes gibi rahatlıkla izleyerek takip edebileceği, duruşma

uluslararası metinler ve Anayasa hükmü dikkate alındığında, basının haber verme özgürlüğünün soruşturma veya kovuşturma aşamalarında belirli şartlar dahilinde, adil yargılamanın korunması gerekliliği de dikkate alınarak, kısıtlanabilmesinin mümkün olduğunu söylemek gerekecektir.

Basın mesleği mensuplarının soruşturma veya kovuşturma aşamasında ses veya görüntülerin kayda alınması konusunda basın özgürlüğü çerçevesinde yetkili olup olmadıkları hususunu ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. TCK'nın 286. maddesine göre; soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki işlemlerin yetkisiz bir şekilde kaydedilmesi ya da nakledilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Basın özgürlüğü kapsamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi ile basın mesleği mensuplarının hukuka uygunluk sınırlarını aşmadıkları sürece yetkili oldukları ve dolayısıyla da fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı söylenebilecektir. Zira haber verme hakkı kapsamında; gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık ve ölçülülük şartlarını taşıyan eylemler hukuka uygun kabul edilmektedir⁴³. Bununla birlikte, haber verme hakkının dayanağı olan Anayasa'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasında, basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasa'nın 26. maddesindeki hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Yukarıda da açıklandığı gibi, basın özgürlüğü bu kapsamda yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabilmektedir. Dolayısıyla, hem CMK'nın 183. maddesinde hem de TCK'nın 286. maddesinde yer alan düzenlemeler doğrudan bu amaçla ve sınırlandırmayla ilgili olduğundan, her ne kadar basın mensuplarının haber verme hakkı kapsamında kalan fiilleri hukuka uygun kabul edilebilecekse de TCK ve CMK'nın ilgili maddeleri gereği, hakkın sınırlanması mümkün olabilecektir.

III. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDEKİ DURUM

Ses veya görüntülerin kayda alınmasına ilişkin olarak çeşitli ülkelerdeki düzenlemelere bakıldığında; İspanya ve Polonya'da halkın haber alma ihtiyacını karşılamak ve bazen de eğitim amacıyla kimi duruşmaların kayda alındığı veya kısmi olarak televizyonda yayınlandığı ifade edilmiştir⁴⁴. İtalya'da duruşmanın ciddiyetine ve kurallara uygunluğuna engel teşkil etmemek şartıyla ve taraflar kabul ederse, toplumsal menfaatin de olması durumunda ise rıza aranmaksızın kısmen veya tamamen duruşmada fotoğraf, video çekilmesi ya da televizyon ve radyo yayını yapılmasına hâkim tarafından izin verilebilmektedir⁴⁵.

Fransa'da adli bir arşiv oluşturmak amacıyla televizyon kayıtlarına istisnai olarak izin verilmektedir⁴⁶. Bunun dışında, Fransız Basın Kanunu'nun 38ter maddesinde, duruşmaların

konusu ile ilgili haber yapabileceği hakkında bkz. Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", (s. 655-656).

⁴³ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 4. Bası, 2017, s. 372. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 11. Baskı, 2020, (s. 349-352). Ayrıca basının duruşmaları takip ederek radyo, gazete ve televizyon aracılığıyla yapacakları sesli, görüntülü veya yazılı haberler de dolaylı aleniyet olarak da adlandırılmaktadır. Ersoy, *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (s. 29).

⁴⁴ İşcan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Halka Açıklık İlkesi", (s. 110-111).

⁴⁵ Sevük, "Adil Yargılama Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", (s. 759).

⁴⁶ İşcan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Halka Açıklık İlkesi", (s. 110-111). Dilek Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılama Hakkına Karşı Suçlar", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, (s. 355).

başlangıcından itibaren söz veya görüntülerin kaydedilmesi, tespit veya transfer edici her türlü cihazın kullanılması yasaklanmıştır. Ancak duruşmadan önce talep edilmiş olması ve mahkeme başkanı, taraflar veya temsilcileri ile savcılığın rıza göstermesi şartıyla, duruşmanın başlamasından önce görüntü kaydı alınabilmesi mümkün kabul edilmiştir⁴⁷. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesinde de her türlü sesli kayıt veya nakil cihazının, fotoğraf makinelelerinin duruşmanın başlangıcından itibaren kullanılması yasaklanmıştır⁴⁸.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1946 yılında Federal Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan hüküm gereğince mahkeme salonlarında yargılama süresince fotoğraf çekilmesi ve yargılamanın yayınlanması yasaklanmıştır. Ancak ilerleyen yıllarda pilot bir uygulamayla birkaç eyalette öncelikle hukuk mahkemelerinin, daha sonra da ceza mahkemelerinin bazılarında yayın yapılmasına kısmi olarak izin verilmiştir. Fakat bu düzenleme 1994 yılında ceza mahkemeleri açısından tanıkları, sanıkları ve jüriyi etkilediği gerekçesiyle kaldırılmıştır ve yargılama esnasında elde edilen görüntülerin yayımlanması yasaklanmıştır⁴⁹.

Alman hukukunda Alman Anayasası'nın 196. maddesi ile kamuya yayınlamak veya içeriği açıklamak amacıyla her türlü ses veya görüntünün kaydının yapılması yasaklanmıştır ancak Alman Yüksek Mahkemesi, celse aralarının bu yasak kapsamında olmadığına karar vermiş, duruşma başlamadan önce ve bitiminde ses veya görüntü kaydı alınabileceğine hükmetmiştir⁵⁰. Ayrıca 1964 tarihli Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda da basının duruşma salonlarında fotoğraf çekmesi, görüntü ve ses kaydı alması, röportaj yapması, duruşma süresince ses ve görüntü alması istisnalara yer verilmeyecek şekilde yasaklanmıştır⁵¹. Burada amaç, insan onurunun zedelenmesinin önüne geçmek, maddi gerçeğin tespit edilmesinin tehlikeye düşmesini önlemek ve mahkeme salonlarında süjelerin şov yapmalarını engellemektir⁵².

İngiltere ve Galler'de 1925 yılında Ceza Adaleti Yasası'nda yapılan düzenlemeyle, duruşma salonlarında fotoğraf çekilmesi suç olarak kabul edilmiş ve bunun sonucunda, yargılamaların video kaydına alınması ve televizyonlarda yayınlanması yasaklanmıştır⁵³. 1981 tarihli **"Contempt of Court Act"**in (Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu) **"Kayıt cihazlarının kullanımı"**

⁴⁷ Logeais, Elisabeth and Jean-Baptiste Schroeder, "The French Right of Image: An Amiguous Concept Protecting the Human Persona", Vol: 18, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, N: 3 -Symposium: International Rights of Publicity- (1998), (s. 528). <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol18/iss3/5> (erişim: 22.03.2024). Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar", (s. 354).

⁴⁸ Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar", (s. 354).

⁴⁹ "History of Cameras in Courts", son güncelleme 14.02.2024 <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/cameras-courts/history-cameras-courts>.

⁵⁰ Roxin'den aktaran Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 786). Benzer yasağın Avusturya hukukunda da mevcut olduğuna dair bkz. Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", (s. 648, dn. 28).

⁵¹ Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar", (s. 354).

⁵² Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", (s. 645).

⁵³ Martin Dockray, "Courts on Television", *Media Freedom and Contempt of Court-Library of Essays in Media Law*, ed. Eric Barendt, New York: Routledge (2016), (s. 593). Hatta mahkemelerde çizim yapılması da bu yasak kapsamında değerlendirilmiştir. bkz. "Proposals to Allow the Broadcasting, Filming, and Recording of Selected Court Proceedings (2012)", son güncelleme 14.02.2024, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7ca6d7ed915d7c983bc0f2/broadcasting-filming-recording-courts.pdf>

başlıklı 9. maddesinde de mahkemenin izni dışında, herhangi bir kayıt cihazını veya ses kaydetmek için başka bir enstrümanı mahkemede kullanmak veya kullanılmak üzere mahkemeye getirmek; bu tür herhangi bir araç aracılığıyla yapılan hukuki işlemler ile bundan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen herhangi bir kaydı, kamuoyunun veya toplumun herhangi bir kesimine dinleterek yayınlamak veya kanunen izin verilen kapsamın dışında, kurallara aykırı olarak kullanmak, mahkemeye itaatsizlik olarak adlandırılmıştır⁵⁴. Bununla birlikte, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'ndeki duruşmalar, belirli şartlar çerçevesinde, kamunun erişimine açık olması için filme alınmakta ve düzenli olarak yayınlanmaktadır⁵⁵.

