



Cilt: 11 | Sayı: 2
2023



Derginin Sahibi

Sakarya Üniversitesi Rektörlüğü Adına
Rektör Prof. Dr. Hamza AL

Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Editör Yardımcısı

Dr. Öğr. Üyesi Gizem ÇOŞGÜN YILDIRIM

İletişim Adresi

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

Sayfa / Kapak Tasarımı

Mehmet Emin ÇOLAK

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Aralık 2023

ISSN

2147-768X

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

EDİTÖR KURULU

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

YAYIN KURULU ÜYELERİ

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN
Arş. Gör. Rümeyza DEMİR
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU
Arş. Gör. Fatmagül GÖKÇE
Arş. Gör. Fatih ERASLAN
Arş. Gör. Muammer Fatih ÖZTÜRK

İÇİNDEKİLER

Araştırma Makalesi

Aslan DELİCE

[1. Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Ve Cumhurbaşkanı Yardımcılarının Ceza Sorumluluğu](#)

Sayfa : 768-795

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Doğa Ekrem DOĞANCI

[2. Tapu Sicilinin Aleniyeti Bağlamında Mirasçıların Bilgi Edinme Hakları](#)

Sayfa : 796-878

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Gamze ÇAKI ÇİFCİ

[3. Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliğinin Kişi Bakımından Uygulanması](#)

Sayfa : 879-908

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Selman Sacit BOZ Yunus Emre GEZGİNCİ

[4. Fahri Trafik Müfettişliği: İdare Hukuku Boyutuyla Kısa Bir Eleştirisi](#)

Sayfa : 909-948

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Güzide Burcu GÜNVEREN

[5. Roma Hukukunda Birlikte Kusur Üzerine Bazı Düşünceler](#)

Sayfa : 949-971

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Baki Oğuz MÜLAYİM

[6. İşten Çıkış Kodunun Önemi ve Düzeltmesi](#)

Sayfa : 972-1000

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Abdullah İSLAMOĞLU

[7. Osmanlı Devletinde Kadınların Devlet Yönetimine Etkileri](#)

Sayfa : 1001-1020

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Gülşah Sinem AYDIN ATEŞ

[8. İpotekte Boş Dereceye İlerleme Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Uyulması Gereken Şekil Şartı](#)

Sayfa : 1021-1045

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Irmak KORUCULU

9. Kaçakların Yargılanmasında Hüküm

Sayfa : 1046-1081

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Talha GENÇ

10. Tahkimde Gerilla Taktikleri ve Gerilla Taktiklerinin Önlenmesi

Sayfa : 1082-1133

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Elif Irmak BÜYÜK

11. Yargı Kararları Işığında Avukatların UYAP Sistemine Entegre Banka Hesaplarına İlişkin Haczin Çeşitli Hukuki Açılardan Değerlendirilmesi

Sayfa : 1134-1157

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Cemre Edip YALÇIN

12. Yargı Erkinin Otorite ve Tarafsızlığının Korunması Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Sayfa : 1158-1197

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Servet ALYANAK

13. Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumuna Yapılan Şikayet Başvurularında Kabul Edilebilirlik Koşulları

Sayfa : 1198-1228

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Arif Emre SÜMER

14. Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık

Sayfa : 1229-1270

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Can CANPOLAT

15. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme

Sayfa : 1271-1295

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Asuman ÇAPAR

16. İdarenin Kolluk Yetkilerini Genişleten Bir Sebep Olarak Doğal Afet

Sayfa : 1296-1325

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Meltem BULUT

17. Müteselsil Kefalet ile Müteselsil Borçluluk Kurumlarının Karşılaştırılması

Sayfa : 1326-1346

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Hande ÜNSAL

18. 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Bazı Hükümlerinin “Vatansızlığın Önlenmesi” Hedefi Bağlamında Değerlendirilmesi

Sayfa : 1347-1405

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Ayşe KARACA ÖZ

19. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali

Sayfa : 1406-1428

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Doğancan ERASLAN

20. Bankanın Çekteki İmzaya Dayanarak Ödemedi Kaçınma Durumu

Sayfa : 1429-1457

[PDF](#)

Araştırma Makalesi

Meltem KARATEPE KAYA

21. Impacts of Emerging Technologies on Multinational Enterprises: Legal Challenges and Opportunities

Sayfa : 1458-1501



Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Ve Cumhurbaşkanı Yardımcılarının Ceza Sorumluluğu(*)

Criminal Liability Of Ministers and Vice Presidents In Turkish Constitutional Law

Dr. Öğr. Üyesi **Aslan DELİCE(**)**

Öz

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görev suçlarının denetim aracı olan Meclis soruşturması,1876 tarihli Kanun-ı Esasi'den Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini benimseyen 1982 Anayasasına kadar tüm anayasalarda yer alan ve belli oranda işlevini ifa eden bir usuldür. Çalışma bir yandan parlamenter hükümet sistemini içine alan bir asırlık dönemi inceleyerek diğer yandan başkanlık hükümet sisteminin getirdiği sorunlara odaklanarak bu usulün nasıl daha etkin hale getirilebileceğinin imkanlarını araştırmaya yönelir. Ulaşılan sonuçlardan iki tanesinin altı çizilmelidir; ilki, Meclis soruşturmasının etkinliğinin karar alma nisabından ziyade parti disiplini veya sadakatine bağlı olduğunun ortaya çıkmasıdır. İkinci nokta Meclis soruşturmasıyla Yüce Divan'a sevk edilen siyasilerin görevden azledilmiş sayılmalarına dair anayasa değişiklik teklifinin Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle bağdaşmaz olmadığının gösterilmesidir. Kimi yazarlarca Meclis soruşturmasıyla itham etme usulü arasında kurulan benzerlikler makalenin ABD Anayasası ve Yüksek Mahkeme kararlarına değinmesini zorunlu kılmış bilhassa Yüce Divan'a sevk görevden azliden içermesi gerektiğine dair teklifte bu örneklerden istifade edilmiştir. Yasama ve yürütme arasındaki hassas denge ince bir buz tabakası üzerinde yürümeye benzediğinden en küçük hatalar bile ya hükümet etkinliğinin yitilmesiyle ya da örneklerine tarihte sıkça rastladığımız yetki istismarlarının yaptırımsız kalmasıyla sonuçlandığından anayasa hukukçularının konuyu bu bilinçle değerlendirme zorunluluğu vardır.

*Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 03.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 09.10.2023

DOI: 10.56701/shd.1321462

Makale Yayın Tarihi: 30.10.2023

**Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

adelice@fsm.edu.tr • 0000-0002-3596-8420

Anahtar Kelimeler: Meclis soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcısı, Bakanlar, Ceza Sorumluluğu, Başkanlık, Impeachment.

Abstract

The parliamentary investigation, which is a means of oversight of the malfeasance of vice presidents and ministers, is a procedure that has been included in all Turkish Constitutions from Kanun-i Esasi, the first constitution of Ottomans, to the 1982 Constitution, which now adopts the presidential system of government, and has fulfilled its function to a certain extent. The study, by examining the events of a century of parliamentary system of government on the one hand and focusing on the problems brought by the presidential system on the other hand, investigates the possibilities of how this procedure can be made more effective. Two of the conclusions reached should be underlined; the first is that the effectiveness of the Parliamentary Investigation depends more on party discipline or loyalty than on the decision-making quorum. The second point is that the proposed constitutional amendment foreseeing the politicians referred to the Supreme Criminal Tribunal through a parliamentary investigation to be dismissed from office is not incompatible with the presidential system. The similarities established by some authors between the Parliamentary investigation and the impeachment procedure made it necessary for the article to refer to the US Constitution and Supreme Court decisions, and these examples were utilized, especially in the proposal that referral to the Supreme Criminal Tribunal should include dismissal from office. Since the delicate balance between the legislature and the executive is akin to walking on a thin sheet of ice, and since even the smallest mistakes result in either the loss of government effectiveness or the lack of sanctions for abuses of power that we have frequently seen in history, constitutional lawyers must evaluate the issue with this awareness.

Keywords: Parliamentary Investigation, Vice President, Ministers, Criminal Liability, Presidency, Impeachment.

GİRİŞ

Parlamentar hükümet sisteminin özünü parlamento çoğunluğuna karşı mesul olan hükümetin,² güvensizlik oyuyla azledilmesi oluşturur.³Güvensizlik oyu sonrasında ya yeni bir hükümet kurulma süreci başlatılır ya da devlet başkanının (kral ya da cumhurbaşkanı)

²N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, (Oxford:Oxford University Press, 2018), 66.M. J. C. Vile, *Constitutionalism and The Separation of Powers*, (Indianapolis:Liberty Fund, 1998), 393.

³Anthony W. Bradley-Cesare Pinelli, "Parliamentarism",*The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld vd. (Oxford:Oxford University Press, 2012),663.Wolfgang C. Müller- Torbjörn Bergman-Kaare Strom, "Parliamentary Democracy: Promise and Problems, Delegation and Accountability", *Parliamentary Democracies*, ed. Kaare Strom vd.(Oxford: Oxford University Press, 2006), 9-10-11.Paul Yowell,"A Proposal for Defining and Classifying Systems of Constitutional Government", *The Methodology of Constitutional Theory*, ed. Dimitrios Kyritsis vd. (Oxford: Hart Publishing, 2022),335. Karl Loewenstein, *Political Power and The Governmental Process*, (Chicago and London:Phoenix Books, 1965), 194.

talebiyle parlamento feshedilerek seçimlere gidilir.⁴

1924 Anayasasının inşa ettiği hükümet modelinin meclis hükümeti mi yoksa parlamenter hükümet sistemi mi olduğuna dair tartışmaları⁵ bir kenara koyarsak II. Meşrutiyetin ilan edildiği 1908 yılından⁶ 2017 yılına kadar parlamenter hükümet sistemiyle yönetilen Türkiye’de, tüm ‘hükümetler’ Meclise karşı sorumlu kılınmışlardır. Padişaha çok geniş yetkiler vermesi nedeniyle klasik parlamenter sistemden oldukça uzağa düşen Kanun-ı Esasi dönemi de bütünlük adına bu başlık altında incelenecektir. Parlamenter hükümet sistemlerinde bakanlar kurulu üyelerinin cezai, idari, siyasi olmak üzere üç tür sorumluluğu olsa da parlamentonun karar, icraat ve siyasetini beğenmediği hükümeti güvensizlik oyuyla düşürmesi olarak tanımlanabilecek *siyasi sorumluluk* “denetim açısından en önemlisidir.”⁷Bunun dışında İtalya,⁸ Polonya,⁹ Güney Kore,¹⁰ Türkiye gibi ülkelerde görev suçu isnadıyla karşılaşılan hükümet üyelerinin yargılanıp yargılanmayacağına dair kararlar da (ceza sorumluluğu) münhasıran yasama organına aittir.¹¹Bu kurguya uygun olarak tanzim edilen anayasalarda halk adına egemenliği kullanma yetkisine sahip Türkiye Büyük Millet Meclisine verilen görevlerden biri de hükümeti denetlemektir.1982 Anayasasının 98. maddesinde yer alan “Meclis soruşturması”kökenleri 1876 tarihine kadar eskiye uzanan denetim araçlarından biridir. Kanun-ı Esasi yalnızca bakanların şahsi ve kolektif siyasi sorumluluğunu kabul etmekle yetinmemiş, görev suçu şahsi suç ayırımı yaparak yargılama usullerine de işaret etmiştir.

1876’dan günümüze kadar bakan ve cumhurbaşkanı yardımcılarının ceza sorumluluğunun nasıl temin edildiğine geçmeden önce modern zamanlarda hükümet üyelerinin ceza sorumluluğunun ilk kez ortaya çıktığı İngiliz tarihine bakılmasında yarar vardır.

⁴Loewenstein,*Political Power*, 51.Bradley-Pinelli, “Parliamentarism”,651.

⁵ Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, (Ankara:İmge

Kitabevi Yayınları, 2011), 194-196.Ergun Özbudun,*Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yatkin Yayınları, 2022),29-30.Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2023), 31.

⁶Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2014),193, 196. ⁷Loewenstein, *Political Power*,196. Gensoruyu en etkin siyasi denetim yolu olarak tanımlayan satırlar için bkz.Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 308.

⁸İtalyan AY (1947), md. 96 uyarınca bakanlar, görevden ayrılırlar dahi görev suçları nedeniyle Senato ya da Temsilciler Meclisinin alacakları kararla genel mahkemelerde yargılanır.

⁹Polonya AY (1997), md. 156 uyarınca bakanlar kurulu üyeleri görev suçları nedeniyle Cumhurbaşkanı veya 115 milletvekilinin [Toplam üye sayısı 460] vereceği bir önergeyle Meclis alt kanadının (SEJM) üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla alacağı kararla Devlet Mahkemesinde (*Tribunal of State*) yargılanır.

¹⁰G. Kore AY (1948), md. 65 uyarınca başbakan ve bakanlar görev suçları nedeniyle Meclis üye tam sayısının üçte birinin vereceği önerge üzerine üye tam sayısının salt çoğunluğuyla Anayasa Mahkemesinde yargılanmak üzere itham edilebilir (*impeachment*). Bakan,yargılama süresince görevinden uzaklaştırılır. Meclis tarafından azledilen ilgilinin hukuki ve cezai sorumluluğu saklıdır. Kore Başkan’ı ancak Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğuyla verilecek önerge üzerine üye tam sayısının üçte iki çoğunluğuyla itham edilebilir.111. maddede düzenlenen ve dokuz hakimden oluşan Anayasa Mahkemesi, Başkan, başbakan ve bakanlar hakkında ancak altı üye ile (2/3 çoğunlukla) azil kararı verebilir (Madde 113/1).

¹¹Schmitt’e göre parlamento üyelerine sorumsuzluk ve dokunulmazlık şeklinde tanınan imtiyazlar, erkler ayrılığı ilkesiyle meşruiyete kavuşturulur. Bkz. Schmitt, *Constitutional Theory*,225.

I. PARLAMENTER HÜKÜMET SİSTEMLERİNDE SORUMLULUK

Westminster olarak da adlandırılan parlamenter hükümet sisteminin İngiltere’de ortaya çıktığı kabul edilir.¹² 17. asrın başına kadar kralın danışman ve bakanlarıyla sahip olduğu mutlak iktidarın anayasadaki karşılığı kralın asla hata yapmayacağına (suç işlemeyeceğine) dair “*The King can do no wrong*” vecizesidir.¹³ Farklı çağrışımları olsa da ilkenin asıl anlamı kralın hiçbir işlem ve eylemi nedeniyle sorumlu tutulamamasıdır.¹⁴

Mutlak iktidara eklenen mutlak sorumsuzluğun doğuracağı felaketlerin farkında olan hukukçular “karşı imza kuralını” anayasal ilke haline getirir.¹⁵ Kral hala dokunulmaz ve sorumsuz olsa da onun tüm işlem ve eylemlerini imzasıyla üstlenen bakanların impeachment usulüyle azledilerek yargılanması yasalara riayetini yolunu açar.¹⁶ Hukuk devleti idealinin gerçekleşmesi bir başka ifadeyle hükümetin (kral) parlamentoya karşı sorumlu kılınması için başka adımların da atılması gerekir. İlk olarak belli kişilere kanuni muafiyet ihsan etmek (*dispensingpower*) şeklinde tanımlanabilecek kraliyet imtiyazı (*prerogative*) Devrimden sonra kabul edilen 1689 tarihli *Haklar Bildirgesiyle* ortadan kaldırılır.¹⁷ İkinci olarak kralın dilediği suçluları affetmesi¹⁸ bilhassa Parlamantonun azledip mahkum ettiği bakanların affedilmesi sorunu da 1701 tarihli kanun (*Act of Settlement*) ile çözüme kavuşturulur. Kanunun 6. maddesi gereği impeachment usulüyle mahkum edilenler için kral af yetkisini kullanamaz.¹⁹

Tarihi verileri çok farklı amaçlar için kullanmak mümkün ise de aktarılan bilgilerden şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: İlk olarak devlet başkanı ve bakanlar sorumluluk açısından aynı düzlemde değildir. İkinci olarak da hükümet üyelerinin azledilerek yargılanması konusunda nihai karar parlamentoya aittir. Kanun-ı Esasiden günümüze kadar hükümet üyelerinin ceza sorumluluğuna dair hükümler bu bilgiler ışığında okunmalıdır.

¹² Müller-Bergman-Strom, “Parliamentary Democracy”, 7.

¹³ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, Book I: Of the Rights of Persons*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 51. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (London: The MacMillan Press, 1979), 24. Walter Bagehot, *The English Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), 45.

¹⁴ Blackstone, *Commentaries*, 159. Dicey, *Introduction to the Study*, 25.

¹⁵ Dicey, *Introduction to the Study*, 25.

¹⁶ Blackstone, *Commentaries*, 103.

¹⁷ Aslan Delice, “Parlamento Egemenliğinden Yüksek Mahkeme Hakimiyetine İngiliz ve Amerikan Anayasal Düzenlerinin Karşılaştırılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11, (Haziran 2023), 148. Blackstone, *Commentaries*, 121. Dicey, *Introduction to the Study*, 25-193.

¹⁸ Blackstone, *Commentaries*, 162.

¹⁹ E. W. Ridges, “İngiliz Anayasa Hukuku”, Çev. Mukbil H. Özyörük, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8,3-4, (1951), 194. Yalnızca zarar gören affetme yetkisine sahiptir. Impeachment usulünün savcısı ve zarar göreni parlamento olduğuna göre af yetkisi de krala değil parlamentoya aittir. Blackstone, *Commentaries*, 173.

A.1876 KANUN-I ESASİDE MECLİS SORUŞTURMASI

Kanun-ı Esasinin 31. maddesine göre “Kendi görev sahasında olmak kaydıyla Heyeti Mebusandan bir ya da birkaç vekil bir bakanın görevine ilişkin mesuliyeti olduğuna dair şikâyeti Heyeti Mebusan Başkanına ilettiğinde, ilk olarak Dahili Nizamname (içtüzük) uyarınca, Meclise gönderilip gönderilmeyeceği tetkik edilmek üzere şikâyet Başkan tarafından ilgili şubeye [Komisyon] gönderilir. Şube gerekli soruşturmayı, ilgiliden de bilgi almak suretiyle tamamlayıp çoğunluk kararıyla evrakın Heyeti Mebusana arz edilmesi yönünde bir kararname hazırlar. Bu kararname bakanın bizzat ya da diğer yollarla savunması alındıktan sonra Heyeti Mebusan'da vekillerin üye tam sayısının üçte ikisinin mutlak çoğunluğuyla kabul olunursa, muhakeme talebini içerir mazbata başbakanlığa iletilir. Padişahın onayı ile dosya Divanı Âliye gönderilir. Bakan, özel kanuna göre yürütülen yargılama (Madde 32) neticesinde beraat edene kadar, bakanlıktan düşer (Madde 34). Görevle ilgili olmayan şahsi suç ve davalarda bakanların diğer Osmanlı efradından hiçbir farkı olmayıp yargılamaları genel mahkemelerde yapılır (Madde 33).

B.I. MEŞRUTİYET DÖNEMİ(23.12.1876-13.02.1878)²⁰

Meclis-i Umumi çalışmalarını 19.03.1877-28.06.1877 ve 13.12.1877-14.02.1878 tarihleri arasında iki dönem yürütmüş²¹ daha sonra da II. Abdülhamit tarafından 93 Harbi gerekçesiyle tatil edilmiştir. İlk olarak 16 Mayıs 1877 tarihinde eski sadrazam Mahmut Nedim Paşa'nın yargılanması için bir takrir verilmiş, yapılan müzakereler sonucu soruşturma açılması kabul edilmiş, yargılama izni için Bab-ı Ali'ye müzekkere yazılmış ise de neticeye ulaşılamamıştır. Bir daha da konu Meclis gündemine alınmamıştır.²²

Karadeniz'de Rus donanması tarafından el konulan Mersin vapuruyla ilgili Bahriye Nazırı Sait Paşa'nın sorumluluğu hakkında Halep Mebusu Nâfi Efendi 31.12.1877 günlü bir takrir vermiş, Nazır'ın donanmanın başka sahalarda istihdam edildiğine dair cevabı Aydın Mebusu Hacı Ahmet Efendi ve takrir sahibi Nâfi Efendi tarafından yetersiz bulunmasına rağmen Meclis Başkanı suale cevap verildiği gerekçesiyle soruşturma talebini kapatmıştır.²³

²⁰M. Şükrü Hanioglu, “Meşrutiyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29/388.

²¹Mehmet Akif Aydın, “Kanun-ı Esasi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24/330.

²²Ahmet Ali Gazel, “Birinci Meşrutiyet Parlamentosunda Parlamenter Denetim: İstizah (Gensoru), Meclis Araştırması, Meclis soruşturması, Genel Görüşme”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*,17, (2005), 290.

²³ Gazel, “Birinci Meşrutiyet”, 290-291.

C.II. MEŞRUTİYET DÖNEMİ (23.07.1908-20.01.1921)²⁴

Divaniye [Irak] Mebusu Fuad Bey 28 Nisan 1918 (4 Teşrinisani 1334) tarihli takrirle Said Halim Paşa ve Talat Paşa hükümetlerinde görev alan bakanların sorumluluklarının araştırılmasını talep etmiştir. Takrir, I. Dünya Savaşına sebepsiz ve vakitsiz girilmesi, savaşın çıkış sebepleri hakkında Meclis'e yalan beyanda bulunulması, İtilaf Devletlerinin şerefli ve faydalı sulh tekliflerinin reddedilmesi, harbin yeteneksiz kumandanlar eliyle sürdürülmesi, Kanun-ı Esasiye aykırı olarak muvakkat kanunlarla ülkenin faciaya sürüklenmesi, askeri sınırlar dışında siyasi sansür tatbik edilmesi, kıtlık ve karaborsa ortamında birtakım şirketlere maddi çıkar temin edilmesi, çetelere yardım edilerek can ve mal güvenliğinin ortadan kaldırılması, basın özgürlüğünün yok edilerek yabancı matbuatın ülkeye girişinin yasaklanması hususlarında bakanların sorumluluklarının araştırılmasını talep etmiştir.²⁵

Dahili Nizamname gereği çekilen kur'a sonucu soruşturma,44 üyeden müteşekkil Beşinci Şubeye düşmüş, Şube yurt dışına kaçan Talat, Enver, Cemal Paşa dışındaki Sadrazam Said Halim Paşa,Nafia Nazırı Çürüksulu Mahmud Paşa,Adliye Nazırı İbrahim Bey, Maarif Nazırı Ahmed Şükri Bey, Hariciye Nazırı Ahmed Nesimi Bey, Adliye Nazırı Halil Bey, Maliye Nazırı Cavid Bey,Nafia Nazırı Ali Münif Bey, Ticaret Nazırı Mustafa Şeref Bey, Dahiliye Nazırı İsmail Canbulat Bey, PTT Nazırı Haşim Bey, İaşe Nazırı Kara Kemal Bey, Nafia Nazırı Abbas Halim Paşa, Şeyhülislam Mustafa Kazım, Şeyhülislam Ürgüplü Hayri Efendi'yi 6 Kasım -19 Aralık 1918 tarihleri arasında dinlemiştir.²⁶

21 Aralık 1918 tarihinde Padişah Vahdeddin Meclis'i feshedince Beşinci Şube tahkikatı akamete uğramış²⁷ eski bakanlar Divanı Âli'ye sevk edilememiştir. Heyet-i Mebus'ansevk kararı vermiş olsaydı dahi Kanun-i Esasinin 31. ve 32. maddeleri uyarınca Divan-i Ali yargılamasını düzenleyecek özel kanun çıkarılmadığı için²⁸ bakanların yargılanması mümkün değildir.²⁹Meclis soruşturma zabıtları, memleketin içine düştüğü facianınne kadar derinden hissedildiğini, ilgili bakanların Kanun-ı Esasi uyarınca sorumlu kılınmaları hususunda mebusların işlerini ne kadar ciddiye aldıklarını göstermeleri bakımından değerlidir.

²⁴Hanioğlu, "Meşrutiyet", 388.

²⁵Osman Selim Kocahanoğlu, *İttihat-Terakki'nin Yüce Divan Sorgulaması, Meclis-i Mebusan Beşinci Şube Tahkikatı, 1918*, (İstanbul: Temel Yayınları, 2017),18-20.

²⁶Kocahanoğlu,*İttihat-Terakki*, 22-23.

²⁷Kocahanoğlu, *İttihat-Terakki*, 31.

²⁸Murat Yanık,*Yüce Divan*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2008),20.

²⁹Kocahanoğlu,*İttihat-Terakki*, 21.

D.1924 ANAYASASI DÖNEMİ

TBMM'nin denetim yetkileriyle bakanların ceza sorumluluklarına farklı yerlerde yer veren Anayasal hükümler şu şekildedir:

Soru, gensoru ve Meclis soruşturması, Meclisin yetkilerinden olup bunların nasıl yapılacağı İçtüzükte gösterilir” (Madde 22). Bakanlardan birinin Divanı Âliye sevkine dair karar, bakanlıktan düşmeyi gerektirir (Madde 50). TBMM kararıyla oluşturulan Divanı Âli (Madde 67), İcra Vekilleri [Bakan], Yargıtay, Danıştay Başkan ve üyeleriyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılarının görev suçlarıyla ilgili davalara bakar (Madde 61). Yirmi birüyenin on birini Yargıtay, onunu Danıştay Genel Kurulu kendi başkan ve üyeleri arasından gizli oyla seçer. Üyeler gizli oy ve mutlak çoğunlukla başkan ve yardımcısını kendi aralarından seçerler (Madde 62). Başkan ve yardımcısının dahil olmadıkları kur'a ile üç Yargıtay, üç Danıştay üyesi yedek üye olarak ayrılır. Bir başkan on dört üyeden müteşekkil Mahkeme'nin mutlak çoğunlukla (Madde 63) mevcut kanunlara göre verdiği kararlar kesindir (Madde 66-65). Savcılık görevi Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yerine getirilir (Madde 64). Bu niteliği ile de “olağanüstü mahkeme” sıfatını taşır.³⁰

2 Mayıs 1927 tarihli Meclis Dahili Nizamnamesine göre bakanlardan birinin ceza ya da mali sorumluluğunu gerektiren bir fiil meydana geldiğinde Meclis Başkanlığına bir takrir verilmesi gerekir (Madde 169). Takrir Meclise arz olunur ve takriri veren vekil ve bakan dinlenir (Madde 170). Müzakerelerin sonunda takririn dikkate alınıp alınmayacağına işaret oyuyla karar verilir (Madde 171). Genel Kurul soruşturmayı yapmak üzere dosyayı ya Anayasa ve Adalet Komisyonlarından oluşan Karma ya da 5-15 üyeden oluşan Özel Soruşturma Komisyonuna havale eder (Madde 172). Komisyon, çalışmalarını sırasında her tür vesikayı talep edebileceği gibi lüzumu halinde bunlara el koyabilir (Madde 173), şahit dinleyebilir veya bilirkişilerden görüş alabilir (Madde 174). Komisyon raporu bakanın mali ya da cezai sorumluluğunu gerektiriyorsa Meclis kararıyla oluşturulacak Divanı Âli'ye 15 gün içinde tahkikat evrakı tevdi olunur (Madde 176). Bu dönemde yargılanan dört bakana ilişkin kararlar şu şekildedir:

1. Divanı Âli'nin Eski Bahriye Bakanı İhsan Eryavuz Kararı

Kamuoyunda “Yavuz-Havuz Olayı” olarak bilinen dava, Cumhuriyet döneminde yolsuzluk nedeniyle verilen ilk mahkumiyet kararıdır.³¹ TBMM, 26.01.1928 tarihinde aldığı

³⁰Ersan Şen-Bilgehan Özdemir, “Yüce Divan Yargılaması”, Ankara Barosu Dergisi, 1, (2012), 78.

³¹ Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, *Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler ve Çözüm Önerileri*,(Ankara: TEPAV Yolsuzlukla Mücadele Kitapları, 2006), 46.

kararla Cebelibereket [Osmaniye] Milletvekili ve Bahriye Eski Bakanı İhsan Eryavuz ve Arkadaşlarının I. Dünya Savaşında zarar gören Yavuz savaş gemisinin tamiri işindeki yolsuzluklar nedeniyle Divanı Âli'ye sevk etmiştir.³² Mahkeme 16.04.1928 tarihinde "...İhsan Bey'in en büyük suçunun, Yavuz Zırhlısının tamirinde malzeme bedeline fesat karıştırarak irtikâp etmeye teşebbüs ile... Yavuz Zırhlısındaki gizli teşebbüslerden dolayı 205. maddeye göre altı sene ağır hapis ve altı sene rütbe-i memuriyetten mahrum olmak üzere istenilen cezanın üçte iki[ye] indirilerek 2 yıl ağır hapis ve iki yıl rütbe memuriyetten mahrumiyetine..." şeklinde nihai kararını vermiştir.³³

2.Divanı Âli'nin Eski Ticaret Vekili Ali Cenani Bey Kararı

Gaziantep Milletvekili ve eski Ticaret Vekili Ali Cenani Bey, zahire ihtiyacının sağlanması ve ekmek fiyatlarının düşürülmesi için Ticaret Vekâletine tahsis edilen beş yüz bin liranın başka amaçlarla kullanıldığına dair iddialar kapsamında Meclis Adalet ve Anayasa Komisyonlarından oluşan Karma Komisyon tarafından soruşturulmuş, 14 Nisan 1928'de yapılan oylamayla Divanı Âli'ye sevkine karar verilmiştir.³⁴ Dünyanın adım adım 1929 mali buhranına yaklaşması, "azalan tarım üretimine bağlı olarak gıda fiyatlarının artması, İnönü hükümetiyle İş bankası grubu arasındaki çekişmeler"³⁵ davanın seyrini belirleyen en önemli unsurlardır.

14 Mayıs 1928 tarihinde Mahkeme Başkanı İhsan Bey'in açıkladığı karara göre; Ali Cenani Bey görevi ihmal ve gevşeklikten beraat etmiş, görevi suiistimalden dolayı TCK 240. maddesine göre bir ay hapis ile dört ay rütbe ve memuriyetten mahrumiyetine, zimmetinde kalan 177.755 lira 22 kuruşun 26 Nisan 1928'den itibaren kanuni faiziyle birlikte kendisinden tahsiline karar verilmiştir.³⁶ Ali Cenani Bey karar sonrası ortadan kaybolmuş, ortaklarına ait paralarla Gaziantep üzerinden Şam'a gitmiştir.³⁷

3. Divanı Âli'nin Eski Bahriye Nazırı Mahmut Muhtar (Paşa) Katırcıoğlu Kararı

Eski Bahriye Nazırı Mahmut Muhtar Katırcıoğlu iflas eden İngiliz Times Iron Works şirketine kefaletsiz ödenen 20.000 İngiliz lirası nedeniyle Divanı Âli'de hüküm giymiştir.³⁸

Alınacak üç vapur için İngiliz şirketle 1910 ve 1911 yıllarında anlaşma imzalanmış,

³²Erkan Afşar,*Yolsuzluk ve Usulsüzlük Olaylarının Türk Siyasetine Yansımaları (1923–1950)*, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013),65.

³³Afşar,*Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 88.İhsanEzherli, *Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920- 1998) ve Osmanlı MeclisiMebusanı (1877- 1920)*, (Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları,1998),76.

³⁴Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 111.

³⁵Hatice Akan, "Erken Cumhuriyet Döneminde Bir Yolsuzluk Olayı: Ali Cenani Bey Davası", *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi*, 3, (2016/II), 141.

³⁶Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*,114.Ezherli, *Türkiye Büyük*, 76. TEPAV,*Bir Olgu*, 46.

³⁷Akan, "Erken Cumhuriyet", 150.

³⁸Ezherli, *Türkiye Büyük*, 76.

60.000 İngiliz lirası tutan toplam bedelin 20.000 lirası anlaşmaya aykırı olarak kefalet alınmaksızın Bahriye Nazırı Mahmut Muhtar Paşa tarafından ödenmiştir.³⁹ Şirketin iflas etmesiyle ödenen meblağ kadar Hazine zarara uğramıştır. Anayasa ve Adalet Komisyonunun raporu Mecliste 30.05.1929 tarihinde kabul edilerek Mahmut Muhtar Paşa Divanı Âli'ye sevk edilmiştir.⁴⁰ Rapor hem zaman aşımı itirazını hem de daha önce İstanbul Asliye Hukuk mahkemelerinde açılan davalara değinmiştir.⁴¹ Eski Bakan Mahmut Muhtar Katırcıoğlu, Mahkemenin oy çokluğuyla aldığı 03.11.1929 tarihli kararla 1112 lirayı mahkeme masraflarıyla birlikte ödemeye mahkûm edilmiştir.⁴²

Dava, 18 yıl geçmiş olmasına rağmen ülkeyi zarara uğratanların er ya da geç hesap verdiğini gösteren çok değerli bir örnek olarak tarihteki yerini almıştır.

4. Divanı Âli'nin Eski Gümrük ve Tekel Bakanı Suad Hayri Ürgüp'lü Kararı

08.03.1943 tarihinde Gümrük ve Tekel Bakanlığına atanan Suad Hayri Ürgüp'lü hakkındaki iddialar nedeniyle 13.02.1946 yılında görevinden istifa etmiş,⁴³ Tekel İdaresinde kibrit üretimi ve kereste alımıyla ilgili yapılan yolsuzluk iddiaları nedeniyle kendi isteğiyle sevk edildiği Divanı Âli'de 26.11.1946 tarihinde beraat etmiştir.⁴⁴ Ürgüplü, partisinin kendisi ve arkadaşlarını haksız yere mahkemeye gönderdiği gerekçesiyle 1950 seçimlerinde CHP'nin adaylık teklifini reddederek Kayseri bağımsız milletvekili olarak Meclise girmiştir.⁴⁵ Bu kararı diğerlerinden ayıran nitelik, Bakan Ürgüplü'nün parti içi çekişmeler sonucunda Divanı Âli'de yargılandığına dair bir intibanın oluşmasıdır. Divanı Âli'nin beraat kararı bakanın kariyerine devam etmesini temin ederek siyasi saiklerle yapılan işlemi akamete uğratmıştır.

E. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 AY'nın 90. Maddesine göre “*Başbakan veya Bakanlar hakkında yapılacak soruşturma istemleri, Türkiye Büyük Millet Meclisinin birleşik toplantısında görüşülür ve karara bağlanır. Soruşturma, her iki Meclisten eşit sayıda seçilecek üyelerden kurulu komisyonca yürütülür. Yüce Divana sevk hususundaki karar birleşik toplantıda verilir. Meclislerdeki siyasî parti gruplarında, Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.*”

³⁹Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 116.

⁴⁰Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 127.

⁴¹Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 125-127.

⁴²Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 131. Kararın, 22.000 altının %5 iskonto ile tahsil edilmesi şeklinde olduğunadair iddia için Bkz. TEPAV, 46.

⁴³Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 210.

⁴⁴Ezherli, *Türkiye Büyük*, 76. TEPAV, *Bir Olgu*, 46.

⁴⁵Afşar, *Yolsuzluk ve Usulsüzlük*, 133. Selma Göktürk Çetinkaya, "Suat Hayri Ürgüplü (1903-1981)", *Atatürk Ansiklopedisi* (Erişim01 Mayıs 2023).

Tek bir milletvekilinin talebiyle verilebilen önerge sonucunda başlatılan Meclis soruşturması sonucunda Yüce Divana sevk edilen bakan, bakanlıkta düşer (Madde 106/III Fıkra).Keza parlamenter hükümet sisteminin mantığı gereği şayet başbakan Yüce Divana gönderilmiş ise hükümet istifa edilmiş sayılır. Bu dönemde yargılanan beş bakanın davaları şu şekildedir:

1. AYM'nin Eski Ticaret Bakanı Mehmet Baydur Kararı

AYM 17.06.1965 gün ve E. 1964/1, K.1965/3 sayılı İngiliz BUNGE firmasına 52.500 ton beyaz arpanın 31.10.1961 tarihli satışında görevini savsaklayarak Hazine zararına yol açtığı iddiasıyla açılan davada;⁴⁶“Sanığın isnat olunan görevi savsaklamak suçunu işlediği sabit olmadığından ve olayda sanığa isnadı kabil başka bir suç bulunmadığından BERAATİNE, oybirliğiyle...” karar vermiştir.

2. AYM'nin Eski Sosyal Güvenlik Bakanı Hilmi İşgüzar Kararı

AYM 13.04.1982 gün ve E. 1981/1, K. 1982/2 sayılı davada:⁴⁷“... Bağ-Kur Genel Müdürlüğünce taşınmaz mal alım işlemlerinde görevi kötüye kullandığı sübuta eren sanık Hilmi İşgüzar'ın TCK'nun 240. Maddesi uyarınca iki sene hapis, altı yüz lira ağır para cezasıyla, temelli olarak memuriyetten yoksun bırakılmasına oyçokluğuyla,

İzmir ve Sinop'ta yaptırılan sağlık tesisleri müteahhidi Ali Yıldız yararına ...fazla istihkak almasını sağlamak karşılığında bir apartman dairesi satın almak ve oğlu adına tescilini temin ettirdiği, böylece rüşvet aldığı sabit olan Hilmi İŞGÜZAR'IN TCK 213/2 uyarınca beş yıl ağır hapis, 225/1 uyarınca daire bedelinin beş misli beş milyon iki yüz elli bin ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, temelli olarak memuriyetten yoksun bırakılmasına oyçokluğuyla,

SSK fonlarının mevzuata aykırı olarak bazı bankalara yatırmak suretiyle görevini kötüye kullanmak suçundan sanık Hilmi İşgüzar'a TCK 240 uyarınca iki yıl hapis, sekiz yüz lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına temelli olarak memuriyetten yoksun bırakılmasına oyçokluğuyla,

Hilmi İşgüzar'ın, SSK'ya ait eşyaları evinde kullandığı iddiaları ... sanığın hükümlülüğe yeter delil bulunmadığından beraatine oy birliğiyle,

Hilmi İşgüzar'ın kişisel propaganda maksadıyla SSK'ya usulsüz harcamalar yaptırarak kitap bastırıldığı ve dağıttığı iddiasıyla ...sanığın hükümlülüğe yeter delil bulunmadığından beraatine oy birliğiyle,

⁴⁶Anayasa Mahkemesi (AYM),K. 1965/3 (17 Haziran 1965).

⁴⁷AYM, K. 1982/2 (13 Nisan 1982).

Sanığın ... [bir kez rüşvet alma ve iki kez görevi kötüye kullanma suçlarından aldığı cezaların] içtimaı gerektiğinden;

- a) TCK 74/1 uyarınca beş yıl ağır hapis ve dört yıl sekiz ay hapisle cezalandırılmasına
- b) TCK 72 uyarınca beş milyon iki yüz elli bir bin altı yüz lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına
- c) Temelli olarak memuriyetten yoksun bırakılmasına...” karar vermiştir.

3. AYM'nin Eski Gümrük ve Tekel Bakanı Tuncay Mataracı ile Eski Bayındırlık Bakanı Şerefettin Elçi Kararı

AYM 16.03.1982 ve E. 1981/2, K. 1982/1 Sayılı davada:⁴⁸“ ... [R]üşvet aldığı sabit olan sanık Tuncay MATARACI'nın, rüşvet almak suçundan dolayı hükmolunan ... yedi ağır hapis, ağır para cezaları, memuriyetten temelli olarak yoksun kılınmasına ilişkin cezaları ile, dört görevi kötüye kullanmak suçundan dolayı hükmolunan ...hapis, ağır para ...memuriyetten yoksun kılınması cezaları içtimaen ve neticeten otuz altı sene ağır hapis, yedi yüz seksen yedi milyon üç yüz seksen altı bin yüz altmışaltı lira ağır para cezalarıyla mahkumiyetine ve memuriyetten temelli olarak yoksun bırakılmasına, suçun sübutu, memuriyetten yoksun kılınma ve ehliyetnamenin geri alınması konularında oybirliğiyle, öteki konularda oyçokluğu ile;

Sanık Şerefettin ELÇİ'nin, Turhan DOĞAN'ın Gürbulak Gümrük Müdürlüğüne atanmasında Tuncay MATARACI'yı görevi kötüye kullanma suçuna azmettirdiği hususunda, hükümlülüğüne yeterli delil elde edilemediğinden beraatine, oybirliğiyle...” karar vermiştir.

4. AYM'nin Eski Bayındırlık Bakanı Mehmet Selahittin Kılıç Kararı

AYM 09.03.1983 gün ve E. 1982/2, K. 1983/1 sayılı Arifiye Sincan demiryolu yapım ihalesinde görevi kötüye kullanmak ve rüşvet almak suçlarından açılan davada:⁴⁹“...Büyük oranda fazla ödeme yapılması sonucunu doğuracak eylemler bakımından ... sanık Mehmet Selahittin Kılıç'ın görevi kötüye kullanma suçunu işlediğine dair hükümlülüğüne yeterli delil elde edilemediğinden beraatine oyçokluğuyla...” karar vermiştir.

⁴⁸AYM, K. 1982/1(16 Mart1982).

⁴⁹AYM, K. 1983/1 (09 Mart 1983).

5. AYM'nin Eski Bayındırlık Bakanı Şerefettin Elçi Kararı

AYM 12.04.1983 gün ve E. 1982/1, K. 1983/2 sayılı davada:⁵⁰“... Eşref Erdem'in usulsüz şekilde müsteşar yardımcısı olarak atanmak suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu [işlediği] istemiyle açılan davada ... sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği sabit olmadığından bu suçtan beraatine oyçokluğuyla,

Adnan Midyat'ın Bayındırlık Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdür Yardımcılığına atanması, bu kişinin gayrı meşru menfaatler edindiği Müsteşar ve Müsteşar Yardımcısı tarafından kendisine bildirildiği halde herhangi bir işlem yapmamak suretiyle Bakanlık Görev ve nüfuzunu kötüye kullandığı iddialarıyla [ilgili olarak], sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği sabit olmadığından beraatine oyçokluğuyla,

Şube Müdürü Tahir Kan'ı keyfi bir şekilde Limanlar İnşaatı Genel Müdür Yardımcılığına atamak suretiyle ...Bakanlık Görev ve nüfuzunu kötüye kullandığı iddialarıyla [ilgili olarak], sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği sabit olmadığından beraatine oyçokluğuyla,

Kardeşi İhsan Elçi'nin önce Bakanlık Özel Kalem Müdürlüğüne atanması, daha sonra müşavir kadrosuna geçirmek için keyfi işlemlere başvurması suretiyle ... Bakanlık Görev ve nüfuzunu kötüye kullandığı iddialarıyla [ilgili olarak], sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği sabit olmadığından beraatine oyçokluğuyla,

Şevket Çelikkanat'ın Karayolları Genel Müdürü olarak atamak istemesi Kararnamenin Cumhurbaşkanınca iade edilmesi üzerine, Devlet hiyerarşisinin dayandığı otoriteye kafa tutarcasına adı geçen kişiyi vekaleten Karayolları Genel Müdürlüğüne atamak suretiyle Bakanlık Görev ve nüfuzunu kötüye kullandığı iddialarıyla [ilgili olarak], sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği subuta ermediğinden beraatine oyçokluğuyla,

Yılmaz Çamlıbel'i ... Halil Besen'i ... kamu yararı ve hizmet gerekleriyle yönünden haklı dayanağı bulunmayan keyfi tasarruflarla ... atamak suretiyle TCK 240/1. Maddesi uyarınca bir yıl hapis, iki bin lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, altı ay memuriyetten yoksun bırakılmasına ...oybirliğiyle,

Bayındırlık Bakanlığına hizmet birimlerine işçi alımlarında ... keyfi biçimde hareket ettiği böylece Bakanlık Görev ve nüfuzunu kötüye kullandığı sabit olduğundan TCK 240/1. Maddesi uyarınca bir yıl hapis, iki bin lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, altı ay memuriyetten yoksun bırakılmasına ...oybirliğiyle” karar vermiştir.

⁵⁰AYM, K. 1983/2 (12 Nisan 1983).

F. 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1. Parlamenter Hükümet Sistemi Dönemi (09.11.1982-21.01.2017)

21.01.2017 gün ve 6771 sayılı Anayasa değişikliğinden önce başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili ceza sorumluluğu 1982 Anayasasının mülga 100. maddesinde düzenlenmişti. Bu maddeye göre Meclis soruşturması açılması talebi TBMM üye tam sayısının (ÜTS) onda birinin vereceği bir önerge ile istenebilir idi. Bir ay içinde görüşülen ve gizli oyla karara bağlanan önerge doğrultusunda soruşturma komisyonu kurulma kararı için özel bir nisap aranmamıştı. Meclis, komisyon raporu doğrultusunda ilgili bakan ve başbakanı üye tam sayısının salt çoğunluğuyla Yüce Divana sevk edebiliyordu. Meclis'in Yüce Divana sevk ettiği bakan, bakanlıktan düşerken, başbakanın sevki halinde hükümet istifa etmiş sayılmaktaydı (Mülga 113. Madde, III. Fıkra). Değnilmesi gereken bir başka hususta görevden ayrılan eski başbakan ve bakanların Meclis içtüzüğünün 107. maddesiyle Meclis soruşturması usulüne tabi kılınmasıdır. Biraz sonra da göreceğimiz gibi bu husus 106.madde/VIII. fıkra ile anayasal hüküm haline getirilmiştir.

Anayasanın 106. maddesi “görevleriyle ilgili suç”tan “görevde buldukları sürede, görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar”dan bahsetse de bunları tanımlamamıştır.

Genel kanaat Yüce Divan sıfatıyla görülen davalarda, göreve ilişkin sırrın açıklanması, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi, alım satım ve yapıma hile karıştırılması, keyfi muamele, haksız mal edinme, irtikap, rüşvete aracılık etmek, zimmete neden olma, ihaleye fesat karıştırma, zimmet, resmi evrakta sahtekarlık, görevi ihmal, görevi kötüye kullanmak, rüşvet almak,⁵¹ kamu görevinin terki, kamu görevlisinin ticareti gibi suçların görev suçu kabul edilmesi yönündedir.⁵² Bu dönemde bir başbakan bir başbakan yardımcısı dokuz bakan olmak üzere toplam on bir siyasi yargılanmıştır.

a. AYM'nin Eski Bakan İsmail Özdağlar Kararı

AYM 14.02.1986 gün ve E. 1985/1, K. 1986/1 sayılı UM Denizcilik Ticaret A.Ş.'den 25.000.000.TL rüşvet alma iddiasıyla açılan davada:⁵³“Sanı[ğın]... 25 milyon lira alarak haksız kazanç sağladığı sabit ise de paranın hangi nedenle alındığı ve bir rüşvet anlaşmasına dayalı olduğu konularında yeterli delil elde edilemediğinden eylemi görevi kötüye kullanma kabul edilmiştir. İki yıl hapis, 30 bin lira ağır para cezası, iki yıl süre ile memuriyetten yoksun bırakılmasına OYÇOKLUĞUYLA ...” karar vermiştir.

⁵¹Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 302.Yanık, *Yüce Divan*, 116.

⁵²Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2023), 264.

⁵³AYM, K. 1986/1 (14 Şubat 1986).

Karar, İsmail Özdağlar'ın bizzat Başbakan Turgut Özal tarafından azledilmesi ve bakanın Mecliste kendi partisi tarafından Yüce Divana sevke edilmesi nedeniyle diğerlerinden ayrılır.

b. AYM'nin Eski Bayındırlık ve İskân Bakanları İsmail Safa Giray ile Cengiz Altinkaya Kararı

AYM12.4.1995 gün ve E. 1993/1, K. 1995/1 sayılı Kınalı-Sakarya otoyol yapımı ve izleyen işlerde görevi kötüye kullanma isnadıyla açılan davada:⁵⁴“...Görevi kötüye kullanmak isnadıyla açılan davada kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları sabit olmadığından, sanı[kların]ğın BERAETİNE...” karar vermiştir.

c. AYM'nin Eski Enerji Bakanı Mustafa Cumhur Ersümer Kararı

AYM03.02.2005 gün E. 2005/1, K. 2005/1 sayılı Termik santrallerin yap-işlet devret şeklindeki yapım ihalesinde usulsüz yer teslimi ve keşif artışıyla görevi kötüye kullanma iddiasıyla açılan davada:⁵⁵“4616 sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılan davaların kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmesi gerekmiştir” şeklinde hüküm tesis etmiştir.

ç. AYM'nin Eski Devlet Bakanı Recep Önal ile Başbakan Yardımcısı Hasan Hüsamettin Özkan Kararı

AYM 31.3.2006 gün ve E. 2004/1, K. 2006/1 sayılı sorumlu oldukları Halkbank'la ilgili görevi kötüye kullanma isnadıyla açılan davada:⁵⁶“... [S]uçun yasal unsurlarının oluşmadığı” gerekçesiyle eski bakanlar Recep Önal ve Hüsamettin Özkan hakkında oyçokluğuyla beraat kararı vermiştir.

d. AYM'nin Eski Bayındırlık ve İskân Bakanı Yalçın Topçu Kararı

AYM26.5.2006 gün ve E. 2004/5, K. 2006/2 sayılı Karadeniz otoyol yapım işinde İhaleye Fesat Karıştırma isnadıyla açılan davada:⁵⁷“... [S]anığın eyleminin aynı Yasanın 240..

⁵⁴AYM, K. 1995/1 (12 Nisan 1995).

⁵⁵AYM, K. 2005/1 (03 Şubat 2005).

⁵⁶AYM, K. 2006/1 (31 Mart 2006).

⁵⁷AYM, K. 2006/2 (26 Mayıs 2006).

maddesine uymasına [Görevi kötüye kullanma] ve 23 Nisan 1999 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olmasına, görevi kötüye kullanmak suçunun 21.12.2000 günlü, 4616 sayılı Yasanın 1. maddesinin beşinci bendinde sayılan kapsam dışı suçlar arasında yer almamasına göre, ...4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesine 4758 sayılı Yasa ile eklenen dördüncü bendi uyarınca, DAVANIN KESİN HÜKME BAĞLANMASININ ERTELENMESİNE, OYÇOKLUĞUYLA" karar vermiştir.

e. AYM'nin Eski Başbakan Ahmet Mesut Yılmaz ve Bakan Güneş Taner Kararı

AYM23.6.2006 gün ve E. 2004/2, K. 2006/3 sayılı Kamuya ait Türkbank'ın özelleştirme ihalesine fesat karıştırma isnadıyla açılan davada:⁵⁸“...[G]örevi kötüye kullanma suçu sabit olmasına rağmen, 4616 sayılı yasanın 1. maddesine eklenen 4.bend uyarınca davanın kesin Hükme Bağlanması Ertelelenmesine oyçokluğuyla” karar vermiştir.

f. AYM'nin Eski Enerji Bakanları Mustafa Cumhur Ersümer ve Zeki Çakan Kararı

AYM 27.07.2007 gün ve E. 2004/3, K. 2007/1 sayılı ihaleye fesat karıştırma, görevi kötüye kullanma, görevi ihmal iddiasıyla açılan davada,⁵⁹ Zeki Çakan için beraat, görevi kötüye kullanmaktan hapis cezası alan Cumhur Ersümer için erteleme kararı vermiştir.

g. AYM'nin Eski Bayındırlık İskân Bakanı Koray Aydın Kararı

AYM 05.10.2007 gün, E. 2004/4, K. 2007/2 sayılı 17.07.1999 - 15.6.2001 dönemi için İhaleye Fesat Karıştırma, 29.5.1999-5.9.2001 dönemi için görevi kötüye kullanma ve haksız mal edinme isnadıyla açılan davada:⁶⁰ “...[Y]üklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı ve sanığın eyleminin sabit olmaması” gerekçesiyle oyçokluğuyla beraat kararı vermiştir.

Yanık, eski yasama dönemi bakanlarının sonraki Meclis çoğunluğu tarafından Yüce Divan'a sevk edilmelerini, akabinde de beraat etmelerini yargının siyasi amaçlarla kullanılması olarak yorumlamıştır.⁶¹

Bu döneme ait Yüce Divan'a sevk kararlarındaki bir hata hem akademisyenlerin hem de Anayasa Mahkemesinin dikkatinden kaçmamıştır. Genel Kurul'da başbakan yardımcısı ve bakan hakkında verilen birden fazla önerge, zanlılar hakkındaki Meclis iradesinin serbestçe ortaya çıkmasını engellediği için birlikte oylanamaz.⁶²Nitekim Anayasa Mahkemesi

⁵⁸AYM, K. 2006/3 (23 Haziran 2006).

⁵⁹AYM, K. 2007/1 (27 Temmuz 2007).

⁶⁰AYM, K. 2007/2 (05 Ekim 2007).

⁶¹ Yanık, *Yüce Divan*,37-38.

⁶²Yanık, *Yüce Divan*, 142-143.

Soruşturma dosyaları birlikte oylanan eski devlet bakanları Recep Önal ve başbakan yardımcısı H. Hüsamettin Özkan ile eski Başbakan A. Mesut Yılmaz ve eski Devlet Bakanı Güneş Taner'in dosyalarını "suç ve cezaların şahsiliği gerekçesiyle" Meclise iade ederek ilgililer hakkında ayrı ayrı oylama yapılmasını talep etmiştir.⁶³ Buradaki temel sorun Anayasa Mahkemesinin Meclis Genel Kurulunun birlikte oylama şeklinde ortaya koyduğu iradesine gösterdiği haklı hassasiyeti 12 Eylül 1980 askeri darbesini yapan generallere karşı niçin göstermediğidir. Eski bakanlardan Mehmet Selahittin Kılıç,⁶⁴Şerefettin Elçi,⁶⁵ Tuncay Mataracı,⁶⁶ Hilmi İşgüzar⁶⁷ 1961 Anayasasının 90. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisinin birleşik toplantısı kararıyla değil darbeci generallerden oluşan Milli Güvenlik Konseyi kararıyla Yüce Divana sevk edilmişlerdir. Şayet 12 Eylül 1980 askeri darbesinden sonra 1961 Anayasasının ilga edildiği faraziyesinden hareket ediliyorsa AYM'nin de ortadan kalkmış olduğunun kabulüyle yargılamanın genel mahkemelerde yapılması gerekirdi. Aksi düşünceden hareketle Anayasanın yürürlükte olduğu kabul edilmiş ise bu kez de hem Anayasanın 90. hem de suç ve cezaların şahsiliği ilkesine yer veren 765 sayılı TCK'nın 1. maddesi için uyarınca dosyaların Milli Güvenlik Konseyine iade edilmesi gerekirdi. AYM'nin tutumu hem Anayasaya aykırıdır hem de hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir.

2.BAŞKANLIK HÜKÜMET SİSTEMİ DÖNEMİ (21.01.2017-../.)

Başkanlık hükümet sistemleri farklı seçimlerle işbaşına gelen yasama ve yürütme erklerinin ayrılığına dayanır.⁶⁸Meşruiyeti kaynakları birbirinden farklı olduğundan⁶⁹ siyasi erkler arasında çifte meşruiyet sorununun ortaya çıkma ihtimali vardır.⁷⁰Hükümet tek kişiden -başkan- oluşur.⁷¹Hem hükümetin hem de devletin başı olan,⁷² görev süresi anayasayla sabitlenen,⁷³ ve halk tarafından doğrudan seçilen başkan⁷⁴ yasama organının güvenine bağlı

⁶³ Bkz. Yukarıda 47 ve 49 No'lu dipnotlar.

⁶⁴ Bkz. Yukarıda 40 No'lu dipnot.

⁶⁵ Bkz. Yukarıda 41 No'lu dipnot.

⁶⁶ Bkz. Yukarıda 39 No'lu dipnot.

⁶⁷ Bkz. Yukarıda 38 No'lu dipnot.

⁶⁸ Bagehot, *English Constitution*, 14. Bradley-Pinelli, "Parliamentarism", 657. Yowell, "A Proposal for Defining", 335.

⁶⁹ Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), 110. Bradley-Pinelli, "Parliamentarism", 657.

⁷⁰ Bradley-Pinelli, "Parliamentarism", 658.

⁷¹ Peter M. Shane, *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, (Chicago: The University of Chicago Press, 2009), s. 37.

⁷² Bradley-Pinelli, "Parliamentarism", 657. Yowell, "A Proposal for Defining", 335.

⁷³ Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", *The Rule of Law and The Separation of Powers*, ed. Richard Bellamy, (New York: Routledge, 2016), 420. Bagehot, *English Constitution*, 56.

⁷⁴ Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 66.

değildir.⁷⁵Loewenstein'a göre bunun tek istisnası itham etmektir (*impeachment*).⁷⁶

21.01.2017 gün ve 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkındaki kanun yalnızca parlamenter hükümet sistemini sonlandırmakla kalmamış aynı zamanda anayasal mimaride esaslı değişikliklere de imza atmıştır. En önemli adım hükümetin tek kişiden oluşturulmasıdır. Bu bağlamda Anayasanın 8. maddesinde yer alan 'Bakanlar Kurulu' ibaresi çıkartılarak 'yürütme yetkisi ve görevi' tek başına 'Cumhurbaşkanına' verilmiştir. Bunu yazılı soruların icranın başı olan Cumhurbaşkanına değil yalnızca yardımcılara ve bakanlara yöneltilmesi (Madde 98/V. Fıkra), Cumhurbaşkanının kişisel suç görev suçu ayırımını ortadan kaldırarak yargılamanın tek bir usule bağlanması (Madde 105) gibi değişiklikler takip etmiştir. Ayrıca tarihimizde ilk kez Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı ihdas edilerek sorumlulukları bakanlara paralel şekilde düzenlenmiştir. Başkanlık hükümet sistemlerinde de "parlamentonun önemli vazifelerinden biri hükümet ve yargıyı denetlemektir."⁷⁷

"Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yolları" kenar başlığını taşıyan 1982 AY'nın 98. maddesine göre bu usuller "Meclis araştırması", "genel görüşme", "Meclis soruşturması" ve "yazılı soru"dur. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre Meclis soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında 106. maddenin beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir.

"Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar" kenar başlıklı 106. Maddenin 5 ve izleyen fıkraları şu şekildedir:

"Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak on beş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

⁷⁵Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, (Durham and London: Duke University Press, 2008),222. Loewenstein,*Political Power*, 108-195. Vile, *Constitutionalism*, 397. Yowell, "A Proposal for Defining", 335.Bradley-Pinelli, "Parliamentarism", 657.

⁷⁶Loewenstein,*Political Power*, 196.

⁷⁷Vile, *Constitutionalism*, 416.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Bu kişilerin görevde buldukları sürede, görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından, görevleri bittikten sonra da beşinci, altıncı ve yedinci fıkra hükümleri uygulanır.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona erer.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır.”

Anayasanın 106. maddesine göre kurulan Meclis Soruşturma Komisyonu, İçtüzüğü'nün 111. maddesinde sayılan yetkilere sahiptir:

“Komisyon kamusal ve özel kuruluşlardan konu ile ilgili bilgi ve belgeleri isteyebilir; gerekli gördüklerine el koyabilir;

Yürütme organının bütün vasıtalarından faydalanabilir; Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları, diğer ilgilileri, tanık ve bilirkişileri dinleyebilir.

Komisyon, naip veya istinabe yolu ile adli mercilerden yardım isteyebilir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklarla, bilirkişilerle, zapt ve arama ile ilgili olarak adli mercilere verdiği hürriyetleri kısıtlayıcı yetkilerin genel hükümler çerçevesinde kullanılmasını, gerekçesini bildirmek suretiyle görevli adli merciden yazıyla isteyebilir.

Komisyon, hakkında soruşturma açılması istenen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın savunmasını alır. Bununla ilgili olarak talep edeceği belgeleri temin ettirir. Komisyon, gerektiğinde alt komisyonlar kurarak Ankara dışında çalışma kararı alabilir.”

Bu dönemde Yüce Divana sevk edilen bir Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakan henüz olmamıştır.

II.SORUNLAR ve TARTIŞMALAR

A.CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE ÜST DÜZEY YÖNETİCİLER BAKAN OLARAK ADLANDIRILABİLİR Mİ?

Yukarıda da ifade edildiği gibi başkanlık sistemlerinde hükümet tek kişiden oluşur. Bu ilkeyi hayata geçiren 1982 Anayasası da 8. maddeyle ‘yürütme yetki ve görevini’ bir kişiye ‘Cumhurbaşkanına’ vermiştir. Tartışılması gereken ilk sorun idari teşkilatların başında yer alan ve Anayasamızın “bakan” sıfatını vermeye devam ettiği kişilerin

konumudur.⁷⁸“Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları, [yalnızca] Cumhurbaşkanına karşı sorumlu” kılan (106. Madde/V. Fıkra), TBMM üyelerinin Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanmaları halinde üyeliği düşüren (106. Madde/IV. Fıkra) katı erkler ayrılığına uygun hükümler nedeniyle bu kişilerin tıpkı ABD de olduğu gibi yalnızca üst düzey yönetici⁷⁹ kabul edilmesi ilk bakışta en makul gelen yaklaşımdır. Bununla birlikte bilhassa Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görev suçları için özel bir yargılama usulüne yer verilmesi (106. Madde/V. Fıkra), görevleri sona erse dahi görev suçlarının Meclis soruşturmasına tabi kılınması (106. Madde/VIII. Fıkra), şahsi suçlarının dokunulmazlık zırhıyla koruma altına alınması (106. Madde/X.Fıkra) karşısında artık mezkur kişilerin üst düzey yönetici/sekreter olarak adlandırılması söz konusu olamaz. Tam tersine 2017 değişikliğinden sonra da Anayasanın hükümet ve idari teşkilat yapısını düzenleyen hükümlerinin “bakan” kurgusunu sürdürmeye devam ettiği aşıkardır. Tüm yetkilerle beraber “bakan” sıfatı taşınmaya devam edecekse bu kurguyla uyuşmayan ve sorumluluğu son derece kısıtlayan hükümlerin de değiştirilmesi gerekir.

B.YÜCE DİVANA SEVK EDİLEN SİYASİ O MAKAMDA KALAMAZ

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar parlamenter hükümet sistemindeki kurguya uygun olarak özel yargılama usulü ve “dokunulmazlık zırhı ile koruma altına alınmışlar”⁸⁰ ise buna uygun bir sorumluluğu da taşımaları zaruridir. Kanun-ı Esasi,Heyeti Mebusan’ın Divanı Âli’ye sevk ettiği bakanın beraat edene kadar bakanlıktan düşmesini hüküm altına almıştır. (Madde 34) Keza 1924 AY’nın 50, 1961 AY’nın 106/III.fıkrası da Meclis’in yargılanmak üzere Yüce Divan’a sevk ettiği bakanın görevden azledildiğine ilişkin amir hükümlere yer vermiştir. Parlamenter hükümet sisteminin cari olduğu 2017 öncesi dönemde de Meclis’in Yüce Divana sevk ettiği bakan, bakanlıktan düşerken, başbakanın sevki halinde hükümet istifa etmiş sayılmakta idi (1982 AY, mülga 113. Madde/III. Fıkra). Halbuki değişiklik sonrası Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar, yalnızca seçilme yeterliliğine engel bir suçtan mahkum olurlar ise görevleri sona erecektir (Madde 106/IX. Fıkra). Halk adına egemenliği kullanan Meclis’in, suç isnadında bulunduğu kişilerin makamında kalarak yetki kullanmaya devam etmesi isabetli bir tercih olarak görülemez.

⁷⁸ 1982 AY 98, 104, 106, 118,124,127,130, 134, 140, 144, 148, 159, Geçici 7, 19, 20, 21. Maddeleri Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara kimi zamanda ismen Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri, MilliEğitim bakanlarına atıf yapar.

⁷⁹ ABD de bakanlar, parlamenter hükümet sistemlerinde olduğu gibi siyasi otorite sahibi, yönetici çağrışımı yapan “bakan” (minister) sıfatını değil, memuriyeti, tabi olmayı çağrıştıran “sekreter” ünvanı taşır.

⁸⁰İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018), 412.

Bu nedenle Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların azledilmiş sayılacağına dair hüküm tekrar Anayasamıza konulmalıdır. Cumhurbaşkanı kolay ve hızlı şekilde yeni bir yardımcı ve bakan ataması yapabileceğinden (Madde 104/VIII. Fıkra) bu talebin hükümet istikrarına zarar vermesi de söz konusu değildir.

Meclis'in Yüce Divan'a sevk ettiği bakanın görevden azline dair değişiklik teklifinin siyasi sorumluluk anlamına geleceği, "parlamentar hükümet sistemine özgü bu tatbikatın Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi için uygun olmadığı" itirazı dile getirilebilir.⁸¹Bu itirazın kabulü iki gerekçeyle mümkün değildir. İlk olarak hükümet tek kişiden oluştuğu için bakan hatta Cumhurbaşkanı yardımcısı sıfatı taşısalar bile Cumhurbaşkanı dışındaki üst düzey yöneticilerin Meclis kararıyla azledilmeleri siyasi sorumluluk kapsamına girmez.

İkinci olarak azil kararının siyasi sorumluluk kapsamında görülmesi de sonucu değiştirmez. "...[F]iilen yalnızca başkan ve federal hakimler için tatbik edilse de"⁸²başkanlık hükümet sisteminin orijinal örneği kabul edilen ABD'de başkan, başkan yardımcısı ve tüm üst düzey yöneticiler Anayasanın II. madde IV. bölümünde düzenlenen itham edilme usulüne tabidir.⁸³ABD'de hiçbir anayasa hukukçusunun federal hakimlerin azlini siyasi sorumluluk kapsamında görmemesi, Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevden uzaklaştırılmalarını da siyasi sorumluluk olarak görülmesini zorlaştıracaktır. Kaldı ki uygulamanın siyasi sorumluluk kapsamında görülmesi bile başkanlık hükümet sistemine aykırı olduğunu söylemek için yeterli değildir.

C. YÜCE DİVANA SEVK KARARI ANAYASA DEĞİŞTİRMEK KADAR ZOR OLMAMALIDIR

2017 değişikliği sonrasında Meclis soruşturma komisyonu yapı ve çalışması usulleri açısından farklılık olmasa da Komisyon kurulması için aranan nisaplar artırılmıştır. İlk olarak soruşturma komisyonu kurulma önergesini verecek üye sayısı Meclis ÜTS'nin onda birinden (60 üye) salt çoğunluğa yükseltilmiştir (301 üye). İkinci olarak Meclis soruşturma komisyonu kurulma kararı, 2017 değişikliğinden önce basit çoğunlukla alınabiliyor iken bu tarihten sonra ancak ÜTS'nin beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla alınabilecektir. Nihayet Yüce Divana sevk için yeterli olan ÜTS'nin salt çoğunluğu (301 üye), ÜTS'nin gizli oyla alacağı üçte iki çoğunluğa (400 üye) yükseltilmiştir.

⁸¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 268.

⁸²Aslan, Delice, "Anayasal Denetim ve Denge Mekanizmasının Asli Aracı Olarak İtham Etme/Impeachments", *Legal Hukuk Dergisi* 18/205, (2020), 51.

⁸³ İtham etme/impeachment başkan ve diğer sivil görevlilerin ihanet, rüşvet, ağır suç ve diğer kusurlar nedeniyle Temsilciler Meclisinde itham edilip, Senatonun üçte ikioyuyla azledildiği bir yargılama türüdür.Esasen yürütme ve yargının yetkilerini kötüye kullanarak verdiği kamusal zararların giderilmesi için anayasaylaKongre'ye tanınmış en önemli yetkilerden biridir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Delice, "Anayasal Denetim", 37. Meclis soruşturmasıyla itham etme arasında paralellik kuran yazarlar için Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 307. Yanık,*Yüce Divan*, 288.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlarını Yüce Divan'a sevk etmek için Meclis'in üçte iki çoğunluğunun (anayasa değiştirme nisabı) aranması hiç kuşkusuz görev suçlarının takibini zorlaştırarak Meclis'in denetim yetkisini kullanılamaz hale getirecektir. Bu nedenle olacak Tanör/Yüzbaşıoğlu, Meclis soruşturmasının köklü değişikliklere ihtiyacı olduğundan bahisle önsoruşturmanın Yüce Divana sevk kararının mutlak çoğunlukla değil basit çoğunlukla alınmasını nihayet, sevk kararı için Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun açılmasını önermişlerdir.⁸⁴

Hükümetin farklı çıkar grupları, fırsatçı muhalif üyeler, iç ve dış odaklara karşı etkin ve dirayetli şekilde siyasetini icra edebilmesi birincil tercih olduğundan bu görüşün isabetli olduğunu düşünmüyoruz. Esasen sevk kararı için basit çoğunluk arayan 1961 AY ile salt çoğunluk arayan 1982 AY mülga 100. maddesi mukayese edildiğinde Yüce Divana sevk edilen bakan sayısının kısmi bir artış gösterdiği bile söylenebilir. Bu durum sevk kararı üzerinde bir başka ifadeyle yasamanın hükümeti denetleme işlevinde, nisaptan ziyade parti sadakatinin belirleyici olduğunu gösterir.⁸⁵ Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de siyasi partilerin yasama meclislerine hakim olması nedeniyle "hükümetlerin parlamentoya karşı sorumluluğundan kaynaklanan koruma [denetim işlevi] vahim derecede azdır."⁸⁶ Yapılması gereken değişiklik Meclis ÜTS salt çoğunluğunun (301 üye) Yüce Divan'a sevk için yeterli olduğunun kabulüdür. Böylece Meclisin denetim yetkisi ile hükümetin anayasal görevlerini icra etmesi arasında makul bir denge tesis edilmiş olur.

D. SEÇİLMİŞ CUMHURBAŞKANI İLE YARDIMCILARI VE BAKANLAR AYNI KONUMDA DEĞİLDİR:

'Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu' kenar başlığını taşıyan 1982 AY 105. maddenin I, II ve III. fıkraları ile Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların görev suçlarını düzenleyen 1982 AY 106. maddenin V, VI ve VII. fıkraları aynı hükümleri havidir. Cumhurbaşkanı ile atamayla göreve gelen Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların aynı soruşturma usulüne tabi kılınması haklı olarak eleştirilir.⁸⁷ Halkın yarısından fazlasının oyunu alarak seçilen Cumhurbaşkanı ile atanmış Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları aynı statüde tutmak isabetli değildir.

⁸⁴Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2018), 330.

⁸⁵Eoin, Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 27. Karş., Hikmet, Tülen "Meclis Soruşturmaları Üzerine Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler", A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2/1, (1998), 37.

⁸⁶Carolan, *The New Separation of Powers*, 61.

⁸⁷Tanör-Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına*, 330-331.

Katı erkler ayrılığına dayalı başkanlık hükümet sistemini ilk uygulayan ülke olan ABD’de “Başkanın halk tarafından seçilmesinin meşruiyet açısından onu Kongre’ye denk hale getirdiği”⁸⁸ kabul edilir. İtham edilerek azledilmesi içinde yasama organının (Senato) üçte iki çoğunluk oyu aranır.⁸⁹Bu hüküm doğrultusunda çok sayıda Yüksek Mahkeme kararı seçilmiş başkanla atanmış bakanlar arasında ayırım yapar.

Bu kararlardan biri olan *Nixon V. Fitzgerald 457 U.S. 731 (1982)* davasında başkana hukuki sorumluluk kapsamında dava açılmayacağına ilişkin kararda Mahkeme başkanı Hakim Burger’in gerekçesi şu şekildedir “... Kabine üyeleri ve üst düzey bürokratlarla başkanın benzersiz konumu bir değildir. Başkanın yürütme erkindeki çok özel görevleri, hukuk davalarına dikkatini vermesi halinde etkili bir şekilde yerine getirilmeme tehlikesi taşır. Hakim ve savcıların mutlak dokunulmazlık sahibi olması gibi Başkanın göreviyle alakalı işlerde benzer bir konumda olması gerekir. Başkanın görevlerini tam bir tarafsızlık içinde ve korkusuzca yapabilmesi kamu yararı için şarttır. ...Mahkeme geleneksel olarak Başkanın anayasal görev ve konumunun yargısal saygı ve sınırlamalar getirdiğini kabul eder. Kişilerin

görevlerinden kaynaklanan dokunulmazlıklar için yasalara bakılırken Başkan’ın dokunulmazlığı, anayasadaki güçler ayrılığı ilkesinde yer alır. Yalnızca tazminat talep edilen bir davada Başkanın eylemleri dava edilemez....”⁹⁰

Keza ABD’li anayasa hukukçuları da başkanın konumunun eşsiz olduğu konusunda hemfikirdir. “... Başkan anayasal konumu itibariyle benzersiz bir yerde durmakta olup onun gücünün tazminat davalarıyla başka yönlere çevrilmesi hükümetin etkin bir şekilde görevini yerine getirmesine engel olacak tehlikeler doğuracaktır.... Tazminat davaları yalnızca Başkanın dikkatini dağıtmakla kalmayacak, Başkan ve yardımcılarını dışında anayasayla hizmetetmekle mükellef kıldıkları ulusa da zarar verecektir.”⁹¹ Bu nedenle Cumhurbaşkanı için getirilen nisaplar muhafaza edilse bile Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar Meclis ÜTS’nin mutlak çoğunluğu ile Yüce Divana sevk edilebilmelidir

Bir başka değişiklik de görevden ayrılan bakanların görev suçlarının soruşturulma usulünü düzenleyen kuralların hiyerarşideki yerine ilişkindir. 2017 değişikliğinden önce görevinden ayrılan başbakan ve bakanlar Meclis İçtüzüğü’nün 107. maddesiyle Meclis

⁸⁸H. Lowell BROWN, *High Crimes and Misdemeanor in Presidential Impeachment*, (New York: Palgrave Macmillan, 2010), 1. Delice, “Anayasal Denetim”, 41.

⁸⁹ ABD Anayasası Madde I, Bölüm 3, Fıkra VI-VII.

⁹⁰Richard J. Ellis, *Judgeing Executive Power/Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency*,(Lanham:Rowman & Littlefield Publishers, 2009), 38-42.

⁹¹Donald P. Kommers-John E. Finn-Gary J. Jacobsohn, *American Constitutional Law, Volume 1: Governmental Powers and Democracy*,(Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2010), 120.

soruşturması usulüne tabi kılınırken bu tarihten sonra Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görev suçlarına ilişkin yargılamaları Anayasanın 106. madde/VIII. fıkra ile bu usule tabi kılınmıştır. Düzenleme esasen 1924 Anayasasından bu yana eski bakan ve başbakanların İchtüzükle Yüce Divanda yargılama tatbikatını anayasa kuralı haline getirmekten ibarettir ve yerindedir.

SONUÇ

İster Parlamenter isterse başkanlık hükümet sistemleri olsun halk adına egemenlik kullanan yasama erkinin en önemli yetkilerinden biri de hükümeti denetlemektir. Parlamenter hükümet sistemlerine özgü siyasi denetim mekanizması olan *gensoruyla*, tek tek bakanlar ya da hükümetler güvensizlik oyuyla görevden uzaklaştırılabilir. Çok yaygın olmamakla birlikte siyasilerin görev suçları da Meclis soruşturmasıyla denetlenir. 1876 Kanun-ı Esasiden 1982 AY kadar tüm anayasalarda yer alan bu usulle, Meclis'in suç isnad ettiği hükümet üyeleri görevden azledilerek yargılanmak üzere Yüce Divana sevk edilir. Şimdiye kadar yalnızca tek bir Yargıtay üyesinin yargılandığı⁹² yargı bürokrasinin görev suçlarıyla mukayese edildiğinde Meclis soruşturmasının hantal ama işlevsel bir araç olduğu görülür. Başkanlık hükümet sistemleri içsel tutarlılık adına anayasalarında siyasi denetim aracı olan gensoruya yer vermez. Denetim itham etme usulüyle yapılır. ABD Anayasasındaki düzenlemeye göre hükümet ve yargının yetkilerini istismar ederek halka verdiği zararlar iki aşamada ortadan kaldırılır. İlk olarak Kongrenin alt kanadı Temsilciler Meclisinin yaptığı soruşturma sonucu hazırlanan rapor [iddianame] basit çoğunlukla kabul edilerek Kongre'nin ikinci kanadına gönderilir. İkinci aşamada Senatoda yapılan yargılama neticesinde üçte iki çoğunluk (67/100)oyuyla azil kararı verilir. İlgililerin yargı önündeki hukuki ve cezai sorumlulukları saklıdır.

Türkiye 2017 yılında yaptığı değişiklikle parlamenter hükümet sistemini terk ederek başkanlık hükümet sistemine geçmiştir. Son değişikliklerin Meclis soruşturmasını daha y/etkin hale getirdiğini söylemek maalesef mümkün değildir. Anayasanın açık hükmüne rağmen ABD'de başkan dışındaki sekreterler (bakanlar) itham etme usulüne tabi tutulmaz. Fiiliyatta yalnızca federal hakimler ve başkanlar yasama organınca itham edilerek görevden azledilir. Tarihi, kültürel ve siyasi şartlarımızın Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların görev suçları için özel bir yargılama usulünü zorunlu kıldığı, ABD düzenlemesinin ülkemiz için uygun olmadığı iddia edilebilir. Bu durumda denetiminin etkin şekilde icra edilebilmesi Meclis soruşturmasının yeniden düzenlenmesine bağlıdır:

⁹²Eski Yargıtay 6. HD Başkanı Hasan Erdoğan'ın yargılanıp beraat ettiği karar için Bkz. AYM, 2012/1K. (19Aralık 2012).

İlk olarak atanmış Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları halkın yarısından fazlasının onayını almış Cumhurbaşkanıyla aynı yargılama usulüne tabi tutmak isabetli değildir. Halkın birliğini temsil eden Cumhurbaşkanı Yüce Divana sevk için aranan nisaplar muhafaza edilse bile sevk kararından sonra Cumhurbaşkanı'nın görevde kalmasına izin veren hüküm sakıncalıdır. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar için yaptığımız teklif Cumhurbaşkanı için de geçerlidir. Yalnızca seçim kararı alma yetkisinin kısıtlanması (Madde 105/IV. Fıkra) yetersiz olduğundan Meclis soruşturmasıyla Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevden azledilmiş sayılacağına dair hüküm anayasamıza konulmalıdır.

İkinci olarak önerge vermek için aranan salt çoğunluk nisabı çok yüksek olduğundan bu sayı 1961 Anayasası dönemindeki aksaklıklar da göz önünde bulundurularak on milletvekiline düşürülmelidir. Keza önergenin kabulü için aranan beşte üç çoğunlukta yüksektir. Bu noktada basit çoğunluk yeterlidir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların Yüce Divana sevki için üçte iki gibi son derece yüksek bir nisap yerine etkin ve dirayetli hükümet ihtiyacıyla istismar edilen yetkilerin denetimi arasında makul bir denge kuracak olan Meclis ÜTS'nin mutlak çoğunluğunun gizli oyu yeterli olmalıdır. Unutulmamalıdır ki sevk kararlarının alınmasında nisaptan ziyade yasama organının işleyişinde etkin olan parti sadakati daha belirleyicidir. Üçüncü husus yargılanmak üzere Yüce Divana sevk edilen siyasilerin derhal görevden el çektilmesi zaruretidir. En yüksek meşruiyete sahip organ olan TBMM'nin suç isnad ettiği siyasinin görevde kalması birçok sakınca barındırır. Zanlı sıfatıyla Yüce Divanda yargılanan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanın *topal ördek* konumuna düşeceği, bürokrasi ve baskı gruplarına karşı mücadele yetersiz kalacağı, görevine devam etmesinin en başta hükümete zarar vereceği gözetilerek sevk kararının azli de içerecek şekilde düzenlenmesi en doğru çözümdür. Başkanlık hükümet sistemlerinde kurulması son derece zor olduğu için ince bir buz tabakası üzerinde yürümeye benzetilebilecek olan yasama/yürütme arasındaki dengenin hükümet lehine bozulması, ancak Meclis soruşturmasının daha etkin hale getirilmesiyle [küçük bir ihtimal olsa da] önlenilecektir.

KAYNAKÇA

Ackerman, Bruce. “The New Separation of Powers”.*The Rule of Law and The Separation of Powers*. ed. Richard Bellamy. New York: Routledge, 2016.

Afşar, Erkan. *Yolsuzluk ve Usulsüzlük Olaylarının Türk Siyasetine Yansımaları (1923–1950)* Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.

Akan, Hatice. “Erken Cumhuriyet Döneminde Bir Yolsuzluk Olayı: Ali Cenani Bey Davası”.*Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi*, 2/3 (2016), 135-153.

Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Aydın, Mehmet Akif. “Kanun-ı Esasi”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 24/328-330. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.

Bagehot Walter. *The English Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England, Book I: Of the Rights of Persons*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Brown, H. Lowell. *High Crimes and Misdemeanor in Presidential Impeachment*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

Barber, N. W. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Bradley, Anthony W.-Pinelli Cesare. “Parliamentarism”. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. ed. Michel Rosenfeld vd. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Carolan, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Delice, Aslan. “Anayasal Denetim ve Denge Mekanizmasının Asli Aracı Olarak İtham Etme/Impeachments”. *Legal Hukuk Dergisi*, 18/205, (2020), 35-61.

Delice, Aslan. “Parlamento Egemenliğinden Yüksek Mahkeme Hakimiyetine İngiliz ve Amerikan Anayasal Düzenlerinin Karşılaştırılması”. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, (Haziran 2023), 143-160.

Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: The MacMillan Press, 1979.

Ellis, Richard J. *Judging Executive Power/Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2009.

Ezherli, İhsan. *Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920- 1998) ve Osmanlı Meclisi Mebusanı (1877-1920)*. Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1998.

Gazel, Ahmet Ali. “Birinci Meşrutiyet Parlamentosunda Parlamenter Denetim: İstizah (Gensoru), Meclis Araştırması, Meclis soruşturması, Genel Görüşme”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, 17, (2005), 267-294.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2023.

Hanioğlu, M. Şükrü. “Meşrutiyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 29/388-393, Ankara: TDV Yayınları, 2004.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.

Kocahanoğlu, Osman Selim. *İttihat-Terakki'nin Yüce Divan Sorgulaması, Meclis-i Mebusan Beşinci Şube Tahkikatı, 1918*. İstanbul: Temel Yayınları, 2. Baskı, 2017.

Kommers, Donald P.- E. Finn, John.- Jacobsohn, Gary J. *American Constitutional Law, Volume 1: Governmental Powers and Democracy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2010.

Loewenstein, Karl. *Political Power and The Governmental Process*. Chicago and London: Phoenix Books, First Edition, 1965.

Möllers, Christoph. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, First Publishing, 2013.

Müller, Wolfgang C.-Bergman, Torbjörn.-Strom, Kaare. “Parliamentary Democracy: Promise and Problems, Delegation and Accountability”. *Parliamentary Democracies*, ed. Kaare Strom vd. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 22. Baskı, 2022.

Ridges, E. W. “İngiliz Anayasa Hukuku”, Çev. Mukbil H. Özyörük, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 8,3-4, (1951), 183-209.

Schmitt, Carl. *Constitutional Theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008.

Shane, Peter M. *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

Soysal, Mümtaz. *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2011.

Şen, Ersan. - Özdemir, Bilgehan. “Yüce Divan Yargılaması”, Ankara Barosu Dergisi, 1, (2012), 177-192.

Tanör, Bülent. *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2014.

Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2018.

Tülen, Hikmet. “Meclis Soruşturmaları Üzerine Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler”, *A.Ü. Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/1, (1998), 21-40.

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, *Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler ve Çözüm Önerileri*. Ankara: TEPAV Yolsuzlukla Mücadele Kitapları, 2006.

Vile, M. J. C. *Constitutionalism and The Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

Yanık, Murat. *Yüce Divan*. İstanbul: Derin Yayınları, 2008.

Yowell,Paul. “A Proposal for Defining and Classifying Systems of Constitutional Government”, *The Methodology of Constitutional Theory*, ed. Dimitrios Kyritsis vd. Oxford: Hart Publishing,First publishing2022.

İNTERNET KAYNAKLARI

- AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1965/3 (17 Haziran 1965)https://www.anayasa.gov.tr/media/5697/e19641_k19653.pdf
- AYM, K. 1982/2 (13 Nisan 1982)
https://www.anayasa.gov.tr/media/6369/1981_1e_1982_2k.pdf
- AYM, K. 1982/1 (16 Mart 1982)
https://www.anayasa.gov.tr/media/5698/e19812_k19821.pdf
- AYM, K. 1983/1 (09 Mart 1983)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5691/ydivane1982-2.pdf>
- AYM, K. 1983/2 (12 Nisan 1983)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5690/ydivane1982-1.pdf>
- AYM, K. 1986/1 (14 Şubat 1986)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5692/ydivane1985-1.pdf>
- AYM, K. 1995/1 (12 Nisan 1995)
https://www.anayasa.gov.tr/media/5699/giray_93-01.pdf
- AYM, K. 2005/1 (03 Şubat 2005)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5689/ydivan2005-1.pdf>
- AYM, K. 2006/1 (31 Mart 2006)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5693/ydivane2004-1.pdf>
- AYM, K. 2006/2 (26 Mayıs 2006)
https://www.anayasa.gov.tr/media/5701/yasartopcu_05_02.pdf
- AYM, K. 2006/3 (23 Haziran 2006)
https://www.anayasa.gov.tr/media/5696/02_yilmaz_taner_05_02.pdf
- AYM, K. 2007/1 (27 Temmuz 2007)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5702/ydivan2004-3.pdf>
- AYM, K. 2007/2 (05 Ekim 2007)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/5700/k2007-2.pdf>
- AYM, 2012/1K. (19 Aralık 2012)
https://anayasa.gov.tr/media/6368/yuce_divan_2011.pdf
- Göktürk Çetinkaya, Selma. “Suat Hayri Ürgüplü (1903-1981)”. *Atatürk Ansiklopedisi* Erişim 01 Mayıs 2023. <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/suat-hayri-urguplu-1903-1981/>

İtalya 1947 Anayasası.Erişim Tarihi 28 Mayıs 2023.

<https://www.refworld.org/docid/3ae6b59cc.html>

Güney Kore 1948 Anayasası. Erişim Tarihi 28 Mayıs 2023.

<https://www.refworld.org/cgi->

[bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3ae6b4dd14&skip=0&query=constitution&coi=K](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3ae6b4dd14&skip=0&query=constitution&coi=K)

[OR](#)

Polonya 1997 Anayasası. Erişim Tarihi 28 Mayıs

2023. <https://http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon>

[1.html](#)



Tapu Sicilinin Aleniyeti Bağlamında Mirasçıların Bilgi Edinme Hakları^(*)

*Inheritors' Right to Information in the Context of Publicity of the Land Registry**

Dr. Öğr. Üyesi **Doğa Ekrem DOĞANCI^(**)**

Öz

Taşınmazlar, sıklıkla en kıymetli malvarlığı değerleri arasında yer alır. Bundan dolayı yasal mirasçılar için özellikle mirasın paylaşımı aşamasında, mirasbırakanın hayattayken devrettiği taşınmazlar hakkında bilgi edinmek kritik bir öneme sahiptir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın miras hukuku kitabında belli şartlar dahilinde mirasçıların bilgi verme yükümlülüklerinin öngörüldüğü çeşitli hükümler yer almaktadır. Burada dikkate alınması gereken durumlardan biri, tapu sicilinde geçerli olan tapu sicilinin aleniyeti ilkesi (TMK m. 1020) olup buna göre tapu sicil bilgileri belirli sınırlar dahilinde incelenebilmektedir. Bu bağlamda mirasçıların bilgi edinmeye ilişkin menfaatleriyle taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin ve diğer ilgililerin kişisel bilgilerinin korunmasına ilişkin menfaatleri karşı karşıya gelebilir. Somut olayda mirasçıların bilgi edinme hakkının kabulü ve bunun kapsamının belirlenmesi, karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesini gerektirir.

Çalışmada tapu sicilinin aleniyeti bağlamında mirasçıların bilgi edinme talebi bazı yönleriyle irdelenecektir. Öncelikle yasal mirasçıların mirasın paylaşım aşamasında diğer mirasçılara ve

*Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 14.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023 DOI: 10.56701/shd.1360535

Makale Yayın Tarihi: 30.10.2023

**Sakarya Üniversitesi, İşletme Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Sakarya-Türkiye.

E-posta: ddoganci@sakarya.edu.tr, Orcid No: <http://orcid.org/0000-0002-8771-0907>

üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkı incelenecektir. Daha sonra TMK m. 1023 dahilinde yasal mirasçıların inceleme hakkı değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu dahilinde TMK m. 1020'nin uygulanabilirliği tartışılacaktır. Daha sonra mirasçının malik olmasından kaynaklı inceleme hakkı ile onun diğer mirasçılarının ve üçüncü kişilerin taşınmazlarına ilişkin inceleme hakkı irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Mirasçıların Bilgi Edinme Hakkı, Mirasçılarının Bilgilendirme Yükümlülüğü, Aleniyet İlkesi, Açıklık İlkesi, Taşınmaz Mülkiyeti, Tapu Sicili, Özel Hayatın Gizliliği, Tapu Sicilini İnceleme Hakkı, Mirasın Paylaşımı, Bilgi Edinme Hakkı

Abstract

Inmovable property are often among the most valuable assets. Therefore, it is of critical importance for legal heirs to obtain information about the immovable property transferred by the deceased, during his/her lifetime, especially during the division of the inheritance. In the inheritance law book of the Turkish Civil Code (TCC), there are various provisions stipulating the obligation of heirs to provide information under certain conditions. One of the conditions to be taken into consideration here is the principle of publicity of the land registry (Art. 1020 of the TCC), which is valid in the land registry, and accordingly, the land registry information can be examined within certain limits. In this context, the interests of the heirs in obtaining information may come into conflict with the interests of the right holders of the immovable property and other interested parties in protecting their personal information. In the concrete case, the acceptance of the heirs' right to information and the determination of its scope requires the evaluation of mutual interests.

In this article in the context of the publicity of the land registry, the request of the heirs to obtain information will be analyzed in some aspects. First of all, the right of legal heirs to obtain information against other heirs and third parties during the division of the inheritance will be examined. Then, the right of examination of legal heirs within the scope of Article 1023 of the TCC will be evaluated. In this context, firstly, the applicability of Article 1020 of the TCC within the scope of the Right to Information Law No. 4982 will be discussed. Then, the heir's right of inspection arising from his/her ownership and his/her right of examination regarding the immovable properties of other heirs and third parties will be examined.

Keywords: Right to Information of Heirs, Obligation of Heirs to Inform, Principle of Publicity, Principle of Openness, Immovable Property, Land Registry, Right to Privacy, Right to Examine Land Registry, Sharing of Inheritance, Right of Receiving Information

GİRİŞ

Bir terekenin aktif ve pasifleri ile genel olarak çeşitli talep dayanakları hakkında bilgi sahibi olmak, özellikle mirasın paylaşımı için büyük bir öneme sahiptir. Bu şekilde miras hukukunda tereke, adil ve doğru şekilde paylaşılabilir (TMK md. 646 vd.), denkleştirme (TMK md. 669 vd.) veya tenkis (TMK md. 560 vd.) gibi talepler sürülebilir, açılması planlanan davaların akıbeti hakkında öngörülebilir tahminler yapılabilir¹.

Her mirasçının mirasbırakanın sahibi olduğu veya o hayattayken ivazlı veya ivazsız devretmiş olduğu malvarlığına dair hususlar hakkında, bilgi edinme konusunda önemli bir menfaati bulunur². Bu bağlamda mirasçının kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan bilgi edinme hakkı gündeme gelebilir. Bu kapsamda TMK m. 620 f. 2, 3; TMKm. 646 f. 3; TMK m. 649 f. 2’de mirasçının bilgi edinme hakkına ilişkin hükümler öngörülmüştür. Bilgi edinme hakkına (bilgilendirme yükümlülüğüne) fikri haklar, taşınırlar, taşınmazlar gibi çeşitli malvarlığı değerleri konu olabilir. Bunlar arasında yer alan ve inceleme konusunu teşkil eden taşınmazlar, tereke hesabında sıklıkla en kıymetli olan malvarlığı değerleri arasında yer alır. Bu bağlamda tapu sicil hukukuna egemen olan ilkelerden biri olarak tapu sicilinin aleniyeti ilkesi (TMK m. 1020) zikredilebilir. Buna göre mirasçılarının mirasbırakanın taşınmazlar üzerindeki ve önceki haklarına ilişkin tapu sicil bilgilerini inceleme hakkı gündeme gelebilir. Ancak tapu sicilinin aleniyet ilkesi sınırsız olmayıp tapu sicil bilgileri, belli sınırlar dahilinde incelenebilmektedir.

1 Krş. Tarkan Göksu, “Informationsrechte der Erben”, AJP (2012): 953 vd., 955; Jean Nicolas Druey, “Das Informationsrecht des Erben - die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen”, Successio 3 (2011), 185. Yine mirasçılarının yargılama öncesi bilgi edinme menfaatleri hakkında örneğin Krş. Bereitschmid Peter - Matt Isabel, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken und ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, Successio 2 (2010), 85 vd., 91.

2 Ruth Arnet- Anne Elisabeth Schnierer, “III. Erbrecht, Stunde der Wahrheit? – Informationsansprüche der Erben im Kontext der Publizität des Grundbuchs”, DER MENSCH ALS MASS, Festschrift für Peter Breitschmid, ed. Ruth Arnet, Paul Eitel, Alexandra Jungo, Hans Rainer Künzle (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), 222. Söz konusu bilgi edinme ihtiyacının, nitelikli bir bilgi ihtiyacı (“qualifiziertes Informationsbedürfnis”) olduğu, zira kendi eylemi olmaksızın kanun gereği mirasçı olan kişinin belki de bilmediği (terekeye konu) değerlere ve yetkilere sahip olduğu, (yazarın ifadesiyle) yasanın bu dayatmasının bilgilendirme yoluyla dengelenmesinin kaçınılmaz olduğu hakkında Bkz. Druey, “Informationsrecht des Erben”, 186.

Mirasçıların bilgi edinmeye menfaati doğrudan bir bilgi edinme talebini doğurmaz³. Bunun kabulü, söz konusu menfaat ile ilgili diğer kişilerin menfaatleri, özellikle kişisel bilgilerinin korunması yönündeki menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir⁴. İlgiler arasında ilk olarak mirasbırakan zikredilebilir. Bu konuda onun ölümü sonrası birtakım bilgilerin öğrenilmemesine ilişkin menfaati düşünülebilir. Bu bağlamda özellikle ölüm sonrası kişilik hakkının⁵ devam edip etmeyeceği tartışılabilir⁶. Değinilen konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüş olup⁷ çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere bu tartışmalara değinilmeyecektir. Bu bağlamda bir mirasçının bilgi edinme hakkı karşısında menfaati dikkate alınacak ilgililer arasında diğer mirasçılar ve üçüncü kişiler yer almaktadır. Çalışmada özellikle tapu sicilinin aleniyeti bağlamında yasal ve bu kapsamda saklı paylı mirasçıların bilgi edinme hakları incelenecektir. Bu anlamda vasiyet alacaklılarının, atanmış mirasçılarının⁸ ve mirasın açılışından

3 BGE 132 III 677 E. 4.2.4, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023); Druey, “Informationsrecht des Erben”, 185.

4 Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 222.

⁵ Ölümünden sonrasına etkili (*Postmortal*) kişilik görüşü hakkında örneğin Bkz. Walter Ott - Thomas Grieder, “Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz”, *AJP* 6 (2001), 627 vd.; Ümit Gezder, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, *İÜHKM* 65/1 (2007), 215 vd.; Rona Serozan- Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019), §1, N. 152 vd.; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), § 10, N. 26 vd.

⁶ Druey, “Informationsrecht des Erben”, 184; Druey, “Grundriss des Erbrechts”, N. 16; Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 955. Son zikredilen yazar mirasbırakanın hayatta iken yapmış olduğu sözleşmelerle özellikle kendisinin kişilik hakkına konu birtakım şeylerin vefatından sonra saklanması hususunda üçüncü kişilerle anlaşabileceğine, ancak bu tür anlaşmaların geçerliliğinin özellikle saklı payın korunması dikkate alındığında tartışmalı olduğuna işaret etmektedir (955). Yine örneğin bu konuda Bkz. Andreas Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...”, *Successio* (2011), 188 vd.; Andrea Dorjee-Good, “Neue (Un-)Klarheiten zur Auskunftspflicht der Banken gegenüber den Erben, Urteilsbesprechung BGER 4A_522/2018”, *Successio* 2 (2020), 176 vd. İsviçre Medeni Kanun Değişikliği Ön Taslağı’nda (“*Vorentwurf der Erbrechts-Revision*”) VE – ZGB m. 601a’da üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu bağlamda mirasçılarının bilgi edinme talebine karşı mirasın mesleki sırlarının ileri sürülemeyeceği VE–ZGB m. 601a f. 3’te belirtilmiştir. Bu konuda Bkz. Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, *Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht)*, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf>, (Erişim 27 Haziran 2023). Taslak metni bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını genişletmektedir. Diğer taraftan üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğünün açıkça öngörüldüğü VE-ZGB m. 601a Abs. 1, bilgilendirmenin kapsamını üçüncü kişilerin malvarlığı değerleriyle sınırlamıştır. Değinilen durum, üçüncü kişinin kişisel nitelikteki bilgilerini saklamaya dönük menfaatlerine hizmet etmektedir. Ancak kişilik ve malvarlığı değerleri arasında ayırım yapmak her zaman kolay değildir. Örneğin kişisel bir yazışmadaki tereke konusu taşınmazın gerçek satış fiyatı hakkında paylaşılan bilgi böyledir. Söz konusu duruma işaret etmekle yetinilecektir. Yine incelemenin kapsamını genişletmemek üzere bu incelemenin ilgili yerlerindeki dipnotlarda VE – ZGB m. 601a hükmüne ve bunlardan bazılarında ayrıca buna ilişkin değerlendirmelerimiz paylaşılacaktır.

⁷ Bu konuda örneğin Bkz. Gezder, “Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması”, 212 vd.; M. Kemal Oğuzman vd., *Kişiler hukuku: Gerçek ve tüzel kişiler* (İstanbul, Filiz Kitabevi, 18. Basım, 2018), N. 56 vd.

⁸ Vasiyet alacaklılarının ve atanmış mirasçılarının bilgi edinme hakkı/ yükümlülüğü hakkında Bkz. Daniel Leu, “Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter de lege lata und de lege ferenda”, *successio* 4 (2017), 272; Breitschmid- Matt, “Informationsansprüche der Erben”, 97; Jean Nicola Druey, *Grundriss des Erbrechts* (Bern: Stämpfli Verlag, 2002) § 11 N 22.

önce ileride mirasçı olma ihtimali olan kişilerin bilgi edinme talepleri tartışılmayacaktır⁹. Makalede öncelikle miras hukukunda mirasçının diğer mirasçılara ve üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkı değerlendirilecektir. Bu kapsamda bir sınırlama olarak mirasçının özellikle mirasın paylaşımı aşamasındaki bilgi edinme hakkı incelenmiştir. Resmi defter tutma işlemi dahilindeki bilgi edinme hakkına, bunu tamamlayıcı olarak değinilmiştir. Bunu takiben TMK m. 1023 dahilinde sadece mirasçının inceleme hakkı (ilgili tapu sicil bilgisinin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini isteme hakkı) irdelenecektir.

Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere TMK m. 1023'te öngörülen örnek alma hakkına değinilmeyecektir. Ayrıca incelemede fiziksel tapu sicili esas alınmış olup elektronik tapu sicili hakkındaki bazı düzenlemelere dipnotta atıf yapmakla yetinilecektir. Bu kapsamda ilk olarak 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu dahilinde TMK m. 1023'ün uygulanabilirliği incelenecektir. Takiben ise mirasçının sırasıyla malik statüsünden kaynaklı inceleme hakkı ile diğer mirasçıların ve üçüncü kişilerin taşınmazlarına ilişkin inceleme hakkı değerlendirilecektir. Bu kapsamda inceleme hakkına ilişkin menfaatin değerlendirilmesine esas alınan yaklaşım ve bunun aşamaları irdelenecektir. Nihayet birtakım tamamlayıcı değerlendirme ve öneriler ile inceleme sonlandırılacaktır.

Konunun çok yönlü olduğu dikkate alınarak ve makalenin kapsamını genişletmemek üzere aktarılanlar dışında birtakım hususlar da inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunlardan bazıları arasında inceleme konusunun kamu hukuku veya usul hukuku boyutu¹⁰, terekenin

⁹ Bunun gibi ikameli (atamalı) ölüme bağlı tasarruflar bağlamında mirasçıların bilgi edinme hakkına ilişkin özellik arz edebilecek durumlar inceleme dışı bırakılmıştır. Bu konuda Bkz. Jessica Enzmann, *Erbrechtliche Informationsansprüche und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, insbesondere die Stufenklage* (Zürich: Schulthess Verlag, 2023), N. 195 vd.; Breitschmid- Matt, "Informationsansprüche der Erben", N. 69 vd.

¹⁰ Özellikle bu kapsamda mirasçıların usul hukukundan kaynaklı bilgi edinme hakkı ile maddi hukuktaki bilgi edinme hakkının usul hukukunda nasıl ileri sürüleceği zikredilebilir. Mirasçıların usul hukuku bağlamındaki bilgi edinme haklarının uygulanması hakkında örneğin Krş. Biedermann Birgit, "Gerichtliche Durchsetzung von Auskunftsansprüchen im Vorfeld des erbrechtlichen Hauptprozesses zur Klärung von Prozessaussichten", *Anwaltsrevue* 10/2016, S. 423 vd., 424; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 195 vd.; Breitschmid-Matt, "Informationsansprüche der Erben", 91; Sandro Genna Gian, "Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeiten zum Informationsanspruch im Erbrecht?", *successio* 3/2011, 203 vd., 205; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 954, 962 vd. vd. Maddi ve usul hukukuna ilişkin bilgi edinme taleplerini karşılaştıran Schröder'in bu konudaki açıklamaları naklen şu şekildedir: "İsviçre hukuk sistemi hem usul hukukuna ilişkin bilgi edinme hakları hem de yargılama öncesi ya da yargılama dışı olarak verilen bilgilere yönelik maddi bilgi edinme haklarını tanımaktadır. Usul hukukuna ilişkin bilgi edinme talepleri, bir eda davası ile takip edilemez. Bunun eksik yerine getirilmesi veya hiç yerine getirilmemesi durumunda tazminat yaptırıma da gündeme gelmez. Usul ve esasa ilişkin bilgi edinme hakları özellikle amaçları bakımından farklılık gösterir: Usul hukukunda karşı taraftan bilgi edinmenin amacı, risk altındaki

paylaşımı veya terekenin yönetiminde görev alan kurum veya kişilerle bilgi edinme ilişkileri¹¹, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları, tapu memurunun TMK m. 1020 f. 2 dahilinde inceleme talebini yerine getirmemesinin sonuçları, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) dahilinde mirasçıların veya ilgililerin talepleri sayılabilir. Bunun gibi mirasbırakana ait sırları saklama yükümlülüğü olan bankaların, avukatların vb. üçüncü kişilerin durumu ve buna ilişkin tartışmalar¹² başlı başına ayrı inceleme konusu olabilecektir. Değinilen konu ayrıca incelenmeyecek, sadece bu konuya ilişkin bazı hususlara çalışmanın ilgili yerlerinde işaret edilmekle yetinilecektir. Çalışmada yapılan açıklamalarda İsviçre Hukuku çalışma genelinde farklı yoğunluk ve kapsamda tamamlayıcı olarak dikkate alınmış, ayrıca karşılaştırmalı bir inceleme yapılmamıştır.

I.MİRAS HUKUKUNDA BİLGİ EDİNME HAKKI

A.MİRASÇILARIN BİRBİRLERİNDEN BİLGİ EDİNME HAKKI:

tarafın kanıt sunmasını sağlayabilmektedir. Bununla birlikte burada maddi hukuktaki bilgi edinme taleplerinin aksine, ek bilgi elde edinmesi amaçlanmaz..." (Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 190'dan naklen). Benzer yönde değerlendirmeler için Bkz. Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 53. Miras hukukunun bilgi edinme haklarını sadece seçici bir şekilde öngördüğü, çünkü tarihi İsviçre Medeni özel hukuk yasa koyucusunun, bilgi edinme haklarını usuli nitelikte kabul ettiği ve dolayısıyla öngördüğü düzenlenmelerin usul hukukunun yetki alanına girdiğini varsaydığı hakkındaki tespit için Bkz. Arnet- Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 223.

11 Üçüncü kişilerin mirasçılara yönelttiği bilgi edinme talepleri, terekenin paylaşımında veya terekenin yönetiminde görev alan kurumların veya kişilerin mirasçılara karşı bilgi verme yükümlülüğü veya bunlara karşı mirasçıların bilgi verme yükümlülüğü hakkında örneğin Bkz. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 196, 198; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 957; Necati Şükrü Bayramoğlu, "Mirasçıların Bilgilendirme Yükümlülükleri", ERÜHFD 12/2 (2021), 204.

12 Peter Breitschmid - Isabel Matt "Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser", Successio 3 (2010): 85 vd.; Andrea, Dorjee-Good, "Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren, BGE 135 III 597", Successio 4 (2010), 299 vd.; Dorjee - Good, "Auskunftspflicht der Banken", 170 vd.; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 959 vd.; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 194 vd., 197 vd., 199 vd.; Zahit İmre - Hasan Erman, Miras Hukuku (İstanbul, Der Kitabevi, 2022), 483, dn. 13; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 173 vd. Son zikredilen 2013 tarihli çok güncel çalışmada mirasçıların bilgi edinme haklarına ilişkin yürütülen menfaat değerlendirmesinde sır saklama yükümlülüklerinin durumu incelenmiştir. Bu kapsamda çalışmada genel hatlarıyla avukatların sır saklama yükümlülükleri, banka müşterilerinin sırları, vergi sırları, kişisel verilerin durumu, üretim sırları, ticari sırlar, sözleşme ile kararlaştırılan sır saklama yükümlülükleri, kişinin gizli alanı, posta kayıtlarının gizliliği, sigortacının sır saklama yükümlülüğü incelenmiştir (N. 173 vd., 180 vd., 184 vd., 189 vd.).

TMK'nın miras hukuku kitabının “*paylaşmanın nasıl yapılacağı*” adlı ikinci ayırımı altında, emredici şekilde düzenlenmiş¹³, mirasçıların karşılıklı bilgi edinme yükümlülüklerine (haklarına) ilişkin TMK m. 646 f. 3 (ZGB Art. 607 Abs. 3), TMK m. 649 f. 2 (ZGB Art. 610 Abs. 2) hükümleri yer almaktadır.

TMK m. 646 f. 3'te mirasçıların bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin iki özel durum düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde bilgilendirme ile yükümlü olduğu öngörülen (birlikte) mirasçılardan ilki, terekeye konu mallara zilyet olan mirasçılardır¹⁴. Ayrıca ölümü itibarıyla mirasbırakana borçlu olan mirasçılar da bilgilendirme ile yükümlü olduğu öngörülmüştür. Hükümün geniş olan sözü dikkate alınca bilgi edinmeye hakkı olan hem birlikte mirasçılar hem de üçüncü kişilerdir¹⁵. Zikredilen mirasçılar dürüstlük kuralına göre kendilerinden talep edilmeden (kendiliğinden bilgi sağlama yükümlülüğü/ “*Pflicht zur Spontaninformation*” dahilinde)¹⁶ mirasın paylaşımını mümkün kılma veya bunu kolaylaştırma yükümlülüğündedirler¹⁷.

Bilgilendirme yükümlülüğünün konusu ise mirasın paylaşımı için gerekli olan bilgilerin verilmesidir¹⁸. Mirasçıların mirasın paylaşımındaki genel bilgi verme yükümlülüğü ise TMK m. 649 f. 2 (ZGB Art. 610 Abs. 2) 'de düzenlenmiştir¹⁹. Hükümün lafzı geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre mirasçılar, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler ile ilgili olarak

13 Krş. Stephan Wolf – Stephanie Hrubesch Millauer, Grundriss des Schweizerischen Erbrechts (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), N. 1671; Wolf- Genna, “Erbrecht”, 238 vd.

14 Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 224.

15 Stephan Wolf, “ZGB Art. 602-605, 607-611”, Berner Kommentar, Art. 602–619 ZGB, ed. Heinz Hausherr vd. 5-154, 175-256 (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014, ZGB Art. 607), N. 25; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 224.

16 Druey, “Informationsrecht des Erben”, 115; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 224.

17 Krş. Peter C. Schaufelberger – Katrin Keller Lüscher, “ZGB Art. 607, 610”, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, ed. Heinrich Honsell vd. (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015), Art. 607, N 11c; Peter Tuor - Piconi Vito, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 1964), Art. 607, N. 9; Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 23, 29; Druey, “Grundriss des Erbrechts”, § 13, N. 3; Thomas Meyer, “Art. 607, 610”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB. ed. Peter Breitschmid vd. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2016), Art. 607, N. 3

18 Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 9; Escher Arnold. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 (Zürich: Schulthess Verlag, 1960), Art. 607, N. 11; Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 23; Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 190 vd.; Schaufelberger - Keller, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 11.

19 Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 5; Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 20.

paylaşmanın eşitliğe²⁰ ve adalete²¹ uygun olması için dikkate alınması gereken tüm bilgileri birbirleriyle paylaşmakla yükümlüdürler²². Hükme göre bilgi edinmeye hakkı olan ve aynı zamanda bununla yükümlü olan mirasçılardır²³. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre bu hükme dayanılarak “*objektif bir bakış açısıyla paylaşmayı herhangi bir şekilde etkileyebilmeye muhtemelen uygun görünen tüm bilgiler*” (“*die bei einer objektiven Betrachtungsweise möglicherweise geeignet erscheinen, die Teilung in irgendeiner Weise zu beeinflussen*”) paylaşılmalıdır²⁴. Bu bilgilendirme yükümlülüğü özellikle mirasbırakanın yaşamı boyunca yaptığı kazandırmalara konu bilgileri içermektedir²⁵.

Miras ortaklığı, mirasçılarının elbirliği halinde hak sahibi²⁶ olduğu bir hukuki yapıdır. Buna rağmen her iki hükümde bireysel olan mirasçılık durumundan ötürü her bir mirasçıya²⁷ bilgi

20 TMK. m. 647 f. 1: “*Yasal mirasçılar, gerek kendi aralarında, gerek atanmış mirasçılarla birlikte mirası aynı kurallara göre paylaşılır*” şeklinde, daha açık bir şekilde “*Mirasçılarının eşitliği*” başlıklı TMK. m. 649 f. 1’de ise: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça mirasçılar, paylaşmada terekenin bütün malları üzerinde eşit hakka sahiptirler*” şeklinde ifade edilmiştir. Eşitlik ilkesinin bazı istisnaları için Bkz. Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, (TMK m. 640-682), Cilt-III (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), § 610, N. 333. Bilgilendirme yükümlülüğünü miras hukukundaki eşitlik ilkesi altında inceleyen bir esere örnek olarak Bkz. Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 464 vd.; Wolf, “*Berner Kommentar ZGB*”, Art. 610, N. 13 vd. Mirasçılarının bilgilendirilmesini ayrı ilke olarak ele alan eserler için örneğin Bkz. Mustafa Dural – Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt: IV Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), N. 1950; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 344; Ali Naim İnan vd., *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), N. 1918 vd. Mirasçılarının bilgilendirilmesinin, mirasın paylaşılmasında geçerli olan hem irade serbestisi ilkesi hem de eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesine yardımcı olduğu şeklindeki tespit için Bkz. Serozan- Engin, “*Miras Hukuku*”, 576.

21 Nitekim değinilen bilgilendirme yükümlülüğünü, miras hukukundaki eşitlik ilkesi yanında ayrı bir başlıkta dürüstlük ilkesi altında inceleyen bir eser için örneğin Bkz. O. Gökhan Antalya – İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019), 518 vd. Yine eşitlik esas ilkesi altında değerlendirmekle birlikte bilgi verme yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynakladığı hakkında tespit için örneğin Bkz. Öztan, “*Miras Hukuku*”, 455; İmre - Erman, “*Miras Hukuku*”, 483. Buna karşılık dürüstlük ve eşitlik ilkesi yanında bunlara işaret etmeksizin bilgi verme ilkesini inceleyen bir eser için örneğin Bkz. Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 299 vd.

22 Krş. Schaufelberger - Keller, “*Basler Kommentar ZGB*”, Art. 610, N. 17; Escher, “*ZGB-Kommentar*”, Art. 610, N. 2.

23 Arnet - Schnierer, “*Informationsansprüche der Erben*”, 224.

24 Manuela Häfliger, “*Art. 607, 610*”. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, OFK, ed. Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), Art. 610, N. 5; Enzmann, “*Erbrechtliche Informationsansprüche*”, N. 29; Meyer, “*Handkommentar ZGB*”, Art. 610, N. 5; Wolf, “*Berner Kommentar ZGB*”, Art. 610, N. 21. Bu konuda örneğin Bkz. BGE 132 III 677 E.4.2.1; BGE 127 III 396 E.3 (Erişim 10 Haziran 2023), www.relevancy.bger.ch.

25 Häfliger, “*OFK ZGB Kommentar*”, Art. 610, N. 5; BGE 127 III 396 E. 3.

26 Burada terminolojik olarak elbirliği halinde mülkiyet yerine elbirliği halinde hak sahipliği ifadesinin daha uygun olduğu, zira terekeye sadece mülkiyet hakkının değil zilyetlik, alacak hakları, fikri mülkiyet hakları gibi diğer haklarında dahil olduğu hakkında Krş. Dural - Öz, “*Miras Hukuku*”, N. 1864; Antalya - Sağlam, “*Miras Hukuku*”, 474.

27 Bu kapsamda yasal mirasçılar yanında atanmış mirasçılarda bilgi edinme hakkına sahip ve bilgi edinme yükümlülüğüne tabidir. Bu konuda örneğin Bkz. Meyer, “*Handkommentar ZGB*”, Art. 607, N. 8; Göksu, “*Informationsrechte der Erben*”, 956; Bayramoğlu,

edinme hakkı tanınmıştır²⁸. Bu anlamda her bir mirasçı birbirinden bağımsız olarak ve diğerinin onayı olmadan diğer bir mirasçıya karşı bilgi edinme talebini ileri sürebilir²⁹. Bilgi edinme talebi, mirasın açılmasından itibaren³⁰ (öğretide tartışmalı olmakla birlikte) mirasın paylaşılmasının sonuna kadar ileri sürülmelidir³¹. Her iki hükümde kendisinden bilgi istenen

“Bilgilendirme Yükümlülüğü”, 203. VE – ZGB m. 601a hükmünde miras hukukuna ilişkin talep ileri sürebilecek olanların bilgi edinme hakkı sahibi olduğu öngörülmüştür (“*Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt...*”). Bu anlamda bilgi edinmeye hakkı olan kişiler arasında saklı paylı olan ve olmayan yasal mirasçılar yanında, atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklıları da yer almaktadır. ZGB taslağında açıkça mirasbırakanın yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçılardan elinden bilgi edinme hakları alınmayacağı vurgulanmıştır. (VE ZGB Art.601a Abs. 3). Bu konuda Bkz. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) des Bundesamtes für Justiz vom 4. März 2016, 42, (Erişim 18 Ağustos 2023), <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>. Bu bağlamda bilgi edinme hakkı ile sadece saklı paylı mirasçılık arasında bağlantı kurulmasının yerinde olmadığına işaret edilmektedir. Buna göre saklı paylı olmayan mirasçılarda bilgi edinme hakkı söz konusu olabilir. Bu hakkın mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarıyla onların ellerinde alınabilmesi mevcut düzenlemede dahi kabul edilmemektedir. Bunun yanında bilgi edinme hakkına ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olduğu taslakta açıkça vurgulanmıştır. Ancak bu vurgu yapılırken mirasbırakanın vasiyetname ile (saklı paylı) mirasçılardan bilgi edinme hakkını sınırlayamayacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda taslakta miras sözleşmesinin zikredilmemiş olmasının hangi gerekçeye dayandığı belirsizlik teşkil etmektedir. Bu konudaki aktarılan değerlendirmeler için Bkz. Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 323.

28 Wolf Stephan. “Auskunftspflichten unter Miterben BGE 127 III 396 ff.”, *Recht- Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. (2002), 77; Escher, “ZGB Kommentar”, Art. 610, N. 4; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 225.

29 Wolf, “Auskunftspflichten unter Miterben”, 77; Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 956. Son zikredilen yazar yargılamada mirasçılar arasında kanuni dava arkadaşlığının söz konusu olmadığına işaret etmektedir (956). Ancak bireysel olarak mirasçılara tanınmış olan bilgi edinme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı için bir temsilci aracılığı ile de yerine getirilebileceği hakkında Bkz. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 27; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 62.

30 TMK m. 646 f. 3 ve m. 649 f. 2'nin sistematik olarak TMK'da mirasın paylaşımının nasıl yapılacağına ilişkin ikinci ayırma düzenlenmiş olmasından ve TMK m. 646 f. 3'ün sözünden yola çıkarak ilk bakışta mirasçılardan bilgi edinme hakkının, mirasın paylaşımından önce gündeme gelmeyeceği düşünülebilir. Ancak bilgi edinme hakkının amacından yola çıkarak katılmış olduğumuz öğretilerde baskın görüş mirasçılardan bilgi verme yükümlülüğü mirasın açılışından itibaren söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğüne konu olgular, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve öğretilerde işaret edildiği üzere mirasbırakanın ölümünden önce de gerçekleşmiş olması mümkündür. Bu konuda örneğin Bkz. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 31; Schaufelberger - Keller, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 11; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 25, 163. Denkleştirme davası, tenkis davası gibi kanunda düzenlenmemiştir. Mirasın geçişinden sonra ve mirasın paylaşılmasından önce denkleştirme, tespit davası şeklinde açılabilir. Öte yandan denkleştirme konusunun verilmesi talebiyle (paylaştırma davası şeklinde) eda davası olarak mirasın paylaşılmasından itibaren bu dava açılabilir. Bu konuda örneğin Bkz. Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1423

31 Öğretilerdeki baskın görüş denkleştirme davasının mirasın paylaşımının sonuna kadar açılabilmesini kabul eder. Bu bağlamda hem TMK m. 649 f. 2 hem de TMK m. 646 f. 3 medeni kanunda mirasın paylaşımına ilişkin ayırma düzenlenmiştir. Denkleştirme davasının mirasın paylaşılması aşamasının ayrılmaz bir parçası olarak en geç paylaşımın sonuna kadar açılması gerekir. Bu bağlamda yapılacak sistematik yorumla mirasçılardan bilgi edinme taleplerinin de mirasın paylaşımı aşamasının sonuna kadar tanınmış olduğu ileri sürülebilir. Denkleştirme davasının mirasın paylaşılmasının sonuna kadar açılması yönünde örneğin Bkz. Escher, “ZGB Kommentar”, Vor. Art. 626, N. 7; Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 626, N. 7, İnan vd., “Miras Hukuku”, N. 2030; Eren - Yücer Aktürk, “Miras Hukuku”, N. 1640, 1706; Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1424; Kocayusufpaşaoğlu, “Miras Hukuku”, 440; 475, 484 vd.; Öztan,

bir mirasçı, bu bilgiyi herhangi bir şekilde bağlı olmadan örneğin sözlü bir şekilde diğeriyle paylaşabilir³². Ancak aktarılan benzerliklere rağmen her iki hüküm arasında farklar bulunur. Bu bağlamda TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükmü ile karşılaştırıldığında TMK m. 646 f. 3'nin uygulama alanı bu yükümlülüğe muhatap olacak mirasçılar ve konusu yönünden daha dar³³, bilgi edinmeyi talep edebilecek kişi yönünden³⁴ daha geniştir³⁵. Ancak öğretide haklı olarak işaret edildiği üzere bu hükümler birbirini tamamlamaktadır. Buna göre TMK m. 646 f.

“Miras Hukuku”, 474, 484 vd. Yargıtay uygulamasında, denkleştirme davasının terekenin paylaşımından itibaren genel zamaşımı süresi olan on yıllık zamaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir. Bu konudaki tespit ve eleştiri için örneğin Bkz. Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1424; İnan vd., “Miras Hukuku”, N. 2030. Bununla birlikte öğretilde amaca göre yorumla mirasın paylaşımında sonra denkleştirme ve tenkis taleplerinin değerlendirilmesi gündeme gelirse yine bilgi edinme hakkı ve yükümlülüklerinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda öğretide mirasçılar arasında söz konusu olan çok kapsamlı ve zamana bağlı olmayan bir bilgilendirme hakkından (“*umfassendes und unbefristetes Auskunftsrecht der Miterben untereinander*”) söz edilmektedir. Bu konuda Krş. Wolf - Genna, “Erbrecht”, 225; İmre - Erman, “Miras Hukuku”, 527. Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 225. Son zikredilen yazar böyle bir görüşün ZGB Art. 607 Abs. 3 (TMK m. 646 f. 3), ZGB Art 610 Abs. 2 (TMK m. 649 f. 2) hükümlerinin etkisinin kıyasen uygulanması ile de kabul edilebileceğini ileri sürmektedir (225). Tenkis davası açma hakkı bir ve on yıllık hak düşürücü sürelerle bağlı iken tenkis def'i her zaman ileri sürülebilir (TMK m. 571).

32 Stephan Wolf - Genna Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015), 241; Druey, “Informationsrecht des Erben”, 118. Ancak yapılan sözlü bilgilendirmeye rağmen mirasçının, bu konuyla ilgili elinde belge bulunuyor bunun da paylaşması gerektiği hakkında Bkz. Bayramoğlu, “Bilgilendirme Yükümlülüğü”, 208. Bununla birlikte öğretide bilgilendirmenin yazılı olması gerektiği şeklinde bir görüşte bulunmaktadır. Öğretilde başka bir görüş ise burada ikili bir ayırım yapmaktadır. Şayet kendiliğinden bilgi verme söz konusu ise bilgilendirmenin sözlü olabilmesi mümkündür. Buna karşılık bir mirasçının talebi üzerine bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu olursa bunun yazılı şekilde yerine getirilmesi gerekir. Değinen görüşler için Bkz. Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 158. Yazar bilginin yazılı olarak verilmesini önermektedir. Yazara göre yazılı bilgilendirme öncelikle bilgilendirme hakkı sahibinin menfaatine hizmet eder, zira bu şekilde yanlış anlaşılmalara azalır, eksik edinilen bilgiler tamamlanabilir. Ayrıca yazılı bilgilendirme yükümlüsüne de hizmet eder. Bu şekilde bilgilendirme yükümlüsü yargılama sürecinde yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayabilir ve bu durumda onun lehine yargılama maliyetlerini etkiler (N. 159).

33 Aktarıldığı üzere TMK m. 646 f. 3 (ZGB Art. 607 Abs. 3) 'e göre bilgi talebinin muhatabı, terekeye konu eşya zilyetliğinde bulunan veya mirasbırakana borçlu olan mirasçılardır. Buna karşılık TMK m. 649 f. 2 (ZGB Art. 610 Abs. 2)'de tüm mirasçılara karşı geçerli bir bilgi edinme hakkı söz konusudur. Bu anlamda konu yönünden uygulama alanına ilişkin olarak TMK m. 646 f. 3 (ZGB Art. 607 Abs. 3), sadece mirasçılarının zilyetliğinde bulunan şeylere ilişkindir. TMK m. 649 f. 2 (ZGB Art. 610 Abs. 2) hükmün konusu ise mirasbırakanın tarafı olduğu ve mirasın geçişi ve külli intikal ile mirasçılara geçen tüm borç ilişkileri oluşturur. Bu konuda Bkz. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 25; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 226; Meyer, “Handkommentar ZGB”, Art. 610, N. 3.

34 Yukarıda aktarıldığı üzere TMK m. 646 f. 3 (ZGB Art. 607 Abs. 3) bilgi edinme talep eden bağlamında kişi yönünden uygulama alanı sadece birlikte mirasçıları değil, üçüncü kişileri de içermektedir. TMK m. 649 f. 2 (ZGB Art. 610 Abs. 2) hükmü ise sadece mirasçılar lehine bilgi edinme hakkını öngörmüştür. Bu konuda örneğin Bkz. Breitschmid - Matt, “Informationsansprüche der Erben, 90; Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 954.

35 Krş. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 25; Minning, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 14; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 36.

3 hükmünde ele alınan tereke konusunun dışında kalan bilgiler “TMK m. 649 f. 2 hükmü” dahilinde mirasbırakanla olan ilişkiler dahilinde sınıflandırılabilir³⁶.

Aktarılan hükümlerin yanında resmi defter tutma usulüne ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü öngören TMK m. 620 f. 2 ve 3 (ZGB Art. 581 Abs. 2, 3) zikredilebilir³⁷. Resmi defter tutarak terekenin aktif ve pasifleri hakkında mirasçının bilgi sağlaması amaçlanır³⁸. Bunun gerçekleştirilebilmesi ve bu değerlerin³⁹ terekeye yazılabilmesi için sulh hukuk mahkemesinin bunların varlığını öğrenmesi gerekir⁴⁰. Bu anlamda mirasbırakanın malî durumuyla ilgili olarak bilgi sahibi olan herkesin, sulh mahkemesince kendilerinden istenilen bilgiyi vermek ile yükümlü oldukları öngörülmüştür (TMK m. 620 f. 2 c. 1). Bunun gibi mirasçılar, özellikle mirasbırakanın kendileri tarafından bilinen⁴¹ borçlarını sulh mahkemesine bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır (TMK m. 620 f. 3). Baskın görüş amaca göre yorumla mirasçılarının borçlarını bildirme yükümlülüğünün kendiliğinden (kendilerinden talep edilmeden) gerçekleştiğini belirtir⁴². Bunun konusunu mirasın geçiş anı yanında mirasbırakanın yaşamı boyunca ki

36 Krş. Wolf - Hrubesch Millauer, “Erbrecht”, N. 1672; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 22; Schaufelberger - Keller, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 17 vd.; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 36; Meyer, “Handkommentar ZGB”, Art. 610, N. 3. Yine her iki hükmün birbirini tamamladığı, bunların bir bütün (“Einheit”) olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde Bkz. Minning, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 14.

37 Krş. Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 191; Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1762.

38 Krş. Mehmet Ayan, Miras Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 336; İmre - Erman, “Miras Hukuk”, 379 vd.; İnan vd., “Miras Hukuk”, N. 1702.

39 Bu değerlerin hangi ana göre hesaplanacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konuda mirasbırakanın ölüm gününün (mirasın geçiş anının) esas alınması yönünde örneğin Bkz. Abt, Daniel, “Art. 581”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB. ed. Peter Breitschmid vd. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 581, N. 8; Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 581, N. 10. Resmi defterin tutulma anının esas alınması yönünde örneğin Bkz. Escher, “ZGB Kommentar”, Art. 581, N. 7.

40 Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 575-639), Cilt-II (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), §620, N. 1086; Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 1.

41 Mirasçılarının bilmesi gerektiği borçların bu kapsamda olmadığı hakkında Bkz. Escher, “ZGB Kommentar”, Art. 581, N. 12; Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 581, N. 17.

42 Peter Stähli, “581”, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK. ed. Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), Art. 581, N. 4; Daniel, “Handkommentar ZGB”, Art. 581, N. 12; Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 581, N. 17; İmre - Erman, “Miras Hukuku”, 383; Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1762; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi”, § 620, N. 1094; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi”, § 620, N. 1094; Ayan, “Miras Hukuk”, 338. Sistematik yorumla (TMK m. 620 f. 3 ile bağlantı dikkate alınarak) mirasçının bilgilendirme yükümlülüğünün talep üzerine gerçekleşmesi gerektiği şeklinde aksi yöndeki görüş için Bkz. Bayramoğlu, “Bilgilendirme Yükümlülüğü”, 206; Escher, “ZGB Kommentar”, Art. 581, N. 11.

(sadece borçları değil) tüm malvarlığı ilişkileri teşkil eder, zira resmi defter tutma mirasbırakanın mali durumunun bilinmesini gerektirir⁴³.

Bu incelemede mirasın paylaşımı dahilinde bilgi edinme hakkının ön planda olduğu girişte aktarılmıştı. Bu bağlamda şu ana kadar aktarılanlar dahilinde ve TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümlerinin birlikte uygulaması dikkate alındığında mirasçıların diğer (birlikte) mirasçılara karşı mirasın paylaşımı aşamasında çok geniş kapsamlı bir bilgi edinme hakkına sahip olduğu görülmektedir⁴⁴. Bunun yanında TMK m. 620 f. 2 ve 3 dahilinde sulh mahkemesine bildirilen bilgilerde mirasçıların bilgi edinmesine hizmet eder. Ancak resmi defter tutma işleminin asli fonksiyonları arasında mirasçıların net terekeyi öğrenmesi ve seçimlik hakları konusunda açıklık sağlamak yer alır⁴⁵. Bunun yanında bu işlem, belli süre ve prosedürlere tabidir. Bundan dolayı resmi defter tutma işlemine ilişkin bu hükümlerin, mirasçının mirasın paylaşımı aşamasındaki bilgi edinme menfaatine sınırlı bir katkısı olacağı söylenebilir.

Mirasçının özellikle doğrudan ve bizzat çok kapsamlı genel bir bilgilendirme yükümlüğü öngören TMK m. 649 f. 2 hükmüne başvurması daha olasıdır. Hükümde geçen “*mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler*” terimi öğretide geniş yorumlanmaktadır. Bu ifade “*mirasın paylaşımını etkileyebilecek tüm malvarlığı değişimleri*” şeklinde okunmaktadır. Buna göre buraya mirasçılarının sahip olduğu taşınmaz ve bunun devrini konu olan mirasbırakanla diğer mirasçılar veya üçüncü kişiler hakkındaki hukuki işlemlere ilişkin bilgiler dahil edilebilir⁴⁶. Bu bağlamda bir mirasçı diğer bir mirasçıdan inceleme konusu taşınmaza ilişkin gerekli tapu sicil bilgilerinin⁴⁷ kendisiyle paylaşılmasını isteyebilir.

43 Krş. Fabrizio Andrea Liechti “581”. ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK, ed. Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), N. 6; Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1762; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi”, § 620, N. 1094.

44 Wolf - Hrubesch Millauer, “Erbrecht”, N 1672 vd.; Wolf, “Auskunftspflichten unter Miterben”, 78; Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 190 vd.; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 226; Minning, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 14, Art. 610, N. 7.

45 Krş. İmre - Erman, “Miras Hukuku”, 380; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi”, § 620, N. 1088.

46 Krş. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 21; Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 960; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 28; Escher, “ZGB Kommentar”, Art. 610, N. 3; Wolf - Hrubesch Millauer, “Erbrecht”, N. 1674. Buna gerekçe olarak dürüstlük kuralı gösterilmektedir. Bu konuda Bkz. Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 28, 31; Schröder, “Informationspflicht”, 58.

47 Tapu sicilinin unsurları hakkında genel açıklamalar için Bkz. İncelemenin II, A numaralı başlığı.

Bir mirasçının mirasbırakanla üçüncü kişi arasında gerçekleşen taşınmaz devrini konu alan bir hukuki işlem hakkında bilgi sahibi olması mümkündür. Öğretideki baskın görüş, bilgilendirmeye konu malvarlığı değişimlerine sadece diğer mirasçıların değil, ayrıca üçüncü kişilerinde dahil olabileceğine işaret etmektedir⁴⁸. Bunlar arasında karşılıksız olanlardan özellikle denkleştirme veya tenkise tabi olanlar zikredilebilir⁴⁹. Bunlardan karşılıklı olanların ise muvazaalı iddialarına konu olabileceğine işaret edilebilir⁵⁰.

Örneğin mirasbırakan hayatta iken bir mirasçısının veya üçüncü kişinin taşınmaz satın almasına parasal katkı sağlamış olsun. Yine başka bir örnek olarak bu kişilerden birine ortalama piyasa bedelinin %40 altında (edimler arası oransızlık) ve aradaki bu farkın bağışlanmış olduğu ortak iradesiyle bir taşınmaz satıldığı (karma taşınmaz bağışı⁵¹ yapıldığı) düşünülün. Gerek ilk verilen örnekte yapılan parasal katkı miktarı gerekse ikinci örnekteki karma bağışta taşınmazın rayiç değeri ile satış bedeli arasındaki fark denkleştirmeye, şayet bu mümkün değilse tenkise tabidir⁵². Bir mirasçının paylaşırma için önem taşıyan söz konusu bilgiyi içeren hukuki işlem hakkında bilgi sahibi olması mümkündür⁵³. Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına farazi terekenin⁵⁴ hesaplanmasında, özellikle hukuki işlemin ivazsızlığı ve bunun miktarının

48 Doğrudan bunun kabul edilebilmesi yönünde Bkz. Schaufelberger - Keller, "Basler Kommentar ZGB", Art. 610, N. 18; Minning, "Basler Kommentar ZGB", Art. 610, N. 7; Meyer, "Handkommentar ZGB", Art. 610, N. 3; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 960; Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 610, N. 5. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bilgi edinme hakkını geniş yorumlayan içtihatlarını dikkate alarak kural olarak bunun kabul edilebileceği yönünde Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 607, N. 24. Esas olarak mirasçının mirasbırakan ile olan malvarlığı ilişkilerinin bilgilendirmeye konu olacağı, istisnai olarak üçüncü kişi ile ilgili malvarlığı ilişkilerine yönelik (bu konuda bilgisi olup bundan fayda sağlayamayacak) mirasçının bilgilendirme yükümlülüğünün gündeme gelebileceği hakkında Bkz. Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 90 vd.

49 Wolf - Hrubesch Millauer, "Erbrecht", N. 1672; Minning, "Basler Kommentar ZGB", Art. 610, N. 7; Wolf, "Auskunftspflichten unter Miterben", 78; Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 607, N. 31; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 190.

50 Bayramoğlu, "Bilgilendirme Yükümlülüğü", 201. Genel olarak muris muvazaası ve bunun özellik taşıyan yönleri hakkında örneğin Bkz. Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 363 vd.; İmre - Erman, "Miras Hukuku", 293 vd.; Ayan, "Miras Hukuku", 238 vd.

51 Karma bağışlama ve miras hukukundaki yeri hakkında özellikle Bkz. Cem Akbıyık, Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 1997).

52 Örneğin Krş. Arnold, Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Artikel 457-536. (Zürich: Schulthess Verlag, 1960), Art. 527 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, 393; Akbıyık, "Karma Bağışlama", 78 vd., 111 vd., 141 vd.; Serozan - Engin, "Miras Hukuku", § 3, N. 46 vd.; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 846; Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1140.

53 Bu bağlamda öğretilerde belirsiz ve şarta bağlı hukuki işlemlerin ve malvarlığı değerlerinin de bilgilendirme yükümlülüğüne konu olabileceği, zira ancak bunlar hakkında bilgi aldıktan sonra bunların miras hukuku talepleri yönünden önem taşıyıp taşımayacaklarının anlaşılabilmesi belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. Göksu, "Informationsrechte der Erben", 960.

54 Terminolojik olarak katıldığımız görüşe göre terekenin aktif değerlerinden pasif değerlerin çıkarılması ile bulunan rakama "net tereke" denilir. Bulunan bu rakamın üzerine mirasbırakanın hayattayken yapmış olduğu bazı karşılıksız kazandırmalar eklenecek

tespitinde önem taşıyabilecek olgular dahildir⁵⁵.Örneğin taşınmazın özellikleri, ilgili hukuki işlemin ve tapu tescilinin tarihi, (ivazlı olan kısma ilişkin) satış bedeli vb. hususlar hakkında bilgiler böyledir.

Mirasçının bilgi edinme hakkının dürüstlük kuralının TMK'da düzenlenen somut uygulamalarından biri olduğu⁵⁶ göz ardı edilmemelidir. Bilgi edinme hakkının doğal sınırlarını yine dürüstlük kuralı oluşturur. Mirasçının bilgi edinme hakkını kullanması, onun mirasın adil bir şekilde paylaşılmasına ilişkin fiili ve güncel menfaatlerine hizmet etmelidir. Bunun kullanımı, somut olayda hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmemelidir. Gerek bilgi edinme hakkının tabi olduğu kabul edilebilecek mirasçılara gerekse bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin dürüstlük kuralı dahilinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre hayatın olağan gidişatında objektif koşullar altında (olası) hukuki işlem hakkında bilgisi olduğundan yola çıkılabilecek⁵⁷ olan bir mirasçıya karşı bilgi edinme hakkı kullanılabilir veya bu mirasçının kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğü gündeme gelebilir⁵⁸. Bu anlamda bilgi edinmek istenen, bizzat hukuki işlemin tarafı olan mirasçı olabilir. Bunun yanında bu kişinin, başka bir mirasçı veya üçüncü kişi olması mümkün olup bu durum bilgi edinme hakkının kullanımını etkilememelidir⁵⁹. Ayrıca bilgilendirme yükümlülüğüne konu bilgi de alelade bir merakın ötesinde mirasın paylaşımını objektif anlamda etkileyebilecek nitelikte olmalıdır⁶⁰. Bilgi edinme talebini yerine getirmeyen diğer mirasçıya karşı dava (eda davası) açılması gündeme

bulunan rakama ise "farazi tereke" denilir. Bu konuda Bkz. Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 324; Öztan, "Miras Hukuku", 96. Öğretide daha farklı bir terminoloji tercih eden diğer bir görüş ise "farazi tereke" terimini kullanmamakta, bunun yerine aynı anlama karşılık gelmek üzere "net tereke" terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bu görüş için örneğin Bkz. Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 507, N. 364.

55 Farazi tereke hesabı konusunda örneğin Bkz. İnan vd., "Miras Hukuku", N. 1110 vd.; İmre - Erman, "Miras Hukuku", 237 vd.; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 324 vd.; Hatemi, "Miras Hukuku", § 4, N. 48 vd.

56 Krş. Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 15; Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 607, N. 7; Schaufelberger - Keller, "Basler Kommentar ZGB", Art. 607, N. 11; Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 607, N. 23; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 518 vd.

57 Krş. Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997), 292; Antalya - Topuz, "Medeni Hukuk", 458; Süleyman Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt-I Başlangıç Hükümleri (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 137.

58 Krş. Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 147, 157.

59 Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 190; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 960; Schaufelberger Keller, "Basler Kommentar ZGB", Art. 610, N. 18.

60 Wolf, "Auskunftspflichten unter Miterben", 78; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 960; Schaufelberger - Keller, "Basler Kommentar ZGB", Art. 610, N. 8; Meyer, "Handkommentar ZGB", Art. 610, N. 5; Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 607, N. 5.

gelebilir⁶¹. Bu ihtimalde değinilen davada bilgi talep eden mirasçı, inandırıcı şekilde miras hukuku talepleriyle olan ilgisini makul (makul ilgi) şekilde ortaya koymalıdır⁶². Bu bağlamda baskın görüş, mirasçıların nitelikli bilgi ihtiyacını dikkate alarak onların (denkleştirme, tenkis gibi) miras hukuku taleplerine ilişkin takibin mümkün görünmesini makul ilginin kabulü için yeterli görmektedir⁶³.

B. MİRASÇILARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEN BİLGİ EDİNME HAKKI:

Mirasçıların üçüncü şahıslara karşı bilgi edinme hakkını ileri sürebilmeleri için somut hukuki bir dayanak bulunmalıdır. Genel olarak bir bilgilendirme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından kaynaklanabilir⁶⁴. Bu bağlamda aşağıda mirasçıların üçüncü şahıslara karşı bilgi edinme hakları ikili bir ayırım altında incelenecektir⁶⁵. Öncelikle mirasçıların, mirasbırakanın sözleşme ilişkisi temeline dayalı üçüncü şahıslar karşısındaki bilgi edinme hakları değerlendirilecektir. Daha sonra ise onların sözleşme ilişkisi dışında üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkının mevcudiyeti irdelenecektir.

1.Mirasçıların, mirasbırakanın sözleşme ilişkisi temeline dayalı üçüncü şahıslar karşısındaki bilgi edinme hakları:

61 Minning, "Basler Kommentar ZGB", Art. 607, N. 16; Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 610, N. 31; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", Göksu, "Informationsrechte der Erben", 962 vd.

62 Krş. Göksu, "Informationsrechte der Erben", 955; Wolf, "Auskunftspflichten unter Miterben",78; Bayramoğlu, "Bilgilendirme Yükümlülüğü", 208 vd.; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 190; BGer 5A_994/2014, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 20 Temmuz 2023).

63 Krş. Druey, "Informationsrecht des Erben", 187; BGE 127 III 396 E. 3; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 283, dn. 552'deki yazarlar. Son zikredilen yazar ise bu görüşe katılmamaktadır. Yazar bilgi edinme talebine ilişkin inceleme konusu olay ile takibin mümkün olduğunun makul görünmesi arasında bağlantı kurulmasını çelişkili görmektedir ve bunun bilgi edinme hakkının amacıyla uyummadığını belirtmektedir. Bu bağlamda yazar öğretide Raveane'nin savunduğu görüşe katılmaktadır. Bu görüşe göre makul ilgi aramaksızın genel olarak mirasçının, miras hukukuna ilişkin ana taleplerinin ihtilafı olduğunu ve bilgi edinme haklarının gereksiz davalara önlemeye hizmet edeceği ispatlanması, bilgi edinme hakkının kabulü için yeterli görülmelidir (N. 285 vd.).

64 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), § 37, N. 13; Seda Kara Kılıçarslan. "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (2015), 197 vd.; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1, 3 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 467.

65 İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında çeşitli kararlarda sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkı ile miras hukukundan kaynaklanan bilgi edinme hakkı arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu konuda örneğin Bkz. BGer 5A_695/2014 E. 6.1; BGer 5A_638/2009 E. 1.1, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 20 Temmuz 2023).

Mirasbırakanın ölümüyle külli intikal esası dahilinde mirasa konu intikale elverişli tüm malvarlığı değerleri, mirasçılara kendiliğinden (“*o ipso*”) bir bütün halinde geçmektedir (TMK m. 599)⁶⁶. Bunun kapsamına mirasbırakanın üçüncü kişilerle olan ve mirasbırakanın ölümüyle sona ermeyen çeşitli sözleşmelerden doğan borç ilişkileri dahildir⁶⁷. Mirasçılar kendilerine intikal eden sözleşmelerden kaynaklanan hak ve yükümlülükler kapsamında bilgi edinme hakkına da sahip olabilirler⁶⁸. Bu anlamda sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkının miras hukukunda dayanağı bulunmaktadır⁶⁹.

Mirasçılarının her biri tarafından, sözleşmesinin muhatabına karşı ileri sürülebilen söz konusu bilgi edinme hakkına karşılık gelmek üzere öğretilen terminolojik olarak “*miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkı*” (“*ererbte vertragliche Informationsrechte*”) veya kısaca “*miras kalan bilgi edinme hakkı*” (“*ererbte Informationsrechte*”)⁷⁰ ifadelerinin kullanıldığına rastlanmaktadır. Miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkı, mirasbırakanın ölüm anındaki kapsamıyla her bir mirasçıya geçer⁷¹. Sözleşmenin karşı tarafı, mirasbırakan hayatta iken ona bilgi vermiş olabilir. Ancak bu durum sonradan mirasbırakanın yerine geçen mirasçılara aynı konuda bilgi vermemesi için haklı sebep teşkil etmez. Mirasçılarla bu sözleşmeye onların menfaatleri ve bilgilendirmenin amacı gözetilerek devam

66 Ivo, Schwander, “Art. 560”, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB. (Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023), Art. 560 ZGB N. 1; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi”, § 599, N. 629 vd., 634 vd.; İmre - Erman, “Miras Hukuku”, 11 vd.; Ayan, “Miras Hukuku”, 44 vd.; Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 74 vd.

67 Tarkan Göksu, “ZGB Art. 510”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB. ed. Peter Breitschmid vd. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 560, N. 6 vd.; Halil Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkileri Üzerindeki Etkisi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 77 vd.; Fikret Eren - İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), N. 7 vd., 10, 16.

68 Schwander, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 560 ZGB N 2, 8; Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 191; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 233; Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 958 vd.; İmre - Erman, “Miras Hukuku”, 483, dn. 13.

69 Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 233.

70 Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 958 vd. dan naklen. Benzer şekilde “miras kalan bilgi edinme talebi” (“*ererbte Auskunftsanspruch*”) şeklinde kullanım için Bkz. Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 56, 58. Son zikredilen yazar miras hukukuna dayalı bilgi edinme hakkı ile miras kalan sözleşmeye dayalı bilgi edinme hakkı ayrımının çeşitli yönlerden önemine dikkat çekmektedir. Yazara göre ilk olarak bu ayrım milletlerarası hukuk uygulamasında hangi ülke hukukunun uygulanabileceğinde belirleyicidir. Ayrıca bu ayrım bilgi edinme hakkının kapsamını etkileyebilir (N. 57).

71 Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 192; Göksu, “Informationsrechte der Erben”, 959. İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı doğrultuda: “...Miras hukuku kapsamında edinilen sözleşmeye dayalı bilgi edinme hakları, mirasbırakana karşı geçerli olduğu kapsamda mevcuttur...” (“...Als erbrechtlich erworben bestehen die vertraglichen Auskunftsansprüche in demjenigen Umfang, wie sie für den Erblasser gegolten haben...”) şeklindeki tespiti için Bkz. BGE 133 III 664 E. 2.5, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 20 Temmuz 2023).

edilmeli ve bilgi verme yükümlülüğünün türü ve kapsamı yeniden şekillendirilmelidir⁷². Öğretideki baskın görüş, mirasçılarının miras kalan bilgi edinme hakkının kapsamını geniş tutmakta ve bunun en azından mirasbırakanın hayattayken sahip olduğu bilgi edinme hakkına karşılık gelmesi gerektiğine işaret etmektedir⁷³. Somut olayda bir mirasçının miras kalan (sözleşmeye dayanan) bilgi edinme talebi yanında gerekli şartlar mevcutsa aynı zamanda miras hukukuna dayanan bir bilgi edinme talebinde (TMK m.646 f. 2, TMK m. 649 f. 4, TMK m. 620 f. 2,3) mevcut olabilir. Bu durumda katıldığımız görüşe göre kapsam ve şartları somut olayda farklılaşabilecek taleplerin yarışması söz konusu olup⁷⁴ mirasçı, bunları birlikte veya bunlardan tercih ettiğini ileri sürebilme yetkisine sahiptir⁷⁵.

72 Krş. Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 192. Schröder’e atıf yaparak İsviçre Federal Mahkemesi’nden naklen “bilgi sağlama yöntemlerinin bilgilendirmenin amacı ve katılımcıların menfaatleri gözetilerek somutlaştırılması...” / (“Die Modalitäten der Informationserteilung sind unter Berufung auf den Zweck der Mitteilung und unter Abwägung der Interessen der Beteiligten zu konkretisieren...”) gerektiğine işaret etmektedir. Bu konuda Bkz. BGer, 5C.158/2006 E. 3.3, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 20 Temmuz 2023).

73 Göksu, “Informationsrecht des Erben”, 961; Druey, “Informationsrecht des Erben”, 187; Breitschmid - Matt, “Informationsansprüche der Erben”, 97. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi’nin bankacılık alanındaki içtihatları da genel olarak mirasçılar lehine bilgi edinme hakkının kapsamını geniş yorumlamaktadır. Örneğin mahkeme bir kararında mirasçılarının miras hukukuna dayalı taleplerini ileri sürebilmeleri için elde edilecek bilginin gerekli olduğunu ortaya koymalarının yeterli olduğu, buna karşı bankanın müşteri gizliliğini ileri süremeyeceğini belirtmiştir. Bu konuda Krş. BGE 133 III 664, E. 2.6. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi bankacılık alanında 2018 yılındaki başka bir kararında (BGer 4A_522/2018) genel eğiliminden farklı bir yaklaşım ortaya koymuş, mirasçılarının miras kalan, sözleşme dayalı bilgi edinme haklarının sınırsız olmadığı ve mirasbırakan ile aynı kapsamda olmayabileceğine işaret etmiştir. Mahkeme ilave bir şart olarak mirasçılarının bilgi edinme taleplerinin ileri sürülmesinin mirasçılarının yasal olarak korunan bir menfaatiyle bağlantılı olması gerektiğine hükmetmiştir (E.4.5.2, 5.2). Böyle bir sınırlamanın özellikle mirasbırakanın hayatı boyunca doğru bir şekilde gerçekleştirilen ödemeler hakkında bilgi edinilmesi durumunda söz konusu olduğuna, mirasbırakanın kişisel bilgilerinin yanında buna dahil olan özel alanıyla ilgili ekonomik bilgilerinin de mirasçılarının bilgi edinme menfaatinin önüne geçebileceğine işaret edilmiştir (E.4.5.2). Karar metni Fransız dilinde olduğu için aslını inceleyemediğimiz söz konusu karar hakkında aktarılan açıklamalar için Bkz. Dorjee - Good, “Auskunftspflicht der Banken”, 170 vd.; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 139 vd. Son zikredilen yazar öğretide tepki çeken bu kararın mirasçılarının bilgi edinme hakkını sınırladığı, beraberinde yeni soruları getirdiği ve hukuk güvenliğini zedelediğini belirtmektedir (N. 141, 142). Bir banka kendisine yöneltilen bilgi edinme talepleriyle karşılaşınca mirasçılarının miras hukuku menfaatlerinin mevcudiyetini tespit etmesi gerekecek ve bunu mirasbırakanın değinilen bilgilerin bilinmemesi yönündeki menfaati ile karşılaştıracaktır. Yazara göre zor, hatta imkânsız olan bu girişim nedeniyle banka mirasçılarının bilgi taleplerini kabul etmekte isteksiz davranacak ve şüphe durumunda yargıya başvurulmasını isteyecektir (N. 142). Yazarın görüşüne göre bu kararın ve aranılan ek şartın yerleşik bir içtihadı dönüşmesi şüphelidir (N. 143).

74 Taleplerin yarışması hakkında örneğin Bkz. Rona Serozan, Hukukta Yöntem (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 176 vd.; O. Gökhan Antalya – Murat Topuz, Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 538.

75 Birlikte mirasçılara külli intikal sonucunda mirasbırakana ait bir bilgi edinme hakkı geçmesi ihtimalinde, bunun doğrudan miras hukukundan doğan taleplerle ilişkisi tartışmalıdır. Bir görüşe göre artık bu durumda, sözleşmeye dayalı bir bilgi edinme hakkı olduğundan ilaveten miras hukukuna dayalı bir talep gerekli değildir. Bu yönde Bkz. Yannick Minning, “Art. 607, 610”, Basler

Sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkının şartları ve kapsamı, ilgili sözleşme ilişkisine göre değişebilir⁷⁶. Örneğin vekâlet sözleşmelerine ve kıyasen kanunda düzenlenmeyen isimsiz bazı iş görme sözleşmelerine de uygulanabilir (TBK m. 502 f. 2)⁷⁷ olan hesap verme yükümlülüğüne ilişkin TBK m. 508 f. 2 hükümlerin zikredilebilir⁷⁸. Bu kapsamda örneğin mirasbırakanın tarafı olduğu bir avukatlık sözleşmesi veya bankası ile yaptığı malvarlığı yönetim sözleşmesi⁷⁹ düşünülün. Bu sözleşmeler dahilinde TBK m. 508 f. 1 gereği sahibi olduğu bilgi edinme hakkı, vefatından sonra mirasçılara geçecektir⁸⁰. Bu kapsamda mirasçı, karşı taraftan mirasbırakanın mirasın geçişi anındaki finansal durumu hakkında kendisine hesap verilmesinin yanında mirasbırakanın hayattayken tarafı olduğu hukuki işlemler hakkında da bilgi isteyebilecektir⁸¹.

Örneğin yukarıda aktarılan malvarlığı yönetim sözleşmesi ele alınabilir. Bunun kapsamında vekil, mirasbırakan hayatta iken onun adına ancak kendi hesabına (dolaylı temsilci olarak)⁸² bir

Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB (Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023), Art. 607, N. 11; BGE 132 III 677, E. 4.2.4. Aksi yönde katıldığımız baskın görüşe göre bu durumda sözleşmeye dayanan bilgi edinme talebi ile kanuna dayalı bilgi edinme talebi yarışmaktadır. Bu görüş için örneğin Bkz. Druey, "Informationsrecht des Erben", 186; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 57, 59; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 957 vd. Son zikredilen yazar, aksi yöndeki görüşü eleştirmektedir. Yazara göre mirasçının miras hukukuna dayalı bir talebe ilişkin ihtiyaç bulunmayacağı şeklindeki aksi yöndeki görüşün argümanı tatmin edici değildir. Yazarın haklı olarak işaret ettiği üzere bilgi edinme taleplerinin şekli ve kapsamı birbirinden farklılaşabilir (957 vd.).

76 Antalya, "Borçlar Hukuku Genel Cilt V/1,3", 467; Kılıçarslan, "Bilgilendirme Yükümlülüğü", 200. Son zikredilen yazar, sıklıkla sözleşmelerde bilgilendirme yükümlülüklerinin yan edim olarak kararlaştırıldığı görülmekle birlikte örneğin, doğrulama veya teminat fonksiyonuna sahip sözleşmelerde bunun asli edim olarak da kararlaştırılabileceğine işaret etmektedir (200).

77 TBK m. 502 f. 2'de: "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*" şeklinde zikredilmiştir. Bu konuda örneğin Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), N. 2441 vd.; Cevdet Yavuz vd., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İstanbul: Beta Yayıncılık, İstanbul 2022), 1267 vd.

78 Bu konuda örneğin Bkz. Aydın Zevkliler – Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Vedat Kitapçılık, 20. Baskı, 2020, 663 vd.; Eren, "Borçlar Hukuku Özel", N. 2517 vd.

79 Uygulamadaki vekalet sözleşmesi örnekleri için örneğin Bkz. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2 (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014), 134 vd. 135 vd. Yine mirasçının miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkı kapsamında, mirasbırakanın banka ile arasındaki cari hesap sözleşmesinin, bankaya birtakım ticari işlerini gördürmeye yönelik vekalet sözleşmesinin örnek gösterildiği bir çalışma için örneğin Bkz. İmre - Erman, "Miras Hukuku", 483, dn. 13 ve buradaki ilgili eserler.

80 Krş. Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 92 vd.; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 193 vd.

81 Krş. İmre - Erman, "Miras Hukuku", 483, dn. 13.

82 Dolaylı temsil hakkında genel bilgi için örneğin Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019): N. 1332 vd.; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), N. 667 vd.; Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012), 409.

taşınmazı satın almış olsun. Ancak henüz taşınmazın mülkiyeti kendisine devredilmeden⁸³ mirasbırakanın öldüğü kabul edilsin. Aktarılan kurguda mirasçılardan biri, mirasbırakanın ölümünden önceki haftalardaki banka hesaplarındaki değer azalmasını fark etsin. Bu anlamda bu mirasçının, böyle bir işlemin gerçekleştiği hususunda makul, kabul edilebilir bir şüphesi⁸⁴ olduğu varsayılınsın. Verilen örnekte mirasçı, sözleşmenin karşı tarafının mirasın geçişinden önceki haftalarda edinmiş olduğu taşınmaza ilişkin bilgilerin ve bunun devrini konu alan sözleşmenin kendisiyle paylaşılmasını isteyebilir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere miras kalan farklı tip ve kapsamda sözleşmeye dayanan bilgi edinme haklarının bulunabileceğine işaret edilmekle yetinilecektir⁸⁵. Yine bilgi vermekle yükümlü olan üçüncü kişi, örneğin avukat gibi sır saklama yükümlülüğüne tabi bir meslek grubuna dahil olabilir. Bu durumun mirasçılarının bilgi edinme haklarını sınırlandırıp sınırlandırmayacağı ve bunun kapsamı somut olayda tartışma konusu yapılabilir⁸⁶. Aktarılan tartışmanın makalenin kapsamını genişletmemek üzere inceleme kapsamı dışı bırakıldığı aktarılmıştır.

83 TBK m. 509 f. 1'de: "Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer" şeklinde öngörülmüştür. TBK m. 509 f. 1'in dolaylı temsilcinin temsil olunan hesabına bir taşınmaz kazandığında uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş, bu hükmün taşınmazlara uygulanmayacağını, temsil olunanın dolaylı temsilcisine karşı taşınmazın kendisine devri yönünde bir alacak hakkına sahip olduğunu ve buna dayanarak tescile zorlama davası (TMK m. 716) açabileceğini kabul eder. Bu yönde örneğin Bkz. Yavuz vd., "Borçlar Hukuku Özel", 1390 vd.; Eren, "Borçlar Hukuku Özel", N. 2535 vd.

84 Krş. Wolf, "Auskunftspflichten unter Miterben", 78; Druey, "Informationsrecht des Erben", 186 vd.; Göksu, "Informationsrechte der Erben", 955.

85 Miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkı, öğretideki çeşitli çalışmalarda şu ana kadar tartışma konusu yapılmıştır. Örneğin mirasçılarının, banka ile mirasbırakan arasındaki sözleşmeden doğan bilgi edinme haklarına ilişkin Bkz. Hans Rainer Künzle, "Auskunftspflichten gegenüber Erben", Successio 4 (2012), 256 vd.; Göksu, "Informationsrecht des Erben", 961; Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 92 vd.; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 102 vd., 148, 173 vd. Son zikredilen yazar üçüncü kişinin mirasbırakanla arasındaki ilişki dahilinde yükümlülüklerini yerine getirirken elde ettiği veya aralarındaki sözleşme ilişkisi boyunca oluşturulan tüm belgeler teslim edilmesi gerektiğinin belirtmektedir. Örneğin banka söz konusu olduğunda, tüm belgeler, hesap ekstrelere ve açılış belgeleri bilgi talep eden mirasçıya teslim edilmelidir (N. 148).

86 Krş. Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 104 vd.; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 197; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 125 vd. Mirasbırakanın avukatının mirasbırakanın ölümünden sonra vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanması mümkündür. Özellikle böyle bir durumda mirasçılarının bilgi edinme menfaati ile avukatı sır saklama yükümlülüğü (ve mirasbırakanın özel alanına ilişkin bilgilerinin ölümünden sonra bilinmemesine yönelik menfaati) arasındaki dengeyi konu olan menfaat değerlendirmesi hakkındaki değerlendirmeler için Bkz. Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 99, 170 vd., 177 vd. Yazarın katıldığı görüşe göre avukatın meslek sırlarına ilişkin korumanın kapsamı, avukatın tipik faaliyetlerini yerine getirirken ulaştığı bilgileri kapsar. Buna karşılık avukatın varlık yönetimi, muhasebe veya yönetim kurulu yetkileri gibi avukatlık mesleğine özgü olmayan diğer faaliyetleri konusunda kendisinden bilgi istenebilmelidir (N. 178). İsviçre Federal mahkemesi avukatlık meslek sırlarına ilişkin böyle bir ayırım yapmadan mirasçılarının bilgi edinme hakkını dar yorumlamaktadır. Öğretide örneğin Druey bunu eleştirmekte ve mahkemenin diğer meslek sırlarındaki yaklaşıma gibi bu durumda da mirasçılarının bilgi edinme hakkının geniş yorumlanması gerektiğine işaret etmektedir. Bu konuda Bkz. Druey, "Informationsrecht des Erben", 187.

2. Mirasçıların Mirasbırakanın Sözleşme İlişkileri Dışında Üçüncü Kişilere Karşı Sahip Oldukları Bilgi Edinme Hakları:

a. Görüşler

Mirasçının kendisine miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkının dışında üçüncü kişilere karşı da bir bilgi edinme hakkına sahip olup olmadığı irdelenmelidir. Öğretide, olan hukukta (“*de lege lata*”) mirasçılarının, mirasçılıklarına ilişkin ekonomik menfaatlerine dayalı olarak⁸⁷ üçüncü kişilere karşı bir bilgi edinme hakkına sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Bunun varlığı kabul edilirse bilgi edinme hakkının hukuki dayanağı ve kapsamı da tartışma konusudur. Bu başlıkta kısaca bu görüşlerden bazıları aktarılacak, takip eden başlıkta ise bazı değerlendirmelerimiz paylaşılacaktır.

Öncelikle öğretilerde mirasın paylaşımında mirasçının, TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümleri dahilinde bilgi edinme hakkını sadece diğer mirasçılara ileri sürebileceği görüşü yer almaktadır⁸⁸.

Öte yandan öğretilerde farklı hukuki dayanaklarla mirasçının, mirasın paylaşımında üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşlerden birine göre mirasçı, TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 (ZGB Art. 607 Abs. 3, ZGB Art 610 Abs. 2)

87 Saklı paylı mirasçının, mirasbırakanın malvarlığı değerleri ile ilgili olarak bir bankadan bilgi edinmeye yönelik ekonomik menfaate sahip olduğu, onun bilgi talebinin sözleşmeye ve OR Art. 400 (TBK m. 502 f. 2) hükmüne değil doğrudan miras hukukuna dayandığı hakkında Bkz. BGer 5A_638/2009 E. 4.1.

88 Sadece mirasçılarının bilgi edinme talebinde bulunabileceğini belirten (açıkça sadece mirasçıları vurgulayan veya en azından üçüncü kişinin bilgi edinme talebini ayrıca zikretmeyen) bazı eserler için Bkz. Yılmaz, “Miras Hukuku”, 299 vd.; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi” § 649, N. 334 vd., §646, N. 287 vd.; Dural - Öz, “Miras Hukuku”, N. 1958 vd.; Serozan - Engin, 576; Ayan, “Miras Hukuku”, 379; İnan vd., “Miras Hukuk”, 579; Antalya - Sağlam, 518 vd. Yaptığı açıklamalarda üçüncü kişinin bilgi edinme hakkından söz etmekte, ancak sadece miras kalan (sözleşmeye dayanan) bilgi edinme hakkına ilişkin örnekler paylaştığından bu görüşe dahil edilebileceği tartışılabilir bir eser için Bkz. İmre - Erman, “Miras Hukuku”, 483, dn. 13. Ancak aşağıda ayrıca yeniden atıf yapılacak yazarların (açıkça olmasa da) mirasçılarının üçüncü kişilere karşı dürüstlük kuralından kaynaklanan bir bilgi edinme hakkındaki görüşe katıldığı da ileri sürülebilir (483).

hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla üçüncü kişilere karşı bilgi edinme talebi ileri sürebilir⁸⁹. Diğer bir görüş, üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğünün miras hukukunun genel esaslarından doğduğunu ileri sürerken⁹⁰ bir başka görüş genel olarak tanık olduğu şeyi bildirme yükümlülüğünden⁹¹ bahsetmektedir. Bunun gibi öğretide bu konuda gerekli yasal dayanak bulunduğu ve mirasçılarının resmi defter tutmada bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin TMK m. 620 f. 2 ve 3 (ZGB Art. 581 Abs. 2, 3) ile mirasçılarının üçüncü kişilerden bilgi edinebileceklerine işaret edilmektedir⁹². Benzer şekilde öğretide TMK m. 620 f. 2 (ZGB Art. 581 Abs. 2) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla terekenin korunmasına ilişkin önlemlerden biri olan terekenin defterinin tutulmasına ilişkin TMK m. 590 (ZGB Art. 533) dahilinde üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğünün gündeme gelebileceğine işaret edilmektedir⁹³. Öğretide ileri sürülen görüşlerden biri ise üçüncü kişilere karşı bilgi edinme talebinin, doğrudan dürüstlük kuralından doğduğunu savunmaktadır⁹⁴. Yine öğretide üçüncü kişiler ile mirasçılar arasında, konusu onları bilgilendirme olan bir sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilmektedir⁹⁵. Değinilen görüşleri savunanlardan bazıları da kendi içlerinde farklılaşmaktadır. Bu kapsamda bilgilendirme yükümlülüğüne tabi üçüncü kişinin kimler

89 Wolf - Hrubesch Millauer, "Erbrecht", N. 1675; Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 607, N. 8; Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 607, N. 28, Art. 610, N. 26; Meyer, "Handkommentar ZGB", Art. 607, N. 3; Schaufelberger - Keller, "Basler Kommentar ZGB", Art. 607; N. 11; Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 234; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 343; BGE 132 III 677 E.4.2.4; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 1581; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 83. Son zikredilen yazarın işaret ettiği, ancak karar metni Fransızca olduğu için aslını inceleyemediğimiz İsviçre Federal Mahkemesi'nin 06.05.2020 tarihli güncel bir kararında (BGer 5A_30/2020) mahkeme, ZGB Art. 607 Abs. 3, ZGB 610 Abs. 2 hükümlerini açıkça kıyasen uygulayarak mirasçılarının üçüncü kişiye (bankaya) karşı bilgi edinme taleplerini kabul etmiştir. Bu kararda mirasçılarının mirasbırakanın sadece ekonomik olarak yetkili olduğu malvarlığı değerleri hakkında üçüncü kişilerden bilgi isteyebileceğine işaret edilmiştir. Yazarın incelediği söz konusu olayda mirasbırakanın sahibi olmadığı, ancak ekonomik bazı yetkileri olduğu bir banka hesabı hakkında mirasçılarının bilgi edinme talebi kabul edilmiştir (N. 110 vd., 114 vd.).

90 Druey, "Grundriss des Erbrechts", N. 14.

91 Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 201.

92 Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 47 vd.; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 201.

93 Daniel Leu - Daniel Gabrieli, "Art. 553", Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB (Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023), Art. 553, N. 14; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 50 vd.

94 Krş. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 197 vd.; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 15, 18; Öztan, "Miras Hukuku", 466. Son zikredilen yazar, öncelikle TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2'de öngörülen bilgi verme yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynaklandığını aktarmıştır. Eserinin daha sonraki paragrafında bilgi verme yükümlülüğünün mirasçılar yanında üçüncü kişiler yönünden de geçerli olduğunu belirtmektedir (466). Bir önceki yazarlarla benzer şekilde (eserin ana metninde) dürüstlük kuralına ilişkin açıklamalardan sonraki paragraflarda bilgi vermek yükümlülüğünün üçüncü kişiler yönünden de geçerli olduğunu belirten ve bu anlamda aynı görüşte olabileceği ileri sürülecek başka bir eser için Bkz. İmre - Erman, "Miras Hukuku", 483.

95 Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 202.

olabileceği⁹⁶yanında üçüncü kişinin talep olmaksızın bu bilgiyi verip vermeyeceği de tartışmalıdır⁹⁷.

b. Değerlendirme

aa. Yasal Dayanak

Bilgilendirme yükümlülüğünün bir anlaşmadan, kanundan ya da dürüstlük kuralından kaynaklanabilmesinin mümkün olduğu aktarılmıştır⁹⁸. Hukuksal dayanak dikkatli bir şekilde irdelenmelidir. Bu bağlamda metodolojik olarak somut bir yasal veya sözleşmesel dayanağın mevcudiyeti incelenmeden bu dayanaklar gerekçelendirilmeden olası yasal boşluklar var ise bu doğru bir şekilde ele alınmadan üçüncü kişilerin mirasçılara karşı bilgilendirme yükümlülüğü kabul edilmemesi gerektiğine işaret edilmelidir⁹⁹. Daha önce mirasçıya kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkına değinilmişti. Bu başlıkta bu ihtimal göz ardı edilerek inceleme

96 Bilgi verme yükümlülüğünün belli durumlarda mirasçılar yanında vasiyeti yerine getirme görevlisi veya tereke temsilcisi gibi tereke konusuyla ilgili olan üçüncü kişiler yönünden de söz konusu olabileceğini belirten görüş için Bkz. Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 1581. Diğer bir görüş ise üçüncü kişilerin mirasçılara karşı bilgi verme yükümlülüğünün, terekenin konusuyla ilgilenen kişilerle sınırlı olmadığını, bunun banka gibi diğer kişilere de sirayet edebileceğini belirtmektedir. Bu konuda Bkz. Druey, "Grundriss des Erbrechts", N. 14 vd.; Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 610, N. 26; Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 607, N. 8.

97Üçüncü kişilerin talep halinde mirasçılara bilgi vermekle yükümlü oldukları hakkında örneğin Bkz. Öztan, "Miras Hukuku", 455; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 343. Üçüncü kişilerin talep olmaksızın mirasçılara bilgi vermekle yükümlü oldukları hakkında örneğin Bkz. Druey, "Grundriss des Erbrechts", N. 13; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 1581. Yine Druey, başka bir eserinde de mirasçılar tarafından bilgi edinme talebinin terekeyle ilgilenenler yanında mirasbırakan hayatta iken onun malvarlığı ile ilgilenen üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini, hatta birtakım fiili durumlarda da söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bu konuda Bkz. Druey, "Informationsrecht des Erben", 186. Yine ayırım yapmaksızın üçüncü kişinin bilgilendirme yükümlülüğünden bahseden bazı çalışmalar için Bkz. Öztan, "Miras Hukuku", 455; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 343.

98 Kocayusufpaşaoğlu, "Borçlar Hukuku Genel", § 37, N. 13; Antalya, "Borçlar Hukuku Cilt V/ 1, 3", 467.

99 Krş. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 232; BGE 133 III 664 E. 2.5; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 93. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında konuya ilişkin katıldığımız şu ifadeler yer almaktadır: "...Mevcut özel hukuk... ne zaman bir bilgiye ihtiyaç bulundu mu bilgi edinme taleplerini (bunların ileri sürülebilmesini) mümkün kılan genel bir bilgi edinme hakkı tanımamaktadır... Buradan çıkan sonuç, doğrudan kanundan kaynaklanmayan her bilgi edinme talebinin, gerekçelendirilmesi bakımından dikkatle incelenmesi zorunluluğudur..." (BGE 132 III 677, E.4.2.1, 4.2.4'ten naklen. Söz konusu kararda bir vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras sebebiyle istihkak davasıyla bağlantılı olarak (TMK m. 637 vd./ ZGB Art. 598 vd.) terekeye konu eşyalara ilişkin bir üçüncü kişiye karşı bilgi edinme talebi ileri sürmektedir. Öğretide Druey'e göre genel bilgi hukukunun bir parçası olarak mirasçıların bilgi edinmesi sorunu, geleneksel hukuk normlarından soyutlandırılarak basitçe değerlendirilmemesi gerekir. Geleneksel hukuk normları, yeni alan ve uygulamalarında temelini oluşturacağı göz ardı edilmemelidir. Yazar mirasçıların bilgi edinmesine ilişkin bir incelemede pragmatik ile dogmatik arasında orta yol bulurken mevcut hukuki fikirlerin yeni bir çözüme metodolojik olarak bilinçli şekilde dahil edilmesi, medeni hukukun temel esaslarından sapılmaması gerektiğine dikkati çekmektedir. Yapılan açıklamalar için Bkz. Druey, "Informationsrecht des Erben", 188.

yürütülecektir. Bu anlamda öncelikle irdelenmesi gereken yasal dayanağın mevcudiyeti olmalıdır.

Daha önce değinildiği üzere TMK m. 646 f. 3 ve TMK m. 649 f. 2 hükümlerin açık sözü, üçüncü kişileri bilgilendirme ile yükümlü tutmamaktadır. Bu bağlamda değinilen hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla üçüncü kişilere karşı bilgi edinme talebinin ileri sürülebileceği görüşü irdelenebilir. Katıldığımız görüşe göre kıyas çifte fonksiyona sahip olup hem amaca göre (genişletici) yorumun bir elemanıdır hem de bir boşluk doldurma aracıdır¹⁰⁰. Bu görüşe ilişkin bir önceki başlıkta atfı yapılan bazı eserlerde ya değinilen hükümlerin uygulanabileceği belirtilmiş¹⁰¹ ya da sadece “kıyas” ifadesi ile yetinilmiştir¹⁰². Demek ki sorulması gereken bu hükümlerin amaca göre (genişletici) yorumuyla mirasçılarının üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkı var mıdır? Buna olumsuz bir yanıt verilmesi durumunda burada kanun boşluğu mu vardır?

Benimsenecek görüşe göre her iki soruya da olumlu yanıt verilebilir. Şöyle ki bir yorum elemanı olarak kıyasen mirasçılarının yükümlülüğünü öngören TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümlerini (büyük önerme) üçüncü kişilere (küçük önerme) uygulayabilmek için gerekli şartlar sağlanmalıdır. Bunun için büyük ve küçük önermeler arasında bir benzerlik saptanmalıdır ve (ayrıca öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte, daha baskın olduğu görülen görüş esas alınarak)¹⁰³ büyük önermenin istisnai niteliğe sahip olmaması gerekir¹⁰⁴. Bir görüşe göre

100 Bydlinski Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien New York: Springer Verlag, 2011) 467 vd.; O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 318 vd.; Mustafa Dural – Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), N. 815, 890.

101 Örneğin Bkz. Häfliger, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 607, N. 8; Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 26; Meyer, “Handkommentar ZGB”, Art. 607, N. 3; Eren - Yücer Aktürk, “Miras Hukuku”, N. 1581; Kılıçoğlu, “Miras Hukuku”, 343.

102 Örneğin Bkz. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 28; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 234.

103 İstisnai hükümlerin dar yorumlanması ilkesi hakkında örneğin Bkz. Oğuzman - Barlas, “Medeni Hukuk”, N. 248; Yasemin Işıktaç - Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 209. Son zikredilen yazar (istisnai hükümlerin alt bir kategorisini teşkil eden) yasaklayıcı hükümlerin dar yorumlanmasının ceza hukuku kuralları ile evrensel hukuk kurallarını yansıtan pozitif kurallarıyla sınır olması gerektiğine işaret etmektedir (209). Genel olarak istisnai hükümlerin dar yorumlanması ilkesinin hükmün amacı doğrultusunda yorum yoluyla bertaraf edilebileceği yönünde Bkz. Haluk N. Nomer - Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021): 31 vd.

104 Krş. Sinan Okur, *Türk Medeni ve Borçlar Hukukunda Metot* (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 60; Serozan, “Yöntem”, §1, N. 22a; Dural - Sarı, “Temel Kavramlar”, N. 815; Antalya, “Metodoloji”, 324 vd., 328 vd.

bu hükümler genel¹⁰⁵ bir bilgilendirme yükümlüğü öngören hükümler olup üçüncü kişilere kıyasen uygulanmaya elverişlidir. Üçüncü kişilere kimin dahil olacağı ve bu konuda esas alınan ölçütler bu görüş içinde tartışmalıdır. Benimsenecek görüşe göre mirasbırakana borçlu veya terekeye konu bir mala zilyet (TMK m. 646 f. 3) veya en azından bunun nerede olduğunu bilebilecek durumda olan¹⁰⁶, mirasbırakan ile aralarında herhangi malvarlığı ilişkisi (TMK m. 649 f. 3) olan üçüncü kişiler¹⁰⁷, mirasçılardan farklı değerlendirilmemeli, onlarda bilgi vermekle yükümlü tutulmalıdır. Aşağıda ayrıca bu konudaki değerlendirmelerimiz paylaşılacaktır.

Diğer bir görüşe göre ise üçüncü kişinin durumu ile mirasçının durumu arasında benzerlik bulunmamakta olup bunların menfaat durumu birbirinden farklıdır. Üçüncü kişilerin mirasbırakanla ticari bağlantıları ve borç ilişkileri bulunur; ancak mirasçılar için bu zorunlu değildir¹⁰⁸. Sadece terekeye ilişkin bilgiye sahip olma durumu, bu bağlantıyı kurmaya yetmemektedir. Ayrıca TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümleri, bir yükümlülük öngörmektedir. Bu açıdan bakıldığında bu hükümlerin sadece mirasçılar için geçerli olup istisnai niteliği olduğu, bunların kişi yönünden uygulama alanının kıyasen yorum yoluyla genişletmeye uygun olmadığı¹⁰⁹ ileri sürülebilecektir. Böyle bir tespite karşı ise sistematik amaçsal yorumla¹¹⁰ üçüncü kişiyi bilgi vermekle yükümlü tutan TMK m. 620 f. 2 hükmündeki kanun koyucunun tercihinin burada da geçerli olduğu ilk bakışta düşünülebilir. Bununla birlikte aktarılan bu argümana karşı da TMK m. 620 f. 2 hükmü üçüncü kişiyi bilgi vermekle yükümlü

105 Ancak bu hüküm istisnai nitelikte kabul edilse de kıyasın nasıl uygulanacağına ilişkin benimsenecek görüşe göre yine aynı sonuca varılabilir. Şöyle ki hükmün amacı (inceleme konusu özelinde mirasın paylaşımının doğru ve eksiksiz yürütümü ve mirasçılarının korunması) doğrultusunda istisnaların (TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2) dar yorumlanması kuralının bertaraf edilebileceği şeklinde bir görüş benimsenmesi durumunda, kıyasın uygulanabilmesi için iki olgu arasında benzerlik bulunduğunun kabulü yeterli sayılacaktır. Bu konuda Krş. Nomer - Akbulut, "Medeni Hukuk", 32.

106 İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, mirasçılarının üçüncü kişiye karşı bilgi edinme hakkını ileri sürülebileceği ve ZGB Art. 607 Abs. 3, ZGB Art 610 Abs. 2 (TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği durumlara bazı örnekler vermiştir. Bunlar arasında istihkak davası ile kendisine başvurulabilecek tereke konusu malın olası zilyedi olan veya en azından nerede olduğunu bilebilecek üçüncü kişiler de bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. BGE 132 III 677 E. 4.2.5.

107 Malvarlığı ilişkisinin yeterli olduğunu vurgulayan veya sınırlama yapmaksızın doğrudan üçüncü kişilerden bilgi talep edilebileceğini ifade eden eserler için örneğin Bkz. Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 607, N. 8; Druey, "Informationsrecht des Erben", 186; Wolf, "Berne Kommentar ZGB", Art. 610, N. 26.

108 Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 193. Yazara göre sadece terekeye ilişkin bilgiye sahip olma durumu, kişiyi bunu paylaşmaya zorlamamalıdır (193).

109 Krş. Okur, "Metot", 60; Oğuzman - Barlas, "Medeni Hukuk", N. 248.

110 Zeynep Özcan, "§ 2 Hukuk Kurallarının Özellikleri, Çeşitleri ve Uygulanması", Medeni Hukuk-I. Ed.: Metin İkizler - Özlem Tüzüner (Ankara, Adalet Yayınevi, 2021), 124 vd.; Antalya - Topuz, "Medeni Hukuk", 365 vd.

tutmakla birlikte TMK’da farklı bölüm ve ayırmda düzenlenmiştir. Ayrıca aşağıda aktarılacağı üzere bu hükmün amaç ve kapsamının farklılık taşımakta olduğu, bu hükmün uygulamasının sadece resmi defter tutma işlemi ile sınırlı olduğu belirtilebilir. Yine tarihi bir yorum elemanı olarak TMK m.646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümlerinin madde gerekçeleri, TMK’nın genel gerekçesi ile TMK Adalet Komisyonu ve Alt Komisyon raporlarına bakıldığında¹¹¹ ilgili yerlerdeki açıklamalarda üçüncü kişilerin zikredilmediği, sadece mirasçıların bilgi vermesinden söz edildiği görülmektedir. Ancak bir kanun boşluğundan bahsedilebilmesi için sadece bir hususun kanunda düzenlenmiş olması yeterli değildir. Bunun yanında söz konusu durum, kanun koyucunun bu konuda olumsuz bir çözüm getirmiş olmasından (bilinçli susmasından) kaynaklanmamış olmalıdır¹¹². Mirasçının üçüncü kişilerden elde edeceği bilginin, farazi terekenin hesaplanması, yine bu kapsamda denkleştirme ve tenkis taleplerinin ileri sürülebilmesinde, mirasın paylaşılmasındaki miras oranının belirlenebilmesinde kritik öneme sahip olduğu açıktır¹¹³. Bu anlamda kanun koyucu sessiz kalarak üçüncü kişiden bilgi edinilmesi gereğini göz ardı etmek ve bu doğrultuda olumsuz bir duruş sergilemek istememiştir. Değinilen ve kanaatimizce bir önceki görüşe nazaran daha ağır basan gerekçelerle açık, bilinçsiz bir kanun boşluğu (kural dışı boşluk)¹¹⁴ bulunduğu şeklinde bir görüş ileri sürülebilir niteliktedir¹¹⁵.

Bilgi edinme hakkını açıkça bir hukuki dayanak vermeksizin doğrudan mirasçılık statüsünden veya miras hukukunun genel esaslarından çıkarılan görüşe ise katılmamaktayız¹¹⁶. Üçüncü

111 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Alt Komisyon Raporu, Adalet Komisyonu, Genel Gerekçesi, (12.07. 2023), www.lexpera.com, mevzuat sistemi.

112 Hatemi, “Medeni Hukuk”, § 7, N. 56, 83; Serozan, “Yöntem”, N. 261; Edis, “Medeni Hukuk”, 124 vd.; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 279 vd.; Nomer - Akbulut, “Medeni Hukuk”, N. 162.

113 Krş. Druey, “Grundriss des Erbrechts”, N. 14; Çabri, “Miras Hukuku Şerhi” § 649, N. 334.

114 Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk’a Giriş (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021): § 7, N. 55 vd.; Serap Helvacı - Fulya Erlüle, Medeni Hukuk (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), 17 vd.; Oğuzman - Barlas, “Medeni Hukuk”, N. 322 vd.; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 279 vd.

115 Benzer şekilde İsviçre Federal Konseyi, mevcut düzenlemede mirasçıların bilgi edinmesinde karşılaştıkları zorlukların adaletsizliğe ve gereksiz mahkeme işlemlerine yol açtığına, miras hukuk taleplerinin ileri sürülebilmesi için zorunlu olan mirasçıların bilgi edinme hakkına ilişkin yasal boşluğun yeni ZGB düzenlemesi ile doldurulması gerektiğine işaret etmektedir. Bu konuda Krş. Bundesamtes für Justiz, “Erläuternder Bericht”, 41 vd. Yine mirasçıların bilgi edinme hakkına ilişkin kanunda boşluk bulunduğu ve bu konudaki İsviçre Medeni Kanun taslağı hükümleri hakkında örneğin Bkz. Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 18, 37, 92 vd., 125, 128, 315.

116 Göksu, “Informationsrecht des Erben”, 958; Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 197, 201; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 234 vd. Son zikredilen yazar metodik yönden genel olarak kanundan kaynaklı bir bilgi edinme hakkının kabul edilmesinin problemleri görüldüğünü belirtmektedir (235).

şahıslar yönünden özel hukukta genel bir bilgilendirme yükümlülüğü mevcut değildir¹¹⁷. Bunun gibi tanık olduğu şeyi bildirme şeklinde maddi hukuktan doğan genel bir yükümlülük özel hukuka yabancısıdır¹¹⁸. Ancak bu tür durumların hemen aşağıda değerlendirecek olan dürüstlük kuralına dayalı bir bilgi verme yükümlülüğüne yol açması mümkündür.

TMK m. 2 f. 1 ile TMK m. 2 f. 2 ilişkisine ilişkin olarak her iki kuralında ayrı işlevleri olduğunu ileri süren fonksiyon teorisine katılmaktayız¹¹⁹. Bu doğrultuda dürüstlük kuralına dayalı bilgi edinme görüşüne ilişkin değerlendirmelerimiz ikili bir ayırımı aktarılacaktır.

Herkes gibi kendilerinden haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranması beklenen üçüncü kişilerin, belli şartlarda bilgi verme yükümlülüğü gündeme gelebilir. Bunun kabulü için somut hukuki ilişki dahilinde bilgiyi talep eden mirasçının, bunun mevcudiyeti ve kapsamını bilmemesi mazur görülebilmeli ve bu konuda gerekli bilgiye sahip olan üçüncü kişinin bunu paylaşması kendisinden beklenebilir olmalıdır¹²⁰. Bunun ve genel olarak bilgi verme yükümlülüğünün kabulü için özel hukuki bir bağlantı (“*rechtliche Sonderverbindung*”) aranmakta olup bu bağlantı sözleşmeden, sözleşme öncesi görüşmelerden veya güven sorumluluğundan çıkarılabilir¹²¹. İnceleme konusu özelinde bu bağlantıyı (özellikle miras bırakanın üçüncü kişi ile arasındaki malvarlığı ilişkisini)

117 Breitschmid - Matt, “Informationsansprüche der Erben”, 89; Göksu, “Informationsrecht des Erben”, 953, 957; Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 192, 198; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 93, 128; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 234; Antalya, “Borçlar Hukuku Cilt V/ 1, 3”, 467.

118 Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 201.

119 Fonksiyon teorisine (“*Funktionstheorie*”) göre her ikisi birbiriyle çok yakın bir ilişki içinde olmakla birlikte farklı işlevlere sahiptirler. TMK m. 2 f. 2 bir değerlendirme kuralı olup hukuki işlemin veya kanunun yorumunu, tamamlanmasını sağlar. TMK m. 2 f. 2 ise değiştirme kuralı olup düzeltici veya değiştirici bir işleve sahiptir. Bu konuda Bkz. Hans Merz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht (Bern: Stämpfli Verlag, 1966), Art. 2, N. 23 vd.; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 460 vd.; Edis, “Medeni Hukuk”, 304 vd., 329 vd. Buna karşılık aynadaki görünüş teorisine (“*Spiegelbildtheorie*”) göre bu iki kural, aynı esasın biri olumlu diğer olumsuz iki yüzüdür. Bu görüş için örneğin Bkz. Oğuzman - Barlas, “Medeni Hukuk”, N. 900 vd.; Mehmet Ayan - Nurşen Ayan, Medeni Hukuka Giriş (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 244.

120 Krş. Merz, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 2 N. 278.

121 Örneğin bu durum taraflar arasındaki sözleşme öncesi görüşmelerden doğabileceği gibi mevcut bir sözleşmede buna ilişkin bir kaydın yer almamasından da kaynaklanabilir. Aktarılan ilk durumda dürüstlük kuralının, davranışa hukuki sonuç bağlayarak tamamlama fonksiyonu (ve bu kapsamda “*culpa in contrahendo*” sorumluluğu veya güven sorumluluğu), ikinci durumda ise dürüstlük kuralının hukuki işlemdeki (sözleşmedeki) yan edim ve yan yükümlülükleri tamamlama fonksiyonu devreye girer. Bu konuda örneğin Bkz. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 44 vd.; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 477 vd., 487 vd.; Merz, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 2 N. 34.

mirasçının ispat etmesi zordur¹²². Bu durumda mirasçının vazgeçilmez ve nitelikli bir bilgi edinme ihtiyacı olduğu dikkate alınarak kural olarak makul şüphe durumunda üçüncü kişiden bilgi isteyebileceği, aksi halde miras hukukundaki mirasçının haklarının fiilen kullanılamaz hale geleceği ileri sürülebilir¹²³.

Ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında bilgi edinme yükümlülüğü tartışılabilir. Bu bağlamda bir önceki başlıkta zikredilen sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin görüş zikredilebilir. Buna göre mirasçının üçüncü kişiden bilgi edinme talebi, bilgi edinmeyi konu alan bir anlaşmaya ilişkin öneri olarak nitelendirilebilir. Bu görüş somut olayda yürütülecek bir menfaat değerlendirmesiyle belli koşullarda üçüncü kişinin bu öneriyi kabul etme yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varılabileceğini belirlemektedir¹²⁴. Sözleşme yapma zorunluluğunun yasal dayanağı tartışmalıdır. Buna ilişkin benimsenecek görüşe göre kişilik haklarına aykırılık, ahlaka aykırılık, dürüstlük kuralına aykırılık gibi (bunlara dayanılma sırası da ayrıca tartışmalı olan) farklı dayanaklara başvurulması mümkündür¹²⁵. Dürüstlük kuralının ikincilliği esas gereği¹²⁶ dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına, diğer hukuki dayanaklardan sonuç alınamaması durumunda en son aşamada başvurulur¹²⁷. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere bu tartışmalara değinilmeyecektir. Sadece hakkın kötüye

122 Krş. Merz, "Berner Kommentar ZGB", Art. 2 N. 34; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 198 vd. Yazar çeşitli örneklerle mirasçının üçüncü kişiye karşı bilgi edinme hakkı olup olmadığının ve (buna sebebiyet verecek bir olgunun kabulü durumunda) bu talebin kime yönlendirileceğinin belirsiz olduğuna dikkat çekmektedir (199).

123 Krş. Druey, "Informationsrecht des Erben", 186. Aksi yöndeki görüş, değinilen görüşü eleştirmektedir. Bu konuda Bkz. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 197 vd. Yazara göre öğretideki baskın görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi sıklıkla bu bağlantının var olduğundan yola çıkmaktadır (198). Yazara göre böyle bir bağlantının varlığından vazgeçilemez. Sadece bunun olasılığını veya akla yatkınlığını kanıtlamak yeterli olamaz. Mirasçılardan mirasbırakan ile aynı bilgi seviyesine sahip olma yönündeki menfaati de üçüncü kişinin bilgilendirme yükümlülüğü için yasal bir dayanak değildir. Aksi halde bilgi ihtiyacı, tek başına bilgi talebinin yasal dayanağı haline gelir (199).

124 Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 198.

125 Kişilik haklarına aykırılık durumunda tecavüze son verilmesi ve tecavüzün önlenmesi davası (TMK m. 24, 25), ahlaka aykırılık halinde (TBK m. 49 f. 2) zararın aynen tazmini yoluyla sözleşme yapma ihtimali gündeme gelebilir. Farklı hukuki dayanaklar hakkında genel olarak Bkz. Antalya, "Borçlar Hukuku Cilt V/1,1", 431 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, "Borçlar Hukuku", §41, N. 4 vd.; Eren, "Borçlar Hukuku Genel", N. 962 vd.

126 Merz, "Berner Kommentar ZGB", Art. 2 N. 181 vd.; Akyol, "Dürüstlük Kuralı", 15; Antalya - Topuz, "Medeni Hukuk", 454 vd.

127 Kocayusufpaşaoğlu, "Borçlar Hukuku", §41, N. 4; Antalya, "Borçlar Hukuku Cilt V/1,1", 431 vd. Bu anlamda dürüstlük kuralının ikincilliği esas gereği bu yola başvurulabilmesi için mirasçılardan miras hukukuna dayalı taleplerine dayanamıyor olmalarının gerektiği hakkında Bkz. Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 45.

kullanılması yasağının bir uygulama örneğinin olan sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılması¹²⁸ bağlamında değinilen görüş irdelenecektir.

İrade serbestisinin bir görünümü olan sözleşme özgürlüğü sözleşme yapma, bunun karşı tarafını, içeriğini, tipini, şeklini serbestçe belirleme, içeriğini değiştirme, bunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırma yanında sözleşme yapmama özgürlüğünü de içerir¹²⁹. Bu bağlamda üçüncü kişinin bilgi edinme sözleşmesini kabul etmeme beyanı değerlendirilebilir. Bu tercih, TMK m. 2 f. 2' göre sözleşme yapmama özgürlüğünün kötüye kullanımı olarak görülürse üçüncü kişinin bilgi vermekle yükümlü tutulması mümkün olacaktır. Ancak göz ardı edilmemesi gereken TMK m. 2 f. 2' de hakkın ve bu kapsamda sözleşme özgürlüğünün “açıkça” kötüye kullanılması bir yaptırıma bağlanmıştır¹³⁰. Açık (aşikâr) olma unsuru, TMK m. 2 f. 2 dahilinde yürütülen taraflar arası menfaat değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. Bu durum daha önce incelenen görüşlerden farklı olarak bilgi verme yükümlülüğünün kabulünün sınırını üçüncü kişi lehine yükseltecektir. Bunun kabulü, mirasçının kendisi tarafından bilinmeyen bilgiyi öğrenmeye yönelik menfaatinin üçüncü kişinin sözleşme yapmama menfaatine nazaran açıkça üstünlük taşımasını gerektirir¹³¹.

Diğer bir görüş, TMK m. 620 f. 2 (ZGB Art. 581 Abs. 2) hükmünde zaten üçüncü kişilerin bir bilgilendirme yükümlülüğünün öngörüldüğünü belirtmektedir. Bu görüşe göre mirasçılarının zaten bu hüküm aracılığıyla başka hukuki dayanağa ihtiyaç duymaksızın gerekli bilgilerin sağlanabilecektir¹³². Değinilen görüşe ilişkin yapılacak değerlendirmede resmi defter tutulmasının ve TMK m. 620 f. 2 hükmünün mirasın paylaşımındaki bilgi verme yükümlülüğünden amaçsal farklılığı gözden kaçırılmamalıdır. Resmi defter tutma, farazi tereke hesaplaması işlemi olarak öngörülmemiştir. Bu anlamda TMK m. 620 f. 2, mirasbırakanın serbest tasarruf oranını aşır aştığının tespitinden ziyade mirasçılarının net tereke (terekenin

128 Dural - Sarı, “Medeni Hukuk”, N. 1254; Kocayusufpaşaoğlu, “Borçlar Hukuku”, §41, N. 5; Antalya, “Borçlar Hukuku Cilt V/1,1”, 504 vd.

129 Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 203 vd.; Eren, “Borçlar Hukuku Genel”, N. 49.

130 TMK m. 2 f. 2'nin uygulamasında kusur aranmamakla birlikte, dürüstlük ilkesine aykırılığın açık olması aranır. Bu konuda örneğin Krş. Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 496 vd.; Ayan - Ayan, “Medeni Hukuk”, 244 vd.; Yıldırım, “Medeni Hukuk”, 126.

131 Krş. Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 202. Özellikle TMK m. 2 f. 2'ye dayanılması durumunda, üçüncü kişinin meslek sırrının korunması gibi bu inceleme konusu dışında bırakılan birtakım özel menfaatlerin, bu konuya ilişkin benimsenecek görüş dahilinde daha rahat tartışma konusu yapılabileceğine işaret etmekle yetiniyoruz.

132 Krş. Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 201.

aktif ve pasifler) hakkında bilgi edinmesine hizmet eder¹³³. Böylece mirasçılar edindikleri bu bilgilerle gerekirse sorumluluklarını sınırlamak üzere terekeyi resmi deftere göre kabul ya da tamamen reddetme, kayıtsız şartsız kabul veya resmi tasfiye seçeneklerinden birini tercih edeceklerdir¹³⁴.

Resmi defter tutulmasında gösterilecek değerler arasında taşınmazlarda yer alır (Velayet, Veraset ve Miras Tüzüğü m. 42). Mirasbırakanın tapuya kayıtlı taşınmazlarının resmi deftere aktarımı, bu taşınmazlara ilişkin birtakım bilgilere erişim sağlar. Ancak resmi defter tutulurken farazi tereke hesabından farklı olarak tenkise tabi sağlar arası kazandırmalar dikkate alınmamaktadır¹³⁵. Bu anlamda üçüncü kişinin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına örneğin mirasbırakanın hayatta iken saklı paylı mirasçısına zarar vermek amacıyla bir üçüncü kişiye devretmiş olduğu taşınmaz girmemektedir¹³⁶. Bunun gibi resmi defter tutma işlemi bir aylık hak düşürücü süreye (TMK m. 619 f. 2, m. 606 f. 2) tabi olup alacak ve borç bildirimleri de belli süreler içinde gerçekleşip tamamlanmalıdır (TMK m. 621)¹³⁷. Söz konusu sınırlı zaman diliminde bilginin istenebilip istenemeyeceği, bunun kimden istenebileceği gibi bilgiler sıklıkla halen belirsizdir¹³⁸. Bunun gibi TMK m. 620 f. 2'nin sözünün de işaret ettiği üzere mirasçılardan farklı olarak üçüncü kişilerin kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca mirasçılarda kendilerinden doğrudan bilgi talep edememekte, bunu ancak (kabul edilmesi durumunda) sulh mahkemesi aracılığıyla gerçekleştirebilmektedirler. Bu bağlamda öğretide mahkemenin, bu kurumun amacını zorlayacak şekilde farazi tereke hesabına ilişkin mirasçının bilgi edinme menfaatini gözetmeyebileceği ve bu şekilde mirasçılardan dolaylı olarak başvurdukları bu yolda arzu edilen sonuçları alamayabileceklerine işaret edilmektedir¹³⁹.

133 Krş. Öztan, "Miras Hukuku", 408 vd.; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 620, N. 1088. Benzer şekilde TMK m. 620 f. 2 ve 3 (ZGB Art. 581 Abs. 2, 3) ve TMK m. 646 f. 3 (ZGB Art. 607 Abs. 3) hükümlerine bir alternatif olarak bilgi edinme amacıyla TMK m. 620 f. 2 (ZGB Art. 581 Abs. 2) hükmüne dayanılmasına yönelik eleştirilerden biri de bu hükümler arasındaki amaç farklılığıdır. Bu konuda Bkz. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 201.

134 Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1770 vd.; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 450; Öztan, "Miras Hukuku", 339 vd.

135 Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 620, N. 1088.

136 TMK m. 564 f. 1 b. 4'te belirtilen: "Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan" karşılıksız kazandırmalar tenkise tabidir.

137 Ayan, "Miras Hukuku", 338; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 298; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 446.

138 Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 201.

139 Krş. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 201. Ayrıca yazarın eleştirileri arasında olası dava riski ve dava maliyetleri de bulunmaktadır. Şöyle ki ZGB Art. 581 Abs. 2 (TMK m. 620 f. 2) ve bilgilendirme yükümlülüğü dahilinde üçüncü kişileri tanık olarak getirmek yargılama sürecine dahildir. Bu yola başvurmak beraberinde ana talep için mirasçılardan eda davası açmaya yönlendirebilir ve

Bunun gibi TMK m. 590 (ZGB Art. 533) dahilinde mirasçılarının üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkına işaret eden görüşle ilgili de benzer değerlendirmeler yapılabilir. Bir koruma tedbiri olarak tereke defterinin tutulması ile mirasın geçişinde terekenin durumu (aktif ve pasifleri) belirlenmektedir¹⁴⁰. Burada esas olarak mirasın tam olarak geçmesi sağlanmak, terekeyi oluşturan unsurların yok olması, zarara uğratılması veya kaçırılmasının önüne geçilmesi istenmektedir¹⁴¹. Buna karşılık terekenin defterinin tutulmasıyla miras paylarının ve saklı payların belirlenmesi, mirasın paylaşımında terekenin değerinin hesaplanması amaçlanmamaktadır¹⁴². Özel durumlar dışında mirasçılarının mirasbırakanın ölüm tarihinden itibaren bir aylık süre içinde¹⁴³ mirasçılarının talep edebileceği (TMK m. 590 b. 3) defter tutma işleminin kapsamına mirasbırakanın hayatayken yaptığı işlemler dahil değildir¹⁴⁴. Aktarılan gerekçelerle koruma amaçlı defter tutma işleminin mirasın paylaşımında mirasçılarının bilgi edinme menfaatine sınırlı olarak katkı sağlayacağı söylenebilir¹⁴⁵. Bununla birlikte mirasçılarının, bilgi edinme yönünde diğer hukuki dayanakların yanında tamamlayıcı olarak TMK m. 620 f. 2 veya TMK m. 590 hükümlerine başvurmaları mümkündür.

bb. Diğer Değerlendirmeler

Şu ana kadar bir mirasçının üçüncü kişilere karşı başvurabileceği farklı hukuki dayanaklar paylaşılmıştır. Bir sonraki aşamada sorulması gereken üçüncü kişilerin kapsamına kimlerin dahil olduğudur. Öncelikle miras bırakan hayatta iken onun malvarlığı, öldükten sonra ise tereke konusuyla üstlendikleri görevler dolayısıyla ilgilenen üçüncü kişiler sayılabilir. Bu

bu da beraberinde davayı kazanamama ve masraflara katlanma riskini içerir. Ayrıca yazara göre yargılama öncesi yeterli bilgisi ve delili olmayan bir mirasçının yürüteceği bu davada, böyle bir talebin mevcut olup olmadığı ve miktarı da belirsizdir (201).

140 Escher, "Kommentar ZGB", Art. 553, N. 3; Leu - Gabrieli, "Basler Kommentar ZGB", Art. 553, N. 2; İnan vd., "Miras Hukuku", N. 1533.

141 Tuor - Picononi, "Berner Kommentar ZGB", Art. 553, N. 1; Wolf - Hrubesch Millauer, "Erbrecht", N. 1327; İmre - Erman, "Miras Hukuku", 320; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 590, N. 318;

142 Leu - Gabrieli, "Basler Kommentar ZGB", Art. 553, N. 2,4,16; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 50; İnan vd., "Miras Hukuku", N. 1533.

143 Bu sürenin hak düşürücü nitelikte olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş ve Yargıtay uygulamasında bu sürenin düzenleyici nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Bu yönde örneğin Bkz. Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", N. 1529; Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1617; Serozan - Engin, "Miras Hukuku", N. 60; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 266. Aksi yönde bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu hakkında örneğin Bkz. Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 590, N. 331.

144 Leu - Gabrieli, "Basler Kommentar ZGB", Art. 553, N. 14.

145 Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 50.

anlamda örneğin noter, tereke temsilcisi, vasiyeti yerine getirme görevlisi gibi üçüncü kişiler mirasçılar yönünden tereke değerini etkileyebilecek hususları paylaşmalıdırlar¹⁴⁶.

Yukarıda sayılanlar dışında İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle bankacılık alanına ilişkin olarak verdiği kararlarda, üçüncü kişi kavramını geniş yorumlamakta ve sınırlayıcı olmayacak örnekler paylaşmaktadır¹⁴⁷. Bu bağlamda miras hukukunda sorumlu olabilecek kişiler sayılabilir¹⁴⁸. Bunlar arasında özellikle tenkise tabi karşılıksız bir kazandırmanın (olası)

146 Wolf - Hrubesch Millauer, "Erbrecht", N. 1675; Druey, "Grundriss des Erbrechts", N. 13; Druey, "Informationsrecht des Erben", 186; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 1581.

147 Druey, "Informationsrecht des Erben", 187. Druey, İsviçre Federal Mahkemesi'nin mirasçılarının üçüncü kişiye karşı bilgi edinme taleplerini konu alan kararlarına ilişkin değerlendirmesinde, mahkemenin farklı alanlarda farklı şekilde davrandığına işaret etmektedir. Yazarın da görüşüne katıldığı bankacılık alanındaki kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi, mirasçılarının bilgi edinme talepleri karşısında bankaların kural olarak sır saklama yükümlülüğünü ileri süremeyeceklerini kabul etmektedir (BGE 89 II 87 E. 6, 133 III 664 E.2.6.). Buna karşılık avukatın vekalet sözleşmesi gereği sır saklama yükümlülüğüne karşı aksi yönde bir karar vermiştir (BGE 89 II 87 E.6, BGE 133 III 664 E. 2.6). Yazar içtihatlar arasındaki farkı anlaşılmasız bulmaktadır. Her iki durumda da üçüncü kişinin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır ve her iki duruma uymamanın yaptırımı da İsviçre Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yazara göre ceza hukukunun sağlayacağı koruma, onun korumak istediği kurumun sağlayacağı korumadan daha geniş olamaz. Borçlar hukuku gibi ceza hukuku da belli görevler üstlenenlerin, müşterilerine karşı güvenlerini korumaktadır. Yazara göre belirleyici olan müvekkil ve müşterinin menfaati olmalıdır. Müşteri veya müvekkilin ölümü durumunda ise miras hukukundaki esaslar dikkate alınmalıdır. Malvarlığı değerleri için külli intikal esasları geçerlidir. Bunun ötesinde kişiliğe sıkı sıkıya bağlı değerlere ilişkin mirasçılarının bilgi edinme hakkına bir istisnanın öngörülmesi gerekip gerekmediği, sır saklama yükümlülüğünün kabul edilip edilmeyeceği ve bunun kapsamı tartışılmaya açıktır. Ancak yazar, bu tartışmalarda avukatın sır saklama yükümlülüğüne ilişkin değinilen karardaki gibi miras hukuku esaslarının göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır (187). Yazar devam eden açıklamalarında özetle benzer durumlara ilişkin farklı kararlar verilmesinin karmaşıklığı ve hukuki belirsizliği arttıracığını belirtmektedir. Yazar uygulamada mevcut hukuki fikirleri yeni bir çözüme entegre ederken, metodolojik olarak bilinçli ve tutarlı şekilde hareket edilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir (187). Bu bağlamda daha önce aktarılmış olan ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin bankacılık alanında genel eğiliminden farklı olarak mirasçılarının miras kalan, sözleşme dayalı bilgi edinme haklarının kapsamını dar yorumladığı bir kararına ((BGer 4A_522/2018) ilişkin değerlendirmeler ve (özellikle hukuk güvelliğinin zedelendiğine ilişkin) eleştiriler için Bkz. Dorjee - Good, "Auskunftspflicht der Banken", 170 vd., 181; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 139 vd. Yine öğretilde Avukatlık meslek sırlarına yönelik olarak İsviçre Federal Mahkemesi'ne yönelik yaptığı değerlendirmelerde mahkemenin meslek sırlarının türlerine göre yaklaşımının farklılaştığına işaret edilmekte, bu alanda mahkemenin yerleşik içtihadının avukatlık mesleğini güçlendirmekle birlikte tatmin edici olmayan gerçeklerle mirasçılarının bilgiye olan ihtiyacını daha da fazla arttırdığı ve bu kararların saklı pay hukuku ile çatışabilecek durumlara sebebiyet verebileceği belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. Dorjee - Good, "Das Anwaltsgeheimnis", 307; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 173 vd. Bu bağlamda meslek sırlarına ilişkin değerlendirmede öncelikle esas alınması gerekenin ilgili meslek sırrı değil, bunun arkasındaki bilginin niteliği olması gerektiği yönündeki görüş için Bkz. Künzle, "Auskunftspflichten", 361; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 194. Son zikredilen yazara göre mesleki gizliliğin çok kapsamlı bir şekilde kaldırılması veya geçerli kılınması, terekenin paylaşılmasında olumsuz sonuçların ortaya çıkması olasılığını arttırır. Yazara göre terekenin adil şekilde paylaşılması ilkesi yazarın savunduğu orta bir yol benimseyen görüşü desteklemektedir (N. 194).

148 Öğretilde üçüncü kişilerin durumu konusunda onların miras hukuku yönünden yükümlü olup olmadıklarına göre bir ayırım yaparak yürütülen bir değerlendirme için Bkz. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 198 vd.

borçlusu olan üçüncü kişiler sayılmaktadır¹⁴⁹. Normalde diğer mirasçılar gibi tenkise tabi olan¹⁵⁰ bu kişilerin ayrı değerlendirilmesi özellikle eşitlik esasına aykırılık teşkil edecektir¹⁵¹. Bunun gibi miras sebebiyle istihkak davasıyla (TMK m. 637 vd.)¹⁵² kendisine başvurulabilecek tereke konusu malın zilyedi olan veya olduğu makul şekilde ortaya konulan üçüncü kişilerden bilgi istenebilecektir¹⁵³. Mirasbırakana (muhtemelen) borçlu bulunan veya bulunduğu makul şekilde ortaya konan üçüncü kişilerde bu kapsamda sayılabilir¹⁵⁴. Yine öğretide bu konuda sıklıkla başvurulmuş ölçütlerden biri, üçüncü kişiler ile mirasbırakan arasındaki malvarlığı ilişkisidir. Buna göre mirasçı, bilgi edinme hakkını mirasbırakanla malvarlığı ilişkisi içinde olan veya olmuş olabilecek üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir¹⁵⁵. Ancak başvurulacak

149 Krş. İmre - Erman, "Miras Hukuku", 483, dn. 13.

150 Denkleştirmeden farklı olarak tenkise sadece diğer yasal mirasçılar değil, iradi mirasçılar ve bu sifatlara sahip olmayan üçüncü kişiler de dahildir. Denkleştirme ile tenkisin faklarına ilişkin karşılaştırmalı açıklamalar için örneğin Bkz. Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 458 vd.; Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1351 vd.; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 549.

151 "...Bilgi edinme talebi miras hukukunda muhtemelen sorumlu olan birine yönelmişse örneğin olası bir tenkis davasında bağışlanan gibi bu durumda öğretide üçüncü kişiden kıyasen (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB) bilgi edinme talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir. Böyle bir talep esas olarak tenkiste mirasçı olanlar ile olmayanlar arasındaki eşitlik esasına göre değerlendirilir. (Öğretideki) Bu öneri ikna edicidir, zira bu öneri miras hukukundaki bilgi edinme talebinin, kanun koyucu tarafından istenmeden sadece birlikte mirasçılarla sınırlı olma durumunu aşmaya izin verir/ imkân sağlar" (BGE 132 III 677 E.4.2.4'ten naklen). Yine bu yönde örneğin Bkz. Meyer, "Handkommentar ZGB", Art. 607, N.3, 610, N. 3; Göksu, "Informationsrecht des Erben", 958.

152 Genel olarak miras sebebiyle istihkak davası için örneğin Bkz. Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, § 14, N. 11 vd.; Serozan - Engin, "Miras Hukuku", 535; Ayan, "Miras Hukuku", 372 vd.

153 Krş. BGE 132 III 677 E.4.2.5; Wolf - Hrubesch Millauer, "Erbrecht", N. 1675; Meyer, "Handkommentar ZGB", Art. 607, N.3, 610, N. 3; Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 607, N. 28.

154 Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı örnekler paylaştığı daha önce değinilen kararını (BGE 132 III 677) değerlendiren bir çalışma irdelenebilir. Bu kararda mahkemenin, üçüncü kişinin tereke konusuna olası zilyet olma durumunu, mirasçının üçüncü kişiden bilgi edinme talebi için yeterli gördüğü, ancak mahkemenin paylaştığı iki örnek arasında üçüncü kişinin borçlu olma durumunun yer almadığı belirtilmektedir. Yazara göre mirasbırakana (olası) borçlu olma durumunda üçüncü kişiye karşı bilgi edinme hakkının kabul edilip edilmeyeceği belirsizdir. Bu konuda Bkz. Göksu, "Informationsrecht des Erben", 958. Ancak paylaşıldığı üzere İsviçre Federal Mahkemesi değinilen kararda sınırlayıcı olmayacak şekilde bazı örnekler paylaşmıştır. Benzer şekilde üçüncü kişinin miras hukukunda sorumlu tutulmasına sebebiyet verecek olan ve TMK m. 646 f. 3'te zilyet olma durumunun yanında düzenlenen mirasbırakana borçlu olma durumunda farklı bir sonuca varılmamalıdır. Aktarılan durumda borçlu olması konusunda makul bir şüphe bulunmaktaysa üçüncü kişinin bilgi verme yükümlülüğünün gündeme gelmesi mümkündür. Bu yönde Krş. Häfliger, "OFK ZGB Kommentar", Art. 607, N. 8; Druey, "Informationsrecht des Erben", 186; Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 94 vd.

155 Genel olarak mirasbırakan ile arasında malvarlığı ilişkileri olan (olması ihtimali olan) üçüncü kişilerden bilgi istenebileceği hakkında örneğin Krş. Wolf, "Berner Kommentar ZGB", Art. 610, N. 26; Druey, "Grundriss des Erbrechts", N. 14 vd.; Druey, "Informationsrecht des Erben", 186. Örneğin mirasbırakan ile ilişki içinde olan bazı üçüncü kişilerin (vakıflar, şirketler, trust) bilgi sağlama yükümlülüğü olup olmadığına ilişkin olarak Krş. Genna, "Informationsanspruch", 207; Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 95; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 200. Son zikredilen yazara göre burada önemli olan üçüncü kişilerin terekeye veya malvarlığına ilişkin üstlenmekte olduğu veya üstlendiği fonksiyonlardır. Yazara göre aynı

ölçüte göre üçüncü kişilerin miras hukukunda sorumlu olma ya da mirasbırakan ile arasında malvarlığı ilişkisi bulunması somut olayda muhtemel (olası) görünebilir. Özellikle bu tür durumlarda üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin bir menfaat değerlendirilmesi yürütülmesi önem taşır.

Üçüncü kişilerden elde edilecek bilgiler, bir mirasçı yönünden miras hukukundaki taleplerini ileri sürebilmesi için vazgeçilmez nitelikte olabilir. Bu bağlamda daha önce işaret edildiği üzere mirasçıların nitelikli bir bilgi ihtiyacı ("*qualifizierte Informationsbedürfnis*")¹⁵⁶ olduğu söylenebilir. Bu durum üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yürütülecek menfaat değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Öte yandan burada tek başına soyut bir bilgi ihtiyacı yeterli görülmemelidir¹⁵⁷. Somut olayda üçüncü kişilerin miras hukukunda sorumlu olduğuna ya da mirasbırakanla aralarında malvarlığı ilişkisi bulunduğu dair bağlantı makul bir şekilde ortaya konmalıdır¹⁵⁸. Bilgi edinme talebine ilişkin dürüstlük kuralından doğan doğal bir sınır olarak üçüncü kişiden istenecek bilgi, mirasçının alelade bir merakı veya rastgele bir bilgi arayışını tatmin etmeye hizmet etmemelidir¹⁵⁹. Şu ana kadar yukarıda çeşitli yerlerde vurgulanan makullük ölçütü, bilgi talebinin ölçülü ("*Verhältnismässig*") olması gerektiğine işaret etmektedir¹⁶⁰. Tarafların özel durumundan kaynaklanan hususlar, benimsenecek görüşler

durum, mirasbırakanın bildiği ve mirasçının yasal konumu için önemli olan fiili durumlar için de geçerli olacaktır. Örneğin mirasbırakan tarafından başlatılan ödemelerin sona ermesi gibi fiili durumlar böyledir (186).

156 Druey, "Informationsrecht des Erben", 186; Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 94 vd.

157 İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında mirasçıların bilgi edinme ihtiyacı ve bunun aciliyetinin üçüncü kişilere karşı bilgi edinme talebi için yeterli görüldüğüne işaret edilmektedir (BGE 133 III 664). Yine İsviçre Federal Mahkemesi, başka bir kararında mirasçıların bilgi edinme ihtiyacına işaret ederek İsviçre mahkemelerini yetkili olduğuna karar vermiştir (BGER, 5C_291/2006). Aktarılan kararı eleştiren ve tek başına bilgi ihtiyacının üçüncü kişiye karşı bilgi edinme talebinin kabulü için yeterli olmayacağına ilişkin bir tespit için Bkz. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 197, 199. Aksi yönde İsviçre Federal Mahkemesinin "...sadece bilgiye ihtiyaç duymanın bilgi edinme hakkı sağlamadığı gerçeği göz ardı edilmemelidir..." şeklindeki tespiti için Bkz. BGER 5C.276/2005, E.2.5.1, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023).

158 Krş. Wolf, "Auskunftspflichten unter Miterben", 78; Bayramoğlu, "Bilgilendirme Yükümlülüğü", 208 vd.; Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 190. Son zikredilen yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararına (BGE 127 III 396 E. 3) işaret ederek eğer hukuki takip mümkün görünüyorsa makul ilginin bulunduğundan yola çıkılabileceğine işaret etmektedir (190). Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, makul ilgiyi daha dar yorumladığı başka bir kararında bir ölçüt olarak ciddi ihtimali ("*ernstliche Möglichkeit*") aramıştır. Söz konusu karar için Bkz. BGE 90 II 365 E. 3c, (Erişim 10 Haziran 2023), www.relevancy.bger.ch. Mirasçının bilgi edinme talebinin mevcut bilgi durumuyla orantılı olması/ görünmesi gerektiği hakkında Bkz. Druey, "Informationsrecht des Erben", 187.

159 Krş. Schröder, "Erbrechtliche Informationsansprüche", 202; Druey, "Informationsrecht des Erben", 187. Yazar bunu sağlamayan, somut olaya özgü seçici kriterler içermeyen bilgi edinme talebini bir balık avına ("*fishing expedition*") benzetmektedir (187).

160 Krş. Druey, "Informationsrecht des Erben", 187; BGE 127 III 396 E. 3. Bu konuda diğer görüşler için Krş. dn. 64 ve 158'deki açıklamalar.

dahilinde bu aşamada ele alınabilir¹⁶¹. Somut olayda yürütülecek menfaat değerlendirmesi dahilinde mirasçı bilgi edinme hakkını, değinilen kişilere karşı ileri sürebilecektir¹⁶². Bize göre aynı şartlar dahilinde mirasçı, miras hukukunda sorumlu olanlar veya mirasbırakanın malvarlığı ilişkileri hakkında bilgisi olan diğer üçüncü kişilere karşı da bilgi edinme hakkını kullanabilmelidir¹⁶³.

“*Mirasın paylaşımını objektif anlamda etkileyebilecek nitelikte olma*”¹⁶⁴ ölçütünün, mirasçılarının kendi aralarında bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin olarak kabul edildiği aktarılmıştı. Aynı ölçüt üçüncü kişinin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak da kabul edilmelidir¹⁶⁵. Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına mirasbırakanın, mirasın açılışında mevcut olan ve ayrıca mirasbırakanın sağlığındaki malvarlığı ilişkileri dahildir¹⁶⁶. Ancak üçüncü kişilerin bu yükümlülüğünün, mirasçılarının kendi aralarındaki bilgi verme yükümlülüğünden farklı olarak kendiliğinden değil talep üzerine söz konusu olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁷. Böyle bir sonuca amaç yönünden farklılık taşımakla birlikte TMK m. 620 f. 2 dikkate alınarak varılabilir. Şöyle ki bu hüküm sistematik ve mantıksal yorumla¹⁶⁸ sadece miras hukukunda üçüncü kişinin bilgi verme yükümlülüğünü öngörmesi itibarıyla dikkate alınabilir. Buna göre TMK m. 620 f. 2’de mirasın paylaşımına ilişkin üçüncü kişinin bilgi verme

161 Örneğin bu incelemenin dışında bırakılan ve çok tartışmalı olan üçüncü kişinin sır saklama yükümlülüğü gibi olgular böyledir.

162 Krş. Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 26; Druey, “Grundriss des Erbrechts”, N. 14 vd.; Druey, “Informationsrecht des Erben”, 186.

163 Miras hukukunda bilgi edinme kurumunun amacı, mirasbırakanın konumunu miras hukuku yönünden önemli olduğu ölçüde tespit etmek olduğu hakkında Bkz. Schröder, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, 200. Yine mirasçının nitelikli bilgi ihtiyacı dikkate alındığında mirasçının bilgiye erişiminin vazgeçilmez olduğu hakkında Bkz. Druey, “Informationsrecht des Erben”, 186. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi’nin üçüncü kişilerin mirasın paylaşımına ilişkin bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin çeşitli örnekler verdiği bir kararında, her ne kadar verilen örneklerden biri ZGB Art. 607 Abs. 3 (TMK m. 646 f. 3) hükmüne ilişkin olmakla birlikte, aynı yerde kıyasen sadece ZGB Art. 607 Abs. 3 (TMK m. 646 f. 3) değil, aynı zamanda ZGB Art. 619 Abs. 2 (TMK m. 649 f. 2) hükmünün de uygulanabileceğine işaret etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu şekilde “...kanun koyucu tarafından dikkate alınmamış olan birlikte mirasçılarının bilgi edinme haklarına yönelik bir kısıtlamanın aşılmasının”... mümkün olacağına işaret etmektedir. Bu konuda Bkz. BGE 132 III 677 E. 4.2.4.

164 Meyer, “Handkommentar ZGB”, Art. 610, N. 5; Schaufelberger - Keller, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 8; Häfliger, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 607, N. 5; Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 610, N. 23; Wolf - Hrubesch Millauer, “Erbrecht”, N. 1674.

165 Üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı öğretide geniş tutulmuştur. Bu bağlamda öğretide bazılarıncı mirasçının bilgi edinme hakkının kapsamının, en az mirasbırakanın hayattayken sahip olabileceği bilgi edinme hakkı kadar kapsamlı olması gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda Krş. Breitschmid - Matt, “Informationsansprüche der Erben”, 97; Göksu, “Informationsrecht des Erben”, 961; Druey, “Informationsrecht des Erben”, 187.

166 Krş. Göksu, “Informationsrecht des Erben”, 961; Wolf, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 607, N. 31

167 Göksu, “Informationsrecht des Erben”, 961; Öztan, “Miras Hukuku”, 455; Kılıçoğlu, “Miras Hukuku”, 343.

168 Özcan, “Medeni Hukuk”, 125; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 365.

yükümlülüğü ancak talep üzerine söz konusu olmaktadır. Durum böyleyken ondan süre ve içerik olarak daha kapsamlı bir bilgilendirme yükümlülüğünün öngörüldüğü mirasın paylaşımında, öncelikle (“*argumentum a minöre ad maius*”)¹⁶⁹ bunun kabulü gerekecektir.

Mirasın paylaşımında üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hukuki dayanağın, buna tabi olacak üçüncü kişilerin ve bunun kapsamının tartışmalı olduğu incelemede ortaya konmuştur. Söz konusu durum, hukuki belirsizlik yaratmakta ve hukuk güvenliğini zedelemektedir. Kanaatimizce TMK’da çalışmada önerilen esaslar dahilinde bir değişiklik yapılmalıdır. Bu değişiklikle öncelikle açıklık sağlamak üzere mirasın paylaşımında bilgilendirme yükümlülüğünü aynı madde altında düzenlenmelidir. Ayrıca değinilen maddede açıkça üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğüne yer verilmelidir. İncelemede önerilen esaslar dahilinde ayrı fıkralarda, hangi üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğüne tabi olduğu ve genel olarak bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı düzenlenmelidir¹⁷⁰.

II.TMK M.1023 DAHİLİNDE BİLGİ EDİNME HAKKI

169 Krş. Hatemi, “Medeni Hukuk”, § 7, N. 43 vd.; Serozan, “Metot”, 24 vd.; Antalya, “Metodoloji”, 334, 716.

170 ZGB yönünden aktarılan gerekçelerle bu yönde Krş. Bundesamt für Justiz, “Erläuternder Bericht”, 42. Yine Krş. Bundesamt für Justiz BJ- Direktionsbereich Privatrecht, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 10. Mai 2017, 46 vd., <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-ber-d.pdf> (Erişim 2 Temmuz 2023); Druey, “Informationsrecht des Erben”, 186 vd.; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 168. İsviçre Medeni Kanun Değişikliği Ön Taslağı (“Vorentwurf der Erbrechts-Revision”) VE – ZGB m. 601a’da bilgi verme yükümlüleri tereke konusu malvarlığı değerlerini yönetmiş, bu değerleri iyileştirmiş veya ellerinde bulundurmuş olanlar şeklinde sayılmıştır. Söz konusu metin üçüncü kişileri açıkça bilgi verme yükümlüsü olarak öngörmesi ve bu şekilde mirasçılardan bilgi edinebilmesine hizmet etmesi itibarıyla olumludur. Ayrıca üçüncü kişilerin ilgisinin malvarlığı değerleriyle sınırlanmış olması da özellikle malvarlığı değerlerinden bağımsız birtakım bilgilerin gizli tutulması yönünde üçüncü kişi menfaatine hizmet etmektedir. Paylaşılan söz konusu olumlu değerlendirmeler için Bkz. Bundesamt für Justiz, “Bericht”, 45 vd. Buna karşın söz konusu maddenin üçüncü kişiler yönünden uygulama alanı kanaatimizce olması gerektiğinden dar tutulmuş olup hükmün uygulanabilirliğini sınırlamaktadır. Bunun yanında bilgilendirmenin kapsamına ilişkin olarak bu çalışmada savunulan görüşten farklı olarak herhangi bir kriter öngörülmemiştir. Kanaatimizce mirasçılar, tereke konusu malvarlığı değerlerine ilişkin başvurulacak ölçüte göre miras hukukunda sorumlu ya da mirasbırakan ile arasında malvarlığı ilişkisi olan/ olmuş olan veya değinilen bu olgular hakkında bilgi sahibi olduğu makul şekilde ispatlanabilen üçüncü kişilerden bilgi talep edebilmelidir. Taslak metni bilgi edinme talebinin makul, ölçülü olması şartını aramamıştır. Nihayet katılmış olduğumuz baskın görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin kabul ettiği “*objektif olarak etkileyebilecek nitelikte olma*” ölçütüne de yer verilmemesi yerinde olmamıştır. Her iki ölçüt de taraflar arası bir menfaat değerlendirmesi yapılmasını gerektirir. Bu anlamda bu ölçütler, olması gereken hukuka ilişkin önerilecek bir yasa metninde kanaatimizce muhafaza edilmelidir. İsviçre öğretisinde söz konusu hüküm çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu konuda Bkz. Daniel Leu, “Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter de lege lata und de lege ferenda”, *Successio* 4 (2017): 281 vd.; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 235 vd.; Bundesamt für Justiz, “Bericht”, 46 vd.; Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 324 vd.

A.GENEL OLARAK TAPU SİCİLİNİN ALENİYETİ (AÇIKLIĞI) İLKESİ

Aynı hak mutlak haklardan biri olarak ihlal eden her kişiye karşı ileri sürülebilir¹⁷¹. Aynı hakkı ihlal etmeme yükümü, bunun herkes tarafından bilinmesini, aynı hakkı onlara yansıtan bir açıklığı gerektirir¹⁷². Aleniyeti (açıklığı) taşınmazlarda sağlayan araç tapu sicilidir¹⁷³. Aynı hakkın kazanılması tapu sicilinin kurucu (olumsuz) etkisi ile kural olarak ancak tapu siciline tescille mümkündür (TMK m. 705, 780,795, 856, 1021)¹⁷⁴. Tapu sicilinin olumlu etkisi ise tapu kütüğündeki tescile güvenen bir üçüncü kişinin aynı hak kazanımının korunmasını öngörür (TMK m. 1023)¹⁷⁵.

171 Haluk Nomer Nami - Mehmet Ergüne, Eşya Hukuku (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 1 vd.; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku – I Zilyetlik ve Tapu Sicili (Ankara: Adalet Yayınevi 2017), 30 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay vd., Eşya Hukuku Cilt: 1, Zilyetlik- Tapu Sicili, Mülkiyet (İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989), 6 vd.; Helvacı - Erlüle, “Medeni Hukuk”, 22; Oğuzman-Barlas, “Medeni Hukuk”, N. 509, 511 vd.; Dural-Sarı, “Medeni Hukuk”, N. 937 vd.

172 M. Kemal Oğuzman vd., Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), N. 124; Mehmet Ünal - Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 87; Tekinay vd., “Eşya Hukuku”, 13.

173 Dieter Zobl, Grundbuchrecht (Zürich, Orell Füssli AG, 2004), N. 543; M. Kemal, Oğuzman vd., Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), N. 124; Mehmet, Akcaal, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022): 190; Ayan, “Eşya Hukuku-I”, 242 vd.; Rona Serozan, Eşya Hukuku I (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), N. 228.

174 O. Gökhan Antalya, “Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 23/3 (2017), 426; Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 124; Serozan, “Eşya Hukuku”, N. 233. Ancak istisnai olarak kanunlarda mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı öngörüldüğü durumlarda, sonradan yapılacak tescil açıklayıcı etkiye sahip olacaktır. Bu durumda tescil, aynı hak kazanımı için kurucu bir olgu değildir. Ancak taşınmaz üzerindeki aynı hak sahibinin, bunun üzerinde tasarruf edebilmesi yapacağı tescile bağlıdır. Bu konuda örneğin Bkz. Turhan, Esener – Güven Kudret. Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), 255 vd.; Lale Sirmen, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 377 vd., 385 vd.

175 Saibe Oktay Özdemir “Kişilik Hakkı ve Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniği İlkesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, ed. Hüseyin Hatemi (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006), 505; Pfammatter Aron, “Art. 970, 970a ”, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK. ed. Kostkiewicz Jolanta Kren vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), N. 1, 13. Şekli aleniyet tapu sicilinin incelemeye açık olmasını ifade eder. Maddi aleniyet ise taşınmazın tapu siciline kaydedilmesi ve taşınmaza ilişkin sayfada aynı hakka yönelik işlemlerin tescil edilmesini ifade etmektedir. Öte yandan maddi aleniyete bağlanan en önemli sonuçlardan biri tapu siciline güven olduğu için maddi aleniyet ile tapu siciline güven kavramlarının yan yana kullanımına rastlanmaktadır. Bu anlamda maddi aleniyetin, şekli aleniyeti yerine getiren bir araç olduğu belirtilmektedir. Şekli aleniyet ilkesi, maddi anlamda aleniyet etkisinin merkezi şartıdır. Bu konuda aktarılan açıklamalar için Krş. Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 543; Şengül, “Tapu sicilinin Aleniyeti”, 83 vd., 145 vd.; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 1; Jürg Schmid - Ruth Arnet, “Art. 670, 670a”, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlIT ZGB (Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023), Art. 607, N. 1. Tapu sicilini inceleme hakkının şekli aleniyetin konusunu teşkil ettiği, şekli aleniyet ile tapu sicili, bunun bilindiğine ilişkin varsayma ve buna güvenerek üçüncü kişilerin aynı hak kazanımına dayanak olabileceği ve böylece tapu sicilinin aleniyeti, etkisini gerçek anlamda gösterebileceği hakkında Bkz. Schegg Bettina Deillon, “970, 970a”. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB. ed. Peter Breitschmid vd. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 970, N. 1.

Tapu sicilinin açıklığı (alenyeti) ilkesi başlıklı TMK m. 1020'nin ilk fıkrasında tapu sicilinin herkese açık olduğu belirtilmiştir¹⁷⁶. Ancak burada sınırlı (nispi) bir aleniyet söz konusudur¹⁷⁷. Söz konusu sınırlama, tapu sicilini incelemeye yetkili kişiler ile (çok baskın görüşe göre) incelenecek siciller yönündendir.

Öncelikle ancak “*ilgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir*” (TMK m. 1020 f. 2). “İlgi” ölçütüne aşağıdaki ilgili başlıklarda değinilecektir. Öte yandan değinilen sınırlamayı takiben¹⁷⁸ TMK m. 1020 f. 3, kanuni bir fiksiyon (varsayım) olarak¹⁷⁹ kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceğini öngörmüştür.

176 Benzer şekilde devletin sorumluluk ve tescil ilkesi yanında aleniyet ilkesi TST m.5'te de zikredilmiştir. Değinilen hükümden: “*tapu sicili, Devletin sorumluluğu altında, tescil ve açıklık ilkelerine göre taşınmazlar ile üzerindeki hakların durumlarını göstermek üzere tutulan sicildir*” şeklinde belirtilmektedir.

177 Jale Akipek vd., Eşya Hukuku (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 275 vd.; Başpınar, “Elektronik Tapu Sicili”, 100 vd., 104; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku (İzmir, Barış Yayınları, 2021) 134; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniliği”, 86 vd.; Ayan, “Eşya Hukuku-I”, Antalya - Topuz, “Tapu Sicili”, 71; Tekinay vd., “Eşya Hukuku”, 242.

178 Çalışmada ayrıca olması gereken hukuka ilişkin tartışma konusu yapılmayacak olan TMK m. 1023 f. 2 hükmünün TMK m. 1023 f. 1 ve 3 ile uyumsuzluğu, tapu sicilindeki esaslarla çatışması ve içerdiği çelişkiler hakkında örneğin Bkz. Mehmet Şengül, Tapu Sicilinin Alenyeti (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 11 vd.; Rona Aybay, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi Yürürlükten Kaldırdı mı?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 53 (2004), 216 vd.; Rona Aybay, “Tapu Sicili “Herkes Açık” mıdır? Çelişkiler Yumağı Bir Madde: MK 1020, İstanbul Barosu Dergisi, 87/2 (2013), 15 vd.; Oktay Özdemir, “Tapu Sicilinin Aleniliği”, 504 vd., 523 vd.; Ertaş, “Miras Hukuku”, N. 441. Biraz aşağıda aktarılabilecek İsviçre Medeni Kanunu'nda aleniyet ilkesini genişleten kanun değişiklikleri ile amaçlananlardan birinin de değinilen çelişkiyi hafifletmek olduğu hakkında Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 2.

179 O. Gökhan Antalya – Murat Topuz, Eşya Hukuku, Cilt IV/1 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 579; Kemal Tahir Gürsoy vd., Türk Eşya Hukuku (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlar, 1978), 221; Stephanie Hrubesch Millauer vd. (Bern, Sachenrecht, Stämpfli Verlag, 2017), N. 03.75; Peter Tuor vd., Das Schweizerische Gesetzbuch, Schulthess Verlag (Zürich-Basel-Genf, 2002), 797; Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 461; Ayan, “Eşya Hukuku-I”, 245; Nomer - Ergüne, “Eşya Hukuku”, 125; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar- Birinci Cilt (Zilyetlik ve Tapu Sicili) (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972), 339. Söz konusu kesin karinenin/ fiksiyonun (ZGB Art. 970 Abs. 4) şekli aleniyet ilkesi ile uyumlu olduğu gibi tapu sicilinin olumlu hukuki etkisini (“*positive Rechtskraft*”) de ortaya koyduğu, bunun taşınmazlara ilişkin hukuki işlem hayatında hukuk güvenliğine hizmet ettiği ve bu durumun hak sahibinin tapu sicilinin ortaya koyduğu hukuki durum hakkında bir bilgisizliğe gerekçe olarak dayanamamasına sebebiyet verdiği hakkında Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 32; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 13. TMK m. 1020 f. 3'ün kapsamı da tartışmalıdır. Günümüzdeki baskın görüş, TMK m. 1020 f. 3 (ZGB Art. 970 Abs. 4) 'ün kapsamına aynı hakların yanında şerhler ve beyanları da dahil etmektedir. Bu yönde örneğin Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 32b; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 26 vd.; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 341 vd.; Ayan, “Eşya Hukuku-I”, 245; Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 674; Akçaal, “Eşya Hukuku”, 192 vd.; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 14. Son zikredilen yazar, tapu sicilinde beyanların belirli bir hukuki durumu bildirme amacına, ancak beyanında tapu sicilinin olumlu etkisine dahil olduğunun kabulü halinde varılabileceğine işaret etmektedir (N. 14). Sadece şerhlere ilişkin bu yönde örneğin Bkz. Esener - Güven, “Eşya Hukuku”, 139; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 339. Genel olarak bu karineye sadece (benimsenecek görüşe göre) kamuya açıklık ilkesinden yararlanan (ana) sicillerin dahil olduğu yönünde haklı tespit için örneğin Bkz. Akçaal, “Eşya Hukuku”, 192 vd.; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 339.

TMK m. 1020 f. 2’geçen tapu kütüğündeki kayıtlarının örneklerinin verilmesini isteme (örnek alma) hakkının şartları, bunu talep edebilecek kişiye göre bu kayıtların kendisine gösterilmesini isteme hakkından (inceleme hakkından)¹⁸⁰ farklılaşabilmektedir¹⁸¹. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere örnek alma hakkına çalışmada değinilmeyecektir.

Bu bağlamda İsviçre Hukuku’nda ZGB’de yıllar içinde aleniyetin kapsamını genişletecek çeşitli değişiklikler yapıldığına işaret edilebilir¹⁸². TMK m. 1023’teki düzenlemeden farklı olarak “*taşınmazın adı ve taşınmazın özellikleri*”, “*malikin adı ve kimliği*”, “*mülkiyetin şekli ve kazanım tarihi*” hakkında herkesin bilgi edinebileceği öngörülmüştür (ZGB Art. 970 Abs. 2)¹⁸³. Yine İsviçre Federal Konseyi’nin kişilik haklarını gözetmek koşuluyla irtifak hakları, taşınmaz yükleri ve beyanlar ile ilgili diğer bilgileri de koşulsuz olarak herkesin erişimine açabileceği öngörülmüştür (ZGB Art. 970 Abs. 3)¹⁸⁴. Bunun gibi kantonların taşınmaz mülkiyeti

180 Terminolojik olarak çalışmadaki bundan sonraki açıklamalarda ilgi tapu kayıtların kendisine gösterilmesini isteme hakkına karşılık gelmek üzere, kısaca inceleme hakkı ifadesi tercih edilecektir.

181 Bu konuda Bkz. TST m. 84, 85. Yine örneğin 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m. 2 f. 3 hükmü ile aynı doğrultuda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2001/11 Sayılı Genelgesi’nde: “*Kamu görevi ifa eden avukatların vekâletname ibraz etmeden yazılı olarak talepte bulunması koşuluyla (idaremizce istem belgesi düzenlenecektir) bir memur huzurunda tapu sicilini inceleyebilmeleri ve görevleri sırasında kendilerine kolaylık sağlanması gerekir. Ancak, avukatların tapu sicilinden örnek istemeleri halinde vekâletname ibraz etmeleri zorunlu olup, (belge örneği istemlerinde ilginin saptanması gerekmektedir) gerekli harç ve vergilerin vs. tahsilini müteakiben yetkili kıldığı ölçüde belge örneklerinin verilmesi mümkün bulunmaktadır*” şeklinde ifade edilmektedir. Tapu sicilini inceleme ve örnek alma hakkı hakkında daha detaylı bilgi için örneğin Bkz. Antalya, “Aleniyet İlkesi”, 428 vd.; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniliği”, 341 vd.

182 Bu değişikliklerin Türk Hukuku’nda paylaşıldığı bazı eserler için örneğin Bkz. Başpınar, “Elektronik Tapu Sicili”, 100 vd.; Oktay - Özdemir “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 512 vd.; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 88 vd.; Sirmen, “Eşya Hukuku”, 125 vd., dn. 255. İsviçre Hukuku’nda ZGB’nin güncel düzenlemesinde tapu sicilinin aleniyetinin: Bilgi ve inceleme hakkı (ZGB Art. 970 Abs.1,2,3), kantonlara verilen mülkiyet değişimlerini yayınlama yetkisi (ZGB Art. 970) ve tapu kaydının bilindiğine ilişkin fiksiyon ((ZGB Art. 970 Abs. 3) olmak üzere üç aşamalı şekilde düzenlendiği hakkında tespit için Bkz. Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 448; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 2.

183 Bu konuda örneğin Bkz. Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 2 vd. ZGB Art. 970 Abs. 2’in ve hükümde geçen bilgi edinme (“*Auskunft...erhalten*”) hakkının kapsamının, ZGB Art. 970 Abs. 2’de zikredilen inceleme (“*...Einsicht in das Grundbuch gewährt...*”) ve örnek alma (“*...ein Auszug erstellt...*”) hakkı ve ZGB Art. 970 Abs. 3 ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi için örneğin Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 4a.

184 Bu kapsama kişilik haklarının korunması gereği özellikle şerh ve ipotek haklarının buraya dahil edilmediği hakkında Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 9d. Bunların yanında GBO (İsviçre Tapu Tüzüğü) Art. 26 Abs. 1’de zikredilen beyanlar ile resmi belgelerin istisna kapsamında olduğu hakkında Bkz. Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451; Hrubesch Millauer vd., “Sachenrecht”, N. 03.69, dn. 32. İsviçre tapu sicil tüzüğünde irtifak hakları ve taşınmaz yüklerine herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe erişim tanınırken (GBV Art. 26 Abs. 1 lit. c) beyanlarla ilgili olarak tüzükte bir ayırım yapılmıştır. Buna göre kişilik hakkının korunması gereği gözetilerek şu bilgilere erişim serbest ve şartsız değildir: Tapu sicilindeki kısıtlamalara ilişkin bilgiye (GBV Art. 55 Abs. 1; GBV Art. 56), emeklilik fonunun amacını güvence altına almak için tasarruf kısıtlamaları (BVG Art. 30e Abs. 2), konfederasyon ve kantonların konut yapımını ve ev sahipliğini teşvik etme hakkındaki düzenlemelerdeki gerçekleştirmek üzere öngördükleri

kazanımlarını ilan edebileceği, ancak bu kapsamda birtakım hallerde (mirasın paylaşımı, mirastan feragat, evlilik sözleşmesi, mal rejimi tasfiyesi) karşı edimin yer alamayacağı¹⁸⁵ (ZGB Art. 970'a) belirtilmiştir. Bunun haricinde TMK m. 1023 f. 1, 3 hükümlerine karşılık gelen ZGB Art. 970 Abs. 1, 4 aynen muhafaza edilmiştir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere bundan sonraki açıklamalarda tapu sicilinin aleniyeti bağlamında İsviçre Hukuku ile karşılaştırma yapılmayacaktır. Bu bağlamda ileriki başlıklarda İsviçre'de kanun değişikliğinden sonraki bazı eserlere ve oralardaki bazı açıklamalara, değinilen benzerlikler elverdiği ölçüde sadece dipnotta atıf yapmakla yetinilecektir.

TMK m. 1020 f. 2'de tapu kütüğünün ilgili sayfa ve belgelerin incelenebileceğinden söz edilmektedir. Bu bağlamda tapu sicilinin aleniyetine ilişkin öğretilerde tartışmalı olan ikinci sınırlama, incelemeye konu sicillere ilişkindir. Öğretilerdeki baskın görüş sadece ana sicilleri inceleme hakkı kapsamında görür. Buna göre TMK m. 1020 f. 2'nin sözü, tapu siciline güven ilkesine (TMK m. 1023) ilişkin tapu sicil unsurlarına yönelik sınırlamayla kurulan bağlantı¹⁸⁶ve

mülkiyet üzerindeki kısıtlamalar (Wohn- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974, Art. 9, 24, 46, 50), kanton yasalarına dayalı, rehin hakları ile karşılaştırılabilir mülkiyet kısıtlamaları (GBV Art. 26 Abs. 1 lit. c Ziff. 1–4). İstisna kapsamı dışında değinilen bilgilerin, inanılır kılama şartı aranmaksızın bilgi edinme kategorisi altında paylaşılacağı, ancak bu kapsamda genel anlamda tapu sicilini inceleyebilme imkanının mevcut olmadığı hakkında Bkz. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 227.

185 Bu ve diğer kanun değişiklikleri gerekçeleri arasında spekülasyonları önleme, piyasa şeffaflığı gibi amaçlar gösterilmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. BGE 126 III 512, 519, E. 6, www.relevancy.bger.ch (Erişim 10 Haziran 2023). Bu hükümden yola çıkarak değinilen durumlar haricinde karşı edimin yayınlanabileceği İsviçre öğretisinde vurgulanmaktadır. Nitekim kantonlarda Art. 970a hükmü kapsamından olmayan taşınmaz satış bedelleri yayınlanmıştır. Bu konuda örneğin Bkz. Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970a, N.3; Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 457; Schmid – Arnet, "Basler Kommentar", Art. 970a, N. 7. Ancak son zikredilen yazar, değinilen hükmün tereddüt yarattığı, bu tür durumlarda değinilen sözleşmelere taraf olan kişilerin kişilik haklarına aykırılığın gündeme gelebileceği, ayrıca kantonların farklı uygulamalarının İsviçre genelinde eşitsizliklere sebebiyet verebileceği, kaldı ki kanton uygulama örneklerinin de gösterdiği üzere karşı edimin yayımlanmasının piyasada şeffaflığı sağlama ve spekülasyonları azaltma amacına da yeteri kadar hizmet etmediği, taşınmaz bedelinin sübjektif olarak belirlenebileceği gibi gerekçelerle karşı edimin yayınlanmasının yanlış çıkarımlara sebebiyet verebileceğinden, bunun kabulünün amaçlanandan ters etkiler doğurabileceğinden bahsetmektedir (Art. 670, N. 23, Art. 670a, N.7).

186 Tapu siciline güven ilkesi ile bağlantılı söz konusu gerekçe için Krş. Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 441 vd. Tapu siciline güvene konu ana sicillerin ne olduğu da tartışmalıdır. Tapu siciline güven ilkesinin ana sicillerden sadece tapu kütüğü ve plan için geçerli olduğu hakkında örneğin Bkz. Antalya - Topuz, "Eşya Hukuku", 583. Tapu siciline güven ilkesinin kural olarak ana sicillerinden tapu kütüğü ve plana ilişkin olmakla birlikte, şayet açık bir yollama söz ise yevmiye defteri ve diğer resmi belgelerin de buraya buna dahil edilebileceği hakkında örneğin Bkz. Ayan, "Eşya Hukuku", 247. Tapu siciline güven ilkesinin kural olarak sadece tapu kütüğüne yönelik korunmakla birlikte, şayet arada bağlantı veya açık yollama varsa plan ve resmi belgelerinde bu kapsamda kabul edilebileceği hakkında Bkz. Safa Reisoglu, Türk Eşya Hukuku Cilt.1 Giriş – Zilyedlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu (Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1980), 166 vd.; Oğuzman vd., "Eşya Hukuku", N. 998; Akipek, "Eşya Hukuku-I", 443 vd.; Akçaal, "Eşya Hukuku", 196. Resmi belgeler dışında diğer tüm tapu sicil unsurlarının bu kapsamda olduğu hakkında Bkz. Zobl,

aleniyet ilkesinin amacından hareketle¹⁸⁷sadece ana sicillerin¹⁸⁸aleniyet ilkesi kapsamında olduğu belirtilmektedir¹⁸⁹. Diğer görüş ise tapu siciline güven ilkesi kapsamındaki tapu sicil unsurlarına ilişkin sınırlamaları kabul etmekle birlikte, tapu sicilinin aleniyeti ilkesi dahilinde incelemeye konu sicil unsurlarını daha geniş yorumlamaktadır. Buna göre değinilen görüş içinde bazıları ilgiyi inanılır kılma dışında ilave bir şart aramaksızın doğrudan yardımcı sicillerin¹⁹⁰ incelenebileceğini belirtmektedir¹⁹¹. Söz konusu görüş içinde diğerleri ise farklı ölçütlere başvurarak yardımcı sicillerin incelenebileceğini kabul etmektedir. Bunlar arasında ana sicillerde doğrudan atıf yapılmış olma¹⁹², ana sicillerden elde edilemeyen ya da kapsam veya içeriği belirlenemeyen bilgilerin mevcut olması¹⁹³ veya gereklilik bulunması¹⁹⁴ gibi ölçütler arayanlar bulunmaktadır.

Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere değinilen görüşleri aktarmak ve aleniyet ilkesinin incelenecek siciller yönünden sınırlarının tartışmalı ve bu konuda belirsizlik bulunduğunu tespit

“Grundbuchrecht”, N. 548. Aleniyet ilkesinin tapu silinin ana ve yardımcı unsurlarına ilişkin olmakla birlikte, bunlarda sadece tapu sicilinin ana unsurların tapu siciline güven ilkesine tabi olduğu yönündeki görüş için Bkz. Ertaş, “Miras Hukuku”, N. 441.

187 Tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin amacının taşınmazların hukuki durumu ve bu kapsamda aynı hakların doğumu, içeriği, kapsamı ve sona ermesini etkileyebilecek tapu sicil işlemleri hakkında bilgi vermek olduğu, tapu sicilinin ana unsurlarının bun amaca hizmet ettiği ve maddi sicil hukukun esas konusunu oluşturduğu ve aleniyetin kapsamına da bunun dahil edilmesi gerektiği hakkında Bkz. Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 335 vd., 346.

188 TST m. 5 f. 2’de zikredilen ana siciller arasında tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, yevmiye defteri, resmî belgeler (resmî senet, mahkeme kararı ve diğer resmî belgeler) ve plân yer alır.

189 Değinilen gerekçeler aktararak ve aktarılmadan bu görüşü paylaşan bazı eserler için örneğin Bkz. Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 548; Hüseyin Hatemi vd., Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, 86; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 335 vd.; Akipek vd., “Eşya Hukuku”, 274; Akçaal, “Eşya Hukuku”, 190; Antalya - Topuz, “Tapu Sicili”, 72; Reisoğlu, “Eşya Hukuku-I”, 115; Ünal - Başpınar, “Şekli Eşya Hukuku”, 288.

190 TST m. 5 f. 3’te zikredilen yardımcı siciller arasında aziller sicili, düzeltmeler sicili, kamu orta malları sicili, tapu envanter defteri sayılmıştır.

191 Örneğin Bkz. Tuor vd., “Das Schweizerische Gesetzbuch”, 797; Ertaş, “Eşya Hukuku”, N. 441. Açıkça yardımcı sicilleri zikretmemekle birlikte tapu sicilinin aleniyetine ilişkin açıklamalarda tapu sicil unsurlarına ilişkin bir ayırım yapmadan bu yönde olduğunda yola çıkılabilecek bazı eserler için örneğin Bkz. Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 666 vd., 998; Nomer - Ergüne, “Eşya Hukuku”, 124.

192 Ayan, “Eşya Hukuku-I”, 244; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 442; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 970, N. 12; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 10; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 8.

193 Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 442 ve dn.1590’da zikredilen eserler.

194 Güleş, “İnanılır İlgî”, 92.

ile yetinilecektir¹⁹⁵. İnceleme hakkının (benimsenecek görüş dahilinde) ilgili siciller yönünden kapsamını, somut olayda inceleme talep edenin dayandığı inanılır ilgi belirleyecektir¹⁹⁶.

Aşağıda mirasçının iştirak halinde birlikte veya tek başına malik statüsünden kaynaklı tapu verilerine ilişkin bilgi edinme hakkı ile mirasçının, diğer birlikte mirasçıların ve üçüncü kişilerin tapu verilerine ilişkin bilgi edinme hakkı ayrı başlıklarda incelenecektir. Ancak değinilen başlıklardan önce, özellikle mirasçının maliki olmadığı taşınmazlara ilişkin bilgi edinme hakkına ilişkin olarak irdelenmesi gereken bir ön mesele bulunmaktadır. Buna göre 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu dahilinde TMK m.1023'ün uygulanabilirliği ve buna olumlu yanıt verilirse bunun kapsamının ne olacağına sorulmalıdır.

B.4982 SAYILI BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNUDAHİLİNDE TMK M. 1023'ÜN UYGULANABİLİRLİĞİ

Kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK) kabul tarihi olan 09.10.2003'ten itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmiştir (BEHK m. 32). Bu tarihten itibaren diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmektedir (BEHK m. 5 f. 2). BEHK ile tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kendilerine başvuran gerçek veya tüzel kişi herkese¹⁹⁷ onların kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak şartı aranmaksızın kural olarak ellerinde bulunan her türlü bilgi ve belgeyi etkin, süratli ve doğru şekilde sunmakla yükümlü tutulmuştur (BEHK m. 2, m. 4 f. 1, m. 5, m. 7 f. 1). BEHK kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşları¹⁹⁸ arasında tapu idareleri, istenebilecek bilgiler¹⁹⁹ arasında ise tapu sicil bilgileri

195 Ana siciller arasında yer alan ve mirasçıların menfaatleri yönünden önem taşıyabilecek resmi belgelerin incelenme hakkı özelinde de tartışmalar olup bunu aşağıda ilgili başlık altında değerlendirecektir. Bu konuda Bkz. İncelemenin II, D numaralı başlığı.

196 Hrubesch Millauer vd., "Sachenrecht", N. 03.70; Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 8 vd.; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 7; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 547; Akipek, "Eşya Hukuku-I", 338; Oğuzman vd., "Eşya Hukuku", N. 671; Akçaal, "Eşya Hukuku", 192.

197 Buna karşılık Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin bilgi edinme hakkını ancak kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak şartıyla ve karşılıklılık esası dahilinde kullanabilecekleri öngörülmüştür (BEHK m. 5 f. 2).

198 Tanımlar başlıklı BEHK m.3 a)'da kurum ve kuruluş BEHK m. 2'e işaret edilerek: "...bilgi edinme başvurusu yapılacak bütün makam ve mercileri" şeklinde tanımlanmıştır.

199 BEHK m.3 c)'de bilgi: "Kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veriyi" ifade ettiği belirtilmiştir.

sayılabilir²⁰⁰. Daha önce aktarıldığı üzere TMK m. 1020 f. 2’de tapu sicilindeki bilgilere erişim, ilgisini inanılır kılma koşuluna bağlanmıştır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde BEHK ile TMK m. 1020 f. 2’nin arasında bir çatışma olduğunu düşündürmektedir. Nitekim TMK m. 1020 f. 2’nin yürürlükten kalkıp kalkmadığı öğretide günümüze kadar tartışılmıştır²⁰¹. Değinilen sorunun cevabı, çalışmanın kapsamını aşmayacak kapsamda genel hatlarıyla aşağıda değerlendirilecektir.

Burada bir kanun maddesinin, aynı konuyu düzenleyen başka bir kanun maddesini açıkça yürürlükten kaldırılmadığı bir durum söz konusudur. Bu tür durumda genel kural olarak hangi kanun maddesinin uygulanacağı konusunda önceki ve sonraki kanunların, özel veya genel nitelikte olup olmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılır²⁰². Her ikisi de genel veya özel nitelikte hukuk normlarının aynı zamanda uygulanabilme imkanı yoksa sonraki kanunun zamansal üstünlüğü ilkesi/öncelik ilkesi (“*leges posteriores priores contrarias abrogant*”/ “*legi posterior derogat legi priori*”) gereği yeni kanun uygulanır²⁰³. Ancak önce yürürlüğe giren kanun genel, diğeri özel nitelikte olup bunlar birlikte uygulanabilir değil ise özel hükmün genel hükmün uygulanmasına engel olacağı (özellik ilkesi/ “*Lex specialis derogat legi generali*”) kabul edilir²⁰⁴. Ancak önce yürürlüğe giren kanun özel, diğeri genel nitelikte ise bu durumda standart bir yaklaşım benimsenmemesi, yeni tarihli genel kanunun amacı ve menfaat durumları gözetilerek bir değerlendirme yapılması gereklidir²⁰⁵. Aktarılan esaslar dahilinde her ikisi de bilgi paylaşımını öngören BEHK ile TMK m. 1020 f. 2 arasında öncelik-sonralık ile özellik-genellik ilişkisi ve bunu takiben bir çatışmanın mevcut olup olmadığı irdelenmelidir.

200 Oktay Özdemir, “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 519; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 114.

201 Bu konuda örneğin Bkz. Aybay, “Bilgi Edinme Hakkı”, 218 vd.; Aybay, “Tapu Sicili”, 23 vd.; Oktay Özdemir “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 519 vd.; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 116 vd.; Bedia Güleş, “İnanılır İlgî Kavramı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Bilimsel Çalışmalara Açıklığı, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3/2 2018, 93 vd.; Vehbi Umut Erkan – Rabia Özsoy, “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72/1 (2023), 110 vd.

202 Özcan, “Medeni Hukuk”, 113; Dural - Sarı, “Medeni Hukuk”, N. 761 vd.

203 Edis, “Medeni Hukuk”, 182; Antalya, “Hukuk Metodolojisi”, 451 vd., 460 vd.; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 393 vd.; Nomer - Akbulut, “Medeni Hukuk”, N. 127; Oğuzman - Barlas, “Medeni Hukuk”, N. 276. Diğer bir görüş ise aktarılan durumda hâkimin bu hükümlerden birini tercih etme hak ve yetkisi bulunmadığı, birbiriyle bağdaşmayan ve birbirini etkisiz hale getiren bu iki hükmün meydana getirdiği kanun boşluğunu hakimin doldurması gerektiğini belirtir. Bu görüş için Bkz. Işıқтаç - Metin, “Hukuk Metodolojisi”, 261 vd.

204 Antalya, “Hukuk Metodolojisi”, 453 vd., 461; Ayan - Ayan, “Medeni Hukuk”, 104; Işıқтаç - Metin, “Hukuk Metodolojisi”, 260 vd.; Oğuzman - Barlas, “Medeni Hukuk”, N. 278.

205 Krş. Nomer - Akbulut, “Medeni Hukuk”, N. 126 vd.; Edis, “Medeni Hukuk”, 163.; Ayan - Ayan, “Medeni Hukuk”, 104; Serozan, “Metot”, 181; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 394 vd.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK'nin önceki kanun olduğu açıktır. Özel-genel hüküm ilişkisi ise karşılaştırmaya konu hukuk normları arasında belirli bir bağlantıyı gerektirme olup bu durum değişik şekillerde gerçekleşebilir²⁰⁶. Özellikle bir hükmün maddi unsuru diğer bir hükmün maddi unsuru ("özellik unsuru") yanında ayrıca başka bazı maddi olgu/ları içermekte ise bunlardan ilkinin, ikincisine nazaran özel hüküm olduğu kabul edilebilir²⁰⁷. Yine bir hükmün standart bir şekilde özel veya genel olarak nitelendirilemeyeceği, bu konuda başka bir hükümle karşılaştırılarak bir sonuca varılması gerektiği vurgulanmalıdır²⁰⁸. Bu bağlamda tapu sicili bilgilerini incelemeyi, ilgisini inanılır kılma şartına bağlayan TMK m. 1023'ün özel hüküm, kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan birtakım istisnalar dışında her türlü veriye ilişkin bilgi edinme hakkını düzenleyen BEHK'nin ise genel hüküm niteliğinde olduğu söylenebilir²⁰⁹. Ancak bir norm çatışmasından bahsedilebilmesi ve bu konuda değinilen esasları uygulayabilmek için inceleme konusu normlar arasında benzerlik kurulması yeterli değildir. Ayrıca inceleme konusu normların birlikte uygulama imkânı olmadığı, aralarında bir çatışma olduğunun ortaya konması gereklidir²¹⁰.

BEHK'nin dördüncü bölümünde bilgi edinme hakkının çeşitli sınırları öngörülmüştür²¹¹. Taşınmaz mallar üzerindeki haklara ilişkin tapu sicil bilgisi, BEHK'nin bizzat öngördüğü değinilen sınırlar arasında kaldığının kabul edilebildiği ölçüde bir çatışma durumundan bahsedilemeyecektir. Bir başka deyişle değinilen ihtimalde TMK m. 1020 f. 2'de öngörülen sınırlama geçerli olmaya devam edecektir. Öncelikle TMK m. 1020 f. 2 hükmü, BEHK'de bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak doğrudan sayılmamıştır. Ancak tapu sicil bilgilerinin söz konusu istisnalar arasında yer alan ticari sır (BEHK m. 23) veya özel hayatın gizliliği (BEHK

206 Krş. Serozan, "Metot", 177 vd.; Antalya, "Hukuk Metodolojisi", 324 vd.; Tahir Çağa, "Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 3 (1991), 369 vd.

207 Çağa, "Özel Hüküm-Genel Hüküm", 370; Nomer - Akbulut, "Medeni Hukuk", N. 121.

208 Oğuzman - Barlas, "Medeni Hukuk", N. 275; Çağa, "Özel Hüküm-Genel Hüküm", 370. Bu bağlamda bizce yerinde olmayacak bir şekilde söz konusu hususu dikkate almadan, ilave başka bir gerekçe belirtilmeksizin BEHK ile TMK m. 1020 f. 2 arasındaki özel-genel hüküm karşılaştırmasında, TMK m. 1020 f. 2 hükmünü genel hüküm olarak nitelendiren bir çalışma için Bkz. Güleş, "İnanılır İlgî", 94.

209 Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 114; Aybay, "Tapu Sicili", 25; Erkan - Özsoy, "Bilgi Edinme Hakkı", 114.

210 Çağa, "Özel Hüküm-Genel Hüküm", 371 vd.; Işıktaç - Metin, "Hukuk Metodolojisi", 261; Nomer - Akbulut, "Medeni Hukuk", N. 120; Özcan, "Medeni Hukuk", 113.

211 Bu konuda örneğin Bkz. Muhammed Emin Aydemir, "Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 286; Can, Azer, Bilgi Edinme Hakkı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 163 vd.; F. Ebru Gündüz - İsmail Yazıcıoğlu, "Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması", Anayasa Yargısı Dergisi 38/1 (2021), 174 vd.

m. 21) içine dahil olup olmadığı tartışılabilir²¹². Bu bağlamda öncelikle somut olaya konu tapu sicil bilgisi, bir ticari sır olarak kabul edilirse BEHK uygulama alanı bulmayacak ve BEHK ile TMK m. 1020 f. 2 arası bir çatışma söz konusu olmayacaktır²¹³. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere söz konusu ihtimale işaret etmekle yetinilerek aşağıda diğer bir istisna olan özel hayatın gizliliği bağlamında açıklamalara devam edilecektir.

Özel hayatın gizliliği bağlamında baskın görüşün kabul ettiği üç alan teorisi zikredilebilir²¹⁴. Buna göre kişinin özel hayat alanı ve gizli hayat alanı, mutlak haklardan olan kişilik hakkına²¹⁵

212 Oktay Özdemir “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 520; Aybay, “Bilgi Edinme Hakkı”, 23 vd.; Güleş, “İnanılır İlgisi”, 94 vd.; Erkan - Özsoy, “Bilgi Edinme Hakkı”, 108 vd.; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 120 vd.

213 Ticari sır başlıklı BEHK m. 21’de: “*Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler*”in, BEHK’nin uygulama alanı dışında kaldığı belirtilmektedir. 25.10.2011 tarihli Adalet Komisyonu’nun 1/517 No’lu Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’nın ikinci maddesinde ticari sır çok geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Kısaca aktarılacak olursa ticari sır, bir ticarî işletme ya da şirketin faaliyet alanıyla ilgili olmalı, onun ekonomik yaşamdaki başarısı verimliliği için çok önem taşımalı, sınırlı sayıda kişiyle paylaşılmalı, (özellikle rakipler tarafından) öğrenilmesi durumunda bu bilginin sahibinin zarar görme ihtimalinin bulunması gerekir. Maddede bu kapsamda sınırlı olmayacak şekilde çok sayıda örnekler paylaşılmıştır. Tapu sicil kayıtlarının değinilen tanımın içine girdiğinin kabul edilebileceği yönünde Bkz. Aybay, “Tapu Sicili”, 26. Ticari sırrı konu alan çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin hizmet sözleşmelerinde işçinin özen ve sadakat borcuna ilişkin TBK m. 396’nın dördüncü fıkrasında, işçinin hizmet ilişkisinin devamında ve işverenin haklı menfaatinin korunması gerektiği kapsamda hizmet ilişkisinin sona ermesini takiben işverenin iş (ticari) sırlarını saklama yükümlülüğü öngörülmüştür. Örneğin TCK m. 239’da ticari sır niteliğindeki bilgi veya belgelere “*Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf*” olan ya da bunları “*hukuka aykırı yolla elde eden*” kişilerin, bunları yetkisiz kişilere vermesi veya ifşa etmesinin cezalandırılması gerektiği öngörülmektedir. Yine örneğin sınırlı olmayacak şekilde sayılan haksız rekabet halleri arasında 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 55 f. 1, b-3’te: “*İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye*” yöneltme, TTK m. 55 f. 1, d’de ise bunları hukuka aykırı şekilde ifşa etme haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Başka bir örnek 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 25 f. 4’te görevden ayrılmış olsalar dahi rekabet kurulu üyeleri ile personeli için öngörülen ticari sırları ifşa etmeme, kendileri ya da başkaları için kullanmama yükümlülüğü zikredilebilir. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 61 f. 1, h’de Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun ticari sırları koruma ve muhafaza etme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bunun gibi örneğin uyulmaması durumunda cezaı yaptırım öngörülen 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 73 f. 3 hükmü (“*Sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder*”) ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun 1.01.2022 tarihinde yürürlüğe giren 31501 Sayılı Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik zikredilebilir. Yine ortaklık hukuku, fikri ve sınai haklar hukuku, arabuluculuk mevzuatı, Sermaye Piyasası Kanunu gibi ticari sır ilişkili koruma öngören çeşitli örnekler paylaşılabilir. Ticari sır kavramı, ticari sırların korunmasına ilişkin hukuki rejim ve bu kapsamda hukukumuzda ticari sırı konu alan çeşitli düzenlemeler hakkında örneğin Bkz. Muhammed Sulu, Ticari Sır (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020), 5 vd., 47 vd., 51 vd.

214 Serap Helvacı, Gerçek Kişiler (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 123 vd.; Mustafa Dural – Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku) (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), N. 674 vd.; Antalya - Topuz, “Medeni Hukuk”, 164 vd.

215 Kişilik hakkının özellikleri için örneğin Bkz. Helvacı, “Gerçek Kişiler”, 108 vd.; Oğuzman vd., “Kişiler hukuku”, N. 569 vd.; Bilge Öztan, Kişiler hukuku gerçek kişiler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 256 vd.; Jale, Akipek, Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C 1 (Ankara, Beta Yayıncılık 2021), 239 vd.; Dural – Öğüz, “Kişiler Hukuku”, N. 516 vd.

ilişkin değerler arasında yer alır. Bu bağlamda genel olarak malvarlığına ilişkin bilgiler ve bu kapsamda inceleme konusu taşınmaz üzerindeki hak sahiplerine ilişkin bilgiler irdelenebilir. Buna göre bunların özel ve gizli hayat alanları içinde kabul edildiği ölçüde kişilik hakları kapsamında korunması gereken değerler arasında sayılabilir²¹⁶. TMK m. 1023 f. 2, ilgisini inanılır kılan kişilerin söz konusu bilgilere erişimi ve bu anlamda kişilik değerlerine müdahaleyi mümkün kılar. Bu anlamda değinilen hüküm, TMK m. 24 f. 2 anlamında bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder²¹⁷.

Kanaatimizce, olan hukuk yönünden tüm tapu sicil bilgileri değil²¹⁸ bunlar arasında kişilik haklarına dahil olduğu kabul edilebilecek olanlar, BEHK m. 21’de öngörülen istisna

216 Veysel Başpınar, “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler”, AÜHFD, 57/3 (2008): 117 vd. ile dn. 59’daki yazarlar; Oktay – Özdemir, “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 521 vd.; O. Gökhan Antalya, Elektronik Tapu Sicili (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 38 vd.; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 324 ve dn. 399’daki yazarlar; Erkan - Özsoy, “Bilgi Edinme Hakkı”, 109 vd. Yine Anayasa Mahkemesi’nin bir kişinin mali durumunu (malvarlığına ilişkin bilgiyi) özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirdiği bir kararı için Bkz. AYM, T. 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 Sayılı Kararı, www.lexpera.com, mevzuat sistemi, (Erişim Tarihi: 19.07. 2023). Nitekim BEHK m. 21 f. 1’de örneğin paylaşılması durumunda kişinin özel ve aile hayatına, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler gibi farklı ihtimaller dahilinde taşınmaza ilişkin bilgilerin paylaşımı ile ilişkilendirilebilmesi mümkün olabilecek özel hayatın gizliliği kapsamında bazı değerler sayılmıştır. Aksi yönde BEHK m. 21’de sayılan durumlar arasında açıkça tapu sicil kayıtları belirtilmediği için bunların hükmün kapsamında sayılmayacağı hakkında Bkz. Aybay, “Tapu Sicili”, 24.

217 Öğretide tartışmalı olan hususlardan biri de TMK m. 1023 f. 2’nin TMK m. 24 f. 2’de ki hangi hukuka uygunluk sebebine karşılık geldiğidir. Tapu sicilinin üçüncü kişilere sınırlı olarak açık olması durumundan yola çıkılarak bu bilgilere erişimde daha üstün nitelikte kamu yararı hukuka uygunluk sebebine dayanılmayacağı, burada hukuka uygunluk sebeplerinden özel nitelikte özel yararın söz konusu olduğu hakkında Bkz. Oktay – Özdemir, “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 522. Burada hukuka uygunluk sebeplerinden özel nitelikte özel yararın söz konusu olduğu, ayrıca hak sahibinin rızası bulunması ihtimali yanında (bir önceki yazara benzer tespit ve gerekçelerle genel olarak üstün nitelikte kamu yararını burada hukuka uygunluk nedeni kabul etmemekle birlikte) genel idare adına hareket eden memur veya resmi makamların taşınmaz sicil bilgilerine erişiminin daha üstün nitelikte kamu menfaatine dayalı bir hukuka uygunluk nedeni olarak gündeme gelebileceği hakkında Bkz. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 127 vd. Genel olarak kişilik hakkına aykırılıkta hukuka uygunluk nedenleri için Krş. Öztan, “Gerçek Kişiler”, 325 vd.; Akipek vd., “Medeni Hukuk C. I”, 402 vd.; Ayan - Ayan, “Kişiler Hukuku”, 122 vd.

218 Genel olarak taşınmaza ilişkin tüm bilgilerin istisna kapsamında olduğuna ilişkin görüş için Bkz. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 120 vd.; Erkan - Özsoy, “Bilgi Edinme Hakkı”, 114 vd. Benzer şekilde tapu sicilinde aynı hakka ilişkin bilgilerin BEHK m. 21’de öngörülen istisna kapsamına girmediği hakkında Bkz. Oktay Özdemir “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 528. TMK m. 1020 uygulamasında ZGB Art. 970 Abs. 2 ile benzer şekilde taşınmazın özellikleri yanında, kimin hangi aynı hakkın sahibi olduğu, hangi tarihten ve hangi sebebe dayanarak aynı hak sahibi olduğunu herkesin öğrenmesi konusunda inanılır ilgisinin var olduğundan yola çıkılabileceği, zira bu olguların, hukuken korunmaya değer menfaatinin daha az olan durumlara ilişkin olduğu şeklindeki görüş için Krş. Antalya - Topuz, “Eşya Hukuku”, 679. Söz konusu görüşün bazı tespitlerine olan hukuk yönünden katılmamaktayız. Aynı hak sahiplerinin adı ve kimlik bilgileri, onların kişilik değerleri arasında yer almakta olup bizce söz konusu durum aynı hak sahipleri yönünden hukuken korunmaya değer bir menfaat teşkil eder. Yine genel olarak tapu sicilinde resmi belgelerde yer alan sözleşmeler içinde sınırsız bir erişimi her zaman kabul etmemekteyiz. Özellikle sözleşmenin taraflarına ilişkin kişilik haklarına dahil olduğu kabul edilebilecek sözleşme kayıtları

kapsamında kabul edilmelidir²¹⁹. Buna karşın taşınmaza ilişkin bilgilerden makul ve ortalama bir hak sahibinin hayatın olağan gidişatında bir başkasının bilmesinde sakınca görmeyeceği, ona zarar vermeyeceği kabul edilebilecek²²⁰ olanlar²²¹ farklı değerlendirilmelidir. Bu tür bilgilerin kamuya açık alanda olduğu kabul edilebilecek olup bunlar herkesin erişimine açık olmalıdır. Bu kapsamda öncelikle taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin kişilik hakları kapsamında kabul edilemeyecek taşınmazın tanımlayıcı bilgileri zikredilebilir. Ayrıca genel anlamda taşınmaza yönelik hak ve sınırlamalarda bu kapsamda sayılabilir²²². Örneğin mülkiyetin şekli (tek kişi mülkiyet, elbirliği veya paylı mülkiyet mi, kat mülkiyetine tabi olup olmadığı bilgisi)²²³, mülkiyetin kazanım tarihi²²⁴, taşınmaz üzerinde kendilerine sayfa açılan

daha sonra aktarılacağı üzere inanılır ilgi dahilinde inceleme hakkının kapsamına ilişkin değerlendirilmelidir. Gerekçe paylaşılmadan taşınmaz üzerinde hakların özel hayatın gizliliği kapsamında olmadığı, ancak bunların sahibi için önem taşıdığı kabul edilebilecek hukuki işlemlere konu olmaları halinde istisna kapsamında kabul edilebileceğine ilişkin bir görüş için Bkz. Güleş, “İnanılır İlgisi”, 95 vd. Son zikredilen yazar taşınmaz üzerindeki hakların özel hayatın gizliliği kapsamına girmemesine gerekçe olarak, aksi halde BEHK m. 21 hükmünün uygulanacağı ve hiçbir tapu sicil bilgisinin görülemeyecek olmasını göstermektedir (95). Ancak biz yazarın gerekçesine katılmamaktayız. Nitekim değinilen durumda TMK m. 1023 f. 2 hükmü, ilgilinin inanılır kılınması ihtimalinde üçüncü kişilerin taşınmaz üzerindeki haklarına ilişkin bilgi edinebileceğini düzenlemektedir. Kanaatimizce BEHK m. 21 hükmü ile kanun koyucunun amacı, özel hayatın gizliliği kapsamında taşınmaza ilişkin bilgiler hakkında tapu sicilinden hiçbir şekilde inceleme yapılamaması değil, buna ilişkin değerlendirmeyi kural olarak BEHK uygulama alanı dışına çıkarmaktır. Kaldı ki BEHK m. 21 hükmünde bile özel hayatın gizliliğine ilişkin bazı istisnalar (istisnanın istisnaları) öngörülmüştür. Ayrıca yazarın kullandığı sahibi için önem taşıyıp taşıyama ölçütü belirsiz olup kanaatimizce kanunun uygulama alanını belirlerken esas alınması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek objektif bir ölçüt olmalıdır.

219 Bu anlamda taşınmaz üzerinde hak sahibi olanın sadece sınırlı kişilerle paylaşma istediği (özel hayat alanı) veya kendine saklamak istediği (gizli alan/ gizli hayat alanı) kabul edilebilecek olan bilgiler istisna kapsamında kabul edilmelidir. Bu konuda Krş. Ayan - Ayan, “Kişiler Hukuku”, 105 vd.; Helvacı, “Gerçek Kişiler”, 125; Dural – Ögüz, “Kişiler Hukuku”, N. 676 vd.

220 Zikredilen ölçütler, daha sonra aktarılacak olan, inanılır ilgiye ilişkin değerlendirmede esas aldığımız objektif yaklaşım ile uyumludur. Bu konuda Bkz. İncelemenin II, D numaralı başlığı.

221 Krş. Öztan, “Gerçek Kişiler”, 281 vd.; Dural – Ögüz, “Kişiler Hukuku”, N. 680; Helvacı, “Gerçek Kişiler”, 126

222 ZGB Art. 970 Abs. 2 yapılan değerlendirme dahilinde yukarıda paylaşılan taşınmazın tanımlayıcı bilgileri, mülkiyetin şekli ve edinme tarihine ilişkin kayıtları kişilik hakkı yönünden problem teşkil etmeyen tapu sicil verisi (“persönlichkeitsrechtlich unproblematische Daten des Grundbuchs”) olduğu şeklinde nitelendirme için Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 5. Ancak yazar aynı zamanda hükümde geçen malikin isim ve kimliğini de aynı şekilde nitelendirmektedir. Bu şekilde üçüncü kişiler, ancak aynı hakkın sahibinin kim olduğu bilirlerse, onun hakkına riayet edebilirler (N. 5, 5a). Bizce aynı hak sahiplerinin isim ve kimliklerinin üçüncü kişilerle serbestçe paylaşılması onların kişilik haklarını ihlal edebilecek niteliktedir. Yazarın malikin ad ve kimlik bilgilerine ilişkin tespiti, özellikle bunun mutlak hak olan aynı hakların niteliği ile bağdaştığı gerekçesiyle olması gereken hukuka ilişkin tartışılabilir niteliktedir. Ancak olan hukuk yönünden ve BEHK dahilinde TMK m. 1020 f. 2’in uygulanabilirliğine ilişkin yapılacak değerlendirme dahilinde bu tespite katılmamaktayız. Yukarıda paylaşılan bilgiler hak sahipleri ile ilişkilendirilmediği sürece taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin kişilik hakları kapsamında kabul edilmeyecektir. Yine aynı hakka ilişkin tapu sicil bilgilerin BEHK m. 21’de öngörüle istisna kapsamına girmediği hakkında Krş. Oktay Özdemir, “Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi”, 528.

223 Krş. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 7, 13.

224 Örneğin mülkiyetin kazanım tarihinin bilinmesi, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı bağlamında taşınmazı zilyetliğinde bulunduran, bilgi talep eden ilgili kişi yönünden önem taşıyabilir. Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı uygulama hallerinden birine

bağımsız ve sürekli nitelikte irtifak hakkının tanımı²²⁵ gibi kişilik hakları kapsamında olmadığı kabul edilebilecek bilgiler böyledir. Bundan sonraki açıklamalarda taşınmaz üzerinde hak sahiplerinin isim ve kimlik bilgilerinin paylaşılmadığı değinilen durumlara karşılık gelmek üzere kısaca “taşınmaza ilişkin bilgiler” ifadesi kullanılacaktır. Nitekim söz konusu tespit ile benzer şekilde elektronik tapu sicilinin tutulmasına ilişkin olarak Türk Hukuku’ndaki ilgili düzenlemeler zikredilebilir. Burada birtakım tapu sicil verilerine özellikle hak sahiplerinin adının paylaşılması (kimliksizleştirme) vurgusu yapılarak elektronik ortamda (sözleşme şartları kapsamında)²²⁶ herkesin erişiminin mümkün olduğu öngörülmektedir²²⁷. Bu makalenin inceleme konusu dışında kalan elektronik tapu sicili hakkında yapılan açıklamalarla yetinilecektir.

ilişkin olan TMK m.713 f. 2’de f. 1’deki şartların (“*davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde*” bulundurma) sağlanması halinde:” *tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebileceği*” öngörülmüştür. Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması hakkında örneğin Bkz. Murat Topuz, Türk Özel Hukuku’nda Taşınmaz Mülkiyeti (Ankara, Seçkin yayıncılık, 2020), 223 vd.; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2016), 276 vd. Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 1586 vd.

225 Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 6.

226 Sözleşme şartlarını kabul suretiyle herkesin değinilen verilere erişimi koşulsuz inceleme izlenimi yaratsa bile burada idare ile yapılan bir sözleşme söz konusu olduğu ve bundan dolayı bunun koşulsuz bir erişim olarak nitelendirilemeyeceği hakkında Bkz. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 421.

227 2013/5150 Sayılı Tapu Sicil Tüzüğü’nde tapu sicilinin elektronik ortamda tutulmasına ilişkin elektronik ortamda verilere erişim hakkına yönelik m. 14’ün beşinci fıkrasında tapu sicilinde kayıtlı taşınmazın tanımlayıcı bilgilerinin herkes tarafından sorgulanabileceği öngörülmektedir. Yine 29288 Sayılı Tapu ve Kadastro Verilerinin İşlenmesi ve Elektronik Ortamda Yapılacak İşlemler Hakkında Yönetmelik m. 6 f. 10’da: “*Taşınmazı tanımlayıcı bilgilere ve taşınmaza yönelik hak ve kısıtlamalara herkes tarafından herhangi bir kısıtlama olmaksızın ulaşılabilir*”. Hükmün devamında hak sahiplerine ilişkin hak ve kısıtlamalara ise TMK m. 1020 hükmü dahilinde sadece ilgisini inanılır kılanlar tarafından öğrenilebileceği vurgusunun yapılması da dikkat çekicidir (29288 Sayılı Yönetmelik m. 6. f. 10). Benzer şekilde ama bu sefer aleniyet ilkesine vurgu yapılarak tekrar: “*Tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereğince, taşınmazın tanımlayıcı bilgileri ile taşınmaza yönelik hak ve kısıtlamalar herkes tarafından elektronik kabul beyanı ile sorgulanabilir*” şeklinde ifade edilmektedir (29288 Sayılı Yönetmelik m. 7. f. 5). Tanımlara ilişkin m. 4, f’de ise değinilen hükümlerde geçen “*taşınmazın tanımlayıcı bilgilerin*”:*” Kimliksizleştirilmiş taşınmazın; bulunduğu il, ilçe, mahalle/köy, mevkii, ada/parsel numarası, niteliği, yüzölçümü, kat irtifakı veya kat mülkiyeti durumu, varsa blok ve bağımsız bölüm numarasına ilişkin bilgiler”* i ifade ettiği aktarılmıştır. Maddede geçen ve tapu verilerinin kısaca kimliği belirli veya belirlenebilir kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesini (Krş. 29288 Sayılı Yönetmelik m. 4, i) ifade eden kimliksizleştirme ifadesi de tapu sicil verilerinin paylaşımında taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin kişilik haklarını ihlal etmeme (ve KVKK’ya uyum) yönündeki hassasiyeti yansıtan başka bir düzenlemedir. Elektronik tapu sicil sistemi uygulamasında ilgili düzenlemeler dahilinde elektronik tapu verilerine erişim hakkında örneğin Bkz. Antalya, “Elektronik Tapu Sicili”, 35 vd. Yine genel olarak Krş. Ünal - Başpınar, “Şekli Eşya Hukuku”, 294 vd., 298 vd.

Yukarıda aktarılan gerekçelerle taşınmaza yönelik bilgiler ile sınırlı olarak TMK m. 1023 f. 2 ile BEHK arasında bir çatışma bulunmaktadır. Buna karşın diğer taşınmaz bilgilerine ilişkin olarak TMK m. 1023 f. 2 ile BEHK birbirini tamamlayacak şekilde birlikte uygulanacağı sonucuna varılmıştır. O zaman eski tarihli özel kanun olan TMK m. 1023 f. 2 ile yeni tarihli genel kanun olan BEHK arasında değinilen hususlarla sınırlı olan çatışma durumuna nasıl yaklaşılacağı irdelenmelidir. Bu durumda daha önce aktarıldığı üzere kanun koyucunun yeni tarihli olan BEHK ile güttüğü amaçtan hareketle ve taraf menfaatleri dikkate alarak bir değerlendirme yapılmalıdır²²⁸.

Amaç başlıklı BEHK m.1’de kişilerin bilgi edinme hakkını, demokratik ve şeffaf bir yönetimden beklenebilecek eşitlik, tarafsız, açıklık ilkelerine uygun bir şekilde kullanması gerektiği belirtilmektedir. Zikredilen demokratik ve şeffaf yönetim modeli, bireye daha yakın ve şeffaf bir yönetimin söz konusu olduğu, devlete karşı duyulan güvenin arttığı, halkın denetiminin ve bu şekilde yönetime katılımının öngörüldüğü, idari faaliyetlerde keyfiliğin azaldığı ve hesap verilebilirliğin arttığı bir anlayışı yansıtmaktadır²²⁹. Aktarılan yönetim modelinde bilgilerin açıklanması halinde bundan kişilerin zarar görmesi istenmemiş ve aktarılan gerekçeyle özel hayatın gizliliği kural olarak kanunun bir sınırlaması olarak kabul edilmiştir²³⁰. Taşınmaza ilişkin bilgiler taşınmaz üzerinde hak sahibi olanların kişilik hakkını ihlal etmemekte olup bunların hükmün kapsamında olmadığı açıktır.

Uygulamada TMK m. 1020 f. 2’de zikredilen ve inanılır kılınması beklenen ilgi kavramı dahilinde tapu memurlarının takdir haklarını kullanmalarına bağlı olarak benzer durumlarda

228 Antalya - Topuz, *Medeni Hukuk*, 395; Işıktaç - Metin, “Hukuk Metodolojisi”, 261; Ayan - Ayan, “Medeni Hukuk”, 104; Barlas, “Medeni Hukuk”, 279.

229 Krş. Gündüz - Yazıcıoğlu, “Bilgi Edinme Hakkı”, 174; Aydemir, “Bilgi Edinme Hakkı”, 221 vd.; 4982 Sayılı bilgi Edinme Kanunu, Genel Gereke, (12.07. 2023), www.lexpera.com/mevzuat/sistemi.

230 Krş. 4982 Sayılı Bilgi Edinme Kanunu, Genel Gereke. BEHK m. 21’de bilgi edinme hakkının bir sınırı olarak özel hayatın gizliliği belirtilmiş, ancak bunun istisnası (istisnanın istisnası) olarak iki durum zikredilmiştir. Bunlardan ilki genel bir hukuka uygunluk nedeni olan kişilik hakkı sahibinin rızasının bulunması durumudur (BEHK m. 21 f. 1). Diğer bir durum olarak da kamu yararının gerektirdiği hâllerde kurum ve kuruluşların üçüncü kişilere bilginin ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek onun yazılı rızası alınmak koşuluyla verilebileceği belirtilmiştir (BEHK m. 21 f. 2). Öğretide son zikredilen istisnanın istisnasına ilişkin çok sayıda ucu açık soru bulunduğu, söz konusu hukuki belirsizlikten hareketle kişilik haklarını ihlal edebilecek bilgilerin erişime açılmaması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. Aydemir, “Bilgi Edinme Hakkı”, 316; Musa Eken, *Yönetimde Şeffaflık: Teori – Uygulama* (Sakarya, Sakarya Kitabevi, 2005), 120.

farklı veya keyfi uygulamalarla karşılaşılabilmesi mümkündür²³¹. Benzeri bir risk, taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin kişilik hakkı kapsamında kabul edilemeyecek ve bu anlamda BEHK'nin uygulama alanı içinde olan taşınmaza ilişkin bilgi talepleri içinde geçerlidir. Oysa kanun koyucu, gizliliğin geçerli olduğu bir kamu idaresi uygulamasını kabul etmeyen ve idarenin keyfi ve çelişkili uygulamalarını önlemeyi amaçlayan²³² BEHK'yi ihdas ederken bu tarz uygulamaların önüne geçmek istemiştir. Bu sonuç taraf menfaatleri ile de uyumludur. Şöyle ki bu bilgilerin paylaşımıyla taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin kişilik hakkının ihlal edilmediği paylaşılmıştı. Aynı zamanda varılan bu sonuç, tapu kaydını bildiği kabul edilen (TMK m. 1020 f. 3) üçüncü kişinin, kendisine (mutlaklık ilkesi gereği ileri sürülen) aynı hakkı bilme ihtiyacına sağladığı katkıyla aleniyet ilkesini de gözetmektedir²³³. Bu anlamda kanun koyucunun BEHK'yi ihdası ederek taşınmaza yönelik bilgilerle sınırlı olarak TMK m. 1023 f. 2'yi yürürlükten kaldırmak istediğinin ileri sürülebileceği kanaatindeyiz. Böylece inceleme konusu özelinde bir mirasçının mirasçılık sıfatından bağımsız olarak diğer bir mirasçının veya başka bir üçüncü bir kişinin taşınmaza ilişkin bilgileri ilgisini inanılır kılmaksızın (serbestçe) inceleme hakkı bulunur²³⁴. Ancak çalışmada benimsenen görüşün uygulamada karşılık bulmaması mümkündür²³⁵. Bu durum dikkate alınınca ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için

231 Krş. Aybay, "Tapu Sicili", 17; Oktay Özdemir "Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi", 510; "Tapu sicil kayıtları herkese açıktır (MK 1020)", Türk Hukuk Sitesi Forum Alanları- Hukuk Forumları- Hukuk Sohbetleri, (Erişim 02 Ağustos 2023), <https://www.turkhuksitesi.com/showthread.php?t=13060>. Yine günümüze kadar çeşitli değişikliklere uğrayan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün "Tapu Sicilindeki Bilgi ve Belgelerin Veriliş Esasları" konulu, 1556 2001/11 No'lu Genelgesi'nde (kısaca 2001/11 Sayılı Genelge şeklinde ifade edilecektir) tapu sicil müdürlüklerinde yaşanmış bazı keyfi uygulamalara işaret edilmektedir. Bu konuda Bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, "2001/11 Sayılı Genelge", 2.

232 Krş. Aydemir, "Bilgi Edinme Hakkı", 43. 97, 133 vd., 286, 356; Erkan - Özsoy, "Bilgi Edinme Hakkı", 104; Gündüz - Yazıcıoğlu, "Bilgi Edinme Hakkı", 174; Süleyman Yaman Koçak, "Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 23 (2010), 113.

233 Krş. Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 11 vd.; Oktay - Özdemir "Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi", 504 vd.; Aybay, "Tapu Sicili", 216 vd.; Aybay, "Bilgi Edinme Hakkı", 15 vd.

234 ZGB Art. 970 Abs.2 ilişkin olarak benzer açıklama için Krş. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 232; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 120. Ancak son zikredilen yazar sıklıkla serbestçe elde edilen tapu sicil bilgilerinin mirasçılardan bilgi edinme menfaatini tatmin ve mirasbırakanın yaşamında yaptığı hukuki işlemleri somutlaştırma konusunda yetersiz kalacağına haklı işaret etmektedir (N. 121).

235 Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün "Tapu Sicilindeki Bilgi ve Belgelerin Veriliş Esasları" konulu, 2001/11 Sayılı Genelge daha önce aktarıldığı üzere günümüze kadar çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerden sonuncusu 16.07.2021 tarihlidir. 2001/11 Sayılı Genelge inceleme konusuna ilişkin olarak incelendiğinde (devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğuna ilişkin TMK m. 1007 f. 1 yanında) TMK m. 1023 hükmüne işaret edilerek tapu sicilindeki bilgi ve belgelerin veriliş esasları paylaşılmaktadır (2001/11 Sayılı Genelge", 2). Taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin nüfus bilgilerinin istisnai olarak ilgili kurumlarla paylaşılmasına ilişkin açıklamaların yapıldığı bölümde, değinilen bilgilerin hak sahiplerinin kişilik haklarına ilişkin olduğu, bu yüzden bunların belirtilenler dışında hiçbir özel veya kamu hukuku tüzel kişisine verilmemesi gerektiğine işaret edilmektedir (2001/11 Sayılı Genelge", 4 vd.).

TMK m. 1020 ve ilgili mevzuatta değinilen istisnayı gözeten gerekli değışiklikler yapılmasını önermekteyiz.

C. MİRASÇININ MALİK STATÜSÜNDE KAYNAKLI İNCELEME HAKKI

Tapu sicilinin incelenebilmesi için TMK m. 1020 f. 2’de ilginin inanılır kılınması gerektiği öngörülmüştür. Tapu sicilinin aleniyetini inceleyen bazı eserlerde terminolojik olarak sadece kanunun sözünde geçen “ilgi” ifadesi tercih edilmektedir²³⁶. Diğer bazı eserlerde ise “ilgi” ifadesi yanında bununla aynı anlama gelmek üzere mehaz düzenlemeyle paralel şekilde (ZGB Art. 970 Abs.1, 2) “menfaat” veya “yarar” (“*das Interesse*”) ifadesi kullanabilmektedir²³⁷. Bu incelemede terminolojik olarak ilgi ile menfaat ifadeleri aynı anlama gelmek üzere kullanılacaktır.

Taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin kişilik haklarına yapılan vurguya rağmen, BEHK ihdasından sonraki yıllarda 2001/11 Sayılı Genelge’de taşınmaza yönelik bilgilere ilişkin herhangi bir istisnai hüküm öngören bir değışiklik veya ekleme yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde forum sayfasında 2001/11 Sayılı Genelge’ye ilişkin B.09.1.TKG0100001-074/192-651 Sayılı bilgi edinme konulu Talimat’a işaret edilmektedir (bundan sonra kısaca “İlgili Talimat” şeklinde ifade edilecektir). Bu konuda Bkz. TKGM, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, “Bilgi Edinme Kanunu”, <https://www.tapu-kadastro.net/index.php/kunena/6-tapu-fen/941-bilgi-edinme-kanunu> (Erişim 19 Temmuz 2023). İlgili Talimat ’da TMK m. 1007 f. 1, TMK m. 1020 f. 1, 2 ve tapu sicil tüzüğü’nün ilgili hükümleri paylaşılıp BEHK’nin ihdas edildiği belirtilmektedir. Bunların yanında sadece adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler başlıklı BEHK m. 20 maddesinde geçen: “... diğer özel kanun hükümleri saklıdır” hükmü de paylaşılmıştır. Ayrıca Talimat ’da değinilen hükümlerin birlikte değerlendirildiği belirtildikten sonra elektronik posta yoluyla yapılacak bilgi paylaşımlarına ilişkin tapu sicil işlemleri sırasında “hangi belgelerin ibraz edileceği veya harç, damga vergisi, döner sermaye ücretleri hakkında ya da istatistiki bilgileri içeren hususların soru konusu edilmesi halinde bu belge isimlerinin belirtmek suretiyle bilgi verilmesinde bir sakınca bulunmamakta” olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda özellikle fiziksel ortamdakitapu sicil uygulamasına yönelik olarak ne özel hayatın gizliliğine ilişkin BEHK m. 21’e ne de taşınmaz mallara ilişkin tapu dairelerinde bilgi paylaşımında ilgi şartı aranmamasına ilişkin bir kayıt düşülmüştür. Bu konuda Bkz. İlgili Talimat, (2 Ağustos 2023), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4982.pdf>. Diğer yandan Bilgi Edinme ve Denetle Kurulu’nun üçüncü kişilerin tapu sicil bilgilerini talep ettikleri çeşitli kararlarında genel olarak, bu bilgilerin BEHK m. 21 hükmü dahilinde istisna kapsamına girdiğinin kabul edildiği ve bu anlamda TMK m. 1020 f. 2 dahilinde tapu memurlarının uygulamada inceleme hakkına ilişkin ilgisini inanılır kılma şartını aranmaya devam edecekleri belirtilmektedir. Bu kararlar için Bkz. Erkan - Özsoy, “Bilgi Edinme Hakkı”, 115, dn. 45; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 125, dn. 405.

236 Örneğin Bkz. Ayan, “Miras Hukuku”, 243 vd.; Esener - Güven, “Eşya Hukuku”, 138; Akçaal, “Eşya Hukuku”, 190 vd.; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 336 vd.; Reisoğlu, “Eşya Hukuku-I”, 114 vd.; Ünal - Başpınar, “Şekli Eşya Hukuku”, 287 vd.

237Örneğin Bkz. Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 668 vd.; Antalya - Topuz, “Eşya Hukuku”, 578 vd.; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 167.

TMK m. 1023 f. 2’de zikredilen ilgi, hukuken korunan bir ilgiyi ifade etmekte olup bu hukuki veya fiili bir menfaate, ilgiye karşılık gelebilir²³⁸. Bu tespiti tapu sicil uygulamasında biraz daha açıklık getirmek üzere öğretilde *Rey*, seksenli yılların başında birtakım ara değerlendirmeler de içeren objektif, çok aşamalı değerlendirme öngören bir yaklaşım önermiştir²³⁹. Özellikle İsviçre Hukuku’ndaki baskın görüş ve uygulama tarafından bu yaklaşım aynen veya bazı değişikliklerle günümüze kadar kabul görmüştür²⁴⁰. Bundan sonraki açıklamalarda çıkış noktası olarak değinilen yaklaşımın inceleme aşamaları esas alınacaktır. Ancak katıldığımız görüş dahilinde değinilen yaklaşımın içeriklerinin yorumlanmasına ilişkin bazı farklılıklara ilgili yerlerde işaret edilecektir.

Bir menfaatin TMK m. 1023 f. 2 inceleme hakkına konu olabilmesi için ileri sürülen menfaat ile tapu sicili unsuru arasında fonksiyonel bir bağ (“*funktioneller Zusammenhang*”) bulunmalıdır²⁴¹. Tapuda adı geçen hak sahiplerinin, özellikle taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olan birinin hukuki konumundan ötürü bilgi talep etmesi mümkündür. Bu durumda değinilen fonksiyonel bağ kanunen kurulduğu ve bunun varlığından yola çıkılabileceği ve bu kapsamda ilginin (menfaat) ileri sürülmesi aranmaksızın inceleme hakkının kullanılabilmesi kabul edilmektedir²⁴².

238 Graham Siegenthaler - Roberto, “Sachenrecht”, N. 03.69; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 550; Tuor vd., “Das Schweizerische Gesetzbuch”, 797; Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451; Hrubesch Millauer vd., “Sachenrecht”, N. 03.69; Akçaal, “Eşya Hukuku”, 190; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 336.

239 Hans Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs (Schriftliche Fassung des vor der Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich am 16. November 1983 gehaltenen Referats)”, ZBGR 65 (1984): 80 vd.

240 Örneğin Bkz. Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 4; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 14. Yine Türk Hukuku’nda örneğin Krş. Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 669 vd.

241 Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 4; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 4; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 14; Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 80; Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 668; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 186.

242 Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 14; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N.4; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 4.; Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 80; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 185; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 551, 553. Doğal olarak aynı durumun, hak sahibinin rızasını alarak bilgi talep eden bir kişinin veya onun temsilcisinin inceleme talebi için de geçerli olduğu hakkında Bkz. Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 551; Ayan, “Eşya Hukuku”, N. 244; Gürsoy vd., “Eşya Hukuku”, 206. Alman Hukuku’nda aynı doğrultudaki görüş ve uygulama için örneğin Bkz. Harald Wilsch, “§ 12 Grundbucheinsicht; Abschriften”, Beck’ischer Online Kommentar GBO, ed. Stefan Hügel (München, Beck Verlag, 2018), § 12, N. 54. Somut hukuki menfaat sahibi olarak mülkiyet hakkına, rehin hakkına, irtifak hakkına, taşınmaz yüküne sahip olan kişilerin, kişisel hakları şerh edilmiş kişilerin, (yazarın katılmadığı, ancak öğretilde çok baskın görüş tarafından inceleme ve örnek alma hakkı dar tutulan) tasarruf yetkisi kısıtlamalarında veya geçici tescil şerhinde menfaati olan kişilerin, beyanlar hanesindeki hukuki veya fiili durumla bağlantılı kişilerin inceleme hakkı ve bunun kapsamı hakkında Bkz. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 210 vd. Yine menfaat sahibi olan kişiler hakkında toplu bir değerlendirme için örneğin Bkz. Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 552 vd.

Bu bağlamda öncelikle mirasbırakanın tek bir mirasçısının bulunduğu ve terekeye konu taşınmazı lehine tescil ettirmiş olduğu ihtimal ele alınabilir. Bu durumda tapu kütüğünde adı geçen mirasçının, kendi taşınmazına ilişkin inceleme hakkını, ayrıca ilgisini (menfaatini) ileri sürmek zorunda olmaksızın inceleyebileceği açıktır. Mirasın geçişinde mirasbırakanın birden fazla mirasçısının bulunduğu ve bir miras ortaklığının mevcut olduğu ihtimalde irdelenebilir. Bu durumda mirasçılar taşınmaza elbirliği ile malik olurlar²⁴³. Miras ortaklığında mirasçılar, kural olarak terekeye ilişkin yönetim ve tasarruf işlemlerini elbirliğiyle (hep birlikte) yaparlar (TMK m. 702 f. 2)²⁴⁴. Ancak mirasçılar tapu sicilini incelemesi bu kapsamda bir tasarruf olmayıp her bir mirasçı tek başına, TMK m. 640 f. 4, TMK m. 702 f. 4 hükümleri²⁴⁵ gereği bu hakkını kullanabilecektir²⁴⁶. Mirasçı ayrıca ilgisini ileri sürmesine gerek kalmaksızın sadece mirasçı olduğunu mirasçılık belgesiyle ispat ederek tapu sicil bilgilerini inceleyebilecektir²⁴⁷.

243 Krş. Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 1350; Hatemi, "Miras Hukuku", §13, N. 4; Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1864.

244 TMK m. 702 f. 2'nin sözünde sadece "tasarruf" işlemlerinin birlikte yapılacağından söz edilmektedir. Bununla birlikte öğretilerde bunun kapsamına, alelade nitelikte olmayan terekenin yönetimi (terekenin değerinin muhafazası ve değerinin arttırılması gibi) işlerinin de girdiği belirtilmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. Öztan, "Miras Hukuku", 339 vd.; İnan vd., "Miras Hukuku", N. 1829.

245 TMK m. 640 f. 4'te: "Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçıların hepsi yararlanır" şeklinde belirtilirken, aynı doğrultuda TMK m. 702 f. 4'te: "Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır" olarak ifade edilmiştir.

246 Açıkça bunu gerekçeleriyle özellikle vurgulayan veya tapu sicilinde hak sahipliğinin saptanması gibi taleplerin bu kapsamda olduğunu belirtmekle yetinen eserler için Bkz. Zobl, "Grundbuchrecht", N. 556; Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 232; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", §640, N.28; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 483, dn. 28; Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 221. Son zikredilen yazar, bazen çok sayıda mirasçının tapu memuruna karşı eş zamanlı inceleme taleplerinin olabileceği ve bu durumun önemli bir zaman ve iş gücüne sebebiyet verebileceğini dikkate alarak tapu memurunun ortak bir gün belirleme şeklinde bir yol izleyebileceğini, ancak söz konusu tasarrufun, mirasçıların bilgi edinme hakkını sona erdirmeyecek, emredici olmayan bir iç düzenleme olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ve bu konuya açıklık getirmek üzere bir tebliğ inhdas edilmesini önermektedir (222 vd.). Yine tapu sicilinde hak sahipliğinin saptanmasına ilişkin taleplerin, TMK m. 640 f. 2 kapsamında olduğu hakkında örneğin Bkz. YHGK., 5.10.2016 T., E. 2014/14-1243, K. 2016/958, www.lexpera.com, mevzuat sistemi (Erişim Tarihi:19.07. 2023). Miras ortaklığına bir temsilci atanması durumunda bile her bir mirasçıya kişisel olarak tapu sicil kayıtlarını incelemeye yönelik bir hak tanındığı hakkında örneğin Bkz. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 232. Nihayet bu bağlamda 2022 yılından beri her bir mirasçının, mahkeme veya noterden miras belgesi aldıktan ve mirasbırakanın T.C kimlik bilgilerini sistemde paylaştıktan sonra, e-devlet sistemi üzerinden mirasbırakanın tapu sicil bilgilerini sorgulama imkanına sahip olduğuna işaret edilebilir. Bu konuda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün "Muris Adına Tapu Bilgileri Sorgulama hizmeti" kullanıma sunulmuştur. Bu konuda Bkz. <https://www.turkiye.gov.tr/tapu-ve-kadastro-tapu-bilgileri-sorgulama-mirascisi-oldugunuz-kisi-adina>, (Erişim Tarihi:19.07. 2023).

247 Krş. Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 123; Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 231. Son zikredilen yazara göre tapu sicil kayıtlarını inceleme talebinde bulunan bir mirasçının/mirasçıların malik olduklarının ispatı, mirasçılık belgesinin ibrazı (ZGB Art. 559) ile mümkündür. Aksi takdirde tapu sicil memuru kayıt dışı olarak ortaya çıkan mülkiyet durumunu güvenilir bir şekilde saptayamayacaktır (231). Yine Alman Hukuku'nda aynı doğrultudaki görüş ve uygulama için örneğin Bkz. Wilsch, "Grundbuchsicht", § 12, N. 58. Benzer şekilde aktarıldığı üzere Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün "Muris Adına Tapu Bilgileri

Mirasın geçişi ile tapuda tescil yapılması arasındaki zaman diliminde tapu memuruna inceleme talebini yöneltecek olan mirasçılar için de aynı sonuca varılabilir. Şöyle ki mirasbırakanın ölümü ile mirasçılar, külli intikal esası gereğince terekeye dahil değerlerin tamamına doğrudan elbirliği ile hak sahibi olurlar (TMK m. 599). Terekede taşınmazlar bulunmakta ise mirasın geçişi ile bunlara da doğrudan, kanun gereği, sicil dışı sahip olmuş olurlar (TMK m./ZGB Art. 560 Abs. 2)²⁴⁸. Bu ihtimalde mirasçı, henüz açıklayıcı nitelikte tescil²⁴⁹ yaptırmamıştır. Ancak inceleme hakkının varlığından burada yola çıkılabilir; zira fonksiyonel bağlantı, mirasçının hukuki durumundan ötürü bizzat kanun tarafından kurulmuş olmaktadır²⁵⁰.

Aleniyet ilkesinin incelemeye konu tapu sicil unsurları yönünden sınırlarına ve özellikle yardımcı sicillerin bu kapsama girip girmediğine ilişkin tartışmalar taşınmaz malikleri özelinde de söz konusudur. Bu konuda daha önce aktarılan görüşlere işaret etmekle yetinilecektir²⁵¹. Öte yandan taşınmazın önceki malikinin vefat etmesi durumunda onun mirasçılarının inceleme talepleri gündeme gelebilir. Onlar, mirasbırakanın malik olduğu zaman diliminde tarafı olduğu

Sorgulama Hizmeti” uygulamasında mirasçılık belgesi aranmaktadır. Öte yandan öğretilerde mirasçılık durumunun mirasçılık belgesi dışında da ispatlanabileceği, burada önemli olanın tapu memurunun inceleme talep edenin mirasçı olduğu yönünde bir kanaate ulaşması olduğu görüşü de savunulmaktadır. Bu yönde Bkz. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 251. Kanaatimizce bir mirasçının sulh hukuk veya bir noterden mirasçılık belgesi alması olanağı varken ve bunu alması kendisinden beklenebilirken tapu memurunun bunu aramaması yerinde değildir. Bu durum takdir hakkının keyfi uygulandığı tapu sicil uygulamalarına sebebiyet verebilir. Genel olarak inceleme hakkına ilişkin ilginin inanılır kılınması yeterli görüldüğünden yazılı belge sunmak olanaksız veya bunu sunmak beklenebilir değil ise ilginin sözlü şekilde inanılır kılınmasının kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Benzer şekilde inceleme hakkının kullanımında tapu memurunun prensipte kanıtlayıcı belgelerin gösterilmesini araması, ancak her zaman bu konuda katı davranmaması gerektiği hakkında Bkz. Esener - Güven, “Eşya Hukuku”, 138. Nihayet E-devlet sistemi üzerinden mirasçılık belgesi görüntülenerek tapu memurlarının, kendilerine sunulan erişim dahilinde gerekli kontrolü yapıp mirasçıların ilgili tapu sicil kayıtlarına erişimine izin verebileceğine işaret edilebilir.

248 Kılıçoğlu, “Miras Hukuku”, 309; Antalya - Sağlam, “Miras hukuku”, 473; Ayan, “Miras Hukuku”, 350.

249 Sirmen, “Eşya Hukuku”, 377 vd.; Hatemi, “Eşya Hukuku”, 90; Serozan - Engin, “Miras Hukuku”, §6, N. 12; İnan vd., “Miras Hukuku”, N. 91.

250 Krş. Rey, 80; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 14; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 231; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 185.

251 Bu konuda örneğin Bkz. Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 231; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 211 vd. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1918 yılında paylaştığı görüşe göre ise taşınmaz maliki özel bir menfaati olduğunu kanıtlamak zorunda olmaksızın tapu kütüğünün ana sicilleri yanında yardımcı sicillerinden de örnek talep edebilir. Aslına ulaşamadığımız bu karar (Entscheidungen des Bundesrates, ZBGR 3/1924 S. 89) hakkında aktarılan açıklamalar için Bkz. Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 231, dn. 57. Bu bağlamda yazar, tapu sicilinde adı geçen malikin kendi taşınmazına ilişkin sınırsız bir inceleme hakkı bulunduğundan ve bu kapsamda mirasçıların da kural olarak taşınmazlarına ilişkin tüm tapu verilerini inceleme hakkına sahip olduğundan bahsetmektedir (231 vd. ve dn. 58’deki diğer yazarlar).

ve tapu sicilinde resmî belgeler arasında yer alan sözleşmeleri incelemek isteyebilirler. Bu duruma genel hatlarıyla üçüncü kişilerin taşınmazlarına ilişkin inceleme hakkı bağlamında bir sonraki başlıkta değinilecektir.

D.MİRASÇININ DİĞER MİRASÇILARIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN TAŞINMAZLARINA İLİŞKİN İNCELEME HAKKI

1.Menfaatin Değerlendirilmesine İlişkin Yaklaşım ve Bunun Aşamaları

TMK m. 1020 f. 2’de zikredilen ilginin, hukuki bir ilgi (menfaat) gibi fiili bir ilgi de olabileceği aktarılmıştı. Fiili ilgi ise ekonomik, bilimsel, estetik, kişisel veya ailevi vb. hukuken korunan bir menfaatten kaynaklanabilir²⁵². Buna karşılık sadece meraktan kaynaklanan bir inceleme talebinde makul, kabul edilebilir bir menfaat (“*vernünftiges Interesse*”) bulunmamaktadır²⁵³. Fiili ilgi, uygulamada en sık olarak ekonomik ilgi olarak ortaya çıkar²⁵⁴. Bir mirasçı inceleme hakkını diğer bir mirasçının veya bunun dışındaki bir üçüncü kişinin²⁵⁵ maliki olduğu taşınmaza ilişkin kullanmak isteyebilir. Bu durumun hukuken korunan, ekonomik bir menfaat altında kabul edilip edilmeyeceği irdelenmelidir.

Değinilen durumda mirasçı, taşınmaz üzerinde tek başına ya da elbirliği ile malik değildir. Burada fonksiyonel bağ, doğrudan kanunen kurulamamış olup bunun kabulü için ek kriterler

252 Krş. Tuor vd., “Das Schweizerische Gesetzbuch”, 797; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 5; Hrubesch Millauer vd., “Sachenrecht”, N. 03.69; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 550; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 15; Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451; Havutçu, “Eşya Hukuku-I”, 114; Akçaal, “Eşya Hukuku”, 190; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 336; Akipek vd., “Eşya Hukuku”, 274; Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 669. Yine örneğin Bkz. BGE 109 II 208 E. 3, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023). Bu çalışmada esas alınandan farklı bir terminolojiyle ilgiyi, hukuki ve ilmi (bilimsel) ilgi şeklinde ikiye ayıran ve bunlardan ilkinin altında bu makaledeki hukuki ve fiili menfaatleri ele alan bir eser için Bkz. Ünal - Başpınar, “Şekli Eşya Hukuku” 286.

253 Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 551; Tuor vd., “Das Schweizerische Gesetzbuch”, 797; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 15; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 5. Yine alelade bir ilginin, örneğin meraktan kaynaklanan bir ilginin yeterli olmadığı, ilginin önemli olması gerektiği (“...*Das Interesse muss relevant sein...*”) hakkında örneğin Bkz. BGE 109 II 208 E. 3. İnceleme hakkına konu menfaatin makul bir menfaat (“*vernünftiges Interesse*”) olması gerektiği hakkında Bkz. Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451.

254 Ekonomik menfaatin, fiili menfaat durumları arasında en çok uygulamada karşılaşılabılır durum olduğu ve inanılır ilgiye dayanak olabileceği konusunda öğretilerde görüş ayrılığı bulunmadığı şeklindeki tespit için Bkz. Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 554.

255 Bu çalışmada bu iki grup kişinin aynı cümle için birlikte kullanılmak istenmesi durumunda, buna karşılık gelmek üzere kısaca “üçüncü kişi” denilecektir. Kullanılan cümlede aradaki farkın vurgulanması istendiğinde ise “mirasçı dışındaki üçüncü kişi” şeklinde ifade edilecektir.

aranmalıdır²⁵⁶. İlk aşamada mirasçının talep ettiği sicil unsuru ile ilgisi (menfaati) arasında nitelikli bir yakınlık (“*qualifizierte Bezugsnähe*”) aranır²⁵⁷. Bu anlamda mirasçının ilgisinin onun güncel, somut ve kişisel menfaatinden kaynaklanması gerekir²⁵⁸.

İnceleme talebine konu tapu sicil bilgisinin başka yerden edinilebilme imkanının bu aşamaya ve fonksiyonel bağlantının mevcudiyetine etkisi tartışmalıdır. Fonksiyonel bağın mevcudiyeti için: Tapu sicil bilgisi edinilmeden değinilen menfaate ulaşılamayacak olmasını²⁵⁹, buna ulaşabilmek mümkün olmakla birlikte yoğun bir çaba sarf etmeden ulaşılamayacak olmasını²⁶⁰, buna ulaşılabilir olmasının (başka türlü öğrenilmesinin) önem taşımadığını²⁶¹ savunan görüşler bulunmaktadır.

Öncelikle ulaşılabilir olma durumunu katı yorumlamanın inceleme hakkını işlevsiz hale getirebileceği belirtilebilir. Ayrıca bilgiye çaba sarf ederek ulaşabilme ölçütünün yetersiz olduğu da ileri sürülebilir. Buna göre esas alınması gereken bilgiye başka türlü nasıl ulaşılacağından ziyade inceleme talebinden etkilenen kişilerin menfaatleri olmalıdır. Bunun değerlendirilmesi ise bu aşamada değil bir sonraki aşamanın inceleme konusudur. Tapu memurunun bu tür taleplerden dolayı kaybedeceği zaman ve emek ise bir mirasçının inceleme hakkının reddi için kabul edilebilir bir gerekçe teşkil etmemelidir²⁶².

256 Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 80 vd.

257 Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 5; Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 80 vd.; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 15; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 5.

258 Krş. Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 228; Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 80 vd.

259 Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 14; Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 81; Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 228; Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 14.

260 Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 5.

261 “...davacının, arzu edilen bilgiyi farklı bir şekilde elde edebilecek olması (burada) herhangi bir rol oynamamaktadır” Bger 5A_502/2014, E. 3.2.3’ten naklen, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023).

262 İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına konu olayda tapu memuru, orantısız zaman ve emek kaybına neden olacağı gerekçesiyle çok sayıda mirasçının bulunduğu bir durumda, mirasçılara atanacak müşterek bir temsilci aracılığıyla inceleme hakkını kullanabileceği yönünde bir tasarrufta bulunmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucu değinilen tasarrufa yapılan itirazı yerinde bulmamıştır. Mahkeme ortak bir çalışma oturumuna yapılan böyle bir daveti kabul etmek zorunda olmayan bir mirasçının, buna bizzat veya atayacağı temsilciyle katılmaması durumunda inceleme hakkından feragat etmiş sayılacağını belirtmektedir. Biz mahkemenin vardığı sonuca, bizzat Mahkeme’nin kendi paylaştığı gerekçelerle katılmamaktayız. İsviçre Federal Mahkemesi çok zaman ve emek kaybına yol açsa bile kanun gereği her bir mirasçının kendisine tanınan inceleme hakkını kullanabileceğini (Krş. “...wird der Grundbuchbeamte dabei im Rahmen des Gesetzes auch Einzelwünsche der Erben berücksichtigen müssen, selbst wenn dies zeitraubende Nachschlagungen, ja mehrere Sitzungen notwendig machen sollte und die Mehrheit der Erben mit weniger weit gehenden Abklärungen einverstanden wäre...”) ve tapu memurunun öngördüğü ortak oturumu kabul etmek zorunda olmadığını (“Die

Bu bağlamda mirasçının arzu ettiği bilgiyi, miras hukukundan doğan talepleri dahilinde (TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2) elde edebilecek olması ihtimali zikredilebilir. Bu durumun, bu ve bir önceki başlıktaki inceleme konusu olan fonksiyonel bağın kurulmasını engelleyeceği belki ilk başta düşünülebilir. Bununla birlikte öğreti ve İsviçre Federal Mahkemesi haklı olarak böyle bir kabulün yerinde olmadığına işaret etmektedir. Buna göre TMK m. 1020 f. 2 (ZGB Art. 970 Abs.1)'deki bilgi edinme hakkının miras hukukundaki bilgi edinme hakkına karşı ikincil nitelikte olduğu sonucu çıkarılmamalıdır²⁶³. Aşağıda aktarılacağı üzere TMK m. 1020 f. 2 hükmü dahilinde inceleme hakkının söz konusu taleplere ilişkin davadan önce veya dava esnasında tamamlayıcı olarak kullanılabilmesi mümkündür²⁶⁴.

Nitelikli yakınlığın tespitinden sonraki aşamada ise bilginin edinilmesinden etkilenecek birtakım kişilerin karşılıklı menfaatleri değerlendirilir (“*Abwägung der Interessen*”)²⁶⁵. Burada

Erben, die sich nicht interessieren, sind nicht verpflichtet, einer solchen Einladung zu einer gemeinsamen Arbeitssitzung Folge zu leisten”) belirtmektedir. Ancak ilginç olarak paylaşılan tespitlerle çelişecek şekilde verilen kararın gerekçesinde, tapu memurunun böylece tüm araştırmaları yalnızca bir kez yapabilecek olmanın sağlayacağı avantaj gösterilmektedir (Krş. “...dann noch hat dieses Vorgehen den Vorteil, dass der Grundbuchführer alle Nachschlagungen nur einmal vorzunehmen hat...”). Bu konuda Bkz. BGE 97 I 694 S. 704, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023).

263 Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 229. İsviçre Federal Mahkeme’si çok sayıda eserde kendisine yollama yapılan bir kararında (BGE 132 III 603, 4.3.2) değinilen duruma işaret etmiştir. Bu esere farklı bağlamlarda yollama yapan eserlerden bazılarında örnek olarak Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 19c; Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451. Ana metnine eriştiğimiz kararın dili Fransızca olduğu için tarafımızca özel imkanlarla Almanca çevrilen ve dolayısıyla resmi olmayan çevirisinin ilgili bölümünün Türkçe ’ye çevrilmiş hali naklen şu şekildedir: “...Bir kişinin ZGB Art. 607, 610 hükümleri dahilinde bilgi edinebiliyor olması (perdenin kaldırılması suretiyle somut olayda diğer mirasçıya karşı da ileri sürülebilecek olan) onun tapu sicilinde ilgisini inanılır kılmak suretiyle (miras hukukuna ilişkin talebine dayalı olarak) inceleme hakkının kabulünü engellemez...” BGE 132 III 603, 4.3.2’den naklen, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023). Söz konusu kararda ayrıca mirasbırakanın kızı, inceleme hakkının kullanımına gerekçe olarak tenkis talebine konu taşınmazın piyasa değerini bu şekilde belirleyeceğini ileri sürmüştür. Söz konusu gerekçeyi ve Mahkeme’nin buna katılmasıyla ilgili olarak değerlendirmelerini paylaşan Schmid-Arnet’a göre burada elde edilecek bilgi, taşınmazların piyasa değerinin tespiti için güvenilir bir ölçüt sunmamaktadır. Bu bilgilere başvurmadan da bunların piyasa değeri tespit edilebilecektir. Yazara göre Federal Mahkeme’nin yürüttüğü menfaat değerlendirmesi sonucu bu talebi kabul etmemesi gerekirdi. Bu konudaki açıklamalar için Bkz. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 19c. Perdenin aralanması teorisi ile dolaylı kazandırmalar ayrımı, perdenin aralanması teorisi ile mirasçılarının bilgi edinme hakkı ilişkisi hakkında bazı tespitler için Bkz. Enzmann, “Erbrechtliche Informationsansprüche”, N. 293 vd.

264 Krş. Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 5.

265 Hrubesch Millauer vd., “Sachenrecht”, N. 03.69; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 6; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 6; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 19 vd.; Tuor vd., “Das Schweizerische Gesetzbuch”, 797; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 551.

sadece inceleme başvurusunda bulunan mirasçının bilgi edinme menfaati gözetilmemelidir²⁶⁶. Bunun yanında taşınmaz üzerindeki aynı hak sahiplerinin menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Sır saklama yükümlüğünün söz konusu olduğu özel durumlarda tapu sicilinde resmi belgeler arasında yer alan sözleşme taraflarının kişisel bilgilerinin durumu, giriş kısmında belirtildiği gibi tartışmalıdır. Bu bilgilerin korunmasına ilişkin menfaatlerin dikkate alınabileceğine ilişkin bir görüşünde ileri sürüldüğüne işaret etmekle yetinilecektir²⁶⁷. Bununla birlikte genel olarak sözleşmeye taraf olan bir üçüncü kişinin tek başına sözleşme kayıtlarının gizli tutulmasına ilişkin menfaati, mirasçıların inceleme hakkını engellememelidir²⁶⁸. Daha önce vurgulandığı

266 Benzer şekilde öğretilerde tek başına inceleme talebine ilişkin yürütülen menfaat değerlendirmesinde inceleme talep edenin menfaatinin yanında sadece ilgili taşınmazın malikinin menfaatlerinin gözetilmemesi gerektiğine işaret edilmektedir. Buna göre taşınmaz malikinin yanında aynı zamanda, bundan etkilenen aynı hak sahipleri ve hakları şerh edilmiş kimselerin de tapu sicilinde kişiliklerine ilişkin değerlerin korunması yönünde menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği hakkında Bkz. Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5; Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 19, 20. Son zikredilen yazarlar, bunun kapsamına sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeye ilişkin bazı kayıtların mümkün olduğunca gizli kalması yönündeki menfaatinin de girdiğini belirtmektedirler (N. 13). Yazarlar, öğretilerde bazı yazarlar tarafından savunulduğu gibi sadece inceleme talep edenin menfaatinin gözetilmemesi gerektiğine işaret etmektedirler. Aksi halde tapu sicilinde ve resmî belgelerde kişilik değerleri bulunan kişilerin bunların korunmasına ilişkin menfaatleri göz ardı edilmiş olacaktır. O yüzden yazarlara göre yürütülecek menfaat değerlendirmesinde, bundan doğrudan etkilenen kişilerin de menfaatleri dikkate alınmalıdır (N. 20).

267 *Rey*'in inceleme modelinde, sadece inceleme talep edenin (mirasçının) menfaati ile taşınmaz malikinin menfaati arasında bir karşılaştırma öngörülmektedir. Bu konuda Bkz. *Rey*, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", 82. Yine değinilen görüşe katılan, sadece taşınmaz malikinin menfaatini esas alan ve satış sözleşmesinin tarafları arasındaki gizliliğe ilişkin olası bir menfaatin inceleme hakkını sınırlayamayacağına ilişkin bir görüş için örneğin Bkz. Hrubesch Millauer vd., "Sachenrecht", N. 03.69; Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 228, 230. Bu doğrultuda ZGB'de kanun değişikliklerinden sonra bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ZGB'de koşullu (menfaatin inanılır kılınması suretiyle) tanınan tapu sicilini inceleme hakkının (ZGB Art. 970 Abs. 1) daha fazla kabulü yönünde eğilimler görüldüğü hakkında Bkz. Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451. Bu incelemede kullanılan farklı bir terminolojiyi tercih eden Schmid - Hürlimann Kaup'a göre değinilen menfaatin makul bir menfaat olması yanında, önemli ("*einschlägig*") bir menfaat olması da gerekmektedir. Önemli menfaat, ileri sürülen menfaatin tapu sicilinin amacı olan aynı haklara açıklık kazandırma amacıyla bağlantılı olmasını ve bunun karşısında yer alan malikin menfaatlerine karşı önceliği olmasını gerektirir (N. 461). Ancak biz farklı olarak karşılaştırmada sadece taşınmaz malikinin değil diğer aynı hak sahiplerinin menfaatlerini de dikkate almaktayız. Ayrıca sözleşmenin karşı tarafının sır saklama yükümlüğünün söz konusu olduğu bazı özel durumlarda, bu kapsamda değinilen üçüncü kişinin (sözleşmenin karşı tarafının) kişilik haklarının dahil olup olmadığı tartışılabilir. Burada yapılan sınırlama olmadan genel olarak sözleşmenin karşı tarafının menfaatinin dikkate alınması yönünde Bkz. dn. 251'de işaret edilen yazar ve açıklamalar. İncelemenin başında belirtildiği üzere söz konusu husus incelemenin kapsamı dışında bırakıldığından bu duruma işaret etmekte yetinilecektir.

268 Bu konuda Bkz. Bger 5A_502/2014, E.3.2.3, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023). Bu kararda İsviçre Federal mahkemesi, taşınmazın halihazırda malikinin menfaatleri yanında sözleşmenin karşı tarafının menfaatinin de dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Mahkemeye göre sözleşmenin karşı tarafının bu konudaki görüşü dosya kapsamında bilinmemekle birlikte, onun örtülü menfaatlerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Davacının haklarını ileri sürmesini veya meşru menfaatlerini korumasını engellemeye yönelik bir menfaat korunmayı hak etmemektedir. Mahkemeye göre aksini gösteren herhangi durum mevcut değilse sadece ticari nedenlerle sır saklamaya yönelik genel bir menfaatin dikkate alınması söz konusu olabilir (E.3.2.3).

üzere mirasçılarının nitelikli bir bilgi ihtiyacı bulunmaktadır. Onların elde edebilecekleri bilgiler, miras hukuku taleplerini ileri sürebilmeleri için kritik öneme sahip olabilmektedir²⁶⁹. Ancak üçüncü kişilerin söz konusu menfaati, somut olayda aşağıda aktarılacağı üzere incelemenin kapsamının belirlenmesi aşamasında sınırlayıcı şekilde dikkate alınabilir.

Tapu memuru, bu aşamada değinilen menfaatleri²⁷⁰ birbiriyle karşılaştırarak mirasçının inceleme talebini değerlendirir. İnceleme talebinin kabulü, tapu memurunun kendisine bildirilen menfaatin hak sahiplerinin örtülü menfaatinden²⁷¹ daha ağır geldiği ve TMK m. 1020 f. 2 hükmü dahilinde dikkate alınabilir olduğu kanaatine ulaşmasına bağlıdır²⁷². TMK m. 1020 f. 2 (ZGB Art. 970 Abs. 1) 'de ilginin (menfaatin), bunun ispatını arayan EMK m. 928²⁷³, den farklı olarak inanılır kılınması aranmıştır²⁷⁴. Bundan dolayı öğretilerde farklı ifadelerle ilginin olası görünmesinin²⁷⁵ ya da tapu memurunun bu konuda kanaat getirmesinin yeterli olduğu²⁷⁶ belirtilmektedir. Somut olayda tapu memuru talep edilen tapu sicil bilgisinin inanılır ilgi kapsamında kalıp kalmadığı hususunda bir tereddüt yaşayabilir. Öğretilerde bu ihtimalde tapu

269 Krş. Druet, "Informationsrecht des Erben", 186.

270 Burada belirtilenlerin yanında değerlendirmeye kamu menfaatini de dahil eden ve taşınmaz piyasasında şeffaflığın artırılması ve arsa spekülasyonunun daha zor hale getirilmesi amacıyla işaret eden bir İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararı için Bkz. BGE 126 III 512, 519, E. 6, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023).

271 Burada tapu memurunun inceleme hakkına ilişkin değerlendirme sürecine, inceleme hakkından etkilenen kişiler dahil edilmediğinden, onların örtülü menfaatlerinin dikkate alınabileceği hakkında Bkz. Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 19; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 543; Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 19.

272 Menfaatlerin değerlendirilmesinde mirasçının bilgi edinme menfaati ön plana çıkarsa inceleme hakkının kabule konu önemi bir menfaatten ("*relevantes Interesse*") bahsedilebileceği hakkında Krş. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 228 vd.

273 743 Sayılı Yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisi (eMK) m. 988'de: "Tapu sicili alenidir. Alakası olduğunu ispat eden herkes..." şeklinde ifade edilmektedir.

274 Ertaş, "Eşya Hukuku", 94; Ünal - Başpınar, "Şekli Eşya Hukuku", 287. Son zikredilen yazarlar, kanun koyucunun eMK m. 928 maddesindeki ifadeyi yumuşatmış olmakla birlikte, aslında çok fazla bir değişiklik meydana gelmediği görüşündedirler (287).

275 Rey, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", 83; Antalya - Topuz, "Tapu Sicili", 72; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 60. Son zikredilen yazar, tapu sicili kayıtlarını incelemek isteyen ilk bakışta kanıt oluşturacak herhangi bir delille bağlı olmadığını, bu konuda tapu memuruna kişisel güvence göstermesinin somut olayda yeterli görülebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazara göre inceleme talep edenin ileri sürdüğü iddialar ne kadar olasılık dışı ise bunu ispat hususundaki çıtanın da bu nispette yükseltilmesi gerekir (N. 560).

276 Ayan - Ayan, "Eşya Hukuku", 244; Antalya - Topuz, "Tapu Sicili", 72; Akçaal, "Eşya Hukuku", 191 vd. eMK döneminde de bu yöndeki örneğin Bkz. Reisoğlu, "Eşya Hukuku-I", 115; Akipek, "Eşya Hukuku-I", 337; Hatemi vd., "Eşya Hukuku", 418. Yine tapu memurunun katı davranmaması gerektiği hakkında tespit için örneğin Krş. Esener - Güven, "Eşya Hukuku", 138; Akçaal, "Eşya Hukuku" 192.

sicilinin bilindiğine ilişkin kanuni faraziye (TMK m. 1023 f. 3) dikkate alınarak tapu memurunun tercihinin bilgi paylaşımı yönünden olması gerektiğine işaret edilmektedir²⁷⁷.

Değinilen menfaatlerin değerlendirilmesine ilişkin aşamayı eleştiren bir görüş, inanılır ilgi koşulunu arayan TMK m. 1020 f. 2'nin bu şekilde bir menfaat değerlendirmesini öngörmemiş olduğunu belirtmektedir²⁷⁸. Bu eleştiriye katılmamaktayız. Aksine kanun koyucu, TMK m. 1020 f. 2'de "ilgi" (menfaat) kavramına yer vermek suretiyle hüküm (kural) içi boşluk²⁷⁹ bırakmıştır. İlgi terimi aktarıldığı üzere çok genel ve belirsiz bir kavramdır. Bunun altında çok çeşitli menfaatler yer almaktadır. Ancak ilgi terimi, bunlardan hangilerinin hukuken korunabilir olduğu konusunda somut bir çözüm sunmamaktadır²⁸⁰. Burada kanun koyucu, bilinçli olarak hüküm içi boşluğun çeşitlerinden biri olan, "*genel kayıttan ve içi boş kuraldan doğan*" bir boşluk²⁸¹ bırakmıştır. Tapu memuru, inceleme talebine konu somut olayda ileri sürülen olguların, TMK m. 1020 f. 2'de öngörülen genel ve soyut nitelikte ilgi altında kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin takdir yetkisini kullanmalıdır. TMK m. 4'te "hâkim" kavramı kullanılmıştır. Bununla birlikte söz konusu kavram, genel olarak hukuk uygulayıcıları ve bu kapsamda kamu kurum ve kuruluşları şeklinde okunmalıdır²⁸². Kendisine kanunen takdir yetkisi²⁸³ tanınan tapu memuru, bunu hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde kullanmalıdır²⁸⁴.

Son aşamada ise incelemenin kapsamı belirlenmelidir²⁸⁵. Daha önce aktarıldığı üzere mirasçının ileri sürdüğü menfaat kapsamında hangi tapu sicil bilgilerinin paylaşılacağı

277 Hrubesch Millauer vd., "Sachenrecht", N. 03.69; Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 15; Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N.451, 455, 465.

278 Bu görüş hakkındaki açıklamalar için Bkz. Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 437 vd.

279 Nomer - Akbulut, "Medeni Hukuk", N. 156 vd.; Dural - Sarı, "Temel Kavramlar", N. 858 vd.; Özcan, "Medeni Hukuk", 131.

280 Rey, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", 79, 83.

281 Antalya - Topuz, "Medeni Hukuk", 278 vd.; Yılmaz, "Medeni Hukuk Cilt-I", 68.

282 Antalya, "Metodoloji", 767. Bu yönde Krş. Rey, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", 83. Aksi yöndeki bir görüş, idari takdir yetkisine giren durumları TMK m. 4'ten ayrı görmektedir. Bu görüşe göre idari takdir yetkisi de takdir hakkı gibi yargı denetimine tabidir. Bununla birlikte bu, iki yönden TMK m. 4'ten ayrılır. Yazar ilk olarak idare tarafından sunulan çözümün, hakkaniyete aykırı olduğunun söylenemeyeceğini belirtir. Ayrıca idari takdir yetkisi, TMK m. 4'ten farklı olarak adaletin dağıtımını değil, kamu hizmetlerinin en iyi şekilde yürütümünü sağlar. Bu görüş ve açıklamalar için Bkz. Yılmaz, "Medeni Hukuk", 126 vd.

283 Takdir hakkı konusunda genel açıklamalar için örneğin Bkz. Ayan - Ayan, "Medeni Hukuk", 113 vd.; Oğuzman - Barlas, "Medeni Hukuk", N. 307 vd.; Helvacı - Erlüle, "Medeni Hukuk", 19 vd.

284 Krş. Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 6.; Rey, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", 83 vd. Son zikredilen yazar, tapu memurunun hukukçu olmamasına rağmen takdir hakkını adalete uygun şekilde kullanması gerektiğine işaret eder (83).

285 İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1991 yılında verdiği bir kararında, şu ana kadar paylaşılan bazı tespitlerle benzer şekilde naklen su ifadeler geçmektedir: "*Kanunda zikredilen menfaatin hukuki bir tabiatı olmak zorunda olmayıp fiili bir menfaat, örneğin ekonomik,*

belirlenmelidir²⁸⁶. Genel olarak incelemenin kapsamına dahil olabilecek siciller hakkında daha önce bazı görüşler paylaşılmıştır. Aşağıda ise incelemenin kapsamının belirlenmesi aşamasıyla ilgili iki husus irdelenecektir.

Öncelikle inceleme hakkının kapsamına ilişkin olarak mirasçıların bilgi edinme menfaati açısından önem taşıyabilecek toplu taşınmaz sorgulama imkanı irdelenebilir. BEHK dikkate alınarak TMK m. 1023'ün uygulanabilirliği daha önce incelenmişti. Buna göre herkesin taşınmaza yönelik bilgileri (taşınmazın tanımlayıcı bilgileri, taşınmaza yönelik hak ve sınırlamaları) ilgisini inanılır kılmayı aramaksızın serbestçe inceleme hakkı bulunduğu sonucuna varılmıştı²⁸⁷. Bu bağlamda sorulması gereken mirasçının koşulsuz inceleme hakkı kapsamında üçüncü kişinin taşınmazları hakkında seri sorgulama imkanına sahip olup olmadığıdır. Özellikle mirasçıların tenkise ilişkin talepleri ile bağlantılı olarak değinilen bilgiye sahip olabilmek kritik bir önem taşıyabilir. Örneğin bir mirasçı diğer bir mirasçının son bir yılda tarafı olduğu tüm taşınmaz devirlerine ilişkin bilgiye erişir ise tenkise tabi bir bağışlamayı (TMK m. 565 b. 3)²⁸⁸ tespit etmesi kolaylaşacaktır. Ancak BEHK dikkate alındığında mirasçı, ilgisini inanılır kılmak zorunda olmadan tapu sicilinde taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki hakka ilişkin bilgileri inceleyebilmektedir. Bir başka deyişle burada belli bir taşınmaz üzerinden veya taşınmaza ilişkin (“*objektbezogen*”) sorgulama imkânı mevcuttur²⁸⁹. Daha önce aktarıldığı üzere benzer bir imkân ZGB Art. 970 Abs. 2'de açıkça öngörülmüştür. Bununda birlikte gerek günümüzde gerekse ZGB değişikliklerinden önceki dönemdeki çok baskın görüş ve uygulama, serbestçe seri sorgulama imkânını kabul etmemektedir²⁹⁰. Buna göre belli bir kişi üzerinden seri bir sorgulama ile onun maliki olduğu tüm taşınmazların listesinin koşulsuz

bilimsel bir menfaat olması da yeterlidir, buna karşın sadece bir merak yeterli değildir. Ayrıca bu menfaat önemli bir menfaat olmalıdır, şöyle ki bu tapu sicilinin amacı olan aynı haklara açıklık kazandırma amacıyla bağlantılı olmak zorundadır... Nihayet incelemenin kapsamı ileri sürülen menfaati tatmin etmek için gerekli olduğu ölçüde olmalıdır.” Daha ilerleyen açıklamalarında ise bu değerlendirmeye üçüncü kişinin kişilik haklarına dahil değerlerin de dahil olabileceğini şu şekilde vurgulamaktadır: “...İstenen incelemenin üçüncü şahısların mahremiyetiyle gerçekten çatışabileceği gerçeği, şikayetçinin menfaatlerine karşı tartılması gereken bir durumdur...”, BGE 117 II 151, E. 1'den naklen. Benzer şekilde bu yönde örneğin Krş. BGE 109 II 208, E.1, 3.

286 Krş. Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 7; Hrubesch Millauer vd., “Sachenrecht”, N. 03.70; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 547; Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 8 vd.; Akipek, “Eşya Hukuku-I”, 338; Reisoğlu, “Eşya Hukuku-I”, 115; Oğuzman vd., “Eşya Hukuku”, N. 671; Akçaal, “Eşya Hukuku”, 192; Antalya, “Aleniyet İlkesi”, 428; Ünal - Başpınar, “Şekli Eşya Hukuku”, 288.

287 Bkz. İncelemenin II, B numaralı başlığı.

288 Genel olarak TMK m. 565 b. 3'e ilişkin örneğin Bkz. Eren - Yücer Aktürk, “Miras Hukuku”, N. 854 vd.; Yılmaz, “Miras hukuku”, 149 vd.; Öztan, “Miras Hukuku”, 102 vd.

289 Krş. Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 450; Zobl, “Grundbuchrecht”, N. 562b.

290 Schmid - Arnet, “Basler Kommentar”, Art. 670, N. 5a.

alınması kabul edilmemekte, aksi bir kabulün tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin amacına zarar vereceği belirtilmektedir²⁹¹. Ancak mirasçı TMK m. 1023 f. 2 (ZGB Art. 970 Abs. 1) gereği ilgisini inanılır kılmak suretiyle bu bilgilerin kendisine gösterilmesini isteyebilir²⁹². Tenkis ile ilgili paylaşılan örnekte tapu memurunun, mirasçının ilgisini inanılır bulması ve inceleme talebini kabul etmesi beklenebilir. Bu durumda ileri sürülen menfaat, bir sonraki başlıkta aktarılacağı gibi ekonomik bir menfaattir. Ayrıca verilen örnekte inceleme talebinin kapsamı bu menfaat ile bağlantılı zamansal bir sınır içermektedir.

İnceleme hakkının kapsamına ilişkin irdelenecek ve mirasçıların menfaatleri yönünden önem taşıyabilecek bir diğer mesele tapu sicilinde resmi belgeler arasında yer alan sözleşmelerin durumudur. Daha önce genel olarak inceleme hakkının incelenen siciller yönünden sınırlarına ilişkin görüşler paylaşılmıştı. Burada makalenin kapsamını genişletmemek üzere konu özelinde tamamlayıcı bazı açıklamalar ile yetinilecektir.

Değinilen mesele öğretilerde tartışmalıdır. Bu bağlamda bir görüş genel olarak sözleşmelerin²⁹³ veya sözleşmelerde yer alan bazı kayıtların²⁹⁴ inceleme hakkının dışında kaldığını ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise bazı ek ölçütler aramaktadır²⁹⁵. Öncelikle kanunda bu konuda bir sınırlama olmadığı için resmî belgeler ve bunlar arasında yer alan sözleşmelerin tapu sicilinin aleniyeti kapsamında olduğu söylenebilir²⁹⁶. Bize göre en baştan kategorik bir

291 Krş. Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 10; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 545; Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N.450; Schmid - Arnet, "Basler Kommentar", Art. 670, N. 5a.

292 Krş. Schmid - Arnet, "Basler Kommentar", Art. 670, N. 5a; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 545.

293 Bu kapsamda örneğin bir görüş, şerh edilenler haricindeki sözleşmeleri kapsam dışında tutmaktadır. Bu konuda Bkz. Esener - Güven, "Eşya Hukuku", 139. Yine örneğin kural olarak sözleşmeleri bu kapsamda kabul etmemekle birlikte belirli bir ölçüt getirmeyip özel durumlarda bunun söz konusu olabileceğine işaret eden bir görüş için Bkz. Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N.9; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 548, dn. 1272. Son zikredilen yazar, sözleşmenin aynı hakkın kapsamını somutlaştırması durumunda, bunun tapu sicilinin aleniyeti kapsamında inceleme hakkına konu olabileceğini belirtmektedir (N. 548, dn. 1272).

294 Sözleşmeleri bu kapsamda kabul etmekle birlikte, buna dahil olan satış bedelini bunun dışında kabul eden, ancak istisnai durumlarda bunun inceleme hakkına dahil olduğunu savunan bir görüş için Bkz. Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451. Sözleşmelerde yer alan ve kişisel veya ticari sır niteliğinde bilgileri, üçüncü kişilerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutan, bunlar hakkında sadece ilgili sözleşme taraflarının bilgi talep edebileceğine işaret eden görüş hakkında örneğin Bkz. Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 436.

295 Bu bağlamda öğretilerde, taşınmaz üzerindeki hakların durumu hakkında tamamlayıcı olarak bilgi verme, diğer ana sicil unsurlarında kendisine yollama yapılmış olma gibi ek koşullar aranmaktadır. Bu görüşler hakkında örneğin Bkz. Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 13; Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 430 ve dn.1532'deki yazarlar.

296 Krş. Zobl, "Grundbuchrecht", N. 547; Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 13. Ancak sır saklama yükümlülüğü gibi sözleşme taraflarının kişilik haklarının korunması yönündeki hassasiyetin ön plana çıktığı bazı özel durumlarda aksi yönde bir

sınırlama yapmak veya ek ölçütler getirmek yerine sözleşme kayıtlarının inceleme hakkına konu olabileceği kabul edilmelidir. Ancak incelemenin kapsamı, mirasçının bilgi edinmeye yönelik menfaatleri yanında üçüncü kişi ile taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin menfaatleri objektif olarak değerlendirilerek belirlenmelidir²⁹⁷. İlgî (menfaat) ölçütü, inceleme hakkının sadece mevcudiyeti değil aynı zamanda kapsamını belirlemeye ilişkin olup²⁹⁸ bu değerlendirmeye imkan tanımaktadır. Örneğin somut olayda sözleşme bedeline ilişkin bilginin bir mirasçının miras hukuku taleplerini ileri sürebilmesi için önemli olduğu sonucuna varılabiliyorsa bunun inceleme hakkı kapsamına dahil olduğu kabul edilebilir²⁹⁹.

2. Tamamlayıcı Değerlendirmeler

Bu başlıkta öncelikle yasal mirasçılarının hangi durumlarda inceleme hakkını kullanabilecekleri irdelenecektir. Takiben mirasçının tapu sicilini inceleme hakkı ile miras hukukundaki bilgi edinme hakkı arasındaki ilişki hakkında bazı tamamlayıcı açıklamalar yapılacaktır. Ancak makalenin kapsamını genişletmemek üzere belirtilen konuların bazı yönleriyle sınırlı olacak ve tüketici olmayacak şekilde tespit ve değerlendirmeler paylaşılacaktır.

görüş de tartışılabilir niteliktedir. Özel koşulların altında hangi durumların ele alınabileceği, bu ihtimalde sözleşme kayıtları arasında bir ayrıma gidilip gidilmeyeceği, bu tür durumlara hangi değerlendirme aşamasında nasıl yaklaşılacağı vb. hususlar makalenin kapsamını aşabilecek, farklı yönleriyle tartışılması gereken ve son soyutlamada benimsenecek hukuk politikası gereğince cevaplanması gereken konular arasındadır. Bu bağlamda resmî belgelere ilişkin menfaat değerlendirmesi aşamasında üçüncü kişinin kişilik hakkı korumasını ön plana alan bir görüş için örneğin Bkz. Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 13, 20.

297 Krş. Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 7; Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 8 vd.; Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 13, 19; Rey, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", 81 vd. Son iki eserdeki yazarlar aynı zamanda bu değerlendirmenin (menfaatlerin değerlendirilmesi aşamasında olduğu gibi) objektif bir şekilde yürütülmesi gerektiğine işaret etmektedir. Buna karşılık bu incelemede savunulandan farklı olarak, inceleme kapsamına ilişkin ayrıca olası bir sınırlama yapmadan, genel olarak satış sözleşmesinin tarafları arasındaki gizliliğe ilişkin olası bir menfaatin, hakları zarar görebilecek olan mirasçının inceleme hakkını engellememesi gerektiği hakkında Bkz. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 230.

298 Krş. Reisoğlu, "Eşya Hukuku-I", 115; Oğuzman vd., "Eşya Hukuku", N. 671; Akipek, "Eşya Hukuku-I", 338; Akçaal, "Eşya Hukuku", 192; Ünal - Başpınar, "Şekli Eşya Hukuku", 288. Yine İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında (hukuken) korunan menfaati tatmin edecek kapsamda bir inceleme hakkından ("*die Einsicht sei nur in dem zur Befriedigung des zu schützenden Interesses notwendigen Umfang zu gewähren*") bahsedilmektedir. Bu konuda Bkz. BGE 126 III 512, 514 E. 3a, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023).

299 Bir miras paylaşım sözleşmesi gereği üçüncü bir kişiye devredilen taşınmaza ilişkin bir ihtilafa yönelik yürütülen menfaat değerlendirmesinde, bilgi talep eden mirasçının menfaatinin satış sözleşmesinin karşı tarafının fiyatı paylaşmamaya yönelik menfaatinden daha fazla korunmaya değer görüldüğü bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için Bkz. Bger 2.2.2015, 5A_502/2014, E.3.2.

Mirasbırakana hayattayken taşınmazını/ taşınmazlarını ivazlı veya ivazsız şekilde mirasçılarına veya üçüncü kişilere devretmiş olması mümkündür. Söz konusu durum, devre konu olan (olduğu düşünülen) taşınmaza ilişkin mirasçıların bilgi edinme ihtiyacını doğurabilir. Daha önce mirasın geçişinden sonra³⁰⁰ve mirasın paylaşımı aşamasında mirasçıların bilgi edinme hakkının incelenmişti. Bu bağlamda değinilen süreçte hangi mirasçıların hangi durumlarda tapu sicil bilgilerini inceleme hakkına sahip oldukları irdelenmelidir. Öğretide bu konu tartışmalıdır. Bir görüş, inceleme hakkına sadece yasal mirasçılarının arasında yer alan saklı paylı mirasçılarının³⁰¹sahip olduklarını belirtir. Ayrıca bu görüş onların inceleme hakkını sadece tenkise konu olabilecek bir taşınmazın tapu sicil bilgisini öğrenmeye ilişkin ekonomik menfaat ile sınırlamaktadır³⁰². Katılmış olduğumuz diğer bir görüş ise genel olarak yasal mirasçılarının miras hukukuna ilişkin talepleri bakımından tapu sicilinde inceleme hakkını sahip olduklarını kabul etmektedir³⁰³.

Her iki görüşün zikrettiği üzere tenkise konu taşınmazların sicil bilgilerini öğrenme konusunda saklı paylı mirasçılarının (ve bu kapsamda diğer ilgililerin)³⁰⁴ ekonomik menfaatleri bulunmaktadır. Tenkise tabi kazandırma ile saklı payı ihlal edilen saklı paylı mirasçının, bunun varlık ve kapsamını öğrenmesi onun ekonomik menfaatine hizmet eder³⁰⁵. Ancak ilk zikredilen

300 Mirasın açılışından önce ilerideki potansiyel saklı paylı mirasçılarının tapu sicilinden bilgi edinme talebi hakkında örneğin Bkz. Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 19b, 22; Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 7; Zobl, "Grundbuchrecht", N. 556.

301 TMK m. 506'de öngörüldüğü şekilde saklı paylı mirasçılar altsoy, anne-baba, sağ kalan eştir.

302 Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 252 vd. Yazar eserinde savunduğu görüşe ilişkin atıf yaptığı (dn. 857) eserlerin incelemiş olduklarımızdan iki tanesinin 2023 yılı güncel basılarında, yazarın işaret ettiği farklı olarak, yazarın ifadesiyle "*sadece saklı paylı mirasçılara atıf yapılmı*" mış olduğu görülmektedir. Öncelikle Schmid - Arnet' in Basler şerhinde, paylaşılan örnekler arasında tenkis davası yanında mirasın paylaşılması durumunda mirasçılarının bilgi edinme hakkı da zikredilmektedir (Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 19e). Yine yazarın işaret ettiği Wilsch' in eserinin güncel basısındaki açıklamalarda, saklı paylı mirasçılarının yanında genel olarak mirasçılarının miras hukuku taleplerinden söz edilmektedir. Bu kapsamda Wilsch' in değindiği durumlardan biri, mirasçılarının miras hukukundaki denkleştirme talepleri bağlamında tapu sicilini inceleme haklarını kullanmalarına ilişkindir (Wilsch, "Grundbucheinsicht", § 12, N. 58).

303 Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 230 vd.;Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5; Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 9; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 122; Wilsch, "Grundbucheinsicht", § 12, N. 58.

304 Bu kapsamda saklı paylı mirasçılar yanında belli şartlarla onların alacaklıları ve iflas idaresinin de tenkis davası açması imkânı bulunur. Bu anlamda onların bilgi edinme ihtiyacından bahsedilebilir. Bu konuda örneğin Bkz. Öztan, "Miras Hukuku", 115 vd.; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 245 vd.

305 Krş. Aron, "OFK ZGB Kommentar", Art. 970, N. 7; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5; Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451.

görüşün, mirasbırakanın hayattayken yapmış olduğu ivazlı veya ivazsız devirlerin sadece saklı paylı mirasçıları etkileyebileceği şeklindeki tespitine³⁰⁶ katılmamaktayız. Bu yönde bazı örnekler paylaşılabilir.

Örneğin bir mirasbırakanın yaptığı taşınmaz bağış sözleşmesinin muris muvazaası iddiasına konu olduğu ve şekle aykırılık nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıldığı düşünülün³⁰⁷. Tartışmalı olmakla birlikte benimsenecek görüşe göre saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılar ve bu kapsamda onlardan birinin bu davayı açabileceği ileri sürülebilir³⁰⁸. Bunun kabulü durumunda bir mirasçının diğer hususların yanında ilgili tapu bilgilerini elde etmesinde ekonomik bir menfaati bulunur. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'nin mirasçılardan biri tarafından üçüncü kişiye devredilmiş bir taşınmaza ilişkin diğer bir mirasçının inceleme hakkını kabul ettiği bir kararı zikredilebilir³⁰⁹. Bunun gerekçesi ise inceleme talep eden mirasçının, miras paylaşma sözleşmesine³¹⁰ uyulup uyulmadığını ve bu sözleşmenin geçerliliğini tespit

306 Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 252 vd.

307 Nisbi muvazaanın özel bir uygulaması olarak mirasbırakanın (muris) muvazaası, iptal hakkı ve bunun tenkis talebiyle ilişkisi hakkında örneğin Bkz. İnan vd., Miras Hukuku, N. 1368 vd., 1378; Antalya - Sağlam, Miras Hukuku, 363 vd.; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 874 vd. Ayan, "Miras Hukuku", 238 vd.; Serozan - Engin, "Miras Hukuku", § 3, N. 30 vd. Muris muvazaasında her durumda şekle aykırılık nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi yoluna gidilmemesi, esasın haklı gerekçe olmadan şekle feda edilmemesine ilişkin tespit ve bu konuda bazı örnekler için Bkz. İmre - Erman, "Miras Hukuku", 95 vd.

308 Bu yönde Bkz. Y.İBK, 04.01.1974 T., 1/2 Sayılı kararı, Yine bu yönde örneğin Yarg. 1. HD., 14. 05.2015 T., 2015/6531 E., 1015/7261 K. Sayılı kararı, (12.07. 2023), www.lexpera.com. Muris muvazaasına ilişkin çok sayıda husus öğretilmektedir. Bunlar arasında yukarıda paylaşılan örneğe ilişkin zikredilebilecek olanlardan ilki yasal mirasçılardan birinin bu davayı açıp açamayacağıdır. Ayrıca öğretilmektedir bunlardan sadece birinin bu davayı açıp açamayacağı da tartışmalıdır. Öğretilmektedir muris muvazaasının nisbi muvazaanın Yargıtay kararlarıyla gelişen, birtakım farklı özellikler gösteren özel bir uygulaması olduğu, varılan sonucun adil olduğu, TMK m. 604 f. 4 dikkate alınınca terekedeki hakların korunması bağlamında yasal mirasçılardan birinin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceği gibi gerekçelerle bu görüşe katılanlar bulunmaktadır. Bu görüş için örneğin Bkz. Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 363 vd.; Ayan, "Miras Hukuku", 238 vd. Öte yandan Yargıtay'ın görüşüne katılmayanlar, bu yaklaşımın kanun amacına ve sistemine uymaması, bunun mirasbırakanın ahlaken kınanan davranışını cezalandırmak için yasal mirasçılara sahip olduklarının ötesinde haklar tanıdığı vb. gerekçeler ileri sürmektedir. Bu görüş için örneğin Bkz. Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1142 vd., 1153 vd.; Hatemi, "Miras Hukuku", § 4, N. 37 vd.

309 Bger 5A_502/2014, www.relevancy.bger.ch, (Erişim 10 Haziran 2023).

310 Miras paylaşma sözleşmesinde kural olarak tereke konusu değerler, mirasçılar arası paylaşılırak miras ortaklığı sona erer (tam paylaşma). Ancak TMK m. 676 f. 2'de tereke konusu malvarlığı değerlerinin kısmen paylaşılabilirliği de anlaşılmaktadır. Öğretilmektedir kısmi paylaşmanın şeklinin TMK m. 676 f. 2'de belirtilenlerle sınırlı olmadığı, tarafların sözleşme serbestisi gereğince farklı bir kısmi paylaşma şekli üzerinde oy birliği ile anlaşabilecekleri haklı olarak vurgulanmaktadır. Bu kapsamda örneğin mirasçılar terekeye konu değerler arasında yer alan bir taşınmazın kendi aralarında bir mirasçıya devrinde anlaşabilirler. Bunun gibi taşınmazın bir üçüncü kişiye satılıp elde edilen satış bedelinin, kendi aralarında miras payları oranında paylaşılmasını kararlaştırabilirler. Genel olarak paylaşma sözleşmesinin türleri hakkında Bkz. Numan Tekelioğlu, Miras Paylaşma Sözleşmesi (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 72 vd.; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 676, N.756 vd.

etmek konusunda hukuken korunan bir menfaatinin bulunmasıdır³¹¹. Ayrıca aşağıda aktarılacağı üzere denkleştirme talebi de bu kapsamda görülmelidir. Aşağıda çalışmanın kapsamı genişletmemek üzere sadece denkleştirme ve tenkis örneği üzerinden ve genel hatlarıyla açıklama yapmak ile yetinilecektir.

İlk zikredilen görüşe göre saklı payı olmayan mirasçılar, mirasbırakanın devrettiği taşınmazlara ilişkin ne bir talebi ne de hukuken korunan bir menfaati bulunmaktadır³¹². Bu tespite katılmamaktayız. Bu bağlamda mirasbırakanın miras payına mahsuben malvarlığından yerine getirdiği ivazsız, sağlar arası nitelikteki kazandırmaların denkleştirmeye tabi (TMK m. 669 f. 1) olduğuna işaret edilebilir³¹³. Yasal mirasçılar, denkleştirmenin hem alacaklısı hem de

311 İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu vasiyetnamede mirasın paylaşılmasına ilişkin en yüksek fiyatı veren bir üçüncü kişiye taşınmazın (somut olayda arsanın) satılması ve elde edilen bedelin tüm maliyetler, vergiler ve masraflar düştükten sonra mirasçılarla paylaşılması hakkında bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu vasiyetnamede ayrıca şayet mirasçılardan birinin söz konusu arsayı satın almak istemesi halinde, en yüksek teklif edilen bedelden vergi avantajı çıkarıldıktan sonra kalan rakama karşılık gelen bedelin, diğer mirasçılara ödemesi gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca mirasçılar, mirasın geçişinden sonra buna uyulması konusunda hep birlikte bir sözleşme (miras paylaşma sözleşmesi) yapmışlardır. Somut olayda mirasbırakanın altsoylarından biri, en yüksek teklif edildiği belirtilen rakamı ödemek suretiyle değinilen taşınmazı edinmiştir. Miras paylaşma sözleşmesinde değinilen satış bedeli (ilgili maliyet ve vergiler düştükten sonra) esas alınmıştır. Taşınmazı edinen kardeş, tescil tarihinden 48 gün sonra taşınmaz bir üçüncü kişiye devretmiştir (E.3.2.1). Diğer kardeşlerden biri (davacı), söz konusu kardeşe (davalı) dava açmıştır. Davacı daha önce üçüncü kişiyle yapılan satıştaki bedelin, gerçekte kendilerine bildirildiğinden daha yüksek olduğunu ve bu anlamda taşınmazı edinen davalının, bunu mirasın paylaşımında olduğundan daha düşük gösterdiğini iddia etmektedir. Davacı tapu sicilinde resmi belgeler arasında yer alan satış sözleşmesinden elde edeceği bilgi ile sadece satış bedelini değil, aynı zamanda değinilen sözleşmenin gerçekte iddia edilenden daha önceki bir tarihte yapılıp yapılmadığını öğrenmek istemektedir. Buna ilişkin ipuçlarından birini tarafların tercih ettiği ödeme detaylarından tespit edebileceğini düşünmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi menfaate ilişkin (ZGB Art. 970 Abs.1) yaptığı değerlendirmede ilk derece mahkemesinden farklı olarak değinilen davacının menfaatinin, hukuken korunmaya değer olduğunu ve bunun davalının miras paylaşma sözleşmesine uyup uymadığının tespiti için önem taşıdığını belirtmektedir. Mahkeme davacının şüphesinin doğru olması halinde, miras paylaşma sözleşmesinin geçerliliğinin ve taşınmazın mülkiyet durumunun etkileneceğine işaret etmektedir. Mahkemeye göre inceleme talep eden davacının, miras paylaşma sözleşmesinin geçerliliğini veya devamını, taşınmazın satışının şüpheli koşullar altında yapılıp yapılmadığını bilmek konusunda korunmaya değer bir menfaati vardır (E. 4.3.2). Bu karar için Bkz. Bger 5A_502/2014. Değinilen kararı değerlendiren Schmid-Arnet'e göre İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bu kararla yürütmüş olduğu menfaat değerlendirmesinde sonuç olarak bilgi talep eden mirasçının menfaatinin satış sözleşmesinin karşı tarafının fiyatı paylaşmamaya yönelik menfaatten daha fazla korunmaya değer bulmuştur. Bu konuda Bkz. Schmid - Arnet, "Basler Kommentar ZGB", Art. 670, N. 19e.

312 Şengül, "Tapu Sicilinin Aleniyeti", 253. Yazarın ileri sürdüğü gerekçe, mirasbırakanın sağlığında tasarruf oranı dahilinde malvarlığında serbestçe tasarruf edebilmesi durumudur (253).

313 Denkleştirmenin şartları için örneğin Bkz. Gamze Turan Başara, Miras Hukukunda Denkleştirme (Ankara, Turhan Kitabevi, 2013), 46 vd.; Necati Şükrü Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 32 vd.; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 669, N. 606 vd.

borçlusudur³¹⁴. Denkleştirme ile mirasbırakanın sağlığında yaptığı denkleştirmeye tabi ivazsız kazandırmalar terekeye eklenir. Bu şekilde emredici nitelikte olmayan denkleştirme kurumuyla mirasçılar arasında bozulan eşitliğin yeniden sağlanması istenmektedir³¹⁵. Terekeye eklenen bu kazandırma sonucunda mirasın paylaşımına konu terekenin değeri artmaktadır. Böylece bir mirasçının denkleştirme talebinden bu mirasçı yanında tüm mirasçılar da yararlanır³¹⁶. Bu bağlamda ilk zikredilen görüşün aksine yasal mirasçılar saklı paylı mirasçılardan ayrı değerlendirmek için makul bir gerekçe bulunmamaktadır. Yasal mirasçılar denkleştirme taleplerini somutlaştırmak üzere inceleme talebine konu taşınmaz kayıtlarını bilme konusunda ekonomik menfaatleri bulunur³¹⁷.

Örneğin mirasbırakan hayatta iken yasal mirasçılarında birine (YM1) karşılıksız olarak bir taşınmazını devretmiş olsun. Diğer bir mirasçının (YM2) ise değinilen karşılıksız kazandırmanın YM1'e yapılmış olduğu hususunda şüpheleri bulunsun. Verilen örnekte YM2'nin inceleme talebinin kapsamı ilgi (menfaat) bağlamında hem zamansal olarak hem de buna konu taşınmazlar yönünden sınırlandırılmıştır. Bu durumda YM2'nin mirasın paylaşımında YM1'e devredilen taşınmazlara ilişkin tapu sicil kayıtlarının incelenmesinde ekonomik bir menfaat bulunur³¹⁸. YM2'nin denkleştirme talebi, mirasın paylaşımının sonuna kadar mirasın paylaşım davasıyla veya önceden açılacak bir tespit davasıyla gündeme gelebilir³¹⁹. Mirasçı söz konusu dava ile tapu müdürlüğüne karşı inceleme talebi yönlendirilebilir. Bunun yanında dava açılmasından önce davada esas alınacak denkleştirme bedelini tespit etmek üzere inceleme hakkı gündeme gelebilir³²⁰.

314 Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 549; Yıldırım, "Miras Hukuku", 178 vd., 181; Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1357 vd. 1376 vd.; Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 460 vd.

315 Krş. Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 549; Yıldırım, "Miras Hukuku", 167; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 669, N. 555.

316 Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1379; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 669, N. 587.

317 Krş. Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5.

318 Krş. Wilsch, "Grundbucheinsicht", § 12, N. 58; Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5.

319 Tuor - Piconi, "Berner Kommentar ZGB", Art. 626, N. 7; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 1640, 1706; Kocayusufpaşaoğlu, "Miras Hukuku", 440; 475, 484 vd.; Öztan, "Miras Hukuku", 474, 484 vd. Buna karşılık mirasın paylaşımından sonra da denkleştirmeye tabi bir kazandırmanın ortaya çıkması durumunda, mirasçılar denkleştirme talebinde bulunabileceğine ilişkin görüş için Bkz. Wolf - Genna, "Erbrecht", 225; Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 225; İmre - Erman, "Miras Hukuku", 527.

320 Denkleştirmeye ilişkin dava açıldıktan sonra veya bunun öncesinde inceleme hakkının kullanılabilmesi hakkında örneğin Bkz. Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5. Sadece denkleştirme ihtimalinin bulunmasının, inceleme hakkının inanılır ilgi dahilinde kabul edilebilmesi için yeterli olduğu hakkında Bkz. Wilsch, "Grundbucheinsicht", § 12, N. 58.

YM1'in mirasbırakanın altsoyu olması ile diğer bir yasal mirasçı olması şeklinde iki ayrı ihtimal değerlendirilerek aktarılan örnek daha fazla somutlaştırılabilir. Altsoya yapılan karşılıksız kazandırmalarda bunun denkleştirmeye tabi olduğu (yasal denkleştirme) altsoy dışında yasal mirasçılarda ise bunu denkleştirmeye tabi olmadığı (iradi denkleştirme) şeklinde yasal adi bir karine söz konusudur³²¹. İlk olarak inceleme hakkına konu taşınmazın mirasbırakan tarafından altsoya devredildiği ihtimal zikredilebilir. Bu durumda inceleme talep eden YM2, yasal karine gereği doğrudan inceleme hakkını mirasçılık belgesini ibraz ederek kullanması mümkündür. Ancak inceleme talep edilen taşınmaza ilişkin resmi belgeler arasında yer alan sözleşmede mirasbırakanın miras payına mahsuben kazandırma yapıldığı yönünde bir iradesi bulunabilir. Tapu memuru bunu fark ederse YM2'nin talebini reddetmelidir. Nitekim söz konusu durum, YM2'nin menfaat durumuna ilişkin tapu memuruna ileri sürdüğünden farklıdır. Denkleştirmeden kurtulan söz konusu kazandırma tenkise tabidir³²². Değinilen durum sonradan inceleme hakkı kullanımına ilişkin ayrı bir başvurunun konusu olabilir. Diğer bir ihtimal olarak YM1, altsoya dışında bir yasal mirasçı olabilir. Burada ilk aktarılan durumdan farklı olarak iradi denkleştirme bulunmaktadır. Bu durumda inceleme talebinde bulunan YM2, inanılır ilgi dahilinde mirasçılık belgesi yanında bu kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığını inanılır şekilde ortaya koymalıdır.

Yukardaki örnekte YM1'in kendisine mirasbırakan tarafından devredilen taşınmazı sonradan yasal mirasçı olmayan bir üçüncü kişiye (Ü) devretmiş olduğu varsayılın. Değinilen durumda YM2, YM1'ye yönelik denkleştirme değerini hesaplayabilmek için³²³ Ü'nün maliki olduğu taşınmazın ilgili tapu sicil kayıtlarını incelemek istemektedir. Burada taşınmazın önceki malikinin mirasçısı olan YM2'nin, Ü'nün taşınmazının tapu sicil kayıtlarını incelemede

321 Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 539 vd.; İnan vd., "Miras Hukuku", N. 2017, 2027 vd.

322 Kılıçoğlu, "Miras Hukuku", 212 vd.; Eren - Yücer Aktürk, "Miras Hukuku", N. 819 vd., 826; Ayan, "Miras Hukuku", 233 vd.

323 Krş. Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5

ekonomik bir menfaati olduğu kabul edilebilir³²⁴. Daha önce aktarıldığı üzere inceleme talebinin kapsamı ileri sürülen menfaate göre belirlenmelidir³²⁵.

Ayrıca yukarıda değinildiği gibi saklı paylı mirasçılarının tenkis taleplerine ilişkin inceleme hakkı gündeme gelebilir³²⁶. Saklı paylı mirasçı tenkis iddiasına konu taşınmazla ilgili olarak inceleme hakkını tenkis davasıyla birlikte³²⁷ veya bunun öncesinde kullanması mümkündür. Ancak bu durumda tapu memuru yaptığı inceleme dahilinde tenkis davasının açılması için öngörülen hak düşürücüsü sürelerin (TMK m. 571) geçtiğini fark ederse bu başvuruyu reddetmelidir³²⁸.

Yasal mirasçılarının miras hukukuna ilişkin talepleri bakımından tapu sicilinde inceleme hakkını kullanılabileceği şu ana kadar çeşitli örneklerle aktarıldı. Ancak menfaatin değerlendirilmesine ilişkin katıldığımız yaklaşımın zayıf yanlarından biri, tapu memurunun (sıklıkla özellikle hukukçu olmamasında ötürü) değinilen sürecin yürütümünde yetersiz kalabilmesidir³²⁹. Tenkis bağlamında bu tespiti bazı örneklerle somutlaştırabiliriz. Örneğin saklı payın ihlali yanında sübjektif unsur olarak “*saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacı*” arayan TMK m. 565 b. 4 hükmü zikredilebilir. Bu bağlamda acaba sübjektif unsurun varlığı için dolaylı kast yeterli mi? Etkisiz kılma amacı hangi anda aranmalıdır? Acaba etkisiz kılma amacının sadece miras bırakanda bulunması yeterli midir, yoksa karşı tarafın bunu bilmesi veya onun tarafından

324 Bir taşınmazın önceki malikinin mirasçılarının, mirasbırakanın malik olduğu zaman diliminde onun tarafından söz konusu taşınmazla ilgili yaptığı sözleşmelerin tüm içeriklerine ilişkin inceleme hakkına sahip olduğu hakkında Bkz. Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 232, dn. 59. Ancak yazar artık güncel olmayan tapu sicil kayıtlarına ilişkin inceleme hakkının kapsamının geniş tutulmasının üçüncü kişilerin kişilik haklarının ihlali yönünden problem teşkil edeceğine işaret etmektedir (232). Bu bağlamda tapu sicilinde terkin işlemi yapılmaya kadar somut hukuki menfaati bulunan önceki malik tapu sicilini inceleme hakkı bulunduğu hakkındaki tespit için Bkz. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 215. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında daha önceki bir taşınmaz malikinin mirasçısının, denkleştirme davası kapsamında denkleştirme değerini hesaplayabilmek için tapu memurundan inceleme talep edebileceğini, söz konusu durumun inanılır kılınan bir menfaat olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu konuda Krş. Bger 5A_502/2014, E. 3.2.3.

325 Bkz. İncelemenin II, D, 1 numaralı başlığı.

326 Aron, “OFK ZGB Kommentar”, Art. 970, N. 9; Schmid - Hürlimann Kaup, “Sachenrecht”, N. 451; Deillon, “CHK Kommentar”, Art. 970, N. 5; Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 19c; Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 252 vd.

327 Arnet - Schnierer, “Informationsansprüche der Erben”, 230. İsviçre Federal Mahkemesi ’de tenkis davasına hazırlık sürecinde saklı payın korunması için satış sözleşmesinin buradaki satış bedelinin öğrenilebilmesi üzere incelenmesinde önemli ekonomik bir menfaatin bulunduğunu kabul etmiştir. Bu yönde Bkz. BGE 132 III 603 E. 4.3.2.

328 Krş. Şengül, “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 253.

329 Tapu memurundan bu kadar kapsamlı bir değerlendirme yapması beklenemeyeceğini şeklinde eleştiriyi ileri süren görüş için Krş. “Tapu Sicilinin Aleniyeti”, 437 vd.

bilinebilir olması ayrıca aranmalı mıdır? vb.³³⁰ tapu memurunun değerlendirmesinde karşılaşılabileceği ucu açık sorulardan bazılarıdır. Bunun gibi örneğin TMK m. 565 b.3 gereği: “mirasbırakanın... ölümünden önceki bir yıl içinde ...yapmış olduğu bağışlamalar” tenkise tabidir. Peki bir bağışlama, ne zaman yapılmış sayılır? Acaba tapu memuru bu durumda borçlandırıcı işlemin yapıldığı anı mı dikkate alacak, yoksa öğretideki baskın görüş doğrultusunda tasarruf işlemin yapıldığı anı (tescil anını) mı esas alacaktır?³³¹

Tapu memuru, mirasçının menfaatine ilişkin değerlendirmede yukarıda aktarılanlar gibi sorularla muhtemelen karşılaşacaktır. Ancak bu tespit mirasçının inceleme talebi dolayısıyla kişilik değerleri etkilenen hak sahiplerinin (ve benimsenecek görüşe göre belli durumlarda sözleşmenin karşı tarafının) menfaatlerini göz ardı etmek için haklı bir gerekçe oluşturmamaktadır³³². Bu bağlamda Rey’in şu ifadeleri bazı eklenen vurgularla naklen şu şekilde aktarılabilir³³³:” *...Baskın görüşe göre, ileri sürülen menfaatin tapu memurunca "olası" görünmesi halinde, ilk bakışta inanılır kılma şartı sağlanmış olur. Ancak bu seferde "olası" ile ne kastedildiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sadece genel bir formül olup belirsiz ve dolayısıyla somutlaştırılmaya ihtiyaç duyar. Prensip olarak hakim, hukuki ve etik normlarda "olası" ölçütü için somutlaştıracak ölçütler arar. Ancak tapu memuru hakim değildir; bu nedenle tapu sicilinin incelenmesinde menfaatlerin olasılığına ilişkin olarak hakkaniyet temelinde karar verecektir. Her şeyden önce onun ileri sürülen menfaatin muhtemel olup olmadığı konusunda tapu sicil incelemesinin adil olduğuna karar vermelidir... Söylentileri ve tutarlı olmayan tahminler... hayali bir menfaat teşkil ederler... Sadece hayali bir menfaat "olası" bir menfaat olarak kabul edilemez...fili bir menfaatin inanılır kılınması konusunda kabul edilebilirlik çitası yüksek tutulmadığından dolayı...önemli, fiili menfaat ile önemsiz, hayali bir menfaat arasındaki ayrımı yapmak problemlidir...”*

Bu anlamda tapu memuru hukukçu olmamasına ve karşılaşılabileceği güçlüklerle rağmen inceleme hakkına ilişkin değerlendirmesini hakkaniyete uygun bir şekilde yürütmelidir. Bunu yaparken ise keyfi davranmamalı, önceki başlıkta aktarıldığı üzere objektif bir yaklaşım takip

330 Bu konuda örneğin Krş. Escher, “ZGB Kommentar”, Art. 527, N. 15; Kocayusufpaşaoğlu, “Miras Hukuk”, 399; Serozan - Engin, “Miras Hukuku”, 210.

331 Krş. Tuor - Piconi, “Berner Kommentar ZGB”, Art. 527, N. 11; Escher, “Kommentar ZGB”, Art. 527, N. 18; Cem Baygın, “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, EÜHFD 12/3-4 (2008), 161 vd.; Nar, “Tenkis”, 180.

332 Bu konuda örneğin Krş. Schmid - Arnet, “Basler Kommentar ZGB”, Art. 670, N. 20.

333 Rey, “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs”, 83 vd.

etmelidir. Aynı zamanda ve doğal olarak takdir hakkını hukuka uygun kullanmalıdır. Bununla birlikte uygulamada yeknesak olmayan, hatta bazen keyfi uygulamalarla karşılaşılabildiği görülmektedir³³⁴. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bizzat kendisinin de vurguladığı üzere 2001/11 Sayılı Genelge'nin çıkarılma amaçlarından biri değinilen uygulamalardır. 2001/11 Sayılı Genelge'de günümüze kadar çeşitli değişiklikler gerçekleşmiştir. Ancak bunlar arasında mirasçılarının inceleme hakkına ilişkin yukarıda değinilen güçlüğü azaltmak üzere ölçüt ve esaslar öngörülmemiştir. Kanaatimizce 2001/11 Sayılı Genelge'de mirasçılarının bilgi ve belge istemlerine ilişkin bir bölüme yer verilmelidir. Bu bölüm rehber niteliğinde olmalı, mirasçılarının miras hukukundan kaynaklan inceleme haklarının hangi durumlarda, hangi kapsamda kullanabileceklerine dair bazı ölçütler sunmalıdır. Bunun hazırlanmasında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü bünyesinde medeni hukuk alanından seçili öğretim üyelerinden oluşan bir komisyon oluşturulması önerilebilir. Ayrıca tapu müdürlüklerinde görevli kişiler, değinilen konuya ilişkin mesleki eğitimleriyle de desteklenmelidir. Değinilen öneriler, üzerinde durulmuş olan sorunun en azından biraz olsun sınırlandırılmasına ve objektif bir tapu sicil uygulamasına katkı sağlayacaktır.

Nihayet mirasçının tapu sicilini inceleme hakkı ile miras hukukundaki bilgi edinme hakkından (TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2) birlikte yararlanabilme imkanına işaret edilebilir. Şu ana kadar aktarıldığı üzere TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümlerine başvuru imkanı, tapu sicilini inceleme hakkını (TMK m. 1020 f. 2) engellememektedir. Mirasçının bazen tapu sicil kayıtlarını inceleme hakkı kullanımı sonucu elde edeceği bilgiler, onun masraflı dava süreçlerine girmesinin önüne en baştan geçebilecektir. Bazen ise bu bilgiler, miras hukuku taleplerinin ileri sürülebilmesine sebebiyet verebilecektir. Bunun gibi mirasçının, dava süreci esnasında ve miras hukukundaki bilgi edinme hakkının yanında tamamlayıcı olarak inceleme hakkını kullanabilmesi de mümkündür³³⁵. Birlikte uygulamayı somutlaştırma üzere aşağıda bazı örnekler paylaşılabilir.

Örneğin mirasçının, miras kalan (sözleşmeye dayanan) bilgi edinme hakkı dahilinde³³⁶ dava açmadan ve miras hukukuna ilişkin bilgi edinme hakkına başvurmadan önce doğrudan tapu

334 Krş. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, "2001/11 Sayılı Genelge", 2; Aybay, "Tapu Sicili", 17; Oktay Özdemir, "Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi", 510; "Tapu sicil kayıtları herkese açık mıdır (MK 1020)", Türk Hukuk Sitesi Forum Alanları- Hukuk Forumları- Hukuk Sohbetleri, (Erişim 2 Ağustos 2023), <https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=13060>.

335 Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5.

336 Miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkına ilişkin önceki açıklamalar için Bkz. İncelemenin I, B, 1 numaralı başlığı.

sicilinde inceleme hakkını kullanması mümkündür³³⁷. Bu durumda mirasçı menfaatini inanılır kılmak üzere birtakım hususları tapu memuruyla paylaşmalıdır. Öncelikle mirasçı bu kapsamda mirasçılık belgesini ibraz etmelidir. Ayrıca söz konusu talebin terekeye intikal ettiği ve bu kapsamda mirasbırakanla üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin varlığı konusunda tapu memurunda bir kanaat oluşturulmalıdır³³⁸.

Yine örneğin mirasbırakan hayattayken serbestçe dönme hakkını saklı tutarak üçüncü bir kişiye (Ü1) taşınmaz bağışlamış³³⁹ olsun. Değinilen işlem tenkise tabidir (TMK m. 565 f. 1 b. 4)³⁴⁰ ve taşınmazın yeni maliki olan Ü1de tenkis borçlusudur. Miras hukukunda üçüncü kişinin bilgilendirme yükümlülüğünün hukuki dayanaklarına, bu yükümlülüğe kimlerin hangi şartlar ve kapsamda tabi olduğuna daha önce değinilmişti. İncelemede paylaşılan görüş dahilinde hem Ü1 hem de bundan haberdar olan, değinilen sürecin dışındaki üçüncü kişi (Ü2), bilgilendirme yükümlülüğüne tabidir. Burada mirasçı (M), Ü1'den örneğin öncesinde bir taşınmaz bağışlama vaadi mevcutsa buna ilişkin resmi şekilde düzenlenmiş ilgili metnin³⁴¹ bir örneğinin kendisiyle paylaşılmasını talep edebilir. Bunun gibi örneğin M, Ü1'den taşınmaz bağışlama sözleşmesine ilişkin tapu kütüğü sayfasını ve ilgili tapu sicil kayıtlarının örneğinin kendisiyle paylaşılmasını isteyebilir. Ü1'in elinde bu kayıtlar bulunmaması durumunda ise Ü1 bunları Tapu Müdürlüğü'nden tedarik edip M ile paylaşmalıdır.

Değinilen örnek olayda aynı zamanda M'nin TMK m. 1020 hükmü dahilinde inceleme hakkı gündeme gelebilir. Öncelikle M, çalışmada savunulan görüş dahilinde mirasçılık sıfatından bağımsız olarak taşınmaza ilişkin bilgileri ilgisini inanılır kılmaksızın (serbestçe) inceleme hakkı bulunur³⁴². Ayrıca diğer tapu sicil bilgilerine ilişkin olarak ise M'nin TMK m. 1020 f. 2

337 Schmid - Hürlimann Kaup, "Sachenrecht", N. 451; Deillon, "CHK Kommentar", Art. 970, N. 5.

338 Krş. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 233 vd.; Breitschmid - Matt, "Informationsansprüche der Erben", 92 vd.

339 Genel olarak bağışlama sözleşmesinin türlerinden biri olan serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yapılan bağış sözleşmesi hakkında örneğin Bkz. Zevkliler - Gökyayla, "Borçlar Hukuku Özel", 187 vd.; Aral - Ayrancı, "Borçlar Hukuku Özel", 253 vd.; Yavuz vd., "Borçlar Hukuku Özel", 403; Eren, "Borçlar Hukuku Özel", N. 977 vd.

340 Krş. Ahmet Nar, Türk Miras Hukukunda Tenkis (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016), 175; Öztan, "Miras Hukuku", 102; Çabri, "Miras Hukuku Şerhi", § 565, N. 1508.

341 Taşınmazı konu alan bu hukuki işlem resmi şekle bağlıdır. Bu konuda Bkz. Murat Aydoğdu – Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 349; Eren, "Borçlar Hukuku Özel", N. 978; Gümüş, "Borçlar Hukuku Özel", 215.

342 Genel olarak ZGB Art. 970 Abs. 2 bağlamında mirasçıların bilgi edinme hakkına ilişkin olarak bu yönde Bkz. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 232; Enzmann, "Erbrechtliche Informationsansprüche", N. 120.

anlamında ekonomik menfaati (ilgisi) bulunduğu kabul edilebilecektir. Böylece M'nin doğrudan ilgisi kapsamında tapu sicilinin ilgili kayıtları üzerinde inceleme hakkını kullanması gündeme gelebilecektir. Daha önce değinildiği gibi M'nin tenkis davası açmadan önce (ancak tenkis davasına ilişkin hak düşürücü içinde) inceleme hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bunun yanında çalışmada benimsenen görüş kapsamında değinilen taşınmaz bağışından haberdar olan Ü2'nin miras hukukuna ilişkin bir bilgilendirme yükümlülüğü gündeme gelebilir. M, bu kapsamda Ü2'den örneğin değinilen taşınmazın konum bilgisi, bunun devrine ilişkin hukuki işlemin detayları, bunun altında gizli işlem olarak bir satış sözleşmesi bulunup bulunmadığı (muris muvazaası olgusuna işaret eden durumlar³⁴³) vb. hakkında bilgi edinebilir.

Çalışma genelinde savunulan görüşler kapsamında mirasçının miras hukukundaki bilgi edinme hakkı ile tapu sicilini inceleme hakkına ilişkin yürütülecek değerlendirmeler arasında benzerlikler bulunduğu fark edilmektedir. Örneğin her ikisi de objektif şekilde ve mirasçıların nitelikli bilgi ihtiyacı bulunduğu gözetilerek yürütülür. Her ikisi de hukuki işlem hayatındaki farklı olasılıkları ele alabilmek üzere öğretilen ve uygulamada geliştirilen, hüküm içi boşluk içeren, objektif şekilde ele alınan ölçütler içerirler. Örneğin miras hukukunda bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin makullük, beklenebilir ve paylaşımı objektif anlamda etkileyebilecek nitelikte olma ölçüler zikredilebilir. Bunlar ile tapu sicilini inceleme hakkının mevcudiyeti ve kapsamına ilişkin menfaati (ilgiyi) somutlaştıran nitelikli yakınlık, önemli menfaat, bilgi talebinin ölçülü olması gibi ölçütler benzerlik göstermektedir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere benzerliklere ilişkin verilen örnekler ile yetinilecektir. Ancak bu durum iki hakkın birlikte uygulamasına ilişkin yapılan inceleme ve geliştirilecek yaklaşımlarda, bunlar arasında bir değer transferi ve bağlantı kurulabileceğini göstermektedir.

Uygulamada tapu memurlarının, miras hukukunda mirasın paylaşımına ilişkin bilgi edinme hakkına ilişkin hükümlerin varlığından ve ayrıca iş yüklerinden dolayı mirasçıların inceleme taleplerine isteksiz yaklaşabilmeleri mümkündür³⁴⁴. Bu durum dikkate alınarak mirasçıların bilgi edinme hakkına ilişkin daha önce aktarılan kanun değişikliği önerisinin son fıkrasında

343 İptal ve tenkis talebi arasındaki ilişki, bunların aynı davada tehditli (kademeli) olarak istenebilmesi, bu konuda Yargıtay'ın yaklaşımı ile öğretinin görüş ve eleştirileri hakkında örneğin Bkz. Ayan, "Miras Hukuku", 243 vd.; Dural - Öz, "Miras Hukuku", N. 1147 vd., 1151; Antalya - Sağlam, "Miras Hukuku", 363 vd.

344 Krş. Aybay, "Tapu Sicili", 17. Nitekim daha önce aktarıldığı üzere İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu tereddütlerden dolayı değinilen hükümlerin varlığının, mirasçıların tapu sicilini inceleme hakkını engellemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. BGE 132 III 603, 4.3.2

mirasçılarının TMK m. 1020 dahilinde inceleme haklarının saklı olduğu öngörülmelidir³⁴⁵. Değinen öneri mirasçılarının inceleme hakkına sahip olduğunu ortaya koyarak hukuk güvenliğine katkı sağlayacaktır. Mirasın paylaşımında öngörülen bilgilendirme yükümlülüğü ile mirasçılarının bilgi edinmesi ve son soyutlamada mirasın doğru ve adil şekilde paylaşımı amaçlanmaktadır³⁴⁶. Olması gereken hukuka ilişkin önerilen madde de aynı amacı taşımaktadır. Mirasçının benzer şekilde bilgi edinmesine hizmet eden tapu sicilini inceleme hakkının kullanımını değinen amaca katkı sağlar. Bunun gibi medeni hukukun yeknesaklığı ilkesi ve medeni hukukun farklı kitaplarının şekli ve maddi anlamda bütünlüğü de³⁴⁷bu öneriyi desteklemektedir.

SONUÇ

Her bir mirasçı, TMK m. 646 f. 3, TMK m. 649 f. 2 hükümleri dahilinde diğer bir mirasçıya karşı ileri sürebileceği çok geniş kapsamlı bir bilgi edinme hakkına sahiptir. Tamamlayıcı olarak TMK m. 620 f. 2 ve 3 hükümlerinin ise mirasçının bilgi edinmesine sınırlı bir katkısı olacaktır. Gerek bilgi edinme hakkının tabi olduğu kabul edilebilecek mirasçılara gerekse bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin dürüstlük kuralı dahilinde objektif ölçütler kullanılarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Miras kalan sözleşmeye dayanan bilgi edinme hakkı, mirasbırakanın ölümü anındaki kapsamıyla mirasçılara geçer. Ancak mirasçılarla devam edilecek bu sözleşmeye onların menfaatleri ve bilgilendirmenin amacı gözetilerek devam edilmeli ve onların menfaatleri gözetilerek bilgi verme yükümlülüğünün türü ve kapsamı yeniden şekillendirilmelidir.

345 İsviçre Medeni Kanun Taslağı (VE-ZGB) Art. 601a Abs. 3'te bilgi vermek ile yükümlü üçüncü kişiler, tereke konusu malvarlığı değerlerini yönetmiş, bu değerleri iyileştirmiş veya ellerinde bulundurmış olanlar şeklinde sayılmıştır. Bu bağlamda Arnet - Schnierer, tapu memurlarının bu kapsamda Sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir değerlendirmesinde, tapu memurlarının tereke konusu malvarlığı değerlerini yöneten, buna zilyet veya sahip olan olarak kabul edilemeyeceklerini belirtmektedirler. Yazarlara göre VE-ZGB Art. 601a Abs. 3'ün yasalması durumunda, ZGB Art.970 hükmünün uygulamasında bir farklılık olmayacaktır. Miras hukuku ve tapu sicil hukukundaki bilgi edinme talepleri, birbirinden bağımsız olarak, yan yana varlıklarını sürdürmeye devam edeceklerdir. Bu konuda aktarılan açıklamalar için Bkz. Arnet - Schnierer, "Informationsansprüche der Erben", 236. Genel değerlendirmeler için Bkz. Bundesamt für Justiz, "Bericht", 45; Leu, "Auskunftsrechte von Erben", 281 vd.

346 Krş. Öztan, "Miras Hukuku", 455; Yılmaz, "Miras Hukuku", 299 vd.; İmre - Erman, "Miras Hukuku", 483; Öztan, "Miras Hukuku", 465 vd.

347 Krş. Antalya - Topuz, "Medeni Hukuk", 100 vd.

Mirasın paylaşımında üçüncü kişilerin mirasçılara karşı bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen açık bir kanuni dayanak bulunmamaktadır. Ancak incelemede böyle bir yükümlülüğün farklı hukuki dayanaklarla kabul edilebileceği gerekçeleriyle ortaya konmuştur. Miras hukukundaki bilgilendirme yükümlülüğüne tabi üçüncü kişilerin arasında öncelikle mirasbırakan hayatta iken malvarlığı, öldükten sonra ise tereke konusuyla üstlendikleri görevler dolayısıyla ilgilene kişiler sayılabilir. Bunun yanında bilgilendirme yükümlülüğüne tabi üçüncü kişilerin belirlenmesinde iki ayrı ölçüt önerilmiştir. Bunlardan ilkinde göre miras hukukunda yükümlü olabilecek kişiler bu kapsamda sayılabilir. İkincisinde ise üçüncü kişinin mirasbırakan ile aralarında malvarlığı ilişkileri bulunmuş olması aranmaktadır. Nihayet mirasçı, değinilen kişiler hakkında bilgisi olan diğer üçüncü kişilere karşı da bilgi edinme hakkını kullanılabilecektir. Üçüncü kişilerin yükümlülüğü, mirasçıların kendi aralarındaki bilgi verme yükümlülüğünden farklı olarak kendiliğinden değil talep üzerine söz konusu olur. Bilgi edinme hakkını kullanan mirasçı, bahsedilen kişilerin değinilen durumlarda olduğunu makul şekilde ortaya koymalıdır. Özellikle üçüncü kişilerin değinilen durumlarda bulunduğu muhtemel ise bu konuda bir menfaat değerlendirilmesi yürütülmelidir. Gerek mirasçıların gerek üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin mirasın paylaşımını objektif anlamda etkileyebilecek nitelikte olma ölçütüne başvurulmalıdır.

TMK m. 1023'ün uygulanabilirliğine ilişkin 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu dikkate alınarak yapılan değerlendirmede ise herkesin ilgisini inanılır kılması aranmaksızın serbestçe taşınmaza yönelik bilgileri (taşınmazı tanımlayıcı bilgiler, genel anlamda taşınmaza yönelik hak ve sınırlamalara ilişkin bilgiler) inceleme hakkına sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak TMK m. 1020 ve ilgili mevzuatta değinilen istisnayı gözeterek gerekli değişiklikler yapılmasını önerilmektedir.

Mirasçının malik statüsünden kaynaklı inceleme hakkında ileri sürülen menfaat ile tapu sicili unsuru arasında fonksiyonel bağlantı kanunen kurulmuş olmaktadır. Mirasçının diğer mirasçıların ve üçüncü kişilerin taşınmazlarına ilişkin inceleme hakkının kabulü ve fonksiyonel bağ kurulabilmesi için ise ek kriterler aranmalıdır. Bu kapsamda incelemede TMK m. 1023 f. 2'de zikredilen ve hukuken korunan menfaati ifade eden ilgiyi somutlaştırmak üzere birtakım ara değerlendirmeler içeren objektif, çok aşamalı şekilde değerlendirme öngören bir yaklaşım izlenmesi gerektiği önerilmiştir. Burada menfaatlerin değerlendirilmesi aşamasında inceleme başvurusunda bulunan mirasçının bilgi edinme menfaati yanında özellikle taşınmaz üzerindeki aynı hak sahiplerinin menfaatleri de dikkate alınmalıdır. İnceleme kapsamının belirlenmesi

aşamasında ise diğer ilgililerin yanında sözleşmeye taraf olan üçüncü kişilerin menfaatinin de sınırlayıcı şekilde dikkate alınabilmesi mümkündür.

Ancak menfaat değerlendirmesine ilişkin yaklaşımın zayıf yanlarından biri tapu memurunun değerlendirme sürecinin yürütümünde yetersiz kalabilmesidir. Bu bağlamda çalışmada söz konusu sorunu sınırlamak üzere bazı öneriler paylaşılmıştır. Bunlar arasında 2001/11 Sayılı Genelge’de mirasçıların bilgi ve belge istemlerine ilişkin rehber niteliğinde olacak bir bölüme yer verilmesi ve bu tapu memurlarına bu konuya ilişkin mesleki eğitimlerin verilmesi yer almaktadır.

Mirasçı tapu sicilini inceleme hakkı ile miras hukukundaki bilgi edinme hakkından birlikte yararlanabilir. Bu kapsamda özellikle yasal mirasçıların denkleştirme ve saklı paylı mirasçılarının tenkis talepleri bakımından tapu sicilini inceleme hakkı gündeme gelebilir. Denkleştirme veya tenkise ilişkin dava açıldıktan sonra veya bunun öncesinde inceleme hakkının kullanılabilmesi mümkündür. Mirasçının miras hukukundaki bilgi edinme hakkı ile tapu sicilini inceleme hakkına ilişkin yürütülecek değerlendirmeler arasındaki benzerlikler, bu iki hakkın birlikte uygulanmasına ilişkin yapılacak inceleme ve geliştirilecek yaklaşımlarda bunlar arasında bir değer transferi ve bağlantı kurulabilmesine imkân tanımaktadır.

Çalışmada önerilen esaslar dahilinde TMK’da mirasın paylaşımında mirasçılarının bilgi edinme hakkına ilişkin hükümlerde bir değişiklik yapılması önerilmektedir. Buna göre mirasın paylaşımında bilgilendirme yükümlülüğüne aynı madde altında düzenlenmeli ve açıkça üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğüne yer verilmelidir. Bu kapsamda hangi üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğüne tabi olduğu ve genel olarak bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı düzenlenmelidir. Bunların yanında önerilen metinde mirasçılarının TMK m. 1020 dahilinde inceleme haklarının saklı olduğu öngörülmelidir.

KAYNAKÇA

Abt, Daniel. “Art. 581”. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB*. ed. Peter Breitschmid vd. Zürich:Schulthess Juristische Medien AG, 3. Basım, 2016.

Akbıyık, Cem. *Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1997.

Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara:Yetkin Yayıncılık, 2. Basım, 2022.

Akipek, Jale vd. *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C 1*. Ankara, Beta Yayıncılık, 17. Bası,2021.

Akipek, Jale. *Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar- Birinci Cilt (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Basım, 1972.

Akipek, Jale vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Basım, 2018.

Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

Antalya, O. Gökhan. “Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 23/3 (2017), 419-440.

Antalya, O. Gökhan. *Elektronik Tapu Sicili*.Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Antalya, O. Gökhan. *Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 3*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, 2019.

Antalya, O. Gökhan- Topuz, Murat. *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2021.

Antalya, O. Gökhan- Topuz, Murat. *Eşya Hukuku, Cilt IV/1*.Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, 2021.

Antalya, O. Gökhan- Sağlam, İpek. *Miras Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım,2019.

Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2012.

Arnet, Ruth- Schnierer, Elisabeth Anne. “III. Erbrecht,Stunde der Wahrheit? – Informationsansprüche der Erben im Kontext der Publizität des Grundbuchs”, *Der Mensch Als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid*.ed. Ruth Arnet, Paul Eitel, Alexandra Jungo, Hans Rainer Künzle, 219-236, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2019.

Aron, Pfammatter. “Art. 970, 970a ”. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK*.ed.Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. Zürich: Orell Füssli Verlag, 4. Basım, 2021.

Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – I Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Adalet Yayınevi, 14. Baskı 2017.

Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 10. Baskı, 2020.

Ayan, Mehmet- Ayan, Nurşen. *Medeni Hukuka Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi, 9. Baskı, 2020.

Aybay, Rona. “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi Yürürlükten Kaldırdı Mı?”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 53 (2004), 216-220.

Aybay, Rona. “Tapu Sicili “Herkes Açık” mıdır? Çelişkiler Yumağı Bir Madde: MK 1020. *İstanbul Barosu Dergisi*, 87/2 (2013), 15-31.

Aydemir, Muhammed Emin. *Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Aydoğdu, Murat- Nalan, Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Basım, 2021.

Azer, Can. *Bilgi Edinme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Başpınar, Veysel. “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler”. *AÜHFD*, 57/3 (2008), 97-132.

Baygın, Cem. “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”. *EÜHFD* 12/3-4 (2008), 137-179.

Bayramoğlu, Necati Şükrü. “Mirasçılardan Bilgilendirme Yükümlülükleri”. *ERÜHFD* 12/2 (2021), 191- 216.

Bayramoğlu, Necati Şükrü. *Mirasta Denkleştirme*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.

Breitschmid, Peter- Matt, Isabel. “Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser”. *Successio* (2010), 85-107.

Bydlinski, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien NewYork: 2. Baskı, Springer Verlag, 2011.

Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 575-639), Cilt-II*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2020.

Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 640-682), Cilt-III*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2020.

Çağa, Tahir. “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 3 (1991), 366 – 375.

Deillon, Schegg Bettina. “970, 970a”. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB*. ed. Peter Breitschmidvd. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Basım, 2016.

Dorjee-Good, Andrea. “Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren, BGE 135 III 597”. *Successio* 4 (2010): 299-307.

Dorjee-Good, Andrea. “Neue (Un-)Klarheiten zur Auskunftspflicht der Banken gegenüber den Erben, Urteilsbesprechung BGer 4A_522/2018”. *Successio* 2 (2020), 170-182.

Druey, Jean Nicolas. “Das Informationsrecht des Erben - die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen”. *Successio* 3 (2011), 183-188.

- Druey, Jean Nicolas. *Grundriss des Erbrechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 5. Basım, 2002.
- Dural, Mustafa- Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 12. Baskı, 2017.
- Dural, Mustafa- Ögüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 22. Basım, 2021.
- Dural, Mustafa- Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku Cilt: IV Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 18. Basım, 2022.
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 6. Baskı, 1997.
- Eken, Musa. *Yönetimde Şeffaflık: Teori – Uygulama*. Sakarya: Sakarya Kitabevi, 2005.
- Enzmann, Jessica. *Erbrechtliche Informationsansprüche und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, insbesondere die Stufenklage*. Zürich: Schulthess Verlag, 2023.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 4. Basım, 2016.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Basım, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 24. Bası, 2019.
- Eren, Fikret – İpek, Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Basım, 2021.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları, 16. Basım, 2021.
- Escher, Arnold. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Artikel 457-536*. Zürich: Schulthess Verlag, 3. Basım, 1959.
- Escher, Arnold. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640*. Zürich: Schulthess Verlag, 3. Basım, 1960.
- Esener, Turhan – Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 8. Basım, 2019.
- Erkan, Vehbi Umut- Özsoy, Rabia. “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72/1 (2023), 97-120.
- Genna, Gian Sandro. “Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeiten zum Informationsanspruch im Erbrecht?”. *Successio* 3 (2011), 203-207.
- Gezder, Ümit. “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”. *İÜHKM* 65/1 (2007), 207 – 222.
- Göksu, Tarkan. “Informationsrechte der Erben”. *AJP* (2012), 953-965.

Göksu, Tarkan. “ZGB Art. 510”. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB*. ed. Peter Breitschmid vd. Zürich:Schulthess Juristische Medien AG, 3. Basım, 2016.

Güleş, Bedia. “İnanılır İlgı” Kavramı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Bilimsel Çalışmalara Açıklığı. *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 2018, 85-102.

Gümüş, Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2014.

Gümüş, Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.

Gündüz, F. Ebru-Yazıcıoğlu, İsmail. “Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 38/1 (2021), 171-204.

Gürsoy, Kemal Tahir vd. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlar, 1978.

Halil, Akkanat. *Ölümün Özel Hukuk İlişkileri Üzerindeki Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.

Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2014.

Hatemi, Hüseyin vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.

Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk'a Giriş*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 10. Basım, 2021.

Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9. Basım, 2021.

Helvacı, Serap. *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.

Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 5 Basım, 2013.

Helvacı, Serap- Erlüle, Fulya. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 3 Basım, 2014.

Hrubesch Millauer, Stephanie vd. Bern, *Sachenrecht*. Stämpfli Verlag, 5. Basım, 2017.

Häfliger, Manuela. “Art. 607, 610”. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK*. ed. Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. Zürich: Orell Füssli Verlag, 4. Basım, 2021.

İşıқтаç, Yasemin- Metin, Sevtap. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Basım, 2019.

İmre, Zahit - Erman, Hasan. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Kitabevi, 16. Basım, 2022.

İnan, Ali Naim vd. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11. Basım, 2022).

Kılıçarslan, Seda Kara. “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2015), 185- 222.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 11. Basım, 2021.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme*. İstanbul:Filiz Kitabevi, 7. Bası,2017.

Koçak, Süleyman Yaman. “Kamu YönetimindeAçıklıkİçin Bilgi Edinme Hakkı”. *SelçukÜniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 23 (2010), 115- 125.

Künzle, Hans Rainer. “Auskunftspflichten gegenüber Erben”. *Successio* 4 (2012): 256- 279.

Leu, Daniel. “Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter de lege lata und de lege ferenda”. *Successio* 4 (2017):270-283.

Leu, Daniel- Gabrieli, Daniel. “Art. 553”. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*. Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Basım, 2023

Liechti, Fabrizio Andrea. “581”. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK*.ed.Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. Zürich: Orell Füssli Verlag, 4. Basım, 2021.

Merz, Hans. *Berner Kommentar zumschweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1966.

Meyer, Thomas. “Art. 607, 610”. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB*.ed. PeterBreitschmid vd. (Zürich:Schulthess Juristische Medien AG, 3. Basım, 2016.

Minning, Yannick. “Art. 607, 610”. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*. Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Basım, 2023.

Nar, Ahmet. *Türk Miras Hukukunda Tenkis*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Nomer Nami, Haluk-Akbulut, Pakize Ezgi.*Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Basım, 2021.

Nomer Nami, Haluk-Ergüne, Mehmet. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9. Baskı, 2022.

Oğuzman, M. Kemal vd. *Kişiler hukuku: Gerçek ve tüzel kişiler*. İstanbul:Filiz Kitabevi, 18. Basım, 2018.

Oğuzman, M. Kemal vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 23. Basım, 2017.

Oğuzman M. Kemal-Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 18. Bası, 2020.

Oğuzman, M. Kemal- Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 28. Baskı, 2022.

Oktay Özdemir, Saibe. “Kişilik Hakkı ve Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniği İlkesi”. *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*.ed. Hüseyin Hatemi. 531-560. (Ankara: Seçkin Yayıncılık,2006).

Okur, Sinan. *Türk Medeni ve Borçlar Hukukunda Metot*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Ott, Walter - Grieder, Thomas. “Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz”. *AJP* 6 (2001), 627- 631.

Özcan, Zeynep. “§ 2 Hukuk Kurallarının Özellikleri, Çeşitleri ve Uygulanması”. *Medeni Hukuk-I*. Ed.: Metin, İkizler- Özlemi Tüzüner. Ankara:Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2021.

Özcan, Bilge.*Kişiler hukuku gerçek kişiler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11. Basım, 2021.

Özcan, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 12. Basım, 2021.

Reisoğlu, Safa. *Türk Eşya Hukuku Cilt.1 Giriş – Zilyedlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 6. Basım, 1980.

Rey, Hans. “Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs (Schriftliche Fassung des vor der Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich am 16. November 1983 gehaltenen Referats)”. *ZBGR* 65 (1984): 73-84.

Schaufelberger, Peter C.- Keller Lüscher, Katrin. “ZGB Art. 607, 610”. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*. ed. Heinrich Honsell vd. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Basım, 2015.

Schmid, Jürg- Arnet, Ruth.“Art. 670, 670a”, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*. Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Basım, 2023.

Schmid, Jörg- Hürlimann Kaup, Bettina. *Sachenrecht*. Zürich, Schulthess Verlag, 5. Basım, 2017.

Schröder, Andreas. “Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...”. *Successio* 3 (2011), 189-202.

Schwander, Ivo. “Art. 560”. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*. Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Basım, 2023.

Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 2014.

Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Basım, 2017.

Serozan, Rona-Baki İlkay, Engin. *Miras Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, 2019.

Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 9. Basım, 2021.

Stähli, Peter. “581”. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK*. ed.Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. Zürich: Orell Füssli Verlag, 3. Basım, 2016.

Sulu, Muhammed. *Ticari Sır*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 3. Basım, 2020.

Şengül, Mehmet. *Tapu Sicilinin Aleniyeti*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Tekelioğlu, Numan. *Miras Paylaşma Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021

Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Eşya Hukuku Cilt: 1, Zilyetlik- Tapu Sicili, Mülkiyet*. İstanbul:Filiz Kitabevi, 5. Bası, 1989.

Tuor, Peter. *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Artikel 457 – 536 ZGB*. Bern, Stämpfli Verlag, 1952.

Tuor, Peter-Vito, Picononi. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 2. Basım, 1964.

Tuor, Peter vd. *Das schweizerische Gesetzbuch*. Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2002.

Topuz, Murat. *Türk Özel Hukuku'nda Taşınmaz Mülkiyeti*. Ankara: Seçkin yayıncılık, 2020.

Turan Başara, Gamze. *Miras Hukukunda Denkleştirme*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.

Turhan, Esener – Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 8. Basım, 2019.

Ünal, Mehmet- Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 12. Basım, 2021.

Wilsch, Harald. “§ 12 Grundbucheinsicht; Abschriften”. *Beck'ischer Online Kommentar GBO*.ed. Stefan Hügel. München, Beck Verlag, 33. Basım, 2018.

Wolf, Stephan. “Auskunftspflichten unter Miterben BGE 127 III 396 ff.”, *Recht- Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*”. (2002), 74- 82.

Wolf, Stephan. “ZGB Art. 602-605, 607-611”. *Berner Kommentar, Art. 602–619 ZGB*.ed. Heinz Hausheer vd. 5-154, 175- 256. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1. Basım, 2014.

Wolf, Stephan- Gian Sandro, Genna. *Schweizerisches Privatrecht, Band IV/I: Erbrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.

Wolf, Stephan- Hrubesch Millauer, Stephanie. *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.

Yavuz, Cevdet vd. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2022.

Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt-I Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022

Zevkliler, Aydın-Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 20. Baskı, 2020.

Zobl, Dieter. *Grundbuchrecht*. Zürich, Orell Füssli AG, 2. Basım, 2004.

Elektronik Kaynaklar

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, “Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht)”. Erişim 27 Haziran 2023. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf>

Bundesamt für Justiz BJ- Direktionsbereich Privatrecht. “Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 10. Mai 2017”. Erişim 2 Temmuz 2023). <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-ber-d.pdf>

Lexpera, “İçtihat”. Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2023. www.lexpera.com, mevzuat sistemi

TKGM, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü. “Bilgi Edinme Kanunu”. Erişim 19 Temmuz 2023. <https://www.tapu-kadastro.net/index.php/kunena/6-tapu-fen/941-bilgi-edinme-kanunu>

TKGM, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü. “Tapu Bilgileri Sorgulama (Mirasçısı Olduğunuz Kişi Adına)”. Erişim 19 Temmuz 2023. <https://www.turkiye.gov.tr/tapu-ve-kadastro-tapu-bilgileri-sorgulama-mirascisi-oldugunuz-kisi-adina>

Türk Hukuk Sitesi. “Tapu sicil kayıtları herkese açık mıdır (MK 1020)”. Erişim 2 Ağustos 2023. <https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=13060>



Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliğinin Kişi Bakımından Uygulanması (*)

Application of the Requirement to Behave Like a Prudent Businessman from the Point of View of the Person

Arş. Gör. Gamze ÇAKI ÇİFCİ (**)

Öz

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, tacir olmaya bağlanan bir hüküm ve sonuç niteliğindedir. Bu gereklilik, tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde olağan bir kişiye kıyasla daha tedbirli, öngörülü, dikkatli ve işin inceliklerine hâkim şekilde hareket etmesini ifade etmektedir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği hukukî sorumluluğun tespiti bakımından özellikle kusurun varlığı ve yükümlülüğün/hukuka uygunluğun ihlâli bağlamında önem arz etmektedir. Bu nedenle bu gerekliliğe tâbi olan kişilerin ortaya konulması gereklidir. Anılan bağlamda genel tacir tanımı, tacir sayılma, tacir gibi sorumlu olma, küçük ve kısıtlılar, ticaret yapması yasaklı olanlar, donatma iştiraki, hâkim teşebbüs, yardımcı kişi ve çalışan bu gerekliliğe tâbi olup olmama hususunda ayrıntılı olarak incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Basiretli İş Adamı, Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği, Tacir, Donatma İştiraki, Hâkim Teşebbüs

Abstract

The requirement to act like a prudent businessman is a judgment and consequence that connects to being a merchant. This requirement refers to the fact that the merchant acts more cautiously,

* Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 04/02/2023 - Makale Kabul Tarihi: 30/03/2023 - Makale Yayın Tarihi: 18/12/2023

DOI: 10.56701/shd.1247583

Bu araştırma makalesi, Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği m. 43/5 gereğince, tez savunma sınavına girebilmek için gerekli olan tezle ilişkili makale şartı sebebiyle, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yürütülmekte olan “*Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*” konulu doktora tezinden türetilmiştir.

** Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Bolu-Türkiye.

E-posta: gamze.caki@ibu.edu.tr

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4365-6125>

predictively, carefully and in a way that is familiar with the subtleties of business compared to an ordinary person in the activities of her/his trade. The necessity of acting like a prudent businessman is important in terms of determining is important in terms of determining legal responsibility, especially in the context of the existence of fault and violation of obligation/lawful compliance. For this reason, it is necessary to reveal the persons who are subject to this requirement. In the context, the general definition of merchant should be examined in detail in terms of being considered a merchant, being responsible as a merchant, minors and prodigal people, those who are prohibited from doing commerce, association of shipowners, dominant enterprise, auxiliary person and employee whether are subject to this requirement.

Keywords

Prudent Businessman, Duty to Act as a Prudent Businessman, Merchant, Association of Shipowners, Dominant Enterprise

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ “*Tacir Olmanın Hükümleri*” başlığı altında madde (m). 18/2 düzenlemesinde tacirin ticaretine ilişkin faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine hükmedilmiştir. Kanunda basiretli iş adamı gibi davranma kavramı tanımlanmamıştır. Nitekim kavram soyut ve her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi icap eden esnek bir kavramdır². Ancak genel bir tanım verilecek olursa basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin ticaretine ilişkin faaliyetlerinde herhangi bir kişiye kıyasla daha dikkatli, tedbirli, öngörülü ve yaptığı işin inceliklerine hâkim biçimde hareket etmesi olarak tanımlanabilmektedir³.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği hukukî sorumluluğun tespiti bakımından önemi haizdir. Şöyle ki basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbi olan kişinin sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğu⁴ kapsamında sorumlu olup olmadığını belirleme

¹ Resmî Gazete (RG). 14.02.2011 S. 27846.

² Basiretli iş adamı kavramının, insan davranışlarının değerlendirilmesinde gerekli ve yardımcı bir kurgu, bu kapsamda bir “*altın orta*” bulmanın yolu ve Kanunun sosyal ve hukukî gelişmelere uyumlu olarak uygulanmasını sağlamak amacıyla esnek bir kavram olarak işlev gördüğü yönünde bkz. Willi E. Joachim, “The “Reasonable Man” in United States and German Commercial Law”, *Comparative Law Yearbook of International Business* C. 15 (1992), 352-353, 359.

³ Birbirine benzer çeşitli tanımlamalar için bkz. Füsün Nomer Ertan vd., *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 153-154; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 156; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 222; S. Kemal Mimaroglu, *Ticaret ve İşletme Hukuku* (Ankara: Ankara Siyasal Fakültesi Yayınları, 1970), 209; Reha Poroy- Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 179; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (15. HD), E. 2018/17 K. 2018/1642 (19 Nisan 2018): “*ticaretinin özelliğini göz önünde tutan tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacir gibi davranma*”. [Karar için bkz. www.hukukturk.com, Erişim Tarihi (ET): 01 Şubat 2023].

⁴ Sözleşmesel sorumluluğun unsurları sözleşmeye ilişkin bir yükümlülüğün ihlâli (borcun gereği gibi ifa edilmemesi), kusur, zarar ve yükümlülüğün ihlâl eden davranış (borca aykırı davranış) ile zarar arasındaki illiyet bağı olarak ifade edilmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun unsurları da sözleşmesel sorumluluğun unsurları ile

bağlamında kusurun (ihmalin) varlığını tespit bakımından basiretli iş adamı gibi davranma bir ölçü olarak önem arz etmektedir. Somut olayda ilgili kişinin davranışı basiretli iş adamı davranışı olarak nitelendirilebiliyorsa kusuru bulunmamaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranılıp davranılmadığının tespiti subjektif olarak değil objektif olarak yapılmaktadır. Bu kapsamda kusurun belirlenmesinde kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen değil, aynı alanda faaliyet gösteren kişinin davranışı ve özeni esas alınmaktadır. Özen kavramı, kusurun bulunup bulunmadığının tespiti bakımından işlev göstermektedir. Kusur unsurunun yanı sıra özen, sözleşmeye/hukuka aykırılık unsuru bakımından da etki göstermektedir. Zira basiretli iş adamı gibi davranma bir özen yükümlülüğü niteliğindedir⁵. Görüldüğü üzere özen kavramı sorumluluğun unsurlarından hem kusurun tespiti bakımından hem de sözleşmeye/hukuka aykırılık unsurunun tespiti bakımından işlev göstermektedir⁶. Ezcümle basiretli iş adamı, tâbi olan kişinin sözleşme kapsamındaki davranışlarında sözleşmeye uygunluğu, sözleşme dışındaki davranışlarında hukuka uygunluğu karşılayan özen yükümlülüğü altında olmasını ve kusurun varlığının tespiti bakımından bir ölçüyü ifade etmektedir. Bu bağlamda önemi düşünüldüğünde basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kişi bakımından uygulama kapsamının belirlenmesi özel önem arz etmektedir.

TTK m. 18/2'nin⁷ ifadesi gereğince hükmün kişi bakımından uygulanması öncelikle

paralellik göstermektedir [Ayrıca bkz. Türk Borçlar Kanunu (TBK) (RG 04.02.2011, S. 27836) m. 114/II]. Haksız fiil sorumluluğunda diğer unsurlar aynı olmakla birlikte yükümlülüğün ihlâli (borcun gereği gibi ifa edilmemesi) unsurunun yerini hukuka aykırılık unsuru almaktadır (TBK m. 49). İki sorumluluk hâli de kusura dayanan sorumluluktur. Anılan hususlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 561 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 362 vd.; Pierre Tercier vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 411 vd., 533 vd.

⁵ Yapılan açıklamalara ilişkin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin hukukî niteliğine yönelik bkz. Rıza Ayhan vd., *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 245; Ünal Tekinalp- Çamoğlu, Ersin, *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu Ticarî Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 15; Ali Bozer- Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 108-109; Sabih Arkan, *Ticarî İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022), 153 vd.; Oruç Hami Şener, *Ticaret Hukukunun Genel İlkelerine (Ticari İşletme Hukukuna) İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 209; Mustafa Alper Gümüş: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan 22/3* (2016), 1221-1240; Tekin Memiş, "Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı –Yargıtay Kararı İncelemeleri-", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 349 vd.; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuku Sorumluluğu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 47 vd.

⁶ Özen kavramının işlevine ilişkin ayrıntılı açıklama ve tartışma için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 45 vd.; Veysel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Ankara, Yetkin Yayınevi, 2004), 124 vd.

⁷ TTK m. 18/2 hükmünün mehzasını Handelsgesetzbuch (HGB) § 347 hükmü oluşturmaktadır. HGB § 347 düzenlemesinin başlığı "Özen Yükümlülüğü (Sorgfaltspflicht)" olup, HGB § 347/1'de "kendisi için ticarî olan bir işleme ilgili olarak, başka bir kişiye özen gösterme yükümlülüğü altında olan bir kişi, basiretli bir tacirin özenini

tacirler bakımından söz konusudur. Tacir kavramının tanımı TTK m. 12/1’de yapılmıştır. Ancak söz konusu düzenleme madde başlığından da anlaşılacağı üzere “gerçek kişiler” için geçerli bir tanımdır⁸. Yine hükmün devamında “tacir sayılma” ve “tacir gibi sorumlu olma” kavramlarına yer verilmiştir. Tüzel kişiler için ise TTK m. 16’da kimlerin tacir sayılıp kimlerin tacir sayılmayacağı ayrıca belirtilmiştir.

Kanun gereğince tacirin hem gerçek kişi hem tüzel kişi olması mümkündür (TTK m. 12/1, m. 16/1). Bununla birlikte tacir sayılma ile tacir gibi sorumlu olma durumları bakımından da hükmün uygulanabilirliği ortaya konmalıdır (TTK m. 12/2, m. 12/3). Yine küçük ve kısıtlıların ve ticaret yapmaktan menedilenlerin de tacir sıfatı ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülükleri değerlendirilmelidir (TTK m. 13, m. 14). TTK m. 17 uyarınca donatma iştirakine tacire ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerde hâkim teşebbüsün tacir sayılacağına hükmedilmiştir (TTK m. 195/5). Bu bakımdan donatma iştiraki ve hâkim teşebbüse yönelik olarak hükmün uygulanabilirliği açıklığa kavuşturulmalıdır. Keza tacirin ifa yardımcısından ya da çalışandan yararlanması durumunda ifa yardımcısının ve çalışanın da basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbi olup olmayacağı hususu da tartışılmalıdır. Hükmün kişi bakımından uygulanması bağlamında aşağıda bu kişiler ayrı ayrı irdelenecektir.

I. GERÇEK KİŞİ TACİR

A. GENEL OLARAK

TTK m. 12/1’de tacir, ticarî işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişi olarak ifade edilmiştir. Hükmün uyarınca gerçek kişi bakımından tacir sıfatı bir ticarî işletmenin var

göstermek zorundadır” demektedir. Tacirin özeni bakımından HGB § 347/1’de “*ordentlichen Kaufmann*” terimi kullanılmıştır. “*Ordentlich*” kelimesi Türkçe’ye olağan, düzenli, namuslu, dikkatli, özenli olarak çevrilmektedir. Bkz. Önen, Yaşar Önen- Cemil Ziya Şanbey, *Almanca-Türkçe Sözlük 2* (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları 1993), 749. HGB § 347 hükmüne ilişkin açıklama için bkz. Adolf Baumbach vd., *Handelsgesetzbuch*, (München: C.H. Beck Verlag, 2006), 1225 vd.; Pamp Rüdiger, “HGB § 347”, *Handelsgesetzbuch*, ed. Hartmut Oether, (München: C.H. Beck Verlag, 2021), Numara (N). 1-33; Robert Millenet, *Der Einfluss des KonTraG und weiterer gesetzlicher Bestimmungen zur Risikominderung in Unternehmen auf die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 I HGB* (Furtwangen: Hochschule Furtwangen University, Masterarbeit, 2007), 45 vd.

⁸ Alman Hukukunda tacir “*ticarî işletme işleten kişi*” olarak ifade edilmiştir (HGB § 1/1). Bizdeki gerçek kişi tacir ifadesinin mehanını Alman hukuku teşkil etmektedir. Ancak ticaret kanunlarında varsayımsal bir kişinin belirlendiği ve söz konusu bu varsayımsal kişinin ölçü alındığı, bu bağlamda basiretli iş adamının yorumunda Amerikan hukukunda düzenlenen “*Reasonable Man*” kavramından da yararlanılabileceği yönünde ve kavrama ilişkin açıklama için bkz. Etem Kara, “Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan 19/Özel Sayı* (2017), 2127 vd.; Joachim, *Reasonable Man*, 341 vd.

olması^{9, 10}, bu ticarî işletmenin fiilen işletilmesi^{11, 12} ve ticarî işletmenin kısmen de olsa¹³ kendi adına^{14, 15} işletilmesi unsurlarına bağlıdır. Bu üç unsurun varlığıyla birlikte tacir sıfatı kendiliğinden kazanılmaktadır. Her ne kadar tacirin ticarî işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesi gerekse de bu husus tacir sıfatının kazanılması bakımından önemli değildir¹⁶. Ticaret

⁹ Ticarî işletme, esnaf işletmesi sınırını aşan seviyede gelir elde etmeyi hedefleyen faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir biçimde yürütüldüğü işletmeyi ifade etmektedir (TTK m. 11/1). TTK m. 11/2 hükmünde ticarî işletme ve esnaf işletmesi sınırının Cumhurbaşkanı kararı ile belirleneceği öngörülmüştür. Ancak halen bu hususta bir Karar çıkarılmamıştır. Bu nedenle 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG. 14.02.2011, S. 27846) m. 10 uyarınca esnaf sınırının belirlenmesine ilişkin mülga 6762 sayılı TTK (ETTK) (RG. 09.07.1956 S. 9353) döneminde uygulanan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı halen yürürlüktedir. İlgili Karara ilişkin değerlendirme ve eleştiri için bkz. İsmail Kırca, “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* XXIV/2 (2007), 295-304.

Ticarî işletmenin unsurlarına yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 27-31; Bozer-Göle, *Ticari İşletme*, 7 vd.; Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 117 vd.; Özge Kuru, *Gerçek Kişi Tacir* (İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015), 4 vd.

¹⁰ Ancak ticarî işletme var olmasa dahi tacir gibi sorumlu olma kavramı ortaya çıkabilmektedir (TTK m. 12/3). İlgili bu hususta açıklama için bkz. aşağıda I, C.

¹¹ Ticarî işletmenin işletilmesi, müşteri çevresiyle ilişki kurarak ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemlere başlanmış olmasını ifade etmektedir. Bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 129; Poroy -Yasaman, *Ticari İşletme*, 55 vd.; Nomer Ertan vd., *Ticari İşletme*, 142. Ticarî işletmenin kurulmasına ilişkin olarak yapılan başlangıç işlemlerinin ticarî işletmenin işletilmesi anlamına gelip gelmediği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre işletmenin kurulması ve faaliyete geçmesi için gerekli hukukî işlemlere başlanması ticarî işletmenin işletilmesi unsuru bakımından yeterli bulunmayıp, ticarî işletmenin işletilmesi unsuru bakımından müşterilerine hizmet sunmaya başlamasının esas alınması gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Nomer Ertan vd., *Ticari İşletme*, 142. Aksi yöndeki diğer görüş uyarınca ise ticarî işletmenin kurulmasına yönelik yapılan başlangıç faaliyetleri tacir sıfatının kazanılması bakımından yeterli bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş- Ticarî İşletme* (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957), 114; Arkan, *Ticari İşletme*, 129. TTK m. 12/2 düzenlemesinde ticarî işletmenin fiilî olarak işletilmeye başlanmamış olması durumunda istisnaî olarak kişinin tacir sayılabileceği iki durum belirtilmiştir. Bu nedenle TTK m. 12/2 hükmü uyarınca başlangıç işlemlerinin tacir sıfatının kabulü bakımından yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte birçok özel hükme tâbi kılınan tacir sıfatının kazanımının bu denli belirsiz ve yetersiz etkenlerle tespit edilmesi uygun da değildir.

¹² İstisnaî birtakım durumlarda işletme henüz fiilen işletilmeye başlamamış olsa dahi tacir sayılma kavramı ortaya çıkabilmektedir (TTK m. 12/2). Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda I, B.

¹³ “Kısmen de olsa” ifadesi çerçevesinde ticarî işletmeyi işletmek amacı ile adı ortaklık çatısı altında birleşen ortakların hepsi tacir sayılmaktadır. Bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 129; Yargıtay 11. HD, E. 2002/7112, K. 2002/11937 (24 Aralık 2002) (Karar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023).

¹⁴ Ticarî işletmenin bir vekil vasıtasıyla işletilmesi durumunda tacir sıfatı vekilde değil, müvekkilde bulunmaktadır. Zira tacir sıfatı için “kendi adına” işletme hususu önem arz etmektedir. Yine ticarî işletmenin işleten kişinin kendi mülkiyetinde bulunması şart değildir. Örneğin mülkiyeti kendisine ait olmayan bir oteli kişi kiracı olarak ancak “kendi adına” işletiyorsa tacir sıfatına sahip bulunmaktadır. Bkz. Ayhan-Çağlar, *Ticari İşletme*, 227.

¹⁵ İç ortaklık olarak da ifade edilen gizli adi ortaklığın söz konusu olması durumunda tacir sıfatı aktif ortağa aittir, pasif (gizli) ortağın tacir sıfatı bulunmamaktadır. Zira ortaklık aktif ortak tarafından kendi adına ve hesabına işletilmektedir. Gizli ortak sadece iç ilişkide söz konusudur, dış ilişkide gizli ortak üçüncü kişiler tarafından bilinmemektedir. Tacir sıfatı bakımından “hesabına” işletme hususu önem taşımamaktadır. Bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 134-135.

¹⁶ Bu hususta verilen bir Yargıtay kararında ticaret sicilinden terkinin tacir sıfatının kaybı bakımından tek başına esas alınan bir unsur olmadığına hükmedilmiştir [11. HD, E. 2013/10054, K. 2014/361 (9 Ocak 2014)]. Bir başka kararda ticaret siciline veya ticaret odasına kayıtlı bulunmamanın tacir olmamanın kesin kanıtı olmadığı yönünde hüküm tesis edilmiştir [11. HD, E. 2016/10789, K. 2016/8226 (18 Ekim 2016)]. Ancak başka bir Yargıtay kararında tacir sıfatının tespitine ilişkin Ticaret Sicil Gazetesi kayıtları esas alınmıştır [11. HD, E. 2021/5073, K. 2021/5479 (14 Eylül 2021)]. Anılan kararlar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023. Tacir sıfatının tespiti için gerekli

siciline kaydın önemi TTK m. 12/2 uyarınca ticarî işletmenin fiilen işletmeye başlatılmamasında ortaya çıkmaktadır. Fiilen işletilmese dahi salt ticaret siciline tescille tacir sıfatı kazanılmaktadır¹⁷.

Koşullar oluştuğunda tacir sıfatı kendiliğinden doğarken, işletmenin ticarî işletme olma özelliğinin kaybı durumunda (esnaf işletmesi konumuna geldiğinde) tacirlik sıfatının yine kendiliğinden ortadan kalmasına hukukî güvenlik düşüncesi ile izin verilmemiştir¹⁸. İlgili kişi bu durumda tacir sayılma durumunu sona erdirmek amacıyla ticaret sicilinden terkin talebinde bulunabilmelidir¹⁹.

Gerçek kişi tacir bakımından kazanılan tacir statüsü dinamik bir yapıya sahiptir. Nitekim tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülüklerin (çalışmamız bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin) uygulanması söz konusu olduğunda, ilgilinin bu sığata gerçekten sahip olup olmadığı tespit edilmelidir²⁰.

B. TACİR SAYILMA

TTK m. 12/2 gereğince; a) Ticarî işletme kurduğunu herhangi bir ilân aracılığıyla halka bildirmiş veya b) işletmeyi ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilân etmiş olan kimse, ticarî işletmeyi fiilî olarak işletmeye başlamamış olsa²¹ bile tacir sayılmaktadır²². Anılan hüküm kapsamında bir ticarî işletme bulunmaktadır ancak henüz müşterileriyle ilişki kurmamıştır²³. Bu durumda kişi tacir sayıldığından, tacir olmanın hem nimetlerinden yararlanacak hem

araştırma yapılmadan yalnızca Ticaret Sicil Gazetesi kayıtlarının esas alınması kanaatimizce uygun bulunmamakta ve geçmişte verilen kararlar ile çelişki oluşturmaktadır.

¹⁷ Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda I, B.

¹⁸ Halit Aker, "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: "Hâkim Teşebbüs", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXV/2* (2009), 271. Bu durumda ilgilinin tacirlik statüsünün hukukî dayanağının TTK m. 12/2 ve m. 12/3 olacağı yönünde bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 271. TTK m. 12/2-m. 12/3 hususunda açıklama için bkz. aşağıda 2, B-C.

¹⁹ Bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 271.

²⁰ Bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 268.

²¹ "Fiilen işletmeye başlamamış olsa bile" ifadesi ile, kanun koyucunun işletme hazırlıkları süren bir işletmenin varlığını aradığı yönünde bkz. Ahmet Battal: "Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflâsa Tâbi Tutulma Şartları Konusundaki Yargıtay Uygulaması", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2003), 99.

²² Alman Hukukunda ise HGB § 5 uyarınca ticaret siciline bir işletme tescil edilmiş ise, tescile dayanan kişiye karşı işletilen işletmenin ticarî işletme olmadığı ileri sürülemez.

²³ Fiilî işletme faaliyetinin henüz başlamadığı ve işletmenin sadece "çıplak varlığının" söz konusu olduğu bir dönemde, esnaf faaliyeti sınırlarının aşılmış ve aşılmasının nasıl tespit edileceğinin, bu tespitinin mümkün olup olmamasının ciddi bir hukukî sorun teşkil ettiği yönünde bkz. Aker, *Ticari İşletme*, 251, 259-260. Ancak bu sorun hükmün uygulama alanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olduğundan, hükmün uygulanması için üçüncü kişilerde bir ticarî işletmenin işletilmeye başlandığı algısının oluşturulmuş olmasının yeterli görülmesi gerektiği yönünde bkz. Aker, *Ticari İşletme*, 252.

külfetlerine katlanacaktır²⁴. Tacir sayılan kişi tacir olmaya bağlanan hem haklara hem yükümlülüklerle tâbi olacaktır²⁵. Tacir olmanın hüküm ve sonuçları bakımından tacirler ile tacir sayılanlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle TTK m. 12/2 uyarınca tacir sayılan kişi de basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbidir.

C. TACİR GİBİ SORUMLU OLMA

TTK m. 12/3 hükmü gereğince kişi, bir ticarî işletme açmadığı hâlde açmış gibi, kendi adına, adi bir ortaklık veya hukuken var olmayan bir ortaklık adına ortak sıfatı ile işlemde bulunursa, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olmaktadır. Hüküm ile kanun koyucu, muhataplarını yanıltarak hukukî işlemde bulunan kişilerin iyiniyetli üçüncü kişiler nezdinde tacir gibi sorumlu olmasını öngörmektedir. Anılan çerçevede işletmenin maddî varlığı ve kişinin tacir olma niyeti bulunmamakta, muhatapların kişiyi tacir olarak algılaması söz konusu olmaktadır²⁶. Bu durum hukukî olarak kendisini tacir olarak tanıtmak, ticaret unvanı kullanmak ya da sözde bir ticarî temsilci aracılığıyla temsil edilmek şeklinde söz konusu olabilmektedir²⁷. Kanaatimizce hükümde geçen adi ortaklık ortağı sıfatı ile işlemde bulunulması ifadesi, adi ortaklık adına ticarî işletme işletilmesi hâlinde söz konusu tacir sıfatının ortaklığın tüzel kişiliği olmaması sebebiyle ortaklarda olmasının yansımasıdır. Bu durumda ortada bir ticarî işletme olmadığından kendisini adi ortaklık ortağı olarak tanıtan kişi iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacaktır. Hukuken var sayılmayan ortaklık adına hareket etmek ile ise ortaklığın temsilci ortağı veya temsil organı sıfatı ile hareket etmek kastedilmektedir²⁸. Hukuken var sayılmayan ortaklık ifadesinin kapsamına TBK m. 620/2 düzenlemesi de girmektedir. İlgili bu hüküm uyarınca bir ortaklık Kanunla düzenlenen ortaklıkların ayırt edici özelliklerini barındırmıyorsa, adi ortaklık sayılmaktadır.

“*Tacir gibi sorumlu olmak*” durumunda “*tacir sayılmaktan*” farklı olarak, kişi tacir

²⁴ Ayhan-Çağlar, *Ticari İşletme*, 228. Gerçek kişinin işletmesini Ticaret ve Sanayi Odasına kaydettirmesinin de madde kapsamında bir hazırlık fiili olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Battal, *Gerçek Kişi Tacir*, 99.

²⁵ Dolayısıyla “*tacir olmak*” ile “*tacir sayılmak*” arasında bir fark bulunmamaktadır. Öğretide Aker’e göre, tacir olma ile tacir sayılma arasındaki temel fark, tacir sayılmanın etkisinin üçüncü kişiler tarafından ileri sürülme durumunda ortaya çıkmasıdır. Bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 274. Ancak Yazarın görüşüne katılamamaktayız. Zira öğretide kabul edilen tacir sayılma durumunda tacir olmanın hem nimetlerinden faydalanmanın hem de külfetlerine katlanmanın gerçekleşeceği. Yazarın görüşünün kabul edilmesi durumunda nimetlerinden faydalanma hususu uygulanamaz şekilde yorumlanabilecektir.

²⁶ Battal, *Gerçek Kişi Tacir*, 100.

²⁷ Aker, *Hakim Teşebbüs*, 275.

²⁸ Ahmet Battal, “Tacir Gibi Sorumlu Olan Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tabi Tutulmalıdır?”, *Yargıtay Dergisi* 23/4 (1997), 541.

olmanın sadece külfetlerine (nimetlerine değil bilakis zorluklarına) katlanmaktadır²⁹. Basiretli iş adamı gibi davranma tacir açısından bir yükümlülük teşkil etmektedir. Kişiyi ağır bir özen ölçütü altına sokmaktadır. Bu bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacir olmanın nimeti değil külfeti olarak kabul edilebileceğinden, tacir gibi sorumlu olan kişi iyi niyetli üçüncü kişilere karşı basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altındadır^{30, 31}.

TTK m. 12/3'de üçüncü kişinin iyi niyetli olması demek, adi ortaklığın, hukuken var sayılmayan bir ortaklığın veya bir ticarî işletmenin bulunmadığını bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması demektir³². Bilmeme veya bilebilecek durumda olmamanın mazur görülebilmesi için kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Bu bakımdan esas alınacak ölçü ortalama bir zekaya sahip kişi davranışıdır³³.

D. KISITLI VE KÜÇÜKLER

²⁹ Bkz. Nomer Ertan vd., *Ticari İşletme*, 143-144. Ancak Kanunda hangi sonuçların külfet niteliğinde olduğu hususu açıkça belirtilmemektedir. Bkz. Battal, *Tacir Gibi Sorumlu Olma*, 540. Bu durumda tacir olmaya bağlanan her sonucun külfet mi nimet mi olduğu hususu ayrıca bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır.

³⁰ Battal, *Tacir Gibi Sorumlu Olma*, 547.

³¹ Yargıtay bu hususta verdiği bir kararında [Yargıtay 19. HD, E. 2000/5828, K. 2000/7383 (2 Kasım 2000) (Karar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023)], birden fazla anonim ortaklık pay sahibi ve yöneticisi olan, meslek kuruluşuna kendisini sanayici olarak bildiren ve Ticaret Odasında yöneticilik yapan kişiyi bu gerekçelerle tacir kabul etmiştir. Tacir kabul etmesi, kişiyi tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü de yapmaktadır. Anılan hiçbir gerekçe kişiyi tacir yapmamaktadır. Gerçek kişi tacir sıfatı, TTK m. 12'de açıkça hüküm altına alınmıştır. Kararda esas alınan ölçütler, TTK m. 12 hükmü ile uygun bulunmamaktadır. Sonuç olarak karar yerinde bulunmamaktadır. Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. Battal, *Gerçek Kişi Tacir*, 106 vd. Bu hususta verilen birden fazla ortaklık ortağı ve yöneticisi olmanın kişiyi tacir yapmadığı, tacir sıfatının ticaret ortaklığında bulunduğu yönündeki isabetli bir karar için bkz. 11. HD, E. 2016/8625, K. 2017/2833 (11 Mayıs 2017). Aynı yönde bir kişinin limited ortaklık ortağı olmasının onu tacir kılmadığına ilişkin açıklama için bkz. Şener, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 243 vd.; 11. HD, E. 2015/11066, K. 2016/4996 (3 Mayıs 2016). Anılan kararlar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023.

³² Kuru, *Gerçek Kişi Tacir*, 52-53.

³³ Ancak üçüncü kişinin tacir olması durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle iyi niyetinin tespiti bakımından göstermesi gereken özeninin ölçüsü ağırlaşacaktır. Bu durumda ortalama zekaya sahip bir kişinin iyi niyetli kabul edilebilmesi için göstermesi gereken özenden daha fazla özen gösterilmesi gerekmektedir. Bkz. Gümüş, *İyi Niyet*, 1221-1240. Bu hususta bir yargı kararında lehine ipotek tesis ettiği üzerinde şerh de bulunmayan konutun aile konutu olduğunu bilmediğini, bu hususta iyi niyetli olduğunu ve iyi niyetli bu kazanımın Türk Medeni Kanunu (TMK) (RG. 08.12.2001, S. 24607) m. 1023 uyarınca korunması gerektiğini savunan bankanın savunması yerinde bulunmamıştır. Zira banka tacir olup basiretli iş adamı gibi davranması gerekir. Basiretli iş adamı gibi davranma lehine ipotek tesis edilen konutun hukukî ve fiilî durumunun araştırılmasını gerekli kılar [Yargıtay 2. HD, E. 2011/4111, K. 2011/4489 (14 Mart 2011) (Karar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023)].

TTK m. 13 hükmü gereğince kısıtlıya³⁴ veya küçüğe³⁵ ait bir ticarî işletmeyi onların adına işleten yasal temsilci tacir sayılmamaktadır. Tacir sıfatı, temsil edilen kısıtlı veya küçüğe aittir. Yasal temsilci, cezaî düzenlemelerin tatbiki bakımından tacir gibi sorumludur³⁶. Örneğin yasal temsilci tarafından işletilen ticarî işletme kapsamında küçük veya kısıtlı kişi iflâs edebilmektedir, iflâs küçük veya kısıtlı bakımından sonuç doğurmaktadır. Ancak hileli iflâs durumunda öngörülen ceza (İcra ve İflas Kanunu³⁷ m. 311) yasal temsilci hakkında uygulanacaktır.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tacir sıfatına sahip küçük ve kısıtlıda mı yoksa ticarî işletmeyi onun adına işleten yasal temsilcide mi olacağı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü özel özen gerektiren, alana ilişkin birçok bilgiye hâkimiyet gerektiren bir yükümlülüktür. Tam ehliyetli olmayan küçük veya kısıtlıdan bu yükümlülüğü yerine getirmesinin beklenmesi uygun değildir^{38, 39}. TMK m. 15 uyarınca ayırt etme gücü bulunmayan kişi tam ehliyetsizdir⁴⁰. Bu nedenle tam ehliyetsiz kişinin kusurlu davranması da mümkün değildir. Öğretide *Bingöl* katıldığımız üzere, basiretli

³⁴ TMK m. 405 ve devamı hükümlerinde kısıtlılar belirtilmiştir. Buna göre akıl hastalığı veya akıl zayıflığı; savurganlık, madde bağımlılığı, kötü yaşam veya yönetim, bir yıldan uzun süren hapis cezasına mahkûmiyet nedenlerinden biriyle veya bizzat ilgili kişinin talebiyle mahkeme tarafından vesayet altına alınan ve kendisine vasi atanan kişiler kısıtlanmış kişiler olarak ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 425.

³⁵ Hukuk düzenimiz gereğince ergin olmayan kişi küçük olarak kabul edilmektedir. Erginlik, on sekiz yaşının doldurulması ile başlamaktadır. Ancak küçük on beş yaşını doldurduğunda, kendi talebi ve velisinin onayıyla mahkeme tarafından ergin kılınabilmektedir (TMK m. 11, m. 12).

³⁶ Ceza hükümleri bakımından sorumluluğun, cezaların şahsiliği ilkesi ile bağlantılı olduğu yönünde bkz. İrfan Baştuğ, "Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* V/4 (1970), 809.

³⁷ RG. T. 19.06.1932, S. 2128.

³⁸ Tacir sıfatı bakımından tam ehliyetli olma şartı aranmamaktadır. Tam ehliyetlilik, kişinin herhangi bir yasal temsilciye ihtiyaç duymaksızın, doğrudan kendi isteği ve eylemiyle kendisi için hukukî olarak hak kazanma ve sorumluluk üstlenme yeteneği olarak tanımlanmaktadır (Serozan, *Kişiler Hukuku*, 421). Anılan yeteneğe sahip olmayan bir kişinin özel birtakım düzenlemelere tâbi tutulan, birçok hak ve yükümlülük içeren tacir sıfatına sahip olabileceğini kabul etmek kanaatimizce yerinde değildir. Ancak Kanun hükmünde küçük ve kısıtlının tacir sıfatına sahip olduğu öngörülmüştür.

³⁹ TTK m. 13 hükmünün mehzâ ETTK m. 15 hükmüdür. Söz konusu hükmün gerekçesinde tacirliğin bir nimet değil külfet olduğu, bu kapsamda ticarî işleri mutad bir sanat olarak yapan kişinin hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. TBBM Zabıt Ceridesi, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), Devre: X, İçtima: 2, S. Sayısı: 198. Gerekçe ile ETTK m. 15 (TTK m. 13) arasında çelişki bulunduğu yönünde bkz. Baştuğ, *Küçük ve Kısıtlı Tacir Sıfatı*, 807.

Söz konusu Gerekçe uyarınca Kanun koyucunun TTK m. 13 (ETTK m. 15)'ün sınırlı bir uygulama alanına sahip olması gerektiği iradesinde olduğu, bu nedenle TTK m. 13'ün sadece yasal temsilci aracılığıyla ticarî işletme işleten küçük ve kısıtlı bakımından uygulanması gerektiği, yasal temsilcisi bulunmadan izinsiz olarak ticarî işletme işleten küçük ve kısıtlının tacir sayılmaması gerektiği yönünde bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 130. Aksi yönde TTK m. 13'ün yasal temsilcisi bulunan veya bulunmayan ayrımı yapmadığı, dolayısıyla yasal temsilcisi bulunmadan ticarî işletme işleten küçük ve kısıtlının da tacir sıfatına sahip olacağı, zaman zaman cezaî ehliyeti bile bulunan küçük ve kısıtlının izinsiz olarak ticarî işletme işletmenin neticelerine de katlanması gerektiği yönünde bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 135-136.

⁴⁰ Tam ehliyetsize ilişkin ayrıca bkz. Şaban Kayıhan, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 180 vd.

iş adamı gibi davranma kusurun tespiti bakımından özen ölçütü olarak esas alındığından, tam ehliyetsiz bakımından basiretli iş adamı gibi davranmanın söz konusu olamayacağı görüşünü ileri sürmüştür⁴¹. Bingöl, sınırlı ehliyetsizler⁴² bakımından da TMK m. 359 ve m. 453 hükümlerini istisna tutarak aynı görüşü belirtmiştir⁴³.

İfade ettiğimiz gerekçeler doğrultusunda basiretli iş adamı gibi davranması gereken kısıtlı ve küçük değildir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ticarî işletmeyi kısıtlı veya küçük adına işleten yasal temsilcide olmalıdır. Bu durumun gerekçesi ise karşı tarafın güvenini korumak ve temsilcinin temsil olunanın tâbi olduğu yükümlülükleri dikkate alması gerekliliğidir⁴⁴. Yasal temsilcinin ticarî işletmeyi küçük veya kısıtlı adına işletirken özenle hareket etmesi gerekmektedir⁴⁵. Zira üçüncü kişilerle tacir adına ticarî işletmeye ilişkin işlem gerçekleştiren yasal temsilcidir. Üçüncü kişi yasal temsilciye güvenerek işlem gerçekleştirmektedir. Tacir ile işlem gerçekleştiren kişinin ve ticarî hayatın gerekli kıldığı güvenin korunması gerekmektedir. Yine yasal temsilci küçük veya kısıtlı adına işlem yaparken müvekkilinin tâbi olduğu yükümlülükleri de göz önünde bulundurmalıdır⁴⁶. Ancak yasal temsilcinin basiretli iş adamı gibi davranmadığı hâllerde bir zarar doğması durumunda hukukî sorumluluk küçük veya kısıtlıda olacaktır⁴⁷.

E. TİCARET YAPMASI YASAKLANANLAR

TTK m. 14/1 uyarınca kişisel durumu⁴⁸, meslek⁴⁹ veya görevi, Kanundan veya bir yargı

⁴¹ Muhammet Emin Bingöl, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 31-32.

⁴² Sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücü bulunan küçüğü ve kısıtlıyı ifade etmektedir. Bkz. Kayıhan, *Medeni Hukuk*, 174 vd.

⁴³ Bingöl, *Basiretli İş Adamı*, 32-33.

⁴⁴ Bingöl, *Basiretli İş Adamı*, 31-32.

⁴⁵ TMK'nın ilgili hükümlerinde de çocuğun velisi olan anne babanın çocuğun mallarını özenle yönetme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir. Anne babanın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda hâkimin müdahale edeceği ve uygun gördüğü tedbirleri alacağı öngörülmüştür (TMK m. 352, m. 360).

⁴⁶ Bingöl, *Basiretli İş Adamı*, 32.

⁴⁷ Bingöl, *Basiretli İş Adamı*, 32-33.

⁴⁸ Örneğin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde eczacılık yapabilmek Türk vatandaşlarına özgü olarak öngörülmüştür. Yabancılar Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde eczacılık yapamaz [6197 sayılı Kanun (RG. 24.12.1953, S. 8591) m. 2].

⁴⁹ Örneğin memurların tacir sıfatını gerektirecek bir ticarî faaliyette bulunmaları yasaktır [657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (RG. 23.07.1965, S. 12056) m. 28].

kararından kaynaklı bir yasak⁵⁰ veya izne tâbi olan bir hususta alınmayan izin nedeniyle⁵¹ ticaret yapması yasak olduğu hâlde ticarî işletme işleten kişi de tacir sayılmaktadır⁵². “*Tacir sayılma*” ifadesi sebebiyle söz konusu kişi, tacir olmanın bütün hak ve yükümlülüklerinden yararlanacak, tacir sıfatına sahip olacaktır. Bu itibarla söz konusu kişi, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne de tâbidir. Ancak bu kişinin yasağa aykırı olarak, izinsiz veya onaysız ticarî faaliyette bulunmasından ötürü hukukî veya cezaî sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır (TTK m. 14/2).

II. TÜZEL KİŞİ TACİR

A. GENEL OLARAK

TTK m. 16’da tüzel kişi tacirler sayılmıştır. İlgili hüküm uyarınca ticaret ortaklıkları, amacını gerçekleştirmek üzere ticarî işletme işleten vakıf ve dernekler ve kuruluş Kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri kapsamında yönetilmek veya ticarî biçimde işletilmek üzere, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılmaktadır.

Tüzel kişiler hak ehliyetine sahiptir. Bu kapsamda yaradılışı gereğince insana özgü olan niteliklere (cins, yaş, hısımlık gibi) bağlı bulunanlar dışındaki tüm haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48). Fiil ehliyetinin kullanılmasını hükme bağlayan TMK m. 50’de ise tüzel kişinin iradesini organları vasıtasıyla ortaya koyacağına hükmedilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca tüzel kişi, organların hukukî işlemleri ve fiilleri ile borç altına girmektedir. Tüzel kişi adına gerçekleştirilen bu sözleşmesel ve sözleşme dışı hukukî işlemler ve fiiller neticesinde bir zarar ortaya çıkmışsa, bu zarardan esas olarak tüzel kişi sorumlu olmaktadır.

Tüzel kişinin sorumluluğu organın davranışına dayanmaktadır. Nitekim organın davranışı kendi davranışı olarak değil, tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilir⁵³. Tüzel kişinin, organın fiillerinden sorumlu olmasında, organın kusuru esas alınmaktadır. Kusurun

⁵⁰ Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar arasında belirli bir mesleği yapmanın yasaklanması da yer almaktadır [Türk Ceza Kanunu (RG. 12.10.2004, S. 25611) m. 50/1-e]. Bu kapsamda örneğin ticarî işletme işleten tacir nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkûm edilirse (TCK m. 158/1-h) hapis cezasına ek ömür boyu meslekten men cezası da alabilir. Buna rağmen hapis cezasının ardından tekrar ticarî işletme açması TTK m. 14 kapsamında değerlendirilir (Bozkurt, *Ticari İşletme*, 197).

⁵¹ Yasal temsilcisinden izin almadan ticarî işletme işleten küçük veya kısıtlının durumunun da bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 136.

⁵² Bu kişilerin tacir olmanın külfetlerinden yararlanması yerinde olmakla birlikte, nimetlerinden yararlanmalarının yerinde olmadığı; tacir sayılmanın yerine bu kişilerin tacir gibi sorumlu kabul edilmesinin isabetli olacağı yönünde bkz. Serhan Dinç, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tacir Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6/23 (2015), 123.

⁵³ Bu hususta iradî veya fiilî olarak organın davranışının hukukî olarak tüzel kişi tacirin davranışı olacağına ilişkin vurgu için bkz. Mine Karayalçın, *Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Gerekliği* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021), 70.

tespitinde organdan beklenen özen yükümlülüğü ise, her olayda tüzel kişiye yüklenen özen yükümlülüğüdür⁵⁴. Bu açıklamalardan hareketle, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü tüzel kişi tacirdir. Ancak fiilî olarak yükümlü olan tüzel kişi tacirin organı konumundaki kişilerdir. İfade edildiği üzere, organın yükümlülüğü, tüzel kişinin yükümlülüğü anlamına gelmektedir.

Ancak vurgulanmalıdır ki, organ üyelerinin iç ilişkide tüzel kişiye karşı aralarındaki sözleşmesel ilişki ve rücu ilişkisi (TMK m. 50/3) bağlamında sorumluluğu ilgili kanunî ve sözleşmesel düzenlemeler uyarınca ayrıca belirlenecektir.

B. TİCARET ORTAKLIKLARI

TTK m. 124/1'de ticaret ortaklıkları, kollektif, komandit, anonim⁵⁵, limited ve kooperatif⁵⁶ ortaklıkları olarak sınırlı sayıda belirtilmiştir. Tacir sıfatı bizzat ortaklığın kendisine aittir⁵⁷.

Şahıs ortaklığı olan kollektif ve (adi) komandit ortaklıkların bir ticarî işletme işletmek amacıyla kurulması gerekmektedir (TTK m. 211, m. 304). Ancak TTK m. 16/1 gereği söz konusu ortaklıkların tacir sıfatı ticarî işletme işletmekten değil ticaret ortaklığı olmaktan kaynaklanmaktadır. Ticarî işletme işletmek yalnızca ilgili ortaklıkların kuruluş şartıdır.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün etkisi tüzel kişiler bakımından tüzel kişilerin temsilinde ortaya çıkmaktadır. Dış ilişkiyi ifade eden temsil, yürütme (icra) organının

⁵⁴ Bilge Öztan, *Tüzel Kişiler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1998), 38-42.

⁵⁵ Bu hususta bir yargı kararında bankanın bir güven kurumu olarak basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği, bu bağlamda objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle doğan zararlardan hafif kusuru hâlinde dahi sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir. Zira Karar uyarınca bankanın güven kurumu olması diğer tacirlere kıyasla bütün hukukî ilişkilerde daha yüksek bir özen borcu altında olmasını gerektirmektedir [11. HD, E. 2015/10105, K. 2016/901 (27 Ocak 2016)]. Aynı yönde bkz. 11. HD, E. 2015/15701, K. 2016/5514 (23 Mayıs 2016) (Anılan kararlar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023).

⁵⁶ Kooperatiflerin ticaret ortaklığı olduğuna ve tacir sıfatına ilişkin ayrıntılı açıklama ve vurgu için bkz. İsmail Kırca, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXXIII/2* (2017), 12 vd.; Nurdan Orbay Ortaç- Ozan Can, "Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXXII/2* (2016), 79 vd.; Şener, *Ticaret Hukuku Genel İlkeleri*, 9 vd. Bu hususta son olarak kooperatiflerin tacir sıfatının bulunduğu yönünde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı alınmıştır [Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 2020/2, K. 2021/3 (12 Kasım 2021) (Karar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023)].

⁵⁷ Bkz. yukarıda dn. 31. Bu hususta bir Yargıtay kararında sözleşmeyi işletme alanını görüp değerlendirmeden düzenleyip imzalamanın basiretli bir tacir olması gereken ticaret ortaklığı bakımından kabul edilemez olduğuna hükmedilmiştir [Yargıtay 14. HD, E. 2011/10111, K. 2011/12662 (25 Ekim 2011)]. Aynı yönde bir Yargıtay kararında basiretli iş adamı gibi davranması gereken davalı yüklenici tacir ortaklığın sözleşmede kararlaştırılanın ne anlama geldiğini bilmek durumunda olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir [15. HD, E. 2002/1885, K. 2002/3123 (10 Haziran 2002) (Anılan kararlar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023)].

görevidir⁵⁸. Ticaret ortaklıklarının iradesini ortaya koyan, ortaklık adına hukukî işlem gerçekleştirip ortaklığı borç altına sokan organ yürütme (icra) organıdır⁵⁹. Dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranması gereken yukarıda da belirttiğimiz üzere ortaklıkların yürütme (icra) organı olacaktır. Kollektif ortaklıkta bu organ ortaklık sözleşmesinde belirtilen temsilcilerdir (TTK m. 213/1-f, m. 233 vd.)⁶⁰. Ortaklığın tasfiye aşamasında ise tasfiyeye ilişkin işlemler bakımından yetkili organ tasfiye memurlarıdır⁶¹. TTK m. 286'da tasfiye memurlarının basiretli iş adamı gibi davranmaları gerektiği hükme bağlanmıştır. (Adi) komandit ortaklığa ilişkin hükümlerde temsile ilişkin olarak kollektif ortaklık hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu nedenle basiretli iş adamı gibi davranmaya ilişkin kollektif ortaklığa ilişkin belirttiğimiz hususlar (adi) komandit ortaklık bakımından da söz konusu olacaktır (TTK m. 305, m. 317)⁶².

Anonim ortaklıklar⁶³ bakımından ortaklığın olağan faaliyeti süresince iradesini ortaya koyan yürütme organı yönetim kuruludur. Ancak yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne ilişkin olarak “*tedbirli yönetici*” ölçütü kabul edilmiştir (TTK m. 369). Kanunun Gerekçesinde basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün uygulamada ağır yorumlandığı, bu nedenle özellikle bu ölçüden kaçınıldığı ifade edilmektedir⁶⁴. Gerekçede anılan ifadeler ileri sürdüğümüz yürütme organının tüzel kişi tacirin tâbi olduğu özen yükümlülüğünün fiilî yükümlüsü olduğu ifademizin aksi yönündedir. Öğretide de ortaklığın organı olan ve üçüncü kişilerle ortaklık adına işlemde bulunan yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün düşürülmesinin uygun bulunmadığı yönünde görüş belirtilmektedir⁶⁵. Üstelik sorumluluğun tespiti bakımından önem arz eden söz konusu ölçüt kavramların soyut niteliği göz önünde bulundurulduğunda terim birliğinin sağlanmamasının uygulama bakımından da

⁵⁸ İsmail Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku C. 1* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 394.

⁵⁹ Kırca, *Anonim Şirketler Hukuku C. 1*, 388.

⁶⁰ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 236.

⁶¹ Tasfiye memurlarının organ niteliğine ilişkin bkz. Gamze Çakı, *Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 83.

⁶² (Adi) komandit ortaklıklarda komandite ve komanditer ortak bulunmaktadır. Komandite ortak, sorumluluğu sınırlanmamış ortaktır. Sorumluluğu koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye miktarını aşmayan ortak ise komanditer ortaktır. Ortaklığın temsili kural olarak komandite ortakta bulunmaktadır. Komanditer ortak, ortak sıfatı ile temsile yetkili kılınmaz (TTK m. 304, m. 318).

⁶³ Bu hususta bir yargı kararında bankanın gabin (aşırı yararlanma) kurumuna başvurmasıyla ilgili basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu gerekçesiyle düşüncesizliğine ve deneyimsizliğine dayanamayacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), E. 2007/347, K. 2007/328 (6 Haziran 2007) (Karar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023)].

⁶⁴ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 96, s. 7-570.

⁶⁵ Bkz. Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku 1*, 658-662. Benzer yönde bkz. Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 67 vd.; Bingöl, *Basiretli İş Adamı*, s. 36; Millenet, *Ordentlichen Kaufmann*, 1, 45.

sorun yaratacağı kanaatindeyiz⁶⁶. Sonuç olarak kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin iç ilişki bakımından tedbirli yöneticinin göstermesi gereken özeni göstermesi gerekirken, dış ilişkide tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilen organ davranışı basiretli iş adamının göstermesi gereken özende olmalıdır.

Ortaklığın olağan sürecinde yürütme organı yönetim kurulu iken, tasfiye aşamasında tasfiyeye ilişkin işlemler bakımından yetkili organ tasfiye memurlarıdır. Bu noktada tasfiye memurlarının da ortaklığın iradesini ortaya koyan organı olarak basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Kollektif ortaklık tasfiye memurları bakımından vardığımız sonuç hükme bağlanmış olup, TTK m. 286'da kollektif ortaklık tasfiye memurlarının basiretli iş adamı gibi davranarak ortaklığın mal ve haklarını gereğince korumalarına ve tasfiyeyi en kısa zamanda bitirmelerine hükmedilmiştir. Ancak anonim ortaklık tasfiye memurları bakımından “düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici” kavramı kullanılmıştır. Söz konusu kavramın kullanılma gerekçesi Kanunda veya Gerekçede açıklıkla belirtilmemiştir. Vurguladığımız üzere Kanunda tanımı yapılmayan içeriği soyut farklı kavramların kullanılması uygulama bakımından da sorun teşkil edeceğinden kanaatimizce yerinde değildir⁶⁷.

Limited ortaklıklar bakımından ise yönetim ve temsil organı müdürlerdir (TTK m. 623/1). Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbi olan müdürlerdir. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin göstermeleri gereken özen ölçütüne ilişkin kullanılan “tedbirli yönetici” ifadesi limited ortaklık müdürleri bakımından kullanılmamıştır. TTK m. 626'da müdürlerin görevlerini ifa ederken ortaklık menfaatinin gerekli kıldığı “tüm özeni” göstermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür⁶⁸. Bu nedenle yukarıda anonim ortaklıklara ilişkin bu hususta yapılan açıklama limited ortaklıklar bakımından da söz konusu olacaktır. Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar bakımından ise basiretli iş adamı gibi davranması gereken yönetim ve temsile yetkili komandite ortaklardır (TTK m. 565, m. 570). Kooperatif ortaklıkları bakımından faaliyetleri yöneten ve temsil eden icra organı olarak yönetim kurulu belirtilmiştir

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 445. Alman Hukukunda kooperatif yönetim kurulu üyelerine ilişkin olarak Gerekçenin aksine sorumluluk ölçütünün basiretli iş adamı gibi davranma ölçütünden de ağır olduğu yönündeki görüş için bkz. Klaus- Peter Hillebrand-Jürgen Kessler, *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz* (Hamburg:Hammonia Verlag, 2001), 391, 396.

⁶⁷ “Düzenli ve görevinin bilincinde yönetici” kavramı için ayrıca bkz. Çakı, *Tasfiye*, 238 vd.

⁶⁸ Bu husustaki öğreti görüşleri için ayrıca bkz. Güner, Temel. *Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018), 106.

(Kooperatifler Kanunu⁶⁹ m. 55). Bu nedenle basiretli iş adamı gibi davranması gereken yönetim kurulu üyeleridir.

C. AMACINA VARMAK ÜZERE TİCARÎ İŞLETME İŞLETEN VAKIF VE DERNEKLER

Dernek, amacı kazanç paylaşımı olmayan, ideal bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulan tüzel kişiliği bulunan kişi topluluğu olarak tanımlanabilmektedir⁷⁰. Vakıf ise, kişilerin mal ve haklarını belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleri yoluyla oluşan tüzel kişiliği bulunan mal topluluğu olarak ifade edilebilmektedir⁷¹. Burada amaç kazanç paylaşma olmamakla birlikte, ideal amaca ulaşabilmek için ticarî işletme işletilmesi söz konusudur. Örneğin özel eğitim alması gereken çocuklara yardım sağlamak amacıyla olan bir dernek, bu amacını gerçekleştirmek için bir restoran işletirse, tacir sıfatına sahip olur.

TTK m. 16/2’de kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların bir ticarî işletme işletseler bile tacir sayılmayacakları yönünde bir istisna düzenlenmiştir. Dernekler Kanunu m. 27 uyarınca, bir derneğin kamu yararına çalıştığıнын tespiti Cumhurbaşkanı kararıyla mümkündür. Derneğin kamu yararına çalıştığıнын kabul edilebilmesi için, en az bir yıldan buyana faaliyet göstermesi ve derneğin amacı ve amacını gerçekleştirmek üzere uğraştığı faaliyetlerin topluma faydalı sonuç verecek nitelik ve ölçüde olması zorunludur. Ancak vakıflara ilişkin bir farklılık öngörülmüştür. Tacir sayılmayan vakıflar belirtilirken derneklerden farklı olarak “*gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıf*” ifadesi⁷² kullanılmıştır. Ayrıca derneklerden farklı olarak vakfın bu niteliğinin tespiti bakımından yetkili kişi/kurum veya şartlar da açık olarak belirtilmemiştir. Bu hususta objektif bir düzenlemenin belirlenmesi, tacir sıfatının tespiti ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün kişi bakımından uygulanması hususunda da önem arz etmektedir⁷³. Öğretide kamu yararına çalışan vakfın tespiti bakımından vakfın vergi muafiyeti kapsamında olup olmadığı hususunun tespitinin gerekli olduğu öne sürülmektedir⁷⁴.

Kamu yararına çalışan dernek veya vakıf tarafından ticarî işletme işletilmesi durumunda tacir sıfatına ilişkin öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu durumda tacir sıfatı

⁶⁹ RG. 10.05.1969, S. 13195.

⁷⁰ TMK m. 56 vd.; Dernekler Kanunu (RG. 23.11.2004, S. 25649).

⁷¹ TMK m. 101/1; 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu (RG. 27.02.2008, S. 26800).

⁷² Bu ifadenin “*kamu yararına çalışan vakıf*” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Celal Göle- Hakan Bilgeç, “Ticarî İşletme İşlettikleri Halde Tacir Sayılmayan Dernek ve Vakıflara İlişkin Düzenlemenin (TTK m. 16/2) Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXXII/4* (2016), 13.

⁷³ Bu hususta derneklerde olduğu gibi objektif ve açık bir düzenlemenin gerekliliğine ilişkin bkz. Göle-Bilgeç, *TTK m. 16/2*, 13-16. Benzer yönde bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 247, dipnot (dn.) 45.

⁷⁴ Bu hususta bkz. Göle- Bilgeç, *TTK m. 16/2*, 14 vd.; Aker, *Hakim Teşebbüs*, 247, dn. 45. Hangi vakıfların vergi muafiyetine tâbi olacağına ilişkin bkz. 4962 sayılı Kanun (RG. 07.08.2003, T. 25192) m. 20.

ticarî işletmenin kendisine ait olacaktır⁷⁵. Ancak tüzel kişiliği ve taraf ehliyeti bulunmayan ticarî işletmenin tacir sıfatına sahip olması ve bu sığata bağı hak ve yükümlülükler (özellikle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne) tâbi olması tartışmaya açık bulunmaktadır⁷⁶. Bu durumda ticarî işletmenin tacir olmanın bazı sonuçlarından muaf tutulacağı, örneğin bu ticarî işletme aleyhine iflâs yoluyla takip yapılamayacağı ancak kurucu ve kamuya yararlı dernek veya vakıf aleyhine haciz yoluyla takip yapılabileceğı belirtilmektedir⁷⁷. Bu hususta bir diğere görüş, hukuk kişisi olmayan (tüzel kişiliği bulunmayan) ticarî işletmenin tacir sayılmasının mümkün olmadığını öne sürmektedir. Dolayısıyla ticarî işletmenin tacir olmanın hak ve yükümlülüklerine tam anlamıyla tâbi olması da mümkün değildir⁷⁸.

Hukuk sistemimizde kural olarak ancak kişi olarak kabul edilenler hak ve borç sahibi olup, kendi fiilleri ile hak ve borç edinebilmektedirler⁷⁹. Kamu yararına faaliyet gösteren dernek ve vakıfların ve kamu tüzel kişilerinin⁸⁰ bizzat tacir sayılmayacağı kabul edilse dahi (TTK m. 16/2)⁸¹, işletmenin tacirlik sıfatından doğan hak ve yükümlülükler fiilen kişi niteliğindeki ilgili kamu yararına çalışan dernek veya vakıf ya da kamu tüzel kişisi nezdinde kullanılacak ve ifa edilecektir. Zira ticarî işletmenin hukukî anlamda kişiliğı bulunmamaktadır⁸². Bu itibarla fiilî gerçeklik bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğı de ticarî işletmeyi işleten kamu yararına çalışan dernek ve vakıf ile kamu tüzel kişisinde olmalıdır.

Tüzel kişinin iradesi organları aracılığıyla açıklandığından, yükümlülük de ilgili organı oluşturan kişilerde bulunmaktadır. Dernekler ve vakıflar bakımından bu organ yönetim kuruludur (TMK m. 85, m. 109).

D. KAMU TÜZEL KİŞİLERİ TARAFINDAN ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE GÖRE KURULAN VEYA TİCARİ BİÇİMDE İŞLETİLEN KURULUŞLAR

⁷⁵ Arkan, *Ticari İşletme*, 136-137; Nomer Ertan vd., *Ticari İşletme*, 148.

⁷⁶ Bu durumda işleteni tacir sayılmayan bir ticarî işletmeler grubunun kurulduğu eleştirisi için bkz. Karayalçın, *Ticari İşletme*, 124, 126.

⁷⁷ Emre Türkmen, *Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 11.

⁷⁸ Göle-Bilgeç, *TTK m. 16/2*, 9-10.

⁷⁹ TMK m. 8, m. 9, m. 47, m. 48, m. 49.

⁸⁰ Kamu tüzel kişilerinin işlettikleri ticarî işletmeler açısından tacir sıfatının kimde bulunacağı sorunu, kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların işlettikleri ticarî işletmeler bakımından tacir sıfatının nasıl tespit edileceğı sorunu ile paralellik göstermektedir.

⁸¹ Kamuya yararlı vakıf ve dernekler ile kamu tüzel kişilerinin tacir sayılmamalarının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, bu düzenleme ile ilgili kurumların tacir sayılmanın bir sonucu olan iflâsa tâbi olmalarının engellenmesinin amaçlandığı yönünde bkz. Türkmen, *Ticareti Terk*, 12-13.

⁸² Aker, *Hakim Teşebbüs*, 233, dn. 8.

Kamu tüzel kişisi tarafından kurulan kurum ve kuruluşun tacir sayılabilmesi için,

- Kuruluş Kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmesi veya
- Ticarî şekilde işletilmesi gerekmektedir⁸³.

Ancak kamu tüzel kişilerin kurulan ve kamu hukuku hükümleri uyarınca yönetilen kurum ve kuruluşlar tacir sayılmamaktadır⁸⁴. Yine Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri hiçbir koşulda tacir sayılmamaktadır (TTK m. 16/2)⁸⁵.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) TTK m. 16 uyarınca tacir sıfatına sahiptir. Şöyle ki, KİT'ler 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'de⁸⁶ düzenlenmiştir. 233 Sayılı KHK'da teşebbüslerin, müesseselerin, bağlı ortaklıkların özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hüküm altına alınmıştır (233 Sayılı KHK m. 4/2, m. 16/2, m. 23/2)⁸⁷. Basiretli iş adamı gibi davranması gereken ilgili bu kuruluşların temsile ve yürütmeye yetkili organlarıdır.

III. DONATMA İŞTİRAKİ

TTK m. 17'de tacirlere yönelik hükümlerin donatma iştirakine de uygulanacağına hükmedilmiştir. Donatma iştiraki, TTK m. 1064'de düzenlenmiştir. Donatma iştiraki, birden fazla kişi bir gemiye paylı mülkiyet şeklinde sahip olup, aralarında yapılan bir sözleşme uyarınca menfaat sağlamak amacıyla hepsi adına ve hesabına suda kullanması durumunda söz konusu olmaktadır. Donatma iştirakine tüzel kişilik tanınmamakla birlikte⁸⁸, bazı durumlarda hak ehliyeti tanındığı görülmektedir. Şöyle ki, tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştirakine de uygulanacağı öngörüldüğünden, donatma iştirakinin iflâsı mümkün olup⁸⁹, iflâs davasında

⁸³ Bu hususta açıklama için bkz. Şener, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 183 vd.; Bozkurt, *Ticari İşletme*, 204 vd.

⁸⁴ Arkan, *Ticari İşletme*, 138.

⁸⁵ TTK m. 16/2'de belirtilen kamu tüzel kişileri ve kamu yararına faaliyet gösteren dernek ve vakıflara, özel girişimcilere kıyasla hukuk alanında kısmî de olsa rekabet avantajı sağlandığı; bu kişileri tacir olarak kabul etmemek yerine TTK'nın hangi hükümlerinin kendileri hakkında uygulanmayacağı ayrı olarak gösterilmesinin daha yerinde olacağı yönünde bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 232, dn. 8.

⁸⁶ RG. 18.06.1984, S. 18435 Mükerrer.

⁸⁷ Sırasıyla Kamu İktisadi Teşebbüsü, teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklık tanımı için bkz. 233 Sayılı KHK m. 2/1-1, m. 2/1-4, m. 2/1-5; Arkan, *Ticari İşletme*, 138-140.

⁸⁸ Öğretide *Ayhan vd.* donatma iştirakinin TTK m. 11 kapsamında bir ticarî işletme niteliğinde olduğu, TTK m. 12/1 uyarınca da müşterek donatanların tacir sıfatının bulunduğu, bu bağlamda adi ortaklığa ilişkin hükümlerin kıyasen donatma iştirakine de uygulanacağı yönünde görüş belirtmektedirler. Bu kapsamda müşterek donatanların tacir olmanın bütün hüküm ve sonuçlarına tâbi olması beklenmektedir. Ancak Yazarlar bazı hüküm ve sonuçların istisna tutulacağını belirtmişler ve örnek olarak da iflâsa tâbi olmayı göstermişlerdir. Bkz. *Ayhan vd.*, *Ticari İşletme*, 241. Aksine donatma iştirakinin adi ortaklığın bir türü olarak ifade edilemeyeceği, bazı yönlerden adi ortaklığa bazı yönlerden tüzel kişiliğe benzeyen *sui generis* bir hukukî form olduğu yönünde bkz. Türkmen, *Ticareti Terk*, 14.

⁸⁹ TTK m. 18/1.

pasif taraf ehliyeti⁹⁰ bulunmaktadır^{91, 92}. Ancak aynı husus basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği bakımından geçerli değildir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kişi bakımından uygulaması düşünüldüğünde, yükümlü ilk olarak donatma iştiraki olarak akla gelse de, yükümlü olarak müşterek donatanlar ifade edilmelidir⁹³. Zira donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Kişiliği bulunmayan bir oluşumun basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü olması da mümkün değildir.

IV. HÂKİM TEŞEBBÜS

Şirketler topluluğu kurumu hukukumuzda 6102 sayılı TTK ile m. 195-209 arasında hüküm altına alınmıştır. Şirketler topluluğu, bir ticaret ortaklığının diğer bir ticaret ortaklığı üzerinde hâkimiyet kurmasını ifade etmektedir⁹⁴. TTK m. 195/5'te, şirketler topluluğunun hâkiminin bir "teşebbüs" olması durumunda da şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin uygulanacağına hükmedilmiştir. Sonuç olarak TTK bakımından şirketler topluluğunun kurulmasının ilk şartı; bir teşebbüs ile bir ticaret ortaklığının veya bir ticaret ortaklığı ile diğer bir ticaret ortaklığının varlığıdır. İkinci şart, teşebbüsün/ortaklığın bir ticaret ortaklığı üzerinde hâkimiyet sağlamasıdır⁹⁵.

⁹⁰ Hak ehliyetinin medenî usûl hukukundaki karşılığı olarak tarif edilen taraf ehliyeti, davada taraf olabilme ehliyetini ifade eder. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG. 04.02.2011, S. 27836) m. 50; TMK m. 8. HMK m. 50 hükmünden hareketle taraf ehliyeti hak ehliyetine göre belirlenir. Bu bağlamda kural olarak tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların hak ehliyeti ve taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Ancak hukuk düzenince kişilik tanınmayan bazı toplulukların taraf ehliyetine sahip olması, Kanun koyucunun iradesiyle veya mahkeme kararları ile mümkündür. Bkz. Vildan Peksöz: *Medenî Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık: 2020), 123 vd.

⁹¹ Peksöz, *Adi Ortaklık*, 128-129.

⁹² Donatma iştirakine tüzel kişiliği olmamasına rağmen tacir sıfatı verilmesi karşısında, aynı düzenlemenin adi ortaklık bakımından da söz konusu olmasının gerekebileceği yönünde bkz. Karayalçın, *Ticari İşletme*, 124, dn. 15.

⁹³ Bkz. Ozan Can, *Basiretli Tacir (Basiretli İş İnsanı) Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 53-54; Bingöl, *Basiretli İş Adamı*, 39.

⁹⁴ Şirketler topluluğunun tanımına ilişkin bkz. Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI/1-2 (2007), 262-263; Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 8.

⁹⁵ TTK m. 195/1 uyarınca bir ticaret ortaklığının diğer bir ticaret ortaklığının doğrudan veya dolaylı olarak,

- Oy haklarının çoğunluğuna sahip olması,
- Ortaklık sözleşmesi uyarınca yönetim organının çoğunluğunu seçebilme gücüne sahip olması veya
- Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması
- Bir sözleşme uyarınca veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyor olması

durumlarında ilk ortaklık hâkim ortaklık (ana ortaklık), diğeri bağlı ortaklıktır (yavru ortaklık). TTK m. 195/1'de öngörülen durumlar dışında, bir ticaret ortaklığının başka bir ticaret ortaklığının paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması da, birinci ortaklığın hâkimiyetinin varlığına karine olarak kabul edilmiştir (TTK m. 195/2). TTK m. 195/5'de hâkimin bir teşebbüs de olabileceği hükme bağlanmıştır.

TTK m. 195/5’de hâkim teşebbüsün tacir sayılacağına hükmedilmiştir. Tacir sayılan hâkim teşebbüs tacir olmaya bağlanan tüm hukukî sonuçlara da tâbi olacaktır^{96,97}.

TTK’da teşebbüs kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁹⁸ m. 3’te “teşebbüs” tanımlanmıştır. İlgili hükümde teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak ifade edilmektedir. Bu tanımdan da hareketle teşebbüsün varlığı için, ekonomik faaliyet yürütme ve ekonomik bağımsızlık unsur olarak kabul edilmektedir. Ancak TTK bakımından incelendiğinde, şirketler topluluğu hukuku anlamında teşebbüs kabul edilmek için, herhangi bir piyasada mal veya hizmet üretmek, pazarlamak veya satmak şeklinde bir ekonomik faaliyet yürütüyor olmak zorunlu değildir. Ekonomik faaliyet geniş yorumlanmalıdır. Yine teşebbüsün, “hâkim” konumunda olması, bağımsız karar alabilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda bağımsız karar alabiliyor olma, şirketler topluluğu hukuku bakımından teşebbüs kabul edilebilmek bakımından zorunlu olmalıdır. Sonuç olarak teşebbüs kavramı, her türlü gerçek kişiyi, hem özel hukuk hem kamu hukukuna göre kurulmuş olan tüzel kişiyi ve tüzel kişiliğe sahip olmayan oluşumları kapsayabilir⁹⁹. Ancak TTK m. 195/5’e göre özel hüküm niteliğinde olan TTK m. 16/2¹⁰⁰, hâkim teşebbüsün tacir sayılacağı hükmünün değerlendirilmesi bakımından göz ardı edilmemelidir. TTK m. 16/2 hükmü, TTK m. 195/5 karşısında özel hüküm niteliğinde olup öncelikle uygulanacaktır¹⁰¹.

İfade edilenler bağlamında hâkim teşebbüsün gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kişi bakımından uygulanması

⁹⁶ Arkan, *Ticari İşletme*, 142.

⁹⁷ TTK m. 195/5 düzenlemesinin tacire ilişkin TTK m. 12 vd.na ilişkin sisteme uygun olmadığı yönünde bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 288. Bu doğrultuda tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülüklerin hâkim teşebbüse niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği yönünde bkz. Aker, *Hakim Teşebbüs*, 288-289.

⁹⁸ RG. 13.12.1994, S. 22149.

⁹⁹ Teşebbüs kavramına yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 71-79; Göktürk, *Şirketler Topluluğu*, 14-22; Karaman Coşgun, *Hakim Teşebbüs*, 112 vd. TTK’da şirketler topluluğu bakımından teşebbüs kavramına yer verilmesinin nedeninin, topluluk içinde ticaret ortaklığı olmayan kişi topluluklarının bulunması durumunda şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına ilişkin itirazların önlenmesi olduğu yönünde bkz. Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 1543, dn. 3.

¹⁰⁰ TTK m. 16/2 gereğince kamu yararına faaliyet gösteren vakıf ve dernekler ile kamu tüzel kişileri ile tacir sayılmazlar. Bu hususta açıklama için bkz. yukarıda II, C ve II, D.

¹⁰¹ Bkz. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, 77; Bozer- Göle, *Ticari İşletme*, 98; Aker, *Hakim Teşebbüs*, 287, dn. 191; Nomer Ertan vd., *Ticari İşletme*, 149; Karaman Coşgun, *Hakim Teşebbüs*, 144. Aksi yönde TTK m. 195/5’in özel hüküm niteliğinde olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 142; Bozkurt, *Ticari İşletme*, 214.

hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kamu hukuku tüzel kişisi veya kamu yararına faaliyet gösteren vakıf veya dernek olması durumunda TTK m. 16/2'ye ilişkin yukarıda yaptığımız tartışmalar hâkim teşebbüs bakımından da söz konusu olacaktır¹⁰². Tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar¹⁰³ bakımından da tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülüklerin kimin hakkında uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği topluluğu oluşturan her bir kişide bulunmalıdır.

V. YARDIMCI KİŞİ (TBK M. 116)

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin yardımcı kişi bakımından söz konusu olup olmayacağı hususu da tartışılmalıdır. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hususu TBK m. 116 hükmünde düzenlenmiştir. TBK m. 116/1 hükmü uyarınca borçlu borcun ifasına ilişkin olarak yardımcı kişiden yararlanabilir. Ancak borçlu, yardımcı kişinin işi yürüttüğü esnada karşı tarafa verdiği zararı gidermekle yükümlüdür¹⁰⁴.

Tacir, borcunu yerine getirirken yardımcı kişiden¹⁰⁵ yararlanırsa söz konusu kişinin de basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulabilmesi için ilk cevaplanması gereken soru TBK m. 116 uyarınca borçlunun sorumluluğunun doğabilmesi için yardımcı kişinin kusurunun aranıp aranmayacağı sorusudur. Zira TBK m. 116 hükmü bu hususta açık değildir. Hüküm, sorumluluk için yardımcı kişinin veya borçlunun kusurunun varlığına işaret etmemektedir. Öğretide bir görüşe göre, borçlunun TBK m. 116 çerçevesinde sorumluluğunun doğması bakımından yardımcı kişinin zarara yol açan davranışında kusurlu olması aranmaktadır. Bu görüşün temsilcileri Alman hukukundaki pozitif düzenlemeye işaret etmektedirler. Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)

¹⁰² Bkz. yukarıda II, C ve II, D.

¹⁰³ Bu durumda örneğin adi ortaklık şirketler topluluğunun hâkimi durumunda olabilmektedir. Söz konusu durumda şirketler topluluğuna hâkim olan iradenin ortakların oybirliği veya oyçokluğu ile oluşan adi ortaklığın iradesi olduğu, bu sebeple hâkim teşebbüsün birliği oluşturan kişilerin her biri değil, bu kişilerden oluşan birliğin olduğu yönünde bkz. Özlem Karaman Coşgun, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/1 (2015), 140-141. Bu yorum gereğince basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği adi ortaklığın yönetim organı nezdinde söz konusu olacaktır. Adi ortaklık ortaklarının tacir sıfatına sahip olmaları bakımından TTK m. 12/1 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak Yazarın yorumu tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanması bakımından sorun teşkil edebilecektir. Hukukumuzda adi ortaklığın hak ve taraf ehliyeti bulunmadığından iflâs etme sonucunun nasıl uygulanacağı sorusu akla gelmektedir.

¹⁰⁴ Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun koşulları; borcun ifası bakımından yardımcı kişiden yararlanmanın mümkün olması, borçlunun, borcunun ifası ya da bir hakkının kullanılması gayesiyle yardımcı kişiden yararlanması, yardımcı kişinin borcun ifası sırasında alacaklıya zarar vermesi ve kusurdur. Bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 828 vd.

¹⁰⁵ Yardımcı kişi kavramı ve çeşitli görünüm biçimlerine ilişkin açıklama için bkz. Yağmur Öykü Yönet, *Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 5 vd.

(BGB) § 278 düzenlemesinde; borçlunun borcun ifasında yararlandığı yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir¹⁰⁶. Bir başka görüş, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk bakımından mutlak bir kusursuz sorumluluk hâlinin var olduğunu savunmaktadır¹⁰⁷. Buna göre borçlunun sorumluluğu için yardımcı kişinin veya borçlunun kusuru aranmamaktadır. İlgili görüş uyarınca yardımcı kişiden yararlanarak durumunu avantajlı hâle getiren borçlunun bunun külfetine de katlanması gerektiği savunulmaktadır. Ancak burada da kusur sorumluluğu olan sözleşmesel sorumluluğun bu şekilde değerlendirilmesi eleştirilmektedir¹⁰⁸. Bu hususta katıldığımız son ve hâkim görüş ise, somut olayda sorumluluğun doğması için aranacak şartın borçlunun farazî kusuru olduğunu belirtmektedir. Eğer yardımcının davranışı borçlunun davranışı olsaydı borçlu “*kusurlu*” olarak nitelendirilebiliyorsa, borçlu sorumlu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Burada esasında borçlunun kusurlu olarak nitelendirilmemesi için, yardımcı kişinin göstermesi gereken özen, (yardımcı kişi ilişkiye hiç dahil olmasaydı) borçlunun göstermesi gereken özendir. Nitekim alacaklıya borçludan beklediği ve buna güvenerek hukukî ilişki kurduğu özen ölçüsü gösterilmelidir. Söz konusu özen ölçüsünün gösterilmemesi durumunda TBK m. 116 bakımından sorumluluk doğmaktadır. Sonuç olarak yardımcının kendisi tacir olmasa bile, tacirin göstermesi gereken özen ölçütü bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği yardımcı kişi bakımından da geçerlidir¹¹⁰.

VI. ÇALIŞAN (TBK M. 66)

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin çalışan bakımından söz konusu olup olmayacağı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu hususta adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 66/1 uyarınca adam çalıştırmanın, çalışanın işi yapması esnasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Burada bir haksız fiil sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk bulunmaktadır. Çalışanın haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından hukuka aykırı fiilinin bulunması, bu fiilin zarara yol açması ve zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Ancak bu sorumluluk hâli için çalışanın kusurlu olması gerekmez. Bu nedenle çalışanın, kusurun tespiti bakımından işlev gösteren

¹⁰⁶ Ancak bu görüş, borçlunun yardımcı kişinin kusurlu olmadığını çeşitli hilelere de başvurarak ispatlamasıyla sorumluluktan kurtulacağı ve bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bu görüş ve görüşe ilişkin eleştiriler için bkz. Yönet, *Yardımcı Kişi*, 207-209.

¹⁰⁷ Yönet, *Yardımcı Kişi*, 209-211.

¹⁰⁸ Yönet, *Yardımcı Kişi*, 209-211.

¹⁰⁹ Bu görüşe ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 832-833; Eren, *Borçlar Hukuku*, 709; Yönet, *Yardımcı Kişi*, 211 vd.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz. Pamp, *HGB § 347*, N. 4, 5,6.

basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği bulunmamaktadır. Daha doğrusu ilgili bu gerekliliğin bulunup bulunmamasının pratik bir önemi bulunmamaktadır. Zira çalışanın kusuru bulunmasa dahi işi gerçekleştirdiği sıradaki haksız fiilinden adam çalıştıran sorumlu olacaktır. Başka bir ifadeyle adam çalıştıran, çalışanın şahsî sorumluluğu bulunmayan (kusuru bulunmayan) durumlarda dahi haksız fiilin yol açtığı zarardan sorumludur.

Örneğin tacir bir işi kendisi görürken haksız fiil gerçekleştirirse kusurunun tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği esas alınacaktır. Ancak aynı işi çalışanın görmesi sırasında haksız fiil gerçekleşirse çalışan kusurlu da olsa kusursuz da olsa tacir TBK m. 66 uyarınca sorumlu olacaktır.

Sorumluluğun dayanağına ilişkin olarak öğretilerde çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Buna göre adam çalıştıranın sorumluluğu bir ayrıma göre sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk-objektif sorumluluk) kapsamında yer alan olağan sebep sorumluluğu olarak sınıflandırılmıştır¹¹¹. Bir başka ayrıma göre ise adam çalıştıranın sorumluluğu davranış sorumluluğu kapsamında yer alan özen sorumluluğudur¹¹². Kanunda özenden bahsedilmektedir. Ancak gösterilmesi gerekli olan özenin ölçüsü belirtilmemektedir. Burada özenin ölçüsü objektif olarak belirlenecektir. Kusur sorumluluğunun yanı sıra özen kavramı burada da kusursuz sorumluluk bakımından kurucu unsur niteliğinde bulunmaktadır. Adam çalıştıranın sorumlu olmaması için birlikte bulunması gereken iki şart vardır. İlk şart adam çalıştıranın çalışanı seçmesinde, çalışana işe ilişkin talimat vermesinde, çalışanı gözetlemesi ve denetlemesinde gerekli dikkat ve özeni göstermesidir¹¹³. İkinci şart ise işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önleyecek yeterlilikte ve nitelikte olmasını sağlamasıdır. Bu iki şartın bulunması durumunda adam çalıştıran sorumlu olmayacaktır (TBK m. 66/2, m. 66/3)¹¹⁴.

Burada adam çalıştıranın tacir olması durumunda kusursuz sorumluluğun kurtuluş kanıtı olarak çalışanı seçmede, talimatta, gözetim ve denetimde bulunmada basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir¹¹⁵. Adam çalıştıran tacirin sorumluluktan kurtulmak için, kusurunun

¹¹¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 571-574.

¹¹² Bkz. Gümüş, *Özen*, 52-57.

¹¹³ Dila Okyar, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 167.

¹¹⁴ Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından sorumluluğun koşulları; adam çalıştırma (istihdam) ilişkisinin söz konusu olması, üçüncü bir kişiye bir zarar verilmiş olması, zararın işin görülmesi esnasında ve işle alakalı olarak verilmiş olması ve adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır. Bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 426 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku*, 705 vd.; Okyar, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, 7 vd.

¹¹⁵ Bankalara ilişkin bu hususta verilen bir Yargıtay kararında da [Yargıtay 3. HD, E. 2021/3303, K. 2021/6259 (9 Haziran 2021)], adam çalıştıranın sorumluluğunun dayanağının Kanunla kendisine verilen çalışanlarını seçerken ve onları çalıştırırken üzerlerindeki denetim ve gözetim objektif ödevini yerine getirmemesidir. Adam çalıştıran, yapılacak işe uygun meslekî bilgi ve yeteneğe sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Adam çalıştıranın çalışan

bulunmadığını değil, bu konuda kendisinden beklenen gerekli bütün dikkati ve özeni gösterdiğini kanıtlaması gerekmektedir¹¹⁶. Eğer tacir çalışanını seçerken çalışanın niteliklerine dikkat ederse, çalışana işe ilişkin uygun ve gerekli talimatları verirse, çalışan işi gerçekleştirirken gözetim ve denetime ilişkin gerekli özeni gösterirse ve işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önleyecek yeterlilikte ve nitelikte olmasını sağlarsa sorumluluktan kurtulacaktır. Burada gerekli özenin gösterilip gösterilmediği aynı alanda faaliyet gösteren basiretli bir iş adamının göstermesi gereken davranış ile kıyaslanarak tespit edilecektir. Ancak öğretide, bu hususun ispatının uygulamada oldukça zor olduğu öne sürülmektedir¹¹⁷.

SONUÇ

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği temel olarak TTK m. 18/2 hükmünde düzenlenen ve tacir olmaya bağlanan bir hüküm ve sonucu ifade etmektedir. İlgili gereklilik sözleşmesel sorumluluğun ve haksız fiil sorumluluğunun unsurları bakımından hem kusurun varlığını hem de yükümlülüğün/hukuka uygunluğun ihlâlini tespit sırasında önem taşımaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tâbi olan kişiyi olağan bir kişiye kıyasla ağır bir özen ölçütü altına sokmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kimler bakımından söz konusu olduğu hususu ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin tacir olmaya bağlanan bir hüküm ve sonuç olması sebebiyle öncelikle tacir sıfatının tespiti gereklidir (TTK m. 12, m. 16). Tacir gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Tacir sıfatının tespiti, gerçek kişiler bakımından bir ticarî işletme işletme unsuruna bağlanmıştır. Bununla birlikte TTK m. 16'da tüzel kişiliği haiz ticaret ortaklıkları ve kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar ticarî işletme işletme şartına bağlı olmaksızın tacir olarak ifade edilmiştir. Ayrıca kamu yararına faaliyet

seçiminde yapılacak işe uygun eğitimi almış, vasıflı, işe ilişkin yeni bilgi, teknik ve yöntemi özümsemiş olma hususlarına dikkat etmesi gerekmektedir. Buradaki sorumluluk çalışanın kusurundan bağımsız olarak söz konusu olmaktadır. Somut olayda; davacı adına noterden sahte vekaletname çıkarılmış, vekaletname davacıya ait olmayan bir imza ile imzalanmıştır. Bu husus banka görevlilerince kontrol edilmemiş, vekaletnameye dayanılarak kapatılması talep edilen yüksek meblağlı hesabın kapatılmasına ilişkin banka görevlilerince davacıya herhangi bir şekilde bilgi verilmemiştir. Davalı banka, hâl ve şartlardan doğan özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirememiştir. Objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmediğini ispat edememiştir. Sonuç olarak bankanın adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir (Karar için bkz. www.hukukturk.com, ET: 1 Şubat 2023).

¹¹⁶ Adam çalıştıranın sorumluluğunun kurtuluş kanıtı getirme imkânı sebebiyle kusur sorumluluğuna oldukça yakın olduğu yönünde bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, 573.

¹¹⁷ Okyar, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, 267 vd.

gösteren vakıf ve dernekler ile kamu tüzel kişileri ticarî işletme işletmeler dahi tacir sayılmayacakları hüküm altına alınmıştır (TTK m. 16/2). Ancak bu gibi durumlarda tacir sıfatının ve bununla birlikte basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kimin üzerinde sonuç doğuracağı hususu belirsizlik taşımaktadır.

Tacir olmanın hem nimetleri hem külfetleri bulunmaktadır. Tacir sayılan kişi tacir olmanın hem nimetine hem külfetine katlanırken, tacir gibi sorumlu olan kişi yalnızca külfetine katlanacaktır. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacir olmanın bir külfeti niteliğindedir. Bu noktada, tacir olan, tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olan kişi bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin uygulanması bir farklılık arz etmemekte, bütün sayılanlar söz konusu gerekliliğe tâbi bulunmaktadır.

Hukukî sorumluluğun tespitinde önemi haiz olan basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin tüzel kişiler bakımından uygulanmasında ise tüzel kişinin sorumluluğu organın davranışına dayanmaktadır. Nitekim organın davranışı kendi davranışı olarak değil, tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilir. Kusurun tespitinde organdan beklenen özen yükümlülüğü ise, her olayda tüzel kişiye yüklenen özen yükümlülüğüdür. Bu açıklamalardan hareketle, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü tüzel kişi tacirdir. Ancak fiilî olarak yükümlü olan tüzel kişi tacirin organı konumundaki kişilerdir. Her tüzel kişi bakımından bu organ, üçüncü kişilerle ilişkilerde tüzel kişiyi temsil eden organ olacaktır. Ticaret ortaklıkları bakımından bu organ kollektif ve (adi) komandit ortaklıklarda ortaklık sözleşmesinde belirtilen temsilcilerdir (TTK m. 213/1-f, m. 233 vd., m. 305, m. 317). Anonim ortaklıklar ve kooperatif ortaklıkları bakımından ilgili bu organ yönetim kurulu (TTK m. 365, Kooperatifler Kanunu m. 55), sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık bakımından yönetim ve temsile yetkili komandite ortaklar (TTK m. 565, m. 570) ve limited ortaklıklar bakımından müdürlerdir (TTK m. 623). Dernek ve vakıflar için ise yönetim ve temsil organı yönetim kuruludur (TMK m. 85, m. 109).

TTK m. 17'de tüzel kişiliği bulunmayan donatma iştirakine tacire ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu durumda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbi olan müşterek donatanlar olmalıdır.

Kanunda öngörülen şartların oluşması durumunda bir ortaklık hâkim ortaklık bir ortaklık bağlı ortaklık olarak kabul edilecek ve şirketler topluluğuna ilişkin özel birtakım düzenlemelere tâbi olma söz konusu olacaktır (TTK m. 195-209). Hükümün dolanılmasını engellemek amacıyla ortaklık olmaksızın hâkimiyetin bir teşebbüs de olabileceği öngörülmüş ve hâkim teşebbüsün

de tacir sayılacağına hükmedilmiştir (TTK m. 195/5). Ancak teşebbüsün hukukî anlamda tanımı araştırıldığında gerçek kişilerin, kamu veya özel hukuk tüzel kişilerinin ve tüzel kişiliğe sahip olmayan toplulukların hâkim teşebbüs olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır (4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 3). Hâkim teşebbüsün gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kişi bakımından uygulanması hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 16/2 uyarınca ticarî işletme işletse dahi tacir sayılmayanlar da teşebbüs olabilmektedir. Bu durumda TTK m. 195 ve m. 16/2 hükmü çatışmaktadır. Öğretide katıldığımız görüş TTK m. 16/2 hükmünün özel hüküm kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Tüzel kişiliği bulunmayan topluluğun hâkim teşebbüs olması durumunda ise, kanaatimizce basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği topluluğu oluşturan her bir kişide bulunmalıdır.

TBK m. 116 kapsamındaki yardımcı kişinin eylemlerinden sorumluluk bakımından esasında borçlunun kusurlu olarak nitelendirilmemesi için yardımcı kişinin göstermesi gereken özen, (yardımcı kişi ilişkiye hiç dahil olmasaydı) borçlunun göstermesi gereken özendir. Nitekim alacaklıya borçludan beklediği ve buna güvenerek hukukî ilişki kurduğu özen ölçüsü gösterilmelidir. Anılan nedenle yardımcı kişinin de basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin TBK m. 66 bağlamında çalışan bakımından söz konusu olup olmayacağı hususunda ise öncelikle adam çalıştırmanın sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilmelidir. TBK m. 66/1'de; adam çalıştırmanın, çalışanın işi yapması esnasında başkalarına verdiği zararı giderme yükümlülüğü altında olduğuna hükmedilmiştir. Çalışanın haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından hukuka aykırı fiili bulunması, bu fiilin zarara yol açması ve zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Ancak bu sorumluluk hâli için çalışanın kusurlu olması gerekmez. Bu nedenle çalışanın, kusurun tespiti bakımından işlev gösteren basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği bulunmamaktadır. Zira çalışanın kusuru bulunmasa dahi işi gerçekleştirdiği sıradaki haksız fiilinden adam çalıştırıcı sorumlu olacaktır. Adam çalıştırıcı tacirin sorumluluktan kurtulmak için, çalışana seçerken, çalışana işe ilişkin talimat verirken, gözetim ve denetim gerçekleştirirken kendisinden beklenen gerekli bütün dikkati ve özeni gösterdiğini kanıtlaması gerekmektedir. Adam çalıştırıcının tacir olması durumunda kendisinden beklenen özen aynı alanda faaliyet gösteren basiretli bir iş adamının göstermesi gereken özen olacaktır.

KAYNAKÇA

Aker, Halit. “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hâkim Teşebbüs””, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXV/2* (2009), 229-298.

Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 28. Basım, 2022.

Ayhan Rıza vd.. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 15. Basım, 2022.

Başpınar, Veysel. *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2004.

Baştuğ, İrfan. “Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi V/4* (1970), 805-813.

Battal, Ahmet. “Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflâsa Tâbi Tutulma Şartları Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2003, 97-121.

Battal, Ahmet. “Tacir Gibi Sorumlu Olan Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tabi Tutulmalıdır?”, *Yargıtay Dergisi 23/4* (1997), 536-556.

Baumbach, Adolf vd. *Handelsgesetzbuch*, München: C. H. Beck Verlag, 32. Auflage, 2006.

Bingöl, Muhammet Emin. *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Bozer, Ali- Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 7. Basım, 2021.

Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 5. Basım, 2023.

Can, Ozan. *Basiretli Tacir (Basiretli İş İnsanı) Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Çakı, Gamze. *Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Basım, 2010.

Dinç, Serhan. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tacir Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6/23 (2015), 117-133.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 27. Basım, 2022.

Göktürk, Kürşat. *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Göle, Celal- Bilgeç, Hakan. “Ticari İşletme İşlettikleri Halde Tacir Sayılmayan Dernek ve Vakıflara İlişkin Düzenlemenin (TTK m. 16/2) Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* XXXII/4 (2016), 5-22.

Gümüş, Mustafa Alper. “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M. 18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan* 22/3 (2016), 1221-1240.

Gümüş, Mustafa Alper. *Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Vekilin Özen Borcu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.

Güner, Temel. *Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuku Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Basım, 2001.

Hillebrand, Klaus- Peter-Kessler, Jürgen. *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*. Hamburg: Hammonia Verlag, 2001.

Hukuktürk- Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 1 Şubat 2023.

Joachim, Willi E.. “The “Reasonable Man” in United States and German Commercial Law”, *Comparative Law Yearbook of International Business* 15 (1992), 341-362.

Kara, Etem. “Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan* 19/Özel Sayı (2017), 2127-2163.

Karaman Coşgun, Özlem. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/1 (2015), 107-166.

Karayalçın, Mine. *Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Gerekliği*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.

Karayağın, Yaşar. *Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş- Ticarî İşletme*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957.

Kayar, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Basım, 2022.

Kayıhan, Şaban. *Medeni Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Basım, 2022.

Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 26. Basım, 2022.

Kırca, İsmail vd.. *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

Kırca, İsmail. “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* XXIV/2 (2007), 295-304.

Kırca, İsmail. “Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay’ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* XXXIII/2 (2017), 5-28.

Kuru, Özge. *Gerçek Kişi Tacir*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2015.

Memiş, Tekin. “Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı –Yargıtay Kararı İncelemeleri-“, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, 344-377.

Millenet, Robert. *Der Einfluss des KonTraG und weiterer gesetzlicher Bestimmungen zur Risikominderung in Unternehmen auf die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 I HGB*, Furtwangen: Hochschule Furtwangen University, Masterarbeit, 2007.

Mimaroğlu, S. Kemal. *Ticaret ve İşletme Hukuku*. Ankara: Ankara Siyasal Fakültesi Yayınları, 2. Basım, 1970.

Nomer Ertan, N. Füsün vd.. *Ticari İşletme Hukuku*., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı 2022.

Okutan Nilsson, Gül. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*.

İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Okyar, Dila. *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m. 66)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Orbay Ortaç, Nurdan- Can, Ozan. “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXXII/2* (2016), 79-104.

Önen, Yaşar- Şanbey, Cemil Ziya. *Almanca-Türkçe Sözlük 2*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1993.

Öztan, Bilge. *Tüzel Kişiler*. Ankara: Turhan Kitabevi. 2. Basım, 1998.

Pamp, Rüdiger. “HGB § 347”. *Handelsgesetzbuch*. ed. Hartmut Oether. N. 1-33. München: C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, 2021.

Peksöz, Vildan. *Medenî Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Poroy, Reha-Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 19. Basım, 2022.

Pulaşlı, Hasan. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XI/1-2* (2007), 259-278.

Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2014.

Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Şener, Oruç Hami. *Ticaret Hukukunun Genel İlkelerine (Ticari İşletme Hukukuna) İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Tekinalp, Ünal- Çamoğlu, Ersin. *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu Ticarî Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 15. Basım, 2014.

Tekinalp, Ünal. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. IP*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, 1543-1556.

Tercier, Pierre vd.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2020.

Türkmen, Emre. *Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Yönet, Yağmur Öykü. *Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*. Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.



Fahri Trafik Müfettişliği: İdare Hukuku Boyutuyla Kısa Bir Eleştiri ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı (*)

Honorary Traffic Inspectorship: A Brief Criticism with the Dimension of Administrative Law and the Approach of the Constitutional Court

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ **

Av. Yunus Emre GEZGİNCİ ***

Öz

Fahri trafik müfettişliği, sosyal yaşantıda hissettirdiği etki dolayısıyla neredeyse herkes tarafından bilinmektedir. Sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere ihdas edilen fahri trafik müfettişliği, trafik denetimi, trafik suç ve suçlarının azaltılması alanında faaliyet göstermektedir.

Trafik güvenliğini sağlama, trafik kültürüne katkıda bulunma, trafik denetimi yapma şeklinde öngörülen görevler, kamu görevinin ifası anlamındadır. Fahri trafik müfettişi, yürüttüğü trafik denetimi bağlamında ayrıca tutanak düzenleme yetkisine de sahiptir. Fahri trafik müfettişinin statüsü, yürütmüş olduğu görev ve yaptığı işlemlerin hukuki nitelendirmesi herhangi bir mevzuatta yapılmamıştır. Bu nedenle nitelendirmenin teorik olarak, idare hukukuna dair ilkeler ve yargı kararları çerçevesinde yapılması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Fahri Trafik Müfettişliği, Trafik Denetimi, Kolluk, Kamu Hizmeti, Kamu Görevlisi.

* Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 23.06.2023 - Makale Kabul Tarihi: 30.10.2023 DOI: 10.56701/shd.1319410 Makale Yayın Tarihi: 20.12.2023

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya – Türkiye,
E-posta: selmansacitboz@selcuk.edu.tr

ORCID: 0000-0002-3033-0997.

*** Konya Barosu, Konya – Türkiye,

E-posta: emre.gzgnc@gmail.com

ORCID: 0000-0002-9743-7422.

Abstract

Honorary traffic inspectorship is known by almost everyone because of the effect it has on social life. The honorary traffic inspectorship, which was established to assist the authorities responsible for supervising whether the drivers comply with the traffic rules, operates in the field of traffic control, traffic crime and crime reduction.

The duties envisaged as ensuring traffic safety, contributing to traffic culture, and conducting traffic control mean the fulfilment of public duties. The honorary traffic inspector also has the authority to issue a report in the context of the traffic control he/she carries out. The status of the honorary traffic inspector, the duties he/she has carried out and the legal characterization of his actions have not been made in any legislation. For this reason, the qualification should be made theoretically within the framework of administrative law principles and judicial decisions.

Keywords

Honorary Traffic Inspectorship, Traffic Control, Law Enforcement, Public Service, Public Officer.

GİRİŞ

Fahri trafik müfettişliği, gönüllülük esasına dayanan ve bila ücret yapılan onursal bir görevdir. Her ne kadar, yapılan iş karşılığında bir ücret ödenmese de, trafik güvenliği alanında kamu görevlilerince üstlenilen denetim hizmetinin ifasına katılım söz konusudur. Bu sebeple fahri trafik müfettişleri, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinde görev üstlenmektedir.

Kamu görevlileri tarafından yapılması gereken trafik denetiminin fahri trafik müfettişlerince yapılması, idare hukuku açısından tartışılması gereken birçok soruna sebebiyet vermektedir. Fahri trafik müfettişlerinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlal tespit tutanağı, trafik suçlarını ve suçlularını tespit etme açısından bir denetim fonksiyonu üstlenmekle birlikte hukukiliğinin tartışılması gerekir. Bu açıdan fahri trafik müfettişliği tanımı, kurumun kuramsal ve hukuki temeli ile mevzuat hükümlerinin esas ve hukukiliği değerlendirilmelidir.

Fahri trafik müfettişlerinin göreve nasıl alındığı, görev ve yetkileri, bu kişilerce yapılan faaliyetin türü ile görevlerini gereği gibi yapmadıkları takdirde sorumluluğu konuları önem arz etmektedir. Yapılan faaliyetin idare hukuku açısından vasıflandırılması ve fahri trafik müfettişliğine ilişkin statünün Anayasa Mahkemesi kararı ışığında tahlil edilecektir. Bu kapsamda özellikle fahri trafik müfettişliği müessesesinin, Anayasanın 38. ve 128. maddelerine uygunluğu incelenecektir.

I. FAHRİ TRAFİK MÜFETTİŞLİĞİNİN TANIMI, KURAMSAL VE HUKUKİ TEMELİ

Kamu idaresi ve hizmeti, geçmişten günümüze Devlet eliyle yürütülmektedir. Çok eskiden, hükümdar ve çevresinde bulunan güvenilir kişiler eliyle yerine getirilen kamu hizmetleri, zamanla profesyonelleşen bir yapıya sahip olmuş ve “geleneksel kamu yönetimi” anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu sistemde, kamu hizmetlerini ifa eden kişilerin liyakat esasına göre göreve gelmesi ve görevine devam etmesi öngörülmektedir. Diğer taraftan bu sistemde, vatandaşın katılımı olmaksızın hizmetin genellikle bürokrasi yoluyla ve Devlet eliyle yürütülmesi söz konusudur.

1970’li yıllardan itibaren kamu hizmetlerinin ifasında özelleştirme politikalarının da etkisiyle değişim yaşanmaya başlamıştır. “Hukuki ussallık” yerini “işletmeci ussallığa” bırakmış, bunun sonucunda idarenin finansman sorunları kamu hizmetinin farklı şekilde yürütülmesine yol açmıştır. Bu durum kamu hizmetinin muhatapları açısından da değişikliği gündeme getirmiştir. Bu açıdan “idare edilen (administré)” konumunda bulunan kişiler, zamanla “kamu hizmetinden yararlanan (usager)” ve nihayetinde “müşteri (client)” konumunda değerlendirilmiştir¹.

Kamusal faaliyetlerin çeşitliliği, uzmanlık gerektiren faaliyet türlerinin ortaya çıkması, devletin hukuki, siyasi, sosyal yapısı kamusal faaliyetlerin idarenin gözetim ve denetiminde özel kişilerin katılımıyla ifasının yolunu açmıştır. Zamanla, kamusal faaliyetlerin sözleşmeyle iki taraflı ya da ruhsat usulüyle tek taraflı olarak özel kişilere gördürülmesi de mümkün hale gelmiştir. Buna ilaveten, devlet özendirme ve destekleme faaliyetinde bulunarak, çeşitli sübvansiyon (teşvik, hibe, vergi iadesi gibi) yöntemleri ile özel hukuk kişilerinin kamusal alanda bulunmalarını sağlayacak “modern kamu yönetimi” yollarını kullanmaya başlamıştır. Fahri trafik müfettişliği geleneksel yönetim usulü anlayışının bir ürünü olmadığı gibi özel hukuk kişilerinin kamusal faaliyetin ifasına sözleşme ya da ruhsat usulüyle katılımını öngören modern yönetim usulünden de farklı bir statüde yer aldığını ifade edebiliriz.

¹ Turgut Tan - Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan, 2021), 322; Türk hukuku açısından kamu hizmetlerinin gelişimi biri “kanun koyucunun iradesi” diğeri “piyasa yetersizliği” olmak üzere iki temele dayandırılmaktadır. Türk idare hukukunda kamu hizmeti anlayışının oluşumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, (Ankara: Turhan, 2015), 95 vd.

A. FAHİRİ TRAFİK MÜFETTİŞLİĞİNİN TANIMI

Fahri trafik müfettişliğinin tanımı mevzuatta açıkça yapılmamıştır². Doktrinde, fahri trafik müfettişliği “*trafik kurallarını ihlal edenlere trafik ceza kararnameleeri düzenlenmesini trafik kurumlarından isteyebilme gibi yetkilere sahip, kurumsallaşmış, ücretli olmayan, gönüllü bir kolluk*” şeklinde tanımlanmaktadır³.

Çalışma kapsamında, trafik zabıtası ve genel zabitanın görev ve yetki sınırını düzenleyen Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesinden hareketle bir tanım yapmak mümkündür. Nitekim fahri trafik müfettişleri temel olarak trafik zabıtasının yaptığı görevlerin ifasında görev almaktadır. Buna göre, fahri trafik müfettişliğini, “demiryolu, havayolu ve denizyoluna oranla ulaştırma hizmetinde daha yüksek risk taşıyan karayolunda, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan kamu görevlilerine yardımcı olmak üzere, ücretsiz ve gönüllü olarak idarece görevlendirilen kişilere ait statü” şeklinde tanımlamak mümkündür. Fahri trafik müfettişleri ulaştırma kamu hizmetleri arasında sadece karayollarında faaliyet göstermektedir. Bu açıdan demiryolu, havayolu ve denizyoluyla kıyaslandığında özellikle can kayıplarının daha fazla yaşandığı karayolu ulaşımında, kamu hizmetinin ifasına vatandaş katılımının öngörülmesi de müessesenin bir zorunluluğun sonucu olarak ortaya çıktığını göstermektedir.

Fahri trafik müfettişi, karayolu trafik denetiminde kamu görevlisi olan trafik polisi, jandarma ve trafik zabıtasına yardım etmek üzere görev almaktadır. Bu durumda, fahri trafik müfettişinin kamu görevlisi olan trafik polisi, jandarma ve trafik zabıtası gibi, trafik güvenliğinin korunması ve trafik kültürünün oluşturulması faaliyeti yürüttüğü söylenebilir.

B. FAHİRİ TRAFİK MÜFETTİŞLİĞİNİN KURAMSAL TEMELİ

Fahri trafik müfettişliğinin kuramsal temeli nedir? sorusunun cevabı “ortak üretim modeli” olarak verilmiştir. Ortak üretim modeli, kamusal faaliyetlerin ifasına vatandaşın da katılımını öngören bir sistemdir. Trafik güvenliğinin sağlanması ve trafik kültürünün oluşturulması hususları kamusal faaliyete yöneliktir. Bu açıdan anılan kamusal faaliyetlerin

² Fahri olarak trafikte görev üstlenen bir diğer yetkili “okul geçidi görevlisi”dir. Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 178. maddesinde “İlk ve orta dereceli okul öğrencilerinin okul önlerinde ve geçitlerinde güvenli şekilde okula giriş ve çıkışlarını sağlamak amacıyla, trafik zabıtasınca verilmiş belgesi bulunan ve özel kıyafet ve işaret taşıyan görevliler” şeklinde tanımlanan okul geçidi görevlisinin görevinin fahri bir görev olduğu ve bu hizmetin karşılığında ücret talep edemeyeceği aynı maddede hüküm altına alınmıştır

³ R. Cengiz Derdiman, *Polis Yönetimi ve Hukuku*, (Ankara: Nobel, 2007), 31.

ifasına yönelik görevin vatandaşlar tarafından üstlenilmesi ortak üretim modelinin bir görünümüdür⁴.

Ortak üretim modeli çerçevesinde, ülkemiz dışında diğer ülkelerde de vatandaşların trafik güvenliğinin sağlanması hizmetinin ifasına katılımını öngören düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu bağlamda örneğin İngiltere’de kolluğa yardımcı olmak üzere, ücretsiz ve gönüllü olarak kolluk gücü oluşturulmuştur⁵. Yine, Hollanda’da gönüllü polislik söz konusudur⁶. Gönüllü polis olmak isteyenler, boş zamanlarında belli başlı eğitimlerden geçip, küçük suçları önleme ve çevre kurallarına uyulmasını sağlama gibi alanlarda faaliyet göstermektedir⁷.

Nihai olarak fahri trafik müfettişliğinin kuramsal olarak geleneksel kamu yönetimi anlayışının değişim ve yenilik geçirmesi neticesinde ortaya çıktığı söylenebilir. Diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de gönüllülük esasına dayalı, vatandaşların kamusal faaliyetin farklı⁸ alanlarına katılımına çeşitli mülahazalarla⁹ ihtiyaç duyulduğu açıktır.

⁴ Arzu Dilaveroğlu, “Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi ve Ortak Üretim”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 40/3 (2022), 587-588.

⁵ İngiltere’de kamu güvenliğinin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, suçluların yakalanması, delil toplama gibi çeşitli şekillerde kolluk alanında gönüllü katılım örnekleri bulunmaktadır, <https://www.college.police.uk/career-learning/career-development/role-types/special-constable>, (Erişim 8 Eylül 2023).

⁶ Hollanda’da 1948 yılına kadar geçmişi bulunan ve savaş, savaş tehdidi, doğal felaketler ile toplumsal karışıklarda askeri alanda faydalanılan gönüllü polislerin görev alanı zamanla çeşitlenmiştir. Günümüzde polis memurlarıyla aynı eğitimden geçen gönüllü polisler, genellikle en düşük polis derecesi olan gözetici seviyesindeki işlerde görevlendirmektedir. Çoğunlukla icrai işlerde görevlendirilen gönüllü polisler, icrai olmayan bazı görevler de üstlenmektedir. Diğer taraftan Hollanda’da gönüllü polislik karşılığında bir ücret verilmesi de söz konusudur. Ancak verilen ücret düşük bir seviyededir. Genellikle 60 yaş üzeri vatandaşların üstlendiği gönüllü polislikte 25 yaş altındaki kişilerin oranı oldukça düşüktür, Shanna Mehlbaum, “Politievrijwilligers: ‘Het werk een 10, de organisatie een 5’”, *Achtergronden en beleving van politievrijwilligers* het Tijdschrift voor de Politie, jg.78/nr.2/16, 27-30.

⁷ R. Cengiz Derdiman, “Kentleşmenin Suça Etkisi ve Kentlilerin Suçla Mücadelesinin Sosyal ve Hukuki Boyutları”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 19/3 (2010), 66.

⁸ Türk hukukunda av ve yaban hayatı yaşama ortamlarının ve avcılarının kontrolü, av ve yaban hayvanlarının bakımı, korunması, geliştirilmesi, gözlenmesi gibi konularda “fahri av müfettişliği kurumu” da ihdas edilmiştir. 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu, md. 20: “Av koruma ve kontrollerinde Bakanlık görevlilerine veya güvenlik güçlerine gönüllü destek sağlamak üzere Bakanlıkça belirlenecek kişilere fahri av müfettişliği görev ve unvanı verilebilir. Fahri av müfettişleri; bu Kanuna göre yasak avlanma sayılan fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla Genel Müdürlükçe kendilerine verilen tutanağı düzenleyerek en geç bir hafta içinde en yakın orman idaresi birimine teslim etmek mecburiyetindedir. Fahri av müfettişlerinin seçimi, eğitimi, görev ve yetkileri ile çalışma esas ve usulleri Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”, Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Av Müfettişlerinin Seçimi, Eğitimi, Görev ve Yetkileri İle Çalışma Esas ve Usullerine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete 25511 (3 Temmuz 2004).

⁹ Trafik kolluğu, çok eskiden de yetersiz olarak görülmektedir. Araç sayısının fazlalığı ve buna nazaran denetim gerçekleştirecek personel sayısının azlığı, her yıl artan taşıt sayısı ve trafik yoğunluğu, yapılan denetimlerin yeterli kalitede sunulmasını zorlaştırdığı ifade edilmiştir, Metin Kıratlı, *Koruyucu Kamu Hizmetleri*, (Ankara: TODAİE, 1973), 69-70; Karayolu trafik güvenliği günümüzde de insan hayatını tehdit eden en ciddi sorunlardan biri olarak halen önemini korumaktadır. Bu sebeple, modern ve yenilikçi kamusal faaliyet modellerinin kolluk alanında

C. FAHRİ TRAFİK MÜFETTİŞLİĞİNİN HUKUKİ TEMELİ

Fahri trafik müfettişliğine dair¹⁰ pozitif hukukumuzda birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 3. maddesine göre, yönetmeliğin dayanak aldığı yasal düzenleme Karayolları Trafik Kanunudur. Karayolları Trafik Kanununun 4/3. maddesine göre, “Bu Kanunla ve trafik hizmetleri konusunda diğer kanunlarla verilen görevler; a) İçişleri Bakanlığınca, b) Bu Kanunla yetkili kılınan diğer bakanlık, kuruluş ve belediyelerce, İçişleri Bakanlığı ile işbirliği içinde, yürütülür”. Fahri trafik müfettişliğinin hukuki alt yapısını oluşturan, asıl düzenleme Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesidir. Söz konusu maddede¹¹ fahri trafik müfettişliği hakkında genel bir çerçeve çizdikten sonra, İçişleri Bakanlığına Fahri Trafik Müfettişliği konusunda düzenleme yapma yetkisi vermiştir.

Karayolları Trafik Kanununun ek 6/7 maddesinde yer alan, “Fahri trafik müfettişlerinin yetki ve sorumlulukları ile diğer usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir” hükmü dayanak alınarak 1997 yılında Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma

tatbiki zorunludur. Nitekim bu durum Cumhurbaşkanlığı genelgesinde de “hızla ilerleyen teknolojik gelişmeler ile küreselleşmeye bağlı olarak önümüzdeki on yıllık süreçte günümüz ulaşım ağları ve türlerinde yenilikçi yansımaların görülmesi beklenmektedir. Tüm bu gelişmeler ışığında; trafik güvenliğine ilişkin atılacak her adımda insanın en kıymetli hazinesi olan can güvenliğinin korunması temel prensip olarak yer almalıdır” şeklinde belirtilmiştir, Cumhurbaşkanlığı Genelgesi 2021/2, Resmî Gazete 31384 (3 Şubat 2021).

¹⁰ “Fahri Trafik Müfettişliği; 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve bağlı Tüzüğü’nün 5’inci maddesinde görevleri sayılan trafik kolluğuna yardımcı olmak üzere, Merkez Trafik Komisyonunun 06.04.1966 tarihli kararı sonrasında, 09 Nisan 1966 tarihinde Bakanlık tasarrufu ile uygulamaya konulmuş, 21.06.1971 tarihine kadar belli şekil ve şartlara bağlı olmadan yürütülmüştür. 21 Haziran 1971 tarihinde Emniyet Genel Müdürü onayı ile görev ve yetkilerine dair şartları belirlenerek “Fahri Trafik Müfettişliği Talimatı” olarak yürürlüğe konulmuş ve 28 ilde 873 fahri trafik müfettişi görevlendirilmiştir. 20 Haziran 1972 tarihinde fahri trafik müfettişliği uygulaması İçişleri Bakanı telsiz emri ile Kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle kaldırılmış, ancak polise yardımcı olarak kurulan bu müessesenin yararlı sonuçlarından bahisle Kanuni hale getirilmesi çalışmalarına başlanmıştır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun Ek 6’ncı maddesi hükmüne istinaden; trafik güvenliğini sağlamak, denetim hizmetlerinde görevli personele yardımcı olmak, sürücülere her zaman ve her yerde denetlendikleri duygusunu yerleştirmek ve vatandaşlarımızın doğrudan denetime katılımını sağlamak amacıyla gönüllülük esasına dayalı fahri trafik müfettişliği müessesesi kurulmuş, 01.05.1997 tarih ve 22976 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği” ile de görev, yetki ve sorumlulukları belirlenmiştir. 1997 yılında tekrar hayata geçirilen uygulama kapsamında 34.296 fahri trafik müfettişi görev yapmaktadır”, Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM), “Karayolu Trafik Güvenliği Strateji Belgesi 2021-2030”, 236, http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/01-Haberler/03-2021/2021_2030-Karayolu-Trafik-Guvenligi-Strateji-Belgesi.pdf, (Erişim 10 Ocak 2023).

¹¹ “Sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere Karayolu Trafik Güvenliği Kurulunca önerilen ve Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulunca uygun görülen kişilere, valilerce “fahri trafik müfettişliği” görevi verilir. Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğüne kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar. Fahri trafik müfettişleri İçişleri Bakanlığının belirleyeceği esas ve usullere göre eğitime tabi tutulabilirler. Bu hizmet fahri ve ücretsizdir. Görevini kötüye kullandığı tespit edilen fahri trafik müfettişleri iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar. Yargılamaları tabi oldukları esaslara göre yapılır. Ayrıca belgeleri iptal edilir”.

Yönetmeliği yayımlanmıştır¹². Çeşitli değişikliklere uğrayan Yönetmelikte müfettiş olmak isteyen kişiler bakımından fahri trafik müfettişi olma şartlarına, fahri trafik müfettişinin görev ve yetkilerine, görevini gereği gibi yerine getirmede sorumluluğuna; idare bakımından ise görevin verilmesi ve iptal edilmesi usulüne, fahri trafik müfettişinin düzenleyeceği trafik suçu tespit tutanağına dair hükümler yer almaktadır.

1. Fahri Trafik Müfettişi Olma Şartları

Fahri trafik müfettişi olmak isteyen bir kimsenin, sağlaması gereken şartlar Yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre fahri trafik müfettişi olmak isteyen bir kimsenin, “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak, en az kırk yaşında olmak, en az yüksekokul mezunu olmak, en az on yıllık sürücü belgesi sahibi olmak, hakkında 2918 sayılı Kanununun 48 inci maddesine göre işlem yapılmamış olması veya düzenlendiği tarihten itibaren herhangi bir nedenle sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmamış/iptal edilmemiş olması, kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak, taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlara, zimmet, ihtiras, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolaylı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak” şartlarını taşıması gerekir.

Yönetmelik ile fahri trafik müfettişi olabilmek için aranan şartlar bu şekilde belirlenmekle birlikte, bazı hususlara tartışma boyutu getirmek gerekir. Yönetmeliğin 5/1-b maddesine göre aranan şartlardan biri en az 40 yaşında olunmasıdır. Niteliği yaşa bağlamak artık çağdaş ülkelerde her zaman uygulanan geçerli bir yaklaşım değildir. Zira fahri trafik müfettişliğinin pratik birtakım gerekçelerle yapılması gerekiyorsa da, bu görevin uzmanlık esasına göre yapılması esastır. Aslında bu durumla ilgili olarak Yönetmeliğin 7/5 maddesinde yer alan, “Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfında görev yapanlar, Emniyet Hizmetleri Sınıfında rütbeli olarak, Jandarma Hizmetleri Sınıfında subay olarak görev yapanlar ve bu görevleri yaptıktan sonra ayrılanlar veya emekli olanlarda, trafik sorununun çözümüne yönelik bilimsel araştırma ve çalışma yapanlar ile trafiğe hizmet etmiş olanlarda ve buldukları görev, mesleki deneyim ve nitelikleri itibarıyla müfettiş olarak görevlendirilmelerinde yarar görülenlerde 5

¹² Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği (FTMY), Resmî Gazete 22976 (1 Mayıs 1997).

inci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerindeki şartlar aranmaz. Bu şekilde müfettiş seçilenler eğitime tabi tutulmazlar” şeklindeki hüküm açıktır. Dolayısıyla salt yaş kavramına dayalı bir fahri trafik müfettişliği anlayışının oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Fıkradaki görevleri icra edenler/etmiş bulunanlar veya hizmetleri icra edenler/etmiş bulunanlar yaş ve yüksek okul mezunu olma şartından muaftır. Ayrıca bu şekilde müfettiş seçilenler eğitime de tabi tutulmamaktadır. Fahri trafik müfettişinin yapmış olduğu görevin vatandaşların temel haklarıyla iç içe bulunduğu, faaliyetin normalde resmi görevlilerce ifa edilen önemli bir kolluk faaliyeti olduğu gözetilerek her ne şekilde seçilirse seçilsin, tüm fahri trafik müfettişlerinin standart bir eğitime tabi tutulması önem arz etmektedir.

Yönetmeliğin 7/5 maddesinde yer alan hüküm ile ilgili dikkat çeken bir diğer husus ise, fıkranın sonunda fahri trafik müfettişi olarak seçilecek kişiler konusunda idareye geniş bir takdir yetkisinin tanınmış olmasıdır. Anılan hüküm “buldukları görev, mesleki deneyim ve nitelikleri itibarıyla müfettiş olarak görevlendirilmelerinde yarar görülenlerde” şeklindedir. Bu şekildeki geniş takdir yetkisi uygulamada bazı sorunlara yol açabilir. Zira bu durumda olduğu değerlendirilen kişilere yüksek okul mezuniyeti ve yaş şartı aranmaksızın görev verilmesi söz konusudur. Ancak daha da önemlisi bu kişiler eğitime tabi tutulmadan görev ifa etmektedir. Bu açıdan örneğin emekli bir trafik zabıtasının eğitime tabi tutulmasına gerek olmadığı açık olsa da, uzun süre şoförlük mesleği ile iştigal etmiş bir kişinin bir eğitime tabi tutulması gereklidir. Söz konusu eğitim trafik kurallarından daha ziyade tutanak düzenlenmesi, kural ihlallerinin gerekçelendirilmesi, delillerin elde edilmesi gibi hukuki konulara ilişkin olmalıdır.

Trafik denetimi hizmetinin, bir kamusal faaliyeti ifade etmesinin yanı sıra, Anayasanın 23. maddesinde düzenlenen seyahat hürriyetini de ilgilendirdiği göz önüne alındığında, fahri trafik müfettişinin seçimi konusunda idarenin takdir yetkisinin minimize edilmesi gerekir.

Fahri trafik müfettişlerince bir kamusal faaliyetin ifasına yardım edildiği açıktır. Nitekim Yönetmelik 5/1-g bendine göre, “kamu hizmetinden yasaklı olmamak” şartlarından biri olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan Anayasanın 128/2 maddesine göre kamu hizmetinde bulunan fahri trafik müfettişlerinin göreve kabul şartlarının kanunla düzenlenmesi gerektiği ayrıca tartışma konusudur. Ancak “trafik güvenliğini sağlamak” ve “trafik kültürüne katkıda bulunmak” faaliyetlerinin “koruyucu kamu hizmeti (kolluk faaliyeti) olduğu” da açıktır¹³.

¹³ Kıratlı, *Koruyucu Kamu Hizmetleri*, 69-70.

2. Fahri Trafik Müfettişliği İçin Müracaat

Fahri trafik müfettişliği için müracaat Yönetmeliğin 6. ve 7. maddesinde düzenlenmiştir. Müracaat, başvuruçunun ikametinin bulunduğu il valiliğine yapılmaktadır. Müracaatların kabulü, gerekli görülmesi halinde ibraz edilen bilgi ve belgelerin incelenmesi, ilgilinin müracaatını yapmış olduğu il valiliğince yapılır. Yönetmelik esaslarına uygun olarak kabul edilen müracaatlar liste halinde Bakanlığa gönderilir¹⁴. Trafik Başkanlığınca yapılan inceleme ve değerlendirme neticesinde, müfettiş olmasında sakınca görülmeyenler Emniyet Genel Müdürlüğünün (EGM) teklifi ile İçişleri Bakanının onayına sunulur. Onay işleminin ardından, ilgili valilerce fahri trafik müfettişliği görevi verilir. Fahri trafik müfettişliği görevi verilirken valilik tarafından iki farklı işlem tesis edilmektedir. İlk yapılan işlem müracaatın karara bağlanmasıdır. Bu kapsamda vali tarafından tesis edilen işlem müracaat edenlerin Yönetmelikte aranan şartları taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir. Valilik tarafından yapılan ikinci işlem ise fahri trafik müfettişliği görevinin verilmesidir. Ancak bu işlem tesis edilmeden önce İçişleri Bakanından onay alınmaktadır. Başka bir ifadeyle, valilik tarafından Yönetmelikteki esaslara uygun olduğu değerlendirilenler liste halinde İçişleri Bakanlığınca gönderilmekte, bunun üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Başkanlığınca inceleme yapılmakta ve müfettiş olmasında sakınca görülmeyenler Emniyet Genel Müdürlüğünün teklifi ile İçişleri Bakanının onayına sunulmaktadır. İçişleri Bakanının onay verdiği kişilere ise fahri trafik müfettişliği görevi valilik tarafından verilmektedir¹⁵.

Fahri trafik müfettişi sayısı o ildeki kayıtlı araç sayısına göre belirlenmektedir ve ildeki müfettiş sayısı, o ilde kayıtlı tescilli araç sayısınının 2/1000'sinden fazla olamaz. Yönetmeliğin 7/5 hükmünde sayılanlar ile engellilerin müracaatları bu orana dâhil değildir (Yönetmelik, md. 11).

¹⁴ Fahri trafik müfettişi adaylarını Karayolu Güvenliği Yüksek Kuruluna önermek, Karayolu Trafik Güvenliği Kurulunun görevleri arasındadır. Bu kurul ise, "Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Hizmetleri Başkanının başkanlığında, Karayolu Güvenliği Yüksek Kuruluna katılan kamu kurumlarının en az daire başkanı seviyesinde görevlileri, Jandarma Genel Komutanlığı, Türk Standartları Enstitüsü Başkanlığı, Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu temsilcisi ile İçişleri Bakanlığınca uygun görülen trafikle ilgili üniversite, Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği, Türkiye Trafik Kazalarını Önleme Derneği ve Trafik Kazaları Yardım Vakfının birer temsilcisi ve Başkent Büyükşehir Belediye Başkanından oluşur", Karayolları Trafik Yönetmeliği, md. 4-b.

¹⁵ İl Emniyet Müdürlüğünde görev yapmakta olan davacının, Adana'da görev yaptığı dönemde Adana Valiliği tarafından düzenlenen ... sicil ve ... seri numaralı fahri trafik müfettişi kartının Adana Valiliğinin ... günlü oluru ile iptal edilmesi üzerine açılan davada yetki unsuru açısından bir sakatlık görülmemiştir, Konya 5. Bölge İdare Mahkemesi (BİM), E. 2019/2096 K. 2020/804 (17 Mart 2020).

3. Fahri Trafik Müfettişlerinin Görev ve Yetkileri

Fahri trafik müfettişlerinin görev ve yetkileri Yönetmeliğin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilk olarak fahri trafik müfettişleri Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı eylemlerin gerçekleştiğini tespit ederse, tespit ettikleri kural ihlalleriyle¹⁶ ilgili olarak tutanak düzenleyebilir (Yönetmelik, md. 9/1-a).

Fahri trafik müfettişliği ile ilgili olarak tartışması gereken asıl hususun tutanak düzenleme yetkisini öngören bu hüküm olduğunu düşünmekteyiz. Özel hukuk kişisi olan fahri müfettişinin kamu gücünü kullanmak suretiyle (tutanak düzenlenmesi), kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen kararlar alabilmesinin hukuki olup olmadığı tartışmanın temelini oluşturmaktadır. Bu açıdan çevre gönüllüsünde¹⁷ olduğu gibi fahri trafik müfettişinin denetim yapmaksızın (tutanak düzenleme yetkisi olmaksızın) sadece ihbarda bulunabileceği düzenlenmiş olsaydı ya da stokçulukla mücadele için getirilen Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliğinde belirlenen şikâyet sistemi benimsenmiş olsaydı söz konusu tartışmayı açmaya gerek bulunmazdı. Diğer taraftan trafik kural ihlalinin diğer kural ihlallerinden farklı olarak anlık ortaya çıkması ve can güvenliğini ilgilendirmesi sebebiyle salt ihbar müessesesi ile soruna çözüm bulunamayacağı düşüncesiyle hareket edilmiş olması muhtemeldir.

Bunun dışında fahri trafik müfettişleri, trafik güvenliği ile ilgili görüş ve önerilerini bildirebilirler (Yönetmelik, md. 9/1-b).

Fahri trafik müfettişleri, trafik güvenliği ile ilgili olan trafik ekiplerinden farklı olarak araç durduramaz, sürücülerle muhatap olamaz¹⁸, belge veya evrak kontrolü yapamazlar (Yönetmelik, md. 9/1-e).

Fahri trafik müfettişleri, görevlerini yürütürken adil ve tarafsız olmak zorundadırlar (Yönetmelik, md. 9/1-d). Adil ve tarafsız olmazlarsa, görevlerini kötüye kullanırlar veya Yönetmelikte belirlenen esas ve usullere aykırı olarak işlem yaparlarsa, Karayolları Trafik

¹⁶ Fahri trafik müfettişlerinin trafik kural ihlali tespit tutanağı düzenleyebileceği kanun maddeleri için bkz. Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM), "Trafik Başkanlığı", <http://trafik.gov.tr/0255>, (Erişim 12 Ocak 2023).

¹⁷ Çevre Denetimi Yönetmeliği, md. 2/1-e: "Çevre gönüllüsü: Bakanlıkça, uygun niteliklere sahip kişiler arasından seçilen ve 2872 sayılı Çevre Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan düzenlemelere aykırı faaliyetleri Bakanlığa bildiren kişiyi, ifade eder"; md. 42/1: "Çevre gönüllülerinin tesis veya faaliyetlere giderek denetleme yapma yetkisi olmayıp ihlalleri bildirme yetkisi bulunmaktadır".

¹⁸ Araç sürücüsünün ısrarlı bir şekilde hakkında düzenlenen trafik suçu ihbar tutanağının iptal edilmesi amaçlı baskısını bertaraf etmek için sürücüye tutanakla ilgili yasal haklarını hatırlatmakla yetindiği bir olay sonrası, fahri trafik müfettişliği görevinin sona erdirilmesine ilişkin karar için bkz. Danıştay 15. Dairesi (Danıştay), E. 2015/4863 K. 2018/8222 (13 Aralık 2019).

Kanununun ek 6. maddesi uyarınca iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar (Yönetmelik, md. 10).

Fahri trafik müfettişlerine, görevlerinden dolayı bir sorumluluk getirilmiş olmasının nedeni, görevin fahri trafik müfettişlerinin takdiri doğrultusunda yerine getirilmesidir. Nitekim düzenlenen tutanağın sonuçlarının hukuka uygunluğu, fahri trafik müfettişlerinin takdir yetkisini adil ve tarafsız bir biçimde kullanmalarına bağlıdır.

Diğer taraftan fahri trafik müfettişlerinin görevlerini kötüye kullandığının veya adil ve tarafsız olmadığını ispatı oldukça zor olduğu için bu hüküm eleştiriye açıktır. Örneğin fahri trafik müfettişinin 18.10.2019 tarihinde acil servis hekimi olarak görev yapan kişiyle tartıştığı, bundan bir gün sonra ilgili doktor hakkında “yaya geçidine yaklaşırken yavaşlamamak, buradan geçen yayalara geçiş hakkını vermemek” fiilinden dolayı tutanak tanzim ettiği, bahsi geçen idari para cezasının “ihlalin hangi yaya geçidinde gerçekleştiğinin tespit edilmesi olanağının bulunmadığı, dolayısıyla tutanağın soyut olarak düzenlendiği” gerekçesiyle sulh ceza mahkemesince iptaline karar verildiği; 05.06.2020 tarihinde ise “seyir halinde cep veya araç telefonu el alarak kullanmak” fiilinden dolayı 17.53’te tutanak tanzim edildiği, bahsi geçen idari para cezasının doktorun çalıştığı polikliniğine ait otoparkta bulunan kamera görüntülerinden aracın anılan zamanda otoparkta park halinde olduğunun tespit edilmesi üzerine, davacının adil ve tarafsız davranma zorunluluğunu ihlal ettiğinin dolayı fahri trafik müfettişlik görevi sona erdirilmiştir¹⁹.

4. Fahri Trafik Müfettişlik Görevinin Sona Erdirilmesi

Yönetmeliğin 11. maddesine göre fahri trafik müfettişliği görevi, valiliklerce verildiği gibi, öngörülen durumların²⁰ gerçekleşmesi halinde görevin sonlandırılması da belgeyi tanzim eden valiliklerce yapılır ve İçişleri Bakanlığına bildirilir.

Fahri trafik müfettişi olarak görevlendirme işlemi öncesi alınan onay, göreve son verme işleminde aranmamaktadır. Başka bir ifadeyle, fahri trafik müfettişliği görevi İçişleri Bakanının onayından sonra verilirken, görevin sona erdirilmesi onay alınmadan doğrudan valilik

¹⁹ Danıştay 8. Dairesi (Danıştay), E. 2022/282 K. 2022/52 (18 Ocak 2022).

²⁰ md. 11: “Müfettişlik görevi aşağıda sayılan hallerin herhangi birisinin mevcudiyetinde sona erdirilir. a) Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesindeki şartlardan herhangi birini kaybedenler. b) Ayrılma isteğinde bulunanlar. c) Bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesi gereğince mahkemeye sevki yapılanlar. d) Müfettişlik kimliğini, kendilerine muafiyet kazandırmak amacıyla kullananlar. e) Yetkilerini, bu Yönetmelikte belirtilen görevlerin haricinde kullandığı tespit edilenler. f) Trafiğin denetimi ve yönetimiyle yetkili kişilere görevleri esnasında müdahalede bulunanlar. g) Herhangi bir nedenle sürücü belgesi geçici olarak geri alınan veya iptal edilenler”.

tarafından yapılmakta, sadece görevin sona erdirildiği İçişleri Bakanlığına bildirilmektedir. Bu açıdan görevlendirme tasarrufu, Emniyet Genel Müdürünün teklifi ile İçişleri Bakanının onayı sonrasında olduğundan birleşme işlem, görevin sona erdirilmesi ise basit işlem şeklinde gerçekleşmektedir.

Görevin sona erdirilmesi hususunda bir tartışma açılması gereklidir. Tartışma, yetki ve usulde paralellik ilkesinin yönetmelik hükmü ile ihmal edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda yapılacaktır. Şöyle ki fahri trafik müfettişliği görevinin verilmesine ilişkin yetki kuralı, Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesiyle düzenlenmiştir. Kanunda fahri trafik müfettişliği görevinin verilmesi ile ilgili hükme yer verilmişken, bu görevin sona erdirilmesi hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu açıdan idare hukukunun bilinen genel bir kuralı olarak “aksine bir hüküm bulunmadıkça yetki ve usulde paralellik ilkesinin tatbiki gerekir. “Aksine bir hüküm” ifadesiyle kastedilen düzenleme nedir? Aksi yöndeki hükmün, yönetmelik hükmü ya da kanun hükmü olması arasında bir farklılık var mıdır?

Bilinen bir husus olarak, “idare hukukunda yetkili olmak istisnai, yetkisiz olmak kuraldır”. İstisnai hükümlerin dar yoruma tabi olacağı ise bir başka bilinen kaidedir. Buna ilaveten yönetmelik hükmüyle kanun hükmünün genişletilip daraltılamayacağı da yerleşmiş içtihatlarıdır. Ayrıca içtihadı bir ilke olan yetkide ve usulde paralellik ilkesi, yetki kuralının istisnalarından olan ve hukuken kabul gören bir başka genel kuraldır. İdare hukuku açısından herkesçe bilinen bu bilgiler ışığında, kanunla açıkça işlemin hangi makam tarafından tesis edileceği düzenlenmesine karşın işlemin sona erdirilmesine yönelik bir hükme yer verilmemiş olması durumunda, içtihadı ilke olan yetki ve usulde paralellik ilkesinin tatbiki yerine yönetmelikle aksinin öngörüldüğünü ileri sürmek kanaatimizce idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık taşır. Ayrıca ilgili maddenin son fıkrasında yönetmelik ile belirlenmesi gereken hususlar arasında “görevin sona erdirilmesi” yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle, Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesinin son fıkrasında, “Fahri trafik müfettişlerinin yetki ve sorumlulukları ile diğer usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir” hükmü yer almaktadır. Fıkra da yer alan “diğer usul ve esaslar” ifadesiyle görevin sona erdirilmesini hususunun da kastedildiği ileri sürülmesi durumunda ise hukuki belirlilik ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan bir işlemin hangi makam tarafından tesis edilebileceğinin kanunla öngörüldüğü durumlarda, yönetmelikle bu işlemin başka bir makam tarafından sona erdirilmesinin (kaldırılmasının) mümkün olup olmadığının “normların çatışması sorunu” açısından da değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle burada kanun ile yönetmelik hükmünün doğrudan

çatışması söz konusu değildir. Nitekim kanunla düzenlenmiş bir konunun aksinin yönetmelikle öngörülmesinden ziyade, hukukun genel ilkesi olarak kabul edilen yetki ve usulde paralellik ilkesi²¹ ile yönetmelik hükmünün çatışması söz konusudur. Normlar hiyerarşisinde alta yer alan normun üstte yer alan normla çatışması durumunda idarenin alt normu ihmal ederek uygulamama yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır²². İdare uygulayacağı bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını hukukun genel bir ilkesi olarak kontrol etmelidir. Bu kontrol sadece şekli anlamda yüzeysel bir inceleme olmayıp, içeriğe dair ayrıntılı bir denetleme ile sağlanmalıdır. Diğer taraftan idarenin ihmal yetkisinin dar yoruma tabi tutularak ancak açık ve bariz üst norma aykırılıkta tatbik edilmesi gerekir²³. Buna göre fahri trafik müfettişi görevinin sona ermesini düzenleyen yönetmelik hükmünün hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırı olmasından dolayı idare tarafından ihmal edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anılan hükmün hukukiliği konusunda bir başka hususu da ifade etmek son derece önemlidir. Fahri trafik müfettişi görevi verilmesi işleminin yetki unsuru, Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesinde “Karayolu Trafik Güvenliği Kurulunca önerilen ve Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulunca...” şeklindeki ifadeyle açıkla belirtilmiştir. Ancak 703 sayılı KHK’nın 188. maddesiyle Karayolları Trafik Kanununun bahsi geçen kurulları düzenleyen 4. maddesi (maddede Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulu yerine Karayolu Trafik Güvenliği Yüksek Kurulu ifadesi bulunmaktadır) yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik sonrası, yetki unsurunda hükümlerin yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere idare hukukunda yetkiler öncelikle kanundan kaynaklanır. Ancak kanunda açık bir gönderme bulunması durumunda yetki kuralının yönetmelikle belirlenmesi mümkündür. İlgili kanun maddesinde yer alan “diğer usul ve esaslar” şeklindeki tümlecin fahri trafik müfettişliği görevinin verilmesi ve sona erdirilmesini kapsamadığı düşüncesiyle hukuka aykırılığın giderilmemiş olduğunu düşünmekteyiz.

Esasen görevin sona erdirilmesi işleminin görevin verilmesi işleminde olduğu gibi Emniyet Genel Müdürünün teklifi ile İçişleri Bakanının onayının ardından valilik işlemleriyle yapılması

²¹ Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş, 2021), 333; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2010), 379-380, 398.

²² Farklı yönde görüşler ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atilla Erkal, “İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2014), 204 vd.

²³ Erkal, “İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi”, 205, 211.

yönünde düzenleme yapılması hukuken uygun olanıdır. Bu aynı zamanda yetki ve usulde paralellik ilkesinin de bir gereğidir. Elbette bu ilkeye kanunla istisna getirilmesi mümkündür. Ancak söz konusu düzenleme bir yönetmelik hükmü ile belirlenmiştir. Ayrıca hiyerarşinin temel prensiplere aykırı nitelikteki hükmün revize edilmesi gerekir. Zira fahri trafik müfettişliği görevi verilmesinde İçişleri Bakanlığının onayı gerekirken görevin sona erdirilmesi hususunda onay aranmaksızın valiliğe yetki verilmiş olması üst makamın işleminin alt makam tarafından kaldırılmasına yol açması açısından sakıncalıdır.

Fahri trafik müfettişinin, görevini kötüye kullanması veya Yönetmelikte belirlenen esas ve usullere aykırı işlem yapması, kendisinin cezai sorumluluğuna yol açacağı gibi, görevinin sona erdirilmesi sonucunu da doğuracaktır. Nitekim bu durum Yönetmeliğin 11/1-c bendinde, “Bu Yönetmeliğin 10uncu maddesi gereğince mahkemeye sevki yapılanlar” şeklinde müfettişlik görevinin sona erdirilmesi sebebi olarak düzenlenmiştir.

Yine müfettiş olma niteliklerinden birini kaybeden, ayrılma isteminde bulunan, müfettişlik kimliğini kendine muafiyet kazandırmak amacıyla kullanan²⁴, yetkilerini Yönetmelikte belirtilen görevlerin haricinde kullandığı tespit edilen, trafiğin denetimi ve yönetimiyle yetkili kişilere görevleri esnasında müdahalede bulunan ve herhangi bir nedenle sürücü belgesi geçici olarak geri alınan veya iptal edilen fahri trafik müfettişinin de görevi sona erdirilir. Görevin sona erdirilmesi işlemleri, valilikçe yapılır ve İçişleri Bakanlığına bildirilir (Yönetmelik, md. 11).

Yine, özel bir sona erme nedeni olarak, “bir yıl süreyle trafik kural ihlali tespit tutanağı düzenlemeyen müfettişlerin görevlerinin Emniyet Genel Müdürünün teklifi üzerine İçişleri Bakanının onayı ile sonlandırılabilceği” hususu 2019 yılında Yönetmeliğe eklenmiştir (Yönetmelik, md. 11/2). Bu hüküm de çeşitli açılardan eleştirilebilir niteliktedir. Zira trafikte her zaman kural ihlalinin görülmesinin mümkün olmadığı veya fahri trafik müfettişinin bir sene içerisinde hiçbir ihlale denk gelmediği ihtimali dikkate alındığında, adil ve tarafsız olma yönü vurgulanan fahri trafik müfettişi, trafik kural ihlali tespit tutanağı düzenleme konusunda bir

²⁴ Kask takmadığından bahisle durdurulan motosiklet sürücüsünün kendisini fahri trafik müfettişi olarak tanıtmaması, evrakları ile birlikte fahri trafik müfettişliği kartını görevlilere göstermesi ve polis memurlarından ceza yazılmamasını talep etmesi sebebiyle Manisa Valiliğinin işlemiyle görevine son verilmesi, hukuka uygun bulunmuştur, Danıştay 8. Dairesi (Danıştay), E. 2019/9818 K. 2020/678 (11 Şubat 2020); Fahri av müfettişliği görevini yürüttüğü süre zarfında müfettiş kimliğini kullanarak denetim görevinde bulunan kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmelerine engel olmaya çalıştığı gerekisiyle fahri av müfettişliği görevinin sonlandırılmasına ilişkin benzer nitelikteki dava için bkz. Danıştay 10. Dairesi (Danıştay), E. 2015/2797 K. 2020/5444 (25 Kasım 2020); Benzer yönde başka bir karar için bkz. İstanbul 10. BİM, E. 2017/1479 K. 2017/1593 (15 Eylül 2017).

zorlamaya tabi tutulmaktadır. Bu durum, kendi içinde bir çelişki içermektedir. Bu düzenleme, bahsedilen yönüyle, fahri trafik müfettişliği kurumunun Devlet için bir kazanç kapısı²⁵ olarak ihdas edildiği algısının oluşmasına sebebiyet verebilir. Ancak diğer bir bakış açısıyla, bu yönde bir düzenlemenin fahri trafik müfettişlerini görevini layığıyla yapmaya teşvik ettiği de savunulabilir. Nitekim kurumun ihdas edilme gayesinin gerçekleşmesi için fahri trafik müfettişlerinin tutanaklarıyla ilgili görevlilere yardımcı olmaları gerekir. Yardımcı olma görevini yerine getirmeyen bir fahri müfettişin yerine yenisinin ikamesi gerekir. Ancak Yönetmelikte öngörülen sayı sınırı sebebiyle de görevini yapmayan kişilerin listeden çıkarılması gereklidir. Nitekim trafik kurallarına genellikle uymama alışkanlığı bulunan ülkemizde, bir yıl boyunca hiçbir tutanak düzenlemeyen kişinin bu davranışı görevini yapmadığı, ihmal ettiği anlamına gelir. Buna ilaveten bu düzenlemenin, trafik müfettişliğinin, fahri (onursal) bir görev olmasının vurgulanmasına katkıda bulunduğu da söylenebilir. Son olarak, diğer durumlarda sona erdirme işlemi valilikçe gerçekleştirilirken bu ihtimalde Emniyet Genel Müdürünün teklifi üzerine İçişleri Bakanının onayı ile görevin sona erdirilmesi mümkündür. Bu hususun diğer sona erdirme sebeplerinden ayrı tutulması ve Emniyet Genel Müdürünün teklifi üzerine İçişleri Bakanının onayının ardından yapılması önceden getirdiğimiz eleştiriyi destekler niteliktedir.

5. Fahri Trafik Müfettişlerinin Tasarruflarının Vasıflandırılması ve Hukuki Statüsü

Fahri trafik müfettişi, Karayolları Trafik Kanununda trafik suçu olarak belirlenen ihlalleri tespit ettiği zaman, kendi bünyesinde muhafaza ettiği tutanağı düzenler ve bu tutanağı ilgili trafik kuruluşuna veya Emniyet Müdürlüğüne gönderir. Daha sonra yetkili trafik kuruluşunun düzenlediği tutanakla birlikte ilgili şahıs hakkında ceza işlemi uygulanır. Fahri trafik müfettişinin bu süreçte yapmış olduğu tasarrufların (işlem ve faaliyetlerin), idare hukuku açısından incelenerek fahri trafik müfettişinin hukuki statüsünün belirlenmesi gerekir.

Bu bağlamda fahri trafik müfettişinin düzenlediği tutanağın vasıflandırılması, fahri trafik müfettişinin yürüttüğü görevin hangi kamusal faaliyet olduğu ve fahri trafik müfettişinin kamu görevlisi olarak kabul edilip edilemeyeceği geniş ve dar anlamıyla değerlendirilecektir.

²⁵ Böylesi bir değerlendirme yapıldığında “kolluk yetkisinin gelir sağlamak üzere kullanılamaz” (Tan - Bahar, *İdare Hukuku*, 328) ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelecektir.

a. İşlemler Açısından Vasıflandırma

İdari işlemin yerleşmiş bir tanımı bulunmakla birlikte²⁶, tüm unsurları ihtiva eden eksiksiz, kesin ve açık idari işlem tanımı yapmak kolay değildir. Nitekim idarenin faaliyet alanının sürekli değişim ve gelişim içinde olması, keskin sınırlarla tanım yapılmayarak muhtemel durumları değerlendirme imkânı tanımak açısından doğru olanıdır.

Bu açıdan değerlendirmeyi tanımdan ziyade doktrin tarafından kabul görmüş özellikler açısından yapmak gerekir. İdari makamlarca yapılma, hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade beyanı, kamu gücü kullanımı, tek yanlılık, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve kamu yararı amacı taşıma icrailik idari işlemin özellikleri olarak sıralanmaktadır²⁷. Fahri trafik müfettişlerinin işlemlerini idari işlemin tüm özellikleri açısından ayrıntılı olarak değerlendirmeye gerek yoktur. Nitekim trafik kural ihlal tespit tutanağının kamu gücü kullanılarak, tek yanlı ve kamu yararı amacıyla tesis edildiği açıktır. Benzer şekilde söz konusu tutanağın diğer idari işlemlerde olduğu gibi aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu hukuka uygunluk karinesinden faydalandığı tartışmasızdır. Ayrıca tutanağın usul ve esasına ilişkin ceza işlemi uygulamakla görevli kişiler tarafından yapılan denetimin sıhhati hususundaki tartışma da daha önceki kısımda yapılmıştır. Bu açıdan idari işlemin bazı özellikleri açısından kanaatimizce kısa bir değerlendirme yapılması yeterlidir. İdarenin adına ve hesabına kamu hizmeti yapmakla yetkili ve görevli kılınmış özel hukuk gerçek²⁸ ve tüzel kişileri de, kendilerine kanunla açık bir yetki verildiği takdirde idari işlem yapabilir²⁹. Bu açıdan “idari makamlarca yapılma” özelliği katı bir biçimde uygulanmamaktadır. Dolayısıyla fahri trafik müfettişleri, Kanunla kendilerine verilen bir yetki çerçevesinde tutanak düzenlendiği için, fahri trafik müfettişi özel hukuk kişisi olsa da, yaptığı işlem idari işlemdir.

Fahri trafik müfettişlerince düzenlenen trafik kural ihlal tespit tutanağının icrai niteliği var mıdır, bir başka ifadeyle söz konusu tutanak kesin ve yürütülebilir bir işlem midir? İdari işlemin icrailiği ile kastedilen işlemin yapıldığı anda hukuki anlamda hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır. Mefhumu muhalifinden hareketle hukuk âleminde herhangi bir değişiklik

²⁶ İdari işlemin yargı kararlarında “*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve resen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruf*” şeklinde tanımlanması söz konusudur, Danıştay 10. Dairesi (Danıştay), E. 1987/1159 K. 1987/1458 (01 Ocak 1987); Danıştay 10. Dairesi (Danıştay), E. 1996/855 K. 1996/1945 (11 Nisan 1996); Uyuşmazlık Mahkemesi (UM), E. 1988/2 K. 1989/1 (20 Şubat 1989).

²⁷ Tan - Bahar, *İdare Hukuku*, 323; Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin, 2021), 251; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2022), 285.

²⁸ Bazı yazarlar tarafından özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem yapabileceği ifade edilmekte gerçek kişiler açısından bir değerlendirme yapılmamaktadır, Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 237.

²⁹ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 113.

meydana getirmeyen işlemlere, “icrai olmayan işlemler” denir. Bu bağlamda icrai olmayan işlemlere ilişkin verilen en bariz örnek de hazırlık işlemleridir³⁰. Fahri trafik müfettişi, düzenlediği tutanağı ilgili trafik ekibine veya kuruluşuna yahut da Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderdiği, devamında da idari para cezası karar tutanağı düzenlendiği için, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlal tespit tutanağı icrai niteliğini haiz değildir. Zira bu tutanağın düzenlendiği anda, hukuk âleminde bir sonuç doğduğu söylenemez. Fahri trafik müfettişinin düzenlediği tutanak, trafik kuruluşunca düzenlenecek işlemin sebebinin teşkil eder. İdari işlemin diğer unsurlarını taşıdığı söylenebilse, tutanak kendi başına hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığı için icrai özelliğe sahip değildir.

Fahri trafik müfettişi, görevini bütün ülke sınırlarının içerisinde icra eder (Yönetmelik, md. 9/1-c). Fahri trafik müfettişleri, her ne kadar, belirli bir il valiliğine kayıtlı olsalar da, görevlerini sadece kayıtlı oldukları valiliğin mülki sınırı ile bağlı olarak değil, tüm ülke sınırlarında gerçekleştirebilir. Coğrafi açıdan fahri trafik müfettişlerinin yetkileri sınırlandırılmamıştır. Ayrıca zaman açısından da bir sınırlama yoktur. Fahri trafik müfettişleri günün her saati tutanak düzenleme yetkisini haizdir. Ancak trafik kural ihlali tespit tutanağının müfettiş tarafından ne zamana kadar görevli personele teslim etmesi gerektiği bir kurala bağlanmıştır. Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesine göre, düzenlenen tutanağın aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim edilmesi gerekir. Aksi davranış işlemi zaman yönünden yetkisizlikle sakar kılar. İlgili tutanakta, kural ihlal tarihi ve tutanak teslim tarihi bilgilerine yer verilmesi sebebiyle bu yönden işlemin zaman yönünden yetkisizlikle sakat olup olmadığının tespiti kolaydır. Ancak tutanak teslim tarihi her ne kadar tutanağı teslim alan ilgili memur tarafından yazılsa da, kural ihlal tespit tarihinin fahri müfettiş tarafından doldurulması bazı sakıncalar doğurabilmektedir. Böylesi bir durumda hukuka uygunluk karinesinden faydalanan tutanağın aksini başka delillerle (tutanağın düzenlendiği tarihte aracın başka bir ilde bulunduğu MOBESSE ile tespiti gibi) kanıtlaması gerekecektir.

Ayrıca fahri trafik müfettişlerinin aksine, idari yaptırım uygulayacak kamu görevlileri yer yönünden sınırlandırılmıştır. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 22/3 maddesi, “İdari kurul, makam veya kamu görevlileri, ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkilidir” şeklindedir. Benzer şekilde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 114/1 maddesi, “Bu

³⁰ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 342; Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 269.

Kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenlenir” şeklindedir. Bu düzenlemeler ışığında, işlendiği iddia edilen kabahat ile ilgili olarak idari para cezası kararını verme yetkisinin de, bu yer idaresine ait olduğu açıktır. Ancak tekraren belirtmek gerekir ki, fahri trafik müfettişliği bağlı olduğu il valiliği dışında da yetkili olup, kendilerince düzenlenen tutanağı sadece hangi il/ilçede ihlal gerçekleşmişse o yer ilgili birimlerine iletmeleri yeterlidir.

b. Faaliyet Açısından Vasıflandırma

İdarenin faaliyetleri doktrinde farklı gerekçelerle çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. İdare bazı alanlarda doğrudan ya da özel kişiler ile birlikte bir faaliyet sunmakta, bazen bir alanı düzenleyip denetlemekte, bazen de bir alanda özel kişilerin faaliyette bulunması için onları desteklemektedir. Esasında idarenin bu faaliyetlerini genel olarak kamu hizmeti olarak tek bir başlık altında toplamak mümkündür. Ancak bu faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejim açısından bazı farklılıkların bulunması sebebiyle doktrinde idarenin faaliyetleri “kamu hizmeti”, “kolluk” ve “özendirme ve destekleme faaliyeti” olarak üçe ayrılarak inceleyen yazarlar³¹ olmakla birlikte kolluk ile özendirme ve destekleme faaliyetinin kamu hizmetinin özel görünümüleri olduğunu da belirten görüşler de bulunmaktadır³². Fahri trafik müfettişlerinin yürüttüğü görevler açısından değerlendirildiğinde söz konusu kamusal faaliyetin “özendirme ve destekleme faaliyeti” olmadığı açıktır. Bu sebeple yapılan faaliyetin kamu hizmeti mi kolluk

³¹ Tan - Bahar, *İdare Hukuku*, 322; Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 499 vd.; Kamu hizmeti, kolluk ve özendirme ve destekleme faaliyetinin nitelik ve konuları bakımından olduğu kadar, hukuki araç ve etkileri yönünden farklı faaliyetlerdir, Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 244-245; “Koruyucu kamu hizmetleri” ifadesi klasik kamu hizmetinden ayrılan özellikleriyle bir kategoriye tabi tutulması sebebiyle verilmiştir, Kıratlı, *Koruyucu Kamu Hizmetleri*, 15.

³² İdari işlevin konusunu oluşturan faaliyetlerin kamu hizmeti ve kolluk olarak ikiye ayırmanın anlamsız olduğu (İl Han Özay, *Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)*, (İstanbul: Filiz, 1986), 117, dipnot 181); özendirmenin dolaylı bir kamu hizmeti, kolluğun ise daha sıkı ve özel usul kurallarına bağlanmış bir kamu hizmeti olduğu (İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Filiz, 1986), 275); kolluğun kamu hizmetinden daha geniş bir kapsama sahip olduğu ve kamu hizmeti kavramıyla izah edilmesinin mümkün olmadığı (Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi*, (Ankara: Turhan, 1985), 17) ifade edilmektedir; Kolluk faaliyetinin bir kamu hizmeti olarak kabul edilip edilemeyeceğine yönelik tartışmalar çalışma kapsamında değildir. Kamu hizmeti ile kolluk faaliyetinin genellikle ayrı olarak ele alınmakla birlikte, kolluk için “koruyucu kamu hizmeti” ifadesi de kullanılmaktadır. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 513; Bu çalışma kapsamında kolluk faaliyeti koruyucu kamu hizmeti şeklinde değerlendirilmiştir; Kolluk özelliği nedeniyle çok sıkı kural ve usullere bağlanmış bir kamu hizmetidir, Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Özel Sayısı 9/1-3* (1988), 152; Kolluğu kamu hizmetinden ayrı bir işlev gibi değerlendirmenin gereksiz olduğu, kolluğun özgürlüklerle ilgili olduğu oranda özel bir hukuki rejime tabi olan kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, (Ankara: Turhan, 2015), 22-23

mu olduğu hususunda değerlendirme yapmak gerekir. Kamu hizmeti doktrinde, “*yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir*” şeklinde tanımlanmıştır³³. Kolluk faaliyeti ise, idarenin kamu düzenini sağlamak, korumak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesini sağlamak için yürüttüğü faaliyetlerdir³⁴.

Fahri trafik müfettişinin yaptığı faaliyet, kolluk faaliyetidir³⁵. Zira fahri trafik müfettişi, trafik kural ihlal tespit tutanağını düzenlerken, bozulan kamu düzenini tekrar tesis etmek için hareket etmektedir. Peki, kamu düzeni nedir? Kamu düzeni de çok hareketli bir kavram olduğundan kesin bir tanım yapmak çok mümkün değildir. Kamu düzeni genel bir tanım olarak, “*belli edilmesi güç bir anlam taşımakla birlikte, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının korunmasını amaç alan her şeyi ifade eder. Bir başka deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsar*” şeklinde ifade edilmektedir³⁶. Trafik kuralı ihlali gerçekleştiğinde kamu düzeni bozulmaktadır. Bunun üzerine fahri trafik müfettişi, tespit ettiği ihlalle ilgili olarak bir tutanak düzenler ve bu tutanağı ilgili trafik kuruluşuna gönderir. Daha sonra ilgili trafik kuruluşunca idari para cezası karar tutanağı düzenlenir ve böylece kamu düzeni yeniden tesis edilmiş olur.

İlke olarak, kolluk faaliyetinin yalnızca idare tarafından yerine getirilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, kolluğun kamu hizmetinden ayrılan yönü doğrudan kamusal yönetim biçimine göre idarece yerine getirilmesi olarak belirtilmektedir³⁷. Kolluk faaliyeti kamu gücünün kullanılmasını gerektirdiğinden, idare bunu kullanmaktan vazgeçemez ve bu yetkiyi özel

³³ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 552 vd; Kamu hizmetinin “organik”, “maddi” ve “şekli” açılardan tanımları için bkz. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2019), 302; Polat Tunçer, *İdare Hukukuna Giriş*, (Ankara: Adalet, 2020), 264.

³⁴ Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin, 2022), 759; Atay, *İdare Hukuku*, 327; Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, (İstanbul: Filiz, 2014), 306.

³⁵ Doktrinde kimi yazarlar motosiklet sürücüleri için kask takma, otomobil sürücüleri için ise kemer takma zorunluluğunu kişilerin kendi güvenliklerini sağlaması açısından kamu düzeninin unsurlarından biri olan “güvenlik (asayiş)” olarak (Ramazan Çağlayan, *İdare Hukûku Dersleri*, (Ankara: Adalet, 2022), 288; Sancakdar vd. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 762), kimileri ise kamu düzeninin modern anlayışta “bireylerin kendilerine karşı korunması” unsuru arasında (Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 1*, (Ankara: Yetkin, 2012), 542) değerlendirmektedir; Konumuz açısından yapılan denetimin hangi alt unsur içinde değerlendirilmesi gerekliliği tartışmasından ziyade, yapılan faaliyetin kolluk faaliyeti olduğunu ifade edebiliriz.

³⁶ Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 1963/28 K. 1964/8 (28 Ocak 1964), Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 2/47.

³⁷ Tan - Bahar, *İdare Hukuku*, 323.

kişilere devredemez³⁸. Ancak bu ilkenin değişen ve gelişen çağımızda tam olarak uygulandığını söylemek mümkün değildir. Gerçekten de, özel hukuk kişilerinin; personel bilgisi, uzmanlık, faaliyetin etkinliği ve işlevinin görece iyi olacağı inancı, maliyetin azaltılması gibi sebeplerle kolluk faaliyeti yaptıkları görülmektedir. Bu durumun elbette, bir hukuka aykırılık oluşturup oluşturmayacağı tartışmaya açıktır. Diğer taraftan kolluk kamu gücünün en etkili hissedildiği alanlardan biridir. Ayrıca kolluğun temel hak ve hürriyetlere müdahale içerdiği de açıktır. Ancak kanunla özel hukuk kişilerine kolluk alanında faaliyette bulunma yetkisinin verildiği görülmektedir.

Fahri trafik müfettişliği trafik denetiminin önemli bir parçası olarak görülmektedir. Trafik polisinin ya da MOBESE kameralarının olmadığı yer ve zamanlarda da sürücülerde denetleniyor algısı yaratılması, başka bir ifadeyle “algılanan yakalanma riski”nin³⁹ yükseltilerek trafik kültürünün gelişmesi amaçlanmaktadır. Elbette trafik kültürünün salt yaptırım tehdidi ile sağlanması mümkün değildir. Yaptırım tehdidi bu anlamda bir katkı sunmakla birlikte, eğitim ve bilinçlenme ile gönüllü bir şekilde trafik kültürünün yerleşmesi çok daha önemlidir.

c. Fahri Trafik Müfettişliğinin Hukuki Statüsü

Fahri trafik müfettişinin kamu görevlisi olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı, bu bağlamda salt özel hukuk kişisi olmak dışında üstlenmiş olduğu görev bağlamında özel bir statüye mi dâhil olduğu tartışılmalıdır.

Anayasanın 128. maddesine göre, emanet usulüyle (kendi bütçe, araç-gereç ve kamu görevlileri eliyle) kamu hizmetinin ifası esastır. Bunun yanı sıra kamu hizmetinin özel kişiler tarafından gördürülebilmesine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler de uzun yıllardan beri uygulanmaktadır.

³⁸ Tan - Bahar, *İdare Hukuku*, 323; Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 531; Kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesi değişime uğramıştır. Dolayısıyla günümüzde kolluk, idare dışında özel hukuk kişilerince de yerine getirilebilen kamu hizmetinin bir görünümü halini almıştır, Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 579.

³⁹ “Trafik denetimlerinin etkili olabilmesi ve önleyicilik etkisinin varlığından bahsedilebilmesi için de bazı şartların mevcut olması gerekir. Algılanan yakalanma riski yüksekse, İdari yaptırımlar ağırsa, Gerçekleşen yakalanma oranı yüksekse, Yakalananların da cezalandırılma oranı yüksekse, Hızlı ise trafik kolluğu denetimlerinin önleyicilik etkisi ciddi oranda yüksek demektir. Burada sözü edilen, yukarıdaki her bir unsurun birleşimi ile ortaya çıkan mekanizmaya “Kanunun Tatbik Zinciri” adı verilmektedir. Bu zincirin en önemli halkası da davranış bilimleri ve adalet psikolojisi alanlarından trafik güvenliği alanına adapte edilen “İhlal Nedeniyle Cezalandırılma Riski”nin karşılığı olarak kabul edilmesi gereken “Algılanan Yakalanma Riski”dir”, Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM), “Karayolu Trafik Güvenliği Strateji Belgesi 2021-2030”, http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/01-Haberler/03-2021/2021_2030-Karayolu-Trafik-Guvenligi-Strateji-Belgesi.pdf, 174.

Kamu hizmetinin yanı sıra günümüzde “geniş anlamda kamu hizmeti olarak değerlendirildiğimiz kolluk hizmetleri”nin de özel kişilere gördürülmesine yönelik çeşitli düzenlemeler söz konusudur. Yapı denetimi kuruluşlarınca yapılan denetim ya da araç muayene istasyonlarında yapılan denetim özel kişiler tarafından yerine getirilen kolluk faaliyetlerindedir⁴⁰. Bu tür kolluk faaliyetlerinde, özel kişilerin yaptıkları işin karşılığı olarak bir ücret kazanması söz konusudur.

Bunun dışında kamu hizmetine ücretsiz ve gönüllü olarak katılan, “arızî işbirlikçisi” olarak ifade edilen bir statü daha bulunmaktadır. Bu statünün şartları (katılımın gönüllü/zorunlu olması, ücretli/ücretsiz olması, süreli/geçici olması) konusunda çeşitli tartışmalar⁴¹ bulunmakla birlikte, fahri trafik müfettişlerinin hizmete katılımı, arızî işbirlikçilerinde olduğu gibi olağanüstü durum ve acil ihtiyaçtan kaynaklanmamaktadır. Ayrıca hizmete katılım süreklilik (arızî olmadan) arz etmektedir. Bu sebeple fahri trafik müfettişliği kurumunun arızî işbirlikçiliği müessesesinden farklı bir statüde ele alınması gerekir.

Diğer taraftan Türk hukukunda kamu hizmetine gönüllü katılımı öngören düzenlemelerin sayısı oldukça fazladır. Örneğin İl Özel İdaresi Kanununun “il özel idaresi hizmetlerine gönüllü katılım” başlıklı 65. maddesine ve Belediye Kanununun “belediye hizmetlerine gönüllü katılım” başlıklı 77. maddesine göre mahalli kamu hizmetlerin ifasına gönüllü katılım mümkündür. Benzer şekilde Belediye Zabıta Yönetmeliğinin “gönüllü zabıta” başlıklı 49. maddesi ve Belediye İtfaiye Yönetmeliğinin “gönüllü itfaiyecilik” başlıklı 45. maddesi kapsamında da kamu hizmetine gönüllü katılım mümkündür. Bu açıdan, fahri trafik müfettişlerince yapılan faaliyetin “genel olarak kamu hizmetine gönüllü katılım” olduğu belirtilebilir.

Kamu hizmetine katılımı düzenleyen örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte fahri trafik müfettişliği statüsünün bu uygulamalardan ayrı olarak ele alınması gerekir. Nitekim fahri trafik müfettişliği, kolluk faaliyetine vatandaşın gönüllü katılımı öngören ve ücretsiz olarak yapılan bu anlamıyla geleneksel kamu yönetimi anlayışından ayrılan yeni hukuki bir müessesedir. Yapılan faaliyetin kamu hizmetinin özel bir türü olan kolluk alanında gerçekleşmesi açısından bazı farklılıklar söz konusudur. Bu açıdan ise, fahri trafik müfettişliğinin “kolluk kuvveti”

⁴⁰ Özge Okay Tekinsoy, “Kolluk Faaliyetleri”, *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 631-632.

⁴¹ Selman Sacit Boz, “Kamu Hizmetinin İfasında Gönüllü (Arızî) İşbirlikçilerin Uğradığı Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, ed. Süleyman Üstün vd. (Ankara: Nobel, 2020), 81.

anlayışından ziyade “kolluk hizmeti” anlayışına dayanan kamusal faaliyete katılımın bir örneği olduğunu ifade edebiliriz.

İdare, üstlenmiş olduğu kamu hizmetini yerine getirirken, malvarlığının yanı sıra personele de ihtiyaç duyar. İdarenin, insan unsurunu oluşturan kişilere kamu görevlisi denmektedir. Kamu görevlisi sayılmak için gereken ilk şart, kamu kesiminde ve bir teşkilata bağlı olarak çalışmaktır. Bu çerçevede özel hukuk kişilerinin istihdam ettikleri kişiler, kamu görevlisi olamazlar. Yine, kamu kesiminde çalışan fakat bir teşkilata bağlı olmaksızın kamu görevi yerine getirenler de kamu görevlisi sayılmazlar.

Kamu görevlisi konusunda farklı tanımlar mevcuttur. Yapılan kamu hizmeti ve istihdam şekilleri göz önünde bulundurulduğunda tek bir tanım yapmak oldukça güçtür. Zira kamu görevlisi, gerek mevzuatta gerek doktrinde⁴² dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar ve teknik anlamda kamu görevlisi olmak, kişiyi bir hukuki statüye dâhil eder. İlgili bu statünün haklarından ve güvencelerinden yararlanır, görevlerinden ve yükümlülüklerinden ise mesul olur. Geniş anlamda kamu görevlisi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sahip olduğu haklardan ve güvencelerden yararlanamaz, yükümlülüklere de tabi tutulamazlar. Bu kişiler hakkında kamu hukuku kuralları uygulanmakla birlikte, geniş anlamda kamu görevlileri dar anlamda kamu görevlileri için öngörülen hak ve yükümlülere ancak mevzuatta özel olarak öngörülmesi durumunda tabi olurlar. Nitekim memur ya da diğer kamu görevlilerinin statüsü ile geniş anlamda kamu görevlisi statüsü aynı sınırları paylaşmazlar. Memur ve diğer kamu görevlisi statüsü, daha dar ve özel olarak belirlenmiş kurallarla çevrilmiştir ve bu statü dışında kalan kişilere ilgili kuralların tatbiki ancak özel ve açık olarak öngörülmesi durumunda mümkündür. Ayrıca geniş anlamda kamu görevlisi statüsünün kazanılması, kişinin idare ile bağının kurulmuş olması bakımından önemlidir.

Anayasanın 128/2 maddesi, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” şeklindedir. Bu hüküm kamu görevlisini dar anlamıyla ele almaktadır.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri kavramıyla, kamu görevini meslek olarak ve bir kadroya bağlı olarak yapan personel kastedilir. Bu kişilere, tabi olduğu statüyle ilgili olarak haklar ve güvenceler bahşedilmiş aynı zamanda görev ve yükümlülükler verilmiştir. Fahri trafik

⁴² Metin Günay, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj, 2015), 580 vd.; Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, 330 vd.

müfettişinin dar anlamda kamu görevlisi olmadığı tartışmasız bir biçimde ortadadır⁴³. Zira fahri trafik müfettişi, belli bir kadroya bağlı olarak çalışmadığı gibi⁴⁴, bu işi meslek olarak da yapmamaktadır. Ayrıca dar ve teknik anlamda kamu görevlilerinin statüleri kanunla düzenlenir. Bu kural Anayasanın 128/2 maddesinde hüküm altına alınmıştır. Fahri trafik müfettişinin statüsü, “Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği” ile düzenlenmesi sebebiyle bu kimselerin dar anlamda kamu görevlisi kavramı içinde telakki edilemez.

Fahri trafik müfettişleri⁴⁵, kamu kesiminde, esasında kolluk görevlilerince yürütülen bir faaliyet olan, trafik kuralı ihlallerinin tespitini yaptığı için, geniş anlamda kamu görevlisi içinde değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, kendisinin özel bir statüsü olmasa da, Kanunda geniş anlamda kamu görevlisi lehine getirilen düzenlemelerden yararlanması mümkündür. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun 6/1-c maddesinde yer alan, “kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” kapsamında olan fahri trafik müfettişi, görevi esnasında bir suç maruz kalırsa, suç kamu görevlisine işlenmiş bir suç olarak kabul görecektir. Benzer şekilde Karayolları Trafik Kanununun ek 6/5 maddesine göre, “Görevini kötüye kullandığı tespit edilen fahri trafik müfettişleri iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar. Yargılamaları tabi oldukları esaslara göre yapılır”. Görevi kötüye kullandıkları tespit edilen fahri trafik müfettişleri, Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan değil, ceza normu içeren Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesine göre cezalandırılacaktır. Ancak Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi sayılan fahri trafik müfettişleri idare hukuku açısından dar anlamda kamu görevlisi olmadığından⁴⁶ yargılanmaları için izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle fahri trafik müfettişleri, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna tabi değildir.

⁴³ “İdare ile gönüllü olarak işbirliği yapan kimseler (collaborateurs bénévoles)” kamu görevlisi değildir, Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 561.

⁴⁴ Kadroya bağlı olarak trafik alanında istihdam edilen personel İçişleri Bakanlığının Trafik Görevlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde belirtilen “Genel Kolluk: Emniyet Teşkilatında görevli polisi ve Jandarma Teşkilatında görevli subay, astsubay ve uzman jandarma; Trafik Kolluğu: Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının trafik kuruluşlarında görevli kolluk” personelidir.

⁴⁵ “Fahri ajanlar” ücretsiz olarak görev ifa eden kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedir, Ramazan Yıldırım - Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 1*, (Ankara: Adalet, 2021), 250; Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der, 2021), 518.

⁴⁶ Türk Ceza Kanunundaki tanım idare hukuku açısından geçerli değildir, Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 560.

Geniş anlamda kamu görevlisi tanımının içine dâhil olmak, fahri trafik müfettişinin yakınlarının, idareden bir tazminat istemesinde illiyet bağının kurulmasında gerekçelerden biri olarak kullanılabilir. Bu açıdan fahri trafik müfettişi, görevini yerine getirirken birtakım haksız hareketlere maruz kalabilir, yaralanabilir hatta vefatı gündeme gelebilir. Geride kalanların “destekten yoksun kalma” ve “bir maaşa hak kazanıp kazanamama” meselesi bu çerçevede idari yargıya taşınabilmelidir. İdare ile bağın tesis edilmesine yarayan geniş anlamda kamu görevlisi sıfatı ve kamu hizmeti ifa eden bireyin bu tür saldırılara karşı idare tarafından korunamaması idarenin sorumluluğunu doğurabilir.

Diğer taraftan fahri trafik müfettişinin uğradığı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunun hangi esasa göre belirleneceği ayrıca tartışılabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, kişinin fahri trafik müfettişi olması, onu kadrolu bir statüye dâhil etmez. Başka bir ifadeyle geniş anlamda kamu görevliliği, kişiye memur ve diğer kamu görevlilerine verilen özlük hakları ve güvenceler gibi haklar vermez. Fahri trafik müfettişliğinde de durum bu şekildedir. Dolayısıyla fahri trafik müfettişi, esasen özel hukuk kişisi olarak kalmaya devam etmektedir. Bu açıdan idarenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasının türlerinden biri olan “mesleki risk”⁴⁷ kapsamında değil, şartları sağlıyorsa kusur sorumluluğu esasına göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim dar anlamda kamu görevlisi olmayan kişilerin idare ile kamu hizmetinin ifasında yaptığı işbirliğinden dolayı ortaya çıkan zararların sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanması mümkün değildir. Zira sosyal güvenlik kurumları, kendilerine üye olan ve prim ödeyen memur ve işçilerin mesleklerini ifa ederken uğradığı zararları karşılamaktadır⁴⁸.

II. FAHRİ TRAFİK MÜFETTİŞLİĞİ KURUMUNUN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesinin konuya dair kararı, fahri trafik müfettişliğinin hukuki niteliğinin saptanması ve bu kurumun anayasaya uygunluğuna ilişkin yüksek mahkemenin bakışını genel olarak ortaya koymaktadır⁴⁹.

⁴⁷ Fahri trafik müfettişleri tarafından ifa edilen görevin, arızî, olağanüstü ve acil olmaması, fiili memur olarak kabul edilmelerini engellemektedir. Aksi durumda, fiili memurun bir görünümü olan “gönüllü (arızî) işbirlikçisi” olarak mesleki risk kapsamında idarenin kusursuz sorumluluğu tartışılabilirdi. Nitekim Yaşar’a göre mesleki riskin tatbiki için ilgilinin meslek olarak memurluk görevi yapıyor olması şart olmayıp, kamu faaliyet ve hizmetine katılan kişi konumunda olması yeterlidir, Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der, 2014), 458-459.

⁴⁸ A. Şeref Gözübüyük - Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, (Ankara: Turhan, 2001), 217.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 2013/43 K. 2013/168 (26 Aralık 2013), Resmî Gazete 28914 (7 Mart 2014); Kamusal faaliyetlerin özel hukuk kişilerince ifasına ilişkin yasal diğer düzenlemelere ilişkin Anayasa Mahkemesinin farklı yönde çeşitli kararları da bulunmaktadır. Örneğin 3194 sayılı İmar Kanununun 21. maddesi “*Yeminli Serbest Mimarlık ve Mühendislik Büroları*” ibaresi “*Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister "bağlı yetki" ister "takter yetkisi" şeklinde kullanılsın "ruhsat verme" idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle*

Fahri trafik müfettişi tarafından düzenlenen ihbar tutanağı üzerine verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesinin itiraz yoluna başvurusu sonucunda uyuşmazlık Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. İptali istenen norm, fahri trafik müfettişliğinin temel kanuni düzenlemesini teşkil eden Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesinin 2. fıkrası şu düzenlemeyi içermektedir:

“Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar”.

Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesi başvuru sebeplerini, *“cezaların şahsiliği ilkesi gereğince kabahat eylemini gerçekleştiren kişi hakkında idari yaptırım öngörülmesi gerekirken, fahri trafik müfettişleri tarafından tescil plâkasına göre yaptırım uygulanmasının hukuk devleti ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği, öngörülen idari yaptırımın dayanağının fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen ihbar tutanağı olduğu, hak arama hürriyetinin sadece başvuru yapma hakkı ile sınırlandırılmayıp başvuran kişinin hukuksal durumunun hukuka uygun delillerle net olarak ortaya konulmasını da zorunlu kıldığı, ancak fahri müfettişlik*

ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. İnşaat ruhsatı ve yapı kullanma izninin hukuki niteliği ve bunun sonucu olarak bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülebileceğinin kabulü” şeklindeki gerekçeyle oybirliği ile Anayasanın 128. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 1985/11 K. 1986/29 (11 Aralık 1986), Resmî Gazete 19435 (18 Nisan 1987); Yeminli mali müşavirlere ilişkin benzer bir düzenleme aynı yıl içinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir, Ayrıntılı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 1986/5 K. 1987/7 (19 Mart 1987), Resmî Gazete 19632 (12 Kasım 1987); 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu ile İmar Kanununda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzel kişiliği haiz “yapı denetim kuruluşlarının” ikamesini öngörülen düzenleme ise Anayasaya uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında, imar kolluğunu özel idari kolluk olarak değerlendirerek, yapı denetim kuruluşlarının aldıkları izin belgesiyle faaliyet göstereceklerini, faaliyetlerinin merkezi yönetim tarafından denetleneceğini, kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş olduğunu, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmasına yönelik olan düzenlemenin 3194 sayılı İmar Kanununda var olan yapı denetim yetkilerinin kaldırılmadığını belirtmiştir. Ayrıca, *“Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre o yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır”* şeklinde değerlendirmede de bulunarak düzenlemenin Anayasa aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 2001/377 K. 2002/59 (26 Haziran 2002), Resmî Gazete 24931 (9 Kasım 2002).

kurumu mevzuatının buna izin vermediği” şeklinde sıralamış ve kuralın Anayasanın 2, 11, 36 ve 38. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, burada bir kolluk yetkisinin özel kişiler tarafından ifa edilmesinin Anayasanın 128. maddesi⁵⁰ bakımından da değerlendirilmesi gerektiğini re'sen tespit ederek, başvuruyu bu madde açısından da incelemiştir.

A. ANAYASANIN 128. MADDESİ AÇISINDAN İNCELEME

Anayasa Mahkemesi, “*İtiraz konusu kuralda fahri trafik müfettişlerine, 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında bu kurallara uygun davranıp davranmadıklarını tarafsızca kanıt toplayarak araştırıp, değerlendirmek üzere ilgililere bu durumu tutanak düzenlemek suretiyle bildirerek trafik polislerine tanınan trafik suçunu tespit etme yani denetleme yetkisi verilmektedir*” değerlendirmesini yaparak fahri trafik müfettişlerine, trafik polislerine tanınan trafik suçunu tespit etme yetkisinin, bir başka ifadeyle denetleme yetkisinin verildiği belirtmektedir.

Devamında Anayasa Mahkemesi, fahri trafik müfettişinin düzenlediği tutanağın idari işlem kuramında hazırlık işlemi niteliğinde olacağını, denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmayacağını ifade etmiştir. Trafik para cezası tutanağının yetkili trafik kuruluşu tarafından düzenlenmesi sebebiyle asıl icrai işlem, kamu görevlilerince düzenlenen trafik para cezası tutanağı olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlali tespit tutanağının, yetkililer tarafından denetlendiği ve gerekli şartları taşıyorsa, yetkililerce idari para cezası karar tutanağının düzenlendiği belirtilmiştir. Nihai olarak Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu şu değerlendirmeye Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesinin Anayasanın 128. maddesine aykırı olmadığına kanaat getirmiştir: “*Denetim sonucunda, 2918 sayılı Kanun'da öngörülen idari yaptırım uygulama yetkisi, yetkili trafik polislerinde kalmaya devam ettiğinden onlara yardımcı olmaktan ibaret, fahri trafik müfettişlerinin suç tutanağı düzenleme görevlerinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki, fahri trafik müfettişlerine suç tutanağı düzenleme yetkisinin verilmesi trafik polislerinin bu yetkilerini de ortadan kaldırmamaktadır*”.

⁵⁰ Anayasanın 128/1 maddesinde, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yapılan faaliyetin kolluk faaliyeti olduğunu kabul etmekle birlikte fahri trafik müfettişlerinin idari işlem yapma yetkisinin bulunmadığından bahisle genel idare esaslarının gerektirdiği asli ve sürekli bir görev olmadığı yönündeki belirlemesi eleştiriye açıktır. Zira Anayasanın 128. maddesinde yer alan “genel idare esasları” ile “asli ve sürekli görevler” ölçütleri, sadece idari işlem tesis edebilme yetkisi ile açıklanamaz. Görüş bildirme, tespitte bulunma, rapor ve tutanak hazırlama, öneride bulunma, hazırlık işlemi yapma gibi birçok idari tasarruf kolluk faaliyetinin bir parçasıdır. Ayrıca idari para cezasının dayanağı fahri trafik müfettişi tarafından düzenlenen tutanaktır. Bu açıdan idareye ait olan denetim ve ihlalin olup olmadığının tespiti yetkisi de özel kişiye verilmiş olmaktadır. Diğer taraftan kolluk faaliyetinde genel idare esaslarının söz konusu olması ve bu faaliyetin asli ve sürekli bir görev olarak ifa edilmesi durumları da dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin kararı eleştiriye açıktır⁵¹. Fahri trafik müfettişlerine suç tutanağı düzenleme yetkisinin verilmesinin trafik polislerinin bu yetkilerinin engellemediğini ileri sürmek de eleştirdiğimiz bir diğer husustur. Nitekim kamusal bir görevin özel kişilerin yanı sıra idare tarafından da yapılıyor olması, Anayasanın 128. maddesine uygunluk gerekçesi olamaz. Dar anlamda kamu görevlisi olmayan kişilerce asli ve sürekli nitelikte genel idare esaslara göre işlem tesis edilmesi bu işlem hazırlık işlemi dahi olsa hukuka aykırıdır.

B. ANAYASANIN 38. MADDESİ AÇISINDAN İNCELEME

Anayasa Mahkemesi, başvuru doğrultusunda sadece suç ve cezaların şahsiliği ile ilgili olarak değerlendirmede bulunmuştur. Öncelikle ceza sorumluluğunun şahsiliğinin, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu, ceza sorumluluğunun amacının bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması olduğu ve Anayasanın 38. maddesinde ayırım yapılmadığından bu ilkenin idari para cezalarını da kapsadığı değerlendirilmesi yapılmıştır.

Devamında aşağıdaki değerlendirmelerle, fahri trafik müfettişinin tescil plakasına göre tutanak düzenlemesi, suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulunmamıştır: “*Fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan suç tutanakları iradi ve kusurlu olan sürücülerin eylemlerine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, fahri trafik müfettişleri tarafından suç tutanağı düzenlenebilecek ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir. Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların plâkasından başka*

⁵¹ Mutlu Kağıtçıoğlu, *Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü: (2017 Değişikliği Öncesi ve Sonrası)*, (Ankara: On İki Levha, 2019), 73 vd.

saptanabilecek ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı, ancak plâka ile araç sahibine ulaşılabileceği de açıktır. Fahri trafik müfettişleri tarafından 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiiller nedeniyle, sürücüsü tespit edilemeyen araçların tescil plakalarına göre suç tutanağının düzenlenmesi, bir trafik kuralının ihlal edildiğine dair suç isnadı niteliğinde olup cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı değildir”.

C. BAŞVURU KAPSAMINDAKİ DİĞER MADDELER AÇISINDAN İNCELEME

Anayasa Mahkemesi, Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesini, Anayasanın 11. ve 36. maddeleriyle ilgili görmeyerek, bu maddeler bakımından inceleme yapmamıştır.

Yüksek mahkeme kararın sonunda şu değerlendirmede bulunarak, ilgili maddenin Anayasanın 2. maddesine aykırı olmadığını vurgulamıştır: “*Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan trafik sorunlarını zamanında ve etkin bir biçimde denetleyebilmek, sürücülerin trafik kurallarına uymasını alışkanlık hâline getirmek, her kural ihlalinin mutlaka görüleceği ve cezalandırılacağı inancının bütün sürücülerde yer etmesini sağlamak, bu bakımdan, denetim mekanizmasını genişletmek, oto-kontrol sistemini yaygınlaştırmak amacıyla, demokratik toplumda gerekli uygulamalardan olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir düzenlemenin de kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır”.*

Kamu gücünün özel hukuk kişilerince kullanılıp kullanılmayacağı söz konusu düzenlemenin hukuka aykırılığı noktasında incelenmelidir. Anayasanın 6. maddesi, “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” şeklindedir. Egemenlik yetkisi Türk Milletindedir ve seçimler ile halkoylaması dışında Türk Milleti bu yetkisini ancak yetkili makamlar eliyle kullanabilir.

“Egemenlik/devlet yetkisi” kavramı, kamu hukukunda “kamu gücü” ile ifade edilmektedir. Kamu gücü ise, muhatabının rızasına bakılmaksızın tek taraflı irade beyanı ile kişiler üzerinde hak ve yükümlülükler doğurma yetkisi anlamına gelmektedir. Bu açıdan Anayasada (kanunlarla öngörülen istisnalar dâhil) istisnası öngörülmediği müddetçe, özel hukuk kişilerinin kamu gücü kullanabilmesi, başka bir ifadeyle egemenlik yetkisini kullanabilmesi mümkün değildir⁵².

⁵² Cem Ayaydın, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Yayınları (Yıldızhan Yayla'ya Armağan)* 4 (2003), 125-127.

Söz konusu düzenleme ile kamu gücünün tezahürü olan idari para cezasını tayin etme görevi kamu görevlilerine bırakılmış olmakla birlikte, fahri trafik müfettişlerinin düzenlediği tutanak idari para cezasının sebep unsurunu oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, idari yaptırım kararının hazırlık aşaması fahri trafik müfettişi olan özel hukuk kişilerince yerine getirilmektedir. Fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen tutanakta yer alan belirlemelerin doğruluğu/gerçekliği konusunda kontrolün sağlanması çok mümkün değildir. Bu açıdan fahri trafik müfettişi olan kimseler, trafik polisinin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu belgeyi tanzim etme yetkisine sahip olmaktadır. Bu durum fahri trafik müfettişini, “fahri trafik polisi” görünümüne kavuşturmakta, müfettişten ziyade trafik polisi olarak görev üstlenilmesi sonucunu doğurmaktadır. İdari ve adli kolluk işlemi yapacak kolluk personelini, fiilen ve hatta hukuken bağlayıcı hazırlık işlemi ile bir yönde karar almaya sevk etmek Anayasaya aykırılık taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, özel hukuk kişileri tarafından yapılan ön denetim, kontrol, onay gibi tasarrufların, idareyi bağlayıp bağlamadığı önem arz etmektedir. Hazırlık işlemi dahi olsa idareyi hukuken veya fiilen bağlayan aksi yönde karar almasına imkân tanımayan ve kamu gücünün özel hukuk kişilerince kullanılmasına sebebiyet veren düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğunu belirtmek gerekir⁵³. Nitekim fahri trafik müfettişinin görev ve yetkileri incelendiğinde, trafik kuralı ihlalinin yetkili makamlara ihbar suretiyle iletilmediği, aksine her ne kadar tek başına icrai niteliği haiz olmasa da düzenlenen tutanakta eksiklik bulunmaması durumunda cezai işlem tesis edilmesi konusunda yetkili kamu görevlilerinin icbar eden bir düzenleme ile karşılaşmaktadır. Bu açıdan fahri trafik müfettişliği kamu hizmetine gönüllü katılımı düzenleyen diğer hukuki düzenlemelerden ayrılmaktadır. Nitekim söz konusu düzenleme klasik bir kamu hizmetinin ifasına katılımdan daha ziyade denetim ve sonucunda yaptırım içeren bir kolluk yetkisinin asli ve sürekli nitelikte olmayan özel hukuk kişilerince kullanılmasını öngörmektedir. İdarenin asli sorumluluğunun bulunması ve kamu görevlilerinin tutanak düzenleyerek işlem tesis edebilme yetkisinin devam etmesi, kolluk yetkisinin özel kişilere gördürülmesi açısından bir hukuka aykırılık taşımamaktadır. Ancak fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen tutanağın içeriğinin çoğu zaman (ihlali gösteren fotoğraf gibi bir belge eklenmediği müddetçe) fiilen denetlenememesi, düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmemizin temel nedenini oluşturmaktadır.

⁵³ Ayaydın, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, 135.

Ç. KARŞI OYLARIN İZAHI

Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu karar oybirliğiyle değil, oyçokluğu ile alınmıştır. Karara, 5 üye katılmamıştır ve 3 karşı oy gerekçesi belirtilmiştir.

İlk karşı oy yazısında; Anayasa Mahkemesinin 28.03.2012 tarih ve E. 2012/27, K. 2012/173 sayılı kararına atıfta bulunmak suretiyle, bu karardaki denetime dair değerlendirmenin esas alınarak, Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesi ile fahri trafik müfettişine verilen denetim yetkisinin Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Gerekçe kısmında, konuyla ilgili olarak yapılan değerlendirme şu şekildedir: “*Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre kolluk faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Buna göre, itiraz konusu kural Bakanlığa, 4925 sayılı Kanun'da verilen görevlerin ve tanınan yetkilerin tamamını devretme imkânı tanımakta olup, idarenin kolluk faaliyetleri içinde yer alan ve mutlaka Devletin memurları ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yürütülmesi zorunlu olan asli ve sürekli görevlerin de gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesine olanak tanıyan kural, Anayasa'nın 128. maddesine de aykırıdır*”.

Karşı oy gerekçesinin devamında, fahri trafik müfettişince icra edilen “trafik denetimi” ve bu denetim faaliyeti sonucunda düzenlenen “trafik kural ihlal tespit tutanağı”nın, kolluk faaliyeti olduğu konusunda bir kuşkunun bulunmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu hizmetin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerektiği izah edilmiştir. Devamında Anayasa Mahkemesinin kararında, asıl icrai işlemin emniyet birimlerince düzenlenen idari para cezası karar tutanağı olduğu, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlal tespit tutanağının hazırlık işlemi niteliğinde olduğu savına katılmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Gerekçe olarak da, Karayolları Trafik Kanunu kapsamında hangi trafik kuralının hangi sürücü tarafından ihlal edildiğinin belirlemesinin fahri trafik müfettişince yapıldığı, bu durumun emniyet birimlerince denetlenmediği, bu sebeple hem denetim hem de idari para cezası müeyyidesi uygulanmasına yönelik tam bir yetki devrinin söz konusu olduğuna işaret edilmiştir.

İkinci karşı oy yazısında; fahri trafik müfettişinin yaptığı görevin trafik denetimi olduğu, bunun kamu hizmeti olduğunda bir kuşku bulunmadığı, bu hizmetin Anayasanın 128. maddesi

gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle icra edilmesi gerektiği, bu hizmetin memurlar ve diğer kamu görevlileri statüsüne dâhil olmadığı sabit olan fahri trafik müfettişlerine gördürülemeyeceği, ayrıca ilgili kuralın Anayasanın 38. maddesi bağlamında cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Üçüncü karşı oy yazısında ise; ilgili kuralın Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle karara iştirak edilmemiştir. Buradaki değerlendirmeye bakıldığında; idare hukukunun temel ilkelerinden birinin idarenin takdir yetkisi olduğu ve uygulamada takdir yetkisinin fahri trafik müfettişince kullanıldığının açık olduğu, fahri trafik müfettişince düzenlenen tutanağı sadece şekli açıdan denetleyip maddi şekilde denetlemeyen trafik yetkililerinin takdir yetkisini kullandığından söz edilemeyeceği, bu nedenle fahri trafik müfettişinin yapmış olduğu işlemin icrai işlem olduğu, trafik şubesinin ceza bildirim ve ödeme emri işlemlerinin ise yaptırımın tesisine yönelik değil, icrasına yönelik işlemler olduğu ifade edilmiştir.

D. FAHİRİ TRAFİK MÜFETTİŞLİĞİ KURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ELEŞTİRİSİ

Fahri trafik müfettişliği kurumu hakkında, Anayasa Mahkemesinin bakışı, müfettiş tarafından düzenlenen tutanağın hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, trafik kuruluşunca düzenlenecek olan icrai tutanağın hazırlayıcısı olduğu, trafik kuruluşunca icrai tutanak düzenlenirken müfettişin düzenlemiş olduğu tutanağın denetlendiği, eğer uygun görülürse idari para cezasına hükmedildiği şeklindedir. Anayasa Mahkemesi, müfettişin tutanağını hazırlık işlemi olarak görmekte ve üzerinde bir denetim olduğunu belirtmektedir. Bu yüzden müfettişin düzenlediği tutanağın, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine etki etmediğini, sadece kolluk hizmetine yardım niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Mahkemeye göre, fahri trafik müfettişinin varlığı, kolluk görevlilerinin tutanak tutarak idari para cezası verme yetkilerini de ortadan kaldırmamaktadır.

Fahri trafik müfettişi, Karayolları Trafik Kanunu kapsamında herhangi bir trafik suçu işlendiği kanısına vardığı takdirde, trafik kural ihlal tespit tutanağı düzenleyecektir. Dolayısıyla fahri trafik müfettişine, bir kolluk faaliyeti olan trafik denetimi yetkisinin verildiği görülmektedir. Günümüzde sadece trafik alanında değil, çeşitli alanlarda idarenin kolluk faaliyetlerine özel hukuk kişilerinin katılması söz konusudur. Bunlara örnek olarak, özel kişilerce işletilen araç muayene istasyonları, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik, yapı

denetimi alanında yapı denetim kuruluşlarının faaliyetleri, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun uyarınca faaliyette bulunan özel güvenlik şirketleri, gösterilebilir.

Kolluk faaliyetinin tamamının memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğini ileri sürmek, pratik ihtiyaçlara ve modern çağın gerekleriyle uyumlu olmayacaktır. İdarenin denetim ve gözetim yükümlüğü altında ve idarenin asli sorumluluğunun devam etmesi kaydıyla, kolluk yetkilerinin özel kişiler tarafından yürütülebilmesi mümkündür. Bu bakış açısı, günümüz koşullarına oldukça uygundur. Özel hukuk kişileri, kendilerine kanunla verilen kolluk faaliyetini yerine getirebilseler de, idarenin denetim ve gözetiminin söz konusu olması ve idarenin asli sorumluluğunun bulunması gerekir. Ancak vatandaşların hak ve menfaatlerine doğrudan etki eden ve kamu gücü kullanımı gerektiren görevlerin devredilmesi mümkün olmamalıdır. Bu çerçevede idari veya cezai yaptırım içeren icrai nitelikteki kararların memurlar ve diğer kamu görevlilerince tesisi gerekir⁵⁴. Diğer taraftan kamusal bir faaliyetinin ifasına özel kişinin katılması ya da kamusal bir faaliyetin ifasının özel kişilere verilmesi ile kamusal bir faaliyetin devredilmesinin aynı anlama gelmediğini vurgulamak gerekir. Başka bir ifadeyle, “yetkinin verilmesi” ile “yetkinin devredilmesi” farklı hukuki müesseselerdir. Bu açıdan öncelikle fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen trafik kural ihlal tespit tutanağı ile kolluk hizmetine katılım söz konusudur.

Diğer taraftan yetki devrinde yetkiyi devreden makam yetki devrini kaldırmadığı müddetçe yetkilerini kullanamaz. Nitekim yetki devrinde karar alma yetkisi asıl makamdan sıyrılarak yetki devri yapılan makama geçmektedir. Ancak trafik polisi, jandarma ve trafik zabıtasının denetim yetkisi devam ettiği için fahri trafik müfettişlerine ilişkin düzenlemenin yetki devri olarak değerlendirilmemesi gerekir. Nitekim böylesi bir düzenlemede yetki devrinden ziyade yetkinin verilmesi söz konusudur⁵⁵.

⁵⁴ “Maddi ve hukuki olguları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetim sonucu kanunlarda öngörülen icrai kararların memurlar veya diğer kamu görevlileri tarafından alınması zorunludur. Dava konusu kuralla, EPDK’nın, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan diğer tesislerin denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle yapılabileceği belirtilmekle birlikte, denetim üzerine söz konusu Kanun’da öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam veya birim tarafından alınacağı yolunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum tereddütlere ve belirsizliğe yol açacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır”, Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 2012/102 K. 2012/207 (27 Aralık 2012), Resmî Gazete 28606 Mükerrer (2 Nisan 2013).

⁵⁵ 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 28/1-b maddesi, 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanununun 2/7 maddesi, 3132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanununun 5. maddesi, kapsamında kolluk yetkisinin devrinden söz edebiliriz. Ancak benzeri diğer düzenlemelerde yetki devrinden ziyade yetki verilmesi söz konusudur.

İdare hukuku açısından yetkinin bir makamdan diğerine hangi tasarrufla verilebileceği de ayrı bir tartışma konusudur. Anayasanın 6/2 maddesine göre, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”. Yine Anayasanın 123/1 maddesinde, “idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmü yer almaktadır. Bu açıdan yetki unsuru öncelikle Devlet yetkisinin kullanılması ile ilgilidir. İdari işlemi tesis edecek kişi ya da makam, bireysel işlemlerle değil düzenleyici işlemlerle belirlenir. Ancak düzenleyici işlemin türü (kanun-idarenin düzenleyici işlemi) konusunda Anayasa Mahkemesinin bir değerlendirmede bulunmadığı görülmüştür. Bu açıdan kısa bir değerlendirme yapmak gerekirse, fahri trafik müfettişliğinin Karayolları Trafik Kanununun ek 6. maddesiyle düzenlendiğini, bu açıdan hukuki açıdan bir sorunun bulunmadığını belirtebiliriz. Ayrıca “kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin içtihadi bir ilke olması sebebiyle, kanunla bu ilkeye istisna getirilmesinin de hukuken mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵⁶.

Fahri trafik müfettişlerinin dar anlamda kamu görevlisi olmadıklarından dolayı “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” şeklindeki Anayasanın 128/2 maddesine tabi değildirler. Bu sebeple de Yönetmelikle belirlenen “fahri trafik müfettişi olma şartları”, “fahri trafik müfettişlerinin görev ve yetkileri” gibi durumların kanunla düzenlenmesi gerekmediği için hukuka aykırılık taşımadığını ifade edebiliriz. Ancak “asli ve sürekli görevler” yönünden hukuka aykırılık bulunduğu görüşündeyiz. Şöyle ki, Karayolları Trafik Kanununun 1. maddesi “Bu Kanunun amacı, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemektir” şeklindedir. Trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini sağlamak için gereken önlemleri almak idarenin asli ve sürekli⁵⁷ görevlerinden olup, bu görevin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi Anayasanın 128. maddesine aykırıdır.

Bu çerçevede incelenmesi gereken iki konu vardır. Birincisi, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlal tespit tutanağının kolluk görevlileri tarafından denetlenip

⁵⁶ Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 531.

⁵⁷ Trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini sağlamak için gereken önlemleri almak, süreklilik arz eden bir faaliyettir. Şayet bu faaliyet arızî bir nitelik göstermiş olsaydı söz konusu düzenlemenin Anayasanın 128. maddesine uygun olduğu ileri sürülebilirdi. Kamu görevlisi sıfatı bulunmayan kimselerin kamu hizmetine katılımının, gönüllülük esasına göre olması ve müdahale gerektiren durumla rastlantısal bir karşılaşmanın gerçekleşmesi durumunda arızî işbirliğinden söz edilebilir, Boz, “Kamu Hizmetinin İfasında Gönüllü (Arızî) İşbirlikçilerin Uğradığı Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, 82.

denetlenemediği meselesidir. Diğer ise, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlal tespit tutanağının hukuki niteliğidir.

1. Fahri Trafik Müfettişinin Düzenlemiş Olduğu Tutanağın Denetlenememesi Sorunu

Fahri trafik müfettişi, tespit ettiği trafik suçu sonrasında, trafik kural ihlal tespit tutanağını düzenler ve bu tutanağı yetkililere teslim eder. Yönetmeliğin 13. maddesinde, bu tutanakların trafik kuruluşlarında gerekli kontrolleri yapıldıktan sonra, 2918 sayılı Kanunun 116. maddesi uyarınca trafik idari para cezası karar tutanağına dönüştürüleceği ifade edilmektedir.

Uygulamaya bakıldığında, trafik kuruluşunun sadece tutanak üzerinden şekli bir inceleme yaptığı, trafik suçuna ilişkin maddi vakianın tespitinde ve trafik suçlusunun belirlenmesinde fahri trafik müfettişinin yapmış olduğu belirlemeyle bağlı kaldığı görülmektedir. Gerçekten de yetkili trafik kuruluşları, idari işlem sürecine sadece şeklen dâhil olmaktadır. Kolluk yetkisinin idare tarafından denetlendiği müddetçe üçüncü kişilere gördürülebilmesinin mümkün olduğu yönündeki belirleme, şekli bir denetlemeden ibaret olmamalıdır. Bu nedenle her ne kadar, idari para cezası karar tutanağını yetkili trafik kuruluşu düzenlese de, işlemin dayanağı olan sebebinin fahri trafik müfettişlerince takdir edildiği görülmektedir. Bu açıdan, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu tutanağa dair denetim, gerçek anlamda bir denetim olmadığından, bu durum hukuka aykırılığa sebep olmaktadır. Ancak bazı tutanakların ekinde delillerin (kamera kaydı, fotoğraf, ses kaydı vb.) de olduğu bilinmektedir. Bu sebeple, idari yaptırım kararını almakla yetkili olan kamu görevlileri, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu tutanak ekinde yer alan hukuka uygun deliller aracılığı ile esasa dair denetim yapılabildiği müddetçe, söz konusu düzenlemenin hukuka uygun, aksi halde aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Fahri trafik müfettişince düzenlenen tutanağın mutlak anlamda gereğinin yapılması konusu da son derece önemlidir. Şayet fahri trafik müfettişince düzenlenen tutanak sonucunda işlem yapılması zorunlu değilse, başka bir ifadeyle tutanağa rağmen kolluk personelinin ceza tayini hususunda takdir yetkisi devam ediyorsa hukuka aykırılığın bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak fahri trafik müfettişince düzenlenen tutanağın sonucunda kolluk personeli bağlı yetki ile hareket etmek zorunda ise, bu hükmün hukuka aykırı olduğunu belirtmek gerekir.

Yönetmeliğin ilk halinde “Bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre müfettişlerce tanzim edilerek tescil kuruluşlarına iletilen tutanaklar hakkında, Trafik Kanununun 116 ncı ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ilgili maddesi hükümlerine göre işlem yapılır” hükmü 2020

yılında “9 uncu maddeye göre müfettişlerce fiziki ya da elektronik ortamda tanzim edilen tutanaklar, trafik kuruluşlarında gerekli kontrolleri yapıldıktan sonra 2918 sayılı Kanunun 116 ncı maddesi kapsamında trafik idari para cezası karar tutanağına dönüştürülür” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikten önce trafik kuruluşlarının fahri müfettişin ilettiği tutanağın gereğini yerine getirmek durumunda kaldıkları görülmektedir⁵⁸. Değişiklikten sonra müfettişlerce düzenlenen tutanağın mutlak anlamda idari para cezasına dönüşmesi gerektiği konusunda açık bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak “gerekli kontrolleri yapıldıktan sonra” tabiri ile ne kastedildiği de açık değildir. Gerekli kontrollerin yapılması çoğu zaman ancak şekli anlamda mümkün olabilmektedir. Zira trafik kural ihlali çoğunlukla anlık gerçekleştiğinden maddi açıdan kontrolünün sağlanması mümkün değildir. Şekli açıdan yapılan denetimde, düzenlenen tutanakta bir eksikliğin olması durumunda (kuralın ihlal edildiği yer ve zaman bilgisinin, araç bilgilerinin, fahri müfettiş bilgilerinin, ihlal edilen trafik kuralının maddesi ve açıklaması kısmının unutulması, eksik yazılması, birbiriyle çelişen açıklamaların olması gibi) idari para cezası karar tutanağına dönüştürülmeyeceği anlaşılmaktadır. Bu düşünceyle fahri trafik müfettişince düzenlenen tutanağın sonucunda kolluk personelinin bağlı yetki ile hareket etmek zorunda olduğu, ilgili tutanağın kolluk personeline maddi açıdan denetlenmesinin mümkün olmadığını kanaatindeyiz.

2. Fahri Trafik Müfettişinin Düzenlemiş Olduğu Tutanağın Vasıflandırılması

Fahri trafik müfettişleri, Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı eylemlerin gerçekleştiğini gördüğünde, trafik kural ihlal tespit tutanağı düzenler. İhlale dair düzenlenen bu tutanak, fiziki ortamda düzenleniyorsa o il/ilçe trafik ekip veya kuruluşuna elden, elektronik ortamda düzenleniyorsa, Emniyet Genel Müdürlüğüne elektronik sistem üzerinden bir hafta içerisinde teslim edilir (Yönetmelik, md. 9/1-a)⁵⁹. Devamında ise, fahri trafik müfettişlerince tanzim edilen tutanakların, trafik kuruluşlarınca kontrol edilerek 2918 sayılı Kanunun 116. maddesi kapsamında trafik idari para cezası karar tutanağına dönüştürüleceği hükme bağlanmıştır.

⁵⁸ Derdiman, “Kentleşmenin Suça Etkisi ve Kentlilerin Suçla Mücadelesinin Sosyal ve Hukuki Boyutları”, 66.

⁵⁹ Trafik kural ihlali tespit tutanaklarının elektronik ortamda düzenlenerek ilgili trafik kuruluşlarına gönderilmesine ilişkin hazırlanan FTM Mobil Uygulaması 16.07.2019 tarihi itibarıyla kullanıma açılmıştır. Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM), “Fahri Trafik Müfettişliği Mobil Uygulama Rehberi”, <https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/01-Haberler/11-2019/FTM-MOBIL-UYGULAMA--BROSUR.pdf>, (Erişim 13 Ocak 2023).

Fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu tutanak, idare hukuku anlamında hazırlık işlemi niteliğindedir. Bunun sebebi ilgililer hakkında hukuki sonuç doğuran, onların hukuki konumlarını etkileyen idari para cezasına dair işlemlerin yetkili trafik kuruluşlarınca yapılmasıdır. Anayasa Mahkemesi, bu niteliği sebebiyle fahri trafik müfettişlerince düzenlenen tutanağı kolluk faaliyetine yardımcı olmaktan ibaret görmüş, bu tutanağın bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil etmediğine kanaat getirmiştir. İfade etmek gerekir ki, fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu tutanak, teorik olarak hazırlık işlemidir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere yetkili trafik kuruluşları, bu tutanaktaki maddi olgulara dair belirlemelerle bağlıdır. Bu sebeple fahri trafik müfettişlerince düzenlenen tutanak, ilgililerin seyahat hürriyeti ya da mülkiyet hakkına ilişkin bir sınırlama anlamı taşıyan yaptırım tesisini zorunlu kıldığından mündemiç icrailiği içermektedir. Elbette burada kastedilen tutanağın icrailiği değildir. Nitekim fahri trafik müfettişlerince düzenlenen tutanak bir hazırlık işlemi olması dolayısıyla tek başına icrailik vasfını haiz değildir. Mündemiç icrailik ile kastedilen, tutanakta şekli bir eksiklik bulunmaması durumunda yetkili kamu görevlilerinin bağlı yetki hareket ederek cezai işlem tesis etmek zorunda olmalarıdır. Bu sebeple de, Anayasa Mahkemesi kararının aksine, burada kolluk faaliyetine yardımcı olmakla sınırlı bir faaliyetin olduğu tespitine katılmak mümkün değildir⁶⁰. Sadece hukuka uygun delillerle desteklendiği müddetçe fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu tutanak neticesinde tesis edilen işlemin hukuka uygun, aksi halde hukuka aykırı olduğunu belirtebiliriz. Ayrıca fiillerin hangi mevzuat hükmüne aykırı olduğunu belirleme yetkisini haiz olan fahri trafik müfettişlerinin dar anlamda kamu görevlisi olmamaları kanaatimizce bir diğer hukuka aykırılıktır.