IV. SUÇLA KORUNMASI AMAÇLANAN HUKUKSAL DEĞER

TCK'nın 286. maddesinde düzenlenen suçla; masumiyet karinesinin korunması, savunmanın zayıflamasının önüne geçilmesi ve adliye içi ile mahkeme salonları ve adliye binası dışındaki işlemlerin icrası sırasında sükûnetin sağlanması vasıtasıyla adliyenin düzgün işleyişinin korunması amaçlanmıştır⁵⁶.

Aynı zamanda ses veya görüntülerin kaydedilip yayımlanmasının önüne geçilerek şüpheli ya da sanığın adil yargılanma hakkı korunduğu için, adil yargılanma hakkının da bu kapsamda değerlendirilebileceği söylenebilir⁵⁷. Kanaatimizce buraya kişilik haklarını da eklemek yerinde olacaktır. Zira soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki ses veya görüntülerin

⁵⁴ "Contempt of Court Act 1981 (Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu) Madde 9", son güncelleme 15.02.2024, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/section/9?view=plain> Söz konusu kanunun, 5237 sayılı TCK'daki Adliye Karşı Suçlar bölümünde yer alan suçlarla benzer olduğu görülmektedir.

⁵⁵ Temyiz mahkemesinde kayda alınan duruşmalardaki görüntüler; haberlerin, güncel olayların ve eğitici veya hukuki eğitim programlarının kullanımına sunulmuştur ve eğlence programlarında, parti siyasi yayınlarında ve reklamlarında kullanılmamaktadır. Filminden üretilen herhangi bir hareketsiz anlık görüntü veya fotoğrafın, mahkemenin onurunu ve işlevlerini dikkate alacak şekilde kullanılması gerekmektedir. Sky News kanalı, bu duruşmaların canlı görüntülerini web sitesinde yayınlamaktadır ve bu sayede tüm duruşmalar, canlı yayın aracılığıyla dünyanın her yerinden çevrimiçi olarak izlenebilmektedir. Örneğin; Julian Assange'ın Şubat 2012'deki duruşmasında, davanın ilk gününde canlı yayına 14.500 tekil ziyaretçi katılmış, Mart 2012'de, Sky News web sitesinde mahkemenin canlı yayını 35.000 kez görüntülenmiştir. "Proposals to Allow the Broadcasting, Filming, and Recording of Selected Court Proceedings (2012) United Kingdom Ministry of Justice".

⁵⁶ Kaylan, Keskin, "Adliye Karşı Suçlar – 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu (Madde 267 – 298)", (erişim tarihi: 12.04.2018) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/109.doc>. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 395). Bunların yanında, kişilerin özel yaşamlarının korunması açısından da kişisel ve kamusal yarar gibi birden fazla hukuksal değer korunmasının amaçlandığı yönünde bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 230). Ses veya görüntülerin kayda alınması eylemi her ne kadar özel hayatın gizliliği ile ilgili olsa da, kanun koyucunun bu suçları kişilere karşı suçlar değil de adliye karşı suçlar arasında düzenlemiş olması, önceliğin masumiyet karinesi ile adliyenin işleyişine verildiğini gösterdiği yönünde bkz. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 396-397).

⁵⁷ Adil yargılanmanın sağlanması açısından aynı yönde bkz. Ali Parlar ve muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, ankar: seçkin yayıncılık, 2010, (s. 4361). Yargıtay da bir kararında, TCK'nın 286. Maddesindeki suçun masumiyet karinesi ile lekelenme hakkının zarar görmemesi için düzenlendiğini ifade etmiştir: "ceza muhakemesinde geçerli olan bazı ilkeler gibi TCK'da düzenlenen bazı suçlar da lekelenme hakkının tesisine yöneliktir. Gizliliğin ihlali suçunu düzenleyen 285. Madde ile soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin olan kayıtların yetkisiz bir şekilde kayda alınması ve naklini düzenleyen 286. Madde masumiyet karinesinin ihlalinin engellenmesi ve kişinin lekelenme hakkının zarar görmemesi için getirilmiş düzenlemelerdendir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (eE) 2019/26, (K.) 2023/91, 15.2.2023. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

kayda alınması, masumiyet karinesinin ihlalini teşkil etmekle birlikte, bu karinenin süjesi olan şüpheli veya sanığın kişilik haklarını da doğrudan ihlal edebilecektir⁵⁸.

V. FAİL

Ses veya görüntülerin kayda alınması suçu, niteliği gereği herkes tarafından işlenebilir ve bu açıdan özgü bir suç değildir⁵⁹. Zira maddede, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişiden bahsedildiği için, bu suçu herkesin işleyebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, yalnızca basın mensuplarının değil, örneğin sanık müdafinin ses kaydı alması da suç teşkil edecektir⁶⁰.

Tüzel kişiler açısından özel bir düzenleme bulunmadığından, bu suç yalnızca gerçek kişiler tarafından işlenebilir⁶¹.

VI. MAĞDUR

Bu suçun mağduru, bir görüşe göre adliye idaresi olarak ifade edilmiştir. Gerekçe olarak ise, suçla amaçlananın adliye binası içinde ve duruşmada disiplinin sağlanması olduğu ve bu suçun adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunması gösterilmiştir⁶². Başka bir görüşe göre mağdur, masumiyet karinesi ihlal edilen kişi ya da kişiler olarak kabul edilmiştir. Adliyenin ise bu suçtan zarar gören kişi sıfatını haiz olduğu belirtilmiştir⁶³. Diğer bir görüş ise, adliyeye karşı suçlarının tamamında mağdurun toplum olduğunu, diğer tüm kişilerin ise suçtan zarar gören kişi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁴. Bu suçun bir mağdurunun olmadığını, yalnızca suçtan zarar görenin adliye olduğunu savunan farklı bir görüş de mevcuttur⁶⁵.

Kanaatimizce bu suçun mağduru birden fazladır ve eylemin niteliği ile somut olaya göre değişebilecektir. Korunan hukuksal değerler açısından masumiyet karinesinin korunması ve savunmanın zayıflamasının önüne geçilmesi dikkate alındığında, mağdurun masumiyet

⁵⁸ Kişilik haklarının da korunması amaçlanan hukuksal değerler kapsamında kabul edilmesi yönündeki benzer görüş için bkz. Ekmekçi, “Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar”, (s. 356.). TCK’nın 285. maddesi kapsamında soruşturma işlemlerinin gizliliğinin ihlali açısından şüphelinin masumiyet karinesi ve özel hayatının gizliliğinin korunması amaçlanan hukuksal değerler olduğuna dair görüş için bkz. İzzet Özgüç, “Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları”, *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, (Ed. M. Tefik Gülsoy), Kolokyum Kitabı (08.10.2010), (s.147).

⁵⁹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, (s. 538). Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliyeye Karşı Suçlar*, (s. 397).

⁶⁰ Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (s. 410). Basın mensuplarının bu suçu işlemesi durumunda, 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir. Selen Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1 (2020), (s. 1534).

⁶¹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, (s. 538).

⁶² Hafızoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 230).

⁶³ Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliyeye Karşı Suçlar*, (s. 397).

⁶⁴ Ekmekçi, “Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar”, (s. 359).

⁶⁵ Meran, Necati. *AİHM Kararları ile İçtihatlı ve Açıklamalı Olarak Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira & Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2013., (s. 456).

karinesi ihlal edilen kişi veya kişiler olacağı söylenebilir. Diğer yandan ise, adliye içi ile mahkeme salonlarında sükûnetin sağlanması ve adliyenin düzgün işleyişinin korunması açısından mağdurun adliye idaresi de olabileceği kabul edilmelidir. Her ne kadar suç, adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsa da korunan hukuki değerler arasında masumiyet karinesi de yer aldığından, masumiyeti ve kişilik hakları ihlal edilen kişilerin bu suçun mağduru olabileceğini ifade edilebilecektir⁶⁶.

VII. SUÇUN MADDİ KONUSU

Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde yetkisiz bir şekilde kayda alınan ya da nakledilen ses veya görüntüler, bu suçun maddi konusunu oluşturmaktadır⁶⁷. Maddenin gerekçesinde “*Madde, her türlü sesli ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletleri yasakladığından fotoğraf çekilmesine engel yoktur.*” şeklinde bir ifade yer almakta olup fotoğrafların görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlamadığının düşünüldüğü söylenebilecektir. Kanaatimizce bu ifade yerinde değildir, zira fotoğrafın görüntülü bir kayıt ve nakil olanağı sağlama konusunda son derece elverişli bir araç olduğu açıktır. Bu yönüyle gerekçe, maddenin amacına ters düşmesi ve korumayı amaçladığı hukuksal değere aykırılık teşkil etmesi nedeniyle eleştirilmiştir⁶⁸. Ayrıca gerekçe hükmü, HMK’nın 153. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz.*” ifadesi ile de çelişmektedir⁶⁹. Dolayısıyla bu konudaki ihtilaflarda, gerekçeye göre değil amaca yönelik bir yorum yapmak ve maddeyi bu doğrultuda uygulamak gerekmektedir.

Soruşturma aşaması kural olarak gizli olduğundan, bu aşamada yetkisiz olarak ses veya görüntülerin kayda alınması ya da nakledilmesi yasaklanmıştır⁷⁰. Ancak; CMK’nın 135. maddesinde yer alan şartlar mevcutsa, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi işlemleri bu suça vücut vermeyecektir ve bu durumlar hukuka uygunluk halleri olarak kabul edilebilecektir⁷¹.

⁶⁶ Benzer yönde, yine adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olan TCK madde 285 – “Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal” suçunda masumiyet karinesi, özel hayatı veya haberleşme gizliliği ihlal edilen kişinin bu suçun mağduru olabileceği yönünde bkz. Özgenç, “Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları”, (s. 154).

⁶⁷ Meran, *AİHM Kararları ile İçtihatlı ve Açıklamalı Olarak Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira & Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, s. 456. Aynı yönde Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, (s. 1533).

⁶⁸ Ekmekçi, “Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar”, (s. 357). Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, (s. 1533).

⁶⁹ Ekmekçi, “Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar”, (s. 357). CMK’nın 183. maddesinin gerekçesinin devamında şu ifadeler yer almaktadır: “*Ancak mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın amacını ihlâl edecek surette abartılı biçimde fotoğraf cihazlarının kullanılmasını yargılamının düzenini sağlamak hususundaki yetkisine dayanarak menedebilir.*”

⁷⁰ Soruşturmanın gizliliği iki şekilde ele alınmaktadır. Bunlar; dahili gizlilik ve harici gizlilik. Çalışmanın konusunu oluşturan, soruşturma işlemleri esnasında söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesi, harici gizliliğin ihlali olarak adlandırılmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Günce Artantaş, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Gizliliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, (s. 111 vd.).

⁷¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4361). Bu haller de koruma tedbiri niteliğinde oldukları ve soruşturma aşamasında uygulanmaları nedeniyle gizlilik esasına tabidir ve tedbirlerin uygulanmasına ilişkin tutanaklar da soruşturma süresince gizli tutulmaktadır. Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 235, dn. 349, s. 374).

Celse arasında gerçekleştirilen ses veya görüntü kaydının bu suçu oluşturmayacağı, çünkü bu suçun konusunun soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntülerin yetkisiz olarak kaydedilmesi veya nakledilmesi olduğu savunulmaktadır⁷². Kanaatimizce kovuşturma işlemlerinin celse arasında da devam etmesi mümkün olduğundan, bu aşamada yetkisiz olarak ses veya görüntü kaydı yapılması da bu suçun oluşması sonucunu doğuracaktır. Soruşturma aşamasında ise hakim kararı gerektiren haller kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Soruşturma aşamasında ise hakim kararı gerektiren haller kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Zira hukuken korunması amaçlanan değer dikkate alındığında, bu değerlerin celse aralarında da korunması gereklidir.

VIII. SUÇU OLUŞTURAN TİPİK FİİL

Maddede suçu oluşturan tipik fiil, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda almak veya nakletmektir. CMK'nın 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturma aşamaları tanımlanmıştır. Maddenin "e" bendine göre soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Dolayısıyla bu işlemler esnasında söz konusu fiilin gerçekleştirilmesi, suça vücut verecektir⁷³.

Fiili oluşturan harekete bakıldığında, suçun kayda almak veya nakletmek olarak seçimlik hareketli bir suç olduğu görülmektedir. Failin bu hareketlerden herhangi birini gerçekleştirmiş olması, suçun oluşması için yeterlidir⁷⁴. Duruşma salonlarında mahkeme resamları tarafından duruşma sürecinin çiziminin yapılması bu kapsamda olmayıp herhangi bir suça vücut vermez⁷⁵. Bu yöntem, çok sık tercih edilmemekte birlikte, özellikle bazı önemli davalarda kullanılmakta ve bu şekilde duruşma esnasındaki görsel durum adliye binası dışına ve dolayısıyla kamuya aktarılabilir.

⁷² Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4362).

⁷³ Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 395). Kovuşturma ve soruşturma işlemleri konusu, hukuk yargılaması açısından farklı anlaşılmalara sebebiyet verebilecektir. Zira HMK'nın 153. maddesinde yer alan "kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkındaki ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 286'ncı maddesi hükümleri uygulanır" hükmü, her ne kadar TCK'ya atıf yapsa da, hukuk yargılamasında soruşturma ve kovuşturma işlemleri bulunmadığı için ortaya belirsizlikler çıkabilmektedir. Bu durum bir Yargıtay kararına konu olmuş ve hukuk yargılamasındaki keşif işleminin hangi kapsamda kabul edileceği tartışılmıştır. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153/3. maddesi delaleti ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 286/1. maddesi uyarınca hukuk mahkemelerindeki duruşma esnasında da yetkisiz ses ve görüntü kaydı yapmanın suç teşkil ettiği, keşif işlemlerinin de duruşmaların tabi olduğu disiplin kurallarına tabi olduğu dikkate alındığında, merciince keşif atılı suçun unsuru olan soruşturma ve kovuşturma işlemi olmadığından sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, (E.) 2017/11910, (K.) 2018/2544, 07.03.2018. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

⁷⁴ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 538). Kayıt ve nakil birlikte gerçekleştirilse de, fail tek bir eylemden cezalandırılacaktır. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 397).

⁷⁵ Bu durumun hukuka uygun olduğu konusunda bkz. Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", (s. 655, 656).

Ses veya görüntülerin kayda alınması, bunları manyetik bant üzerine geçirmek; nakil ise manyetik ortamda bir yerden alıp başka bir yere iletmek, aktarmak, taşımak anlamına gelmektedir⁷⁶. Bu suçun işlenmesi için bir araç sınırlaması bulunmadığı gibi; teyp, ses kayıt cihazı, kamera, fotoğraf makinesi ya da bu amaçla kullanılabilen cep telefonu gibi cihazlarla da suçun işlenebilmesi mümkündür⁷⁷. Nakil açısından ise, sanığın duruşmadaki sorgusunun televizyonda ses ve görüntüsüyle yayınlanması ya da şüphelinin soruşturma aşamasındaki ifadesinin yetkisiz olarak kayıt altına alınarak üçüncü kişilere iletilmesi örnek verilebilir⁷⁸. Bu açılardan bakıldığında, suçun işlenmesi için teknik cihazların kullanılması suretiyle maddede yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira kayıt ve nakil işlemlerinin sözcük anlamlarından da anlaşılacağı üzere, ancak teknik cihazlarla bu işlemlerin yapılabilmesi mümkündür. Örneğin; konuşmaların not edilmesi veya duruşma esnasında resim çizilmesi bu suça vücut vermeyecektir⁷⁹.

Maddenin kaleme alınışı açısından eleştirilen hususlardan biri; suçun oluşmasına imkân veren hareketin ceza muhakemesinin hangi aşamasında gerçekleşmesi gerektiğinin hatalı düzenlenmiş olmasıdır⁸⁰. Maddeye bakıldığında; hareketin soruşturma ve kovuşturma aşamasında ortaya çıkmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Buradaki “ve” bağlacı, maddenin amacına aykırı olup yeniden gözden geçirilmesi gereken önemli bir detaydır. Zira maddenin lafzından anlaşılın, suç oluşturan hareketlerin hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında gerçekleşmiş olması gerektiğidir⁸¹ ve bu durum maddede korunması amaçlanan adil yargılanmanın ve adliyenin korunmasını zorlaştırmaktadır.

Maddede kullanılan “ve” bağlacı, kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmekte, ayrıca maddenin amacına aykırı olarak ses veya görüntülerin yetkisiz olarak kaydedilmesi veya nakledilmesinin hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde ayrı ayrı gerçekleştirilmiş olmasını aradığı şekilde kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır ki bu durum öğretide eleştirilmekte ve maddenin mutlaka amaca uygun şekilde değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸².