SONUÇ

Fahri trafik müfettişleri, bir kolluk hizmeti olan trafik denetimine katkıda bulunan özel hukuk gerçek kişileridir. Kamu hizmetlerinin sadece idarenin ajanlarıyla yerine getirilmesi anlayışının, bir başka ifadeyle geleneksel yönetim anlayışının zamanla zayıflamasıyla birlikte, kamu hizmetlerini yerine getirmede özel hukuk kişilerinin görev üstlendiğini görmekteyiz. Böylece, geleneksel yönetim modeli, yerini kamu hizmetlerine özel kişilerin de katılmasını öngören modern ortak üretim modeline bırakmıştır. Üstelik kamu hizmetlerine özel hukuk kişilerinin katılması olgusu, sadece ülkemizde değil diğer Avrupa ülkelerinde (İngiltere ve Hollanda'daki gönüllü polislik) de gözlemlenmiştir.

⁶⁰ Hasan Dursun - Adem Dağcı, "İdari Trafik Suç ve Cezalarında Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Yargıtay Dergisi*, 48/2 (2022), 567 vd.

Fahri trafik müfettişinin düzenlemiş olduğu trafik kural ihlal tespit tutanağı, idare hukuku bakımından hazırlık işlemi niteliğindedir. Zira tutanak düzenlendiği anda ilgili hakkında hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Tutanağa icrai boyut, yetkili trafik kuruluşları tarafından kazandırılmaktadır. Ancak yetkili trafik kuruluşları, şayet şekli bir eksiklik yoksa hazırlık işlemi olan tutanağın gereğini yerine getirmek zorundadır. Bu da yetkili trafik birimince düzenlenen, idari para cezası karar tutanağı ile yapılmaktadır. Fahri trafik müfettişi, kamu düzeninin bozulması sonrasında, başka bir ifadeyle trafik suçunun işlenmesi durumunda kamu düzeninin sağlanması evresinde devreye girdiği için, yürüttüğü faaliyet kolluk faaliyetidir. Fahri trafik müfettişleri, görevlerini yaptığı sırada geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilirler. Bu sıfatla kabul edilmeleri, mevzuatta birtakım lehe düzenlemelerden yararlanmalarını mümkün kılar. Bu çerçevede görevi esnasında kendisine karşı bir suç işlenirse, “kamu görevlisine karşı işlenmiş olma” durumu, Türk Ceza Kanunu kapsamında ağırlaştırıcı bir sebep olarak karşımıza çıkar. Ayrıca idarenin sorumluluğu açısından da, geniş anlamda kamu görevlisi sıfatı idarenin ortaya çıkan zararı tazmini için illiyet bağının kurulması açısından da önemlidir.

Günümüzde kolluk yetkilerinin özel kişilere bırakılamayacağı (yetki devri-yetki verme/yetkilendirme) yönündeki eski yerleşmiş anlayış geçerliliğini yitirmiştir. Yetkinin bırakılması mümkün olsa da bunun birtakım şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Kolluk yetkisinin devredilmediği bu açıdan karar alma yetkisinin idarenin uhdesinde kaldığı sadece faaliyetin yürütülmesine özel kişilerin de dâhil edildiği “yetki verilmesi/yetkilendirme” durumlarında bazı ilkelere dikkat edilmelidir. Bu çerçevede öncelikle verilecek yetkinin kapsamı açık bir şekilde kanunla düzenlenmeli, faaliyetin ifasının bırakıldığı özel hukuk kişisi ve bu kişinin yaptığı işlemin esası idare tarafından denetlenmeli ve idare asli sorumlu olarak kalmaya devam etmelidir. Ayrıca bırakılan yetkinin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyecek boyutta, idari ve cezai yaptırımlar uygulanması şeklinde olmaması gerekir. Ayrıca “yetki devri” yapılarak kolluk yetkisinin özel kişilere bırakıldığı durumlarda, yetki devrine ilişkin içtihadi diğer ilkelere de dikkat edilmelidir.

Fahri trafik müfettişliğinin mevcut uygulamasına bakıldığında, tutanağın içerdiği maddi tespitlerin esasa yönelik olarak denetlenmediği, sadece şekli bir denetim yapıldığı, dolayısıyla trafik kuruluşunun fahri trafik müfettişinin yapmış olduğu vakıa tespitleriyle bağlı olduğu görülecektir. Şekli açıdan bir denetimin yapılması ise, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerine müdahale eden işlemin fahri trafik müfettişleri tarafından yapıldığını göstermektedir. Bu

şekilde bir kolluk yetkisinin verilmesi ise, hukuk güvenliği açısından mümkün olmamalıdır. Sonuç olarak fahri trafik müfettişliği uygulaması, bu haliyle hukuka uygun bir biçimde işlememektedir.

KAYNAKÇA

Akgüner, Tayfun. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der, 9. Baskı, 2021.

Akyılmaz Bahtiyar vd., *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş, 14. Baskı, 2021.

Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2. Baskı, 2019.

Ayaydın, Cem. “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”. *Galatasaray Üniversitesi Yayınları (Yıldızhan Yayla’ya Armağan)* 4 (2003), 125-135.

Boz, Selman Sacit. “Kamu Hizmetinin İfasında Gönüllü (Arızı) İşbirlikçilerin Uğradığı Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”. *Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*. ed. Süleyman Üstün vd. Ankara: Nobel, 2020, 73-129.

Çağlayan, Ramazan. *İdâre Hukûku Dersleri*. Ankara: Adalet, 10. Baskı, 2022.

Derdiman, R. Cengiz. “Kentleşmenin Suça Etkisi ve Kentlilerin Suçla Mücadelesinin Sosyal ve Hukuki Boyutları”. *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*. 19/3 (2010), 49-73.

Derdiman, R. Cengiz. *Polis Yönetimi ve Hukuku*. Ankara: Nobel, 3. Baskı, 2007.

Dilaveroğlu, Arzu. “Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi ve Ortak Üretim”. Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. 40/3 (2022), 587-604.

Duran, Lûtfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.

Dursun, Hasan- Dağcı, Adem. “İdari Trafik Suç ve Cezalarında Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *Yargıtay Dergisi* 48/2 (2022), 533-579.

Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM). “Fahri Trafik Müfettişliği Mobil Uygulama Rehberi”. <https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/01-Haberler/11-2019/FTM-MOBIL-UYGULAMA--BROSUR.pdf>, (Erişim 13 Ocak 2023).

Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM). “Karayolu Trafik Güvenliği Strateji Belgesi 2021-2030”. http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/01-Haberler/03-2021/2021_2030-Karayolu-Trafik-Guvenligi-Strateji-Belgesi.pdf, (Erişim 10 Ocak 2023).

Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM). “Trafik Başkanlığı”. <http://trafik.gov.tr/0255>, (Erişim 12 Ocak 2023).

Erkal, Atila. “İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2014), 183-215.

Eroğlu, Hamza. *İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi*. Ankara: Turhan, 5. Baskı, 1985.

Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin, 23. Baskı, 2021.

Gözübüyük, A. Şeref - Dinçer, Güven. *İdari Yargılama Usulü*. Ankara: Turhan, 2. Baskı, 2001.

Gülan, Aydın. “Kamu Hizmeti Kavramı”. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Prof. Dr. Lütfi Duran’a Özel Sayısı* 9/1-3 (1988), 147-159.

Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj, 10. Baskı, 2015.

Kağıtçıoğlu, Mutlu. *Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü: (2017 Değişikliği Öncesi ve Sonrası)*. Ankara: On İki Levha, 2019.

Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*. Ankara: Turhan, 3. Baskı, 2015.

Karahanoğulları, Onur. *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*. Ankara: Turhan, 3. Baskı, 2015.

Kıratlı, Metin. *Koruyucu Kamu Hizmetleri*. Ankara: TODAİE, 1973.

Mehlbaum, Shanna. “Politievrijwilligers: ‘Het werk een 10, de organisatie een 5’”. *Achtergronden en beleving van politievrijwilligers*. het Tijdschrift voor de Politie, jg.78/nr.2/16, 27-30.

Memiş, Emin. *Genel İdare Hukuku Notları*. İstanbul: Filiz, 2014.

Özay, İl Han. *Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)*. İstanbul: Filiz, 1986.

Özay, İl Han. *Günüşğında Yönetim*. İstanbul: Filiz, 1986.

Sancakdar, Oğuz vd. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin, 11. Baskı, 2022.

Tan, Turgut - Bayazıt, Bahar. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan, 10. Baskı, 2021.

Tekinsoy, Özge Okay. “Kolluk Faaliyetleri”. *İdare Hukuku*. ed. Turan Yıldırım. İstanbul: On İki Levha, 2020.

Tunçer, Polat. *İdare Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet, 2020.

Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin, 5. Baskı, 2022.

Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der, 2. Baskı, 2014.

Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta, 2010.

Yıldırım, Ramazan - Çınarlı, Serkan. *Türk İdâre Hukuku Dersleri Cilt 1*. Ankara: Adalet, 7. Baskı, 2021.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku Cilt 1*. Ankara: Yetkin, 2012.



Roma Hukukunda Birlikte Kusur Üzerine Bazı Düşünceler (*)

Some Thoughts on Contributory Negligence in Roman Law

Doç. Dr. Güzide Burcu GÜNVEREN**

Öz

Roma Hukukunda zarar görenin zararın meydana gelmesindeki kusurlu davranışı, kural olarak zarar verenin, zararı giderme yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Temelini "kendi kusuru ile zarara uğrayan, zarar görmüş sayılmaz" düşüncesinde bulan kural, "*compensatio culparum*: ihmallerin mahsubu" ilkesini de beraberinde getirmektedir. Günümüz hukukunda "birlikte kusur, müterafık kusur, zarar görenin kusuru" olarak ifade edilen kavramda yansımaları bulan *compensatio culparum* hem zarar verenin hem zarar görenin ihmalinin bulunması durumunda karşılıklı ihmallerin birbirini götürmesi esasına dayanır.

Günümüzde zarar görenin birlikte kusuru, zarar verenin tazminat yükümlülüğünü mutlak surette ortadan kaldıran bir sebep değildir. Bununla beraber Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1. fıkrası, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tazminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde birlikte kusurun uygulama alanına işaret etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Compensatio culparum, *Culpa*, Nedensellik Bağı, *Lex Aquilia*, Kusur

Abstract

As a rule in Roman law, a faulty behavior of a party suffering damage in the occurrence of a damage is accepted as a reason to eliminate the liability of the party causing damage to compensate the damage unless the offender acted with intent. This rule, which is based on the idea that "he who suffers a loss through his own fault is not considered damaged", brings along the principle of "*compensatio culparum*: exchange of negligence". *Compensatio culparum*, which is reflected in the concept expressed as "mutual fault, joint fault, fault of the damaged party" in today's law, is based on the principle of mutual negligence in case of negligence from both the party causing damage and the party suffering damage. Today, the

* Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 03.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 09.10.2023 DOI: 10.56701/shd.1321462

Makale Yayın Tarihi: 20.12.2023

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
gbdogan@marmara.edu.tr
0000-0001-5710-6541.

fault of a party suffering damage is not an absolute reason that removes the liability of the party causing it. Moreover, Article 52 in the Turkish Code of Obligations points out to the practice of mutual fault for determining the scope of the benefit obligation.

Key Words

Compensatio culparum, Culpa, Causal relation, Lex Aquilia, Negligence

GİRİŞ

Günümüzde olduğu üzere Roma Hukukunda da zarar gören kimsenin, zararın oluşumunda ya da zararın artmasında etkili olacak kusurlu davranışlar sergilemesinin, zarar verici fiili gerçekleştirenin sorumluluğuna etkisinin ne olacağı meselesi hukukçuları meşgul etmiştir. Roma Hukukunda bir zarar gerçekleşmişse, zedelenen menfaatin giderilmesi zararın tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşirdi¹. Esas itibarıyla zararı verenin veya zarar görenin “tek başına” zarara katlanması kuralı söz konusudur. Bununla beraber Roma Hukukunda menfaati zedeleyen olayın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun², zarar verenin kusuruna refakat etmesi, zararı verenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir husus olarak değerlendirilmiştir.

Roma Hukukunda zarar görene atfedebileceğimiz kusur, zarar verenin zarar verici fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmazdı. Ancak çalışmamızda yer verdiğimiz metinlerden de anlaşılacağı üzere, zararı meydana getiren olayda birlikte kusurun bulunması, zarar verene dava açılmasına engel olan bir etken olmaktadır. Bir başka ifadeyle zarar verenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Günümüzde ise birlikte kusur, somut olaya göre, zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran bir husustur. Buna göre, Türk hukukunda

¹ Roma Hukukunda başkasının malına verilen zararların (*damnum iniuria datum*) tazmin edilmesi hususundaki gelişmeler asıl olarak haksız fiillere ilişkin özel şartlara yer veren *lex Aquilia*'nın yürürlüğe girmesi ile kaydedilmiştir. Yasal düzenlemenin birinci bölümünde, hukuka aykırı olarak bir başkasının kölesini ya da *pecudes* grubu içinde yer alan hayvanını öldüren kişinin sorumluluğu düzenlenmişti. Üçüncü bölümde ise, yakmak, yıkmak veya bozmak suretiyle, hukuka aykırı olarak bir başkasının taşınır malına verilen zararlar düzenlenmişti. Birinci bölüm kapsamında bir zarar ortaya çıktığı zaman yaptırım, öldürülen kölenin ya da hayvanın o yıl içerisindeki en yüksek değerinin ödenmesiydi. Üçüncü bölüm kapsamında bir zarar ortaya çıktığı takdirde ise yaptırım, zarar verilen malın takip eden otuz içindeki değerinin zarar görene ödenmesi şeklindeydi. Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, (İstanbul: Der Yayınları, 1999), 49; Özlem Söğütlü Erişgin, *Haksız Fiil Benzerleri Quasi Delicta*, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002), 15; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983), 114-115.

² Roma Hukukunda sorumluluk konusu bakımından kusur (*culpa*) kavramı, oldukça önemli bir yere sahipti. Eğer borçlunun iradesi, bir borç ilişkisinden doğan borcun yerine getirilmesinden yana değilse, ya da yerine getirilmesini isteyecek kadar güçlü değilse, bu irade eksikliğine ya da irade bozukluğuna kusur denilmektedir. Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 30; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 48; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 33.

ortaya çıkan zararın tazmininde, zarar verenin ya da zarar görenin kusuru oranında bir hesaplama yapılarak, zararın tazmin edilmesi esası hakimdir. Bir başka ifadeyle günümüzde zarar, zarar veren ile zarar gören arasında, bu kimselerin davranışlarının zarara neden olması nispetinde paylaştırılması suretiyle giderilmektedir.

Roma Hukukunda birlikte kusur konusunun günümüzü etkilediği bir başka husus ise, zarar veren davranışı sergileyen kimsenin kastıdır³. Zarar veren kimsenin kasıt ile hareket etmesi hali, zarar birlikte kusura bağlı olarak ortaya çıksa bile, sorumluluktan kurtulmasına engel olurdu. Bir başka ifadeyle Roma Hukukunda, zarar verenin kastının bulunması, zarar görenin ihmalinin dikkate alınmamasına ve dolayısıyla birlikte kusur esasının uygulanmamasına neden olurdu. Günümüzde aynı esasın Roma Hukukundaki mutlak şekli ile uygulandığını ifade edemesek de zarar verenin kastının bulunduğu durumlarda, zarar görenin ihmali ile karşılaştırıldığında, ödeyeceği tazminat kapsamında indirim yapılmasına engel olduğu kesindir⁴.

Bu çalışmada Roma Hukukunda birlikte kusura ilişkin metinlerden yola çıkarak birlikte kusur kavramının ne olduğunu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Diğer yandan zarar görenin kusurunun, zararın giderilmesi noktasında sorumluluk hukukuna olan etkisini incelerken, bu konuda ortaya çıkan çeşitli görüşler değerlendirilmiştir.

I. KAVRAM VE BİRLİKTE KUSURA İLİŞKİN HUKUKİ METİNLER

Zarar gören tarafın, makul bir insandan beklenen bir davranışı sergilemeyerek zararın oluşumunda veya zararın artmasında etkili olmasına birlikte (müterafik; refakat eden) kusur ya da zarar görenin kusuru denilmektedir⁵. Asıl olarak zarar görenin kusuru, zarara uğramamak için menfaati icabı alması gereken tedbirleri almaması ya da somut olayda makul bir kimsenin

³ Kusur, ağırlık derecelerine göre kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kusurun derecesi olarak kasıt (*dolus*), bir kimsenin bilerek ve isteyerek haksız şekilde hareket etmesinde söz konusu olurken; ihmal (*culpa*), sonucun yerine getirilmesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinde söz konusu olurdu. Richard Honig, *Roma Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938), 230; Paul Koschaker (Kudret Ayiter), *Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1983), 193-194; Somer, *Zarar*, 49.

⁴ Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1994), 55. Örneğin, günümüzde de hırsız girmiş olduğu evin kapısının kilitlememiş olmasını indirim sebebi olarak ileri süremez. Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 265; Aynı hususta bkz. Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 305.

⁵ Birlikte kusur kavramı müşterek hukuktan gelmektedir. Müşterek hukuk döneminde kusurların mahsubu kuralı benimsenmiştir. Zararın meydana gelmesinde zarar görenin ve zarar verenin birlikte ihmal derecesinde kusurunun varlığı, davalının sorumluluğunu ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğünü de ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmiştir. Andreas von TUHR, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. 1-2, (Çev. EDEGE, C.), (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 98; Diler Tamer Güven, "Compensatio Culparum-Roma Hukukunda Birlikte Kusur" Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17/1-2, (1997), 252.

göstereceği özeni göstermediği için ortaya çıkmaktadır⁶. Zarar gören kimse, zararın meydana gelmemesi veya meydana gelen zararın artmaması için mevcut koşullarda makul bir kimsenin benimsemesi gereken hareket tarzını benimsemekten kaçınıyorsa⁷, o takdirde birlikte kusurun varlığından söz edilebilir.

Oldukça kaba bir tabirle zarar verici olayın meydana gelmesinde zarar görenin de kusurunun bulunması hali olarak ifade edebileceğimiz birlikte kusura örnekler vermek mümkündür⁸. Özellikle mağdurun vücut bütünlüğünün ihlali sonucu ortaya çıkan malvarlığı zararlarının bir başka ifadeyle bedensel zararların meydana gelmesine zarar görenin davranışının da etki etmesi şeklindeki birlikte kusuru gerek günümüzden Yargıtay kararları ile gerek Roma Hukukundan *Digesta* metinleri ile örneklemek mümkündür.

⁶ Klasik hukuk döneminde *dolus* ve *culpa*, kusurun ağır ve hafif halleri olarak düşünülüyordu. *Dolus*'un karşısında, *culpa* kasıtlı olmayan fiili ifade ediyordu. İkisi arasındaki fark ise *dolus* ile hareket eden failin, zarar verme istek ve niyetiyle hareket etmesiydi. *Culpa*'nın ağır ihmali (*culpa lata*) ve hafif ihmali (*culpa levis*) diye ikiye ayrılması ise *Iustinianus* hukukunda olmuştur. Bu ayrım çağdaş hukuk düzenlerinde de benimsenmiştir. Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 133; Rado, *Borçlar*, 39; Erdoğan, *Borçlar*, 36. Buna karşılık dikkatli ve özenli bir kimsenin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi anlamında hafif ihmali (*culpa levis*) belirlenmesi, özen yükümü (*diligentia*) aracılığıyla gerçekleştirilirdi. Rado, *Borçlar*, 33; Umur, *Roma Hukuku*, 211-212, 309; Erdoğan, *Borçlar*, 40; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 64; Savaş, Abdurrahman. "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi". İstanbul Hukuk Mecmuası 80 / 2 (Temmuz 2022), s. 561. Hafif ihmali (*culpa levis*) belirlenmesinde bazen özenli bir aile babasının davranışı (*diligens pater familias*) örnek alınarak soyut ölçü (*culpa in abstracto*) kullanılırken, bazen de borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) olarak somut ölçü (*culpa in concreto*) kullanılmaktaydı. Rado, *Borçlar*, 33; Umur, *Roma Hukuku*, 211 ve 309; Nilgün Dinçer Araz, N., "Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22/1, (2020), 184.

⁷ Roma Hukukunda sorumluluk ölçütlerine göre, bir kimsenin dikkatli ve özenli olduğundan bahsedebilmemiz için somut olayda dikkatli ve özenli olduğunu göstermesi aranmaktadır. Kişilik özellikleri anlamında dikkate ve özene sahip olması ya da bir olayda zararın oluşabileceğine ilişkin kaygı taşıması "*diligentia*" kapsamında değerlendirilemezdi. Dier Tamer Güven, *Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, (İstanbul: Der Yayınları 2001), 32; Söğütü Erişgin, *Contractus (Sözleşme) Kavramı*, 203.

⁸ Doktrinde atış talim alanı olduğu belirtilen ve dikenli telle çevrilmiş olan yere, uyarı levhaları ve tellere rağmen mantar toplamak için giren kimsenin, atışa maruz kalması ve yaralanması halinde hem zarar gören hem de zarar verenin birlikte kusurundan bahsedilmektedir. Bir başka örnekte kiracının, damın aktığını ve şiddetli yağmurda evi su bastığını bildirmesine rağmen; kiraya verenin, uzunca bir süre kayıtsız kalması nedeniyle kusurlu olduğunu ama bizzat tamir ettirme imkânı varken tamir ettirmeyerek eşyasının zarar görmesine neden olan kiracıyı da zararın artmasına vesile olduğu için birlikte kusurlu bulunmaktadır. Erdoğan, *Borçlar*, 40- 42. Doktrinden başka bir müellifin verdiği örnekte ise, temizleyiciye gönderilen gömlekte inci kol düğmelerinin bulunduğu söylenmediği ve bunların zarar görmesi nedeniyle alacaklının birlikte kusurlu olduğu ifade edilmektedir. Aynı müellifin verdiği diğer örnekte ise, yüzme dersleri alacak olan çocuğun ara sıra kalp krampları geçirdiğinin öğretmene söylenmemesi birlikte kusur olarak değerlendirilmektedir. Tahiroğlu, *Borçlar*, 65. Konuya ilişkin bir başka müellif ise şu örneği vermektedir: arkadaşına verdiği mektupta para olduğunu söylemeyen bir kimse, mektubun kaybolması halinde birlikte kusurludur. Rado, 34. Spor hukukundan verilebilecek güncel bir örnek ise şu şekildedir: "*judoda, kendisine kurallara aykırı olarak saldıran rakibinin bu hareketiyle yaralanan sporcunun, yaralanmayı önleyebilecek nitelikteki koruyucu giysileri spor kurallarına aykırı şekilde giymemesi, birlikte kusur oluşturur*" Şeref Ertaş (Hakan Petek), *Spor Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 312.

Örneklerin benzerliği açısından aşağıda yer alan ilgili Yargıtay kararı ve *Digesta* metni özellikle seçilerek arka arkaya verilmiştir:

Y. 4. HD 4.5.2010, E.2009/9087, K. 2010/5337⁹:

“...dava, haksız eylem nedeniyle yaralanmadan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur” ...“Davacı, ön dingili eski ve paslı olan traktörünü götürdüğü davalıya ait sıcak demir atölyesinde, davalının önlem almaksızın çekiçle vurarak dingilin civatalarını çıkardığı sırada, **cıvatan sığrayan demir parçasının gözüne değmesi nedeniyle sağ gözünde görme kaybı oluşacak** biçimde yaralandığını belirterek, tedavi gideri, geçici ve sürekli iş göremezlik zararı ile manevi tazminat istemiştir. Davalı ise, olayda kusuru bulunmadığını, davacının işinin hatır için yapıldığını ve davanın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Olayın gelişimi, davacının işinin yapıyor olması ve civatalar çıkarılırken **davacının da önlem almaksızın olay yerinde bulunarak** kusurlu davranmış olması gözetilerek, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44. maddeleri uyarınca, hesaplanan maddi ve belirlenen manevi tazminat tutarlarından uygun bir indirim yapılmalıdır. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, hiçbir indirim yapılmadan karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması...kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür” ...

D. 9.2.11 pr: “Item Mela scribit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello, in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: Et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere”.

D. 9.2.11 pr: *Mela*'nın yazdığına göre, birkaç kişi top oynarken, fazla sert vurulan top o esnada bir köleyi tıraş eden bir berberin eline çarparsa ve bu şekilde kölenin boğazı usturayla kesilirse; kusurlu olan taraf hangisiyse, *Lex Aquilia*'ya göre sorumlu olacaktır. *Proculus*'a göre, kusur berberindir ve şüphesiz, eğer ticaretini genellikle sportif faaliyetlerin gerçekleştirildiği ya da insanların devamlı olarak geçtiği bir alanda yapıyor idiye kusur ona isnat edilebilir. Diğer yandan kendini sandalyesini tehlikeli bir yere koyan bir berberin ellerine teslim edenin kendisinin de sorumlu tutulması gerektiğini söylemek yersiz olmaz.

⁹ Karar için bkz. www.legalbank.net. Erişim tarihi: 27.09.2023

Yargıtay'ın ilgili kararından anlaşılacağı üzere, traktörünü tamir ettirmek için götürdüğü atölyede, davalının önlem almadan vurduğu civatadan sıçrayan demir parçası, davacı zarar görenin gözünde görme kaybı meydana gelmesine yol açmıştır. İlk derece mahkemesi ortaya çıkan zararın giderilmesi hususunda sadece davalının kusurunu dikkate alarak, onun sorumluluğunun bulunduğuna hükmetmiştir. Zararın meydana gelmemesi için hiçbir önlem almadan olay yerinde bulunan davacının da zararın meydana gelmesinde davalıyla birlikte kusurlu olduğunu açıklayan Yargıtay ise söz konusu kararında birlikte kusur bulunduğu için zararın giderilmesi hususunda davacının kusurunu indirim sebebi olarak uygulamıştır.

Yukarıda bahsedilen kararda gerçekleşen olay, *Digesta* metninde tartışılan olayın bir benzeridir. Zira olayda, seyyar berberin köleyi oyun alanının kenarında tıraş etmesi ve topun berberin koluna isabet etmesi nedeniyle kölenin boğazı kesilmektedir. Berberin bir kimseyi tıraş etmek için uygun olmayan bir mekânda mesleğini icra etmesi, zararın meydana gelmesi bakımından ona kusur isnat edilmesi ve sonuç itibarıyla zararın giderilmesinde sorumluluğunun doğması için yeterli bir sebeptir. Bununla beraber metinde zarar verici olayın meydana gelmesinde, berberin uygun olmayan yerde kendisini tıraş etmesine müsaade edenin de kusuru olduğu ve zararın birlikte kusur ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Gerek Yargıtay kararındaki gerekçeden gerek Roma hukukunun en önemli bilgi kaynaklarından olan *Digesta* metninde dönemin hukukçularının yorumundan anlaşılan; zarar görenin, zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği tüm makul tedbirleri almasının kendisinden beklendiğidir. Bu beklentinin temel dayanağı ise gerek günümüz hukukunda gerek Roma Hukukunda dürüstlük kuralıdır. Zarar veren, zarar görenin zararını gidermekle yükümlüdür. Ancak zarar gören, zararının giderilmesine yönelik talebini gerçekleştirirken dürüst olmak zorundadır. Zarar gören, zarara uğramasına sebep olan olayın meydana gelmesine kendisi neden olmuşsa ya da meydana gelen zararın artmasına sebebiyet vermişse, bu zararların giderilmesini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Açıkladığımız üzere, Roma Hukukunda *Digesta* metinlerinde de “zarar görenin, zarar meydana geldikten sonra uğradığı zararı arttırmamak ve zarar verenin ödemesi gereken tazminat miktarını arttırmamak için kendisinden katlanması beklenebilecek makul tedbirleri alması ve bu hususta gerekli özeni göstermesi gerekliliği” hususundaki vurgu; günümüzde doktrinde “Zarar Görenin, Zararı Azaltma Külfeti”¹⁰ olarak değerlendirilmektedir.

¹⁰ Kemal Oğuzman (Turgut Öz), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021), 122; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 767; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2012), 139; Leyla Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti” (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 777.

Roma Hukukunda zarar görenin zararın meydana gelmesini ya da mevcut zararın artmasını önlemek için kendi menfaatinin gerektirdiği tedbirleri alması aksi takdirde bir talebinin bulunamayacağı açıkça ifade edilmiştir:

D.50.17.203:

“Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire”.

D.50.17.203:

Kendi kusuru ile zarara uğramış olan kimse, zarara uğramış kimse olarak anlaşılmaz.

D.50.17.203'teki ifadeyi destekleyen bir başka metin ise D.50.17.50'dir. D.50.17.50'deki ifadeden kendi menfaatine olanı gören, bilen ama gerekli tedbiri alarak önleme imkânı varken bunu yapmayan kusurlu olduğunu anlıyoruz:

D.50.17.50: *“Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest”.*

D.50.17.50: Bilen, fakat önleyemeyenin kusuru yoktur.

Zarar görenin, fiilin yapılışına bizzat kendisinin de katılması ya da mevcut zararın artmasına yardım ederek failin durumunu ağırlaştırması halinde, Türk hukukunda tazminattan indirim yapılması ya da tazminatın tamamen ortadan kaldırılması hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır¹¹. Roma Hukukunda ise birlikte kusurun varlığı halinde tazminat yükümlüğünün tamamen ortadan kaldırılması esası benimsenmiştir¹²:

D.16.2.10.pr: *“Si ambo socii parem negligentiam societati dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione negligentiae facta...”.*

D.16.2.10.pr: Ortaklar olarak ikimiz ortaklığa ilişkin olarak aynı ihmalle suçlu isek, kanun gereği gerçekleşen ihmallerin mahsubu ile birbirimize karşı sorumluluğumuzun sona erdiği söylenmelidir.

Anlaşılabacağı üzere Roma hukukuna göre zarar gören ve zarar verenin, sonucun meydana gelmesinde birlikte ihmal derecesinde kusurlu olması halinde, zararın tazminine gerek olmayacağı yönünde bir görüş hakimdir. İhmallerin mahsubu olarak ifade edilen *“compensatio*

¹¹ Tazminatın indirilmesi başlığını taşıyan TBK. md. 52/1: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir” demek suretiyle birlikte kusurun uygulamasına ve indirim sebebi ya da tamamen tazminat kaldırılması için bir neden olabileceğine işaret etmektedir.

¹² Andreas Bertalan Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, C.I, (Çev. Davran, B.), (İstanbul; İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943, 144-145; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 77; Erdoğan, *Borçlar*, s. 40; Somer, *Zarar*, s. 56; Topuz, *Maddi Zarar*, 244.

culparum” esas itibariyle, zararın tazmin edilmesi noktasında karşılıklı ihmallerin birbirinden mahsup edilmesi fikrine dayanmaktadır.

Bunun yanı sıra Roma Hukukunda birlikte kusurun mevcut olduğu olaylarda, zarar verenin kasıtlı davranışı, zarar görenin zararın meydana gelmesinde bir ihmali bulunsa bile, ihmalin dikkate alınmasını önlerdi bir başka deyişle zarar verenin kastı ile zarar görenin ihmali mahsup edilmezdi. Dolayısıyla zarar görenin birlikte kusuru bulunsa dahi, zarar verene kasıt isnat edilebilen olaylarda zarar verenin kastı sorumluluğunun ortadan kalkmasına bir engel teşkil ederdi. Bu konuda D.9.2.9.4 bizi aydınlatmaktadır.

D.9.2.9.4: “*Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: Sed si cum alii in campo iaculentur, servus per eum locum transierit, Aquiliae cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur*”.

D.9.2.9.4: “Cirit taliminde atılan cirit talim alanı dışındaki bir köleyi öldürürse *lex Aquilia* uygulanır. Eğer bir kişi talim alanında cirit attığı sırada bu alandan geçen bir köleyi öldürdüyse *lex Aquilia* uygulanmaz; çünkü köle zamansız talim alanından geçmemelidir. Ancak, ciriti ona kasten fırlatan kişi tabii ki *lex Aquilia*’dan sorumlu olur”¹³.

Metinde ifade edildiği üzere bir köle, ciritçilerin antrenman yaptıkları bir alandan geçerse, kölenin kusuru cirit atarak onun ölümüne neden olan kimsenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Zira köle, talim alanından geçerek zararlı sonucun meydana gelmesine yol açmaktadır. Antrenman alanında talim yapan cirit atıcısının herhangi bir kusuru yokken, tedbirli davranmayarak antrenman alanına giren köle kusurlu davranmaktadır. Eğer ki bu olayda cirit atan kasıtlı hareket etseydi ve talim alanından geçen kölenin ölümüne yol açsaydı, kölenin de kusurlu olmasına rağmen cirit atan kimse, kölenin ölümü nedeniyle sorumluluktan kurtulamazdı. Roma Hukukunda taraflardan birinin kasıtlı hareket ettiği olaylarda, zarar görenin ihmalinin bulunması nedeniyle birlikte kusur mevcut olsa bile, zarar verenin kastı zarar görenin ihmali ile mahsup edilmezdi. Bir başka ifadeyle, zarar verenin kasıtlı davranmış olması, “*compensatio culparum*: ihmallerin mahsubu” ilkesinin uygulanmasını engellerdi. Bu durumda makul bir çerçevede herkesin kaçınması gereken tehlikeden kaçınmayarak, talim alanından geçen köle ve kasıtlı hareket eden cirit atanın yarışan kusurlarının var olduğunu söylesek de zarar görenin kusurlu davranışına rağmen, zarar veren sorumluluktan

¹³ Metnin tercümesi için bkz. Somer, Zarar, 54.

kaçamayacaktır. Dolayısıyla Roma Hukukunda her halükârda, kastın, ağır ihmal karşısında dahi tek sorumluluk nedeni olacağı şüpheye yer vermeyecek şekilde hükme bağlanmıştı.

Birlikte kusura ilişkin bilgi sahibi olabildiğimiz bir başka metin ise bize aşağıda *Digesta* metninden tercümesine yer verdiğimiz tuzak davasını aktarır.

D. 9. 2. 28: “Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. 1. Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit: et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit”.

D. 9. 2. 28: Ayı ve geyik yakalamak amacıyla çukur kazan kişiler, böylesi bir çukuru kamusal alanda açılırsa ve içine bir şey düşerek zarar geldiyse, *lex Aquilia*'ya göre sorumludurlar, ancak bu çukurların kazılmalarının olağan olduğu başka bir yerde çukur açılırsa böylesi bir sorumluluk söz konusu olmaz. 1. Ancak bu dava yalnızca haklı durumlarda tanınır, yani, bir uyarı verilmemişse ve davacı tehlikeyi bilmiyorsa ya da öngöremeyecek durumdaysa; ve hakikaten, davacının davasının, tehlikeyi önleyebilecek olması dolayısıyla reddedildiği, bu türden pek çok dava ile karşılaşılır.

Bu metinde ayı ve geyik yakalamak için çukur açan kimsenin durumu anlatılmaktadır. Herkesin geçmesinin adetten olduğu yol kenarlarında çukur açarak tuzak kuranlar, bu çukurlara düşen ve zarar gören kimselerin zararını *lex Aquilia* gereğince karşılamakla yükümlüdür. Olağan karşılanamayacak bir alanda çukur kazılmış olması, oradan geçmekte olan herhangi bir kimsenin öngörebileceği bir durum değildir. Dolayısıyla böylesi alanlarda çukur kazılmasının önüne geçilmeye gayret edilmiştir. Ayrıca uyarıcı önlemler alınmasının da gerekliliği ifade edilmiştir. Çukur, olağan karşılanamayacak bir alanda açılmış ise ve uyarıcı bir önlem de alınmamışsa, çukur dolayısıyla bir zararın meydana gelmesi ihtimalinde, kusurlu olan çukuru kazan kimsedir. Ancak böyle çukurların açılmasının normal olduğu yerlerde bu olayın meydana gelmesi durumunda, çukuru açanın sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Zira avlanmak için çukur kazmanın olağan olduğu bir yerden geçmekte olan kişiden dikkatli olması beklenir. Dikkatli davranmak suretiyle zararın meydana gelmesini önlemek imkânı varken, zarar gören bunu yapmayarak kusurlu davranmıştır¹⁴. Tehlikeyi atlatabilecek durumda olup da gerekli önlemi almayarak yaralanan kişinin tazminat talebinde haklı olmayacağını ifade etmeliyiz.

¹⁴ WACKE, A., “Accidents In Sports And Games In Roman And Modern German Law”, *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, C. 42, S. 1, Butterworths 1979, s. 276.

Metinden de anlaşılacağı üzere, zarar görenin zarar doğuran olayın meydana gelmesindeki birlikte kusuru, tazminat borçlusunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum olmuştur.

Aynı esas *Iustinianus* döneminde de kabul edilmiştir¹⁵:

Iust. Inst. 4.3.4: “Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in campo eoque, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur: si alius tale quid admisit, culpa reus est. Idem iuris est de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit”.

Iust. Inst. 4.3.4: “Eğer bir kimse cirit talimi yaparken veya bu şekilde oynarken, oradan geçen köleye cirit saplanacak olursa, bakılır: Yani, eğer olay bu gibi talimlerin yapılması adet olan bir saha içerisinde bir asker tarafından yapılmışsa, hiçbir ihmâlinin olmadığı kabul edilir. Asker değilse, ihmâlinen sorumludur. Aynı durum, askerî talimlere tahsis edilen yer (eğitim alanı) dışında meydana gelmişse, askeri talim yapan için de sorumluluk esası kabul edilir”.

II. ZARAR GÖRENİN KUSURU HAKKINDA ORTAYA ATILAN GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. ZARAR GÖRENİN KUSURUNU BİRLİKTE KUSUR KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN GÖRÜŞ

Roma hukukuna ait metinlerden birlikte kusura ilişkin olanları değerlendirdiğimizde, zararın meydana gelmesi ya da artmasında zarar görenin de ihmâl derecesinde kusurunun olması durumunda, tazminat borcunun sorumlular arasında ne şekilde dağıtılacağı meselesinin günümüzdekinden farklı çözüldüğünü anlıyoruz. Öncelikle ifade edilmelidir ki, Roma Hukukunda zarar gören ya da zarar verenin “tek başına” zarara katlanması yönünde bir esas benimsenmişti. Ortaya çıkan zararın sorumlulara kusurları oranında paylaştırılmadığı, iki taraftan birinin (kusurun derecesi ağır olanın) zarara katlanması gerektiği yönündeki bu anlayış, “**ya hep ya hiç**” ilkesi olarak anılmaktadır¹⁶. Bu teori çerçevesinde birlikte kusura dayanarak ortaya çıkan zararın bir kısmının tazmin edilmesi mümkün değildi. Eğer zarar gören kendi kusuru ile zarara sebebiyet verdiyse sonuçlarına katlanmalıdır, meğerki zarar veren kasıtlı davranmış olsun. Dolayısıyla Roma Hukukunda birlikte kusur halinde, zarar gören ya da zarar verenden hangisinin kusurunun daha ağır bastığını söyleyemiyorsak, karşılıklı ihmallerin denkleştirilmesi suretiyle birbirinden mahsup edilmesi bir başka deyişle *compensatio culparum* ilkesi ile çözüm yoluna gidildiğini ifade etmek yanlış değildir. ZIMMERMANN, söz konusu

¹⁵ Çeviri için bkz. Iustinianus, *Institutiones*, Çev. Umur Z., (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968, 302-303.

¹⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Oxford: Oxford University Press, 1996), 1010 ve 1030.

durumu “*culpa culpam abolet*: ihmal, ihmali ortadan kaldırır” şeklinde bir deyişle ile kısaltmaktadır¹⁷.

Bununla beraber ifade etmeliyiz ki, bu görüş çerçevesinde Roma Hukukunda karşılıklı ihmallerin denkleştirilerek birbirinden mahsup edilmesi, zarar görenin zararına katlanmak zorunda kalması sonucunu doğurmaktadır.

B. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN NEDENSELLİK BAĞINI ORTADAN KALDIRDIĞINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Roma Hukukunda zarar görenin kusurunun bulunması halinde, zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasını, nedensellik bağının kopmasına dayanarak açıklayan bir görüş de mevcuttur¹⁸. Roma Hukukunda temel kural, ihmal gösteren kimsenin sebep olduğu zararlardan sorumlu olması ancak araya giren başka fiillerle, failin hareketinin sonuca ulaşması engellenmişse sorumluluktan kurtulmasıdır. Bu temel kuraldan hareketle PERNICE, mağdurun ihmalinin, zarar verenin kusuru ile zarar arasındaki nedensellik bağını kırdığını ifade etmektedir. Dolayısıyla müellife göre, tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkması aslında karşılıklı ihmallerin mahsubu esasına değil nedensellik bağının kopmasına dayanmaktadır. BUCKLAND/McNAIR de aynı görüştedir¹⁹. Bu görüş uyarınca zarar verenin tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkması, zarar görenin kusurundan ziyade zarar görenin fiilinin nedensellik bağını kopartmış olmasıdır. Dolayısıyla zarar verenin kusurlu davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağı koptuğu için zarar vereni zarardan sorumlu tutmak mümkün değildir.

Kanaatimizce araya giren fiiller, zarar gören mağdura ait ise ve zarar verenin hareketinin sonuca ulaşmasını engellemiş ise, nedensellik bağının ortadan kalktığına ilişkin teori, tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkmasını açıklamaya yeterli olabilirdi. Örneğin bir kimsenin bir köleyi kaza ile yaralamasında ihmali olduğunu varsayalım. Eğer kölenin sahibi, köleyi doktora götürmekle beraber tedaviyi ciddiye almadığı için köle ölmüşse, zarar görenin ihmalinin, zarar verenin kusurlu davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldırdığını söyleyebiliriz. Zira bu olayda köleyi öldüren, onu yaralayan değil, tedavisini ihmal eden yani

¹⁷ Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1030.

¹⁸ A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, s. 58-64 (naklen Güven, *Birlikte Kusur*, 253).

¹⁹ William Warwick Buckland (Arnold McNair), *Roman Law & Common Law*, (Cambridge: Cambridge University Press 1952), 370-371.

bizzat zarar görenin kendisi olan efendidir²⁰. Dolayısıyla zarar verenin, kölenin ölmesi nedeniyle meydana gelen zararı tazmin etme hususundaki sorumluluğunun ortadan kalkması, nedensellik bağının kopmasına bağlanabilir. Benzer şekilde doktora götürülen köleye, doktorun yanlış tedavi uygulaması neticesinde kölenin öldüğünü düşündüğümüz zaman, ölüm sebebiyle köleyi yaralayanın sorumlu olduğunu iddia edemeyiz. Son varsayımda üçüncü kişinin hareketi araya girerek nedensellik bağını kesmiştir. Ya da köle yaranın ıstırabına dayanamayarak intihar etse idi, şüphesiz ki köleyi yaralayan kölenin ölümü ile sorumlu tutulamazdı.

Bununla beraber nedensellik bağının koptuğuna ve bu nedenle zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalktığına ilişkin açıklama her somut olayda tatmin edici olmayabilir. Seyyar berber davasını aktaran metindeki meşhur olayı tekrar ele alacak olursak, berber daha dikkatli davranırsa ve uygun bir alanda mesleğini icra etseydi²¹, zarar doğuran olay gerçekleşmeyebilirdi. İhmal derecesinde kusurlu olan berber, kölenin yaralanmasına neden oldu²². Lakin bu kazanın gerçekleşmesinde, tedbirsiz berbere kendisini teslim etmek suretiyle tıraşa ikna olan kölenin de ihmal derecesinde kusurlu olduğunu göz ardı edemeyiz. Zira köle tedbirli davranarak kazanın meydana gelmesini önleyebilirdi. Bununla beraber kölenin ihmale dayanan davranışının, berberin zarar veren fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağını keseceğini ve buna dayanarak berberin sorumluluğunun ortadan kalkacağını iddia etmek oldukça zorlama bir yorum olacaktır. Bir başka anlatımla, zararlı sonucun doğabileceği öngörüsünden aciz biçimde, sandalyesini oyun alanının yanına koyan tedbirsiz berber karşısında; gerekli özeni göstererek zararın ortaya

²⁰ Ekonomisi tarıma dayanan Roma devleti için tarım hayatında kullanılan hayvanlar ve köleler özel bir önem taşırdı ve malvarlığının önemli bir kısmını teşkil ederdi. Dolayısıyla köle zarar gördüğünde esas itibarıyla zarar gören, malvarlığı azalan efendidir. Romalılar diğer mal ayrımlarını da bilmelerine rağmen, tarım ve hayvancılık bakımından kendileri için önem arz eden malları dikkate almak suretiyle *res mancipi- res nec mancipi* mal ayrımını kabul etmişlerdi. *Pecudes* denilen grup da yer alan hayvanlar ise, sürü halinde yaşayan, yününden, ürünlerinden ve tarımda hizmetlerinden yararlanan hayvanlardı. Köleler ve *pecudes* (dört ayaklı hayvanların) öldürülmesi neticesinde verilen zararın *Lex Aquilia*'da ayrı bir bölümde düzenlenmiş olması, Roma'nın başlangıçta bir tarım toplumu olmasıyla açıklanabilir. Özlem Söğütlü Erişgin (Fatma Tülay Karakaş), "Tarihsel Açından Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXIII/3 (2006), 161.

²¹ Roma toplumunda sosyo-ekonomik açıdan daha aşağı statüde yer alanlar açık havada seyyar berberlere tıraş olurlardı. Bununla beraber refah düzeyi yüksek kimseler için daha nezih ortamlarda tıraş olma imkânı mevcuttu. Jerome Carcopino, *Daily Life in Ancient Rome*, (Pelican: Yale University Press 1956), 175.

²² Bu olayda topa sert şekilde vuran oyuncunun kusurunu tartışmıyoruz. Zira Roma Hukukunda sportif faaliyetlerde kusurun saptanmasında, zarara sebep olan fiilin bu faaliyet için ayrılan alanda yapılıp yapılmadığı gözetilmiştir. Kadir Gürten "Roma Hukuku'nda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Yaralanmalar ve Ölümler Nedeniyle Hukuki Sorumluluk", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4/1 (2014), 179. D. 9. 2. 9. 4'teki gibi metinde de bahsedildiği üzere, cirit atanın, bu faaliyete ayrılan yerde antrenman yapması da ona kusur isnat edilmesine engel olmakta ve sorumluluğunun doğmasını önlemektedir. Oyunlar sebebiyle meydana gelen üçüncü kişi yaralanmaları karşısında Romalı hukukçuların yaklaşımını oldukça somut bir şekilde tespit etmek mümkündür. Meşhur seyyar berber olayını aktaran D. 9.2.11 pr.'da da metnin sonuna doğru, oyunun sportif faaliyetlere ayrılan yerde yapıldığı ifade edilmektedir. WACKE de, kural olarak normal seyrinde devam eden sportif faaliyetler esnasında, yayalar veya seyircilerin yaralanması durumunda, bu yaralanmanın kendilerinden kaynaklanması halinde, oyuncuların sorumlu tutulamayacağını açıklar. Wacke, s. 278.

çıkmasına engel olabilecek son kişinin köle olduğu, bu bağlamda kölenin tedbirsizliğinin, berberin fiili ile sonuç arasındaki nedensellik bağını keser nitelikte olduğu akla gelebilir²³. Kanaatimizce somut olayda bu zorlama yorum, zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kopardığı teorisine uydurulmak suretiyle zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalktığına ilişkin zemin bulma çabasıdır. Bu meşhur metinde, kölenin kendisini olası bir zarardan koru(ya)maması, zararı veren berberin hareketinin sonuca ulaşmasına engel olmamıştır. Bu sebeple nedensellik bağını kopartacak yoğunlukta değildir. Zira zarar görenin kusurlu davranışının, uygun nedenselliği kesmiş sayılabilmesi için davranışın ağırlığı, zarar verenin fiilini uzak bir sebep kılacak ölçüde olmalıdır. Bunun için zarar görenin davranışının, zararın münhasır nedeni olması gerekir. Nitekim günümüzde de mağdurun birlikte kusuru, zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasını haklı kılabileceği kabul edilmektedir²⁴. Zira ancak bu durumda zarar verenin sorumluluğu için gerekli olan, fiille zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmadığı veya kesildiği söylenebilir.

C. ZARAR GÖRENİN KUSURLU DAVRANIŞINI “ÜSTLENİLEN RİSK” TEORİSİNE GÖRE AÇIKLAYAN GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu konudaki bir başka görüş²⁵ ise somut olayda üstlenilen risk kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğidir. Yine meşhur dava üzerinden açıklamalarımıza devam edeceğiz. İleri sürülen bu görüş uyarınca, seyyar berberin üstelik tehlike doğabilecek bir alanda hizmet vermesine rağmen, kölenin bu tehlikeyi göze alarak hizmetten yararlanmaya yönelik davranışı, riski üstlenmesi sonucunu doğurmalıdır. Bir başka ifadeyle, riskli bir faaliyette bulunan kimselerin, bu faaliyetin sonucuna katlanması gerekir ve berbere ya da köleye kusur isnat etmek mümkün değildir. Bu durumda birlikte kusurdan da bahsedilemez.

Kanaatimizce bu görüş çerçevesinde, zarar görenin bilinçli olarak tehlike yaratacak faaliyete katılması ve ondan korunması mümkün iken korunmaması, meydana gelebilecek zararlı sonuca ilişkin adeta “zımnî bir rıza” olarak görülmüştür. Bir başka ifadeyle tehlikeli bir faaliyete katılan ve zarar görme tehlikesi bulunan biri, henüz zarar doğmadan önce sırf faaliyete katılmış olmak

²³ Ne Pernice ne Buckland/Mcnaire nedensellik bağının kesildiğine ilişkin teori ile berber davasını ele alarak herhangi bir açıklama yapmıştır. Lakin Zimmermann, bu teoriyi savunanların, “kölenin gerekli özeni göstermediği için berberin davranışı ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağını kestğini” düşündüklerini ifade etmiştir. Zimmermann, 1012.

²⁴ Baysal, Birlikte Kusur, 139; Eren, Borçlar Hukuku, 84-85; Oğuzman, Borçlar Hukuku, 124; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 568.

²⁵ Zimmermann, 1013.

nedeniyle, sorumluluk hukukunun ona sağlayabileceği tazminat talebinden önceden ve zımnen vazgeçmiş sayılır.

Bununla beraber bizim görüşümüze göre zarar verici faaliyete katılmış olmak, zarar görenin rızası bulunduğu için tek başına zarara katlanmasının adil olduğunu söylemeye ve bu sonuca varmaya yeterli değildir. Bu sonuca varmak için mevcut olayda ölüm tehlikesi, köle tarafından somut olarak öngörülmüş olmalı ve buna ilişkin önlemler bilinçli bir şekilde alınmamış olmalıdır. Aslında mesele, bu noktada tehlikeyi bilinçli olarak göze alan zarar görenin iradesine nasıl sonuç bağlayacağımız ile alakalıdır. Bu meşhur davada, kölenin ustura ile boğazının kesilmesi tehlikesini somut olarak düşünmesine rağmen önlem almamış olduğunu söyleyebilmemiz olasılık dahilinde değildir. Bir başka deyişle kölenin zımni rızasından ziyade “*kendi menfaatini korumak için gerekli özeni göstermemek*” olarak belirlenebilecek kusurundan bahsetmek hakkaniyete uygundur. Aksi halde “zımni bir rızadan” bahsetmek suretiyle zarar görenin sorumluluğunu ağırlaştırmış oluruz. Ayrıca bu görüşe göre sadece tehlikeli bir faaliyete katılmış olan, “*kendi menfaatini korumak*” mecburiyetine aykırı davrandığı için kusurlu sayılacaktır. Bu anlayış, “kölenin riskli bir faaliyete katıldığı için bu şekilde yaralanma olayına hazır olması” gerektiğinden bahisle berbere savunma imkânı sağlar. Üstelik bir şekilde bu savunma, hukuk tarafından desteklenmiş olur. Oysa çevirisine de yer verdiğimiz hukuki metinlerden (özellikle D.9.2.28’den) anlaşılacağı üzere, Roma Hukukunda zarar görenin kusuru, “*kendi menfaatini korumamak*” biçimindeki davranışından değil; “*kendi menfaatini korumak için gerekli özeni göstermemek*” biçimindeki davranışından doğmaktadır.

Ayrıca kanaatimizce “zımni rıza bulunduğu için riskin üstlenilmesi gerektiğine ilişkin” görüş Roma Hukukunda hukuka uygunluk nedeni oluşturan mağdurun rızası hakkındaki bilgilerimize de ters düşmektedir. “Mağdurun rızası” genel olarak esas itibariyle oyuncu yaralanma ve ölümlerinden kaynaklanan sorumluluk konusunda karşımıza çıkmaktadır.

D. 47. 10. 1. 5: “... *quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*”

D. 47. 10. 1. 5: ... zarara uğrayanın rızasının olduğu yerde, *iniuria* yoktur.

Yukarıda yer verdiğimiz metnin tamamı, kişilik haklarına yönelik bir saldırıyı ele almaktadır. Ancak çalışmamızı ilgilendiren kadarıyla yer verdiğimiz metinden açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, zarara uğrayan kimsenin rızası *iniuria*²⁶’yı ortadan kaldırmaktadır. Roma Hukukunda

²⁶ En geniş anlamı ile her türlü hukuka aykırılık halini karşılayan “*iniuria*”, XII Levha Kanunlarında, kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik hafif nitelikteki saldırıları ifade edilecek şekilde kullanılmıştır. Zamanla, *praetor* uygulamalarının da etkisi ile kapsamı genişleyerek kişiliğe yönelik her türlü saldırıyı karşılamak üzere kullanılır hale gelmiştir. Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniuria*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“*volenti non fit iniuria*: kabul edene haksızlık yapılmış olmaz”²⁷ özdeyişi ile ifade edildiği üzere zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsurdur.

Muhtemel yaralanma ve hatta ölüm olaylarının sıkça görüldüğü dolayısıyla zarar görme riskinin en bariz olduğu spor müsabakalarına²⁸ katılanların rızasına yüklenen hukuki anlamı ortaya koyan metin de bizi destekler niteliktedir:

D. 9. 2. 7. 4. : “*Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.*”²⁹

D. 9. 2. 7. 4.: Resmi olarak düzenlenen bir güreş maçında ya da *pankratio*'da ya da iki boksör arasındaki müsabakada biri diğerini öldürürse, *lex Aquilia* uygulanmaz, çünkü zararın, yaralamak maksadıyla değil, saygınlık ve cesaret uğruna gerçekleştiği gözetilmek zorundadır. Bu durum, köle açısından geçerli değildir, zira yalnızca özgür kişiler müsabakalara katılabilir; ancak bir *filii familias* yaralandığı zaman uygulanır. Tabii ki, biri, pes ederek yarışmadan çekilen birini yaralarsa, *lex Aquilia* uygulanır, ya da biri, bir köleyi, yarışma dışında öldürürse, sahibinin rızası ile olmadığı sürece, *lex Aquilia* uygulanır: zira o takdirde *lex Aquilia* uygulanmayacaktır.

Yayınları, 1969), 116; Max Kaser, *Roman Private Law* (Çev. Rolf Dannenbring), (Durban, 1965), 215. Bu metinde genel anlamı ile değil, *ius civile*'nin tanıdığı dört haksız fiilden birini ifade etmektedir.

²⁷ Özdeyiş için bkz. Belgin Erdoğmuş, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük*, (İstanbul: Der Yayıncılık 2004), 136. “*volenti non fit iniuria*” kapsamında hukuka aykırılık için bkz. Seldağ Güneş Peschke, “The Reflection of Volenti Non Fit Iniuria in Personality Rights in Modern Laws”, *Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual*, (Koordinatör: Fernando Reinoso Barbero), (Madrid 2014), 875 ve ayrıca Duygu Tahan Orhan, *Roma Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk ve Türk Hukukuna Yansımaları*, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık 2019), 53.

²⁸ Günümüzdeki kadar çeşitli eğlence ve iletişim araçlarına sahip olmayan Romalılar için eğlence demek *ludus* ya da *munus* olarak adlandırılan ve tiyatro gösterilerini, gladyatör dövüşlerini, oyunları, sportif faaliyetleri içeren ve çeşitli eğlence unsurlarına yayılmış geniş bir yelpazeyi ifade ederdi. Bu eğlencelerin halk tarafından büyük bir hevesle karşılanması zamanla *ludus* ve *munus*'un geniş kitleleri etkilemek için kullanılmasını da beraberinde getirdi. Zira bu eğlenceleri düzenlemek ile görevli *magistralar*, çoğunlukla kendi bütçelerinden karşılamak suretiyle kamu menfaatini önceliğine almış bir devlet görevlisi izlenimi ile şöhret ve siyasi güç elde ediyorlardı. Alison Futrell, *The Roman Games Historical Sources in Translation*, (Malden: Wiley Blackwell Publishing 2010), 10. Zamanla kamu görevine gelmek için müsabakalar ve oyunlar düzenlemek adeta bir gelenek haline aldı. Daha ziyade seçim dönemi öncesine denk getirilen bu eğlencelerde, dağıtılan farklı rüşvet araçları da Roma toplumunda seçim yolsuzluklarının anılmasını gündeme getirmişti. Bir adayın, rüşvet vererek seçimlerin sonucunu etkilemek için girişimde bulunduğu politik yolsuzluk suçunu ifade eden “*ambitus*” ve bu suçla mücadele etme yöntemleri için bkz. Pervin Somer “Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*” *Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23/3 (2017), 33.

²⁹ Metnin çevirisi için bkz. Tahan Orhan, 55.

Volenti non fit iniuria ilkesinin uygulama bakımından kendisine zemin bulduğu bu tehlikeli sporlarda, zarar görenin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu açıklanmaktadır. Bununla beraber, zarar verici faaliyete katılan kimsenin bu tarz oyunlarda zarar görme ve hatta ölme ihtimalini “somut ve açık olarak öngörebildiğini” ifade etmeliyiz³⁰. Riski öngören ve üstlenen zarar gören, söz konusu zarar için faili sorumlu tutamaz. Ancak rızanın hukuka uygun olması için üstlenilen riskli durumun önceden öngörülebilir olmasına rağmen, zarar görenin kendi menfaatine aykırı olan bu durumdan kaçınmama yönünde tercih göstermesi aranmaktadır. Öyle ki bahsedilen müsabakalara katılan bir köle olduğu takdirde, kölenin sahibinin (zarar görenin) açık rızasının bulunması aranmıştır. Oysa seyyar berber-köle davasında, kölenin sahibinin tehlikeye ilişkin “somut ve belirgin bir öngörüsünden” bahsetmek de buna ilişkin açık bir rızadan bahsetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla birlikte kusur ilkesi yerine üstlenilen risk kapsamında zarar görenin tek başına zarara katlanması gerektiğine ilişkin görüşe katılmamaktayız.

D. KANAATİMİZ

Çalışmamızda konuya ilişkin farklı görüşleri değerlendirirken yaptığımız açıklamalar vesilesi ile de anlaşılacağı üzere, zarar görenin zararın meydana gelmesindeki davranışını birlikte kusur olarak kabul eden görüşü benimsemekteyiz. Kanaatimizce seyyar berber-köle davasında berberin tazminata ilişkin sorumluluğunun ortadan kalkması, karşılıklı ihmallerin bulunması ve özellikle gerekli tedbiri alarak önleme imkânı varken bunu yapmayan kölenin (dolayısıyla malvarlığı zararı doğan kölenin sahibinin) zarara katlanmasının Roma hukukçuları tarafından daha adil bulunmasıdır. Biz bu meşhur davada, karşılıklı ihmallerin mahsup edilmek suretiyle berberin zararı tazmin etme yükümlülüğünün ortadan kalktığını düşünmekteyiz. Bu somut olayda *compensatio culparum* ilkesinin uygulanması nedeniyle zarara katlanmak zorunda kalan, kölenin sahibi olmuştur.

Asıl itibarıyla *culpa*'nın ölçülerine değinen D.9.2.31'i incelediğimiz zaman da birlikte kusura ilişkin yukarıda paylaştığımız çıkarıma ulaşmamız mümkündür:

D.9.2.31: “Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse,

³⁰ Zira metin içinde bahsedilen oyun ve sportif faaliyetler, o dönemde şiddet temeline dayanan ve ölümcül sonuçların faaliyetin gereği gibi düşünülmediği etkinliklerdi. *Pankratio*, Roma stili boks olarak anılan ve rakibi nakavt etme esasına dayanan, rakiplerin daha çabuk sonuca ulaşmak için yumruklarına delici ve yaralayıcı metal parçacıklarla besledikleri deri kayışları sardıkları bir dövüş oyunuydu. Wacke, 281 ve 282.

quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiaturum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit”.

D.9.2.31: Eğer ağaç budayan bir dalı aşağıya atar ve aşağıdan geçmekte olan bir köleyi öldürürse, aynı şey iskelede çalışan işçi için de geçerlidir, ağaç dalı kamuya ait bir yola düşmüşse ve bağırarak uyarmak suretiyle kazayı önleyebileceksen bağırmasaydı, kazadan sorumludur. Lakin Mucius, kaza özel bir arazide meydana geldiyse, ihmalden dolayı dava açılabilirliğini söyler. Ona göre ihmal, özenli bir kimsenin öngörebileceğini öngörememe ve tehlikenin önlenmesi mümkün olmayacak kadar geç olduğunda uyarmaktır. Aynı muhakeme ile ölenin kamusal ya da özel araziden yoluna devam edip etmediği çok da önemli değildir, zira halk sık sık özel araziden geçer. Eğer başka bir yol yoksa, zarar vereni kastından dolayı sorumlu tutmak gerekir çünkü geçmekte olduğunu gördüğü kimsenin üzerine bir şey atmamalıdır ama diğer yandan o yerden birinin geçmekte olduğunu tahmin edemediği zaman ihmalden dolayı sorumlu tutulamaz.

Metinde herhangi bir kimsenin geçmesinin adetten olduğu bir yola bir şey düşüren kimsenin, sebebiyet verdiği zarardan sorumlu olup olmayacağı ve kusurun hangi ölçüsünün ona isnat edilebileceği tartışılmaktadır. Ağaç budayan ya da iskelede çalışan kimse, kamuya ait bir yola bir şey düşürdüğü takdirde oradan geçmekte olan birinin yaralanabileceğini öngörmeli; gerekirse bağırarak suretiyle zararın meydana gelmesini önlemek adına elinden geleni yapmalıdır. Yapmasaydı, bu zarardan sorumludur. Aslında bu ihtimalde zarar verenin sorumluluğu ağır ihmal ölçüsündedir. Hele ki *Iustinianus* döneminde ağır ihmali, kasta eşit tutulduğunu (“*culpa lata dolo aequipatur*: ağır ihmal, kasta eşittir”) göz önünde bulundurursak, zarar verenin sorumlu tutulmasını anlamak daha kolay olacaktır³¹. Zira “ağaç budandığını ya da iskele kurulduğunu gördüğü alana yakın geçmemeliydi” demek suretiyle zarar görene de kusur atfetsek bile, zarar görenin kamuya açık bir alanda böylesi bir çalışma yapılması nedeniyle tehlikeye maruz kalabileceğini öngörmesinin daha zor olacağını ve

³¹ Aynı yönde bir başka örnek ve açıklama için bkz. Erdoğan, Borçlar Hukuku, 41. Bu bağlamda *Iustinianus* döneminde birlikte kusur nedeniyle ortaya çıkan karşılıklı ihmallerin mahsubunun ancak hafif ihmallerin mahsup edilmesiyle suretiyle yapıldığını belirtebiliriz. Zira Klasik hukuk döneminde *dolus* ve *culpa*, kusurun ağır ve hafif halleri olarak düşünülüyordu. *Dolus*’un karşısında, *culpa* kasıtlı olmayan fiili ifade ediyordu. İkisi arasındaki fark ise *dolus* ile hareket eden failin, zarar verme isteği ve niyetiyle hareket etmesiydi. *Culpa*’nın ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) diye ikiye ayrılması ise *Iustinianus* hukukunda olmuştur. Tamer, *Culpa in Eligendo*, s. 30, Savaş, s. 549.

sorumluluğunun zarar verene kıyasla daha sınırlı olması gerektiğini ifade etmeliyiz. Nitekim Roma hukukçuları da aynı esasları gözeterek zarar verenin sorumlu olduğunu tespit etmişlerdir. Zarar verici kusurlu davranışının ölçüsü daha ağır olan, zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Metne göre aynı kazanın, kimi zaman bazı kimselerin kullandığı özel bir yolda gerçekleşmesi ve failin bağırarak suretiyle gerekli önlemi almaması, yine ihmal ile kusurlu olmasına yol açardı zira özel bir alandan gelip geçmekte olan bir kişinin de zarar görebileceğini öngörmelidir. Bir başka deyişle yoldan geçmekte olan kimse, iskele kurulan ya da ağaç budanan yerden uzak kalmadığı ve dolayısıyla gerekli tedbiri almadığı için ihmal derecesinde sorumlu olsa bile, tehlike doğurabilecek şeyi düşürenin özel bir alanda da olsa bağırarak suretiyle uyarıda bulunması gerekirdi. Dolayısıyla zarar veren uyarmadığı veya geç uyardığı için ihmal derecesinde kusurlu bir davranış sergilemiştir. Her ne kadar metin içinde değerlendirmesine yer verilmemiş olsa da bu ihtimal, birlikte kusur nedeniyle *compensatio culparum* ilkesinin uygulanacağı ve zarar verenin sorumluluktan kurtulacağı bir örnektir.

Metinde tehlike doğuran eşyanın düştüğü yoldan başka bir yolun bulunmaması ve insanların o yolu kullanmak zorunda olması, failin mutlaka bağırarak uyarı yapmasını gerektiren aksi halde kasıttan dolayı sorumluluğunun doğacağı bir durum olarak ifade edilmiştir. Bununla beraber metne göre, budayıcının budama yaptığı ya da işçinin çalıştığı alan kimsenin geçme ihtimalinin olmadığı bir yol ise ve düşmekte olan şeyin tehlike doğuracağını öngörmediği için bağırmanın ama zarar doğmuşsa; zarar vereni ihmal ile davrandığı için sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu metinde aslında zarar verenin, yoldan geçmekte olan bir kimsenin bulunabileceğini öngörmemesi ve bağırarak suretiyle tehlikeyi önlememesi (ya da geç bağırması) ona ihmal derecesinde kusur atfedilmesine neden olmaktadır. Son ihtimalde (yoldan kimsenin geçme ihtimali yok ve bu nedenle zarar veren tehlike doğabileceğini öngörmüyorsa), zarar verene ihmal derecesinde bile kusur isnat etmek mümkün görünmemektedir.

Özetle Roma Hukukunda zarar gören ya da zarar verenin “tek başına” zarara katlanması yönünde bir esas benimsendiği düşünmekteyiz. Bu anlayış nizam harici usule (*cognitio extra ordinem*)³² kadar ancak “...iudex... condemnato, si non paret absolvito...: Ey

³² Nizam Harici Usul ya da Sistem Dışı Yargılama: Roma usul hukuku alanında MS. 342 yılından *Iustinianus* döneminin sonuna kadar uygulanmış olan yargılama sistemidir. Özel yargılama sisteminin yerine başka bir yargılama sistemine geçiş, o dönemde sosyo-ekonomik ve siyasi koşulların etkileri sonucunda gerçekleşmişti. Bu dönemde dava tek bir aşamada ve imparator tarafından atanan, hiyerarşik açıdan ona bağlı ve devlet memuru olan hâkim tarafından görülürdü. Yargılamanın yapıldığı yerler artık açık alanlar değildi. Kapalı salonlarda yapılan yargılamada hâkimin beyanı ve uyuşmazlığın taraflarının beyanları yazılı olarak saptanırdı. Ziya Umur, *Roma Hukuku - Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi*, (İstanbul: İstanbul

hakim...mahkum et. Sabit olmazsa beraat ettir” şeklinde hazırlanabilen *formula*³³ örnekleri ve Roma usul hukuku esaslarının gelenekleri ile de örtüşmektedir. Zira Roma usul hukukunda post klasik devre kadar mahkûmiyet davacının iddiasının bir kısmı üzerinde cereyan edemezdi³⁴.

Roma Hukukunda birlikte kusur halinde, zarar gören ya da zarar verenden hangisinin kusurunun daha ağır bastığını söyleyemiyorsak, karşılıklı ihmallerin denkleştirilmesi suretiyle birbirinden mahsup edilmesi bir başka deyişle *compensatio culparum* ilkesi ile çözüm yoluna gidildiğini bir kez daha ifade etmek isteriz. Bununla beraber zarar doğuran olayın meydana gelmesinde taraflardan birinin kusurunun daha ağır olduğunu tespit edebiliyorsak, o zaman *compensatio culparum* ilkesine başvurmaya gerek olmazdı.

SONUÇ

Günümüzde olduğu gibi Roma Hukukunda zarar veren bir olayın meydana gelmesinde zarar veren kimsenin kusurlu davranışı kadar zarar gören kimsenin de kusurlu davranışı etkili olabilirdi. Zararın meydana gelmesinde her iki tarafın da kusurunun bulunduğu bu gibi durumlarda “birlikte kusur” halinin varlığı kabul edilmişti.

Roma Hukukunda birlikte kusur halini münhasıran açıklayan metinler olmasa da kusur ve özellikle *lex Aquilia*'ya ilişkin metinlerden konu ile ilgili bilgi sahibi olmamız mümkündür. Çalışmamızda çevirilerine yer verdiğimiz söz konusu metinleri incelediğimizde, birlikte kusur halinin var olduğunu kabul edebilmemiz için zarar gören kimsenin kusurunun, “zararın meydana gelmemesi için mevcut koşullarda makul bir kimsenin benimsemesi gereken hareket tarzını benimsemekten kaçınması” şeklinde dolayısıyla ihmal derecesinde kendini göstermesi gerektiğini anlamaktayız. Diğer yandan zarar veren olayın ortaya çıkmasında her ne kadar zarar görenin kusurlu davranışının etkisi olsa da zarar verenin kasıt ile hareket etmesi, zarar görenin ihmalinin dikkate alınmamasına yol açardı. Bir başka deyişle Roma Hukukunda her halükârda, kastın, ağır ihmal karşısında dahi tek sorumluluk nedeni olacağı şüpheye yer vermeyecek şekilde hükme bağlanmıştı.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 631-633; Nadi Günel, *Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık 2007), 34-35.

³³ *Legis actiones* (kanuni davalar) usulünde, kanunun öngörmediği bir dava açılmazken, kanunun verdiği bir dava da *magistra* tarafından durdurulamazdı. Davanın nasıl yürütüleceğine ilişkin hâkime talimat veren ve *praetor*'un yazdığı belge niteliğindeki *formula* ile *legis actiones* usulünün sakıncaları giderilmeye çalışılmıştı. *Praetor*'lar bir yıl için yapılan beyannamelerinde ihtiyaca uygun olan *formula*'ları teklif ve ilan ederlerdi. Her dava için ayrı *formula* hazırlanırdı. Bülent Tahiroğlu (Belgin Erdoğan), *Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku*, (İstanbul: Der Yayıncılık 2021), 236-237.

³⁴ Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, 255.

Diğer yandan Roma’da çok uzun yüzyıllar boyunca usul hukuku esaslarının da etkisi ile esas itibariyle bir zarar ortaya çıktığında zararı verenin veya zarar görenin “tek başına” zarara katlanması kuralı söz konusuydu. Dolayısıyla zararın ortaya çıkmasında etkili olan sorumlulara kusurları oranında taksim yapılmadığını ifade etmeliyiz. Zira sorumlulardan kusuru ağır basanın zararı karşılaması gerektiği anlayışı hakimdi. Bu esas çerçevesinde birlikte kusurun zarara sebebiyet verdiği hallerde, ortaya çıkan zararın bir kısmının tazmin edilmesi de mümkün değildi. Dolayısıyla Roma Hukukunda birlikte kusur halinde, zarar gören ya da zarar verenden hangisinin kusurunun daha ağır bastığını söyleyemiyorsak, karşılıklı ihmallerin denkleştirilmesi suretiyle birbirinden mahsup edilmesi bir başka deyişle *compensatio culparum* ilkesi ile çözüm yoluna gidilmişti. Bununla beraber ifade etmeliyiz ki, bu ilke çerçevesinde Roma Hukukunda karşılıklı ihmallerin denkleştirilerek birbirinden mahsup edilmesi, zarar görenin zararına katlanmak zorunda kalması sonucunu doğururdu.

Anlaşılabacağı üzere Roma Hukukunda zararı meydana getiren olayda birlikte kusurun bulunması, zarar verene dava açılmasına engel olan, bir başka ifadeyle zarar verenin sorumluluğu ortadan kaldıran bir durumdu. Günümüzde ise birlikte kusur, somut olaya göre, zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran bir unsurdur. Zira Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, ortaya çıkan zararın tazmininde, zarar verenin ya da zarar görenin kusuru oranında bir hesaplama yapılarak, zararın tazmin edilmesi esası hakimdir. Bir başka ifadeyle günümüzde zarar, zarar veren ile zarar gören arasında, davranışlarının zarara neden olması nispetinde paylaşılması suretiyle giderilmektedir. Dolayısıyla birlikte kusurun, kusurlu davranışları ile zararın doğumuna neden olanların sorumluluklarını ne şekilde etkileyeceği hususu Roma Hukukundan farklı tanzim edilmiş olsa da birlikte kusur kavramını ve bu kavrama nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği hususunda bilgilerimizi Roma hukukuna borçluyuz.

KAYNAKÇA

Alison, Futrell. *The Roman Games Historical Sources in Translation*. Malden: Wiley Blackwell Publishing 2010.

Baysal, Başak. *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2012.

Buckland, William Warwick (Arnold McNair). *Roman Law & Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press 1952.

Carcopino, Jerome. *Daily Life in Ancient Rome*. Pelican: Yale University Press 1956.

Dinçer Araz, Nilgün. “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22/1, (2020) 171-218.

Erdoğan Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2019.

Erdoğan Belgin. *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*. İstanbul: Der Yayıncılık 2004.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Erişgin, Özlem Söğütü, (Fatma Tülay Karakaş). “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXIII/3 (2006), 157-183.

Ertaş, Şeref- Petek, Hakan. *Spor Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Günel, Nadi. *Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*. Ankara: Yetkin Yayıncılık 2007.

Güneş Peschke, Seldağ. “The Reflection of Volenti Non Fit Iniuria in Personality Rights in Modern Laws”. Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual, (Koordinatör: Fernando Reinoso Barbero), Madrid, 2014, 869-876.

Gürten, Kadir. “Roma Hukuku’nda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Yaralanmalar ve Ölümler Nedeniyle Hukuki Sorumluluk”. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1 (2014), 175-186.

Honig, Richard. *Roma Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938.

Kaser, Max. *Roman Private Law* (Çev. Rolf Dannenbring). Durban, 1965.

Koschaker, Paul- Ayiter, Kudret. *Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.

Kurt, Leyla Müjde. “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64(3) (2015), 775-814.

Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.

Oğuzman, Kemal- Öz, Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021.

Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Savaş, Abdurrahman. "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi". İstanbul Hukuk Mecmuası 80 / 2 (Temmuz 2022): 537-582.

Schwarz, Andreas Bertalan. *Borçlar Hukuku Dersleri*, C.I, (Çev. Davran, B.). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943.

Somer, Pervin. *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*. İstanbul: Der Yayıncılık, 2008.

Somer, Pervin. "Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*". Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23/3 (2017), 33-54.

Söğütlü Erişgin, Özlem. *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Tahan Orhan, Duygu. *Roma Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk ve Türk Hukukuna Yansımaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları 2020.

Tahiroğlu, Bülent. *Roma Hukukunda Iniuria*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

Tamer Güven, Diler. "Compensatio Culparum-Roma Hukukunda Birlikte Kusur", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17/1-2 (1997), 251-260.

Tamer Güven, Diler. *Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. İstanbul: Der Yayınları, 2001.

Tiftik, Mustafa. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.

Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

von TUHR, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2* (Çev. EDEGE, C.). Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku -Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.

Wacke, Andreas, “Accidents In Sports And Games In Roman And Modern German Law”, *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, C. 42, S. 1, Butterworths, 1979.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*.
Oxford: Oxford University Press, 1996.

The Digest of Iustinian, çev. Watson, A. (Latince metin: Mommsenn, T./Krüger, P.),
Pennsylvania 1985.

The Institutes of Gaius, çev. Gordon, W.M./ Robinson, O.F. (Latince metin: Seckel/Kruger)
New York 1988.



İşten Çıkış Kodunun Önemi ve Düzeltilmesi (*)

The Importance and Correction of The Job Exit Code

Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM**

Öz

İşten çıkış kodu, iş yargılamasında birçok açıdan önem taşır. Zira iş mahkemelerine intikal eden uyuşmazlıklarda işten çıkış kodunun, iş sözleşmesinin fesih nedeni ile uyumlu olması ya da olmaması, farklı sonuçlara yol açar. İşten çıkış kodu ile çelişen bir beyanda bulunması, işveren açısından olumsuzdur. Ancak işten çıkış kodunu yanlış gösterilmesi, aksi ispat edilemeyen bir durum da değildir. İşveren, Sosyal Güvenlik Kurumuna, işten ayrılış bildirgesinin verildiği tarihten itibaren on günlük süre içerisinde başvurmak sureti ile işten ayrılış bildirgesini düzeltebileceği gibi iptal de edebilir. İşkolu ve sigortalının adresi ise her zaman değiştirilebilir. Düzeltme işlemi, aylık prim ve hizmet belgesi ile uyumlu olmalı, şüphe veya tereddüt uyandırmamalıdır. Bildirgenin düzeltilmesi için işçinin tek başına başvurması mümkün değildir. İşçi, ancak işverenle birlikte başvurabilir. İşten ayrılış bildireleri, on günlük süre geçtikten sonra Türkiye İş Kurumu sistemine aktarıldığından, bu durumda düzeltme başvurusunun da bu kuruma yapılması gerekir. İşçi, Sosyal Güvenlik Kurumuna tek başına başvuru yapamazken Türkiye İş Kurumuna başvurabilir. İşçi tarafından işten çıkış kodunun düzeltilmesi için işverene karşı dava açılması da mümkündür.

Anahtar Kelimeler

İşten Ayrılış Bildirgesi, İşten Çıkış Kodu, İşsizlik Ödeneği, Sosyal Güvenlik Kurumu, Türkiye İş Kurumu.

Abstract

The job exit code is important in many ways in labor law judgment. Whether the job exit code is compatible with the reason for termination of the employment contract or not, in disputes submitted to the labor courts, leads to different results. Making a statement that contradicts the job exit code is negative for the employer. However, displaying the job exit code incorrectly is not something that cannot be proven otherwise. The employer may correct or cancel the dismissal declaration by applying to the Social Security Institution within ten days

* Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 21.08.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.11.2023 DOI: 10.56701/shd.1347485

Makale Yayın Tarihi: 20.12.2023

** Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Konya-Türkiye.

E-posta: bmulayim@erbakan.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5472-8414

from the date of the dismissal declaration. The branch of activity and the address of the insurance holder can be changed at any time. The correction process should be compatible with the monthly contribution and service document, besides should not raise doubts or hesitation. It is not possible for the employee to apply alone for the correction of the termination notice. The employee can only apply together with the employer. Since the dismissal declaration transferred to the system of the Turkish Employment Agency after the ten-day period has passed, in this case, the application for correction must also be made to this institution. While the employee cannot apply the Social Security Institution alone, but can apply to the Turkish Employment Agency. It is also possible for the employee to file a lawsuit against the employer for the correction of the job exit code.

Keywords

Dismissal Declaration, The Job Exit Code, Unemployment Benefit, Social Security Institution, Turkish Employment Agency.

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun¹ 92. maddesinde kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olmasının zorunlu olduğu, sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümlerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir.² Bu doğrultuda işverenler, Kanunun 8/1. maddesi gereğince Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, çalışmaya başlamadan, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) bildirmekle yükümlüdür.³ Ancak inşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalıların en geç çalışmaya başlatıldığı gün, yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile SGK'na ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalıların çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar, Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa⁴ göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanların çalışmaya

¹ Resmî Gazete 26200 (16 Haziran 2006).

² "5510 sayılı Yasanın 92. maddesinde, "Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir." hükmü öngörülmüş olup; 506 sayılı Yasanın 6. maddesinde de benzer düzenleme yer almakta olup, sigortalı olmak, kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilemez ve kaçınılamaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü meydana getirmektedir.", Y.11.HD. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi), K. 2022/11839 (05 Ekim 2022).

³ 01.08.2009 tarihinden sonra işyeri tescili yapılan kayıtlar elektronik ortamda Çalışma Genel Müdürlüğüne gönderilmesi öngörülmüştür. Sigortalı işe giriş bildirgesi ile sigortalı işten ayrılış bildirgesi, e-Sigorta yoluyla verilecektir. Konu hakkında bkz. Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Sigortalı Tescil ve Hizmet Daire Başkanlığı 2009/121 sayılı Genelge (SGK 2009/121 sayılı Genelge, Sosyal Güvenlik Kurumu (2009). Ayrıca "E-Sigorta" projesi süreci hakkında bkz. Müjdat Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2017), 157-158.

⁴ Resmî Gazete 23810 (8 Eylül 1999).

başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde, SGK'na sigortalı işe giriş bildirgesi verilmesi halinde, sigortalılık başlangıcından önce bildirilmiş sayılır.

Sigortalılığın başlangıcı kadar sona ermesi de işveren açısından, SGK'na bildirim yapılması gereken bir yükümlülüktür. Kanunun 9/3. maddesi gereğince iş sözleşmesi sona eren sigortalı hakkında işten ayrılmasını takip eden on günlük süre içerisinde işveren tarafından işten ayrılış bildirgesi düzenlenmelidir. Aynı husus, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin⁵ 25. maddesinde de düzenlenmiştir. Bildirgede, işten çıkış kodu da yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında işten ayrılış bildirgesinin açıklamalar bölümünde yer alan işten ayrılış ve eksik gün nedenlerine ilişkin kodları belirlemeye ve bu kodlarda değişiklik yapmaya SGK'nun yetkili olduğu düzenlenmiştir. İşveren, sigortalının iş sözleşmesinin fesih nedenini gösteren, işten çıkış kodlarından birini seçmek sureti ile işten ayrılış bildirgesi ile bildirmelidir. Bu süre, işe giriş bildirimleri değişik sürelerle tabi olan çalışanlar açısından farklılık göstermemektedir.⁶

İşçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda, işten çıkış kodu önem taşır. 4447 sayılı Kanun kapsamında işsizlik ödeneği almak için de işten ayrılış bildirgesinde işveren tarafından gösterilen işten çıkış kodu belirleyicidir. Bu doğrultuda çalışmamızda öncelikle işten ayrılış bildirgesi, sonrasında ise işten ayrılış bildirgesinin başvuru ve dava yolu ile düzeltilmesi konuları incelenmektedir.

I. İŞTEN AYRILIŞ BİLDİRGESİ

A. GENEL OLARAK

5510 sayılı Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalının sigortalılığı, iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarı ile sona erer.⁷ Ancak bu durum, tüm sigorta kolları için geçerli değildir. Analık ve hastalık sigortası bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır.⁸ Maddenin ikinci fıkrası gereğince hastalık ve analık sigortasında, ilgili kanunlar gereğince ücretsiz izinli olunması, işçinin greve katılması ya da işveren tarafından lokavt uygulanması durumlarında, bu durumların sona ermesini, diğer durumlarda ise iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden onuncu günden itibaren yitirilmiş kabul edilir. Hastalık ve analık sigortasında sigortalılığı sona erecek kişinin bu sigorta kollarından sağlanacak haklardan bir süre daha yararlanabilmesi için sigortalılığın sona ermesi farklı düzenlenmiştir.⁹

⁵ Resmî Gazete 27579 (12 Mayıs 2010).

⁶ Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 132.

⁷ 5510 sayılı Kanunun Ek 5. maddesi ile 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalıların sigortalılıklarının sona ermesi hakkında bkz. Baki Oğuz Mülayim, *Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 234-238. 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalıların sigortalılıklarının sona ermesi hakkında ayrıca Ali Güzel vd., *Sosyal Güvenlik Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 170.

⁸ Ali Güzel vd., *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 169.

⁹ Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 95. 3. B., Ankara 2022, 95.

İşten ayrılış bildirgesi, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 25. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁰ İş sözleşmesi sona eren sigortalı için işten ayrılmasını takip eden on günlük süre içerisinde işverenleri tarafından SGK'na bildirim yapılmalıdır. Bildirimin, elektronik ortamda yapılması gerekir.¹¹ Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılardan, naklen ve iş sözleşmesi sona ermeden, aynı işverenin aynı ya da başka üniteye tescil edilmiş diğer bir işyerinde çalışmak üzere işten ayrılanlar için veya işyerinin aynı il içinde başka bir ünitenin görev bölgesine nakledilmesi halinde eski işyeri numarası üzerinden, yasal süresi dışında verilen sigortalı işten ayrılış bildirgesi, maddenin ikinci fıkrası gereğince süresinde verilmiş sayılır. Bu durumda idari para cezası uygulanmamaktadır.¹²

Ayrıca işverenlerin, SGK'na ilk defa işyeri bildirgesi verdikleri işyerlerinde, sigortalı çalıştırmaya başladıkları tarihi takip eden bir ay içinde çalışmaya başlamış olan sigortalıların iş sözleşmesi sona erebilir. Bu durumda söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihi takip eden onuncu güne kadar verilen işten ayrılış bildireleri, maddenin sekizinci fıkrası gereğince süresinde verilmiş sayılır.¹³

İşe iade davasında işten ayrılış bildirgesi verilmesi gereken durumlar, Yönetmeliğin 25/7. maddesinde düzenlenmiştir. İş mahkemeleri ya da özel hakem tarafından işe iadeye karar verilmesi sonrasında kesinleşen kararın tebliğinden itibaren işverenin işçiyi işe başlatmayabilir. Bu durumda işçinin işe başlamak için işverene yaptığı başvuruya ilişkin tebligatın yapıldığı ayı,

¹⁰ "SGK'ya sigortalı olarak bildirilen işçilerin işten ayrılmaları halinde, sigortalı çıkışlarının yapılması için 10 gün içinde Sigortalı İşten Ayrılma Bildirgesi verme uygulaması ve zorunluluğu 5510 sayılı Kanunun 9 uncu maddesine istinaden 1 Ekim 2008 tarihinde başlamış olup, 506 sayılı Kanun döneminde işten ayrılan sigortalıların işten çıkış tarihlerinin sadece prim belgesinde gösterilmesi yeterli oluyordu.", İş ve Sosyal Güvenlik (İSG), "Sigortalı İşten Ayrılış Bildirgesi ile İlgili Özellikli Durumlar", (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023).

¹¹ "2004 yılı Mayıs ayına prim belgesiyle ilgili olarak 2004 Haziran ayında başlayan uygulama sekiz (dahil) ve daha fazla sigortalı çalıştırılan işyerleri için zorunlu, bir ila yedi arasında sigortalı çalıştırılan işyerleri için ise isteğe bağlı şekilde başlatılmıştı. Daha sonra çalışan sayısına bakılmaksızın tüm işyerleri zorunluluk kapsamına alındı. Aynı şekilde tekrar sigortalı işe giriş bildirgesinin 01.11.2008 tarihinden itibaren, sigortalı ilk işe giriş bildirgesini ise 01.12.2008 tarihinden itibaren internet üzerinden verilmesi zorunluluğu getirildi.", Esmen Dilli, "SGK'ya İnternette Verilmesi Zorunlu Olan Belgeler", *Isvesoyalgüvenlik.com* (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023). Ayrıca 7020 sayılı Kanunun 16. maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 88. maddesine 23. fıkra olarak düzenleme gereğince çıkarılan 24.09.2021 tarihli ve 31608 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik ile 01.10.2021 tarihinden önce 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştırmaya başlayıp Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 01.10.2021 tarihi ve sonrasında sigortalı çalıştırmaya devam eden, 01.10.2021 tarihinden sonra ilk defa 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (e) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştırmaya başlayan, gerçek veya tüzel kişi işverenler ile tüzel kişiliği olmayan işverenler, elektronik tebligat adresi almak ve elektronik sistemi kullanmak zorundadır. Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligat İşlemleri 2021/38 sayılı Genelge (SGK 2021/38 sayılı Genelge), Sosyal Güvenlik Kurumu (2021), 1.

¹² Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalılık İşlemleri 2013-11 sayılı Genelge (SGK 2013-11 sayılı Genelge), Sosyal Güvenlik Kurumu (2013), 71.

¹³ "Yönetmelik ile getirilen bu yeni düzenlemeye bağlı olarak işten ayrılış bildirgesi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenlere idari para cezası uygulanması da söz konusu olmaktadır. Belirtmeliyiz ki, yönetmeliğin dayanağını oluşturan 5510 sayılı Kanunda böyle bir yükümlülüğün bahsedilmediği gibi bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumuna bağlı olarak idari para cezası uygulanacağına dair de herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Dolayısıyla kanunda olmayan bir yükümlülüğün yönetmelikle düzenlenmesi ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde idari para cezası uygulanması açıkça kanuna aykırıdır.", Murat Özdamar - Erden Çakar, "Sosyal Güvenlik Kurumuna Yasal Süresi Dışında Verilmesine Rağmen İdari Para Cezasına Konu Edilmeyecek Bildirimler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20/1 (2014), 907.

takip eden ayın sonuna kadar verilen işten ayrılış bildirgesi, süresi içerisinde düzenlenmiş sayılır.¹⁴ Zira işçi başvurusu sonrası işe başlatılmadığında, iş mahkemesi ya da özel hakem kararında hükmedilen boşta geçen sürenin eklenmesi ile işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği tarih belirleneceğinden, bu durumda da işten ayrılış bildirgesi verilmesi gerekmektedir.¹⁵ Ancak kesinleşen kararın tebliğinden itibaren yasal süre içerisinde başvurulmadığında ya da işçi tarafından başvuru yapılması üzerine işverenin işçiyi işe başlaması için davet etmesi, ancak işçinin işe başlamaması durumunda işten ayrılış bildirgesi düzenlenmez.¹⁶

Yarım çalışma ödeneği alınan süreler, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak sayılır. Yarım çalışma ödeneği alanlar için işe giriş ve çıkışlarında bildirge düzenlenmez.¹⁷

Sigortalı, işyerinden ayrılmakla beraber, işten ayrılış bildirgesi verilmesi için öngörülen on gün olan süre sona ermeden, yine aynı işyerinde çalışması durumunda, işçi ile işveren anlaşmak sureti ile iş sözleşmesinin kesintisiz devamını sağlayabilir. Böyle bir durumda işveren tarafından o ay, otuz gün üzerinden gösterilebileceği gibi işçi rıza gösterdiğinde, eksik gün bildirim de yapılabilir. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi sonrasında tarafların anlaşmak sureti ile iş sözleşmesini kesintisiz devam ettirmesi halinin, SGK tarafından bilinmesi mümkün değildir. Ancak “*Sigortalılık İşlemleri*” konulu 2013-11 sayılı Genelgede, sigortalının işyerinden ayrılmakla beraber, işyeri çıkış bildirgesi verilmesi için öngörülen on günlük süre geçmeden yine aynı işyerinde çalışması durumunda da işyeri çıkış bildirgesinin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹⁸

İşten ayrılış bildirgesinin derhal verilmesi gereken bir hal, sigortalının malullük veya yaşlılık aylığı almak için başvuru yapacak olmasıdır. Bu durumda işten ayrılan sigortalılara ilişkin ayrılış bildirgesinin, yasal sürenin sona ermesi beklenilmeksizin düzenlenmesi gerekir. Aynı durum, çalışmakta iken ölen sigortalılar için de geçerlidir.¹⁹ Zira bu hallerde sigorta çıkışı yapılmamış işçilere, yaşlılık ya da malullük aylığı bağlanması mümkün değildir.²⁰

¹⁴ “*Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nde (SSİY) değişiklik yapılan 21.08.2013 tarihinden önce işe iadesine karar verilen sigortalının işe başlatılmaması halinde işe başlatmayan işveren tarafından işten ayrılış bildirgesinin verileceğine dair herhangi bir düzenleme mevcut değildi. 01.08.2013 tarihinde SSİY’nin 25. maddesine eklenen (7). fıkra ile bu düzenleme yapılmıştır*”, Murat Özdamar-Erden Çakar, “İşe İade Davasının İşçi Tarafından Kazanılması Durumunda SGK’ya Yapılacak Bildirimler Nelerdir?”, *Mali Çözüm Dergisi*, (Kasım-Aralık 2013), 197-206, 199.

¹⁵ Ömer Ekmekçi-Murat Ceyhan, “İş Hukuku, Sosyal Güvenlik ve Vergi Mevzuatı Açısından İşe İade Davaları”, *Mali Çözüm Dergisi* (Mayıs Haziran 2017), 255.

¹⁶ Mehmet Emre Diken, “Kesinleşen İşe İade Kararları Sonrasında İşveren SGK Uygulamaları”, *Mali Çözüm Dergisi* (Ocak Şubat 2018), 280.

¹⁷ Ö. Hakan Çavuş, “Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Gebe ve Anne Sigortalılara Yönelik Düzenlemeler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 1 (2021), 82; Saim Ocak, “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, *İş ve Hayat Dergisi*, 3/5 (2017), 223. Konu hakkında bkz. SGK 2013-11 sayılı Genelge, 18-19, 51.

¹⁸ SGK 2013-11 sayılı Genelge, 72.

¹⁹ SGK 2013-11 sayılı Genelge, 74.

²⁰ İşverenler, kamuoyunda “*emeklilikte yaşa takılanlar*” olarak ifade edilen 7438 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair–Kanun kapsamındakiler de işten çıkış işlemlerinde normal emeklilik prosedürü izlenecektir. İşten çıkarmada “8” numaralı

İşyeri bildirgesinin geç verilmesi veya verilmemesi durumlarında, idari para cezası uygulanmamasına ilişkin özel bir istisnaya, 5510 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Ancak genel istisna sayılan hallerde, işyeri bildirgesinin kanunda belirtilen süre dışında verilmesi halinde idari para cezası uygulanmaması söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda işten ayrılış bildirgesinin verilmesi gereken yasal sürenin son gününün resmi tatile rastlaması halinde bildirme, resmi tatili izleyen ilk iş günü içinde SGK'na verilebilir. Bu durumda bildirme, öngörülen sürede düzenlenmiş kabul edilir. Konu hakkında, ayrı bir düzenleme, 5510 sayılı Kanunda yer almamakta ise de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²¹ 93. maddesinde öngörülen düzenleme geçerlidir.²²

5510 sayılı Kanunun 102. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi gereğince Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre sigortalılığı sona erenlere ilişkin bildirim, süresi içinde ya da SGK tarafından belirlenen şekle ve usule uygun olarak yapmayanlar ile SGK tarafından internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyenler hakkında, bir takvim ayında işlenen bu fiillerden dolayı tutmakla yükümlü bulunan defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle verilmesi gereken ceza tutarını aşmamak kaydıyla, her bir sigortalı için asgari ücretin onda biri tutarında idari para cezasının uygulanması öngörülmektedir.²³ Ancak devlet memurları ile diğer kamu görevlileri bakımından herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.²⁴

5510 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde, Kanunun 8., 9. ve 11. maddelerine göre işverence SGK'na yapılan bildirimlerin, 4447 sayılı Kanunun 48. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanununun²⁵ 3. maddesi hükümleri gereğince Bakanlık, ilgili Bölge Müdürlüklerine ve Türkiye İş Kurumuna (İŞKUR) yapılması gereken bildirimlerin yerine geçmesi düzenlenmiştir. Bu doğrultuda maddenin yürürlük tarihi olan 01.08.2009 tarihi sonrasında SGK'na yapılan bildirimler yeterli

kod kullanılacaktır. İşçinin işten ayrılış bildiriminin "8" koduyla yapılması ve aynı gün işçinin tahsis talebinde bulunması halinde ertesi gün yeniden sosyal güvenlik destek primine tabi bildirim yapılarak işçi aralıksız çalıştırılmaya devam edilebilecektir. İşçinin emekli aylığı da talebi takip eden ayın başından başlatılacaktır. Konu hakkında bkz. Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalılık İşlemleri 2023/13 sayılı Genelge (SGK. 2023-13 sayılı Genelge), Sosyal Güvenlik Kurumu (2023).

²¹ *Resmî Gazete* 27836 (4 Şubat 2011).

²² Özdamar - Erden, " *İdari Para Cezasına Konu Edilmeyecek Bildirimler* ", 900.

²³ Bu düzenleme, 08.03.2012 sayılı ve 28227 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6283 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılmış olup öncesinde (j) bendi, "(*Ek: 18/2/2009-5838/4 md.*) 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre sigortalılığı sona erenlere ilişkin bildirim ile 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinde yer alan sandıklara, sandık iştirakçiliğinin başlama veya sona ermesine ilişkin bildirim, süresi içinde ya da Kurumca belirlenen şekle ve usule uygun olarak yapmayanlar veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyenler hakkında, her bir sigortalı veya sandık iştirakçisi için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır.", şeklinde idi.

²⁴ Tankut Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2021), 137. Bu durumun haksız bir ayırım olduğu ve emeklilik açısından hizmet tespitinde zorluklara yol açtığı hakkında bkz. Akın Şimşek, "Sigortalılığın Sona Ermesi ve Bildirimi", *Vergi Raporu Dergisi* (Ocak 2015), 109. 104-109, 109.

²⁵ *Resmî Gazete* 25134 (10 Haziran 2003).

olup, ayrıca İŞKUR'a bildirim yapılması gerekmez.²⁶ Düzenleme sonrasında, SGK'na yapılması gereken bildirim yükümlülüğünün önemi daha da artmıştır.²⁷

B. İŞTEN ÇIKIŞ KODU

1. Tanımı

İşten çıkış kodu, sigortalının iş sözleşmesine son verilmesine yönelik gerekçenin, SGK'na bildirilmesidir. İşveren, işten ayrılış bildirgesi ile SGK tarafından belirlenen işten çıkış kodlarından birini, 4857 sayılı Kanun ve işsizlik ödeneği almak için gerekli koşullarını düzenleyen 4447 sayılı Kanuna uygun olarak seçmek sureti ile yapar.²⁸

İşten çıkış kodunun gerçeğe uygun bildirimi, işçi ve işverenler açısından önem taşır. Zira tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesi hususunda, işten çıkış kodunun gerçeğe uygun bildirilmesi önem arz eder. İşçi, işveren tarafın bildirimi yapılan kodu, e-Devlet sistemi üzerinden öğrenebilir. Ancak bunun için işverenin, bu bildirimi, işten ayrılış bildirgesi ile yapmış olması gerekmektedir.

İşten çıkış kodları, 2013-11 sayılı SGK Genelgesi 1. kısım 6. bölümünde yer alan “2.1- İşten ayrılış nedeni” alt başlığındaki işten ayrılış nedenleri tablosunda yer almaktadır. İşten çıkış kodları, kırk dokuz adet olup, 42 ila 50. kodlar, 2021-9 sayılı Genelge²⁹ ile eklenmiştir. 2021-9 sayılı Genelge ile işçinin ahlaka ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışından dolayı iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine ilişkin 29 nolu kod, çıkış kodları arasından çıkarılmıştır.³⁰ Yapılan değişiklik ile işverenin işçinin işten çıkarılış nedenini daha net bir şekilde görebilmesi sağlanmıştır.³¹

²⁶ Güzel vd., Sosyal Güvenlik Hukuku, 715; Hasan Gerek Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 4 (2011), 54. s.43-58, 54.

²⁷ Murat Göktaş, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Müeyyidesi Ağır Bir İşveren Yükümlülüğü: İşe Giriş ve İşten Ayrılış Bildirgesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, 98 (2010), 205.

²⁸ İşten çıkış kodları için bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), “İşten Ayrılış Nedenleri” (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023).

²⁹ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalılık İşlemleri 2021/9 sayılı Genelge (SGK 2021/9 sayılı Genelge), Sosyal Güvenlik Kurumu (2019), 1.

³⁰ Bu duruma gerekçe olarak Sosyal Güvenlik Kurumu basın açıklamasında, “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller görevin kasten ve sürekli ihmali, mazeretsiz işe gelmemek gibi maddelerin yanı sıra cinsel taciz, küfür, hırsızlık, uyuşturucu madde kullanmak gibi halleri de içermektedir. Bu hallerin tamamında iş akdinin feshi durumunda işten ayrılış işlemlerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimleri “29 nolu kod” üzerinden yapılmaktadır. Birbirinden farklı fesih nedenlerinin tamamının aynı kod (Kod-29) ile bildirimlerinin çalışma hayatında belirsizliklere yol açtığına görülmüşü üzerine SGK genelgesinde yapılan değişiklik ile ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerin tamamı için ayrı ayrı kodlar belirlenmiştir. Böylelikle mazeretsiz devamsızlık hali ile hırsızlık gibi birbirinden farklı fesih sebeplerinin farklı bildirim kodları ile yapılması sağlanarak, olası sorunların önüne geçilecektir.”, hususları ifade edilmiştir. İlgili basın açıklaması için bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), “Kod 29 ile İlgili Basın Duyurusu” (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023).

³¹ Devrim Aydın, “İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m.25/II) Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2 (2023), 141.

2. İşten Çıkış Kodunun Önemi

İşten çıkış kodu, iş yargılamasında önem taşır. İşten ayrılış bildirgesinin, dava dosyasında bulunması gerekir. Uyuşmazlık durumunda mahkemeler, anılan bildirgenin, Kurumdan temin edilmesine karar verilmektedir.³²

İşten ayrılış bildirgesi ile gösterilen işten çıkış kodunun, iş sözleşmesinin fesih nedenini teyit etmesi gerekir.³³ Göstermiş olduğu işten çıkış kodu ile bağdaşmayan bir fesih nedeni ileri sürmesi, işverenin aleyhine bir durum teşkil eder.³⁴ İşten çıkış kodunun, işverenin savunması ve belgeleri ile çelişmemesi gerekir.³⁵ İşveren, yargılama aşamasında, öncesinde göstermiş olduğu işten çıkış kodu ile çelişkili beyanlarda bulunduğu, bildirmede gösterilen kod bağlamında, feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilir.³⁶ İşten çıkış kodunun, işveren tarafından ileri sürülen fesih nedeninin yanı sıra, tanık beyanları ile de uyumlu olması gerekmektedir.³⁷

³² “Davalı şirketin Türkiye genelinde aynı işkolundaki 2014 yılı Kasım-Aralık ayı dönem bordroları ile davacının 31.12.2014 tarihli işten ayrılış bildirgesi SGK’ndan temin edilip eklendikten sonra tekrar Dairemize gönderilmesi için dosyanın mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 28.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, Y.7.HD. (Yargıtay 7. Hukuk Dairesi), K.2016/1804 (28 Ocak 2016).

³³ “Bununla birlikte hizmet cetveline göre 2010 yılı Nisan ayında 20 gün üzerinden SGK primi yatırılan, Mayıs ve Haziran aylarında kuruma bildirilen sigortalı çalışması bulunmayan davacının 14.06.2010 tarihinde kuruma verilen işten ayrılış bildirgesi ile 07.06.2010 tarihi itibarı ile işyerinden çıkışının yapıldığı, işten ayrılış nedeninin “kod 22” ile gösterildiği görülmüştür. SGK İşten Çıkış Kodlarına göre “kod 22” “diğer nedenler” anlamına gelmekte olup davalı işverenin devamsızlık savunmasını teyit etmemektedir.”, YHGK. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu), K. 2017/1318 (08 Ocak 2017).

³⁴ “Somut olayda, davacının alt işveren şirketler nezdinde asıl işveren davalı ... elemanı olarak 24/09/2009-31/12/2013 tarihleri arasında zincirleme iş sözleşmeleri ile çalıştığı ve 31/12/2013 tarihinde işten çıkışının “05” kodu (belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi) olarak bildirildiği ve hizmet döküm cetvelinde yeni bir işe giriş bildirim yapılmamış olduğu görülmüştür. Yargılama esnasında dinlenen davacı tanıklarının feshe ilişkin bilgileri olmadığı ancak ...’ nun firmalar değişirken hangi işçinin işe devam edeceğini, hangi işçinin çıkarılacağını oradaki SGK yetkilileri karar veriyordu şeklinde beyanda bulunduğu, davalı tanıklarının ise davacının maaşını az bulduğundan işten ayrıldığını beyan ettikleri görülmüştür. Dosya içerisine istifa dilekçesi sunulmadığı gibi davalılar tarafından istifa dilekçesinin varlığında da bahsedilmemiş olup mahkemece salt davalı tanık beyanlarına itibarla davacının istifa etmek sureti ile iş akdini kendisinin sonlandırdığının kabulü isabetli olmamıştır.”, Y.7.HD., K.2021/178 (11 Ocak 2021).

³⁵ “İş sözleşmesini davacının devamsızlığı sebebiyle haklı olarak feshettiğini iddia eden işveren, bu iddiasının ispatı bakımından 01.09.2009-15.09.2009 tarihleri arasında kapsayan devamsızlık tutanaklarını dosyaya sunmuş, diğer taraftan devamsızlık yapılan günlere ilişkin davacıdan varsa haklı bir mazeretinin bildirilmesi aksi halde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceğine ilişkin 15.09.2009 tarihli ihtarnamayı ibraz etmiştir. 02.09.2009 onay tarihli sigortalı hizmet listesinde ise davacının işten ayrılış tarihi 31.08.2009 ve işten çıkış kodunun 04 kodu (belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi) olarak bildirildiği anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, davalı işveren kendi belgeleri ve savunması ile çelişkili şekilde sigortaya devamsızlık yerine haklı sebep olmaksızın işveren feshi yapıldığını bildirmiştir.”, YHGK., K.2018/108 (24 Ocak 2018).

³⁶ “Davalı işverence Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilen ve resmi belge niteliğini haiz İşten Ayrılış Bildirgesinde, çıkış sebebi “04” kodu ile yani “Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi” olarak bildirilmiştir. Davalı işverenin resmi kuruma bildirdiği fesih sebebi ile yargılama safahatındaki savunması çelişkili olduğundan, feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.”, Y.9.HD. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi), K.2016/2349 (02 Şubat 2016).

³⁷ “Mahkemece toplanan deliller, tanık beyanları, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamının değerlendirilmesinde; davacının, belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle davalı ... Piston Segman Gömlek Ür Tes A.Ş. bünyesinde, ... Loj. Dep. Gıda Nak. İnş. Turz. ve Tic. Ltd. Şirketinin sigortalısı olarak çalıştığı, davacı tarafın iddiası, dinlenen tanık beyanları ve SGK işten çıkış bildirgesinin birbiri ile uyumlu olduğu, iş akdinin davalı şirketler arasındaki hizmet alım

İş Kanununun 25. maddesinin 2. bendinde sayılan hallerde işveren tarafından fesih yapıldığının ileri sürülmesi, bu doğrultuda işten çıkış kodu bildirilmesi, ancak işçiye kıdem tazminatı ya da bu tazminat ile beraber ihbar tazminatı verilmesi çelişki arz eder. Zira işveren tarafından bu kapsamda yapılan fesihlerde kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerekmemekte olup, ödenmesi durumunda yapılan feshin, iş güvencesi kapsamında olan işçi açısından, İş Kanununun 18. maddesinde öngörülen geçerli bir nedenle yapılan fesih olarak kabulü mümkündür. Ancak bu durumda da yapılan fesih, yazılı şekilde yapılmadığı ve işçinin savunması alınmadığı durumlarda geçersizdir.³⁸

Yazılı fesih bildirim yapılmayan durumlarda, işveren, işten ayrılış bildirgesinde bildirdiği işten çıkış kodu ile bağlıdır.³⁹ Ancak işverenin işten çıkış kodu ile bağlı olması, mutlak olmayıp, aksi işveren tarafından ispat edilebilir. Yargıtay, bu doğrultuda işveren tarafından haklı nedenle fesih gerekçesinin ispat edildiği bir olayda, işten ayrılış bildirgesinde gösterilen ve dava dosyasındaki delillerle uyuşmayan işten çıkış koduna itibar edilmemesine karar vermiştir. Zira işten çıkış kodunun yanlış gösterilmesi, tek başına iş sözleşmesinin feshini haksız hale getirmez.⁴⁰ Nitekim bir başka uyuşmazlıkta, dinlenen tanık beyanları ile de ortaya konulduğu üzere aslında işçinin istifa etmesine rağmen tarafların anlaşmak sureti ile işten çıkış kodunu işsizlik ödeneğini hak kazanılacak bir şekilde gösterdiği, ancak işçi tarafından kıdem tazminatının yanı sıra ihbar tazminatının da talep edildiği bir uyuşmazlıkta, Yargıtay, işten ayrılış bildirgesinde gösterilen işten çıkış kodu yerine işçinin gerçek iradesi doğrultusunda bu taleplerinin reddine karar vermiştir.⁴¹ Bu nedenle her somut olay ayrıntılı olarak

sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle feshedildiği, fesih kodunun 04 (İşveren tarafından haklı sebep bildirilmeden fesih) olarak bildirildiği”, Y.9.HD., K.2020/16576 (24 Kasım 2020).

³⁸ “Somut uyuşmazlıkta davacının iş sözleşmesi kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedilmiştir. Dosyaya yazılı fesih bildirim sunulmamıştır. Davalı her ne kadar davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu 25/II-h maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini savunmuşsa da, davacıya yapılan tazminat ödemeleri, işten çıkış kodunun “4” (Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi) gösterilmesi dikkate alındığında haklı fesih savunmasının çelişkili olduğu, davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu m.18 uyarınca feshedildiği ancak yazılı bildirim yapılmadığı, yine fesih nedeni işçinin davranışına dayandığından bu konuda savunmasının da alınmadığı, feshin sırf bu yönlerden geçersiz olduğunun kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”, Y.9.HD., K.2015/20198 (03 Haziran 2015).

³⁹ “Dosya kapsamındaki tüm belge ve bilgilerden; davacının asıl işveren davalı Yüksek Öğrenim Kredi Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı alt işveren davalı ... Özel ...lik ve Koruma Hizmetleri Ltd. Şti ile - Up Özel ...lik ve Eğitim Hiz. Ltd. Şti iş ortaklığı nezdinde Öğrenci Yurdunda çalıştığı, iş sözleşmesinin “Özel ...lik Hizmet Alım Sözleşmesinin” sona erme tarihi olan 31.12.2014 tarihinde yazılı fesih bildirim yapılmaksızın feshedildiği, davalı işverenliğin yazılı fesih bildirim yapmaması karşısında iş çıkış kodu olarak bildirdiği “işin sona ermesi” sebebiyle bağlı olduğu anlaşıldığından, davanın kabulü yerine mahkemece yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.”, Y.9.HD., K.2017/19046 (27 Kasım 2017).

⁴⁰ “İfade tutanağı ve içeriği Dairemizce yerinde kabul edildiğinden, işten ayrılma bildirgesinde “22” çıkış kod (diğer nedenler) gösterilmesi tek başına feshi geçersiz kılmayacağı da anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, mahkemece davacının üzerine atılı haklı fesih gerekçesinin tespit edilmesine rağmen dosya içeriğindeki delillerle uyuşmayan hatalı değerlendirme neticesinde davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”, Y.7.HD., K.2016/1933 (08 Şubat 2016).

⁴¹ “Davacı tanığı ... talimatla alınan ilk ifadesinde aynen "... Davacı eşinden ayrılmak üzereydi. ...'ya gitmesi gerekiyordu. Bu yüzden kendi isteği ile ayrıldı. Yani kendisini firma işten çıkarmadı..." demiş, mahkemeye alınan ikinci ifadesinde "... Ben işten çıkarılma korkusu ile firma kendisini çıkarmadı davacı çıktı demiştim ancak firmaya birlikte gittik. Ancak davacının ...'ya gitmesi gerekiyordu çünkü buralarda bunalmıştı işsizlik ödeneği de almak istiyordu. Firma da davacıya tüm haklarından feragat edersen seni çıkarmış gibi yaparız dediler. Firma bu sayede çıkış gösterdi. İfademi bu şekilde düzeltiyorum..." şeklinde beyanda bulunmuştur. Buna göre tanık ifadesi

değerlendirilmelidir.⁴² Bunun gibi işten ayrılış bildirgesi ile işçiye verilen hizmet cetvelinde farklı işten çıkış kodları gösterilmesi durumunda da gerçek işten çıkış kodu esas alınır.⁴³ İşten çıkış kodunun, iş sözleşmesinin feshi ile uyumlu olması gereği, yalnızca işveren açısından değil, işçi açısından da aranır.⁴⁴

İşten ayrılış bildirgesi, somut bir olayda feshi gerçekleştiren tarafın ortaya konulması açısından önemlidir. Nitekim iş sözleşmesinin sona ermesine gerekçe olarak istifanın gösterildiği bir olayda, baskı feshi yapıldığını ileri süren işçinin, bu doğrultuda ispat yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı, mahkeme, işten ayrılış bildirgesinde gösterilen işten çıkış koduna itibar etmiştir.⁴⁵

İşten ayrılış bildirgesi, usulüne uygun olarak düzenlendiğinde, iş sözleşmesinin fesih tarihini gösterir.⁴⁶ İşe iade davasında yasal süresi içerisinde arabuluculuğa başvurulduğunun

ve istifa dilekçesi birlikte değerlendirildiğinde her ne kadar işveren tarafından tanzim edilen işten ayrılış bildirgesinde davacının işten ayrılış kodu kod 04 olarak bildirilmiş ise de, kod 04 ile çıkış verilmesinin nedeninin tanık anlatımı ile açıklığa kavuşturulduğu ve işçinin işten kendi isteği ile ayrıldığı yönündeki işveren savunmasının doğrulandığı, iş akdinin davacı tarafından feshedildiği anlaşıldığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y.9.HD., K.2020/13283 (26 Ekim 2020).

⁴² Mehmet Nusret Bedük, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/2 (2019), 706.

⁴³ “İşten ayrılma bildirgesinde 23.04.2013 gün ve “35” çıkış koduyla SGK'ya işten çıkışının bildirildiği ancak davacıya ait hizmet döküm cetvelinde aynı tarihte “4” (belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi) çıkış koduyla işten çıkışının işlendiği anlaşılmıştır... Davacının iş sözleşmesi haklı neden olmaksızın feshedildiğinden, salt işten ayrılış bildirgesinde çıkış kodunun “35” olarak gösterilmesi, hizmet cetvelinde ise “4” çıkış kodunun yer almasının esasa etkili olmayacağı değerlendirilmiştir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, dosya içerisinde devamsızlık tutanakları bulunduğu, tutanak mümziilerinin tutanak içeriklerini doğruladığı ve böylece davacının devamsızlık yaptığının ispatlandığı belirtilmişse de bu görüş, çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.” YHGK., K.2015/7-3373 (1 Mart 2017).

⁴⁴ “Somut olayda, davacı işverenin iş sözleşmesini haksız feshettiğini iddia ederken bunu kanıtlayamamıştır. Davacı tarafından imza itirazına uğramayan şahsi sebeplerden dolayı davacının işten ayrıldığına dair bir istifa dilekçesi vardır. İşten çıkış kodu “03” kodu olup davalı savunması ve dosyadaki istifa dilekçesi ile tutarlıdır. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere davacının iş sözleşmesinin davacının haklı neden bulunmaksızın yaptığı fesih işlemi ile sona erdiği anlaşılmaktadır.”, Y.22.HD. (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi), K.2015/18913 (28 Mayıs 2015).

⁴⁵ “2- Somut uyuşmazlıkta iş akdinin kimin tarafından ne şekilde sona erdirildiği taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Davacı işçi haklı neden olmaksızın davalı işveren tarafından işten çıkartıldığını iddia etmekte; davalı işveren ise davacı işçinin istifa ederek iş akdini kendisinin sonlandırdığını savunmaktadır. Dinlenen davacı tanığı ... feshe ilişkin bilgi sahibi olmadığını söylemiş, diğer davacı tanığı ... nakli beyanda bulunmuştur. Yani her iki davacı tanığının da fesih bakımından görgüye dayalı bilgisi yoktur. Davalı tanıkları ise davacının işi kendisinin bıraktığını hatta işi bırakmadan önce aynı işi yerine yapacak olan kişiyi dahi kendisinin bulduğunu söylemişlerdir. Dosyada mevcut davacının el yazısı ile kaleme aldığı ve imzasını taşıyan istifa belgesinde” çalışmakta olduğum ... No:12’de bulunan işyerinden kendi isteğim ile istifa ediyorum.” yazdığı işveren tarafından düzenlenen çıkış bildirgesinde, iş akdinin sona erme sebebi olarak istifa kodunun gösterildiği görülmektedir. Davacı işçi her ne kadar istifanın kendisine yazdırılıp imzalatıldığını iddia etmiş ise de; irade fesadı hususunda ispat külfeti bunu iddia edenin üzerinde olup, davacı işçi bu hususta ispata elverişli delil gösterememiştir. Açıklanan delil durumuna göre yazılı haklı neden içermeyen istifaya değer verilerek davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken mahkemece yazılı gerekçe ile bu taleplerin kabulü hatalıdır Y.9.HD., K.2020/760 (21 Şubat 2020).

⁴⁶ “Mahkememizce de bu husus tespit edilmiştir. Bu suretle davacının akdinin feshinin tebliğ tarihinin 14/11/2012 olduğu kabul edilmiştir.” gerekçesiyle iş akdinin fesih bildirimiminin tebliği tarihi olduğu kabul edilerek iş akdinin 14.11.2012 tarihinde sona erdiği gerekçesiyle karar oluşturulması, hem hükmüne uyulan bozma ilamına aykırı olduğu gibi dosyada feshe ilişkin belgelere (08.11.2012 tarihinde keşide edilen fesih

ortaya konulması açısından, işten ayrılış bildirgesinin verildiği tarih önemlidir.⁴⁷ Bazı durumlarda ise işten ayrılış bildirgesinin verildiği saat dahi belirleyici olduğundan, işten ayrılış bildirgesinin verildiği tarihin, gün ve saat olarak araştırılması gerekebilir.⁴⁸

İşten çıkış kodu, uyuşmazlık durumunda işçi tarafından varlığı ileri sürülen fesih nedeninin işveren tarafından bilindiğini gösterir. Örneğin yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini fesheden işçinin, emekliliğine ilişkin belgeleri öncesinde vermediği ispatlanmadığı takdirde, faiz başlangıcı açısından işverenin 28.06.2010 tarihinde SGK'na, işten çıkış kodu olarak "emeklilik" anlamındaki "8" kodunun belirtmesinden hareketle, kıdem tazminatına bu tarihten itibaren faiz başlatılmasına karar vermiştir.⁴⁹

İşyeri ayrılış bildirgesinin, işçinin haberi olmaksızın verilmesi mümkündür. Ancak işçinin haberi olmaksızın bildirgenin verilmesi durumunda, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş kabul edilir.⁵⁰

İşten ayrılış bildirgesi düzenlenmesine rağmen, işveren tarafından işten ayrılış bildirgesinin iptali, işçinin de çalışmaya devam etmesi halinde iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilmektedir.⁵¹

İşten ayrılış bildirgesi, yalnızca iş sözleşmesinin feshi açısından değil, bazı durumlarda başka açılardan da belirleyicidir. Örneğin işçinin yapmış olduğu iş konusunda uyuşmazlık

ihbarnamesi, işten ayrılış tarihinin 08.11.2012 olarak gösterildiği ve ilgili kuruma 13.12.2012 tarihinde verildiği anlaşılan işten ayrılış bildirgesi ve dosyadaki tutanaklara v.s.) ve özellikle davacı vekilinin 15.07.2013 havale tarihli dilekçesinin 1 nolu bendindeki açık kabulüne aykırıdır.", Y.9.HD., K. 2018/19254 (24 Ekim 2018).

⁴⁷ *"Dosyada yer alan işten ayrılış bildirgesi incelendiğinde, davalı tarafından 30.03.2016 tarihinde Kuruma bildirildiği ve davacının ayrıldığı tarihin 28.03.2016 olarak belirtildiği anlaşılmaktadır.", Y.9.HD., K.2018/22517 (06 Aralık 2018).*

⁴⁸ *"Bu düzenlemeler ışığında ifade etmek gerekir ki, 6356 sayılı STİSK ve Yönetmelik hükümlerine göre, başvuru tarihinden önce Sosyal Güvenlik Kurumuna işe giriş bildirelileri ve işten ayrılış bildirelileri verilmeyen işçilerin bildirelileri dikkate alınmaz. Diğer taraftan başvuru tarihi ile aynı gün verilen bildireliler yönünden ise zaman itibarıyla değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre yetki tespit başvuru ânından önce işe girişi bildirilmeyen işçiler dikkate alınmamalı, başvuru ânından önce işten ayrılış Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen işçiler de yetki tespitinde dikkate alınmalıdır.", Y.9.HD., K.2020/19085 (17 Aralık 2020).*

⁴⁹ *"3-Kıdem tazminatında faiz başlangıcı açısından, davacının ayrılış bildirgesinin 28/06/2010 tarihinde SGK'na verildiği, ayrılış nedeni olarak "emeklilik" anlamındaki "8" kodunun belirtildiği; yani, emeklilik durumunun davalı tarafından 28/06/2010 tarihinde bilindiği anlaşılmaktadır. Davalıya emekliliğe ilişkin gerekli belgelerin daha evvel verildiğinin ispatlanamaması nedeni ile kıdem tazminatına yürütülecek faizin 28/06/2010 tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.", Y.9.HD., K.2014/38496 (16 Aralık 2014).*

⁵⁰ *"Somut uyuşmazlıkta; davalı işverenin, davacının 31.12.2016 günü istifa ettiğini bildirerek işten ayrılış bildirgesi düzenlediği, davacının dava dışı bir şirkette çıkışı takip eden ilk iş günü olan 02.01.2017 tarihinde sigortasının başlatıldığı, ancak bu durumun işçinin bilgi ve rızası dışı gerçekleştiği tartışmasızdır. Davacı işçi, işe iade davası açarak iş sözleşmesinin devrine rıza göstermediğini ortaya koymuştur. Buna göre davalı işverence iş akdinin feshedildiği kabul edilerek işe iadeye karar verilmesi gerekirken hukuki tavsifte hataya düşülerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.", Y.9.HD., K.2019/3953 (18 Şubat 2019).*

⁵¹ *"Davacı 26.07.2011 tarihinde izinde olduğu dönemde dilekçe vererek 01.08.2011 tarihinde işten ayrılmak istediğini bildirmiştir. Bu dilekçede emekli olmak isteği ile ilgili herhangi bir ifade yoktur. Bu durumda 26.07.2011 tarihli dilekçenin ihbar süreli istifa dilekçesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim işverende davacının dilekçesini bu şekilde değerlendirmiş ve 03 kodu (işçinin istifası) ile işten ayrılış bildirgesi düzenlemiştir. Ancak sonradan işveren tarafından davacı hakkındaki disiplin soruşturması fark edilerek işten ayrılış bildirgesi iptal edilmiştir. Davacı da 16.08.2011 tarihinde rapor alıp işverene ibraz ederek iş ilişkisinin devam ettiğini teyit etmiştir.", Y.22.HD., K.2015/12271 (01 Nisan 2015).*

bulunması durumunda, işten ayrılış bildirgesinde yazan işin esas alınması mümkündür. Zira işten ayrılış bildirgesi, yalnızca işten çıkış kodu açısından değil, içerdiği bilgiler açısından da önem taşır.⁵²

İşveren tarafından birden fazla işten ayrılış bildirgesi verilmiş olabilir. Bu durumda, somut olayla örtüşen işten ayrılış bildirgesine itibar edilir.⁵³

İşten çıkış kodunu, gerçeğe aykırı göstermek sureti ile işçinin haksız yere işsizlik ödeneği almasına neden olan işveren, bu durumdan sorumludur. Bu husus, 2013-11 sayılı Genelgede de ifade edilmektedir.⁵⁴ Ancak işçi ile işveren anlaşmak sureti ile bu duruma yol açtığı takdirde, hak etmediği işsizlik ödeneğini alan işçinin de sorumluluğunun olması gerektiğini düşünmekteyiz.

II. İŞTEN AYRILIŞ BİLDİRGESİNİN DÜZELTİLMESİ

A. İDARİ YOLDAN DÜZELTİLMESİ

1. İşveren Tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna Başvurulması

İşveren, işten ayrılış bildirgesinde yer alan sigortalının mesleği, meslek kodu, çıkış günü ve gerekçesi ile bu ay ve öncesindeki aylık kazancı, işten ayrılma tarihini takip eden on günlük sürede düzeltilebilir. Düzeltme işleminin yapılabilmesi için bu işlemin, aylık prim ve hizmet belgesi ile çelişmemesi, şüphe ya da tereddüt uyandırmaması gerekmektedir.^{55 56} İşten ayrılış bildirgesi, bu süre içinde iptal de edilebilir. Ancak işkolu ve sigortalının adresi, her zaman

⁵² "Somut olayda, davacı vekili, davacının 22.09.2010-05.06.2014 tarihleri arasında davalı belediye bünyesinde değişik alt işverenler nezdinde sigortalı gösterilerek tiyatro oyuncusu olarak çalıştırıldığını, en son davalı şirkette çalıştığını, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu iddia etmiştir. İşe giriş ve işten ayrılış bildirgelerinde ise davacının büro memuru olduğu belirtilmiştir.", Y.7.HD., K.2016/6534 (17 Mart 2016).

⁵³ "Somut olayda, işveren tarafından murise ait iki adet çıkış bildirgesinin verildiği anlaşılmaktadır.27.05.2015 tarihli bildirmede işten çıkış kodunun 10 (ölüm), çıkış tarihinin ise 23.07.2015 olarak gösterildiği, ikinci çıkış bildirmesinde ise bildirim 01.08.2015 tarihinde verildiği, işten çıkış kodunun 29 (ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık) olarak, çıkış tarihinin de 23.07.2015 tarihi olarak belirtildiği anlaşılmıştır. Murisin iş yerinde başka bir çalışanla gönül ilişkisi içinde olduğu ve bu durumun iş yerinde huzursuzluk çıkarttığına ilişkin tutanak ise 10.07.2015 tarihinde tutulduğu tespit edilmiştir. Murise ait ölüm belgesi ve veraset ilamında ise davacının ölüm tarihinin 23.07.2015 olduğu anlaşılmıştır. Tüm belirtilenler bir arada değerlendirildiğinde; her ne kadar muris hakkında iş yerinde yaşadığı gönül ilişkisi sebebi ile bir soruşturma yürütülmekte ise de söz konusu soruşturma bitirilmeden murisin öldüğü ve sözleşmenin ölüm ile son bulduğu kanaatine varılmıştır. Davalı iş veren tarafından verilen ilk çıkış bildirgesi de bu durumu desteklemektedir", Y.22.HD., K.2020/8447 (01 Temmuz 2020).

⁵⁴ "Sigortalıya hak etmediği halde aylık ve işsizlik ödeneği ödenmesi halinde yersiz ödemeye sebep olan işveren bu durumdan sorumlu tutulacaktır.", SGK 2013-11 sayılı Genelge, 71.

⁵⁵ Aylık prim ve hizmet belgesi ile vergi dairesine verilen muhtasar beyanname, "muhtasar ve prim hizmet beyannamesi" olarak birleştirilmiştir. Ancak vergi ve primler, ayrı ayrı tahakkuk etmektedir. 01.08.2020 tarihi itibarı ile Türkiye genelinde uygulamaya açılmıştır. Muhtasar ve prim hizmet beyannamesi hakkında bkz. Centel, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 78; Güzel vd., Sosyal Güvenlik Hukuku, 255 vd.; Bülent Arpat vd., "Türk Sosyal Sigorta Primlerinde Muhtasar Beyanname ile Bildirimin İlgili Taraflar Ekseninde Değerlendirilmesi: Durum Çalışması Deseninde Bir Uygulama", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 12/2 (2022), 231-250.

⁵⁶ Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesi'nin verilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesi Genel Tebliği (Sıra No: 1) yayımlanmıştır. Bkz. *Resmi Gazete* 29983 (18 Şubat 2017).

işveren tarafından değiştirilebilmektedir. İşçinin, tek başına SGK'na başvurması ise mümkün değildir. İşçinin, işverenle birlikte başvurması gereklidir.⁵⁷

İşten ayrılış bildirgesinin düzeltilmesi durumunda, düzeltilen işten ayrılış bildirgesi ve işsizlik ödeneği almak için gerekli diğer belgelerle birlikte İŞKUR'a başvurması için SGK tarafından, sigortalıya bilgi verilmesi de gerekir.⁵⁸

İşveren tarafından yapılan başvuru sonucunun, e-Devlet sistemi üzerinden öğrenilmesi mümkündür. Ancak işçinin, tek başına SGK'na başvurusu kabul edilmediğinden, işverenle birlikte başvuru yapmadığında, işçinin yapılan başvurudan haberi dahi olmayabilir. Bu nedenle işçiye bilgi verilmesinin isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

2. Türkiye İş Kurumuna Başvurulması

İşsizlik ödeneği, İŞKUR tarafından ödenmektedir. İşsizlik ödeneğine hak kazanmak açısından işten çıkış kodunun, 4447 sayılı Kanunun 51. maddesinde sayılan hallerden birine uyması gerekmektedir.⁵⁹

⁵⁷ "(Değişik, 3/7/2015 tarihli ve 2015/19 sayılı Genelge) İşverenlerin işten ayrılış bildirgesinin verilme süresi geçtikten sonraki düzeltme ve güncelleme taleplerinin yapılabilmesi bakımından, işverenin sunduğu belgelerdeki işten ayrılış tarihinin aylık prim ve hizmet belgesindeki bildirimle kontrol edilmesi, şüphe ve tereddüt olmaması halinde söz konusu bildirelerin döküm alındıktan sonra silinmesi, sigortalı işten ayrılış bildirgesinin gün, prime esas kazanç ve işten çıkış tarihi bilgilerinin aylık prim ve hizmet belgesi Kuruma verilmemişse işverenden temin edilerek, verilmiş ve işverenin beyanı ile uyumlu ise aylık prim ve hizmet belgesinde bildirilen kayıtlar esas alınarak düzeltilmesi, oluşan idari para cezasının silinen işten ayrılış bildirgesinin verilme süresi içinde olması halinde komisyon kararı ile kaldırılması gerekmektedir. (Değişik, 3/7/2015 tarihli ve 2015/19 sayılı Genelge) Diğer taraftan, işten ayrılış nedeni ve işten ayrılış tarihinin 10 günlük süreden sonra Kurumumuzca düzeltilmesi halinde, işsizlik sigortası ödeneği almak isteyen sigortalılara düzeltilen işten ayrılış bildirgesi ile 4447 sayılı Kanunun 51 inci maddesi kapsamında somut belge ile (ihbar veya kıdem tazminatının ödendiğini gösterir bordro veya banka dekontu vs.) İŞKUR'a müracaat etmesi yönünde bilgi verilecektir. Sigortalıların işten ayrılış nedenine yönelik talepleri işverenle birlikte müracaat etmişse değiştirilecek, bunun dışında sigortalı taleplerinde işten ayrılış nedeni ile ilgili herhangi bir değişiklik yapılmayacaktır", SGK 2013-11 sayılı Genelge, 76-77.

⁵⁸ SGK 2013-11 sayılı Genelgesi, 76.

⁵⁹ Bu haller, maddede, "a) 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 13 üncü maddesi veya 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununun 16 ncı maddesi yada 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen bildirim önelerine uygun olarak hizmet akdi işveren tarafından sona erdirilmiş olmak, b) Hizmet akdi, süresi belli olsun veya olmasın sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemezsizin 1475 sayılı İş Kanununun 16 ncı maddesinin (I), (II) ve (III) numaralı bentlerine veya 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinin (II) ve (III) numaralı bentlerine veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 7 nci maddesi ile 11 inci maddesinin birinci fıkrasına göre sigortalı tarafından feshedilmiş olmak, c) Hizmet akdi, süresi belli olsun veya olmasın süresinin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemezsizin 1475 sayılı İş Kanununun 17 nci maddesinin (I) ve (III) numaralı bentlerine veya 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinin (III) numaralı bendine veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 12 inci maddesinin birinci fıkrasına göre işveren tarafından feshedilmiş olmak, d) Hizmet akdinin belirli süreli olması halinde, bu sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalmak, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 7 nci maddesinin (II) numaralı bendinde belirtilen hizmet akdinin belirli bir sefer için yapılmış olması nedeniyle sefer sonunda işsiz kalmak, e) İşyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle işten çıkarılmış olmak, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinin (IV) numaralı bendindeki nedenlerle işsiz kalmak, f) 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 21 inci maddesi kapsamında işsiz kalmak, g) (Ek : 24/8/2000 - KHK - 617/38 md.; İptal: Ana.Mah.nin 31/10/2000 tarih ve E.:2000/63, K.:2000/36 sayılı Kararı

İşsizlik ödeneğine hak kazanmada, işveren tarafından yapılan bildirim esas alınması, işsizlik sigortası açısından en önemli sorunlardan biri olarak gösterilmektedir.⁶⁰

İşveren tarafından işten ayrılış bildirgesi ile ilgili olarak on günlük süreden sonra yapılacak düzeltme taleplerinin, İŞKUR'a yöneltilmesi gerekir. Zira işten ayrılış bildireleri, bu süre sonrasında İŞKUR sistemine düşmektedir.⁶¹ Ancak sistemsal bir durumun, SGK tarafından düzeltme taleplerinin kabul edilmemesini gerektirmeyeceğini düşünmekteyiz. Bu durumda da düzeltme taleplerinin SGK tarafından kabul edilerek, İŞKUR'a gerekli bildirim yapılması öngörülebilirdi.

İşçinin, SGK'na tek başına başvurması mümkün değil iken İŞKUR'a başvurması ise mümkündür. İşçi ya da işveren tarafından yapılan başvurularda, düzeltme nedenlerine ilişkin belgeler sunulmalıdır.⁶²

Sigortalı tarafından İŞKUR'a yapılacak başvurularda aşağıdaki belgeler istenilmektedir:

- Fesih tarihinden önce düzenlenmiş olması şartı ile iş sözleşmesinin, işveren tarafından 4447 sayılı Kanununun 51. maddesi kapsamında feshedildiğini, feshin ihbar önellerine uygun yapıldığını gösterir yazı (İşverenin işçiye fesih bildirimini yaparak ihbar süresini başlattığı yazı, ihbar öneli süresinde iş arama izni verildiğine ilişkin yazı, ihbar tazminatının peşin ödendiğine dair banka dekontu, makbuzu, ücret bordrosu vs.),
- İşten çıkış nedeni askerlik olmakla birlikte, işveren tarafından SGK'na askerlik dışında başka herhangi bir fesih nedenine ait işten çıkış kodu bildirilmişse, varsa işveren tarafından ilgiliye yapılan askerlik gerekçesiyle yazılı fesih bildirimini, işçi tarafından işverene verilen askerlik gerekçesiyle iş sözleşmesinin sona ermesini istediğine dair dilekçe, askerlik nedeniyle feshe bağlı kıdem tazminatının ödendiğini gösteren bordro veya banka dekontu gibi belgeler,
- İş sözleşmesinin işçi tarafından 4857 sayılı Kanununun 24. maddesinde yer alan haklı nedenlerle feshedildiğini gösterir noter ihtarnamesi (Bu durumda işverenden fesih nedenine ilişkin varsa belgelerin gönderilmesi talep edilmekte ve bu belgelerden, iş sözleşmesinin, işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğinin anlaşılması gerekmektedir).^{63 64}

ile.; Ek: 25/6/2003 – 2904/28 md.) Yukarıdaki bentlerde belirtilen iş kanunları kapsamına girmeyen sigortalılardan hizmet akitleri, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu kapsamında yapılmış olan toplu iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmesi bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri doğrultusunda (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerindeki hükümlere paralel olarak sona ermiş olmak.", şeklinde yedi başlık altında sayılmaktadır.

⁶⁰ Naim Gökteş, "Ülkemizde İşsizlik Sigortası ve İşsizlik Sigortasında Güncel Sorunlar", *Mali Çözüm Dergisi*, 32 (173), 243.

⁶¹ SGK 2013-11 sayılı Genelge, 66.

⁶² SGK 2013-11 sayılı Genelge, 66.

⁶³ Konu hakkında bkz. Türkiye İş Kurumu İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı Pasif İşgücü Hizmetleri 2020/1 sayılı Genelge (İŞKUR 2020-1 sayılı Genelge), Türkiye İş Kurumu (2020), "II. işten çıkış nedenine yönelik yapılan itirazların sonuçlandırılması:" başlıklı bölümünün "2. Somut belgeler:" başlıklı alt bölümü. (Genelgede sayfa numarası yer almadığından atıf yapılan bölüm, bu ve devam eden dipnotlarda, ilgili başlıklar sayılmak sureti ile belirtilmektedir.)

⁶⁴ İŞKUR 2020-1 sayılı Genelgesi ile yapılan düzenlemeler olumlu bulunmakta, arabuluculuk aşamasında anlaşmayı teşvik edici bulunmaktadır. Konu hakkında bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (ed.), *İş Hukukunda*

İşveren tarafından istifa dilekçesi, ikale sözleşmesi ya da iş sözleşmesinin İş Kanununun 25. maddesinin 2. bendi kapsamında fesih edildiğine dair tutanak sunulması durumunda, İŞKUR tarafından mahkeme kararı talep edilmektedir.⁶⁵

B. DAVA YOLU

1. Arabuluculuk

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁶⁶, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasını öngörmektedir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁶⁷, 01 Ocak 2018 sonrasında Kanunun 3/3. maddesi ile iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları olarak sayılan istisnalar dışında arabuluculuğu zorunlu kılmıştır.

6325 sayılı Kanunun 1/2. maddesi uyarınca Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Ancak aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulanmaz. Sosyal güvenlik hukukundan doğan uyuşmazlıklarda da bu doğrultuda arabuluculuk, bir dava şartı olarak uygulanmaz.⁶⁸

İşten çıkış kodunun düzeltilmesi amacı ile açılacak davalarda arabulucuya başvurulması gerekmemekle birlikte, işçi ile işveren arasında işçilik alacakları ya da işe iade talebi ile arabulucuya başvurulduğunda, taraflarca arabuluculuk aşamasında anlaşılmış olabilir. Bu durumda işten ayrılış bildirgesinde gösterilen işten çıkış kodunun, bir önemi kalmamaktadır. İşçi, anlaşma tutanağı gereğince kıdem, ihbar ya da sair haklarına hak kazanabilir. Anlaşma tutanağı, işsizlik ödeneği açısından da belirleyicidir. 6325 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi sonrasında arabuluculuk tutanaklarında fesih, işsizlik ödeneği alma koşulları kapsamında gösterildiğinde, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıldığının, işveren tarafından haklı nedenle fesih yapılmadığının belirtildiği durumlarda, iş sözleşmesinin, işçinin istek ve iradesi dışında sona erdiği kabul edilerek fesih nedeni, İŞKUR tarafından güncellenmek sureti ile işçi, işsizlik ödeneğinden yararlandırılmaktadır.^{69 70}

Uzman Arabuluculuk (Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2023), 296.

⁶⁵ Konu hakkında bkz. İŞKUR 2020-1 sayılı Genelge, "II. işten çıkış nedenine yönelik yapılan itirazların sonuçlandırılması:" başlıklı bölümünün "3. İstisnai haller:" başlıklı alt bölümü.

⁶⁶ *Resmî Gazete* 28331 (22 Haziran 2012).

⁶⁷ *Resmî Gazete* 30221 (25 Ekim 2017).

⁶⁸ Seda Arslan Durmuş, "Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Halinde İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2 (2022), 1171.

⁶⁹ Arslan Durmuş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", 1161; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Uzman Arabuluculuk*, 296.

⁷⁰ İŞKUR 2020-1 sayılı Genelgesi ile güncelleme yapılması öngörülmeden önce konu hakkında belirsizlik bulunmakta idi. Nitekim Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığının 21.02.2018 tarih ve 72808405-400-6040 sayılı yazısı, "Ancak SGK kayıtlarında yer alan fesih nedeninden farklı bir gerekçeyle feshin gerçekleştirildiği yönündeki itirazlarda/bildirimlerde bu durumun somut belgelerle (ihbar kıdem tazminatının ödendiğini gösterir bordro, banka dekontu, kesinleşmiş mahkeme kararı vs.) itiraz bildirim sahibi tarafından kanıtlanması halinde, SGK ya yapılan bildirimdeki fesih nedeni farklı olsa da (SGK ca kayıtlarında güncelleme yapılmasına gerek olmaksızın) belgeye dayalı fesih nedeni esas alınarak işlem yapılmaktadır.", şeklinde idi. Yazı için bkz. İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı, İşsizlik Sigortası Uygulamaları ve Arabuluculuk Sistemi (İŞKUR

Arabuluculuk sürecinin uzlaşma ile sonuçlanması durumunda, üzerinde anlaşma sağlanan hususlara ilişkin dava açılmayacağı, 6325 sayılı Kanunun 18/5. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu durum, mutlak olmayıp, anlaşma belgesinin sahte olması, anlaşmanın irade fesadı ile sakatlanması, anlaşmanın geçersiz olması gibi durumlarda yasal yollara başvurulabileceği kabul edilmektedir.⁷¹

4447 sayılı Kanunun 48/4. maddesi gereğince işveren, iş sözleşmesi, işsizlik ödeneği alma koşullarını sağlayan sigortalılar hakkında işten çıkış bildirgesi düzenlemeli, on beş günlük süre içerisinde bir suretini SGK'na göndermeli, kalan suretlerden birini ilgiliye vermeli, diğerini ise işyerinde muhafaza etmelidir.⁷² SGK tarafından elektronik ortamda bilgi ya da belge talep edilebilir. İşveren, işsizlik sigortasından işsizlik ödeneği alma koşullarını taşımayan işçileri için 4447 sayılı Kanun kapsamında işten ayrılış bildirgesi düzenlemek zorunda değildir.⁷³ Muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile işten ayrılanlar için de işten ayrılış bildirgesi düzenlemek zorundadır. Askerlik hizmetinin sona ermesini takip eden otuz günlük süre içerisinde işsizlik ödeneği almak için başvurulması gerekmektedir.⁷⁴

İşçinin yasal haklarını alabilmesi için fesih tarihini takip eden otuz günlük süre içerisinde, 4447 sayılı Kanunun 48/5. maddesinde öngörüldüğü üzere doğrudan ya da elektronik ortamda İŞKUR'a başvuru yapması gerekir.⁷⁵ Mücbir nedenler haricinde, başvuru yapmak için öngörülen süreyi aşan süre, işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülür. Kanunun 51. maddesinde sigortalı sayılanlardan iş sözleşmeleri kanunda belirtilen hallerden birisine dayalı olarak sona erenlerin, SGK'na süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri ve Kanunda yer alan prim ödeme koşullarını sağlamış olmaları kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanmaları öngörülmüştür. Maddede, “*şahsen başvuru*” açık bir şekilde aranmaktadır.⁷⁶

21.02.2018 tarih ve 72808405-400-6040 sayılı yazı), Türkiye İş Kurumu (2018), 2. Ayrıca konu hakkında bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Uzman Arabuluculuk*, 295-296.

⁷¹ Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2 (2018), 3.

⁷² Uygulamada işverenler tarafından sigortalıya işten ayrılış bildirgesi verilmemektedir. Bu nedenle yaşanacak hak kayıplarının önüne geçmek için İşsizlik Sigortasının Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Tebliğ yayımlanmış, Kuruma resmi kimlik ile yapılan başvurular geçerli kabul edilmiştir. Konu hakkında bkz., Özlem Bal Bektaş, *İşsizlik Sigortası* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 192.

⁷³ Faruk Andaç, *Türk İşsizlik Sigortası Hukuku Uygulaması* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2020), 195.

⁷⁴ Konu hakkında bkz. 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (No: 4), *Resmî Gazete* 24770 (30 Mayıs 2002).

⁷⁵ Y.10.HD. (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi), K.2009/11323 (22.06.2019) sayılı kararı için bkz. A. Can Tuncay – Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 687.

⁷⁶ İŞKUR 2020-1 Sayılı Genelge, “A) İşsizlik Ödeneği” başlıklı bölümü “1. Başvurularda İlişkin İşlemler:” başlıklı alt bölümünde bu doğrultuda vekâletname ile avukat ya da bir başkası tarafından başvuru yapılamayacağı belirtilmektedir. Avukat aracılığıyla yapılan başvurular, şahsen başvuru olarak değerlendirilmemiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, 341.

Arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih önemlidir. Fesih bildirimının işveren tarafından yapıldığı ispat edilmediği takdirde, iş sözleşmesinin feshi tarihinden önce düzenlenen arabuluculuk tutanakları, ikale sözleşmesi olarak değerlendirilir.^{77 78}

Arabuluculuk tutanağı düzenleme tarihini takip eden otuz günlük süre içerisinde yapılmış olan başvurular, süresinde yapılan bir başvuru kabul edilir. Bu süre, hak düşürücü süre olduğundan dolayı işçi, bu süre içerisinde başvurmadığı takdirde hakkını kaybetmektedir. Bu düzenlemeyi eleştirmekteyiz. Zira yukarıda belirtildiği üzere, yasal süresi içerisinde, İŞKUR'a işçi tarafından başvurulmadığı takdirde mücbir nedenler haricinde, başvuruda gecikilen süre yasal süreden düşüldüğünden, işçinin iş sözleşmesinin feshinden itibaren kısa bir süre içerisinde arabuluculuğa başvurması, sonrasında tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşması durumunda da otuz günlük süre içerisinde başvuru yapılmamasının, başvuruda gecikilen süre kadar hak kaybına yol açması daha isabetli olurdu. İşsizlik ödeneği ödenmesi gereken sürenin geçtiği varsayımından hareketle yapılan düzenleme, aslında arabuluculuğa kısa süre içerisinde başvurulması durumu ile uyuşmamaktadır.

6325 sayılı Kanununun 18/4. maddesi uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Kanununun 4. maddesinde ise gizlilik ilkesi düzenlenmektedir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Kanununun 5/3. maddesinde ilgili bilgilerin, bir kanun hükmü tarafından emredilmesi, yapılan anlaşmanın uygulanması ya da icrası için ihtiyaç duyulduğu ölçüde açıklanabilmesi düzenlenmektedir. Anlaşma belgesinin icrası için gerekli görüldüğü hallerde İŞKUR'a sunulması, bilgi ve belgelerin bu doğrultuda kullanılması, gizlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmez.⁷⁹

6325 sayılı Kanununun 17/3. maddesi uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları hakkında taraflara gerekli açıklamaları yapar. Taraflar, anlaşma tutanağında, bu düzenleme uyarınca işten çıkış koduna yönelik beyanlara da yer verebilir.⁸⁰ İŞKUR, uygulamada işçinin anlaşma tutanağı sunması durumunda, bu tutanağı teyit eden ve feshe yönelik tüm belgeleri işverenden talep etmektedir.⁸¹ Bu doğrultuda İŞKUR,

⁷⁷ İŞKUR 2020-1 Sayılı Genelge, "3.6 Mahkeme Kararları (Tazminat ve Alacak Davaları):" bölümünün "e. Arabuluculuk Tutanağı ile Yapılan Başvurular:" başlıklı alt bölümü.

⁷⁸ "Aslında amaç işçiyi korumak olduğuna göre ve ikale sözleşmeleri azalmadığına göre, SGK'ya yapılacak bildirim alternatifleri arasında işten çıkma nedeni olarak "ikale sözleşmesi"de yer alabilir. Daha sonra da 4447 sayılı Kanunda bir yeni düzenleme ile, işsizlik ödeneğine hak kazandıran sona erdirme hallerine ikale sözleşmesi ile sonlandırma da eklenebilir.", Gerek, "İkale Sözleşmesi", 54.

⁷⁹ Arslan Durmuş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", 1176.

⁸⁰ Arslan Durmuş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", 1177.

⁸¹ "Arabulucu ve taraflar tarafından hazırlanan anlaşma belgesinin içeriğinden feshin 4447 sayılı Kanununun 51'inci madde kapsamında olduğu açıkça anlaşılıyor ise tıpkı mahkeme kararıyla yapılan başvurularda olduğu gibi başkaca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın bu koşul sağlanmış sayılmalıdır. Anlaşma belgesinin içeriğinden feshin 4447 sayılı Kanununun 51'inci madde kapsamında olduğu açıkça anlaşılmıyor ise ancak o zaman Kurum

arabuluculuk belgesi ile işçi tarafından başvurulduğunda, tutanağın teyidi ile feshe ilişkin başkaca belgeleri işverenden talep etmektedir.⁸²

2. Dava Açılması

a. Sosyal Güvenlik Kurumuna Dava Açılması

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, SGK'na husumet yöneltilemeyeceği, ihbar edilen sıfatı ile olsa bile dava açılmayacağı gerekçesi ile açılan bir davayı reddetmiştir.⁸³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, hem SGK'na, hem de işverene karşı açılan bir davada, hatalı gösterildiği ileri sürülen işten çıkış kodunun düzeltilmesine karar vermiştir.⁸⁴ Daire, yakın tarihli bir kararında ise işten çıkış kodunun düzeltilmesi davasının işverene karşı açılması gerektiğine, SGK'na husumet yöneltilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir.⁸⁵

İşten çıkış kodunun düzeltilmesi davası, işveren ile işçi arasında işten ayrılış bildirgesi ile bildirilen çıkış kodunun düzeltilmesine yönelik olup, bu davada, SGK'na husumet yönetilmesinin mümkün olmadığı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yakın tarihli kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

b. Türkiye İş Kurumuna Dava Açılması

İşveren tarafından işten çıkış kodu doğru gösterilmekle beraber, İŞKUR tarafından işçiye işsizlik ödeneği verilmemiş olabilir. Bu durumda işsizlik ödeneğinin, işverenden talep edilmesi mümkün değildir. Zira işveren, yasal yükümlülüğünü yerine getirmek sureti ile işten çıkış kodunu doğru göstermiş, ancak İŞKUR şartları taşıyan bir başvuruyu reddetmiştir. Bu durumda, işçi tarafından yasal yollara başvurulduğunda, artık İŞKUR'a husumet

tarafından gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır.", konu hakkında yazarın eleştirisi için bkz. Arslan Durmuş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", 1181.

⁸² Arslan Durmuş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", 1178.

⁸³ "Kaldı ki davanın niteliği itibariyle, işverenin hatalı kod bildirmesi nedeniyle SGK'na ihbar edilen sıfatı ile de olsa husumet yöneltilemeyeceği ortadadır. Bu durumda yukarıda belirtilen açıklamalar doğrultusunda, davanın tümünden reddi gerekirken İlk Derece Mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.", Y.21.HD. (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi), K.2020/324 (28 Ocak 2020).

⁸⁴ "Davacı, iş sözleşmesinin işverence haklı neden olmadan fesh edilerek tazminat ödemesi de yapılmasına rağmen, işverence SGK'ya çıkış kodunun hatalı bildirildiğini ve devamsızlığı olmamasına rağmen bu yönde bildirim yapılmasının hatalı olduğunu ileri sürerek SGK kayıtlarının düzeltilmesi yönünde karar verilmesini istemiştir. Mahkemece karar gerekçesinde iş sözleşmesinin davalı feshinden önce davacı tarafça aleyhe görev değişikliği nedeni ile haklı olarak fesh edildiği açıklanmıştır. Ancak kararın hüküm kısmı bu kabul ve davacı talebine göre eksik oluşturulmuştur. Mahkemece öncelikle davacının SGK'ya işsizlik ödeneğine dair talebine yönelik tüm belgeler SGK' dan temin edilerek dosya arasına alınmalı, ardından iş sözleşmesinin hangi tarafça fesh edildiği ve haklılık durumu ortaya konularak ve doğru çıkış kodu da gösterilerek hüküm kurulmalıdır.3- Davada iki davalı olup kararın hüküm kısmında tek davalı varmış gibi "davalıdan" ibareleri kullanılarak hüküm kurulması 6100 sayılı HMK'nın 297/2 hükmüne aykırı olup infazda tereddüte yol açar mahiyettedir.", Y.9.HD., K.2020/1323 (04 Şubat 2020).

⁸⁵ "5. Davacı vekilince dava tarihinden önce 16.09.2019 tarihinde ... Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne başvuru yapılarak işten çıkış kodunun düzeltilmesi ve davacının işsizlik ödeneğinden faydalandırılması talep edilmesine rağmen bu talep ile ilgili işlem yapılmaması üzerine eldeki dava açılmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki işten çıkış kodunun düzeltilmesi veya tespitine ilişkin talepler yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna husumet yöneltilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan somut uyuşmazlıkta Mahkemece SGK Başkanlığına yöneltilen davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi isabetlidir.", Y.9.HD., K.2022/5926 (12 Mayıs 2022).

yöneltilmelidir. Zira işsizlik ödeneğinin koşullarının bulunması durumunda, işsizlik ödeneğinin borçlusu, İŞKUR olmaktadır.⁸⁶

İŞKUR'a açılan dava, işten ayrılış bildirgesinde gösterilen işten çıkış kodunun düzeltilmesine yönelik bir dava olmayıp, yasal koşulların sağlanmasına rağmen, reddine karar verilen işsizlik ödeneğinin ödenmesine yönelik bir davadır. İşçi, işsizlik ödeneğinin ödetilmesi için işverene karşı dava açtığına, pasif husumet yokluğundan dava reddedilmektedir.⁸⁷ Eda davası yerine işsizlik ödeneğine hak kazanıldığına tespiti amacı ile İŞKUR'a açılan davalar ise güncel bir yararın bulunmadığı gerektiği gerekçesi ile reddedilmektedir.⁸⁸

İŞKUR aleyhine açılan davanın, sigortalı tarafından kazanılması durumunda, mahkeme kararının kesinleşmesi beklenmez. İşçi ile işveren arasında görülen davalardan farklı olarak, bu davalarda, mahkeme kararının kesinleşmesi aranmaksızın, işsizlik sigortasından ödeme yapılır. Diğer bir fark da bu durumda, işsizlik ödeneği alınması için süre sınırlaması olmaksızın başvurulabilmesidir.⁸⁹

Davanın sigortalı lehine sonuçlanması durumunda, faiz ödenmesi de gerekmektedir. 4447 sayılı Kanununun 50/3. maddesi gereğince başvurulması gereken tarihi takip eden ayın sonu, faiz başlangıç tarihidir.⁹⁰

⁸⁶ "Davacının işsizlik ödeneğini davalı işverenden talep edip edemeyeceği konusunda taraflara arasında uyumsuzluk bulunmaktadır...Kanun'un 46. maddesine göre, "İşsizlik sigortası primlerinin toplanmasından Sosyal Sigortalar Kurumu, diğer her türlü hizmet ve işlemlerin yapılmasından İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü görevli, yetkili ve sorumludur. Bu amaçla, İş ve İşçi Bulma Kurumu bünyesinde; İşsizlik Sigortası Fonuna aktarılan işçi, işveren ve devlet katkılarının Yönetim Kurulu kararları çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin işlemleri yürütmek, primlerin kişi bazında kaydını tutmak, işsizlik ödeneği ödenmesine ilişkin her türlü işlemleri yapmak, sigorta primlerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna yatırılmasını sağlamak, işsizlere yönelik mesleki eğitim tedbirleri ile ilgili işlemleri yapmak ve bu Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı kurulmuştur." Yine Kanun'un 48. maddesi uyarınca, "Sigortalı işsizlere bu Kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde, Kurumca işsizlik ödeneği ödenir". Görüldüğü gibi işsizlik ödeneğinin koşullarının bulunması halinde borçlusu İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü olup işveren değildir.....denilerek konu hakkında oluşabilecek tereddütler ortadan kaldırılmıştır.", Y.22.HD., K.2016/12587 (27 Nisan 2016).

⁸⁷ "Yine Kanun'un 48. maddesi uyarınca, "Sigortalı işsizlere bu Kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde, Kurumca işsizlik ödeneği ödenir". Görüldüğü gibi işsizlik ödeneğinin koşullarının bulunması halinde borçlusu İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü olup işveren değildir. Bu itibarla davacının işsizlik ödeneği talebinin husumet yönünden reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.", Y.22.HD., K.2019/15905 (11 Eylül 2019).

⁸⁸ "Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin iş sözleşmesinin dava dışı işveren tarafından feshedildikten sonra 16.02.2021 tarihinde arabuluculuk yoluna başvurulduğunu, müvekkili tarafından işbu tutanağın davalı Kuruma sunularak işsizlik ödeneği almak için başvuru yapıldığını; bu talebin, arabuluculuk sürecinin 16.02.2021 tarihinde başlamış olduğu ancak işten çıkışının 17.02.2021 tarihinde yapıldığından bahisle reddedildiğini, müvekkilinin işsizlik ödeneğinden yararlanmak için olan tüm şartları taşıdığını ileri sürerek işsizlik ödeneğine hak kazanıldığına tespitini talep etmiştir... Dava dilekçesi içeriği ve dosya kapsamı itibarıyla davacı talep ettiği işsizlik ödeneklerinin kendisine ödenmesi konusunu HMK 105.maddesi hükümleri gereğince açacağı bir eda davası ile mahkemeye taşıma imkanı bulunmaktadır. Eda davası açabilme durumu var iken işsizlik ödeneği hakkının varlığının tespitinde ne tür bir hukuki yarar olduğu anlaşılamamaktadır.", Y.9.HD., K.2022/8225 (23 Haziran 2022).

⁸⁹ İŞKUR 2020-1 Sayılı Genelge, "3.6 Mahkeme Kararları (Tazminat ve Alacak Davaları)" bölümünün "b. Sigortalı işsiz Kurumumuzun taraf olduğu davanın işçi lehine sonuçlanması halinde" başlıklı alt bölümü.

⁹⁰ Alp Limoncuoğlu, "İşsizlik Sigortası ve Uygulama Sorunları", *Sicil İş Hukuku Dergisi* (Haziran 2021), 93.

c. İşverene Dava Açılması

İşten ayrılış bildirgesi ile işten çıkış kodunun yanlış bildirilmesi durumunda, dava açılmak sureti ile bu kodun düzeltilmesinde, işçinin hukuki yararının bulunup bulunmadığı hususu incelenmelidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun⁹¹ 106/2. maddesi gereğince kanunlarda sayılan istisnalar dışında, tespit davasının açılabilmesi için güncel bir yararın bulunması gerekir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında maddi olayların, tek başına tespit davalarına konu olamayacağı düzenlenmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, bildirgenin gerçeği yansıtmadığına yönelik hususların, işe iade davası ya da işçilik alacağı davalarında ortaya konulabileceği, bu doğrultuda eda davası açılması gerektiği, tespit davası açılmasında işçinin hukuki yararının bulunmadığına karar vermiştir.⁹²

İşçi ile işveren arasında görülmekte olan alacak davasında kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesine karar verilmesi, işverene, işten ayrılış bildirgesini düzeltme yükümlülüğünü vermemektedir. Bu doğrultuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yakın tarihli bir kararında, işverene karşı ayrılış kodunun düzeltilmesi amacı ile dava açılmasında hukuki yarar bulunduğuna karar vermiştir.⁹³ İşten çıkış kodunun düzeltilmesi davası açılabilmesi için işten çıkış kodunun hatalı olması yeterli olup, bu durumda işçinin mağduriyetine yönelik bir delil sunması, somut bir olaya dayanması gerekmez.⁹⁴ Şahsi kanaatimiz de aynı doğrultudadır. Zira işçinin, işveren tarafından gerçeğe aykırı olarak gösterilen işten çıkış kodunun düzeltilmesinde hukuki yararı bulunduğu açıktır.

⁹¹ Resmî Gazete 27836 (4 Şubat 2011).

⁹² "Somut olayda, işveren tarafından Kuruma kod 29 koduyla verilen işten ayrılış bildirgesinin gerçek olup olmadığı hususu, taraflar arasında görülecek işe iade davası veyahut işçilik alacaklarına ilişkin davalarda çözümlenebileceği gibi, 6100 sayılı HMK'nın 106/3 maddesi gereğince eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı gözetilmeksizin, davalı işverenin davacının işten ayrılış bildirgesini Kod 29 koduyla bildirdiği hususunun gerçek olmadığına tespitine karar verilmesi isabetsizdir.", Y.21.HD., K.2020/324. (28 Ocak 2020).

⁹³ "Somut uyuşmazlıkta, Bölge Adliye Mahkemesince başka bir davada davacı ile davalı işveren arasında davacının feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarının tahsiline ilişkin yargılama devam ettiğinden dava tarihi itibarıyla davacının eda davası yerine, tespit davası açılmasında hukuki yararı bulunmadığı belirtilmiş ise de Bölge Adliye Mahkemesince yapılan değerlendirme hatalıdır. Davacı ile davalı Şirket arasında davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacağına ilişkin görülen davada çıkacak sonuç davalı işverene çıkış kodunun düzeltilmesi yükümlülüğünü vermemektedir. Böylece kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin karar verilse bile davacının mağduriyeti ve menfaati devam edecektir. Davacı ancak bu dava sonucundaki Mahkeme kararıyla bir sonuca ulaşabilecektir. Buna göre davacının tespit talepli davasında hukuki yararın bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu sebeple, davanın kabulü gerekirken hukuki yarar yokluğu sebebiyle dava şartı yokluğuna bağlı davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y.9.HD., K.2022/8175 (22 Haziran 2022).

⁹⁴ "6. Açıklanan dosya içeriği ve tespit davasına ilişkin düzenlemeler ve özellikle Sosyal Güvenlik Merkezinin davacı tarafa cevabı dikkate alındığında; davacının işten çıkış kodunun değiştirilmesi talebinde güncel hukuki yararı bulunmaktadır. Davacı, tazminatlarının ödenmesi nedeniyle eda davası açmadıklarını belirtmiş olup başka bir eda davasına da gerek kalmadan tespit hükmü ile işsizlik ödeneği talebinde bulunabilecektir. Bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesince istinafa konu kararın esasına girilerek istinaf sebeplerinin incelenmesi gerekirken usul yönünden yapılan denetimle ve dava tarihi itibarıyla mağduriyetin varlığına yönelik delil sunulmayıp somut bir vakıya dayanılmadığı şeklindeki hatalı değerlendirme ile davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi isabetsizdir.", Y.9.HD., K.2022/5676 (09 Mayıs 2022).

İşten çıkış kodunun düzeltilmesi davaları, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından görülmektedir.⁹⁵ Zira işten çıkış kodunun düzeltilmesi, esas itibarı ile iş hukukuna ilişkin bir dava niteliğindedir.⁹⁶

İşçi ile işveren arasındaki alacak davaları da işçi açısından önem taşır. Zira işçi lehine ihbar ya da kıdem tazminatına ya da her ikisine hükmedilmesi, 4447 sayılı Kanunun 51. maddesi kapsamında iş sözleşmesinin feshedildiğine dair bir ifadeye mahkeme kararında yer verilmesi, işsizlik ödeneğinin alınmasında belirleyicidir. Ancak bu durumda, mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerekir. Mahkeme kararının kesinleştiği tarihi takip eden otuz günlük süre içerisinde başvuru yapılmalıdır. Kesinleşmiş mahkeme kararından önce işsizlik ödeneği almaya hak kazanan sigortalı tarafından yapılan başvurular, süresinde yapılmış kabul edilir.⁹⁷ Kıdem tazminatı ya da kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin dava açılması da İŞKUR'a başvuru şartını ortadan kaldırmaz.⁹⁸

İşsizlik ödeneğine hak kazanmak için yapılan başvurunun yasal süresi içerisinde olup olmadığı açısından fesih tarihi önem taşır. Kesinleşmiş mahkeme kararında belirtilen fesih tarihleri esas alınır.⁹⁹ İflas kararlarında, kesinleşme aranmaz. Fesih tarihi olarak kararda belirtilen iflas tarihi, esas alınır. İflas tarihinden önce prim yatırılmadan geçen süre, son yüz yirmi günün hesabında kesinti sayılmaz. İflas tarihi ile iflas kararının kesinleşme tarihi arasındaki başvurular, süresinde yapılmış sayılır. Mahkeme kararına karşı yasal yollara başvurulduğunda, sigortalı işsizlerin başvuru süresi, Yargıtay ya da istinaf mahkemesi kararının ilgililere tebliğ tarihinden başlar. Yargıtay ya da istinaf mahkemesi kararının tebliğ tarihinin tespit edilemediği durumlarda, kesinleşme şerhinin mahkeme kararına kaydedildiği tarih esas alınır. Kesinleşme tarihinin esas alınmasından dolayı, sigortalı işsizlik ödeneğine geç

⁹⁵ "Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonucu: Yerel mahkeme kararındaki niteleme ve temyiz in kapsamı dikkate alındığında uyuşmazlık, işten çıkış kodunun düzeltilmesi isteğine ilişkin olup, tanımlanan niteliği ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görev alanına girdiği maddi hata ile Dairemize gönderildiği düşünülmektedir.", Y.10.HD., K.2022/5961 (20 Nisan 2022).

⁹⁶ Yargıtay Başkanlığı (Yargıtay), "Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 25.01.2023 tarih ve 1 sayılı kararı" (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023).

⁹⁷ İŞKUR 2020-1 Sayılı Genelge, "3.6 Mahkeme Kararları (Tazminat ve Alacak Davaları)" bölümünün "a. Sigortalı işsiz işveren aleyhine açmış olduğu, Kurumumuzun taraf olmadığı davanın işçi lehine sonuçlanması halinde" başlıklı alt bölümü.

⁹⁸ İbrahim Subaşı-Yusuf Yiğit, "İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedeninin İşsizlik Sigortasından Yararlanma Hakkına Etkisi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar", *İş ve Hayat Dergisi*, 4/8 (2018), 141; Özlem Bal Bektaş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları", *Adalet Dergisi*, 65/2 (2020), 580.

⁹⁹ Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında, mahkeme kararında belirtilen tarihten önce bir çıkış bildirilmiş ise aradaki süre, ücretsiz izin olarak değerlendirilir. Bu kayıtlarda, mahkeme kararında belirtilen tarihten daha sonraki bir tarih belirtildiğinde ise mahkeme kararında belirtilen fesih tarihini izleyen gün, kesme ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarındaki işten çıkış tarihini izleyen gün itibarıyla başlatma işlemi yapılır. Mahkeme kararında kıdem tazminatına hükmedilmiş olması halinde, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında fesih tarihinden geriye dönük bir ayda iki gün veya daha fazla süreyle devamsızlık söz konusu ise bu süreler, ücretsiz izin olarak değerlendirilir. Konu hakkında bkz. İŞKUR 2020-1 Sayılı Genelge, "3.6 Mahkeme Kararları (Tazminat ve Alacak Davaları)" bölümünün "a. Sigortalı işsiz işveren aleyhine açmış olduğu, Kurumumuzun taraf olmadığı davanın işçi lehine sonuçlanması halinde" başlıklı alt bölümü.

kavuşmaktadır. Bu doğrultuda iş yargısının hızlandırılması, iş müfettişi raporunun esas alınmasına yönelik öneriler bulunmaktadır.¹⁰⁰

Tarafların anlaşması üzerine konusuz kalan ve kesinleşen mahkeme kararıyla başvurulması halinde feshin, Kanun kapsamında yapıldığını gösteren anlaşma tutanağı, protokol, ihbar veya kıdem tazminatına ya da her ikisinin ödendiğini gösteren bordro veya banka dekontunun ibrazı gerekir.

İşten çıkış kodunun, gerçekte olduğunun aksine, işveren tarafından işçinin işsizlik ödeneği almasına imkân vermeyecek bir şekilde gösterilmesi durumunda, işçi tarafından işverene dava açılması mümkündür. İşçi, bu durumda ödenmeyen işsizlik ödeneğinden dolayı işverenden maddi tazminat talebinde de bulunabilir. Zira işveren kusuru ile işçinin işsizlik ödeneği alamamasına kusuru ile neden olmuştur.¹⁰¹ İş sözleşmesinin işverenin baskısı ile feshedildiği bir olayda, işçi lehine mahrum kaldığı ihbar tazminatı ile 4447 sayılı Kanun kapsamında alması gereken işsizlik ödeneği hesaplanmak sureti ile bu tutara hükmedilmiştir.¹⁰²

SONUÇ

5510 sayılı Kanununun 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) alt bendi gereğince kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından iş sözleşmesinin sona ermesi, sigortalılık halinin de sona ermesini gerektirir. Maddenin ikinci fıkrasında ise hastalık ve analık sigortasında, ilgili kanunlar gereğince ücretsiz izinli olunması, işçinin grev katılması ya da işveren tarafından lokavt uygulanması durumunda, bu durumların sona ermesini, diğer durumlarda ise iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden onuncu günden itibaren yitirilmiş sayılması düzenlenmiştir.

İş sözleşmesi sona eren sigortalı, işten ayrılmasını takip eden on günlük süre içerisinde, 5510 sayılı Kanununun 9/3. maddesi uyarınca işveren tarafından SGK'na bildirilmelidir. Bildirim, elektronik ortamda işten ayrılış bildirgesi ile yapılır. İşten ayrılış bildirgesinde, işçinin iş sözleşmesinin sona erme nedeni de yer almaktadır. İşten çıkış kodları, 2013-11 sayılı Genelgenin birinci kısmının altıncı bölümünde kırk dokuz adet olarak sayılmaktadır. Genelge,

¹⁰⁰ "...Bu sorunun çözümü için iş yargısının hızlandırılması gerekmektedir. Ancak bunun yanında farklı yöntemlere de başvurulabilir. Örneğin, konunun bir iş müfettişi tarafından tetkiki ile iş müfettişi raporunda sözleşmenin feshinin işsizlik ödeneğine hak kazandıran sebeplerden biri ile gerçekleştiğinin tespiti halinde, işçiye Kurum tarafından derhal ödeme yapılması yöntemi belirlenebilir.", Limoncuoğlu, "İşsizlik Sigortası ve Uygulama Sorunları", 93; Bal Bektaş, *İşsizlik Sigortası*, 158.

¹⁰¹ Bal Bektaş, "İşsizlik Ödeneği", 567; Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 688; Ömer Ekmekçi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Sosyal Sigortalar Hukuku Kararları, (Ankara: Başbakanlık Yayınları, 2011), 347.

¹⁰² "Davacı işverenin baskısı sureti ile iş sözleşmesini evlilik nedeni ile feshetmiş, bu fesih nedeni ile de kıdem tazminatı ile 4447 sayılı kanunun 51. Maddesi uyarınca işsiz kaldığı süre için işsizlik tazminatında mahrum kalmıştır. Ancak davacı işveren feshi olduğunu belirterek, bir aylık süre içinde feshin geçersizliği ve işe iade davası açmadığından, feshin geçersizliğine bağlı boşta geçen süre ücretini maddi zarar olarak talep edemez. Davacının mahrum kaldığı ihbar tazminatı ile 4447 sayılı kanunun 51. Maddesindeki koşullara uygun olarak işsiz kaldığı süre için işsizlik sigortası alacağı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Yazılı gerekçe ile isteğin tamamen reddi hatalıdır.", Y.9.HD., K.2015/19018 (26 Mayıs 2015).

2021-9 sayılı Genelge ile 42 ile 50. kodlar eklenmek ve işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışından dolayı iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine ilişkin 29 nolu kod çıkarılmak sureti ile son halini almıştır.

İşten çıkış kodu, işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda önem taşıdığı gibi 4447 sayılı Kanunun 51. maddesinde düzenlenen işsizlik ödeneğini alma koşullarını sağlamak açısından da belirleyicidir. İşten çıkış kodunun gerçeğe aykırı gösterilmesinden dolayı, işçinin haksız yere işsizlik ödeneği alması durumunda, bu duruma neden olan işveren sorumludur. Bununla birlikte işçi ile işverenin anlaşmak sureti bu duruma yol açmaları durumunda, her ikisinin de sorumlu olması gerektiğini düşünmekteyiz.

İşveren açısından, işten ayrılış bildirisinde gösterilen işten çıkış kodunun, iş sözleşmesinin fesih nedeni ile çelişmemesi gerekir. Aynı durum, işçi açısından da geçerlidir. İşten çıkış kodunun yanlış gösterilmesi, tek başına iş sözleşmesinin feshini haksız hale getirmez. İşverenin, göstermiş olduğu işten çıkış kodu ile çelişen beyan ve davranışlarda bulunması, örneğin işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin ileri sürüldüğü durumlarda işçiye kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi, işveren aleyhine bir durum teşkil eder. Yazılı olarak fesih bildirim yapılmadığında, işveren göstermiş olduğu işten çıkış kodu ile bağlıdır. Ancak işveren açısından bu durum, mutlak olmayıp, aksi ispat edilebilir.

Arabuluculuk tutanaklarında, fesih gerekçesinin, 4447 sayılı Kanunun 51. maddesi kapsamında olduğunun açık bir şekilde belirtilmesi, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıldığının, feshin işveren tarafından haklı nedenle yapılmadığının belirtilmesi gibi durumlarda, iş sözleşmesinin işçinin istek ve iradesi dışında sona erdiği kabul edilerek, işçi, işsizlik ödeneğinden yararlandırılmaktadır.

İşçi, işten çıkış kodunu, e-Devlet sistemi üzerinden öğrenebilir. İşten ayrılış bildirgesi, işçinin haberi olmaksızın verildiğinde iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilmiş kabul edilir. İşten ayrılış bildirgesi, iş sözleşmesinin kimin tarafından feshedildiği, hangi tarihte feshedildiği, işçinin işyerindeki yaptığı iş gibi hususları da ortaya koyar. Uyuşmazlık durumunda, işten ayrılış bildirgesinin verildiği tarih, işe iade davasında süresinde arabuluculuğa başvurulduğunu ortaya koyar.

İşten ayrılış bildirgesinin, işveren tarafından SGK'na başvurulmak sureti ile düzeltilmesi mümkündür. İşten ayrılış bildirgesindeki meslek kodu, çıkış günü ve gerekçesi ile bu ay ve öncesindeki aylık kazancı, sigortalının işten ayrılmasını takip eden on günlük süre içinde, aylık prim ve hizmet belgesi ile uyumlu olması, şüphe ya da tereddüt uyandırmaması halinde işveren tarafından düzeltilebilmektedir. Bu süre içerisinde işten ayrılış bildirgesinin iptali de mümkündür. İşkolu ve sigortalının adresi ise her zaman değiştirilebilir. İşveren tarafından on günlük süre içerisinde düzeltme ya da iptal için başvuru yapılması mümkün olmasına karşın, işçi, ancak işverenle birlikte başvuru yapabilir. İşçinin, tek başına SGK'na başvuru yapması mümkün değildir.

İşten ayrılış bildirgeleri, on günlük süre sonrasında İŞKUR sistemine aktarıldığından, bu durumda İŞKUR'a başvuru yapılması gerekir. İşverenin yanı sıra işçinin de İŞKUR'a başvurması mümkündür. İşçi ya da işveren tarafından yapılan başvurularda, düzeltme nedenlerine ilişkin belgelerin de sunulması gerekir.

İşten çıkış kodunun düzeltilmesi için dava açılması mümkündür. Bu davanın öncesinde arabuluculuk yoluna başvurulması gerekmez. İşten çıkış kodunun düzeltilmesi davası açılabilmesi için işten çıkış kodunun hatalı olması yeterli olup, işçinin mağduriyetine yönelik delil sunması, somut bir olaya dayanması gerekmez. İşçinin, işsizlik ödeneğine hak kazanamaması durumunda da işçinin bu davayı açmakta hukuki yararı bulunur. Davada husumetin, işverene yöneltilmesi gerekmekte olup, SGK'na ihbar edilen sıfatı ile dahi olsa husumetin yöneltilmesi mümkün değildir. Zira bu davanın konusu, işveren ile işçi arasında işten ayrılış bildirgesi ile bildirilen işten çıkış kodunun düzeltilmesine ilişkindir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, (2022-7128 E., 2022-8175 K., 22.06.2022 T.) yakın tarihli bir kararı ile bu doğrultuda karar vermiştir. Kararı, isabetli bulmaktayız. 4447 sayılı Kanunun 51. maddesinde öngörülen koşulları sağlamasına karşın işsizlik ödeneği talebi reddedilen sigortalının, işsizlik ödeneğinin ödenmesine yönelik olarak İŞKUR'a dava açması ise mümkündür. Bu dava kazanıldığında, kesinleşmesi beklenmeksizin işsizlik ödeneği ödenir.

İşsizlik ödeneğine hak kazanılması açısından işçi ile işveren arasındaki alacak davaları da önemlidir. Kesinleşmiş bir mahkeme kararında, işçinin lehine kıdem ya da ihbar tazminatına ya da her ikisine hükmedilmesi, 4447 sayılı Kanunun 51. maddesi kapsamında iş sözleşmesinin feshedildiğine dair bir ifadeye yer verilmesi yeterlidir.

KAYNAKÇA

Akkan, Mine. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2 (2018), 1-31.

Andaç, Faruk. *Türk İşsizlik Sigortası Hukuku Uygulaması*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2020.

Arpat, Bülent vd. "Türk Sosyal Sigorta Primlerinde Muhtasar Beyanname ile Bildirimin İlgili Taraflar Ekseninde Değerlendirilmesi: Durum Çalışması Deseninde Bir Uygulama". *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 12/2 (2022), 231-250.

Arslan Durmuş, Seda. "Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Halinde İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2 (2022), 1159-1183.

Aydın, Devrim. "İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m.25/II) Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Ankara Barosu Dergisi*, 2 (2023), 137-171, 141.

Bal Bektaş, Özlem. "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları", *Adalet Dergisi*, 65/2 (2020), 559-583.

Bal Bektaş, Özlem. *İşsizlik Sigortası*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.

Bedük, Mehmet Nusret. “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/2 (2019), 679-726.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (ed.). *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2023.

Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2021.

Çavuş, Ö Hakan. “Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Gebe ve Anne Sigortalılara Yönelik Düzenlemeler”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 1 (2021), 75-96.

Diken, Mehmet Emre. “Kesinleşen İşe İade Kararları Sonrasında İşveren SGK Uygulamaları”. *Mali Çözüm Dergisi* (Ocak Şubat 2018), 279-283.

Ekmekçi, Ömer-Ceyhan, Murat. “İş Hukuku, Sosyal Güvenlik ve Vergi Mevzuatı Açısından İşe İade Davaları”. *Mali Çözüm Dergisi* (Mayıs Haziran 2017), 249-264.

Ekmekçi, Ömer. *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Sosyal Sigortalar Hukuku Kararları*. (Ankara: Başbakanlık Yayınları, 2011), 319-407.

Gerek, Hasan Nüvit. “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 4 (2011), 43-58.

Göktaş, Murat. “Sosyal Güvenlik Hukukunda Müeyyidesi Ağır Bir İşveren Yükümlülüğü: İşe Giriş ve İşten Ayrılış Bildirgesi”. *Mali Çözüm Dergisi*, 98 (2010), 205-216.

Göktaş, Naim. “Ülkemizde İşsizlik Sigortası ve İşsizlik Sigortasında Güncel Sorunlar”. *Mali Çözüm Dergisi*, 32 (173), 229-252.

Güzel, Ali vd. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 18. Basım, 2018.

Limoncuoğlu, Alp. “İşsizlik Sigortası ve Uygulama Sorunları”. *Sicil İş Hukuku Dergisi* (Haziran 2021), 84-97.

Mülayim, Baki Oğuz. *Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Ocak, Saim. “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”. *İş ve Hayat Dergisi*, 3/5 (2017), 174-227.

Özdamar, Murat-Çakar, Erden. “Sosyal Güvenlik Kurumuna Yasal Süresi Dışında Verilmesine Rağmen İdari Para Cezasına Konu Edilmeyecek Bildirimler”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20/1 (2014), 895-915.

Özdamar, Murat-Çakar, Erden. “İşe İade Davasının İşçi Tarafından Kazanılması Durumunda SGK’ya Yapılacak Bildirimler Nelerdir?”. *Mali Çözüm Dergisi* (Kasım-Aralık 2013), 197-206.

Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 5. Basım, 2021.

Subaşı, İbrahim-Yiğit, Yusuf. “İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedeninin İşsizlik Sigortasından Yararlanma Hakkına Etkisi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar”. *İş ve Hayat Dergisi*, 4/8 (2018), 135-165.

Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Basım, 2022.

Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*. İstanbul: Beta Yayınevi, 12. Basım, 2017.

Şimşek, Akın. “Sigortalılığın Sona Ermesi ve Bildirimi”. *Vergi Raporu Dergisi* (Ocak 2015), 104-109.

Tuncay, A. Can–Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 20. Basım, 2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

Dilli, Esmen. “SGK’ya İnternette Verilmesi Zorunlu Olan Belgeler”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

<https://www.isvesosyalguvenlik.com/sgkya-internetten-verilmesi-zorunlu-olan-belgeler/>

ISG, İş ve Sosyal Güvenlik. “Sigortalı İşten Ayrılış Bildirgesi ile İlgili Özellikli Durumlar”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

<https://www.isvesosyalguvenlik.com/sigortalı-isten-ayrilis-bildirgesiyle-ilgili-ozellikli-durumlar/>

İŞKUR (Türkiye İş Kurumu). “Türkiye İş Kurumu İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı Pasif İşgücü Hizmetleri 2020/1 sayılı Genelge”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

<https://kms.kaysis.gov.tr/>

İŞKUR “Türkiye İş Kurumu İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı İşsizlik Sigortası Uygulamaları ve Araboluculuk Sistemi, 21.02.2018 tarih ve 72808405-400-6040 sayılı yazı”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

<https://kms.kaysis.gov.tr/>

SGK (Sosyal Güvenlik Kurumu). “Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Sigortalı Tescil ve Hizmet Daire Başkanlığı 2009/121 sayılı Genelge (SGK 2009-121 sayılı Genelge”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

<https://kms.kaysis.gov.tr/>

SGK. “Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalılık İşlemleri 2013-11 sayılı Genelge”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023. <https://kms.kaysis.gov.tr/>

SGK. “Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalılık İşlemleri 2021-9 sayılı Genelge”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

<https://kms.kaysis.gov.tr/>

SGK. “Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligat İşlemleri 2021-38 sayılı Genelge”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.
<https://kms.kaysis.gov.tr/>

SGK. “Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalılık İşlemleri 2023-13 sayılı Genelge”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.
<https://kms.kaysis.gov.tr/>

SGK. “İşten Ayrılış Nedenleri”. Erişim 15 Ağustos 2023.
<https://uyg.sgk.gov.tr/SigortalıTescil/jsp/nedenleryeni.html>

SGK. “Kod 29 ile İlgili Basın Duyurusu”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.
<https://www.sgk.gov.tr/Duyuru/Detay/KOD-29-ile-İlgili-Basin-Duyurusu-2022-06-07-04-33-05>

Yargıtay (Yargıtay Başkanlığı), “Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 25.01.2023 tarih ve 1 sayılı kararı”. Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.
<https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1674802439.pdf>

YHGK. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu), K.2017/1318 (08 Ocak 2017)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

YHGK, K.2015/7-3373 (1 Mart 2017)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

YHGK, K.2018/108 (24 Ocak 2018)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.7.HD. (Yargıtay 7. Hukuk Dairesi), K.2016/1804 (28 Ocak 2016)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.7.HD., K.2016/1933 (08 Şubat 2016)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.7.HD., K. 2016/6534 (17 Mart 2016)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.7.HD., K.2021/178 (11 Ocak 2021)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi), K.2014/38496 (16 Aralık 2014)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD. (Yargıtay), K.2015/19018 (26 Mayıs 2015)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2015/20198 (03 Haziran 2015)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2016/2349 (02 Şubat 2016)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2017/19046 (27 Kasım 2017)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K. 2018/19254 (24 Ekim 2018)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2018/22517 (06 Aralık 2018)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2019/3953 (18 Şubat 2019)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2020/1323 (04 Şubat 2020)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2020/760 (21 Şubat 2020)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2020/13283 (26 Ekim 2020)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2020/16576 (24 Kasım 2020)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2020/19085 (17 Aralık 2020)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2022/5676 (09 Mayıs 2022)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2022/5926 (12 Mayıs 2022)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2022/8175 (22 Haziran 2022)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.9.HD., K.2022/8225 (23 Haziran 2022)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.10.HD. (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi), K.2022/5961 (20 Nisan 2022).

Y.11.HD. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi), K. 2022/11839 (05 Ekim 2022)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.21.HD. (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi), K.2020/324 (28 Ocak 2020)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.22.HD. (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi), K.2015/12271 (01 Nisan 2015)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.22.HD., K.2015/18913 (28 Mayıs 2015)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.22.HD., K.2016/12587 (27 Nisan 2016)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.22.HD., K.2019/15905 (11 Eylül 2019)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Y.22.HD., K. 2020/8447 (01 Temmuz 2020)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>



Osmanlı Devleti'nde Kadınların Devlet Yönetimine Etkileri (*)

The Effects of Women on State Administration in the Ottoman Empire

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah İSLAMOĞLU**

Öz

Osmanlı Devleti'nde kadınlar, devlet yönetiminde etkili olmuştur. Bu durumun bazı etkenleri vardır. Birincisi, padişahların seferlere katılmamasıdır. İkinci etken harem etkinlik kazanmasıdır. Diğer bir etken hanedan siyasetinde yaşanan değişimdir. Siyasi statü elde edebilmek için padişah kadınlarının şehzade validesi olması gibi bir zorunluluk vardı. Diğer bir etken paranın önem kazanmasıdır. Mevkilerin yetkilerinin artmasına doğru orantılı olarak fiyatları da yükselmiş ve bu makamlar oldukça büyük rüşvetlerle satılır hale gelmişti. Kadınların devlet yönetimine etkileri özellikle 16. yüzyılda ve devamında artarak devam etmiştir. Kadınlar; yolsuzluk, rüşvet, adam kayırma, mevki satma, mevki alma, mansıp temin etme, hısım ve akrabayı mansıba kayırma gibi faaliyetlerde bulunmuş ve devlet işlerini ellerine geçirmişlerdir. Bu kadın idaresi ve hükümranlılığı döneminde nüfuzlu saray kadınları, bir mansıptan daha fazla rüşvet almak ve daha fazla para kazanabilmek için Sancakbeylerini, Kadınları, Valileri bir yerden bir yere, bir mevkiden diğer mevkiye kaydırmışlardır. Kadınlar arasındaki iktidar çatışması devletin kaderini doğrudan etkilemiştir. Özellikle üç haseki Osmanlı devlet yönetiminde oldukça etkili olmuştur: Kösem Sultan, Safiye Sultan ve Hürrem Sultan.

Anahtar Kelimeler

Osmanlı, Devlet Yönetimi, Kadınlar, Kösem Sultan, Safiye Sultan, Hürrem Sultan.

Abstract

In the Ottoman Empire, women were influential in state administration. There are some factors to this situation. The first is that the sultans did not participate in the campaigns. The second factor is the effectiveness of the Harem. Another factor is the alteration in Ottoman's dynastic politics. In order to obtain political status, there was an obligation for the sultan's woman

* Makale Geliş Tarihi: 31.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 18.12.2023 – Yayın Tarihi: 29.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1384030

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Hukuk ve Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul – Türkiye,

E-posta: aislam@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8392-9012

to be the princely mothers. Another factor is the importance of money. As the powers of the positions increased, their prices also increased and these positions became available for sale with very large douceurs. Women influence on state administration continued to increase, especially in the 16th century and beyond. Women engaged in activities such as corruption, bribery, favoritism, selling and buying positions, obtaining positions, favoring relatives and took over state affairs. During this period of female rule and sovereignty, influential palace women moved Sanjak Beys, Kadıs and Governors from one position to another in order to receive more bribes from a rank and earn more money. The power conflict between women directly affected the fate of the state. In particular, three haseki were very influential in the Ottoman State administration: Kösem Sultan, Safiye Sultan and Hürrem Sultan.

Key words

Ottoman, State Government, Women, Kosem Sultan, Safiye Sultan, Hurrem Sultan.

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu'nda, kadınların yönetimde etkin olmasının kökenleri eski Türk Devletleri'ne kadar uzanmaktadır. Orta Asya'da, kadınlar hükümdar üzerinde belirgin bir nüfuz sahibiydiler. Hükümdarın baş hatunu, diğer hatunların üzerinde bir konumda bulunurdu. Hükümdar bir yerden ayrıldığında, önce başkadın ve ardından diğer hükümdar eşleri hareket etmekteydi. Kadınlar, kendi iradelerine tahsis edilmiş bazı vilayet ve bölgelerde önemli roller üstleniyorlardı. Bu bölgelere kendi taraflarından atanan memurlar aracılığıyla vergi ve rüsum toplarlardı. Kadınlar aynı zamanda bu bölgelerin yönetimine, kendi atadıkları memurlar aracılığıyla katkıda bulunuyorlardı. İlhanlılar döneminde, kadınların sözlerine riayet edilmesi, onlara duyulan saygıdan kaynaklanıyordu; ancak zaman zaman zaafların da etkisiyle olabiliyordu. Hülagu Han'ın Anadolu Selçuklu Hükümdarı II. İzzüddin Keykavus'u cezalandırmaktan vazgeçmesi, zevcelerinden Dokuz Hatun'un ricasına dayanıyordu. Benzer şekilde, İlhanlı veziri Şemsiddin Mehmet Cüveyni, muhaliflerinin faaliyetleriyle karşı karşıya kaldığında, Ahmet Teküdar'ın zevcelerinden Ermeni Hatun'un araya girmesiyle vezaretini sürdürmüştü. Ayrıca, Selçuk Hükümdarı III. Alaüddin Keykubad, Şehzade Hülagun'un kızı tarafından bağışlanarak ölümden kurtulmuştu¹.

Aile içinde hükümdardan sonra en yetkili kişi genellikle hükümdarın eşi olan hatundu. Hükümdar eşleri, ayrı otağlarda yaşar ve önemli kararların alındığı kurultaylara katılırlardı. Elçileri kabul edebilen kadınlar, devletin genel siyasetine yön vermiş, devleti idare etmiş ve hatta devlet reisliği yapmışlardır². Uygurlar'da "ana-ata" ve Harzemşahlar'da "ulu ana" gibi

¹ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devlet Teşkilatına Medhal* (İstanbul: TTK Yayınları, 1939), 207-208.

² Şükrü Karatepe, *Osmanlı Dünyayı Nasıl Fethetti-Devlet Yönetimi* (İstanbul: İz Yayıncılık, t.y.), 8-9.

ifadelerle büyük anaya olan saygı yaygındır³.

Osmanlı İmparatorluğu'nda, kadınların yönetimdeki etkileri özellikle 16. yüzyıldan sonra belirginleşmiş, Hürrem Sultan, Safiye Sultan ve Kösem Sultan gibi kadınların devlet işlerine müdahalesi, imparatorluğun aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Harem entrikalarının şehzade öldürmeleri ve padişahların savaflara bizzat katılmamalarına sebep olarak görülmektedir⁴.

Fatih Sultan Mehmet siyaseten katil kurumunu hukuki zemine kavuşturmuştur. Evladını korumak isteyen padişah eşlerinin entrikalara bulaşmasının bir sebebi olarak bu durum zikredilebilir. Ancak bir sebep bu olsa da bunun başkaca etkenleri de mevcuttur.

I. KADINLARIN YÖNETİMDE ETKİN OLMALARININ ETKENLERİ

Osmanlı Devleti'nin kadınların yönetimde etkinleşmeye başlamasındaki temel etken, kuruluşundan itibaren gaza, cihat ve kızıl elma gibi ideolojilerle sürekli ve periyodik büyüme içerisinde olmasına rağmen, 16. yüzyıla gelindiğinde gerçekleşen idari değişiklikler ve yeni sistemlerin, sürekli büyümeye uygun olmamasıdır. Bu dönemde padişahların ordunun başında sefere katılmaktan vazgeçmeleri, özellikle 16. yüzyıl sonu ve 17. yüzyıl padişahlarına kadar belirginleşmiştir. Sultanlar, genellikle sefere bizzat katılmayarak saraya kapanmış ve daha fazla vakitlerini başkent içinde geçirmişlerdir⁵.

Süleyman sonrası dönemde, Osmanlı padişahlarından II. Selim ve III. Murat gibi bazıları, sefere katılmamış ve sarayda yerleşik bir hayat sürmüşlerdir⁶. Bu değişikliklerin sebepleri arasında, padişahların dünyevi meselelere daha fazla önem vermesi, saray hayatının cazibeleri, rahatlık ve cariyelerle geçen yaşamın güzellikleri bulunmaktadır. Bu padişahların, gaza anlayışına ve savaş alanında başarı elde etme arzusuna öncelik vermedikleri ifade edilmektedir. Ancak, sultanların sefere katılmamalarının ardında, devletin varlığını sürdürme ve koruma isteğinin, büyüme arzusundan daha ağır bastığı da vurgulanmaktadır.

Padişahların Süleyman sonrası dönemde tebaa ve idareciler ile mesafe koyması, “saray padişahı” imajı yaratma çabası olarak değerlendirilmiştir. Bu dönemdeki padişahlar, seleflerinin aksine halk ve yöneticilerle savaş meydanlarında veya savaş sonrası zafer dönüşlerinde yakın ilişkiler kuramamışlardır. III. Murat gibi bazı sultanlar, hiçbir zaman başkentten dışarı çıkmamış veya nadiren dışarı çıkmışlardır. Padişahların saraya kapanmasının

³ Necati Gültepe, *Türk Kadın Tarihine Giriş* (İstanbul: Ötüken Yayınları, 2008), 260.

⁴ Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik* (İstanbul: Beyan Yayınları, 1996), 281.

⁵ Caroline F. Finkel, *Rüyadan İmparatorluğa Osmanlı: Osmanlı İmparatorluğunun Öyküsü 1300-1923*, çev. Zülal Kılıç (İstanbul: Timaş Yayınları, 2007), 177.

⁶ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı'da Harem* (İstanbul: OSAV Yayınları, 2006), 315.

bir etkeni olarak, "Kafir Kadınlar" kavramı ortaya atılmıştır. Bu kavram, Osmanlı padişahları arasında yaşanan Maria ile evlenme olayına dayanmaktadır ve padişahın saraya bağlanmasını sağlamıştır⁷.

Saraydan ve başkentten dışarı çıkmayan padişahların ortaya çıkmasının sonucu olarak, saray içindeki güç odakları, padişaha daha yakın olabilmiş ve bu durum, sultanların etkilemelere daha açık ve duyarlı bir kişilik sergilemelerine neden olmuştur. Bu fırsatları değerlendirmek isteyen hizipler, yani vezirler, hasekiler, sultan kızları ve valideler, padişah üzerinde etkili olma ve kontrol altına alma mücadelesi içine girmişlerdir.

İkinci etken olarak harem etkinlik kazanması da Osmanlı Devleti'nde kadınların yönetimde etkinleşmeye başlamasında önemli bir faktördü. Harem, genellikle ev reisinin kadınları, cariyeleri ve çocukları ile birlikte yaşadığı özel bir alan olarak kabul edilirdi. Harem, geleneksel olarak erkeklerin girmesinin yasak olduğu bir yer olarak bilinirdi⁸.

Haremden yaşayan kadınlar, padişahın anneleri, eşleri, kızları ve cariyeleri gibi çeşitli statülere sahip olabilirdi. Harem, sadece bir aile yuvası olarak değil, aynı zamanda devlet işleri, politika ve entrikaların merkezi haline gelmişti. Padişahın eşleri ve cariyeleri arasında rekabet, güç mücadeleleri ve entrikalar sıkça yaşanırdı.

Padişahın sefere katılmaması ve saraya kapanmasıyla birlikte, harem içindeki kadınlar, padişahın etrafındaki güç dengesini etkilemeye başladılar. Harem içindeki güç odakları, padişahın etkilenmesine ve yönetimde daha fazla rol oynamalarına fırsat tanıdı. Padişahın kararlarını etkileyen ve hatta belirleyen harem etkisi, zamanla Osmanlı yönetiminde önemli bir faktör haline geldi.

Bu durum, özellikle Hürrem Sultan, Safiye Sultan ve Kösem Sultan gibi güçlü ve etkili haremi olan padişahların dönemlerinde belirginleşti. Bu sultanlar, harem içindeki entrikaları yöneterek ve harem etkisiyle devlet işlerine müdahale ederek Osmanlı politikasını etkilediler. Dolayısıyla, harem etkinlik kazanması Osmanlı Devleti'nde kadınların yönetimde daha etkin bir rol oynamasına zemin hazırlayan önemli bir etkendi⁹.

Haremın asıl adı Darüssaade'dir. Darüssaade, Osmanlı Devleti'nde padişahın ve padişahın kadınlarının, validelerinin, kız kardeşlerinin, kızlarının ve haremdenki diğer nüfuzlu kadınların yaşadığı özel bir alandır. Ayrıca, hadım edilmiş görevliler de harem içinde bulunurdu. III.

⁷ Leslie P. Peirce, *Harem-i Hümayun (Osmanlı İmparatorluğu'nda Hükümlerlik ve Kadınlar)*, çev. Ayşe Berktaş (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996) 223, 226, 230, 231.

⁸ Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik*, 275.

⁹ Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik*, 275.

Murat'tan sonra padişahın sefere katılmaması ve saraya kapanmasıyla birlikte, haremın etkisi artmış ve Osmanlı yönetiminde daha belirgin bir rol oynamıştır.

Fatih Sultan Mehmet tarafından Topkapı Sarayı'nın inşa edilmesinden önce, Harem Eski Saray'da yer alıyordu. Ancak, Fatih Sultan Mehmet'in Topkapı Sarayı'nı yaptırmalarıyla birlikte, Harem'in bir kısmı Yeni Saray'a taşındı. Bu taşınan bölümler arasında büyük harem ve hizmetkâr cariyeler bulunuyordu. Diğer yandan, Topkapı Sarayı'na taşınmayan kısımlar arasında hazineler, silahhane ve padişaha daha yakın olanlar bulunmaktaydı. Fatih Sultan Mehmet, Yeni Saray'ı "Kadınlar Saltanatı" merkezi olarak değil, tamamen erkekler dünyası olarak gördüğü için, bu taşıma işleminde seçici davranmıştır. Bu durum, Osmanlı'da harem ve sarayın gücünün nasıl yönetildiğine dair önemli bir örnektir.¹⁰ Fatih Sultan Mehmet'ten sonra, özellikle III. Murat döneminde, haremın Topkapı Sarayı'na taşınması ve padişahların haremle olan ilişkilerindeki değişiklikler, Osmanlı yönetiminde önemli etkiler yaratmıştır. III. Murat'ın harem dairesine taşınması, Osmanlı padişahlarının haremle olan etkileşiminde bir dönüm noktası olmuştur.

Harem dairesinin Topkapı Sarayı'na taşınmasıyla birlikte, padişahlar ve harem arasındaki ilişkilerde önemli değişiklikler meydana geldi. Önceki padişahlar, sarayın üçüncü avlusunda oturur ve haremle olan ilişkileri genellikle ziyaret şeklinde olurdu. Ancak III. Murat'ın harem dairesine taşınmasıyla birlikte, padişahlar artık haremde yaşamaya başlamışlardır. Bu durum, hem padişahların hem de harem içindeki kadınların davranışlarında ve statülerinde büyük değişikliklere yol açtı.

Harem dairesinin büyüklüğü arttıkça, içindeki nüfus da muazzam bir şekilde arttı. III. Murat sonrasında padişahların Harem'e çekilmesi, Harem içindeki güç odaklarını ön plana çıkardı. Harem içindeki kadınlar, özellikle valide sultanlar ve haremle ilgili yüksek makamlar, padişahın etrafında daha fazla nüfuz kazandılar. Bu dönemde hadımağalığı makamı önem kazanarak, İslam'ın kutsal yerlerini destekleyen vakıfların denetimini üstlendi. Hadımağalığı makamının elinde bulunan büyük paralar, bu makamı Osmanlı Devleti içinde önemli bir konuma getirdi.

Harem içerisindeki güç odaklarının padişaha daha yakın olabilme ve onu etkileyebilme fırsatları elde etmeleri, Osmanlı yönetiminde önemli değişikliklere yol açtı. Bu dönemde, saray dışındaki güç odakları olan sadrazamlar ve vezirlerin önemi azalmıştır. Padişahın nerede bulunduğu ve yaşadığı yer, kişinin statüsünü belirleyerek, hükümdara ne kadar

¹⁰ Andrew Wheatcroft, *Osmanlılar*, çev. Mehmet Harmanlı (İstanbul: Altın Kitapları Yayınevi, 1996), 38.

yaklaşılabileceğini göstermiştir. Bu da padişahın etrafındaki üst düzey kişilerin nüfuzunu ve otoritesini belirlemiştir.

Harem içerisindeki güç odakları, özellikle padişahın anneleri ve gözdeleleri, devlet işlerine müdahale etmeye başlamışlardır. Harem ve haremdekiler, gözdeleler, valide sultanlar ve cariyeler, dış dünya ile bağlantıyı Harem Ağaları aracılığıyla sağlar ve devlet işlerinden haberdar olurlardı. Bu durum, Osmanlı politikasında ve yönetiminde Harem'in önemli bir rol oynamasına neden olmuştur¹¹.

Hanedan politikasındaki değişim, Osmanlı Devleti'nde kadınların yönetimde etkinleşmelerinde önemli bir etken olmuştur. Özellikle 16. yüzyıl boyunca hanedan politikasındaki değişiklikler, padişahın kadınlarının politik statü elde etme çabalarını ve bu bağlamda Osmanlı yönetimindeki dinamikleri etkilemiştir.

Önceden, padişahın kadınları arasında şehzade validesi olma zorunluluğu vardı. Ancak 16. yüzyılda bu kadınların sayısının artması ve politik statü kazanma çabaları, yeni sorunları beraberinde getirmiştir. Valide sultanlar, saygın ancak kamusal bir güce sahip olmayan kişiler olarak görülüyorlardı. Görevleri genellikle şehzade ile birlikte sancağa gitmek ve şehzadenin eğitimi ve nezaretiyle ilgilenmekti.

Ancak Hürrem Sultan'ın döneminde bu geleneğin terk edildiğini görüyoruz. Hürrem Sultan, başkentte kalabilen ilk şehzade annesi olarak öne çıktı. Süleyman'ın diğer hasekisi Mah-i Devran Hatun'un oğlu Mustafa, sancağa gönderilirken, Hürrem Sultan başkentte kalmaya devam etti. Bu durum, şehzadelerin sancağa gönderilme geleneğinin terk edilmesiyle daha fazla önem kazandı. Şehzadelerin saraya kapatılmasıyla birlikte, valide sultanlar, yani padişahın kadınları, merkezde toplanmaya başladılar.

Bu değişim, valide sultanların politik etkisinin artmasına yol açtı. Başkentte kalan valide sultanlar, padişahın yönetimi üzerinde daha fazla etkide bulunma fırsatına sahip oldular. Bu durum, hanedan politikasındaki değişimin Osmanlı Devleti'nde kadınların politik arenada daha aktif bir rol oynamasına zemin hazırladığını gösteriyor. Hanedan içindeki bu değişiklikler, Osmanlı yönetimindeki güç dengelerinde ve politikada önemli değişimlere neden oldu¹². Bahsettiğimiz durum, Saray'daki güç dengelerinde önemli bir değişikliğe neden oldu. Saray içerisinde valide sultanın kişiliği ve unvanı, padişahın annesi olarak taşıdığı özel bir konumdan kaynaklanan güç unsuru haline geldi. Valide sultanın şehzade doğurduğu zaman diğer

¹¹ Alphonse De Lamartine, *Osmanlı Tarihi*, çev. Serhat Bayram (İstanbul: Toker Yayınları, 1995), 434, 435.

¹² Pierce, *Harem-i Hümayun*, 30, 80.

kadınlardan ayrılması ve belirginleşmesi, saray içinde bir hiyerarşi oluşturmuştur.

Özellikle, valide sultanın oğlu padişah olduğunda, onun gücü, nüfuzu ve etkinliği artıyordu. Bu durum, padişahın annesi olan valide sultanın, padişahın yönetiminde önemli bir rol oynamasına zemin hazırlıyordu. Valide sultan, padişahın annesi olarak hem aile içinde hem de sarayın içinde özel bir konuma sahipti. Şehzade, padişah olduktan sonra valide sultanın etkisi genellikle daha belirgin bir hal alıyordu.

Bu kadın hiyerarşisi içinde, valide sultanın gücü ve etkinliği, padişahın hükümeti üzerinde ciddi bir etki sağlıyordu. Valide sultan, padişahın en güvendiği danışmanlardan biri olarak hareket edebilir ve hatta devlet işlerine müdahale edebilirdi. Bu durum, Osmanlı yönetiminde kadınların, özellikle valide sultanların, politik arenada etkili bir rol oynamasına yol açmıştır.

Valide sultanın gücü, sadece saray içinde değil, aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin genel yönetiminde de hissedilir hale gelmiştir. Bu, hanedan politikası ve saray içindeki güç dengelerindeki evrimin bir sonucudur. Valide sultanlar, Osmanlı Devleti'nde politik etkileşimde bulunan ve güçlü bir konuma sahip olan önemli figürlerden biri haline gelmiştir¹³.

Diğer bir etken paranın önem kazanmasıdır. Osmanlı Devleti'nde para ve mali kaynakların önem kazanması, Osmanlı kültüründe ve devlet yönetiminde önemli değişikliklere neden oldu. 16. yüzyılın sonlarına doğru, devşirmeler, dönmeler, ve Harem'deki cariyelerin etkisinin artmasıyla birlikte, Osmanlı toplumunda ve yönetiminde önemli değişimler ortaya çıkmıştır.

Harem'deki kadınların, özellikle Haseki Sultan, Baş Kadın ve Valide Sultan gibi önemli mevkilere yükselmeleri, Osmanlı kültüründe yeni bir dinamik yaratmıştır. Bu kadınlar, mevkilerini yükseltmek ve etkilerini artırmak için çeşitli yolları kullanmışlardır. Bu dönemde, Osmanlı toplumunda ve devlet yönetimindeki değişimlerin bir yansıması olarak, para ve mali kaynaklar daha fazla ön plana çıkmıştır.

Özellikle sadrazamlık gibi önemli makamların elde edilmesi veya mührün ele geçirilmesi istendiğinde, valide sultan ve haseki sultan gibi etkili kadınlara yaklaşma ve onların gözüne girmeye çalışma eğilimi ortaya çıkmıştır. Bu kadınlar, padişahın çevresindeki nüfuzlarıyla bilinir hale gelmiş ve bu nüfuzlarını kullanarak statülerinden faydalanmışlardır.

Sadaret mührünün pahalılaşması ve mührü alabilmek için büyük bir servet gerekliliği, devlet içindeki önemli makamlara ulaşma sürecinde rüşvetin ve finansal kaynakların ne kadar etkili olduğunu gösteriyor. Bu durum, Osmanlı Devleti'nde mevkilere yükselmek isteyenlerin mali

¹³ Wheatcroft, *Osmanlılar*, 50.

kaynaklarını kullanma ve padişahın yakınlarına rüşvet verme eğilimini artırmıştır. Bu, Osmanlı toplumunda ve yönetiminde para odaklı bir etki mekanizması oluşturmuştur¹⁴. Osmanlı Devleti'nde etkili ve nüfuzlu kadınlar, servetlerini büyüterek büyük bir güç elde edebiliyorlardı. Bu güçleri sayesinde atamalardan büyük rüşvetler alabiliyor ve devlet içinde etkili bir konuma gelebiliyorlardı. Bu durum, haremın etkili kadınlarının lüks ve ihtişam içinde bir yaşam sürmelerine olanak tanımıştır.

Haremın nüfuzlu kadınları, kendilerine hediyeler sunan elçilerin yarıştığı bir ortamda, devletin gelir kaynaklarından yararlanarak lüks bir yaşam sürmüşlerdir. Bu gelir kaynakları arasında, kendilerine gelen hediyeler, Doğu Akdeniz limanlarına gönderdikleri gemilerin kazancı ve "paşmaklık" veya "terlik parası" adı verilen hasların geliri bulunuyordu.

Elçiler, haremın etkili kadınlarına hediyeler vermek için bir yarış içindeydiler, çünkü bu kadınlar, haremden idari yönetimle ilgili önemli kararlar alabilecek kadar etkili pozisyonlara sahipti. Özellikle bu kadınlar, Tuna Beyi'nin, patriğin, metropolitin ve sancakbeyinin tayinini belirleme gibi kritik konularda söz sahibi olabiliyorlardı.

Bu durum, Osmanlı Devleti'nde kadınların sadece aile içinde değil, aynı zamanda devlet yönetiminde de etkili bir rol oynamalarına neden olmuştur. Kadınların bu ekonomik ve politik etkileşimi, haremın içindeki güç dinamiklerini ve Osmanlı toplumunun genel yapısını önemli ölçüde etkilemiştir¹⁵.

II. YÖNETİME ETKİNİN SEMBOLÜ ÜÇ HASEKİ¹⁶: HÜRREM, SAFİYE VE KÖSEM SULTAN

Özellikle üç hasekenin Osmanlı Devlet yönetiminde önemli bir etkiye sahip olduğu gözlemlenmiştir. Bu hasekilerden ilki olan Hürrem Sultan¹⁷, gözde hasekiliği sayesinde sarayda oldukça kritik bir konumda bulunmaktaydı. Adeta sultanın baş danışmanı gibi görev yaparak, padişaha danışmanlık hizmeti sunmaktaydı. Hürrem Sultan'ın, Kanuni'nin seferleri sırasında yazdığı mektuplara bakıldığında, siyasi konularda ne kadar etkili olduğu ve padişahın vekili gibi davrandığı açıkça görülebilir. Kanuni Sultan Süleyman'ın ilk saltanat yıllarında bile Hürrem Sultan'ın siyasi olaylara müdahale etmekten çekinmediği görülmektedir. Bir mektubunda, Sadrazam İbrahim Paşa ile ilgili daha önce bahsettiği bir konuya değinerek, Sultan Süleyman'a sorması üzerine, paşanın cevabında "Paşaya niçin kızgın olduğumu Allah izin

¹⁴ Ertuğrul Burak, *Cariyeler Saltanatı* (İstanbul: Manifesto Kitap, 2006), 82, 83.

¹⁵ Nicolae Jorga, *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi* (İstanbul: y.y., 2005), 3/161.

¹⁶ Haseki tahta geçme ihtimali olan şehzadenin annesidir. Valide Sultan'dan sonra gelir. Yavuz Bahadıroğlu, *Osmanlı Sarayları, Saray Hayatı ve Harem* (İstanbul: Paradoks Yayınları, 2012), 276.

¹⁷ Saraya bir esir olarak gelen Hürrem Sultan'ın Avrat Pazarı'nda esir pazarı kurması ironiktir. Sema Ok, *Haremağaları* (İstanbul: Kamer Yayınları, 1997), 20.

verirse yine beraber olduğumuz bir sırada anlatırım" şeklinde ifadeler kullanmıştır. Hürrem Sultan'ın padişaha yazdığı mektuplarda genellikle eşine duyduğu özlem, aile haberleri, selamlar ve saray ile başkentteki siyasi gelişmeler hakkında bilgiler bulunmaktadır. Sultan Süleyman'ın Doğu Seferi sırasında Hürrem Sultan, Barbaros Hayrettin Paşa'nın Tunus Deniz Seferleri'ndeki başarıları hakkında padişaha bilgi sunmuştur. Sadrazam ve diğer önemli devlet adamlarıyla birlikte sefere katılmayan Hürrem Sultan, sarayda padişahın güvenilir haber kaynağı ve siyasi danışmanı gibi önemli roller üstlenmiştir. Kanuni Sultan Süleyman, iki sevdikleri arasındaki kuşatma altında kalmış ve bu kişilerin nüfuz alanları birbirine karışmıştır. Hürrem, padişahın yanında olabilmek için çeşitli çabalar sarf ederken, İbrahim Paşa da padişahın yakınlığından faydalanarak güç kazanmaya çalışmış ve padişahın güvenini kaybetmek istememiştir.¹⁸ Bu durum, açık bir mücadelenin başlayabileceğine dair belirtiler taşıyordu. Gerçekten de Hürrem Sultan, kendi şehzadelerinden birini tahta geçirmek istemesi nedeniyle bu hedefine engel olabilecek her türlü karşı cepheye karşı düşmanca bir tavır sergilemişti. Bu cephelerden biri de Sadrazam Damat İbrahim Paşa'ya yönelmişti. Valide Hafsa Sultan'a yakın bir isim olan Sadrazam, Şehzade Mustafa'nın veliahtlığını da destekleyen biriydi. Hürrem Sultan, ilk gelini Mah-i Devran Kadın'ı koruyarak ve onun oğlu Mustafa'yı destekleyerek, Valide Hafsa Sultan ve ona destek veren Sadrazama karşı bir cephe oluşturmuştu. Bu çatışma, Hürrem Sultan'ın İbrahim Paşa'dan kurtulma arzusuyla birleşmişti. Ayrıca, İbrahim Paşa'nın padişah gibi davranmasına karşı Hürrem Sultan'ın bir rahatsızlığı vardı ve bu durum onu çileden çıkarıyordu¹⁹. Ancak Hürrem Sultan, İbrahim Paşa'nın görevinden alınması için onun bir hata yapması gerektiğini, aksi takdirde ona karşı bir şey yapamayacağını biliyordu. Valide Hafsa Sultan'ın 1534 yılında vefat etmesi, İbrahim Paşa'nın en büyük destekçisini kaybetmesine neden oldu. Bu durum, Hürrem Sultan'a kayınvalidesinin ölümüyle daha özgürce hareket etme fırsatı tanıdı ve o, Sultan Süleyman'ı daha fazla etkileyebilmeyi başardı. Hürrem Sultan'ın İbrahim Paşa'ya karşı duyduğu kin ise hiç azalmıyordu. Sonunda, Hürrem Sultan'ın beklediği hatalar zinciri gerçekleşti. İbrahim Paşa, Defterdar İskender Çelebi'yi öldürtmüş, seferlerde bir padişah gibi davranmış hatta kendisini "serasker sultan" olarak adlandırmıştı. Bu hatalar ve Hürrem Sultan'ın etkileriyle Sultan Süleyman, İbrahim Paşa'dan soğudu. 1536 yılında İbrahim Paşa'nın idamına karar verildi ve infaz gece yarısı gerçekleştirildi²⁰. Böylelikle Hürrem önemli bir rakibinden kurtulmuş oluyordu.

¹⁸ Nazım Tektaş, *Haremden Taşanlar: Padişahların Bütün Kadınları* (İstanbul: Çatı Kitapları Yayınları, 2004), 96,97.

¹⁹ İlhan Akşit, *Osmanlı'nın Gizemi Harem* (İstanbul: Akşit Kültür ve Turizm Yayınları, 2000), 95; Burak, *Cariyeler Saltanatı*, 29.

²⁰ Ahmet Refik Altınay, *Kadınlar Saltanatı* (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2005), 32-33.

Hürrem Sultan'ın çocuklarından birini tahta geçirmek amacıyla oluşturulacak aile ittifakı için artık zemin hazırды. Sultan Süleyman'ın hanedan politikasında gerçekleştirdiği değişiklikler, bu ittifakın kurulması için icazet veriyor ve güç alanı oluşturuyordu. Osmanlı hanedan politikasına göre, hanedan üyeleri genellikle merkez dışında tutulur ve böylece devlet işlerine müdahale etmeleri engellenirdi. Ancak Sultan Süleyman sonrası hanedan üyeleri merkezde toplanmaya başlamıştı. Sultan Süleyman'ın bu tutumuyla birlikte damat vezirler artık merkezde kalmaya ve devlet işlerine, padişaha müdahale etmeye başlamışlardı. Koçi Bey'e göre, bu vezirlerin sancaklarda bulunması, hem o sancakların gelişmesine katkı sağlıyor hem de korunmalarını temin ediyordu. Ancak bu politikanın değişmesiyle birlikte güçlü vezirler başkentte toplanmaya başlamış ve diğer hanedan üyeleriyle birlikte bir müdahale hizbi oluşturmuşlardı²¹. Bu değişimden faydalanmak isteyen Hürrem Sultan, ilk olarak kızı Mihrimah'ı Rüstem Paşa ile evlendirmeyi başarmıştı. Daha sonra, damadını yüksek bir mevkiye getirmişti. 1544 yılında Sadrazam Hadım Süleyman Paşa, sarayda kubbe vezirlerinden Divane Hüsrev Paşa'ya karşı saldırgan bir tutum sergilemişti. Hürrem Sultan'ın aradığı fırsat, bu olayla birlikte gelmiş ve sadrazamı azlettirerek yerine damadı Rüstem Paşa'yı getirtmişti. Bu hamle, Hürrem Sultan'ın İbrahim Paşa'nın öldürülmesinden sonra elde ettiği ikinci zaferdi²².

Hürrem Sultan'dan sonra Osmanlı yönetiminde etkili olan bir diğer haseki Sultan Safiye Sultan'dır. Safiye Sultan, Venedikli Baffo ailesinin güzel ve iyi yetiştirilmiş kızı olarak bilinir. Babası Korfu valisi iken, Adriyatik Denizi'nde korsanlar tarafından esir alınmıştır²³. Sultan Murat'ın devlet işlerine duyarsızlığı, kayıtsızlığı ve Valide Nurbanu Sultan'ın ölümü, yönetimi Safiye Haseki, diğer kadın sultanlar ve saraydaki etkili kadınların kontrolü altına sokmuştu. Bu kadınlar, istedikleri faaliyetleri gerçekleştirme konusunda serbestçe hareket edebiliyorlardı. Vezirleri, isteklerine uygun olarak görevden alıp atayabiliyor, askerlere verilen tımarları kendi lehlerine yönlendirmeye çalışıyorlardı. III. Murat ise cariyelerle meşgul oluyor, bu cariyelerden kendini alamıyor ve yönetimi Safiye Sultan'a ve diğer kadın sultanlara bırakıyordu. Safiye Sultan, sarayda tek başına hakimiyet kurmuştu. Canfeda Kadın, Kazıye Kadın ve Yahudi Kira gibi diğer kadınlar da etkili pozisyonlara sahipti. Safiye Sultan, sarayda egemenliğini sağladıktan sonra III. Murat'ın zevk ve lüks dolu yaşamına müdahale etmemeye başlamıştı. Bu durum Safiye Sultan'ın lehine işliyordu ve ona alan bırakıyordu. Bu sayede saray Safiye Sultan ve kethüda kadınların kontrolü altına girmişti²⁴. Safiye Haseki Sultan, kocası III. Murat'ın

²¹ Pierce, *Harem-i Hümayun*, 93, 94.

²² Altınay, *Kadınlar Saltanatı*, 34, 35.

²³ Sema Ok, *Köle Pazarından Saraya Cariyeler* (İstanbul: Kamer Yayınları, 1996), 63.

²⁴ Altınay, *Kadınlar Saltanatı*, 59, 60, 61.

sevgisi ve ilgisiyle kendi istediği şekilde hareket ediyordu. Haremde ve dışarıda rüşvet alarak kendine altınlar, mücevherler ve değerli taşlar topluyordu. III. Murat'ın kadınların etkisine açık ve güçsüz kişiliği, Osmanlı Devlet düzenine zarar verirken, aynı zamanda Osmanlı'nın gerileme emarelerine neden oldu. Nurbanu Sultan²⁵, amacına ulaşmak için oğlunu genç güzellere kaptırmaya çalışmış, ancak III. Murat'ın eğlenceye ve genç güzellere olan düşkünlüğü, devlet işlerini ihmal etmesine yol açarak Osmanlı'nın gerilemesine katkıda bulunmuştu. Valide Nurbanu Sultan, yoğun bir şekilde, oğlu III. Murat'ı Safiye Sultan'dan uzak tutma çabalarına girişmiş ve devlet işlerine bakmayı aklına getirmemiştir. Ancak bu çabaları, hem oğlunu hem de kendisini devlet yönetiminden uzaklaştırmış ve ülkenin yönetiminde deneyimli devlet adamı Sokullu Mehmet Paşa etkili olmuştur. Ancak bu durum uzun sürmemiş ve Sokullu Mehmet Paşa, Safiye Sultan ve onun ittifakının düzenlediği bir suikast sonucunda 1579 yılında öldürülmüştür²⁶.

Sokullu Mehmet Paşa'nın öldürülmesinden sonra Osmanlı Devleti'nde bir türlü istikrar sağlanamamıştır. Ardından sırasıyla Semiz Ahmet Paşa, Lala Kara Mustafa Paşa, Koca Sinan Paşa ve Kanijeli Siyavuş Paşa gibi devlet adamları göreve gelmiştir. Ancak bu dönemde hükümetteki istikrarsızlık devam etmiş ve kısa süreli hükümetlerle karakterize olmuştur²⁷. Dönemin Osmanlı yönetiminde sadrazamların görev sürelerinin kısa olmasının temel nedenlerinden biri, sadrazamlık mührünün ele geçirilmesi veya elinde tutulmasının Valide Nurbanu ve Haseki Safiye'nin memnuniyetine ve mali desteğine bağlı olmasıydı. Yani, sadrazamlık mührünü elinde tutacak kişinin zengin bir servete sahip olması gerekiyordu. Aksi durumda ya mührü ele geçiremez ya da mührü elinde kısa süre tutabilirdi. Bu durum, Osmanlı yönetiminde siyasi istikrarsızlığı ve sadrazamların sık sık değişmesini beraberinde getirmiştir.²⁸ Bu tür içsel çekişmeler, Osmanlı sarayında sıkça görülen entrikaların bir yansımasıydı. Nurbanu Valide Sultan'ın III. Murat'ın kız kardeşinin eşi Siyavuş Paşa'yı desteklemesi, ailesine ve bağlılıklarına dayanıyordu. Bu destek, Siyavuş Paşa'nın politik kariyerini ve etkisini artırmak amacıyla gerçekleşmiş olabilir. Safiye Haseki Sultan ise kendi oğlu Mehmet'in veliahtlıktan uzaklaştırılmasına ve Siyavuş Paşa'nın Padişah'ın kız kardeşinden olan iki oğlunun taht varisi yapılmasına karşı çıkıyordu. Bu durum, güç mücadeleleri ve tahtın geleceği konusundaki çıkar

²⁵ Kara'ya göre, Kadınlar Saltanatı olarak bilinen dönemin Hürrem Sultan ile değil Nurbanu Sultan ile kurumsallaştığını söyler. Ona göre bu kurumun başına da Valide Sultanlık makamı oturtulmuştur. Nurbanu Sultan Yahudi asıllıdır ve Safiye Sultan ile sık sık karıştırılmaktadır. Yıldırım Kara, *Osmanlı'da Kadın Saltanatı* (İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2010), 5.

²⁶ Burak, *Cariyeler Saltanatı*, 61.

²⁷ Nazım Tektaş, *Osmanlı'da İkinci Adam Saltanatı Sadrazamlar*, (İstanbul: Çatı Kitapları Yayınları, 2009), 152-153.

²⁸ Tektaş, *Harem*, 162-163.

çatışmalarını yansıtıyor olabilir. Osmanlı sarayında valide sultanlar ve hasekiler arasındaki çekişmeler, genellikle taht kavgalarına, siyasi entrikalara ve hatta suikastlara yol açabiliyordu. Bu tür içsel çatışmalar Osmanlı yönetiminde istikrarsızlığa neden olabilir ve hükümetin etkinliğini olumsuz etkileyebilirdi²⁹. Siyavuş Paşa, Valide Nurbanu Sultan'ın 1582'de ölmesiyle en büyük destekçisini kaybetti. Safiye Sultan, desteksiz kalan Siyavuş Paşa'yı iktidardan düşürmeyi başardı. Yerine geçen Özdemiroğlu Osman Paşa (1584), istediği kişiye zeamet verilmesini sağlayarak saray kadınlarına "zembil tımarları" ihsan etti. Bu, Osmanlı Devleti'nde orduda gösterilen yiğitlik ve kahramanlıkların ödüllendirilmesi için ayrılan tımarların, artık saray dilencilerine ve harem çengilerine verilmeye başlandığı anlamına geliyordu.

Saraydaki bu haksız uygulamalar, kadınlara sürekli paşmaklıklar bağlanarak rüşvet ve yolsuzlukların boyutlarının artmasına neden oldu. Bu durum, devletin en önemli ve güvenilir kurumlarından biri olan sadrazamlık da dahil olmak üzere birçok kurumda bozulmalara yol açtı³⁰.

Safiye Sultan, kızı Ayşe Sultan'ı Mısır Valisi İbrahim Paşa ile evlendirerek elini güçlendirmeyi amaçlamıştı. İbrahim Paşa, Mısır Valisi olarak görev yaptığı süre boyunca büyük bir güç kazanmış ve hazinesini altınlarla doldurmuştu. Ancak bu zenginlik, İbrahim Paşa'nın eyaleti soyarak zenginleştiği şeklinde yorumlanmıştı, çünkü bu paraları Mısır'daki Memlük zenginlerinden toplamıştı. İbrahim Paşa, daha önce III. Murat'ın kızı Ayşe Sultan ile nişanlanmıştı. 9 Haziran 1586'da düğünleri için İstanbul'a gelmiş ve Safiye Sultan'a ve nişanlısı Ayşe Sultan'a oldukça pahalı hediyeler getirmişti. Ayşe Sultan'a babası III. Murat, çeyiz olarak üç yüz bin altın vermişti, ki bu miktar o dönemde sultan kızlarına verilen altın miktarının oldukça üzerindedir. Bu evlilik, Safiye Sultan'ın zengin, nüfuzlu ve güçlü bir paşayı damat olarak alarak elini güçlendirmesini sağlamıştı³¹. Daha sonra bu damadını sadrazamlık makamına çıkaracak ve onun en büyük kollayıcısı olacaktır.

III.Mehmet'in tahta geçmesinin ardından iradeyi büyük ölçüde Valide Sultan Safiye'ye bırakması, devlet yönetiminde istikrarsızlık yaratmıştı. Valide Sultan, istediği kişileri sadrazamlığa getirme ve istemediklerini azletme yetkisine sahipti. Bu durum, dönem boyunca on bir farklı sadrazamın göreve gelmesine neden oldu, ve bu da istikrarsızlık ortamının oluşmasına yol açtı. Saraydaki bu istikrarsızlık dışarıya da yansdı ve yeniçeri ve sipahilerin önderliğinde bir dizi ayaklanma başladı.

²⁹ Lamartine, *Osmanlı Tarihi*, 533.

³⁰ Altınay, *Kadınlar Saltanatı*, 62-63.

³¹ Yılmaz Öztuna, *Osmanlı Haremindedir Üç Haseki Sultan* (İstanbul: Ötüken Yayınları, 2000), 53-54.

Ayrıca, askerlerin ağır vergiler altında ezilmesi, köylülerin varlıklarını kaybetmesi rüşvet alan devlet adamlarına ve köylüleri ezen tımar sahiplerine karşı bir hoşnutsuzluğa yol açmıştı. Bu hoşnutsuzluklar, "Celali İsyanları" olarak bilinen bir dizi isyanı beraberinde getirecekti. Bu isyanlar, Osmanlı Devleti'nde ekonomik ve sosyal sorunların yanı sıra, yönetimdeki istikrarsızlık nedeniyle de ortaya çıkan bir sonuçtu³².

Valide Safiye Sultan'ın hâkimiyeti büyük ölçüde kendisine ve oğlu III. Mehmet'e sadık olan kişiler aracılığıyla gerçekleşiyordu. Bu kişiler arasında Hoca Sadeddin Efendi, Sinan Paşa, Ferhat Paşa, Çağalazade ve Yemişçi Hasan Paşa bulunmaktaydı. Bu isimler, Osmanlı siyasetinde etkili roller üstlenen kişiler olarak biliniyordu. Hoca Sadeddin Efendi, III. Mehmet'in nüfuz sahibi hocasıydı ve bilgisiyle birlikte hırslı bir kişiliğe sahipti. Hoca Sadeddin, güçlü nüfuzunu Valide Safiye Sultan'ın desteği sayesinde sürdürüyordu. Bu durum, Osmanlı devlet adamlarının nüfuz kazanmak için Valide Safiye Sultan'ın desteğine ihtiyaç duydukları bir dönemi yansıtıyordu. Pratikte, Osmanlı Devleti'nde tek iktidar odağı Valide Safiye Sultan olmuştu. III. Mehmet, annesinin sözünden çıkmıyordu. Bu durum, ülkenin yönetiminde büyük bir etkisizlik ve istikrarsızlık dönemine neden olmuştu³³. Koca Sinan Paşa, "Kadınlara danışılarak devlet yönetilemez" diyen bir görüşü benimsemiş olmasına rağmen, gerçekte devletin en üst ikinci makamı olan sadrazamlık pozisyonunu sürdürebilmek veya geri kazanabilmek için birçok kez Safiye Valide Sultan'a danışmak ve ondan yardım talep etmek zorunda kalmıştı. Bu durum, devlet adamlarının ve sadrazamların Valide Sultan'ın nüfuzuna olan bağımlılığını vurgulamaktadır³⁴. Valide Safiye Sultan, vezirler arasındaki mücadeleleri ustalıkla kullanabilmişti. Özellikle Koca Sinan Paşa'nın dördüncü kez sadrazam olma çabasına dair vezirler arasındaki çatışmalardan bir örnek verilebilir. Ferhat Paşa, Koca Sinan Paşa'nın tuzağına düşmüş ve İstanbul'a döndüğünde idam edileceği haberini almıştı. Ferhat Paşa, Valide Safiye Sultan'a hediyeler göndererek yardım talep etmişti. Valide Sultan, hediyeleri kabul etmiş ve Ferhat Paşa için oğlu III. Mehmet nezdinde girişimlerde bulunmuş, ancak başarılı olamamıştı. Sonuç olarak, Ferhat Paşa idam edilmişti. Bu olay, Valide Sultan'ın rüşvet aldığına dair iddiaları güçlendirmiş ve rüşvet batağına düştüğüne dair eleştirilere neden olmuştu. Valide Safiye Sultan'ın, vezirler arasındaki mücadelelerde kendi çıkarları doğrultusunda etkili bir şekilde hareket ettiği ve devlet işlerine müdahale ettiği görülmektedir³⁵.

Nurbanu Sultan ve Safiye Sultan'ın dış politikaya müdahaleleri konusunda, 16. yüzyıla kadar

³² Robert Mantran, *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I*, çev. Server Tanilli (İstanbul: Alkım Yayınları, 2007), 274.

³³ Altınay, *Kadınlar Saltanatı*, 66.

³⁴ Jorga, *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi*, 159.

³⁵ Burak, *Cariyeler Saltanatı*, 86.

Osmanlı Sarayı kadınlarının aktif bir diplomatik faaliyet gösterdiği, ancak sonraki dönemlerde saraya kapanarak diplomatik faaliyetlerini mektuplar ve hediyeler aracılığıyla yürüttükleri belirtilmektedir. Bu dönemde Avrupa elçilerinin İstanbul'da daha düzenli bulunmaları ve büyükelçilik benzeri çalışmalar yapmaları, Osmanlı Saray kadınları için diplomatik bir alan oluşturmuştur. Elçiler aracılığıyla Avrupalı krallar ve kraliçelerle diplomatik ilişkiler kurulabilmiştir. Osmanlı Saray kadınlarının bu diplomatik faaliyetlerinin önemli bir özelliği, tarafsız olmalarıdır. Kölelikten, cariyeliğe ve hanım sultanlığa yükselen Rum, Yahudi, Venedikli gibi Osmanlı'nın nüfuzlu kadınları, eski ırkdaşlarının, dindaşlarının lehine dış politika izleme imkânına sahiptiler. Bu durum, Osmanlı Saray kadınlarının diplomasi alanındaki etkilerini ve güçlerini sergileme yeteneklerini yansıtmaktadır³⁶.

Kösem Sultan, asıl adıyla Mahpeyker Sultan, Osmanlı İmparatorluğu'nda etkili bir valide sultan olarak bilinir. Kösem Sultan'ın doğum yeri ve ailesiyle ilgili kesin bilgiler bulunmamakla birlikte, bazı rivayetlere göre Rum ya da Bosnalı bir papazın kızı olduğu iddia edilir. Ancak, bu tür bilgiler tarihi kaynaklardan ziyade söylentilere dayanmaktadır ve gerçekliği kanıtlanmamıştır³⁷. Kösem Sultan'ın, kocası I. Ahmet'in ölümünden sonra yaşadığı endişe ve Osmanlı veraset sistemine müdahalesi önemli bir konudur. I. Ahmet'in ölümü sonrasında, Osmanlı geleneğine göre, ölen padişahın oğlu tahta geçerdi. Ancak, Kösem Sultan'ın oğulları IV. Murat, İbrahim ve Kasım henüz küçük yaşta idiler. Bu durum, Osmanlı tarihinde padişahın en büyük oğlunu tahta geçirme geleneğine uygun değildi. Kösem Sultan, I. Ahmet'in oğulları arasında en büyük olan Mahfiruz Sultan'dan olan Şehzade Osman'ın (14 yaşında) tahta geçmesini bekliyordu. Ancak, bu durumda Osmanlı geleneğine aykırı olarak, diğer şehzade kardeşlerinin hayatta kalma şansı düşük olacaktı. Bu nedenle, Kösem Sultan'ın, Osmanlı tahtına çıkması planlanan oğlu için diğer şehzadelerin ortadan kaldırılması stratejisi, Osmanlı tarihinde önemli bir olay olarak kaydedilmiştir. Bu dönemde saray entrikaları ve taht kavgaları oldukça karmaşıktı ve Kösem Sultan'ın bu müdahalesi, Osmanlı tahtının geleceği üzerinde önemli etkiler bırakmıştır³⁸. Mahpeyker Sultan'ın, I. Ahmet'in ölümü sonrasında oğlu Şehzade Osman'ı Osmanlı tahtına geçirmek amacıyla yaptığı plan oldukça karmaşıktı. Bu plan, Osmanlı veraset usullerine aykırıydı ve devletin geleneksel düzenini kökten değiştirmeyi hedefliyordu. Mahpeyker Sultan, I. Ahmet'in oğlu Şehzade Mustafa'yı tahta geçirme stratejisi izleyerek, Osmanlı veraset usulüne aykırı bir şekilde "Ekber ve Erşed" sistemini uygulamayı amaçlıyordu.

³⁶ Peirce, *Harem-i Hümayun*, 291-292.

³⁷ Meral Altındağ, *Osmanlı'da Harem* (İstanbul: Altın Kitaplar Yayınları, 1993), 99.

³⁸ Stanford Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, çev. Mehmet Harmanlı (İstanbul: E Yayınları, 1982), 263.

Bu sistemde, hastalıklı bir padişahın yerine, daha sağlıklı ve idareye daha uygun bir şehzadenin geçirilmesi planlanıyordu. Bu planın başarıya ulaşabilmesi için önce Şehzade Mustafa'nın annesi olan Mahpeyker Sultan, I. Ahmet'in oğulları arasında en büyük olan Mahfiruz Sultan'ı saf dışı bırakmak zorundaydı. Mahpeyker Sultan, Mahfiruz Sultan'ı rakip olarak görmekte ve bu rekabeti lehine çevirmek için planlar yapmaktaydı. Mahpeyker Sultan'ın planı, Şehzade Mustafa'nın Osmanlı tahtına geçmesini sağlamak, Mahfiruz Sultan'ı etkisizleştirmek ve kendi oğlu Şehzade Osman'ı tahta çıkarmaktı. Bu karmaşık entrikalar ve Osmanlı sarayındaki taht kavgaları, Osmanlı tarihinde sıkça karşılaşılan olaylardan biridir ve devletin istikrarını ciddi şekilde etkileyebilirdi. Mahpeyker Sultan, I. Ahmet'in ölümü sonrasında I. Mustafa'yı tahta geçirmeyi başarmıştı. Bu süreçte, Sadrazam Halil Paşa'nın İran Seferi'nde olması, Mahpeyker Sultan'ın planını uygulamasında önemli bir avantaj sağlamıştı. Sadrazamın o sırada başkentte olmaması, Mahpeyker Sultan'ın planını daha etkili bir şekilde gerçekleştirmesine olanak tanımıştır.

Osmanlı veraset usulünde radikal bir değişim olan "Ekber ve Erşed" sistemi, devletin geleneksel düzenine meydan okuyan bir hamleydi. Bu sistem, hasta veya zayıf bir padişahın yerine daha uygun gördükleri bir şehzadenin tahta geçirilmesini öngörüyordu. Mahpeyker Sultan, bu sistemi kullanarak oğlu I. Mustafa'yı Osmanlı tahtına oturtarak, geleneksel geçiş düzenini değiştirmiş ve Osmanlı tarihinde önemli bir dönemeç yaratmıştı. Bu olaylar, saray entrikalarının Osmanlı siyasi tarihindeki rolünü ve kadınların bu entrikalardaki etkisini vurgulamaktadır. Osmanlı'da haremde etkili olan valide sultanlar, padişahların eğitiminden, evliliklerine kadar bir dizi konuda etkili bir rol oynamışlardır³⁹.

III. KADINLARIN MUTLAK HAKİMİYETİ

Sultan İbrahim'in kadınlara düşkünlüğü ve çok sayıda haseki alması döneminin önemli özelliklerinden biriydi. Muazzez Sultan, Sultan İbrahim'in ikinci hasekisi olarak seçilmiş ve 1643 yılında Şehzade Ahmet'i dünyaya getirmiştir. Dilaşub Sultan, üçüncü haseki olarak tanımlanmış ve oğlu Şehzade Süleyman'ın annesi olmuştur. Dilaşub Sultan, saf ve meczup bir kadın olarak bilinirdi. Ayşe Sultan, Sultan İbrahim'in kadınları arasına 1644 yılında katılmış ve padişahın dördüncü hasekisi olmuştur. Sultan İbrahim'in kadınlarının sayısının artması, saray içindeki rekabeti ve entrikaları daha da artırmış olabilir. Osmanlı harem sistemi, padişahın çocuklarının anneleri arasında rekabetin ve nüfuz mücadelelerinin yaşandığı bir ortamı içeriyordu. Bu durum, haremdeki kadınların ve çocuklarının Osmanlı siyasi tarihindeki rollerini

³⁹ Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, 263-264.

etkileyebilirdi⁴⁰.

Sultan İbrahim'in saltanatı sırasında sarayda etkili bir nüfuz mücadelesi yaşanmış gibi görünüyor. Valide Kösem Sultan ve hasekilerin, hatta Cinci Hoca'nın bile nüfuzlarının öne çıktığı belirtiliyor. Saraydaki kadınlar, istedikleri kişileri istedikleri göreve getiriyor, istemediklerini azlediyordu. Bu durum, saraydaki kadınların giderek daha fazla güç kazandığını ve etkili bir liderlik sergilediğini göstermektedir. Sultan İbrahim'in musahibi Şekerpare'nin, kethüdası Musa Ağa'yı tersane emini ve yeniçeri ağası olarak atama yetkisi, kadınların saray içindeki güçlerini kullanma şeklinin bir örneği olarak gösterilebilir. Kösem Valide Sultan'ın liderliğindeki kadınlar, zaman zaman Cinci Hoca ile iş birliği yaparak büyük bir nüfuz elde etmiş gibi görünüyor. Saray içindeki bu nüfuz mücadeleleri, kadınların önemli görevlere atanmasına ve servetlerinin artmasına neden olmuştur. Örneğin, Kösem Valide Sultan, hasekilerine çeşitli sancakları paşmaklık olarak ihsan etmiştir. Bu durum, saraydaki kadınların sadece siyasi değil, aynı zamanda ekonomik anlamda da etkili olduklarını göstermektedir⁴¹. Ayrıca zenginliklerini arttırmak amacı ile rüşvetlere dahi bulaşmışlardı.

Osmanlı Devleti'nin hükümdarı Sultan Süleyman'ın saltanatının son döneminde başlayan yolsuzluk ve bozulma ile 1566-1656 yılları arasında, Valide Sultanlar döneminde Osmanlı Devleti, en kötü yönetim zamanlarını yaşadı. Akıl hastası ve çocuk sultanlar defalarca tahta çıkarıldı. Avrupa'da Rönesans yaşanırken, batı kültürü, çevresini, dünyayı ve evreni sorgularken Osmanlı İmparatorluğu kendisini sorgulayamadı ve Batı'daki değişimlere ayak uyduramadı⁴².

Nihayet, Turhan Sultan, Harem-i Hümayun'da, kadınların kati surette siyasete karışmaması hususunda bir gelenek başlattı ve bu gelenek devam etti⁴³.

⁴⁰ Çağatay Uluçay, *Padişahların Kadınları ve Kızları* (Ankara: TTK Yayınları, 1992), 59-60.

⁴¹ Altınay, *Kadınlar Saltanatı*, 161-163.

⁴² Hasan Tahsin Fendoğlu, *Constitution and Human Rights* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 72.

⁴³ Akgündüz, *Osmanlı'da Harem*, 315.

SONUÇ

Osmanlı İmparatorluğu'nda kadınlar, özellikle 16. yüzyıldan itibaren devlet yönetiminde etkili olmuşlardır. Bu etki, özellikle hasekiler ve valide sultanlar aracılığıyla kendini göstermiştir. İşte bu dönemde Osmanlı'da kadınların yönetimdeki etkilerine dair bazı önemli unsurlar:

1. Hasekiler ve Valide Sultanlar: Hasekiler, Osmanlı padişahlarının eşleri arasında özel bir konuma sahipti. Bu kadınlar, sadece padişahın eşi değil, aynı zamanda onun güvenilir danışmanları, siyasi ortakları ve hatta devlet işlerine müdahale eden etkili figürlerdi. Bazı hasekiler, oğullarının tahta geçmesi için entrikalara karışmış ve dolayısıyla devlet yönetiminde önemli bir rol oynamıştır.

2. Valide Sultanlar: Valide sultanlar, Osmanlı İmparatorluğu'nda padişahın anneleri ve dolayısıyla devletin en üst düzeydeki kadın liderleriydi. Bazı valide sultanlar, oğullarının hükümet politikaları üzerinde etkili olmuş ve devlet işlerine müdahale etmiştir. Özellikle genç padişahların saltanatlarının başlarında, valide sultanlar sıklıkla taht arkasında belirleyici bir rol oynamışlardır.

3. Diplomatik İlişkiler: Bazı valide sultanlar ve hasekiler, Osmanlı İmparatorluğu'nun diplomatik ilişkilerinde etkili olmuşlardır. Mektuplar ve hediyeler aracılığıyla Avrupa'daki krallar ve kraliçelerle iletişim kuran bu kadınlar, devletin dış politikasında önemli bir rol oynamıştır.

4. Servet ve Ekonomik Etki: Bazı valide sultanlar ve hasekiler, zenginlik ve servetlerini kullanarak devlet işlerine müdahale etmişlerdir. Sancaklar, paşamlikler gibi önemli mevkilere getirilen kadınlar, ekonomik olarak da güçlenmişlerdir.

Ancak bu etki, kadınların devlet yönetimindeki rollerinin kesintisiz ve istikrarlı olduğu anlamına gelmez. Belirli dönemlerde ve özellikle genç padişahların saltanatlarının başlangıcında, valide sultanlar ve hasekiler daha belirgin bir rol oynamışlardır. Ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun sonraki dönemlerinde, bu etki azalmış ve Osmanlı yönetim yapısının değişmesiyle birlikte kadınların etkisi de sınırlanmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda kadınların devlet işlerine müdahalesi ve bu müdahalenin yolsuzluk, rüşvet gibi olumsuz sonuçlara yol açtığı bir dönemi yansıtmaktadır. Bu durumlar genellikle 16. yüzyıl ve sonrasında, özellikle valide sultanlar ve hasekilerin etkili olduğu dönemlerde daha belirgin hale gelmiştir. İşte bu noktalara dair bazı açıklamalar:

1. Mansıp Temini ve Satma: Saraydaki etkili kadınlar, devlet görevlerine atanacak kişileri belirleme konusunda etkili olmuşlardır. Bu durum, sadrazamlık, valilik gibi önemli mevkilere

atanacak kişilere rüşvet ve etkileme yoluyla müdahale etmelerine neden olmuştur.

2. Rüşvet ve Para Kazanma: Kadınlar, mevkileri satın almak veya kayırmak için rüşveti sıkça kullanmışlardır. Bu, devlet görevlerinin satın alınarak, rüşvet verenlerin çıkarları doğrultusunda yönlendirilmesine yol açmıştır. Böylece, rüşvet veren kişilerin istedikleri mevkilere atanmaları sağlanmıştır.

3. Nüfuzlu Saray Kadınları ve Yerel Yöneticiler: Saraydaki nüfuzlu kadınlar, sancakbeyleri, kadılar, valiler gibi yerel yöneticileri belirleme ve değiştirme konusunda etkili olmuşlardır. Bu da yerel yönetimde istikrarsızlık ve adaletsizliklere yol açmıştır.

4. Hısım ve Akrabayı Kayırma: Devlet işlerinde etkili olan kadınlar, genellikle kendi hısım ve akrabalarını kayırma eğiliminde olmuşlardır. Bu da liyakat yerine aile bağlarına dayalı atamalara neden olmuş ve adil bir yönetim anlayışını zayıflatmıştır.

Bu süreçlerin sonucunda, Osmanlı yönetiminde adaletsizlik, rüşvet ve mevkilere liyakat yerine torpilin hakim olması gibi sorunlar ortaya çıkmıştır. Ancak bu durumlar, Osmanlı İmparatorluğu'nun genel tarihinde görülen bir döneme aittir ve kadınların yönetimdeki etkisi zaman içinde değişiklik göstermiştir.

Osmanlı tarihinde kadınlar arasındaki iktidar çatışmaları, hanedan içi entrikalar ve padişahların taht mücadeleleri önemli bir rol oynamıştır. Bu durumun en çarpıcı örneklerinden biri, Şehzade Mustafa'nın katledilmesi ve bu olayın devletin kaderini etkilemesidir.

Şehzade Mustafa, Sultan İbrahim'in oğlu olarak tahtın varisi konumundaydı. Ancak valide sultanların ve diğer etkili kadınların entrikaları sonucunda, Kösem Sultan tarafından padişah olması beklenen Şehzade Osman'ın tahta geçirilmesi için oğlu Mustafa saf dışı bırakıldı. Bu durum, daha güçlü ve etkin bir liderin tahttan uzaklaştırılması anlamına gelmiştir.

Şehzade Mustafa'nın katledilmesi, Osmanlı yönetimindeki istikrarsızlığa ve padişahın karakteri ve yönetim tarzına etki etmiştir. Daha zayıf karakterli bir padişah olan Sultan İbrahim'in tahta geçirilmesiyle, devletin içindeki güç dengeleri değişmiş ve yönetimdeki zayıflıklar ortaya çıkmıştır.

Bu dönemdeki entrikalar, Osmanlı İmparatorluğu'nun içinde bulunduğu zorlu dönemlerde devlet yönetimini olumsuz etkilemiştir. İktidar kavgaları, padişahların güçsüzlüğü, valide sultanların müdahaleleri gibi faktörler, Osmanlı yönetimini içeriden zayıflatarak dış tehditlere karşı savunmasız bırakmıştır. Bu, Osmanlı İmparatorluğu'nun gerileme döneminde yaşanan içsel çalkantılardan biridir.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı'da Harem*. İstanbul: OSAV Yayınları, 6. Basım, 2006.
- Akşit, İlhan. *Osmanlı'nın Gizemi Harem*. İstanbul: Akşit Kültür ve Turizm Yayınları, 2000.
- Altınay, Ahmet Refik. *Kadınlar Saltanatı*. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2. Basım, 2005.
- Altındal, Meral. *Osmanlı'da Harem*. İstanbul: Altın Kitaplar Yayınevi, 1993.
- Bahadıroğlu, Yavuz. *Osmanlı Sarayları, Saray Hayatı ve Harem*. İstanbul: Paradoks Yayınları, 2012.
- Burak, Ertuğrul. *Cariyeler Saltanatı*. İstanbul: Manifesto Kitap, 2006.
- Finkel, Caroline F. *Rüyadan İmparatorluğa Osmanlı: Osmanlı İmparatorluğunun Öyküsü 1300-1923*. çev. Zülal Kılıç. İstanbul: Timaş Yayınları, 2007.
- De Lamartine, Alphonse. *Osmanlı Tarihi*. çev. Serhat Bayram. İstanbul: Toker Yayınları, 2. Basım, 1995.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik*. İstanbul: Beyan Yayınları, 1996.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Constitution and Human Rights*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Goffman, Daniel. *Osmanlı Dünyası ve Avrupa 1300-1700*. çev. Ülkün Tansel. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2004.
- Gültepe, Necati. *Türk Kadın Tarihine Giriş*. İstanbul: Ötüken Yayınları, 2008.
- Jorga, Nicolae. *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi*, 3. Cilt. İstanbul: Tedi, 2005.
- Kara, Yıldırım. *Osmanlı'da Kadın Saltanatı*. İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2010.
- Karatepe, Şükrü. *Osmanlı Dünyayı Nasıl Fethetti-Devlet Yönetimi*. İstanbul: İz Yayıncılık, t.y.
- Mantran, Robert. *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I*. çev. Server Tanilli. İstanbul: Alkım Yayınları, 8. Basım, 2007.
- Ok, Sema. *Köle Pazarından Saraya Cariyeler*. İstanbul: Kamer Yayınları, 1996.
- Ok, Sema. *Haremağaları*. İstanbul: Kamer Yayınları, 1997.
- Öztuna, Yılmaz. *Osmanlı Hareminded Üç Haseki Sultan*. İstanbul: Ötüken Yayınları, 2000.
- Peirce, Leslie P. *Harem-i Hümayun (Osmanlı İmparatorluğu'nda Hükümranlık ve Kadınlar)*. çev. Ayşe Berktaş. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996.

Shaw, Stanford. *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*. çev. Mehmet Harmancı. İstanbul: E Yayınları, 1982.

Tektaş, Nazım. *Haremden Taşanlar: Padişahların Bütün Kadınları*. İstanbul: Çatı Kitapları Yay., 2004.

Tektaş, Nazım. *Osmanlı'da İkinci Adam Saltanatı Sadrazamlar*, İstanbul: Çatı Kitapları Yayınları, 2009.

Uluçay, Çağatay. *Harem II*. Ankara: TTK Yayınları, 1985.

Uluçay, Çağatay. *Padişahların Kadınları ve Kızları*. Ankara: TTK Yayınları, 1992.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devlet Teşkilatına Medhal*. İstanbul: TTK Yayınları, 1939.

Wheatcroft, Andrew. *Osmanlılar*, çev. Mehmet Harmancı. İstanbul: Altın Kitapları Yayınevi, 1996.



İpotekte Boş Dereceye İlerleme Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Uyulması Gereken Şekil Şartı (*)

*The Form Requirement to be Complied with in Terms of the Validity of
the Advancement Agreement to Vacant Rank in Hypothec*

Doç. Dr. Gülşah Sinem AYDIN ATEŞ**

Öz

Boş dereceye ilerleme hakkı, ipotek sözleşmesine konan bir kayıt ile tanınabileceği gibi, ipotek kurulduktan sonra taşınmaz maliki ve alt derecedeki rehinli alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme ile de tanınabilir. Türk Medenî Kanunu m. 871/III uyarınca boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerliliği resmî şekil şartına uygun olarak yapılmasına bağlıdır. Resmî senedin tapu sicil müdürlüklerince yapılmasının uygun olacağı düşünülebilirse de, Tapu Kanunu m. 26'da tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesi gereken resmî senetler arasında boş dereceye ilerleme sözleşmesi sayılmamaktadır. Noterlik Kanunu m. 60/bent 2 uyarınca da ülkemizde bir kanunda resmî senet düzenleme yetkisi başka bir resmî makama verilmedikçe, yetki noterlerdedir. Öğretide Türk Borçlar Kanunu m. 13 gereğince ipotek sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesinin, ipotek sözleşmesinin şekline tâbi olduğu ve resmî senedin Tapu Kanunu m. 26/1 uyarınca tapu müdürlüğünde düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna karşılık çalışmada söz konusu ihtimalde boş dereceye ilerleme sözleşmelerine resmiyet vermesi gereken makamın noter olduğu, bununla beraber tapu memurlarının da yetkili sayılabileceği düşüncesi savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Geçerlilik Şekli, Resmî Şekil, İpotek, Boş Dereceye İlerleme Sözleşmesi, Noter

Abstract

* Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 23.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.12.2023 - Makale Yayın Tarihi: 22.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1380176

** Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Tekirdağ-Türkiye

E-posta: gsaydin@nku.edu.tr

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-0336-6732>

The right to advance to the vacated rank, may be recognized by a record in the hypothec agreement or by an agreement to be concluded between the owner of the immovable and the pledgee in the lower rank after the hypothec is established. Pursuant to Article 871/III of the Turkish Civil Code, the validity of an advancement agreement to the vacant rank depends on its conclusion in accordance with the official form requirement. Although it is thought that it would be appropriate for the official deed to be done by the land registry directorates, the Land Registry Code according to article 26, the advancement agreement to a vacant rank is not counted among the official deeds that must be issued by the land registry director or land registry officers. Pursuant to subparagraph 2 of Article 60 of the Notary Code, unless the authority to issue official deeds in our country has been delegated to another official authority by a law, this authority belongs to the notaries. In the doctrine, it is stated that, pursuant to Article 13 of the Turkish Code of Obligations, the advancement agreement to the vacant rank made after the establishment of the hypothec agreement is subject to the form of the hypothec agreement and the official deed must be issued at the land registry office pursuant to Article 26/1 of the Land Registry Code. On the other hand, the study argues that the notary is the authority that should formalize the advancement agreements to a vacant rank and that land registry officers may also be deemed authorized.

Keywords

Form of Validity, Official Form, Hypothec, Advancement Agreement to the Vacant Rank, Notary

GİRİŞ

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tarafları taşınmaz maliki ve alt derecedeki rehinli alacaklı olup, bu sözleşme ile belirli bir taşınmaz rehnine bağlı olarak söz konusu taşınmazın maliki, bir derece boşaldığında bu dereceye alt derecedeki rehinli alacaklıyı ilerletmeyi borçlanır¹. Bu

¹ M. Kemal Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 23. Bası, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), N. 3292; Yabancı para üzerinden kurulmuş ipotekte, boş dereceden yararlanma hakkı tanınması hakkında, ipotek hakkına ilişkin genel ilke ve kurallar, söz konusu tür ipotek bakımından öngörülen özel hükümler çerçevesinde aynen geçerli olur. Bkz. Seza Reisoğlu, “Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpoteği”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 45, (Haziran 2003), s. 71; İlgili kanunî düzenleme olarak Türk Medenî Kanunu m. 851 uyarınca “*Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması hâlinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir (fıkra 1). Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Bu hâlde her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tespit edildiği para türü üzerinden gösterilir. Ancak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamaz (fıkra 2). Yabancı para üzerinden kurulan rehne ait bir derecenin boşalması hâlinde, yerine, tescil edileceği tarihteki karşılığı Türk parası veya yabancı para üzerinden rehin kurulabilir. Türk parası ile kurulmuş bir rehne ait derecenin boşalması hâlinde ise, yerine tescil edileceği tarihteki karşılığı yabancı para üzerinden rehin kurulabilir (fıkra 3). Yabancı veya Türk parası karşılıklarının hesabında hesap günündeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının döviz alış kuru esas alınır. Rehin haklarının hangi yabancı paralar üzerinden kurulabileceği Cumhurbaşkanınca belirlenir (fıkra 4).*”

sözleşme sayesinde taşınmaz malikinin, alt sıradaki bir taşınmaz rehni karşılığında kredi bulması kolaylaşmaktadır².

Boş dereceye ilerleme hakkının taşınmaz rehнинin üç şekli olarak ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi bakımından kararlaştırılması mümkündür³. İpotekli borç senedi ve irat senedine ilişkin olarak, Sermaye Piyasası Kanunu⁴ m. 2/I uyarınca menkul kıymet ihracı inhisârî olarak Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiş olduğundan, ipoteğin tapu sicil müdürlüğünde düzenlenebilirliği sebebiyle çalışma taşınmaz rehni türlerinden ipotek ile sınırlandırılmıştır⁵.

Boş dereceye ilerleme hakkı, ipotek kurma sözleşmesine konan bir kayıt ile tanınabileceği gibi, ipotek kurulduktan sonra taşınmaz maliki ve alt derecedeki rehinli alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme ile de tanınabilir⁶. Kanunda bu sözleşmenin geçerliliği bakımından şekil serbestliği tanınmamış olup, geçerliliği için belirli bir şekle uyulması gerektiği belirtilmiştir. Şöyle ki; Türk Medenî Kanunu⁷ (TMK) m. 871/III uyarınca sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, resmî şekilde yapılmasına bağlıdır. Ancak Kanun'da resmî şeklin hangi makam tarafından gerçekleştirileceği hakkında özel bir açıklama yapılmamıştır. Resmî senedin tapu sicil müdürlüklerince yapılmasının uygun olacağı düşünülebilirse de Tapu Kanunu⁸ (TapK.) m. 26/I hükmünde, tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesi gereken resmî senetler arasında boş dereceye ilerleme sözleşmesi sayılmamıştır. Buna dayalı olarak resmî senedi düzenleyecek makamın, boş dereceye ilerleme sözleşmesinin ipotek kurma sözleşmesinde bir kayıt olarak yer almasına göre veya ipotek kurma sözleşmesinden sonra yapılmasına göre ayrı ayrı ele alınması gerekir. Diğer taraftan TapK. m. 26/X ve XI hükümlerinde ipotek sözleşmesi bakımından istisnai olarak adı yazılı şeklin yeterli olduğu durumlara yer verildiği görülmektedir. Bu istisnai düzenlemelerin de boş dereceye ilerleme sözleşmesi hakkında geçerli olup olmayacağı bakımından

² Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3290.

³ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3295; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), N. 965.

⁴ Kanun No: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, Resmî Gazete Tarihi: 30.12.2012, Sayı: 28513, Yürürlük Tarihi: 30.12.2012.

⁵ Özel kanun olarak Sermaye Piyasası Kanunu m. 2 düzenlemesi karşısında, artık ipotekli borç senedi ve irat senedinin tapu sicil müdürlüklerince düzenlenmesinin mümkün olmadığı görüşü için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu/Gülşah Sinem Aydın Ateş, *Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları (Açıklamalı-Şematik-Çözümlü)*, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), s. 293.

⁶ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3294.

⁷ Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı:24607, Yürürlük Tarihi: 01.01.2002.

⁸ Kanun No: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, Resmî Gazete Tarihi: 29.12.1934, Sayı: 2892.

değerlendirilmesi gerekir. Buna ek olarak sözleşmenin tarafları olarak taşınmaz maliki ile alt derecedeki rehinli alacaklının aralarında iradi şekil kararlaştrırmaları mümkündür. Ayrıca ileride boş dereceye ilerleme sözleşmesi yapılacağı vaadini içeren önsözleşme bakımından geçerlilik şeklinin de çalışma içeriğinde tespit edilmesi gerekir.

Bu kapsamda çalışmada ipotekte boş dereceye ilerleme sözleşmesi açısından geçerlilik şekli incelenecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle sözleşmelerde şekil konusuna genel olarak değinilecek ve boş dereceye ilerleme sözleşmesi bakımından kanunda öngörülen şeklin türü tespit edilecek, devamında boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerlilik şekli olarak resmî senedi düzenleyecek makam hakkında tespitlerde bulunulacak, sonrasında iradi şeklin kararlaştırılması ve önsözleşme bakımından geçerlilik şekli konuları ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL

Türk Borçlar Kanunu⁹ (TBK) m. 12/I uyarınca “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Türk Borçlar Kanunu m. 17/I uyarınca da “Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.” Bu hükümler uyarınca sözleşmeler hukukunda kural şekil serbestliği (şekil özgürlüğü), istisna şekil zorunluluğudur¹⁰. Buna göre tarafların irade beyanlarının sonuç doğurması belirli bir şekle uyulmasına bağlanmış ise artık şekil serbestliğinden söz edilemez. Şekil kanunda öngörülebileceği gibi, taraf iradeleri ile de kararlaştırılabilir¹¹.

Bir sözleşmedeki irade beyanlarının kanun ya da taraf iradeleri ile şekle bağlanması durumunda, bu şekil geçerlilik şekli olabileceği gibi, ispat şekli de olabilir. Geçerlilik şekli öngörülmesi durumunda sözleşmenin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurması söz konusu şekle uyulmasına bağlıdır. İspat şekli ise yapılan sözleşmenin ispatı bakımından aranan bir gerekliliktir. Örneğin taraflar bir uyuşmazlık halinde ihtilafın mahkemede ancak resmî bir belge ile ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler¹². Söz konusu sözleşmenin geçerliliği bir şekle tâbi değil ise, ispat şekline uyulmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. İspat şekline

⁹ Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

¹⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), N. 841, N. 843; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*, Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), N. 439-440.

¹¹ Eren, *Borçlar Genel*, N. 848, N. 851; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 440, N. 444; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 25. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), N. 820 vd.

¹² Eren, *Borçlar Genel*, N. 859.

uyulmamasının sonucu, tarafların bir ispat aracını kaybetmesi olup¹³, bu halde ispat ancak kararlaştırılan şekilde gerçekleştirilebilmekte, her türlü delille ispat mümkün olmamaktadır¹⁴. İspat şekli, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁵ (HMK) m. 200/I uyarınca “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri (2023 yılında) on dört bin sekiz yüz¹⁶ Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle on dört bin sekiz yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz*”. Yine HMK m. 201'e göre “*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler on dört bin sekiz yüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz*”. Verilen genel bilgiler ışığında, çalışma özelinde değerlendirme yapılırsa, ipotekte boş dereceye ilerleme sözleşmesi bakımından ele alacağımız şekil ispat şekli değil, bir geçerlilik şekli olmaktadır. Nitekim TMK m. 871/III hükmünde de açıkça “... *sözleşmelerin geçerliliği ... bağlıdır*” ifadesine yer verilmiştir¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 12/II uyarınca “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Bu hüküm uyarınca kanunda bir sözleşme için herhangi bir şekil şartı getirilmiş ise, bu şekil kural olarak geçerlilik şekli olmaktadır. Sözleşmenin kanunda geçerlilik şekline bağlanması durumunda kanunî şekilden söz edilir¹⁸. Bir sözleşmenin kanunda geçerlilik şekline

¹³ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), N. 702; Doruk Gönen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 29.

¹⁴ Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 440.

¹⁵ Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.10.2011.

¹⁶ 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun m. 44 ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek Madde 1/I uyarınca “*200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz*”.

¹⁷ Furkan Olgaç, *İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), s. 152; Cüneyt Tenekeci, *İpoteğin Kaldırılması ve İpotekte Sıra Sistemi*, Güncellenmiş 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 39.

¹⁸ Eren, *Borçlar Genel*, N. 848, N. 851; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 441 vd.

bağlandığı durumda getirilen kural emredici nitelikte olduğundan, bu kurala uyulması zorunludur. Aksi halde yapılan sözleşme geçersiz olacaktır (TBK m. 12/II)¹⁹.

Kanunî şekil; sözlü ya da yazılı olarak temelde ikiye ayrılmaktadır. Ancak hukukî işlemler bakımından aranan başlıca geçerlilik şekli yazılı şekildir. Yazılı şekil de adı yazılı şekil, nitelikli (özellikli) yazılı şekil ve resmî yazılı şekil olmak üzere üç başlıkta incelenebilir²⁰. Adı yazılı şekil, taraf iradelerini içeren yazılı sözleşme metninin borç altına giren kişi tarafından

¹⁹ Sözleşmenin geçerlilik şekline uyulmadan yapılması halinde, geçersizliğin (hükümsüzlüğün) hukukî niteliği öğretide tartışmalıdır. Klasik görüşe göre şekle aykırılık halinde geçersizliğin türü kesin hükümsüzlük olup, yapılan sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Söz konusu geçersizlik herkes tarafından ileri sürülebilmekte ve hakim şekle aykırılığı dosyada tespit ettiği zaman, taraflarca ileri sürülme bile, yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alabilmektedir. Ayrıca belirli bir zamanın geçmesi ya da sonradan verilen onay ile geçersizliğin düzelmesi mümkün değildir. Bkz. Andreas von Tuhr/Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage*, (Zürich: Schulthess, 1979), s. 237; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, *Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, Zweite umgearbeitete Auflage*, (Zürich: Schulthess, 1929), Art. 11, N. 29; Ingeborg Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Fünfte überarbeitete Auflage*, (Bern: 2009), N. 21.36 vd.; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 481; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 1129; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), § 30, N. 6; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), s. 290; Bilgehan Çetiner vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), N. 412; Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), s. 198; YİBBGK, E. 1987/2, K. 198872, T. 30.09.1988, lexpera.com.tr (erişim tarihi: 15.09.2023); Buna karşılık farklı bir görüş olarak kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşüne göre, burada taraflar arasında bir geçersizlik hali mevcut olup, şekle aykırılık iddiası herkes tarafından değil, ancak taraflarca def'i olarak ileri sürülebilmelidir. Hakimin şekle aykırılığı dosyadan tespit etse dahi, re'sen dikkate alması mümkün değildir. Bkz. Max Keller/Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, (Basel und Frankfurt: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1982), s. 28; Peter Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 9. Auflage, (Zürich: 2008), N. 558 vd.; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, (Zürich: Schulthess, 1988), s. 169; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (Zürich: Schulthess, 1964), s. 145-146; Eren, *Borçlar Genel*, N. 935; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), N. 2542; Pierre Tercier vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), N. 758; Şekle aykırılık halinde geçersizliğin türüne ilişkin diğer görüşler olarak yokluk görüşü, eksik borç görüşü ve fiili sözleşme görüşü hakkında genel bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 940 vd. Kanaatimizce klasik görüş daha isabetlidir. Zira şeklin gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler bakımından hukukî güvenliği sağlama işlevi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 12/II hükmünde açıkça "hüküm doğurmaz" ifadesine yer verilmektedir. Söz konusu hüküm doğurmamanın sadece taraflarca ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi halinde, üçüncü kişiler bakımından sözleşmeyi şekle tâbi tutmanın hukukî belirlilik ve güvenlik sağlayıcı işlevi zedeleneyecektir. Ayrıca TMK m. 2/II'nin yardımı ile karşılıklı ifa gibi birçok durumda sözleşmenin geçerlilik kazanabilmesi zaten kabul edilirken, bu hususta teleolojik redüksiyona başvurmanın pratik faydasının olmayacağı görüşündeyiz.

²⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 842 vd.; Yapılış tarzına göre şekil türleri hakkında öğretide farklı ayrımlar yapılmaktadır. Örneğin Eren'e göre şekil; yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmî şekil, resmî sicillere tescil, ilân ve sözlü şekil olmak üzere altıya ayrılır. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 862 vd. Oğuzman/Öz'e göre Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeler için, adı yazılı şekil ve resmî şekil olmak üzere iki şekil öngörülmekte, buna ek olarak, bazı hukukî işlemler için özel şekiller getirilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 447; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu'na göre ise temelde yazılı şekil ve resmî şekil olmak üzere iki şekil öngörülmekte, ayrıca yazılı şekil; adı yazılı ve nitelikli yazılı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bkz. Tercier vd., *Borçlar Genel*, N. 731 vd.

imzalanması (TBK m. 14-16)²¹ ile gerçekleşmektedir. Adî yazılı şeklin arandığı sözleşmelerde metin, taraflardan biri ya da üçüncü bir kişi tarafından²² el ile yazılabileceği gibi başka herhangi bir yolla (başka bir organla, daktilo ile, bilgisayar çıktısı ya da matbu olarak) yazılabilir ve bu hususların sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi bulunmaz²³. Kanunda geçerliliği nitelikli yazılı şekle bağlanmış sözleşmelerde ise, sözleşmenin yalnızca yazılı yapılması tek başına yetmemekte, buna ek olarak sözleşme bakımından kanunda belirtilen başkaca bir koşulun da gerçekleştirilmesi aranmaktadır²⁴.

Kanunda geçerliliği resmî şekilde düzenlenmesine bağlanan sözleşmelerde, sözleşmenin yazılı olarak yapılmasına ek olarak, sözleşme metni baştan sona resmî bir makam (Devlet tarafından bu işle görevlendirilmiş kişi) önünde ve resmî makam tarafından kanunların öngördüğü usul ve koşullara uygun olarak düzenlenir²⁵. Bu durumda düzenleme şeklinde gerçekleşen resmî şekil söz konusu olup, düzenlenen resmî senede “düzenleme yoluyla senet” denilmektedir²⁶. 1512 sayılı Noterlik Kanunu²⁷ (NK) m. 60/bent 2’de “Kanunlarda resmi olarak yapılmaları

²¹ Türk Borçlar Kanunu m. 14: “Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur (fıkra 1). Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer (fıkra 2).”

Türk Borçlar Kanunu m. 15: “İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur (fıkra 1). İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır (fıkra 2). Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazı ile atmaları yeterlidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 16/1: “İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler”.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5: “Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur (fıkra 1). Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları ve Türkiye’de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen kefalet senetleri dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez (fıkra 2).”

²² Von Tuhr/Peter, *Schweizerischen Obligationenrechts*, s. 239-240; Keller/Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht*, s. 24; Eren, *Borçlar Genel*, N. 872; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 450.

²³ Eren, *Borçlar Genel*, N. 871; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 450.

²⁴ Örneğin TBK m. 583/1 hükmünde kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekli olarak, yazılı yapılmasının yanında, kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin, ayrıca müteselsil kefalet durumunda bu sıfatın ya da bu anlama gelen bir ifadeyle yükümlülük altına girildiğinin kefilin el yazısıyla belirtilmesi şartı aranmıştır. Bu yönde bkz. Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, *ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, Dritte völlig neubearbeitete Auflage, (Zürich: Schulthess, 1973), Art. 11, N. 56; Eren, *Borçlar Genel*, N. 898; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 104 vd.

²⁵ Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht*, (Herausgegeben: Arthur Meier-Hayoz), (Bern: Stämpfli, 1986), Art. 11, N. 70; Eren, *Borçlar Genel*, N. 899; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, § 25, N. 10; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 110; BGE 90 II 281, <https://www.bger.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023.

²⁶ Eren, *Borçlar Genel*, N. 904.

²⁷ Kanun No: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, Resmî Gazete Tarihi: 05.02.1972, Sayı: 14090, Yürürlük Tarihi: 05.05.1972.

emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak” noterlerin görevlerinden sayılmıştır. Böylece ülkemizde resmî senet düzenleme yetkisi genel kural olarak noterlerdedir. Ancak kanunlarda bazen resmî senet düzenleme yetkisi başka resmî makamlara verilebilir. Örneğin TapK. m. 26 uyarınca taşınmazlarda aynî haklarla ilgili olan resmî senetleri düzenleme yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine verilmiştir. Bu örnekte olduğu gibi kanunda resmî senet düzenleme yetkisinin noterden başka bir resmî kuruma verilmesi söz konusu değil ise, gerçek ve tüzel kişilerin resmî şekle tâbi işlemlerini yapma yetkisi noterlerdedir²⁸. Bazen ise taraflar sözleşmeyi dışarıda düzenlemekte, noter tarafından yalnızca bu sözleşmenin altındaki imzaların sözleşme taraflarına ait olduğunun onaylanması kanunen yeterli kabul edilmektedir. Bu şekilde düzenlenen resmî senede de “*onaylama yoluyla senet*” denir²⁹.

Bir sözleşme kanunda şekle bağlanmasa da o sözleşmenin tarafları kendi aralarında şekil kararlaştırarak sözleşmeyi geçerlilik şekline bağlayabilir (TBK m. 17/I). Bu durumda iradi şekil söz konusu olup, tarafların belirlediği şekil kuralına uyulmadığı durumda sözleşme geçersiz olmaktadır³⁰. İradi şekilden bahsedilebilmesi için, şekil kuralı sözleşme görüşmeleri sırasında veya en geç sözleşmenin kurulması anına kadar belirlenmelidir³¹. Aksi halde yani sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir belirleme, geçerlilik olarak değil, ancak ispat bakımından önemli görülebilecektir³². Taraflar iradi şekil kararlaştırarak, kanunen geçerlilik şekline tâbi olmayan bir sözleşmeyi şekle tâbi tutabilecekleri gibi, kanunen geçerlilik şekline tâbi bir sözleşmeyi daha ağır bir şekil türüne de bağlayabilirler. Ancak kanunda bir sözleşme için özel bir geçerlilik şekli öngörülmüş ise, tarafların iradi şekil kararlaştırarak, kanunî geçerlilik şeklinin türünü zayıflatması mümkün değildir. Bu durumda taraflar iradi şekil olarak yalnızca kanunî şeklin etkisini artıran daha sıkı bir şekil türü kararlaştırılabilirler. Örneğin taraflar kanunda adî yazılı şekle bağlanmış bir sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını kararlaştırabilirken, kanunda resmî şekle bağlanmış bir sözleşmenin adî yazılı şekilde yapılmasını kararlaştıramazlar³³.

²⁸ Eren, *Borçlar Genel*, N. 902; Oğuzman/Barlas, *Medeni*, N. 708.

²⁹ Eren, *Borçlar Genel*, N. 909; Örneğin TMK m. 205/I'in 1. cümlesi uyarınca “*Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır*”.

³⁰ İradi geçerlilik şekline uyulmamasının yaptırımının yine kesin hükümsüzlük olduğuna ilişkin bkz. Antalya, *Borçlar Genel*, N. 2381.

³¹ Keller/Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht*, s. 26; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 492; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 829; Antalya, *Borçlar Genel*, N. 2379; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 123; BGE 105 II 78, <https://www.bger.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023.

³² Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 492; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 829.

³³ Schmidlin, *BK-OR*, Art. 16, N. 2; Eren, *Borçlar Genel*, N. 856; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 494, N. 496.

II. İPOTEKTE BOŞ DERECEYE İLERLEME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞEKLİ

A. Kural: Resmi Şekil

1. Genel Olarak

İsviçre Medenî Kanunu'nda TMK m. 871 hükmüne karşılık gelen hüküm olarak ZGB Art. 814 hükmünde, boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerliliği bakımından resmî şekil şartının getirilmediği görülmektedir³⁴. İsviçre Hukuku'nun aksine Türk Medenî Kanunu m. 871/III hükmünde ise isabetli olarak boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerliliği resmî şekle bağlanmıştır³⁵. Hükme göre “*Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı veren sözleşmelerin geçerliliği, resmî şekilde yapılmalarına; aynı etki sağlamaları, tapu kütüğüne şerh verilmelerine bağlıdır*”. Buna göre söz konusu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, resmî şekilde yapılmasına bağlıdır. Böylece resmî şeklin geçerlilik şekli kabul edilmesiyle ve sözleşmeden doğan hakkın şerhine imkân tanınmasıyla gerek taraflar gerekse diğer rehinli alacaklılar yönünden aleniyete dayalı hukukî güvenlik de sağlanmıştır.

Resmî senedin tapu sicil müdürlüklerince yapılmasının uygun olacağı düşünülebilirse de, TapK. m. 26/I hükmünde tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesi gereken resmî senetler arasında boş dereceye ilerleme sözleşmesinin sayılmadığı görülmektedir. Boş dereceye ilerleme hakkı, taşınmaz rehin sözleşmesine (çalışma özelinde ipotek sözleşmesine) konan bir kayıt ile tanınabileceği gibi, taşınmaz rehininin (çalışma özelinde ipoteğin) kurulmasından sonra taşınmaz maliki ve alt derecedeki rehinli alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme ile de tanınabilir³⁶. Ayrıca TMK m. 871/III uyarınca bu sözleşmeden doğan hakkın kişisel hakkın şerhi niteliğinde olarak tapu siciline şerh verilmesi mümkündür.

³⁴ Öğretide bu husus eleştirilmektedir. Bkz. Christina Schmid-Tschirren, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB*, (Herausgeber: Thomas Geiser/Stephan Wolf), 6. Auflage, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art. 814, N. 14).

³⁵ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3291; Yarg. 14. HD, E. 2019/1316, K. 2020/2208, T. 25.2.2020; Yarg. 14. HD, E. 2011/16069, K. 2012/5879, T. 24.4.2012; Yarg. 14. HD, E. 2011/907, K. 2011/3439, T. 18.03.2011 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 25.11.2023).

³⁶ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3294; Ebru Köroğlu, *Türk Rehin Hukukunda Sabit Derece Sistemi ve İstisnaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 93.

2. Resmî Senedi Düzenleyecek Makam

a. Boş Dereceye İlerleme Hakkının İpotek Sözleşmesinde Bir Kayıt Olarak Yer Alması Halinde

Boş dereceye ilerleme hakkının, ipotek sözleşmesinde bir kayıt olarak yer alması mümkündür. Öğretide³⁷ bu durumda boş dereceye ilerleme hakkının sözleşmenin bir unsuru olarak resmî şekle bağlı olacağı ve resmî senedin tapu memuru tarafından düzenleneceği belirtilmektedir. Gerçekten de boş dereceye ilerleme hakkının ipotek sözleşmesinde bir kayıt olarak yer aldığı hallerde resmî şekil hakkında tereddüt olmamalıdır. Zira söz konusu halde boş dereceye ilerleme hakkı, zorunlu olarak tapuda düzenlenecek resmî senette yer alacaktır. Nitekim Tapu Sicil Tüzüğü³⁸ (TST) m. 47’de kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler sayılırken a bendi uyarınca “*Kişisel hakların şerhler sütununa kaydı için; ... rehinle birlikte kurulan boşalan dereceye geçme hakkı ... için resmî senet ... aranır*”. Bu hüküm uyarınca da boş dereceye ilerleme hakkı ipotek sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alabilir³⁹.

b. Boş Dereceye İlerleme Hakkının İpotek Sözleşmesi Dışında Ayrı Bir Sözleşme ile Tanınması Halinde

aa. Öğretinin Konuya Bakışı

Boş dereceye ilerleme hakkının, ipotek sözleşmesinde bir kayıt olarak yer alması zorunlu olmayıp, bu hakkı konu eden anlaşmanın, ipotek sözleşmesinin yapılmasından sonra ayrı bir anlaşma olarak düzenlenmesi mümkündür. Türk Medenî Kanunu m. 871/III hükmünde boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerlilik şekli resmî şekil olarak belirlenmiştir. Türk Medenî Kanunu m. 856 uyarınca taşınmaz rehninin kurulması tapu kütüğüne tescil ile gerçekleşmekte ve taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmenin resmî şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Tapu Kanunu m. 26 uyarınca taşınmazlarda aynî haklarla ilgili olan resmî senetleri düzenleme yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine verilmiştir. Burada

³⁷ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3294; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş ve 6570 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), s. 503; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), s. 663; Olgaç, *İpotekte Sıra*, s. 153; Köroğlu, *Sabit Derece Sistemi*, s. 93.

³⁸ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 22.7.2013-No: 2013/5150, Dayandığı Kanunun Tarihi: 22.1.2001- No: 4721, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 17.8.2013-No: 28738.

³⁹ Rehinden ayrı olarak düzenlenen boş dereceye ilerleme hakkı ile aynı bentte (TST m. 47/a) düzenlenen satışla birlikte kurulan gerialım (vefa) hakkı bakımından bu yönde görüş olarak bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 449.

getirilen şekil bir geçerlilik şeklidir⁴⁰. Aksi halde yapılan sözleşme geçersiz olur⁴¹. Şu halde TMK m. 856 uyarınca bir taşınmaz rehni olarak ipotek sözleşmesinin de resmî şekilde ve tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu doğrultuda öğretide⁴² taşınmaz rehni sözleşmesinin aslî içeriğini değiştiren sözleşme olarak, ipotek sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesinin de, TBK m. 13 gereği asıl sözleşme olan ipotek sözleşmesinin şekline tâbi olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre ipotek sözleşmesinden sonra yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesi, malikin ipotek sözleşmesinden doğan borcunu ağırlaştıran bir değişiklik olduğundan, ipotek sözleşmesi ile aynı şekle tâbi olarak resmî şekilde yapılmalı ve resmî senet TapK. m. 26 uyarınca tapu memurunca düzenlenmelidir⁴³.

bb. Konuya İlişkin Görüşümüz

aaa. Noterlik Kanunu m. 60 ve Tapu Kanunu m. 26/I Hükümleri Bakımından Değerlendirme

Noterlik Kanunu m. 60/bent 2’de “*Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak*” noterlerin görevlerinden sayılmıştır. Bu hüküm uyarınca ülkemizde resmî senet düzenleme yetkisi kural olarak noterlerdedir. Meğerki bir kanunda resmî senet düzenleme yetkisi başka bir resmî makama verilsin. Örneğin TapK. m. 26/I uyarınca taşınmazlarda aynî haklarla ilgili olan resmî senetleri düzenleme yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine verilmiştir. Buna karşılık konumuz özelinde TapK. m. 26/I hükmünde tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesi gereken resmî senetler arasında boş dereceye ilerleme sözleşmesi sayılmamıştır. Şu halde NK m. 60/bent 2 uyarınca boş dereceye ilerleme

⁴⁰ Resmî şeklin geçerlilik şartı olduğuna ilişkin bilgi olarak bkz. Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3233; ZGB Art. 799 bakımından aynı yönde bkz. Peter Tuor vd., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2009), § 111, N. 32.

⁴¹ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3233.

⁴² Kemal T. Gürsoy vd., *Türk Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), s. 1002; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3233; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 663; Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), N. 111; Esener/Güven, *Eşya Hukuku*, s. 503; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, (İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020), N. 2561; Nomer/Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 1049; Köroğlu, *Sabit Derece Sistemi*, s. 93; BGE 75 I 340, <https://www.servat.unibe.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023; Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin rehin sözleşmesi gibi tapu memurluğunca yapılması gerektiği yönünde bkz. Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku – III, Sınırlı Aynî Haklar*, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınları, 2020), s. 210; Jale Akipek vd., *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), s. 775.

⁴³ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3294.

sözleşmelerine resmîyet vermesi gereken makamın noter olduğu sonucuna varılması mümkündür⁴⁴.

Bununla beraber bu hususta tapu memurları da yetkili sayılabilir. Taşınmazlarda rehin kurma sözleşmesini düzenleyebilen tapu memurlarına, söz konusu sözleşmenin içeriğine yönelik bir hususta sözleşme düzenleme yetkisi vermemek için özel bir sebep bulunmamaktadır. Nitekim boş dereceye ilerleme sözleşmesi ipotek kurma sözleşmesinde yer alan bir hükümlerle vücut buluyorsa zaten zorunlu olarak tapuda düzenlenecek resmî senette yer almaktadır.

bbb. Tapu Sicil Tüzüğü m. 47 Hükümü Bakımından Değerlendirme

Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/I'de kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler sayılırken b bendinde “... rehinden ayrı olarak düzenlenen boşalan dereceye geçme hakkı için noterce düzenlenen sözleşme ... aranır” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tapu siciline şerh verilebilmesi için şerh anlaşması olarak noter tarafından düzenlenen bir sözleşmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Diğer taraftan TST m. 47/I, a bendinde ise “... rehinle birlikte kurulan boşalan dereceye geçme hakkı ... için resmî senet ... aranır” ifadesi yer almaktadır. Şu halde boş dereceye ilerleme hakkının şerhi konusunda ikili bir ayırım yapmak uygun olur. Buna göre rehin sözleşmesi ile birlikte tanınan boş dereceye ilerleme hakkının şerhler sütununa kaydedilebilmesi için, bu hakkın tapuda düzenlenecek rehin sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmesi gerekir. Rehin sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen boş dereceye ilerleme hakkının şerh verilebilmesi için ise, noter tarafından düzenlenen şerh anlaşması aranmaktadır.

Belirtilmelidir ki taraflar boş dereceye ilerleme hakkının tapu siciline şerh verilip verilemeyeceği hususunu çoğunlukla boş dereceye ilerleme sözleşmesini yaparken kararlaştırırlar. Bu açıdan bakıldığında söz konusu uygulama, ipotek sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen boş dereceye ilerleme sözleşmesinin noterde düzenlenebileceği yönündeki görüşümüzü desteklemektedir. Aksi halde, taraflar boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerliliğini sağlamak üzere ilk olarak tapu müdürlüğüne başvurup resmî senet düzenlenmesini isteyecek, sonrasında bir de bu sözleşmeden doğan hakkın şerh verilmesi için ayrıca noter tarafından senet düzenlenmesini isteyecektir. Böyle bir sonuç ise rehinli taşınmaz maliki ve alacaklıyı bir yandan anlamsız bir formaliteye sürükleyerek zaman kaybetmelerine neden

⁴⁴ Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin ipoteğin kurulmasından sonra noterde yapılabileceğine ilişkin bkz. Gülen Sinem Tek, *Ulaşım Araçlarının İpotegi*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012), s. 147.

olurken, diğer yandan tarafların noterde ve tapuda ayrı ayrı harç ödemek durumunda kalmalarına, dolayısıyla daha fazla masraf yapmalarına neden olur⁴⁵.

ccc. Türk Borçlar Kanunu m. 13 Hükmü Bakımından Değerlendirme

Öğretide⁴⁶ ipotek sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesinin, ipotek kurulmasına ilişkin sözleşmenin şekline tâbi olduğu ve resmî senedin TapK. m. 26 uyarınca tapu memurunca düzenlenmesi gerektiği belirtilirken, gerekçe olarak TBK m. 13 hükmüne dayanılmaktadır. Dolayısıyla bu konuda görüş ortaya konulurken TBK m. 13 hükmü bakımından da değerlendirme yapılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 13 uyarınca *“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır (fıkra 1). Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır (fıkra 2)”*. Şu halde TBK m. 13’e göre bir sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle (örneğin resmî şekle) bağlı ise, bu sözleşmede sonradan yapılan değişiklikler de, yine aynı şekle (örneğin asıl/temel sözleşme resmî şekle tâbi ise tadil/değiştirme sözleşmesi de yine resmî şekle) bağlı olarak düzenlenmelidir.

Sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin tadil (değiştirme) sözleşmesiyle, asıl (temel) sözleşmenin tarafları, asıl sözleşmedeki bir veya birden fazla hükmün değiştirilmesi, kaldırılması ya da asıl sözleşmeye yeni hüküm eklenmesi hususunda anlaşılır⁴⁷. Türk Borçlar Kanunu m. 13 uyarınca tadil sözleşmesi asıl sözleşmenin şekline uygun olmadan yapılırsa

⁴⁵ Tapu Sicil Tüzüğü m. 47 kapsamında benzer şekilde taşınmaz satış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen alım ve gerialım hakkı bakımından aynı yönde görüş olarak bkz. Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 283 vd.

⁴⁶ Gürsoy vd., *Türk Eşya Hukuku*, s. 1002; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 3233; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 663; Acar, *Rehin Hukuku*, N. 111; Esener/Güven, *Eşya Hukuku*, s. 503; Ertaş, *Eşya Hukuku*, N. 2561; Nomer/Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 1049; Köroğlu, *Sabit Derece Sistemi*, s. 93; BGE 75 I 340, <https://www.servat.unibe.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023; Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin rehin sözleşmesi gibi tapu memurluğunca yapılması gerektiği yönünde bkz. Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 210; Akipek vd., *Eşya Hukuku*, s. 775.

⁴⁷ Eren, *Borçlar Genel*, N. 920; Christoph Müller, *BK-Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, (Herausgeber: Regina E. Aebi-Müller, Christoph Müller), (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018), Art. 12, N. 15; Özge Öncü, “Kanunen Şekle Tabi Sözleşmelerde Değişiklik Yapılmasının Bağlı Olduğu Şekil”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, (Temmuz 2022), s. 187.

geçersiz olur. Bu durumda asıl sözleşme herhangi bir değişikliğe uğramaksızın önceki haliyle geçerli olmaya devam edecektir⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 13 hükmünün I. fıkrasının 2. cümlesinde, sözleşme metni ile çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümlerin bu maddede getirilen kuralın dışında olduğu belirtilmiştir. Söz konusu “*sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hakkında, objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan (ikinci derecedeki -yan-) noktalarda yapılacak olan değişikliklerin kastedildiği ve bu hususlarda asıl sözleşmede bir düzenleme bulunsa dahi, asıl sözleşmenin şekline bağlı olmaksızın değişiklik yapılabileceği belirtilmektedir⁴⁹. Yargıtay’a göre⁵⁰ ise “ *taraflar sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapmamışlar, tadil sözleşmesinde durumlarını ağırlaştırmamışlar ve tadil sözleşmesine ilk sözleşmeyle çelişki yaratır yeni bir hüküm getirmemişlerse*” tadil sözleşmesinin asıl sözleşmenin şeklinde yapılması aranmaz.

Aslında bu hususta esas olarak önemli olan, değişikliğin asıl sözleşme bakımından şekil kapsamında yer alan bir noktaya ilişkin olup olmadığıdır. Zira bir sözleşmenin şekle tâbi tutulması, bu sözleşmenin içerik bakımından tamamen şeklin kapsamında yer aldığı sonucuna götürmez⁵¹. Bu nedenle tadil sözleşmesine konu olan husus, asıl sözleşme bakımından şeklin kapsamında yer almayan bir noktaya ilişkin ise, değişikliğin asıl sözleşmenin şekline bağlı olmaksızın yapılabileceği sonucuna varılmalıdır⁵². Dolayısıyla Yargıtay’ın⁵³ aksine, yapılan değişiklik asıl sözleşme bakımından şekil zorunluluğunun kapsamında yer alan bir noktaya ilişkin değil ise, sadece taraflardan birinin durumunu ağırlaştırdığı gerekçesiyle değişiklik

⁴⁸ Peter Jäggi, *ZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr.V/1a, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, Dritte völlig neubearbeitete Auflage, (Zürich: 1973), Art. 12, N. 14; Müller, *BK-OR*, Art. 12, N. 25; Kısmî geçersizlik görüşünde bkz. Schmidlin, *BK-OR*, Art. 12, N. 6.

⁴⁹ Sözleşmede objektif esaslı noktalara ve -geçerlilik şekline dâhil olması gerektiği ölçüde- sübjektif esaslı noktalara ilişkin yapılacak olan değişikliklerin asıl sözleşme için öngörülen geçerlilik şekline tâbi olduğu yönünde bkz. Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 31.24; Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 287; Türk Borçlar Kanunu m. 13 hükmündeki kuralın sözleşmenin esaslı unsurlarındaki değişiklikler ile sınırlı olduğu görüşünde bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 920; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 1089; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 162; Muacceliyet bildirimine ilişkin anlaşmaların taşınmaz rehni sözleşmesi ve ipotekli borç senedinin objektif esaslı noktalarından olmayıp, bu anlaşmaların yapılması ya da değiştirilmesinin resmî şekle tâbi olmadığı yönünde bkz. BGE 123 III 97, <https://www.bger.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023.

⁵⁰ Yarg. 23. HD, E. 2015/796, K. 2016/2987, T. 09.05.2016; Yarg. 23. HD, E. 2014/1983, K. 2014/6997, T. 05.11.2014; Yarg. 23. HD, E. 2013/3148, K. 2013/5243, T. 10.09.2013 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 15.09.2023).

⁵¹ Öncü, *Şekle Tabi Sözleşmeler*, s. 199.

⁵² Jolanta Kren Kostkiewicz, *OFK OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, (Herausgegeben: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, (Zürich: Orell Füssli, 2009), Art. 12, N. 4.

⁵³ Yarg. 23. HD, E. 2015/796, K. 2016/2987, T. 09.05.2016; Yarg. 23. HD, E. 2014/1983, K. 2014/6997, T. 05.11.2014; Yarg. 23. HD, E. 2013/3148, K. 2013/5243, T. 10.09.2013 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 15.09.2023).

hakkında asıl sözleşmenin şeklinin geçerli olacağı sonucuna varılamayacağı görüşü⁵⁴ bize göre de isabetlidir.

Geçerlilik şekli olarak kanunî şekil ya da iradi şekil bulunduğu, şeklin kapsamına hangi noktaların (unsurların) dâhil olduğu hususu öğretilerde tartışmalıdır. Objektif teoriye göre⁵⁵, şeklin sözleşmenin objektif esaslı noktalarını kapsamaması yeterlidir. Sübjektif esaslı noktalar şeklin kapsamına girmez. Dolayısıyla bu teoriye göre TBK m. 13/I uyarınca değişiklik sözleşmenin objektif esaslı noktalarına ilişkin olursa asıl sözleşmenin şekline tâbi olma zorunluluğu söz konusu olacaktır. Buna karşılık sözleşmede yapılacak olan değişiklik taraflarca kararlaştırılan sübjektif esaslı noktalara ya da ikinci derecedeki (yan) noktalara ilişkin ise, bunlar tamamlayıcı nitelikte kabul edilerek, asıl sözleşmenin şekline tâbi olmaksızın değiştirilebilecektir. Meğerki yapılan değişiklik sözleşmenin bütünü ile çelişsin. Zira bu halde tamamlayıcı nitelikten söz edilemeyecektir.

Sübjektif teoriye⁵⁶ göre ise şekil, sözleşmedeki hem objektif esaslı noktaları hem de tarafların kararlaştırdığı sübjektif esaslı noktaları⁵⁷ kapsmalıdır. Kararlaştırılan ikinci derecedeki noktalara ise resmî şeklin kapsamında yer verilmemesi sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. İsviçre Federal Mahkemesi⁵⁸, sübjektif esaslı noktaların şeklin kapsamına dâhil edilmesi bakımından da bir sınırlama getirmektedir. Buna göre ancak geçerliliği şekil şartına tâbi olan sözleşmenin doğal yapısı/çerçevesi içinde kabul edilebilen bir sübjektif esaslı nokta şekle bağlı olarak düzenlenmelidir. Sübjektif esaslı noktanın sözleşmenin doğal çerçevesi içinde kabul

⁵⁴ Öncü, *Şekle Tabi Sözleşmeler*, s. 199.

⁵⁵ Robert Haab vd., *ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, (Zürich: Schulthess, 1977), Art. 657, N. 15 vd.; Schmidlin, BK-OR, Art. 11, N. 98.*

⁵⁶ Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 537; Schönenberger/Jäggi, *ZK-OR*, Art. 11, N. 28; Eren, *Borçlar Genel*, N. 858; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 475; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş Ve Genişletilmiş Besinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), s. 228; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), N. 71.2; Gönen, *Borçlar Genel*, s. 24.

⁵⁷ Objektif esaslı unsurlar, sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan, o sözleşmeye tipini veren zorunlu unsurlardır. Bkz. Keller/Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht*, s. 46; von Tuhr/Peter, *Schweizerischen Obligationenrechts*, s. 155; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, s. 117-118; Eren, *Borçlar Genel*, N. 744; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 245; Sübjektif esaslı noktalar ise, objektif esaslı noktalar dışında kalan ve taraflarca kararlaştırılarak sözleşme yapma iradesinin zorunlu koşulu haline getirilen ikinci derecedeki (yan) noktalardır. Bkz. Keller/Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht*, s. 46; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, s. 120; Eren, *Borçlar Genel*, N. 745; Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 246; BGE 118 II 34, <https://www.bger.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023.

⁵⁸ BGE 113 II 404; BGE 119 II 135; BGE 135 III 299 (<https://www.bger.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023); Öğretilerde aynı yönde görüş olarak yalnızca doğası gereği söz konusu sözleşme türünün bir unsurunu oluşturan noktalar için şekil gerekliliğinin bulunduğu ilişkin bkz. Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 538.

edilebilmesi ise edim-karşı edim ilişkisine dâhil olması ile ilişkili görülmektedir⁵⁹. Bu doğrultuda öğretide sözleşmedeki aslı nitelikte olan edimlerin içeriğini açıklamaya, bu edimleri kuvvetlendirmeye ya da teminat altına almaya yönelik subjektif açıdan esaslı noktaların sözleşmenin doğal çerçevesine dâhil oldukları kabul edilmektedir⁶⁰. Şu halde subjektif teoriye göre TBK m. 13/I kapsamındaki değişiklik sözleşmenin -gerek objektif gerekse subjektif (İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü kabul edilirse sözleşmenin doğal çerçevesine dâhil olmaları kaydıyla)- tüm esaslı noktalarına ilişkin olabilir. Bu yolla taraflar sözleşmenin esaslı noktalarından birini kaldırabilir, ağırlaştırabilir veya yerine başka bir unsur koyabilir ya da daha önce kararlaştırmadıkları bir koşulu ekleyebilirler. Sözleşmede yapılacak olan değişiklik ikinci derecedeki (yan) noktalara ilişkin olduğunda ise, bunlar tamamlayıcı nitelikte kabul edilerek, sözleşmenin şekline tâbi olmaksızın değiştirilebilecektir. Meğerki ikinci derecedeki noktaya ilişkin değişiklik sözleşmenin bütünü ile çelişsin. Zira bu halde tamamlayıcı nitelikten söz edilemeyecektir⁶¹.

Kanaatimizce yalnızca objektif unsurların şeklin kapsamında kabul edilmesi gerekir. Taraflar subjektif esaslı unsurları şekle tâbi kılmak istiyorlarsa, TBK m. 17 kapsamında iradi şekil kararlaştırma yoluna gidebilirler. Ancak iradi şekil kararlaştırılmadıkça, subjektif esaslı unsurların şeklin kapsamına dâhil edilmemesi sözleşmenin geçersizliğine yol açmamalıdır. Meğerki subjektif esaslı unsur, herhangi bir objektif esaslı unsuru etkilesin. Eş deyişle, subjektif esaslı unsur, bir objektif esaslı unsuru etkilemedikçe şekil kapsamında korunmamalıdır⁶². Dolayısıyla TBK m. 13/I uyarınca yapılacak değişiklik, ancak sözleşmenin objektif esaslı unsurlarına ilişkin olursa, tadil sözleşmesinin asıl sözleşmenin şekline tâbi olması gerekeceği düşüncesindeyiz.

Türk Borçlar Kanunu m. 13/II uyarınca “*Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır*”. Böylece TBK m. 13/I hükmü geçerliliği resmî şekle bağlı sözleşmeler

⁵⁹ Bu yönde bkz. BGE 113 II 404, <https://www.bger.ch>, erişim tarihi: 23.09.2023.

⁶⁰ Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 143; Bu yönde bkz. Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 538; Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis, *Basler Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-529 OR*, (Herausgeber: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser), 7. Auflage, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art. 11, N. 14-15.

⁶¹ Eren, *Borçlar Genel*, N. 920; Tarafların borçlarının miktarını artırmayan veya ağırlaştırmayan ikinci derecedeki noktalara ilişkin değişikliklerin asıl sözleşmenin şekline tâbi olmaması, bunların tamamlayıcı nitelikte olmaları ve sözleşmenin bütünü ile çelişmemelerine bağlıdır. Bkz. Çetiner vd., *Borçlar Genel*, N. 386

⁶² Aynı yönde bkz. Schmidlin, *BK-OR*, Art. 11, N. 98.

hakkında da uygulanmakta olup, resmî şekle tâbi bir sözleşmenin değiştirilmesinin geçerliliği, değişikliğin resmî şekilde yapılmasını gerektirir⁶³.

Konumuz özelinde ise öncelikle ipotek sözleşmesi Türk Medenî Kanunu'nda açıklanmamış atipik bir sözleşmedir. Doktrinde rehin hukukuna ilişkin temel ilkelerden yola çıkılarak taşınmaz rehin sözleşmesinin objektif esaslı noktaları belirlenmektedir⁶⁴. Bu doğrultuda ipotek sözleşmesinin objektif esaslı noktaları; taraflar (ipotek veren ve ipotekli alacaklı), ipotek konusu taşınmaz ya da taşınmazlar, ipotek hakkı ve ipotek hakkının kurulmasına yönelik tarafların irade uyuşması, ipotekle teminat altına alınan alacak ve güvence miktarı olarak sıralanabilir. Dolayısıyla TMK m. 856/II'de geçerliliği resmî şekilde (TapK. m. 26 uyarınca tapu müdürlüğünde) yapılmış olmasına bağlanan ipotek sözleşmesinin şekil şartının kapsamına da sözleşmenin bu belirttiğimiz objektif esaslı unsurları dâhil olacaktır. Sonraki sıradaki ipotekli alacaklıya boş dereceye ilerleme hakkının tanınması da, ipotek sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından ipotekle teminat altına alınan alacağa ilişkin güvence bakımından değişiklik yarattığı için, bu anlaşmanın şekil zorunluluğu kapsamında yer aldığını düşündürtebilir. Ancak kanaatimizce TBK m. 13 kapsamındaki şekil zorunluluğu, mevzuatta özel düzenlemelerin yönlendirmesi ile aksi bir sonuca varılamıyorsa uygulanmalıdır. Eş deyişle mevzuattaki düzenlemeler şekil hususunda bir sonuca işaret ediyorsa, söz konusu değişikliğin yapılması TBK m. 13/I'in 1. cümlesinde belirtilen şekil zorunluluğu kapsamında görülmemelidir. Dolayısıyla TBK m. 13/I'e dayalı olarak sözleşmenin objektif unsurlarında değişiklik yapılması asıl sözleşmenin şekline tâbi olsa da, kanaatimizce bunun için mevzuatta söz konusu değişikliğe yönelik şekil bakımından bir belirleme yapılmamış olmalıdır. Mevzuatta bir belirlemenin yapıldığı durumda ise, değişiklik yapılan husus objektif unsurlara ilişkin olsa bile, asıl sözleşmenin şekline uyma zorunluluğu bulunmayıp, mevzuattaki yönlendirme kabul edilmelidir.

Şu halde ilgili kanunî düzenlemeler olarak NK m. 60/bent 2, TapK. m. 26/I ve TST m. 47/ bent a ve b düzenlemelerinden boş dereceye ilerleme hakkı veren sözleşmenin noterde düzenlenebileceği sonucuna ulaşılabildiği için, bu hususta TBK m. 13 hükmünden yola çıkılarak sadece tapu müdürlükleri tek yetkili görülemez. Gerçekten de şerh anlaşmasının noterde yapılabilmesine olanak tanıyan TST m. 47 hükmü uyarınca ve tapu müdürlüklerince düzenlenmesi gereken resmî senetleri belirten TapK. m. 26 hükmünde boş dereceye ilerleme

⁶³ Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel*, N. 478; Tercier vd., *Borçlar Genel*, N. 726.

⁶⁴ Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), s. 121-122; Acar, *Rehin Hukuku*, N. 373.

sözleşmesine yer verilmemesi sebebiyle, taraflar gerek boş dereceye ilerleme sözleşmesini gerekse bu sözleşmenin şerhine ilişkin şerh anlaşmasını daha az gider, süre ve emek harcayarak noterde yapabilirler. Kanaatimizce boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tapu müdürlüğünde yapılmamış olması bu anlaşmanın geçerliliğine etki etmemeli, sözleşmenin noterde yapılmış olması yeterli kabul edilmelidir. Yine boş dereceye ilerleme hakkının, ipotek sözleşmesinden ayrı bir sözleşme ile tanınması hali için belirttiğimiz bu sonuca, satış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen alım ve gerialım haklarından yola çıkarak da ulaşılabilir. Nitekim öğretide - tartışmalı olmakla birlikte- satış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen alım ve gerialım sözleşmelerinin noterde de düzenlenebileceği belirtilmektedir⁶⁵.

ddd. Tapu Kanunu m. 26/X ve XI Hükümleri Bakımından Değerlendirme

Türk Medenî Kanunu m. 856 uyarınca taşınmaz rehninin kurulması tapu kütüğüne tescil ile gerçekleşmekte ve taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmenin resmî şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Buna karşılık TapK. m. 26/X⁶⁶ fıkrası “*Kamu kurum ve kuruluşları, kredi kuruluşları, bankalar, esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile tarım kredi kooperatiflerince açılmış veya açılacak tüm borç ve kredilere karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi halinde, taraflarınca imzalanan kredi veya borç sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Yine TapK. m. 26/XI⁶⁷ fıkrası “*21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu kapsamındaki tasarruf finansman şirketleri tarafından müşterilere sağlanan veya sağlanacak finansmana karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi hâlinde, imzalanan tasarruf finansman sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur.*” şeklindedir.

⁶⁵ Rehinden ayrı olarak düzenlenen boş dereceye ilerleme hakkı ile aynı bentte (TST m. 47/b) düzenlenen satış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen gerialım hakkı bakımından da bu yönde görüş olarak bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970-1971), s. 420; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 449. Aynı sözleşme olarak yapıldığı takdirde alım ve gerialım hakkı tanıyan sözleşmelerin noterde düzenlenmesinin yeterli olduğu görüşünde bkz. Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi (İçinde: Hatemi), *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), § 26 N. 36 ve N. 39; Yarg. 14. HD, E. 2015/15856, K. 2016/10198, T. 07.12.2016, www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 09.10.2023): “... geri alım sözleşmesi noter tarafından re’sen düzenlenmedikçe geçerli sayılmaz. Bu nedenle geçerli olmayan bir sözleşme tapuya şerh edilse dahi geçerlilik kazanmaz. Bu husus re’sen gözetilir.”; Aksi görüş olarak bkz. Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, N. 1901; Nomer/Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 472.

⁶⁶ Ek fıkra: 26/4/1984 - 3000/1 m.; Değişik: 15/2/2018-7099/1 m.

⁶⁷ Ek fıkra:4/3/2021-7292/19 m.

Böylece TapK. m. 26 hükmüne eklenen fıkralarda belirtilen durumlarda ipotek sözleşmeleri istisnai olarak adî yazılı şekilde yapılabilecektir. Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Acaba TapK. m. 26 hükmüne eklenen iki fıkrada geçen “*ipotek işlemleri*” ifadesinin kapsamına boş dereceye ilerleme sözleşmesi de dâhil midir? Dâhil olduğu kabul edilirse boş dereceye ilerleme sözleşmesi bakımından da geçerlilik şekli olarak resmî şeklin aranmayacağı ve adî yazılı şeklin yeterli kabul edileceği sonucuna varılır⁶⁸. Yok eğer dâhil olmadığı kabul edilir ise boş dereceye ilerleme sözleşmesi bakımından TMK m. 871/III hükmü uyarınca resmî şekil şartı aranmaya devam edilecektir.

Kanaatimizce söz konusu ek fıkralarda geçen “*ipotek işlemleri*” ifadesi gerek ipotek sözleşmesinden sonra gerekse ipotek sözleşmesine bir kayıt şeklinde yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesini kapsamamaktadır. Zira fıkraların sonunda “*tescil olunur*” ifadesine yer verilirken, boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tapuya işlenmesi tescil değil, şerh ile olur. Dolayısıyla görüşümüzce TMK m. 871/III gereğince resmî şekil koşulu bu fıkralara giren ipoteklere ilişkin düzenlenen boş dereceye ilerleme sözleşmeleri bakımından yine aranmalı ve söz konusu sözleşmeler ister tapu müdürlüklerinde ister noterde düzenlenebilmelidir. Böylece tarafların sahte bir adî yazılı senet ile tapuya başvurarak şerh talebinde bulunmaları tehlikesinin de önüne geçilmiş olunur.

B. İRADİ ŞEKLİN KARARLAŞTIRILMASI

Şekle ilişkin genel açıklamalarda bulunurken belirttiğimiz üzere⁶⁹ taraflar, TBK m. 17 uyarınca sözleşmeyi kurarken iradi şekil yoluyla bir geçerlilik şekli kararlaştırabilirler. Geçerlilik şekli olarak iradi şekil kararlaştırılması, boş dereceye ilerleme sözleşmesi özelinde değerlendirilirse şu tespitlerin yapılması mümkündür. Çalışmada boş dereceye ilerleme sözleşmesi bakımından geçerlilik şeklinin TMK m. 871/III uyarınca resmî şekil olduğunu ve savunduğumuz görüş uyarınca bu sözleşmeye noterin resmiyet verebileceğini belirttik. Bu doğrultuda malik ve alt derecedeki ipotekli alacaklı, sözleşme görüşmeleri sırasında ya da sözleşmeyi kurarken iradi şekil olarak boş dereceye ilerleme sözleşmesinin noterde değil, ancak tapu müdürlüğünde yapılırsa geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Ancak malik ve alt derecedeki ipotekli alacaklının bu sözleşmenin adî yazılı şekle tâbi olduğunu kararlaştırmaları mümkün değildir. Zira bu halde boş dereceye ilerleme sözleşmesi bakımından TMK m. 871/III hükmünde özel bir geçerlilik

⁶⁸ Asıl sözleşme adî yazılı şekle tâbi olduğundan, ilerleme sözleşmesinin de şekle tâbi olmayacağı sonucuna ulaşan görüş olarak bkz. Olgaç, *İpotekte Sıra*, s. 154; Köroğlu, *Sabit Derece Sistemi*, s. 93.

⁶⁹ Bkz. Başlık II.

şekli olarak resmî şekil öngörüldüğüne göre, iradi şekil yoluyla adî yazılı şeklin kararlaştırılması, kanunî geçerlilik şeklinin türünün zayıflatılması anlamına gelecektir.

C. BOŞ DERECEYE İLERLEME SÖZLEŞMESİ YAPILACAĞI VAADİNİ İÇEREN ÖNSÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİK ŞEKLİ

İleride boş dereceye ilerleme sözleşmesinin yapılacağı vaadini içeren bir önsözleşmenin yapılması TBK m. 29/I uyarınca geçerlidir. Söz konusu önsözleşme ile malik, ipotekli alacaklının lehine boş dereceye ilerleme hakkı vereceğini taahhüt eder⁷⁰. Türk Borçlar Kanunu m. 29/II uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, önsözleşme ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin şekline tâbidir. Şu halde boş dereceye ilerleme sözleşmesi yapılacağı vaadini içeren önsözleşmenin geçerliliği de resmî şekle bağlı olup⁷¹, asıl sözleşme olarak boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerlilik şekline ilişkin çalışmada savunduğumuz görüş doğrultusunda, önsözleşmeye de noter tarafından resmiyet verilebilir.

SONUÇ

Türk Medenî Kanunu m. 871/III hükmünde boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerlilik şekli, resmî şekil olarak belirlenmiş, ancak resmî senedi düzenleyecek makam belirlenmemiştir. Boş dereceye ilerleme hakkının, ipotek sözleşmesinde bir kayıt olarak yer alması halinde boş dereceye ilerleme hakkı, zorunlu olarak tapuda düzenlenecek resmî senette yer alacaktır.

Boş dereceye ilerleme hakkının, ipotek sözleşmesinin sonrasında ayrı bir anlaşma olarak düzenlenmesi de mümkündür. Ancak bu halde resmî senedi düzenleyecek makamın belirlenmesi bakımından öğretide tartışma bulunmaktadır. Kanaatimizce Tapu Kanunu m. 26/I hükmünde tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesi gereken resmî senetler arasında boş dereceye ilerleme sözleşmesi sayılmadığına göre Noterlik Kanunu m. 60/bent 2 uyarınca boş dereceye ilerleme sözleşmelerine resmiyet vermesi gereken makam noter olmalıdır. Ancak bu hususta tapu memurları da yetkili sayılabilir. Taşınmazlarda ipotek kurma sözleşmesini düzenleyebilen tapu memurlarına, böyle bir sözleşmenin içeriğine yönelik bir hususta sözleşme düzenleme yetkisi vermemek için özel bir sebep yoktur. Nitekim bu sözleşme ipotek kurma sözleşmesinde yer alan bir hükümlerle vücut buluyorsa, zaten zorunlu olarak tapuda düzenlenecek resmî senette yer almaktadır.

⁷⁰ Köroğlu, *Sabit Derece Sistemi*, s. 93.

⁷¹ Olgaç, *İpotekte Sıra*, s. 154.

Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/I, b bendi incelendiğinde de boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tapu siciline şerh verilebilmesi için şerh anlaşması olarak noter tarafından düzenlenen bir sözleşmeye ihtiyaç bulunduğu görülmektedir. Uygulamada çoğunlukla taraflar boş dereceye ilerleme hakkının tapu siciline şerh verilip verilemeyeceği hususunu boş dereceye ilerleme sözleşmesini yaparken kararlaştırmaktadır. İpotek sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen boş dereceye ilerleme sözleşmesinin noterde düzenlenebileceği kabul edilmediğinde, taraflar boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçerliliğini sağlamak üzere ilk olarak tapu dairesine başvurup resmî senet düzenlenmesini isteyecek, sonrasında bir de bu sözleşmeden doğan hakkın şerh verilmesi için ayrıca noter tarafından senet düzenlenmesini isteyeceklerdir. Böyle bir sonuç tarafları bir yandan anlamsız bir formaliteye sürükleyerek zaman kaybetmelerine neden olurken, diğer yandan tarafların noterde ve tapuda ayrı ayrı harç ödemek durumunda kalarak daha fazla masraf yapmalarına neden olur.

Sonraki sıradaki ipotekli alacaklıya boş dereceye ilerleme hakkının tanınması, ipotek sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından ipotekle teminat altına alınan alacağa ilişkin güvence bakımından değişiklik yarattığından, ipotek sözleşmesinin şekil zorunluluğu kapsamında yer alması gerektiğini düşündürtebilir. Ancak kanaatimizce TBK m. 13 kapsamındaki şekil zorunluluğu, mevzuatta özel düzenlemelerin yönlendirmesi ile aksi bir sonuca varılamıyorsa uygulanmalıdır. Şu halde ilgili kanunî düzenlemeler olarak NK m. 60/bent 2, TapK. m. 26/I ve TST m. 47/I, bent a ve b düzenlemelerinden boş dereceye ilerleme hakkı veren sözleşmenin noterde düzenlenebileceği sonucuna ulaşılabildiği için, bu hususta TBK m. 13 hükmünden yola çıkılarak sadece tapu müdürlükleri tek yetkili görülmemelidir.

Tapu Kanunu m. 26 hükmüne eklenen X. ve XI. fıkralarda belirtilen durumlarda ipotek sözleşmeleri istisnai olarak adî yazılı şekilde yapılabilmektedir. Kanaatimizce söz konusu ek fıkralarda geçen “*ipotek işlemleri*” ifadesi boş dereceye ilerleme sözleşmesini kapsamamaktadır. Zira fıkraların sonunda “*tescil olunur*” ifadesine yer verilirken, boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tapuya işlenmesi tescil değil, şerh ile olmaktadır. Dolayısıyla görüşümüzce TMK m. 871/III gereğince resmî şekil koşulu bu fıkralara giren ipoteklere ilişkin düzenlenen boş dereceye ilerleme sözleşmeleri bakımından yine aranmalı ve resmi senet noter ya da tapu müdürlüklerinde düzenlenmelidir. Böylece tarafların sahte bir adî yazılı senet ile tapuya başvurarak şerh talebinde bulunmaları tehlikesinin de önüne geçilmiş olunur.

Malik ve alt derecedeki ipotekli alacaklı, sözleşme görüşmeleri sırasında ya da sözleşmeyi kurarken iradi şekil olarak boş dereceye ilerleme sözleşmesinin noterde değil, ancak tapu müdürlüğünde yapılırsa geçerli olacağını da kararlaştırabilirler. Ancak taraflarca sözleşmenin adî yazılı şekle tâbi olduğunun kararlaştırılması mümkün değildir. Zira böyle bir kararlaştırma, kanunî geçerlilik şekli olarak resmî şeklin zayıflatılması anlamına gelecektir.

İleride boş dereceye ilerleme sözleşmesinin yapılacağı vaadini içeren bir önsözleşmenin yapılması TBK m. 29/I uyarınca geçerli olup, TBK m. 29/II uyarınca söz konusu önsözleşmenin geçerliliği de resmî şekilde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla çalışmada savunduğumuz görüş doğrultusunda, önsözleşmeye de noter tarafından resmîyet verilebilmelidir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk.** *Rehin Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, 2017.
- Akipek, Jale vd.** *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı, 2018.
- Antalya, O. Gökhan.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2. Baskı, 2019.
- Ayan, Mehmet.** *Eşya Hukuku – III, Sınırlı Aynî Haklar*. Ankara: Adalet Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, 2020.
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin (İçinde: Hatemi).** *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, 2014.
- Bucher, Eugen.** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*. Zürich: Schulthess, Neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1988.
- Çetiner, Bilgehan.** *Taşınmaz Teminatı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Çetiner, Bilgehan vd.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Eren, Fikret.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021.
- Ertaş, Şeref.** *Eşya Hukuku*, İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, 2020.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret.** *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve 6570 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, 2019.
- Gauch, Peter vd.** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess, 9. Auflage, 2008.
- Gönen, Doruk.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

- Gümüş, Mustafa Alper.** *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Gürsoy, Kemal T. vd.** *Türk Eşya Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 1984.
- Haab, Robert vd.** *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB*. Zürich: Schulthess, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, 1977.
- Jäggi, Peter.** *ZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr.V/1a, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*. Zürich: Dritte völlig neubearbeitete Auflage, 1973.
- Keller, Max/Schöbi, Christian,** *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*. Basel und Frankfurt: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1982.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 25. Bası, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip.** vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Kostkiewicz, Jolanta Kren.** *OFK OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, (Herausgegeben: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), Zürich: Orell Füssli, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009.
- Köroğlu, Ebru.** *Türk Rehin Hukukunda Sabit Derece Sistemi ve İstisnaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Müller, Christoph.** *BK-Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, (Herausgeber: Regina E. Aebi-Müller, Christoph Müller). Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Nomer, Halûk N.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Bası, 2021.
- Nomer, Halûk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan.** *Eşya Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9. Bası, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami.** *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 27. Bası, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal vd.** *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 23. Bası, 2021.
- Olgaç, Furkan.** *İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm.** *Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183.* Zürich: Schulthess, Zweite umgearbeitete Auflage, 1929.
- Öncü, Özge.** “Kanunen Şekle Tabi Sözleşmelerde Değişiklik Yapılmasının Bağlı Olduğu Şekil”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, (Temmuz 2022), (s.181-220).
- Özbilen, Arif Barış.** *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Reisoğlu, Seza.** “Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpotegi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 45, (Haziran 2003), s. 66-80.
- Schmid-Tschirren, Christina.** *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB,* (Herausgeber: Thomas Geiser/Stephan Wolf), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, 2019.
- Schmidlin, Bruno.** *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht,* (Herausgegeben: Arthur Meier-Hayoz), Bern: Stämpfli, 1986.
- Schönenberger, Wilhelm/Jäggi, Peter.** *ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR),* Zürich: Schulthess, Dritte völlig neubearbeitete Auflage, 1973.
- Schwenzer, Ingeborg.** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* Bern: Stämpfli Verlag AG, Fünfte überarbeitete Auflage, 2009.
- Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana,** *Basler Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-529 OR,* (Herausgeber: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Auflage, 2019.
- Sirmen, Lâle.** *Eşya Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2021.
- Tandoğan, Halûk.** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1,* İstanbul: Vedat Kitapçılık, Tümü Yeniden İşlenmiş Ve Genişletilmiş Besinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, 2008.
- Tek, Gülen Sinem.** *Ulaşım Araçlarının İpotegi,* İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi.** *Eşya Hukuku,* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970-1971.
- Tenekeci, Cüneyt.** *İpotegin Kaldırılması ve İpotekte Sıra Sistemi.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, 2021.
- Tercier, Pierre vd.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2020.
- Tuor, Peter/Schneyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra.** *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,* Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2009.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah/Aydın Ateş, Gülşah Sinem.** *Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları (Açıklamalı-Şematik-Çözümlü),* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, 2023.

von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich: Schulthess, 1964.

von Tuhr, Andreas/Peter, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band*, Zürich: Schulthess, Dritte Auflage, 1979.

Veri Tabanları

lexpera.com.tr

www.swisslex.ch/

www.servat.unibe.ch/

www.bger.ch/



Kaçakların Yargılanmasında Hüküm (*)

Verdict in The Judgement of Fugitives

Dr. Öğr. Üyesi Irmak KORUCULU**

Öz

Sanığın duruşmaya katılması sanığın adil yargılanma hakkını güvence altına aldığı gibi, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına da hizmet etmektedir. Bu nedenle de ceza yargılamasında kural, sanığın yokluğunda yargılama yapılmamasıdır. Ancak bu kuralın bazı istisnaları bulunmakta olup bunlardan biri de hakkında kaçaklık kararı verilen sanık hakkında yargılama yapılmasıdır. Bu çalışmada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda özel bir yargılama usulü olarak düzenlenen kaçakların yargılanması konusu, kaçak sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda verilebilecek hüküm çeşitleri kapsamında ele alınmıştır. Bu doğrultuda öncelikle kaçaklık kavramı ve kaçaklık kararının verilme sürecine, ardından kaçakların yargılanmasında soruşturma ve kovuşturma usulüne değinilmiştir. Nihayetinde kaçakların yargılanmasında verilebilecek hüküm türleri Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler

Kaçak, Kaçakların Yargılanması, Hüküm, Adil Yargılanma Hakkı, Sanığın Yokluğunda Yargılama

Abstract

The defendant's participation in the hearing both secures the defendant's right to a fair trial and serves to reveal the material fact. For this reason, the rule in criminal proceedings is that the trial cannot be held in the absence of the defendant. There are some exceptions to this rule, one of which is the trial of the defendant against whom a fugitive decision has been issued.

* Makale Geliş Tarihi: 31.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 14.12.2023 – Makale Yayın Tarihi: 29.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1384076

** Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi, Kamu Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya – Türkiye

E-posta: irmakkoruculu@sakarya.edu.tr

ORCID: 0000-0002-2112-5094

In this study, the issue of judgement of fugitives, which is regulated as a special trial procedure in the Code of Criminal Procedure No. 5271, is discussed within the scope of the types of verdicts that can be given as a result of the trial conducted against the fugitive defendant. In this regard, firstly, the concept of fugitiveness and the process of making the decision of fugitiveness, and then the investigation and prosecution procedure in the trial of fugitives are examined. Finally, the types of sentences that can be given in the trial of fugitives have been evaluated within the scope of the jurisprudence of the Constitutional Court and the ECHR.

Keywords

Fugitive, Judgement of Fugitives, Verdict, Right to Fair Trial, Trial in Absentia

GİRİŞ

Sanığın hakkında yürütülen yargılamaya yön verebilmesinin, mahkeme huzurunda meramını anlatabilmesinin, savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesinin yolu duruşmaya bizzat gelerek delillerin tartışılmasına katılmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukunda sanığın duruşmada hazır bulunması bir yargılama şartı olarak kabul edilmektedir. Kanunda öngörülen istisnai haller dışında sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz (CMK m. 193/1). Her ne kadar kural, sanığın yokluğunda yargılama yapılamayacak olması ise de bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Bunlar; sanığın yokluk halleri (CMK m. 194, 195, 196, 200 ve 204) ile gaiplik ve kaçaklıktır.

CMK m. 247/1’de kaçaklığın tanımı yapılmış, 2. fıkrada kaçaklık kararı verilebilmesi için takip edilmesi gereken süreç, 3. fıkrada ise kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabileceği ve hüküm kurulabileceği düzenlenmiştir. CMK m. 247/3’te sorgusu yapılmamış olan sanık hakkında mahkumiyet kararı dışında kalan hüküm çeşitleri hususunda karar verilebileceği öngörülmekle birlikte ilgili hüküm Anayasa Mahkemesi’nin 22/03/2023 tarihli 2022/145 Esas ve 2023/59 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, sorgusu yapılmamış olan sanığın yokluğunda mahkumiyet dışında verilebilen ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri hükümlerinin adil yargılama hakkını ölçsüz bir şekilde sınırladığı kanaatine ulaşmıştır.

Bu çalışmada, kaçakların yargılanmasına ilişkin genel bir değerlendirme yapıldıktan sonra Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ve adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) yaklaşımı göz önünde bulundurularak kaçak sanık hakkında verilebilecek hüküm türleri değerlendirilmiştir.

I. KAÇAKLIK KAVRAMI

“Kaçaklık kavramı” sözlükte, “*bağlı bulunduğu yerden veya yasadan kaçan, uzaklaşan*”¹ şeklinde, CMK m. 247/1’de ise “kaçak”, “*Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Kaçaklık hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde şüpheli veya sanığın hakkındaki soruşturma veya kovuşturmayı öğrendiği herhangi bir anda başlamış olabilmektedir². Ancak kişi hakkında kaçaklık kararı verilebilmesi için CMK m. 247/2’de öngörülen usule uyulması gerekmektedir.

Kaçaklık halinin doğru anlaşılabilmesi için kavramın kendisine yakın bir kavram olan gaiplik ile arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir. *Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Yargılama Usulleri* başlıklı Beşinci Kitap, Birinci kısımda *Gaiplerin ve Kaçakların Yargılanması, Tüzel Kişilerin Soruşturmada ve Kovuşturmada Temsili, Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme Usulü* üst başlığı altında birinci bölümde gaiplerin yargılanması ikinci bölümde ise kaçakların yargılanması düzenlenmiştir. Hem gaiplik hem de kaçaklık hali sanığın yargılamaya katılmaması durumuna ilişkin kavramlar olması hasebiyle benzer nitelik taşımaktadır. Ancak kaçaklık kararı verilmesinin koşulları ve sonuçları sanığın gaiplik sayılmasının koşulları ve sonuçlarından farklıdır. Gaiplik CMK m. 244’te; “*Bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık*” şeklinde tanımlanmıştır. Gaiplik halinde ceza muhakemesi işlemleri bakımından bilinçli bir yok olma halinin söz konusu olmadığı ancak kaçaklık halinde bilerek ve isteyerek muhakeme makamlarından kaçma halinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir³. Kaçak ile gaiplik arasındaki temel farklılığın kaçak sanıkta bulunan hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacı olduğu söylenebilir⁴. Ancak CMK’nın ortaya koyduğu bu ölçütün, gaiplik ile kaçak arasındaki farkın anlaşılması bakımından yetersiz olduğu ifade edilmektedir⁵.

¹ <https://sozluk.gov.tr/>

² Bahri Öztürk, *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi*, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1984), 223.

³ Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 103. Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 836. Yılmaz Çağlayan, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 687.

⁴ Cumhuriyet Şahin- Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 78. Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 118.

⁵ Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020), 1030. Yazarlar gaiplik ve kaçaklık hallerine ilişkin kanundaki düzenlemelerin özensiz olduğunu ifade etmektedirler. Örneğin; gaibin tanımında “sanık” kavramına yer verilirken kaçığın tanımında “kişi” kavramına yer verilmesi, gaiplik için güvence

Kaçak ve gaip arasındaki bir diğer fark; gaiplikte bir varsayım söz konusu iken (CMK m. 244/1’de “...*sanık gaip sayılır*” şeklinde düzenlenmiştir), kaçaklıkta bir gerçekliğin söz konusu olmasıdır⁶. Gaiplik kararı, işlendiği iddia edilen suçun niteliğine bakılmaksızın yalnızca kovuşturma evresinde verilebilirken, kaçaklık kararı m. 248/2’de sayılan suçlar bakımından hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde verilebilir⁷.

Kaçaklık ile sanığın yokluk hallerinin de birbirinden ayrılması gerekmektedir. Kaçaklık durumunda sanığa ulaşamıyorken sanığın yokluğu durumunda ise sanık kendisine ulaşılabilen bir konumdadır⁸.

II. KAÇAKLIK HALLERİ

A. YURT İÇİNDE SAKLANMA

Kaçaklık hallerinden ilki kişinin, hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalması amacıyla yurt içinde saklanmasıdır (CMK m. 247/1). Yurt içinde saklanan şüpheli veya sanığın ya adresi bilinmemekte ya da kişi bilinen adresinde bulunmamakta ve bu şekilde kişiye ulaşılamamaktadır. Gaiplik tanımında yer alan “*bulunduğu yerin bilinmeme*” durumunun yurt içinde saklanma ile örtüşen bir kavram olduğu ifade edilmekte olup bulunduğu yer bilinmeyen kişinin gaip mi kaçak mı olduğu hususunda ayırım yapılabilmesi için hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacının ortaya konulması gerekmektedir⁹.

B. YABANCI ÜLKEDE OLMA

Kişi hakkında kaçaklık kararı verilebileceği diğer hal yurt dışında değildir. Bu durumda da kişinin hakkındaki soruşturma veya kovuşturmayı bertaraf etme amacıyla yurt dışında bulunuyor olması gerekmektedir.

Gaiplik bakımından yer verilen yurt dışından getirilmesi uygun bulunmama haline kaçaklar bakımından yer verilmemiştir. Kaçak tanımında bu hususa yer verilmemesi doktrinde eleştirilmektedir¹⁰. Kanaatimizce yurt dışından getirilmesi uygun bulunmama haline kaçaklıkta yer verilmemesi isabetlidir. Zira kaçaklık, yukarıda da ifade edildiği üzere, şüpheli veya sanığın soruşturma veya kovuşturmayı akamete uğratmak için bilinçli olarak yurt dışında bulunuyor

belgesinden bahsedilirken esasen farklı olmayan aynı belge için kaçaklık durumunda “teminat belgesi” kavramının kullanılması eleştirilmiştir.

⁶ Öztürk, *Gaip*, 222. Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 78.

⁷ Çağlayan, *Ceza Muhakemesi*, 687.

⁸ Öztürk, *Gaip*, 222. Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi*, 103. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 78.

⁹ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 1031. Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi*, 103.

¹⁰ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 1031.

olmasını gerektirmekte olup gaiplikten faklı olarak kaçak hakkında yargılama yapılabildiğinden bu ihtimale kaçaklık bakımından yer verilmemesi isabetlidir.

III. KAÇAKLIK KARARI

Kişi hakkında kaçaklık kararının verilebilmesi için kanunda öngörülen süreçlerin tamamlanması gerekmektedir. Öncelikle kişi hakkında yürütülen soruşturma¹¹ veya kovuşturmanın CMK m. 248/2’de sayılan suçlardan olması gerekmektedir¹². CMK’nın bu düzenleme şeklinden, kaçaklık kararı her suç için verilebilirken zorlama amaçlı elkoyma ve kayyım tayini kararının yalnızca CMK m. 248/2’de sayılan suçlara ilişkin olarak verilebileceği izlenimi ortaya çıkmakla birlikte CMK m. 247/2’de kaçaklık kararının da m. 248/2’de sayılan suçlara ilişkin olarak verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle kanun yapma tekniği açısından kaçaklık kararı verilebilecek suçlara ilişkin katalogun CMK m. 247’de düzenlenmesi yerinde olurdu¹³.

¹¹ 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 32 ve 01/02/2018 tarihli ve 7072 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun m. 11’le aynen kabul edilerek yasalasın 02/01/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK m.12’yle değışmeden önce kaçaklık kararı yalnızca kovuşturma evresinde verilebiliyordu. Doktrinde, soruşturma aşamasında şüphelinin hazır bulunmamasının bir muhakeme engeli olmamasından dolayı düzenlemede ayrıca soruşturma evresine yer verilmesine gerek olmadığı, ancak CMK m. 248’de düzenlenen zorlama amaçlı elkoyma koruma tedbirinin uygulama alanının genişletilmesi bakımından bu şekilde hareket edilmiş olabileceği ifade edilmektedir. Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 840. Soruşturma evresinde de kaçaklık kararı verilebilmesini, özellikle zorlama amaçlı elkoyma tedbirine başvuru olarak şüphelinin ortaya çıkmasını sağlama amacı taşıması bakımından olumlu olarak değerlendiren görüş için bkz. Ali Hakan Evik, “Ceza Muhakemesinde Kaçakların Yargılanması”, *KOÜHFD*, 23/24, (Ocak/ Temmuz- 2021), 32. “Maddede değışiklik yapılmasının amacı, soruşturma safhasının da sisteme dahil edilerek “kaçaklık” kararının verilme koşullarını basitleştirmek ve kolaylaştırmaktan ibarettir. Değışiklik öncesindeki yasal düzenlemeye göre de kaçaklar hakkında kovuşturma yapılmasına engel hal yoktur.” Yargıtay Kararı- 16. CD., E. 2018/4074 K. 2019/1939 T. 25.2.2019, Lexpera, Erişim tarihi: 09.10.2023.

¹² Bu suçlar; “a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan; 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78), 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 3. Hırsızlık (madde 141, 142), 4. Yağma (madde 148, 149), 5. Güveni kötüye kullanma (madde 155), 6. Dolandırıcılık (madde 157, 158), 7. Hileli iflas (madde 161), 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 9. Parada sahtecilik (madde 197), 10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220), 11. Zimmet (madde 247), 12. İrtikâp (madde 250), 13. Rüşvet (madde 252), 14. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 15. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236), 16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), 17. (Ek: 24/11/2016-6763/33 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313), 18. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Suçları, b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,”dır.

¹³ Kaçaklığa ilişkin 247’nin ilk halinde kaçaklık kararı tüm suçlar bakımından verilebiliyor ancak elkoyma ve kayyım tayini yalnızca katalogda yer alan suçlar bakımından uygulanabiliyordu. m. 247/2 sonradan düzenlenmiş olup katalog ise 248/2’de kalmaya devam etmiştir. Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 838-839. Özen’e göre; kaçaklık kararı sınırlama bulunmaksızın her suç bakımından verilebilir. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 120.

CMK m. 248/2’de yer alan suçlardan dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan şüpheli veya sanığa yetkili Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından usulüne uygun olarak yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararının da yerine getirilememiş olması gerekmektedir (m. 247/2). Şüpheli veya sanığın öncelikle CMK m. 145 gereğince ifade veya sorgusunun yapılabilmesi için davet edilmesi ve bu çağrıya uymaması halinde hakkında zorla getirme kararının verileceği konusunda bilgilendirilmesi gerekir.

Kaçaklık kararı verilebilmesi için zorla getirme kararının CMK m. 146’ya uygun olması aranmaktadır. Zorla getirme kararında, şüpheli veya sanığın kim olduğunun, ihtiyaç varsa eşkalinin açıkça belirtilmesi, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ne olduğunun ve zorla getirme nedenlerinin de kararda yer alması gerekmektedir.

Zorla getirme kararının icrası kolluk tarafından yerine getirilecektir. Kolluk görevlisi hakkında zorla getirme kararı bulunan şüpheli veya sanığa ulaşamama nedenlerini de belirterek zorla getirme kararının neden icra edilemediğini tutanakla tespit edecek ardından da bu tutanağı zorla getirme kararını veren makama iletacaktır¹⁴.

Bu durumda Cumhuriyet savcısı veya mahkeme; çağrının bir gazete ile şüpheli veya sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verir. Bu ilanlarda, on beş gün içinde gelmediği takdirde CMK m. 248’de düzenlenen tedbirlere hükmedilebileceği de açıklanır. Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren on beş gün içinde başvurmayan şüpheli veya sanığın kaçak olduğuna karar verilir (m. 247/2). Kanunda “... kaçak olduğuna karar verilir.” ibaresine yer verildiğinden CMK m. 247’de düzenlenen koşulların oluşması ve öngörülen usulün uygulanmasından sonra şüpheli veya sanığın kaçak olduğuna karar verilmesi hususunda Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır¹⁵.

Şüpheli veya sanığın kaçaklığına karar verilirken CMK’da öngörülen şekilde gerekli araştırmanın yapılması gerekmektedir. Sanığın duruşmaya gelmediği anda hemen bu yönde karar verilememesi gerekmektedir¹⁶.

¹⁴ Evik, “Kaçakların Yargılanması”, 33.

¹⁵ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 840.

¹⁶ Öztürk, *Gaip*, 224.

IV. KAÇAKLARIN SORUŞTURULMASI VE YARGILANMASI

A. GENEL OLARAK

Kanunda hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasının sağlanması amacıyla bahsedilerek kaçaklık kararının hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde verilebileceği öngörülmüştür.

Soruşturma evresinde şüphelinin kaçak olması, bizzat hazır bulunması gereken işlemler dışında soruşturma işlemlerinin yapılmasını engellemez. Hatta henüz ifadesi alınamamış olan şüpheliye ulaşılamaması halinde toplanan diğer deliller ile yeterli şüpheye ulaşılmış ise iddianame de düzenlenebilir¹⁷.

Hazır bulunmayan şüpheli hakkında soruşturma işlemleri yapılarak dava açılabilirse de kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapılamaz. Bu husus CMK m. 193'te; "*Kanunun ayrıkt tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir.*" şeklinde açıkça ifade edilmiştir¹⁸. Kaçaklık hali sanığın yokluğunda yargılama yapılamayacağı kuralının istisnalarından biri olup CMK m. 247/3'te; sanık hakkında kaçaklık kararı verilmiş ise hakkında kovuşturma yapılabileceği ve belli koşullarda hüküm verilebileceği düzenlenmiştir. Bu

¹⁷ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 1033. Konuya ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımı dikkat çekicidir. "*Sorgusu yapılmamış sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulamaz (CMK 193/2 ve 247/3). Sanığın savunmasının alınması davanın bitirilmesi için CMK'nın 223/8. maddesinde öngörülen "şart" niteliğindedir. Dolayısıyla yakalanmayan örgüt mensubu şüpheliler hakkında kamu davası açılmış olması durumunda davanın sonuçlandırılma imkanı bulunmadığından soruşturma evrakı Cumhuriyet Başsavcılığında değil mahkemede beklemiş olacaktır. Bu hal davanın makul sürede bitirilmesi ilkesinin ihlalini oluşturacaktır. Mütemedi suçlarda iddianame düzenlemekle hukuki kesintinin gerçekleştirilmesi halinde dava zamanaşımı süresi de işlemeye başlayacaktır. Bir taraftan suç işlenmeye devam ederken iddianameyle kamu davası açılması nedeniyle bu suçun dava zamanaşımına uğrama tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu nedenle kamu davası açılması için yeterli delil bulunan hallerde savunma alınmaksızın dava açılmasına engel hal yok ise de, mütemedi suçlardan olan örgüt üyeliği suçunda yakalamanın gerçekleşmediği durumda dava açılması bir yarar sağlamayacaktır. Diğer taraftan eksik soruşturma nedeniyle yeterince delil toplanmadan açılan davalar beraatle sonuçlanabilecektir. Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlarda yeni delil ortaya çıkması halinde dava açma olanağı var ise de kesin hüküm halinde CMK 314. Maddedeki sınırlı nedenlerle yargılamanın yenilenmesi mümkün olup, maddi gerçeğe ulaşmaya da engel oluşturacaktır.*" **Yargıtay Kararı - 16. CD., E. 2016/7218 K. 2018/3954 T. 30.10.2018**, Erişim: Lexpera, Erişim Tarihi: 21.10.2023.

¹⁸ Sanığın yokluğunda yargılama yapılamaması kuralının istisnaları bulunmaktadır. Bunlar; gaiplik, kaçaklık ve diğer sanığın yokluk halleridir. Diğer haller; sanığın duruşmadan ayrılması veya ara vermeyi izleyen oturuma katılmaması (m. 194), yargılama konusu suçun cezasının yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmesi (m. 195), sanığın duruşmadan başışık tutulması (m. 196), sorgu veya dinleme sırasında sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verilmesi (m. 200) ve duruşmanın düzenini tehlikeye sokan sanığın duruşmadan çıkarılması (m. 204).

düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İlgili karar aşağıda kaçaklar hakkında verilebilecek hüküm türleri başlığı altında incelenecektir.

B. KAÇAKLARIN YARGILAMASINDA MÜDAFI

Kaçak sanık hakkında duruşma yapılacağı hallerde eğer müdafî yoksa mahkeme kendisine baro tarafından bir avukat görevlendirilmesini isteyecektir (m. 247/4). Söz konusu zorunlu müdafîlik hali ile sanığın savunma hakkının korunmasının amaçlandığı görülmektedir¹⁹. Avukat atanması zorunluluğu yalnızca duruşma açılması halinde öngörüldüğünden soruşturma evresinde kaçak şüpheli için müdafî atanması zorunlu değildir²⁰. Ancak kaçaklık kararı soruşturma evresinde de verilebilen bir karar olduğundan hakkında kaçaklık kararı verilen şüphelinin savunma hakkının korunması ve silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından hakkında kaçaklık kararı verildiği andan itibaren şüpheli veya sanığa avukat tayin edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde de kaçaklık kararı verilebilecek olan evreye soruşturma evresinin de dahil edilmesine rağmen soruşturma evresinde hakkında kaçaklık kararı verilen şüpheli bakımından zorunlu müdafîlik öngörülmemesi eleştirilmektedir²¹.

Kaçak şüpheli hakkında soruşturma evresinde koşulların oluşması halinde elkoyma koruma tedbirine başvurulabilmektedir. Elkoyma ve kayyım atama kararının müdafîne bildirilmesi gerekmektedir. Bu durumda soruşturma evresinde kendisine müdafî atanmayan kaçağın mal, hak ve alacaklarına elkonulması veya kayyım atanması halinde eğer bir müdafî yoksa kendisine baro tarafından bir müdafî atanması sağlanmalı ve bu karar müdafîne bildirilmelidir. Ancak nasıl ki karar verildikten sonra şüphelinin müdafîne bilgi verilmesi öngörülmektedir, o halde müdafînin karar verilmeden önce kararın verilme sürecine de dahil edilmesinin, bu kararların savunma tarafından denetlenmesi bakımından da daha sağlıklı sonuçlar doğuracağı açıktır²².

Öte yandan yurt dışında bulunan kaçak sanık hakkında gıyabi tutuklama kararı verilebildiğinden soruşturma evresinde tutuklama kararı verilebilmesi bakımından CMK m. 100/3 gereğince kendisine müdafî tayin edilmesi gerekir²³.

¹⁹ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 1034.

²⁰ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 78.

²¹ Feridun Yenisey- Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 856. Soruşturma evresinde kendisine müdafî atanmış şüphelinin hakkında uygulanabilecek koruma tedbirleri ve yargılama sürecine ilişkin olarak bilgilendirilerek ifade vermeye daha kolay ikna olabileceği görüşüne ilişkin bkz. Evik, *"Kaçakların Yargılanması"*, 38.

²² Aynı yönde Evik, *"Kaçakların Yargılanması"*, 39.

²³ Aynı yönde, Yenisey- Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi*, 856.

C. KAÇAKLARIN YARGILANMASINDA BAŞVURULABİLECEK KORUMA TEDBİRLERİ

1. Zorlama Amaçlı Elkoyma ve Kayyım Atama

Kaçak şüpheli veya sanık hakkında muhakemeye katılmasını sağlamak amacıyla koruma tedbirlerine başvurulabilmektedir. Bunlardan ilki zorlama amaçlı elkoyma koruma tedbiridir. Kaçak şüpheli veya sanığın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak maksadıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi veya kovuşturma evresinde ise mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerekli görülmesi halinde malların idaresi için kayyım atanır (CMK m. 248/1). Elkoyma koruma tedbirinin uygulanabilmesi için soruşturma veya kovuşturmanın CMK m. 248/2'de sayılan suçlardan olması gerekmektedir.

Kaçak şüpheli veya sanığın mal, hak ve alacakları hakkında elkoyma kararı verilirken bu kararın amaçla orantılı olmasına özen gösterilmelidir²⁴. Kaçağın mal, hak ve alacaklarına elkoymanın amacı, kaçağın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak olduğundan bu amaca matuf bir elkoyma kararı verilmeli ve bu karar, kaçağa yüklenen suç veya suçlar, olayın özellikleri göz önünde bulundurularak kaçağın ortaya çıkarak muhakemeye katılmasını sağlayacak şekilde verilmelidir²⁵.

Elkonulan mal, hak ve alacakların korunmasında, elkoymaya ilişkin hükümler uygulanır. Tedbirlere ilişkin kararların özetinin bir gazetede ilanına sulh ceza hakimince veya mahkemece karar verilebilir (CMK m. 248/3). Elkoyma ve kayyım atama karar özetlerinin gazetede ilan edilmesi hususunda sulh ceza hakimi veya mahkemenin takdir yetkisine sahip olması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Bu kararların ilan edilmesi ile hem kaçak şüpheli veya sanıkla ticari faaliyette bulunan üçüncü kişilerin hem de kaçağın muhakeme sürecinden haberdar olması sağlanarak kaçağın Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye başvurması sağlanabilecektir²⁶. Bu nedenle kaçağın, hakkında verilen elkoyma veya kayyım atama kararlarından, bu tedbirlerin amacının zorlama olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, haberdar olmasının önemi izahtan varestedir. Karar verildikten sonra kendisine müdafî tayin edilip bilgi verilse dahi müdafî şüpheliye ulaşıp bilgilendiremeyebilir. Bu nedenle de kararların

²⁴ "Bu durumda kaçak durumda bulunan başvurusunun terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine işaret eden şüphenin gösterilebilmiş olması karşısında Cumhuriyet savcısına başvurmasını temin etmek amacıyla Türkiye'de bulunan mal varlığına el konulmasının -başvurusunun kendi fiiliyle buna neden olduğu ve ayrıca elkoyma işlemi nedeniyle yakınlarının yoksulluğa düşeceğini iddia etmediği gözetildiğinde- ölçülü olduğu ve kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengeyi zedelediği sonucuna ulaşılmaktadır." (Süleyman Çamur, Başvuru No: 2017/36487, § 73). Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 119.

²⁵ Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 956.

²⁶ Evik, "Kaçakların Yargılanması", 40.

ilan edilmesi şüphelinin kendisinin veya onu tanıyan 3. kişilerin görmesi bakımından önem arz etmektedir.

Kaçak şüpheli veya sanık hakkında elkoyma koruma tedbirine zorlama amacıyla başvurulduğundan, kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir (CMK m. 248/4). Bu durumda elkoyma kararını kaldırıp kaldırmama hususunda mahkeme veya sulh ceza hakimliğinin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, kaçak durumuna düşen kişinin hakkında yapılan işlemlerden gerçekten haberinin olmadığı tespit edilirse eski hale getirme hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁷.

Sulh ceza hakimi veya mahkeme, kaçak şüpheli veya sanığın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini tespit ederse bu kişilerin geçimlerini sağlamaları amacıyla elkonulan malvarlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyımaya izin verir (CMK m. 248/6). Bu bir emredici hüküm olduğundan bu tespitin yapılması halinde, elkonulan malvarlığından kaçığın bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimlerini sağlamaları amacıyla sosyal durumlarıyla orantılı bir yardım yapılması hususunda kayyımaya izin verilmesi zorunludur²⁸.

2. Tutuklama

Kaçak şüpheli veya sanık hakkında başvurulabilecek diğer koruma tedbiri tutuklamadır (CMK m. 248/5). CMK m. 248/5'te ifade edildiği üzere tutuklama koruma tedbirine ilişkin CMK m. 100 vd. düzenlenen genel hükümler kaçak sanık hakkında da uygulama bulur²⁹. Ceza muhakemesi hukukumuzda giyabi tutuklama kalkmış olsa da istinası kaçak şüpheli ve sanık hakkında verilebilen tutuklama kararıdır. Kaçak şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesinin temel sebebi yurtdışında bulunan kaçığın iadesinde sıkıntı yaşamamaktır³⁰.

Kaçaklar hakkında giyabi tutuklama kararı verilebilmesine ilişkin CMK m. 248/5 hükmünün, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının özüne dokunduğu ve bu sınırlamanın kaçığın yargılamada hazır etme amacı bakımından ölçülü olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle de Anayasa'nın

²⁷ Yenisey- Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 856.

²⁸ Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 121.

²⁹ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 848. Kaçak hakkında tutuklama kararına soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme karar verecektir. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 79. Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 700.

³⁰ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 79. 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu m. 22/1'de; "Soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da verilen mahkûmiyet kararlarının infazı amacıyla yabancı bir ülkede bulunan ve hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı verilen kişinin Türkiye'ye iadesi, adli merciler tarafından istenebilir." Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi*, 104.

hakların sınırlanmasına ilişkin 13. maddesine, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 19. maddesine ve hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi kaçaklar hakkında gıyabi tutuklama kararı verilebilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir³¹.

Gıyabi tutuklama kararına ilişkin 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 5/2'de; "*Ceza Muhakemesi Kanununun 248 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü, sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanır.*" denilerek gıyabi tutuklama kararları verilebilecek hallere uygulama kanunu ile sınırlama getirilmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemenin CMK m. 248'de yer alması kanun yapma tekniği açısından daha isabetli olurdu³².

Yalnızca yurtdışında bulunan kaçak şüpheli/sanık hakkında tutuklama kararı verilebildiğinden resmi makamlar tarafından şüpheli/sanığın yurtdışında olduğunun biliniyor olması gerekmektedir. Şüphe durumunda tutuklama kararı verilmesi hukuka aykırı olur. Kaçağın bu süreç içerisinde sürekli olarak yurtdışında olup olmadığının tespiti kolay olmadığından hükmün *tanınmış/bilinen* kaçaklar bakımından uygulanabilir olduğu doktrinde ifade edilmektedir³³.

Hakkında zorlama amaçlı elkoyma koruma tedbirine başvuru kaçığın yakalanması veya kendiliğinden teslim olması halinde elkoyma tedbirinin kaldırılacağı açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte hakkında tutuklama kararı bulunan kaçığın yakalanması veya kendiliğinden teslim olması halinde tutuklama kararının akıbetinin ne olacağına ilişkin açık bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Bu hususta CMK m. 103/2 düzenlemesinden yola çıkan bir görüşe göre, soruşturma evresinde yakalanan veya kendiliğinden Cumhuriyet savcısına başvuran şüphelinin ifadesi alındıktan sonra Cumhuriyet savcısı tarafından serbest bırakılması

³¹ Anayasa Mahkemesi kararında; "*60. Bu itibarla yoklukta tutuklama kararının ancak hâkim tarafından verilebileceği, tutuklama kararı verilirken Kanun'un 100. ve devamı maddelerindeki hükümlerin gözetilmesi gerekliliği, kaçığın yakalandığında talep olmaksızın Anayasa'nın 19. maddesinde belirtilen ve gıyabında tutuklama kararı verilen kişiler bakımından öngörülen sürelerden daha kısa bir süre içinde hâkim önüne çıkarılacağı, kaçığın tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialar ile lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirebileceği, sorgunun yalnızca yoklukta hüküm sözlü tebliğ etmekten ibaret olmayıp hâkim/mahkeme tarafından tutukluluğun hukukiliğinin incelenerek kaçak hakkında serbest bırakılma kararının da verilebileceği gözetildiğinde kuralın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı sınırlanan kişilere aşırı bir külfet yüklediği, ulaşılmak istenen amaca ilişkin kamu yararı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği arasında bulunması gereken makul dengenin korunduğu ve bu suretle kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*" değerlendirmelerine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 22.03.2023 tarih ve 2022/145 Esas, 2023/59 Karar sayılı kararı.

³² Aynı yönde bkz. Nevzat Toroslu- Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Kitap, 2020), 266.

³³ Evik, "*Kaçakların Yargılanması*", 42.

durumunda kaçaklık kararı da hükümsüz kalacak, kovuşturma evresinde ise yetkili mahkeme tarafından kaçaklık kararının kaldırılması yönünde karar verilecektir³⁴.

Kaçak hakkında yakalama koruma tedbirine başvurulması da mümkündür. Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenmektedir (CMK m. 98/3).

3. Güvence Belgesi

Güvence belgesi gaiplerin yargılanmasına ilişkin olarak CMK m. 246'da düzenlenmiş olup CMK m. 248/7'de bu maddeye atıf yapılarak kaçaklar bakımından da güvence belgesinin verilebileceği öngörülmüştür. Buna göre; mahkeme, kaçak olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir. Sanık, hapis cezası ile mahkum olur veya kaçma hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa belgenin hükmü kalmaz (CMK m. 246/2).

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) döneminde yapılan bir tanıma göre güvence belgesi, *“gaip sanığın ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla verilen, bu nedenle de sanığın mahkemede bulunmasını sağlamak için başvurulacak çareler arasında yer alan ve sanığı belli bir suçtan veya suçlardan dolayı tutuklamaktan kurtaran belge”*dir³⁵. 5237 sayılı TCK m. 247'de 2016 yılında yapılan değişiklikten önce yapılan bir tanıma göre ise güvence belgesi; *“ceza muhakemesinde gaip veya kaçak sanığın duruşmaya katılmasını sağlamak amacıyla verilen, şarta bağlanabilen ve sanığa tutuklanmama güvencesi veren belge”*dir³⁶. 2016 yılında yapılan değişiklikle birlikte soruşturma evresinde de kaçaklık kararı verilebildiğinden yapılacak tanımın güncellenmesi gerekmektedir. Buna göre güvence belgesinin; gaibin veya kaçağın muhakemeye katılmasını sağlamak amacıyla verilen, koşula bağlanabilen, kaçak şüpheli bakımından Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya gaip/kaçak sanık bakımından duruşmaya gelmesini sağlamaya yönelik olarak, şüpheli veya sanığa tutuklanmama güvencesi veren belge olduğu söylenebilir.

CMK m. 248/7'de “kaçak sanık”tan değil “kaçaklar”dan bahsedildiği için yalnızca kovuşturma evresinde sanıklar bakımından değil, soruşturma evresinde şüpheli hakkında da güvence belgesinin verilebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresinde tutuklama,

³⁴ Evik, *“Kaçakların Yargılanması”*, 34-35.

³⁵ Öztürk, *Gaip*, 137.

³⁶ Ömer Ömeroğlu, *“Ceza Muhakemesinde Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi”*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(3), (2013), 197.

zorlama amaçlı elkoyma ve kayyım atama hususunda karar verme yetkisine sahip olan sulh ceza hakiminin güvence belgesi verme hususunda da yetkili olduğunun kabulü gerekmektedir³⁷. Zira güvence belgesinin hükümsüz kalmasına ilişkin CMK m. 246/2’de “sanık” kavramına yer verilmesinin maddenin gaiplerin yargılanmasına ilişkin bölümde düzenlenmesinden ve gaiplik kararının da yalnızca sanıklar hakkında verilebilmesinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Bu nedenle de CMK m. 248/7 ile m. 246’ya atıf yapılması yerine kaçaklığa ilişkin CMK m. 247’de 6763 sayılı Kanun ve 7072 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle uyumlu bir “Teminat Belgesi” düzenlemesine yer verilmesi yerinde olacaktır.

Güvence belgesi, bir yandan şüpheli veya sanığa savunmasını yapma imkanı sağlarken bir yandan da devletin cezalandırabilme hak ve yetkisini koruma amacına hizmet etmektedir³⁸. Güvence belgesi gaiplik veya kaçaklık kararının bulunması halinde, kişi hakkında bir tutuklama kararının bulunması veya tutuklama koşullarının oluşması halinde verilebilir³⁹. Eğer tutuklama yasaklarının bulunduğu bir durum söz konusu ise güvence belgesine de ihtiyaç yok demektir⁴⁰. Güvence belgesinin verilmesi tutuklama koruma tedbirinin uygulanmasını önlemeye yönelik olduğundan somut olayda tutuklama şartlarının bulunuyor olması gerekmektedir⁴¹. Güvence belgesi kovuşturma evresinde verilebileceğinden Cumhuriyet savcısının kararı ile verilmesinin mümkün olmadığı bu hususta yargılamayı yapan mahkemenin yetkili olduğu ifade edilmektedir⁴². Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere; güvence belgesine ilişkin CMK m. 246’da “sanık” kavramına yer verilmesinin nedeni maddenin gaiplerin yargılanmasına ilişkin bölümde düzenlenmesi ve gaiplik kararının da yalnızca sanıklar hakkında verilebilmesidir. Kaçaklık kararı soruşturma evresinde de verilebildiğinden, kaçak şüpheli hakkında soruşturma evresinde güvence belgesi sulh ceza hakimliği tarafından verilebilmelidir.

Güvence belgesinin koşula bağlanabileceği kanunda açıkça öngörülmüştür. Güvence belgesinin verilmesi kararında kaçığın muhakemeye katılmasının sağlanması amacına uygun koşullara yer

³⁷ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 849. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 120. Güvence belgesinin yalnızca kovuşturma evresinde verilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 80. Yazarlara göre, her ne kadar soruşturma evresinde de kaçaklık kararı verilmekle birlikte güvence belgesine ilişkin hükümler yalnızca sanık bakımından geçerlidir. Zira güvence belgesinin verilmesindeki amaç kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaktır.

³⁸ Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 200-201.

³⁹ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 80. Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 208.

⁴⁰ Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 209. CMK m. 100/4: “Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.” ÇKK m. 21: “Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.”

⁴¹ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi*, 106.

⁴² Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 80.

verilmesi gerekmektedir. Bu koşullar kaçağın ortaya çıkmasını sağlayacak, kaçmasını engelleyecek veya verilecek cezanın infaz edilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır⁴³.

Güvence belgesi verilen kaçak hakkında tutuklama dışındaki örneğin; arama, elkoyma, iletişim tespiti gibi koruma tedbirlerinin uygulanması kural olarak mümkün olmakla birlikte güvence belgesi ile esasen kaçağın hareket özgürlüğü güvence altına alındığından tutuklama ile bu yönden kesişen yakalama veya gözaltına alma koruma tedbirlerine de başvurulmaması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁴⁴.

Güvence belgesinin şahsa mı yoksa fiile mi ilişkin olarak verildiğinin tespit edilmesi önem arz etmektedir. Güvence belgesinin kaçağın şahsına ilişkin olarak verilmesi halinde yalnızca kaçaklık kararı verilen fiile ilişkin değil hakkındaki diğer soruşturma veya kovuşturmalar kapsamında verilebilecek tutuklama kararları bakımından da etki doğuracaktır. Güvence belgesinin fiile ilişkin olarak verilmesi halinde ise kaçak hakkında yürütülen diğer soruşturma veya kovuşturmalar bakımından sonuç doğurmayacaktır⁴⁵. CMUK m. 288/2'de; "*Teminat varakası hangi suç için verilmiş ise maznunu yalnız ondan dolayı tevkiften masun bulundurur.*" hükmü ile güvence belgesinin fiile ilişkin olarak verileceği açıkça düzenlenmiş idi. 5271 sayılı CMK m. 246 kapsamında güvence belgesinin şahsa mı yoksa fiile mi ilişkin olarak verilebileceğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁴⁶, şahsa ilişkin güvence belgesi sistemi kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin verdiği güvence belgesinin kendi yargılaması ile sınırlı olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷. Zira sanığın başka mahkemelerde devam eden yargılamalarda hakkında verilmiş olan gıyabi tutuklama veya yakalama kararları söz konusu olabileceğinden, bir mahkemede verilen güvence belgesinin diğer mahkemelerde görülen yargılamaları da kapsayacağını kabul etmek bu mahkemelerin yargı yetkisine müdahale niteliği taşıyacaktır. Aksi görüşe göre; "*...duruşmaya gelmesi hâlinde...*" ibaresi ile sadece hakkında kovuşturmaya geçilen suç hakkında güvence belgesinin verildiği kabul edilerek fiile ilişkin güvence belgesi sistemi kabul edilmiştir⁴⁸.

Güvence belgesinin geçerliliğini kaybedeceği haller kanunda sayılmıştır. Birinci hal, kişinin hapis cezasına mahkum olmasıdır. Hapis cezasına mahkumiyetin güvence belgesinin verildiği

⁴³ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 80.

⁴⁴ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 849.

⁴⁵ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 851.

⁴⁶ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 81. Balcı, Murat, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip veya Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi (CMK m. 246, m. 248/7)", *TBB Dergisi*, 92, (2011), 107.

⁴⁷ Balcı, "Güvence Belgesi", 107.

⁴⁸ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 851.

fiilden kaynaklı olması şart değildir⁴⁹. Hapis cezasına mahkumiyet kararının kesinleşmesi gerekli değildir. Zira CMK m. 246/2’de “sanık”tan bahsedilmekte olup kişinin hakkında verilen mahkumiyet hükmü kesinleşene kadar sanık sıfatı devam etmekte, kişi hüküm kesinleştikten sonra hükümlü sıfatı almaktadır⁵⁰.

Güvence belgesinin geçerliliğini kaybedeceği ikinci hal ise, kaçağın yeniden kaçma hazırlığı içerisinde olmasıdır. Kaçma, yurt dışına çıkma şeklinde olabileceği gibi yurt içinde bulunmakla birlikte duruşmalara keyfi olarak katılmamaya yönelik davranışlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵¹. Ancak sanığın geçerli bir mazerete dayanarak duruşmalara katılmaması halinde güvence belgesi hükmünü kaybetmemelidir⁵². Kaçağın kaçma hazırlığında olmasının güvence belgesini hükümsüz kılması doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre; kaçma şüphesi zaten tutuklama koruma tedbirinin de koşullarından biri olup tutuklamayı bertaraf etme amacıyla verilen güvence belgesinin kaçağın kaçma hazırlığında olduğunun tespiti halinde hükümsüz kalmasının uygulama alanını daraltacağı ifade edilmektedir⁵³. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira bu durumda hakkında başlatılan soruşturma veya kovuşturmayı akamete uğratmak amacıyla muhakemeye bilinçli olarak katılmayan bir kaçak söz konusu olup kendisine tutuklanmayacağı yönünde güvence belgesi verildikten sonra yeniden bilinçli olarak yok olan şüpheli veya sanığın bu şekilde korunması, ceza muhakemesini yapılamaz hale getirebilecektir. Güvence belgesi gaip hakkında da verilebilen bir belge olup kendisi hakkında açılan ceza davasından haberdar olduktan sonra kaçan sanığın korunmaması gerektiği kanaatindeyiz. Benzer şekilde örneğin soruşturma evresinde ortaya çıkan şüphelinin henüz sorgusu yapılmadan kaçması halinde de güvence belgesinden yararlanmaması gerekmektedir.

Son olarak güvence belgesinin koşula bağlı olarak verilmesi halinde bu koşula uyulmaması da güvence belgesinin hükümsüz kalmasına neden olacaktır.

Kaçak hakkında hapis cezası ile mahkumiyet kararı verilmesi, kaçağın kaçma hazırlığında olduğunun tespit edilmesi veya kaçağın güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymaması halinde güvence belgesi yeni bir karar verilmesine gerek bulunmaksızın hükümsüz kalacaktır. Ancak mahkemenin hapis cezasından mahkumiyete ilişkin hükmüyle birlikte güvence belgesinin hükümsüz kaldığına da değinmesi yanlış anlamaların ortaya çıkmaması bakımından

⁴⁹ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 850.

⁵⁰ Aynı yönde Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 214.

⁵¹ Aynı yönde Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 850.

⁵² Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 850.

⁵³ Balcı, “Güvence Belgesi”, 103-104. Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 216.

yerinde olacaktır⁵⁴. Güvence belgesinin kaçığın, kaçma hazırlığında bulunması nedeniyle hükümsüz kalması halinde, mahkemenin somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak bir karar vermesi gerekmektedir. Benzer şekilde koşula bağlı olarak verilen güvence belgesinde koşulun yerine getirilmemesi halinde, kaçığın koşulu bilinçli olarak mı yoksa geçerli bir mazerete dayalı olarak mı yerine getirmediği tespit edilerek karar verilmesi gerekmektedir⁵⁵.

V. KAÇAK SANIK HAKKINDA VERİLEBİLECEK HÜKÜM TÜRLERİ

A. GENEL OLARAK

Kaçaklık hali, bir yargılama şartı olarak düzenlenen sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağına ilişkin kuralın (CMK m. 193) bir istisnasını oluşturmaktadır. Her ne kadar gaip sanık hakkında duruşma açılması açıkça yasaklanmış (CMK m. 244/2) ise de kaçak sanık hakkında yargılamanın yapılabileceği, yargılamanın sanığın yokluğunda bitirilebileceği ve hatta sorgusu yapılmış ise hakkında mahkumiyet kararı verilebileceği açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 247/3).

CMK m. 247/3'te sanığın “sorgu”sunun yapılmasından bahsedildiğinden kaçak sanığın soruşturma evresinde ifadesinin alınması mahkumiyet kararı verilmesi bakımından yeterli değildir. Bir görüşe göre; soruşturma evresinde hakim tarafından sorguya çekilmesi halinde hakkında mahkumiyet kararı da verilebilecektir⁵⁶. Aksi görüşe göre ise; soruşturma aşamasında hakkında henüz kaçaklık kararı verilmemiş olan şüphelinin örneğin tutuklanma istemiyle hakim önüne çıkarılarak sorgusunun yapılması halinde, kovuşturma aşamasında kendisini yargılayacak olan görevli mahkeme tarafından sorgulanmadığından, CMK m. 247/3 gereğince hakkında mahkumiyet kararı verilemeyecektir⁵⁷.

CMK m. 2/1-h'de sorgu tanımı yapılırken, sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından yapılması arasında bir fark gözetilmemiştir. Ancak soruşturma evresinde her ne kadar sulh ceza hakimi tarafından sorgu yapılırken şüpheliye yüklenen fiil belli ise de soruşturma henüz tamamlanmamış olduğundan sorgu yapıldıktan sonra toplanan delillerle yüklenen suçun vasfı değişiklik gösterebilir. Soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından sorgu yapılırken dosyada bulunmayan yeni deliller elde edilmiş ve bu deliller hakkında sanığın diyecekleri sorulmamış olabilir. Bu nedenle de CMK m. 247/3 bakımından “sorgu” kavramının

⁵⁴ Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 217.

⁵⁵ Aynı yönde; Ömeroğlu, “Güvence Belgesi”, 217.

⁵⁶ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 841.

⁵⁷ Evik, “Kaçakların Yargılanması”, 37.

yargılamayı yapan mahkeme olarak algılanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸. Kanaatimizce CMK'nın düzenleniş şekli soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından yapılan sorguyu dışlamamaktadır. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin iptal kararına dayanılarak yapılacak olan düzenlemede kanun koyucunun kastettiği kovuşturma evresinde yapılan sorgu ise; *“kovuşturma evresinde mahkeme tarafından yapılan sorgu”* şeklinde belirtilmesi yerinde olacaktır.

Sanığın yokluğu hallerine ilişkin CMK'nın 193 vd. maddelerinde ve CMK m. 247/3'te yer alan sorgusunun yapılmış olması şartı bakımından kovuşturma evresinde yapılan sorgunun kastedildiğini kabul etmekle birlikte, kaçaklık halinde hakkındaki soruşturma ve kovuşturmayı akamete uğratmak amacı bulunan bir sanıktan bahsedildiğinden soruşturma evresinde yapılan sorgunun da yeterli olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kaçaklığın diğer yokluk hallerinden ve gaiplikten farkı, şüpheli/sanığın soruşturma veya kovuşturmayı sonuçsuz bırakma amacıyla bilinçli bir şekilde yok olmasıdır. Bu nedenle kaçak sanık hakkında karar verebilmek için her koşulda kovuşturma evresinde dinlenmesini aramak sanığı adeta ödüllendirmek anlamına gelebilecektir. Sorgunun kovuşturma evresinde yapılan sorgu olarak kabul edilmesi halinde istinabe yoluyla yapılan sorgu da bu kapsamda olduğundan kanun koyucunun amacının kişi hakkında asıl yargılamayı yapacak mahkeme tarafından dinlenmesinin, bu anlamda doğrudan doğrualık ilkesinin hayata geçirilmesi değil, iddianamede yer alan iddialar hakkında kişinin beyanın alınması olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de özellikle soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından yapılan sorgudan sonra hükme esas teşkil edecek nitelikte aleyhte yeni bir delil ortaya çıkmamışsa, sorgu yapıldıktan sonra isnat edilen fiil değişmemişse; kovuşturma evresinin başlangıcında mahkeme tarafından yapılan sorgu, sulh ceza hakiminin yaptığı sorgudan farklı bir nitelik taşımayacaktır. Diğer bir deyişle sanık soruşturma aşamasındaki sorgusu sırasında hükme esas teşkil edecek delillerden haberdar edilmiş ve bunlar hakkında savunma yapmak üzere kendisine imkan verilmiş ise bu sorgu mahkeme sorgusu ile eşdeğer tutulmalıdır. Bu nedenle yukarıda ifade edilen olumsuz şartların varlığı halinde⁵⁹ soruşturma evresinde yapılan sorgunun da mahkumiyet kararı verilebilmesi bakımından yeterli kabul edilmesi gerekir. Zira kaçak sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi için kovuşturma evresinde sorgusunun yapılmış olmasının aranması halinde de aslında ilk duruşmada sanığın iddianamede yer alan hususlara ilişkin görüşlerinin alınması yeterli kabul edilmektedir. Bu

⁵⁸ Aynı yönde Evik, “Kaçakların Yargılanması”, 37.

⁵⁹ Doktrinde Özbek vd., herhangi bir koşul aranmaksızın soruşturma evresinde yapılan sorgunun kaçakların yargılanmasında mahkumiyet kararının verilebilmesi için yeterli olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 841.

doğrultuda kanaatimizce şüphelinin ifade veya sorgusuna kural olarak soruşturmanın hemen başında (suçüstü hali gibi istisnalar dışında) başvurulmamalıdır. Bu husus soruşturmanın gizliliği bakımından da önem arz etmektedir. Soruşturma aşamasında sorgunun esaslı delillerin toplanmasının ardından yapılması, hem tutuklama veya adli kontrol değerlendirmesinde görünüşte haklılığın tespiti bakımından önem arz eder hem de şüphelinin delillere ilişkin savunma hakkını kullanabilmesine de imkan tanır.

Kaçak sanık hakkında sorgusu yapılmamış olması halinde mahkumiyet dışındaki diğer hüküm türlerine karar verilebilecektir. Bunlar; ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararıdır (CMK m. 223/1). Sanığın işlediği iddia edilen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, failin işlenen fiil bakımından kast veya taksirinin bulunmaması, fiil sanık tarafından işlenmiş olmakla birlikte olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, fiilin sanık tarafından işlenmiş olduğunun sabit olmaması hallerinde beraat kararı verilmesi gerekmektedir (CMK m. 223/2).

Sanığın yargılama konusu suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmiş olması, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, sanığın kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşmesi, işlenen fiilin suç olma özelliği devam etmekle birlikte etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve işlenen suçun haksızlık içeriğinin azlığı durumlarında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir (CMK m. 223/3, 4).

CMK m. 223/6 gereğince sanığın suçu işlediği hususu sabit olduğunda ceza yaptırımını ile birlikte veya ceza mahkumiyeti yerine güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir.

Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddi yönünde (CMK m. 223/7) ve TCK'da öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde, davanın düşmesine karar verilir (CMK m. 223/8).

CMK m. 223/9'da derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceği açıkça düzenlenmiş olup bu düzenleme kaçak sanık bakımından da uygulanacaktır.

Kaçak sanık hakkında yargılama yokluğunda bitirebilmekle birlikte eğer sorgusu yapılmamış ise mahkumiyet kararı verilemez. Sanığın yargılama makamı önünde meramını anlatabilme

hakkını kullanabilmesi bakımından hakkındaki isnatlara cevap verebilme imkanının kendisine tanınması gerektiği, bu noktada hakkında hüküm kuracak makam önünde beyanda bulunma olanağının tanınmasının zorunlu olduğu ve en azından bir kez beyanı alınmadan sanığın mahkum edilmesinin CMK m. 247/3 ile yasaklandığı ifade edilmektedir⁶⁰. İlgili düzenlemenin Anayasa'nın 13, 36 ve 38. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş⁶¹ Anayasa Mahkemesi ise anılan hükmün; Anayasa'nın 13. ve 36. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline karar vermiştir⁶².

Anılan maddede çalışmanın yazıldığı dönemde henüz değişiklik yapılmamış olup aşağıda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı değerlendirilerek bu karar doğrultusunda ne şekilde bir düzenleme yapılması gerektiğine ilişkin önerilerimize verilmiştir.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 22/03/2023 TARİHLİ VE E: 2022/145, K: 2023/59 SAYILI KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

1. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi kararında iptali istenen hükmü, öncelikle Anayasa m. 36 bağlamında değerlendirmiştir. Buna göre; sanığın yokluğunda yürütülen kovuşturma işlemleri tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak bunun için sanığa adil yargılanma hakkının asgari güvencelerinden yararlanma imkanının verilmesi gerekmektedir. Bu noktada yargılamadan bilerek ve isteyerek kaçması nedeniyle hakkında kaçaklık kararı verilen sanığın yokluğunda yargılama yapılarak sorgusu yapılmamış olsa dahi hakkında hüküm kurulabileceği kabul edilmektedir. Ancak hakkında hüküm kurulan kaçak sanığın bundan hüküm kurulduktan sonra haberdar olması halinde hakkındaki suçlamalara ilişkin hem maddi vakıalar hem de hukuki açıdan yeniden bir değerlendirme yapılmasını talep etme hakkının bulunmaması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacaktır. Hakkında kaçaklık kararı verilen sanığın

⁶⁰ Hakan Karakehya, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları", *CHKD*, 3/2, (2015), 212-213. Kaçaklığın bir yargılama engeli olmamakla birlikte CMK m. 247/3 göz önünde bulundurulduğunda bir dava bitirme engeli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 121.

⁶¹ İptal talebinin gerekçesi; "...*Tarafların duruşmada hazır bulunma hakkının savunmanın etkin şekilde kullanılması ile silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırdığı, sanığın yokluğunda kovuşturma yapılmasının duruşmada hazır bulunma hakkını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını sınırladığı, yine sorgusu yapılmamış kaçak sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmesinin mümkün olduğu ve bu durumlarda fiilin sanık tarafından işlendiğinin sübut bulmasının gerektiği, mahkûmiyet hükmü sonucu doğurmamakla birlikte sanığın hukuki sorumluluğunun devam etmesine ve dezavantajlı duruma düşürülmesine neden olan kuralın adil yargılanma hakkına orantısız bir sınırlama getirdiği, bu hususun masumiyet karinesiyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu...*" şeklindedir.

⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 22/03/2023 Tarihli ve E: 2022/145, K: 2023/59 Sayılı Kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra (10/02/2024) yürürlüğe gireceğine hükmedilmiştir.

aslında bilerek ve isteyerek kaçmadığı anlaşıldığında, objektif bir olgusal temele dayanmayan yani karineye dayalı olarak kaçaklık statüsünün sanığın duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkından feragat ettiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir⁶³.

Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6'da düzenlenmiş⁶⁴, Anayasa m. 36 ile de anayasal bir hak niteliğine kavuşmuştur⁶⁵. Adil yargılanma hakkı, şüpheli veya sanık bakımından bir hak niteliğinde iken aynı zamanda ceza muhakemesi makamları açısından bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁶. Adil yargılanma hakkı içerisinde yargılamaya ilişkin pek çok hak barındırmaktadır. Bu haklar aynı zamanda sanığın ceza muhakemesindeki en temel haklarından savunma hakkının da etkin bir şekilde kullanılabilmesine hizmet etmektedir. Zira bir muhakeme süjesi olan sanığın bütün hakları aslında savunma hakkının alt başlıklarını oluşturmaktadır⁶⁷.

⁶³ Paragraf 25.

⁶⁴ AİHS Madde 6-

"Adil yargılanma hakkı

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

⁶⁵ Anayasa m. 36 her ne kadar hak arama hürriyeti başlığı altında; *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* şeklinde düzenlenerek adil yargılanma hakkının içeriğine yer vermemekte ise de herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilerek AİHS m. 6 bağlamında adil yargılanma hakkının Anayasa ile güvence altına alındığı kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 53.

⁶⁶ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 52. Sanığın duruşmada hazır bulunmasının ağırlıklı olarak bir hak olarak değerlendirilmesine ilişkin bkz. Gizem Dursun, *"Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi"*, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/143-144, (2016), 132.

⁶⁷ Vesile Sonay Evik, *"Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı"*, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi: 3*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 304.

Adil yargılanma hakkının temelini oluşturan ilkelerden biri silahların eşitliği ilkesi olup bu ilke, davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir denge anlamına gelmektedir⁶⁸. İddia makamı olan savcılığın şüpheli veya sanığa karşı her zaman geniş yetkilere sahip olduğu bir gerçektir. Bu yetkilerin işlendiği düşünülen suça ilişkin maddi gerçeğin araştırılıp sonuca bağlanabilmesi bakımından da zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de silahların eşitliği ilkesi ile kastedilen aslında iddia makamı olan savcılık ile savunma arasında tam bir eşitlik değildir. Bu anlamda silahların eşitliği ilkesi, iddia makamının yetkileri ile şüpheli veya sanığın hakları arasında bir dengenin kurulması anlamına gelmektedir⁶⁹. Bu ilke, muhakemenin taraflarına, diğer taraf karşısında dezavantajlı konuma düşmeyecek şekilde görüşlerini açıklamak için makul fırsatların verilmesi anlamına gelmektedir⁷⁰.

Silahların eşitliği ilkesi ile tarafların yargılamadaki etkinliği artırılarak, mahkemelerin tarafsız bir konuma getirilmesi amaçlanmaktadır. Yargılama sonunda verilecek olan kararın doğru olabilmesi için, iddia ve savunma arasında yargılama makamı önündeki hak ve yükümlülükleri bakımından eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın bütün aşamalarında sürdürülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹.

Davada tarafların iddiaları ve dosyada yer alan delilleri öğrenme ve bunlar hakkında bilgi sahibi olması anlamına geldiğinden silahların eşitliği ilkesi ile aynı zamanda çelişmeli yargılama ilkesi de hayata geçirilmiş olmaktadır⁷². Bu noktada taraflardan biri duruşmaya katılırken diğer tarafın

⁶⁸ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul: Beta basım Yayın, 220.

⁶⁹ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 53. Karşılaştırınız. Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, (Ankara: Legal Kitabevi, 2016), 313 vd.

⁷⁰ Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, Çev. Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), 173. Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 106.

⁷¹ Güneş Dinç, *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006), 253. "Taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup, bu usuli güvence gereğince, uyuşmazlığın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır (B. No. 2012/998, 7/11/2013, § 37; B. No. 2013/2116, 23/1/2014, § 21; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. De Haes ve Gijssels v. Belçika, B. No. 19983/92, 24/02/1997, § 58). Silahların eşitliği ilkesi kapsamında aranan usuli imkânlar noktasındaki denge, tarafların tanıkları arasında da farklı muamele yapılmamasını gerektirir. Ancak yargılama sırasında bir tarafın tanığına özel bir ağırlık verilmemişse ve mahkeme hükmü başka delillerle desteklenerek oluşturulmuşsa, silahların eşitliği ilkesine aykırı ve sonucu itibarıyla bir tarafı diğer taraf karşısında önemli bir dezavantaj içine sokan bir uygulamanın varlığından söz etmek mümkün değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ankerl v. İsviçre, B. No. 17748/91, 23/10/1996, § 38).", (Abdullah Özen, Başvuru No: 2014/4424, § 20).

⁷² İnceoğlu, "Adil Yargılanma", 221.

duruşmada bulunmaması AİHS bağlamında hem silahların eşitliği ilkesine hem de yargılamanın adilliği prensibine aykırılık teşkil edebilmektedir⁷³.

Silahların eşitliği ilkesini tamamlayan çelişmeli yargılanma hakkı; kural olarak bir davadaki bütün taraflara, dosyada bulunan delilleri ve sunulan görüşleri öğrenme ve bunlara ilişkin görüşlerini açıklama olanağı tanımaktadır⁷⁴. Bu olanağın tanınmaması halinde davasını savunabilmesi bakımından taraflar arasında gözetilmesi gereken denge bozulacaktır⁷⁵.

Çelişmeli yargılamanın söz konusu olabilmesi için, işlemlerin tarafların yüzüne karşı yapılması gerekmektedir. Yargılamanın yüz yüze olması ile taraflara hakimi ikna etme veya karşı tarafın hakimi ikna etmesine engel olma ve bu şekilde de maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olma imkanı sağlanmış olmaktadır⁷⁶.

Çelişmeli yargılama ilkesi gereğince bir talebin dosyaya girmesinin sağlanması yeterli olmayıp bu talebin mahkeme tarafından dikkate alınarak bir sonuca ulaştırılması gerekmektedir. Bu ilke yalnızca tanık beyanlarının değil, dosyadaki tüm delillerin mahkeme huzurunda tartışılmasını gerektirmektedir. Bu şekilde davanın tarafları delilin davayla ilgisini ve ağırlığını değerlendirebilecek ve bu hususta iddia ve itirazlarını sunabileceklerdir⁷⁷.

Adil yargılanma hakkı, iddia ve savunmanın karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmelerini ve sanığın savunma yapabilmesini gerektirmekte olup bu da duruşmaya katılmakla gerçekleşebilmektedir⁷⁸. Duruşmada hazır bulunma hakkının duruşmanın aleniliği ilkesi ile birlikte çelişmeli yargılama ilkesini tamamladığı ifade edilmektedir⁷⁹. Sanığın duruşmada hazır bulunması hem savunma hakkının bir gereği hem de yargılamanın tamamlanabilmesi için sanığa yüklenen bir yükümlülüktür⁸⁰. Duruşmada hazır bulunma hakkı hem AİHM içtihatları hem de doktrinde adil (dürüst) yargılanma ilkesinin önemli bir unsuru olarak kabul edilmektedir⁸¹. AİHS m. 6/3-d gereğince herkes, hukuki dinlenilme ve muhakemeye yön verme

⁷³ Dovydas Vitkauskas- Dikov Grigoriy, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması Uygulamaları İçin El Kitabı*, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi, 76.

⁷⁴ (Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay Başvurusu, Başvuru No: 2013/4074, § 29; Koray Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/1989, § 32).

⁷⁵ (Koray Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/1989, § 33).

⁷⁶ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, (İstanbul: İslık Yayınları, 2015), 286.

⁷⁷ Cezair Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2014/10634, § 28.

⁷⁸ Turan, *Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, 323.

⁷⁹ İbrahim Tan, "Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar", *YÜHFD*, Cilt: XV/2, (2018), 140.

⁸⁰ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 203-204. Şahin-Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 75.

⁸¹ Friedrich-Christian Schroeder, "Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi" (çev: Cumhur Şahin), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1-2, (1996), 280. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 139.

hakkına sahiptir. Duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS m. 6'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte m. 6/3-c, d, e bentleri incelendiğinde hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁸². Anayasa Mahkemesi de duruşmaya katılma hakkının hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağladığını hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma hakkının işlerlik kazanmasını sağladığını kabul etmektedir⁸³. Gerçekten de yargılamanın süjelerinin duruşmada hazır bulunarak, iddia ve savunmadan haberdar olması, hakim önünde dinlenmeleri ile mümkündür⁸⁴. Bu hak ile şüpheli veya sanık hem aleyhinde ileri sürülen deliller hakkında savunma hakkını kullanabilecek hem de hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmada lehine olabilecek delillerin toplanmasını sağlayabilecektir⁸⁵.

Sanığın duruşmaya gelmesi hem duruşmaya katılma hakkı nedeniyle hem de beyanlarının doğruluğunun teyit edilmesi ve bu beyanların, menfaatlerinin korunması gereken mağdurlar ve tanıkların beyanlarıyla karşılaştırılması ihtiyacı nedeniyle büyük önem taşımaktadır⁸⁶. Benzer

⁸² İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 257. Duruşmaya katılma hakkının "etkin" bir katılım olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu hak sadece duruşmada hazır bulunma hakkını değil aynı zamanda duruşmayı dinleme ve takip etme hakkını da içermektedir. *Stanford v. Birleşik Krallık*, B. No: 16757/90, 23.02.1994, § 26.

⁸³ "Sanığın duruşmada hazır bulunması hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleşebilmesi için sanığın mahkemenin huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine dayalı bir yargılama sisteminin benimsenmesi, sanığın duruşmada hazır bulunmasını gerektirmektedir. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil duruşma sürecini takip etmeyi, iddiaları ve tanık ifadelerini dinlemeyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın yargılamaya etkili katılım hakkıyla da doğrudan ilişkilidir. Suç isnadı altındaki bir kimse duruşmada hazır bulunarak yargılamaya etkin olarak katılmakta, hakkında kurulacak hükmün inşasına ortak olmakta ve yargılamaya yön verme imkânına kavuşmaktadır. Hâkimler de bu hak vesilesiyle sanığın tutum ve davranışları ile kişisel özelliklerini gözleme imkânı elde etmektedir. Duruşmada hazır bulunma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının özel bir görünümü olan savunma hakkıyla da sıkı bağlantılıdır. Ceza yargılamasında hakkaniyete uygun bir yargılamanın en önemli unsuru olan bizzat savunma hakkının sağlanabilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunma olanağına sahip olması gerekir. Özellikle mahkemenin vereceği hükmü etkileyebilecek nitelikteki değerlendirmelerin veya başka esaslı işlemlerin yapıldığı kritik aşamalarda sanığın duruşmada hazır bulunması büyük önem taşımaktadır. Duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat veya müdafii ile birlikte katılması anlamına gelmektedir. Böylelikle olayı en iyi bilebilecek durumda olan sanık, delillerin tartışılmasını sağlayarak aleyhinde olan delilleri çürütme ve mahkemenin vereceği kararı etkileme imkânı bulacak ve böylelikle savunmasının doğruluğunu ispatlayabilecektir. Duruşmada hazır bulunma hakkı tanık sorgulama veya sorgulatma ve tercüman yardımından yararlanma haklarıyla da yakından bağlantılıdır. Duruşmada hazır bulunmayan sanığın anılan haklarını etkili şekilde kullanması zordur. Duruşmada hazır bulunma hakkı, anılan hakların kullanılmasını gerektiren durumlarda sanığa savunmasını planlayarak mahkeme önünde en uygun ve etkili şekilde yapabileme, tanıklara soru sormak suretiyle onların beyanlarının zayıf/itibar edilemez noktalarını ortaya koyabilme ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilme imkânı vermektedir. Dolayısıyla -görüntü ve ses kalitesi yüksek olan araçlardan yararlanılsa bile- uzaktaki sanığın ses ve görüntüsünün duruşma salonuna aktarılmasının sağladığı menfaat ile onun duruşma salonunda fiziksel olarak yer almasının sağladığı menfaat aynı değildir. Bunun için anılan hak sadece istisnai hâllerde sınırlandırılabilir." (Şehrivan Çoban Başvurusu, Başvuru No: 2017722672, § 74, 75, 76)

⁸⁴ Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, (Ankara: AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 287-288.

⁸⁵ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 55.

⁸⁶ *Poitrimol v. Fransa*, B. No: 14032/88, 23.11.1994, § 35.

bir şekilde meramını anlatabilme (hukuki dinlenilme) hakkı, bir taraftan kişilerin yargılamada bir obje değil de bir süje olarak yer almasına hizmet ederken bir yandan da maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına yöneliktir⁸⁷. Sanığın meramını anlatabilme hakkını kullanabilmesi bakımından silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸⁸. Çelişmeli yargılama hakkının sağlanmadığı çoğu durumda meramını anlatabilme hakkının da ihlal edileceği açıktır⁸⁹.

AİHM duruşmaya katılma hakkını sanık bakımından bir yükümlülük olarak değerlendirmemektir. Bu noktada sanığın duruşmaya katılmak istememesinin AİHS m. 6/1'in ihlali anlamına gelmediği, sanığın duruşma düzenini bozması, duruşmalara katılmak istememesi veya katılmasını imkansız hale getirecek bir duruma neden olması halinde geçici olarak duruşmalara katılmamasının hukuka aykırı olmayacağı ifade edilmektedir⁹⁰. Ulusal mevzuatta sanığın kaçak olması veya başka bir sebeple kendisine ulaşılmasının mümkün olmaması halinde gıyapta yargılamanın kabul edilmesi adil yargılanma hakkına aykırı olarak görülmemektedir⁹¹. Benzer şekilde AİHM'e göre, duruşmada bulunma hakkı, yargılama makamı açısından, muhakemeye katılmak için yeterince gayret göstermeyen başvuru sahiplerinin duruşmaya getirilmesi yükümlülüğünü öngörmemektedir⁹². Davanın tarafı duruşmaya katılma hakkından feragat edebilmektedir. Feragat açıkça yapılabileceği gibi, kendisine duruşmaya katılması için etkin bir tebligat yapılmış olmasına rağmen duruşmaya katılmama şeklinde zımni olarak da yapılabilir. Tebligatın makul bir süre içinde yapılması gerekmektedir⁹³. Sanığın duruşmada bulunma hakkından feragat ettiğinin kabul edilebilmesi için yargılama makamının

⁸⁷ Yener Ünver- Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, (2019),53.

⁸⁸ Veli Kafes, "Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması", *CHKD*, Cilt: 3/2, (2015), 192. Silahların eşitliği ilkesinin meramını anlatma hakkını güvence altına almadığı zira iddia ve savunma makamının hiçbirisine söz hakkı verilmemesi halinde silahların eşitliği ilkesine aykırılık söz konusu olmamakla birlikte meramını anlatma hakkının ihlal edilebildiği ifade edilmektedir. Taner, *Silahların Eşitliği*, 144.

⁸⁹ Taner, *Silahların Eşitliği*, 144.

⁹⁰ Schroeder, "Dürüst Yargılama", 280. Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesinde In Absentia Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler", *SDÜHFD*, 10/1, (2020), 72.

⁹¹ Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49 / 01 (Ocak 1994), 225.

⁹² Nunes Dias v. Portekiz kararı için bkz. Vitkauskas- Grigoriy, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, 81

⁹³ Bkz. Goddi v. İtalya, B. No: 8966/80, 09.04.1984, § 31. Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, Avrupa Konseyi, 2018, 153. Aynı yönde; "Diğer taraftan duruşmada hazır bulunma hakkından açıkça veya örtülü şekilde feragat edilmesi mümkündür. Her iki durumda da feragatin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırılık taşıyamaması gerekir. Duruşmada hazır bulunma hakkından feragat, savunma tarafına bu haktan vazgeçmesiyle orantılı asgari güvenceler sağlanmadıkça kamu yararına uygunluk taşımayabilir. Ayrıca örtülü feragatin geçerli olabilmesi için sanığın söz konusu eylemlerinin sonuçlarını makul olarak öngörebileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Dolayısıyla yetkili yargı organlarının bu konuda varsayıma dayalı bir değerlendirme yapmaması gerekir." Şehrihan Çoban Başvurusu, Başvuru No: 2017722672, § 95.

duruşmaya katılmasının sağlanması amacıyla sanığa ulaşmak için etkin bir araştırma faaliyeti yürütmesi gerekmektedir⁹⁴.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi ilgili hükmü ikinci olarak, duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde olmasından dolayı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa m. 13 kapsamında⁹⁵ değerlendirmiştir. Anayasa m. 13 gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Ancak, temel haklara sınırlama getiren kanun hükmünün keyfiliğe yol açmayacak şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmekte olup şeklen yapılan düzenlemeler yeterli değildir⁹⁶.

Anayasa m. 13 gereğince temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'nın ilgili maddesinde yer alan sınırlama nedenine de uygun olması gerekmektedir. Bu doğrultuda Anayasa m. 36'da herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olmakla birlikte özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da doğasından kaynaklanan sınırlarının olduğu ifade edilmiştir⁹⁷. Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 36'da özel bir sınırlama nedeni öngörülmediğinden adil yargılanma hakkı bakımından bir sınırlama nedeni olarak Anayasa m. 141/4'ü incelemiştir. Buna göre; *“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”*

Kaçak sanığın bilerek ve isteyerek duruşmada hazır bulunmaması nedeniyle gecikmelerin ortaya çıkmasının engellenmesi ve mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanaatinin hasıl olması halinde yargılamanın bir an önce sonuçlanmasının hedeflenmesi nedeniyle iptali istenen ilgili hükmün anayasal anlamda meşru bir amaca dayandığı değerlendirilmiştir⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi, iptali istenen CMK m. 247/3'ün davaların en az giderle ve mümkün olan hızla sonuçlandırılmasına yönelik olduğunu ve ulaşmak istenen amacın gerçekleştirilebilmesi

⁹⁴ F.C.B v. İtalya, B. No: 12151/86, 28.08.1991, § 33,

⁹⁵ Anayasa madde 13- *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

⁹⁶ Paragraf 28.

⁹⁷ Paragraf 31.

⁹⁸ Paragraf 32, 33. Kanunilik ve meşru amaç yanında aynı zamanda sınırlamanın ölçülülük ilkesine de uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre; *“Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”* Paragraf 34.

açısından elverişli ve gerekli olduğunu değerlendirmiştir⁹⁹. CMK m. 247/2 gereğince kaçaklık kararı verilebilmesi bakımından takip edilen süreci, kaçak sanığın, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayı öğrenmesi ve duruşmada hazır bulunma hakkını kullanabilmesi için yeterli bir güvence olarak değerlendirmiştir. Ayrıca, kendisine sağlanan bu güvenceye rağmen sanığın yargılamadan haberdar olmaması halinde de hakkında hüküm verilmeden önce yargılamadan haberdar olması durumunda, duruşmalara katılarak yokluğunda tamamlanmış işlemlerin yenilenmesini sağlamaya yönelik usule ilişkin imkanların da CMK’da yer aldığı ifade edilmiştir¹⁰⁰. Tüm bunlarla birlikte kaçak sanık hakkında mahkumiyet dışında kalan ancak yine de aleyhe sonuçlar doğurabilen ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri uygulanabilmesine ilişkin kararlar bakımından sanığın yargılamadan kaçmadığı ya da duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmediği gerekçesiyle yeniden değerlendirme yapılmasına ilişkin olarak herhangi bir güvence öngörülmezsizin sorgusu yapılmadan davanın bitirilebilmesine imkan tanınmasının adil yargılanma hakkına orantısız ve ölçüsüz bir sınırlama getirdiği kanaatine ulaşılarak anılan hüküm, Anayasa m. 13’e aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Anayasa m. 13’e göre; temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaması koşuluyla sadece Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplere bağlı olarak ve yalnızca kanunla sınırlanabilir. Sınırlama, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile hedeflenen amaca ulaşmak için bu hak ve özgürlüklerin ne oranda sınırlandırılmasının yeterli olacağını ortaya koyan bir ilke olup bu ilke ile sınırlama amacına ulaşmak için ihtiyaç duyulan ölçünün aşılması sağlanarak özgürlüklerin keyfi olarak sınırlandırılması engellenmektedir¹⁰¹.

Alman Anayasa Mahkemesi uygulamasında bir sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için üç alt ilkenin gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bu yaklaşımın Türk Hukuku bakımından da kabul edildiği görülmektedir. Sınırlamanın ölçülü olduğunu kabul etmek için bu

⁹⁹ Paragraf 35.

¹⁰⁰ Paragraf 36.

¹⁰¹ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *Süleyman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1, (2017), 4. Ölçülülük ilkesi hukukun genel ilkelerinden kabul edilmekte olup, pozitif düzenlemelerde açıkça yer almasa da göz önünde bulundurulması gereken bir ilke olarak değerlendirilmektedir. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 590.

sınırlamanın, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından elverişli ve gerekli olması ayrıca sınırlama aracı ile amaç arasında ölçsüz bir oranın söz konusu olmaması gerekmektedir¹⁰².

Temel haklara müdahale ederken sadece ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine katkı sağlayan yani elverişli, gerekli ve en az yükümlülük doğuran yumuşak araçların kullanılması ve sınırlamada orantılılığın olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰³. Amaca ulaşmak için daha hafif veya eşit derecede uygun bir araç söz konusu ise daha ağır araçların aşırı olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁴.

Bu ilkenin temel hakların sınırlandırılmasını rasyonel ilkelere bağlayarak hem hukuk devletinin temelini oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirdiği hem de temel hak ve özgürlükleri koruyarak hukuk devletinin devlete karşı korunan temel hak ve özgürlükler fikrini somutlaştırdığı ifade edilmektedir¹⁰⁵.

AİHM uygulamasında da hakların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurulmaktadır. Buna göre; bir özgürlüğe yapılan müdahalenin ölçülü ya da demokratik bir toplumda zorunlu olduğu kabul edildiğinde AİHS de ihlal edilmemiş olacaktır. Ölçülülük ilkesi, sınırlamada kullanılan aracın meşru amaçları gerçekleştirme hususunda elverişli, bu aracın sınırlama amacı bakımından zorunlu ve bu araçla meşru amacın ölçsüz bir oran içerisinde bulunmamasını ifade etmekte olup gerçekleştirilmek istenen yarara oranla kişinin maruz kaldığı külfetin aşırı olmaması anlamına gelmektedir¹⁰⁶.

Anayasa'da özel bir sınırlama sebebine değinmeksizin yalnızca kanunla sınırlanabileceğine veya kanunla düzenlenebileceğine ilişkin bir ibare bulunuyorsa kanun koyucunun sınırlamayı sadece genel sınırlama sebeplerine dayanarak yapması gerekmektedir¹⁰⁷.

¹⁰² Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, (Ankara: SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1982), 114. Bülent Tanör- Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 163. Namık Kemal Öztürk, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 138.

¹⁰³ Metin, "Ölçülülük", 6. Anayasa Mahkemesi uygulamasında ölçülülük değerlendirmesinden önce yasallık ve meşru amaç ölçütlerinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Sınırlandırma için kabul edilen yasal önlemin meşru amaç bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olması gerekmektedir. Eren, *Anayasa Hukuku*, 591.

¹⁰⁴ Zafer Gören, "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6/12, (Güz 2007/2), 51.

¹⁰⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması*, 118.

¹⁰⁶ Mehmet Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi", *Çankaya University Journal of Law*, 8/2, (Kasım 2011), 94-95.

¹⁰⁷ Meltem Dikmen Caniklioğlu, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", *DEÜ Hukuk Fakültesi Mahmut Tefrik Birsal Armağanı*, 489. Doktrinde Anayasa m. 13'te 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra sadece özel maddelerdeki sınırlama nedenleri ile sınırlanabilecek olması nedeniyle örneğin; Başlangıç hükümlerinin genel bir sınırlama nedeni olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. Tanör- Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukuku*, 149.

3. Masumiyet Karinesine İlişkin Değerlendirmeler

İlgili hüküm, Anayasa m. 13 ve m. 36'ya aykırılığı nedeniyle iptal edildiğinden ayrıca Anayasa m. 38 bakımından değerlendirilmemiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi, sorgusu yapılmayan sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri kararı verilebilmesini masumiyet karinesi bakımından da ele almıştır. Buna göre; kaçak sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verildiğinde sanığın yargılama konusu fiili işlediği hususunda kanaat söz konusu olmakta ancak suç siyaseti gereğince sanığa ceza verilmemektedir. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde de fiili işlediği sabit görülen sanık hakkında ceza verilmemekle birlikte bir yaptırım uygulanmaktadır. Bu nedenle de her ne kadar mahkumiyet hükmü verilirse de sanığın masumiyeti ortadan kalkmaktadır¹⁰⁸.

Masumiyet karinesi; sanığın hakkında mahkumiyet hükmü verilinceye kadar masum sayılması anlamına gelmekte olup ceza yargılaması masumiyet karinesinin aksinin ispatının mümkün olup olmadığını araştıran işlemler bütünüdür¹⁰⁹. Masumiyet karinesi ile, suç isnadı ispat edilinceye kadar isnat altında bulunan şüpheli/sanığın masum olduğu ifade edilmekte olup kişinin suçlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü de iddia makamına aittir¹¹⁰. Masumiyet karinesinin en önemli sonuçlarından birisi iddianın şüpheye yer vermeyecek şekilde ispat külfetinin iddia makamına ait olmasıdır. Bu noktada sanığın suçsuz olduğunu ispatlama yükümlülüğü söz konusu değildir. Masumiyet karinesi aynı zamanda isnadın ispatlanamaması halinde şüpheden sanığın yararlanarak hakkında beraat kararı verilmesini de sonuçlamaktadır¹¹¹. Bu bağlamda masumiyet karinesi bakımından CMK'da beraat kararı verilmesi gereken bir hal olan “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” (m. 223/2-e) hükmü ile mahkumiyete ilişkin “*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.*” hükmünün birlikte ele alınması gerekmektedir.

Yargılamayı bitiren hüküm türlerinden beraat ile sanığın suçsuzluğu (masumiyeti) ortaya konmakta onun dışındaki hüküm çeşitleri bakımından ise ya bu husus muhakeme şartlarının bulunmaması nedeniyle verilen düşme kararında olduğu gibi belirsiz kalmakta ya ceza verilmesine yer olmadığı kararı gibi aslında suç niteliğindeki fiilin fail tarafından işlendiği tespit edilmekte ancak kusurluluğun bulunmaması gibi nedenlerle fail hakkında ceza yaptırımına hükmedilmemekte ya da yine fiilin fail tarafından işlendiği kanaatine ulaşılmakta ancak bu kez

¹⁰⁸ Paragraf 37.

¹⁰⁹ Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 159-160. Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 61.

¹¹⁰ Seyfullah Tosun, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 46.

¹¹¹ Gölcüklü, “Adil Yargılanma”, 220.

fail hakkında ceza verilemese de güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar uygulanabilmektedir. Bir başka deyişle beraat dışında verilen hüküm türleri ile ya failin suçluluğu hususu belirsizliğini korumakta ya da failin fail tarafından işlendiği tespit edilerek failin masumiyeti ortadan kaldırılmaktadır. Bu nedenle de anılan hükmün masumiyet karinesi ile de doğrudan ilgisi bulunmaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, *“Kaçak sanık hakkında aleyhe sonuçlar doğurabilen mahkûmiyet dışındaki bu tür kararlar bakımından sanığın yargılamadan kaçmadığını ve/veya duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmediğini öne sürerek yeniden değerlendirme yapılmasına dair güvence bulunmaksızın sorgusu yapılmadan davanın bitirilebilmesine imkân tanınması adil yargılanma hakkına orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama getirmektedir.”* gerekçesi ile anılan hükmün Anayasa m. 13 ve m. 36’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin ilgili hükmü hakkında değerlendirme yapılırken sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına ilişkin CMK m. 193/2 hükmüne ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı¹¹² ve anılan hükümde Anayasa Mahkemesi’nin kararı göz önünde bulundurularak 28/03/2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun m. 20 ile yapılan değişikliğin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce CMK m. 193/2 maddesi; *“Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.”* idi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda anılan hüküm; *“Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Hem CMK m. 193/2 hem de çalışmanın da konusunu oluşturan m. 247/3 hükümlerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde her iki hüküm bakımından benzer gerekçeler ile iptal talebinde bulunulduğu ve her iki kararda da benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Bu nedenle de CMK m. 247/3 bakımından yapılacak olan kanuni düzenlemenin, 7445 sayılı Kanun m. 20 ile yapılan değişiklik ile aynı yönde olacağı düşünülebilirse de kanaatimizce bu iki hüküm farklı değerlendirilmelidir. Öncelikle CMK m. 193 hükmü sanığın yokluğuna ilişkin iken CMK m. 247 hükmü kaçak sanık hakkındadır. Sanığın yokluk halleri ile kaçaklık halinin birbirinden farklı olduğu daha önce de ifade edilmiş idi. Sanığın yokluğu halinde kendisine ulaşılabilen ancak duruşmalara katılmayan bir sanık söz

¹¹² Anayasa Mahkemesi’nin 08/09/2022 tarihli 2021/118 Esas 2022/98 Karar sayılı kararı.

konusu iken, kaçaklık halinde ise hakkında yürütülen muhakeme işlemlerini sonuçsuz bırakmak amacıyla yurtdışında olan veya yurtiçinde saklanan bir şüpheli veya sanık söz konusudur. Kaçak sanık, yokluğunda duruşma yapılamayacağı ve hüküm kurulamayacağı bilincinde olarak bu şekilde davranmaktadır. Kaçaklık kararı, şüpheli veya sanığın ortaya çıkarak muhakeme işlemlerine dahil olabilmesi için hakkındaki soruşturma veya kovuşturma işlemlerinden haberdar edilmesini sağlamaya yönelik bir dizi işlemin sonucunda verilebilmekte olup kaçaklık kararı verilmiş olsa dahi şüpheli veya sanık ortaya çıkıp muhakeme sürecine katılmaya karar verdiğinde onu dışlamamaktadır. Bilakis CMK m. 248’de düzenlenen elkoyma, tutuklama ve güvence belgesi gibi kurumların uygulaması da kişinin ortaya çıkarak muhakemeye katılabilmesinin sağlanmasına yöneliktir. Bu nedenle de kanaatimizce kaçak sanık hakkında yargılama yapılabilmeli ve hüküm verilebilmelidir.