⁷⁶ *Kayıt*: Sesi veya görüntüyü manyetik bant üzerine geçirme işlemi. *Kaydetmek*: Sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek. *Nakil*: Bir yerden alıp başka bir yere iletmek. *Yazı veya resmin aynısını başka bir şeyin üzerine yapma, kopya etme*. *Nakletmek*: Nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek. Bir olayı veya duyduğu bir sözü aynısı ile başka birine duyurmak; anlatmak. “Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük”, son güncelleme 14.02.2024 <https://sozluk.gov.tr/> Hafızoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 231).

⁷⁷ Hafızoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 231).

⁷⁸ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliye Karşı Diğer Suçlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2019, (s. 471).

⁷⁹ Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 409).

⁸⁰ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 538).

⁸¹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 538). Aynı yönde Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, (s. 1537). Teşebbüs veya gönüllü vazgeçmeye ilişkin durumlar, elbette ki şartları oluştuğu taktirde ayrıca değerlendirilebilecektir.

⁸² Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 538). Maddedeki “veya” bağlacının “ve” olarak anlaşılması gerektiği konusundaki diğer görüşler için bkz. Hafızoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 230). Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2014, (s. 8429).

Maddede yer alan “ve” bağlacı; aynı zamanda suçun birden fazla hareketli suç haline gelmesine neden olmakta, mevcut durumda suçun oluşması için hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarının her ikisinde tipe uygun eylemin yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, aşamalardan birinde suç işlenirken diğerine geçilmeden fiil yarıda kesilirse, suça teşebbüs veya gönüllü vazgeçme durumundan bahsedilmesi gerekebilecektir⁸³.

Önerilen değişikliğin yapılması durumunda, yani “veya” bağlacının getirilmesi durumunda ise; suç seçimlik hareketli hale dönüşecektir. Bu halde soruşturma veya kovuşturma aşamalarının herhangi birinde tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesi, suçun oluşması ve tamamlanması için yeterli olacaktır. Dolayısıyla, suça teşebbüs veya gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilebilecek bir durum söz konusu olmayacaktır⁸⁴.

Eleştirilen bir başka husus; maddede yer alan, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüler ibaresidir⁸⁵. Maddenin lafzından sanki bu aşamalardaki ses veya görüntülerin tamamının kaydedilmesi ya da nakledilmesi bu suçu oluşturacakmış gibi bir anlam çıkmaktadır ki bu durum da maddenin amacına aykırı bir durum teşkil etmektedir. Zira burada “ses veya görüntüler” denmekle sanki birden fazla ses veya görüntünün kaydedilmesi veya nakledilmesi gereklimiş gibi bir anlam çıkmakta ve bu da eleştirilmektedir. Burada aslında soruşturma ya da kovuşturma aşamasında tek bir ses veya görüntünün kaydedilmesi veya nakledilmesi dahi suçun oluşması için yeterli kabul edilmelidir. Madde metni bu yönde değiştirilmeli ve bu değişiklik yapılan kadar da hukuksal değer ile maddenin amacına uygun yorum yapılarak fiiller değerlendirilmelidir⁸⁶.

Tipiklik açısından önemli olan başka bir durum, maddede yer alan fiilin yetkisiz gerçekleştirilmesi gerekliliğidir⁸⁷. Özellikle hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecek yetkili olma istisnai durumları ayırık tutularak, suçun oluşması için failin yetkisiz bir şekilde soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki ses veya görüntüleri kaydetmesi ya da nakletmesi gereklidir.

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında yasak olmasına rağmen ses veya görüntüler kaydedilip nakledilmişse ya da hukuka uygun bir şekilde kaydedilen ya da nakledilen ses veya

⁸³ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 539).

⁸⁴ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 539). Benzer yönde Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, (s. 1537).

⁸⁵ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 539).

⁸⁶ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 539). Anlık bir görüntünün ya da ses kaydının naklinin de bu suça vücut vereceği hakkında aynı yöndeki görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8429).

⁸⁷ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 539).

görüntüler yayınlanmıŝsa, koşullarının oluşması halinde TCK'nın 285. maddesi uygulama alanı bulabilecektir⁸⁸.

IX. MANEVİ UNSUR

Ses veya görüntülerin kaydedilmesi ya da nakledilmesi suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur ve özel kastın varlığı aranmadığı gibi, maddede herhangi bir saike de yer verilmemiştir⁸⁹. Burada failin, yetkisiz olduğunu bildiği halde soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki ses veya görüntüleri kaydetmesi ya da nakletmesi, kastı oluşturacaktır⁹⁰.

Suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkün olduğundan, TCK'nın 21. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında failin cezasının hafifletilmesi yoluna gidilecektir⁹¹. TCK'nın 21. maddesinin ikinci fıkrasına göre, failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kasttan bahsedileceği hükme bağlandığı için, tipe uygun bir fiilin ortaya konması ve bunun öngörülmesine rağmen gerçekleştirilmeye devam edilmesi durumunda suçun olası kastla işlenebileceği kabul edilmelidir. Örneğin, failin ses veya görüntülerin kaydedilmesi konusunda yetkili olup olmadığına dair emin olamaması ve bu durumu önemsemeyerek fiili gerçekleştirilmesi durumunda olası kastın varlığından bahsedilebilecektir⁹². Öğretide bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği yönünde görüşler de mevcuttur⁹³.

Suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir, zira taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir⁹⁴.

⁸⁸ Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (s. 410). Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4363).

⁸⁹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 453). Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 399).

⁹⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 232).

⁹¹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 453). Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8429). Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 399).

⁹² Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1540).

⁹³ Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 232). Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4363). Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar", (s. 377). Suçun olası kastla işlenemeyeceğine dair bir diğer görüş için bkz. Meran, *AİHM Kararları ile İçtihatlı ve Açıklamalı Olarak Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira & Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, (s. 459).

⁹⁴ Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4363). Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8429). Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 454). Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 399). Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1540).

X. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Yukarıda da bahsedildiği üzere; bu suçun oluşabilmesi için yetkisiz bir kişinin soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki ses ya da görüntüleri kaydetmesi veya nakletmesi gerekmektedir. Eğer ki bu kayıt ya da nakil işlemi yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilirse, bu durumda bir hukuka uygunluk sebebinden bahsedilebilecek ve söz konusu hareket suça vücut vermeyecektir.

CMK açısından yetki durumu ele alındığında; kimi hallerde muhakeme işlemleri yapılırken ses veya görüntülerin kayda alınması konusunda belirli kişilere izin verilmekte ve hatta bazen de yükümlülük yüklenmektedir. Bu gibi durumlarda, söz konusu fiil kanun tarafından izin verildiği veya emredildiği için hukuka uygun olacak, bu fiili gerçekleştiren kişi yetkili olacağı için fiil suç oluşturmayacaktır⁹⁵. CMK'nın 58. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen, tanık beyanlarının kayda alınması ve hazır bulunanlar huzurunda dinlenmesinin tanık için ağır bir tehlike oluşturması halii; CMK'nın 52. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen, mağdur çocuklar ile duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkması için zorunlu olan kişilerin tanıklığı ve CMK'nın 87. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen işlemler sırasında cesedin görüntülerinin kayda alınması, kanun tarafından zorunlu kılınmıştır⁹⁶. Ayrıca CMK'nın 180. maddesinin 5. fıkrası kapsamında tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmesi, CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrası kapsamında, hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilmesi veya duruşmalara katılabilmesi halleri de kanunen ses veya görüntü kaydının yapılabilirdiği durumlardır. CMK'nın 147. maddesinin 1-h bendinde yer alan “*İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır.*” düzenlemesinden de ses ve görüntü kaydının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁷. Bunlar gibi, CMK'da özel olarak izin verilmiş veya emredilmiş çeşitli hallerde ses veya görüntü kaydı, TCK'nın 286. maddesi kapsamında bir suça vücut vermeyecektir.

Madde gerekçesine göre; hâkim veya savcının izni ya da uygun görmesi halinde yapılan işlemlerin kayda alınması veya nakledilmesi bu suçu oluşturmayacaktır; yalnızca yetkisiz olarak yapılan kayıtlar bu suça vücut verecektir⁹⁸. Bu görüşü savunan düşünceye göre; bu iznin yazılı olması da zorunlu değildir. Sözlü olarak izin verilmişse dahi, kişi kayıt veya nakil için yetkili

⁹⁵ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 452-453).