Anayasa Mahkemesi kararında, kişinin hakkında yürütülen muhakeme işlemlerinden bilgi sahibi olmayarak kaçak konumuna gelmiş olabileceğine işaret etmiştir. Böyle bir durumun tespit edilmesi halinde sanığın yokluğunda yürütülen işlemlerin yeniden yapılmasını, aleyhine olan delillere karşı lehe delillerin toplanmasını talep etme hakkının kendisine tanınmış olması gerekmektedir. Ancak burada problemlili olan husus, hakkında bir soruşturma veya kovuşturma yürütüldüğünden haberdar olmamasına rağmen hakkında kaçaklık kararı bulunan bir şüpheli veya sanıktan bahsedilebiliyor olmasıdır. Hem gaiplik hem de kaçaklık bir yokluk hali olup bu iki kavram arasındaki farklılık esasen kişinin hakkında yürütülen muhakeme işlemlerinden haberdar olup olmaması noktasındadır. Bu nedenle de somut olayda şüpheli veya sanığın “*Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla*” hareket ettiği somut olgularla ortaya konmadan kaçaklık kararının verilmemesi gerekmektedir. Şüpheli veya sanığın hakkındaki soruşturma veya kovuşturmayı akamete uğratma amacı ortaya konduktan sonra ve aşağıda da açıklanacağı üzere soruşturma evresinde yapılan sorgu sırasında bilgilendirilmiş olması koşuluyla kaçaklık kararı verilmesi halinde sanığın duruşmada bulunma hakkından feragat ettiği anlaşılmış olacak hem de bu kabulün de bir yansıması olarak soruşturma evresinde yapılan sorgu mahkumiyet, ceza verilmesine yer olmadığı veya güvenlik tedbirine ilişkin olarak karar verilebilmesi bakımından yeterli sayılabilecektir. Konunun daha iyi değerlendirilebilmesi açısından AIHM’in konuya yaklaşımına da değinmek gerekmektedir. Mahkeme, duruşmaya katılma hakkının adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi için önemli olduğunu değerlendirmektedir. Mahkemeye göre; sanığa duruşmaya gelmesi için bizzat ulaşılmaması halinde kaçaklık karinesine dayanarak duruşmaya katılma ve bizzat savunma yapma hakkından feragat ettiği sonucuna ulaşamaz. Mahkeme ayrıca, adil yargılanma hakkı

kapsamındaki önemli bir haktan zımnen feragat edildiğinin kabul edilebilmesi için sanığın davranışının sonuçlarını makul bir şekilde öngörebildiğinin de gösterilmesi gerektiğine işaret etmektedir¹¹³.

AİHM'in konuya yaklaşımı bakımından önem arz eden bir husus da bir suçla itham edilen kişinin adaletten kaçmaya çalışmadığını veya yokluğunun bir mücbir sebepten kaynaklandığı hususunda ispat yükü altında bırakılamayacağı hususudur¹¹⁴.

AİHM ayrıca, gıyaben mahkum edilen bir kişinin mahkemeye çıkma ve kendini savunma hakkından feragat ettiği veya yargılamadan kaçma niyetinde olduğunun tespit edilmediği hallerde, daha sonra davaya bakan mahkemeden suçlamanın esasına ilişkin yeni bir tespit elde edememesinin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini değerlendirmektedir¹¹⁵.

AİHM'in yaklaşımı da göz önünde bulundurularak gıyabında karar verilen sanığın ortaya çıkması halinde duruşmaya katılma ve bizzat savunma yapma hakkını kullanabilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de duruşmaya katılma hakkından açıkça feragat etmemiş ve gıyabında hüküm kurulmuş olan kişinin hüküm kesinleşmiş olsa da yeniden yargılama kanun yoluna başvurabilmesinin teminat altına alınması gerekmektedir.

Yargılamanın yenilenmesi nedenleri CMK m. 311'de düzenlenmiştir. Bu nedenlerden biri ise e bendinde düzenlenen, tek başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ya da mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya konulmasıdır. Yeni delil; mahkeme tarafından bilinmeyen veya bildirilmiş olmakla birlikte incelenmemiş, muhakemesi yapılmamış delil olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶. Başka bir görüşe göre yeni delil; mevcut olmalarına rağmen yargılama esnasında yargılama makamı tarafından bilinmeyen, ulaşılamayan veya hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan delil olup bu yenilik taraflar bakımından değil, mahkeme bakımından söz konusu olmalıdır¹¹⁷.

Bu doğrultuda CMK m. 311/1-e'de düzenlenen "*Yeni olaylar veya yeni deliller*" kavramının kaçak sanıklar bakımından kaçak "*sanığın bulunduğu duruşmada tartışılmamış*" yeni olaylar ve yeni deliller olarak değerlendirilmesi veya bu doğrultuda kaçak sanıklar hakkında yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹³ Sejdovic v. İtalya, B. No: 56581/00, 01.03.2006, § 87.

¹¹⁴ Colozza v. İtalya, B. No: 9024/80, 12.02.1985, § 30.

¹¹⁵ Hokkeling v. Hollanda, B. No: 30749/12, 14.02.2017, § 58.

¹¹⁶ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi*, 815,816. Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 799.

¹¹⁷ Şahin-Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 677.

AİHM'in sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için duruşmaya katılmama davranışının sonuçlarını makul bir şekilde öngörebildiğinin de ortaya konması gerektiğine ilişkin yaklaşımı bağlamında soruşturma evresinde sanığa haklarının anlatılması ile benzer şekilde yargılamaya katılmamasının sonuçları hakkında da bilgilendirmenin yapılması zorunluluğu öngörülmelidir. Soruşturma veya kovuşturma evresinde sorgusu yapılan sanığa muhakemeye katılmaması halinde hakkında yürütülen yargılamanın yokluğunda sonlanabileceği hususunda ihtar yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Kaçakların yargılanması sanığın yokluğunda yargılama yapılamaması kuralının bir istisnası olarak kabul edilmekte ve hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak amacıyla yurt içinde saklanan veya yurt dışında bulunan şüpheli veya sanığın hakkında kaçaklık kararı verilerek yokluğunda duruşma yapılabilmekte ve dava yokluğunda bitirilebilmektedir. Sorgusu yapılmayan kaçak sanık hakkında mahkumiyet kararı dışında diğer hüküm türlerine karar verilebileceğine ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine yeniden yapılacak olan düzenleme kanaatimizce CMK m. 193/2'de 28/03/2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun m. 20 ile yapılan değişiklik ile aynı doğrultuda; *“Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkumiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri kararı verilemez.”* şeklinde değiştirilmelidir. Kanaatimizce kaçak sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı da verilememelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anayasa Mahkemesi'nin 01/06/2023 tarihli ve E: 2022/120, K: 2023/107 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Ancak iptal kararı üzerine yapılacak olan değişiklik ile HAGB gibi sanığın suçlu olduğu kanaatine varılmasını gerektiren bir kurum düzenlenecekse bunun da CMK m. 247/3 kapsamında yapılacak olan düzenlemede göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu hususun CMK m. 193/2'de yapılan değişiklikle göz önünde bulundurulmaması da bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Zira her ne kadar HAGB kararı açıklanmadığı için hüküm olarak değerlendirilmese ve beş yıllık denetim süresinde yükümlülükler uygun davranılması halinde düşme kararı verilse de sanığın suçu işlediği kanaatine ulaşıldıktan ve cezası belirlendikten sonra ortaya çıkan sonuç cezaya göre uygulanabilen bir kurum olduğundan sanığın masumiyeti ortadan kalkmaktadır.

Kaçakların yargılanmasında mahkumiyet kararı verilebilmesi için aranan *“sorgusu yapılmış olma”* şartı bakımından kaçak sanık hakkında soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından yapılan sorgunun da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle soruşturma evresinde

sulh ceza hakimi tarafından yapılan sorgudan sonra hükme esas teşkil edecek nitelikte aleyhte yeni bir delil ortaya çıkmamışsa, sorgu yapıldıktan sonra isnat edilen fiil değişmemişse; kovuşturma evresinin başlangıcında mahkeme tarafından yapılan sorgu, sulh ceza hakiminin yaptığı sorgudan farklı bir nitelik taşımayacağından, sanık soruşturma aşamasındaki sorgusu sırasında hükme esas teşkil edecek delillerden haberdar edilmiş ve bunlar hakkında savunma yapmak üzere kendisine imkan verilmiş ise bu sorgu mahkeme sorgusu ile eşdeğer tutulmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde hakkındaki yargılamadan haberdar olmadan kaçak konumuna gelen sanık bakımından yokluğunda yürütülen işlemlerin yeniden yapılmasını, aleyhine olan delillere karşı lehe delillerin toplanmasını talep etme hakkının kendisine tanınmış olmasına işaret edilmiştir. Bu hususta iki önemli nokta söz konusudur. Birincisi; “hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacı” somut olaydaki verilerle ortaya konulamayan şüpheli veya sanık hakkında kaçaklık kararı verilmemelidir. Zira ifade edildiği üzere gaiplik ve kaçaklık arasındaki temel fark da bu amaçtır. Bu nedenle de bu amacın ortaya konulmadığı hallerde kaçaklık kararı vermektan imtina edilmesi gerekmektedir. İkinci husus; bir şekilde bilgisi dahilinde olmadan kaçaklık kararı verilen sanık bakımından yokluğunda verilip kesinleşen hükme karşı yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun açık olması gerekmektedir. Yargılamanın yenilenmesi nedenleri içerisinde yer alan “*Yeni olaylar veya yeni deliller*” kavramının kaçak sanıklar bakımından kaçak sanığın bulunduğu duruşmada tartışılmamış yeni olaylar ve yeni deliller olarak değerlendirilmesi hatta kaçak sanıklar hakkında yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu kapsamında yapılacak değişiklikler ile bu meselenin çözülebileceği kanaatindeyiz.

Son olarak, AİHM’in sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için duruşmaya katılmama davranışının sonuçlarını makul bir şekilde öngörebildiğinin de ortaya konulması gerektiğine ilişkin yaklaşımı göz önünde bulundurularak soruşturma evresinde sanığa haklarının anlatılması ile benzer şekilde yargılamaya katılmamasının sonuçları hakkında da bilgilendirmenin yapılması zorunluluğu öngörülmelidir. Soruşturma veya kovuşturma evresinde sorgusu yapılan sanığa muhakemeye katılmaması halinde hakkında yürütülen yargılamanın yokluğunda sonlanabileceği hususunda ihtar yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Balcı, Murat. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip veya Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi (CMK m. 246, m. 248/7)”, *TBB Dergisi*, 92, (2011), 101-117.

Centel, Nur – Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 19. Bası, 2020.

Çağlayan, Yılmaz. *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara: AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Genişletilmiş beşinci bası, 1978.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem. “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Mahmut Tevfik Birsel Armağanı*, 461-494.

Dinç Güney. *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006.

Dursun, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/143-144, (2016), 127-159.

Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2023.

Ersoy, Uğur. “Ceza Muhakemesinde In Absentia Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *SDÜHFD*, 10/1, (2020), 52-86.

Evik, Ali Hakan. “Ceza Muhakemesinde Kaçakların Yargılanması”, *KOÜHFD*, 23/24 (Ocak/Temmuz- 2021), 29-50.

Evik, Vesile Sonay. “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2004, 283-308.

Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, İstanbul: İslık Yayınları, 2. Bası, 2015.

Gökçen, Ahmet vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2022.

- Gölcüklü, Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde “Adil Yargılama””, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49 / 01, (Ocak 1994), 199- 234.
- Gören, Zafer. “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6/12, (Güz 2007/2), 39-59.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul: Beta Basım ve Yayın, 4. Bası, 2013.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, Avrupa Konseyi, 2018.
- Kafes, Veli. “Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması”, *CHKD*, 3/2, (2015), 181-197.
- Karakehya, Hakan. “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”, *CHKD*, 3/2, 2015, 199-224.
- Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1, (2017), 1-74.
- Ömeroğlu, Ömer. “Ceza Muhakemesinde Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/3, (2013), 195-226.
- Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Bası, 2022.
- Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 8. Baskı, 2023.
- Öztürk, Bahri. *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi*, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1984.
- Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2023.
- Öztürk, Namık Kemal, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara: SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1982.
- Schroeder, Friedrich-Christian. “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi” (çev: Cumhuriyet Şahin), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1-2, (1996), 269-283.

- Şahin, Cumhur- Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Bası, 2023.
- Tan, İbrahim. “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar”, *YÜHFD*, XV/2, (2018), 115-161.
- Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 17. Bası, 2018
- Toroslu, Nevzat- Feyzioglu, Metin. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Kitap, 20. Baskı, 2020.
- Tosun, Seyfullah. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi*, İstanbul: on İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Turan, Hüseyin. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Legal Kitabevi, 2016.
- Turhan, Mehmet. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi”, *Çankaya University Journal of Law*, 8/2 (Kasım 2011), 77-107.
- Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, Çev. Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
- Ünver, Yener-Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 16. Bası, 2019.
- Vitkauskas, Dovydas- Dikov, Grigoriy. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı*, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi, 2. Baskı, 2018.
- Yenisey, Feridun- Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, 2022.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, 2019.



Tahkimde Gerilla Taktikleri ve Gerilla Taktiklerinin Önlenmesi(*)

Guerrilla Tactics and Prevention of Guerrilla Tactics in Arbitration

Arş. Gör. Talha Genç**

Öz

Tahkim yargılaması uluslararası alanda sıklıkla başvurulanan etkin bir yargılama biçimidir. Tahkim yargılamasının kendine özgü yapısı ve giderek yaygınlaşması; tarafların, taraf vekillerinin ve menfaat temin etmek isteyen hakemlerin tahkim yargılamasını engelleyici ve erteleyici davranışlara başvurmalarına sebebiyet vermektedir. Taraflar, taraf vekilleri ve hakemler tarafından tahkim yargılamasının olağan akışını bozan bu tür davranışlar gerilla taktikleri olarak ifade edilmektedir.

Bu makalede, öncelikle hangi tür davranışların gerilla taktiği niteliğinde olduğu belirli bir sınıflandırma yapılarak tespit edilmiş sonrasında Uluslararası Barolar Birliği (*International Bar Association – IBA*) tarafından oluşturulan davranış kuralları, doktrindeki görüşler de dikkate alınarak incelenmiş ve gerilla taktiklerini önlemeye yönelik birtakım çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Tahkim, Tahkimde Etik, Gerilla Taktikleri, Tahkimde Adil Yargılanma, IBA

Abstract

Arbitration process is a powerful type of proceeding that is widely used in the international dispute resolutions. Due to the special features of arbitration proceedings and their growing popularity, parties, their counsels and arbitrators seeking financial profit often operate in ways that obstruct and delay the arbitration process. Guerrilla tactics are actions taken by parties, their counsels, and arbitrators to disrupt the usual course of arbitration proceedings.

* Makale Geliş Tarihi: 22.01.2023 – Makale Kabul Tarihi: 13.12.2023 – Yayın Tarihi: 29.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1240479

** Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Trabzon – Türkiye

E-posta: talha.genc@trabzon.edu.tr,

ORCID: 0000-0003-3032-5917

In this article, first, what kind of behaviour is a guerrilla tactic has been determined by making a certain classification, and then the codes of conduct created by the International Bar Association (IBA) in order to prevent guerrilla tactic behaviours that disrupt the arbitration proceedings are examined, taking into account the opinions in the doctrine. A number of solutions have been proposed to prevent guerrilla tactics.

Keywords

International Arbitration, Ethics in Arbitration, Guerrilla Tactics, Fair Trial in Arbitration, IBA

I. GERILLA TAKTİKLERİ TERİMİ VE MODERN KULLANIMLARI

Gerilla terimi, İspanyolca “*guerra*” kelimesinden türetilmiş olup küçük savaş anlamına gelmektedir. Dağınık, hareketli militan çetelerin, geleneksel savaş taktikleri kullanan güçlü düşman birlikleri ile doğrudan karşı karşıya gelmekten kaçınarak pusu, vur-kaç baskınları, sabotaj gibi sürpriz yöntemleri kullanmasına gerilla taktikleri denir

¹. Gerilla taktikleri neden savaşıldığından ziyade nasıl savaşıldığı ile alakalı bir terimdir. Zayıf taraf, gerilla taktikleri olarak nitelendirilen çeşitli yöntemlere başvurarak savaşın galibi haline gelmeyi amaçlamaktadır².

Gerilla terimi, ilk olarak 1808-1814 tarihleri arasında gerçekleşen Yarımada Savaşı (*The Peninsular War*) sırasında düzensiz İspanyol milislerinin, istilacı Napolyon güçlerine karşı yaptıkları saldırılar için kullanılmıştır³. Endülüs'ten Zaragoza'ya kadar İspanyol gerillalar, gerilla taktiklerini kullanmak suretiyle Fransız karakollarını, kamplarını, konvoylarını ve postacılarını pusuya düşürmüş ve savaşın gidişatını değiştirmiştir⁴. Gerilla taktiklerinin tarihsel geçmişine bakıldığında hiç de kullanıldığı kadar masum bir terim olmadığı görülmektedir.

¹ Robert Pfeiffer - Stephan Wilske, “An Etymological and Historical Overview”, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Güntner J. Horvath vd. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2013), 2.

² Pfeiffer – Wilske, “An Etymological and Historical Overview”, 2.

³ Edna Sussman - Solomon Ebere, “All's Fair In Love And War – Or Is It? Reflections On Ethical Standards For Counsel In International Arbitration”, *The American Review of International Arbitration (ARIA)* 22/4 (2011), 612.

⁴ Christoph Bruckschweiger, “Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction ‘Guerrilla Tactics’ by Counsel in the Absence of a Respective Agreement by the Parties”, *Selected Papers on International Arbitration Volume 5*, ed. Daniel Girsberger vd. (Bern: Stampfli Publishers, 2020), 36.

Gerilla terimi, Yarımada Savaşı ile kullanılmaya başlanmışsa da tarihsel arka planı çok eskiye dayanmaktadır. MÖ 512'de, İskitlerin I. Darius yönetimindeki istilacı Perslere karşı hızlı saldırıları ve aynı derecede hızlı geri çekilmeleri, MS 450'lerde Avrupa Hun Devleti hükümdarı Attila'nın öfke, kurnazlık ve hareketlilik içeren sürpriz savaş manevraları gerilla taktiklerinin ilk görünümüne örnektir. Ancak en belirgin gerilla taktikleri, 21. yüzyıldaki iç savaşlar ve baskıcı rejimler ile işgalci güçlere karşı verilen halk mücadelelerinde kullanılmıştır. Bu dönemde Cezayir ve Eritre örneğinde olduğu gibi bağımsızlık isteyen Afrika kurtuluş hareketleri gerilla taktiklerine başvurmuştur. Aynı zamanda komünizm adına Çin, Vietnam ve Nikaragua'da ve komünizme karşı olarak Ukrayna, Tibet ve Afganistan'da yapılan mücadelelerde de gerilla taktikleri kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Preet Singh Oberoi, “Understanding Guerrilla Tactics in International Arbitration”, *Christ ULJ* 3 (2014), 70.

Çünkü savaşı kazanmak isteyen gerillaların başvurduğu gerilla taktikleri genellikle adil olmayan davranış biçimleridir⁵.

Zengin bir tarihsel geçmişe sahip olan gerilla taktikleri terimi, günümüzde birçok sektörde geleneksel yöntemlere karşı, geleneksel olmayan yöntemleri ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Örneğin pazarlama sektöründe geleneksel pazarlama yöntemleri kullanılmadan özel bir teknik ile marka bilinirliğine katkıda bulunulması, “gerilla pazarlama” olarak ifade edilmektedir. Gerilla teriminin giderek yaygınlaşan kullanımı kavramı pazarlanabilir, masum ve sosyal adalete hizmet edebilir bir hale getirmiştir⁶.

Günümüzde gerilla taktikleri terimi, tahkimin işleyişini etkilemek için gerçekleştirilen davranışlar için de kullanılmaktadır⁷. Ancak gerilla taktikleri kavramı diğer sektörlerdekine kıyasla tahkim alanında geleneksel anlamına daha yakın kullanılmaktadır. Tahkimde gerçekleştirilen bu yöntemlerin gerilla taktiği olarak isimlendirilmesinin sebebi, aynı savaşta olduğu gibi kazanması muhtemel olmayan tarafın, adil olmayan çeşitli stratejilere başvurarak başarılı olmaya çalışmasıdır. Tahkim yargılaması ilgili hukuk kurallarına göre yürütülecek olsa da gerilla, bu kurallardan kaçınmaya veya yargılamayı geciktirmeye çalışmaktadır. Bunun için de karşı tarafı, karşı taraf vekilini ve hakem heyetini yıpratıcı ve aldatıcı yöntemlere başvurmaktadır. Bu açıdan tahkimde gerilla taktikleri, tahkimin geleneksel çalışma biçimini etkilemeye yönelik yapılan hareketleri ifade etmektedir. Gerillanın başvurduğu yöntemlerin bir kısmı hukuk dışı olabileceği gibi bir kısmı da hukuk kurallarına uygun olabilmektedir. Ancak bu eylemler her koşulda etik dışı davranış olarak değerlendirilmekte ve tahkim yargılamasını olumsuz etkilemektedir⁸.

II. TAHKİMDE GERİLLA TAKTİKLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Tahkimde gerilla taktiklerinin kullanılması Antik Yunan mitolojisine kadar dayanmaktadır⁹. Buna göre altın bir elma sebebiyle çıkan uyuşmazlık üzerine Truva, Paris’i anlaşmazlığı çözmesi için tek hakem olarak atamıştır. Tüm Tanrılar Paris’e kendi lehlerine karar vermesi için çeşitli rüşvetler vermiştir. Ancak sadece Afrodit’in hem soyunmayı hem de

⁵ Oberoi, “Understanding Guerrilla Tactics”, 71.

⁶ Oberoi, “Understanding Guerrilla Tactics”, 70.

⁷ Süheyla Balkar, *Milletlerarası Ticari Tahkim ve Etik* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 36.

⁸ Günther J., Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Günther J. Horvath vd. (The Netherlands, Kluwer Law International, 2013), 3.

⁹ Robert Pfeiffer - Stephan Wilske, “The Emergence of the Guerrilla Tactics Phenomenon in International Arbitration”, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Günther J. Horvath vd. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2013), 17.

güzelliğın ölümlü bir örneği olarak Helen'i teklif etmesi, Paris tarafından kabul edilmiştir. Böylelikle Paris, Afrodite lehine karar vermiştir ve ilk gerilla taktiği örneği tahkimin başlangıcından beri var olmuştur¹⁰.

Modern hukuk anlamında ise gerilla taktiklerine yönelim tahkimin yaygınlaşmasıyla birlikte ortaya çıkmıştır. İlk dönemlerinde uluslararası tahkim belli bir profesyonel grubun eliyle yürütölmekteydi. Bu dönemde tahkim uygulamasının küçük bir grubun elinde olması, grup üyelerinin itibarının korunmasını daha önemli hale getiriyordu. Sonraki dönemlerde uluslararası tahkimin giderek yaygınlaşp küreselleşmesiyle birlikte tahkimle ilgilenen kişilerin sayısı artmıştır¹¹. Kişi sayısındaki artışın getirdiği rekabet ortamı, kişisel itibara verilen önemi azaltmış ve tahkimde yer almak isteyen kişilerin gerilla taktikleri sergilemesine sebebiyet vermiştir¹².

Tahkimde gerilla taktikleri her geçen gün daha fazla başvuru olan bir yöntem haline gelmektedir. Tarafların ve taraf vekillerinin bu yöneliminde tahkime has birçok etken rol oynamaktadır. Tahkim taraf iradesine bağlı bir yargılama usulüdür¹³. Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar ihtiyaçlarına en uygun tahkim usulünü tasarlamada veya seçmede serbesttir. Ancak bu özgürlük bir yanıyla tarafların bazı hususları ihmal ederek tahkim usulünü eksik bırakmasının önünü açmaktadır. Bu durum fırsatçı tarafların gerilla taktiklerine yönelimini arttırmaktadır¹⁴.

Tarafların bir yargılamada sergiledikleri alışılmış davranışlar, diğer yargılama için geleneksel davranış olarak kabul edilmeyebilir. Tahkimin esnek yapısı gereği bir tahkim yargılamasında belirli usul kurallarını seçen taraflar, başka bir yargılamada daha farklı usul kurallarına tabi olabilmektedir. Bu durum da aynı davranışın farklı bir tahkim yargılamasında gerilla taktiği olarak ifade edilmesine neden olabilmektedir¹⁵.

Tahkime uygulanacak hukukun veya yazılı usul kurallarının, taraflar ve taraf vekilleri tarafından öngörölmeyen şekilde kullanılması da gerilla taktiklerinin oluşumuna yol açmaktadır. Özellikle taraflarca hakemin reddi itirazının, hakkın düzenleniş ruhuna aykırı

¹⁰ Pfeiffer - Wilske, "The Emergence of the Guerrilla Tactics", 17.

¹¹ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 29.

¹² J. William Rowley, "Guerrilla Tactics and Developing Issues", *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Gütnher J. Horvath vd. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2013), 22.

¹³ Sibel Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: On iki levha, 2022), 779; Cemal Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2019), 644; Vahit Doğan vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2023), 166.

¹⁴ Pfeiffer - Wilske, "The Emergence of the Guerrilla Tactics", 18.

¹⁵ Bruckschweiger, "Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction", 18.

olarak tahkim yargılamasını geciktirmek amacıyla kullanılması bu kapsamda başvuru gerilla taktiklerindedir¹⁶.

Taraflar, hakemlerin yetkilerini hakem sözleşmesi ile kararlaştırmaktadır¹⁷ ve hakem heyetinin yetkisi sadece ilgili taraflara yönelik¹⁸ ve tarafların belirlediği kurallar ile sınırlıdır. Hakem heyetinin taraf vekilleri hakkında doğrudan karar verme imkanı bulunmamaktadır¹⁹. Bu durum taraf vekillerinin gerilla taktiklerine yönelimini arttırmaktadır²⁰.

Tahkim yargılamasının tercih edilme sebeplerinden biri yargılamanın gizliliğidir. Ticari tahkim yargılaması, mahkemeler tarafından yapılan yargılamalara nazaran daha kapalı bir şekilde, gizliliğe önem verilerek yapılmaktadır. Tahkim yargılamasının gizliliği, tahkim yargılamasının tercih edilmesinde bir etken²¹ olsa da bu gizlilik, gerilla taktiklerinin tespitini zorlaştırmaktadır²². Taraflar ve taraf vekilleri, gerilla taktiklerinin saptanması halinde de gizlilik sebebiyle genel itibarlarının zedelenmeyeceğini düşünmekte ve gerilla taktiklerine yönelmekten çekinmemektedir.

III. TAHKİMDE GERİLLA TAKTİKLERİ

A. KAVRAM

Tahkimde gerilla taktikleri terimi ilk olarak *Michael Hwang* tarafından kullanılmıştır. *Hwang*, tahkimde gerilla taktiklerini, usul kurallarının kişinin çıkarlarına uygun ancak amacına aykırı olarak kullanılması ile tahkim yargılamasını geciktirici ve nihai olarak tahkimi başarısız ya da etkisiz hale getirmeye çalışan davranışlar olarak tanımlamaktadır²³. *Günther J. Horvath*,

¹⁶ Pfeiffer - Wilske, "The Emergence of the Guerrilla Tactics", 18.

¹⁷ Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 645.

¹⁸ Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 784.

¹⁹ Hrvatska Elektroprivreda v. Republic of Slovenia yargılamasında *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi - ICSID) Hakem heyeti, davalının duruşmadan hemen önce atanan avukatının hakem heyeti başkanı ile aynı dairenin avukatı olması sebebiyle kişinin avukat olarak görev yapamayacağına karar vermiştir. Ancak ICSID sözleşmesinin hakem heyetine taraf vekillerini doğrudan görevden alma yetkisi vermemesi sebebiyle hakem heyeti kararını yargılamanın bütünlüğünü korumaya mecbur olduğu gerekçesine dayandırmıştır. R. Doak Bishop - Margrete Stevens, "The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy" *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No.15*, ed. Albert Jan van den Berg. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2011), 17; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, ARB/05/24 (15 Aralık 2015), <https://www.italaw.com/cases/3242>, (Erişim 25.03.2022).

²⁰ Bruckschweiger, "Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction", 20.

²¹ Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 779.

²² Pfeiffer - Wilske, "The Emergence of the Guerrilla Tactics", 19.

²³ Michael Hwang, "Why is There Still Resistance to Arbitration in Asia?", *Selected Essays On International Arbitration*, ed. Michael Hwang (Singapore: Academy Publishing, 2013), 21.

gerilla taktiklerini, tahkim yargılamasında taraflarca gerçekleştirilen etik dışı davranış ve cezai yaptırıma tabi fiiller ile oluşturulan stratejiler olarak değerlendirmektedir²⁴. *Edna Sussman* ise gerilla taktiklerini kötü davranıştan, korkunç hatta suç niteliğindeki davranışlara kadar uzanan strateji, yöntem veya taktikler olarak ifade etmektedir²⁵. Başka bir yazara göre ise gerilla taktikleri, taraflar ve/veya taraf vekilleri tarafından karşı taraf üzerinde daha avantajlı bir konum elde etmek amacıyla sergilenen düşmanca uygulamalardır²⁶. Doktrinindeki diğer bazı yazarlar ise gerilla taktiklerini kategorize ederek açıklama yoluna gitmektedir. Çünkü gerilla taktikleri; açık bir şekilde hukuka aykırı olan davranışlar, hukuki sınırlar içerisinde ancak etik olmayan davranışlar ve suç niteliğindeki davranışlar olmak üzere birkaç farklı davranış türünden oluşmaktadır. Tahkimde karşılaşılan gerilla taktikleri, belli bir davranış türünden oluşan tek bir kalıba sokulamadığından bütün gerilla taktiklerini kapsayacak genel bir tanımlama yapmak mümkün değildir²⁷. Gerilla taktikleri davranış türüne göre üç ana grupta toplanarak kategorize edilmektedir. Birinci grup davranışlar, “yaygın gerilla taktikleri” olarak ifade edilen ve açıkça yapılan kötü davranışlardan; ikinci grup davranışlar, “ekstrem gerilla taktikleri” olarak tanımlanan hukuken de suç teşkil eden ve devlet otoritesinin açıkça kötüye kullanıldığı davranışları da kapsayan davranışlardan; üçüncü grup davranışlar ise “*hardball arbitration*”, “*rough riding*” veya “*black arts*” olarak ifade edilen ve gerilla taktikleri olarak kabul edilmeyen ancak tahkim yargılamasını etkileyen kaba davranışlardan oluşmaktadır²⁸.

Tahkim yargılamasını kazanma amacıyla geleneksel tahkim yargılaması içerisinde kalarak karşı tarafı sıkıştırıcı davranışlar ile tahkimi geciktirici veya engelleyici etik dışı davranışlar, amaç bakımından birbirinden farklı davranış türleridir. Kaba davranışlar, gerilla taktiği olarak kabul edilmeyen etik dışı davranışlardır²⁹. Çoğunlukla milli hukuk kurallarının farklılıklarından kaynaklanan davranışlardan ileri gelmektedir. Kaba davranışlar ile gerilla taktiği niteliğindeki davranışlar arasındaki çizgi oldukça incedir. Nitekim kaba davranışların sistematik hale dönüştürülmesi, davranışı gerilla taktiği haline getirmektedir³⁰. Bu sebeple tahkim yargılamasına uygulanmak üzere çeşitli mercilerce oluşturulan davranış kuralları, gerilla taktiği olarak kullanılabilir bazı kaba davranışları da düzenlemektedir. Bir tür davranışın hangi grup içerisinde değerlendirileceği, hakemlerin değerlendirmesine ve tahkime

²⁴ Rowley, “Guerrilla Tactics and Developing Issues”, 22.

²⁵ Sussman - Eber, “All’s Fair In Love And War – Or Is It?”, 612.

²⁶ Bruckschweiger, “Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction”, 10.

²⁷ Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, 3.

²⁸ Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, 4.

²⁹ Bruckschweiger, “Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction”, 12.

³⁰ Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, 4.

uygulanacak hukuka göre farklılık arz etmektedir³¹. Birinci ve ikinci grup gerilla taktikleri genel olarak, tanığın tehdit edilmesi, telefon dinlemeleri, tekrarlanan haksız hakem itirazları ve hakemi atayan tarafça hakem heyetinin gizli müzakereleri ile ilgili bilgilerin elde edilmesi gibi davranışlardan oluşmaktadır³².

Gerilla taktiği niteliğindeki bütün davranışların iki ortak unsuru bulunmaktadır. İlk unsur tahkimde etkili olabilmek için tahkime uygulanacak hukukun ihlal edilmesidir. Ancak belirtmelidir ki, gerilla taktikleri sadece tahkim yeri hukukuna ve yazılı usul kurallarına aykırı davranışları kapsamamaktadır. Yüzeysel olarak yasal görünen ancak tahkim yargılamasını geciktirici veya etkileyici davranışlar da gerilla taktiği olarak kabul edilmektedir. Gerilla taktiği sayılabilecek bu tür davranışlar, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuka ve usul kurallarına uygun gözükse de uygulanacak hukukun ve usul kurallarının ruhuna aykırıdır³³.

Tahkime uygulanan hukuk ve yazılı usul kuralları taraflara; hakemlerin reddi (*challenge of arbitrators*), hukuki dinlenilme hakkı (*right to be heard*) gibi temel güvenceleri sağlar. Bu hakların taraflarca güvence olmaktan çıkarılıp silah olarak kullanılması durumunda çoğu zaman kaba davranış (*rough riding*) sınırını aşan gerilla taktikleri söz konusu olur. Devamlı ve sistematik olarak yapılan hakem itirazları (*arbitrator challenges*), süre uzatım talepleri ve sadece tahkim yargılamasını engellemek amacıyla aşırı miktarda belge sunmak sağlanan güvencelerin amacı ile bağdaşmayacak şekilde kullanılmasına sebebiyet verebilir. Tahkim yargılamasında sergilenen bu tür bir davranışın gerilla taktiği mi yoksa oyunun kurallarına uygun olan bir kaba davranış (*rough riding*) mı olduğunun tespitinde mutlaka davranışı sergileyen tarafın, o davranışı sergilemedeki amacına (*mind-set*) bakılmalıdır. Taraf aynı davranışı; tahkime uygulanan hukukun ve yazılı usul kurallarının ruhuna uygun olarak haklılığını kanıtlamak için sergileyebileceği gibi tahkim yargılamasını geciktirici veya sabote edici başka bir ifadeyle maddi adaletin tesisini engelleyici bir niyetle de sergileyebilir. Bu tür bir davranış, tahkimi engelleyici veya geciktirici bir amaçla sergilenmişse gerilla taktiği olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu tür davranışların tahkim yargılamasını etkilemeye yönelik yapıldığının ispatı bir yana, var olduğunun kanıtlanması bile oldukça zordur³⁴.

Gerilla taktiğinin varlığının ikinci unsuru taktik unsurudur. Gerilla taktiğine başvuran tarafın bu davranışı, tesadüfen veya öngörülmeleyen gelişmelere binaen değil, bizatihi “kasten”

³¹ Oberoi, “Understanding Guerrilla Tactics”, 75.

³² Edna Sussman, “Guerrilla Tactics in International Arbitration”, *NYSBA* 7/2 (2014), 41.

³³ Oberoi, “Understanding Guerrilla Tactics”, 75.

³⁴ Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, 4.

yapmış olması gerekmektedir. Örneğin bir kanıt duruşmasındaki hararetli bir tartışma sonucunda bir taraf kasıtlı olarak diğer tarafa saldırmış veya diğer tarafı saldırmaya yönelik kışkırtmışsa kasıtlı bir gerilla taktiği söz konusudur³⁵.

Tüm bu açıklamalar neticesinde gerilla taktikleri; tahkime uygulanacak hukuku ve usul kurallarını ihlal eden veya bu kuralları ruhuna aykırı şekilde kullanan ve bu şekilde tahkim yargılamasını engellemeyi, geciktirmeyi veya sabote etmeyi amaçlayan kasıtlı davranışlar olarak tanımlanabilir.

Doktrinde gerilla taktiklerini önleyici ortak davranış modelleri oluşturmaya yönelik çalışmalar, “etik kurallar” adı altında ifade edilmektedir. Bu durum uygulamaya da yansımıştır. Örneğin; İstanbul Tahkim Hakemleri Derneği (ISTA) tarafından yayımlanan hakem davranış kuralları, “hakem etik kuralları” adı altında çıkartılmıştır. Taraflarca kabul edildiğinin açıkça belirtilmesi durumunda söz konusu kurallar, tahkim yargılamasında uygulama alanı bulmaktadır. Etik kurallar, “*belirli bir gruba, alana veya davranış biçimine özgü ahlaki kurallar bütünüdür*”³⁶. Gerilla taktikleri ise tahkim yargılamasının tarafları, vekilleri ve hakemleri tarafından tahkim yargılamasını sekteye uğratmak maksadıyla gerçekleştirilen kasti davranışlardır. Etik dışı davranışlar, gerilla taktiği olarak ifade edilen davranışları da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Kasti olarak gerçekleştirilmeyen veya tahkim yargılamasını sekteye uğratma amacı taşımayan bazı davranışlar, gerilla taktiği olarak kabul edilmese de etik dışı davranış olarak nitelendirilebilmektedir³⁷. Bu açıdan davranış kurallarının kaba davranışlar ve gerilla taktiklerini kapsayan daha geniş bir kelime ile ifade edilmesi yerindedir. Ancak etik kurallar, ahlak kuralı niteliğinde olup aykırılık halinde kural olarak hukuki bir yaptırım öngörülmemen kurallardır³⁸. Davranış kurallarının, etik kurallar ismiyle normatif hale getirilmesi durumunda ahlak kuralları niteliğindeki etik kurallar ile normatif hale getirilen hukuk kuralları aynı şekilde ifade edilmiş olacaktır. Bu durum ise bir anlam kargaşasına

³⁵ Oberoi, “Understanding Guerrilla Tactics”, 75.

³⁶ Burcu Osmanoglu, “Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Public and Private International Law Bulletin*, 39/1 (2019), 278.

³⁷ Örneğin; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde (ICTY) çalışan farklı yargı alanlarından avukatlar tanışın hazırlanması konusunda farklı görüşler bildirmiştir. Avustralyalı avukat, bir duruşma öncesi avukat tarafından tanık hazırlamanın etik bir davranış olmadığını belirtmiştir. Kanadalı avukat ise bu durumu yerel hukuklarında yasaklanmış bir davranış olması sebebiyle yasa dışı olarak değerlendirmiştir. Amerikalı avukat ise kendi yerel hukukuna uygun olarak, asil tanışın avukat tarafından hazırlanmaması durumunda yanlış bir davranış sergilenmiş olacağını belirtmiştir. Bu durum, biri diğer hukuk sistemi açısından kaba davranış olarak yorumlanabilecek davranışların varlığını göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: A. Rogers Catherine, “Guerrilla Tactics and Ethical Regulation”, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Güntner J. Horvath vd. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2013), 317.

³⁸ Kadir Can Özel, “Etik ve Etik – Hukuk Arasındaki İlişki”, *TAAD* 33 (2018), 700.

sebebiyet verecektir³⁹. Dolayısıyla tahkim yargılamasını sekteye uğratmaya yönelik kasti davranışları da içeren bu kuralların, etik kurallar (*code of ethics*) olarak kavramlaştırılması uygun bir nitelendirme değildir. Gerilla taktiği olarak belirttiğimiz davranışları engellemeye ve ortak bir davranış biçimi oluşturmaya yönelik çıkarılan bu kuralların, bunlara aykırılığın yaptırıma tabi tutulması gerektiği de düşünüldüğünde “davranış kuralları” (*rules of conduct*) olarak ifade edilmesi daha yerinde olacaktır⁴⁰.

B. TAHKİMDE KARŞILAŞILAN YAYGIN GERİLLA TAKTİKLERİ

Yaygın gerilla taktikleri, karşı tarafı zorlayıcı ama hukuka uygun kaba davranışlardan (*rough riding*) öte ancak ekstrem seviyeye ulaşmamış tahkim yargılamasını geciktirici veya engelleyici kasti davranışlardır. Yaygın gerilla taktiklerinin fark edilmesi oldukça zordur. Ancak tespiti ne kadar zor olsa da derhal saptanması ve gerekli önlemlerin alınması durumunda tahkim yargılamasına en az zararlı ve hatta zararsız davranışlardır⁴¹. Tahkim yargılamasında karşılaşılan yaygın gerilla taktikleri: rüşvet, tehdit ve taciz, telefon dinlemesi ve diğer takip yöntemleri, hileli davranış, geciktirme, amacına aykırı itirazlar ve hakem bünyesinde vukuu bulan diğer gerilla taktikleridir.

1. Rüşvet

Tahkim yargılamasının taraflarından biri, tahkim yargılamasını etkilemek amacıyla hakeme veya üçüncü bir kişiye⁴² kanuna uygun olmayan bir menfaat vaat eder, teklif eder veya sağlarsa bir gerilla taktiği söz konusu olur⁴³. Başka bir ifadeyle rüşvetin gerilla taktiği olarak kabul edilebilmesi için hakeme veya menfaati bulunan üçüncü bir kişiye tahkime uygulanacak hukuka aykırı olarak ve tahkimi etkileyecek şekilde kasti bir avantaj sağlanması gerekmektedir. Bu durumda rüşvet, tahkimde gerilla taktiği olarak kullanılmış olacaktır⁴⁴. Söz konusu gerilla taktiği taraflar tarafından gerçekleştirilebildiği gibi birtakım menfaatler elde etmek isteyen hakemler tarafından da gerçekleştirilebilmektedir.

³⁹ Hukuk kurallarınca belli bir yaptırıma bağlanan meslek kuralları niteliğindeki ahlak kuralları deontoloji olarak ifade edilmektedir. Bazı yazarlar uluslararası tahkim için oluşturulacak avukatların davranış kurallarını deontoloji kodları (kuralları) olarak ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Balkar, *Tahkim ve Etik*, 18 vd.; Chiara Giovannucci Orlandi, “Ethics for International Arbitrators”, *UMKC Law Review*, 67/1 (1998), 93.

⁴⁰ ICSID ve UNCITRAL sekreterlikleri tarafından uluslararası yatırım anlaşmazlıklarında hakemlere uygulanmak üzere hazırlanan taslak kurallarda davranış kuralları (code of conduct) ibaresi kullanılmıştır. A Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes. ICSID (2020), <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>, (Erişim 20.05.2022).

⁴¹ Bruckschweiger, “Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction”, 12.

⁴² Örneğin; tahkim yargılaması çerçevesinde ifadesine başvurulacak tanık veya hakem sekreteri.

⁴³ Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, 6.

⁴⁴ Horvath vd., “Categories of Guerrilla Tactics”, 6.

Tahkim yargılamasında rüşvetin tespiti oldukça zordur. Bugüne kadar hiçbir ICSID tahkiminde hakemin yolsuzluğu iptal sebebi olarak ileri sürülmemiş ve hakem heyeti tarafından ele alınmamıştır⁴⁵. Ancak hakeme rüşvet verildiği iddialarının yerel mahkemelerin önüne geldiği görülmektedir. Peru yerel mahkemesi; biri daha önce ICSID’de görev almış on dört hakemin, Brezilyalı şirket Odebrecht ile Peru Devleti arasındaki tahkim yargılamasında Odebrecht şirketi lehine karar vermek için rüşvet aldığı gerekçesiyle tahkim yargılaması öncesinde tutuklanmalarına karar vermiştir⁴⁶. Malezya yerel mahkemesi ise bir İngiliz hakemin tahkim yargılamasında taraf şirket lehine karar vermek için 1.300.000 Amerikan Doları rüşvet istediği gerekçesiyle İngiliz hakem aleyhine mahkumiyet kararı vermiştir⁴⁷.

2. Tehdit ve Taciz

Özellikle yatırım tahkiminde hakemlerin ve tanıkların tehdit edilmesi en sık görülen gerilla taktiklerinden biridir. Bu tehditlerin en çok karşılaşılan hali ise şantajdır. Yatırım tahkiminde tanıklar, çeşitli sebeplerle kendi işverenleri veya devletleri aleyhine tanıklık yapmak istememektedir. Aleyhine tanıklık yapılacak devlet tarafından tanığa maaşının kendisi tarafından ödendiğinin baskı kurucu şekilde hatırlatılması, tanığın ifade vermesinin görevinin ihlali anlamına geleceğinin belirtilmesi, işlemediği suçlar ile ilgili soruşturma başlatılması, tanığa yönelik birtakım vergi denetimlerinin işleme alınması, tanıkların kendilerinin veya aile üyelerinin işten çıkarılacaklarına yönelik ifadelerde bulunulması veya tanıklığın devlet lehine yapılması durumunda maaş artışı veya terfi verileceğinin belirtilmesi, tehdit ve tacize örnek oluşturmaktadır. Tehdit ve taciz yöntemiyle uygulanan bu tür psikolojik gerilla taktikleri, tahkim yargılamasını olumsuz etkilemektedir. Hakem heyeti, hangi tür davranışların tehdit ve taciz sayılacağını değerlendirirken dikkatli olmalıdır. Tanığın devlet aleyhine ifade vermesi durumunda görevden alınacağına dair gönderilmiş bir mektup, işverenin tanık ile tanıklık süresince iletişim kurmaya çalıştığına dair telefon kayıtlarının bulunması gibi tehdit ve tacizin olduğuna dair açık delillere ulaşılması durumunda hakemin durumu tespiti daha kolaydır. Ancak açık bir delilin olmadığı ve tanığın kariyer beklentisini veya ticari çıkarlarını gözetenek hareket ettiği durumlarda davranışın tehdit veya taciz olarak değerlendirilmesi oldukça zordur.

⁴⁵ Gustavo Laborde, “Arbitrator Corruption”, Jusmundi (Erişim 19 Ağustos 2022).

⁴⁶ Cosmo Sanderson, “Arbitrators Jailed in Peru Amid Odebrecht Corruption Scandal”, Globalarbitrationreview (Erişim 19 Ağustos 2022).

⁴⁷ Jack Newsham, “Arbitrator Gets 6 Months for Malaysia Bribery Scheme”, Law360 (Erişim 19 Ağustos 2022)

Uluslararası tahkimde genellikle taraflar kendi ülkelerinden ve kendi dillerini konuşan, tarafsız ve bağımsız birini hakem olarak seçmektedir⁴⁸. Hakemin, tarafsızlık ilkesi gereğince bir taraf lehine hareket etmemesi gerekmektedir⁴⁹. Hakemin kendi ülkesinden ve kendi dilinden konuşan biri olarak atanması kimi zaman hakemin tarafsızlığını etkilemektedir. Tahkim yargılaması sonrası kendi yaşam çevresi içerisinde olumsuz görüşlerden kaçınmak isteyen hakem üzerinde, atayan taraf lehine görüş bildirme baskısı oluşturmaktadır⁵⁰. Özellikle kendi ülkesinde bir üniversitede hizmet veren akademik personeller, tahkim yargılamasındaki görüşleri sebebiyle çalışma hayatlarında tepki görebilecek konumdadır. Tarafların bu durumu kullanarak hakem üzerinde baskı oluşturacak davranışlara girişmesi, gerilla taktiği olarak kabul edilecektir⁵¹. Tarafların, tahkim yargılaması sırasında hakemlerden biri aleyhine yabancı bir mahkemede çeşitli sebepleri ileri sürerek bir talepte bulunması ve bu yolla tahkim yargılamasını etkilemeye çalışması durumunda da gerilla taktiği söz konusu olacaktır⁵².

3. Telefon Dinlemesi ve Diğer Takip Yöntemleri

Telefon dinlenmesi ve hakemlerin takip edilmesi, karşı avukatların veya hakemlerin evlerinin özel dedektiflerce gözetlenmesi, çöplerinin aranması, e-posta yazışmalarının izlenmesi gibi diğer takip yöntemleri hem taraf devletin hem de diğer özel tarafların başvurulabileceği gerilla taktiklerindedir.

Libananco Holdings Co. v. Türkiye davasında, Libananco Holdings Co. şirketi (davacı), Türkiye Devleti (davalı) tarafından kamulaştırılan Çukurova Elektrik A.Ş (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik (Kepez) şirketlerinde hisse sahibi olduğunu iddia ederek hukuka aykırı kamulaştırma sebebiyle ICSID'e başvurarak hak talebinde bulunmuştur. Taraflar arasındaki temel tartışma, Libananco Holdings Co. şirketinin yatırımcı sıfatına haiz olup olmadığı ve bu kapsamda ICSID'in yargı yetkisine sahip olup olmadığına ilişkindir. Ancak davacı taraf; Türkiye devleti tarafından uyuşmazlık konusu hakkında avukatı ile yaptığı e-posta yazışmalarının ve telefon görüşmelerinin dinlendiğini ve bu durumun silahların eşitliğine aykırı olduğunu belirterek tahkim yargılamasının, ICSID kurallarına⁵³ ve Enerji Şartı Antlaşması'na (*Energy Charter*

⁴⁸ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 55.

⁴⁹ Akif Karaca, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/1 (2015), 207.

⁵⁰ Yavuz Kaplan, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizinin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi", *MHB* 21/1-2 (2001), 60.

⁵¹ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 63.

⁵² Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 8.

⁵³ Antlaşma'nın İngilizce metni için bkz.: <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention> (Erişim 06.08.2022).

Treaty)⁵⁴ aykırılığı sebebiyle davalı aleyhine sonuçlanmasını talep etmiştir. Davalı taraf, kanuni yetkiye haiz devlet organı olan Şişli savcısı tarafından İmar Bank ceza soruşturması kapsamında Libananco Holdings Co. şirketi ve avukatı aleyhine e-posta ve telefon dinlenilmesi yapıldığını ancak bu dinleme işlemlerinin tahkim tarafı olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve davalı avukatları ile paylaşılmadığını ifade etmiştir. ICSID hakem heyeti ise verdiği kararda, cezai soruşturma ile tahkim yargılaması arasında bir bağlantının olmadığını ve Türkiye Hükümeti tarafından yapılan dinleme ve takip yöntemleri ile elde edilen ayrıcalıklı ve gizli bilgilere dayanılarak davalıya veya davalı vekiline bir talimat verilmediğini belirtmiş ve davacının itirazını reddetmiştir. Ancak hakem heyeti; davacının vekili ve diğer bazı kişiler ile yapacağı telefon konuşmalarının dinlenmemesi ve kaydedilmemesi gerektiğine, ceza soruşturması kapsamında delil niteliği taşımayan dinlemelerin otuz gün içinde imha edilmesine, elde edilen delillerin tahkim tarafı davalı ile paylaşılmasına, bu delillerin davalı taraf tarafından elde edilmesi durumunda da tahkim yargısında dikkate alınmayacağına karar vermiştir⁵⁵.

4. Hileli Davranışlar

Taraflardan birinin tahkim heyetine karşı aldatıcı davranışlar sergilemek suretiyle mevcut bir durumu olduğundan farklı bir şekilde göstermesi de gerilla taktiği olarak kabul edilmektedir. Taraflar kasıtlı olarak yanlış beyanda bulunarak veya doğru olduğunu bildiği bilgiyi reddederek hakem heyetini aldatabilmektedir. Bu tür bir aldatmanın gerilla taktiği olabilmesi için delilleri dermeyeran etme görevi olan tarafın kendisine zarar verici delilleri kasıtlı olarak saklamış olması gerekmektedir. Tarafların uygulayabileceği en ağır hileli davranışlar, kanıtları kasıtlı olarak yok etmek ve sahte kanıt üretmektir⁵⁶. Bu tür bir işlemin yapıldığının tespiti oldukça zordur. Özellikle kanıtları bu tür bir tahrifattan muhafaza etmek neredeyse imkansızdır⁵⁷.

Hawar adaları üzerinde egemenlik hakkı ve Dibal ve Qit'at Jaradah kıyıları deniz sınırlamasına ilişkin Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen Qatar v. Bahrain uyuşmazlığında⁵⁸ Katar, iddialarını desteklemek amacıyla mahkemeye gerçekliği tartışmalı seksen iki belge sunmuştur. Bahreyn, Katar'ın mahkemeye sunduğu bu belgelerin gerçekliğine itiraz etmiştir. Mahkeme, Katar tarafından belgelerin gerçekliğine dair kanıt sunulmasını istemiştir. Ayrıca

⁵⁴ Andlaşma'nın İngilizce metni için bkz.: <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> (Erişim 06.08.2022).

⁵⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ARB/06/8 (2 Eylül 2011), <https://www.italaw.com/cases/626>, (Erişim 08.08.2022).

⁵⁶ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 150.

⁵⁷ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 9.

⁵⁸ International Court of Justice (ICJ), Qatar v. Bahrain, 112 (1994), <https://www.icj-cij.org/en/case/87>, (Erişim 04.06.2022).

mahkemece belgeler birçok uzmana incelenmiş ve belgelerin sahte olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine Katar belgelerin sahteliğini reddetmiş ancak tartışmalı belgeleri iddialarını ispatlamakta kullanmama kararı almıştır. Mahkeme de 17 Şubat 1999 tarihli kararı ile iddia ve cevapların bu belgelere dayandırılmayacağına hükmetmiştir⁵⁹.

5. Geciktirme Taktikleri

Tahkimi uzatma ve geciktirme taktikleri en sık başvurulmuş gerilla taktikleri arasında yer almaktadır. Geciktirme taktikleri, tahkim yargılamasının hızlı bir şekilde çözümünün engellenmesi amacıyla sistematik ve kasıtlı olarak sergilenen davranış stratejilerinden oluşmaktadır⁶⁰. Taraflar tahkim yargılaması başlamadan önce, yargılama sürecinde veya tahkim yargılamasından sonra tahkim kararının icrası sırasında gecikme taktiklerine başvurabilmektedir. Tahkimin konusu milletlerarası sözleşmenin imzalanması ve icrası esnasında gündem yapılmayan ehliyetsizlik iddiasının tahkimi sabote etmek amacıyla tahkim yargılamasında ileri sürülmesi⁶¹, tek hakem seçiminin kararlaştırıldığı tahkim sözleşmelerinde bir tarafça bütün hakem adaylarının reddedilmesi veyahut iki tarafların da bir hakem seçmesinin kararlaştırıldığı tahkim sözleşmelerinde taraflardan birinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, tahkim yargılaması başlamadan önce gerçekleştirilen geciktirme taktiklerindedir. Taraflardan birinin (genellikle davalının) son derece meşgul olan bir kişiyi hakem, avukat, bilirkişi olarak ataması, hakem heyeti tarafından belirlenen zaman çizelgelerine uymaması, yargılamanın veya belirli bir sürenin bitiminden önce avukat değişikliği yapması veya avukatına ödeme yapmayarak avukatının iş yapmayı reddetmesine sebebiyet vererek yeni bir avukat ataması, kanıtları zamanında sunmayı ek süre taleplerinde bulunması, sürekli ve kötü niyetli olarak hakemlerin reddini talep etmesi, masraflar için öngörülen teminatı yatırmaması, dava masraflarını arttırıcı yeni ve gereksiz usuli işlemlere başvurarak karşı tarafın üstleneceği maliyeti arttırması⁶² durumunda tahkim yargılaması sırasında meydana gelen

⁵⁹ Katar bir kısmı Osmanlıca olan seksen iki sahte belgeye dayanarak yargılamayı sabote etmeyi ve bu sayede yargılamanın kendi lehine sonuçlanmasını amaçlamıştır. Katar tarafının bu çabası açık bir gerilla taktiğidir. Mahkeme, Katar tarafınca sunulan sahte seksen iki belgeye ilişkin herhangi bir yaptırım kararı almamış, bu durumu kınayıcı bir tutum dahi sergilememiştir. Katar tarafının yargılamayı sabote edici davranışı tabiri caizse yanına kar olarak kalmıştır. Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve davranış kurallarına ve bunlara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara olan ihtiyaç vurgulanmıştır. Davranış kurallarının yokluğu durumunda gerilla taktiği sergileyen tarafı bu davranıştan caydırıcı bir neden bulunmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Robert Volterra, "Guerrilla Tactics at International Courts and Institutions: [A] Experiences from the International Court of Justice", *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Güntner J. Horvath vd. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2013), 240-248.

⁶⁰ Alain Frecon, "Delaying Tactics in Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, 59/4 (2004), 42.

⁶¹ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 49.

⁶² Balkar, *Tahkim ve Etik*, 149.

geciktirici davranışlar söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde aleyhine karar verilen tarafın, tahkim kararının icrasını engellemek maksadıyla açtığı diğer kötü niyetli davalar ve lehine karar verilen tarafı icra yoluna başvurmaya zorlaması tahkim yargılaması sonrası gerçekleştirilen geciktirici davranışlara örnek oluşturmaktadır⁶³. Davalının ülkesinde tahkim kararının tenfizinde sorun yaşamak istemeyen davacı, genellikle bütün bu gecikme taktiklerini dikkate alarak tahkim yargılamasını ilerletmeye çalışmaktadır.

Geciktirici bir davranışın gerilla taktiği mi yoksa kaba davranış (*rough riding*) mı olduğunun tespiti kimi zaman oldukça zordur. Hakemin, ilgili tarafın söz konusu davranışı kasten, sürekli ve sistematik olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediğini inceleyip karar vermesi gerekmektedir⁶⁴. Hakemin bu tür geciktirici taktiklere verdiği tepki tahkim yargılamasının seyri açısından büyük önem taşımaktadır. Eğer hakem, taraf ve taraf vekili eylemlerini aşırıya kaçacak şekilde yorumlayıp geciktirme taktikleri olarak değerlendirirse tahkim kararının tenfizinde sorunlar oluşabilecektir. Eğer müsamahakâr bir tavır sergilerse bu durumda tahkim yargılamasının raydan çıkmasına sebebiyet verecektir. Bu tür davranışlarla karşılaşan hakemin, gerekli titizliği göstererek durumu iyi muhakeme etmesi gerekmektedir⁶⁵.

DSK v Ultrapolis uyuşmazlığında⁶⁶ Singapur menşeli Ultrapolis şirketi, tahkim yargılaması sırasında yargılamayı geciktirici itirazlarda bulunmuştur. Tahkim yargılamasının istediği gibi sonuçlanmayacağını anladığında da tahkim yargılamasını reddetmiştir. Daha sonrasında da tahkim kararının icrasını geciktirici birçok yola başvurmuştur⁶⁷. Bu kapsamda

⁶³ Cedric Harris, "Abuse of the Arbitration Process – Delaying Tactics and Disruptions", *Journal of International Arbitration* 9/2 (1992), 88-91.

⁶⁴ Rubins, "Particularities when Dealing with State Entities", 84.

⁶⁵ Johan Steyn, "Delays and Delaying Tactics in International Commercial Arbitration", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 49/1 (1983), 12.

⁶⁶ Singapore High Court (SGHC), Denmark Skibstekniske Konsulenter A/S I Likvidation v Ultrapolis 3000 Investments Ltd., 2009/807 (9 Nisan 2010), https://www.elitigation.sg/gd/s/2010_SGHC_108, (Erişim 7.02.2022).

⁶⁷ Singapur menşeli Ultrapolis şirketi ile Danimarka menşeli DSK şirketi, 90 metrelik yat tasarımı için sözleşme imzalamıştır. Taraflar sözleşmeye koydukları kayıt ile Danimarka Tahkim Enstitüsü'nü (*The Danish Institute of Arbitration*) yetkili kılmıştır. Taraflar yapmış oldukları sözleşmeyi daha sonra feshederek 100 metrelik bir yat tasarımı için yeni bir sözleşme imzalamıştır. Taraflar imzaladıkları ikinci sözleşmede, ilk sözleşmede öngördükleri kayıtların geçerli olduğuna dair bir ibareye yer vermiş, ilk sözleşmede var olan kayıtları ayrıca yeniden düzenlememiştir. Daha sonraki süreçte Danimarka menşeli DSK şirketi, 100 metrelik yatın %95'ini tamamlayarak Ultrapolis adlı şirkete teslim etmiş ve ücretin %95'lik kısmını talep etmiştir. Ultrapolis adlı şirketin ödeme yapmayı reddetmesi üzerine de Danimarka Tahkim Enstitüsü'nde tahkim yargılamasına başvurmuştur. Ultrapolis, aralarında yapmış oldukları ikinci sözleşmede tahkim kaydının yer olmadığını ve tarafların ilk sözleşmeye yaptıkları atfın tahkim kaydını kapsayıp kapsamadığının yeterince açık olmadığını ileri sürerek Danimarka Tahkim Enstitüsü'nün yargı yetkisine itiraz etmiştir. Tahkim heyeti Ultrapolis şirketinin iddialarını reddederek DSK lehine karar vermiştir. Bunun üzerine Ultrapolis, tahkim yargılamasına devam etmeyi reddetmiş ancak Danimarka mahkemesinde karara ilişkin bir dava da açmamıştır. Hakem heyeti, tahkim yargılaması sonucunda DSK lehine, Ultrapolis aleyhine karar vermiştir. Bunun üzerine Ultrapolis şirketi Singapur mahkemesinde sözleşmeye aykırı

Ultrapolis şirketi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine, tahkim heyetinin yetkisine, kararının tenfizine itiraz etmiş ve davayı yerel mahkemeye taşımıştır.

6. Kötü Niyetli (Mesnetsiz) İtirazlar

Taraflar yargılamayı etkilemeye yönelik kötü niyetli itirazlar yaparak gerilla taktiklerine başvurabilmektedir. Karşı tarafın ünlü ve yetkin bir avukattan yararlanmasını engellemek amacıyla yapay menfaat çatışması oluşturarak bunu temsilcinin reddi için bir itiraz haline getirmek bu kapsamda bir gerilla taktiğidir⁶⁸. Aynı şekilde hakemin reddi itirazının haksız yere yargılamayı uzatmak veya karşı tarafın seçtiği hakemin uyuşmazlıktan el çekmesini sağlamak amacıyla yapılması durumunda da söz konusu davranış bir gerilla taktiği olarak kabul edilmektedir. Yargılamanın son aşamasında veya yapılabileceği son anda yapılan hakemin reddi itirazı, itirazın kötü niyetli yapıldığı konusundaki şüpheleri arttırmaktadır. Tarafların hakemin reddi itiraz hakkı temel ve vazgeçilmez bir hak olsa da çoğu durumda yalnızca tahkim yargılamasını sabote etmek ve istenmeyen kararları tersine çevirmek için kullanılmaktadır. Özellikle hakemin reddi itirazını yapabilmek için tarafların ağır ispat yükümlülüklerinin bulunmaması, bu itiraz ile yargılamanın geciktirilmesini kolaylaştırmaktadır. Hakemin reddi itirazı oldukça geniş bir kapsamda ileri sürülebilmektedir. Bu sebeple itiraz hakkının mümkün olduğunca objektif kriterlere bağlanarak normatif hale getirilmesi, hakkın kötüye kullanımını engelleyecektir⁶⁹.

7. Hakem Heyetinin Bünyesindeki Gerilla Taktikleri

Taraflar hakem heyeti oluşturulurken genellikle ortak dil ve kültüre sahip, uyuşmazlık konusu hakkında deneyimli, bağımsız ve tarafsız hakem seçiminde bulunma eğilimindedirler⁷⁰. Ancak tahkim yargılamasını baltalamak suretiyle kendi lehlerine sonuçlandırmak isteyen kimi taraflar, bazen bu kriterler yerine baskı altına alabilecekleri ve kendi çıkarlarına uygun

kusurlu tasarım sebebiyle DSK şirketi aleyhine dava açmıştır. DSK şirketi ise Singapur mahkemesinden tahkim kararının tenfizini talep etmiştir. Ultrapolis şirketi tenfiz yargılamasında, DSK şirketinin tahkim anlaşmasının varlığına dair yeterli delil sunmadığını, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını, hakem heyetinin oluşumunun hukuka aykırı yapıldığını ve yetkili mercii tahkim değil Singapur mahkemesi olduğunu belirterek itiraz etmiştir. Mahkeme Ultrapolis'in iddialarını reddetmiş ve DSK şirketi lehine karar vererek tahkim kararını tenfiz etmiştir. Bunun üzerine Ultrapolis şirketi temyize gitmiştir. Singapur Yüksek Mahkemesi Ultrapolis'in iddialarını reddetmiştir. Herman Jeremiah, "Arbitration - Dsk V Ultrapolis - A Lesson in Delay Tactics", Mondaq, <https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/112698/arbitration--dsk-v-ultrapolis--a-lesson-in-delay-tactics>, (Erişim 20 Ağustos 2022).

⁶⁸ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 49.

⁶⁹ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 10.

⁷⁰ Orlandi, "Ethics for International Arbitrators", 105.

yönlendirebilecekleri hakemleri tahkim yargılamasında görevlendirmek istemektedir⁷¹. Bu amaçla seçilen taraflı hakemler, gerilla taktikleri uygulamak suretiyle hakemi seçen taraf lehine yargılamanın sonuçlanmasına hizmet etmektedir. Taraflı hakem, menfaatine hareket ettiği taraf aleyhine olan tanıkları uygunsuz bir şekilde çapraz sorguya çekebilmekte, o taraf lehine olan tanıkları da hukuka aykırı bir şekilde yönlendirebilmekte, yazışmaları göz ardı ederek müzakerelere hazırlıksız olarak katılabilmekte, diğer hakemlerle iş birliği yapmayabilmekte ve buna benzer davranışlarla yargılamayı geciktirebilmektedir⁷².

Taraflı hakem davranışları ile karşılaşan diğer hakemler, taraflı hakemlere sağlam taktiklerle karşılık vermeyi tercih edebilmektedir. Bir tahkim yargılamasında gerilla taktikleri uygulayan ve yargılamayı geciktiren taraflı bir hakemle karşılaşan hakem, tahkim yargılamasını taraflı hakemin evine taşımış ve tahkim yargılaması sonuçlanana kadar taraflı hakemin kaçmasını engelleyerek sonuç elde etmiştir⁷³. Ancak gerilla taktiği uygulayan taraflı hakemlere karşı diğer hakemlerce geliştirilen stratejilerin gerilla taktiği niteliğinde olmamasına dikkat edilmelidir⁷⁴.

Hakem heyeti bünyesinde karşılaşılan başka bir gerilla taktiği ise taraflı hakemin son dakika istifa etmesidir. Hakem kendisini atayan taraf aleyhine bir karar verilmesini engellemek amacıyla kalan diğer hakemleri büyük bir masrafla işlemleri yeniden tesis etmeye itebilmektedir. Diğer hakemler bu durumda hangi işlemlerin tekrar edilmesi gerektiğini incelemek durumunda kalmaktadır⁷⁵.

Bir hakem heyetinin bünyesinde ortaya çıkan en yaygın gerilla taktiği, bir hakemce hakem heyetinin müzakere sürecinin gizliliğinin ihlal edilmesidir. Diğer bir ifade ile bir tarafa hakem heyetinin mevcut yaklaşımı hakkında bilgi vererek öngörülen eyleme karşı tedbir alma şansı vermek en sık karşılaşılan gerilla taktiklerindedir⁷⁶. Bazı tahkim yargılamalarında, taraflardan birinin hakem ile *ex-parte*⁷⁷ iletişim kurması durumunda diğer taraf, hakemin tarafsızlığının zedelendiğini iddia edebilmektedir⁷⁸. Yugoslavya'nın dağılmasından sonra

⁷¹ Karaca, "Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller", 206.

⁷² Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 10.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 11.

⁷⁴ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 11.

⁷⁵ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 12.

⁷⁶ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 12.

⁷⁷ Tahkim yargılaması sürecince taraflardan birinin hakemlerden biri ile tek taraflı iletişim kurmasına *ex-parte* iletişim denir.

⁷⁸ Catherine, "Guerrilla Tactics and Ethical Regulation", 329; Balkar, *Tahkim ve Etik*, 56.

ortaya çıkan Slovenya v Hırvatistan tahkim uyuşmazlığında⁷⁹ Hırvatistan tarafı, Slovenya'nın atadığı hakemin, Slovenya tarafının avukatı ile *ex-parte* görüşme gerçekleştirerek uyuşmazlığa dair özel bilgileri sızdırdığı gerekçesiyle itirazda bulunmuştur. *Ex-parte* görüşme kayıtlarının medyaya yansması sonucu hem hakem hem de Slovenya avukatı tahkim yargılamasından çekilmiştir.

C. TAHKİMDE KARŞILAŞILAN EKSTREM GERİLLA TAKTİKLERİ

Ekstrem gerilla taktikleri, suç teşkil eden, şiddet veya şiddet tehdidi barındıran ve devlet otoritesinin bariz bir şekilde kötüye kullanılmasını içeren fiillerden oluşmaktadır⁸⁰.

1. Şiddet, Şiddet Tehditleri ve Diğer Ağır Suç Eylemleri

En ekstrem gerilla taktiği, tahkim yargılaması ile alakası bulunan kişiye fiziksel zarar vermek ve hatta cinayet işlemektir. Bu ekstrem fiilin yöneldiği kişi, tahkim yargılamasındaki diğer taraf, hakem, tanık veya diğer üçüncü bir kişi olabileceği gibi o kişilerin sevdikleri de olabilir. Uluslararası tahkim raporlarında, tahkim yargılamasını engellemek için yapılan bu tür ekstrem gerilla taktiklerinde basit silahlardan ateşli silahlara kadar birçok silahın kullanıldığı belirtilmektedir⁸¹.

Bir diğer ekstrem gerilla taktiği ise fiziksel zarar veya şiddet tehdididir. Bu tür fiiller bütün medeni ülkeler için aynı zamanda suç da teşkil etmektedir. Bu tür bir fiil içerisinde olduğu tespit edilen kişi aynı zamanda cezai soruşturmanın da muhatabı olacaktır. Fiziksel zarar tehdidinin olduğu ekstrem gerilla taktiklerine bir uygulayıcının, ad hoc yatırım tahkiminin yapıldığı ve diktatörlük ile yönetilen bir ülkede hakemlerin tehdit edildiğini bildirmesi örnek olarak verilebilir. Bu bildirim sonrası hakem heyeti ile tarafların bulunduğu ilk toplantıda hakem heyetine, taraflar arasında sulh görüşmelerinin varlığı sebebiyle yargılamaya devam etmemesi yönündeki yerel mahkeme kararı tebliğ edilmiştir. Bu tebliğ üzerinde hakem heyeti tahkim yerini Cenevre'ye taşımıştır. Cenevre'de yapılan duruşmada ev sahibi devletin kurumu tarafından atanan hakem duruşmaya yüksek kişisel risk altında katıldığını bildirmiştir. Söz konusu hakem birkaç gün sonra ise vurulmuştur⁸².

⁷⁹ Permanent Court of Arbitration (PCA), Republic of Croatia v the Republic of Slovenia, 2012/04 (29 Haziran 2017), <https://pca-cpa.org/en/cases/3/>, (Erişim 20.06.2022).

⁸⁰ Stephan Wilske ekstrem gerilla taktiklerini, "Taliban taktikleri" olarak isimlendirmiştir. Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 11.

⁸¹ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 12.

⁸² Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 12.

Kişinin mülkünün sabotaj veya başka bir yolla ortadan kaldırılması, kişinin kaçırılması, iradesi dışında alıkonulması gibi durumlar da şiddet içerikli diğer ekstrem gerilla taktiklerindedir.

2. Devlet Otoritesini Açıkça Kötüye Kullanma

Tahkim yargılamasında müdahaleci devlet yetkisinin kullanılması taraflılık şüphesi oluştursa da doğrudan bir gerilla taktiğinin varlığını göstermez. Ancak söz konusu devlet müdahalesi, anayasal ve yasal sınırlar dışında veya insan hakları ve hukukun üstünlüğünü açıkça hiçe sayacak şekilde yapılmışsa ekstrem gerilla taktiğinin söz edilir⁸³. Bir ceza soruşturması bahanesiyle kolluk kuvvetleri tarafından karşı avukatın hukuk bürosundaki çalışma bilgisayarına el konulması, karşı avukat, tanık, bilirkişi veya hakem gibi tahkim yargılaması süjelerinin özgürlüklerini tehdit eden keyfi gözaltı kararları ve kötü niyetli kovuşturma kararları devlet otoritesinin açıkça kötüye kullanılması yoluyla gerçekleştirilen ekstrem gerilla taktiklerindedir⁸⁴.

D. TAHKİMDE KARŞILAŞILAN KABA DAVRANIŞLAR (*ROUGH RIDING*)

Tahkim yargılaması sırasında taraf vekilinin agresif metotlara başvurarak savunma yapması yasal sınırlar içerisinde kaldığı sürece gerilla taktiği olarak kabul edilmemekte ve olağan karşılanmaktadır⁸⁵. Bu tür fiiller kaba davranış olarak ifade edilmektedir. Ancak kaba davranışlar çoğu zaman hukuka uygun olsa da tahkim yargılanmasının ruhunu ve temel nezaket kurallarını ihlal etmektedir. Tarafların sergilediği bu tür davranışlar bazı durumlarda taraf ve taraf vekillerinin alışmış oldukları kurallar arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. İyi düşünülmeden hazırlanmış bir tahkim sözleşmesi, tarafların tahkim yargılaması sırasında hangi hukuk kurallarına tabi olarak hareket edeceklerini düzenlememektedir. Bu durumda taraf ve vekilleri genellikle kendi yerel usul kurallarına göre hareket etmekte ve kaba davranışlara sebebiyet vermektedir. Her ne kadar bu tür eylemler gerilla taktiği olarak kabul edilmese de tahkim taraflarının, bu tür eylemlere başvurması teşvik edilmemelidir⁸⁶. Kanıtların son ana kadar elde tutulması, tanıklar aracılığıyla kanıt ileri sürülmesi ve aşağıda açıklanacak olan diğer bazı fiiller tarafların sergilediği kaba davranışlardandır.

⁸³ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 13.

⁸⁴ Oberoi, "Understanding Guerrilla Tactics", 76.

⁸⁵ Oberoi, "Understanding Guerrilla Tactics", 75.

⁸⁶ Oberoi, "Understanding Guerrilla Tactics", 75.

1. Delillerin Elde Tutulması ve Tanıklar Aracılığıyla Delilleri Tanıtmak

Tarafların sahip oldukları delilleri son anda sunması ve karşı tarafı somut bir delil ile şaşırtması veya kendilerine zarar verici delilleri gizlemek amacıyla elde tutması tahkimde kullanılan yaygın kaba davranışlardandır. Taraflar genellikle karşı taraf vekilinin delillere yönelik bir karşı savunma hazırlamasının önüne geçmek için bu tür yollara başvurmaktadır. Taraflar tahkimde bu taktik avantajı giderek daha fazla kullanmaktadır⁸⁷. Bu tür davranışların gerilla taktiği derecesine ulaşmış olduğuna tahkim yargılamasında geçerli usul kuralları dikkate alınarak karar verilmeli, usul kurallarını ihlal eder nitelikte delillerin elde tutulması ve sonrasında dermeyan edilmesi gerilla taktiği olarak değerlendirilmelidir⁸⁸.

Bazı taraflar yazılı delillerini tanık aracılığıyla sunmak suretiyle son tarihten kaçınarak karşı tarafın hazırlıksız kalmasını sağlamaya çalışmaktadır. Örneğin taraflardan biri, hakem heyeti tarafından bir tanığın kişisel günlüğünün okunmasını talep ederek daha önce ileri sürmediği delilleri hakem heyetine dermeyan edebilmektedir. Uluslararası tahkim yargılamalarında kullanılan diğer bir yöntem ise avukatın dilekçeler safhasında delil olarak sunmadığı bir belgeyi tanığı sorgulayarak kayıt dışı delil olarak hakem heyetine sunmasıdır⁸⁹.

2. Diğer Fiiller

Kaba davranışlar, tahkim yargılamasını engellemek, geciktirmek veya sabote etmek amacı taşımayan fiillerden oluşmaktadır. Bu fiiller her ne kadar tahkim yargılamasını sabote etme amacıyla gerçekleştirilmeseler de bazı durumlarda tahkim yargılamasını olumsuz etkilemektedir.

Amerikan yargı makamlarınca gerçekleştirilen yargılamalarda, yerel yargılama kurallarına uygun olarak agresif savunma taktikleri gerçekleştiren Amerikan avukatların Avrupa'da gerçekleştirilen bir tahkim yargılaması duruşmasında sürekli olarak "itiraz" (*objection*) ifadesini kullanarak duruşmanın akışını bozması⁹⁰, avukatın profesyonel nezaketi kasti olarak göz ardı ederek kişisel sebeplerle duruşmada bulunmaması, küçük usuli meseleleri büyütürük sebep göstermeksizin yargılamanın devamı için gerekli olan işleme onay vermemesi, karşı avukatın acil kişisel sebeplerle istediği süre uzatımını reddetmesi kaba davranış niteliğindeki fiillerden bazılarıdır. Bunlar dışında aşırı belge talepleri, kamuya

⁸⁷ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 59.

⁸⁸ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 14.

⁸⁹ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 15.

⁹⁰ Catherine, "Guerrilla Tactics and Ethical Regulation", 333.

açık spekülasyonlar yapma, olayı kişiselleştirme, karşı tarafın ulaşım ve konaklama konforunu bozacak eylemlere girişme kaba davranışlara örnektir. Ancak belirtmelidir ki bir tarafın bu tür davranışları sık ve sistematik şekilde gerçekleştirmesi halinde gerilla taktikleri söz konusu olacaktır⁹¹.

IV. GERILLA TAKTİKLERİNİ ÖNLEMeye YÖNELİK ÇALIŞMALAR

A. GENEL OLARAK

Uluslararası tahkimin yaygınlaşmasıyla birlikte taraflar gerilla taktiklerine daha sık başvurur hale gelmiştir. *Sussman*'ın 2010 yılında gerçekleştirdiği seksen bir katılımcılı bir ankette katılımcıların % 66'sının gerilla taktiklerini deneyimledikleri ortaya çıkmıştır⁹². Gerilla taktiği niteliğindeki davranışların sayısının artmasıyla da uluslararası tahkim alanında bu davranışları önleyici davranış kurallarının eksikliği giderek hissedilmeye başlanmıştır. *Rogers* uluslararası tahkimin etik kuralların olmadığı bir toprakta bulunduğunu (*ethical no-man's land*) ve genellikle taraf vekillerinin avukatlık ruhsatlarının geçerli olmadığı bir yargı alanında yapıldığını, ulusal etik kuralların tahkim yargılamasında uygulanıp uygulanmayacağını belirsiz olduğunu, bu ortamda taraf vekillerinin davranışlarını denetleyecek ulus-üstü bir otoritenin de olmadığını ve tahkim hakemlerinin de taraf vekillerinin davranışlarını denetleme ve cezalandırma yetkisinin bulunmadığını belirtmiş ve bu sebeple tahkimde süjelere uygulanacak davranış kodlarının oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir⁹³.

Gerilla taktiklerinin artışıyla tahkimde taraf vekillerinin davranışlarının sınırlarının belirlenebilmesi için uluslararası davranış kuralları veya kılavuzları geliştirilmesi gerektiği fikri giderek kabul edilmeye başlanmıştır⁹⁴. *Bishop ve Stevens*, taraf vekillerine hangi etik kuralların uygulanacağını belirsiz olduğunu, birbiri ile çelişen birçok davranış kuralının oluşturulmaya başlandığını ve bu durumun da tahkime olan güveni sarsacağını ifade etmişlerdir. Bu sebeple uluslararası tahkim yargılamasında taraf vekillerine rehberlik edecek tek tip davranış kurallarının oluşturulması gerektiğini ve böylece taraf vekillerinin davranışları ile ilgili ortaya

⁹¹ Horvath vd., "Categories of Guerrilla Tactics", 15.

⁹² Sussman - Ebere, "All's Fair In Love And War – Or Is It?", 612. Ankete katılan seksen bir kişi: toplam elli beş açıklama sorunu, dokuz geciktirme taktiği, yedi çatışma ve tahkim sırası taraf vekilliği değişikliği, sekiz kötü niyetli itirazlar, on sekiz son dakika delilleri, on iki mahkemeye tahkimi engelleyici başvuru, beş hakemlerle *ex-parte* iletişim, yedi tanıklarla uygunsuz iletişim, on yedi karşı taraf ve taraf vekiline nezaketsiz ve saygısız hareket, yirmi beş duruşmayı engelleyici hareketle karşılaştığını belirtmiştir. Katılanların %32'si (yirmi altı kişi) ise gerilla taktiği ile karşılaşmadıklarını belirtmiştir.

⁹³ A. Rogers Catherine, "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration", *Michigan Journal of International Law* 23/341 (2002), 342; Balkar, *Tahkim ve Etik*, 28.

⁹⁴ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 9.

çıkan sorunların tek tip ve standart kurallar ile çözülebileceğini belirterek taraf vekilleri için bir davranış kural taslağı hazırlamışlardır. Tek tip davranış kuralları ile tarafların tabi olduğu davranış kurallarının netleşmesi, belirsizliklerin azalması, bir tarafın diğer taraf aleyhine uygunsuz davranışlarla elde ettiği menfaat ile diğer tarafın menfaati arasında denge kurulması ve daha şeffaf bir tahkim yargılaması ile sisteme olan güvenin artması hedeflenmiştir⁹⁵. Ancak bazı yazarlar, uluslararası davranış kurallarının oluşturulması yönündeki fikre karşı çıkarak tarafların davranışlarının tahkim hukuku ile denetlendiğini, taraf davranışlarının kısıtlayıcı yeni kurallar getirilerek düzenlenmesinin tahkim yargılamasının işlevselliğini ve esnekliğini etkileyeceğini belirtmiştir⁹⁶.

Doktrindeki bu tartışma iki önemli sorunu ortaya çıkarmıştır. Birincisi tarafların, taraf vekillerinin ve hakemlerin davranışlarının hangi davranış kurallarına göre belirleneceği ve ikincisi ise davranış kurallarının aykırılığına ve bunun yaptırımına kimin karar vereceğidir.

Bir tahkim yargılamasında taraf vekilinin uygunsuz davranışına, taraf vekilinin kendi ülkesinin mi, tahkim yerinin mi, yoksa tahkim yargılamasının fiziksel olarak gerçekleştiği ülkenin hukukunun mu uygulanacağı belirsizlik oluşturmaktadır. Aynı tahkim yargılamasında taraf vekillerinin kendi yerel davranış kurallarına tabi olması durumunda, taraf vekillerinin farklı standartlara göre davranışları belirleneceğinden dolayı hakkaniyete uygun bir durum oluşmayacaktır⁹⁷. Tahkim yeri davranış kurallarının taraf vekillerine uygulandığı durumda ise davranış kuralları gerilla taktiklerini önlemekte yeterli olmayabilmektedir. Ayrıca o yere yabancı olan bir taraf vekilinin o kurallara aşına olması da beklenemeyecektir⁹⁸. Tüm bu koşullar düşünüldüğünde doktrinde uluslararası tahkim yargılamalarında taraf vekillerine uygulanacak tek tip uluslararası davranış kurallarının oluşturulması yönündeki fikir ağırlık kazanmaya başlamıştır⁹⁹. Aynı görüş, tarafların ve hakemlerin davranış kuralları bakımından da tek tip uluslararası davranış kurallarının oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁰.

Kanaatimizce taraf vekillerinin farklı ülke vatandaşları olması ve kendilerine milli hukuklarındaki yerel davranış kurallarının uygulanması, yerel kuralların farklı davranış biçimlerini hukuka uygun ve hukuka uygun olmayan davranış biçimi olarak düzenleyebileceği

⁹⁵ R. Doak Bishop, "Ethics in International Arbitration", *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No.15*, ed. Albert Jan van den Berg. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2011) 383.

⁹⁶ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 87; Osmanoğlu, "Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 279.

⁹⁷ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 96.

⁹⁸ Balkar, *Tahkim ve Etik*, 100.

⁹⁹ Rowley, "Guerrilla Tactics and Developing Issues", 24.

¹⁰⁰ Osmanoğlu, "Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 278.

ihhtimali düşünöldüğünde taraf vekillerinin farklı sınırlandırmalara tabi tutulmasına sebebiyet verecektir. Aynı tahkim yargılamasında taraflar farklı sınırlamalara tabi davranış kuralları ile temsil edilecektir. Bu durum da tahkim yargılamasının hakkaniyetine aykırılık oluşturacaktır. Örneğın bir taraf vekilinin Türk, diğđer taraf vekilinin Amerikan vatandaşı olduğu durumda, tahkim yargılamasında Türk taraf vekili Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları¹⁰¹, na (*TBB Meslek Kuralları*) tabi olacakken; Amerikan taraf vekili, Amerikan Barolar Birliğı Mesleki Davranış Model Kuralları¹⁰², na (*Model Rules of Professional Conduct - MRPC*) tabi olacaktır. Bu durumda aynı tahkim yargılamasında Türk taraf vekili ile Amerikan taraf vekili, farklı davranış kurallarına göre hareket etmek durumunda kalacaktır. TBB Meslek Kuralları md. 37, avukatların meslek sırları ile süresiz bağılı olduğunu ve tanıklıktan çekinmede bu ölçünün esas alınacağını belirtmektedir. MRPC md. 3.7 ise bir kişinin kural olarak tanık olabileceğı bir davada avukatlık yapamayacağını ancak kişinin avukatlıktan çekilmesi durumunda müvekkilin büyük bir zorlukla karşılaşacak olması durumunda avukat olarak hareket edebileceğini düzenlemektedir. MRPC md. 1.6 ise avukatın, müvekkili izin vermedikçe temsile ilişkin bilgilerini açıklayamayacağını belirtmekte ve (b) bendinde bu durumun istisnalarını saymaktadır. Bu açıdan düşünöldüğünde Türk taraf vekilinin daha önce üstlendiğı bir uyuşmazlıkta tahkim yargılaması ile ilgili edindiğı bir konu hakkında TBB Meslek Kuralları gereğince meslek sırrı kapsamında bu bilgi ile süresiz bağılı olduğundan tanıklıktan çekinmesi gerekirken; Amerikan taraf vekili, MRPC md. 1.6-b ve md. 3.7-a/3 gereğince istisnai durumlarda meslek sırrı olsa dahi tanıklık yapabilmektedir. Bu durumda aynı tahkim yargılamasında Amerikan taraf vekili tanık olarak dinlenebilecekken¹⁰³ Türk taraf vekili meslek sırlarına ilişkin konularda tanık olarak dinlenemeyecektir. Bu durum hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce taraf vekillerine tahkim yeri veya tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun yerel davranış kurallarının da uygulanması yerinde değildir. Tahkim yeri hukuku, tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere çıkarılan kurallar ve tahkim yargılamasına özgü olmayan diğđer usul kurallarından oluşmaktadır. Örneğın Türk hukukunda Hukuk

¹⁰¹ Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları (TBB Meslek Kuralları), TBB (1971), <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/meslek-kurallari-5433>, (Erişim 20.05.2022).

¹⁰² Model Rules of Professional Conduct by the American Bar Association (MRPC), American Bar Association, https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/, (Erişim 20.05.2022).

¹⁰³ Catherine, "Guerrilla Tactics and Ethical Regulation", 229.

Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹⁰⁴ ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)¹⁰⁵ başta olmak üzere birçok kanunda tahkime özgü hukuk kuralı bulunmaktadır. Tahkim yerinin Türkiye olarak kararlaştırıldığı bir uluslararası tahkim yargılamasında Alman ve Amerikan vatandaşı olan taraf vekillerinin MTK'nın doğrudan atıf yapmadığı TBB Meslek Kuralları'nı bilmesi beklenemez. Bu açıdan tahkim yeri hukukundaki tahkime ilişkin olmayan davranış kurallarının tahkim yargılamasına uygulanması hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce de uluslararası tahkim yargılamalarında taraf vekillerine uygulanacak tek tip uluslararası tahkim kurallarının oluşturulması en doğru çözüm yoludur. Tarafların tahkim yargılamasında oluşturan davranış kurallarının uygulanmasına yönelik iradelerini göstermeleri, her iki tarafın da bu davranış kurallarına tabi olması açısından yeterli olacaktır. Uluslararası davranış kurallarının uygulanmasına tahkim yargılamasından önce taraflar; hakem heyetinin oluşturulmasından sonra tarafların rızası alınarak hakem tarafından da karar verilebilir. En iyi çözüm yolunun uluslararası davranış kuralları oluşturmak olduğu fikrine katılmakla beraber bu tür kuralların tahkim yargılanmasına uygulanması yönünde taraf iradesinin bulunmaması durumunda ilgililerin davranışlarının neye göre belirleneceği sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce tahkim yargılamasında, tahkim yeri hukukunun tahkime ilişkin kuralları ile açıkça düzenlenen veya atıf yapılan davranış kuralları, tahkim yargılamasında tarafların uyması gereken "asgari davranış kuralları" niteliğindedir. Ancak milli hukuk sistemleri genellikle tahkime ilişkin yeterli davranış kuralları içermemektedir. Bu durumda taraflar, uluslararası bir davranış kuralına atıfta da bulunmamışsa tahkim yargılamasında sergilenen bir davranışın uygun bir davranış olup olmadığı hangi kurallara göre belirlenecektir sorusu akla gelmektedir.

Tahkime, taraf iradesine bağlı olarak tahkim sözleşmesi ile gidilmektedir. Tahkim sözleşmesi hem akdi hem de usuli niteliğe haiz bir sözleşmedir¹⁰⁶. Tahkim sözleşmesinin ve buna bağlı gerçekleşen tahkim yargılamasının her sözleşme gibi hukukun temel ilkelerine uygun olması gerekmektedir¹⁰⁷. Bu kapsamda tahkim sözleşmesinin tarafları dürüstlük kuralına da uygun hareket etmek zorundadır. Dürüstlük kuralı gerek maddi hukuk alanında gerekse usul hukuku alanında uygulanan bir ilkedir. Borçlar hukuku anlamında dürüstlük kuralı borçların

¹⁰⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), Resmi Gazete 27836 (12.01.2011), Kanun No. 6100.

¹⁰⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), Resmi Gazete 24453 (21.06.2001), Kanun No. 4686.

¹⁰⁶ Cevdet Yavuz, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", *II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu 4* (2009), 143.

¹⁰⁷ Balkar'a göre, hukukun temel ilkeleri kapsamında tarafların en azından en temel ilke niteliğindeki ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Ayrıntılı Bilgi için bkz: Balkar, *Tahkim ve Etik*, 44 vd.

kurulması, yorumlanması ve tamamlanmasında uyulması gereken bir ilke iken usul hukuku alanında hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, yerel örf, adet ve ahlak anlayışına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma kuralıdır¹⁰⁸. Tahkim sözleşmesine binaen tahkim yargılamasına başvuran tarafların, taraflar adına hareket eden vekillerin ve taraflar ile sözleşmesel ilişki içerisinde bulunan hakemlerin, dürüstlük kuralına riayet ederek hareket etmeleri gerekmektedir. Taraflar herhangi bir davranış kuralının tahkim yargılamasına uygulanmasını kararlaştırmasa dahi bu durum kişilerin serbestçe hareket edebileceği anlamına gelmeyecektir. Gerilla taktiği niteliğindeki davranış, tahkim yeri hukukunun tahkime ilişkin kuralları bir hüküm içermese dahi dürüstlük kuralına aykırılık olarak yorumlanabiliyorsa hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilmelidir. Kısaca belirtmek gerekirse tarafların, taraf vekillerinin ve hakemlerin davranışları başta tahkim yeri tahkim davranış kurallarına ve dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir. Ancak davranış kurallarını düzenleyen uluslararası davranış kurallarının oluşturulması ve tahkime uygulanması en iyi çözüm yoludur.

Doktrinde tartışmalı bir konu da davranış kurallarına aykırılığa kimin karar vereceğidir. Taraf vekillerinin davranışlarının gerilla taktiği niteliğinde olup olmadığına yerel baroların karar vermesi pratik açıdan pek mümkün değildir. Örneğin tahkim yargılamasının Paris'te yapıldığı bir olayda, Türk ve Çin vatandaşı avukatların davranışlarının gerilla taktiği niteliğinde olduğu iddiasını öngörülen tahkim yargılaması süresi içerisinde ilgili yerel barolara yönelterek bir karar almak mümkün değildir. Kaldı ki yerel baroların bu yönde bir iddiayı değerlendirme yetkisi olup olmadığı da çoğu zaman belirsizdir¹⁰⁹.

Tahkimin temel amacının, yerel mahkemeleri sürecin dışında bırakmak olduğu düşünüldüğünde, davranışların gerilla taktiği niteliğinde olup olmadığına yerel mahkemelerin karar vermesi de yerinde bir uygulama olmayacaktır. Tahkim yeri mahkemeleri ancak belirli usul aykırılıklarında tahkim yargılamasına dahil olmaktadır. Mahkemelere doğrudan bu tür bir yetki verilmesi mahkemelerin tahkim üzerindeki kontrolünü arttıracaktır. Ayrıca yerel mahkemelerin bu sürece katılması tahkim yargılamasını hem yavaşlatacak hem de ek masraflar getirecektir¹¹⁰.

Tahkim kurumlarının, kurumu doğrudan etkileyen davranışlar dışında taraf davranışlarına yönelik bir karar alabilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar

¹⁰⁸ Recep Çakrak - Samet İldeş, "Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2014), 56.

¹⁰⁹ Rowley, "Guerrilla Tactics and Developing Issues", 24.

¹¹⁰ Rowley, "Guerrilla Tactics and Developing Issues", 24.

İsviçre’de ağırlıklı görüş taraf vekili davranış kurallarının oluşturulmasına karşı olsa da *Association Suisse de l'Arbitrage'in (ASA)* 2015 yılının sonlarında “Küresel Tahkim Etik Merkezi” (*Global Arbitration Ethics Council*) adı altında önde gelen tahkim kurumlarının yetkililerinin katılımıyla taraf vekili etik kuralları çalışma grubu kurmuştur. Kurum, etik dışı davranışlar hakkında karar verme görevinin tahkim yargılaması dışına çıkarılmasını ve çoğu tahkim kurumunun katılacağı bu merkeze verilmesini amaçlamıştır. Zira kurum sorunun etik kural oluşturulmasında değil, hakemlerin aykırı davranışlarla karşılaştığında bu davranışlar hakkında karar verememesinde olduğunu düşünmektedir. Ancak düşünce henüz tahkim kurumları tarafından yeterince taraftar bulmamış ve işlevsellik kazanmamıştır¹¹¹. Bu durum gerilla taktikleri ile mücadelede tahkim kurumlarının hiç etkisi olmadığı anlamına da gelmemektedir. *Bishop ve Stevens* tahkim kurumlarının sağlayabileceği en iyi desteğin, bir uluslararası davranış kuralına atıf ile kendi yargılama kurallarına dahil etmesi olduğunu belirtmiştir. Böylece uluslararası tahkim yargılamasında tekdüze davranış kurallarının oluşmasını sağlayacak ve tahkimin daha şeffaf hale gelmesine hizmet edecektir¹¹². Uygulamada ise tahkim kurumlarının daha çok kendi davranış kurallarını oluşturma eğiliminde oldukları gözükmemektedir¹¹³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre bir davranışın gerilla taktiği olup olmadığına ve bunun yaptırımına hakem heyeti karar vermelidir¹¹⁴. Ancak hakem heyetlerinin tabi olduğu tahkim yeri ve tahkim kurumları kuralları kapsamlı ve spesifik davranış kuralları içermemektedir. Bu sebeple taraflar tarafından uluslararası davranış kurallarına atıf yapılmış bir tahkim yargılamasında hakemlerin bu davranış kuralları kapsamında karar verme imkanının sağlanması en iyi çözüm yolu olacaktır. Bazı yazarlar, hakemin görevinin uyuşmazlık konusu ile ilgili karar vermek olduğunu, gerilla taktiğinin bir taraf vekili tarafından gerçekleştirilmesi durumunda taraf vekilini hedef alan bir yaptırım kararı vermesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu sebeple bir davada hakem heyeti, gerilla taktiği uygulayan avukata doğrudan yaptırım uygulayamayacağını ancak kararını aleni bir şekilde açıklayacağını ve kararında avukatın yapmış olduğu gerilla taktiğini duyuracağını belirtmiştir¹¹⁵. Bazı yazarlar ise, hakem heyetinin özellikle taraf vekilinin davranışından kaynaklanan gerilla taktiklerinde yerel

¹¹¹ Bruckschweiger, “Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction”, 14.

¹¹² Bishop, - Stevens, “Transparency, Integrity and Legitimacy”, 10.

¹¹³ Rowley, “Guerrilla Tactics and Developing Issues”, 25.

¹¹⁴ Rowley, “Guerrilla Tactics and Developing Issues”, 25.

¹¹⁵ Günther J. Horvath - Stephan Wilske, “Conclusion and Outlook”, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Günther J. Horvath vd. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2013), 345.

mahkemelerden yardım isteyebileceğini, barolarla iletişime geçebileceğini belirtmiş¹¹⁶, aksi görüşteki bazı yazarlar ise bu fikri yerel mahkemelerin tahkime müdahalesi olarak görerek karşı çıkmıştır¹¹⁷. Kanaatimizce de tahkim sözleşmesiyle birlikte taraflar hakeme sadece tahkim yargılaması konusu uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisi vermektedir. Bu sebeple hakem heyeti ancak bu yargılamayı baltalayıcı davranışlarla ilgili olarak yargılama kapsamında yaptırım kararı alabilir. Gerilla taktiği niteliğindeki davranışı sergileyen taraf hakkında doğrudan hukuki bir yaptırım kararı alamaz.

Uygulamaya baktığımızda, taraf ve taraf temsilcileri için genel yönergeler şeklinde davranış kuralları getiren önemli tahkim kurumlarından biri, 1 Ekim 2014'te yürürlüğe giren Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*The London Court of International Arbitration - LCIA*) olduğu görülmektedir. LCIA tahkim yargılamasının engellenmesinin önlenmesi, bir hakem atamasına temelsiz olarak tekrar tekrar itiraz etmekten kaçınma, bilerek yanlış beyan ve/veya delillere başvurmama yükümlülükleri dahil davranış kuralları düzenlemiş ve hakem heyetinin aykırılık halinde taraf vekili hakkında yazılı kınama, uyarı veya hakem heyetinin göreve devam edebilmesi için gerekli olan diğer kararları alabileceğini belirtmiştir¹¹⁸. LCIA aykırı davranışları gerilla taktiği olarak nitelendirmemiş ancak aykırı davranışların kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir¹¹⁹.

Uluslararası tahkime uygulanmak üzere Uluslararası Barolar Birliği (*International Bar Association – IBA*) tarafından oluşturulan kılavuz ilkeleri ise günümüzde sıklıkla başvurulmuş ve uluslararası alanda tek tip davranış kuralı olarak kabul görmeye en yakın davranış kurallarıdır.

B. IBA DAVRANIŞ KURALLARI

Uluslararası davranış kurallarına duyulan ihtiyacın giderek artmasıyla birlikte gerek tahkim kurumları gerekse uluslararası kuruluşlar tarafından tahkim yargılanmasına uygulanmak üzere davranış kuralları oluşturulmaya başlanmıştır. Davranış kurallarının temel amacı, tahkimin belli bir rayda ilerlemesini sağlamaktır. Tahkim hukukunda ortak davranış kuralları oluşturularak yöresel farklılıklar ve diğer nedenlerden oluşan kaba davranışlar ile yaygın gerilla taktikleri ve ekstrem gerilla taktiklerinin tümü engellenmek istenmektedir.

¹¹⁶ Horvath - Wilske, "Conclusion and Outlook", 345: Osmanoğlu, "Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 292.

¹¹⁷ Horvath - Wilske, "Conclusion and Outlook", 345.

¹¹⁸ LCIA Arbitration Rules, LCIA (2014), md. 18.6, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx, (Erişim 05.05.2022).

¹¹⁹ Bruckschweiger, "Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction", 15.

Davranış modellerinin çoğu hakem ve taraf vekillerine yönelik oluşturulmaktadır. Taraf davranışlarını ayrıntılı düzenleyen davranış kuralları bulunmamaktadır¹²⁰.

IBA tarafından çıkarılan davranış kuralları, bu alanda en dikkat çeken ve uluslararası alanda genel kabul görmeye aday, davranış kurallarıdır. IBA tarafından tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere “Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri”¹²¹, “Uluslararası Hakemler için Etik Kurallar”¹²² ve “Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri”¹²³ çıkarılmıştır. IBA kurallarının amacı tahkimde ortak davranış biçimleri oluşturulmasını sağlamaktır. Ortak davranış kurallarının oluşturulması ile gerilla taktikleri olarak adlandırdığımız davranış modelleri de engellenmiş olacaktır. Çalışmanın devamında IBA davranış kuralları ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

1. Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri

Uluslararası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri ilk olarak 2004 yılında yayımlanmış olup 2014 yılındaki düzenlemeler ile son halini almıştır. Kılavuz, hakemin tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini, bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek menfaat çatışmalarının söz konusu olması durumunda yargılamadan el çekmesi gerektiğini, menfaat çatışması şüphesi oluşturan durumların varlığında da ifşa yükümlülüğünün olduğunu genel kurallar bölümünde düzenlemiştir. İkinci bölümde ise bu duruma uygun ve aykırı davranış modelleri sınırlı sayıda olmayacak şekilde üç farklı liste halinde belirtilmiştir. Kılavuz aynı zamanda tarafların ve taraf vekillerinin de menfaat çatışması şüphesi yaratacak durumlar hakkında bildirim yükümlülüğü olduğunu düzenlemiştir. Kılavuzda düzenlenen ilkeler, hakemlerle beraber tahkim yargılamasında yer alan sekreteryaya çalışanları bakımından da uygulama alanı bulmakta olup bu durumun denetiminden hakemler sorumlu tutulmuştur.

¹²⁰ Oluşturulan davranış kurallarından büyük bir çoğunluğu tarafların yükümlülüğünü düzenlemek suretiyle oluşturulmaktadır. Taraflardan da en çok hakemin yükümlülüklerinin düzenlenmesi tercih edilmektedir. Ancak hakemin dikkate alındığı yönetime alternatif olarak bizatihi genel tahkim prosedürü dikkate alınarak tahkim öncesi, sırası ve sonrası tüm tarafların birbiri ile olan temasları ve prosedür dikkate alınarak davranış kuralları da oluşturulabilmektedir. Chiara Giorgetti - Mohammed Wahab, “A Code of Conduct for Arbitrators and Judges”, *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 12 (2019), 12.

¹²¹ Türkçe çeviri için bkz: Serhat Eskiyyörük ve Essen Aydın, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135>, (Erişim 14.07.2022).

¹²² IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, IBA (1987), <https://www.ibanet.org/document?id=Rules-of-ethics-for-international-arbitrators>, (Erişim 22.07.2022).

¹²³ Türkçe çeviri için bkz: Serhat Eskiyyörük ve Essen Aydın, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c7c10e11-a687-4251-91f3-56ac70b7d9af>, (Erişim 22.07.2022).

Kılavuz ilkeler, hukuk mesleği icra etmeyen hakemler için de uygulanmaya müsait olup ticari tahkimde de yatırım tahkiminde de uygulanabilmektedir¹²⁴.

İlkelerin oluşturulmasında birçok ülke hukukundan, mahkeme kararından ve uluslararası tahkim yargılanmasından faydalanılmış olup uluslararası tahkimde rol oynayan tüm tarafların menfaatleri dengeli bir şekilde ele alınmaya çalışılmıştır¹²⁵. Tahkim yargılanmasının dayanaksız hakemin reddi talepleri ile engellenmemesi, tahkim yargılama sürecindeki bildirim, itiraz ve hakemin reddine ilişkin belirsizliklerin giderilmesi ve yeknesak davranış standartlarının oluşturulması amacıyla kılavuz ilkeler geliştirilmiştir¹²⁶. Kılavuz ilkeleri, hukuk kuralı niteliğinde değildir. Tarafların kılavuz ilkelerinin uygulanmasını kararlaştırması ulusal hukuk kuralları ile tahkim kurallarının uygulanmasını engellememektedir. İlkeler, hakemler için de bir rehber niteliğinde olup sağduyu ile ve gereğinden fazla şekli yorumlanmadan tahkim yargılanmasına uygulanmalıdır¹²⁷.

Kılavuzun birinci bölümünde yedi genel kural düzenlenmiş olup ikinci bölümünde belirli durum ve davranışların kategorize edildiği kırmızı, turuncu ve yeşil liste adı altında listeler oluşturulmuştur. Bu listelerde belirtilen davranış ve durumlar sınırlı sayıda olmayıp uygulamada en çok karşılaşılan durumlar dikkate alınarak düzenlenmiştir¹²⁸.

a. Birinci Bölüm

Birinci bölümde düzenlenen birinci kural, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin genel standarttır. İlgili hükme göre: “*her hakem, görevi kabul ettiği andan, nihai kararın verildiği ya da herhangi başka bir şekilde yargılamanın nihai olarak sona erdiği ana kadar tarafsız ve bağımsız olmalıdır.*” Hakemin tarafsızlık ve bağımsızlığı sadece yargılamanın başı için değil tüm yargılama süreci için öngörülmüştür. Hakem, yargılama sırasında da tarafsızlığına veya bağımsızlığına hanel getirecek bir durum oluşup oluşmadığına dikkat etmelidir (md. 1).

Genel standardın oluşturulması sürecinde, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün tahkim yargılanması sonrasında gerçekleşen iptal başvurusu süreci bakımından uzatılmasının gerekli olup olmadığı tartışılmış ve nihai hakem kararının tahkim yeri hukuku

¹²⁴ Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, 3.

¹²⁵ Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (İstanbul: On iki levha, 2016), 200.

¹²⁶ Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, 2.

¹²⁷ Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, 3.

¹²⁸ Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, 2.

gereğince yeniden ilk hakem heyetine gönderilebileceği durumlar saklı kalmak kaydıyla uzatılmaması gerektiği kararlaştırılmıştır¹²⁹. Bu sebeple yargılama sonrası gerçekleştirilen tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğüne aykırı davranışlar, kural olarak yükümlülüğün ihlali niteliğinde olmayacaktır.

Adil yargılanma hakkı hukukun genel bir ilkesi olarak tahkim yargılamasında da dikkate alınması gereken bir ilkedir. Tahkim yargılaması kapsamında adil yargılanma hakkı tahkim mahkemesine erişimi, yargılama sırasında adaleti, silahların eşitliğini ve kişinin iddialarını sunması için makul bir imkân verilmesini kapsar. Birinci kural kapsamında düzenlenen hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı standardı aynı zamanda adil yargılanma hakkı kapsamında da korunmaktadır¹³⁰.

İkinci kural gereğince, hakem bağımsızlığı veya tarafsızlığı hakkında şüphe duyarsa hakemlik teklifi sırasında hakemlik teklifini, görevi ifa sırasında ise hakemlik görevine devam etmeyi reddetmelidir (md. 2/a). Hakemin görevi reddetmesi için ya durumun kendi açısından makul şüphe oluşturması gerekmekte ya da bilgi sahibi makul üçüncü kişi açısından hakemin taraflarca getirilen ve davanın esasını ilgilendiren hususların dışında başka unsurlardan etkilenme ihtimali olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, menfaat çatışmasının hakem tarafından değerlendirilmesinde subjektif ve objektif değerlendirme kriterleri dikkate alınmıştır. Hakem ya kendi açısından ya da durum hakkında bilgi sahibi makul üçüncü kişi açısından tarafsızlığının veya bağımsızlığının şüpheye düştüğüne dair kanaat getirirse görevden çekilmelidir. Ancak taraflar dördüncü kuralda belirtilen bazı durumların varlığında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine aykırılık nedeniyle davayı bırakmasını isteme hakkından feragat edebilmektedir (md. 4/b ve c). Taraflar, feragat edilemeyecek kırmızı listede yer alan durumlarda feragat etme hakkını kullanamamaktadır (md. 3/d)¹³¹.

Objektif değerlendirme sonucu hakem ile taraflardan birinin menfaat çatışması içerisinde olduğunun tespit edilmesi veya feragat edilemez kırmızı listede belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda haklı şüphe ortaya çıkacaktır ve bu tür durumlarda hakem görevi mutlaka reddetmelidir.

Hakem, tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerini ihlal etmediğine kanaat getirmesi ve haklı şüphe oluşturacak bir hal olmaması durumunda görevden çekilmeyecektir. Ancak üçüncü

¹²⁹ Balkar Bozkurt, *Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, 201.

¹³⁰ Erman Eroğlu, "Due Process Rights in Arbitration in the Light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (2022), 110.

¹³¹ Örneğin, kişi kendisinin yargılandığı tahkimde hakem olamaz. Taraflar bu konuda feragatte bulunamaz.

kural gereğince söz konusu hal, taraflar bakımından hakemin tarafsızlığına ve bağımsızlığına şüphe düşürecek bir durum ise, hakemin bildirim (ifşa) yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Bildirim yükümlülüğü gereğince hakem, taraflar nazarında tarafsızlığına veya bağımsızlığına şüphe düşürecek durumu öğrenir öğrenmez en kısa sürede taraflara ve varsa tahkim kurumuna ve diğer atama makamına ya da varsa diğer hakemlere bildirmekle yükümlüdür (md. 3/a). Hakem durumu bildirip bildirmeme konusunda şüphe yaşarsa da durumu bildirmesi gerekir (md. 3/d). Hakemin bildirimi, söz konusu durumun görevini yapmaya engel olmadığı tespit edilmiştir. Eğer hakem görevini yapmaya engel bir durum olduğunu düşünüyorsa bu durumda hakemin bildirim yükümlülüğü değil direkt görevi reddetme ve görevden çekilme yükümlülüğü bulunmaktadır¹³².

Dördüncü kural, tarafların feragati ile alakalıdır. Taraflar hakem tarafından yapılan bildirim ulaştığı veya kendisinin haricen öğrendiği andan itibaren otuz gün içerisinde hakem aleyhine bir itirazda bulunmadıkça muhtemel menfaat çatışmasına itiraz hakkında feragat etmiş sayılır (md. 4/a). Ancak feragat edilemez kırmızı listede bulunan durumların varlığında, feragatte bulunulamaz (md. 4/b). Feragat edilebilir kırmızı listedeki örneklendirilen durumların varlığında kural olarak kişi hakemlik görevini icra etmemelidir. Ancak taraflar ve diğer hakemler menfaat çatışması hakkında tam bilgiye sahip ve taraflar hakemin hakemlik görevinde kalmasına rıza göstermişse kişi, hakemlik görevine devam eder (md.4/c). Getirilen bu kurallar ile gereksiz ve zamansız yapılan hakemin reddi itirazları engellenmeye çalışılmıştır.

Beşinci kural, kılavuz ilkelerinin kapsamına ilişkindir. Bu kılavuzun, göreve atanan heyet başkanlarına, tek hakemlere ve eş-hakemlere aynı şekilde uygulanacağı belirtilmiştir (md. 5/a). Hakem heyetinde yardımcı olarak çalışan tahkim sekreterliği, idari sekreterler veya asistanlar da aynı hükümlere tabi olmaktadır (md. 5/b). Kılavuzda tahkim sülhelerinin geniş ele alınarak düzenlenmesi, tahkimde gerilla taktiklerinin çok yönlü görünümü dikkate alındığında yerinde bir uygulamadır.

Altıncı kural, “ilişkileri” düzenlemektedir. Hakemin kural olarak bağlı olduğu hukuk bürosunun kimliğini taşıdığı kabul edilmektedir. Ancak hakemin hukuk bürosunun faaliyetleri doğrudan menfaat çatışması oluşturmamaktadır. Her somut olay bakımından, faaliyetin niteliği, zamanlaması, kapsamı, olayla ilgisi ve hakem ile hukuk bürosunun ilişkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Hakemin tabi olduğu hukuk bürosunun, taraflardan biri ile ilgili bir

¹³² Balkar Bozkurt, *Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, 202.

faaliyette bulunması doğrudan menfaat çatışması oluşturmamakta ve bildirim yükümlülüğü gerektirmemektedir (md. 6/a).

Kuralın devamında üçüncü kişi finansmanı kurumu düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan biri tüzel kişilik ise tüzel kişilikte kontrole sahip veya tahkim kararında doğrudan ekonomik çıkarı bulunan ya da tahkim kararı sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalacak olan tüzel ya da gerçek kişinin söz konusu tarafın kimliğini taşıdığı kabul edilmektedir. Üçüncü kişi finansörleri ve sigortacılar da bu kapsamda değerlendirilmektedir (md. 6/b).

Son kural, taraflara da bildirim yükümlülüğü getirmekte ve taraflar ile hakemlerin bildirim yükümlülüklerinin kapsamını ve muhatabın kimler olduğunu düzenlemektedir.

Taraflar, hakem ile kendilerinin ya da kendi kontrolünde olan şirketlerin doğrudan veya dolaylı tüm bağlantılarını, hakem ile tahkimde verilecek karara ilişkin olarak doğrudan ekonomik menfaati veya karşı tarafa tanzim etme yükümlülüğü olan kişinin veya kurumun arasındaki bağlantıyı hakeme, hakem heyetine, diğer taraflara ve tahkim kurumuna en kısa sürede kendiliğinden bildirmesi gerekmektedir (md. 7/a).

Taraflar aynı zamanda, tahkimdeki temsilcilerinin kimliğini ve aynı oda (*“barristers’ chambers”*) üyelikleri dahil hakemle temsilci arasındaki her türlü bağlantıyı hakeme, hakem heyetine, diğer taraflara ve tahkim kurumuna en kısa sürede kendiliğinden bildirmesi gerekmektedir (md. 7/b). Taraflar, makul araştırma yaparak edindiği her türlü bilgiyi paylaşmalıdır (md. 7/c).

Bildirim yükümlülüğü açısından hakemler, herhangi bir menfaat çatışmasının mevcut olup olmadığının yanı sıra tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda şüphe uyandıran hal veya koşulların varlığının tespiti açısından makul bir araştırma yapmakla yükümlü tutulmuştur. Hakemin makul araştırmayı yapmaması bilgi eksikliği kapsamında mazur görülmeyeceği belirtilmiştir (md. 7/d).

b. İkinci Bölüm

İkinci bölüm sınırlı sayıda olmayan davranışların toplandığı üç listeden oluşmaktadır. Birinci liste “kırmızı liste” olup menfaat çatışması oluşturan durumlar düzenlenmiştir. “Feragat edilemez kırmızı liste” ve “feragat edilebilir kırmızı liste” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Feragat edilemez kırmızı liste, kişinin kendi hakemi olamayacağı ilkesinden hareketle düzenlenmiştir. Feragat edilebilir kırmızı liste ise ilk liste kadar ağır olmayan durumları içermektedir. İkinci liste turuncu listedir. Turuncu liste, belirli bir davanın vakıalarına bağlı

olarak tarafların gözünde hakemin tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda şüpheye yol açabilecek özel durumları düzenlemektedir. Üçüncü liste ise yeşil listedir ve menfaat çatışması ve bildirim yükümlülüğü doğurmayan durumlar örneklerle belirtilmiştir.

Kırmızı listede belirtilen durumların varlığında objektif menfaat çatışması söz konusudur. Bir başka ifadeyle durumdan haberdar makul üçüncü kişi bakımından hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı şüpheli hale gelmiştir. Hakem kural olarak görevi reddetmelidir.

Turuncu listede taraflar bakımından hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığına şüphe düşürecek durumlar düzenlenmiştir. Turuncu listelere giren konularda hakemin birinci bölüm kapsamında bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak taraflara bildirim yapılması bir menfaat çatışmasının varlığı anlamına gelmemektedir. Sadece bildirim varlığı hâkimin reddine sebebiyet vermemekte, hakemin reddinin veya diğer bir itirazın kabulü anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda liste kapsamında belirtilen durumların olmasına rağmen hakemin bildirimde bulunmaması tek başına hakemi taraflı veya bağımlı yapmamaktadır¹³³.

Yeşil liste, objektif bakış açısıyla, görünüşte ve gerçekte hiçbir menfaat çatışmasının doğmadığı durumları düzenlemektedir. Hakemin yeşil listeye giren durumları bildirme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Feragat edilemez kırmızı listede düzenlenen sınırlı sayıda olmayan davranışlar şunlardır:

- Taraf sıfatı ile hakem sıfatının birleşmesi veya hakemin taraflardan birinin temsilcisi veya çalışanı olması (md. 1.1)
- Hakemin, taraflardan birinin yöneticisi, müdürü veya denetim kurulu üyesi olması veyahut taraf üzerinde ya da çıkacak karar üzerinde çıkarı olan kurum üzerinde kontrol yetkisini haiz olması (md. 1.2)
- Hakemin taraflardan biri veya karar ile ilgili önemli ekonomik veya kişisel menfaatinin bulunması (md. 1.3)
- Hakemin veya hakemin bürosunun düzenli olarak ilgili tarafa veya tarafın bağlı olduğu şirkete danışmanlık hizmeti vermesi ve bu ilişki sebebiyle önemli ekonomik gelir elde etmesidir (md. 1.4).

Feragat edilemez kırmızı liste, hakemin uyuşmazlık ile bağlantılı olduğu, hakemin uyuşmazlıkla ilgili doğrudan veya dolaylı menfaatinin bulunduğu, hakemin taraf veya

¹³³ Balkar Bozkurt, *Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, 206.

temsilcisi ile bağlantısı olduğu durumlarına ilişkin davranışları içermektedir. Hakem bu gibi durumlarla karşılaştığında bildirim yükümlülüğü kapsamında taraflara bildirimde bulunması gerekir (md. 2).

Turuncu liste, hakemin tarafların birine önceki bir dönemde hizmet sağlama veya dava ile başka ilişki içerisinde olmasına, taraflardan birine hali hazırda hizmet sağlamasına, başka bir hakem veya taraf vekili ile olan ilişkisine, taraf veya tahkimle ilişkili diğer kişilerle olan ilişkilerine yönelik davranışları içermektedir (md. 3).

Yeşil liste ise hakemin önceden hukuki görüş açıklamış olmasına, taraflardan biri için somut olayla bağımsız hizmet sağlıyor olmasına veya başka bir hakem, taraf vekili veya taraf ile normal insan ilişkisi kapsamında irtibatı olmasına yönelik davranışları kapsamakta ve bu tür davranış ve durumların varlığında hakemin bildirim yükümlülüğünün olmadığını belirtmektedir.

2. IBA Uluslararası Hakemler İçin Etik Kurallar

Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri'nin giriş bölümünün sekizinci maddesinde, bu kılavuzda yer almayıp 1987 tarihli IBA Uluslararası Hakemler için Etik Kurallarında düzenlenen hususlar bakımından, 1987 tarihli Etik Kuralların geçerliliğini koruduğu belirtilmektedir. Bu sebeple, 1987 tarihli Hakem Etik Kurallarının da konu kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

1987 tarihli Hakem Etik Kurallarının giriş bölümünde, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesinin yanında, uluslararası tahkimde görev alan hakemlerin yetkin, gayretli ve basiretli olması gerektiği belirtilmiş ve hakem etik kuralları ile söz konusu soyut ilkelerin nasıl uygulanacağı belirlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca 1987 tarihli kuralların taraflar tarafından açıkça kabul edilmediği sürece tahkim yargılamasında doğrudan bağlayıcı nitelik taşımayacağı, tarafların tahkim yargılamasında kuralların uygulanmasını istedikleri durumda tahkim sözleşmesine bir kayıt eklemek suretiyle kuralların uygulanmasını sağlayabilecekleri düzenlenmiştir¹³⁴.

1987 tarihli Hakem Etik Kuralları, belirtilen etik kuralların hakemler tarafından ihlali durumunda hakemin sorumluluğuna gidilebilmesi için getirilmiş kurallar olmayıp tahkim yargılamasında hakemlerin ortak değerler üzerinden hareket etmesi için oluşturulmuş

¹³⁴ David J. Branson, "IBA Rules of Ethics for International Arbitrators", *International Business Lawyer* 3/1 (1987), 335.

kurallardır. Hakemler belirtilen ilkelere açıkça, kasıtlı ve kötü niyetli olarak aykırı davranmadıkları sürece taraflara hakemler aleyhine dava açma hakkı vermemektedir. Bir başka ifadeyle söz konusu kurallar hakemler aleyhine dava açma fırsatı kazandırmak amacıyla getirilmemiştir. Hakemlerin etik kurallara aykırılığının yaptırımını görevden alınma ve ücret hakkının kaybedilmesidir¹³⁵.

1987 tarihli Hakem Etik Kuralları dokuz kural şeklinde düzenlenmiştir. Birinci kural temel kural niteliğinde olup hakemlerin uyuşmazlıkların adil ve etkili bir şekilde çözülebilmesi için gayretli ve etkin hareket etmesi ve önyargıdan uzak olması ve kalması gerektiğini düzenlemiştir¹³⁶.

Temel kural çerçevesinde hareket edecek hakemin görev kabulünde nasıl davranması gerektiği ikinci kural ile düzenlenmiştir. İkinci kurala göre, hakemin ancak önyargısız bir şekilde görevini yerine getirebileceğine, ihtilafli konuların belirlenmesi ve çözülmesinde yetkin olduğuna, tahkim dili ile ilgili yeterli bilgiye sahip olduğuna, tahkim yargılaması için yeterli zaman ve dikkati verebileceğine kanaat getirmesi durumunda tahkim görevini kabul etmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hakem olarak atanmak amacıyla taraflarla iletişime geçmenin uygun olmadığı ifade edilmiştir¹³⁷.

Üçüncü kural önyargının unsurlarını düzenlemiştir. Bir hakemin önyargılı olup olmadığının tarafsızlık ve bağımsızlık unsurlarına göre belirleneceği belirtilmiştir. Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, tarafsızlık ve bağımsızlık ifadesinin tanımı ve aykırılığın tespiti bakımından UNCITRAL Model Kanun¹³⁸'u madde 12'ye atıf yapmaktayken 1987 tarihli Hakem Etik Kuralları tarafsızlık ve bağımsızlığı yerel tahkim kararları ve ortak uygulamaları dikkate alarak açıkça düzenlemiştir¹³⁹. Üçüncü kurala göre taraflılık, bir hakemin taraflardan birinin lehine hareket etmesi veya uyuşmazlığın konusu bakımından önceden bir fikre sahip olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bağımlılık ise hakem ile taraflardan biri veya taraflardan biri ile bağlantılı bir kişi arasında bir ilişkinin olması durumunda söz konusu olmaktadır. 1987 tarihli Hakem Etik Kuralları da UNCITRAL Model Kanunu gibi tarafsızlık ve bağımsızlığın tespitinde makul üçüncü kişi testini kabul etmiştir. Eğer mevcut durum makul bir üçüncü kişide hakemin bağımsız ve tarafsız olmadığı

¹³⁵ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 1.

¹³⁶ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 1.

¹³⁷ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 2.

¹³⁸ Andlaşma'nın İngilizce metni için bkz.: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, (Erişim 10.08.2022)

¹³⁹ Branson, "IBA Rules of Ethics for International Arbitrators", 335.

izlenimini oluşturuyorsa önyargılı bir durum şüphesi kabul edilmektedir. Hakemin uyuşmazlığın sonucundan maddi bir çıkarımın bulunması veya uyuşmazlık konusu hakkında önceden bir konum alması durumunda da tarafsız ve bağımsız olmadığı şüphesi kabul edilmektedir.

Üçüncü kuralın devamında, önyargı hususunda haklı şüphe oluşturabilecek durumlardan bazıları belirtilmiştir. Bir hakem ile bir taraf veya potansiyel önemli bir tanık arasında mevcut doğrudan veya dolaylı bir iş ilişkisinin bulunması önyargı şüphesi oluşturmaktadır¹⁴⁰. Önyargı oluşturacak durumun varlığında taraflar, hakemin görevine devam edebileceğini yazılı olarak belirtmedikçe, hakem hakemlik görevini reddetmelidir. Hakem ile taraflardan biri arasında geçmiş bir iş ilişkisinin söz konusu olması durumunda hakemin kararının etkilenme olasılığı yüksek değilse bu durum hakemlik görevine mutlak bir engel teşkil etmemektedir. Bir hakem ile bir taraf veya potansiyel önemli bir tanık arasında sürekli ve önemli sosyal veya profesyonel ilişkiler olması haklı önyargı şüphesi oluşturmaktadır. Önyargı konusunda haklı şüphenin bulunması durumunda dördüncü kuralda belirtilen açıklama görevinin yerine getirilmesi gerekmektedir¹⁴¹.

Dördüncü kurala göre hakem, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı şüphe oluşturabilecek tüm gerçekleri ve durumları açıklamalıdır. Hakemin ifşa yükümlülüğünü yerine getirmemesi önyargı şüphesi oluşturur ve ifşa edilmeyen durum ve gerçekler hakemin görevden alınması için yeterli olmasa dahi şüpheli durumları açıklamaması içeriğinden bağımsız görevden alınma nedeni olabilecektir. Hakem ifşa yükümlülüğü kapsamında makul araştırma ile tespit ettiği, taraflar ve potansiyel tanıklar ile arasındaki mevcut veya geçmiş doğrudan veya dolaylı iş ilişkilerini, sosyal ilişkilerinin niteliğini ve süresini, diğer hakemlerle olan herhangi bir ilişkisinin niteliğini, ihtilaf hakkında sahip olduğu ön bilgileri ve hakemlik görevini etkileyebilecek önceki taahhütlerinin kapsamını açıklamakla yükümlüdür. Açıklama yükümlülüğü tahkim yargılaması boyunca ortaya çıkan durumlar bakımından da devam eder. Hakemin açıklama yükümlülüğü yazılı olarak taraflara ve tüm hakemlere yönelik yerine getirilmelidir. Yeni bir hakem atandığında önceki kişilere yapılan açıklamalar yeni atanan hakeme de yapılmalıdır.

¹⁴⁰ Hakemin ailesinin bir üyesinin, şirketinin veya herhangi bir iş ortağının taraflardan biriyle iş ilişkisinin olması durumunda dolaylı iş ilişkisi söz konusu olmaktadır.

¹⁴¹ Branson, "IBA Rules of Ethics for International Arbitrators", 335.

Beşinci kural¹⁴² hakemin taraflarla iletişimine ilişkindir. Beşinci kurala göre atanmak istenen bir hakemle iletişime geçildiğinde hakem, ilk olarak önyargı oluşturabilecek bir durumun olup olmadığı, ihtilaf konusu hakkındaki yetkinliği, tahkim yargılaması için gerekli zaman ve ilgiyi ayırıp ayıramayacağı konusunda makul bir araştırma yapmalıdır. Ayrıca kendisi ile iletişim kuran tarafın atama için uygun olup olmadığına ilişkin sorularına uyumsuzluğun esasını tartışmamak koşuluyla yanıt verebilir. Taraflardan biri tek hakemle, baş hakemle veya kendisi tarafından atanan hakemle bireysel bir görüşme yapacak olması durumunda diğer taraf ve hakemlerin bu usule rıza gösterdiklerinden emin olmalıdır. Bu gibi durumlarda yazılı veya sözlü olarak diğer taraf ve hakemleri yaptığı görüşmenin içeriği bakımından bilgilendirmelidir. Bir tarafça atanan hakem, baş hakemin veya üçüncü hakemin seçilmesinde kendisini aday gösteren tarafın görüşlerini dinleyebilir. Ancak tahkim yargılaması boyunca hakemler, herhangi bir taraf veya taraf temsilcisi ile tek taraflı iletişimden kaçınmalıdır. Bu tür bir iletişimin gerçekleşmesi durumunda diğer taraf ve hakemler bu konu hakkında bilgilendirilmelidir. Bir hakem, diğer hakemin bir taraf ile uygunsuz iletişim içerisinde olduğunu fark ederse diğer hakemleri bilgilendirir ve hangi işlemin yapılması gerektiği konusunda birlikte karar alırlar. Hakemler ilk olarak uygunsuz iletişimde bulunan hakemin daha fazla uygunsuz iletişim kurmasından kaçınmasını talep eder. Ancak uygunsuz iletişimde bulunan hakemin eylemde bulunmaya devam etmesi ve bu eylemden kaçınmayı reddetmesi durumunda, hakemler diğer tarafa durum ile ilgili talepte bulunabilmesi için bilgi verebilir. Bir hakem ancak aşırı uygunsuz iletişimlerin söz konusu olduğu ve niyetini diğer hakemlere yazılı olarak bildirdikten sonra hakemin reddinin ele alınmasını sağlamak amacıyla uygunsuz iletişimde bulunmayan tarafı diğer hakemin davranışı hakkında tek taraflı hareket ederek bilgilendirebilir. Beşinci kural son olarak hakemlerin taraflardan dolaylı veya doğrudan herhangi bir hediye veya önemli bir ağırlama kabul etmemeleri gerektiğini düzenler. Özellikle tek hakemler ve baş hakemler diğer tarafın yokluğunda bir taraf ile önemli sosyal ve profesyonel temastan kaçınma konusunda titiz olmalıdır.

Altıncı kural¹⁴³ taraflarca aksi kararlaştırılmadığı ve taraflardan biri temerrüde düşmediği sürece hakemlerin masraf ve ücretler tek tarafa yüklenecek şekilde karar veremeyeceğini düzenlemiştir. Yedinci kural, hakemlerin gayretli (çalışkan) olma yükümlülüklerine ilişkindir. Hakemlerin, tahkim yargılaması için gerekli süreyi ve dikkati ayırması gerekmektedir. Ayrıca

¹⁴² IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 3.

¹⁴³ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 3.

hakemlerin, tarafların tahkim yargılaması maliyetlerinin makul olmayan oranlara yükselmemesi için elinden gelenin en iyisini yapması gerekmektedir.

Sekizinci kural¹⁴⁴ uzlaşma görüşmelerinde taraflar ile hakemlerin ilişkisine ilişkindir. Tarafların uzlaşma talep etmesi veya tahkim heyetinin bu yöndeki bir önerisinin taraflarca kabul edilmesi durumunda hakem heyetinin tüm hakemlerin katılımıyla her iki tarafa aynı anda ve tercihen tarafların huzurunda çözüm önerilerinde bulunması gerekmektedir. Taraflar aksi bir usulü işlem konusunda anlaşmış olsalar dahi hakem heyetinin bir tarafın yokluğunda uzlaşma şartlarının görüşülmesinin uygun olmayacağı ilgili tarafa belirtmesi gerekir. Bir tarafın yokluğunda uzlaşma şartlarını diğer taraf ile görüşen hakemin, uzlaşmamama durumunda vuku bulacak tahkim yargılamasından men edilmesi gerekir.

Son olarak dokuzuncu kural¹⁴⁵ tahkim yargılaması kapsamında yapılan müzakerelerin gizliliğine ilişkindir. Tahkim yargılaması kapsamında yapılan müzakerelerin ve bu müzakereler sonucu verilen tahkim kararının içeriği tarafların bu konuda ortak irade beyanı olmadıkça süresiz olarak gizli kalır. Ancak tahkim yargılamasında görev alan bir hakemin önemli bir suistimali veya görevine aykırılığı söz konusu olması durumunda diğer hakem, mevcut durumun ortaya çıkarılmasına yardım amacıyla tahkim içeriğinin değerlendirildiği eylemlere katılabilir ve tahkim içeriği ile ilgili bilgi verebilir.

Tahkim yargılanmasına uygulanmak üzere oluşturulan uluslararası davranış kuralları tahkim sürecinin nasıl işleyeceğine dair bilgi vermeli, tahkim süjelerine rehberlik etmeli ve tahkimin gelişimi açısından yol gösterici olmalıdır. Bu kapsamda oluşturulan davranış kuralları, ne tür uygulamaların tahkim yargılamasında kabul edilebilir olduğunu açık bir şekilde ortaya koymalı ve tercih edilen her prosedüre uygulanabilir genel niteliğe haiz kurallar olması gerekmektedir¹⁴⁶. Bazı yazarlara göre, 1987 tarihli Hakem Etik Kuralları tarafça atanan hakemin tahkim yargılamasındaki rolü açısından önemli bir gelişme olmakla beraber ideal bir genel kuralın oluşturulmasında kısmen başarılıdır¹⁴⁷. Tarafsızlığın ve bağımsızlığın uluslararası alana hitap eden bir tanımının yapılması ve tarafsızlığın, bağımsızlığın, yetkinliğin ve basiretliliğin bir kod olarak düzenlenmesi önemli bir gelişme olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 3.

¹⁴⁵ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 3.

¹⁴⁶ James R. Silkenat, "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", 24 *INT'L* 24/4 (1990), 1185.

¹⁴⁷ Edna Sussman, "Ethics in International Arbitration: Soft Law Guidance for Arbitrators and Party Representatives", *Soft Law in International Arbitration*, ed. Lawrence W. Newman vd. (Juris Publishing, 2014), 245; Silkenat, "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", 1186.

¹⁴⁸ Sussman, "Soft Law Guidance For Arbitrators And Party Representatives", 244.

Davranış kuralları, etik dışı davranış olarak nitelendirilen hareketleri önlemeye ve mevcut olması halinde bunları bilinir hale getirerek taraflarca onaylanabilir duruma dönüştürmeye yönelik tasarlanmıştır ancak oldukça yasaklayıcı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu durum da genel ilkelerin önemini vurgulamak ve teşvik etmek yerine hakemlerin etik dışı davranışlarını beklenen bir tehlike olarak göstermektedir¹⁴⁹. Ayrıca 1987 tarihli Hakem Etik Kuralları, davranış kurallarına aykırılık durumunda ilgili tarafın bunu tespiti açısından kullanışlı olsa da bu aykırılıkla nasıl mücadele edileceği konusunda hüküm içermemektedir. Aynı zamanda kurallarca düzenlenecek temel etik değerlerin daha da genişletilmesi ve ayrıntılı düzenlenmesi gerektiği yönünde de eleştiriler mevcuttur¹⁵⁰. Tam aksi bir görüş ise hakemlerin hakimlere göre daha esnek kurallara tabi kılınması gerektiğini, daha esnek kuralların öngörülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵¹. Tarafsız olmayan hakem kavramının da mümkün olabileceğini, hakemin her durumda tarafsız olması gerektiğini ve buna yönelik getirilen katı kuralın yerinde olmadığını belirtenler de bulunmaktadır¹⁵². 1987 tarihli Hakem Etik Kurallarının uluslararası alandaki kabul edilebilirliği konusundaki eleştiriler kuralların uygulama koşullarına da yansımıştır. 1987 tarihli Hakem Etik Kuralları ancak tarafların iradesine bağlı olarak tahkim yargılamasında uygulama alanı bulabilmektedir.

3. Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri

Uluslararası tahkim yargılamasında taraf temsilcilerinin hangi hukuk kurallarına tabi olarak hareket edecekleri konusu genellikle belirsizdir. Bu durum aynı yargılama içerisinde farklı hukuk kurallarına tabi taraf temsilcilerinin mevcut olmasına ve farklı taraf temsilcilerinin birbiri ile çelişen usulü işlemlere başvurmalarına sebebiyet vermektedir. Gerçekten de taraf temsilcilerine uygulanabileceği düşünülen tahkim yeri hukuku, temsilcinin ülke hukuku veya fiili duruşmanın yapıldığı ülke hukuku kuralları, taraflar arasındaki hukuki ve kültürel farklılıklar göz önüne alınarak düzenlenen uluslararası tahkime uygun kurallar değildir. Uluslararası tahkim ilişkisinin milletlerarası özel hukuk münasebeti olma özelliğinin dikkate alındığı ortak davranış kuralları oluşturulmalıdır. Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri bu ihtiyaçlara binaen taraflar arasındaki hukuki ve kültürel farklılıkları göz önüne alarak taraf temsilcilerine uygulanmak üzere oluşturulmuş davranış kurallarıdır. Kılavuz ilkeler, uluslararası tahkime olan güvenirliliğin ve tahkim adaletinin

¹⁴⁹ Silkenat, "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", 1186.

¹⁵⁰ Silkenat, "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", 1186.

¹⁵¹ Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015), 48.

¹⁵² Silkenat, "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", 1186.

sağlanması bakımından çeşitli ve çelişkili hukuk kurallarına tabi olan taraf temsilci davranışlarını tek tip hale getirmek amacıyla oluşturulmuştur. Bunun yanında, kılavuz kuralları ile taraf temsilcilerinin tahkim yargılamasını engelleyici, gereksiz geciktirici ve masraflar çıkartıcı gerilla taktiği niteliğindeki davranışlarının da önlenmesi amaçlanmıştır¹⁵³.

Taraf temsilcilerinin davranışlarına ilişkin kılavuz ilkelerin tahkim yargılamasına uygulanması tarafların seçimi ile olabileceği gibi hakem heyetinin taraflardan onay almak suretiyle önerisi ile de olabilmektedir. Hakem heyetinin önerisi ile kılavuz ilkelerin tahkim yargılamasına uygulanabilmesi için bu konuda yetkili olduklarına karar vermeleri ve bu kararın tahkim yargılamasında gözetilen emredici kurallara aykırılık oluşturmaması gerekmektedir. Kılavuz ilkelerinin uygulanmasına ilişkin uyumsuzlukların ortaya çıkması durumunda hakem heyeti, kılavuz ilkeleri genel amaçları doğrultusunda somut tahkim yargılanmasına en uygun şekilde yorumlama hakkına sahiptir (md. 2).

Kılavuz ilkeler taraf temsilcilerinin davranışlarının incelenmesi ve ilke kurallarının doğru bir şekilde uygulanmasını hakem heyetinin bir görevi olarak düzenlemiştir. Kılavuz ilkelere aykırılık durumunu hakem heyetinin kendisi inceleyip gerekli yaptırımlara bağlayacaktır.

İlkelere göre taraf temsilcileri, atanmalarına müteakip kendilerini mümkün olan en kısa sürede karşı tarafa ve hakem heyetine tanıtmakla yükümlüdür. Aynı şekilde temsil ilişkisinde tahkim yargılaması sırasında bir değişiklik olması durumunda da taraflar bu durumu derhal hakem heyetine ve diğer tarafa bildirmelidir (md. 4).

Hakem heyetinin nihai olarak oluşturulması işleminden sonra taraf temsilcisi ile hakem heyeti üyelerinden biri arasında menfaat çatışması oluşturacak bir durumun mevcut olması durumunda ilgili taraf temsilcisinin taraf vekilliği görevini reddetmesi gerekmektedir. Ancak menfaat çatışmasının tam olarak ortaya konulmasından sonra tarafların bu konuya itiraz etmemeleri durumunda kişi taraf vekili olarak görevine devam edebilmektedir (md. 5).

Hakem heyetinin menfaat çatışması bulunan taraf temsilcisinin tahkim yargılamasının işleyişini olumsuz etkilememesi amacıyla ilgili taraf temsilcisinin tahkim yargılamasının tamamına veya bir kısmını katılmaması yönünde karar alma yetkisi bulunmaktadır (md. 6).

Taraf temsilcilerinin en kısa sürede kendilerini hakem heyetine ve karşı tarafa tanıtmaları ile taraf vekilleri ile hakem heyeti arasındaki menfaat çatışmaları henüz tahkim yargılamasının başında tespit edilecektir. Menfaat çatışması oluşturulacak durumların mevcut olması

¹⁵³ Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, 1.

durumunda taraf vekilinin görevi reddetmesi gerekmektedir. Ancak bu duruma bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki, menfaat çatışması oluşturan durum açık bir şekilde ortaya konulmuş ve taraflar bu duruma itiraz etmemiş ise kişi, taraf vekili olarak görev almaya devam edebilmektedir. İstisna kapsamında değerlendirilmeyen bir menfaat çatışması durumunun mevcut olması halinde hakem heyeti, kişinin tahkim yargılamasının tamamına veya bir kısmına katılmaması yönünde karar alma yetkisini haizdir.

Kılavuz ilkeleri, kural olarak taraf temsilcinin hakem heyeti ile *ex-parte* iletişimde bulunamayacağını düzenlemiştir (md. 7). Ancak sekizinci maddede düzenlenen durumların söz konusu olması ve tarafların aksini kararlaştırmamış olması durumunda taraf temsilcileri hakem heyeti veya hakem adayları ile *ex-parte* iletişim kurabilmektedir. Bu kapsamda taraf temsilcisi, seçilen hakem adayları ile uzmanlığı, deneyimi, istekliliği, uygunluğu ve muhtemel bir menfaat çatışmasının mevcut olup olmadığı konusunda, atanmış veya atanacak hakemler ile hakem heyeti başkanının seçilmesi konusunda ve tarafların izin vermesi kaydıyla hakem heyeti başkan adayının gerekli uzmanlığa, deneyime, uygunluğa sahip olup olmadığına ve muhtemel menfaat çatışmasının mevcut olup olmadığını belirlemek amacıyla *ex-parte* iletişim kurabilmektedir. Kurulacak *ex-parte* iletişimde taraf temsilcisi uyuşmazlığın esasına ilişkin görüş talep etmekten kaçınmalıdır (md. 8). Hakem heyeti ile *ex-parte* iletişim, mecburi durumlarda sınırlı olarak kurulabilmektedir. *Ex-parte* iletişim menfaat çatışması oluşturabilecek durumlar, tahkim sözleşmesinin şartları, tahkim dili, uygulanacak hukuk ve tahkim kuralları hakkında bilgi almak, tahkim süjelerinin kimliklerini öğrenmek, tahkim yargılamasının zaman çizelgesi ile yargılama sürecinin genel gidişatını öğrenmek amacıyla kurulabilir. Kurumsal tahkim yargılamalarında söz konusu bilgiler sekreteryaya tarafından taraflara iletilmekte olduğundan tarafların hakemlerle tek taraflı iletişim kurmalarına gerek bulunmamaktadır¹⁵⁴. Taraf temsilcisi *ex-parte* iletişimi, hakemin uyuşmazlığın esasına ilişkin görüşlerini öğrenmek amacıyla kullanmamalıdır¹⁵⁵. Bu durumun önüne geçmek amacıyla *ex-parte* iletişim tahkim yargılamasında sınırlı sebeplerle kabul edilmiştir¹⁵⁶. Şüphesiz ki, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk, kılavuzda belirtilmeyen başka durumlarda da taraf temsilcilerinin *ex-parte* iletişim kurabileceğini düzenlemiş ise taraf temsilcileri uygulanacak hukuka dayanarak da *ex-parte* iletişim kurabilecektir.

¹⁵⁴ Balkar Bozkurt, *Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, 278.

¹⁵⁵ Osmanoğlu, "Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 288.

¹⁵⁶ Osmanoğlu, "Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 287.

Taraf temsilcisi hakem heyetine bilerek yanlış olgu beyanında bulunmamalı (md. 9), daha önce beyan ettiği olguların yanlış olduğunu öğrenirse gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün izin verdiği ölçüde derhal beyanını düzeltmelidir (md. 10). Taraf temsilcisi aynı zamanda yanlış olduğunu bildiği tanık ve uzman delillerini hakem heyetine sunmamalıdır. Taraf temsilcisi, bir uzmanın veya tanığın yanlış delil sunacağını bilmesi veya öğrenmesi durumunda, temsilcisi olduğu tarafa, gerekli önlemlerin derhal alınması gerektiğini ve bu önlemlerin alınmaması halinde gerçekleşecek sonuçları bildirmelidir. Bu tür bir durumla karşılaştığında; tanık veya uzmana doğru beyanda bulunmasını tavsiye etme, tanık veya uzmanın yanlış kanıt sunmasını engelleyecek makul önlemleri alma, tanık veya uzmanı sunduğu yanlış kanıtı düzeltmesi veya geri çekmesi için ikna etme, yanlış delili düzeltme veya geri çekme ve tanıklıktan çekilme yöntemlerinden biri veya birkaçını derhal uygulamak suretiyle gerekli önlemleri almalıdır (md. 11). Belirtilen yöntemler sınırlı sayıda olmayıp yanlış olgu ve beyanları önleyici diğer başka yöntemlere de başvurabilir. Taraf temsilcisinin olguların doğruluğu ile ilgili yükümlülüğü, doğruluk ve dürüstlük görevinden kaynaklanmaktadır.

Tahkim yargılamasında belge ibrazının söz konusu olabileceği muhtemel durumlarda taraf vekilinin temsil ettiği tarafa elektronik belgeler dahil bütün belgeleri makul ölçüde saklama yükümlülüğünün bulunduğu bilgisini vermesi gerekmektedir (md. 12). Taraf temsilcisi sırf tahkim yargılamasını geciktirmek veya rahatsızlık oluşturmak maksadıyla ek ibraz istemlerinde bulunmamalı ve bunlara itiraz etmemeli (md. 13), ibrazı istenilen belgenin ibraz edilme gerekliliği ve söz konusu belgelerin temsil ettiği tarafça sunulmaması durumunda doğması muhtemel sonuçlar bakımından temsil ettiği tarafı bilgilendirmelidir (md. 14). Taraftan ibrazı istenen belgenin bulunması için tarafın makul ölçüde arama yapması ve sır saklama yükümlülüğü kapsamına girmeyen konu ile ilgili tüm belgeleri ibraz etmesi için gerekli önlemlerin alınmasını tavsiye etmeli ve bu hususların gerçekleştirilmesine yardımcı olması gerekmektedir (md. 15). Taraf temsilcisi, ibrazı istenen belgeleri gizlememeli veya yok etmemelidir. Aynı zamanda temsil ettiği tarafa bu yönde bir tavsiyede de bulunmamalıdır (md. 16). Taraf temsilcisinin daha önce ibraz edilmesi gereken bir belgenin varlığından haberdar olması durumunda, temsil ettiği tarafa belgeyi ibraz etmesi gerektiği konusunda ve ibraz etmemesinin sonuçları hakkında bilgi vermesi gerekmektedir (md. 17).

Belgelerin ibrazı Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkındaki IBA Kuralları¹⁵⁷,nda düzenlenmiştir. Kılavuz ilkeler ise belge ibrazında taraf temsilcilerinin davranışlarına ilişkin hüküm içermektedir. Taraf temsilcileri farklı hukuk sistemlerinde farklı belge ibraz yöntemlerine tabi olabilmektedir. Kılavuz ilkeler, tahkim yargılamasında taraf temsilcilerinin aynı belge ibrazı kurallarına tabi olmak kaydıyla bilgi ve delillere erişimde eşitsizliğin önüne geçmeyi ve taraf temsilcilerinin yargılamayı baltalayıcı hareketlerine engel olmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda taraf temsilcilerinin belgelerin yok edilmemesi ve gizlenmemesi için gerekli önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir.

Taraf temsilcisi tahkim yargılaması kapsamında herhangi bir uzmandan veya tanıktan bilgi alması gerektiğinde öncelikli olarak kendini ve temsil ettiği tarafı tanıtmalı ve bilgi alma amacını bildirmelidir (md. 18). Tanık, kendi avukatına bilgi ve talimat verme hakkına sahip olduğu ve avukatının sonraki görüşmelere katılmasını isteyebileceği hususunda bilgilendirilir (md. 19),

Taraf temsilcisi, tanık beyanının hazırlanmasında tanığa; uzman raporunun hazırlanmasında da uzmana yardım edebilir (md. 20) ve buna ilişkin görüşmeler yapabilir. Tüm bu süreçte, tanıklık yapılacak hususlarda tanığın ilgili olgu, olay ve koşullar hakkında kendi bakış açısını; uzman raporunun da uzmanın kendi değerlendirme ve görüşlerinin yansıtmasını sağlamak için gerekli çabayı göstermelidir (md. 21, 22, 24). Tanığı yanlış delil sunmaya yönlendirmekten veya teşvik etmekten sakınmalıdır (md. 23). Taraf temsilcisi, tanık veya uzmanın bu kapsamda yaptığı makul harcamalarının karşılanması ile uzmanın mesleki hizmetleri ve tanığın tanıklık nedeniyle kaybettiği zamanın telafisi için ödeme yapılmasını sağlayabilir (md. 25).

Taraf temsilcilerinin kılavuz ilkelerine aykırı davranarak görevlerini kötüye kullanmaları durumunda hakem heyeti tahkim yargılamasının adilliğini ve güvenilirliğini korumak adına hukuki dinlenilme hakkına riayet ederek uygun gördüğü ölçüde birtakım kararlar alabilmektedir. Bu kararlar sınırlı olmayacak şekilde kılavuzda belirtilmiştir. Bu kapsamda hakem heyeti taraf vekilini uyarabilir, masraf paylaşılmasında taraf temsilcisinin görevi kötüye kullanmasını dikkate alabilir ve diğer önleyici yöntemlere başvurabilir (md. 26). Görevi kötüye kullanmaya ilişkin durumları incelerken hakem heyeti, görevi kötüye kullanmanın tarafların hakları, tahkim yargılamasının adilliği ve güvenilirliği ile tahkim kararının icra

¹⁵⁷ Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkındaki IBA Kuralları, IBA (2020), <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Rules-on-Taking-of-Evidence-2020-Turkish>, (Erişim: 20.07.2022).

edilebilirliği üzerindeki etkilerini dikkate alarak söz konusu davranışın tahkim yargılamasını ne şekilde etkilediğini, davranışın mahiyetini ve önemini değerlendirir. Değerlendirmede taraf temsilcisinin iyi niyeti, sır saklama yükümlülükleri ve tarafın uygunsuz davranıştan ne ölçüde haberdar olduğu hususları da önemli rol oynamaktadır.

4. IBA Davranış Kurallarının Değerlendirilmesi

Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, menfaat çatışması durumunda görev reddi, şüpheli davranışlarda bildirim yükümlülüğü ve menfaat çatışması oluşturan, bildirim yükümlülüğü bulunan ve sakınca bulunmayan örnek davranış kuralları listesi ile uluslararası tahkimde ortak davranış kuralları oluşturmaya çalışmış ve gerilla taktiklerinin engellemesini amaçlamıştır. Söz konusu kılavuz ortak bir davranış kültürünün oluşturulması ve gerilla taktikleri ile mücadele bakımından yerinde bir gelişme olmakla birlikte, tahkimi engelleyici tüm davranış modellerini kapsamaması ve kim tarafından hangi yaptırıma karar verileceğinin düzenlenmemesi bakımından eleştiriye açıktır.

Kılavuz, hakemin kendi menfaat ve prestijine katkısı olabileceğini düşündüğü durumlarda yargılamayı magazinsel hale getirmesi yahut tahkim konusu hakkında yeterli bilgi ve birikime sahip olmamasına rağmen hakem olarak atanmaya gayret etmesi, tahkim dilini bilmemesi rağmen görev almayı kabul etmesi, kendisinin tahkim camiası içindeki şahsi konumunu düşünerek hareket etmesi ya da uzmanlığı sebebiyle uyuşmazlığı haddinden fazla inceleme konusu yaparak tahkim yargılamasını geciktirici davranışlarda bulunması, tarafların uzun süren itirazlarına kızması sebebiyle ayırım gözetmeksizin tahkim yargılaması maliyetini arttırıcı davranışlara girişmesi ve benzeri gibi yargılamayı kasten geciktirme veya engelleme faaliyetlerine girişmesi durumlarına ilişkin davranış modellerini düzenlemeye yönelik hükümler içermemektedir.

Hakemlerin bu tür davranışlarına set çekilmesinde, yalnızca tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri yeterli olamayabilecektir. Bu bağlamda, IBA Uluslararası Hakemler İçin Etik Kurallarının da hakem davranış kuralları bakımından dikkate alınması gerekmektedir. Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkelerinin, kılavuz ilkelerde düzenlenmeyen konular bakımından yapmış olduğu atıf buna imkân sağlamaktadır.

Nitekim IBA Uluslararası Hakemler İçin Etik Kuralları, uyuşmazlığın etkin ve adil bir şekilde çözümlenebilmesi için hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinin yanı sıra yetkin, gayretli ve basiretli olma yükümlülüklerinin de olduğunu düzenlemektedir. Bu

açıdan bakıldığında, tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerine aykırılık olarak değerlendirilmeyen ancak tahkim yargılamasının gecikmesine veya baltalanmasına sebebiyet veren hakem davranışlarının, yetkin, basiretli ve gayretli olma yükümlülüklerine aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ancak IBA Uluslararası Hakemler için Etik Kurallarında hakemin yükümlülükleri belirtilmiş olmakla birlikte Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkelerinin aksine yükümlülüklerine aykırı davranış örneklerine yer verilmemiştir. Bu durum da, ilkelerin yorumlanması ve somutlaştırılması açısından problem oluşturmaktadır. Her iki kılavuz birlikte geniş bir uygulama alanına sahip olsa da hakemlerin yetkin, gayretli ve basiretli olma yükümlülüklerine aykırı davranışları ile aykırı olmayan davranışlarının, tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinde olduğu gibi sayılmak suretiyle somutlaştırılması yerinde olacaktır.

Kılavuz ilkeler kapsamında düzenlenmeyen diğer bir hususun hakemlerin davranış kurallarına aykırı hareket etmeleri durumunda kim tarafından ve hangi yaptırımlara tabi olacaklarının belirlenmemiş olmasıdır.

Bu konuda, öncelikli olarak, tahkime uygulanacak hukuka atıf yapılması yerinde olacaktır. Bu durumda, ilgili hukuk kuralları dikkate alınarak yetkili merci ve yaptırım seçenekleri belirlenebilecektir.

Tahkime uygulanacak hukukta açık hüküm bulunmaması halinde ise; aykırılık iddiasının, birden çok hakemin görev aldığı tahkim yargılamasında diğer hakemlerce karara bağlanması, tek hakemli kurumsal tahkimde kurum bünyesinde görevlendirilecek hakem veya hakemlerce karara bağlanması, tek hakemli ad hoc tahkiminde sadece bu durumu değerlendirmek amacıyla taraflarca belirlenecek başka bir hakemce karara bağlanması yönünde, kılavuz ilkelere ayrı bir hüküm eklenmesi konuyu vuzuha kavuşturacaktır. Böylelikle davranış kurallarına aykırılık durumunda hakemin tahkim yargılaması özelinde maruz kalacağı yaptırıma kimin karar vereceği konusunda ortak bir uygulama sağlanmış olacaktır.

Hakemin davranış kurallarına aykırı hareket etmesi durumunda tahkim yargılamasında ne tür yaptırımlara maruz kalacağına ilişkin belirsizliğin giderilmesine yönelik olarak ise, kılavuz ilkeler bünyesinde hakemin yargılamadan men edilmesinin yanında -tahkime uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla- uyarı, kınama, ihlalin kamuya duyurulması gibi yaptırımların öngörülmesi gerekmektedir. Böylelikle davranış

kurallarına aykırı hareket eden hakemin tabi olacağı yaptırımlar üzerindeki belirsizlik giderilmiş olacak, kuralların caydırıcılığı arttırılacaktır.

Tüm bunların yanı sıra, geçmiş tahkim yargılamalarının puanlandığı, tahkim taraflarının deneyimlerini paylaştığı, hakemlerin tahkim yargılama performanslarının uyumsuzluk türü, uyumsuzluk çözüm süresi, taraf ilişkileri gibi objektif kriterler ile işlenerek her hakem için bir profilin oluşturulduğu *Arbitrator Intelligence (AI)* gibi veri tabanı platformlarının yaygınlaştırılması ve tahkim yargılamasını baltalayıcı hareketlerin bu platformlarda paylaşılması suretiyle duyurulması, istenmeyen davranışı sergileyen kişinin itibar kaybı yaşamamasına sebebiyet verebilir. Böylelikle kişilerin istenmeyen davranışları sergilemesinin önüne geçilebilir¹⁵⁸.

Hakemler için davranış kurallarını düzenleyen IBA Uluslararası Hakemler için Etik Kurallar ve Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri'nin aksine, taraf temsilcileri için davranış kurallarını belirleyen Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri'nde, temsilcilerin davranış kurallarına aykırı hareket etmeleri halinde kim tarafından ve hangi yaptırımlara tabi olacaklarının belirlendiği görülmektedir.

Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri, taraf temsilcilerinin hakem ile olan iletişimlerinde, uluslararası alanda ortak davranış kuralları oluşturulmasına yöneliktir. Bu ilkeler, taraf temsilcilerinin kendisini tanıtmaya ve menfaat çatışmasını bildirim yükümlülükleri ile *ex-parte* iletişim, beyan, belge ibrazı, tanıktan ve uzmandan yararlanma kuralları getirmek suretiyle temsilciler tarafından gerçekleştirilen gerilla taktiklerinin engellenmesi ve aynı yargılama içerisinde farklı usul kurallarına göre yapılmış işlemlerin önlenmesi bakımından yerinde bir düzenlemedir.

Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkelerinde, davranış kurallarına aykırı hareketlerde bulunulması durumunda kim tarafından ne tür bir yaptırıma mazur kalınacağı sınırlı sayıda olmayacak şekilde düzenlenmiş olması da kuralların caydırıcılığı açısından yerinde bir uygulamadır.

¹⁵⁸ Erman Eroğlu, "Arbitrator Integrity: Self-Interested Arbitrator in International Commercial Arbitration", *BÜHFD* 8/2 (2022), 309.

SONUÇ

Esasen askeri terminolojinin bir parçası olan gerilla taktikleri terimi modern tahkim hukukunda tahkimi geciktirmeye, engellemeye veya baltalamaya yönelik kasti davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır. Gerilla taktikleri terimi hakkında doktrinde genel bir tanım bulunmamaktadır. Bazı yazarlar usul kurallarının kişinin çıkarlarına uygun ancak amacına aykırı olarak kullanılması ile tahkim yargılamasını geciktirici ve nihai olarak tahkimi başarısız ya da etkisiz hale getirmeye çalışan davranışlar olarak tanımlamaktayken; bazı yazarlar gerilla taktiklerini yaygın gerilla taktikleri, ekstrem gerilla taktikleri ve kaba davranışlar olmak üzere üç gruba ayırarak tanımlamaktadır. Doktrindeki tanımlamalara genel olarak bakıldığında tahkim yargılama kurallarını kasten ihlal eden davranışların gerilla taktiği olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu kapsamda gerilla taktikleri, tahkime uygulanacak hukuku ve usul kurallarını ihlal eden veya bu kuralları ruhuna aykırı şekilde kullanan ve bu şekilde tahkim yargılamasını engellemeyi, geciktirmeyi veya sabote etmeyi amaçlayan kasıtlı davranışlar olarak tanımlanabilir.

Uluslararası tahkimin giderek yaygınlaşması ile birlikte gerilla taktiklerine rağbet de artmaktadır. Tahkimin yayılmasıyla birlikte, irade serbestisine bağlı olarak oluşturulan veya belirlenen mevcut usul kurallarına dayalı tahkim yargılama yapısı, tahkimin ruhuna aykırı bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Doktrinde tahkimin ruhunu bozan gerilla taktiği niteliğindeki bu tür davranışların engellenebilmesi adına davranış kurallarının dikkate alınması gerektiği fikri ortaya atılmış, bu fikir de yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Tartışmalardan ilki, tahkim yargılamasında hangi davranış kurallarının dikkate alınacağına ilişkindir. Bu noktada kişinin kendi ülke hukukunun, tahkim hukukunun veya uluslararası davranış kurallarının uygulanması gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır.

Kanaatimizce; tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması için öngördüğü kuralların oldukça sınırlı olması ve tahkim yargılaması için öngörülmeven milli hukuk kurallarının, bu hukuka yabancı biri tarafından bilinmesi beklenemeyeceğinden, aynı zamanda yargılama hakkaniyetinin sağlanabilmesi ve silahların eşitliği bakımından da herkesin aynı usul kurallarına tabi olması daha uygun olacağından, tahkim yargılamasını engelleyici ve geciktirici davranışlarla mücadelede tek tip uluslararası davranış kurallarının oluşturulması ve taraf iradesine bağlı olarak tahkim yargılamasının bir parçası haline getirilmesi gerekmektedir.

Tartışmalı diğer bir konu da davranış kurallarına aykırılığın belirlenmesine ve aykırılığın yaptırımına kimin karar vereceğine ilişkidir. Tahkim yargılamasının taraf iradesine bağlı, esnek

yapısı düşünülüğünde tahkim yargılaması bünyesinde ortaya çıkan bir davranış kuralı ihlali hakkında yerel barolara veya yerel mahkemelere yetki tanınması ve onların konu hakkındaki kararının bekletici mesele yapılması tahkimin ruhuna aykırı olacaktır. Doktrinde bir görüş Küresel Tahkim Etik Merkezi adı altında bir uluslararası kurum kurulmasını ve davranış kurallarına aykırılık hakkındaki değerlendirmelerin bu kurum tarafından yapılması gerektiğini ifade etse de söz konusu görüş henüz yeterli taraftar bulamamış ve işlevsellik kazanamamıştır. Tahkim yargılamasının genel özellikleri dikkate alındığında davranış kurallarına aykırılık hakkında tahkim yargılamasını yürüten hakemler veya kurumsal tahkim söz konusu olduğunda ilgili tahkim merkezi bünyesinde oluşturulan mercii tarafından karar verilmesi en etkili çözüm yolu olacaktır.

IBA tarafından çıkarılan davranış kuralları, uluslararası alanda en dikkat çeken ve genel kabul görmeye aday olan davranış kurallarıdır. IBA tarafından tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere “Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri”, “Uluslararası Hakemler için Etik Kurallar” ve “Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri” çıkarılmıştır. IBA tarafından çıkarılan davranış kuralları bir bütün olarak değerlendirildiğinde uluslararası davranış kuralları oluşturulması bakımından yerinde bir adım olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı temel kavramların somutlaştırılmaması, davranış kurallarına aykırılık durumunda kim tarafından hangi yaptırımın öngörüüleceğinin belli olmaması, IBA davranış kurallarının istenilen amaca ulaşamamasına sebebiyet vermektedir.

KAYNAKÇA

- Balkar, Süheyla. *Milletlerarası Ticari Tahkim ve Etik*. İstanbul: On iki levha, 2022.
- Balkar Bozkurt, Süheyla. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*. İstanbul: On iki levha, 2016.
- Bishop, R. Doak - Stevens, Margrete. “The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy”. *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No.15*. ed. Albert Jan van den Berg. 391-407. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Bishop, R. Doak. “Ethics in International Arbitration”. *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No.15*. ed. Albert Jan van den Berg. 383-390. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Branson, David J. “IBA Rules of Ethics for International Arbitrators”. *International Business Lawyer* 3/1 (1987), 335-336.
- Bruckschweiger, Christoph. “Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction ‘Guerrilla Tactics’ by Counsel in the Absence of a Respective Agreement by the Parties”. *Selected Papers on International Arbitration Volume 5*. ed. Daniel Girsberger vd. 27-52. Bern: Stampfli Publishers, 2020.
- Catherine A. Rogers. “Guerrilla Tactics and Ethical Regulation”. *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Gütnher J. Horvath vd. 313-340. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.
- Catherine, A. Rogers. “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”. *Michigan Journal of International Law* 23/341 (2002), 341-423.
- Çakrak, Recep - İldeş, Samet. “Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2014), 47-76.
- Doğan, Vahit vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınevi, 9. Basım, 2023.
- Eroğlu, Erman. “Arbitrator Integrity: Self-Interested Arbitrator in International Commercial Arbitration”. *BÜHFD* 8/2 (2022), 295-320.
- Eroğlu, Erman. “Due Process Rights in Arbitration in the Light of the Austrian Supreme Court’s Decision: Remote Hearings During the Pandemic”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (2022), 105-122.

Frecon, Alain. “Delaying Tactics in Arbitration”. *Dispute Resolution Journal* 59/4 (2004), 40-52.

Giorgetti, Chiara - Wahab, Mohammed. “A Code of Conduct for Arbitrators and Judges”. *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 12 (2009), 2-13.

Harris, Cedric. “Abuse of the Arbitration Process – Delaying Tactics and Disruptions”. *Journal of International Arbitration* 9/2 (1992), 87-95.

Horvath, Günther J. - Wilske, Stephan. “Conclusion and Outlook”. *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Günther J. Horvath vd. 341-354. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Horvath, Günther J. vd. “Categories of Guerrilla Tactics”. *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Günther J. Horvath vd. 3-16. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Hwang, Michael. “Why is There Still Resistance to Arbitration in Asia?”. *Selected Essays on International Arbitration*. ed. Michael Hwang. 20-37. Singapore: Academy Publishing, 2013.

Jeremiah, Herman. “Arbitration - Dsk V Ultrapolis - A Lesson in Delay Tactics”. Mondaq. Erişim 20 Ağustos 2022. <https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/112698/arbitration--dsk-v-ultrapolis--a-lesson-in-delay-tactics>

Kaplan, Yavuz. “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”. *MHB* 21/1-2 (2001), 43-73.

Karaca, Akif. “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/1 (2015), 205-238.

Kayalı, Didem. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Laborde, Gustavo. “Arbitrator Corruption”. Jusmundi. Erişim 19 Ağustos 2022. <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-arbitrator-corruption>

Newsham, Jack. “Arbitrator Gets 6 Months for Malaysia Bribery Scheme”. Law360. Erişim 19 Ağustos 2022. https://www.law360.com/articles/877757?utm_source=LexisNexis&utm_medium=LegalNewsRoom&utm_campaign=articles_search

Oberoi, Preet Singh. "Understanding Guerrilla Tactics in International Arbitration". *Christ ULJ* 3 (2014), 69-84.

Orlandi, Chiara Giovannucci. "Ethics for International Arbitrators". *UMKC Law Review* 67/1 (1998), 93-110.

Osmanoğlu, Burcu. "Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar". *Public and Private International Law Bulletin* 39/1 (2019), 275-294.

Özel, Kadir Can. "Etik ve Etik – Hukuk Arasındaki İlişki". *TAAD* 33 (2018), 685-708.

Özel, Sibel vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: On iki levha, 2022.

Pfeiffer, Robert - Wilske, Stephan. "An Etymological and Historical Overview". *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Gütnher J. Horvath vd. 1-3. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Pfeiffer, Robert - Wilske, Stephan. "The Emergence of the Guerrilla Tactics Phenomenon in International Arbitration". *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Gütnher J. Horvath vd. 16-20. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Rowley, J. William. "Guerrilla Tactics and Developing Issues". *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Gütnher J. Horvath vd. 20-30. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Rubins, Noah. "Particularities when Dealing with State Entities". *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. ed. Gütnher J. Horvath vd. 69-93. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Sanderson, Cosmo. "Arbitrators Jailed in Peru Amid Odebrecht Corruption Scandal". *Globalarbitrationreview*. Erişim 19 Ağustos 2022. <https://globalarbitrationreview.com/article/arbitrators-jailed-in-peru-amid-odebrecht-corruption-scandal>

Silkenat, James R. "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes". *24 INT'L* 24/4 (1990), 1181-1187.

Steyn, Johan. "Delays and Delaying Tactics in International Commercial Arbitration". *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 49/1 (1983), 9-12.

Sussman, Edna - Eber, Solomon. “All’s Fair in Love and War – Or Is It? Reflections On Ethical Standards for Counsel in International Arbitration”. *The American Review of International Arbitration (ARIA)* 22/4 (2011), 611-623.

Sussman, Edna. “Guerrilla Tactics in International Arbitration”. *NYSBA* 7/2 (2014), 41-42.

Sussman, Edna. “Ethics in International Arbitration: Soft Law Guidance for Arbitrators and Party Representatives”. *Soft Law in International Arbitration*. ed. Lawrence W. Newman vd. 239-256. Juris Publishing, 2014.

Şanlı, Cemal vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 7. Basım, 2019.

Volterra, Robert. “Guerrilla Tactics at International Courts and Institutions: [A] Experiences from the International Court of Justice”. *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. Güntner J. Horvath vd. 238-250. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

Yavuz, Cevdet. “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”. *II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu* 14 (2009), 133-177.

Davranış Kuralları ve Mahkeme Kararları

A Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes. ICSID, 2020. Erişim 20 Mayıs 2022. <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>

PCA, Permanent Court of Arbitration. Republic of Croatia v the Republic of Slovenia. 2012/04 (29 Haziran 2017). <https://pca-cpa.org/en/cases/3/>

SGHC, Singapore High Court. Denmark Skibstekniske Konsulenter A/S I Likvidation v Ultrapolis 3000 Investments Ltd. 2009/807 (9 Nisan 2010). https://www.elitigation.sg/gd/s/2010_SGHC_108

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes. Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia. ARB/05/24 (15 Aralık 2015). <https://www.italaw.com/cases/3242>

IBA Rules of Ethics for International Arbitrators. IBA, 1987. Erişim 10 Eylül 2022. https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/03/iba_publications_ethics_arbitrators_1987.pdf

LCIA Arbitration Rules. LCIA, 2014. Erişim 20 Mayıs 2022. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes. Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey. ARB/06/8 (2 Eylül 2011). <https://www.italaw.com/cases/626>

ICJ, International Court of Justice. Qatar v. Bahrain. 112 (1994). <https://www.icj-cij.org/en/case/87>

Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkındaki IBA Kuralları. IBA, 2020. Erişim 20 Temmuz 2022. <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Rules-on-Taking-of-Evidence-2020-Turkish>

Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri. IBA, 2014. Erişim 20 Mayıs 2022. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135>

Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri. IBA, 2013. Erişim 20 Mayıs 2022. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c7c10e11-a687-4251-91f3-56ac70b7d9af>

MRPC, Model Rules of Professional Conduct by the American Bar Association. The USA: American Bar Association. Erişim 20 Mayıs 2022. https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/

TBB Meslek Kuralları, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, Türkiye: TBB, 1971. Erişim 20 Mayıs 2022. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/meslek-kurallari-5433>



Yargı Kararları Işığında Avukatların UYAP Sistemine Entegre Banka Hesaplarına İlişkin Haczin Çeşitli Hukuki Açılardan Değerlendirilmesi(*)

Evaluation of the Seizure of Lawyers' Bank Accounts Integrated into the UYAP System from Various Legal Perspectives in the Light of Judicial Decisions

Dr. Ar. Gör. Elif Irmak BÜYÜK**

Öz

Teknoloji alanındaki hızlı gelişmelerden kamusal hizmet alanında da yararlanmak için yapılan yoğun çalışmaların ve üretilen projelerin yargı alanındaki en önemli görünümünden birisi UYAP bilişim sistemidir. Son yıllarda UYAP bilişim sistemini takip hukuku uygulamamıza entegre etmek amacıyla 2004 S. İcra ve İflas Kanunu'nda çeşitli değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklere uyarınca avukatların UYAP'ta tanımlı bir banka hesabına sahip olmaları bir zorunluluk haline gelmiştir. İcra müdürlükleri ve mahkemeler tarafından ilgili avukata yapılacak ödemeler, avukatın UYAP sisteminde kayıtlı banka hesabına yapılacaktır. Bu noktada avukata ait UYAP sistemine entegre banka hesabına haciz işleminin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda uygulamada ve yargı kararlarında tereddütlerin bulunduğu görülmektedir. Söz konusu belirsizlik, avukatın banka hesabına yönelik haczin mümkün olup olmadığı, olursa ne kapsamda haciz yapılması gerektiği hususlarındaki yorum farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Çalışmamızda avukatın UYAP hesabına entegre banka hesabının hacziyle ilgili ortaya çıkan sorunlar, ilgili yargı kararlarındaki gerekçelerin değerlendirilmesi ve banka - avukat - müvekkil arasındaki hukuki ilişkinin irdelenmesi suretiyle ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Avukatın Banka Hesabı, UYAP, Haciz, Haczedilemezlik, Yargı Kararları.

* Makale Geliş Tarihi: 27.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 18.12.2023 – Makale Yayım Tarihi: 29.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1382141

** Dr. Ar. Gör, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul – Türkiye

E-posta: elifirmak.kilic@medeniyet.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4088-6227.

Abstract

One of the most important manifestations of the intense work done to benefit from the rapid developments in the field of technology in the field of public services in the field of judiciary is the UYAP information system. In recent years, various amendments have been made to the 2004 S. Enforcement and Bankruptcy Law in order to integrate the UYAP information system into our prosecution law practice, and in accordance with these amendments, lawyers are required to have a bank account defined to UYAP. In payments to be made to the lawyer by enforcement offices and courts, the bank account associated with the IBAN number given to the UYAP system by the lawyer will be used. At this point, it can be seen that there are hesitations in practice and in judicial decisions about whether the seizure process can be applied to the lawyer's bank account integrated with the UYAP system. This uncertainty arises from differences in interpretation as to whether it is possible to seize the lawyer's bank account and, if so, to what extent the seizure should be made. In our study, the problems arising from the seizure of the bank account integrated into the lawyer's UYAP account will be discussed by evaluating the justifications in the relevant judicial decisions and examining the legal relationship between the bank - lawyer - client.

Keywords

Lawyer's Bank Account, UYAP, Seizure, Non-Seizability, Judicial Decisions.

GİRİŞ

05.07.2012 tarihli 6352 S. Kanun¹ ile 2004. S. İcra ve İflas Kanunu²'nda kapsamlı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda yapılan en önemli değişikliklerden birisi, icra dairelerine yapılacak ödemelerle alakalıdır. 6352 sayılı Kanun'la İİK.'nın 9. Maddesinde yapılan değişiklik ile icra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödemenin, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılacağı düzenlenmiştir³. Madde gerekçesinde bu düzenlemeyle icra ve iflas dairelerinde yaşanan birtakım aksaklıkların önlenmesi amacıyla tahsilatların ve ödemelerin banka aracılığıyla yapılması ve böylelikle icra ve iflas dairelerinin para ile ilişkisinin en aza indirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından çalışılması uygun görülen banka

¹ Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, RG 05.07.2012, S. 28344.

² RG 19.6.1932, S. 2128. Bundan sonra metinde İİK olarak kısaltılacaktır.

³ Bu değişiklik 6352 sayılı Kanun'un yayımlanma tarihi olan 05.07.2012 tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir (6352 s. Kanun m. 106/a). Madde metninin eski hali ise şu şekildeydi: "İcra ve İflas dâireleri aldıkları paraları ve kıymetli evrak ve değerli şeyleri, nihayet ertesi işgünü çalışma saati sonuna kadar Adalet Bakanlığınca uygun görülen bankalardaki hesaplarına yatırmaya, banka bulunmayan yerlerde icra veya mahkeme kasalarında muhafazaya, kasa bulunmayan yerlerde ise mal sandıklarına bırakmaya mecburdurlar." İlgili madde 6352 S. Kanun'un yayınlanmasından 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Vakıfbank olarak belirlenmiş ve çeşitli genelge ve yazılarla ilan edilmiştir⁴.

6352 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerden bir tanesi de takip talebi içeriğiyle alakalıdır. 6352 sayılı Kanun m. 9 ile, takip talebinin içeriğini düzenleyen İİK m. 58’in birinci fıkrasına: “*alacaklı veya vekili adına ödemenin yapılacağı banka adı ile hesap bilgileri*” düzenlemesi eklenerek takip talebinde bulunurken alacaklının veya vekil tarafından temsil edilme durumunda vekilin banka hesap bilgilerinin bulunması zorunluluğu getirilmiştir⁵. Böylelikle gerek icra dairesine, gerekse icra dairesi tarafından alacaklı ya da vekiline yapılacak ödemelerde banka kanalının kullanımı mecburi olmuştur⁶.

Adalet Bakanlığı tarafından 1998 yılında başlatılan “Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)” ile adalet hizmetinin elektronik ortama taşınması amaçlanmış, bu kapsamda Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı, tüm mahkemeler, yüksek yargı organları, cumhuriyet başsavcılıkları, Adli Tıp Kurumu, ceza ve tevkif evleri ve icra dairelerini kapsayacak bir bilgisayar ağı oluşturulmuştur⁷. İcra işlemlerinde de günümüz itibariyle de oldukça aktif bir şekilde UYAP üzerinden yürütülmektedir. Nitekim İİK m. 8/a-1'e göre; “*İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu doğrultuda icra daireleri tarafından takiplerin görülmesi, ödeme emrinin düzenlenmesi, satış ilanı hazırlanması, tahsilat ve reddiyat gibi icra işlemlerinin sistem üzerinden yapılabildiği gibi, avukatlar da “UYAP Avukat Portal” aracılığı ile adliyeye gitmeden dava açma, takip yapma, harç ve masraf ödeme gibi işlemleri gerçekleştirebilmektedirler. Bu doğrultuda özellikle UYAP üzerinden icra dairesi tarafından yapılacak reddiyatlar ve diğer ödemeler için avukatların UYAP portalına banka hesaplarına ilişkin IBAN bilgilerini girmeleri gerekmektedir. Uygulamada icra daireleri Vakıfbank hesabına sahip oldukları ve avukatların Vakıfbank dışındaki banka hesapları üzerinden UYAP’a ait ödemelerini yaparsa yüksek komisyonlar ödemeleri sebebiyle fiili olarak

⁴ Örn. <https://iidb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/21120201335314.pdf>.

⁵ Maddenin eski halinde bu ifade bulunmamaktaydı. Eski hali için bkz: “*Alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı, vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yeri; alacaklı yabancı memlekette oturuyorsa Türkiye’de göstereceği yerleşim yeri (Yerleşim yeri gösteremezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır)*”

⁶ Mustafa Serdar Özbek, “Genel Haciz Yoluyla İcra Takibinde Takip Talebi ve Ödeme Emrinde Banka Hesap Numarası Bilgilerinin Bulunmamasının Hukukî Sonuçları”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 3/2, (Haziran 2016), 4.

⁷ Ayşe Karakimseli, “İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (Uyap) Kullanımı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/ 1, (2018), 320.

UYAP'taki banka hesaplarının VakıfBank hesabı olduğu belirtilmektedir⁸. Görüldüğü gibi günümüzde artık çoğunlukla UYAP üzerinden gerçekleştirilen işlemlerde yapılacak ödemeler için avukatın bu sisteme kayıtlı bir banka hesabının bulunması bir zorunluluk arz etmektedir.

Çalışmamızda avukatın UYAP portalına tanımlı banka hesabına yönelen haciz işlemiyle ilgili bu zamana kadar ortaya çıkan sorunlar, ilgili yargı kararları incelenerek ve gerekçeleri tartışılarak ele alınacaktır. Avukatın mesleğini icra etmesi bakımından önem arz eden bu hesaptaki paraların haczedilmesi birçok açıdan tartışmalar doğurmuştur. Çalışmamızda öncelikle konu ile ilgili yargı kararlarına ve İzmir Barosu Başkanlığı Avukat Hakları Merkezi'nin Gelir İdaresi Başkanlığı'na yazıya yer verilecek, devamında ortaya çıkan hukuki sorunlar tespit edilerek değerlendirilmede bulunulacaktır.

I. KONUYLA İLGİLİ YARGI KARARLARI VE İZMİR BAROSU BAŞKANLIĞI AVUKAT HAKLARI MERKEZİ'NİN YAZISI

Avukatların şahsi borçları nedeniyle icra işlemlerinde aktif olarak kullandıkları banka hesaplarına haciz konulmasıyla alakalı çeşitli yargı kararları mevcuttur. Söz konusu haciz işlemleri gerek avukatların özel hukuk kökenli gerekse vergi ve prim borçları gibi kamusal nitelikteki borçlarından kaynaklandığı için, ilgili kararların bazıları Yargıtay kararlarıyken, bazıları ise bazıları da Vergi Mahkemesi ile Bölge İdare Mahkemesi kararlarıdır.

Aşağıda kısaca yer vereceğimiz Yargıtay kararlarına konu olaylarda, avukatın UYAP sistemi üzerinde kayıtlı olan banka hesabına haciz işleminin uygulanması üzerine, hesap sahibi avukatlar tarafından haczin kaldırılması talebiyle mahkemeye başvurulmuştur. Mahkemelere verilen haczin kaldırılması kararının temyizi üzerine Yargıtay daireleri tarafından yapılan çeşitli değerlendirmelere aşağıda özet olarak yer verilmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi ilgili kararında avukatın hesabının haczedilemeyeceğine dair verilen ilk derece mahkemesi kararının eksik incelemeye dayalı olduğunu, mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak hesaptaki paraların kaynağının incelenmesi gerektiğini, hesaptaki paranın ne kadar miktarının haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın verilen haczin kaldırılması kararının isabetsiz olduğunu belirtmiştir⁹.

⁸ <https://tr.tradingview.com/news/cumhuriyet:86de20f52d9e8:0/>

⁹ "Şikayetin kabulüne ilişkin karar eksik incelemeye dayalı olup, Mahkemece, hesap ekstresi getirilip, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak hesaptaki paranın şikayet edenin alacaklı olduğu dosyalardan yatırılmış asıl alacak, diğer dosyalardan lehine yatırılan vekalet ücreti ve kendisi tarafından yatırılan ve kaynağı belli olmayan paralardan

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise yine haczin kaldırılmasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararının eksik incelemeye dayandığını ifade ederek, ilgili hesapta avukatın şahsına ait paraların yanında müvekkile ait paraların da bulunabileceği, haczi kabil olan paralarla haczi kabil olmayan paraların karıştırılarak bir havuz hesabının oluşturulduğu durumlarda bu halin haczedilemezlikten feragat anlamına geleceği, bilirkişi incelemesi marifetiyle hesaptaki paralarla ilgili ayırıştırma yapılması gerekirken bunlar yapılmaksızın verilen haczin kaldırılması kararının hukuka aykırı olduğu gerekçelerini ileri sürerek ilk derece mahkemesince verilen haczin kaldırılması kararını bozmuştur¹⁰. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili verdiği kararındaki gerekçeler de hemen hemen aynı yöndedir¹¹.

oluşturğunun tespiti halinde haczedilebileceğinin kabulü gerekir. Bir diğer ifadeyle 3. şahıs lehine tahakkuk eden alacaklar yönünden borçluya ispat imkânı tanınarak hesaptaki paranın ne kadarının haczedilebileceğinin belirlenmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2014/6565 (11 Nisan 2016).

¹⁰ “Davacı tarafından ileri sürülen haczedilemezlik itirazına gelince, olayda, üzerine haciz konulan banka hesabının, serbest avukat olarak çalışan davacının Adalet Bakanlığı'nın 04.01.2013 tarih ve 2013/21 sayılı yazıları gereği, müvekkilleri adına Mahkemelerce ve İcra Dairelerince para yatırılmak üzere açılmış UYAP'a tanımlı olan bir hesap olduğu tartışmasız ise de; anılan hesapta Mahkemeler ve İcra Dairelerince davacının müvekkilleri adına yatırılan paraların yanında, davacının şahsına ait vekalet ücretleri ve bizzat yatırılan paraların da bulunabileceği dikkate alınmalı, haczedilemezlik için “fiilen mesleği için kullanılma” koşulunun varlığı aranmalı, avukatın mesleğinde kullandığı bir hesabın haczedilemezliğinin ancak fiili durumunun tespiti ile mümkün olduğu, bu konuda ispat yükünün ise davacıda olduğu, bir diğer anlatımla, haczedilen hesabın mesleğinden kaynaklı harcamalar için kullanıldığını davacının ispatlaması gerektiği, haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralar karıştırılmak suretiyle bir havuz hesabı oluşturulmuşsa bu durumun iyi niyetle bağdaşmayacağı, böyle bir davranışın AİHM'nin AİHS'nin 6 § 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunduğundan hukuk düzenince korunamayacağı, şahıslar tarafından haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması halinin haczedilemezlik hakkından feragat olarak kabul edilmesi gerektiği dikkate alınarak Mahkemece, haciz konulan hesap ekstreleri getirtilip yapılan harcamaların niteliğine bakılması ile hesapta bulunan paraların davacının müvekkillerine ait olduğu iddiasını ispat etmesi için kendisine imkan verilerek elde edilen sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekirken kurumca uygulanan haciz işlemi nedeniyle serbest avukat olarak çalışan davacının, UYAP'a tanımlı olduğu anlaşılan hesabına yatırılan paralara yönelik hiçbir ayırıştırma ve araştırma yapılmaksızın, davacının banka hesabına doğrudan uygulanan dava konusu e-haciz işleminin kaldırılmasında hukuki isabet görülmemiştir.” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2020/4980 (28 Eylül 2020).

¹¹ “İcra ve İflas Kanunu ve Takip Hukuku ilkelerine göre asıl olan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkündür. Bir malın haczedilememesi için yasal düzenlemenin bulunması zorunludur. Haczedilemezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir. haczedilemezlik için fiilen mesleği için kullanılma koşullarının kabul edilmesi karşısında, avukatın mesleğinde kullandığı bir hesabın haczedilemezliği ancak fiili durumunun tespiti ile belirlenmelidir. Bu konuda ispat yükü ise borçluya düşmektedir. Bir diğer anlatımla, haczedilen hesabın mesleğinden kaynaklı harcamalar için kullanıldığını borçlu ispatlamalıdır. Aksi halde şikâyetin reddi gerekecektir...Haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlunun iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHM'nin AİHS'nin 6 &§ 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Bu durumda, borçlu haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilemezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir...Somut olayda, haciz konulan hesap ekstreleri getirtilerek yapılan harcamaların niteliğine bakıldığında,

Avukatın UYAP'ta kayıtlı banka hesabına haciz konulması meselesi vergi mahkemesi kararlarına da konu edilmiştir. Ankara 6. Vergi Mahkemesi'nin kararına konu olayda, avukatın vergi borçlarından ötürü UYAP sisteminde kayıtlı banka hesabına e-haciz konulması üzerine, bu haczin kaldırılması için hesap sahibi avukat tarafından vergi mahkemesine başvurulmuştur. Dava sonucunda mahkemece vergi borcu için kural olarak avukatın banka hesabına haciz konulabilirse de, bu hesapta çoğu zaman avukat sıfatıyla temsil ettiği müvekkillerine ait paralarının da bulunabileceğinin göz önünde tutulması gerektiği, hesaptaki paranın ne kadarının avukata ait olduğunun tespit edilerek o kısma haciz uygulanması gerekirken, banka hesabının tümü üzerine uygulanan haciz işleminin isabetli olmadığını ileri sürerek ilgili e haciz işlemi iptal edilmiştir¹².

İzmir¹³ ve İstanbul¹⁴ Bölge İdare mahkemeleri tarafından da yine ödenmeyen vergi borçlarından dolayı avukatın UYAP'a tanımlı olan banka hesabına konulan e-haczin iptali

avukatlık mesleği için lüzumlu olan vergi ödemeleri, icra ödemeleri, ücretler gibi paraların olduğu haciz konulan hesapta ayrıca kişisel olarak aidat, kırtasiye, sağlık hizmetleri, gıda, fatura .. gibi harcamaların da bu hesaptan yapıldığı denetlenmiş, haciz konulan hesabın havuz hesabı olduğu, sadece mesleğin lüzumu için gerekli şekilde kullanılmadığı anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda değerlendirme yapılması sonucunda şikayetin reddi yönünde hüküm kurulması gerekirken kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2018/13845, (19 Aralık 2018).

¹² *“uyuşmazlığın temelinde avukatlık mesleğinin ifası için uygulamada açılması zorunlu olan ve daha çok avukat-müvekkil ilişkisi çerçevesinde yapılan tahsilat ve ödemelerin toplandığı banka hesabındaki paraların davacıya ait olup olmadığı başkaca bir anlatımla mesleği gereği müvekkilleri adına yatırılan veya müvekkillerinin dosya takipleri için davacı hesabına yatırdıkları paraların kime ait olduğu hususunda düğümlenmektedir. vergi borcu bulunan mükellefin banka hesaplarına kural olarak haciz konulması yerinde ise de, yukarıda izah edildiği üzere davacının UYAP sistemine kayıtlı banka hesabının özel nitelik arz etmesi, çoğu zaman davacının şahsi parasından ziyade avukat sıfatıyla temsil ettiği müvekkillerine ait paraların hesapta bulundurulduğu göz önüne alındığında, idarenin öncelikle hesap hareketleri üzerinden söz konusu hesapta bulunan paraların ne kadarının amme borçlusunun şahsi parası olduğunu tespit edip, o kısma ilişkin haciz uygulaması gerekirken, avukat-müvekkil ilişkisi nedeniyle hesapta müvekkillerin şahsına ait paralarında olabileceği dikkate alınmaksızın banka hesabının tümü üzerine uygulanan haciz işlemi yerinde değildir...” Ankara 6. Vergi Mahkemesi (Vergi Mahkemesi), K. 2018/1109, (18 Eylül 2018).*

¹³ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD (İzmir BIM), K. 2017/749, (29 Mart 2017).

¹⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 6. VDD (İstanbul BIM), K. 2020/2537, (24 Aralık 2020).

istemine ilişkin İstanbul¹⁵ ve Aydın Vergi Mahkemeleri¹⁶ tarafından verilen, e-haciz isteminin iptaline yönelik kararlar da hukuka uygun bulunarak istinaf başvuruları esastan reddedilmiştir. Yargı kararları haricinde İzmir barosu Başkanlığı Avukat Hakları Merkezi'nin Gelir İdaresi Başkanlığına hitaben gönderdiği 07.10.2022 tarihli ve “Avukatların UYAP'ta Tanımlı Banka Hesaplarına Haciz/E-Haciz Konulamayacağı Hakkında” konulu yazısı da çalışmamızı ilgilendirmektedir. Bu yazıda özetle avukatların UYAP sistemine banka hesabı tanımlamalarının mesleki faaliyetlerini yürütebilmeleri bakımından zorunluluk teşkil ettiği, İİK m. 82/1-2 uyarınca “*ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya*”nın haczi caiz olmayan mallar ve haklar arasında sayıldığı, ilgili hesabın bu madde kapsamına dahil olması sebebiyle haciz- e haciz işlemine konu edilemeyeceği, hesabın avukatın özel işleri için de kullanmasının hesabın niteliğini değiştirmeyeceğini belirterek avukatların UYAP sisteminde kayıtlı banka hesaplarına haciz yapılamayacağını tüm vergi dairelerine duyurulması istenmiştir¹⁷.

¹⁵ “*vergi borcu bulunan mükellefin banka hesaplarına kural olarak haciz konulması yerinde ise de, 6183 sayılı Kanun'un 62. maddesinde, borçlu tarafından başkasının olduğu beyan veya üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haciz veya istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczinin en sonraya bırakılacağı hükmünün yer aldığı ve davacı tarafından, dava dilekçesinde, hesapların kendisine ait özel bir hesap olmayıp UYAP sistemine tanımlı banka hesapları olduğu ve banka hesaplarından yapılan tahsilatın kendisine ait olmadığı belirtildiği ve davalı idare tarafından davacının banka hesaplarında yer alan tutarların başkasına ait olabileceği hususunun araştırılmadığı, yukarıda izah edildiği üzere davacının UYAP sistemine kayıtlı banka hesabının özel nitelik arz etmesi, çoğu zaman davacının şahsi parasından ziyade avukat sıfatıyla temsil ettiği müvekkillerine ait paraların hesapta bulundurulduğu ve davacının da bu yönde iddiasının olduğu hususları göz önüne alındığında, idarenin öncelikle hesap hareketleri üzerinden söz konusu hesapta bulunan paraların ne kadarının amme borçlusunun şahsi parası olduğunu tespit edip, o kısma ilişkin haciz uygulaması gerekirken, avukat-müvekkil ilişkisi nedeniyle hesapta müvekkillerin şahsına ait paraların da olabileceği dikkate alınmaksızın davacının banka hesaplarına uygulanan haciz işlemi hukuka aykırı görülmediği, bu itibarla ihtilafta, davacının UYAP sistemine kayıtlı banka hesapları üzerinde tesis edilen ve Mahkemelerince hukuka aykırı bulunan haciz işlemine istinaden banka hesaplarından tahsil edilen tutarların da davacıya iadesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne...*” İstanbul 12. Vergi Mahkemesi, K. 2020/640, (28 Şubat 2020).

¹⁶ “*anılan hesapta Mahkemeler ve İcra Dairelerince davacının müvekkilleri adına yatırılan paraların yanında, davacının şahsına ait vekalet ücretleri ve bizzat yatırılan paraların da bulunabileceği dikkate alındığında, davalı idarece bu hesaba yatırılan paralarla ilgili olarak, davacının mesleği ile ilgili (müvekkilleri adına mahkemeler ve icra dairelerince yatırılan) veya şahsına ait diğer gelirleri olduğuna yönelik bir ayırıştırma yapılarak, yukarıda yer alan Kanun'un 71. maddesi uyarınca anılan hesaba sınırlı olarak haciz konulabilmesinin her zaman mümkün olduğu, bu durumda, ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla uygulanan haciz işlemi sebebiyle serbest avukat olarak çalışan davacının, UYAP'a tanımlı olduğu anlaşılan hesabına yatırılan paralara yönelik davalı idarece hiçbir ayırıştırma ve araştırma yapılmaksızın, davacının banka hesabına doğrudan uygulanan davaya konu e-haciz işlemi bu yönüyle hukuki isabet görülmediği*”, Aydın Vergi Mahkemesi, K. 2016/776, (28 Aralık 2016).

¹⁷ Yazının tamamı şu şekildedir: “*Başkanlığımıza avukatların UYAP'ta tanımlı banka hesaplarına vergi dairelerince haciz/e-haciz uygulandığı yönünde yakınmalar iletilmektedir. Bilindiği üzere 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 9. maddesinde; “İcra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir. İcra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra*

II. HUKUKİ SORUNLARIN TESPİTİ

Çalışma konumuzla ilgili ele alınması gereken konuları netleştirmek bakımından öncelikle yukarıda incelediğimiz yargı kararlarındaki gerekçeleri belirlemek ve böylece hukuki sorunları tespit etmekte isabet görmekteyiz.

Bir görüş, avukatların UYAP sistemine banka hesabı tanımlanmasının mesleki faaliyetin yürütülebilmesi için bir zorunluluk olduğundan hareketle avukatların UYAP'ta tanımlı banka hesabına haciz konulmasının tamamen hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır. Bu yöndeki İzmir Barosu Başkanlığı Avukat Hakları Merkez'i tarafından Gelir İdaresi Başkanlığı'na yazılan yazıya göre, söz konusu hesaplar İİK m. 82/1-2¹⁸ uyarınca haczedilemez niteliktedir. Yargıtay ve Vergi Mahkemesi kararlarında temsil edilen diğer bir görüşe göre ise kural olarak avukatların banka hesaplarına yönelik haciz mümkün olmakla birlikte, bu hesaba yönelik haciz işleminin gerçekleştirilmesi için hesaptaki paranın kaynağına dair bazı incelemeler- ayrıştırmalar yapılması, hesaptaki paranın *kime ait olduğunun* belirlenerek hareket edilmesi gerekmektedir. Son olarak yine Yargıtay kararlarında yer bulan diğer bir görüş ise haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralar karıştırılmak suretiyle bir havuz hesabı oluşturulmasını hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirmekte, bu halin haczedilemezlik hakkından feragat olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Tüm bu görüşleri değerlendirdiğimizde konuyla alakalı haczin konusu, haczedilemezlik, bankadaki paranın aidiyeti ve haczedilemezlikten feragat meseleleriyle ilgili değerlendirmeler yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Aşağıda bu hususlar başlıklar altında

müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir. İcra ve iflas daireleri aldıkları kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında, zorunlu hâllerde ise kiralanacak banka kasalarında muhafaza ederler.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca icra ve iflas Müdürlüklerince yapılacak ödemelerin ilgilinin bildirdiği banka hesabına yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda avukatlarca bu vb. ödemelerin yapılabilmesi için UYAP sistemine banka hesabı tanımlanmaktadır. Aynı zamanda Mahkemelerce iade edilecek gider avansı da tanımlanan bu banka hesaplarına yatırılmaktadır. Dolayısıyla UYAP sistemine banka hesabı tanımlanması mesleki faaliyetin yürütülmesi bakımından bir zorunluluktur. Yine İcra ve İflas Kanunu' nun 82. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde “Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya” haczi caiz olmayan mallar ve haklar arasında sayılmıştır. UYAP sistemine banka hesabı tanımlanması mesleki faaliyetin yürütülebilmesi için bir gereklilik olduğundan bu hesaba haciz/e-haciz konulması yasal olarak mümkün değildir. Bu hesabın avukatın özel işlemleri için de kullanılıyor olmasının hesabın niteliğini değiştirmemesi karşısında bir önemi bulunmamaktadır. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi' nin 07.11.2017 tarih ve 2017/1809E. – 2017/2370 K. sayılı kararında da bu hususlara işaret edilmiş ve ilgili vergi dairesinin e-haciz işleminin iptaline karar verilmiştir. Açıklanan nedenlerle avukatların UYAP sistemine tanımlı banka hesaplarına haciz/e-haciz uygulaması yapılamayacağına tüm vergi dairelerine duyurulması hususunu bilgilerinize sunarız.”

¹⁸ Düzenleme için bkz: “Aşağıdaki şeyler haczolunamaz:... 2. Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya”

değerlendirilecektir.

A. UYAP PORTALINA KAYITLI “BANKA HESABININ” HACZİ MESELESİ

Konuyla ilgili yukarıda yer verilen Yargıtay, vergi mahkemesi ve bölge idare mahkemesi kararlarını incelediğimizde, avukatların UYAP’ta tanımlı banka hesabına yönelik haciz uygulamasının caiz olmadığını savunan görüş, haczin konusunu bizzat banka hesabının kendisi olarak ifade etmektedir¹⁹. Bu görüş, gerek Adalet Bakanlığı’nın genelgesi gerekse İİK’deki düzenlemeler uyarınca avukatın UYAP’a entegre hesabının İİK m. 82/1-2’da öngörüldüğü gibi “*ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya*” kapsamına girdiğini ve bu sebeple haczedilemez olduğunu ileri sürmektedir. Bu noktada görüş sahiplerinin haciz işleminin konusu bakımından hatalı bir değerlendirmede bulunduğunu belirtmek gerekir. Burada hacze konu edilen şey banka hesabı değil, hesaptaki mevduattır. Banka hesabı denilen şey kişinin mevduatının banka tarafından himaye edilmesini sağlayan bir mevduat sözleşmesinden başka bir şey değildir. Buna karşılık yukarıda yer verdiğimiz kararlarda ve İzmir Barosu tarafından gönderilen yazıda, bizzat avukatın banka hesabının haczinin mümkün olmadığından bahsedilerek, hesabın kendisine bir haczedilemezlik vasfı kazandırılmak istenildiği görülmüştür. Konuyu netleştirmek bakımından banka hesabıyla ilgili ek bilgiler vermek yerinde olacaktır.

Mevduat, gerçek veya tüzel kişilerin istedikleri zaman ya da belli bir vade sonunda çekilebilmek üzere bankaya yatırdıkları paradır²⁰. Mevduat ilişkisinin kurulması için banka ile

¹⁹ Bkz: “Mahkemece; bir avukatın mesleğini yapabilmesi için İİK’nun 9/2. maddesi ve Adalet Bakanlığı’nın uygulamaları sonucunda zorunlu hale gelen Vakıfbank hesabına haciz konulmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile şikayetin kabulüne karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir..” Yargıtay, K: 6565; “Mahkemece, dava konusu banka hesabının avukatlık mesleği icra edilirken her avukatın zorunlu olarak açması ve UYAP sistemine kaydetmesi gereken bir banka hesabı olması, davalı Kurumca hesapta bulunan paranın kaynağı ve kime ait olduğu konusunda ayırım yapılmaksızın haciz konulmasının usul ve yasaya aykırı bulunması gerekçesiyle başkaca hiçbir araştırma yapılmaksızın davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.” Yargıtay, K. 4980; “Borçlu Avukat şikayetinde; ... Bankası ... Şubesi nezdinde bulunan ve avukatlık mesleğini gereği müvekkillerinin adına yatırılan paraların bulunduğu, mesleği sebebiyle gerçekleşen ödemelerin yapıldığı banka hesabına haciz konulduğunu, bu durumun İİK 82/2. maddesine aykırı olduğunu belirterek hacizlerin kaldırılmasını istemiştir. Mahkemece, yasal düzenlemeler gereğince şikayete konu hesap üzerine haciz konulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle şikayetin kabulüne karar verilmesi üzerine; hüküm, alacaklı vekilince temyiz edilmiştir..” Yargıtay K. 13845.

²⁰ Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 430 vd.; Mustafa Çeker, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, (Adana: Karahan Kitabevi, 2004), 12; İbrahim Kaplan, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, C. 1, (Ankara: Adalet Matbaacılık, 1996), 130; Murat Balcı-Emre Yeşilkaya, *Bankacılıkta Temel Kavramlar ve Kurumlar*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2021), 41; Beyza Er, “Mevduat Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması ve Türleri”, *TAAD*, 13/49, (Ocak 2022), 493.

müşteri arasında bir sözleşme yapılması gerekir. Mevduat sözleşmesi, bankanın kendisine tevdi edilen paraları güvenli bir şekilde saklama ve istendiğinde iade etmeyi taahhüt ettiği ve müşterinin ise dilediği miktardaki parayı bankanın kullanımına bırakmayı kabul ettiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir²¹. Anlaşılmaktadır ki avukatın banka hesabı aslında bir mevduat sözleşmesinden, bir hukuki ilişkiden başka bir şey değildir. Mevduat sözleşmesinin çeşitli türde kurulabilse de avukatın fiilen mesleki faaliyetiyle alakalı kullanacağı hesabın vadesiz olması mantıklı olacaktır. Gerçekten de uygulamada genellikle parasını saklamak, ödemelerin takip etmek ve dilediği anda parasını geri çekmek isteyen insanlar vadesiz mevduatı tercih etmekteyken²², birikimlerinden gelir elden etmek ve enflasyona karşı parasını korumak isteyenler ise vadeli mevduat, ihbarlı mevduat ya da birikimli mevduat türlerine başvurmaktadır²³. Avukatın mesleki faaliyetleri sebebiyle para transferi yapması ya da kendisine gelen reddiyatları müvekkile iletmesi gerektiği düşünüldüğünde, işlemlerin seri gerçekleşmesi ve gerekli ödemelerin derhal yapılabilmesi için avukatın hesabından parayı istediği an çekebilme özgürlüğünün olması gerekir ki, bu da vadesiz mevduat hesabı ile mümkün olacaktır.

Tüm bu açıklamalardan sonra bir daha altını çizmek isteriz ki avukatın bankadaki hesabına yönelik haciz işlemi gerçekleştiği zaman işlemin konusu hesaptaki paradır. Bankadaki para, borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczi usulüyle haczedilir²⁴. Bankadaki mevduata takip konusu alacağın niteliğine göre İİK veya 6183 s. Kanun hükümlerine göre haciz konulduğu zaman, mevduat hesabına banka tarafından bloke konulacaktır. Haciz kaynaklı bloke, bloke tutarı kadarında borçlunun o hesaptaki mevduatından tasarruf etmesini engelleyecektir²⁵. Olması gereken hukuk bakımından borçlunun işlem yapma yetkisinin haiz işlemi gösterilen meblağla sınırlı olarak kısıtlanması, mevduat hesabında haciz yazısında gösterilen tutardan fazlası varsa aşan kısım üzerinde işlem yapma yetkisinin devam etmesi

²¹ Tekinalp, *Banka*, 432. Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bkz: III, B.

²² Aliye Akgün, *Mevduat Sözleşmeleri*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 20.

²³ Çeker, *Banka*, 51.

²⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 459; Hakan Pekcanitez vd, *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2023), Murat Atalı vd., *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 226; İbrahim Aşık vd., *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2023), 162; L. Şanal Görgün vd., *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 207; Abdurrahim Karlı, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022), 351; Murat Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, (İstanbul, 2005), 153; Cenk Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 48.

²⁵ Bkz: <https://www.gnbfinansbank.enpara.com/bilgi-bankasi/bloke-hesap>

nedir#:~:text=Söz%20konusu%20kişinin%20tüm%20banka,borç%20tahsilatını%20yapabilir%20hâle%20gelir.

gerekir²⁶. Ancak uygulamada bankaların hacze konu tutarla sınırlı kalmaksızın hesabın tamamına bloke koyduğu görülmektedir²⁷. Bu durumda bireyin mülkiyet hakkına ölçülülük ilkesini aşacak şekilde müdahale edilir ve böylesi bir uygulamada mülkiyet hakkının sınırlandırılmasıdaki amaç ile araç arasındaki ölçü kaybolarak borçluya aşırı yük yüklenmiş olur²⁸. Konumuz özelinde de avukatın mesleğini icra edebilmek için banka hesabında tasarruf etmesi gereken hallerde, haciz işlemi sebebiyle hesabın tamamına bloke konulması, avukatın işini yapmasına engel olacaktır. Bununla birlikte uygulamada karşılaşılan bu tür sorunları engellemek için haczin konusunu mevduat değil de banka hesabı olarak nitelendirip, bu hesaba da İİK m. 82/1-2 çerçevesince bir haczedilemezlik kisvesi kazandırmak, esasında avukatın UYAP'a kayıtlı banka hesabındaki -kaynağı fark etmeksizin- mevduatın tümüne haczedilemezlik teşmil etmek anlamına gelecektir. İşçi ücretlerinde²⁹ ya da emekli maaşlarında³⁰ olduğu gibi, avukatın banka hesaplarındaki paranın haczedilemezliğiyle ilgili özel bir düzenleme yokken böyle bir yorum yapmak, zaten istisna olan ve özel düzenlemelerle tanınan haczedilemezliği ölçüsüzce genişletmek anlamına gelecektir. Bu halde avukatlar tüm parasal varlığını "haczedilemez" kabul edilen UYAP'a entegre hesaplarına taşıyarak, kendilerine karşı cebri icra anlamında bir nevi dokunulmazlık kazandırabilirler ki, bu da menfaat dengesini alacaklılar yönünden epey bozacaktır. Haciz konusunu hatalı olarak belirlemesi ve devamında haczedilemezliği yorum yoluyla orantılılık ilkesine aykırı bir şekilde genişletmesi sebebiyle bu görüşe katılmayı mümkün bulmuyoruz.

B. BANKADAKİ MEVDUATIN AİDİYETİ

Yargı kararlarında avukatın banka hesaplarına yönelik haciz işleminin kural olarak mümkün olduğu kabul eden, ancak hesaptaki paranın kime ait olduğunun belirlenmesine göre hareket edilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş, hesaptaki paranın incelenerek ne kadarının avukatın şahsi parası olduğu, ne kadarının avukat-müvekkil ilişkisi nedeniyle hesaba yatırılan ve müvekkile ait sayılan para olduğunun tespit edilmesi gerektiğini

²⁶ Çeker, *Banka*, 167.

²⁷ Ümit Süleyman Üstün, "Elektronik Haciz Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2, (2010), 18; Atakan Yıldırım, *Vergi İcra Hukuku'nda Haciz ve Elektronik Haciz Uygulaması*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 86; Seyit Ahmet Özvatan, *Vergi İcra Hukuku'nda Kamu Alacaklarının Takip Ve Tahsilinde Haciz Uygulamasının Değerlendirilmesi*, (Manisa: Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014), 153.

²⁸ Yıldırım, *Vergi İcra*, 2021.

²⁹ Bkz: 4857 S. İş Kanunu m. 35.

³⁰ 5510 S. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 93.

ileri sürmektedir. Buna göre banka hesabındaki paranın yalnızca avukatın *şahsına ait kısmına* haciz konulması gerekir³¹. Bu görüşün isabetli olup olmadığını değerlendirmek adına banka hesabındaki paraların kime ait olduğu meselesini, mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğini ele alarak incelemekte fayda görmekteyiz.

Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda açık bir düzenleme olmadığı için, doktrin ve yargı kararlarında çeşitli nitelendirmeler yapılmıştır. Bir görüş sözleşmenin tüketim ödücü (karz) sözleşmesi niteliğini taşıdığını belirtirken³², başka bir görüş vadeli ve vadesiz mevduatı ayırarak vadesiz mevduat durumunda misli şeylerin saklanması sözleşmesinin (usulsüz tevdi) bulunduğunu ileri sürmekte³³, vadeli mevduat için tüketim ödücü sözleşmesinin uygun düşeceğini belirlemektedir³⁴. Yine doktrinde sözleşmenin karz, vekalet ve usulsüz tevdi unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme olduğunu ileri süren yazarlar ile mevduat sözleşmesinin kanunda öngörülen sözleşme tiplerinden hiçbirine benzememesi sebebiyle kendine özgü bir sözleşme niteliğinde olduğunu savunanlar da bulunmaktadır³⁵.

³¹ “Uyuşmazlığın temelinde avukatlık mesleğinin ifası için uygulamada açılması zorunlu olan ve daha çok avukat-müvekkil ilişkisi çerçevesinde yapılan tahsilat ve ödemelerin toplandığı banka hesabındaki paraların davacıya ait olup olmadığı başkaca bir anlatımla mesleği gereği müvekkilleri adına yatırılan veya müvekkillerinin dosya takipleri için davacı hesabına yatırdıkları paraların kime ait olduğu hususunda düğümlenmektedir...davacının UYAP sistemine kayıtlı banka hesabının özel nitelik arz etmesi, çoğu zaman davacının şahsi parasından ziyade avukat sıfatıyla temsil ettiği müvekkillerine ait paraların hesapta bulundurulduğu göz önüne alındığında, idarenin öncelikle hesap hareketleri üzerinden söz konusu hesapta bulunan paraların ne kadarının amme borçlusunun şahsi parası olduğunu tespit edip, o kısma ilişkin haciz uygulaması gerekirken, avukat-müvekkil ilişkisi nedeniyle hesapta müvekkillerin şahsına ait paralarında olabileceği dikkate alınmaksızın banka hesabının tümü üzerine uygulanan haciz işlemi yerinde değildir” Ankara 6. Vergi Mahkemesi - 2018/70 E. 2018/1109 K.; “vergi borcu bulunan mükellefin banka hesaplarına kural olarak haciz konulması yerinde ise de, davacının UYAP sistemine kayıtlı banka hesabının özel nitelik arz etmesi, çoğu zaman davacının şahsi parasından ziyade avukat sıfatıyla temsil ettiği müvekkillerine ait paraların hesapta bulundurulduğu ve davacının da bu yönde iddiasının olduğu hususları göz önüne alındığında, idarenin öncelikle hesap hareketleri üzerinden söz konusu hesapta bulunan paraların ne kadarının amme borçlusunun şahsi parası olduğunu tespit edip, o kısma ilişkin haciz uygulaması gerekirken, avukat-müvekkil ilişkisi nedeniyle hesapta müvekkillerin şahsına ait paraların da olabileceği dikkate alınmaksızın davacının banka hesaplarına uygulanan haciz işleminde hukuka uyarlık görülmediği..” İstanbul 12. Vergi Mahkemesi Hakimliği'nin 28/02/2020 tarih ve E:2019/2256, K:2020/640.

³² F. Necmi Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt I, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), 767-770; Kenan Tunçoğmağ, *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt - Özel Borç İlişkileri*, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1977), 307; Turgut Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 263; Kaplan, “Banka Sözleşmeleri”, 205-206. Yargıtay’ın da bu yönde görüş belirttiği eski tarihli kararı mevcuttur: “*taahhüt eden tarafın karşı tarafı yüklenmekle yükümlü olduğu banka ile tevdiat sahibi, müstakriz ise bankadır. Karz akdi paranın bankaya tevdi ile beraber tamam olur ve hüküm ifade eder.*” Yargıtay Ticaret Dairesi, K. 1955/3707, (17 Mayıs 1955) (Çeker, s. 26 dn.73’ten alınmıştır).

³³ Oruç Hami Şener, *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2019), 69-72; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993), 1024, dn. 12/c; Cevdet Yavuz vd., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 1508; Kemal Çevik, *Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 277; Zahit İmre, “Usulsüz Vedia Akdi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 10/1-2, (1944), 221; Ünal Somuncuoğlu, “Bankanın İflası Halinde Mevduatın Hukuksal Akıbeti”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12/135, (Kasım 2017), 88; Balcı-Yeşilkaya, *Bankacılık*, 50.

³⁴ Tekinalp, *Banka*, 437; Çevik, *Banka*, s. 278; Somuncuoğlu, “İflas”, 88.

³⁵ Seza Reisoglu, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, (İstanbul: Yaklaşım Yayıncılık, 2015); 267-268; Çeker, “Banka”, 32.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise mevduat sözleşmesi konusunda toptancı yaklaşmayı vadeli-vadesiz mevduat ayrımı yapılarak değerlendirme yapılmalıdır³⁶. Avukatın banka hesabının bir vadesiz mevduat sözleşmesi şeklinde olmasının mantıklı olduğu yönünde yukarıda kanaatimizi belirtmiştik³⁷. Bu sebeple nitelendirmemizi yalnızca avukatın banka hesabına uygun düşmesi sebebiyle vadesiz mevduat sözleşmesiyle sınırlı tutacağız. Vadesiz mevduat, sahibinin bankaya her an geri ödeme istemini ileri sürebileceği mevduattır³⁸. Banka ile mevduat sahibi, mevduatı geri alma hakkı bakımından herhangi bir vade veya ihbar süresini kararlaştıramaz. Mevduat sahibinin parayı çekebilmesi için bankanın onayına ihtiyacı yoktur, hatta ATM'ler, internet ve mobil bankacılığın yaygın kullanılması sayesinde, neredeyse her gün ve saatte geri alma hakkını kullanmak mümkün olmaktadır³⁹. Vadesiz mevduat sözleşmesinde asıl amaç paranın saklanması-muhafaza edilmesidir. Gerçekten bu sözleşmeyle hesap sahibi faiz istemekten ziyade parasın güvenli bir yerde korumak ve istediği an ulaşmak istemekte, böylelikle parasını adeta elinin altında addetmektedir⁴⁰. Tüm bu özellikler dikkate alındığında vadesiz mevduat sözleşmesinin bir misli koruma sözleşmesi (usulsüz tevdi) teşkil ettiği yönündeki görüşe katıldığımızı belirtmeliyiz. 6098 S. Türk Borçlar Kanunu⁴¹ m. 570'te düzenlenen⁴² misli şeylerin saklanması (usulsüz tevdi) sözleşmesinde, saklayan kendisine bırakılan parayı aynen değil, misliyle geri verme borcu altına girmektedir⁴³. TBK m. 561'de düzenlenen saklama sözleşmesinin özel bir türü olan misli şeylerin saklanması sözleşmesini saklama sözleşmesinden ayıran en önemli unsur, saklama sözleşmesinde saklayanın teslim aldığı şeyi *aynen* geri vermek zorunda olması, buna karşılık misli şeylerin saklanmasında *mislen*, yani eşit miktar ve nitelikte geri verme yükümlüğünün bulunmasıdır. Bu fark nedeniyle misli şeyin saklanmasında saklayan, kendisine bırakılan şeyin mülkiyetini kazanır. Saklayanın eşyanın mülkiyetini kazanmasının sonucu olarak da eşyanın yararı ve hasarı saklayana geçer⁴⁴.

Tekinalp vadesiz mevduatı usulsüz tevdi ve vedekiye ise ödünç sözleşmesi olarak nitelendirmek daha doğru olur dedikten sonra, her iki ilişki de karma sözleşme karakterlidir diye eklemektedir. Bkz: Tekinalp, "Banka", 437.

³⁶ Somuncuoğlu, "İflas", 87-89;

³⁷ Bkz: Başlık III, A.

³⁸ Tekinalp, *Banka*, 439; Çeker, *Banka*, 51.

³⁹ Ancak mevduat sahibinin yüklü miktarda para çekeceği zaman bankaya gerekli hazırlıkları yapması için makul bir süre tanıması gerektiği belirtilmektedir Çeker, "Banka", 51; Akgün, *Mevduat*, 21.

⁴⁰ Tekinalp, *Banka*; Çeker, *Banka*, 28; Er, "Mevduat", 495.

⁴¹ RG 27836, 04.02.2011. Bundan sonra metinde TBK olarak kısaltılacaktır.

⁴² Bkz: TBK m. 570: "Saklayanın kendisine bırakılan parayı aynen geri vermek zorunda olmaksızın mislen geri vermesi açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmışsa, o paranın yararı ve hasarı kendisine ait olur. Paranın mühürlü ve açık olarak bırakılmış olması, örtülü anlaşma sayılır. Saklayan, saklatan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz."

⁴³ Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 1508; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 525.

⁴⁴ Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 1508; Eren, *Borçlar Özel*, s. 509; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*,

Konumuz özelinde de vadesiz mevduat sahibi belli bir miktar parayı saklama amacıyla bankaya tevdi etmekte, paranın mülkiyeti bankaya geçmekte ve istenildiği zaman banka tarafından mevduat sahibine mislen istenilen miktarda para geri verilmektedir. Bu noktada vadesiz mevduat sözleşmesinin bu özelliklerini aynı zamanda tüketim ödünç sözleşmesi de karşılayabildiği için⁴⁵, vadesiz mevduat sözleşmesinin nitelendirilmesi konusunda soru işaretleri doğabilmektedir. Bu noktada doktrinde tüketim ödünç sözleşmesi ile misli şeylerin saklanması sözleşmesini birbirinden ayırmak için söz konusu işlemin amacına bakılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁶. Misli şeyin saklanması sözleşmesinde aslında saklatanın menfaati daha ön plandadır ve sözleşmedeki asıl amaç tevdi edilen şeyin *saklanmasıdır*. Tüketim ödünç sözleşmesinde ise verilenin muhafazası sözleşmenin esas gayesini teşkil etmez, bilakis ödünç alan ödünç aldığı şeyi kullanarak sermayeye olan ihtiyacını temin eder. Burada ödünç alanın menfaatini daha ağır bastığı söylenebilir⁴⁷. Bu sebeplerle biz de amaç olarak daha uygun düşüğü gerekçeyle vadesiz mevduat sözleşmesinin misli şeylerin saklanması sözleşmesi olduğu görüşüne katılmaktayız.

Mevduat sözleşmesinin nitelendirmesini bu şekilde yaptıktan sonra, bu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hesaptaki paranın mülkiyetinin bankaya geçtiğinin altını çizmekte fayda vardır⁴⁸. Bu durum mevduat sözleşmesini hangi sözleşme olarak nitelendirirsek nitelendirelim geçerlidir, zira bu sonuç mevduat sözleşmesinin banka tarafından mislen iade borcu doğurmasından kaynaklanmaktadır⁴⁹. Hesap sahibi bankaya karşı her zaman parasının kendisine ödenmesi talebinde bulunabilir, bu durumda banka parayı iadeyle yükümlü olacaktır. Başka bir deyişle hesap sahibi bankaya karşı bir alacak hakkını ileri sürecektir. Avukatın banka hesabındaki paranın haczi, aslında avukatın üçüncü kişi olan bankadaki *alacağının* haczidir⁵⁰.

Verilen genel bilgilerden sonra konumuzdaki problematiğe dönersek, avukatın banka hesabındaki paranın aidiyetiyle ilgili verilmiş bazı yargı kararlarında, eğer banka hesabındaki para “avukata ait” ise hesaptaki mevduatın haczinin mümkün olduğu, buna karşılık paranın “avukat sıfatıyla temsil ettiği müvekkillerine ait” olması durumunda ise mümkün olmadığı ileri

C. II, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 287.

⁴⁵ Bkz: TBK m. 386: “Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.”

⁴⁶ Eren, *Borçlar Özel*, 510; İmre, “Vedia”, 216.

⁴⁷ Eren, *Borçlar Özel*, 510; Şener, *Banka*, 60; İmre, “Vedia”, 217; Gümüş, *Borçlar Özel*, 288; Akgün, *Mevduat*, 82.

⁴⁸ Tekinalp, *Banka*, 434; Çeker, *Banka*, 6; Er, “Mevduat”, 495.

⁴⁹ Tekinalp, *Banka*, 434; Çeker, *Banka*, 22.

⁵⁰ Ramazan Arslan, “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4, (Aralık 2016), 3218; Akil, *Üçüncü*, 48, dn. 27; Yavaş, *Üçüncü*, 154.

sürülmüştür. Oysa hukuki açıdan hesaptaki paranın mülkiyeti bankaya aittir. Avukatın banka hesabında bulunan paranın avukatın şahsi işlerinden mi kaynaklandığının yoksa müvekkile iletilmek üzere mi gönderildiğinin bir önemi yoktur, önemli olan ilgili paranın avukatın mevduat hesabına gönderilmiş ve mülkiyetinin bankaya geçmiş olmasıdır. Bu sebeple yargı kararlarında paranın avukata mı müvekkile mi ait olduğu konusunda yapılan değerlendirmeyi hukuki açıdan bir dayanağı olmaması sebebiyle doğru bulmuyoruz.

Bu noktada bankaya karşı avukatın ve müvekkilin konumunu değerlendirmek gerekir. Mevduat hesabındaki paranın mülkiyeti bankaya geçmektedir ve paranın kendisine geri ödenmesini talep eden hesap sahibi avukat, bankaya karşı mevduat sözleşmesinden kaynaklanan alacak hakkını ileri sürecektir. Peki icra dairesi tarafından banka hesabına avukatın takip ettiği bir takip ya da dava sonucu elde edilen paranın gönderilmesi durumunda, hesap sahibi avukatın haricinde, avukat tarafından temsil edilen müvekkilin bir talep hakkı olacak mıdır? Bunun için öncelikle avukatla müvekkili arasındaki hukuki ilişkiye bakmak gerekir. Avukatlık sözleşmesi bizzat Avukatlık Kanunu'nda⁵¹ çeşitli hükümlerle düzenlenen bir sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu ve Avukatlık Kanunu'ndaki özel düzenlemeler haricinde vekalet hükümleri uygulanacağı kabul edilmektedir⁵². İcra dairesi tarafından avukatın UYAP'a kayıtlı banka hesabına yapılan ödemelerde, avukat müvekkili temsil etmekte, bu temsil ilişkisinde de *kendi adına ancak müvekkili hesabına* hareket etmektedir. Dolaylı temsil sonunda yapılan hukuki işlemde doğan haklar ve borçlar, önce temsilcinin hukuki alanında doğar. Daha sonra ikinci bir işlemle bu hak ve borçlar temsil olunan tarafından temsil olunana devredilir⁵³.

Avukatın UYAP'ta kayıtlı banka hesabına avukat adına ancak vekili hesabına yatan para söz konusu olduğunda, bankanın da dahil olduğu üçlü bir ilişki ortaya çıkmaktadır. İlgili sıfatıyla avukatın mevduat hesabına icra dairesi tarafından yatırılan para, bankanın mülkiyetine geçecektir. Hesap sahibi olarak avukat, icra dairesi tarafından hesabına yatırılan parayı, ya bankaya vereceği bir talimatla müvekkilin hesabına havale edecek, ya da ilgili paranın kendisine ödenmesini talep edip söz konusu meblağı müvekkile ayrıca iletacaktır. Görülüyor ki

⁵¹ RG 07.04.1969, S. 13168.

⁵² Eren, *Borçlar Özel*, 710; Yavuz vd., *Borçlar Özel*, s. 1297; Gümüş, *Borçlar Özel C. I*, 134-135; Özcan Günergök, *Avukatlık Sözleşmesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 25; Raziye Aksu, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 27 (Temmuz 2016), 882 vd.

⁵³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 485.

paranın bankadan müvekkile ulaşması için avukatın talebi gereklidir. İşte bu noktada TBK m. 509'daki düzenlemeden bahsetmek gerekir.

TBK m. 509/1'e göre⁵⁴, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin (dolaylı temsil olunanın) vekile (dolaylı temsilciye) karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer. Bu hüküm vekilin alacaklara ilişkin alınanları verme borcunu yerine getirmekten kaçınması veya iflâs yahut haciz dolayısıyla borç konusu üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmesi yüzünden bu borcu aynen yerine getirememesi olasılıklarına karşı müvekkili korumak amacıyla ihdas edilmiştir⁵⁵.

Bu düzenlemeye göre dolaylı temsil olunan müvekkilin, üçüncü kişiye karşı doğrudan alacaklı olabilmesi, yani TBK m. 509 uyarınca alacağın kanuni temlikinin gerçekleşebilmesi için, öncelikle vekil tarafından kendi adına, müvekkil hesabına işlem yapılması ve bu hukuki ilişkiden vekil lehine bir alacağın doğmuş olması gerekir⁵⁶. Ayrıca vekâlet veren vekile karşı vekâlet sözleşmesinden doğan tüm borçlarını ifa etmiş olmalıdır. İfa kanuni temlikin hem şartıdır hem de ifa anıyla birlikte kanuni temlik de gerçekleşmiş olur⁵⁷. Bu hükümle kanun koyucu alacağın klasik usulle devrinden vazgeçerek, kanuni bir devir yolu öngörmüştür. TBK m. 509'da öngörülen şartların hepsinin birlikte gerçekleştiği anda alacak hakkı, vekil tarafından alacağın devri sözleşmesi yapılmasına gerek olmaksızın doğrudan müvekkile geçer⁵⁸. Bu düzenlemeyi konumuza uyarlıysak, müvekkil, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının tümünü ifa ettiği anda, icra dairesi tarafından avukatın daha önceden avukatın banka hesabına gönderilen paranın kendisine ödenmesini bankadan bizzat talep edebilecektir. Müvekkilin avukata karşı olan borcu bir ücret ödeme borcudur. Vekile karşı tüm borçlarını ifa ettiğini, TMK m. 509'a göre alacağı talep etme hakkının kendisine geçtiğini ispat yükü müvekkilde olacaktır. Bu durumda avukatın söz konusu meblağın müvekkile ödenmesini talep etmesine gerek kalmadan, müvekkilin bankaya yönelteceği talep üzerine doğrudan ilgili para müvekkilin kendisine ödenebilecektir.

Görülüyor ki yargı kararlarında yer verildiği üzere avukatın UYAP'ta kayıtlı banka

⁵⁴ İlgili hüküm şu şekildedir: "Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer. Vekilin iflası hâlinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir. Vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır."

⁵⁵ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II*, (İstanbul: 2010), 512; Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 1360.

⁵⁶ Eren, *Borçlar Özel*, 750.

⁵⁷ Tandoğan, *Borçlar Özel*, 520; Eren, *Borçlar Özel*, 749.

⁵⁸ Tandoğan, *Borçlar Özel*, 522-523; Eren, *Borçlar Özel*, 749; Fahrettin Aral-Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 554.

hesabındaki parayla ilgili yapılan “avukata ait” ya da “müvekkile ait” gibi nitelendirmeler hukuken gerçeği karşılamamaktadır. Banka mevduatındaki para bankaya aittir, kural olarak bankadaki paranın ödenmesini talep hakkı hesap sahibi avukattayken, TBK m. 509/1 durumunda müvekkilde de olabilir. Ancak her iki durumda da hem avukat hem müvekkil bankadan para alacağını talep eden kişi konumundadır, paranın sahibi değildir.

C. HACZEDİLEMEZLİKTEN FERAGAT

Konuyla ilgili Yargıtay kararlarında yer bulan, “*haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması halinin haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmesi gerektiği*”⁵⁹ yönündeki görüşü de incelememiz gerekir. Yargıtay haczedilebilir ve haczedilmez olarak nitelendirdiği paraların aynı banka hesabında yer alması durumunu bir *havuz hesap* olarak nitelendirmekte ve bu vaziyeti tek başına haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul etmektedir. Yargıtay’ın bu yöndeki değerlendirmesi, belediyelerin banka hesaplarındaki paraların hacziyle ilgili kararlarında da sıkça görülmektedir⁶⁰.

⁵⁹ Bkz: “*şahıslar tarafından haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması halinin haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmesi gerektiği dikkate alınarak.*” Yargıtay, K. 4980; “*Haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlunun iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHM'nin AİHS'nin 6 &§ 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Bu durumda, borçlu haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir...*” Yargıtay K. 13845.

⁶⁰ 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 15'e göre, belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar, kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar, belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez. Yine m. 73'te kentsel gelişim ve dönüşüm alanı ilan edilen bölgelerde, anlaşma yoluyla belediye mülkiyetine geçen gayrimenkullerin haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Yargıtay vergi, resim ve harç gelirleri gibi haczi caiz olmayan paralarla, haczi caiz olan diğer paraların birleştirilerek bir havuz hesabı oluşturulması durumunda, belediyenin hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayama imkanını kendisinin kaldırdığını, bu davranışın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve bu halin haczedilemezlikten feragat teşkil ettiği kanaatindedir. Konuyla ilgili bkz: Hakan Hasırcı, “Belediye Mallarının Haczi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/4, (Aralık 2016). 2821-2865. Kararlar için bkz: “*Öte yandan borçlu belediyece haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir.*” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2012/26628 (17 Eylül 2012); “*Hukuk Genel Kurulunun 08.06.2016 tarihli ve 2014/8-1015 E., 2016/767 K. sayılı kararında da; haczedilen paraların niteliği değerlendirilerek hesabın havuz hesabı olup olmadığının belirlenmesi, havuz hesabı oluşturulmuş ise haczedilmezlik şikâyetinin reddine karar verilmesi gerektiği, havuz hesabı oluşturulmamış ve hesaptaki paraların, vergi, resim ve harç niteliğinde olmaları hâlinde (bu olgu belirlendiği takdirde) haczedilemeyeceği benimsenmiştir*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, (Yargıtay), K. 1377, (9 Kasım 2021); “*Haczedilen hesaba niteliği gereğince haczi kabil olan ve olmayan paraların yatırılması halinde, yani havuz hesabı niteliğinde kullanılması durumunda, hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç gelirinden mi, yoksa haczi kabil paralardan mı oluştuğunun belirlenmesine imkan bulunmamaktadır. Bu şekilde haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin,*

Bu görüş ilk olarak haczi mümkün olan-olmayan paralar değerlendirmesi bakımından, ikinci olarak ise bu tür paraların aynı hesapta bulunmasının bir haczedilemezlikten feragat teşkil ettiği yöndeki kabul bakımından incelenmeye muhtaçtır. Anlaşılmaktadır ki Yargıtay esasen avukatın banka hesabında yatan paralarla ilgili bir ayırım yapmakta ve avukatın müvekkili hesabına yaptığı işlemlerle alakalı banka hesabında bulunan parayı “haczi kabil olmayan” olarak değerlendirirken, avukatın şahsi işleriyle alakalı meblağı ise “haczi kabil” kabul etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere avukatın banka hesabındaki paraların haczedilmezliğiyle ilgili herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu çeşitli yasal düzenlemelerle bazı mal ve haklar bakımından haczedilemezlik öngörürken, avukatın banka hesabıyla ilgili bu yönde herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Bu tür bir düzenleme yokken, avukatın mesleki sebeplerle banka hesabına yatan, müvekkiline iade yükümlülüğü altında olduğu paraların haczedilemez kabul edilmesinin bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Sanıyoruz ki Yargıtay bu değerlendirmeyi avukatın müvekkille olan temsil ilişkisi kapsamında banka hesabına yatırılan paraların avukata değil, müvekkile ait olduğu varsayımına dayanarak yapmaktadır ki, bankadaki paraların aidiyetiyle ilgili yukarıda açıklamalarımızı yinelemeksizin bu yöndeki bir çıkarımın isabetli olmadığını tekrar belirtmek isteriz⁶¹. Bu sebeple önce paraların mülkiyetinin kime ait olduğuyla ilgili hukuki olmayan bir ayırım yapmanın, sonra bu faraziyeyle dayanarak paranın bir kısmına haczedilemezlik atfetmenin takip hukuku kurallarına dayanmayan bir uygulama yarattığı kanaatindeyiz.

Esasen konumuzun kapsamı dışında kalmasına rağmen bütünlüğü sağlamak açısından Yargıtay’ın haczi kabil olan ve olmayan paraların aynı banka hesabında bulunmasını haczedilemezlikten feragat olarak kabulünü incelemeyi bu noktada gerekli görüyoruz. Konumuzun dışında demektediriz, zira haczedilemezlikten feragat ilişkin İİK m. 83/a⁶² maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için her şeyden önce ortada haczedilemez nitelikte bir mal, hak veya alacağın bulunması gerekir⁶³. Bizim görüşümüze göre kaynağı ne olursa olsun

iddiasını ispat imkanını kendisi ortadan kaldırır. Borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHM'nin AİHS'nin 6 § 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Bu durumda borçlu belediyenin, hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekir. Öte yandan borçlu belediye haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkında feragat olarak da kabul edilmelidir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 5224, (25 Mart 2014).

⁶¹ Bkz: II, B.

⁶² Bkz: “82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir.”

⁶³ İbrahim Özbay, “İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK. m. 83/a)”, *Erzincan Binali Yıldırım*

avukatların banka hesabındaki paralarla ilgili böyle bir değerlendirme yapılamayacağı için, Yargıtay'ın bu yöndeki çıkarımı daha baştan hükümsüz kalmaktadır. Buna karşılık Yargıtay'ın görüşünü eksik ele almamak adına bu konuyla alakalı çok kısa değerlendirme yapmayı uygun görmekteyiz. Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü öncelikle haczedilemezlikten feragat beyanının geçerliliği açısından zamansal olarak sorunludur. Haczedilemezlikten feragatı düzenleyen İİK m. 83/a'ya göre, ancak haciz sırasında veya hacizden sonraki dönemde haczedilemezlikten feragat etmek mümkündür. Borçlunun bu süreden önce yaptığı feragat geçersizdir ve sonuç doğurmaz⁶⁴. Konumuz özelinde, aynı banka hesabında farklı kaynaktan paraların karışmış halde bulunmasının haciz işleminden önce gerçekleştiği açıktır. Dolayısıyla Yargıtay'ca haczedilemezlikten feragat olarak kabul edilen bu fiil, haciz tarihinden önce gerçekleştiği için, İİK m. 83-a uyarınca feragatle ilgili geçerli bir sonuç doğuramayacaktır. Ayrıca bu durumda feragata yönelik ortada açık bir irade dahi bulunmamaktadır, Yargıtay paraların aynı hesapta bulunmasını zımni bir haczedilemezlikten feragat olarak değerlendirmektedir. Her ne kadar doktrinde feragatin açık bir şekilde yapılabileceği gibi, borçlunun haczi caiz olmayan bir malının haczine karşı süresinde şikâyet yoluna başvurmayarak zımnen de yapılabileceği kabul edilse bile⁶⁵, konumuz özelinde bu tür bir davranışın zımni kabul olarak değerlendirilmesi ayrıca tartışmalıdır.

D. DEĞERLENDİRMEMİZ

Konuyla ilgili yargı kararlarına baktığımızda anlaşılmaktadır ki avukatın UYAP'ta kayıtlı banka hesabındaki mevduata yönelen haciz, mesleki amaçla kullanılmayan diğer banka hesaplarındaki mevduat haczinden çok daha fazla sorun doğurmaya müsaittir. Avukatın mesleğini icra edebilmesi için UYAP sisteminde kayıtlı bir banka hesabına sahip olması zorunludur. Ancak bu hesaptaki mevduata yönelik bir haciz işlemi gerçekleştiği zaman, hesaba konulan bloke nedeni ile avukat banka hesabında tasarruf edememekte ve mesleki faaliyetlerini gerçekleştirememe tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu tehlikeyi bertaraf etmek adına mahkeme kararlarıyla hesabın kısmen ya da tamamen haczini önlemek için çeşitli kriterler

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9/1-2, (Haziran 2005), 548.

⁶⁴ İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 335-336; Kuru, *İcra*, 524; Talih Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. II*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), 1674; Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 534; Kâmil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 152; Görgün vd., *İcra*, 182; Aşık vd., 182; Özbay, "Haczedilemezlikten Feragat", 546.

⁶⁵ Postacıoğlu, Kuru, *İcra*, 525; Arslan vd., *İcra*; 354; Uyar, *Şerh*, 1674; Yıldırım-Deren Yıldırım, *İcra*, Görgün vd., *İcra*, 182; Aşık vd., *İcra*, 182; Özbay, 566.

getirilmeye çalışıldığı görülmektedir⁶⁶. Ancak çalışmamızda ilgili başlıklar altında çeşitli yönden eleştirdiğimiz bu kriterler kanaatimizce hukuki dayanağa sahip olmadıkları için, bunların savunulmaları mümkün değildir.

Bu noktada ilk aşamada eğer gerçekten avukatların mesleki faaliyetlerinde kullandıkları banka hesaplarına haciz işleminin uygulanması istenmiyorsa, avukatların yalnızca müvekkili adına hareket ederken yapılacak ödemelere ve tahsilatlara özgüleyecekleri, mesleki kaynaklı olmayan harcamaları yapamayacakları özel bir hesaba sahip olmalarını öngören bir kanuni düzenlemenin yapılması fikri akla gelebilir. Bu özel banka hesabında mesleki kaynaklı bulunan paralara haciz konulamayacağına ilişkin ek bir düzenlemeyle de hesaptaki paralar bakımından haczedilemezlik sağlanmış olur. Fakat belirtmelidir ki avukatların UYAP hesaplarına yatan kalemler arasında yargılama gideri olan vekalet ücreti de vardır. Yargılama gideri olan vekalet ücretinin avukata ait olduğu kanun hükmüyle düzenlendiğinden⁶⁷, avukatın şahsi borçları nedeniyle bu paranın haczedilmesi bakımından hiçbir engel olmaması gerekir. Anlaşılmaktadır ki avukatın hesabına yatacak mesleki kaynaklı paraların bazı kısmı müvekkile aktarılacak iken, bazıları ise doğrudan avukatın uhdesinde kalacaktır. Bu yüzden avukatın UYAP'a entegre hesabındaki paraların bir şekilde mutlaka karışacağı söylenmelidir. Bu aşamada olması gereken, avukatın UYAP'a kayıtlı hesabındaki mevduatın haczi üzerine banka tarafından hesaba uygulanacak blokenin *yalnızca* haciz konusu meblağ ile sınırlı tutulmasıdır. Böylece avukatların mesleki faaliyetleri doğrultusunda hesaplarını kullanmaları, örneğin müvekkile aktarmaları gereken meblağı iletebilmeleri ya da hesaba para girişinin yapılabilmesi halen mümkün olacaktır.

SONUÇ

2012 yılında İİK'da yapılan değişikliklerle hem icra dairelerine yapılacak hem de icra dairelerince ilgililere yapılacak ödemelerin yalnızca banka aracılığıyla gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Yine UYAP sisteminin hukuk uygulamamızda gittikçe aktif bir şekilde uygulanmasıyla birlikte birçok takip hukuku işlemini UYAP aracılığıyla yapmak mümkün olmuş, sistem üzerindeki parasal işlemleri yapma için avukatların bir banka hesabı açarak UYAP sistemine tanımlamaları zorunlu hale gelmiştir. Avukatların mesleki amaçla kullandıkları bu banka hesabına avukatın şahsi borçlarından dolayı haciz uygulandığı zaman bankaca hesaba blokaj konulmakta, bu halde hesap sahibi avukatların

⁶⁶ Bkz: Başlık II.

⁶⁷ Avukatlık Kanunu m. 164/5.

hesaba erişimi ve tasarrufu engellenmektedir. Bu durumu bertaraf etmek için açılan davalar neticesinde verilen kararlarda avukatın UYAP hesabına uygulanan hacizle ilgili farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bir görüş, avukatın UYAP'ta entegre banka hesabına haciz konulamayacağını, zira İİK m. 82/1-2 uyarınca “*Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya*” kapsamına girdiğini ve bu sebeple haczinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu görüşü öncelikle haczin konusunu yanlış belirlediği için eleştirmektedir. Bankadaki hesaba yönelen haczin konusu hesabın kendisi değil, hesaptaki paradır. Banka hesabı esasen bir mevduat sözleşmesi, bir hukuki ilişkidir. Hukuki nitelendirmede hata yanı sıra bu görüşü şöyle bir tehlikesi bulunmaktadır; bildiğimiz üzere avukatların UYAP'a entegre banka hesaplarında şahsi paralarının bulunmasını engelleyen bir düzenleme yoktur. Uygulamada da çoğunlukla bu hesabı avukatlar hem mesleki hem şahsi amaçla kullanabilmektedirler. Eğer ki bu görüş doğrultusunda sadece UYAP'ta kayıtlı olması sebebiyle banka hesabının kendisine bir haczedilmezlik kazandırılırsa, avukatın şahsi paralarını da bu hesaba toplaması, bu sayede o paraların da alacaklılarca haczedilememesi sonucu doğabilir. Ölçülülük ilkesini ihlal eden ve alacaklıların borçlu avukata cebri icra yoluyla ulaşamamalarına sebebiyet verebilecek bu yorumun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Yargı kararlarında konu ile ortaya konulan diğer bir görüş ise hesaptaki paranın aidiyetiyle alakalıdır. Buna göre bazı yargı kararları, bankadaki paranın incelenerek ne kadarının avukata, ne kadarının müvekkillere ait olduğunun tespit edilmesini, avukata ait olduğu tespit edilen kısma haciz konulabilmesi yönünde mütalaada bulunmuştur. Avukatın banka hesabındaki paralara yönelik yapılan bu nitelendirmenin hukuken doğru olmadığı kanaatindeyiz. Mevduat sözleşmesine göre bankaya yatırılan paralar banka mülkiyetine geçmekte, vadesiz mevduat sahibi ise istediği zaman bankaya başvurarak paranın kendisine mislen geri ödenmesini talep etmektedir. Yani burada hesap sahibi avukat banka karşısında alacak talebinde bulunan kişi konumundadır, paraların mülkiyeti bankaya geçmektedir. Ek olarak icra dairelerince avukatın banka hesabına yapılan ödemelerle ilgili TBK m. 509 düzenlemesindeki şartların yerine getirilmesi durumunda bizzat müvekkilin de bankaya başvurarak avukatın hesabına icra dairesi tarafından yatırılan paranın kendisine ödenmesini talep etme hakkı olacaktır. Her iki durumda da paranın müvekkile ya da avukata ait olduğunu söylemek doğru olmayacaktır, burada taraflar yalnızca talep hakkı sahibi olmaktadır.

Yine yargı kararlarında yer alan, haczi caiz olan ve olmayan paraların bir arada bulundurulmasının haczedilemezlikten feragat sayılacağı yönündeki değerlendirme de eleştiriye muhtaçtır. Yargıtay'ın avukatın banka hesabında bulunan paraların kaynağını gözeterek bu paraların bir kısmını haczedilebilir, diğer kısmını haczedilemez olarak nitelendirmesi kanaatimizce yerinde değildir. Zira haczedilemezlik ancak kanun hükmüyle getirilen istisnai bir durumdur ve avukatın banka hesabındaki paralarla ilgili mevzuatımızda herhangi bir haczedilemezlik düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu sebeple yargı kararlarında yer bulan bu görüşe, yapılan ayırımın hukukumuzda karşılığı olmaması sebebiyle katılamamaktayız. Yine haczinin caiz olduğu kabul edilen ile caiz olmadığı kabul edilen paraların bir arada bulunmasının haczedilemezlikten feragat olduğunun kabulünün de, haczedilemezlikten feragatla ilgili İİK m. 83-a düzenlemesindeki şartları karşılamaması sebebiyle isabetli bulmamaktayız.

Avukatın UYAP'a entegre banka hesabına haciz konulmasının yarattığı problemlerin bir nebze önüne geçilebilmesi adına, haciz durumunda ilgili banka hesabına uygulanacak blokenin yalnızca hacze konu miktar ile sınırlı tutulması gerekir. Uygulamada doğrudan hesabın kendisine bloke konulduğu için avukatlar söz konusu banka hesaplarını kullanamamakta, bu yüzden mesleki faaliyetleri kesintiye uğramaktadır. Bu durum hakkın kullanımına ölçsüz bir sınırlama teşkil etmektedir. Doğru bir uygulama geliştirilmesi bakımından ilgili mercilerce avukatların UYAP'a kayıtlı banka hesabının niteliği de hatırlatılarak, bankalara hacze konu miktardan fazlasına bloke uygulamamalarına yönelik yazıların gönderilmesi düşünülebilir.

KAYNAKÇA

Akgün, Aliye. *Mevduat Sözleşmeleri*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Akıntürk, Turgut. *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.

Akil, Cenk. *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 15. Baskı, 2013.

Aksu, Raziye. "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 27 (Temmuz 2016), 861-891.

Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

- Arslan, Ramazan vd. *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2022.
- Arslan, Ramazan. “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağıının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4, Aralık 2016, 3217 – 3242.
- Aşık, İbrahim vd. *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.
- Atalı, Murat vd. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 6. Baskı, 2022.
- Balcı, Murat-Yeşilkaya, Emre. *Bankacılıkta Temel Kavramlar ve Kurumlar*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Çeker, Mustafa. *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*. Adana: Karahan Kitabevi, 2004.
- Çevik, Kemal. *Ekonomi Hukuku Yaklaşımı İle Banka Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 25. Baskı, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2022.
- Feyzioğlu, Necmi. *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, 1980.
- Görgün, L. Şanal vd. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2023.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2014.
- Günnergök, Özcan. *Avukatlık Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2013.
- Hasırcı, Hakan. "Belediye Mallarının Haczi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (Aralık 2016), 2821-2865.
- İmre, Zahit. “Usulsüz Vedia Akdi” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10/1-2 (1944), 188-228.
- Kaplan, İbrahim. *Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I*. Ankara: Adalet Matbaacılık, 1996.
- Karakimseli, Ayşe. “İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (Uyap) Kullanımı”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/ 1 (2018), 315-360.
- Karlı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku Esasları*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 4. Baskı, 2022.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2013.
- Özbay, İbrahim. “İcra ve İflâs Hukukumuzda Hacedilmezlikten Feragat (İİK. m. 83/a)”,

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9/1-2 (Haziran 2005), 543-567.

Özbek, Mustafa Serdar. “Genel Haciz Yoluyla İcra Takibinde Takip Talebi ve Ödeme Emrinde Banka Hesap Numarası Bilgilerinin Bulunmamasının Hukukî Sonuçları”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 3/2 (Haziran 2016), 3-20.

Özvatan, Seyit Ahmet, *Vergi İcra Hukuku’nda Kamu Alacaklarının Takip Ve Tahsilinde Haciz Uygulamasının Değerlendirilmesi*, Manisa: Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Pekcanitez, Hakan vd. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 10. Baskı, 2023.

Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 4. Baskı, 1982.

Reisoğlu, Seza. *Bankacılık Kanunu Şerhi*. İstanbul: Yaklaşım Yayıncılık, 2. Baskı, 2015.

Somuncuoğlu, Ünal. “Bankanın İflası Halinde Mevduatın Hukuksal Akıbeti”. *Terazi Hukuk Dergisi* 12/135 (Kasım 2017), 87-89.

Şener, Oruç Hami, *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2019.

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II*. İstanbul, 5. Baskı, 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 1993.

Tunçoğmağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II*. İstanbul: Sermet Matbaası, 3. Baskı, 1977.

Uyar, Talih. *İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. II*. Ankara: Bilge Yayınevi, 3. Baskı, 2014.

Ümit, Süleyman. “Elektronik Haciz Uygulamasının Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (Aralık 2010), 9-37.

Yavaş, Murat. *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, İstanbul, 2005.

Yavuz, Cevdet vd. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II*, İstanbul: Beta Yayınları, 11. Baskı, 2022.

Yıldırım, Atakan. *Vergi İcra Hukuku’nda Haciz ve Elektronik Haciz Uygulaması*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

Yıldırım, Kâmil -Deren Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 8. Baskı, 2021.



Yargı Erkinin Otorite ve Tarafsızlığının Korunması Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir İnceleme (*)

Restriction of Freedom of Expression for the Purpose of Maintaining the Authority and Impartiality of the Judiciary: A Comparative Review within the Framework of Case Law of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court

Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN**

Öz

İlk bakışta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde ifade özgürlüğünün, yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması amacıyla sınırlandırılması diğer sınırlandırma amaçlarına kıyasla daha az dikkat çeken ve dar uygulama alanı bulabilen bir meşru sınırlandırma amacı izlenimi vermektedir. Oysaki ifade özgürlüğüne getirilen bu meşru sınırlandırma amacı, hukuk devleti ilkesi ve demokratik toplum gereklilikleriyle de yakından ilişkilidir. Bu yönüyle söz konusu meşru amaca dayanılarak getirilen sınırlandırmanın evleviyetle AİHS 6. madde kapsamında adil yargılanma hakkıyla kurduğu ilişki göz önünde bulundurulmalıdır. Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı yakından incelendiğinde, Mahkeme'nin demokratik toplumda gereklilik ölçütü yönünden bir muhakeme yaptığı görülmektedir. Bu noktada üzerinde durulan başlıca meselelerse devletlere tanınan takdir alanı, yargı erkinin demokratik toplum bakımından nasıl vazgeçilmez olduğu, yargı erkine yöneltilen ifadeler arasında ne gibi ayrımlar yapıldığı ve ifade özgürlüğünün öznelerinin kimler olduğudur. Basın özgürlüğü özelindeyse masumiyet karinesiyle çatışma hâlinde ayrıca bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu çalışmada da AİHM'nin yaklaşımının yanı sıra, ilgili meşru amacın Türk ulusal mevzuatındaki karşılığı olan Anayasa'nın 26.

* Makale Geliş Tarihi: 12.11.2023 – Makale Kabul Tarihi: 24.12.2023 – Yayın Tarihi: 29.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1389724

** Araş. Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya – Türkiye,

E-posta: cemreyalcin@sakarya.edu.tr

ORCID: 0000-0003-4892-9882

hükmü eleştirel bir şekilde ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin (AYM) konuyla ilgili öne çıkan kararlarından hareket edilerek AYM'nin meseleyi yorumlayış biçiminin AIHM ile benzerlikleri ve farklılıkları aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yargı Erki, Yargı Otoritesi, Yargı Tarafsızlığı, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi.

Abstract

The restriction of freedom of expression for the purpose of maintaining the authority and impartiality of the judiciary, at first glance, gives the impression of a more marginalized and narrowly applicable legitimate aim within the framework of the ECHR. However, this legitimate aim of restricting freedom of expression is closely related to the rule of law and necessities of a democratic society. Accordingly, the relationship between the limitation imposed on the basis of the legitimate aim in question and the right to a fair trial under Article 6 ECHR must be taken into account. A close examination of the ECtHR case-law on the subject reveals that the Court makes a judgment regarding the criterion of necessity in a democratic society. The main issues addressed at this point are the margin of appreciation granted to states, how judicial power is indispensable in a democratic society, what distinctions are made between the statements against judiciary and who are the subjects of freedom of expression. When it comes to freedom of the press, a separate consideration is made in case of conflict with the presumption of innocence. Further to the ECtHR's approach, Article 26 of the Constitution, which is the corresponding provision of the mentioned legitimate aim in the Turkish national legislation, has been critically analyzed. The similarities and differences in the Constitutional Court's interpretation of the issue with that of the ECtHR are elucidated by referring to the prominent decisions of the Constitutional Court.

Keywords

Judiciary, Authority of Judiciary, Impartiality of Judiciary, Freedom of Expression, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court.

Giriş

İfade özgürlüğünün meşru sınırlandırma amaçları içerisinde, belki de en az dikkatleri üzerine çeken *“yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması”*dir. Halbuki bu amacın lafzını oluşturan her bir kavram kendi başına hukuk devleti ilkesi ve demokratik toplumun gereklilikleri açısından vazgeçilmez kavramlardır. Bu çalışmada, buradan hareketle, mevzubahis kavramların içeriği nasıl anlaşılır; ifade özgürlüğünün öznelinin nitelikleri ne kadar önemlidir,

çatışan haklar nasıl dengelenir, ifade özgürlüğünün yargı erki karşısında sınırları nasıl değişir sorularına AİHM kararlarına başvurularak cevaplar aranacaktır. Böylece AİHM'nin yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının korunması meşru sınırlandırma amacına dair genel yaklaşımı aydınlatılmaya çalışılacaktır. Başlangıçta belirtmek gerekir ki bu çalışma, AİHM'nin konuyla alakalı tüm içtihadını tamamıyla tüketmeyi hedeflememektedir. Bunun yerine çalışma, ilgili AİHM içtihadında ve doktrinde sıklıkla atıf yapılan, bu bakımdan insan hakları hukuku doktrininde ve uygulamasında öne çıktığı düşünülen bazı kararların odağında yer alan kavramları, özneleri ve AİHS çerçevesindeki özgürlüğün sınırlarını aydınlatmayı amaçlamaktadır. Son bölümde ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda “*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla*” şeklinde öngörülen meşru sınırlandırma amacının , AİHS'nin 10/2. maddesindeki hükümle lafzi olarak ne ölçüde örtüştüğü tartışılacaktır. Ardından Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yoluyla gelen konuyla ilgili başvuruları nasıl değerlendirdiği, içtihadında zamanla bir değişiklik olup olmadığı ve AİHM'nin yaklaşımıyla benzeştiği ve/veya farklılaştığı noktalar ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır.

I. AİHM Kararları Işığında Yargı Erki, Otoritesi ve Tarafsızlığı Kavramları

A. Yargı Erkinin Kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (“AİHS” veya “Sözleşme”) 10/2. maddesindeki “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının korunması*” ifadesi¹, kendi içerisinde barındırdığı birtakım

¹ Sözleşme'nin İngilizce resmi versiyonunda tam olarak kullanılan ifade “...for maintaining the authority and impartiality of the judiciary” şeklindedir, bkz. European Convention on Human Rights (ECHR), “ECHR Official Texts English”, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG (Erişim 20 Ekim 2023). Yine Sözleşme'nin Türkçe resmi versiyonunda ise tam olarak kullanılan ifade “...yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması” şeklindedir, bkz. European Convention on Human Rights (ECHR), “ECHR Official Texts Turkish”, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Erişim 20 Ekim 2023). Türk hukuk doktrinindeyse bu meşru amaç Gemalmaz tarafından önce “*yargının yetke ve yansızlığının korunması*” olarak ifade edilmiştir, bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), 693. Ancak daha sonra Gemalmaz, bu meşru amacı “...yargı organlarının yetke/(otorite) ve tarafsızlığının korunması/(muhafaza edilip sürdürülmesi)” şeklinde ifade etmiştir, bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011), 12. Diğer taraftan Doğru ve Orcan ise bu meşru amacı “...yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması” olarak ifade etmiştir, bkz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950) ve Protokolleri, “Site koordinatörleri: Osman Doğru ve Necdet Umut Orcan ‘insanhaklari.gen.tr.’” <https://insanhaklari.gen.tr/Belge.aspx?id=193&d=t> (Erişim 20 Ekim 2023). Karan ise bu meşru amacı “...yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi” şeklinde ifade etmiştir, bkz. Ulaş Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 370. Bozkurt ise bu meşru amacı “... yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması” olarak ifade etmiştir, bkz. Enver Bozkurt, *İnsan Hakları Temel Metinler* (Ankara: Legem Yayıncılık, 2018), 201. Konu hakkında Pekel tarafından 2014 yılında yazılan makaledeyse söz konusu meşru amaç “*yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması*” şeklinde kullanılmıştır, bkz. Abdülkadir Pekel, “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak ‘Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması’”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2014), 367. Tüm bu ifadeler dikkate alınmakla beraber; bir bütün olarak yargı erkini ön plana çıkarmak, yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması pahasına ifade özgürlüğünün neden meşru şekilde sınırlandırıldığını vurgulamak ve çalışma boyunca

kavramların açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim AİHS'nin ilgili hükmünü, parçalara ayırarak lafzi yorumla yaklaştığımızda karşımıza üç kavram çıkmaktadır. Bunlar sırasıyla yargı erki (“*judiciary*”), yargı otoritesi (“*authority*”) ve yargının tarafsızlığı (*impartiality*) kavramlarıdır². AİHS'nin denetiminden sorumlu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM” veya “Mahkeme”), bu kavramların taşıdıkları anlamları zaman içerisinde geliştirdiği içtihatlarında netleştirmiştir.

AİHM'nin *Sunday Times v. Birleşik Krallık* kararına bakıldığında, “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığı*” ifadesi hukuk devletinin temel ilkesini teşkil etmektedir. Bu bakımdan yargının otoritesi ve tarafsızlığı, hukuk devleti ilkesi için merkezî bir öneme sahip olup AİHS'nin 6. maddesinden de ayrı düşünülmemelidir. Bu bağlamda yargı erki kavramı, hem devletin adalet mekanizması olarak yargı organını hem de yargısal görevlerinden dolayı yargıçları kapsamaktadır³. AİHM'nin *Sramek v. Avusturya* kararında da vurgulandığı üzere yargı erki, hukuk kuralları tarafından belirlenmiş bir yetkiye dayanarak ve önceden koyulmuş belirli usul kurallarına uygun olarak yargısal işlev görmektedir⁴.

kavramsal bütünlük sağlamak amacıyla “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının korunması*” şeklinde bir kullanım tercih edilecektir.

² Avrupa Konseyi nezdinde, AİHS'nin 10. maddesinin hazırlık çalışmalarını özenli bir şekilde inceleyen Schabas'ın tespitlerinden hareketle “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması*” ifadesinin ilk taslak çalışmalarından itibaren mevcut olması dikkat çekicidir. Üstelik hazırlık çalışmalarında, madde metninde pek çok ciddi değişiklik gerçekleşmiş olmasına rağmen bu ifadenin korunduğunu görmek mümkündür. Kavram daha çok Britanya hukukundaki “*contempt of court (mahkemeye saygısızlık/hakaret)*” doktrininden esinlenerek metne aktarılmıştır, bkz. William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 444-450. Bununla birlikte incelenen meşru amaç, Oster'in isabetle vurguladığı üzere, tarihsel olarak köklerini *common law* devletlerindeki “*contempt of court*” kavramından almakla beraber birebir örtüşmemektedir. Oster'e göre genel olarak “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığı*”, mahkemelerin işleyişini, yargılama prosedürlerini, dava taraflarının haklarının yargılama sırasında korunmasını, yargının işleyişine ve özellikle yargıçlara yönelik eleştirileri içeren ifadelerin sınırlandırılmasını amaçlamaktadır, bkz. Jan Oster, *Media Freedom as a Fundamental Right* (Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2015), 220.

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Sunday Times v. The United Kingdom*, Appl. No. 6538/74, (26 Nisan 1979), § 55. Belirtmek gerekir ki yargı erki kavramına yalnızca mahkemeler değil yargı yetkisini kullanan kurumlar da dahildir. Dolayısıyla yargı erki kavramı, sadece olağan mahkemeleri değil yargı yetkisini kullanan bazı disiplin veya idari uzmanlık kurullarını da kapsamaktadır, ayrıca bkz. Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu (İstanbul: Beta Yayınları, Tıpkı 3. Baskı, 2013), 225.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Sramek v. Austria*, Appl. No. 8790/79, (22 Ekim 1984), § 36. Ayrıca bkz. Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ‘Adil Yargılanma’”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49/1 (1994), 210. Mahkemelerin yargısal işlev görmeleri ve bunun hukuki dayanağı olarak AİHS 6. madde çerçevesinde “*yasayla kurulmuş mahkeme*” koşulunun öngörülmesi hakkında ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Bentham v. The Netherlands*, Appl. No. 8848/80, (23 Ekim 1985), § 40. Benzer şekilde demokratik bir toplumda bireyin özgürlüğü hakkında karar verme yetkisine sahip yargı erkinin belirlenebilmesi ve bu makamların kamuoyunda güven uyandırabilmesi açısından ilgili yasalarda somut şekilde yetkilerin ve usuli gerekliliklerin belirtilmesi gerekmektedir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *De Jong, Baljet and Van Den Brink v. The Netherlands*, Appl. No. 8805/79, 8806/79, 9242/91, (22 Mayıs 1984), § 36

Dolayısıyla AİHM'nin içtihadına göre, bir mahkeme maddi anlamda gerçekleştirdiği yargısal işlev sebebiyle yargı erkinin bir parçasıdır⁵. Bir mahkeme, yetkisi dahilindeki meseleleri hukuk kuralları temelinde ve hukuk tarafından öngörülen şekilde yürütülen yargılamaların ardından karara bağlamasıyla nitelendirilmektedir. Ayrıca yargı erkinin yargısal işlevini yerine getiren mahkemeler, AİHS'nin 6. maddesi çerçevesinde özellikle yürütmeden bağımsızlık, tarafsızlık, üyelerinin görev süreleri ve usuli güvenceler gibi bir dizi başka unsuru da yerine getirmelidir⁶.

Yukarıda anılan kararlardan hareketle AİHM'e göre yargı erkinin, gerçekleşen yasal uyuşmazlıklar karşısında adaleti sağlayan, kendisine yasalarla tanınan yetkiler dairesinde birtakım usul kurallarına göre yargılama faaliyetini gerçekleştiren; yargısal faaliyetlerin maddi olarak gerçekleşmesinde hâkim, savcı, avukat gibi aktörleri kapsayan ve nihayetinde hukuk devleti ilkesiyle doğrudan bağlantılı bir rol üstlenen kavram olduğunu ileri sürmemiz mümkündür⁷.

B. Yargı Otoritesinin Kapsamı

Mahkeme *Sunday Times* kararında, yargı otoritesi kavramıyla hak ve yükümlülüklerin tespiti ve uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin halk nezdinde uygun bir forum olarak kabul

⁵ Sözleşme'nin 6/1. maddesinde geçen "mahkeme (*tribunal*)" teriminin AİHM tarafından yargısal işleviyle maddi anlamda kullanıldığı ve bir mahkemenin yetkisi dahilindeki konuları hukuki kurallar temelinde ve öngörülen şekilde yürütülen yargılamalardan sonra belirleyen bir organ anlamına gelebildiği yönünde bkz. Mathieu Leloup, "Not Just a Simple Civil Servant: The Right of Access to a Court of Judges in the Recent Case Law of the ECtHR", *European Convention on Human Rights Review*, 4/1 (2023), 45.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Belilos v. Switzerland*, Appl. No. 10328/83, (29 Nisan 1988), § 64; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Coëme and Others v. Belgium*, Appl. No. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, (22 Haziran 2000), § 99; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Richert v. Poland*, Appl. No. 54809/07, (25 Ekim 2011), § 43; Leloup, "Not Just a Simple Servant: The Right of Access to a Court of Judges in the Recent Case Law of the ECtHR", 45-46.

⁷ Bu tanımdan hareketle AİHM'in yargı erki ("*judiciary*") kavramını hem yargı fonksiyonunu ("*judicial function*") hem de yargı organı ("*judicial organ, judicature*") kapsayacak şekilde geniş olarak değerlendirdiğini söyleyebiliriz. Nitekim AİHM'in bu tercihi, hukuki uyuşmazlıkları çözme bakımından yargı fonksiyonunu; bu uyuşmazlıkları çözmekle görevli makamlar ve sülhler bakımından da yargı organını kapsamaktadır. Ayrıca AİHM, hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yargı erki kavramıyla hukuk devleti, demokratik toplum ilkesi ve adaletin sağlanması arasında da bir bağlantı kurmaktadır. Ne var ki yargı erkinin içeriğini belirlemek bakımından doktrinsel bazı nüanslar bulunmaktadır. Bilindiği üzere, devletin üç fonksiyonundan birisi yargı fonksiyonudur. *Gözler*'e göre yargı fonksiyonunun maddi kriteri "*hukuki uyuşmazlıkların çözülmesidir*". Yargı fonksiyonunun organik kriteriyse bu fonksiyonu yürüten makama göre tanımlandığından yargı organlarına göre belirlenir. Bu sebeple yargı fonksiyonu, "*yargı organlarının hukuki uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu*" olarak tanımlanmaktadır. Yargı organı ise hem gördüğü işlev hem de yapısal olarak ele alınabilir. İşlevsel bakımdan yargı organı, "*hukuki uyuşmazlıkları veya hukuka aykırılık iddialarını çözen ve karara bağlayan devlet organı*" olarak tanımlanmaktadır. Yargı organının yapısal tanımıysa mahkemeler üzerinden yapılmakta ve "*devletin mahkemelerden oluşmuş organı*" olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede *Gözler*'e göre yargı organı ve mahkeme kavramları eş anlamlıdır, detaylı açıklaması için bkz. Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 309-337. Buna karşın doktrinde *Diñçkol* ise "*yargılama*" ve "*muhakeme*" kavramları arasında bir ayırım yapılmasının daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Yargılama, "kaza" teriminin Türkçe karşılığı olup muhakemenin görevlerinden sadece birisidir. Hâkimin yaptığı faaliyet yargılama kavramına karşılık gelirken; iddia, savunma ve yargılamadan oluşan faaliyete muhakeme denilmesi terminolojik olarak daha ihtiyatlı bir seçim olacaktır, bkz. Abdullah Diñçkol, *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları* (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 139-140.

edildiklerini tespit etmiştir. Ayrıca mahkemelerin üstlendikleri bu işlev sebebiyle halkın mahkemelere güven ve saygı duyduklarını belirtmiştir⁸. Benzer şekilde *Worm* kararında AİHM, mahkemelerin yasal uyumsuzlukların çözümü ve bir suç isnadı karşısında bir kimsenin suçluluğu ya da masumiyetini belirlemede en uygun mercii olduğunu tespit etmiştir. Mahkemelerin bu otoritesinin, kamuoyu tarafından genel olarak kabul edildiğini, böylelikle mahkemelerin söz konusu işlevleri yerine getirme kapasitesine kamuoyunun büyük bir kesimince güven ve saygı duyulmasıyla “yargı otoritesi” kavramının ortaya çıktığı belirtilmiştir⁹.

Ayrıca Mahkeme, yargı otoritesinin zayıflaması hâlinde demokratik toplumlarda kamuoyunun yargı erkine olan güveninin de tehlikeye gireceğini vurgulamaktadır. Nitekim *Fey* kararında altı çizildiği üzere, yargı otoritesinin korunması bakımından önemli olan mesele, demokratik bir toplumda mahkemelerin, özellikle ceza yargılamalarında, sanıkta ve ayrıca genel olarak kamuoyu nezdinde, uyandırdığı güveni muhafaza etmesidir¹⁰.

Yargı erkinin otoritesi kavramı, devletin zor kullanma gücüne dayanan yargı erkinin bir hukuki uyumsuzluk hakkında karar verme yetkisinin yalnızca o yetkili organın tekelinde olduğuna da işaret etmektedir¹¹. Dolayısıyla AİHS 10/2. maddesinde öngörülen “*yargı erkinin otoritesinin...*” şeklindeki meşru amacın, yargı erkinin kendisine yasalarla tanınan yargılama yetkisini korumaya, otoritesine itaat ettirme gücünü muhafaza etmeye ve yargılama yetkisindeki tekele halkın duyduğu güvenin sürdürülmesine hizmet ettiğini ileri sürmemiz mümkündür.

C. Yargı Tarafsızlığının Kapsamı

AİHS'nin 10/2. madde metninde yer alan yargı erki ve otoritesi kavramlarının aksine, yargı tarafsızlığı kavramı AİHS sistematığı içerisinde daha somut bir karşılığa sahiptir. Yargı erki ve otoritesi kavramlarının içeriğini aydınlatmakta daha çok AİHM içtihatları bizlere yardımcı olmaktadır. Buna mukabil yargı tarafsızlığı kavramı, doğrudan adil yargılanma hakkı kapsamında AİHS 6. maddesindeki “*herkes davasının ... tarafsız bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir*” hükmü çerçevesinde somutlaşmaktadır.

Gölcüklü'ye göre tarafsızlık, mahkeme ve üyelerinin taraflara karşı onların lehlerinde ve aleyhlerinde bir duygu ya da çıkara sahip olmaması anlamına gelmektedir¹². *Anayurt*'a göre de tarafsızlık, yargıcın yargılama sırasında taraflara karşı objektif kalabilmesi, kendi duygu ve düşünce alanından arınıp karar verebilmesidir. Bu nedenle tarafsızlık bahsinde yargıcın kendi iç

⁸ AİHM, *Sunday Times v. U.K.*, §55.

⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Worm v. Austria*, Appl. No. 22714/93, (29 Ağustos 1997), § 40.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Fey v. Austria*, Appl. No. 14396/88, (24 Şubat 1993), § 30; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Skalka v. Poland*, Appl. No. 43425/98, (27 Ağustos 2003), § 40. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Lopuch v. Poland*, Appl. No. 43587/09, (24 Ekim 2012), § 61. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Kudeshkina v. Russia*, Appl. No. 29492/05, (14 Eylül 2009), § 86.

¹¹ Pekel, “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak ‘Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması’”, 373.

¹² Gölcüklü “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’*”, 211-213.

dünyasından kaynaklanan subjektif etki ve baskılardan kurtularak karar verebilmesi esastır¹³. En öz ifadeyle doktrinde tarafsızlık kavramı, önyargılı ve yanlı olmamak anlamında kullanılmaktadır. Nitekim son yıllarda AİHM'nin konuyla ilişkili kararlarında tarafsızlık kavramı önyargı ve peşin hükümde bulunmamak şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴.

Bununla birlikte AİHS'de “bağımsızlık” kavramı da tarafsızlık kavramıyla yakından ilgilidir. Mahkeme de bağımsızlık ile tarafsızlık kavramlarının birbiriyle yakından ilişkili kavramlar olduğunu içtihatlarında belirtmektedir¹⁵. Yine de iki kavram arasında teorik olarak bir ayırım yapılmalıdır. Bağımsızlık, başka herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almadan, yargı erkinin dış etkilerin baskısından arı ve özgür bir şekilde karar verebilmesidir. Buna karşın tarafsızlık ise hukuki uyuşmazlıklarda nihai kararı verecek hâkimin yargılama sırasında tarafgir olmaması, taraflara karşı nesnelliğini koruması ve kişiliğinden sıyrılabilesidir¹⁶.

Anlaşılaacağı üzere iki kavram arasında teorik anlamda bariz farklılıklar bulunsa bile, *İnceoğlu*'nun tespit ettiği üzere, pratikte bağımsız olmayan bir mahkemenin tarafsızlığına da gölge düşeceğinden bahisle Mahkeme bağımsızlık sorununu tarafsızlık sorunu olarak veya tam tersi şekilde değerlendirebilmektedir¹⁷. Bununla birlikte tarafsızlık kavramının teorik anlamda subjektif ve objektif boyutlarının bulunması AİHM'nin de pratikte önüne gelen davalar bakımından bu ikili ayrımı takip etmesi sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda tarafsızlığın olup olmadığı hem bir davada yargıcın kişisel düşüncelerini esas alan subjektif bir teste hem de konu hakkında meşru/makul şüpheleri karşılayabilecek güvenceleri yargıcın yerine getirip getiremediğine dair objektif teste göre belirlenmelidir¹⁸. Bu sebeple yargı tarafsızlığı mevzusunu, subjektif ve objektif tarafsızlık şeklinde ikili ayırım yaparak incelemek daha yerinde bir tercih olacaktır.

1. Subjektif Tarafsızlık

Subjektif tarafsızlık bakımından önemli olan husus yargıcın bireysel duygu, fikir, kanı, tutum ve davranışlarının tarafsızlıkla bağdaşıp bağdaşmadığıdır. AİHM'ye göre subjektif tarafsızlığın

¹³ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 343.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Denisov v. Ukraine, Appl. No. 76639/11, (25 Eylül 2018), § 61; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Alexandru Marian Iancu v. Romania, Appl. No. 60858/15, (22 Haziran 2020), § 57.

¹⁵ AİHM, Sramek v. Austria, § 38; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Langborger v. Sweden, Appl. No. 11179/84, (22 Haziran 1989), § 32.

¹⁶ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, (Ankara: Council of Europe & European Commission, Şen Matbaa, 2007), 33-34. Uluslararası boyutları için ayrıca bkz. Sibel İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde: Yargıcın Davranış İlkeleri*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2008), 15-48 ve 75-87. Ayrıca bkz. Levent Gönenç, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, (Ankara: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Anayasa Çalışma Metinleri 3, 2011). Benzer şekilde bağımsız olmayan bir yargıcın tarafsız; tarafsız olmayan bir yargıcın bağımsız olacağını düşünülmeceği yönünde bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 353.

¹⁷ İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 228.

¹⁸ D.J. Harris vd. *Law of the European Convention on Human Rights*, (New York: Oxford University Press, 2009) 290.

yitirildiği kanıtlanmadığı sürece yargıçların tarafsız olduğu karine olarak kabul edilmelidir¹⁹. O halde, subjektif tarafsızlığın olup olmadığını tespit etmede yardımcı olacak soru şu şekilde olmalıdır: “Bir yargıcın belirli bir davanın taraflarına yönelik önyargılı ve tarafgir bir tutumu ya da kişisel bir kanaati bulunmakta mıdır?”²⁰.

AİHM'nin *Sander v. Birleşik Krallık* kararında, sanığa karşı yargıcın ve jüri üyelerinin aralarındaki ırkçı imâların ve şakaların yargılamanın subjektif tarafsızlığını ihlâl ettiği tespit edilmiştir²¹. AİHM'nin *Buscemi v. İtalya* kararında ise AİHM, mahkeme başkanının henüz hüküm verilmeden önce basın yoluyla yaptığı açıklamalarla başvuru hakkındaki olumsuz fikirlerini açıklamasının, subjektif tarafsızlığa uygun düşmediğini tespit etmiştir. Böylece mahkeme başkanının basın yoluyla paylaştığı ifadelerinin, başvuru hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında tarafsızlığa ilişkin korkularını haklı kıldığına hükmedilmiştir²². AİHM'nin *Mikhail Mironov v. Rusya* kararına göre önyargı veya tarafgirlik iddialarının dayandığı gerekçelerin niteliğinin incelenmesi önemlidir. Bu bakımdan başvuru hakları önyargı itirazlarını, makul şüpheler uyandırabilecek somut veya muayyen gerekçelere dayandırmak yerine salt soyut ve genel gerekçelere dayandırılırsa bu durum istismar olarak nitelendirilmelidir²³.

Öte yandan subjektif ve objektif tarafsızlık ayrımları zaman zaman bazı davalarda iç içe geçebilmektedir. Örneğin AİHM'nin *Kyprianou v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi* kararında avukatın dava sürecinde sarf ettiği sözlerin aynı mahkemenin yargıçları tarafından mahkemeyi aşağılama şeklinde yorumlanması ve avukata beş günlük hapis cezası verilmesi olayında; avukatın sözlerinin mahkemece yorumlanmış şekli Mahkeme tarafından tarafsızlığın yitirildiği olarak değerlendirilmiş ve hem subjektif hem de objektif tarafsızlığın ihlâl edildiğine hükmedilmiştir²⁴.

Daha güncel tarihli *Xhoxhaj v. Arnavutluk* kararında da Mahkeme, subjektif ve objektif tarafsızlık arasında kesin bir ayrımın olmadığını vurgulamıştır. Salt dışarıdan bir gözlemcinin bakış açısıyla, yargıcın davranışının onun tarafsızlığına dair objektif bir şüphe yarattığını tespit etmek mümkündür. Ancak AİHM aynı zamanda yargıcın kişisel kanaatlerinin de subjektif bir şüphe yaratabileceğini belirtmektedir. Unutulmamalıdır ki her halükarda demokratik bir toplumda öncelikle önemli olan mahkemelerin halk nezdinde uyandırması gereken güvendir. Bu güvenin tam olarak sağlanabilmesi için yargıcın subjektif tarafsızlığı karinesi karşısında objektif tarafsızlığa da önem verilmesi gerekmektedir²⁵. Dolayısıyla yargılamada tarafsızlığın korunup korunmadığı mevzusunda, subjektif ve objektif tarafsızlık kimi zaman birbirinden ayrılırken çoğu zaman olay özelinde iç içe geçerek her ikisinin de yitirilebilmesi mümkün olmaktadır. Bu sebeple

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Morel v. France*, Appl. No. 34130/96, (6 Haziran 2000), § 41; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Miminoshvili v. Russia*, Appl. No. 20197/03, (28 Haziran 2011), § 113.

²⁰ İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, 39.

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Sander v. The United Kingdom*, Appl. No. 34129/96, (9 Mayıs 2000), § 26

²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Buscemi v. Italy*, Appl. No. 29569/95, (16 Eylül 1999), § 68.

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Mikhail Mironov v. Russia*, Appl. No. 58138/09, (6 Ekim 2020), § 36.

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Kyprianou v. Cyprus*, Appl. No. 73797/01, (15 Aralık 2005), §123-133.

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Xhoxhaj v. Albania*, Appl. No. 15227/19, (9 Şubat 2021), § 292-293.

subjektif tarafsızlığın apaçık ortadan kalktığı haller haricinde, yargı erkinin tarafsızlığını tam olarak aydınlatmak için objektif tarafsızlığa başvurulması gerekmektedir.

2. Objektif Tarafsızlık

Objektif tarafsızlığı, İngiliz hukukundaki “adaletin gerçekleşmesi için aynı zamanda gerçekleştiğinin görülmesi de gerekir”²⁶ doktrinini göz önünde bulundurduğumuzda ayırt etmek daha kolaydır. Objektif tarafsızlık açısından en önemli nokta dışarıdan bakıldığında, mahkemenin görünümünün tarafsız olduğunun tereddüte yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilir olmasıdır. *İnceoğlu*'nun da vurguladığı şekilde, objektif tarafsızlık kurum olarak mahkemenin kişi üzerinde bıraktığı izlenimle ilgilidir. Bu sebeple objektif tarafsızlıkta yargıcın tarafsızlığına dair herhangi bir meşru kaygıyı veya korkuyu ortadan kaldıracak yeterli güvencenin sunulup sunulmadığı var olan tarafsızlık görüntüsünden anlaşılabilir olmalıdır²⁷.

AİHM güncel tarihli *Meng v. Almanya* kararında, Avrupa Konseyi organlarınca alınan güncel tavsiye kararlarında mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının güçlendirilmesinin önemini giderek daha fazla vurgulandığını ve kamunun, hukukun üstünlüğüne olan inancını sağlamak bakımından bu meselenin elzem olduğunu belirtmiştir. Kararda, özellikle AİHM'nin objektif tarafsızlığa ilişkin önceki yıllarda geliştirdiği içtihadı atıf yapıldıktan sonra²⁸; objektiflik testi için öncelikle yargıcın herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak adına yeterli garantiler sunup sunmadığının tespit edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ardından bu testin uygulanmasında yargılama kürsüsünde oturan kimselerin görünüşlerinin bile önemli olduğu; üstelik birtakım kişisel davranışlardan bağımsız olarak sadece yarattıkları intibanın tarafsızlık konusunda şüpheye yol açabileceği vurgulanmıştır. Belirli bir davada mahkemenin tarafsız olup olmadığına karar verilirken tarafsız olmadığını iddia edenlerin bakış açısının tek başına belirleyici olmasa da önemli olduğunun ve fakat tarafsızlığa yönelik korkunun nesnel olarak gerekçelendirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir²⁹. Davaya konu olay bakımından yargıcın yarattığı intiba ve bazı sözlerinden dolayı nesnel bir şekilde tarafsızlığını yitirdiği ve sanki suçluluğa ilişkin zaten önyargılı bir görüşe ulaştığı; bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlaline kararı verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir³⁰.

²⁶ “Justice must not only be done: it must also be seen to be done.” bkz. Harris vd., “Law of the European Convention on Human Rights”, 291. Ayrıca bu ifadeye doğrudan yer verilen AİHM kararı için bkz. De Cubber v. Belgium, Appl. No. 9186/80, (26 Ekim 1984), § 26

²⁷ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği”, 39-40. Ayrıca bkz. AİHM, Langborger v. Sweden, § 32; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Hauschildt v. Denmark, Appl. No. 10486/83, (24 Mayıs 1989), § 46-48.

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Meng v. Germany*, Appl. No. 1128/17, (16 Şubat 2021), § 44. Aynı yerde ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, Appl. No., 19874/92, (7 Ağustos 1996), § 56; AİHM, *Kyprianou v. Cyprus*, § 118.; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Schwarzenberger v. Germany*, Appl. No. 75737/01, (10 Ağustos 2006), § 38; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Pope v. the Netherlands*, Appl. No. 32271/04, (24 Mart 2009), §22.

²⁹ AİHM, *Meng v. Germany*, § 44-46.

³⁰ AİHM, *Meng v. Germany*, § 53-65.

devletlerin AİHS'nin uygulanmasında birinci derecede sorumlu olmasından ve AİHM yargılamasının ikincilliği ilkesinden almaktadır³⁴.

Bununla birlikte ifade özgürlüğünde takdir alanı en temelde ifadenin içeriği, ifade edildiği bağlam ve ifadenin yöneldiği özneye göre değişebilmektedir³⁵. Söz gelimi Mahkeme, konu hakkında verdiği öncü kararlardan birinde, hakka müdahaleyi meşrulaştırmak için ileri sürülen gerekçeler bakımından, taraf devletlere tanınan takdir alanının Sözleşme'de belirtilen meşru sınırlandırma amacıyla ilişkisinin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemiştir³⁶. Dolayısıyla ifade özgürlüğü açısından da taraf devletçe kullanılan takdir alanının, meşru sınırlandırma amacıyla ilgisinin ve bu amacı gerçekleştirmek bakımından ölçülülüğünün ortaya konulması gerekmektedir. Takdir alanı bakımından mevzubahis ilginin ve ölçülülüğün belirlenmesinde; ifadenin içerik ve bağlamı, ifade özgürlüğü hakkının öznesi, ifadenin muhatabı olan özne, ifadenin kullanıldığı yer ve zamanı, son olarak da ifade ediliş biçimi kriterleri Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmaktadır³⁷.

Karan'ın tespit ettiği üzere, AİHM'nin ifade özgürlüğü içtihadında takdir alanı doktrini önemli bir role sahiptir. Bu bağlamda ifadenin konusu, ifadenin yöneldiği kişi ya da kurum ve ifadenin sahibinin konumu gibi ölçütlere göre devletlerin takdir alanı değişiklik gösterebilmektedir. İfadenin yöneldiği kişi açısından, ifadenin yargı erkine yönelmesi prensipte takdir alanının genişlemesine sebep olmaktadır³⁸. *Şirin* ise yargı erkine yönelik ifadelerde AİHM içtihadını

³⁴ Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2019). Arda Atakan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", *MÜHF-HAD*, 16/3-4 (2010), 29-36. Erdoğan Keskin, "AİHM'in Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69/3 (2020), 1379-1414. Ayrıca detaylı bir analizi için bkz: Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000), 14-32. Takdir alanı doktrininin uluslararası insan hakları hukuku bakımından çok boyutlu tartışması için bkz. Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Defence and Proportionality*, (New York: Oxford University Press, 2012), 26. Diğer taraftan *Letsas*'ın ayrımına göre, takdir alanının maddi boyutu özgürlükler ve kolektif hedefler arasındaki ilişkiyi ele alır ve Sözleşme'de korunan özgürlüğe yapılan müdahalenin niçin ihlal teşkil etmediğini açıklar. Takdir alanının yapısal boyutu ise ulus-üstü yargı sisteminin bir özelliği olarak ulusal yargısal denetim yetkilerinin sınırlanmasına karşılık gelir ve Mahkeme'nin ikincilliğiyle ilgilidir, bkz. George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, (New York: Oxford University Press, 2007), 84-92.

³⁵ *Şirin*, "Takdir Marjı Doktrini", 375.

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Dudgeon v. The United Kingdom*, Appl. No. 7525/76, (22 Ekim 1981), § 54-58

³⁷ Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, 141-163. Brems ise takdir alanının kapsam ve önemini belirleyen dokuz farklı faktör bulunduğunu tespit etmiştir. Brems'in AİHM içtihatları üzerinden yaptığı analize göre; (1) AİHS'nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkrasındaki meşru sınırlandırma amaçlarından hangisine dayanıldığı, (2) Mevzubahis hakkın önemi, (3) Taraf devletler arasında konsensüsün olup olmadığı, (4) Politik alan olup olmadığı, (5) Diğer antlaşmalarda referansın varlığı, (6) Taraf devletin iç hukukunda belirsizlik veya norm hakkında ya da uygulama bakımından uyumsuzluk olması, (7) Hakkın özü/maddi içeriği kriteri, (8) Hususiyet arz eden yerel bir durumun varlığı, (9) Durumun müstesna karakterinin olup olmaması. AİHM'nin takdir alanı doktrinine ilişkin uygulaması hakkında daha fazla bilgi için bkz. Eva Brems, "The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 56 (1996), 240- 313.

³⁸ *Karan*, "İfade Özgürlüğü Hakkı", 370.

dikkate alıp ikili bir ayırım yaparak; ifadenin kamuoyunda devam etmekte olan bir tartışmaya katkı sunması hâlinde takdir alanının daraldığını, ancak ifadelerin kişisel, yıkıcı ve yersiz nitelik taşıması hâlinde takdir alanının genişlediğini tespit etmektedir³⁹.

İlgili içtihadı bakıldığında *Sunday Times* kararında Mahkeme, devletlerin bu konuda takdir alanlarının dar olduğunu ileri sürmüştür⁴⁰. İlk olarak takdir alanının, AİHS 10/2. maddesinde belirtilen her bir amaç bakımından aynı olamayacağını altı çizilmiştir. Neticede ahlakın korunmasıyla kıyaslandığında, yargı erkinin otoritesinin çok daha objektif olduğunu ve ulusal hukuk sistemleri ile taraf devletlerin uygulamalarında oldukça esaslı ortak bir temel bulunduğunu tespit ederek daha dar bir takdir alanı olduğuna karar vermiştir. Öte yandan *Brems*'in tespitine göre Mahkeme, *Sunday Times* kararından sonra bir daha yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığı bahsinde takdir alanının dar tutulduğu içtihadını hiç tekrarlamamıştır⁴¹. Buna karşın *Brems*'in söz konusu tespitinin bulunduğu eserin 1996 tarihli olduğu ve Mahkeme'nin daha güncel tarihli kararları dikkate alındığında bu tespit artık geçerli olmadığını söylemek mümkündür. Diğer ifadeyle Mahkeme, konu hakkında takdir alanına ilişkin kategorik bir yaklaşım göstermemektedir.

Nitekim daha güncel tarihli kararlar incelendiğinde; *Şirin*'in yukarıda tespit ettiği gibi Mahkeme, artık kamuoyunu ilgilendiren meselelere ilişkin kamusal tartışmaya katkıda bulunma kriterini öne çıkararak takdir alanının daralabileceğine hükmetmektedir. Dolayısıyla AİHM, bu konuda takdir alanı meselesine kategorik olarak yaklaşmamaktadır. Örneğin *Morice v. Fransa* kararında, Fransa ile Cibuti arasındaki işbirliği anlaşması gereği geçici görevdeyken ölü bulunan yargıç Bernard Borell'in ölümünün ertesinde kamuoyunda çıkan tartışmalar ve *Le Monde Gazetesi*'nde yayımlanan yargıcın aslında intihar etmediği yönündeki haberler sonrasında Mahkeme, adalet sisteminin işleyişinin demokratik toplumun esaslı bir parçası olması sebebiyle kamusal yararının kapsamında olduğunu, olayda da kamuoyunu ilgilendiren bir mesele olarak yargının işleyişine dair bir tartışmanın olduğunu ve nihayetinde ifade özgürlüğünün daha yüksek düzeyde korunarak ulusal makamlara daha dar bir takdir alanının tanınması gerektiğini tespit etmiştir⁴².

Benzer şekilde yargının işleyişine dair haberler söz konusu olduğunda, demokratik bir toplumda basın "kamunun bekçisi" rolünü yerine getirebilmesi için ulusal makamların takdir alanının daraltılması gerektiği AİHM'nin *July and Sarl Liberation v. Fransa* kararında vurgulanmıştır. Uygulanan tedbirlerin ve yaptırımların, kamuoyunu meşru şekilde ilgilendiren meselelerdeki tartışmalara katılımı engelleyebileceğinden bahisle, bu konudaki tedbir ve yaptırımların gerekliliği noktasında ulusal makamların yapacakları değerlendirmelerde takdir alanının dar olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁴³. Mahkeme'nin çok daha güncel tarihli içtihatlarında da *Morice v. Fransa*

³⁹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", 376.

⁴⁰ AİHM, *Sunday Times v. U.K.*, § 59.

⁴¹ Brems, "The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights", 259-260.

⁴² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Morice v. France*, Appl. No. 29369/10, (23 Nisan 2015), § 128.

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *July and Sarl Liberation v. France*, Appl. No. 20893/03, (14 Şubat 2008), § 61-67.

ve *July and Sarl Liberation v. Fransa* kararlarında sunduğu gerekçeyi tekrarladığını tespit etmek mümkündür⁴⁴.

Ancak her durumda unutulmamalıdır ki ulusal makamların bir müdahalenin gerekliliğini değerlendirmede belirli bir takdir alanı bulunsa bile; olaya uygulanan ilgili hukuk kuralları ve içtihadı uygunluk bakımından bu takdir alanı AİHM'nin denetimine ("*European supervision*") tâbidir⁴⁵. Bu sebeple takdir alanının gündeme geldiği durumlarda, ulusal makamların keyfiliğe kaçmaması ve Mahkeme'nin benzer somut vakalar hakkındaki yaklaşımlarını dikkate alması gerekmektedir.

2. Yargı Erkinin Demokratik Toplumdaki Rolü ve Yargı Erkine Yönelik İfadeler Arasında Yapılan Ayrımlar

AİHM içtihadına genel olarak bakıldığında, diğer kamu görevlileri ile mukayese edildiğinde ifade özgürlüğü karışısında en yüksek korumadan kural olarak yargıçların yararlandığı görülmektedir. Bu durum, esasında demokratik bir hukuk devletinde yargıçların adalet mekanizması içerisinde üstlendikleri rolle yakından ilgilidir. Diğer taraftan yargıçların kamunun yüksek güvenine sahip olmaları gerekliliğine rağmen; mesleki sorumluluk olarak kamu önünde fikirlerini açıklayamamaları, bu sebeple kendilerine yöneltilen eleştirilere cevap vermelerinin mümkün olmaması göz önünde bulundurulduğunda yargıçlara yönelik eleştirilerin kabul edilebilirlik sınırları daha da daralmaktadır.

Skalka v. Polonya kararında AİHM, yargıçların adaletin garantörü olduklarını, genel olarak halka ve bilhassa ceza yargılamalarında sanığa güven telkin edilmesi noktasında özel bir rollerinin olduğunu altını çizmiştir. Her ne kadar mahkemeler de diğer kamu kurumları gibi eleştiriden muaf olmasalar bile; hukukun üstünlüğünün bulunduğu demokratik bir toplumda, adalet mekanizmasının işleyişinde çok önemli bir görev üstlenen mahkemelerin kamuoyunun güvenine sahip olması zorunluluğu karşısında asılsız saldırılara karşı korunmaları gerekmektedir⁴⁶. Mahkemelerin bir hukuk devletinde adaletin garantörü olarak görevlerini başarılı bir şekilde yerine getirebilmek için kamuoyunun güvenini kazanmaları şarttır. Diğer taraftan yargıçların kendilerine yöneltilen eleştirilere karşılık vermek bakımından imkana sahip olmamaları da göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle asılsız, temelsiz ve yıkıcı saldırılara karşı yargıçların yanıt

⁴⁴ Bu tespiti destekleyen yöndeki içtihat için bkz: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Anatoliy Yeremenko v. Ukraine*, Appl. No. 222877/08, (15 Eylül 2022), § 43-44. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Freitas Rangel v. Portugal*, Appl. No. 78873/13, (11 Ocak 2022), § 50. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Kozan v. Türkiye*, Başvuru No: 16695/19, (1 Mart 2022), § 44-47. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Eminağaoğlu v. Türkiye*, Başvuru No. 76521/12, (9 Mart 2021), § 126. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Brisic v. Romania*, Appl. No. 26238/10, (11 Aralık 2018), § 106. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Ottan v. France*, Appl. No. 41841/12, (19 Nisan 2018), § 61. Diğer yandan ifade özgürlüğü sınırlandırılırken suçlananın adil yargılanma hakkının dikkate alınması, takdir alanının dar değerlendirilmesi hakkında bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Miljevic v. Croatia*, Appl. No. 68317/13, (25 Haziran 2020), § 54-55 ve 64.

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Schöpfer v. Switzerland*, Appl. No. 25405/94, (20 Mayıs 1998), § 33.

⁴⁶ AİHM, *Skalka v. Poland*, §34- 40; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Zugic v. Croatia*, Appl. No. 3699/08, (31 Mayıs 2011), § 45.

vermelerinin oldukça kısıtlı olması karşısında demokratik toplum bakımından yargı erkinin güveninin korunması gerekmektedir⁴⁷.

Bu sebeple Mahkemeye göre eleştiri (“*criticism*”) ile hakaret (“*insult*”) arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir⁴⁸. AİHM’nin *July and Sarl Liberation v. Fransa*⁴⁹, *Morice v. Fransa*⁵⁰ ve *Stancu and Others v. Romanya*⁵¹ davalarında belirtildiği üzere, izin verilen sınırlar içerisinde yargıçlar yalnızca genel bir şekilde değil kişisel eleştiriye tâbi tutulabilirler. Hatta resmi sıfatlarıyla yargıç olarak hareket ederken sıradan vatandaşlara kıyasla daha geniş eleştiri sınırlarına tâbi olmaları gerekir. Yargıcın bir temyiz mahkemesi başkanı olduğu *Panioglu v. Romanya* kararında olduğu gibi özellikle çok daha görünür bir kamu görevinde buldukları durumlarda eleştirinin sınırı daha da genişleyebilmektedir⁵².

Buna mukabil eleştiri sınırlarının ötesine geçen, olgusal temelleri olmayan ve yıkıcı saldırılar söz konusu olduğunda ise yargı erkinin demokratik hukuk devletinde üstlenmiş olduğu vazgeçilemez rol devreye girmektedir. Bu doğrultuda ifadenin amacı, sadece mahkemeye veya üyelerine hakaret etmekten ibaret ise yapılan müdahalenin AİHS 10/2. maddesi kapsamında ihlal teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir⁵³. Örneğin *Skalka v. Polonya* kararında olduğu gibi başvuruçunun herhangi bir somut eleştiri veya şikayet yönelmeksizin yazdığı mektuplarda, hedef aldığı yargıçlar hakkında “*sorumsuz soytarlar*”, “*küçük çaplı aptallar*”, “*sınırlı karakterler*” ve “*olağanüstü ahmaklar*” şeklindeki ifadelerinin mektubun bütününde açıkça aşalağıyıcı ifadeler içermesi sebebiyle hakaret olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁵⁴.

Diğer taraftan AİHM’nin *Nikula v. Finlandiya* kararında belirtildiği üzere, yargılama sırasında gelişen durumlar üzerine taraflar birbirlerine karşı oldukça sert fikirlerini beyan edebilirler. Nitekim karara konu olayda başvuruçunun “*sıfatını suistimal ediyor... resmi vazifesini ihlal ediyor*” şeklindeki eleştirilerinin amacının savcının şahsiyetine yönelik olmaması, yalnızca savcının hukuki profesyonelliğine, izlediği stratejiye ve usul işlemlerindeki yetersizliğine yönelmesi sebebiyle Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁵. Buna mukabil *Saday* davasında olduğu gibi sanığın kullandığı “*devlet cübbe giydirilmiş cellatlar tarafından katledilmemizi istemektedir*” ve “*Faşist yönetim (...) şimdi beni Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yargılamak istiyor*” gibi ifadelerin eleştiri düzeyini aştığı tespit edilmiştir.

⁴⁷ Harris vd., “*Law of the European Convention on Human Rights*”, 488- 490. Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Prager and Oberchlick v. Austria*, Appl. No. 15974/90, (26 Nisan 1995), § 34; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *De Haes and Gijssels v. Belgium*, Appl. No. 19983/92, (24 Şubat 1997), § 37. AİHM, *Kudeshkina v. Russia*, § 86.

⁴⁸ AİHM, *Skalka v. Poland*, §34.

⁴⁹ AİHM, *July and Sarl Liberation v. France*, § 74

⁵⁰ AİHM, *Morice v. France*, § 131.

⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Stancu and Others v. Romania*, Appl. No. 22953/16, (18 Ekim 2022), § 114.

⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Panioglu v. Romania*, Appl. No. 33794/14, (8 Aralık 2020), § 113.

⁵³ Harris vd., “*Law of the European Convention on Human Rights*”, 488.

⁵⁴ AİHM, *Skalka v. Poland*, § 36.

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Nikula v. Finland*, Appl. No. 31611/96, (21 Mart 2002), § 49-56.

boyutuna ulaştığına kanaat getirilirse Mahkeme, ifade özgürlüğünün meşru şekilde sınırlandırılmasının demokratik toplum bakımından gerekli olduğuna hükmetmektedir. Dolayısıyla AİHM içtihatları ışığında⁶⁰, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yargı erkinin otoritesinin ve tarafsızlığının korunması bakımından meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı belirlenirken hem ilgili devletin konu hakkındaki takdir alanı hem de somut olayın özelliklerinin demokratik bir toplumda müdahaleyi ne ölçüde gerekli kıldığına titizlikle tespit edilmesi gerekmektedir.

B. Basın Özgürlüğünün Bir Sınırı Olarak Masumiyet Karinesi ve Çatışan Hakların Dengelenmesi

Uluslararası insan hakları belgeleri arasında AİHS'nin demokrasi ve insan haklarının korunması çerçevesinde ayırt edici bir yere sahip olmasının gerekçelerinden biri olarak, Sözleşme'de korunan hakların somut olayda birbiriyle çatışması hâlinde AİHM'nin yeri geldiği zaman bu haklar arasında dengelemeyi sağlayan bir muhakeme yapmasını gösterebiliriz. AİHM'nin bu şekilde haklar arasında bir üstünlük ilişkisi kurmaksızın somut olayın koşullarına uygun olarak çatışan haklar arasında dengeleme yapması; Sözleşme'nin bir bütün olarak demokrasinin ve insan haklarının korunmasını sağlamaya hizmet eden etkili, yaşayan bir insan hakları belgesine dönüşmesine yol açmaktadır.

Önceki bölümde yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması meşru sınırlandırma amacını oluşturan kavramların her birinin, AİHS 6. maddede güvence altına alınan adil yargılanma hakkıyla ne kadar yakından ilişkili olduğu serimlenmeye çalışılmıştı. Bununla birlikte bu çalışmada incelenen meşru sınırlandırma amacının adil yargılanma hakkının bir alt görünümü olan masumiyet karinesiyle çatışması da mümkündür. Tam da bu noktada Sözleşme çerçevesinde korunan haklar arasında dengelemenin sağlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

AİHS 6/2. maddesi “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*” hükmüne yer vererek masumiyet karinesi ilkesini korumaktadır⁶¹. Mahkeme içtihatlarında, masumiyet karinesinin korunması iki boyutuyla öne çıkmaktadır: İlki, ceza yargılamalarının yürütülmesi bakımından usuli boyut; ikincisi ise mahkûmiyet haricinde neticelenen ceza yargılamalarında sanığın yargılama boyunca sabit bulunan masumiyetine saygı gösterilmesini sağlayan boyuttur⁶². İlk boyut bakımından masumiyet karinesi ilkesi, kamu görevlilerinin bir davalının suçluluğu hakkında hükümden önce beyanlarda bulunmasını engellemekte, bu bakımdan da ceza yargılamalarında usuli güvence sağlayarak adil yargılanma

⁶⁰ Benzer bir değerlendirme için bkz. Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners*, (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2017) 72-75.

⁶¹ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4* (Ankara: Avrupa Konseyi, MRK Baskı, 2018), 295- 300.

⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Allen v. The United Kingdom*, Appl. No. 25424/09, (12 Temmuz 2013), § 93-94.

hakkını korumaktadır⁶³. Diğer yandan *Loucaides*'in belirttiği üzere, masumiyet karinesi ilkesi Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmekle birlikte Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinden de bu ilkeyi türemekte ve tüm yargısal süreçlerde göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁴.

AİHM'nin *Konstas v. Yunanistan* kararında belirtildiği üzere, mevzubahis usuli güvence yalnızca ceza yargılamalarıyla sınırlı değildir. Hedeflenen güvencenin kapsamı daha geniş olup aynı zamanda bir kimsenin suçunun mahkemelerce sabit oluncaya kadar hiçbir kamu görevlisinin o kişinin suçlu olduğunu belirtmemesini de gerekli kılmaktadır. Mahkemeye göre masumiyet karinesi bir usul hakkı olarak esasında savunmanın haklarını güvence altına almaya hizmet etmektedir. Ayrıca sanığın onur ve şerefini korumaya da yardımcı olmaktadır⁶⁵. Masumiyet karinesinin bu boyutu çerçevesinde, bir kimsenin suçlu olduğunun mahkeme tarafından sabit görülmeden önce o kişiden sanki suçluymuş gibi bahsedilmesi bu çalışmanın ana konusunu yakından ilgilendirmektedir. Nitekim bu durumda, bir tarafta birilerinin Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkı bulunurken; onun karşısında suç isnat edilen kimsenin Sözleşme'nin 6/2. maddesi kapsamında masumiyet karinesi ilkesiyle bağlantılı olarak adil yargılanma hakkı bulunmaktadır.

Söz konusu çatışma durumu ilk kez AİHM'nin *Sunday Times v. Birleşik Krallık* kararında ele alınmıştır. Kararda, davanın taraflarının basın aracılığıyla ortaya attığı ifadelerin “basın tarafından yargılama” algısı yaratabileceği belirtilmektedir. Böyle durumlarda kamuoyu, yargılama hakkında peşin hükümlere varabilmekte ve mahkemeler kendilerine duyulan saygı ve güveni kaybedebilmektedir. Üstelik halkın, basın yayın organlarında mevzubahis sahte yargılamaları (“*pseudo-trials*”) düzenli olarak görmeye alışması, mahkemelerin hukuki uyumsuzlukların çözümü için uygun bir yer (“*forum*”) oldukları algısına karşı uzun vadede oldukça yıkıcı sonuçların doğmasına yol açacaktır⁶⁶. Bu yöndeki endişeler sebebiyle “basında yapılan sahte yargılamalar” AİHM tarafından doğrudan yargı erkinin otoritesi ve masumiyet karinesinin korunması bağlamında değerlendirilmektedir.

AİHM *Ageyevy v. Rusya* kararında, özellikle *Tourancheau et July v. Fransa* kararında⁶⁷ ortaya konulan ilkelere atıflar yapılarak, ifade özgürlüğü kullanılırken masumiyet karinesine mutlaka saygı gösterilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yargılamalar hakkındaki yorumların, ister kasıtlı olsun ister olmasın, kişinin adil yargılanma hakkına hanel getirmeden ve halk tarafından

⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Kurban v. Türkiye*, B. No. 75414/10, (24 Kasım 2020), § 45.

⁶⁴ Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays. Nijhoff Law Specials, Vol. 70* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 47-48.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Konstas v. Greece*, Appl. No. 53466/07, (24 Mayıs 2011), § 32.

⁶⁶ AİHM, *Sunday Times v. U.K.*, § 63.

⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Tourancheau et July c. France*, Req. No. 53886/00, (24 Kasım 2006), § 66-68. Kararın orijinal dili Fransızca olduğu için ve yalnızca Fransızca olarak erişime açık olduğundan sınırlı bir şekilde inceleme yapılabilmektedir.

mahkemelerin otoritesine duyulan güveni sarsma ihtimali yaratmadan yapılması⁶⁸ gerektiği vurgulanmıştır. Bu bakımdan gazetecilerin birtakım belirli ödev ve sorumluluklarının olduğu⁶⁹ belirtilmektedir. Özellikle kamu yararını ilgilendiren konularda, basın kamuoyuna bilgi verme hakkını gerçekleştirirken iyi niyetle hareket etmelerini ve gazetecilik etiğine uygun olarak güvenilir ve doğru (“*reliable and precise*”) bilgi vermeleri gerektiği vurgulanmıştır⁷⁰. Dolayısıyla yargıya dair haberlerin basın yoluyla kamuoyunun dikkatine sunulmasında birtakım basın ilkelerinin öncelikli olarak göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁷¹.

Dupuis and Others v. Fransa kararında AİHM, basının demokratik toplum bakımından üstlendiği rolün önemini vurgulamıştır. Diğer taraftan yargılama sırasında, adil yargılanma hakkının korunması için soruşturmanın gizliliğini sağlamak amacıyla bazı özel tedbirlerin alınmasının da meşru olduğu belirtilmiştir. AİHM, soruşturmanın gizliliği ihlal edilerek edinilen bilgilerin kamuoyuyla paylaşılması konusunda cezalandırma menfaati ile basının üstlendiği kamuoyunun “bekçi köpeği” rolünün sağladığı menfaat dengelenirken çok hassas olunması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu noktada basının, gazetecilik etiği, iyi niyetle hareket etme, güvenilir ve doğru bilgileri yayma gibi ilkelere uygun şekilde davranması önemli bir husustur. Belirtilen davaya konu olayda, başvuruçuların yazdığı kitaptan dolayı cezalandırılmalarından önce de kamuoyunda geniş bir tartışma olması⁷², mahkûmiyet kararının çok sonra verilmesi ve gazetecilerin basın ilkelerine

⁶⁸ Benzer bir yaklaşım daha öncesinde *Worm* kararında AİHM tarafından benimsenmiştir. Gazeteciler, yargılanan kimseler hakkında yorum ve eleştiri getirirken bu kişilerin de adil yargılanma haklarının olduklarını göz önünde bulundurmalıdır. Bu sebeple ifade özgürlüğü basına, kasten olsun veya olmasın, haber yapılırken ön yargı oluşturmaya ya da kamuoyunun yargı hakkındaki güvenini sarsmaya yönelik bir yetki vermez. Şayet iddia edildiği gibi savcının açıklamalarına olduğu gibi yer veriyse yalnızca alıntı yaptığını belirtmesi gerekirdi. Ancak her halükârda bir kimsenin suçluluğunu tespit etmek başvuranın değil, savcının görevidir; Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlali yoktur, bkz. AİHM, *Worm v. Austria*, § 46-59

⁶⁹ Dikkat edilecek olursa AİHS’nin herhangi bir başka maddesinde yer almayan “ödev ve sorumluluk” kavramı, yalnızca ifade özgürlüğü bakımından öngörülmüştür. Dolayısıyla ifade özgürlüğü hakkına sahip olmak, birtakım ödev ve sorumlulukları beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda basının da, özellikle demokratik çoğulculuğa sağlamak adına, ifade özgürlüğünü istismar etmemesi (nefret söylemi, şiddet ve ayaklanmaya teşvik gibi) için ödev ve sorumluluklarının olduğu kabul edilmektedir. Üstelik AİHS 10/2. maddesindeki bu ödev ve sorumluluk meşru sınırlandırma amaçlarıyla birlikte ifade özgürlüğünün sınırlanmasını mümkün kılmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, 364-365. Ayrıca Kaboğlu’na göre “görev ve sorumluluk” kavramı, görevleri sebebiyle bazı kimselerin (kişi kategorileri olarak avukatlar, kamu görevlileri, askeri statü sahipleri gibi) diğer kişi kategorilerinden daha geniş sınırlandırmalara tabi olması anlamına gelmektedir, bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı* (İstanbul: AFA Yayınları, 1999), 223. Özellikle kamu görevlileri bakımından AİHS 10/2. maddesinde yer alan “görev ve sorumluluk kavramı”nın AİHM içtihatında nasıl yorumlandığı hakkında bkz. Abdi Sağlam “AİHS’ye Göre İfade Özgürlüğü Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev Ve Sorumluluk Kavramı”, *TAAD 7/25 “İfade Özgürlüğü Özel Sayısı”* (2016), 89-101. Özellikle kamu görevlileri ile gazetecilerin AİHS 10/2. maddesi kapsamındaki ödev ve sorumlulukları hakkında AİHM içtihadı esas alınarak yapılan bir değerlendirme için bkz. Harris vd., “*Law of the European Convention on Human Rights*”, 494-499.

⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Ageyev v. Russia*, Appl. No. 7075/10, (18 Nisan 2013), § 225-226.

⁷¹ Yargıya dair haberler ile masumiyet karinesi ilişkisinde ilkeler için bkz. Dilara Yüzer, “Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 “Özel Sayı” (2013), 1657-1678.

⁷² Daha eski tarihli *Weber* kararında Mahkeme, basın konferansında devam eden soruşturma ile ilgili yapılan bir kısım açıklamaların, yaklaşık bir yıl önceki başka basın açıklamasındaki ifadelerle aynı olması sebebiyle kamuoyu tarafından bu içeriğin bilindiğini; bu gerekçeyle cezalandırmanın demokratik toplumda gerekli olmadığına hükmedilmiştir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Weber v. Switzerland*, Appl. No. 11034/84, (22 Mayıs 1990), § 49-52.

aykırı davrandığına işaret eden bir durumun olmaması gerekçeleriyle AİHM, ifade özgürlüğünün lehine karar vermiştir⁷³.

Gerçekten de ifade özgürlüğünün kullanılmasında basın ilkelerine riayet edilmediğinde yargı erkinin otoritesine gölge düşeceği açıktır. Nitekim kamuoyunun ilgisini çeken davaların toplumda büyük bir merak duygusu uyandırması ve ardından yargılamaya ilişkin çeşitli görüşlerin basın yoluyla kamuoyunda dolaşıma girmesi, hem tarafsız mahkemelerin yargılama yetkisi üzerinde hem de yargılanan kimselerin adil yargılanma hakkı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilir. Özellikle basın dolayımıyla, bilhassa son yıllarda sosyal medya mecralarında, kamuoyu tarafından “sahte yargılamaların” yapılması, suçu henüz mahkeme kararıyla sabit görülmemiş kimselerin çoktan mahkûm edilmiş olduğu algısını oluşturabileceği gibi mahkemelerin yargılama otoritesini de sarsabilecektir. Bu sebeple, ifade özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı arasında bir dengelemenin yapılması kaçınılmaz bir zaruriyettir. Bu noktada AİHS 10/2. maddesinin ifade özgürlüğü için getirdiği meşru sınırlandırma amacı yargı erkinin otorite ve tarafsızlığını sağlamaya hizmet ederken; diğer taraftan AİHS'nin 6. maddesi yargılanan kişinin adil yargılanma hakkını koruma altına almaktadır. Sonuçta ifade özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının çatıştığı bu gibi durumlarda, somut olayın özellikleri titizlikle göz önünde bulundurularak demokratik bir hukuk devletinde halkın güvenine dayanmak zorunda olan yargı erkinin otoritesi ve kişinin masumiyet karinesinin lehine, ancak ifade özgürlüğü bağlamında kamuoyunun bilgi edinme hakkını da tamamen ortadan kaldırmayacak bir denge kurulması gerekmektedir.

C. İfade Özgürlüğünün Özneleri Bakımından Değerlendirme

1. Yargıçların İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirme

AİHS'nin 10/1. maddesine göre “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir.” Dolayısıyla yargı erki içerisinde yargılama faaliyetini fiilî olarak yerine getiren yargıçların da ifade özgürlüğünün öznesi olması bakımından herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Buna mukabil yukarıda yargı erkinin tarafsızlığının objektif boyutu bahsinde altı çizildiği üzere, yargıçların tarafsız bir görünüme sahip olmaları gerekmektedir. Üstelik bu durum yargı erkinin otoritesine karşı duyulan saygı ve güvenin bir gereğidir. Benzer şekilde Mahkemenin yargı mensuplarının ifade özgürlüklerine dair kararlarında önem verdiği kriter, yargı erkinin otoritesine ve tarafsızlığına gölge düşüren ifadelerin mevcut olup olmadığının tespitidir. Bu kriter ışığında AİHM, yargı erkinin otoritesinin ve tarafsızlığına yönelebilecek her sorgulama, şüphe ve tereddüt karşısında yargı mensuplarının ifade özgürlüğünü kullanırken ihtiyatlı olmaları gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁴.

Nitekim söz konusu ihtiyata ilişkin *Kayası v. Türkiye* kararında AİHM'e göre başvuruçunun savcı görevinde bulunması ona; adaletin iyi işlemesi, böylece halkın adalete olan güveninin

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Dupuis and Others v. France*, Appl. No. 1914/02, (7 Haziran 2007), § 42-49.

⁷⁴ Nehare Mecit – Kemal Mecit, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”, *TAAD* 9/33 (2018), 851.

sağlanmasına katkıda bulunmak suretiyle bireysel hakların ve hukuk devletinin koruyucusu olma yükümlülüğünü getirmektedir. Yargı erkinin otoritesinin ve tarafsızlığının sorgulanabileceği her durumda, savcı gibi yargı mensuplarının ifade özgürlüğünü kullanırken büyük bir ihtiyat içerisinde olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Mahkeme, başvuruçunun 12 Eylül Askeri Darbesi'ni yapan generaller hakkında iddianame düzenleyerek daha ilgili mahkemeye bu iddianameyi sunmadan basınla paylaşması üzerine verilen cezanın demokratik toplumda gerekli tedbir olduğuna hükmetmiştir. Zira bahsedilen ihtiyatlılık yükümlülüğü çerçevesinde, yargı mensuplarının provokasyonlara cevap vermek amacıyla olsa bile basın organlarını kullanmamaları gerekmektedir⁷⁵.

Esasında AİHM, *Kayasu v. Türkiye* kararında sunduğu gerekçenin bir benzerini daha önce *Buscemi v. İtalya* kararında belirtmiştir. *Buscemi* kararında AİHM, yargıç ile başvuruçunun arasında basın üzerinden gerçekleşen tartışmanın neticesinde yargıcın objektif tarafsızlığını yitirdiği yönünde başvuruçunun korkularının meşru sayılması gerektiğini tespit etmiştir. Bu sebeple AİHS 6/1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Dahası yargıcın, basında gerçekleşen bilgi kirliliğini gidermek için kaleme aldığı yazının neticede kararın çoktan verildiği yönünde bir izlenim oluşturduğu tespit edilmiştir. Görüldüğü üzere, yargıçların ifade özgürlüğünün sınırları hem AİHS 10. maddesi bakımından hem de AİHS 6. maddenin gerekleri bakımından oldukça daralmaktadır.

Buna mukabil *Wille v. Lihtenştayn* kararında, başvuruçunun yargıcın, anayasa yargısı ve temel özgürlükler üzerine verdiği bir ders sırasında güncel siyasal gelişmelere dair yaptığı açıklamalara karşı Lihtenştayn Prensi'nin başvuruçuyu bir daha yargıç olarak atamayacağını açıklamasını değerlendiren AİHM, somut olay bakımından caydırıcı etkinin ("*chilling effect*") ortaya çıkabileceğini ve başvuruçunun bir daha bu yönde açıklama yapmaktan çekinebileceği ihtimalini dikkate almıştır. Üstelik başvuruçunun ifadelerinin ders kapsamında çok az kişi tarafından duyulduğu, ifadelerinde herhangi bir sert eleştiri veya aşağılama olmadığı hususları vurgulanmıştır. Neticede Mahkeme, Prens'in açıklamalarının başvuruçunun ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine; bu müdahalenin ise demokratik toplumda gerekli olmadığına, hatta belli oranda takdir alanı bulunmasına rağmen Prens'in eyleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından orantısız olduğuna hükmetmiştir⁷⁶.

AİHM'nin yargıçların ifade özgürlüğü ile yargı erkinin otoritesinin ve tarafsızlığının nasıl dengelenmesi gerektiğine ilişkin en dikkat çekici karlarından biri ise *Kudeshkina v. Rusya* kararıdır. Mevzubahis kararda, aynı zamanda yargıç olan başvuruçunun Rusya'daki yargı sisteminin işleyişi hakkında yaptığı eleştiriler sonucu görevinden alınması Sözleşme'nin 10.

⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Kayasu v. Türkiye*, B. No: 64119/00 ve 76292/01, (13 Kasım 2008). Kararın orijinal metninin Fransızca olması sebebiyle T.C. Dışişleri Bakanlığı'nın gayriresmi özet çeviri metni esas alınmıştır, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), "Veri Tabanı (HUDOC)", <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22%22CASE%20OF%20KAYASU%20v.%20TURKEY%22%22%7D%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%22%7D>; (Erişim 21 Ekim 2023)

⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Wille v. Lichtenstein*, Appl. No. 28396/95, (28 Ekim1999), § 50-51 ve 63-70.

maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bununla beraber kamu yararı bulunan konularda bile kamu görevlilerinin her zaman sadakat ve sağduyu yükümlülükleri ışığında inceleme yapmanın gerekliliği de vurgulanmıştır. Başvurucu atandığı soruşturmaya ilişkin Moskova Şehir Mahkemesi Başkanı tarafından makama çağrılmış ve yargılamanın yürütülmesi hakkında kendisine belirli sorular sorulmuştur. Ardından başvurucu, mevcut soruşturmadan alınmıştır. Başvurucu, birkaç ay sonraki Rusya genel seçimlerinde milletvekili adayı olmuş, propoganda sürecinde Rusya'daki yargı sistemini eleştiren açıklamalar yapmıştır. Rus mahkemelerinin bağımsızlığı ile tarafsızlığı hakkındaki endişelerini dile getirmiş ve Rusya'da yargı reformunun yapılması gerektiğine dair görüşlerini bildirmiştir. Genel seçimlerde meclise giremeyen başvurucu, yeniden yargıçlık görevine dönmüş; fakat disiplin yaptırımı çerçevesinde, başvurucunun tüm bu davranışlarının yargıçların otoritesiyle uyumsuz olduğu tespit edilerek ifadelerinin yanlış, uydurma ve çarpıtılmış olması gerekçesiyle görevden alınmıştır⁷⁷.

AİHM, başvurucunun çeşitli yargı yetkililerini alenen eleştirildiği ve Rus mahkemelerinde yargıçlar üzerindeki baskının yaygın bir uygulama olduğu iddialarını göz önünde bulundurarak kamu yararı olan çok mühim bir konunun dile getirildiğini belirtmiştir. Dolayısıyla bu konuların demokratik bir toplumda serbestçe tartışılması gerektiğini tespit etmiştir. Mahkeme, belli dereceye kadar abartma ve genelleştirmelere izin verilebileceğini; bunun ötesinde başvurucunun ifadelerinin, olgusal temellerden tamamen yoksun olmadığını, neticede kamu açısından büyük öneme sahip bir mesele hakkında makul yorumlar olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca başvurucunun olgusal temellere dayanarak ifade ettiği yargı erkinin tarafsızlığı ve bağımsızlığına yönelik endişelerinde haklı olduğu tespit edilmiştir. Dahası yerel yargılamalarda önemli usul güvencelerinin bile sağlanmadığı saptanmıştır. Yargıçlıktan ihraç cezasının orantısız bir şekilde ağır olmasının, yargı kurumlarının faaliyetlerine ilişkin tartışmalara katılmak isteyen diğer yargıçlar üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğini tespit eden AİHM, yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması ile başvurunun ifade özgürlüğü arasında adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁷⁸.

AİHM içtihatlarında, yargıçların aynı zamanda birer kamu görevlisi olması sebebiyle, bir üst başlık olarak nitelendirebileceğimiz “*kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü*” bağlamında da değerlendirmeler yapılmıştır. Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne ilişkin AİHM yaklaşımı, kural olarak yargı erki mensupları bakımından da aynen geçerlidir⁷⁹. Bu çalışmanın sınırlarını aşmamak ve ana merkezinde yer alan konudan uzaklaşmamak adına sınırlı bir değerlendirme yapılacaktır. Yine de son yıllarda yargıçların ifade özgürlüğüne ilişkin AİHM'nin önemli kararlara imza attığını ve bunlardan en öne çıkanlarının kısaca zikredilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Söz gelimi *Baka v. Macaristan* kararında AİHM, başvurucunun Macaristan'da gerçekleşmekte olan yargı reformları üzerine eleştirel ifadeler kullanmasını, ardından yapılan anayasa

⁷⁷ AİHM, Kudeshkina v. Russia, § 8-42.

⁷⁸ AİHM, Kudeshkina v. Russia, § 79-102.

⁷⁹ Emre Akbulut, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Danıştayın Konuya Yaklaşımı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9/18 (2021), 20-21 (özellikle oradaki 45. dipnot).

değişiklikleri neticesinde bir anlamda görevden alınmasını AİHS 10. maddesi kapsamında da değerlendirmiştir. AİHM, başvurunun ifadelerinin “*yargıyı etkileyen anayasal ve yasal reformlar, adli sistemin işleyişini ve reformunu igilendiren hususlar, hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ve hâkimlerin emeklilik yaşının düşürülmesi hususu hakkındaki görüşlerini ve eleştirilerini*” kapsadığı, bu sebeple de “*başvuranın görevinin ve açıkça genel kamu menfaatini ilgilendiren tartışma kapsamına giren beyanlarının, ifade özgürlüğünün yüksek derecede korunmasını, bu özgürlüğe karşı yapılacak herhangi bir müdahalenin sıkı bir denetime tabi tutulmasını ve bu doğrultuda davalı Devletin yetkililerine dar bir takdir payı tanınması gerektiği*” sonucuna ulaşmıştır. Neticede AİHM, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gereklilik kriterini sağlamadığını tespit etmiştir⁸⁰.

Yine *Eminağaoğlu v. Türkiye* kararında da AİHM, temelde kamu görevlilerinin ödev ve sorumluluklarından hareket etmiştir⁸¹. Öncelikle karar, başvurunun kamuoyunda geniş yankı bulan çeşitli yargılamalara ve siyasi gelişmelere ilişkin görüşlerini açıklaması bakımından tek bir olaya dayanmamaktadır⁸². Mahkeme bu bağlamda başvurunun çeşitli açıklamalarını birbirinden ayırarak her biri özelinde inceleme yapmıştır. Bununla birlikte yargı erkinin otoritesi ve tarafızlığının korunması bakımından da önemli tespitlerde bulunulmuştur. AİHM başvurudaki meşru amacın, sözleşmecî devlet tarafından hâkim ve savcılara ketumluk yükümlülüğü getirildiği ve bu yükümlülüğün yargı erkinin hem bağımsızlığını hem de kararlarının otoritesini sağlama ihtiyacından kaynaklandığını tespit etmiştir. Neticede yapılan müdahalenin, yargının tarafsızlığının ve otoritesinin korunması amacına hizmet ettiği tespit etmiştir. Ancak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesinde; yapılan müdahalenin, acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği ile izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kötüye kullanılmasını önlemek için etkili ve yeterli güvencelerin sağlanması gerektiğini vurgulamıştır⁸³.

Kozan v. Türkiye kararında da, başvuru yargıcın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu (HSYK) eleştiren ve hükümet karşısındaki bağımsızlığını sorgulayan bir haberi kendisi gibi yargıçlardan oluşan özel Facebook grubunda paylaşması sonucunda yargıca disiplin cezası verilmesi üzerine Mahkeme; yapılan müdahalenin yargıçlık mesleğinin özüne dokunan meselelerdeki tartışmalar bakımından gereksiz bir otosansüre yol açacağını, verilen disiplin cezasının tüm yargıçlar üzerinde caydırıcı etki doğuracağını, ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahaleye karşı usuli güvencelerin de bulunmadığını, sonuçta uygulanan disiplin cezasının

⁸⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Baka v. Macaristan*, B. No. 20261/12, (23 Haziran 2016), § 171-176.

⁸¹ AİHM, *Eminağaoğlu v. Türkiye*, § 121.

⁸² Mahkeme, başvurunun ifadelerini üçe ayırmıştır: ilk kısımda Ergenekon davasına, ikinci kısımda Dink davasına, son kısımdaysa belli bir bağlamda Cumhurbaşkanı, Diyanet İşleri Başkanı, din eğitimi, laiklik ilkesi ve seçim süreçlerinde politikacıların açıklamalarının yargı mensuplarına etkisine yönelik ifadeleri incelenmiştir, bkz. AİHM, *Eminağaoğlu v. Türkiye*, § 117 ve 138-148.

⁸³ AİHM, *Eminağaoğlu v. Türkiye*, § 132-153.

hiçbir acil toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığından bahisle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁸⁴.

AİHM'nin güncel tarihli *Sarısü Pehlivan v. Türkiye* kararında ise başvuru, hem İzmir'de yargıdır hem de Yargıçlar Sendikasının genel sekreteridir. Başvuru, 20 Şubat 2017 tarihinde Evrensel gazetesine bir röportaj vermiştir. Röportajın içeriği ise Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişi, Cumhurbaşkanının genişleyen yetkilerini, Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın üye sayıları ile üyelerin seçilme usullerini öngörerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapan 6771 sayılı Kanun oluşturmaktadır. Söz konusu röportajın ardından başvurucuya, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle yeni adı Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) olarak değiştirilen Kurul tarafından 20 Eylül 2018 tarihinde 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na dayanılarak önce kınama cezası verilmiş, sonra başvuruicunun sicili dikkate alınarak ceza hafifletilmiş ve başvuruicuya iki gün aylıktan kesme cezası verilmesine karar verilmiştir⁸⁵.

Başvuru, Anayasa değişikliğine dair fikirlerini açıklaması üzerine verilen disiplin cezasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini; disiplin cezası veren kararın içeriğinde hangi ifadelerinin yargının saygınlığını zedelediğinin ve hâkim sıfatıyla bağdaşmadığının açıklanmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca başvuru, özellikle kamu yararına yönelik yargının bağımsızlığını ilgilendiren meselelerde yargıçların ifade özgürlüğünün daha yüksek düzeyde korunması gerektiğini belirtmektedir. Dahası başvuru yargıçlar sendikasının genel sekreteri olarak hükümet sisteminde ve yüksek yargıda köklü hukuki değişiklikleri düzenleyen Anayasa değişikliği hakkında kamuya açık şekilde görüş bildirme hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır⁸⁶.

Bu noktada AİHM, Yargıçlar Sendikasının hukuk devletinin varlığını ve yargı bağımsızlığını savunan sendikal örgüt olması sebebiyle “toplumun bekçi köpeği” işlevinin göz önünde tutulması gerektiğini vurgulayarak adaletin işleyişine dair konularda görüş bildirmenin başvuruicunun yalnızca hakkı değil aynı zamanda görevi olduğunu vurgulamaktadır. AİHM bu sebeple başvuruicunun, yargıç sıfatının getirmiş olduğu ihtiyat ve itidal yükümlülüğüyle bağlı olduğunu ve fakat Yargıçlar Sendikasında genel sekreter olmasından dolayı sivil toplumda aktör rolünün de bulunduğunu tespit etmektedir⁸⁷. Böylece başvuruicunun, yargının işleyişi ve bağımsızlığı üzerinde etkisi olabilecek anayasal değişikliklere ilişkin görüş bildirme hakkı ve görevi olduğuna kanaat getirilmiştir. Söylemlerin içeriğinin de özellikle HSYK'nın yapısında yapılacak değişikliklerin yargıdaki sendikalaşma sürecini nasıl etkileyebileceğine odaklandığını; anayasa değişikliği sonrasında yargı bağımsızlığının zedeleneyeceğini, zira HSK'da sadece Cumhurbaşkanı ve Meclis tarafından seçilen üyelerin yer alacağını ve artık yargıçların yürütmenin iradesine karşı gelemeyeceğini; bu sebeple referandumda sendikanın hayır oyu verme niyetini açıklamıştır⁸⁸.

⁸⁴ AİHM, *Kozan v. Türkiye*, § 59-70.

⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Sarısü Pehlivan v. Türkiye*, B. No. 63029/19, (6 Haziran 2023), § 1-10.

⁸⁶ AİHM, *Sarısü Pehlivan v. Türkiye*, § 24-25.

⁸⁷ AİHM, *Sarısü Pehlivan v. Türkiye*, § 39-42.

⁸⁸ AİHM, *Sarısü Pehlivan v. Türkiye*, § 43.

Bu nüanslardan hareketle AİHM, söylemlerin tamamının belli bir kişi veya kurumlara yönelmekten ziyade bir bütün olarak yargının yürütme karşısındaki bağımsızlığının korunmasına yönelik olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca AİHM, *Eminağaoğlu v. Türkiye* içtihadına da atıf yaparak, yargıyı ilgilendiren anayasa değişikliklerinin eleştirisine dair açıklamaların demokratik bir toplumda kuşkusuz tartışmaya açık olması gerektiğini ve bu yönde büyük bir kamu yararı olduğunu belirtmiştir. Üstelik başvurunun söylemlerinin kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı gibi yargı sistemini ilgilendiren konulara yönelik olmasının yukarıda belirtilen kamu yararı kapsamına girdiğini ve daha yüksek bir düzeyde korumadan yararlanması gerektiğini tespit etmiştir⁸⁹.

Hatta AİHM, başvurunun açıklamalarının aynı zamanda hükümet sistemine ve yargı erkinin yapısına da yönelmiş olduğunu; ancak yargı erkinin siyasi iktidar karşısında bağımsızlığına ilişkin meselelerin bir şekilde devletin yapısına ve işleyişine dair genel politikaların bir parçasını da teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu bağlamda başvurunun söylemlerinin siyasi boyutlar taşıması, başvurunun aynı zamanda Yargıçlar Sendikası genel sekreteri sıfatı da dikkate alındığında, mesleğinin esasını etkileyen bir konuda ifade özgürlüğünü kısıtlamak için yalnız başına yeterli bir sebep olarak değerlendirilmemelidir⁹⁰. Başvurucuya verilen disiplin cezasının nispeten hafif olduğu yönündeki iddiaları da değerlendiren AİHM, bu hususta verilen cezanın caydırıcı etki doğurabileceğine işaret etmiştir. Nitekim anayasal reformlar ve yargı bağımsızlığına ilişkin meselelerde kamusal tartışmaların içerisinde bulunmak isteyen yargıçlar üzerinde bu gibi cezaların verilmesinin doğası gereği bir bütün olarak yargı üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceği vurgulanmıştır⁹¹.

Son olarak AİHM, başvurunun bir taraftan yargıç diğer taraftan sendikanın genel sekreteri olması durumu ve yapılan açıklamaların bağlamı dikkate alındığında, hangi açıklamalarının yargının saygınlığına zarar verdiği veya başvurunun siyasi olarak taraflı olduğunu gösteren hangi sarih ifadelerin HSK'nın ceza kararında belirtilmediğini tespit etmektedir. Tam da bu sebeplerle ulusal makamın, ifade özgürlüğüne yaptığı müdahaleyi haklı göstermek adına yeterli gerekçe sunmadığına hükmedilmektedir⁹². Nihayetinde AİHM yukarıda belirtilen gerekçeler ışığında, başvuruna verilen disiplin cezasının Sözleşme'nin 10/2. maddesi çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olarak görülemeyeceği sonucuna vararak ihlal kararı vermiştir⁹³.

Görüldüğü üzere AİHM, yargıçların ifade özgürlüğü konusunda onların birer kamu görevlisi olmaları niteliğini ve yargıçlık mesleğinin beraberinde getirdiği sorumlulukları ciddiyetle dikkate almaktadır. Adil yargılanma hakkının gerekliliklerinin de bir sonucu olarak, yargıçların ifade özgürlüğünün sınırları bir hayli dardır. AİHM için öncelikli kriter, yargı erkinin otoritesine ve

⁸⁹ AİHM, *Sarısu Pehlivan v. Türkiye*, § 44-46.

⁹⁰ AİHM, *Sarısu Pehlivan v. Türkiye*, § 47.

⁹¹ AİHM, *Sarısu Pehlivan v. Türkiye*, § 48.

⁹² AİHM, *Sarısu Pehlivan v. Türkiye*, § 49.

⁹³ AİHM, *Sarısu Pehlivan v. Türkiye*, § 51-52.

tarafsızlığına gölge düşüren ifadelerin somut şekilde mevcut olup olmadığının tespit edilmesidir. Yine bu çerçevede yapılan açıklamaların bağlamı da önem arz etmektedir. Diğer taraftan yapılan açıklamaların bulunduğu bağlamının bir kamusal tartışmayla ilgili olup olmadığı veya kamusal tartışmaya bu şekilde katılmanın demokratik toplum bakımından korunmaya değer bir yönünün bulunup bulunmadığı da dikkate alınmaktadır. Bu noktada yargının iç işleyişini ve yapısını, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığını, yargı reformlarını, adalet sisteminin kamuda yarattığı güveni, yargıda mesleki ve sivil toplum örgütlenmesini, yasal ve anayasal değişiklikleri ilgilendiren meselelerde AİHM ifade özgürlüğünün korunmasını sağlama yönünde titizlikle somut olayın koşullarını değerlendirmektedir. Bu çerçevede Mahkemenin konuyu daha çok demokratik bir toplumda mevcut müdahalenin gerekliliği üzerinden tartışarak acil toplumsal bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı ve yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen amaç bakımından orantılı (amaç-araç dengesi) olup olmadığını inceleyerek karar verdiğini söylemek mümkündür.

2. Avukatların İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirme

Yargı sistemi içerisinde ifade özgürlüğünün öznesi olmak bakımından avukatların özel bir konumu bulunmaktadır. Yargı faaliyetinin asli unsurlarından olan avukatlar, adil yargılanma ve savunma hakkının güvencesini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde avukatların bu özel rolü, onlara birtakım özel haklar ve yükümlülükler getirmektedir. Bu bağlamda avukatların, hem müvekkileri hem de idare ve yargıyla kurdukları ilişkilerde belirli güvencelere sahip olmamaları hâlinde mesleklerini özgürce ve layıkıyla yerine getirmeleri mümkün olamayacaktır⁹⁴. *Kanadoğlu*'na göre, avukatların en temel özelliği bağımsız olmalarıdır. Hatta avukatlığın özünü bağımsızlıkları oluşturmaktadır. Mevzubahis bağımsızlık, her şeyden evvel devlete karşı bağımsız olmaya ve aynı zamanda üçüncü özel kişilere karşı bağımsız olmaya karşılık gelir. Bağımsızlığın bir sonucu olarak avukatlar yalnızca müvekkiline karşı sorumludur. Ayrıca yargıçlar ile savcılarının yanında onlarla eşit düzeyde ve eşit haklarla görevlerini ifa edebilmeleri için avukatların belirli güvencelere sahip olmaları kaçınılmazdır⁹⁵.

Yukarıda da belirtildiği üzere, avukatlık mesleğinin bağımsız niteliği ve bu niteliğin doğal bir sonucu olarak avukatların birtakım özel haklara sahip olmaları ve yükümlülükler taşımaları ifade özgürlüğü bakımından hususiyet arz etmektedir. Bu sebeple avukatların, ifade özgürlüğü bakımından bazı özel güvencelere sahip olmaları gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim ilgili AİHM kararları, avukatların yargı sistemi içerisindeki rolünün kamusal önemini vurgulayarak ifade özgürlüğünün avukatlar bakımından daha geniş şekilde yorumlanması gerektiği sonucunu öne çıkarmaktadır. Neticede avukatların mahkemeler ile halk arasındaki merkezî rolü düşünüldüğünde, hukuk devleti ilkesine dayanan bir devlette yargı erkinin kamusal güveni

⁹⁴ Dilşad Çiğdem Sever, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", *Ankara Barosu Dergisi* 76/4 (2018), 243-246.

⁹⁵ Osman Korkut Kanadoğlu, "Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 146 (2020), 81-83.

sağlaması bakımından avukatların özel bir konumu bulunmaktadır⁹⁶. Bu bağlamda *Morice v. Fransa* kararı, avukatların meslekleri, davaların yürütülmesi ve yargıçların tutumları hakkındaki ifadelerinin daha geniş bir korumadan yararlanması gerektiğinin bir örneğidir.

Önceki bölümlerde takdir alanına dair açıklamalarımızda da bahsettiğimiz *Morice v. Fransa* kararı, adil yargılanma hakkı kapsamında avukatların duruşma ve dilekçelerdeki ifadelerinin yoğun şekilde korunmasının gerektiğini tespit etmektedir. Karar, daha da önemlisi, bilhassa toplumun ilgisine mazhar olan davalarda, avukatların mahkeme dışındaki ifadelerinin⁹⁷ (*Le Monde* gazetesine verdiği röportajda) de belirli bir korumadan yararlanması gerektiğini vurgulaması açısından önemlidir. Başvurucu avukat, yargı sisteminin işleyişi hakkında kamu menfaatini ilgilendiren bir tartışmanın kapsamında sert de olsa olgusal temellere dayanan eleştirilerini ifade etmiştir. Dahası avukatların ifade özgürlüğü, adil bir yargı sisteminin işleyişi bakımından avukatların bağımsızlığıyla ilişkilendirilmelidir. Bu çerçevede kararda, demokratik bir toplumda avukatların ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının yalnızca istisnai durumlarda gerekli olabileceği vurgulanmıştır⁹⁸.

AİHM içtihadına dair *Sever*'in yaptığı önemli bir tespit ise Mahkeme'nin aynı yıl içerisinde benzer konudaki *Fuchs v. Almanya*⁹⁹ ve *Peruzzi v. İtalya*¹⁰⁰ kararlarında ihlal kararı vermemesidir. Bunun sebebi ise söz konusu iki karardaki ifadelerin, *Morice v. Fransa* kararının aksine olgusal temele sahip olmamalarıdır¹⁰¹. Nitekim *Amihalachioaie v. Moldova* kararında Mahkeme, avukatın verdiği röportajda Moldova Anayasa Mahkemesi'ne yönelik sert sözlerini saygıdan uzak (“*lack of regard*”) ve ağır/aşağılama (“*as grave or as insulting*”) bakımından ayırım yaparak incelemiştir. Ancak avukatların yargı sisteminin yönetimine dair ifadelerinin aşağılama içermediği sürece daha geniş korumadan yararlanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁰².

Oysaki *Peruzzi v. İtalya* kararında, başvuru avukatın yargıçlara hitaben yazdığı mektupta yargıç X'e karşı “önyargılı”, “*ciddi suistimal veya ihmalle bilerek hatalar yapan taraflı yargıç*” eleştirileri AİHM tarafından yeterli olgusal temel taşımayan değer yargıları olması ve iftira boyutuna ulaşan ifadeler (“*defamatory remarks*”) olarak değerlendirilmiştir. Neticede olayda, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması için gerekli olduğuna hükmedilmiştir¹⁰³. Her ne kadar avukatların ifade

⁹⁶ AİHM, *Nikula v. Finland*, § 45; ayrıca bkz. AİHM, *Kyprianou v. Cyprus*, § 170-175.

⁹⁷ Mahkeme, benzer bir değerlendirmeyi *Ottan* kararında yapmıştır. Avukatın mahkeme salonu dışındaki ifadelerinin olgusal temelini bulunması ve kamu menfaatine hizmet eden ceza sistemine dair geniş bir tartışmanın parçası olması sebebiyle demokratik bir toplumda korunması gerektiğine hükmedilmiştir, bkz. AİHM, *Ottan v. France*, § 53-57.

⁹⁸ AİHM, *Morice v. France*, § 120-168. Kararın detaylı bir incelemesi için bkz. Sever, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, 246-248.

⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Fuchs v. Germany*, 29222/11 ve 64345/11, (27 Ocak 2015).

¹⁰⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Peruzzi v. Italy*, 39294/09, (30 Ocak 2015).

¹⁰¹ Sever, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, 248.

¹⁰² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Amihalachioaie v. Moldova*, Appl. No. 60115/00, (20 Nisan 2004), § 27-36.

¹⁰³ AİHM, *Peruzzi v. Italy*, § 57-67.

özgürlüğünün geniş bir korumdan yararlanması gerektiği çeşitli kararlarda¹⁰⁴ vurgulansa bile avukatların ifadelerinin salt değer yargıları içermemesi ve belli oranda ispatlanabilir olgusal temellerinin bulunmasının AİHM nezdinde son tahlilde çok daha kritik olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

III. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğünün Yargı Erki Karşısında Sınırları

A. Anayasal Düzenlemeler Hakkında Tespitler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ("Anayasa") ifade özgürlüğü ve sınırlandırma sebepleri, AİHS'nin aksine tek bir maddede düzenlenmemiştir. Bu çalışma bakımından önemli olan anayasal norm, Anayasa'nın "*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" başlıklı 26. maddesidir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası ise ifade özgürlüğünün meşru sınırlandırma amaçlarını düzenlemektedir. İlk dikkatimizi çeken nokta, ifade özgürlüğünün yargı erki karşısındaki sınırları bakımından AİHS ve Anayasa'nın lafzlarının farklı olmasıdır. Sınırlandırma için Anayasa'da geçen ifade "... *yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla*" hükmüdür.

Görüldüğü üzere Anayasa'da, AİHS'ten epey farklı olarak yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunmasına yapılan vurgu yerine, çok daha genel bir ifade olan yargılamanın gereklerine uygunluk şeklinde bir ifade tercih edilmiştir. Anayasa'nın gerekçesine bakıldığında da neden bu yönde oldukça geniş bir ifadenin tercih edildiğini tespit etmek mümkün olmamaktadır¹⁰⁵. Diğer taraftan Anayasa'nın 9. maddesinde "*yargı yetkisi*" kavramından bahsedilirken, burada "*yargılama*" faaliyetinden bir "*görev*" gibi bahsedilmesi de kavramsal bir tutarsızlık olarak ilk bakışta karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu "*yargılama görevi*"nin, Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca yargı erkine verilmiş olan yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız şekilde kullanılmasına ve Anayasa'nın 138-160. maddelerinde yargı organının işleyişine dair verilen görevler çerçevesinde düşünülmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca mevzubahis "*gerek*"lerin ne olduğu da şüphesiz aydınlatılmaya muhtaç, genel ve muğlak bir kavramdır. İhtimaldir ki anayasa yapıcı bu "*gerek*"lerin, yargının otoritesi, bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik olduğuna işaret etmek istemiştir. Her halükârda Anayasa'nın 90/son fıkra hükmüyle sistematik bir yorum getirdiğimizde, ilgili hükümle anlatılmak istenenin, demokratik bir hukuk devletinde yargı erkinin faaliyetlerinin sürdürülebilmesi ve tarafsızlığının korunabilmesi amacıyla ifade özgürlüğüne meşru sınırlandırma getirilebileceği çıkarımını yapmamız mümkün olacaktır.

¹⁰⁴ AİHM içtihadında sıklıkla atıf yapılan bazı önemli kararları belirtmek gerekirse bkz. AİHM, Scöpfer v. Switzerland; AİHM, Nikula v. Finland; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Steur v. The Netherlands, Appl. No. 39657/98, (28 Ekim 2003); AİHM, Amihalachioaie v. Moldova; AİHM, Kyprianou v. Cyprus; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Radobuljac v. Croatia, Appl. No. 51000/11, (28 Haziran 2016); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Hajibeyli and Aliyev v. Azerbaijan, Appl. Nos. 6477/08 and 10414/08, (19 Nisan 2018); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Bagirov v. Azerbaijan, Appl. Nos. 81024/12 and 28198/15, (25 Haziran 2020).

¹⁰⁵ T.C. Anayasa Mahkemesi (AYM), "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)", https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf (Erişim 25 Ekim 2023)

B. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı ve Konu Hakkında Öne Çıkan Kararları

AİHS ve Anayasa arasındaki lafzi bakımdan uyumsuzluğu vurguladıktan, Anayasa'daki ifadenin oldukça geniş, muğlak ve kısmen öngörülemez olduğunu tespit ettikten sonra meselenin Türkiye'deki uygulamasını değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu bahiste Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin ("AYM") önüne bireysel başvuru yoluyla gelen bazı kararlarda nasıl bir gerekçeleme yaptığı, Anayasa'daki ilgili hükmü nasıl yorumlayıp olay bazında nasıl somutlaştırdığı ile AYM'nin yaklaşımının AİHM içtihadıyla benzerlik gösterip göstermediği incelenecektir¹⁰⁶. Bu noktada önce ifade özgürlüğünün gerçekleştiği mecra yönünden; ardından yargılama prosedürleri aşamasında ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler bakımından inceleme yapılacaktır.

1. Basın, İnternet ve Sosyal Medya Mecralarında İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahaleler Bakımından Değerlendirme

AYM'nin ilk dönem kararlarından biri olan *Emin Aydın (2) Başvurusu*'nda başvuruçunun yerel bir gazetede yazısında Cumhuriyet savcılarının ve ilçe emniyet amirlerinin soyadlarının altına ve üstüne "mal" ve "köpek" gibi kelimeler yerleştirilmesini AYM, "yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" olarak değil "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması kapsamında değerlendirmiştir. AYM, her ne kadar *Saday v. Türkiye, Morice v. Fransa* gibi önemli AİHM kararlarına atıf yaparak "Bu tür ifadelerin adaletin iyi yönetilmesi aleyhine bir güvensizlik ortamı yaratarak yargı organlarının otoritesini zayıflatacağı ve savcıların onuruna zarar vereceği kabul edilmelidir" gerekçesini sunmuş olsa bile "yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" meşru amacı bakımından karar vermemiştir. Ancak AYM'nin kullanılan ifadeleri, AİHM kriterlerine uygun olarak incelenmesi önemlidir. AYM, bu ifadelerin açıkça aşağılama içerdiğini, herhangi bir tartışma bağlamında dile getirilmiş olgular olmadığını, keyfi ve kişisel saldırıların unsurlarını taşıması sebebiyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir¹⁰⁷.

İfade özgürlüğünün internet dolayısıyla kullanılması karşısında yapılan müdahaleler de bireysel başvuruya konu olmaktadır. AYM'nin *Arif Altın Başvurusu*'nda, başvuruçunun Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına gönderdiği e-postadaki ifadeleri sebebiyle kamu görevlisine hakaret suçundan ceza verilmiştir. AYM kararında, konu hakkında AİHM içtihadındaki önemli kararlara referanslar vererek meseleyi demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmiştir¹⁰⁸. AYM, muhatbın kamuoyunun ilgisini çeken bir konu hakkında tanınmış bir kişi olduğunu, eleştiri konusu olguların yargıdan önemli vazifeler üstlenmiş

¹⁰⁶ AYM kararları kapsamında, gerçekleştirilen benzer bir yaklaşım için bkz. Oğuzhan Sapan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Kararları Işığında Yargı Organları ve Yargı Çalışanlarına Yönelik Söylemlerde İfade Özgürlüğü", *Adalet Dergisi* 67 (2021), 434- 439.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi (AYM), *Emin Aydın (2) Başvurusu*, B. No. 2013/3178, (25 Haziran 2015), § 43-54.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi (AYM), *Arif Altın Başvurusu*, B. No. 2014/2170, (10 Ocak 2018), § 18-22 ve 36-40.

kişileri kamuoyunda tanınır hale getirdiğini, siyasetçiler kadar olmasa da eleştiriye daha fazla tahammül etmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Ayrıca ifadenin iletme şekli ve bağlamını değerlendiren AYM, ifadelerin e-posta olarak iletilmesinin sadece muhattap tarafından okunabilir nitelik arz ettiğini, böylece ifadelerin aleniyet kazanmadığı detayını vurgulamıştır. Dahası AYM, başvurucunun ifadeleri ile mağdurun şeref ve itibarına saygı hakkı arasında denge kurmaya yönelik değerlendirmenin yapılmadığını ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmadığına hükmetmiştir¹⁰⁹.

Azat Yıldırım Başvurusu'nda ise aynı zamanda avukat olan başvurucunun sosyal medya mecrasında “çözüm süreci”ne dair fikirlerini paylaşmış ve “'Adalet Bakanı' barış itemek suçsa ben bu suçu isteyerek işliyorum' demiş. Ben de bu suçu işliyorum Mardin'in niteliksiz ve seviyesiz hâkim ve savcılarına büyük bir zevk ile duyurulur” şeklindeki ifadeleri nedeniyle hakaret suçundan cezalandırılmıştır¹¹⁰. AYM, bu ifadelerin hâkim ve savcılarının itibarının korunması bağlamında değerlendirmiş ve adalet sisteminin düzgün işleyebilmesi için bu kişilerin kamu güvenine sahip olmaları gerektiğini belirtmiştir. Başvurucunun ifadelerinin ise müşterileri toplum nezdinde küçük düşürmeye yönelik olduğunu, sözlerinin yaralayıcı ve yakışsız nitelik taşıdığını, sebepsiz saldırı teşkil ettiğini tespit eden AYM, başvurucunun sosyal medyadaki ifadeleri nedeniyle cezalandırılmasının kişilerin itibarının korunması, yargının tarafsızlık ve otoritesinin korunması açısından zorunlu toplumsal ihtiyacı karşıladığına hükmetmiştir¹¹¹.

Öte yandan AYM'nin güncel tarihli *Emin Koramaz Başvurusu*'nda, Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği (“TMMOB”) Yönetim Kurulu başkanı olan başvurucunun, 2017 tarihinde gerçekleşen Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişi kapsayan Anayasa değişikliğine dair halkoylaması hakkında fikirlerini TMMOB'nin internet sitesinde paylaşması sonucunda Yüksek Seçim Kurulunun (“YSK”) 15/2/2017 tarih ve 109 sayılı kararı dayanak gösterilerek Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosunun kararıyla idari para cezasına çarptırılmıştır¹¹². Ancak AYM, 109 sayılı YSK kararının ilgili maddesinin somut olaydaki görüş açıklamalarını kapsamadığını, derece mahkemesinin başvurucunun ifadelerini bu kapsamda değerlendirmesinin hükmün amacıyla çeliştiğini tespit etmiştir. Neticede AYM, aslında siyasi partiler için öngörülen hükme dayanılarak başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuni dayanağının olmadığından bahisle kanunilik şartının sağlanmaması sebebiyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir¹¹³.

Son olarak Türkiye'de yürütülen soruşturmalara ilişkin olarak verilen yayın yasağı kapsamında ifade ve basın özgürlüklerine de müdahaleler yapılmakta ve müdahaleler AYM'ye bireysel başvuru yoluyla taşınmaktadır. AYM'nin *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. Başvurusu*'nda yayın yasağı kararı eski bakanlar hakkında yürütülen TBMM soruşturmasına ilişkin olarak

¹⁰⁹ AYM, Arif Altın Başvurusu, § 43-50.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi (AYM), Azat Yıldırım Başvurusu, 2017/15279, (29 Ocak 2020), § 10-15.

¹¹¹ AYM, Azat Yıldırım Başvurusu, § 40-43.

¹¹² Anayasa Mahkemesi (AYM), Emin Koramaz Başvurusu, B. No. 2019/1112, (29 Haziran 2022), § 5-14.

¹¹³ AYM, Emin Koramaz Başvurusu, § 28-37.

verilmiştir. AYM'nin eski tarihli kararlarında belirtildiği üzere meclis soruşturmaları, Anayasa tarafından TBMM'ye verilen yasama organı tarafından yürütülen bir yargı faaliyeti olarak kabul edilmektedir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3/2. maddesi¹¹⁴ yürütülen ceza soruşturması kapsamında önleyici tedbir olarak yayım yasağını düzenlemektedir. İlgili sulh ceza hâkimliği, soruşturmanın gizliliğinin ihlalini önlemek ve soruşturmanın sujesi olan eski bakanların şöhret ve diğer haklarının korunmak gerekçesiyle, belirtilen Kanun'a dayanarak yayım yasağını getirmiştir¹¹⁵.

AYM, meseleyi kanunilik ilkesi ışığında inceleyerek “*söz konusu hükümde, bir ceza soruşturması kapsamında yayım yasağı uygulanması hâlinde hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağına belirli bir kesinlik ölçüsünde düzenlendiğinden söz edilemez*” tespitini yaparak ilgili yasal dayanağın “*öngörülebilirlik*” ve “*belirlilik*” kriterlerini sağlamadığına hükmetmiştir. Son tahlilde AYM, kanunilik ilkesinin sağlanmadığı gerekçesiyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹⁶. Benzer doğrultuda AYM'nin *Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu*'nda; kamuoyunda “*17 Aralık soruşturması*” olarak bilinen ceza soruşturması kapsamında getirilen yayım yasağının Basın Kanunu'nun 3. maddesinin yasallık şartını sağlamadığından bahisle somut olayda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir¹¹⁷.

2. Duruşma ve Dilekçe Prosedürlerinde İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahaleler Bakımından Değerlendirme

AYM, *Keleş Öztürk Başvurusu*'nda meseleyi “*yargılamanın gereklerine uygunluk*” ve başkalarının şöhret ve hakları bakımından değerlendirmiştir. Kararda, ilgili AİHM içtihadı uzun bir şekilde açıklanmıştır. Yargı erkinin otoritesinin korunması kapsamında *Morice v. Fransa* başvurusu, avukatların mesleklerini icrası esnasındaki ifade özgürlükleri kapsamında *Nikula v. Finlandiya* başvurusu detaylı bir şekilde analiz edilerek temel ilkeler tespit edilmiştir¹¹⁸. Ardından AİHM'nin bu ilkeleri, somut olay bakımından uygulanmıştır. Başvurucu avukat duruşma sırasında¹¹⁹, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütaalasını sunmasından sonra “*Savcı Hukuk*

¹¹⁴ Basın Kanunu, *Resmi Gazete* 25504 (26 Haziran 2004), Kanun No. 5187, md 3/2. “*Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlandırılabilir.*” Kanun metninin, AİHS ile benzer lafzı kullandığını belirtmek için vurgu tarafımızca eklenmiştir.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi (AYM), Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. Başvurusu (“Halk TV Başvurusu”), B. No. 2014/19270, (11 Temmuz 2019), § 9-13.

¹¹⁶ AYM, Halk TV Başvurusu, § 42-46.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi (AYM), Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/4430, (25 Eylül 2019), § 45-48.

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi (AYM), Keleş Öztürk Başvurusu, B. No. 2014/15001, (27 Aralık 2017), § 27-29.

¹¹⁹ Duruşma sırasında avukatın, velayet davasının karşı tarafına yönelik ifadelerinin adil yargılanma hakkı kapsamında iddia ve savunmanın dokunulmazlığı ilkesine uygun şekilde değerlendirilmesi gerektiği; bu çerçevede avukatlık mesleğinin hak ve sorumluluklarının gereği olarak ifade özgürlüğünün geniş şekilde yorumlanması hakkında ayrıca

Fakültesini yeniden okusun, Hukuk Fakültesini okumadı, ya dosyayı okumadı ya da mahkemenin yaptığı işleri esas almıyor yada değer biçmiyor” ifadelerini kullanmıştır. AYM, ifadelerin incitici nitelikte olduğunu kabul etmekle¹²⁰ birlikte başvuru hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılarak cezaya hükmedilmesinin demokratik toplumda ifade özgürlüğüne karşı yapılan gerekli bir müdahale olmadığına hükmederek ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir¹²¹.

AYM'nin *Hasan Ercan Başvurusu*'nda ise başvuru, Silifke Adalet Komisyonu Başkanlığına hitaben yazdığı şikayet dilekçesinde hâkimin taraflı tutum sergilediğini, bilerek hatalı karar verdiğini, kararına dayanak teşkil eden idare mahkemesi kararını yanlış yorumladığını “*hukuk fakültesi 3. sınıf öğrencisinin dahi*” bu kararı doğru yorumlayabileceğini ileri sürmüş ve hakaret suçundan adli para cezasına çarptırılmıştır. AYM meseleyi yine “yargılamanın gereklerine uygunluk” ve başkalarının şöhret ve hakları bakımından değerlendirmiştir¹²².

AYM, eleştirinin ağır olduğunu kabul etmekle birlikte; hâkimin özel hayatını veya kişisel özelliklerini hedef almayarak verdiği karara yönelik bir eleştirinin olduğunu, ifadelerinin dilekçede yer alması sebebiyle aleniyet kazanmadığını, yargılamayı eleştirmek ve hâkimi şikayet etmek amacının bulunduğunu, yargı yetkisini temsil eden hâkimlere karşı daha saygılı bir üslubun kullanılmasının beklenmesini; fakat incitici ve kaba ifadelerin disiplin ve tazminat hukukunun ötesine geçilerek ceza yargılamasına konu edilmesinin caydırıcı etki doğuracağını tespit etmiştir. Sonuçta demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahalenin olmadığına hükmetmiştir¹²³.

bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), Kenan Gül Başvurusu, B. No. 2015/17892, (19 Şubat 2019), § 43-56 ve 61-68. Benzer yönden ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), Kenan Gül Başvurusu (2), B. No. 2018/24311, (15 Haziran 2021); Anayasa Mahkemesi (AYM), Emine Rezzan Aydınoğlu Başvurusu, B. No. 2013/8396, (11 Mart 2015); Anayasa Mahkemesi (AYM), Özgür Arıkan Başvurusu, B. No. 2018/29295, (29 Haziran 2021). Diğer taraftan hukuk yargılamasında davalı sıfatını haiz başvuruçunun mahkemeye sunduğu dilekçede avukat sıfatını haiz davanın karşı tarafına yönelik “*kolay yoldan para kazanmanın derdine düşmüş davacı taraf bir avukatlık hizmeti sunmaktan çok adeta dolandırıcılık faaliyeti yürütmektedir*” ifadesinin hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi karşısında AYM, çatışan haklar arasında dengeleme yaparak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ilgili ve yeterli olmadığını, ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir, ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), Cengiz Şimşek Başvurusu, B. No. 2018/19950, (13 Eylül 2022).

¹²⁰ Nitekim AİHM içtihadı çerçevesinde, ifadelerin sadece incitici olarak nitelenmesi, özgürlüğe yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olduğu anlamına gelmez. Konu hakkında AİHM'nin öncü kararına göre “*İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun ilerlemesinin ve her insanın gelişmesinin de temel koşuludur. İfade özgürlüğü 10. maddenin 2. paragrafına tabi olarak, yalnızca olumlu karşılanan ya da zararsız veya kayıtsız kalınan ‘bilgi’ veya ‘fikirler’ için değil, fakat aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden ya da rahatsız eden ifadeler için de geçerlidir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliğin gereklidir ki bunlar olmadan ‘demokratik toplum’ olmaz.*” Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Handyside v. United Kingdom, B. No. 5493/72, (7 Aralık 1976), § 49.

¹²¹ AYM, Keleş Öztürk Başvurusu, § 54-62. Benzer yönde ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), Bayram Akın Başvurusu, B. No. 2015/19278, (7 Mart 2019). Sanık olarak yargılanan başvuruçunun, katılan avukatına yönelik duruşma sırasında ifadelerinden ötürü cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmesi hakkında ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), Şeyma Fenercioğlu Başvurusu, B. No. 2015/12747, (7 Kasım 2019).

¹²² Anayasa Mahkemesi (AYM), Hasan Ercan Başvurusu, B. No. 2015/54, (12 Kasım 2019), § 32-34.

¹²³ AYM, Hasan Ercan Başvurusu, § 43-47.

Buna mukabil *Ahmet Haluk Altan Başvurusu*'nda AYM, başvuru avukatın dilekçelerindeki ifadelerin kamusal tartışmaya katkı sunmaktan uzak, nahoş, saldırgan olduğunu, dokuz farklı dilekçede benzer yakışıksız ve yaralayıcı ifadelerin sistematik şekilde tekrarlanarak hâkimi incitmeye yöneldiğini değerlendirmiştir. Kararda öncelikle ifade özgürlüğünün beraberinde görev ve sorumluluk getirdiği; fakat başvuruçunun ifadelerinin bu görev ve sorunluluklara uygun olmadığı vurgulanmıştır. Kararın devamında, yargının otorite ve tarafsızlığının korunması ile kişilerin itibarının korunması amaçları dikkate alındığında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine aykırılık teşkil etmediği tespit edilmiştir¹²⁴. Not etmekte fayda görülmektedir ki AYM bu kararında, ifade özgürlüğünü oldukça dar yorumlamayı tercih etmiş ve yapılan müdahale bakımından demokratik toplumda gereklilik kriterinin içeriğini yeterince gerekçelendirmemiştir.

Özetle AYM'nin konu hakkında öne çıkan kararlarının büyük ölçüde AİHM içtihadıyla benzerlik taşıdığını söylememiz mümkündür. Nitekim, yukarıda belirtildiği üzere, AYM karar metinlerinde AİHM'nin belirlediği kriterleri ve ilkeleri sıklıkla somut olaya uygulamaktadır. Buna mukabil, AYM'nin meseleyi daha çok “*başkalarının şöhret ve haklarının*” korunması kapsamında değerlendirmeyi tercih ettiğini tespit etmek de mümkündür. AYM'nin, AİHM içtihadını dikkate alarak zaman içerisinde meselenin yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığı boyutunu daha fazla öne çıkardığını saptayabiliriz. Hem bu açıdan hem de AYM'nin kararlarında açıkça yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması lafzını kullanması göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa 26/2. maddesindeki ifadenin AİHS 10/2. maddesine uygun şekilde yorumladığını da tespit etmek mümkündür. Bununla birlikte AYM'nin bazı kararlarında, birbiriyle çelişecek şekilde, somut olayın özelliklerine dayanarak birbiriyle tutarsız gerekçeler sunduğu görülmektedir. Dahası özellikle basın özgürlüğü boyutunda, yürütülen soruşturmalara getirilen yayın yasaklarının hukuki dayanağı olan Basın Kanunu'nun ilgili hükmünün kanunilik ilkesini sağlamaması Türkiye uygulamasında önemli bir eksiklik olarak dikkatleri çekmektedir. Bu bakımdan AYM'nin basın özgürlüğünün lehine ilgili kanunun, kanunilik ölçütünü sağlamadığı üzerinden bir tespit yapması oldukça önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

AİHS'nin 10/2. maddesinde düzenlenen diğer meşru sınırlandırma amaçlarıyla kıyaslandığında¹²⁵, ifade özgürlüğünün yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığının korunması amacıyla sınırlandırılması

¹²⁴ Anayasa Mahkemesi (AYM), *Ahmet Haluk Altan Başvurusu*, B. No. 2015/14340, (12 Kasım 2019), § 36-43. Olayda demokratik toplumda gereklilik bakımından zorlayıcı sosyal ihtiyacın bulunmadığı, üstelik ifade özgürlüğüne cezai yaptırım uygulanmasının caydırıcı etki yaratacağı hakkında ayrıca bkz. Aynı karardaki Engin Yıldırım ve Celal Mümtaz Akıncı'nın Karşıoy Gerekçesi, § 6-25. Hâkimin reddi dilekçesindeki ifadelerinden dolayı benzer bir gerekçeyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine dair önceki tarihli bir karar için ayrıca bkz. F.E. Başvurusu (2), B. No. 2015/10184, (29 Kasım 2018).

¹²⁵ Çalışma boyunca incelenen “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının korunması*” meşru amacı, sadece Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında öngörülen bir meşru amaçtır. Bu sebeple çalışmada incelenen meşru amacın, hem 10. madde hem de diğer maddelerdeki meşru amaçlara kıyasla çok daha özelleşmiş olduğu AİHM içtihadıyla açıklanmaya

ilk bakışta dar bir uygulama alanı bulabilen ve üzerinde fazlaca tartışma gerektirmeyen bir meşru sınırlandırma amacı izlenimini vermektedir. Halbuki söz konusu sınırlandırma amacının lafzını oluşturan her bir kavram kendi içerisinde hukuk devleti ve demokratik toplum ilkeleri açısından oldukça önemli kavramlardır. Bu sebeple Sözleşme madde 10/2 hükmü, Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde garanti altına alınan adil yargılanma hakkıyla yakın bir ilişki içerisinde. Sonuç olarak ilk belirtilmesi gereken nokta, ifade özgürlüğü karşısında “*yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması*” meşru sınırlandırma amacının korumaya çalıştığı hukuki değerlerin tespit edilebilmesi için öncelikle Mahkemenin adil yargılanma hakkı bağlamındaki değerlendirmelerinin aydınlatılması gerekmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde yargı erki, otoritesi ve tarafsızlığı kavramlarını merkeze alarak Mahkemenin, adil yargılanma hakkına ilişkin kararları ışığında bu kavramları nasıl somutlaştırdığı ve ifade özgürlüğünü sınırlandırmada bu kavramların niçin bazı durumlarda üstün tutularak korunması gerektiği ortaya koyulmuştur. Neticede AİHM'nin bu kavramlara yüklediği hukuki değer aydınlatılmış ve bu çalışmada incelenen meşru sınırlandırma amacına dayanılarak ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahalenin evleviyetle adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, AİHM'nin içtihatlarından hareket edilerek somut olaylar bazında hangi ölçütlerin esas alındığının ortaya çıkarılması hedeflenmiştir. Bu noktada ilk olarak teorik bir perspektiften konu hakkında devletlere tanınan takdir alanının sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. AİHM'nin ilk dönem kararlarından *Sunday Times* kararından beri, kategorik olmasa da, takdir alanının dar olduğunu söylememiz mümkündür. Özellikle ifade özgürlüğünün basın özgürlüğü boyutunu ilgilendiren somut olaylarda Mahkeme, kamusal tartışmaya katkı sunup sunmama ve demokratik bir toplumda basının “kamunun bekçisi” rolünü yerine getirebilmesi gibi nitelikleri öne çıkararak ulusal makamlara dar bir takdir alanı tanıma eğilimindedir.

AİHM'nin yaklaşımında öne çıkarılması gereken bir diğer meseleyse yargı erkinin demokratik toplumdaki rolüne yapılan vurgudur. Mahkeme, yargı erkinin bir bütün olarak demokratik toplumda nasıl vazgeçilemez bir rolünün olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme, hukuk devleti ilkesinin sürdürülebilmesi için yargı erkinin toplum nezdindeki güveninin korunması adına kullanılan ifadeler arasında ayrıma gitmektedir. AİHM, kullanılan ifadelerin eleştiri mi yoksa hakaret mi olduğuna göre somut olay bazında ifade özgürlüğünü korumaktadır. İfadelerin eleştiri sınırını aşarak hakaret boyutuna ulaşması bakımından Mahkeme bir bakıma kendisinin içtihat yoluyla geliştirdiği bir ölçülülük testi uygulamaktadır. Olgu beyanları bakımından ifade özgürlüğüne koruma sağlayan Mahkeme, değer yargıları bakımından yeterli olgusal temellerin olup olmadığını incelemektedir. Bu çerçevede somut olay bakımından yeterli olgusal temeli bulunmayan, karalamaya ve husumet gütmeye yönelik ifadeler karşısında yargı erkinin otorite ve

çalışılmıştır. Hem içtihatlardan hem de Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından anlaşılacağı üzere, incelenen meşru amacın bu şekilde ifade özgürlüğü bağlamında istisnai şekilde ele alınması bilinçli bir özene işaret etmektedir, benzer yönde değerlendirme için bkz. Mehmet Alp Didinmez, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1/1, (2021), 155-156.

tarafsızlığının korunması üstün tutulmaktadır. Sonuçta AİHM'nin, önüne gelen somut olaylara daha tutarlı ve öngörülebilir bir ölçülülük testi geliştirdiğini söyleyebiliriz.

Basın özgürlüğünün masumiyet karinesiyle çatıştığı hallerde Mahkeme, basın özgürlüğü ile kişilerin adil yargılanma hakları arasında bir dengeleme yapmaktadır. Bu noktada Mahkeme'ye göre somut olayda basının yargıya ilişkin haberlerinde basın etiğine uygun davranması, güvenilir ve doğru bilgiler vermesi önem arz etmektedir. Ancak günümüzde sosyal medya mecralarının bilgi alma hakkı bakımından çok daha baskın hale gelmesi meseleyi girift hale getirmiştir. Özellikle sosyal medya platformlarında kamuoyu tarafından yapılan “sahte yargılamalar”, hem masumiyet karinesini hem de yargı erkinin otoritesini tehdit etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu önceki kriterlerin nasıl uygulanacağı bir ölçüde geçersiz kalmaktadır. Sonuçta Mahkeme'nin önüne gelmesi muhtemel bu gibi meseleler karşısında nasıl bir dengeleme yapacağı merak uyandırmaktadır. Şimdilik Mahkeme'nin masumiyet karinesi lehine fakat kamuoyunun bilgi edinme hakkını da tamamen ortadan kaldırmayacak şekilde bir denge bulmaya çalışacağını tahmin edebiliriz.

AYM'nin önüne internet ve sosyal medya mecralarında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelere ilişkin başvurular gelmiştir. Ancak bu başvurular masumiyet karinesinin korunmasıyla sınırlı değildir. Dolayısıyla çalışmada AYM özelinde yapılan incelemede, ifade özgürlüğünün gerçekleştiği mecrâ ön plana çıkarılmaya çalışılmıştır. Nitekim AYM'nin de konunun hususiyet gösteren bu özelliğini dikkate aldığını tespit edilmiştir. AYM, bazı kararlarında AİHM'in içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu kriterleri somut olaylara demokratik toplum gereklerine uygunluk ve ölçülülük bağlamında uygulamıştır. Bununla beraber AYM, bazı başvurular bakımından kanunilik şartının sağlanmaması sebebiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla AYM'nin demokratik toplum gereklerine uygunluk ve ölçülülük kriterleri bağlamında AİHM'nin içtihadını göz önünde bulundurduğu, fakat bazı başvurular bakımından kanunilik incelemesi de yaptığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak AYM kararlarından hareketle Türkiye'de ifade özgürlüğüne karşı yapılan bazı müdahaleler bakımından kanunilik şartını sağlamayan hukuki düzenlemelerin olduğu görülmektedir.

İfade özgürlüğünün öznesi bakımından AİHM'nin yargıçlar ve avukatlar özelinde ayrı ayrı değerlendirme yaptığı tespit edilmiştir. AYM ise özneler bakımından bu yönde sistematik bir ayırım yapmamaktadır. AYM'nin daha çok ifade özgürlüğünün gerçekleştiği duruşma veya dilekçe prosedürleri özelinde bir inceleme yapmayı tercih ettiği tespit edilmiştir. Bu çerçevede yer yer AİHM'nin içtihatlarında belirtilen kriterleri takip eden AYM, somut olayın özelliklerini de dikkate almaktadır. Ancak AYM'nin meseleyi çoğu zaman “başkalarının şöhret ve haklarının” korunması kapsamında da değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Zaman içerisinde AYM'nin, yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığı boyutunu daha fazla öne çıkarması sebebiyle AİHM ile benzer doğrultuda bir tutum sergilediğini söylememiz mümkündür.

Yine Anayasa'nın 26. maddesindeki “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla” şeklindeki hükmün, AYM kararlarında zamanla AİHM'nin içtihatlarına ve

Sözleşme'nin lafzına uygun olarak yorumlanması da dikkat çeken bir durumdur. Yargılama görevinin gereği ifadesinin beraberinde getirdiği muğlaklık, her ne kadar bazı kararlarda AİHM ile tutarsızlığa yol açmış gibi görünse de zamanla bu muğlaklığın AİHM içtihadının uygulanması suretiyle giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Sonuç olarak AYM, AİHM kadar sistematik ve öngörülebilir şekilde başvuruları ele almasa da zamanla somut olaylara uyguladığı kriterler ve AİHS ile uyumlu kullandığı kavramlarla önemli ölçüde AİHM içtihadıyla uyumlu bir yola girmiştir.

En nihayetinde çalışmanın amacı bağlamında, ifade özgürlüğü bağlamında ilk bakışta çok fazla dikkatleri üstüne çekmeyen bu meşru sınırlandırma amacının; incelenen AİHM ve AYM kararları çerçevesinde, detaylarına inildiğinde oldukça girift bir yapısının olduğu, hukuk devleti ilkesi ile demokratik toplumda gereklilik bakımından vazgeçilemez niteliğinin bulunduğu ortaya çıkarılmıştır.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet vd. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 18. Basım, 2022.

Akbulut, Emre. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Danıştayın Konuya Yaklaşımı”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9/18 (2021), 20-22.

Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Basım, 2019.

Atakan, Arda. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”. *MÜHF-HAD*, 16/3-4 (2010), 29- 36.

Bozkurt, Enver. *İnsan Hakları Temel Metinler*. Ankara: Legem Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, 2018.

Brems, Eva. “The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights”. *Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), 240- 313.

Bychaeska-Siniarska, Dominika. *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1. Basım, 2017.

Esen, Egemen. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Didinmez, Mehmet Alp. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi”. *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1/1, (2021), 155-156.

Dinçkol, Abdullah. *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları*. İstanbul: Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 16. Basım, 2020.

Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 5. Basım, 2005.

- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2. Basım, 2011.
- Greer, Steven. *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.
- Gölcüklü, Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49/1 (1994), 199-234.
- Gönenç, Levent. *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. Ankara: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Anayasa Çalışma Metinleri 3, 2011.
- Gözler, Kemal. *Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*. Bursa: Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2011.
- Harris, D.J., vd. *Law of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2. Basım, 2009.
- İnceoğlu, Sibel. “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta Yayınları, Tıpkı 3. Basım, 2013.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4*. Ankara: Avrupa Konseyi, MRK Baskı, 2018.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*. Ankara: Council of Europe & European Commission, Şen Matbaa, 1. Basım, 2007.
- İnceoğlu, Sibel. *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde: Yargıcın Davranış İlkeleri*. İstanbul: Beta Yayın, 1. Basım, 2008.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. İstanbul: AFA Yayınları, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, 1999.
- Kanadoğlu, Osman Korkut. “Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 146 (2020), 77- 122.
- Karan, Ulaş. “İfade Özgürlüğü Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta Yayınları, Tıpkı 3. Basım, 2013.
- Keskin, Erdoğan. “AİHM’in Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69/3 (2020), 1379-1414.
- Legg, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Defence and Proportionality*. New York: Oxford University Press, 1. Basım, 2012.
- Leloup, Mathieu. “Not Just a Simple Civil Servant: The Right of Access to a Court of Judges in the Recent Case Law of the ECtHR”. *European Convention on Human Rights Review*, 4/1 (2023), 23-57.
- Letsas, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1. Basım, 2007.
- Loucaides, Loukis G. *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*. Nijhoff Law Specials, Vol. 70. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1. Basım, 2007.
- Mecit, Nehare - Mecit, Kemal. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”. *TAAD* 9/33 (2018), 839-874.

- Oster, Jan. *Media Freedom as a Fundamental Right*. Cambridge Intellectual Property and Information Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1. Basım, 2015.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 17. Basım, 2017.
- Pekel, Abdülkadir. “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak ‘Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması’”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/ 2 (2014), 367- 394.
- Sağlam, Abdi. “AİHS’ye Göre İfade Özgürlüğü Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev Ve Sorumluluk Kavramı”. *TAAD 7/25 “İfade Özgürlüğü Özel Sayısı”* (2016), 89- 101.
- Sapan, Oğuzhan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Kararları Işığında Yargı Organları ve Yargı Çalışanlarına Yönelik Söylemlerde İfade Özgürlüğü”. *Adalet Dergisi* 67 (2021), 411- 443.
- Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1. Basım, 2015.
- Sever, Dilşad Çiğdem. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”. *Ankara Barosu Dergisi* 76/4 (2018), ss. 243- 258.
- Şirin, Tolga. “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”. *Anayasa Hukuku Dergisi* 2/4 (2013), 359- 399.
- Yüzer, Dilara. “Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 “Özel Sayı” (2013), 1653- 1694.

Çevrimiçi Kaynaklar

- | | | | | | |
|---|--|----------|----|-------|-----------|
| AİHM, | HUDOC. | Erişim | 21 | Ekim | 2023. |
| https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20KAYASU%20v.%20TURKEY%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D | | | | | |
| AİHM, | HUDOC. | Erişim | 21 | Ekim | 2023. |
| https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20SADAY%20v.%20TURKEY%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D | | | | | |
| AİHM, | HUDOC. | Erişim | 31 | Ekim | 2023.. |
| https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22kphesaurus%22:%5B%22235%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D | | | | | |
| AYM, | “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)”. | Erişim | 25 | Ekim | 2023. |
| https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf | | | | | |
| Basın Kanunu (Kanun No. 5187). <i>Resmi Gazete</i> 25504 (26 Haziran 2004). Erişim 2 Kasım 2023. | | | | | |
| https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5187.pdf | | | | | |
| ECHR, | “ECHR | Official | | Texts | English”, |
| https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG . Erişim 20 Ekim 2023. | | | | | |
| ECHR, | “ECHR | Official | | Texts | Turkish”, |
| https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR . Erişim 20 Ekim 2023. | | | | | |

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950) ve Protokolleri, “Site koordinatörleri: Osman Doğru ve Necdet Umur Orcan ‘insanhaklari.gen.tr.’” <https://insanhaklari.gen.tr/Belge.aspx?id=193&d=t>. Erişim 20 Ekim 2023.

AİHM Kararları Listesi

- AİHM, Aageyev v. Russia, Appl. No. 7075/10, (18 Nisan 2013).
AİHM, Alexandru Marian Iancu v. Romania, Appl. No. 60858/15, (22 Haziran 2020).
AİHM, Allen v. The United Kingdom, Appl. No. 25424/09, (12 Temmuz 2013).
AİHM, Amihalachioaie v. Moldova, Appl. No. 60115/00, (20 Nisan 2004).
AİHM, Anatoliy Yeremenko v. Ukraine, Appl. No. 222877/08, (15 Eylül 2022).
AİHM, Bagirov v. Azerbaijan, Appl. Nos. 81024/12 and 28198/15, (25 Haziran 2020).
AİHM, Baka v. Macaristan, B. No. 20261/12, (23 Haziran 2016).
AİHM, Belilos v. Switzerland, Appl. No. 10328/83, (29 Nisan 1988).
AİHM, Brisc v. Romania, Appl. No. 26238/10, (11 Aralık 2019).
AİHM, Buscemi v. Italy, Appl. No. 29569/95, (16 Eylül 1999).
AİHM, Coëme and Others v. Belgium, Appl. No. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, (22 Haziran 2000).
AİHM, De Cubber v. Belgium, Appl. No. 9186/80, (26 Ekim 1984).
AİHM, De Haes and Gijssels v. Belgium, Appl. No. 19983/92, (24 Şubat 1997).
AİHM, De Jong, Baljet and Van Den Brink v. The Netherlands, Appl. No. 8805/79, 8806/79, 9242/91, (22 Mayıs 1984),
AİHM, Denisov v. Ukraine, Appl. No. 76639/11, (25 Eylül 2018).
AİHM, Dudgeon v. The United Kingdom, Appl. No. 7525/76, (22 Ekim 1981).
AİHM, Dupuis and Others v. France, Appl. No. 1914/02, (7 Haziran 2007).
AİHM, Eminağaoğlu v. Türkiye, Başvuru No. 76521/12, (9 Mart 2021).
AİHM, Ferrantelli and Santangelo v. Italy, Appl. No., 19874/92, (7 Ağustos 1996).
AİHM, Fey v. Austria, Appl. No. 14396/88, (24 Şubat 1993).
AİHM, Freitas Rangel v. Portugal, Appl. No. 78873/13, (11 Ocak 2022).
AİHM, Fuchs v. Germany, 29222/11 ve 64345/11, (27 Ocak 2015).
AİHM, Hajibeyli and Aliyev v. Azerbaijan, Appl. Nos. 6477/08 and 10414/08, (19 Nisan 2018).
AİHM, Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, (7 Aralık 1976).
AİHM, Hauschildt v. Denmark, Appl. No. 10486/83, (24 Mayıs 1989).
AİHM, Jerusalem v. Austria, Appl. No. 26958/95, (27 Şubat 2001).
AİHM, July and Sarl Liberation v. France, Appl. No. 20893/03, (14 Şubat 2008).
AİHM, Kayasu v. Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292/01, (13 Kasım 2008).
AİHM, Konostas v. Greece, Appl. No. 53466/07, (24 Mayıs 2011).
AİHM, Kozan v. Türkiye, Başvuru No: 16695/19, (1 Mart 2022).
AİHM, Kudeshkina v. Russia, Appl. No. 29492/05, (14 Eylül 2009).
AİHM, Kurban v. Türkiye, B. No. 75414/10, (24 Kasım 2021).
AİHM, Kyprianou v. Cyprus, Appl. No. 73797/01, (15 Aralık 2005).
AİHM, Langborger v. Sweden, Appl. No. 11179/84, (22 Haziran 1989).
AİHM, Lopuch v. Poland, Appl. No. 43587/09, (24 Ekim 2012).
AİHM, Meng v. Germany, Appl. No. 1128/17, (16 Şubat 2021).
AİHM, Mikhail Mironov v. Russia, Appl. No. 58138/09, (6 Ekim 2020).
AİHM, Miljevic v. Croatia, Appl. No. 68317/13, (25 Haziran 2020).

AIHM, Miminoshvili v. Russia, Appl. No. 20197/03, (28 Haziran 2011).
AIHM, Morel v. France, Appl. No. 34130/96, (6 Haziran 2000).
AIHM, Morice v. France, Appl. No. 29369/10, (23 Nisan 2015).
AIHM, Nikula v. Finland, Appl. No. 31611/96, (21 Mart 2002).
AIHM, Ottan v. France, Appl. No. 41841/12, (19 Nisan 2018).
AIHM, Panioglu v. Romania, Appl. No. 33794/14, (8 Aralık 2020).
AIHM, Peruzzi v. Italy, 39294/09, (30 Haziran 2015).
AIHM, Pope v. the Netherlands, Appl. No. 32271/04, (24 Mart 2009).
AIHM, Prager and Oberchlick v. Austria, Appl. No. 15974/90, (26 Nisan 1995).
AIHM, Radobuljac v. Croatia, Appl. No. 51000/11, (28 Haziran 2016).
AIHM, Richert v. Poland, Appl. No. 54809/07, (25 Ekim 2011)
AIHM, Saday v. Türkiye, Appl. No 32458/96, (30 Mart 2006).
AIHM, Sander v. The United Kingdom. Appl. No. 34129/96, (9 Mayıs 2000).
AIHM, Sarısu Pehlivan v. Türkiye, B. No. 63029/19, (06 Haziran 2023).
AIHM, Schöpfer v. Switzerland, Appl. No. 25405/94, (20 Mayıs 1998).
AIHM, Schwarzenberger v. Germany, Appl. No. 75737/01, (10 Ağustos 2006).
AIHM, Skalka v. Poland, Appl. No. 43425/98, (27 Ağustos 2003).
AIHM, Sramek v. Austria, Appl. No. 8790/79, (22 Ekim 1984),
AIHM, Stancu and Others v. Romania, Appl. No. 22953/16, (18 Ekim 2022).
AIHM, Steur v. The Netherlands, Appl. No. 39657/98, (28 Ekim 2003).
AIHM, Sunday Times v. The United Kingdom, Appl. No. 6538/74, (26 Nisan 1979).
AIHM, Tourancheau et July c. France, Req. No. 53886/00, (24 Kasım 2005).
AIHM, Weber v. Switzerland, Appl. No. 11034/84, (22 Mayıs 1990).
AIHM, Wille v. Lichtenstein, Appl. No. 28396/95, (28 Ekim 1999).
AIHM, Worm v. Austria Appl. Appl. No. 22714/93, (29 Ağustos 1997).
AIHM, Xhoxhaj v. Albania, Appl. No. 15227/19, (9 Şubat 2021).
AIHM Zugic v. Croatia, Appl. No. 3699/08, (31 Mayıs 2011).

AYM Kararları Listesi

AYM, Ahmet Haluk Altan Başvurusu, B. No. 2015/14340, (12 Kasım 2019).
AYM, Arif Altın Başvurusu, B. No. 2014/2170, (10 Ocak 2018).
AYM, Azat Yıldırım Başvurusu, 2017/15279, (29 Ocak 2020).
AYM, Bayram Akın Başvurusu, B. No. 2015/19278, (7 Mart 2019).
AYM, Cengiz Şimşek Başvurusu, B. No. 2018/19950, (13 Eylül 2022).
AYM, Emin Aydın (2) Başvurusu, B. No. 2013/3178, (25 Haziran 2015).
AYM, Emin Koramaz Başvurusu, B. No. 2019/1112, (29 Haziran 2022).
AYM, Emine Rezzan Aydınoğlu Başvurusu, B. No. 2013/8396, (11 Mart 2015).
AYM, F.E. Başvurusu (2), B. No. 2015/10184, (29 Kasım 2018).
AYM, Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. Başvurusu, B. No. 2014/19270, (11 Temmuz 2019).
AYM, Hasan Ercan Başvurusu, B. No. 2015/54, (12 Kasım 2019).
AYM, Keleş Öztürk Başvurusu, B. No. 2014/15001, (27 Aralık 2017).
AYM, Kenan Gül Başvurusu, B. No. 2015/17892, (19 Şubat 2019).
AYM, Kenan Gül Başvurusu (2), B. No. 2018/24311, (15 Haziran 2021).
AYM, Özgür Arıkan Başvurusu, B. No. 2018/29295, (29 Haziran 2021).

AYM, Şeyma Fenercioğlu Başvurusu, B. No. 2015/12747, (7 Kasım 2019).

AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/4430, (25 Eylül 2019).



Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumuna Yapılan Şikayet Başvurularında Kabul Edilebilirlik Koşulları (*)

Admissibility Requirements of Complaints Lodged To Equality And Human Rights Institution of Turkey

Doç. Dr. Servet ALYANAK**

Öz

Ulusal insan hakları kurumları (UİHK), insanların temel haklarının ulusal düzeyde korunması ve geliştirilmesi için önemli mekanizmalar olarak kabul edilmektedir. 2016 yılında 6701 sayılı Kanun ile kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 24.11.2017 tarihinden itibaren bazı konularda şikâyet başvurusu almaya başlamıştır. TİHEK'e ayrımcılığa maruz kalan kişiler ile ulusal önleme mekanizması çerçevesinde özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişiler başvuru yapabilmektedir. TİHEK, insan hakları ihlallerine karşı resen araştırma yapmak, suç niteliği taşıyan eylem varsa ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunmak, bu ihlallerin sona erdirilmesi için gerekli girişimlerde bulunmak yetkisine de sahiptir. Bu makale, TİHEK'e yapılan bireysel başvurularda kişi yönünden yetki (*ratione personae*), konu yönünden yetki (*ratione materiae*), zaman bakımından yetki (*ratione temporis*) ve yer bakımından yetkiye (*ratione loci*) ilişkin kabul edilebilirlik koşullarına odaklanmaktadır. Kabul edilirlilik koşulları TİHEK kararları ışığı altında incelenmiş ve TİHEK'e başvurunun niteliği ile Kamu Denetçiliği Kurumu ve Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunması hakkındaki başvuruların niteliği bakımından karşılaştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Şikayet Başvurusu, Kabul Edilebilirlik, Ayrımcılık Yapma Yasağı, Ulusal Önleme Mekanizması.

Abstract

National Human Rights Institutions (NHRIs) are recognised as pivotal agency for the protection and promotion of human rights at national level. Equality and Human Rights Institution of Turkey (TİHEK) was formed, through Law No. 6701 in 2016, and has started to receive

* Makale Geliş Tarihi: 01.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 19.11.2023 – Makale Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1369570

** Doç. Dr., Türkiye Adalet Akademisi - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kısmi Zamanlı Öğretim Üyesi, Ankara, Türkiye

E-posta: seralyanak06@gmail.com

ORCID: 0000-0003-4092-9984

complaints on some issues as of 24.11.2017. Individuals who claim to have been harmed by a violation of of discrimination and persons who have been devoid of their liberty within the scope of national prevention mechanism can apply to TİHEK. TİHEK has also the authority to investigate allegations of human rights violations *ex officio*, to file criminal complaints against the relevant persons if there are criminal acts, to take the necessary actions to end and eliminate these violations. This essay focuses on the conditions of admissibility of individual applications made to TİHEK in terms of person (*ratione personae*), subject matter of the application (*ratione materiae*), time-limit (*ratione temporis*) and location (*ratione loci*). Admissibility conditions were examined in the light of TİHEK decisions and a comparison was made between TİHEK, Ombudsman Institution and Constitutional Court in terms of the nature of the complaint applications.

Keywords

Turkish Human Rights and Equality Institution, Complaint Application, Admissibility, Non-Discrimination, Natinal Preventive Mechanism.

GİRİŞ

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla 5/10/2000 tarihinde kabul edilen Kanun Hükmünde Kararname ile İnsan Hakları Başkanlığı kurulmuştur. Anılan kararnamenin iptal edilmesine binaen 4643 sayılı yasayla² İnsan Hakları Başkanlığı yeniden kurulmuştur. İnsan Hakları Başkanlığı daha sonra 21/6/2012 tarih ve 6332 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları Kurumuna dönüşmüştür³. 6701 sayılı yasayla⁴ da 21/6/2012 tarih ve 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve Türkiye İnsan Hakları Kurumunun yerine geçmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kurulmuştur⁵. TİHEK, 24/11/2017 tarih ve 30250 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (TİHEK Uygulama Yönetmeliği) hükümleri uyarınca 24/11/2017 tarihinden itibaren başvuru almaya başlamıştır.

Avrupa Birliğine (AB) tam üyelik sürecinde ülkemizin insan hakları mevzuatının AB müktesabatına uyumlu hale getirilmesi ve insan hakları alanındaki kurumsallaşmanın

² 21 Nisan 2001 tarih ve 24380 sayılı Resmi Gazete.

³ Bu konuda bkz. İnsan Hakları Kurumu tanımının belirsizliği ve Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri hakkında bkz. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, *İnsan Hakları Ulusal Kurumları: Dünya ve Türkiye*, (Ankara: Uluslararası Konferans, 5-6 Aralık 2005); Vahap Atilla Oğuşgil, “Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipler Işığında Değerlendirilmesi”, *Bilig: Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi* 74, (2015),175-198; Anna-Elina Pohjolainen, *The Evolution of National Human Rights Institutions: The Role of United Nations*, (Denmark Copenhagen: The Danish Institute for Human Rights, Handy-Print A/S, Skive, 2006).

⁴ 20/04/2016 tarih ve 29690 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6701 sayılı Kanun.

⁵ Hayrettin Eren, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2016), 73.

sağlanması bakımından TİHEK'in kurulması önemli bir kilometre taşı olmuştur. 6701 sayılı Kanunun kabulü ve TİHEK'in kurulması AB'nin insan hakları müktesabatına uyumu konusunda ileri bir adım olmuştur⁶.

Ülkemiz açısından yeni bir kurum olan TİHEK'e ileride ciddi bir toplumsal ilgi olacağı düşünüldüğünde şikayet yapılabilecek konularda bireyler bakımından önemli bir yasal çare olarak görülecektir. TİHEK'e şikayet başvurusu yolu, bir hak arama yolu olarak Türk vatandaşı ve yabancı herkese açıktır. TİHEK'e yapılan başvurular TİHEK Uygulama Yönetmeliğine göre; gönderme kararı, gerekçeli kabul edilmezlik kararı, incelenemezlik kararı, ihlal kararı, idari yaptırım kararı, uzlaşma kararı, ret kararı (ihlal olmadığı), karar verilmesine yer olmadığına dair karar seçeneklerinden biri ile karar verilmek suretiyle sonuçlandırılabilir. Başvuru sayılarında ileride gittikçe artan bir yükseliş beklenmektedir.

Bu makale, esas olarak TİHEK'e başvuruda kabul edilebilirlik kriterleri (kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetki) konusunu ele almış ve makale konusu bakımından bazı hususlarda Kamu Denetçiliği Kurumuna (KDK) başvuru ile Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvurular karşısında TİHEK'e başvurunun niteliği çerçevesinde değerlendirme de yapılmıştır. TİHEK'in yetkisiyle ilgili incelenebilirlik kriterlerini kişi, konu, zaman ve yer bakımından dört husus yönünden ele almak mümkündür. Kimin TİHEK'e başvuru yapma imkanına sahip olduğunu gösteren unsur olarak kişi bakımından yetki (*ratione personae*), başvuru konusunun TİHEK'in görevi kapsamında olup olmadığını göstermesi açısından konu bakımından yetki (*ratione materiae*), ileri sürülen ihlalin ortaya çıktığı zamanı itibarıyla TİHEK'in yetki alanında bulunmasını ifade eden zaman bakımından yetki (*ratione temporis*) ve yer bakımından yetki (*ratione loci*) kurallarıdır. TİHEK'in yetkisi konusu, kamu düzeniyle ilgili bir durum olup Kurumca kendiliğinden incelenmesi gereken bir sorundur. İncelenebilirlik kriterleri, TİHEK'e yapılan şikayet başvuruları hakkında kurumun görev ve yetkisinin sınırlarını belirlemektedir. Bu hususlar kuruma yapılan bir başvuru hakkında ve incelemenin her aşamasında, hakkında başvuru yapılan taraf veya diğer ilgililerce ileri sürülüp sürülmediğine de bakılmaksızın kendiliğinden TİHEK tarafından dikkate alınır.

I. TİHEK'E YAPILAN BAŞVURUNUN NİTELİĞİ

TİHEK'in görevlerine ilişkin temel düzenleme 6701 sayılı Kanunun 9. maddesinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre, TİHEK'e üç başlık altında toplanabilecek temel bir görevlendirme

⁶ Avrupa Birliği'nin Avrupa'da ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kurumlarının gelişiminde AB hukukunun etkisi üzerine bkz. Sara Benedi Lahuerta, "Equality bodies in the EU: origins, challenges and future prospects." University College Dublin, *Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, Research Paper No. 4, (2022),1-19; Vahap Atilla Oğuşgil, *Avrupa Birliği ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Üye Ülkelerden Örnek Uygulamalar*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015).

yapılmıştır. Buna göre TİHEK'e; "ulusal önleme mekanizması kapsamında başvuru alma",⁷ "ayrımcılıkla mücadele kapsamında başvuru alma ve resen inceleme yapma",⁸ "insan haklarının korunması ve geliştirilmesi kapsamında resen inceleme yapma"⁹ şeklinde bu üç temel alanda görev ve yetki verilmiştir¹⁰. Kuruma şikâyet başvuruları da "ayrımcılık yasağı" ve "ulusal önleme mekanizması" kapsamında yapılabilmektedir¹¹.

Hukuki bakımdan TİHEK'e yapılan başvuru yargısal bir uyuşmazlık (dava) değildir. Başvurunun kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine bildirilmesi ve bunların başvuru konusuna ilişkin görüş bildirmesi de bu kişileri bir uyuşmazlığı karşı tarafı pozisyonuna sokmamaktadır. Bu bağlamda, yargı dışındaki dış denetim mekanizmaları olarak TİHEK ve Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) gösterilebilir. TİHEK'in de bu bağlamda tıpkı KDK gibi klasik merkezi ve yerel idari yapılanma dışında tutularak özerk ve bağımsız olması amaçlanmaktadır. Aynı zamanda TİHEK'in kendisine gelen şikâyet başvurularını hukuku ve bireysel başvuru alan AYM ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamaları ile uyumlu bir inceleme ve kararlar vermesi beklenmektedir.

TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin "tanımlar" başlıklı 4. maddesinde; "*ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişiler*", "*başvurucu*" olarak adlandırılmıştır. "*Başvurucu*" kavramının yerine "*davacı*", "*şikâyetçi*", "*şikâyette bulunan*" gibi kavramların kullanılmaması bilinçli bir tercih olup, Kuruma yapılacak başvuruyu bir "*dava*" konseptine indirgememek ve bir yargılama terminolojisinden özenle kaçınmak amaçlanmıştır.

Burada, yalnızca temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin veya ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gören birinin kamu kurum ve kuruluşları, kamu

⁷ 6701 sayılı Kanununun 9. maddesinde; "(1) Kurumun görevleri şunlardır: ... ı) İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol hükümleri çerçevesinde ulusal önleme mekanizması olarak görev yapmak. i) Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek." hükmü yer almaktadır. İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin İhtiyari Protokolü (OPCAT) ülkemiz tarafından 2005 yılında imzalanmıştır. 2013 yılında alınan 5711 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 'ulusal önleme mekanizması' görevi Türkiye İnsan Hakları Kurumuna verilmiştir. 2016 yılında çıkarılan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ulusal önleme mekanizması görevi doğrudan yasa ile TİHEK'e verilmiştir.

⁸ 6701 sayılı Kanununun 9. maddesinde; "(1) Kurumun görevleri şunlardır: ... g) Ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek."

⁹ 6701 sayılı Kanununun 9. maddesinde; "(1) Kurumun görevleri şunlardır: ... f) İnsan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek."

¹⁰ Muharrem Kılıç, "İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları", *TİHEK Akademik Dergisi* 5/8, (2022).15-60, 34.

¹¹ TİHEK, B. No: 2021/1120, K. No: 2022/25, 6.1.2022, para. 10.

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından bir hakkının ihlal edildiği iddiası ve hakkında başvuru yapılan taraftan kaynaklanan işlem ya da eylemi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlalinin giderilmesi talebi söz konusudur. Bu nedenle, 6701 Sayılı Kanun ve TİHEK Uygulama Yönetmeliğinde bireysel başvuruda hakkında başvuru yapılan taraf da “*davalı*” olarak tanımlanmamıştır.

Kamu gücünü kullanan kurum ve kuruluşların eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimini sağlamak üzere, AYM’ye bireysel başvuru gibi idarenin yargısal denetimi ve KDK ve TİHEK’e başvuru gibi yargı dışı idari denetim yapılmaktadır¹². 6328 sayılı Kanunun 5. maddesinde KDK’nın görevleri şu şekilde belirtilmiştir; “*Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.*” Bu düzenlemeye göre, KDK, bireylerin idareyle ilgili idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışları nedeniyle yaşanan tüm uyuşmazlıklar hakkında başvuru kabul edebileceği görülmektedir¹³. “Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuruda bulunulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir, dolayısıyla KDK’ya yapılacak yapılan başvuru idari başvuru yolları tüketildikten sonra yapılan bir başvurudur”¹⁴. KDK, idare ile bireyler arasındaki vuku bulan uyuşmazlıklar hakkında “hukuka uygunluk”, “insan hakları” ve “hakkaniyet ve yerindelik” denetimi yapmakta ve yaptığı inceleme sonucunda idare ve kamu görevlilerini iyi yönetim ilkelerini uygulamaya yönlendirme amacını taşımaktadır¹⁵.

İnsan hakları alanında ulusal düzeydeki kurumsal yapılanmanın nasıl yapılacağı tartışma konusu olagelmıştır. Richard Carver, ayrımcılıkla mücadele dahil olmak üzere insan hakları alanında çok kapsayıcı bir yasal çerçeve dâhilinde yetkilerle donatılmış bulunan ulusal düzeyde tek bir ulusal insan hakları kurumu modelinin işlevsel olacağını belirtmiştir. Bu şekilde, bireylerin başvuru yapacakları doğru kurumu belirlemeleri zor olmayacak ve insan hakları

¹² Hasan Tahsin Fendoğlu, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2013), 23-49, 26.

¹³ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 5(2) maddesi uyarınca; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin “sırf askeri nitelikteki” faaliyetleri KDK’nın görev alanı dışında bırakılmıştır.

¹⁴ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17(4) maddesine göre; Kamu Denetçiliği Kurumu, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilir.

¹⁵ TİHEK ve KDK arasındaki kurumsal yapı ve işleyiş açısından benzerlik ve farklılıklar için bkz. Ayça Beyoğlu, “T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 23/3, (Eylül 2021), 992-1013.

alanında tek bir kurumun varlığı bu alandaki denetimlerde karışıklık ve bürokratik kırtasiyeciliğin de önüne geçer¹⁶. “Bununla birlikte, insan hakları alanında tekli bir kurumsal yapılanmanın, kuruluşun ‘rolünü, amacını, yetkisini ve stratejik önceliklerini yansıtan, etkili ve uyumlu bir işleyiş tarzı’ oluşturması gerekmektedir”¹⁷. “Aslında, uluslararası düzeyde, ulusal düzeyde inşa edilecek ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının yaygın ayrımcılık sorunlarının çoğuna duyarlı olmalarını sağlamak için tasarımında uyulması gereken asgari standartlar konusunda nispeten geniş bir fikir birliği vardır. Bunlar, bu kurumların bağımsızlığı, erişilebilirliği, hukuki yol göstericilik işlevi, eğitim, ayrımcılık konusunda şikayet başvurusu alma ve inceleme, çözüm üretme, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda etkili ve işlevsel olma gibi temel standartları haiz olmaları gerekmektedir”¹⁸. Bu nedenle TİHEK ve KDK’nın bu standartlara haiz olmasının sağlanması bu kurumların kurulması amaçlarına hizmet eder¹⁹.

TİHEK’e şikayet başvurusu ile Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvurunun niteliği tamamen farklıdır. 23/09/2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan ve belli bazı hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin başvurduğu ve tüm olağan hukuk yolları da tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesine yapılabilen bireysel başvuru ise, olağanüstü ve tamamlayıcı nitelikte bir başvuru yoludur²⁰. AYM’ye yapılan bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararının bazı durumlarda yeniden yargılamayı gerektirmesi ve yargı mercilerinin (Yüksek Seçim Kurulu hariç) denetiminden geçerek kesinleşen kararları kapsamış olması nedeniyle bireysel başvuru KDK ve TİHEK’e yapılan şikayet başvurularından oldukça farklıdır.

II. KİŞİ, KONU, ZAMAN VE YER BAKIMINDAN YETKİ

A. KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ (*RATIONE PERSONAE*)

‘Kişi yönünden yetki’ kısaca, kimlerin hangi durumlarda başvuru yapabilme ehliyetini haiz olduğunu ifade etmektedir. Başvurma ehliyeti, medeni hukuk yargılamasındaki gibi dava ehliyeti ile de birebir örtüşmemektedir. TİHEK’e bireysel başvuru hakkına sahip olan kişilerin

¹⁶ Richard Carver, “One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience”, *Journal of Human Rights Practice*, 3/1, (2011),1-24, 3.

¹⁷ Neil Crowther ve Colm O’Cinneide, “Bridging the Divide? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union”, *Juridikum 2*, (2019), 210–221.

¹⁸ Bu konuda bkz. Sara Benedi Lahuerta, “Equality Bodies: advancing towards more responsive designs?”, *International Journal of Law in Context* 17, (2021), 390–412.

¹⁹ Ümran Güneş, “Türkiye’de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu Ve Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/1, (Haziran 2018),165-186, 169-172.

²⁰ Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XV/4, (2011),125.

belirlenmesi önemli bir konudur. Kurum, “ayrımcılık yasağı kapsamında” ve “ulusal önleme mekanizması kapsamında” olmak üzere bu iki konuda bireysel başvuru alması nedeniyle bu konular bakımından ‘kişi yönünden yetkiyi’ ele almak faydalı olacaktır.

1. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Yapılacak Başvurularda Kişi Bakımından Yetki (*Ratione Personae*)

6701 sayılı Kanunun “Başvurular başlıklı” 17. maddesinde; “Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir” hükmü yer almaktadır. Bu doğrultuda *her gerçek ve tüzel kişi* kavramının içerisinde, gerçek kişiler bakımından sadece Türk vatandaşları değil, ülkede bulunan yabancılar ve vatansızlar (haymatlos) girer, ayrıca tüzel kişilerin de hepsi bireysel başvuru hakkına sahiptir. “Dolayısıyla, ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğünü iddia eden her gerçek ve tüzel kişi TİHEK’e başvurma hakkına sahiptir”²¹. 6701 sayılı Kanunun amaç kısmında da “...kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek...” denilmiştir. Anılan Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında da, “eşit muamele görececek ve hukuken tanınmış haklardan ve hürriyetlerden eşit olarak yararlanacak kişiler” herkes olarak ifade edilmiştir. Özel hukuk tüzel kişileri, faaliyet alanlarına ve mahiyetlerine göre ayrımcılık yasağı başvuru hakkına sahiptir.

Uygulama Yönetmeliğinin “Başvuru hakkı” başlıklı 30. maddesinde; “Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen her gerçek veya tüzel kişi, ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiası ile Kuruma başvurma hakkına sahiptir” düzenlemesi yer almaktadır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinin 30(1) maddesiyle başvuru hakkı olan kişilerin kapsamı daraltılmıştır. Şöyle ki 6701 sayılı Kanunun 17(1) maddesinde TİHEK’e başvuru hakkı olan kişiler, “ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi” olarak belirtilmesine rağmen; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 30. maddesinin birinci

²¹ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, (Ankara: 2018), 341.

fıkrasında başvuru hakkı olan kişiler “eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen her gerçek veya tüzel kişiler” olarak belirtilmiştir²².

TİHEK, İŞKUR aracılığıyla ... İl Milli Eğitim Müdürlüğü bünyesinde çalışmak üzere engelli işçi alımı ilanına başvuran ancak başvurusu uygun görülmeyen başvurucunun kamu hizmetlerine girme hakkı bağlamında yaptığı başvurunun TİHEK’in görev alanında bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı vermiştir²³. TİHEK, çalışma koşulları bakımından yapılan ayrımcılık başvurularını ise kabul etmekte, incelemekte ve duruma göre ihlal kararları vermektedir²⁴.

6701 sayılı Kanununun 25. maddesi uyarınca, TİHEK’in, ayrımcılık yasağının ihlali halinde ihlalden sorumlu olan kişiler hakkında idari para cezası uygulama yetkisi bulunmaktadır²⁵. “Bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmayan KDK’ya kıyasla TİHEK’in ayrımcılık ihlalleri nedeniyle para cezası vermek suretiyle icrai karar alma yetkisi bulunmaktadır”²⁶.

Özetle, başvuru ehliyetinin belirlenmesi de yukarıda ifade edildiği gibi iki aşamalı bir incelemeyi gerekli kılar. Bunlar; başvuru sahibinin ehliyeti ve bir hakkın ihlalinin mevcudiyetidir. Bu nedenle, şikayet başvurusunda bulunma ehliyeti olmayan kişiler tarafından yapılan başvurular ile başvurucunun ayrımcılık yasağı ihlalden zarar görmesini yani

²² Fatih Düğmeci, *Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu’nun Yapısı Ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 319-320.

²³ TİHEK, B. No: 2021/1120, K. No: 2022/25, 6.1.2022, para. 10.

²⁴ TİHEK, B. No: 2021/329, K. No: 2021/230, 14.9.2021.