⁹⁶ Bu maddelere ilişkin olarak bkz. İşcan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Halka Açıklık İlkesi”, (s. 120-124). Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 159, 161, 424). Hatta çocuklar açısından kayıt alınması, mağdur çocukların tekrar tekrar dinlenmesinin önüne geçmektedir. Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 161, dn. 195).

⁹⁷ Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 399-400).

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Millî ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 232). Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliye Karşı Diğer Suçlar)*, (s. 471). Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4362).

sayılacaktır ve suç oluşmayacaktır⁹⁹. Hatta kayıt yetkisinin nakletmeyi de sağladığı ifade edilmiştir¹⁰⁰.

Madde gerekçesi, hâkim ve savcının izni veya uygun görmesinin kaydın ya da naklin suç oluşturmaması için yeterli görülmesi nedeniyle eleştirilmiştir¹⁰¹. Zira hâkim veya savcının ses veya görüntülerin kayda alınması ya da nakledilmesini hukuka aykırı bir şekilde uygun görmesi, işlemi her zaman hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi, ses veya görüntüleri kaydeden ya da nakleden kişiyi de yetkili kılmak için yeterli olmayacaktır. Ayrıca şüpheli ya da sanık lehine getirilen bir yasağın savcı veya hâkim izniyle kaldırılması subjektif değerlendirmelere de neden olabilecektir¹⁰².

Maddede yer alan yetki kavramı da yanıltıcı niteliktedir. Zira bir kimsenin yetkili olması, yaptığı işlemi mutlak bir şekilde hukuka uygun hale getirmeyecektir. Çünkü yetkili kişilerin de kendilerine verilen yetkiyi aşarak hukuka aykırı davranabilmesi mümkündür. Buradaki yetkisizlik kavramı hukuka aykırılık olarak anlaşılmalı ve her somut olay açısından maddedeki suçu oluşturan fiilin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir¹⁰³.

TCK'nın 286. maddesinde düzenlenen suç, CMK'da yer alan düzenlemelerin somut bir şekilde uygulanmasını sağlamakta ve bu maddeleri tamamlayıcı bir nitelikte bulunmaktadır. Dolayısıyla bu madde açısından önemli olan hâkim veya savcının yetkiyi belirlemesi değil, ses veya görüntü kaydı ya da naklinin gerçekten de hukuka uygun olup olmamasıdır. Örneğin; CMK'nın 135. vd. maddelerinde bazı hallerde ses veya görüntülerin kaydedilmesinin yetkili kişilerce yapılması, bu işlemlerin her zaman hukuka uygun olarak yapıldığını göstermez. Zira bu tür işlemler yetkili kişiler tarafından hukuka aykırı olarak da yapılabilir¹⁰⁴.

İlgilinin rızasının bu suç tipi açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olmadığı, rızanın bu suç açısından geçerli olamayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁵.

⁹⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8429).

¹⁰⁰ Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliye Karşı Diğer Suçlar)*, (s. 471).

¹⁰¹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 540).

¹⁰² Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 453). Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (s. 409).

¹⁰³ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 453). Aynı yönde Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1541).

¹⁰⁴ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 453). Aynı yönde Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1543). Ses ve görüntü kaydı yapılmasına imkan sağlayan bu hükümlerin uygulamada kanuna uygun şekilde yapılmamasının eleştirilmesi hakkında bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 745). Bu görüşün eleştirisi için bkz. Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar", (s. 375-376).

¹⁰⁵ Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 400). Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1543).

XI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Suçun özel görünüş biçimleri olarak teşebbüs, iştirak ve içtima çerçevesinde suçun incelenmesi gerekmektedir. Bu suç tipi açısından suçun özel görünüş biçimleri önemli bir özellik arz etmemekle birlikte, bazı hususlara değinmekte yarar bulunmaktadır.

A. TEŞEBBÜS

TCK'nın 286. maddesindeki suçun oluşması için gerekli olan hareket, soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki ses ve görüntülerin kayda alınması veya nakledilmesi olduğu için suç, bir soyut tehlike suçudur¹⁰⁶. Yani, suçun oluşması için bu hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli olup ayrıca gerçekten bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmez¹⁰⁷. Dolayısıyla fail icra hareketlerini tamamlamışsa, somut bir tehlikenin ortaya çıkması bu suçun gerçekleşmesi için aranmadığından fail tamamlanmış suçtan sorumlu olacaktır¹⁰⁸.

Suç tipinde yer alan kayda alma veya nakletme hareketleri bölünebilir ve belirli zaman aralığına yayılabilir niteliktedir. Eğer fail icra hareketlerine başladıktan sonra, bu icra hareketleri failin iradesi dışında bir nedenle kesintiye uğramışsa bu durumda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olacaktır¹⁰⁹. Örneğin, yetkisiz bir kişi kovuşturma aşamasında duruşma başladıktan sonra fotoğraf makinesiyle bir fotoğraf çekmek isterken makinenin deklanşörünün bozulması ya da makinede film olmadığı için deklanşöre bassa bile fotoğrafın kaydedilememiş olması teşebbüs hareketi olarak kabul edilebilir. Zira burada görüntünün kayda alınmaması, failin iradesi dışındaki bir nedenden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde, soruşturma aşamasında bir ifadenin kaydedilmesi için ses kayıt cihazının kayıt tuşuna basan ancak cihazın hafızasının dolu olduğu uyarısını alan kişinin hareketi de aynı şekilde teşebbüs olarak değerlendirilmelidir.

Adliye binası içerisinde veya duruşma başladıktan sonra ses veya görüntüleri kayda almak amacıyla sadece cihazların hazır bir şekilde bulundurulması bir görüşe göre hazırlık hareketi olarak kabul edilmektedir¹¹⁰. Başka bir görüşe göre ise, bu aletlerin kayıt veya nakil için hazır edilmesi sırasında kişinin yakalanarak engellenmesi durumunda teşebbüsten

¹⁰⁶ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, (s. 541). Ünver'e göre suç ayrıca, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1533). Suçun bir somut tehlike suçu olduğu, bir zarar meydana gelmeye de hakimnin olayda zarar tehlikesinin bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerektiği konusunda bkz. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliyeye Karşı Suçlar*, (s. 398).

¹⁰⁷ İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (s. 284).

¹⁰⁸ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, (s. 541).

¹⁰⁹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, (s. 541). Aynı yönde Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1544). Aksi bir görüşe göre; bu suç, seslerin veya görüntülerin bir kısmının kayda alınması ya da nakledilmesiyle tüketileceğinden dolayı teşebbüse elverişli değildir. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 231). Soyut tehlike suçlarının teşebbüse elverişli olması gerekçesiyle bu suçta teşebbüsün söz konusu olamayacağı görüşü için bkz. Ekmekçi, "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar", (s. 378).

¹¹⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 231).

bahsedilebilecektir¹¹¹. Esasında burada dikkat edilmesi gereken husus, aletlerin hazır edilmesinin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi olarak mı kabul edileceğidir. Zira hazırlık hareketi olarak kabul edilirse teşebbüsten bahsedilemeyecek, icra hareketi olarak kabul edilirse teşebbüs söz konusu olabilecektir. Bu suç açısından belirlemenin yapılabilmesi için her somut olayın özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanımızca salt kayıt veya nakledici özelliği bulunan aletlerin hazır şekilde bulundurulması, failin her zaman suç tanımında yer alan hareketleri gerçekleştireceğini göstermez. Örneğin, bir kişinin mahkeme salonuna üç ayaklı bir sabitleyici kurup kamera kaydı için makineyi buraya yerleştirerek kamerayı ayarlamaya çalışması, kayıt veya nakil amacının bulunduğunu göstermekle birlikte; bir ses kayıt cihazının mahkeme salonunda bulunan bir izleyicinin cebinde durduğunun görülmesi her zaman için kayıt veya nakil amacının bulunduğu kanıt olmaz. Dolayısıyla her zaman için somut olaya ilişkin değerlendirme yapılması, doğru sonuca ulaşabilmek açısından önemlidir ve hareketlerin hazırlık hareketi mi, yoksa icra hareketi mi olduğu konusunda somut olaya göre karar verilmelidir.

Kaydedilmiş veya nakledilmiş olan ses ya da görüntülerin anlaşılabilir olup olmamasının niteliği konusunda bir belirsizlik mevcuttur. Failin kaydettiği ya da naklettiği ses veya görüntüler anlaşılabilir nitelikteyse bu durumda teşebbüsten mi yoksa suçun tamamlanmış halinden mi ceza verileceği hususunda dikkat edilmesi gereken nokta, ses veya görüntünün kaydedilme veya nakledilme hareketinin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Kanaatimizce burada ses veya görüntülerin kaydedilmiş ya da nakledilmiş olması suçun tamamlanmış olması için yeterli olup bunların daha sonra dinlendiği veya izlendiğinde anlaşılabilir nitelikte olup olmaması bir önem arz etmez. Zira suçun soyut tehlike suçu olması da bu sonuca varılmasını gerektirmektedir.

B. İŞTİRAK

İştirak açısından bu suç tipine özgü bir özellik bulunmamaktadır. Genel iştirak hükümleri burada da uygulama alanı bulacaktır. Suç icrai nitelikte olduğundan, ihmali hareketle bu suça katılmak mümkün olabilir. Bununla birlikte, önemli bir diğer nokta, tipik fiilin oluşması açısından failin niteliği yani soruşturma veya kovuşturma aşamalarında ses veya görüntülerin kaydedilmesi ya da nakledilmesi açısından yetkisiz olması gerekliliğidir. Dolayısıyla; asıl failin muhakkak yetkisiz bir kimse olması şeriklik açısından da dikkate alınmalıdır¹¹². Suça iştirak eden kişinin TCK'nın 37. maddesinin birinci fıkrası kapsamında sorumlu olabilmesi için, aynı şekilde yetkisiz bir kimse olması gereklidir.

C. İÇTİMA

Suçların içtimaı açısından bu suçta bileşik suç ve fikri içtimanın oluşmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir¹¹³. Yetkisiz olarak kayda alınan ya da nakledilen görüntülerin,

¹¹¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4363).

¹¹² Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, (s. 541).

¹¹³ Hafizoğulları ve Özen, *Millî ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 231). Fikri içtimanın gerçekleşebileceği yönündeki düşünce için bkz. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 401).

kişilerin suçlu olarak damgalanmalarına neden olacak şekilde yayınlanması durumunda gerçek içtima hükümlerine göre TCK'nın 285. maddesinin dördüncü fıkrası ve TCK'nın 286. maddesi kapsamında, failin iki ayrı suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁴.

Failin TCK'nın 286. maddesi kapsamında seçimlik hareketlerden olan ses veya görüntülerin kaydedilmesi ve nakledilmesi fiillerini farklı zamanlarda işlemesi durumunda faile kaç ceza verileceğine ilişkin olarak da genel hükümlere gitmek gereklidir. Seçimlik hareketli suçlarda, kanunda yer alan hareketlerden birinin gerçekleştirilmiş olması, suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir¹¹⁵. Fail kanun maddesinde yer alan hareketlerin birden fazlasını gerçekleştirmiş olsa da bu durumda ortaya tek suç çıkacak, kanun birden fazla değil bir kez ihlal edilmiş olduğundan tek ceza verilecektir. Bununla birlikte; her ne kadar sonraki hareketler cezalandırılmasa da bunlara katılan kişiler ayrıca suç ortağı olarak cezalandırılacaklardır¹¹⁶.

Aynı soruşturma veya kovuşturma işlemleri esnasında bir suç işleme kararı kapsamında farklı zamanlarda birden fazla kez seslerin veya görüntülerin kayda alınması ya da nakledilmesi durumunda zincirleme suçtan bahsetmek mümkün olacaktır¹¹⁷. Bunun yanında; örneğin bir usul işlemi esnasında birden fazla fotoğraf çekilmesi durumunda burada tek suç olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸. Hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde ayrı ayrı ses veya görüntülerin kaydedilmesi durumunda ise kanaatimizce zincirleme suç hükümleri uygulanmamalı ve burada her bir aşama için iki ayrı suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Zira TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasına göre zincirleme suçun oluşabilmesi için, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun aynı kişiye karşı işlenmesi gerektiği ifade edilmiştir ve kanaatimizce soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ayrı ayrı bu suçun işlenmesinde tek bir suç işleme kararı bulunmamaktadır. Zira tek bir suç işleme kararının bulunması için, failin en başından itibaren suçu kısım kısım işlemeyi planlamış olması gereklidir. Failin bulduğu her fırsatta aynı kişiye karşı aynı suçu işlemesi, zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilmemelidir¹¹⁹. Ancak kişinin soruşturma aşamasında bu suçu işlerken kovuşturma aşamasında da aynı

¹¹⁴ Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4363). Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, (s. 1546). Bu durumda fikri içtimanın söz konusu olacağı ve failin TCK m. 44 çerçevesinde değerlendirilerek cezası en ağır suçla cezalandırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Memiş Kartal, *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, c. X, Adliye Karşı Suçlar*, (s. 401). Ekmekçi, “Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar”, (s. 379).

¹¹⁵ Centel vd. (s. 267).

¹¹⁶ Centel vd. (s. 268).

¹¹⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (s. 231). Parlar ve Hatipoğlu, *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, (s. 4363). Bu durumun aynı soruşturma veya kovuşturma kapsamında farklı usul işlemleri esnasında gerçekleşmiş olması halinde söz konusu olacağı görüşü için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8429).

¹¹⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8429).

¹¹⁹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, İstanbul: Der Yayınları, 14. Baskı, 2019, (s. 667). Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, 2023, (s. 591-592). Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2023, (s. 541). Aksi yönde, bu suçun mağdurunun belirli bir kişi olmadığından, TCK'nın 41. maddesinin 1. fıkrası gereğince zincirleme suç hükümlerinin söz konusu olamayacağına dair bkz. Ekmekçi, “Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar”, (s. 379). Evirgen, “Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, (s. 1545).

fiili gerçekleştireceğine dair bir fikir birliği varsa, bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin, hakkında yürütülen yargı süreciyle ilgili hukuka aykırılıkları tespit etmek amacıyla kendine delil toplamak isteyen bir şüphelinin soruşturmanın başından itibaren yetkisiz bir şekilde ses veya görüntü kaydı yapması ve bunu kovuşturma aşamasında da devam ettirmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir; soruşturma ve kovuşturma aşamalarında tek bir suç işleme kararı olmaksızın anlık bir kararlar her iki aşamada da fiili gerçekleştiren kişinin zincirleme suç kapsamında değerlendirilmemesi gereklidir.

Aynı dosya içerisinde bulunan farklı suçlara ilişkin bir soruşturma veya kovuşturma işlemi varsa, usul işlemleri birlikte yürütüldüğünden dolayı bu gibi hallerde kayıt veya nakil hareketinin tek suçu oluşturduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte; aynı failin birden fazla ve farklı soruşturma ya da kovuşturma dosyası olması halinde, burada birden fazla suç oluşacaktır¹²⁰.

XII. KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

Bu suç, takibi şikayete bağlı olmayıp soruşturması Cumhuriyet savcılığı tarafından resen yapılır ve görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Basit yargılama usulü uygulanabilir¹²¹. Failin kamu görevlisi veya avukat olması durumunda özel takip usullerinin uygulanması gerekebilecektir¹²².

Suçun cezası TCK'nın 286. maddesine göre altı aya kadar hapis cezası şeklinde belirlenmiştir. Alt sınır belirlenmediğinden, genel hükümlere göre TCK'nın 49. maddesi gereğince cezanın alt sınırı bir ay hapis cezasıdır. Alt ve üst sınırlar arasında mahkeme tarafından somut olayın koşullarına göre bir ceza belirlenebilecektir¹²³.

SONUÇ

Ses veya görüntülerin kayda alınması suçu, TCK'daki düzenlemesiyle CMK'nın 183. maddesi ile HMK'nın 153. maddesindeki durumları cezalandırarak soruşturma ve kovuşturmanın salahlığını korumayı amaçlamaktadır. Adliyenin korunması ve adliye içindeki sükûnetin sağlanması ile adliyenin saygınlığının korunmasının yanında bireyin masumiyet karinesi, savunmanın zayıflamasının engellenmesi, özel yaşamın ve kişilik haklarının korunması da amaçlandığından; çok yönlü bir düzenleme niteliğindedir.

Suç hem bireysel hem de kamusal yararı korumaktır. Dolayısıyla, her ne kadar basın özgürlüğünün kısıtlanması sonucu ortaya çıksa da bireysel ve kamusal yararlar daha nitelikli ve üstün yarar olarak değerlendirilmiştir. Haber verme hakkının mutlak bir hak olmadığı ve

¹²⁰ Bu gibi hallerde koşulları oluşmuşsa, zincirleme suç hükmünün uygulanmasının mümkün olduğuna dair görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, (s. 8430).

¹²¹ Basit yargılama usulüne tabi olmayan suçlarla birlikte işlenmesi durumları hariç olmak kaydıyla söz konusu olabilecektir. Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (s. 880).

¹²² Evirgen, "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu", (s. 1546).

¹²³ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar)*, (s. 541).

gerekli hallerde kanunla sınırlanabileceği hususunun Anayasa'da yer alması dolayısıyla basın özgürlüğünün hukuka uygun şekilde sınırlanabileceğini söylemek mümkün olacaktır. Aynı zamanda aleniyet ilkesinin bir istisnası olarak da değerlendirilebilecek olan ses veya görüntülerin kayda alınması suçu, CMK'nın 183. maddesinin tamamlayıcı bir parçası olarak da düşünülebilecektir.

Madde metni açısından bazı hususlar tekrar gözden geçirilmeli, Türkçenin doğru kullanımına dikkat edilmeli ve maddenin amacına aykırı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilecek nitelikteki düzenlemeler yeniden ele alınmalıdır. Özellikle soruşturma ve kovuşturma aşamasından bahsedildiği kısımda “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılması önemli olup uygulamada bu şekilde anlaşılması gerektiği yönündeki düşünce yeterli değildir. Zira maddenin kanunda yazılı şekliyle uygulanmaması geniş yorumlanması sonucunu doğuracak ve kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil edebilecektir. Bu nedenle yapılması gereken, bu bağlacın değiştirilmesidir.

Yine aynı şekilde; “ses veya görüntüler” kavramının çoğulu çağrıştırması nedeniyle karışıklıklara neden olabileceği dikkate alınmalıdır. Zira tek bir saniyelik ses ya da görüntü kaydının veya tek bir fotoğrafın dahi bu suça vücut verebileceği mümkün iken, çoğul anlama gelen “ses veya görüntüler” kavramının değiştirilmesi de yukarıdaki nedenlerle yerinde olacaktır.

Suçun mağduru yalnızca adliye değil, aynı zamanda gerçek kişiler olabilecektir ve somut olaya göre mağdur belirlemesinin yapılması gerekmektedir. Zira korunması amaçlanan hukusal değerler arasında masumiyet karinesi ile bireyin yargılama sürecindeki özel yaşamın ve kişilik haklarının korunması da bulunduğu şahsi menfaatlerin ihlali halinde de bu suçun söz konusu olabileceği dikkate alınmalıdır.

Maddenin gerekçesinde yer alan “*Madde, her türlü sesli ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletleri yasakladığından fotoğraf çekilmesine engel yoktur.*” şeklindeki ifade, HMK'nın 183. maddesindeki duruşma sırasında fotoğraf çekilemeyeceği ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamayacağına, bu hükme aykırı davranılması durumunda TCK'nın 286. maddesince kişilerin cezalandırılabilmesine dair hükümle çelişmektedir. Ceza yargılamalarında gerekçenin amaca göre yorumlanarak fotoğrafların da suç kapsamında kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kovuşturma aşamasında celse arasında yetkisiz olarak ses veya görüntü kaydı alınması bu suçu oluşturacaktır, zira adliye içi veya adliye dışında da olsa kovuşturma işlemleri devam ederken bu eylemin yapılması, tipik eylem kapsamında olacaktır. Aynı durum soruşturma işlemleri açısından da geçerlidir. Soruşturma aşamasında birden fazla işlemin gerçekleştiği düşünüldüğünde, bunlar arasında da yetkisiz olarak ses veya görüntü kaydı yapılması durumunda, şartlarını taşıdığı sürece eylem suç kapsamında kabul edilmelidir.

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ayrı ayrı bu suçun işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için failin tek bir suç işleme düşüncesinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Eğer fail tek bir suç işleme düşüncesiyle farklı aşamalarda bu suçu işlediyse bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Ancak anlık bir düşünceyle

suçu ayrı zamanlarda işliyorsa, bu durumda zincirleme suçun söz konusu olmayacağını ifade etmek gerekir.

Tüm bu hususlar ışığında, maddenin uygulanması sırasında tartışmalı noktalar dikkate alınarak değerlendirilme yapılması önemli olup aksi takdirde hak kayıplarına neden olunabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Zira hem bireysel hem de kamusal yararın korunduğu bu maddenin yanlış uygulanması ile geri dönüşü zor ve belki de imkânsız sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Adaletin sağlıklı bir şekilde tecelli edebilmesi açısından maddenin uygulanmasında kanun koyucunun amacına uygun şekilde hareket edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Artantaş, Günce. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Gizliliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 11. Baskı, 2020.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 18. Bası, 2020.
- Centel, Nur. "Dürüst Yargılanma ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü". *AÜSBF Dergisi*. 48/3 (1994), (57-72).
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, 2023.
- Dockray, Martin. "Courts on Television", *Media Freedom and Contempt of Court - Library of Essays in Media Law*, Ed. Eric Barendt, New York: Routledge (2016), (s. 593-604).
- Donay, Süheyl. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2007.
- Dönmezer, Sulhi ve Köksal Bayraktar. *Basın Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 6. Baskı, 2016.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, İstanbul: Der Yayınları, 14. Baskı, 2019,
- Ekmekçi, Dilek. "Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar.", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.
- Erdönmez, Güray. *Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Ersan, Aykut. "Gizliliğin İhlali Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi* 22 (2013), (s. 117-145).
- Ersoy, Uğur. *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Evirgen, Selen. "Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1 (2020), (s. 1527-1550).
- Gürlek, Sedef Pelin. "Soruşturmanın Gizliliği Gereçesi ile Yayın Yasağı", *İstanbul Barosu Dergisi* 90/4, (2016), (s. 227-246).
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Ankara: US- A Yayıncılık, 2016.
- Horozgil, Denizhan. "İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2, (2012), (s. 146-164).
- İçel, Kayıhan ve Yener Ünver. *Kitle İletişim Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 9. Baskı, 2012.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 4. Bası, 2017.
- İşcan, Başak Oya. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Halka Açıklık İlkesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2023.
- Kurt Konca, Nesibe. "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması" *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı* 4/2 (2014), (s. 65-96).
- Memiş Kartal, Pınar. *Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması, Özel Ceza Hukuku, C. X, Adliye Karşı Suçlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Meran, Necati. *AIHM Kararları ile İctihatlı ve Açıklamalı Olarak Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira & Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2013.
- Neuling, Christian – Alexander. “Ceza Adaleti ve Medya – Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa ‘Adli Susma Yükümlülüğü’ mü?”, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7: Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, çev. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2005), (s. 225-239).
- Okuyucu-Ergün, Güneş. “Soruşturmanın Gizliliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59/2 (2010), (s. 243-275).
- Özek, Çetin. *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2021.
- Özgenç, İzzet. “Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları”, *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, (Ed. M. Tefvik Gülsoy), Kolokyum Kitabı (08.10.2010), ss.146-171.
- Öztürk, Bahri. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2023.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. *Açıklamalı – Yeni İctihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230 – 345. Maddeler) 4. Cilt*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Pekcanitez, Hakan. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, (1999), (s. 635-666).
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2020.
- Soyer Güleç, Sesim. “Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak ‘Halka Açıklık’ İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 2/5, (2007), (s. 73-103).
- Şahin, Cumhuriyet ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2023.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 21. Baskı, 2021.
- Tunçak, Senanur. “Suçsuzluk Karinesini Bir Koruma Yöntemi Olarak Gizliliğin İhlali (TCK. m. 285) Suçu”, *Tİ-HEK Akademik Dergisi* 2/3, (2019), (s. 69-93).
- Ülgen, Mert. “Crime of Recording Audio or Visual Media (Article 286 of the Turkish Criminal Code)” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 11/1, (2023), (s. 94-123).
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 19. Baskı, 2022.
- Ünver, Yener. *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2021.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252 – 345*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2014.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2021.
- Yokuş Seviük, Handan. “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, (2004), (s. 747-764).
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliye Karşı Diğer Suçlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2019.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2019.
- Zafer, Hamide. “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, *Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi*, (1999), (s. 751-774).

İnternet Kaynakları

- “Contempt of Court Act 1981 (Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu) Madde 9”, son güncelleme 15.02.2024 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/section/9?view=plain>
- “European Convention on Human Rights, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)”, son güncelleme 14.02.2024, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- “History of Cameras in Courts”, son güncelleme 14.02.2024 <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/cameras-courts/history-cameras-courts>
- “International Covenant on Civil and Political Rights (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme)”, son güncelleme 14.02.2024, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- “Proposals to Allow the Broadcasting, Filming, and Recording of Selected Court Proceedings (2012) United Kingdom Ministry of Justice”, son güncelleme 15.02.2024 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7ca6d7ed915d7c983bc0f2/broadcasting-filming-recording-courts.pdf>
- “Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük”, son güncelleme 14.02.2024 <https://sozluk.gov.tr/>
- “Universal Declaration of Human Rights (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi)”, son güncelleme 14.02.2024 <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>
- Kaylan, Keskin. “Adliyeye Karşı Suçlar – 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu (Madde 267 – 298)”. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/109.doc> (erişim: 12.04.2018).
- Logeais, Elisabeth and Jean-Baptiste Schroeder, “The French Right of Image: An Amiguous Concept Protecting the Human Persona”, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 18/3 -Symposium: International Rights of Publicity- (1998). <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol18/iss3/5> (erişim: 22.03.2024).

EXTENDED SUMMARY

THE CRIME OF RECORDING AUDIO OR VISUALS (TPC ARTICLE 286) WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF PUBLICITY AND FREEDOM OF PRESS

Aslı Aydın, Lecturer.

Ufuk University, asli.aydin@ufuk.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-9532-9754>

The crime of “recording audio or visuals” is stated as a single-paragraph crime under the title of “Crimes Against the Courthouse” in the Second Chapter of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237. This crime is linked to the principle of publicity and freedom of the press, which ensures that trials are held publicly. The principle of publicity is fundamental in proceedings. There are exceptions to this principle in some articles of the Criminal Procedure Code No. 5237, and these exceptions do not constitute a violation of publicity. When considered from the perspective of freedom of the press, it cannot be said that the exceptions to the principle of publicity limit the freedom of the press, because members of the press will be able to learn information after the hearing and share them with the public through news. In this study, the situation in some countries also is discussed and whether there were similar practices in this regard was also examined.

The important part in terms of the subject of the study is the situations in which the actions stated in Article 286 of the TPC are carried out. According to the article, “Any person who unauthorizedly records or transmits audio or visuals during investigation and prosecution proceedings...” will be punished. Therefore, the main question is who will be punished for this crime if they perform which actions in case of unauthorized recording of audio and visuals on the basis of investigation and prosecution procedures. It has been determined that there are many problems in the wording of the article. Even though it is a crime that is short and consists of a single paragraph, there are many issues that require comment. In the article, the crime type is examined by dividing it into elements within the framework of the examination method, and it was aimed to identify the problems in these covering and to propose solutions.

First of all, the legal value protected by crime was examined. It has been determined that the aim is to protect more than one legal value, such as protecting the presumption of innocence, preventing the weakening of the defense, and ensuring the regular functioning of the courthouse by ensuring peace inside the courthouse and in the courtrooms. Anyone can be the perpetrator of the crime. The issue of victim is discussed in the doctrine. However, when the legal value intended to be protected by crime is considered, it has been determined that the victim may vary depending on the nature of the action and the concrete event. The material subject of the crime is the audio or visuals recorded or transmitted without authorization during investigation and

prosecution proceedings. The typical action is to record or transmit these audio or visuals. Here, in terms of the typical action, the problem arises from the article. The text of the article, which gives the meaning that the recording or transfer process that constitutes the crime should be done both during the investigation and prosecution procedures, has been criticized in the doctrine and it is stated that appropriate regulation and changes should be made in this regard. Within the scope of legality reasons, it is mentioned that in order for the act to be lawful, the perpetrator must carry out the registration and transfer process in an authorized manner. This situation can be presumed to a point, but the issue that is criticized is that not every action taken within the scope of authority may also be lawful. When examining the moral element, it is a crime that can be committed with general intent. It is possible to make an evaluation in accordance with general provisions in attempt, participation and association. In terms of the combination of crimes, it is a compound crime and, although there are different opinions in the doctrine, it has been widely accepted that it is not possible to form an conceptual aggregation. This crime is not subject to complaint. Therefore, an investigation is carried out ex officio by the Public Prosecutor's Office and the competent court is the criminal courts of first instance.

The crime not only aims to protect the courthouse, but also the individual. Since individual and public interests are considered more qualified and superior, it may result in the freedom of the press being restricted in accordance with the law. The Constitution of the Turkish Republic allows this restriction. This crime, which constitutes an exception to the principle of publicity, is important not only in criminal proceedings but also in civil proceedings. It can be said that the text should be re-viewed again, especially since some problems have been identified regarding the inditement of the article and these problems may both contradict the purpose of the article and lead to different applications. Otherwise, many principles of judgment, including the principle of legality, may be damaged, which is an undesirable outcome.



CILT / VOLUME 4 SAYI / ISSUE 1

- *Dr. Öğr. Üyesi Muammer KETİZMEN & Aslıhan KART*
Veri Taşınabilirliğinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi
Evaluation of Data Portability in Terms of Competition Law
- *Dr. Öğr. Üyesi Cansu ATILGAN PAZVANTOĞLU*
Uluslararası Suçlara Yönelik Kriminolojik Yaklaşımların Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi
An Assessment of Criminological Approaches to International Crimes within the Scope of International Laws
- *Dr. Yalçın ARSLANTÜRK*
Kamu Kaynağı Bağlamında Destekleme Ödemelerinin Hazine İlişkin Hukuki Analiz
Legal Analysis of Impoundment of Support Payment in the Context of Public Resource
- *Doç. Dr. Nurdan ORBAY ORTAÇ*
Taşıma Senedinin İspat Gücü
Power of Proof of the Consignment Note
- *Barış ACUN*
Türk İdare Hukukunda Yetki Kavramı
The Concept of Delegation of Authority in Turkish Administrative Law
- *Dr. Öğr. Üyesi Kemal ERDOĞAN*
Vasiyetmanemin Yok Olması
The Destruction of a Will
- *Prof. Dr. Mustafa AVCI*
Peygamberlerle Mücadele Eden Suç Örgütleri
The Crime Organizations who Fight Against Prophets
- *Zehra İlgün MAĞDEN ÇAMLII*
Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Yetki Alanında Kalan Konular Esas Sözleşmede Düzenlenebilir mi?
Can the Matters within the jurisdiction on the Board of Directors in Joint Stock Companies be Regulated in the Articles of Association
- *Dr. Öğr. Üyesi Dilhuk AYAYDIN*
Belediyelerin Pazar Yerlerine İlişkin Görev ve Yetkileri Bağlamında İşgal Hareci Sorununun İdare Hukuku Bakımından İncelenmesi
The Occupation Fee Problem from Administrative Law Perspective in the Context of Municipality Duties and Powers for Marketplaces
- *Dr. Öğr. Üyesi Makbule Ezgi ERTEN*
Bireysel Ceza Sorumluluğunun Gelişimi: Ad Hoc Mahkemelerden Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Geçiş
The Development of Individual Criminal Responsibility: From Ad hoc Tribunals to the International Criminal Court
- *Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA*
Kurumsal Boyutlarıyla "İstisna Hali" Üzerine Bir İnceleme
An Examination of the "State of Exception" in its Theoretical Dimension
- *Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU*
Medeni Usul Hukukunda Okunmayan veya uygunsuz yahut İlgisiz Dilekçe (HMK m. 32)
In Civil Procedure Law Unreadable or Inappropriate or Irrelevant Petition (CCP Art. 32)
- *Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK & Şule İŞİN*
Anonik Şirket Birleşmelerinde Ayrılma Akçesi
The Opt-Out Fund in Joint Stock Company Mergers
- *Dr. Öğr. Üyesi Mevin MERA & Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu ERZURUMLU İŞİK*
Sermaye Şirketlerinde Üst Düzey Yöneticilerin Sözleşmesel Rekabet Yasasındaki Doğan Uyuşmazlıkları ve Görevli Mahkeme
Disputes Arising from the Non-Compete Agreement Between Equity Companies and Senior Managers and Competent Court
- *Öğr. Gör. Aslı AYDIN*
Aleniyet İlkesi ve Basın Özgürlüğü Kapsamında Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu (TCK m. 286)
The Crime of Recording Audio or Visual (TPC Art. 286) within the Scope of the Principle of Publicity and Freedom of Press