²⁵ 6701 sayılı Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasına göre; “(1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır”. Tazminatla ilgili kuralların ayrımcılıkla mücadele kanununa eklenmesi yönündeki tavsiyeye ilişkin olarak yetkililer, TİHEK tarafından ayrımcılık yasağının ihlaline karşı ihlalden sorumlu olan kişilere para cezası verebilme yetkisi önemli olmakla birlikte bu para cezaları Devlet Hazinesine ödenmekte ve mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini yapılmamaktadır. 6701 Sayılı Kanununun 18(3) maddesi uyarınca mağdura tazminat ödenmesine ilişkin bir uzlaşma prosedürü çerçevesinde uzlaşma olasılığı bulunmakla birlikte TİHEK’in inceleme süreci sonucunda ayrımcılık mağdurlarına tazminat ödenmesine imkan verecek kurallar bulunmamaktadır. BM Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarının cezalandırma yetkisine yönelik herhangi bir açık hüküm içermemektedir. Bkz. Ryan M. Welch, “Domestic Politics and the Power to Punish: The Case of National Human Rights Institutions”, *Conflict Management and Peace Science* 36, No 4, (2019), 385-404.

²⁶ Emine Cin KARAGÖZ, “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi*, 32, (2016), 21-40, 26.

mağduriyet iddiasını içermeyen başvurular, kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle Kurum tarafından incelenemez bulunur. Bu doğrultuda, TİHEK'e başvuru yapabilmek için başvuru yapacak kişilerin ayrımcı muameleden zarar görmesi gerekmektedir. Bu nedenle ayrımcı muameleden zarar görmeyen üçüncü kişilere, STK'lara, derneklere ve sendikalara ayrımcılık yasağı ihlalinin dolaylı TİHEK'e başvuruda bulunma hakkı tanınmamıştır. Avrupa Konseyi çatısı altında faaliyet yürüten Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) 7 Numaralı Genel Politika Tavsiye Kararının 25. maddesinde; *“Eşitlik Kanunu, ulusal kanunun belirlediği kriterlere göre ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadelede meşru menfaati olan dernekler, sendikalar ve diğer tüzel kişilerin hukuk davası açma, idari davalara müdahale etme hakkına sahip olmasını sağlamalıdır. Belirli bir mağdura atıfta bulunulmasa bile bu kişiler dava açabilir veya suç duyurusunda bulunabilmelidir. Bu kişilerin yaptıkları başvurularda somut olarak belli bir mağdurdan bahsediliyorsa mağdurun rızasının alınması gerekli olmalıdır”* tavsiyesi yer almaktadır. Dolayısıyla, 6701 sayılı Kanunda ayrımcılık mağdurları ve mağdur temsilcileri dışında STK'lara, derneklere, sendikalara ve benzeri kurumlara TİHEK'e başvuru hakkı tanınması uygun olacaktır²⁷.

2. Ulusal Önleme Mekanizması Kapsamında Yapılacak Başvurularda Kişi Bakımından Yetki (Ratione Personae)

6701 sayılı Kanunun *“Kurulun görev ve yetkileri”* başlıklı 11(1)(ç) maddesinde; *“Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını ve bu kapsamda resen yürütülen incelemeleri karara bağlamak”* düzenlemesi yer almaktadır. Kurum, koruma altına alınan ve özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını inceler, araştırır, karara bağlar. Başvuru ehliyetinin belirlenmesi de yukarıda ifade edildiği gibi iki aşamalı bir incelemeyi gerekli kılar. Bunlar; başvuru sahibinin ehliyeti ve bir hakkın ihlalinin varlığıdır. Şikayet başvurusunda bulunma ehliyeti olmayan kişiler tarafından yapılan başvurular ile başvuru sahibinin bir hakkının ihlalinin içermeyen başvurular, kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle Kurum tarafından incelenemez bulunur.

B. KONU AÇISINDAN YETKİ (RATIONE MATERIAE)

Konu açısından yetki (*Ratione Materiae*), TİHEK'e yapılan başvurunun konu bakımından yetkisinin sınırlarını ifade eder. Bu sınırlar TİHEK'e hangi işlem ve kararlar yönünden başvuru yapılabileceğini belirtir. Başka bir deyişle TİHEK'in yetkisine giren ayrımcılık yapma

²⁷ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) 7 Numaralı Irkçılık ve Irksal Ayrımcılıkla Mücadelede Ulusal Yasalarla ilgili Genel Tavsiye Kararı, <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.7> (erişim 12.08.2023).

yasağının hangi kapsam ve sınırlar ile ele alındığı tartışılıyorsa asıl tartışılan TİHEK'in konu bakımından yetkisidir. Aşağıda görüleceği üzere TİHEK'e yapılacak bir başvuruda denetim konusu olan hususlar AYM'ye yapılan bireysel başvurulara göre oldukça kısıtlıdır. AYM'ye yapılan bireysel başvurular Anayasamızın ve AİHS'in ortak güvencesi kapsamında bulunan temel hak ve hürriyetlerdir.

6701 sayılı kanunun “*Kurumun görevleri*” başlıklı 9. maddesinde belirtildiği üzere TİHEK, başkaca görevlerinin yanı sıra, ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, özgürlüğünden yoksun bırakılan ve koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek ile insan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmekle görevlidir.

Görüldüğü üzere, TİHEK'in görevlerini düzenleyen 9. maddesine göre; TİHEK, ulusal önleme mekanizması ve ayrımcılık yasağı kapsamında şikâyet başvurusu almakla görevlendirilmiş ancak insan hakları ihlalleri konusunda bireysel başvuru almak yerine bu ihlaller resen inceleme yapmakla görevlendirilmiştir²⁸.

Türkiye'de KDK, idarelerin her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışlarını insan haklarına dayalı adalet anlayışı içerisinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden incelemektedir. Bu kapsamda, KDK idarelerin eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına karşı bireylerin temel haklarını korumak ve idarelerin haksız işlemlerine karşı kişilerin mağduriyetlerini gidermek amacıyla başvuru almaktadır. TİHEK'in ayrımcılık yasağı ve ulusal önleme mekanizması kapsamı dışında kalan insan hakları ihlalleri konusunda başvuru almak yerine bu ihlaller hakkında resen inceleme yetkisi bulunurken, KDK'nın idarenin eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına yönelik yapılan şikâyet üzerine insan hakları yönünden bir inceleme yapma yetkisi bulunmakta ancak resen inceleme yapma yetkisinin bulunmadığını da belirtmek gerekmektedir²⁹.

²⁸ TİHEK'in ayrımcılık yasağı kapsamında yaptığı resen inceleme sonucunda verdiği ihlal kararı için bkz. TİHEK, resen inceleme, muhatap kurum/kışi: İ.İ.C, K. No: 2023/311, 13.4.2023. 2020 yılı içerisinde TİHEK tarafından 3 vaka hakkında resen inceleme kararı verilmiştir. Ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınan 3 vakadan; 2'si hakkında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği, diğer vaka hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir. Bkz. TİHEK, 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 87, <https://www.tihék.gov.tr/public/editor/uploads/1614496238.pdf> (erişim 11.08.2023). TİHEK tarafından, ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin 2021 yılı içerisinde resen inceleme kararı alınan 3 dosya, 2022 yılı içerisinde incelemesi tamamlanarak ihlal kararı ile sonuçlandırılmıştır. Bkz. TİHEK, 2022 Yılı Faaliyet Raporu, s. 87, <https://www.tihék.gov.tr/public/editor/uploads/2022.pdf> (erişim 11.08.2023). Görüldüğü üzere, TİHEK resen inceleme yetkisini oldukça kısıtlı sayıda vaka için kullanmaktadır.

²⁹ Beyoğlu, “T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma”, 1006.

TİHEK, insan haklarını izlemek ve korumak alanında resen insan hakları ihlalleri konusunda denetlemeler gerçekleştirebilir. Ulusal önleme mekanizması kapsamında yapılacak resen incelemeler, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin, örneğin karakolda gözaltındaki kişiler ve cezaevindeki hükümlülerin tutulduğu yerleri kapsamaktadır. Şikayet başvurusu üzerine başlatılan incelemelerin yanı sıra Kurumun kendi inisiyatifi ile gerçekleştirdiği resen incelemeler çok önemli bir konudur ve hangi olaylar için bu yönteme başvurulduğu kadar yapılan incelemelerin nasıl sonuçlandığı da ayrı önemdedir. Resen inceleme başlatmak Kurumun yetkisi dahilinde olmakla birlikte bu yetkinin hangi durumlarda ve kimler için kullanıldığı kamuoyundaki tarafsız ve özerk kurum niteliğini göstermek açısından da belirleyici unsurlardan birisidir.

TİHEK resen inceleme yetkisi kapsamında inisiyatif kullanarak herhangi bir şikayete gerek olmaksızın harekete geçebilmektedir. 6701 sayılı Kanunun “Kurumun görevleri” başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde bu hususa değinilmiştir. Buna göre TİHEK; “*insan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmekle*” de yükümlüdür. Kurum resen inceleme yetkisine istinaden, insan hakları ihlalini gerçekleştirdiği iddia edilen kişilere herhangi bir haber vermeksizin inceleme başlatma ya da denetlemede bulunma yetkisini haizdir. Resen incelemeler, bireylerden gelen şikâyet başvurularında izlenen usullerden farklılık göstermez. Bireysel başvurular hakkında verilen kararlar gibi aynı inceleme ve araştırma yöntemi ile karar türleri alınır.

1. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Yapılacak Başvurularda Konu Bakımından Yetki

6701 sayılı Kanunun “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” başlıklı 3. maddesinde; “(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.

(2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.

(3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”

Bu düzenlemeye göre, yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarının değil, tüm gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin ayrımcılık yasağına uymakla yükümlü olduğu açıkça düzenleme altına alınmıştır.

6701 sayılı Kanunun 4. maddesinde ise ayrımcılık türleri sıralanmıştır. Anılan Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında ayrımcılık türleri şu şekilde belirtilmiştir; “*Bu Kanun kapsamına giren ayrımcılık türleri şunlardır: Ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık.*” Anılan Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasında da; “*Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder*” düzenlemesi yer almaktadır.

TİHEK’in bireysel başvuruyu inceleyebilmesi için ihlal iddiasının konusunun; “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasağı*” olması gerekmektedir³⁰. Bu doğrultuda; “*eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişilere cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasağı ihlalleri, başvurunun konusunu oluşturur*”³¹. “TİHEK, 6701 sayılı Kanunun 3(2) maddesinde yer alan ayrımcılık temellerinin sayma suretiyle (numerus clausus) belirlenmiş olup bunların dışındaki bir temele dayanılarak veya herhangi bir temele dayanılmaksızın ayrımcılık iddiasında bulunulan hallerin Kanunun kapsamı dışında kaldığı görüşündedir. TİHEK önüne gelen ayrımcılık iddialarıyla ilgili başvurularda öncelikle, başvuruçunun iddialarının 6701 sayılı Kanunun 3(2) maddesinde yer alan ayrımcılık temellerinden hangisine

³⁰ TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 31. maddesi.

³¹ Nitekim, TİHEK 2021/1071 B. No’lu: başvurusu kararında; “...i. Eylemler iş ilişkisi içerisinde gerçekleşmeli ve Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak yapılmalıdır;..” TİHEK, B. No: 2021/1071, K. No: 2022/698, 4/10/2022, para. 23. Çocuğunun engelli doğması sebebiyle yarı zamanlı çalışma talebinde bulunan ancak sözleşmeli olarak çalışması gerekçesiyle talebi reddedilen kişinin ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla TİHEK’e yapılan başvuru, başvuruçunun memurlara tanınan yarı zamanlı çalışma hakkından sözleşmeli personel olarak çalışması sebebiyle faydalanamadığı, söz konusu uygulamanın statü temelinde bir uygulama olduğu ve Kanun hükümlerinde yer alan ayrımcılık temellerine dayanmaması nedeniyle başvurunun kabul edilmez olduğuna karar verilmiştir. Karar için bkz. TİHEK, S. Ö., B. No: 2022/1558, K. No: 2023/308, 4/10/2022, para. 18.

dayandığını veya başvurusunun başvurusunu hangi temele dayandırdığını tespit etmeye çalışmaktadır.”³²

Görüldüğü üzere 6701 sayılı Kanunun 3(2) maddesinde ayrımcılık temelleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun (ECRI) 7 Numaralı Irkçılık ve Irksal Ayrımcılıkla Mücadelede Ulusal Yasalarla ilgili Genel Tavsiye Kararında da belirtildiği üzere, bu gerekçeler listesinin, kanunda açıkça belirtilmesi gereken vatandaşlık, cinsel yönelime ilişkin ayrımcılık gerekçelerini hâlâ içermemesi eleştirilmektedir³³.

“2021 yılı içerisinde de anılan Kanunda belirtilen ayrımcılık temellerinden en çok “engellilik” temelinde ayrımcılık iddiasıyla Kuruma başvuru yapılmıştır. Onu, sağlık durumu temelinde ayrımcılık iddiasını içeren başvurular takip etmiştir. 2021 yılı içerisinde ‘ayrımcılıkla mücadele görevi’ kapsamında TİHEK’e 180 başvuru yapılmıştır. 6701 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında ayrımcılık temelleri “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş*” olarak sayma usulüyle belirtilmiştir. Bu 180 başvurunun 21 tanesi 6701 sayılı Kanunda yer verilen ‘cinsiyet’ temelli başvuru olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu 180 başvurunun 16 tanesi Kanunda yer verilen temellere dayanmadığı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yer verilen başvuru şartlarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. 2021 yılında esas incelemesi yapılan başvurulardan; 1 tanesi hakkında “uzlaşma” kararı, 5 tanesi hakkında “karar verilmesine yer olmadığı” kararı, 21 tanesi hakkında “kabul edilmezlik” kararı, 24 tanesi hakkında “incelenemezlik” kararı, 7 tanesi hakkında “ihlal olmadığı” ve 4 tanesi hakkında “İhlal” kararı verilmiştir. Başvuruların 7 tanesi ilgili idareye gönderilmiş, 33 tanesi hakkında hukuki yol gösterilmiştir”³⁴.

“6701 sayılı Kanunda belirtilen ayrımcılık temellerinden 2022 yılı içerisinde en çok “engellilik” temelinde ayrımcılık iddiasıyla Kuruma başvuru yapılmıştır. Onu, cinsiyet temelinde ayrımcılık iddiasını içeren başvurular takip etmektedir. 2022 yılı içerisinde ‘ayrımcılıkla mücadele edilmesi görevi’ kapsamında TİHEK’e 355 başvuru yapılmıştır. Bu 355 başvurunun 45 tanesi 6701 sayılı Kanunda yer verilen ‘cinsiyet’ temelli başvuru olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu 355 başvurunun 217 tanesi 6701 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen

³² TİHEK, S.Ö., B. No: 2022/1558, K. No: 2023/308, 13.4.2023, para. 12.

³³ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) Türkiye ile ilgili Ara Dönem Takibine Bağlı Tavsiyelerin Uygulanmasına İlişkin Sonuçlar, CRI(2019)27, 03.04.2019, p. 6. <https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-turkey-5th-monitoring-cycle-/168094ce03> (erişim 15.08.2023). Bu konuda ayrıca bkz. Zehra Odyakmaz – Bayram Kesik – Yusuf Deniz, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1/7, (2016), 721-761, 745, 746.

³⁴ Bkz. TİHEK, 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s.78, 79, [https://www.tihkek.gov.tr/public/editor/uploads/PDF%20\(5\).pdf](https://www.tihkek.gov.tr/public/editor/uploads/PDF%20(5).pdf) (erişim tarihi 11.07.2023)

temellere dayanmadığı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yer verilen başvuru şartlarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. 2022 yılında esas incelemesi yapılan başvurulardan; 2 tanesi hakkında “uzlaşma” kararı, 9 tanesi hakkında “karar verilmesine yer olmadığı” kararı, 15 tanesi hakkında “gerekçeli kabul edilmezlik” kararı, 43 tanesi hakkında “ihlal olmadığı” ve 38 tanesi hakkında “İhlal” kararı verilmiştir. Başvuruların 3 tanesi hakkında hukuki yol gösterilmiştir³⁵.

Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi hukukun genel ilkelerinden birisidir. Eşitlik ilkesi özetle, “aynı ve benzer durumdaki kişiler için aynı muamelede bulunmayı, farklı durum ve koşullar altında olanlar için de farklı muamelede bulunmayı” ifade etmektedir³⁶. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) ve gerek Anayasanın 10. maddesinde ayrımcılığın tanımının yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte AİHM ayrımcılık kavramını; “objektif ve makul bir neden olmaksızın, aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmak” olarak tanımlamaktadır³⁷. AİHM, ayrımcı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayanması konusunu belli bir takım kriterler çerçevesinde değerlendirmekte ve meşru bir sebebe dayanması halini ilk olarak demokratik siyasal toplumlarda geçerli olan ilkeleri göz önüne alarak söz konusu tedbirin amacı ile toplumsal ihtiyaç bağlamında ele almaktadır. AİHM, ayrıca farklı muamelenin ayrımcılık yasağı dışında kabul edilebilmesi için bunun meşru bir sebebe dayanmasının yanında gerçekleştirilmek istenen meşru amaç ile kullanılan araçlar arasında ölçülülük ilkesini de göz önüne almaktadır³⁸.

AİHS’in 14. maddesinde yalnızca ayrımcılık yasağı düzenlendiğinden AİHM yapılan bireysel başvurularda ayrımcılık yasağı çerçevesinde bir değerlendirme yaptığından eşitlik ilkesine ilişkin herhangi bir tanım ortaya koymamıştır³⁹. AYM de eşitlik kavramını, “herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmaması” şeklinde ifade etmiştir⁴⁰. AYM, ayrımcılık yasağına ilişkin olarak ise; her somut olay için geçerli olabilecek bir tanım yapılmasının mümkün olmadığını altını çizmiştir. Ayrımcılık

³⁵ Bkz. TİHEK, 2022 Yılı Faaliyet Raporu, s. 81, 82, <https://www.tih.gov.tr/public/editor/uploads/2022.pdf> (erişim tarihi 11.07.2023).

³⁶ Yılmaz Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, 1999), 80.

³⁷ AİHM, *Willis v. Birleşik Krallık*, B. No: 36042/97,11/6/2002, para. 48; AİHM, *Okpiz v. Almanya*, B. No: 59140/00, 15/2/2006, para. 33. Bu konuda bkz. Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, (2006). 56.

³⁸ AİHM, *Okpiz v. Almanya*, B.No:59140/00, 25/10/2005, para.33; AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık*, B. No. 9214/80, 28/5/1985, para.72.

³⁹ Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı* 32, (2015), 238.

⁴⁰ AYM, Nuriye Arpa, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, para.58; AYM, Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 8/5/2014, para. 38; AYM, Nuriye Arpa, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, para.58

yasağı, ulusal mevzuatımızda detaylı olarak 6701 sayılı Kanunun 3. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. İlgili hükme göre; “(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”

“6701 sayılı Kanunun ekonomik faaliyetleri düzenleyen 6. maddesinde ise; “...çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz” denilerek kanun koyucu tarafından açık uçlu bir yaklaşım tercih edilmiş, hem kişi hem de konu bakımından bir sınırlamaya gidilmemiştir. Benzer yaklaşım Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin ayrımcılığı yasaklayan 26. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinde ve Ek 12. Protokolünde de görmek mümkündür. Uluslararası metinlerin ortak yanı “herkes” ve “hiçbir şekilde” ifadelerini kullanarak açık uçlu bir konusal yetki (*ratione materiae*) alanı benimsemesidir”⁴¹.

2. Ulusal Önleme Mekanizması Kapsamında Yapılacak Başvurularda Kişi Bakımından Yetki (*Ratione Personae*)

Özgürlüğünden yoksun bırakılan ve koruma altına alınan kişilerin, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol⁴² hükümleri çerçevesinde tanınan haklar başvuru konusunu oluşturur.

Kurumun ulusal önleme mekanizması kapsamında konu bakımından yetkisi yukarıda anılan Protokoldeki haklarla sınırlı olup, Kurum tarafından Protokolde belirtilen haklara ilişkin yapılan tanımların kapsam ve içeriğinin de uluslararası mevzuat doğrultusunda yapılması doğru olacaktır. Bu nedenle bu kapsamda yapılacak başvurunun konusu Türkiye tarafından kabul edilen ve onaylanan bu protokolde yer almayan bir hak ise, TİHEK konu bakımından yetkisizlik

⁴¹ İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk İzleme ve Belgeleme*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), 11.

⁴² Bu Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 18 Aralık 2002 tarih ve A/RES/57/199 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 4 Şubat 2003 tarihinde imzaya açılmıştır. 22 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, İhtiyari Protokol'ü 14 Eylül 2005 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu dair 23 Şubat 2011 tarih ve 6167 sayılı Kanun ve onaya ilişkin 15 Haziran 2011 tarih ve 2011/1962 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onay süreci tamamlanmıştır. Bakanlar Kurulu kararı ve resmi Türkçe çeviri, 5 Temmuz 2011 tarih ve 27985 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 27 Eylül 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve İhtiyari Protokol, Türkiye açısından 27 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

nedeniyle başvuruyu duruma göre incelenemez veya gerekçeli kabul edilemez olduğuna karar verebilecektir.

“Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişiler tarafından 2021 yılında TİHEK’e 529 başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların 3 tanesine arşive kaldırma; 36 tanesine hukuki yol gösterme; 1 tanesine ihlal yok kararı; 16 tanesine incelenemezlik kararı ve 11 tanesine gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilmiştir. İlgisi nedeniyle veya telafisi güç veya imkânsız zararlar doğmaması adına 184 başvuru Bakanlıklar, Valilikler, Cumhuriyet Başsavcılıkları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları gibi ilgili idarelere yönlendirilmiştir. İlgili kurum ve kuruluşlara yönlendirilen başvurularda ön inceleme şartları aranmamaktadır. Ön inceleme şartlarını taşıyan 278 başvurunun ise esas incelemesine geçilmiştir”⁴³. “Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişiler tarafından 2022 yılında TİHEK’e 947 başvuru yapılmıştır”⁴⁴.

3. Başvuru Konusu Yapılamayacak Konular

Kanunun 17. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “*yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) kararları, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere ilişkin başvurular*” hakkında bireysel başvuru yapılamaz. Kurumun görev alanı içerisine girmeyen başvurulara ilaveten Uygulama Yönetmeliğinde, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki başvurular ve dava konusu olmuş başvuruların da inceleme konusu olamayacağı belirtilmiştir⁴⁵.

Kanunun 17. maddesi hükmü doğrultusunda, “*yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararları, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” aleyhine hiçbir şekilde başvuru yapılamaz.

HSK kararları açısından bu kararların türünün bir önemi bulunmamaktadır. Hangi nitelikte olursa olsun HSK tarafından alınan bir kararın bireysel başvuru yoluyla Kurumun önüne taşınması mümkün değildir.

a. Yasama ve Yargı Yetkilerinin Kullanılmasına İlişkin İşlemler

TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin “*İşleme konulmayacak başvurular*” başlıklı 45. maddesinde; “(1) *Yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere ilişkin başvurular ile aşağıdaki başvurular işleme konulmaz:*

⁴³ Bkz. TİHEK, 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s82, [https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/PDF%20\(5\).pdf](https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/PDF%20(5).pdf) (erişim 11.08.2023).

⁴⁴ Bkz. TİHEK, 2022 Yılı Faaliyet Raporu, s83, <https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/2022.pdf> (erişim 11.08.2023).

⁴⁵ TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 40 ve 45. maddeleri.

- a) Kurumun görev alanı içerisine girmeyen başvurular,
b) Hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki başvurular,
c) Dava konusu olmuş başvurular” düzenlemesi bulunmaktadır.

Yasama organı tarafından yapılan kanun, içtüzük gibi yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler ile yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemler doğrudan başvuruya konu edilemez. Ancak soyut ve genel düzenleyici işlemlerin bireye uygulanması sonucu bir ihlal oluşturması ve bir mağduriyete yol açması durumunda Kurumun bu durumda söz konusu uygulama işlemine karşı yapılan başvuruyu inceleme imkânı olabilecektir. Bu bağlamda; “*yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler*” ile “*“yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin”* neler olduğunu belirleyebilmek önem arz etmektedir⁴⁶.

“Yasama işlemi, yasama organının yasama görev ve yetkisiyle ilgili belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak gerçekleştirdiği irade beyanı olarak tanımlanabilir⁴⁷. “Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemleri, kanun, parlamento kararları ve diğer yasama işlemleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁴⁸. “Parlamento kararları, TBMM’nin iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya TBMM’nin yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlardır⁴⁹.”

TBMM’nin yasama yetkisine kullanılmasına ilişkin işlemlerinden kanun yapma, parlamento kararları ve diğer yasama işlemleri, 6701 sayılı Kanunda anılan düzenleme nedeniyle TİHEK’in görev alanı dışında kalmakta, buna karşın TBMM’nin tüzel kişiliğinden kaynaklanan bireysel idarî işlemleri (kararları), idarî sözleşmeleri ve özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan ihlal başvurularının Kurumunun görev alanında kaldığı düşünülmektedir.

“Yargı faaliyetini”, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından maddi hukuk kurallarının yargılama usul ve kurallarına uyarak somut olaya veya ilişkiye uygulanması olarak tanımlayabiliriz. Bu tanım, 6701 sayılı Kanunda geçen “yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemleri” karşılayan bir tanımdır. Sonuç olarak yargı faaliyeti, hukuki uyumsuzluklar ve hukuka aykırılık iddialarının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından çözülmesi faaliyetidir.

Bu nedenle, örneğin yargı organlarının iç çalışma düzenine ilişkin işlemleri yargısal nitelikte değil, idari niteliktedir. Bu bağlamda; mahkemelerce verilen yürütmenin durdurulması kararı, adli yardım kararı, bilirkişi tayini, keşif kararı, duruşma gününün belirlenmesi, delillerin

⁴⁶ Yasama yetkisinin kullanımıyla ilgili işlemler için bkz. Zehra Odyakmaz, “Kamu Denetçiliği(Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, (2013), 1-85, 36, 37.

⁴⁷ Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi Ve Parlamento Kararları*, (Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2016), 18.

⁴⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 12. Baskı, 2012), 241.

⁴⁹ Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi Ve Parlamento Kararları*, 67.

toplanması, savunmalarının alınması, iddianamenin kabulü ya da iadesi, tutuklama veya tahliye kararı verilmesi, tanık dinlenmesi, kararların yazımı yargı faaliyeti niteliğinde olup TİHEK'in görev alanının dışında kalacaktır⁵⁰.

Sonuç olarak; “yargı fonksiyonu; objektif hukukun, maddî hukuk kurallarının, bağımsız ve tarafsız yargı organları (mahkemeler) tarafından, yargısal usullere uyarak somut olaya veya ilişkiye uygulanmasıdır” şeklindeki tanımlamanın 6701 sayılı Kanunun uygulanması bakımından esas alınması yerinde olacaktır.

Bu bağlamda, yargı organlarının kendi işleyişine dair yaptığı tasarruflar yargısal değil, idari işlem niteliğindedir. Nitekim, Danıştay 5. Dairesi, Yargıtay'da bir dairede çalışan üyenin başka bir daire üyeliğinde görevlendirilmesine ilişkin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu işlemini yargı yetkisinin kullanılması yönünde idari davaya konu olabilecek idari bir işlem olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle; yüksek mahkeme üyeleri arasındaki iş bölümü ve görev dağılımının düzenlenmesi amacıyla Danıştay Başkanlar Kurulu ile Yargıtay Başkanlık Kurulunun gerçekleştirdiği işlemler idari nitelikte olan işlemlerdir.

Mahkemelerde çalışan yazı işleri müdürleri, kâtipler ve diğer görevlilere hakim ve savcılar tarafından gibi ayırıcı muamelede bulunulması, mobbing yapılması ile dava taraflarına 6701 sayılı Kanun kapsamında kalan ayırıcı muamelede bulunulması yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerden olmayıp TİHEK'in görev alanında kalan eylem ve işlemlerdir.

4. İş Kanununun 5. Maddesi Kapsamına Giren Ayırıcılık İddialarına İlişkin Başvurular

6701 sayılı Kanunun 17(5) maddesi uyarınca; “4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi kapsamına giren ayırıcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı İş Kanunu ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hallerde yapılabilir.”

İş Kanununun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesine göre; “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye,

⁵⁰ TİHEK, B.K., B. No: 2023/910, K. No: 2023/578, 31.07.2023. TİHEK, B.K. başvurusuna ilişkin bu kararında; başvurucağının uzun süren tutukluluk sürecinin mağduriyetine neden olduğu iddiası hakkında yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olduğu, yargılama yapma görevinin münhasıran mahkemelere ait olduğu, 6701 sayılı Kanunun 17. maddesinin 4. fıkrası ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 40. maddesi gereği başvuru konusu teşkil etmeyecek işlemler arasında yer alan başvurunun inceleme şartlarını taşımadığı ve bu nedenle kabul edilmez olduğuna karar vermiştir. TİHEK tarafından, yargı yetkisinin kullanılması kapsamında kaldığı düşünülerek verilen kabul edilmezlik kararları için bkz. TİHEK, B.Ö., B. No: 2023/966, K. No: 2023/577, 31.07.2023; TİHEK, H.A., 2023/698, K. No: 2023/518, 13.6.2023; TİHEK, A.E., B. No: 2023/768, K. No: 2023/505, 13.6.2023; TİHEK, A.D., B. No: 2021/795, K. No: 2021/239, 14.9.2021; TİHEK, M. S.S., B. No: 2021/672, K. No: 2021/232, 14.9.2021.

belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

4857 sayılı İş Kanununda yer alan eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde TİHEK’e başvurmak isteyen bir kişinin öncelikle İş Kanununda yer alan şikâyet ve müracaat usullerini tüketmesi gerekir. İş Kanununda yer alan şikâyet usullerinin izlenmesine rağmen herhangi bir yaptırım kararı alınmaması halinde ayrımcılık mağduru olan kişi TİHEK’e başvurulabilmektedir.

“6701 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca istihdam, ayrımcılık yasağının uygulamasını oluşturan temel alanlardan birisi olup kamu sektörü ile özel sektör ayrımı yapılmaksızın tüm istihdam alanları denetim kapsamına alınmıştır. TİHEK’in görev alanının kamu- özel ayrımı yapılmaksızın tüm iş alanları olarak belirlenmesi Kurumun ayrımcılıkla mücadele fonksiyonunu yerine getirmesi adına önemli ve ciddi bir adım olup “iş yerinde yıldırma fiili” (mobbing) kamu- özel ayrımı yapılmaksızın ayrımcılık yasağının ihlali olarak düzenlenmiş ve mobbingle mücadele Kurumun önemli bir misyonu olarak öne çıkmıştır”⁵¹.

İş Kanununun 5. maddesine göre, işveren iş sözleşmesinin devamı ya da feshinde eşit işlem yapma borcuna aykırı davranırsa, işçi ‘ayrımcılık tazminatı’ olarak dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat talep edebilecektir, ‘Ayrımcılık tazminatı’, iş sözleşmesinin feshedilmiş olması ya da herhangi bir zarar koşuluna bağlı olmadan talep edilebilir.

Ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda işveren, ayrımcılık tazminatının yanında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu yetkilileri tarafından da ayrımcılık yasağına aykırı

⁵¹ Emine Cin KARAGÖZ, “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi* 32, (2016), 21-40, 32.

davranıldığı ve işlem yapıldığının tespit edilmesi halinde İş Kanununun 99. maddesine göre idari para cezası da ödemek durumundadır⁵².

Mevcut düzenlemede, İş Kanununun 91(1) maddesi uyarınca, iş müfettişleri tarafından yapılan teftiş faaliyeti çerçevesinde, iş sözleşmesi devam eden işçilerin şikayetlerinin alınması mümkündür. İşçinin bu teftiş sırasında yaptığı başvurunun reddedilmesi veya cevapsız bırakılması halinde işçi TİHEK'e başvuru yapabilecektir⁵³. Bu nedenle, iş sözleşmesi devam eden bir işçinin ayrımcılık yasağı ihlali iddiasına ilişkin öncelikle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kuruluna, buradan bir sonuç alınmadığı durumlarda ise TİHEK'e şikayet başvurusu yapabilecektir. Şayet, İş Teftiş Kuruluna ayrımcılık iddiasıyla ilgili bir başvuru yapılmadan doğrudan TİHEK'e müracaat edilmesi halinde TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 68. maddesi uyarınca gönderme kararı verilmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık iddiası nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin ise ayrımcılık iddiasını ya mahkemeye götürmesi gerekecek ya da tercihen durumu (01.01.2018 tarihinden sonra yapılan başvurular bakımından arabulucuya başvuru yapıp yapılmadığına bakılmaksızın) öncelikle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu'na götürebilecektir. Dolayısıyla, ayrımcılık iddiasıyla ilgili Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu'na başvuru yapılmadan doğrudan TİHEK'e yapılması halinde TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 68. maddesi uyarınca gönderme kararı verilmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık iddiasıyla ilgili Arabuluculuk makamına ve TİHEK'e ayrı ayrı başvuru yapılması durumunda ise, iş sözleşmesinin devam edip etmediğine bakılmaksızın, ayrımcılık iddiasıyla ilgili Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu'na başvuru yapılmamışsa Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinin 68. maddesi uyarınca gönderme kararı verilmesi gerekmektedir.

İş Mahkemesine ayrımcılık iddiasıyla ilgili bir dava açılması durumunda ise, iş sözleşmesinin devam edip etmediğine bakılmaksızın TİHEK'e başvuru yapılması halinde TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin ilgili hükmü uyarınca kabul edilmezlik kararı verilmesi uygun olacaktır.

⁵² Muhammed Turkalp Seçkin, "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Kurulan İş İlişkilerinde İşverenin Eşit Davranma Borcu", *Pressacademia Procedia*, 13/1, (2021), 22-27, 24.

⁵³ Sarper Süzek. *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta yayınları, 18. Bası, 2019), 463.

6701 sayılı Kanununun 17(5) maddesi uyarınca 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu yetkililerinin ayrımcılık yasağına aykırılık bulunduğunu tespit etmesi halinde verebilecekleri idari yaptırım ise şudur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu yetkililerinin ayrımcılık yasağına aykırılık bulunduğunu tespit etmesi halinde işveren İş Kanununun 99. maddesine göre idari para cezası ödemek durumundadır. 6701 sayılı Kanununun 17(5) maddesinde bahsi geçen yaptırım kararı, İş Mahkemeleri tarafından belirlenen verilebilecek ayrımcılık tazminatı olmayıp Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu yetkililerinin ayrımcılık yasağına aykırılık bulunduğunu tespit etmesi halinde İş Kanununun 99. maddesine göre verebilecekleri idari para cezasıdır.

6701 sayılı Kanununun “İstihdam ve serbest meslek” başlıklı 6. maddesinde; “(1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.” hükmü yer almaktadır.

“6701 sayılı Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak...” ifadesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde yer alan eşit davranma yükümlülüğünden daha geniş uygulama alanına sahiptir. Şöyle ki; İş Kanununun 5. maddesinde yer alan eşit davranma yükümlülüğü işçi-işveren ilişkisinin başlamasıyla iş ilişkisi sürecini kapsarken ve işverenin işçilerine karşı ayrımcılık yapması yasağını düzenlerken, iş sözleşmesinin feshine bağlı bir hak olan ve ancak sözleşmenin sona ermesi halinde gündeme gelebilecek olan kıdem tazminatı sürecini yani sözleşme sonrası süreci kapsamamaktadır. Bu nedenle, 6701 sayılı Kanununun 6. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; ...çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz...” hükmünün *ratione*

temporis olarak uygulanma alanı çalışma ilişkisinin sonrasını da kapsadığı için daha geniş bir uygulaması söz konusudur”⁵⁴.

C. ZAMAN BAKIMINDAN YETKİ (*RATIONE TEMPORIS*)

Zaman bakımından yetki hususu TİHEK’in hangi tarih itibarıyla gerçekleşen ayırmıcılık yasağı ihlallerine karşı bireysel başvuruları inceleme yetkisinin bulunduğu sorununu açıklar. Bireylerin, hangi tarihten sonra meydana gelen ayırmıcılık yasağı ihlallerine karşı bu yolu kullanabilecekleri önemlidir. Kurumun bireysel başvurularda zaman yönünden yetkisi, 24/11/2017 tarihinden sonra meydana gelen olaylara karşı yapılan başvurular bakımından söz konusudur. Kurumun zaman bakımından yetkisinin başladığı kritik tarih olan 24/11/2017 gününden önce meydana gelen işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurular Kurumca *zaman yönünden yetkisizlik* nedeniyle incelenemez bulunmaktadır. Bireysel başvurunun Kurumun zaman yönünden yetkisi içinde görülebilmesi için kriter olarak ihlale konu olan olayın tarihidir. Ayırmıcılık yasağına konu olan işlem ve tutumun 24/11/2017 tarihinden önce başladığı ancak ihlalin anılan tarihten sonra da devam eden ihlalin söz konusu olduğu durumda da başvurunun Kurumun zaman bakımından yetkisi kapsamında bulunduğu düşünülmektedir. Böyle bir durumda Kurum ihlalin var olup olmadığını tespit ederken geçmiş dönemi de dikkate alması gerekir.

TİHEK’e başvuru hakkı olan kişiler kuruma başvuru yapmadan önce ihlalin düzeltilmesini ilgili taraftan talep etmelidir. 6701 sayılı Kanununun 17. maddesinin 2. fıkrasında, “şikâyet başvurusunun, anılan Kanuna aykırı olduğu iddia edilen işlem veya uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi ve bu talebin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabileceği” belirtilerek herhangi bir başvuru süresi öngörülmemiştir. Aynı hükme göre; “başvurucunun talebinin reddedilmesi veya talebe otuz gün içerisinde cevap verilmemesi halinde başvuru TİHEK’e başvuru yapılabilecektir. Ancak TİHEK, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan durumlarda, ilgili tarafa başvurma şartını aramaksızın” başvuruları kabul edebilmektedir.

Madde gerekçesinde de anılan düzenlemeye ilişkin olarak da herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte, TİHEK’e yapılacak şikâyet başvurusunun kişisel ve güncel bir temel hak ihlâlinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir hak arama yöntemi olması, başvuruların belirli bir sürede yapılmasını gerektirmektedir. Bireysel başvurunun istenen amaca hizmet

⁵⁴ İbrahim Ertuğrul, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 131, (2017), 348-372, 367, 368.

etmesi ihlalin Kurum tarafından tespitiyle yakından ilintilidir. Bu nedenle başvurunun, ihlal iddiası bakımından uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi ve bu talebin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde makul bir süre içinde yapılması gerekmektedir. Bu makul sürenin her somut olay açısından Kurum tarafından değerlendirileceği anlaşılmaktadır.

TİHEK'in başvuru süresiyle ilgili uygulaması hukukun güvenliğini artırmak, temel hak ihlali iddialarının makul süre içinde görülmesini sağlamaya ve yetkili makamları ve diğer ilgili kişileri de belirsizlik altında kalmaktan korumaya elverişli olması gerekmektedir. Kurum bu nedenle, bireysel başvuruyu, incelemenin her aşamasında dikkate almalıdır. Belli bir makul süre içerisinde yapılmayan başvurular hakkında süre aşımı nedeniyle incelenemezlik kararı verilmelidir. TİHEK ile benzer iç hukuk mekanizmasını içeren Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılacak bireysel başvurular açısından öngörülen altı aylık süre⁵⁵ AİHM'e başvurularda geçerli olan dört aylık süre ve Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurular yönünden öngörülen 30 günlük başvuru süresi ile paralel ve makul olması gerekir. Bu sürenin gereğinden fazla olmasına imkân verilmesi de hukuksal güvenliği zedeler ve ayırmacılık iddiasını içeren bir sorunun çözümünün uzun süre belirsizliğe terk edilmesi anlamına gelir. Bu nedenle uzun zaman geçtikten sonra yapılacak bir araştırmada, ileri sürülen iddiaların incelenmesi zorlaşır, başvuruya konu olay ve delillerin ortaya konulması güçleşir.

D. YER BAKIMINDAN YETKİ (*RATIONE LOCI*)

Kurum yer itibarıyla yalnızca Türkiye coğrafi alanında meydana ayırmacılık yasağı ihlallerinin konu edildiği bireysel başvuruları incelemeye yetkilidir. Bu nedenle söz konusu ihlale konu işlem, karar, tutum ve davranışın Türkiye Cumhuriyetinin egemenlik yetkisini kullandığı coğrafi alanda meydana gelmiş olması gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin egemenlik yetkisini kullandığı coğrafi alanlar dışında meydana gelen başvurular, *yer yönünden yetkisizlik* gerekçesiyle incelenemez bulunur. Örneğin, Türk vatandaşları hakkında yabancı ülkelerde gerçekleştirildiği iddia edilen ayırmacılık yasağı ihlalleri Kurum önünde başvuru konusu yapılamaz.

E. KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEME SÜRECİ

⁵⁵ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17. maddesinin yedinci fıkrasında; “Kuruma, dördüncü fıkra uyarınca yapılacak başvuruya idare tarafından verilecek cevabın tebliği tarihinden, idare başvuruya altmış gün içinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bitmesinden itibaren altı ay içinde başvurulabilir” düzenlemesi yer almaktadır.

1. Genel Olarak

Her şeyden önce ihlal içeren ile bu nitelikte olmayan başvuruların birbirinden mümkünse daha başlangıçta ayrılması önemlidir. Kabul edilebilirlik ön inceleme sürecinin amacı, başvuruların esas inceleme aşaması öncesinde kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamayanların daha sürecin başında ayıklanmasını sağlamaktır. TİHEK birimlerinin, kabul edilebilirlik ölçütlerini karşılamayan nitelikteki başvurularla uğraştırılmaması, önemli başvuruların incelenmesindeki gecikmelerin önüne geçeceği gibi, basit bir değerlendirmede kabul edilemez nitelikte olduğu tespit edilebilecek bir başvurunun derdest olarak TİHEK içerisinde beklemesinin önüne de geçilmiş olacaktır. TİHEK'in yoğun başvurular alacağı öngörülerek, kabul edilebilirlik sorununun daha başlangıçta, seri ve esnek bir çalışma usulü ile çalışması öngörülen "Ön İnceleme Birimi" önünde çözümlenmesi yöntemi benimsenmiştir.

2. Ön İnceleme Aşaması

Başvurular, Kanunda ve Uygulama Yönetmeliğinde belirtilen şartlara uygun biçimde TİHEK'e doğrudan ya da Uygulama Yönetmeliğinde belirtilen merciiler⁵⁶ vasıtasıyla yapılabilmektedir. TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 34. maddesine göre; "başvuru dilekçeleri Kuruma veya Kurumun gerekli gördüğü yerlerde açtığı bürolara elden verilebileceği gibi posta, elektronik posta veya faks yoluyla da gönderilebilir."

Ön İnceleme Hizmet Birimi, Kuruma yapılacak başvuruları, başvurunun niteliğine göre tasnif ederek, bireysel başvuru niteliğinde olanların başvuru bilgi sistemine kaydını yaparak bunların ön incelemesini gerçekleştirmek için meslek personelini görevlendirir. Şikâyet niteliğindeki başvurular öncelikle başvuruların şekil unsurları ve ön inceleme konuları bakımından incelenir ve gerekli yazışmaları yapılarak Ön İnceleme Tutanağı düzenlenir. İdareye veya ilgili kişiye müracaat yapılmadan (ön başvuru yolu tüketilmeden) Kuruma yapılan bireysel başvurular ilgili idareye gönderilir ve başvuru sahibine bilgi verilir. TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 47 ve 48. maddelerine göre, başvuru dilekçesi ve eklerinde şekil unsurları yönünden eksiklik bulunduğu tespit edilmesi halinde, bu eksikliklerin tamamlanmasını teminen eksik bilgi ve belgelerin tamamlanması sağlanır. Başvuru dilekçesi ve eklerinde ön inceleme konuları bakımından bir aykırılık bulunmaması halinde, esas inceleme yapılması için başvuru dilekçesi ve ekleri esas incelemeyi yapacak ilgili Hizmet Birimine gönderilir.

Başvuru niteliğini taşımayan taleplere ilişkin olarak; başvuru sahibinin başvuru ehliyetini haiz olduğunun anlaşılması halinde, bu başvurular ilgili mevzuatı çerçevesinde

⁵⁶ İllerde valilikler veya ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da başvuru yapılabilir. Valilik veya kaymakamlıklar, başvuruyu tarih ve sayı vermek suretiyle kayıt altına aldıktan sonra varsa ekleriyle birlikte en geç üç iş günü içinde doğrudan Kuruma gönderir.

değerlendirilerek gerekli görülenleri ilgili idareye veya idarenin bağlı bulunduğu mercilere gönderilir.

TİHEK, incelenbilirlik kriterlerine dair mevzuat hükümlerini yorumlarken, niteliği itibarıyla uygun düştüğü ölçüde AİHM'in ve bireysel başvuru yolunu tanıyan diğer kurumların (Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesi) uygulamalarını da göz önünde bulundurması faydalı olacaktır. Bu bağlamda özellikle bireysel başvurunun niteliği, başvuru konuları gibi temel kavramların Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihadıyla mümkün olduğunca paralel yorumlanmasına özen gösterilmesinde fayda vardır.

Aynı konuda birden fazla olan başvuru olması durumunda, bazen incelenbilirlik koşullarının her başvurucu yönünden ayrı ayrı ele alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Başvuruda birden fazla kişinin aynı konuda başvuruda bulunması halinde incelenbilirlik kriterleri açısından farklı niteliklerinin bulunması nedeniyle her bir başvuruya ilişkin değerlendirmenin ayrı yapılması gerekebilecektir. Yapılan ön incelemede başvuruculardan birisi bakımından incelenbilirlik koşulları eksik ise bu başvurucu yönünden başvuru incelenemez bulunacaktır. Bu nedenle, birden fazla başvurucunun bulunduğu bir başvuruda, kabul edilebilirlik koşulları her başvurucu açısından ayrı ayrı ele alınması ve başvuruculardan birisi bakımından örneğin, ihlal iddiasına konu işleme yönelik başvuru yollarının tüketilmediği tespit edilmiş ise bu başvurucu yönünden başvuru incelenemez olarak değerlendirilecektir. Aynı dosyadaki diğer başvurucu bakımından ise ön inceleme kriterleri yönünden ayrı bir değerlendirme yapılarak bir sonuca varılacaktır. İncelenbilirlik kriterlerinin, başvuru konusu hakların pratik ve etkili biçimde kullanımını sağlamalı ve belli ölçüde esneklik içinde, katı ve aşırı kuralcılıktan uzak olarak yorumlanması ve uygulanması faydalı olacaktır. Bu nedenle bir başvurunun incelenbilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığı incelenirken öncelikle başvurunun niteliği, ihlal iddiasına konu hak, ihlalin ağırlığı ve haklar kültürünün toplumda yerleşmesinin sağlanması amacının göz önünde tutulması ve her bir başvurunun kendine özgü koşulları içinde mümkün olduğu ölçüde katı bir yorum yolunun tercih edilmemesi gerekir. Bununla birlikte mevzuatın açık ve emredici hükümlerinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 68. maddesine göre; "Ön inceleme aşamasında, başvurunun açıkça dayanaksız olup olmadığı, başvurunun hakkın kötüye kullanımını teşkil edip etmediği, ayrımcılık yasağı ihlalden kaynaklanan bir zararın bulunup bulunmadığının tespiti açısından incelenbilirliğin esasla birlikte incelenmesi kararlaştırılan başvurulara ilişkin esas inceleme ve araştırma aşamasında söz konusu koşulları taşımayan başvurularla ilgili gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilir. Ön inceleme aşamasında incelenbilir bulunan ya da incelenbilirliği esasla birlikte incelenmesi ve araştırılması kararlaştırılan başvuruların Uygulama

Yönetmeliğinin 48. maddesinde belirtilen gerekli koşulları taşımadığının anlaşılması halinde de bu başvurularla ilgili gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilir”⁵⁷.

Kural olarak incelenbilirlik incelemesi Ön İnceleme Birimi tarafından yapılmakla birlikte başvuru hakkında incelenbilirlik ile esasın birlikte incelenmesine karar verilmesi de mümkündür. Başlangıçta yapılan ön incelemede incelenbilir bulunan ya da incelenbilirliği esasla birlikte incelenmesi kararlaştırılan başvuruların esas inceleme aşamasında incelenbilirlik koşullarını taşımadığı durumlarda gerekçeli kabul edilemezlik kararı verilir. Örneğin, başvurunun yer, konu ve kişi bakımından Kurumun görevine girmeyen bir hususa ilişkin olduğunun ön inceleme aşamasından sonra esas inceleme aşamasında anlaşılması durumunda başvuru hakkında gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilir. Buna karşılık, başvurunun tümü ya da bir kısmı itibarıyla Ön İnceleme Hizmet Birimi tarafından kabul edilebilirliğine karar verilmesi esas inceleme yapacak birimler açısından bağlayıcı değildir. Esası incelenen bir başvuruya ilişkin olarak, sonradan yeni bir incelenemezlik nedeninin ortaya çıkması, Ön İnceleme Birimince tespit edilemeyen bir nedenin esas inceleme aşamasında taraflarca dile getirilmesi ya da resen yapılan incelemede tespiti her zaman söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumun başvurunun esasına karara bağlamadan önce ortaya çıkması halinde esas inceleme birimlerince gerekçeli kabul edilemezlik kararı verilebilecektir.

TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 66. maddesine göre; “Kurum ön inceleme aşamasında; Kurumun görev alanına girmeyen yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere yönelik olan, Kurumda incelenmekte ve araştırılmakta olan bir başvuruyla sebepleri, konusu ve tarafları aynı olan, Kurum tarafından daha önce sonuçlandırılan bir başvuruyla sebepleri, konusu ve tarafları aynı olan, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olan, belli bir konuyu içermeyen, Kanuna göre başvuruda bulunması gereken bilgiler yer almayan, ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar görmeyen başvurulara ilişkin incelenemezlik kararı verir”⁵⁸.

⁵⁷ TİHEK Uygulama Yönetmeliği 67. madde

⁵⁸ TİHEK Uygulama Yönetmeliğinin 66. maddesi.

SONUÇ

Ulusal insan hakları ve eşitlik kurumu olmanın önemli bir göstergesi Kuruma yapılan başvuruların konusu ve niteliği ve başvuru sahiplerinin yaşadığı sıkıntı ve problemlere çözüm sağlayabilmektedir. TİHEK'in verdiği ayrımcılıkla ilgili kararların çoğunluğu engellilik haklarıyla ilgilidir ve bu başvuruların önemli bir kısmı konu olarak sosyal yardımlarla ilgilidir. Ülkemizde cinsiyet ayrımcılığı ve kadına yönelik şiddet ile özellikle istihdam alanında kadına karşı ayrımcılık yoğun bir biçimde yaygın olmasına rağmen kadın hakları ile ilgili başvurular oldukça azdır. Başvuruların konularına göre dağılımı, potansiyel başvuru sahiplerinin TİHEK'i ayrımcılıkla mücadele konusunda yeterince etkili ve çözüm sağlayan bir kurum olarak bu kurumu algılamaması olabilir. Bunun yanı sıra örneğin, 2022 yılı içerisinde ayrımcılıkla mücadele kapsamında yapılan 355 başvurunun 217 tanesi 6701 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen temellere dayanmadığı ve TİHEK Uygulama Yönetmeliğinde yer verilen başvuru şartlarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu şu demektir ki yapılan başvuruların önemli bir kısmı “kabul edilmezlik” ve “incelenemezlik” kararları ile redde sonuçlandırılmıştır.

Makale bu yönüyle TİHEK'e başvuru yapma koşullarından özellikle kişi, konu, yer ve zaman konusuna açıklık getirerek TİHEK'e başvuru yapılmasında kabul edilirlilik koşullarını örnek kararlar ve istatistiki veriler ışığı altında analiz etmiştir.

TİHEK'e yapılan başvuruların niteliği ile KDK ve Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular ile bu başvurularda ileri sürülen ihlaller karşılaştırıldığında farklılık gözlenebilmektedir. TİHEK'e özellikle ayrımcılıkla mücadele görevi kapsamında ihlal yapıldığına kanaat getirilmesi halinde kurumun idari yaptırım (para cezası) cezasına karar verme yetkisi karşısında KDK'nın hak ihlalini tespit etmesi halinde sadece tavsiye niteliğinde kararları alabilmesi ayrımcılık ihlalleri hakkındaki başvurular açısından TİHEK'i daha fazla öne çıkarmaktadır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesine ve AİHM'e başvurunun uzun süreler nedeniyle çok maliyetli ve bazen etkisiz olduğu düşünülürse, ayrımcılık yapma yasağının ihlaline karşı TİHEK'e başvurmanın daha etkili ve yargıya başvuru öncesi daha erken bir aşamada hak ihlalinin önüne geçilmesi bakımından faydalı olacağı düşünülmektedir. Tabiiyle tüm bu hususlar TİHEK'in etkin ve çözüm sağlayan bir kurum olmasıyla yakından alakalıdır.

TİHEK'in, sadece ayrımcılık alanında değil, ulusal önleme mekanizması görevi kapsamında kalan başvuruların da azlığı, niteliği ve konuları ile insan haklarının korunması alanındaki resen inceleme yetkisini kullanmak bağlamında TİHEK'in isteksizliği halkın Kurumu nasıl algıladığının anlaşılmasında önemli bir göstergedir. Öte yandan esas incelemesine geçilen başvurular bakımından ret kararı (ihlal olmadığı) ve gerekçeli kabul edilmezlik kararı verme

eğilimi, kamuoyu nezdinde, Kurumun bir çare ve çözüm sağlama kurumu olarak algılanmasının önüne geçmektedir.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Eşitlik İlkesi”, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, 1999.

Aydın, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XV/4 (2011), 125.

Baş, Sezgin. *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi Ve Parlamento Kararları*, - Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2016.

Beyoğlu, Ayça. “T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 23/3, (Eylül 2021), 992-1013.

Carver, Richard. “One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience”, *Journal of Human Rights Practice*, 3/1, (2011), 1-24.

Crowther, Neil –O’Cinneide, Colm. “Bridging the Divide? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union”, *Juridikum* 2, (2019), 210–221.

Düğmeci, Fatih. *Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu’nun Yapısı Ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi*, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Eren, Hayrettin. *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, Ankara: Adalet Yayınları, 2016.

Ertuğrul, İbrahim. “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 131, (2017), 348-372.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, 12. Baskı, 2012.

Gül, İdil Işıl –Karan, Ulaş. *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk İzleme ve Belgeleme*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

- Güneş, Ümran. “Türkiye’de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu Ve Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/1, (Haziran 2018),165-186.
- İnceoğlu, Sibel. “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, (2006), 56.
- İnsan Hakları Ulusal Kurumları: Dünya ve Türkiye*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Uluslararası Konferans, 5-6 Aralık 2005.
- Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Ankara: 2018.
- Karagöz, Emine Cin. “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi* 32, (2016), 21-40.
- Karan, Ulaş. “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı* 32, (2015), 238.
- Kılıç, Muharrem. “İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları”, *TİHEK Akademik Dergisi* 5/8, (2022),15-60.
- Lahuerta, Sara Benedi. “Equality Bodies: Advancing Towards More Responsive Designs?”, *International Journal of Law in Context* 17, (2021), 390–412.
- Lahuerta, Sara Benedi. “Equality bodies in the EU: origins, challenges and future prospects”. University College Dublin, *Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, Research Paper No. 4, (2022), 1-19.
- Odyakmaz, Zehra. “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması Ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, (2013), 1-85.
- Odyakmaz, Zehra – Kesik, Bayram – Deniz, Yusuf. “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1/7, (2016), 721-761.
- Oğuşgil, Vahap Atilla. “Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipler Işığında Değerlendirilmesi”, *Bilig: Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi* 74, (Yaz/2015), 175-198.
- Oğuşgil, Vahap Atilla. *Avrupa Birliği ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Üye Ülkelerden Örnek Uygulamalar*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Pohjolainen, Anna-Elina. *The Evolution of National Human Rights Institutions: The Role of United Nations*, Denmark Copenhagen: The Danish Institute for Human Rights, Handy-Print A/S, Skive, 2006.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, İstanbul: Beta yayımları, 18. Basım, 2019.

Tahsin Fendoğlu, Hasan. “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2013), 23-49.

Turkalp Seçkin, Muhammed. “4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Kurulan İş İlişkilerinde İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Pressacademia Procedia* 13/1, (2021), 22-27.

Welch, Ryan M. “Domestic Politics and the Power to Punish: The Case of National Human Rights Institutions”, *Conflict Management and Peace Science* 36/4, (2019), 385-404.

İnternet Kaynakları

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) 7 Numaralı İrkçılık ve İrkasal Ayrımcılıkla Mücadelede Ulusal Yasalarla ilgili Genel Tavsiye Kararı, <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.7> (erişim 12.08.2023).

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) Türkiye İle İlgili Ara Dönem Takibine Bağlı Tavsiyelerin Uygulanmasına İlişkin Sonuçlar, CRI(2019)27, 03.04.2019, p. 6. <https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-turkey-5th-monitoring-cycle-/168094ce03> (erişim 15.08.2023).

TİHEK, 2022 Yılı Faaliyet Raporu, s. 87, <https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/2022.pdf> (erişim 11.08.2023).

TİHEK, 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s.78, 79, [https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/PDF%20\(5\).pdf](https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/PDF%20(5).pdf) (erişim 11.07.2023).

TİHEK, 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 87, <https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/1614496238.pdf> (erişim 11.08.2023).

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, Nuriye Arpa, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, para.58;

AYM, Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 8/5/2014, para. 38;

AYM, Nuriye Arpa, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, para.58

TİHEK Kararları

TİHEK, B. No: 2021/1120, K. No: 2022/25, 6.1.2022, para. 10.

TİHEK, B. No: 2021/329, K. No: 2021/230, 14.9.2021.

TİHEK, resen inceleme, muhatap kurum/kişi: İ.İ.C, K. No: 2023/311, 13.4.2023.

TİHEK, B. No: 2021/1071, K. No: 2022/698, 4/10/2022, para. 23.

TİHEK, S. Ö., B. No: 2022/1558, K. No: 2023/308, 4/10/2022, para. 18.

TİHEK, S.Ö., B. No: 2022/1558, K. No: 2023/308, 13.4.2023, para. 12

TİHEK, B.K., B. No: 2023/910, K. No: 2023/578, 31.07.2023.

TİHEK, B.Ö., B. No: 2023/966, K. No: 2023/577, 31.07.2023;

TİHEK, H.A., 2023/698, K. No: 2023/518, 13.6.2023;

TİHEK, A.E., B. No: 2023/768, K. No: 2023/505, 13.6.2023;

TİHEK, A.D., B. No: 2021/795, K. No: 2021/239, 14.9.2021;

TİHEK, M. S.S., B. No: 2021/672, K. No: 2021/232, 14.9.2021.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, *Willis v. Birleşik Krallık*, B. No: 36042/97,11/6/2002, para. 48;

AİHM, *Okpisz v. Almanya*, B. No: 59140/00, 15/2/2006, para. 33.

AİHM, *Okpisz/Almanya*, B.No:59140/00, 25/10/2005, para.33;

AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*, B. No. 9214/80..., 28/5/1985, para.72.



Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık (*)

Effective Repentance in Turkish Criminal Law

Arif Emre SÜMER**

Öz

Etkin pişmanlık, failin suçun tamamlanmasından sonra işlediği suçtan pişmanlık duyarak, belirli bir süre içinde suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma veya adli makamlarla iş birliği yaparak verdiği bilgilerle suçun aydınlatılmasına katkı sağlama gibi aktif bir edimde bulunması karşılığında cezanın ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğuran şahsi bir sebeptir. Etkin pişmanlık kurumuna birçok ülke ceza kanununda yer verilmiştir. Bunlardan bazıları etkin pişmanlığı genel bir hüküm olarak ele alırken, diğer bazıları yalnızca belirli suçlar bakımından etkin pişmanlığa atıfta bulunmuştur. Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) etkin pişmanlığa ilişkin genel bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple Türk hukukunda etkin pişmanlık yalnızca kanunda açıkça düzenlenen suçlar bakımından gündeme gelmektedir. Bu çalışmada, Türk Ceza Hukukunda etkin pişmanlık kurumunun tüm yönleri ile incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda; etkin pişmanlık kurumunun tanımı, kapsamı, hukuki niteliği, düzenlenme amacı, düzenlendiği suçlar, 765 sayılı TCK'daki durumu, maddi ve manevi unsurları, benzer kurumlardan farkı ve hukuki sonuçları doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Etkin pişmanlık, Cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep, Gönüllü vazgeçme, Teşebbüs, Aktif edim.

Abstract

Effective repentance is a personal reason that results in the elimination or reduction of the penalty in return for the perpetrator's active act of regretting the crime committed after the completion of the crime, eliminating the harmful consequences of the crime within a certain period of time or contributing to the elucidation of the crime with the information provided by cooperating with the

* Makale Geliş Tarihi: 02.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 17.11.2023 – Makale Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1369884

Bu makale 2021 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı bünyesinde savunulan "Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık (TCK m. 221)" isimli yayımlanmamış yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Araş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı , İzmir – Türkiye

E-posta: arifemre.sumer@bakircay.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7382-4922.

judicial authorities. Effective remorse is included in the penal codes of many countries. Effective repentance is included in the criminal codes of many countries. While some of these treat effective remorse as a general provision, others refer to effective remorse only in terms of certain crimes. The Turkish Criminal Code (TCK) does not include a general provision on effective repentance. For this reason effective repentance in Turkish law can only come to the agenda in terms of crimes explicitly regulated in the law. This study aims to examine all aspects of effective repentance in Turkish Criminal Law. In this context; the definition, scope, legal nature, purpose of regulation, crimes regulated, its status in the Turkish Penal Code No. 765, its material and moral elements, its difference from similar institutions and its legal consequences will be analyzed in line with the opinions in the doctrine and the case law of the Supreme Court.

Keywords

Effective repentance, Personal grounds for lifting the penalty, Voluntary abandonment, Attempt, Active action.

GİRİŞ

TCK'da genel bir hüküm olarak yer verilmeyen ve bu sebeple yalnızca kanunun açıkça düzenlediği suçlarda uygulanma kabiliyetini haiz olan etkin pişmanlık; failin, suçun tamamlanmasından sonra işlediği suçtan pişmanlık duyması ve kanunda öngörülen belirli bir süre içinde suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma veya adli makamlarla iş birliği yaparak verdiği bilgilerle suçun aydınlatılmasına katkı sağlama gibi aktif bir edimde bulunması koşuluyla, cezasının ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğuran şahsi bir sebeptir.

Ceza kanunlarında etkin pişmanlık kurumuna yer verilmesinin temelde iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, suçun tamamlanmasından sonra failin hatasını anlayarak sebep olduğu haksızlığı gidermesine imkân sağlamak, başka bir deyişle gerçekleştirdiği haksızlığı telafi etmek için ona altın köprüler sunmaktır. İkinci neden ise etkin pişmanlıkta bulunan failden alınan bilgiler ile diğer suç ortaklarının başka suçlar işlemesine engel olmak veya işlenen suçların ortaya çıkarılmasına katkı sağlamaktır. Böylelikle suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkabilecek daha ağır tehlike veya zararın önüne geçilmesi mümkün olacaktır.

Bu mülahazalarla, Türk Ceza Hukukunda da TCK ve diğer özel ceza kanunlarında düzenlenen bazı suçlar için etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar ile (TCK m. 168) suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarında (TCK m. 221) etkin pişmanlık hükümlerinin sıklıkla uygulandığı görülmektedir.

TCK'da etkin pişmanlığa genel bir hüküm olarak yer verilmemekle birlikte, etkin pişmanlık hükümlerinin öngörüldüğü tüm suçlar için geçerli olan ortak unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurların maddi ve manevi unsur olmak üzere iki ana başlık altında toplanması mümkündür. Etkin pişmanlığın dış dünyada değişiklik meydana getiren somut koşulları maddi unsuru, failin psişğinde ortaya çıkan durumlar ise manevi unsuru ifade etmektedir.

Bu çalışmada, etkin pişmanlık kurumunun tanımı, kapsamı, hukuki niteliği, düzenlenme amacı, 765 sayılı TCK dönemindeki durumu, düzenlendiği suçlar, maddi ve manevi unsurları, benzer kurumlardan farkı ve hukuki sonuçları doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda analiz edilecektir. Çalışmada etkin pişmanlık hükümlerinin öngörülmesi her bir suç tipi ayrıca incelenmeyecek, yalnızca bu kurumun düzenlendiği her suç için geçerli olan ortak koşullarına değinilecektir. Yeri geldikçe etkin pişmanlık kurumunun bazı suç tiplerindeki özel koşullarından da bahsedilecektir.

I. ETKİN PİŞMANLIK KAVRAMI, 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK'DAKİ ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER, ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN DÜZENLENİŞ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. KAVRAM VE TANIM

Etkin kelimesi Türkçe sözlükte; *“hareketli, işleyen, çalışan, faal, aktif, dinamik”* anlamlarına gelmektedir. Pişmanlık ise; *“pişman olma durumu, nedamet”* anlamlarına karşılık gelmektedir¹. Ceza hukuku bakımından etkin pişmanlık kurumunun anlamı bu kelimelerin sözlük anlamlarıyla paraleldir.

Ceza hukuku doktrininde etkin pişmanlık kurumunun birçok tanımı yapılmaktadır. Doktrinde bir görüş etkin pişmanlığı; *“kanunda gösterilen bazı suçların tamamlanmasından sonra, failin işlediği suçtan pişmanlık duyması ve belli bir muhakeme aşamasına kadar bu suçun olumsuz etkilerini gidermesi hâlinde, cezasını azaltan ya da kaldıran şahsi bir sebep”* olarak tanımlarken², başka bir görüş bu kurumu, *“suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyarak suçun işlenmesinin meydana getirdiği sonuçları gidermeye yönelik davranışlarda bulunması”*³ şeklinde açıklamaktadır. Yine doktrinde başka bir görüş etkin pişmanlığı, *“suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kurum”*⁴ şeklinde tarif etmektedir⁵.

¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “Etkin” (Erişim 19 Ağustos 2020).

² Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013) 3-4.

³ Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 446.

⁴ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019) 517.

⁵ Diğer bazı tanımlar için bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2013) 292; İbrahim Özer, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011) 6; Mustafa Arslantürk, *Etkin Pişmanlık-Vazgeçme-Cezasızlık* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) 22; Ceyda Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/1 (2021) 134; Gülden Şişman - Şenel Sarsıkoğlu, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/3 (2022) 1595.

Unsuruları aşağıda açıklanacak olmakla birlikte, kanaatimizce etkin pişmanlık kurumunun; failin suçun tamamlanmasından sonra işlediği suçtan pişmanlık duyarak, kanunda öngörülen belirli bir süre içinde suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma veya adli makamlarla iş birliği yaparak verdiği bilgilerle suçun aydınlatılmasına katkı sağlama gibi aktif bir edimde bulunması koşuluyla, cezanın ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğuran şahsi bir sebep olarak tanımlanması mümkündür.

B. 765 SAYILI TCK'DA ETKİN PİŞMANLIK

765 sayılı TCK etkin pişmanlık kurumunu 5237 sayılı TCK'dan farklı şekilde düzenlemiştir. Bu farklılığın temelinde iki kanunun teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumlarını farklı kapsamda düzenlemesi vardır⁶. 765 sayılı TCK'da teşebbüs kurumu eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayrımına tabi tutulmaktaydı⁷. Failin icra hareketlerine başlamasıyla beraber bu hareketleri elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması hâlinde eksik teşebbüs, icra hareketlerinin tamamlanmasıyla birlikte neticenin meydana gelmemesi hâlinde ise tam teşebbüs söz konusu olmaktadır⁸. 5237 sayılı TCK, 35'inci maddesindeki teşebbüs düzenlemeyle yeni bir anlayışı kabul ederek eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayrımına son vermiştir⁹.

Yine 765 sayılı TCK döneminde gönüllü vazgeçme yalnızca eksik teşebbüs aşamasında, başka bir deyişle failin icra hareketlerini tamamlamadan suçtan vazgeçmesi durumunda söz konusu olmaktadır¹⁰. 5237 sayılı TCK döneminde ise gönüllü vazgeçme kurumunun uygulama sahası hem icra hareketleri tamamlanmadan hem de netice meydana gelmeden suçtan dönülmesi hâlini kapsayacak şekilde genişletilmiştir¹¹. Bu değişikliklerin sonucunda iki kanunun etkin pişmanlık düzenlemesi arasında da fark oluşmuştur.

⁶ Ensar Bakı, "Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2016) 34; Enes Yılmaz, "Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016) 2565.

⁷ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968) 332-333; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II* (İstanbul, Beta Yayınları 1997) 443; Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994) 226-227; Faruk Erem vd., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997) 308.

⁸ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsuruları* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975) 80; Sözüer, *Teşebbüs*, 226; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 522 ; Andrew Ashworth, *Principles Of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) 446; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu* (Ankara: Kazancı Yayınları, 1994) 21.

⁹ Köksal Bayraktar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", *Türk Ceza Kanunu Reformu-II Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları* 71 (2004) 33; Devrim Aydın, "Suçta Teşebbüs", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55/1 (2006) 88.

¹⁰ Erem, *Genel Hükümler*, 332-333; Sözüer, *Teşebbüs*, 235; Dönmezer - Erman, *Cilt I*, 443-444; Erem vd., *Genel Hükümler*, 316; Yılmaz, "Gönüllü Vazgeçme", 2560.

¹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 522; Bahri Öztürk – Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 366.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde etkin pişmanlık kurumu doktrinde genel olarak “faal nedamet” şeklinde isimlendirilmekteydi. Faal nedamet kurumu doğrudan kanunda düzenlenmeyen, doktrin ve Yargıtay içtihadı tarafından kabul edilen ve kural olarak her suçta uygulanma kabiliyetini haiz bir müessese olma özelliğine sahipti¹². Faal nedamet doktrinde, “icranın bitmesinden sonra failin neticenin gerçekleşmesine, kendi ihtiyarında olan sebeplerle engel olması hali” olarak tanımlamaktaydı¹³. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, 765 sayılı TCK'da etkin pişmanlık yalnızca icra hareketlerinin bitmesinden sonra neticenin fail tarafından engellenmesi hâlinde mümkün olmaktadır. İcra hareketlerinin devamı sırasında failin suçtan dönmesi hâlinde ise gönüllü vazgeçme gündeme gelmektedir¹⁴. Özetle, failin eksik teşebbüs aşamasında suçtan vazgeçmesi hâlinde gönüllü vazgeçme, tam teşebbüs aşamasında suçtan vazgeçip neticenin meydana gelmesini önlemesi hâlinde ise faal nedamet (etkin pişmanlık) söz konusu olmaktadır¹⁵.

Failin suç tamamlandıktan sonra pişmanlık gösterip suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırması, tazminat ödemesi ya da mağdurdan özür dilemesi gibi durumlarda cezasının azaltılması sonucunu doğuran düzenlemeler ise doktrindeki bazı yazarlarca suçtan sonraki faal nedamet olarak kabul edilmekteydi¹⁶. Ancak 765 sayılı TCK döneminde faal nedamet kurumu suç öncesine özgü olduğu için, bahsedilen bu durumların bazen takdiri bazen ise zorunlu indirim sebebi olarak kabul edilebileceği doktrindeki hâkim görüşü¹⁷. Ayrıca bu kanun döneminde, failin faal nedametten yararlanmak için ortaya koyduğu iradi davranışı yeterli bulunmamakta, kurumun özüne uygun olarak bu iradi davranışın bir pişmanlık sonucu yerine getirilmesi, başka bir deyişle pişmanlığın “samimi” olması aranmaktaydı¹⁸.

765 sayılı TCK döneminde faal nedamet varlığı hâlinde failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususu tartışmalıydı. Doktrinde faal nedamet varlığı hâlinde faile ceza verilmesine

¹² Erem, *Genel Hükümler*, 336; Dönmezer - Erman, *Cilt I*, 451-452; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2014) 473; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019) 563.

¹³ Köksal Bayraktar, “Faal Nedamet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33/3-4 (1967) 123; Başka bir tanım için bkz. Zeki Hafizoğulları - Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2012) 151: “Etkin pişmanlık işlenmekte olan bir suçu işlemekten vazgeçmektir.”

¹⁴ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III* (İstanbul: Beta Yayınları, 1992) 414; Carlo Erra, (Çev. Sahir Erman), “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10/3-4 (1944) 715; Baki, “Etkin Pişmanlık”, 34-35; Özen, *Genel Hükümler*, 563.

¹⁵ Dönmezer - Erman, *Cilt I*, 443-444; Çetin Arslan, “Karşılıksız Çek Suçunda Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/5 (2011) 161-162; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 14-15.

¹⁶ Hafizoğulları - Özen, *Topluma Karşı Suçlar*, 151; Bayraktar, “Faal Nedamet”, 125; Önder, *Genel Hükümler*, 422-423; 765 sayılı TCK'daki bu düzenlemelere; örgüt kurma suçuna ilişkin 170'inci madde, suç için anlaşma suçuna ilişkin 171'inci maddenin son fıkrası, tehdit suçuna ilişkin 180'inci maddenin ikinci fıkrası ile 181'inci maddenin üçüncü fıkrası, zimmet suçuna ilişkin 202'inci maddenin üçüncü fıkrası, rüşvet suçuna ilişkin 215'inci madde ve uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin 405'inci madde örnek olarak verilebilir. Bkz. Baba, *Etkin Pişmanlık*, 16-17.

¹⁷ Bayraktar, “Faal Nedamet”, 126.

¹⁸ Erem, *Genel Hükümler*, 340.

gerek olmadığını belirten bir görüş bulunmakla birlikte¹⁹, hâkim görüş bu durumda failin tam teşebbüsten dolayı cezalandırılması ancak cezasında takdiri indirim nedenlerini düzenleyen TCK'nın 59'uncu maddesine göre bir indirim yapılmasının gerektiği yönündeydi²⁰. Yine bu dönemde, doktrinde etkin pişmanlığın kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle bu durumun failin cezasında etki doğurmayacağını belirten yazarlar da bulunmaktadır²¹.

C. 5237 SAYILI TCK'DA ETKİN PİŞMANLIK

5237 sayılı TCK ile bir anlayış değişikliğine gidilerek, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumlarının 765 sayılı TCK döneminde olduğundan daha farklı bir kapsamda düzenlendiğinden yukarıda bahsedilmişti. Bu değişikliklere paralel olarak, 5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlık kurumu da yalnızca suçun tamamlanmasından sonraki aşamaya özgülenmiştir²².

5237 sayılı TCK ister icra hareketleri bitmeden olsun ister icra hareketleri bittikten sonra neticenin önlenmesi şeklinde olsun, suç tamamlanmadan önce failin suçtan dönmesi hâlini gönüllü vazgeçme kurumu kapsamında düzenlemiştir²³. TCK'ya göre, suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin pişmanlık göstererek suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma yönünde aktif bir edimde bulunması hâlinde ise etkin pişmanlık gündeme gelecektir²⁴. Kısaca 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'daki ihtiyariyle vazgeçme ve faal nedamet müesseselerini gönüllü vazgeçme çatısı altında toplamış, etkin pişmanlık kurumunu ise yalnızca suçun tamamlanmasından sonraki aşamada gündeme gelecek şekilde düzenlemiştir²⁵.

¹⁹ Bayraktar, "Faal Nedamet", 137.

²⁰ Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I* (Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982) 359-360; Bayraktar, "Faal Nedamet", 137-138; Önder, *Genel Hükümler*, 423; Baki, "Etkin Pişmanlık", 36. Faal nedametinin suçtan sonrası için söz konusu olduğu durumlarda ise doktrinde ikili bir ayırım yapılmakta, kanunda açık bir düzenlemenin varlığı hâlinde bu durumun "hafifletici sebep" bağlamında ele alınacağı, kanunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde ise failin cezasında 59'uncu maddede düzenlenen takdiri indirim nedenleri hükmüne göre indirim yapılacağı kabul edilmekteydi. Bkz. Güngör Saka, "İhtiyariyle Vazgeçme ve Faal Nedamet", *Adalet Dergisi* 78/5 (1988) 94; Bayraktar, "Faal Nedamet", 127; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 17.

²¹ Dönmezer - Erman, *Cilt I*, 452; Erem vd., *Genel Hükümler*, 323.

²² Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II* (İstanbul: Der Yayınları, 2019) 152; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 487; Şişman - Sarsıkoğlu, "Etkin Pişmanlık", 1595.

²³ Hale Akdağ, "Gönüllü Vazgeçme", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/2 (2013) 97-98; Doktrinde 5237 sayılı TCK döneminde de etkin pişmanlığın suç öncesi etkin pişmanlık ve suç sonrası etkin pişmanlık olarak ikiye ayrılabilceğini belirten görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre 5237 sayılı TCK'da suç öncesi etkin pişmanlık kurumu TCK'nın 36'ncı maddesinde "gönüllü vazgeçme" müessesesi ile birlikte düzenlenmiştir. Bkz. Arslan, "Karşılıksız Çek", 163.

²⁴ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019,) 665; Akdağ, "Gönüllü Vazgeçme", 93; Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 447; Şişman - Sarsıkoğlu, "Etkin Pişmanlık", 1595.

²⁵ Baki, "Etkin Pişmanlık", 40; Mehmet Gödekli, "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/29 (2017) 283; Ümit, "Kaçakçılıkla Mücadele", 135; Doktrinde bazı yazarlar 5237 sayılı TCK döneminde de etkin pişmanlık kurumunu suç tamamlanmadan önce neticenin meydana gelmesinin önlenmesi ve suç tamamlandıktan sonra bazı edimleri yerine getirilmesi sonucunda gerçekleşen bir kurum olarak ele almaktadır. Bkz. İçel, *Genel Hükümler*, 474-475.

Birçok ülke ceza kanunu etkin pişmanlık kurumunu düzenlemiştir. Bunlardan bazıları etkin pişmanlık kurumuna genel bir hüküm olarak yer verirken, diğer bazıları da belirli suçlar için bu müesseseye atıfta bulunmaktadır²⁶. 5237 sayılı TCK etkin pişmanlık kurumunu genel bir hüküm olarak değil, bazı suç tipleri bakımından ayrı ayrı olarak düzenlemiştir²⁷.

Kanunun etkin pişmanlık hükümleri sevk ettiği suç tipleri sınırlı sayıdadır²⁸. TCK'daki bu suçlar sırasıyla; “*organ veya doku ticareti suçu (TCK m. 93)*”, “*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 110)*”²⁹, “*malvarlığına karşı suçlar (hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, yağma, karşılıksız yararlanma suçları) (TCK m. 168)*”³⁰, “*imar kirliliğine neden olma suçu (TCK m. 184/5)*”³¹, “*uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve*

²⁶ Dönmezer - Erman, *Cilt II*, 159.

²⁷ 2003 yılında meclise Hükümet Tasarısı olarak sunulan ancak yasalaşmayan Dönmezer Tasarısı'nda etkin pişmanlık müessesesi genel hükümler bölümünde düzenlenmişti. Bu düzenleme, “*Kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş olmakla beraber çabalarıyla neticenin meydana gelmemesini sağlamış ve meydana gelmiş neticeyi tamamen ortadan kaldırmış...*” failin cezasının indirileceği şeklinde hükme bağlanmıştı. Buna göre tam teşebbüs aşamasındaki vazgeçme ile etkin pişmanlık tek bir çatı altında toplanarak, cezayı azaltan bir sebep olarak düzenlenmişti. Baba, *Etkin Pişmanlık*, 17.

²⁸ “*TCK'da etkin pişmanlık tüm suçlarda uygulanabilecek genel bir hüküm olarak değil, özel suç tipleri bakımından uygulanabilecek istisnai bir müessese olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanun koyucu bazı suçlara ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesini “etkin pişmanlık” başlığıyla bağımsız bir madde hâlinde (TCK'nın 93, 110, 168, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 293.) bazılarını ise suç tipinin düzenlendiği maddenin bir fıkrası şeklinde gerçekleştirmiştir. (TCK'nın 184/5, 230/5, 245/5, 275/2, 275/3, 281/3, 282/6, 289/2, 297/4, 316/2.) Bu hükümlerin bir kısmında etkin pişmanlık nedeniyle cezanın tamamen ortadan kaldırılması öngörülmüş, bir kısmında ise sadece belli oranda indirilmesi kabul edilmiştir.*”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2020/159 (10 Mart 2020).

²⁹ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundaki etkin pişmanlık düzenlemesinin analizi için bkz. Zafer İçer, “*Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK.m.110)*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan 23/3 (2017) 776-791.

³⁰ TCK m. 168: “*(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir. (2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadar indirilir. (3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadar indirilir. (4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır. (5) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.*” Malvarlığına karşı işlenen suçlar için öngörülen ortak etkin pişmanlık hükmü hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022) 695-697; İsmail Turgut Kıldan, “*Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulanabilme Koşulları*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/8 (2012) 115-139; Doktrinde *Toroslu* söz konusu düzenlemenin suç sonrası pişmanlık hâlini düzenleyen ortak bir hafifletici neden olduğunu belirtmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015) 198.

³¹ TCK m. 184/5: “*Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*”; Bu suç için öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinin detaylı incelemesi için bkz. Abdulkaki Giyik, “*İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 134 (2018) 102-104. Bu suçtaki etkin pişmanlık düzenlemesi TCK'daki diğer etkin pişmanlık düzenlemelerinden oldukça önemli bir noktada ayrılmaktadır. Nitekim TCK'daki diğer etkin pişmanlık düzenlemeleri cezayı azaltan ya da ortadan kaldıran bir

ticareti suçu” ile “kullanmak için uyuşturucu madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu (TCK m. 192)”, “parada sahtecilik suçu” ile “kıymetli damgada sahtecilik suçu (TCK m. 201)”, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu”³², “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu”³³, “zimmet suçu”, “rüşvet suçu (TCK m. 254)”, “iftira suçu (TCK m. 269)”, “yalan tanıklık suçu (TCK m. 274)”³⁴, “suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu (TCK m. 281/3)”, “suçtan

sebeup olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemede ise hakkında imar kirliliğine neden olma suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen failin bu aşamadan sonra dahi etkin pişmanlıktan yararlanabileceği kabul edilmiştir. Bu hükümde, hakkında verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen failin etkin pişmanlıktan yararlanması hâlinde cezanın “bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı” düzenlenmiştir. Oysaki bir cezayı bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran kuruma ceza hukukunda “af” denmektedir. Genel af ve özel af şeklinde iki görünümü olan affi çıkarma yetkisi ise Anayasa’nın 87’nci maddesine göre münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Anayasa istisnai hâllerde Cumhurbaşkanı’na da af çıkarma yetkisi tanımıştır. Tam da bu gerekçelerle söz konusu etkin pişmanlık hükmünün Anayasa’ya aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) iptal davası açılmıştır. AYM bu davada, affin önceden ve belli zamana kadar işlenmiş suçları kapsamına alma özelliğinin olduğunu, başka bir deyişle affin geçmişe etkili olduğunu, TCK’nın 184’üncü maddesinin beşinci fıkrasındaki etkin pişmanlık hükmünün ise geçmişe etkili olmadığını, geleceğe etkili olduğunu belirterek iptal talebini reddetmiştir. AYM’nin söz konusu kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2008/119 (12 Haziran 2008). Söz konusu hüküm Yargıtay uygulamasında da etkin pişmanlık düzenlemesi olarak kabul edilmektedir. Örnek karar için bkz.: “Sabıka kaydı bulunmayan sanığa yüklenen imar kirliliğine neden olma suçunun kişilere ve kamu idaresine karşı doğrudan bir zarara yol açtığına kanıtlanmamış bulunması ve ruhsatsız yapının eski hale getirilmesinin ise ancak TCK’nın 184/5 maddesinde öngörülen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması bakımından gözetilebilmesi karşısında...”, Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2012/23032 (5 Kasım 2012). Bu düzenlemenin etkin pişmanlık hükmü içerdiğini belirten görüş için bkz. Ali Kemal Yıldız, “İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184)”, *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan 2/2 (2004) 297. TCK’nın 184’üncü maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmün af niteliğinde olduğunu belirten görüş için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar”, *Mülkiye Dergisi* 29/246 (2005) 146-148, Baba, *Etkin Pişmanlık*, 114. TCK’nın 184’üncü maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmün af ya da etkin pişmanlık düzenlemesi olarak değerlendirilemeyeceğini, hükmün hukuki mahiyetinin kendine özgü (sui generis) nitelikte olduğunu belirten görüş için bkz. Büşra Elligiram, *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019) 100.

³² TCK m. 221: “(1) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (3) Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (4) Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır. (5) Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir. (6) Kişi hakkında, bu maddedeki etkin pişmanlık hükümleri birden fazla uygulanmaz.”; Örgüt suçlarında etkin pişmanlık düzenlemesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ahmet Caner Yenidünya - Zafer İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan 19/2 (2013) 823-827; Erkan Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018) 437-452, 520-536, 579-581, 628-629.

³³ Bu suç için öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinin detaylı incelemesi için bkz. Veli Özer Özbek, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 245)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan 9/Özel Sayı (2007) 1037-1040.

³⁴ TCK m. 274: “(1) Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz. (2) Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadar indirilebilir. (3) Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadar indirilebilir.”; Yalan tanıklık suçunda etkin pişmanlık düzenlemesinin detayları hakkında bilgi

kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m. 282/6)”, “muhafaza görevini kötüye kullanma suçu (TCK m. 289/2)”, “hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu (TCK m. 293)”, “infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçu (TCK m. 297/4)”, “suç için anlaşma suçu (TCK m. 316/2)”dur³⁵.

Her bir etkin pişmanlık hükmü bazı farklı unsurları bünyesinde barındırsa da hepsi için ortak unsurlar da bulunmaktadır.³⁶ Etkin pişmanlık hükümleri arasındaki unsur farklılığı, esas itibariyle ilgili suçta etkin pişmanlıktan yararlanmak için fail tarafından yerine getirilmesi gereken aktif edim noktasında ortaya çıkmaktadır. Aşağıda etkin pişmanlık kurumunun düzenleniş sebebi ile hukuki niteliği ortaya konulduktan sonra her etkin pişmanlık düzenlemesi için geçerli olan ortak unsurlara değinilecektir.

D. ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN DÜZENLENİŞ AMACI

TCK'nın 1'inci maddesinde ceza kanununun amacı düzenlenmiştir. Bu maddede kanunun amacı; *“kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek”* olarak ifade edilmiştir. Esasen etkin pişmanlık kurumunun düzenleniş amacı da bu hükümde belirtilenlerden farklı değildir³⁷. Ancak daha özele indirgenecek olunursa, bu kurumun düzenleniş amacı iki ana başlık altında ele alınabilir. Bunlardan

_____ için bkz. Feyza Kır, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272) ve Etkin Pişmanlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70/3 (2021) 1107-1132.

³⁵ TCK'nın 38'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen, azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortaklarının cezalarında indirim yapılmasını öngören hükmün bir etkin pişmanlık düzenlemesi olduğu yönündeki görüş için bkz. Abdulkaki Giyik, “Bir Etkin Pişmanlık Hâli Olarak Azmettirenin Ortaya Çık[arıl]masının Sağlanması (TCK m. 38/3)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2023) 325-330.

³⁶ Ayrıca bazı özel ceza kanunları ile ceza hükmü içeren diğer kanunlarda düzenlenen suçlar için öngörülen etkin pişmanlık hükümleri de mevcuttur. Örneğin; Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 110'uncu maddesinde düzenlenen “Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçu” bakımından aynı maddenin üçüncü fıkrasında bir etkin pişmanlık hükmü sevk edilmiştir. Aynı şekilde, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun (KMK) 3'üncü maddesinde “Kaçakçılık suçları” tek tek sayılmış, aynı Kanun'un 5'inci maddesinde ise bu suçlar bakımından öngörülen bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 6'ncı maddesinde de karşılıksız çek suçunda geçerli olmak üzere bir etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Örnekleri bu şekilde çoğaltmak mümkündür. Çalışmamızda etkin pişmanlık kurumu TCK bağlamında ele alınsa da, burada söylenen hususlar özel ceza kanunlarındaki etkin pişmanlık düzenlemeleri bakımından da geçerlidir. Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) düzenlenen kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahatinin işlenmesi hâlinde gündeme gelen “pişmanlık” müessesesinin etkin pişmanlık kurumu ile benzer özellikleri olsa da bu kurumun kendine özgü bir yapısı bulunmaktadır. Bkz. Metin Taş, “Gümrük Suç ve Kabahatlerinde Pişmanlık: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *International Journal of Public Finance* 6/1 (2021) 65; Hasan Hüseyin Bayraklı, “Pişmanlık ve İslah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 8/31 (2017) 52; Etkin pişmanlığın vergi ceza hukukundaki “pişmanlık” ve “ıslah” kurumlarından farkı hakkında detaylı bilgi için bkz. Elif Yılmaz Furtuna - Arzu Laloğlu, “7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2022) 352-353.

³⁷ Evrim Yıldırım, “Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık”, *Ankara Barosu Dergisi* 2 (2014) 233.

ilki, suçun tamamlanmasından sonra failin hatasını anlayarak sebep olduğu haksızlığı gidermesine imkân sağlamak, başka bir deyişle gerçekleştirdiği haksızlığı telafi etmek için ona altın köprüler sunmaktır³⁸. İkinci neden ise, etkin pişmanlıkta bulunan failden alınan bilgiler ile diğer suç ortaklarının başka suçlar işlemesine engel olmak veya işlenen suçların ortaya çıkarılmasına katkı sağlamaktır³⁹. Böylelikle suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkabilecek daha ağır tehlike veya zararın önüne geçilmesi mümkün olacaktır.

İkinci amaç özellikle örgütlü suçlarda kendini göstermektedir⁴⁰. Gerçekten bu örgütler ileride çok sayıda suç işlemek için bir araya gelmiş kişilerden oluşmaktadır. Örgüt mensubunun pişmanlık göstererek örgütün yapısı, mensupları ya da işlediği suçlar hakkında bilgiler vermesi daha sonra işlenecek suçların önlenmesinde hayati bir öneme sahiptir. Bu sebeple örgüt suçlarında etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmesi pişman olan örgüt suçlularının legaliteye dönme yönünde adım atmalarını teşvik edecek, devletin de bu kişilerden aldığı bilgilerle suç örgütleriyle daha etkin mücadele etmesine katkıda bulunacaktır⁴¹.

³⁸ Ahmet Caner Yenidünya - Zafer İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", *Fasikül Dergisi*, 38 (2013) 3; Etkin pişmanlığın ceza hukukuna özgü bir ödüllendirme düzeni kurduğuna ilişkin görüş için bkz. Zeki Hafizoğulları - Ezgi Aygün Eşitli, "İftira ve İftira Benzeri Suçlar", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (2015) 105.

³⁹ Sami Selçuk, "Suç Sonrası Etkin Cayma (1)", *Timetürk* (8 Aralık 2009); Şişman - Sarsıkoğlu, "Etkin Pişmanlık", 1602-1603; Yenidünya – İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", 3.

⁴⁰ TCK'nın 220'nci maddesinde düzenlenen "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu, 314'üncü maddede düzenlenen "silahlı örgüt" suçu, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7'nci maddesinde düzenlenen "terör örgütü" suçu ve TCK'nın 78'inci maddesinde düzenlenen ve soykırım ile insanlığa karşı suçları işlemek amacıyla kurulan "Örgüt" suçlarında uygulanma kabiliyetini haiz TCK'nın 221'inci maddesindeki etkin pişmanlık hükmü şu şekildedir: "(1) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (3) Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (4) Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır. (5) Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir."

⁴¹ Ömer Ünlü, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)* (Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2013) 195; Önder Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2017) 414-415; Sarıtaş, *Örgütlenme Suçları*, 439; Cihan Kavlak, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017) 425-453. Yazar bu sebeple örgüt suçları için öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesini ödüllendirici mahiyette bulmaktadır. Başka bir deyişle, yazara göre, burada suç örgütleriyle daha etkili mücadele edilebilmesi amacıyla devletin kendisiyle iş birliği yapanlara ceza vermeyerek ya da daha az ceza vererek cezalandırma hakkından taviz gösterme durumu söz konusudur; "Etkin pişmanlık hükümlerinin amacı, bir yandan terör ve örgütlü suçlarla mücadele bakımından stratejik önemi nedeniyle en etkili bilgi edinme ve mücadele araçlarından olan örgütün kendi mensuplarını kullanmak, diğer taraftan da suç işlemeyi önlemek, mensup olduğu kanun dışı örgütün amaçladığı suçun işlenmesine engel olanları ve işlediği suçtan pişmanlık duyanları cezalandırmayarak ya da cezalarında belli oranlarda indirim yaparak yeniden topluma kazandırmaktır.", Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2022/4388 (14 Eylül 2022). Yargıtay'ın başka bir kararının karşı oy gerekçesinde örgüt suçlarında etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmesinin bu suçluluk türüyle mücadelede arz ettiği önem şu şekilde açıklanmıştır: "Devletler örgütlü suçluluk ve terör

Etkin pişmanlık kurumunun düzenlenmesiyle suçun tamamlanmasından sonra, faille ya da şeriklere, meydana gelen zararı ortadan kaldırarak, düzelterek ya da suçun aydınlatılmasına katkı sağlayarak hatasını telafi etme ve bozulan hukuk barışını onarma imkânı verilmektedir.⁴² Bu müessesenin düzenleniş amacı yaptırımların caydırıcılığını azaltmak ya da bu düzenlemeleri fırsata çevirmek isteyen suçluları kurtarmak olmamalıdır. Kanun koyucu hangi suçlarda etkin pişmanlığın düzenleneceğine ve etkin pişmanlığın hangi aşamaya kadar mümkün olacağına karar verirken yukarıdaki esaslardan hareket ederek izlediği suç politikasına göre belirleme yapmalıdır⁴³.

E. ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Etkin pişmanlık, cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi bir sebeptir⁴⁴. Bu husus malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlık düzenlemesi öngören TCK'nın 168'inci maddesinin gerekçesinde ifade edildiği gibi⁴⁵, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında da ortaya konulmuştur⁴⁶. 5237 sayılı

suçlarıyla mücadele etmek için çeşitli stratejiler üretmektedir. Devletler kendi varlıklarını ve Anayasal düzenlerini tehdit edecek boyutlara ulaşan bu suçluluk türlerinin önüne geçmek için örgütün kendisini daha doğrusu mensuplarını kullanma yolunu denemektedir. Gerçekten suç örgütlerinin çökertilmesi mensuplarının yakalanıp cezalandırılmasında en etkili yöntemlerden birisi bizzat örgüt mensuplarıdır. Suç örgütleri ve işledikleri suçlar hakkında bu kişilerden bilgi alınması örgüt ve örgüt mensuplarıyla daha etkin mücadele edilmesi sonucu örgütün dağılması veya zayıflatılması ve örgütün kullandığı yöntemlerinin tespit edilip buna göre önlem alınmasını sağlayacaktır. Çağımızda bilginin kullanılması en etkili yöntemlerden biridir. "Bilgi otoritenin yarısıdır" kavramından hareketle örgüt mensuplarının sadece örgütü ortadan kaldırmaları ya da örgütle irtibatlarını kesmeleri karşılığında bazen de örgüt ya da işlediği suçlar hakkında bilgi vermeleri karşılığında hiç ceza vermeme ya da indirimli ceza verme vaadi ile örgütlerin ortadan kaldırılması ya da zayıflatılması amaçlanmaktadır. Diğer bir bakışla örgüte adım atmakla suç dünyasının içine düşen örgüt mensuplarını yeniden topluma kazandırma şansını tanımak gerekir. Bu açıklamalar ışığında kanunu düzenleme ve dosya kapsamında örgüt ve örgüt adına suç işleyen kişiler hakkında etkin pişmanlık haklarını kullanılarak bilgi veren sanıkların verdikleri bu bilgilerin elverişli olduğu kabul edilerek diğer örgüt mensuplarının mahkumiyetlerinde kullanılmasına rağmen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmaması hak ve nesafete uygun olmadığı gibi, gelecekte suçluluğa katılan kişilerin suç örgütleri ve örgüt adına suç işleyen kişilerin hakkında bilgi verilmesini engelleyecek nitelikte terörle mücadeleye katkı değil, zarar veren bir anlayış olur.", Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2019/7597 (4 Aralık 2019), Karşı oy gerekçesi.

⁴² İçer, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma", 774-775; Kıldan, "Malvarlığına Karşı Suçlar", 117.

⁴³ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 29; Doktrinde etkin pişmanlık kurumunun düzenleniş amacının suçluya bozduğu hukuk düzenini onarma imkânı verme ve sonradan işleme tehlikesi olan daha ağır suçların önlenmesi olması sebebiyle, bu kurumun özünün hukuki değil siyasal olduğunu ifade eden görüş için bkz. Sami Selçuk, "Suç Sonrası Etkin Cayma (2)", Timetürk (22 Aralık 2009).

⁴⁴ Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 446; Özgenç, *Genel Hükümler*, 525; Akbulut, *Genel Hükümler*, 665; Hakeri, *Genel Hükümler*, 517-518; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 487; Yenidünya - İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", 6; Hasan Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt: I*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) 426; Özen, *Genel Hükümler*, 564; Arslan, "Karşılıksız Çek", 163; Hüseyin Turan - Osman Kodal, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7/13 (2019) 508; Ümit, "Kaçakçılıkla Mücadele", 135; Şişman - Sarsıkoğlu, "Etkin Pişmanlık", 1595.

⁴⁵ TCK m.168 Gerekçesi: "...Bu düşüncelerle, etkin pişmanlık; hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçlarında cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak kabul edilmiştir."

⁴⁶ "5237 sayılı TCK'nun kabul ettiği suç teorisi uyarınca, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesiyle, ortaya cezalandırmaya layık bir haksızlık çıkmakta, kusuru kaldıran bir sebebin de bulunmaması hâlinde fail hakkında bir

TCK'da etkin pişmanlık kurumu yalnızca tamamlanmış suçlar bakımından gündeme gelecek şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla etkin pişmanlıktan bahsedilebilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekeceğinden bu kurum, kast ve kusurluluğun dışında değerlendirilmektedir⁴⁷. Etkin pişmanlığın varlığı hâlinde fiil suç oluşturmaya devam edeceğinden, cezanın ortadan kalktığı durumlarda dahi güvenlik tedbirlerine hükmetmek mümkündür⁴⁸.

Etkin pişmanlık kurumunun şahsi bir sebep olmasının sonuçlarından biri de yalnızca bu sebep kendisinde bulunan kişilerin etkin pişmanlıktan yararlanacak olmasıdır. Örneğin; iştirak hâlinde işlenen bir suçun varlığı hâlinde yalnızca etkin pişmanlık gösteren fail veya şerikler bu kurumdan yararlanacak, etkin pişmanlık göstermeyen fail veya şeriklerin ceza sorumluluğunda herhangi bir değişiklik olmayacaktır⁴⁹.

Etkin pişmanlığın varlığı hâlinde fail ya hiç cezalandırılmayacak ya da cezasında kanunun öngördüğü oranda bir indirim yapılacaktır. Kanun koyucu bu indirimli ceza ve cezasızlık ayırımı yaparken; suç tipinin özellikleri, ortaya çıkan tehlike veya zararın ağırlığı, pişmanlığın gerçekleşme tarzı ile zamanı gibi kıstasları göz önünde bulundurmaktadır⁵⁰.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA ETKİN PİŞMANLIĞIN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Etkin pişmanlığın unsurları doktrinde çeşitli şekilde tasnif edilmektedir. Doktrinde bir görüş etkin pişmanlığın unsurlarını maddi unsurlar - manevi unsurlar⁵¹ şeklinde ayırma tabi tutarken, diğer bir görüş objektif unsurlar - subjektif unsurlar⁵² şeklinde bir tasnif yapmaktadır. Bu konuda başka bir görüş ise etkin pişmanlığın unsurlarını faile ilişkin şartlar - fiile ilişkin şartlar⁵³ şeklinde tasnif

cezaya hükmolunmaktadır. Fakat bazı hâllerde kanun koyucu, failin cezalandırılması için başka birtakım unsurların da bulunması ya da bulunmamasını aramıştır. İşte haksızlık ve kusur isnadı dışında kalan bu gibi hususlar "suçun unsurları dışında kalan hâller" başlığı altında ele alınmaktadır. Bunlardan failin cezalandırılması için gerekli olanlara "objektif cezalandırılabilme şartları", bulunmaması gerekenlere de "şahsi cezasızlık sebepleri" veya "cezaı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler" denilmektedir. Bu yönüyle etkin pişmanlık; cezaı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler arasında yer almaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2018/121 (27 Mart 2018).

⁴⁷ Akbulut, *Genel Hükümler*, 665; İçer, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma", 774; Hakeri, *Genel Hükümler*, 518; Arslan, "Karşılıksız Çek", 163; Giyik, "İmar Kirliliğine Neden Olma", 103; Kır, "Yalan Tanıklık ve Etkin Pişmanlık", 1127.

⁴⁸ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2019) 473; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 21; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 439.

⁴⁹ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 22; Yenidünya - İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", 7; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlin: Springer, 2015) 321.

⁵⁰ İçer, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma", 775.

⁵¹ Bu tasnif için bkz. Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 294.

⁵² Bu tasnif için bkz. Baba, *Etkin Pişmanlık*, 33-98.

⁵³ Bu tasnif için bkz. Baki, "Etkin Pişmanlık", 42.

etmektedir. Çalışmamızda etkin pişmanlığın unsurları doktrinde yapılan maddi unsur - manevi unsur ayırımına göre incelenecektir.

Etkin pişmanlığın dış dünyada değişiklik meydana getiren somut unsurları maddi unsur, failin psişğinde ortaya çıkan durumlar ise manevi unsur başlığı altında değerlendirilecektir. Bu belirlemeye göre etkin pişmanlığın maddi unsurları; tamamlanmış bir suçun varlığı, tamamlanmış bu suça ilişkin etkin pişmanlık hükmünün kanunda münhasıran düzenlenmiş olması, etkin pişmanlık gösteren failin pozitif bir edimde bulunması ve pişmanlığın kanunda öngörülen süre içerisinde gösterilmiş olmasıdır. Etkin pişmanlığın manevi unsurları ise; failin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyması, failin gösterdiği pişmanlığın iradi ve gönüllü olması ve failin bizzat pişmanlık göstermesidir. Bu unsurlar kümülatif niteliktedir. Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için bu unsurların tamamının somut olayda gerçekleşmesi gerekir⁵⁴.

Elbette aşağıda bahsedilecek genel unsurlardan farklı olarak her etkin pişmanlık hükmünde ilgili suç tipinin niteliğine göre başka unsurların aranması da mümkündür. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu (TCK m.110) bakımından “mağdurun şahsına zarar vermemiş olmak”, suç için anlaşma suçu (TCK m.316) bakımından “amaçlanan suçun işlenmemiş olması” ve örgüt suçlarında etkin pişmanlık düzenlemesi sevk eden hükmün (TCK m.221) ilk üç fıkrasında “suçun işlenişine iştirak etmemiş olmak” koşullarının aranması gibi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında etkin pişmanlığın unsurlarını herhangi bir tasnife tabi tutmadan şu şekilde ortaya koymuştur: “*Gerek Türk Ceza Kanunu’ndaki gerekse özel ceza kanunlarındaki etkin pişmanlık düzenlemeleri incelendiğinde ve öğretisi ile yargısal kararlardaki görüşler değerlendirildiğinde “etkin pişmanlığın” unsurlarının; 1- Kanunda etkin pişmanlığa imkân tanıyan bir düzenleme bulunması, 2- Suçun tamamlanmış olması, 3- Failin kanunda öngörülen biçimde aktif bir davranışının olması, 4- Failin bu davranışının iradi olması, şeklinde belirlenmesi mümkündür.*”⁵⁵ Bu karar ile ortaya konulan etkin pişmanlığın unsurları yukarıda ifade edilen açıklamalar ile paralellik arz etmektedir.

B. ETKİN PİŞMANLIĞIN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

a. Tamamlanmış Bir Suç Olmalıdır

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 5237 sayılı TCK etkin pişmanlık kurumunu 765 sayılı TCK döneminden farklı olarak suçun tamamlanmasından sonraki aşamaya özgülemiştir. Buna göre henüz

⁵⁴ Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 295.

⁵⁵ Yargıtay, K. 2018/121.

suç tamamlanmadan önce failin suçtan vazgeçmesi hâli gönüllü vazgeçme hükümleri bağlamında değerlendirilecek, suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık duyup suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırması ya da adli makamlara bilgi vererek suçun aydınlatılmasına katkı sağlaması durumunda ise etkin pişmanlığın varlığı kabul edilecektir⁵⁶. Dolayısıyla, etkin pişmanlığın varlığı için aranan ilk unsur tamamlanmış bir suçun varlığıdır⁵⁷. Suçun tamamlanması kanuni tanımdaki unsurların tamamının gerçekleştirilmesi anlamına gelir⁵⁸.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde etkin pişmanlık gündeme gelemez⁵⁹. Bu durumda ancak gönüllü vazgeçmenin varlığı düşünülebilir⁶⁰. Bu durum TCK'nın 36'ncı maddesinin gerekçesinde, “*Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur*” demek suretiyle ortaya konulmuştur.

Bu unsur bakımından önemli olan suçun tamamlanmış olmasıdır. Kesintisiz suçlarda suçun tamamlanma hâli ile sona erme hâli farklı zamanlarda meydana gelmektedir⁶¹. Bu suçlar bakımından failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için suçun sona ermesinin beklenmesi gerekmemektedir. Suçun tamamlanmasıyla birlikte failin etkin pişmanlıktan yararlanması mümkündür⁶².

b. Tamamlanmış Suça İlişkin Olarak Etkin Pişmanlık Hükümü Kanunda Münhasıran Düzenlenmiş Olmalıdır

Etkin pişmanlığın bir diğer maddi unsuru, tamamlanmış suça ilişkin etkin pişmanlık hükmünün kanunda münhasıran düzenlenmiş olmasıdır⁶³. TCK'da etkin pişmanlık adı altında genel bir hükme yer verilmemiştir. Kanun koyucu sadece belirli suçlarda geçerli olmak üzere etkin pişmanlık

⁵⁶ “Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından etkin pişmanlıktan söz edilemez ancak şartları var ise “gönüllü vazgeçme” gündeme gelebilir.”, Yargıtay, K. 2020/159.

⁵⁷ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012) 315; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 487; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 21; Yenidünya – İçer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları”, 7.

⁵⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 416; Akbulut, *Genel Hükümler*, 615; Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 416; Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre suçun unsurları maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Tamamlanmış bir suçun varlığı için bu üç unsurun da gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

⁵⁹ Artuk vd., *Özel Hükümler*, 695; Yenidünya – İçer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları”, 7.

⁶⁰ Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay, K. 2018/121.

⁶¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 190; Akbulut, *Genel Hükümler*, 975-976; Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 81.

⁶² Gödeklî, “Etkin Pişmanlık”, 302; Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 447; Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen bir kişinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, suçun tamamlanmasından sonra ancak soruşturmaya başlanmadan önce, hürriyetinden yoksun bıraktığı mağduru şahsına zarar vermeden güvenli bir yerde serbest bırakması gerekmektedir. Bkz. TCK m. 110.

⁶³ Dönmezer - Erman, *Cilt II*, 153; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 19; Zafer, *Genel Hükümler*, 472; Aydın, “Suça Teşebbüs”, 107; Özen, *Genel Hükümler*, 563; Yenidünya – İçer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları”, 6; Şişman - Sarsıkoğlu, “Etkin Pişmanlık”, 1596.

hükümleri öngörmüştür⁶⁴. Bunun sonucunda, kanunilik ilkesinin gereği olarak, etkin pişmanlık kurumu hangi suçlar için öngörülmüşse sadece o suçlar için uygulanabilecektir⁶⁵. Bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu kararlarda da ortaya konulmaktadır⁶⁶.

Esas itibarıyla her suç niteliği gereği etkin pişmanlığa elverişli de değildir. Zira, kasten öldürme ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda fiilin zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmak mümkün olmadığı gibi, adli makamlarla iş birliği yaparak verilen bilgiler ile ileride işlenecek aynı suçların engellenmesi de olanaklı değildir⁶⁷. Bu gibi hususları göz önünde bulunduran doktrindeki bazı yazarlar, TCK’da genel bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmeyip yalnızca sınırlı sayıdaki suç için etkin pişmanlık hükümlerinin öngörülmesinin isabetli olduğunu savunmaktadır⁶⁸. Kanaatimizce de bu yolun tercih edilmesi daha doğru olmuştur.

Kanunun etkin pişmanlık hükmü öngörmediği suçlarda failin gösterdiği pişmanlığın hiçbir zaman dikkate alınmayacağı söylenemez. Bu gibi hâllerde bu pişmanlık hâlinin TCK’nın 62’nci maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerinden, “*filden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlar*” kapsamında değerlendirilerek failin cezasında indirime gidilmesi mümkündür⁶⁹.

c. Fail Pozitif Bir Edimde Bulunmalıdır

Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için salt içsel bir pişmanlık ya da üzüntü duyması yeterli değildir. Pişmanlığın dış dünyaya yansıyan “etkin” bir yönü olmalıdır⁷⁰. Başka bir deyişle, TCK, failden suçun olumsuz sonuçlarını gidermek için aktif bir davranışta bulunmasını aramaktadır.

⁶⁴ Mustafa Avcı, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, *Türk Ceza Kanunu Reformu-II Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları* 71 (2004) 213; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 315; Yıldırım, “Sermaye Piyasası Suçları”, 235.

⁶⁵ Özbek vd., *Genel Hükümler*, 487; Hakeri, *Genel Hükümler*, 518; Aydın, “Suça Teşebbüs”, 107; Turan - Kodal, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları”, 507.

⁶⁶ Yargıtay, K. 2020/159 (10 Mart 2020). Aynı doğrultuda başka bir karar için bkz. Yargıtay, K. 2018/121.

⁶⁷ Yenedünya – İcer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları”, 6; İcer, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma”, 775; Türk hukukunda etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suç tiplerinde ortak bir özellik tespit etmek oldukça zordur. Buna karşılık Alman hukukunda etkin pişmanlık hükümlerine çoğunlukla kalkışma suçu niteliğinde olan ve hukuki değerin zarar görme tehlikesinin suçun oluşumu için yeterli olduğu suç tiplerinde yer verildiği ifade edilmektedir. Bkz. Bernd Heinrich, (Editör: Yener Ünver), *Ceza Hukuku Genel Kısım-I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) 464-465.

⁶⁸ Sami Selçuk, “Suç Sonrası Etkin Cayma (2)”, *Timetürk* (22 Aralık 2009); Bu konuda bazı yazarlar ise TCK’da genel bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindedir. Bkz. Soyaslan, *Genel Hükümler*, 315.

⁶⁹ Akbulut, *Genel Hükümler*, 938-939; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 681.

⁷⁰ Baki, “Etkin Pişmanlık”, 46; Kıldan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 119; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 22.

Gönüllü ve iradi olarak yapılması gereken bu aktif davranış, etkin pişmanlığın öngörüldüğü her suç tipinde farklı şekilde ortaya çıkabilir⁷¹. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından öngörülen etkin pişmanlık hükmünde (TCK m.221) failden adli makamlara örgütün yapısı, örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ya da diğer örgüt mensupları hakkında bilgi vererek suçun aydınlatılmasına ve örgütün dağıtılmasına yardımcı olması beklenmektedir⁷². Malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için TCK’da aranan aktif davranış ise aynen iade veya tazmin suretiyle suçun işlenmesi sonucunda ortaya çıkan zararın karşılanmasıdır⁷³. Diğer bazı suçlar bakımından incelenecek olunursa, bu aktif davranış; kullanmak için uyuşturucu madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu için kişinin resmi makamlara başvurarak tedavi edilmeyi istemesi (TCK m.192/2), iftira suçunda (TCK m.269) iftiradan, yalan tanıklık suçunda (TCK m.274) ise yalan beyandan dönüp gerçeği söyleyerek maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunması şeklinde tezahür etmektedir. Aynı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda (TCK m.110) failin, mağdurun şahsına zarar vermeden onu güvenli bir yerde bırakmasının aranılması da bu aktif davranışa örnek olarak gösterilebilir⁷⁴.

d. Pişmanlık Kanunda Öngörülen Belirli Bir Süre İçinde Gösterilmiş Olmalıdır

Etkin pişmanlığın yalnızca tamamlanmış suçlar bakımından mümkün olduğundan ve bu pişmanlığın suç tamamlandıktan sonra ortaya konulması gerektiğinden yukarıda bahsedilmişti. Ancak, failin suç tamamlandıktan sonra herhangi bir zamanda pişmanlık duyduğunu belirtmesi etkin

⁷¹ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 49; Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele”, 135; Bkz. Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 315; Sarıtaş, *Örgütlenme Suçları*, 437-452; “Özetlemek gerekirse, Türk Ceza Kanunu’nun, pişmanlık öngörülen çeşitli suç tiplerinde etkinlik bakımından kanunilik ilkesi doğrultusunda aradığı ölçütler (etkinliğin göstergeleri), ana hatlarıyla; suçu ihbar etme, suçun tespitini kolaylaştırma ve suçluların/şeriklerin yakalanmasını sağlama (m. 93;192/1-3; 201; 221/3-4; 254/1-3; 297/4); mağdura zarar vermeksizin güvenli yerde serbest bırakma (m. 110); iade veya tazmin suretiyle zararı giderme (m. 168; 245/5; 248); ruhsatsız/ruhsata aykırı yapıyı imar planına uygun hale getirme (m. 184/5); suç konusunu veya onun imal edildiği/saklandığı yeri ihbar ederek ele geçirilmesini sağlama (m. 192/1-2; 201; 254/1; 281/3; 282/6; 289/2); tedavi talep etme (m. 192/4); suç örgütünü dağıtma/örgütten ayrılma (m. 221/1-2); fiilden rücu etme (m. 269; 316/2); gerçeği söyleme (m. 274) ve teslim olma (m. 293) şeklinde sıralanabilir.”

⁷² “Yakalanan sanığın 5237 sayılı TCK.nun 221/4.maddesinde öngörüldüğü şekilde örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili yeterli bilgi ve belge vermediği, bu nedenle de yasada aranan şartların oluşmadığı gözetilmeden hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”, Yargıtay 9. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2007/4161 (14 Mayıs 2007); “Üçüncü fıkrada ise, yakalanan örgüt üyesi ile ilgili etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Yakalanmış olmasına rağmen, bu fıkrada belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde örgüt üyesi cezalandırılmayacaktır. Bu şartlardan birisi, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suç işlenişine iştirak etmemiş olmak; diğeri ise, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi veriş olmaktadır. Verilen bilginin, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olup olmadığını takdir yetkisi mahkemeye aittir.”, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM), K. 2020/468 (13 Temmuz 2020).

⁷³ Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017) 580; Köksal Bayraktar, “Malvarlığına Karşı Suçların Genel Özellikleri”, *Özel Ceza Hukuku Cilt IV - Malvarlığına Karşı Suçlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018) 63-67; Nur Centel vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (İstanbul: Beta Yayınları, 2017) 372; Artuk vd., *Özel Hükümler*, 696.

⁷⁴ Soyaslan, *Genel Hükümler*, 316.

pişmanlık hükümlerinden yararlanması için yeterli değildir. Bu pişmanlık iradesinin kanunun öngördüğü belirli bir süre içinde ortaya konulması gerekmektedir⁷⁵.

Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için pişmanlığını göstermesi gereken süre bakımından her suç için uygulanacak ortak bir hüküm sevk edilmemiştir. Kanun koyucu etkin pişmanlığı mümkün kıldığı her suçta bu hükümlerin uygulanacağı süreyi çoğunlukla muhakeme aşamalarına göre farklı şekilde tayin etmiştir. Bazı suçlar bakımından pişmanlığın soruşturma başlamadan önce ortaya konulması gerekirken⁷⁶, diğer bazı suçlar bakımından kovuşturma evresinde hüküm verilmeden önce veya hüküm verildikten sonra ortaya konulması aranmıştır⁷⁷.

Etkin pişmanlığın kovuşturma evresinde “hüküm verilmeden önce” gerçekleşmesi aranmış ise, bu pişmanlığın ilk derece mahkemesinin yargılamayı sonlandıran hükmünden önce ortaya konulması gerekmektedir⁷⁸. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesince verilen hükmün kanun yolu aşamasında bozularak mahkemenin önüne tekrar gelmesi hâlinde failin bu aşamada göstereceği pişmanlık “hüküm verilmeden önce” olma şartını sağlamayacaktır⁷⁹. Zira ceza muhakemesi hukukunda hüküm, yargılama makamının önüne gelen hukuki uyumsuzluğu doğrudan doğruya çözmek amacıyla verdiği karar anlamına gelmektedir⁸⁰. Hükmün kesinleşmesi ise verilen hükmü karşı başvurulacak kanun yolunun bulunmaması, kanun yoluna başvurulmaması ya da kanun yolu aşamasında karar verilmesi

⁷⁵ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 78; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 24; Yıldırım, “Sermaye Piyasası Suçları”, 236; Şişman - Sarsıkoğlu, “Etkin Pişmanlık”, 1596; Türk Ceza Hukukunda istisnai olarak, pişmanlığın belirli bir sürede gösterilmesinin aranmadığı etkin pişmanlık düzenlemelerine de yer verilmiştir. Örneğin, imar kirliliğine neden olma suçunda etkin pişmanlık hükmü öngören TCK’nın 184’üncü maddesinin beşinci fıkrası bu niteliktedir: “*Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*”

⁷⁶ Örneğin, TCK’nın 254’üncü maddesinde yer verilen ve “rüşvet” suçu için etkin pişmanlık hükmü öngören düzenlemeye göre, rüşvet suçunun failleri rüşvet konusu şeyi soruşturma makamlarına teslim eder ve durumu haber verirse ceza almaz. Aynı husus rüşvet suçuna aracılık eden kişi için de söz konusudur. Bu kişi de soruşturma başlamadan önce durumu soruşturma makamlarına haber verir ise ceza almayacaktır.

⁷⁷ Örneğin, TCK’nın 248’inci maddesinde yer verilen ve “zimmet” suçu bakımından etkin pişmanlık öngören düzenlemeye göre, failin zimmet suçu sebebiyle dava açıldıktan sonra ancak hüküm verilmeden önce pişmanlık göstermesi hâlinde cezası 1/3 oranında indirilecektir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında failin etkin pişmanlıktan yararlanmasının farklı muhakeme aşamalarına bağlı kılınmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM.), K. 2010/19 (28 Ocak 2010).

⁷⁸ Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 320. Yazara göre aksi yönde bir kabul hâlinde, failin önce kanun yolunda hakkında verilecek kararı beklemesi, verilen bu kararın olumsuz olması hâlinde de pişmanlığını ileri sürerek bu müesseseyi kötüye kullanma imkânı olacaktır; Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele”, 137.

⁷⁹ Aksi yönde görüş için bkz. Mehmet Emin Artuk vd., *TCK Şerhi Özel Hükümler 4. Cilt* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009) 3785; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 27. Yazara göre kanun yolu incelemesinde sanık aleyhine ağır bir hukuki ihlal yapıldığının tespiti hâlinde yapılacak ikinci yargılamada sanığın etkin pişmanlıktan yararlanamaması adil olmayacaktır.

⁸⁰ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) 758; Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 707; Cumhur Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 552; Elif Bekar, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75/1 (2017) 18.

sonucunda başvurulabilecek başka bir olağan merciin kalmaması anlamına gelir⁸¹. Kanunda etkin pişmanlığın “hüküm verilmeden önce” gösterilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmakta ise, verilen hükmün kesinleşmesine kadarki aşamada pişmanlık gösterilmesi mümkün olmayacaktır.

Kanun bazı suçlar bakımından pişmanlığın farklı muhakeme aşamalarında ortaya konulması hâlinde farklı ceza indirimleri öngörmüştür. Bu belirleme yapılırken fail hakkında ceza tehdidinin arttığı aşamalara yaklaşılrken daha az indirim yapılması gerektiği esasından hareket edilmiştir. Zira ceza tehdidi arttıkça failde pişmanlığın iradiliği de zayıflayacaktır⁸².

Örneğin, zimmet suçunda failin soruşturmaya başlanmadan önce pişmanlık göstererek zimmete geçirilen malı aynen iade etmesi veya uğranılan zararı gidermesi hâlinde verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilmekte iken, pişmanlığın kovuşturmaya başlanmadan önce gösterilmesi hâlinde ise cezanın yarısı indirilecektir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları bakımından failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için pişmanlığını ortaya koyması gereken muhakeme aşaması da her bir suç tipi için farklı şekilde belirlenmiştir. TCK'nın 221'inci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen örgüt kurma veya yönetme suçunda failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için soruşturmaya başlanmadan önce pişmanlık duyduğunu belirterek etkin pişmanlık talebinde bulunması gerekir. Ayrıca bu talebin örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden ortaya konulması gerekmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasındaki örgüte üye olma suçunda, örgüt faaliyeti kapsamında herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeyen failin gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde hakkında cezaya hükmolunmayacağını belirten bir etkin pişmanlık düzenlemesi mevcuttur. Fail burada pişmanlığını örgütten gönüllü olarak ayrıldığını ilgili makamlara bildirirken ortaya koymalıdır⁸³. Örgüte üye olma suçu bakımından aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesindeki etkin pişmanlık hükmünde ise “yakalanma” anı esas alınarak failin cezasında indirim yapılmasını gerektiren bir düzenlemeye yer verilmiştir.

2. Manevi Unsurlar

a. Fail İşlediği Suçtan Dolayı Pişmanlık Duymalıdır

⁸¹ Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 606; Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 870; Bekar, “Hüküm Çeşitleri”, 18-20.

⁸² Özer, *Etkin Pişmanlık*, 25; Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 318; Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele”, 137.

⁸³ “Örgüt üyesi olarak örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmesine iştirak etmeyip kendiliğinden özgür iradesiyle örgütten çekildiğini bildirerek ilgili makamlara teslim olduğu kabul edilen sanıklar hakkında etkin pişmanlıklarının sübutu halinde 5237 sayılı Yasanın 221. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerektiği gözetilmeksizin yasanın anlam ve amacına uygun düşmeyecek şekilde yazılı gerekçe ile bu konuda red kararı verilmesi...”, Yargıtay 9. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2005/9775 (26 Aralık 2005).

Etkin pişmanlığın varlığı için aranan manevi unsurlardan ilki, failin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duymasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere pişmanlık; pişman olma durumu, nedamet anlamlarına gelmektedir⁸⁴.

Bu unsur bakımından doktrinde tartışılan husus, failin gerçek bir pişmanlık duymasının gerekli olup olmadığı meselesidir. Başka bir deyişle, etkin pişmanlıktan yararlanmak için gösterilen pişmanlık samimi bir pişmanlık mı olmalıdır yoksa failin nesnel şartları sağlayıp pişmanlığını ortaya koyması yeterli midir? Bugün doktrinin çoğunluğu tarafından kabul edilen görüş etkin pişmanlık kurumunun öznel nitelikte değil, nesnel nitelikte olduğudur⁸⁵. Dolayısıyla önemli olan failin davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerdir⁸⁶. Failin zihin dünyasındaki düşünceleri etkin pişmanlığın varlığı için önemli değildir. Bu sebeple, failin etkin pişmanlıktan yararlanmak için gösterdiği pişmanlığın samimi bir pişmanlık olup olmadığına araştırılmasına gerek bulunmamaktadır⁸⁷. Esasen böyle bir belirlemenin yapılması olanaklı da değildir. Zira, samimi bir pişmanlığın duyulup duyulmadığı ancak failin zihin dünyasına hâkim olarak ortaya konulabilir. Böyle bir sonuca ise ceza hukuku araçlarıyla ulaşmak mümkün değildir⁸⁸. Kanaatimizce de failin etkin

⁸⁴ *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*, “Pişmanlık”, (20 Ocak 2021).

⁸⁵ Sami Selçuk, “Suç Sonrası Etkin Cayma (1)”, *Timetürk* (8 Aralık 2009); Baba, *Etkin Pişmanlık*, 105-106; Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 328; Failin etkin pişmanlıktan yararlanmak için yapmış olduğu pişmanlık açıklamasının iradi olmasının tek başına yeterli olmadığını, ayrıca pişmanlığın samimi olmasının gerektiğini belirten bir görüş için bkz. Erem, *Genel Hükümler*, 340.

⁸⁶ Doktrinde Özen tarafından etkin pişmanlığın söz konusu olduğu hâllerde gerçek bir pişmanlık iradesinden bahsedilemeyeceği, pişmanlığın çoğunlukla cezadan kurtulma gayesi ile ortaya konulacağı, ancak etkin pişmanlığın kabul edilebilmesi için tamamıyla gerçek bir pişmanlık iradesine de gerek olmadığı hususu aynen şu cümlelerle açıklanmaktadır: “Soruşturma ve/veya kovuşturma aşamasındaki etkin pişmanlık durumlarında, aslında, pişmanlıktan söz etmek her zaman mümkün değildir. Gerçek anlamda bir pişmanlık seyrek olarak gerçekleşebilse de, çoğunlukla, cezadan kurtulmak amacı veya suç ortaklarının da ceza almasını isteme niyetiyle yapılabilir. Yani, etkin pişmanlık durumlarında, çok büyük oranda ceza tehdidi söz konusudur. Bu tehditten dolayı korkuya dayalı pişmanlık bulunmaktadır. Korkuya dayalı pişmanlık gerçek değil, sadece görünüştedir. Korkunun olduğu yerde gerçek pişmanlık olmaz. Ceza almamak için gösterilen pişmanlık, pişmanlık değildir. Bu konuda çok katı bir duruş sergilememek gerekir. Elbette, gerçek pişmanlık olabilir. Ancak, bu durumun iyi araştırılması gerekir. Bu konuda, etkin pişmanlığın, suçun ve suç ortaklarının ortaya çıkarılması koşuluna bağlandığı durumlarda, gerçek pişmanlığın bulunup bulunmadığının araştırılması daha da önem taşıyacaktır.”. Bkz. Özen, *Genel Hükümler*, 654.

⁸⁷ Baki, “Etkin Pişmanlık”, 46; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 49; Sami Selçuk, “Suç Sonrası Etkin Cayma (2)”, *Timetürk* (22 Aralık 2009).

⁸⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilmiş olan bir kararda, ortaya herhangi bir gerekçe konulmadan, failin beyanlarında samimi olmadığından bahisle etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı yönünde verilen bir ilk derece mahkemesinin kararı şu açıklamalarla bozulmuştur: “Sanığın tüm aşamalarda etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak istediğini beyanla, örgüte katılımı, örgütsel faaliyetleri ve bildiği örgüt mensuplarına ilişkin bilgi vererek, kendisinin sabit hattan arandığını ifade edip, mahrem imamın kod ismini bildiren sanığın, etkin pişmanlıktan yararlandırılmaması için bu beyanlarının samimi olmadığı ve örgütün faaliyetlerini ve mensuplarını gizlemek istediği iradesinin açıkça ortaya konulması gerektiği, daha önce deşifre olmuş örgüt mensuplarının isimlerinin ifadede yer almış olması nedeniyle etkin pişmanlıktan yararlanamayacağına ilişkin kabulün yasanın gerekçesi ve amacına hizmet etmeyeceği gibi, yerleşik uygulamalara da aykırı olacağı gözetilerek”, Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2019/7025 (18 Kasım 2019). Bununla birlikte Yargıtay’ın pişmanlığın “samimi” olmasını aradığı kararları da bulunmaktadır: “5237 sayılı TCK.nun etkin pişmanlığa ilişkin 221. maddesinde silahlı örgüt tarafından amaç suçun işlenmemiş ya da amaç suçun işlenmesine kalkışılmamış olması gerektiğine ilişkin

pişmanlıktan yararlanması için samimi bir pişmanlık taşıyıp taşımadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Etkin pişmanlıktan yararlanmak için failde samimi bir pişmanlığın bulunmasının araştırılmasına gerek olmaması, kanunda öngörülen aktif edimi yerine getiren herkesin etkin pişmanlıktan otomatik olarak yararlanacağı anlamına gelmemektedir⁸⁹. Zira, pişmanlığın samimi olmasının gerekmemesi, pişmanlığın hiç bulunmadığı hâllerde dahi failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Somut olayda hâkim, etkin pişmanlığın unsurlarının oluşup oluşmadığını dikkatli bir şekilde incelemeli, özellikle de bu davranışın “iradi ve gönüllü” olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini tespit etmelidir. Bu sebeple, etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen failde samimi bir pişmanlığın aranmayacak olması, onun çelişkili açıklamalarının etkin pişmanlık hükmünün tatbikinde kabul edileceği anlamına da gelmemektedir. Örneğin, failin etkin pişmanlığın şartlarını sağladıktan sonra aslında pişman olmadığını ifade edip önceki beyanından dönmesi hâlinde etkin pişmanlıktan yararlandırılması mümkün değildir⁹⁰. Zira, artık bu durumda pişmanlık, iradi ve gönüllü olma özelliğini kaybetmektedir.

Bu husus, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında “pişmanlık” unsurunun en azından asgari oranda var olması gerektiğini de ortaya koymaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında⁹¹, failin etkin pişmanlıktan yararlanması için davranışının iradi ve gönüllü olmasının yanı sıra bu davranışın bir pişmanlık sonucu ortaya konulmasını açıkça aramıştır.

b. Failin Gösterdiği Pişmanlık İradi ve Gönüllü Olmalıdır

bir koşul bulunmadığı gözetilerek, sanığın örgütten ayrılma nedeni ve örgütün amacı doğrultusunda gerçekleştirdiği, ayrıca suç teşkil edecek faaliyetleri bulunup bulunmadığı da araştırılarak samimi bir şekilde etkin pişmanlık gösterip göstermediği de tartışılıp..., Yargıtay 9. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2006/7597 (25 Aralık 2006).

⁸⁹ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 101.

⁹⁰ Tozman, *Örgüt Kurma Suçu*, 418; Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 327; Örnek bir karar için bkz.: “Dairemizce de benimsenen istikrar kazanmış uygulamaya göre örgütle ilgili suçlamaları kabul etmeyen örgüt mensupları ile, etkin pişmanlık olarak değerlendirilebilen önceki ifadelerinden rücu eden failer hakkında TCK’nın 221.maddesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.”, Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/3 (24 Nisan 2017). Bu yönde başka bir karar için bkz.: “Dairemizin 16.02.2017 tarihli bozma ilamı sonrasında yapılan yargılama esnasında alınan savunmasında etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğini belirten sanığın, 03.09.2009 tarihli duruşmadaki emniyet ve savcılıkta alınan ifadelerinde belirttiği etkin pişmanlıktan yararlanmak istediği şeklindeki beyanlarının doğru olmadığına dair ifadesi nazara alınarak etkin pişmanlıktan dönme nedenlerinin açıklattırılması ve ayrıca yapılan UYAP sorgulamasında Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.03.2019 tarih ve 2014/150 Esas 2019/157 Karar sayılı kararı ile hakkında etkin pişmanlık uygulanmış olduğu da gözetilerek tüm dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesi suretiyle sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının gerekip gerekmediği karar yerinde tartışılmadan eksik gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2020/6026 (7 Aralık 2020).

⁹¹ “Uyuşmazlık bakımından önemli ve üzerinde durulması gereken koşul failin davranışının iradi olması ve pişmanlığa dayanmasıdır, bu etkin pişmanlığın sübjektif şartıdır. Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için failin meydana getirdiği haksızlığı ortadan kaldırması yeterli değildir. Suç sonrası mağdurun uğradığı zararı gidermeyi, engellemeyi veya düzeltmeyi pişmanlık duyarak, iradi ve gönüllü olarak gerçekleştirmesi zorunludur. Kanun koyucu aksi düşüncede olsaydı ‘pişmanlık’ kavramını tercih etmezdi. Pişmanlık TDK sözlüğünde ‘Yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülmeye, nadim olma’ şeklinde tanımlanmaktadır.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2020/147 (3 Mart 2020).

Etkin pişmanlığın varlığı için aranan ikinci manevi unsur, pişmanlığın iradi ve gönüllü olarak ortaya konulmasıdır. Pişmanlığın iradi olması, failin üzüntüsü ve pişmanlığı sonucunda kanunun aradığı şartları yerine getirirken her aşamada özgür iradesiyle hareket etmesini ifade eder⁹². Failin bir baskı veya korkutma sonucu pişmanlığını ortaya koyması etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel olacaktır. Failin işlediği suçtan korkması, utanç duyması ya da yakalanma endişesi taşıması hâlinde pişmanlık göstermesi durumunda da bu pişmanlığın iradi ve gönüllü olduğu ifade edilmelidir⁹³.

Failin yakınlarının ya da kamu makamlarının, zorlamayla olmadığı sürece; teşvik, telkin ve yönlendirmelerde bulunarak, başka bir deyişle ikna çabaları sonucunda failin pişmanlık göstermesini sağlamaları, pişmanlığın iradi ve gönüllü olma unsuruna zarar vermeyecektir⁹⁴. İkna çabaları sonucunda failerin etkin pişmanlık göstermeye teşvik edilmesi, özellikle suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından etkin pişmanlık uygulamalarında sıklıkla başvurulan bir yöntemdir⁹⁵.

Pişmanlığın iradi ve gönüllü olması gerekliliğinden bahsedilebilmesi için etkin pişmanlık hükmüne yer verilen her düzenlemede bu unsurun açıkça belirtilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır⁹⁶. Zira, bu unsur etkin pişmanlık kurumunun özünden kaynaklanmakta, bu sebeple her etkin pişmanlık düzenlemesinde bu unsura ayrıca yer verilmesine gerek bulunmamaktadır⁹⁷. Bununla birlikte faildeki pişmanlığın iradi ve gönüllü olması, etkin pişmanlık kurumunu öznel bir kurum hâline getirmemektedir. Etkin pişmanlığın uygulanması için failin özgür iradesine dayanan nesnel bir belirleme yapılmalıdır⁹⁸.

⁹² Özen, *Genel Hükümler*, 564-565; Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 328; Ümit, "Kaçakçılıkla Mücadele", 138.

⁹³ Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 331.

⁹⁴ İlknur Ebiz Yıldız, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)* (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011) 135; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 92; Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 331.

⁹⁵ Yıldız, *Örgüt Kurma*, 135.

⁹⁶ Durmuş Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 1269; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2007) 360; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 101; Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 334; Aksi yönde bir görüş için bkz. Mehmet Emin Artuk vd., *TCK Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009) 4740. Yazarlara göre ilgili düzenlemede pişmanlığın gönüllü olması gerektiğine açıkça yer verilmemiş ise etkin pişmanlıkta bulunan kişinin gönüllü olması gerekmemektedir.

⁹⁷ TCK'da etkin pişmanlık hükmüne yer verilen bazı düzenlemelerde pişmanlığın "gönüllü" veya "iradi" olması gerektiği açıkça aranmış iken, diğer bazı suç tiplerinde bu hususa ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Örneğin; organ veya doku ticareti suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK'nın 93'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, uyuşturucu madde imal veya ticareti suçu bakımından getirilen etkin pişmanlık hükmü olan TCK'nın 192'nci maddesinin üçüncü fıkrasında pişmanlığın "gönüllü" olması gerektiği açıkça aranmıştır. Zimmet suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK'nın 248'inci maddesinin ikinci fıkrasında "gönüllülük" unsuru açıkça aranmakta ancak ilk fıkrada bu unsura yer verilmemektedir. Aynı husus TCK'nın 221'inci maddesi bakımından da geçerlidir. Bu maddede öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinden ikinci ve dördüncü fıkrada "gönüllülük" unsuru açıkça belirtilmiş bir ve üçüncü fıkralarda ise bu unsura yer verilmemiştir. Tüm bu farklılıklara rağmen, pişmanlığın gönüllü olması etkin pişmanlık kurumunun olmazsa olmaz bir koşulu olduğu için, ilgili etkin pişmanlık düzenlemelerinde buna yer verilse de verilmese de bu unsur aranacaktır.

⁹⁸ Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 328.

Pişmanlığın iradi ve gönüllü olmasının gerekliliği yanında, Cumhuriyet savcısı ya da mahkemenin şüpheli veya sanığa etkin pişmanlıktan yararlanma hakkının varlığını hatırlatma yükümlülüğünün olup olmadığı da burada son olarak değerlendirilmesi gereken bir husustur. Cumhuriyet savcısı ya da mahkemenin, şüpheli veya sanığa etkin pişmanlıktan yararlanma hakkının olduğunu hatırlatması zorunlu değildir⁹⁹. Nitekim etkin pişmanlık düzenlemeleri kazanılmış hak teşkil etmez. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda etkin pişmanlığın şüpheli veya sanığa hatırlatılmasının zorunlu olmadığına hükmetmektedir¹⁰⁰. Şüpheli veya sanığın ifade veya sorgu sırasında yaptığı açıklamaların etkin pişmanlık kapsamında olduğunun tespit edilmesi hâlinde ise, bu kişiler karşı çıkmadığı müddetçe etkin pişmanlık hükümleri işletilmelidir. Bu sonuç etkin pişmanlık kurumunun nesnel bir niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Şüpheli veya sanık da etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğini doğrudan Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye bildirebilir. Bu durumda bu kişilere yararlanmak istedikleri etkin pişmanlık düzenlemesinin koşulları hakkında bilgi verilmelidir. Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin tüm bu açıklanan hâller dışında, şüpheli veya sanığa etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma imkânını hatırlatmasında da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durum CMK'nın 148'inci maddesinde düzenlenen ve sorgu ve ifade sırasında başvurulması yasak olan usullerden biri olan kanuna aykırı vaat anlamına gelmemektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında böyle bir hatırlatmanın kanuna aykırı vaat niteliği taşımayacağına hükmetmiştir¹⁰¹.

c. Fail Bizzat Pişmanlık Göstermelidir

Etkin pişmanlığın varlığı için aranan son manevi unsur, failin bizzat pişmanlık göstermesidir. Failin bizzat pişmanlık göstermesi, duyduğu pişmanlığı belirli bir şekilde kendisinin ortaya koymasını ifade etmektedir. Failin bizzat pişmanlık duyması gerekmez de, pişmanlığı sonucu yerine getirmesi gereken aktif davranışı bizzat kendisinin mi yapması gerektiği hususu tartışmalıdır.

⁹⁹ Örgüt suçları için öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesi özelinde değerlendirme yapan Şen - Eryıldız bu suçların şüpheli veya sanığına etkin pişmanlık hükümlerinin hatırlatılmasının kanuna aykırı vaat olmayacağını belirtmenin yanında, bu hatırlatmanın bir yükümlülük olduğunu da ifade etmektedir. Bkz. Ersan Şen - Hüsnü Sefa Eryıldız, *Suç Örgütü* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 381.

¹⁰⁰ "... etkin pişmanlık hükmünün soruşturma evresi sona erinceye kadar kullanılması halinde sadece cezadan indirim sebebi olduğu, dava açılmasına engel bir durum teşkil etmediği, Cumhuriyet savcısının şüpheliye etkin pişmanlık hükmünden yararlanıp yararlanmayacağını sorması gibi bir zorunluluğunun bulunmadığı cihetle, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.", Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2019/8143 (6 Aralık 2019).

¹⁰¹ "Etkin pişmanlık hükümleri kanunda failin cezasının kaldırılmasını veya cezada indirim yapılmasını öngören bir şahsi hal olarak düzenlendiğinden, örgütlü suçluluk kapsamında savunmasının alınması sırasında kişiye bu hükümlerin hatırlatılması CMK'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "kanuna aykırı bir vaat" niteliğinde olmadığı gibi kişinin de kendi iradesiyle bu hükümlerden yararlanmayı kabul ederek ifade vermesinde ve bu ifadenin başka kişiler hakkında görülmekte olan davalarda, adil yargılanma hakkına uygun olarak o davaların sanığına etkin itiraz yolları tanınması suretiyle delil olarak kullanılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2020/4 (14 Ocak 2020).

Doktrindeki bir görüşe göre, pişmanlık duyan kişi ile aktif edimi yerine getiren aynı kişi olmalıdır. Aksi durumda etkin pişmanlıktan yararlanmak mümkün olmayacaktır¹⁰². Bugün doktrinde ifade edilen çoğunluk görüşe göre ise, failin her ne kadar bizzat pişmanlık göstermesi gerekmezse de aktif davranışı elinde olmayan sebeplerle yerine getirememesi hâlinde, bu davranışı failin isteği ve yönlendirmesi doğrultusunda hareket eden üçüncü bir kişinin yapması mümkündür¹⁰³.

Bu husus özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından kendisini göstermektedir. TCK'nın 168'inci maddesinde düzenlenen malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlıktan yararlanmak için, failin aynen iade veya tazmin yolu ile suçun işlenmesi sonucu ortaya çıkan zararı gidermesi gerekmektedir. Fail bizzat pişmanlık gösterip, maddi gücünün yeterli bulunmaması veya elinde olmayan diğer bazı sebeplerle aynen iade veya tazmini kendisi yerine getireme de üçüncü bir kişinin bu davranışı yerine getirmesi hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacaktır¹⁰⁴. Kanaatimizce de burada lehe yorum yapılarak, failin elinde olmayan sebepler ile aktif edimi kendisi yerine onun yönlendirmesi doğrultusunda üçüncü bir kişinin yerine getirmesi hâlinde etkin pişmanlığın oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu yönde bir kabul, işlediği suçtan pişmanlık duyan failerin hukuk düzenine geri dönüşünü kolaylaştıracaktır. Suçun birden fazla fail tarafından işlenmesi ancak zararın tek bir fail tarafından karşılanması durumunda da diğer failerin tazmine karşı çıkmamak kaydıyla etkin pişmanlıktan yararlanması mümkündür¹⁰⁵.

Bu unsur altında incelenmesi gereken son husus pişmanlık göstermenin herhangi bir şekil şartına bağlı olup olmadığıdır. Doktrindeki hâkim fikre göre pişmanlığın mutlaka söz ile ortaya konulması gerekmemektedir. Davranış yoluyla da pişmanlığın gösterilmesi somut olayın özelliklerine göre mümkündür¹⁰⁶. Buradan çıkarılacak sonuç, pişmanlığın açık veya örtülü şekilde ortaya konulmasının mümkün olduğudur¹⁰⁷. Dolayısıyla, failin pişmanlığını ifade etmek için açıkça “pişmanım” demek

¹⁰² Abdullah Köşşekoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık”, (Proje Yöneticisi: Fatih Selami Mahmutoglu), *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2008) 45; Doktrinde Özgenç, rüşvet suçunda kamu görevlisinin rüşvet aldığı para veya diğer şeylerin başkaları tarafından iade edilmesi hâlinde etkin pişmanlığın gündeme gelmeyeceğini savunmaktadır. Bkz. İzzet Özgenç, *İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013) 109.

¹⁰³ Bayraktar, “Faal Nedamet”, 146; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 97.

¹⁰⁴ Kıldan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 129; Hüseyin Eker, “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 100 (2012) 374; Aksi yönde bir görüş için bkz. Tezcan vd., *Ceza Özel Hukuku*, 948. Yazarlara göre TCK'nın 168'inci maddesinde “bizzat pişmanlık göstererek” şeklinde bir belirlemeye yer verildiğinden, zararın üçüncü kişiler tarafından karşılanması hâlinde etkin pişmanlığın gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.

¹⁰⁵ “Mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi halinde, zararın faillerden hangisi tarafından giderildiğine bakılmaksızın, tazmin edilmesi gereken herhangi bir zarar kalmadığından, tazmine karşı çıkmayan failerin tümü hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.”, Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2016/5543 (24 Mart 2016).

¹⁰⁶ Hakeri, *Genel Hükümler*, 519.

¹⁰⁷ Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 325.

şeklinde bir açıklamaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Dış dünyadan bakıldığında mahkemede bu yönde bir kanaatin oluşması etkin pişmanlık kurumunun uygulanması için yeterlidir¹⁰⁸. Dolayısıyla pişmanlığın örtülü olarak ifade edilmesi durumunda da etkin pişmanlıktan yararlanılabilecektir.

III. ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ VE FARKLILIKLARI İLE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU VE YAPTIRIM BAKIMINDAN SONUÇLARI

A. ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ VE FARKLILIKLARI

1. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kabul ettiğimiz suç teorisine göre suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır¹⁰⁹. Hukuka aykırılık unsuru, fiilin tüm hukuk düzeni ile çelişmesini ifade eder¹¹⁰. Hukuk düzeninin bütününden kaynaklanan ve varlığı hâlinde fiili hukuka uygun hâle getiren sebeplere ise hukuka uygunluk sebepleri denmektedir¹¹¹. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı hâlinde hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkacağından fiil suç teşkil etmeyecektir.

Etkin pişmanlık kurumu tam bu noktada hukuka uygunluk sebeplerinden ayrılmaktadır. Etkin pişmanlık kurumunun cezayı ortadan kaldıran veya azaltan bir şahsi sebep olduğundan yukarıda bahsedilmişti. Bu şahsi sebebin varlığı hâlinde fiil suç olma özelliğini kaybetmemekte, yalnızca bu sebep kendisinde bulunan faile ceza verilmemekte ya da daha az ceza verilmektedir¹¹². Hukuka uygunluk sebebinin varlığı hâlinde ise artık bir suçun varlığından bahsedilememektedir.

2. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme kurumu TCK'nın 36'ncı maddesinde; *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini*

¹⁰⁸ Doktrinde *Baba*, failin “pişman değilim” şeklinde bir açıklamada bulunmasına rağmen etkin pişmanlıktan yararlandırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Nitekim yazar bu kurum bakımından önemli olanın, yukarıda da belirtildiği üzere, salt bir pişmanlık beyanı olmadığını, olayın bütününe ilişkin mahkemede oluşan kanaatin belirleyici olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Baba, Etkin Pişmanlık*, 100. Etkin pişmanlıktan yararlanmak istemediğini belirten sanıklar hakkında da bu hükümlerin işletilmesi gerektiğini belirten başka bir görüş için bkz. Şen- Eryıldız, *Suç Örgütü*, 382. Kanaatimizce, önce pişman olduğunu belirtip etkin pişmanlıktan yararlanma talebinde bulunan failin sonradan bu açıklamasından dönüp etkin pişmanlıktan yararlanmak istemediğini söylediği hâllerde olduğu gibi burada da etkin pişmanlık hükümlerinin tatbiki mümkün olmamalıdır. Nitekim çelişkili açıklamalarda bulunan failin pişmanlığının dahi iradi ve gönüllü olduğunu söylemek mümkün değil iken, pişman olmadığını açıkça belirten failin etkin pişmanlıktan yararlandırılması kurumun özülüyle de bağdaşmayacaktır.

¹⁰⁹ Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 264; Adem Sözüer, *Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 2015) 11 vd; Akbulut, *Genel Hükümler*, 200-205.

¹¹⁰ Yüce, *Ceza Hukuku*, 249; Akbulut, *Genel Hükümler*, 466; ; Veli Özer Özbek - Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (2007) 197.

¹¹¹ Özbek vd., *Genel Hükümler*, 284; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 95; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 261; Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 87 (2010) 301.

¹¹² Baki, “Etkin Pişmanlık”, 49; Akdağ, “Gönüllü Vazgeçme”, 93; Turan - Kodal, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları”, 508; Kır, “Yalan Tanıklık ve Etkin Pişmanlık”, 1127.

önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” hükmü ile düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçme, suçun icrasına başladıktan sonra failin kendi iradesiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra etkin bir davranışıyla neticenin gerçekleşmesini önlemesi olarak ifade edilebilir¹¹³. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere gönüllü vazgeçme yalnızca suçun tamamlanmasından önceki aşamada gerçekleşebilir.

Gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık arasındaki farklardan ilki de budur. Gönüllü vazgeçme suçun tamamlanmasından önceki aşamada gerçekleşir iken, etkin pişmanlık suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra gündeme gelir¹¹⁴. Gönüllü vazgeçme TCK'nın “Genel Hükümler” kısmında düzenlendiğinden her suç bakımından uygulanma kabiliyetini haiz iken, etkin pişmanlık münhasıran kanunda etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilen suçlar bakımından tatbik edilebilir¹¹⁵. Gönüllü vazgeçmede bazen pasif bir davranış yeterli olmakta iken, etkin pişmanlıkta mutlaka failin aktif bir davranışta bulunması gerekmektedir¹¹⁶. Örneğin, suça başladıktan sonra henüz icra hareketlerini yaparken suçtan vazgeçen failin, bu suçtan dönme iradesi gönüllü vazgeçme için yeterlidir. Failin ayrıca aktif bir davranışta bulunması gerekmemektedir. Ancak etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen fail aktif bir davranışta bulunmak zorundadır. Bu aktif davranış, suç sonrası ortaya çıkan zararın giderilmesi şeklinde olabileceği gibi ilgili makamlara bilgi vererek suçun aydınlatılması veya suçluların yakalanmalarının sağlanması şeklinde de olabilir.

Etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçme kurumları arasındaki bir diğer farklılık ceza sorumluluğu bakımından kendini göstermektedir. TCK'nın 36'ncı maddesi, suçun icra hareketlerine başlayan ancak daha sonra gönüllü olarak suçtan vazgeçen kişiyi suça teşebbüsten cezalandırmamakta, sadece o zamana kadar tamam olan kısmın bir suç oluşturması hâlinde o suçtan ceza tayin etme yoluna

¹¹³ Özbek vd., *Genel Hükümler*, 487-488; İçel, *Genel Hükümler*, 473; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 307; Aydın, “Suça Teşebbüs”, 103; Yılmaz, “Gönüllü Vazgeçme”, 2562; Sertaç Işıka, *Gönüllü Vazgeçme* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021) 73-76; Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) 176; Alman Hukukundaki gönüllü vazgeçme kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 355 vd.

¹¹⁴ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 104; Akdağ, “Gönüllü Vazgeçme”, 93; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 30; Yenidünya – İçer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları”, 11; Kıldan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 119; Eker, “Mala Karşı İşlenen Suçlar”, 373; Yılmaz, “Gönüllü Vazgeçme”, 2562; Turan - Kodal, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları”, 507; Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele”, 137; Şişman - Sarsıkoğlu, “Etkin Pişmanlık”, 1600; “5237 sayılı TCY'nın 5377 sayılı Yasayla Değişik 168.maddesi; bu maddede belirtilen malvarlığına karşı suçların tamamlanmasından sonra gerçekleşen etkin pişmanlık durumunda uygulanabileceğinden ve eylem kalkışma aşamasında kalıp, sanık tarafından henüz istediği paranın alınmamış olması nedeniyle ve sanığın pişmanlık göstererek zararı tazmini söz konusu olmadığından, ayın Yasanın 36. maddesinde tanımlanan gönüllü vazgeçmenin koşulları da bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir.”, Yargıtay 13. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2012/27 (9 Ocak 2012).

¹¹⁵ Özer, *Etkin Pişmanlık*, 30; Baki, “Etkin Pişmanlık”, 50; Yenidünya – İçer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları”, 11; Kıldan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 119; Yılmaz, “Gönüllü Vazgeçme”, 2562.

¹¹⁶ Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 340; Yıldırım, “Sermaye Piyasası Suçları”, 237.

gitmektedir¹¹⁷. Etkin pişmanlığın varlığı hâlinde ise ortada tamamlanmış bir suç vardır. Pişmanlık gösterilen bu suç için bazı durumlarda indirimli ceza verilmekte iken, bazı durumlarda ceza tamamen ortadan kalkmaktadır¹¹⁸.

Bu iki kurumunun farklılıkları olduğu gibi bazı ortak yönleri de mevcuttur. Bu ortak yönlerden biri, her iki kurumun da haksızlığın unsurları ve kusurluluğun dışında değerlendirilmesidir¹¹⁹. Bu iki kurum arasındaki ortak yönlerden bir diğeri ise, iki kurumun da uygulanabilmesi için ortaya konulması gereken vazgeçme ve pişmanlık iradelerinin samimi olup olmadığının aranmayacak olmasıdır. Bu iradelerin gönüllü ve iradi olması kurumların uygulanması için yeterlidir¹²⁰. Ayrıca hem etkin pişmanlık hem de gönüllü vazgeçme şahsi nitelikte olduğundan, iştirak hâlinde işlenen suçlarda yalnızca şartları sağlayan suç ortaklarının bu kurumlardan yararlanması mümkündür¹²¹.

3. Af

Ceza hukukunda af, devletin suç işleyen kişiyi cezalandırma veya verilen cezayı infaz etme hakkından vazgeçmesi olarak tanımlanmaktadır¹²². Affin hukuki niteliğinin kamu davasını ve cezayı düşüren bir sebep olduğu kabul edilmektedir¹²³. Türk hukukunda iki af türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ceza mahkûmiyetini tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran genel aftır¹²⁴. Diğeri ise hapis cezasının ceza infaz kurumunda çektirilmesine son veren, hapis cezasının ceza infaz kurumunda çektirilen süresini azaltan veya hapis cezasını adli para cezasına çeviren özel aftır.¹²⁵ Anayasa'nın

¹¹⁷ Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 209-210; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 486-487; Akbulut, *Genel Hükümler*, 665; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 180.

¹¹⁸ Baki, "Etkin Pişmanlık", 51; Yenidünya – İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", 112; Akdağ, "Gönüllü Vazgeçme", 110; Yıldırım, "Sermaye Piyasası Suçları", 235-236; Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 206.

¹¹⁹ Yenidünya – İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", 11; Koca - Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 445-446.

¹²⁰ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 106-107; Aydın, "Suçta Teşebbüs", 105; Özer, *Etkin Pişmanlık*, 31; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 190-191.

¹²¹ Koca - Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 446; Akbulut, *Genel Hükümler*, 665; Aydın, "Suçta Teşebbüs", 106; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 22; Yenidünya – İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", 7.

¹²² Seha L. Meray, *Ceza Hukukunda Af* (Ankara: Türk Hukuk Kurumu Müsabaka Neşriyatı, 1944) 4; Toroslu, *Genel Kısım*, 458; Akbulut, *Genel Hükümler*, 851.

¹²³ Erem, *Genel Hükümler*, 983; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 753; Akbulut, *Genel Hükümler*, 851.

¹²⁴ Servet Armağan, Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirmesi, *Anayasa Yargısı Dergisi* 17/1 (2001) 349; Kemal Gözler, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi* 18 (2001) 298; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 753; Mesude Atilla, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku'nda Af Kurumu", *Ankara Barosu Dergisi* 68/1 (2010) 276-277.

¹²⁵ Akbulut, *Genel Hükümler*, 854-855; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt; III* (İstanbul: Der Yayınları, 2020) 415; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 756; Atilla, "Af Kurumu", 277; Af kurumunun anayasal temelini Anayasa'nın 87'nci maddesi oluşturmakla birlikte, bu iki af türünün hukuki sonuçları ile farklılıkları TCK'nın 65'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir: "(1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. (2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. (3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir."

87'nci maddesi hem genel af hem de özel af çıkarma yetkisini münhasıran yasama organına tanımıştır¹²⁶. Çok sınırlı hallerde Cumhurbaşkanı'nın da özel af çıkarma yetkisi bulunmaktadır¹²⁷.

Ceza hukukunda affin hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde hâkim görüş, affin bir yargı tasarrufu olmayıp yasama ve sınırlı hâllerde yürütme tasarrufu olan siyasi bir kurum olduğu kabul edilmektedir¹²⁸. Af kurumuna; adli hataların düzeltilmesi, kanunda müşahhas olarak belirtilen bazı suçları işleyen failerin affedilmesi, birtakım ağır toplumsal olayların yaşanmasından sonra toplumun yeniden kaynaştırılmak istenmesi veya diğer bazı hukuki veya siyasi sebeplerle başvurulmaktadır¹²⁹. Afların bazıları toplum tarafından kabul görmekte iken bazıları toplumda tepkiyle karşılanmaktadır¹³⁰.

Etkin pişmanlık ile af kurumu farklı müesseselerdir. Her şeyden önce af bir yasama tasarrufu iken etkin pişmanlık kural olarak yargı tasarrufudur. Genel affin varlığı hâlinde failin işlediği suçun tüm hukuki sonuçları ortadan kalmakta iken, etkin pişmanlıkta fiilin suç olma vasfı devam etmektedir. Özel afta ise failin hapis cezasının süresinde belli bir indirimde gidilmekte, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilmekte veya hapis cezası adli para cezasına çevrilmektedir. Ancak bu durumun etkin pişmanlıkta olduğu gibi failin yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık veya yerine getirdiği aktif edim ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Şarta bağlı af mümkün olmakla birlikte¹³¹, kural olarak failin aftan yararlanabilmesi için pişmanlık duyması veya birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmemektedir. Vakıa iki kurumun düzenleme amacı da birbirinden farklıdır. Nitekim affa çoğunlukla siyasi veya toplumsal nedenlerle başvurulurken, etkin pişmanlıkta amaç gerçekleştirdiği haksızlığı telafi etmek isteyen faili buna teşvik etmek, failin suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmasını sağlamak, mağdurun zararını karşılamak veya başka suçların işlenmesini

¹²⁶ Bu yetki yasama organına ait olmakla birlikte af kanunu çıkarmak için diğer kanunlarda olduğu gibi basit çoğunluk değil nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Dönmezer - Erman, *Cilt III*, 400; Af kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sibel Can, "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016) 1291-1312.

¹²⁷ Armağan, "Af Yetkisi", 350; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 756; Atila, "Af Kurumu", 282; Can, "Af Kurumu", 1294. Anayasa'nın 104'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı yalnızca üç hâlin varlığı durumunda kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisine sahiptir. Bunlar; sürekli hastalık, sakatlık ve kocamadır.

¹²⁸ Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1965) 5; Dönmezer - Erman, *Cilt III*, 390 vd; Toroslu, *Genel Kısım*, 458; Atila, "Af Kurumu", 278; Can, "Af Kurumu", 1295.

¹²⁹ Dönmezer - Erman, *Cilt III*, 385; Affin aşırı yığılma sebebiyle kapasitesi dolan cezaevlerini boşaltmak amacıyla da çıkarıldığını belirten görüş için bkz. Özbek vd., *Genel Hükümler*, 754.

¹³⁰ Can, "Af Kurumu", 1292. Af kurumuna karşı çıkan görüş için bkz. Cesare Beccaria, (Çev. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Ankara: İmge Kitabevi, 2020) 217-219. Doktrinde Armağan, modern demokrasilerde sık ve kapsamlı afların yapılmadığını belirtmektedir. Bkz. Armağan, "Af Yetkisi", 347. Affin lehinde ve aleyhinde görüşler ve bu görüşlerin incelenmesi için bkz. Erem, *Genel Hükümler*, 983-985; Hasan Dursun, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 85 (2009) 374-383. Doktrinde Özbek - Doğan - Bacaksız, af kurumunun varlığında bir sorun olmadığını, bu kurumu uygulayan organların çoğunlukla bu yetkisini toplumdaki adalet duygusunu rencide edecek tarzda ve siyasi saiklerle kullanmasının sorun teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. Özbek vd., *Genel Hükümler*, 753.

¹³¹ Keyman, *Türk Hukukunda Af*, 61-63; Dursun, "Af Kavramı", 395.

engellemektir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda etkin pişmanlık ile affin farklı nitelikte hukuki kurumlar olduğunu vurgulamaktadır¹³².

B. ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU VE YAPTIRIM BAKIMINDAN SONUÇLARI

1. Etkin Pişmanlığın Varlığı Hâlinde Verilecek Karar

Etkin pişmanlığın cezayı ortadan kaldıran veya azaltan bir şahsi sebep olduğuna yukarıda yeri geldikçe değinilmişti. Buna göre, etkin pişmanlığın varlığı hâlinde bazı durumlarda failin cezası pişmanlık hâli göz önünde bulundurularak indirilecektir. Ancak verilecek karar yine de “mahkûmiyet” kararı olacaktır. Etkin pişmanlığın düzenlendiği bazı hâllerde ise faile hiç ceza verilmeyecektir. Burada mahkeme tarafından verilmesi gereken karar Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 223’üncü maddesinin dördüncü fıkrası¹³³ uyarınca, *ceza verilmesine yer olmadığı* kararıdır¹³⁴.

2. Etkin Pişmanlığın Varlığı Hâlinde Kamu Davasının Açılmasında Takdir Yetkisi

CMK, “kovuşturma mecburiyeti” ilkesini kabul eden bir muhakeme düzeni öngörmüştür¹³⁵. Buna göre soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısının yeterli şüpheye ulaşması hâlinde; önödeme, uzlaştırma ve seri muhakeme usulü gibi herhangi bir muhakeme engeli de bulunmamaktaysa, kural olarak bir iddianame düzenlenip, kamu davasının açılması için bu iddianamenin mahkemeye gönderilmesi mecburiyeti bulunmaktadır¹³⁶.

CMK, bazı durumlarda yeterli şüphenin bulunmasına rağmen, Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasını talep edip etmeme noktasında bir takdir yetkisi vermiştir. Bu durumlar, cezanın

¹³² Bu doğrultuda örnek bir karar için bkz.: “Yargısal uygulamalar ve doktrindeki görüşler dikkate alındığında “etkin pişmanlık” düzenlemesi yapan yasaların, bir af yasası olmayıp terör örgütü mensubu olan sanıkların topluma kazandırılabilmesinin yanında esasen terör örgütlerinin insan kaynağının kurutulabilmesi, örgütün etkisizleştirilip ortadan kaldırılması ve işlenen suçların aydınlatılabilmesi amacıyla yönelik düzenlemeler olduğu görülmektedir.”, Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2019/1887 (5 Mart 2019).

¹³³ TCK m.223/4: “(4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

¹³⁴ Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022) 858; Akbulut, *Genel Hükümler*, 666; Zafer, *Genel Hükümler*, 474; Gödekli, “Etkin Pişmanlık”, 285; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 648; Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele”, 136.

¹³⁵ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 552; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 151-152; Mustafa Özen, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, *Ankara Barosu Dergisi* 67/3 (2009) 19; Uğur Yiğit - İlhami Öztürk, *Yargı Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020) 426; Yakup Duranoğlu, “Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburilik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri”, *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2021) 275.

¹³⁶ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 552-553; Özen, “Kamu Davası”, 19; Hüseyin Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018) 299; Yiğit - Öztürk, *Yargı Hukuku*, 426; Duranoğlu, “Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler”, 277.

ortadan kaldırılması sonucunu doğuran etkin pişmanlık hâllerinin varlığı ile şahsi cezasızlık nedenlerinin bulunmasıdır¹³⁷. Cumhuriyet savcısı bu takdir yetkisini kullanması hâlinde *kovuşturmaya yer olmadığı*¹³⁸ kararı verecektir.

Cumhuriyet savcısına bu yetkinin verilmesinin sebebi, kamu davasının açılması durumunda dahi mahkûmiyete hükmetmenin mümkün olmadığı hâllerde aynı nitelikte bir kararın soruşturma evresinde de verilmesini mümkün kılarak mahkemelerin iş yükünü azaltmak olarak ifade edilmektedir¹³⁹. Bu açıklamalardan çıkarılacak sonuca göre, cezayı ortadan kaldıran bir etkin pişmanlık hükmünün varlığı hâlinde, Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasını talep edebileceği gibi takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı da verebilir¹⁴⁰. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu durum yalnızca cezayı ortadan kaldıran bir etkin pişmanlık düzenlemesinin varlığı hâlinde mümkündür¹⁴¹. Cezada indirim yapılması sonucunu doğuran etkin pişmanlık düzenlemesinin bulunduğu durumlarda Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar verme yetkisi yoktur¹⁴².

3. Etkin Pişmanlığın Varlığı Hâlinde Uzlaştırma Süreci

Uzlaştırma, kural olarak takibi şikâyete bağlı suçlarda şüpheli veya sanık ile suçtan zarar görenin bir edim karşılığında uzlaşması sonucunda, şüpheli veya sanık hakkında kovuşturmaya yer olmadığı veya davanın düşmesi kararı¹⁴³ verilmesi sonucunu doğuran bir kurumdur¹⁴⁴.

¹³⁷ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 554; Nevzat Toroslu - Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018) 317-318; Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 668; Özen, "Kamu Davası", 20; Ümit, "Kaçakçılıkla Mücadele", 136; Duranoğlu, "Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler", 290.

¹³⁸ CMK m. 171/1: "Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir."

¹³⁹ Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 35.

¹⁴⁰ Zafer, *Genel Hükümler*, 473; Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 286.

¹⁴¹ Özen, "Kamu Davası", 20.

¹⁴² CMK'nın 171'inci maddesinin altıncı fıkrasıyla bazı suçların varlığı hâlinde Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmadaki takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Fıkarda belirtilen suçların işlendiği hususunda Cumhuriyet savcısının yeterli şüpheyeye ulaşması hâlinde iddianame düzenleyerek kamu davası açma mecburiyeti bulunmaktadır. Fıkarda sayılan suçlardan biri de örgüt suçlarıdır. Buna göre; suç işlemek için örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma suçları ile örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen failin TCK'nın 221'inci maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma talebinde bulunması hâlinde, Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmada takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. İlgili fıkra şu şekildedir: "Bu madde hükümleri; a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar, c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, hakkında uygulanmaz."

¹⁴³ Üstlenilen edimin tek seferde yerine getirilmeyeceği kararlaştırılmışsa, soruşturma aşamasında kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturma aşamasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

¹⁴⁴ Toroslu - Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 370; A. Uğur Eriş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 13 (2018) 258-259; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 581; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 59-60.

Uzlaştırmayı düzenleyen CMK'nın 253'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında etkin pişmanlık hükmü öngörülen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği düzenlenmişti¹⁴⁵. Ancak bu fıkra, 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, bu suçlar bakımından da uzlaştırma yoluna gidilmesinin önü açılmıştır. Dolayısıyla artık etkin pişmanlık düzenlemesi bulunan suçlar bakımından da uzlaştırma yoluna gidilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu sebeple, etkin pişmanlık hükmünün öngörüldüğü suç tipi uzlaştırmaya tâbi ise öncelikle uzlaştırma yoluna gidilecektir. Etkin pişmanlık hükmünün cezasızlık hâli öngörmesi veya indirim nedeni olması arasında bir farklılık yoktur¹⁴⁶.

4. Takdiri İndirim Nedenleri, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Etkin Pişmanlık İlişkisi

Takdiri indirim nedenleri TCK'nın 62'nci maddesinde düzenlenmiştir¹⁴⁷. Maddenin ilk fıkrasında takdiri indirim nedenlerinin varlığı hâlinde failin cezasında belirli bir oranda indirim yapılacağı düzenlenmiş, ikinci fıkra ise takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek hususlar sınırlı sayıda olmak üzere ortaya konulmuştur¹⁴⁸. Bu nedenler arasında düzenlenen, “*fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları*” göz önünde bulundurularak failin cezasında indirim yapılması, etkin pişmanlık kurumu ile benzerlik göstermektedir. Nitekim burada da failin pişmanlık hâli göz önünde bulundurulmaktadır¹⁴⁹. Ayrıca fail yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık sonucunda mağdurun zararını karşılamış, başka bir deyişle birtakım pozitif edimlerde bulunmuş

¹⁴⁵ Baba, *Etkin Pişmanlık*, 117.

¹⁴⁶ Kerim Çakır, “Uzlaştırmaların Kapsamı ve Şartları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi* 34/1 (2018) 447-448.

¹⁴⁷ TCK m.62: “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir. (2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

¹⁴⁸ TCK'nın 62'nci maddesinin ikinci fıkrasının ilk hâlinde takdiri indirim nedenleri örnek olarak sayılmıştı. Buna göre, somut olayda TCK'nın 62'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmeyen bir durumun da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi mümkündü. 12/5/2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklik sonucunda madde metni yukarıdaki hâlini almış, takdiri indirim nedenleri yalnızca kanunda yazılanlarla sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu kanun değişikliğinin, maddede sayılanlar dışında kalan ancak uygulamada karşılaşılan birçok nedeni kapsam dışında bırakması sebebiyle isabetli olmadığını belirten ve bizim de katıldığımız görüş için bkz. Özbek vd., *Genel Hükümler*, 721; Yusuf Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2022) 930. Değişiklik öncesinde ilgili fıkra şu şekildedeydi: “Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

¹⁴⁹ Akbulut, *Genel Hükümler*, 938-939; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 681.

olabilir¹⁵⁰. Tüm bunlar takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilip failin cezasında indirime gidilebilir.

Görüleceği üzere burada takdiri indirim nedenleri ile etkin pişmanlık kurumu adeta iç içe geçmiş bulunmaktadır. Ancak yine de etkin pişmanlık kurumu takdiri indirim nedenlerinden farklı bir müessese olup, şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği her olayda bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir. Kanaatimizce somut olayda failin hem etkin pişmanlıktan yararlanması hem de hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanması mümkündür. Ancak, iki kurumun da tatbiki aynı sebebe dayandırılmamalıdır¹⁵¹. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında fail hakkında takdiri indirim nedenleri ile etkin pişmanlığın aynı anda uygulanabileceğine hükmetmektedir¹⁵².

Takdiri indirim nedenleri bakımından söylenenlerin aynısı, failin CMK'nın 231'inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB)¹⁵³ müessesesinden yararlanıp yararlanmayacağına belirlenmesi noktasında da geçerlidir. Zira, bu müessesenin tatbiki bakımından da failin fiilden sonraki davranışları ve mağdurun zararını giderip gidermediği gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır¹⁵⁴. Belirtmek gerekir ki failin etkin pişmanlık ile HAGB kurumundan birlikte yararlanmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır¹⁵⁵. Nitekim aralarında unsur benzerliği olsa da bu iki müessese farklı amaçlar doğrultusunda düzenlenen farklı kurumlardır.

¹⁵⁰ Mustafa Özen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi* 15/1-2 (2009) 109-110; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 724.

¹⁵¹ Gödekli, "Etkin Pişmanlık", 346; Baba, *Etkin Pişmanlık*, 133; Irmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 340; Kaçar, "Takdiri İndirim Nedenleri", 939-940.

¹⁵² "Üzerine atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunu itiraf eden bu nedenle hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanan ve duruşma tutanaklarına yansıyan olumsuz bir davranış ve/veya kişilik özelliği bulunmayan sanık hakkında; fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ile cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkiler göz önünde bulundurularak takdiri indirim hükümlerinin uygulanması gerekirken, dosya kapsamına uygun yasal ve yeterli gerekçe göstermeksizin TCK'nın 62. maddesinin uygulamasına yer olmadığına karar verilmesi...", Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/4830 (10 Temmuz 2017).

¹⁵³ HAGB kurumunun düzenlendiği CMK'nın 231'inci maddesinin 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 14'üncü fıkraları Anayasa Mahkemesinin 1/6/2023 tarihli ve E: 2022/120, K: 2023/107 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararı Resmî Gazete'de yayımlandıktan bir yıl sonra (1/8/2024) yürürlüğe girecektir.

¹⁵⁴ Bu konuda bkz. Devrim Güngör - Güneş Okuyucu Ergün, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016) 1955-1958; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 613; Anıl Akyıldız, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/3 (2020) 72-73; Muhammed Emre Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması; Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/4 (2021) 486-488.

¹⁵⁵ "Verilen cezanın tür ve miktarı, karşılanması gereken kişisel ya da kamu zararının bulunmaması ve uygulanması talep edildiği halde sanık hakkında şartları oluşan ve CMK'nın 231/5. maddesinde düzenlenen ... hükümlerinin tatbiki gerekirken, yakalandıktan sonra mensup olduğu örgüt ve kişisel konumu ile ilgili samimi ifade verdiği kabul edilerek etkin pişmanlık uygulandığı halde bu kez "fiilden sonraki davranışları" aleyhe değerlendirilerek gerekçeler arasında çelişkiye düşülmek suretiyle talebin reddine karar verilmesi...", Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2020/2065 (5 Mayıs 2020).

Son olarak, TCK'nın 51'inci maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi kurumu¹⁵⁶ ile etkin pişmanlık arasındaki ilişkiye de değinmek gerekmektedir. Nitekim hapis cezasının ertelenmesi kurumunun uygulanmasının şartlarından biri de failin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde pişmanlık göstermesidir¹⁵⁷. Ayrıca failin bu kurumdan yararlanması mağdurun zararının karşılanmasına yönelik pozitif bir edimde bulunması şartına da bağlı kılınabilmektedir¹⁵⁸.

Etkin pişmanlıkta da fail yargılama sırasında pişmanlık gösterebilir ya da failden mağdurun zararlarının karşılanması istenebilir. Ancak, etkin pişmanlığın varlığı hâlinde faile ceza verilmemekte ya da indirimli cezaya hükmedilmekte iken, hapis cezasının ertelenmesi müessesesinde fail hakkında hükmedilen ceza infaz kurumu dışında çektirilmektedir¹⁵⁹. İki kurumun amaçları birbirinden tamamen farklı olmakla birlikte, bir arada uygulanmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, etkin pişmanlıktan yararlanarak indirimli ceza alan failin cezası, TCK'nın 51'inci maddesinde sayılan diğer şartların da sağlanması durumunda ertelenebilir. Failin etkin pişmanlıktan yararlanır iken gösterdiği pişmanlık, bu kurumunun uygulanması sırasında da pişmanlık unsurunun gerçekleştiğine karine teşkil edebilir.

SONUÇ

Etkin pişmanlık; failin, suçun tamamlanmasından sonra işlediği suçtan pişmanlık duyarak, belirli bir süre içinde suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma veya adli makamlarla iş birliği yaparak verdiği bilgilerle suçun aydınlatılmasına katkı sağlama gibi aktif bir edimde bulunması karşılığında, cezanın ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğuran şahsi bir sebeptir.

Ceza kanunlarında etkin pişmanlık kurumuna yer verilmesinin temelde iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, suçun tamamlanmasından sonra failin hatasını anlayarak sebep olduğu haksızlığı gidermesine imkân sağlamak, başka bir deyişle suç yolundan dönmesi için ona altın köprüler sunmaktır. İkinci neden ise, etkin pişmanlıkta bulunan failden alınan bilgiler ile diğer suç ortaklarının başka suçlar işlemesine engel olmak veya işlenen suçların ortaya çıkarılmasına katkı sağlamaktır.

¹⁵⁶ Hapis cezasının ertelenmesi müessesesi 765 sayılı TCK'da "koşullu af" niteliğindedir. Nitekim bu dönemde hapis cezası ertelenen kişinin denetim süresini olaysız geçirmesi hâlinde mahkûmiyet hükmü esasen gerçekleşmemiş sayılmaktaydı. 5237 sayılı TCK ise hapis cezasının ertelenmesi kurumunun hukuki niteliğini değiştirmiş, bu kurumu özel bir ceza infaz yöntemi olarak düzenlemiştir. İki kanun dönemindeki hapis cezasının ertelenmesi kurumuna ilişkin benzerlikler ve farklılıklara ilişkin değerlendirme için bkz. Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/3-4 (2006) 27-28.

¹⁵⁷ Turhan, "Cezaların Ertelenmesi", 37; Abdurrahman Ünlü, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (2018) 16-17; Akbulut, *Genel Hükümler*, 850-851.

¹⁵⁸ Turhan, "Cezaların Ertelenmesi", 37-38; Hüseyin Denizhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 65 (2006) 238-239.

¹⁵⁹ Ünlü, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", 6-7; Denizhan, "Erteleme Kurumu", 214.

Birçok ÷lke ceza kanununda olduğu gibi TCK'da da etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. TCK etkin pişmanlığı tüm suçlarda geçerli olan genel bir kurum olarak düzenlememiştir. Etkin pişmanlık Türk hukukunda yalnızca kanunda münhasıran etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suç tiplerinde gündeme gelebilir. Malvarlığına karşı işlenen suçlar (TCK) ile suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 221) etkin pişmanlık hükümlerinin sevk edildiği suçlara örnek olarak verilebilir.

Etkin pişmanlık hükümlerinin öngörüldüğü her bir suç tipinde farklı bir unsura yer verilebilecek olmakla birlikte, tüm etkin pişmanlık düzenlemeleri için geçerli olan ortak koşullar da bulunmaktadır. Bunları etkin pişmanlığın maddi ve manevi unsurları başlığı altında incelemek mümkündür.

Etkin pişmanlığın ilk maddi unsuru suçun tamamlanmış olmasıdır. Nitekim 5237 sayılı TCK bu kurumu yalnızca suçun tamamlanmasından sonraki aşamaya özgülemiştir. Etkin pişmanlığın diğer maddi unsuru, etkin pişmanlık hükmünün ilgili suç tipi açasından kanunda münhasıran düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim TCK etkin pişmanlığa genel bir hüküm olarak yer vermemiş, yalnızca açıkça düzenlediği suçlarda etkin pişmanlığın gerçekleşebileceğini kabul etmiştir. Etkin pişmanlığın bir diğer maddi unsuru failin aktif bir edimde bulunmasıdır. Nitekim etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen failin pişmanlık iradesini ortaya koymasını tek başına yeterli değildir. TCK, bazı suç tiplerinde etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen failden suçun işlenmesi ile ortaya çıkan zararları sonuçların giderilmesini beklemekte iken, diğer bazı suç tiplerinde adli makamlara verilen bilgiler ile sonradan işlenecek suçların önlenmesinde ya da işlenmiş olan suçların ortaya çıkarılmasında katkı sağlamasını beklemektedir. Etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği diğer suçlarda farklı aktif edimlere yer verildiği de gör÷lmektedir. Etkin pişmanlığın son maddi unsuru ise pişmanlık iradesinin kanununda belirtilen süre içinde ortaya konulmasıdır. Failin istediği herhangi bir zamanda etkin pişmanlığın şartlarını sağlaması bu kurumdan yararlanacağı anlamına gelmemekte, kanunda öngör÷len zaman diliminin ya da muhakeme aşamasının geçirilmemesi gerekmektedir.

Etkin pişmanlığın ilk manevi unsuru failin işlediği suçtan pişmanlık duymasıdır. Pişmanlığın iradi ve gönüllü olması etkin pişmanlığın ikinci manevi unsurudur. Pişmanlığın samimi bir pişmanlık olması gerekmemektedir. Esasen bunun belirlenmesi de ceza ve ceza muhakemesi hukuku yöntemleriyle pek mümkün değildir. Ayrıca her zaman bir ceza tehdidinin söz konusu olduğu etkin pişmanlık durumunda tamamıyla samimi bir pişmanlığın gösterilmesi de beklenebilir bir şey değildir. Etkin pişmanlığın son manevi unsuru ise failin bizzat pişmanlık göstermesidir. Pişmanlık açıklamasını herhangi bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte mutlaka fail tarafından yapılmalıdır. Bununla birlikte, failin elinde olmayan nedenlerle aktif edimi bizzat kendisinin yerine getiremediği

durumlarda, kendisinin yönlendirmesi ve onayı ile üçüncü bir kişinin aktif edimi yerine getirmesi hâlinde etkin pişmanlığın bu şartı gerçekleşmiş olacaktır.

Cezayı ortadan kaldıran ya da azaltan şahsi bir sebep niteliğinde olan etkin pişmanlığın varlığı hâlinde, CMK'nın 223'üncü maddesinin dördüncü fıkrası gereği, mahkeme tarafından fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ayrıca yalnızca cezanın ortadan kaldırılması sonucunu doğuran etkin pişmanlık hükmünün varlığı hâlinde Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi de mümkündür. Nitekim CMK'nın 171'inci maddesinin birinci fıkrasında bu hâllerde Cumhuriyet savcısına kamu davasını açıp açmama noktasında takdir yetkisi verilmiştir.

Etkin pişmanlık hükmünün öngörüldüğü suç tipi uzlaştırmaya tâbi ise önce uzlaştırma yoluna gidilecektir. Takdiri indirim nedenlerinden biri olan, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarının göz önünde bulundurulmasıyla, etkin pişmanlık hükmünün uygulandığı somut olayda ayrıca bu takdiri indirim nedeni uyarınca ceza indirimi yapılmasında da herhangi bir engel yoktur. Ancak iki kurumun da uygulanma sebebi ayrı ayrı gerekçelendirilmelidir. Hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak indirimli cezaya mahkûm edilen failin hapis cezasının TCK'nın 51'inci maddesindeki diğer şartların da mevcut olması hâlinde ertelenmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2019.
- Akdağ, Hale. "Gönüllü Vazgeçme". *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (2013) 91-126.
- Akyıldız, Anıl. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/3 (2020) 65-88.
- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 2. Baskı, 1975.
- Armağan, Servet. "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirmesi". *Anayasa Yargısı Dergisi* 17/1 (2001) 347-363.
- Arslan, Çetin. "Karşılıksız Çek Suçunda Etkin Pişmanlık". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/5 (2011) 159-210.
- Arslantürk, Mustafa. *Etkin Pişmanlık-Vazgeçme-Cezasızlık*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Artuk, Mehmet Emin vd. *TCK Şerhi Özel Hükümler 4.Cilt*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2009.

- Artuk, Mehmet Emin vd. *TCK Şerhi Özel Hükümler 4.Cilt*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2009.
- Artuk, Mehmet Emin vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 20. Baskı, 2022.
- Ashworth, Andrew. *Principles Of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 4. Baskı, 2003.
- Atila, Mesude. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku’nda Af Kurumu”. *Ankara Barosu Dergisi* 68/1 (2010) 275-284.
- Avcı, Mustafa. “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları* 71 (2004) 199-232.
- Aydın, Devrim. “Suça Teşebbüs”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55/1 (2006) 85-113.
- Baba, Yasemin. *Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2013.
- Baki, Ensar. “Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2016) 27-56.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin. “Pişmanlık ve İslah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 8/31 (2017) 47-64.
- Bayraktar, Köksal. “Faal Nedamet”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 33/3-4 (1967) 122-154.
- Bayraktar, Köksal. “Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları* 71 (2004) 21-36.
- Bayraktar, Köksal. “Malvarlığına Karşı Suçların Genel Özellikleri”. *Özel Ceza Hukuku Cilt IV - Malvarlığına Karşı Suçlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Beccaria, Cesare. (Çev. Sami Selçuk). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. Ankara: İmge Kitabevi, 8. Baskı, 2020.
- Bekar, Elif. “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 75/1 (2017) 13-60.
- Can, Sibel. “Türk Hukukunda Af Kurumu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016) 1291-1312.
- Centel, Nur vd. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*. İstanbul: Beta Yayınları, 4. Baskı, 2017.

- Centel, Nur - Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 21. Baskı, 2022.
- Çakır, Kerim. “Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi* 34/1 (2018) 446-452.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2019.
- Denizhan, Hüseyin. “Yeni Türk Ceza Kanununda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 65 (2006) 214-246.
- Donay, Süheyl. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. İstanbul: Beta Yayınları, 1. Baskı, 2007.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II*. İstanbul: Beta Yayınları, 12. Baskı, 1997.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II*. İstanbul: Der Yayınları, 14. Baskı, 2019.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: III*. İstanbul: Der Yayınları, 14. Baskı, 2020.
- Duranoğlu, Yakup. “Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburilik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri]”. *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2021) 265-296.
- Dursun, Hasan. “Af Kavramına Genel Bir Bakış”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 85 (2009) 373-402.
- Eker, Hüseyin. “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 100 (2012) 363-388.
- Elligıram, Büşra. *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Erem, Faruk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 8. Baskı, 1968.
- Erem, Faruk vd. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 1997.
- Eriş, A. Uğur. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 137 (2018) 241-271.
- Erra, Carlo. (Çev. Sahir Erman). “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10/3 – 4 (1944) 679-720.

- Gerçekler, Hasan. *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt: I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2018.
- Giyik, Abdulkaki. “İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 134 (2018) 71-114.
- Giyik, Abdulkaki. “Bir Etkin Pişmanlık Hâli Olarak Azmettirenin Ortaya Çık[arıl]masının Sağlanması (TCK m. 38/3)”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2023) 319-369.
- Gödekli, Mehmet. “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/29 (2017) 277-360.
- Gözler, Kemal. “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 18 (2001) 298-329.
- Gropp, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 4. Baskı, 2015.
- Güngör, Devrim – Okuyucu Ergün, Güneş. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016) 1951-1965.
- Hafizoğulları, Zeki – Aygün Eşitli, Ezgi. “İftira ve İftira Benzeri Suçlar”. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2015) 93-120.
- Hafizoğulları, Zeki - Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1. Baskı, 2012.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 22. Baskı, 2019.
- Heinrich, Bernd. (Editör: Yener Ünver). *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2014.
- Işıka, Sertaç. *Gönüllü Vazgeçme*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 5. Baskı, 2014.
- İçer, Zafer. “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK.m.110)”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’na Armağan* 23/3 (2017) 773-792.
- Kaçar, Yusuf. “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2022) 925-948.
- Katoğlu, Tuğrul. “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar”. *Mülkiye Dergisi* 29/246 (2005) 133-157.

- Kavlak, Cihan. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2017.
- Keçelioğlu, Elvan. “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 87 (2010) 299-321.
- Keyman, Selahattin. *Türk Hukukunda Af*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 1965.
- Kıldan, İsmail Turgut. “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulanabilme Koşulları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/8 (2012) 115-139.
- Kır, Feyza. “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272) ve Etkin Pişmanlık”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70/3 (2021) 1107-1132.
- Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, 2020.
- Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2019.
- Koruculu, Irmak. *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2022.
- Köşsekoğlu, Abdullah. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık”. (Proje Yöneticisi: Fatih Selami Mahmutoğlu), *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2008.
- Meray, Seha L. *Ceza Hukukunda Af*. Ankara: Türk Hukuk Kurumu Müsabaka Neşriyatı, 1. Baskı, 1944.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı, 1992.
- Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray. “Zorunluluk Hâlinin Hukuki Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (2007) 195-222.
- Özbek, Veli Özer. “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 245)”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan 9/Özel Sayı (2007) 1019-1063.
- Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, 2019.
- Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık: 13. Baskı, 2022.
- Özen, Mustafa. “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”. *Ankara Barosu Dergisi* 67/3 (2009) 17-28.

- Özen, Mustafa. “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi* 15/1-2 (2009) 75-120.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2019.
- Özer, İbrahim. *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Özgenç, İzzet. *İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2013.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2019.
- Özocak, Gürkan. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, 2020.
- Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2022.
- Saka, Güngör. “İhtiyariyle Vazgeçme ve Faal Nedamet”. *Adalet Dergisi* 78/5 (1988) 93-97.
- Sarıtaş, Erkan. *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2012.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*. Ankara: Kazancı Yayınları, 1. Baskı, 1994.
- Sözüer, Adem. *Suçta Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1. Baskı, 1994.
- Sözüer, Adem. *Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 2015.
- Şahin, Cumhur - Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, 2022.
- Şen, Ersan - Eryıldız, Hüsnü Sefa. *Suç Örgütü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2020.
- Şık, Hüseyin. *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2018.
- Şişman, Günden - Sarsıkoğlu, Şenel. “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/3 (2022) 1591-1625.

- Tezcan, Durmuş vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2019.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 19. Baskı, 2013.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 8. Baskı, 2015.
- Toroslu, Nevzat - Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 18. Baskı, 2018.
- Tozman, Önder. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2017.
- Tulay, Muhammed Emre. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması; Yasal Şartların Yerindeligi ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/4 (2021) 477-525.
- Turan, Hüseyin - Kodal, Osman. “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7/13 (2019) 501-522.
- Turhan, Faruk. “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/3-4 (2006) 27-54.
- Ümit, Ceyda. “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/1 (2021) 133-147.
- Ünlü, Abdurrahman. “Hapis Cezasının Ertelenmesi”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (2018) 4-28.
- Ünlü, Ömer. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Yenidünya, Ahmet Caner - İçer, Zafer. “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan* 19/2 (2013) 797-828.
- Yenidünya, Ahmet Caner - İçer, Zafer. “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık”. *Fasikül Dergisi* 38 (2013) 11-51.
- Yenisey, Feridun - Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2018.
- Yıldırım, Evrim. “Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık”. *Ankara Barosu Dergisi* 2 (2014) 231-268.
- Yıldız, Ali Kemal. “İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184)”. *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan* 2/2 (2004) 293-298.

Yıldız, İlknur Ebiz. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Yılmaz, Enes. “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016) 2553-2603.

Yılma Furtuna, Elif - Laloğlu, Arzu. “7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2022) 347-372.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 7. Baskı, 2019.

Mahkeme Kararları

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2010/19 (28 Ocak 2010) <https://www.anayasa.gov.tr>

BAM, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi. K. 2020/468 (13 Temmuz 2020) <https://legalbank.net>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2020/159 (10 Mart 2020) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2018/121 (27 Mart 2018) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2012/23032, (5 Kasım 2012) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2022/4388, (14 Eylül 2022) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2019/7597 (4 Aralık 2019) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 9. Ceza Dairesi. K. 2007/4161 (14 Mayıs 2007) <https://legalbank.net>

Yargıtay, Yargıtay 9. Ceza Dairesi. K. 2005/9775 (26 Aralık 2005) <https://legalbank.net>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2019/7025 (18 Kasım 2019) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 9. Ceza Dairesi. K. 2006/7597 (25 Aralık 2006) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2017/3 (24 Nisan 2017) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2020/6026 (7 Aralık 2020) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2020/147 (3 Mart 2020) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2019/8143 (6 Aralık 2019) <https://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2020/4 (14 Ocak 2020) <https://karararama.yargitay.gov.tr>

Yargıtay, Yargıtay 2. Ceza Dairesi. K. 2016/5543 (24 Mart 2016) <https://karararama.yargitay.gov.tr>

Yargıtay, Yargıtay 13. Ceza Dairesi. K. 2012/27 (9 Ocak 2012) <https://karararama.yargitay.gov.tr>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2019/1887 (5 Mart 2019) <https://karararama.yargitay.gov.tr>

Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2020/2065 (5 Mayıs 2020) <https://karararama.yargitay.gov.tr>

Çevrimiçi Kaynaklar

Selçuk, Sami. “Suç Sonrası Etkin Cayma (1)”. *Timetürk* (8 Aralık 2009).
<https://www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-i.html>

Selçuk, Sami. “Suç Sonrası Etkin Cayma (2)”. *Timetürk* (22 Aralık 2009).
<https://www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-2.html>

Türk Dil Kurumu Sözlüğü. Erişim 19 Ağustos 2020. <https://sozluk.gov.tr>



Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme (*)

An Examination Concerning the Institution of Deferral of the Announcement of Verdict Within the Framework of the Annulment Decision of the Constitutional Court

Doç. Dr. Can CANPOLAT (**)

Öz

Ceza uyuşmazlığının sona erdirilmesinde özel bir yöntem olan hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) müessesesi, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), 1.8.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararıyla iptal edilmiştir. Bu karar, çeşitli gerekçelerle hem maddi hem de usuli açılardan tartışmaya açıktır. Keza yasama organının, iptal kararının yürürlüğü sonrası ortaya çıkacak olan kanun boşluğuna ilişkin herhangi bir tasarrufta bulunup bulunmayacağı, şayet yeni bir düzenleme yoluna gidilecekse bunun mahiyetinin ne olacağı ve bu tür bir düzenlemenin zaman bakımından uygulamaya ilişkin sonuçları da başlı başına tartışma konusudur. Çalışmada, sözü edilen konular, HAGB'nin fonksiyonu ve bu çerçevede olumlu ve olumsuz yönleri dikkate alınarak incelenmiştir. Kanun koyucunun iptal edilenin yerine başka bir kural sevk etmesi olasılığında, ilgili kanunda, zaman bakımından uygulama sorunlarını giderecek tarzda geçici bir hüküm ile müsadere uygulamasında TCK m. 75'tekine benzer bir düzenlemeye yer verilmesi önerilmiş olup kamu görevlilerinin işledikleri işkence suçlarında HAGB uygulamasına yönelik AYM'nin iptal gerekçesinin ise kararda işaret edilen hukuki sorunun çözümüne doğrudan katkı sağlayacak mahiyette olmadığı değerlendirilmiştir.

* Makale Geliş Tarihi: 14/10/2023 - Makale Kabul Tarihi: 29/11/2023 - Makale Yayın Tarihi: 31/12/2023
DOI: 10.56701/shd.1375999

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yalova – Türkiye
E-posta: canpolat@yalova.edu.tr,
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8729-0359>.

Anahtar Kelimeler

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Askıda Mahkumiyet, Ceza Adaleti, Özel Önleme, Müsadere, Kanun Yolu.

Abstract

The institution of Deferral of The Announcement of Verdict (HAGB), which is a special method for ending criminal disputes, was annulled by the decision of the Constitutional Court (AYM) published in the Official Gazette dated 1.8.2023. This decision is open to discuss in terms of material and procedural aspects. Likewise, whether the legislator will take action regarding the gap that arises after the annulment, if a new regulation is to be adopted, what its scope is going to be and its practical consequences in terms of "ratione temporis" are also matters of debate themselves. The study aims to evaluate the issues that mentioned above by taking into account the function of HAGB and its positive or negative aspects within this framework. In case of the possibility of creating another rule instead of the annulled one, a temporary provision which is able to eliminate problems in terms of "ratione temporis" should be included in the relevant law. About the practice of confiscation, our suggestion is that a new rule should contain similar terms with Article 75 of the Turkish Criminal Code. It has been evaluated that the reason for the annulment of the Constitutional Court regarding the HAGB practice in the crimes of torture committed by public officials does not contribute to the solution of the problem pointed out in the decision.

Keywords

Deferral Of The Announcement Of Verdict, Pending Conviction, Criminal Justice, Special Prevention, Confiscation, Legal Remedy.

I. GENEL OLARAK

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), en yalın haliyle yargılaması yapılan sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmünün, kanunda öngörülen belirli şartların varlığı halinde açıklanmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu müesseseye benzer uygulamalar, özellikle ilk kez suç işlemiş kimseler (first offender -probation-) ¹ ve suça sürüklenen çocuklar yönünden, hapis cezasının ortaya çıkarabileceği zararlı neticelerin bertaraf edilmesi, suç işleyen kişinin ıslahı düşüncesinin ürünü olarak Amerikan sisteminde ortaya çıkmıştır ².

¹ Halihazırda Amerikan hukukunda uygulanan ertelemenin bu türünde, sanık hakkındaki suçlamalar, belli süreyle mahkemece belirlenen şartlara infaz kurumu dışında kalınıp riayet edilmesi halinde düşürülmektedir (nolle prosequi/wish not to proceed).

² Suç işleyen kişi hakkında verilen hükmün infaz edilmemesine dayanan uygulama, bu müessesenin babası olarak anılan John Augustus'un, 1841 yılında Boston'da iki yıl hapis cezası alan bir suçluya gönüllü olarak kefil olmasıyla başlamış, kadın ve çocuklara yönelik benzer uygulamalarla genişlemiş ve XIX'uncu yüzyıl içerisinde önce Chicago'da, daha sonra diğer eyaletlerde de kabul görmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Charles Lindner-Margaret R.

Hukumumuzda HAGB, ilk defa 15.7.2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23 üncü maddesi ile suça sürüklenen çocuklar bakımından ve yargılama sonunda belirlenen en çok üç yıl -üç yıl dahil- hapis veya adli para cezaları yönünden uygulanmaya başlanmıştır. 5560 sayılı Kanun ile CMK m. 231'e ilave olunan düzenlemeyle HAGB uygulaması, yetişkinleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23 üncü maddesi de 5560 sayılı Kanunla değiştirilerek koşullar yönünden CMK'ya atıf yapılmış, ancak denetim süresinin çocuklar yönünden üç yıl olacağı belirtilmiştir. 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 562 nci maddesi ile yapılan düzenlemeler, HAGB'nin kapsamını genişletmiştir. 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun ile müessesenin tatbiki, sanığın kabulüne bağlanmıştır.

Neticeleri itibarıyla ihdasında Amerikan sistemindeki bazı uygulamalardan esinlenilmiş olsa da HAGB'nin, CMK'nın vazettiği genel muhakeme sistemine nazaran münferit yapıda olması, usulü ve kapsamı itibarıyla Türk hukukuna özgü olduğu söylenebilir. Ayrıca HAGB'ye ilişkin kanunlaştırma motivasyonunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.9.1999 tarihli kararında³ da belirtildiği üzere, cezaevi mevcudunda yaşanan enflasyonun etkili olduğu kabul edilmelidir.

HAGB'de, esasen CMK m. 223'e göre verilen ve fakat açıklanmayan bir mahkumiyet hükmü ve bu mahiyette olmayan, kanun koyucunun ceza adaleti politikasının bir ürünü olarak ortaya çıkan HAGB'ye ilişkin karar olmak üzere iki tip mahkeme kararı söz konusudur⁴. HAGB, bir yandan verildiği tarihte maddi açıdan ceza uyumsuzluğunun esasını çözen mahkumiyet kararının hukuki anlamda tüm etki ve sonuçlarını askıya almakta; öte yandan belli bir sürenin geçmesi ve yasanın yarattığı dar anlamda "iyi halli olmak" şartıyla yani koşula bağlı düşme kararı⁵ verilmesini öngörerek devlet ile fail arasındaki ceza hukuku ilişkisini ortadan kaldırmaktadır⁶.

Savarese, "The Evolution of Probation -Historical Contributions of the Volunteer-", *Federal Probation* (Washington D.C: June 1984), 3 vd.

³ Karar için bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915412711.pdf>. (Erişim:2.8.2023)

⁴ "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmüdür. İkinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır." (Yargıtay CGK., 4.5.2023, 2021/162 E., 2023/255 K.)

⁵ HAGB'nin koşullu düşme nedeni olduğuna ilişkin bkz. Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Beta, 2021), 885; Yener Ünver-Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet, 2022), 685.

⁶ Bu yönüyle HAGB'nin, ceza kanununda düzenlenen ertelemeye göre daha lehe olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 684.

II. UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE KANUN KOYUCUNUN USULE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ NAZARINDA HAGB

Ceza muhakemesi hukuku, XX nci asrın ortalarına dek salt maddi ceza hukuku kurallarının uygulanmasına yarayan bir araç olarak değerlendirilmiş⁷, muhakeme sürecinde aktif rol oynayan sùjelerin icra ettiği işlemlerin, yalnızca bu uğurda bir karar verilmesini sağladığı kabul edilmiştir. Buna göre ceza muhakemesi, maddi ceza hukukunun özel hükümlerinde tanımlanan bir suçla ilişkin yaptırımın, o suçla işlediği sabit görùlen faile uygulanmasını sağlamaktadır. Muhakeme hukukunun, cezanın amaçlarını tesis etmek dışında münhasır bir amacı ve fonksiyonu yoktur.

Yukarıda kısaca izah olunan anlayış uyarınca ceza muhakemesi hukuku kuralları, muhakeme işlemlerinin ne şekilde gerçekleştirileceğini tespit edip düzenlemekte, buna karşılık sosyal düzenin tanzim ve korunmasında yalnızca maddi ceza hukuku kuralları etkili olmaktadır. Bu tespitten, insan haklarının gözetildiği yegane alanın maddi ceza hukuku olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim muhakemenin nasıl icra edileceğine ilişkin kurallar ihdas edilirken aydınlanma düşüncesi ve onun yansıması olarak tarihsel süreçte şekillenen insan hakları anlayışı dikkate alınmıştır. İspat hukukuna ilişkin olarak işkence ve kötü muamele yasağı, delil yasakları teorisi bu kapsamda zikredilebilir.

XX nci asrın sonlarına doğru ve hassaten XXI inci asrın başından itibaren ceza muhakemesi hukuku, kendi yapı ve sistemine özgü argümanlardan hareketle muhakeme edilen suçun işlendiği sübuta ermiş olsa dahi buna ilişkin maddi ceza hukukunda öngörùlen yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağını yahut ne ölçüde uygulanacağını belirleyen bir fonksiyona kavuşmuştur. Bu süreçte elbette hukukun bir kültür ilmi olarak tabiat ilimlerine kıyasla “formel logic” değil “teleologik” bir metod benimsemesi⁸, insanın “var olmakla” değil, “bir arada yaşamak” dolayısıyla tabi olduğu kuralları belirlemesi ve bu nedenle kural koyarken birtakım gayelerden hareket etmesi etkili olmuştur.

Hukuk, sosyal ve ekonomik alanları göz ardı edemez⁹. Bu bakımdan kanun koyucunun, bir suçla sosyal ve ekonomik gerekçelerle nasıl ve ne ölçüde reaksiyon gösterileceğini belirlerken ceza muhakemesi hukuku kurallarını araç tutması mümkün ve meşrudur. Nitekim Anayasa

⁷ Ernst Beling, *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht* (Berlin: Walter de Gruyter, 1928), 1.

⁸ Ferit Ayiter, “Sübjektif Hak -Hususi haklara ait tetkikler-“, *Adliye Ceridesi* 5 inci Sayı (1938), 686.

⁹ Ayiter, *Sübjektif Hak*, 686.

Mahkemesi'nin (AYM) 1.8.2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2022/120 E., 2023/107 K. sayılı HAGB'yi iptal ettiği kararında; "...*Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması, HAGB gibi ceza politikası araçlarına yer verilip verilmeyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır...* (prg. 24)" şeklinde yer verilen tespit, ceza muhakemesinin, ceza adaleti politikasında sahip olduğu özerk konuma ilişkin bu hukuki zemin çerçevesinde değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır.

Bu izah doğrultusunda HAGB'nin, belli bir sınırın altında kalan hapis cezası ile adli para cezalarının kişi üzerinde beliren, toplumsal açıdan kişiye etki eden olumsuz tesirlerinin nazara alındığı, ekonomik ve sosyal açılardan bu türden cezalarla karşılanan basit, önemsiz haksızlıklardan doğan ceza uyumsuzluklarının çözümünde kullanılan bir yöntem olduğu söylenebilir.

III. HAGB'NİN CEZANIN AMACIYLA İLİŞKİSİ, FONKSİYONU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Orta Çağ'da görülen, bireyin devlete karşı güçsüz konumu ve buna koşut olarak ortaya çıkan despot yönetimin ürünü olan uygulamalara karşı, zaman içerisinde ciddi bir sosyal birikim oluştuğu söylenebilir. Bu birikim, krallıkların ve imparatorlukların yıkılmasıyla, devlet ile birey arasındaki ilişkilerin yeniden inşa ve tanzim edildiği Aydınlanma Çağı'nda, insanların doğuştan özgür olduğu ve bu özgürlüğünü, sosyal yaşamın öngördüğü sınırlar içerisinde serbestçe kullanması gerektiği anlayışının ortaya çıkmasına vesile olmuştur¹⁰.

İrade özgürlüğüne büyük değer atfeden bu anlayışın ceza hukukundaki karşılığı, fail açısından haksızlık ve hukuka uygun davranış arasında seçim yapabilme, mağdur açısından ise hukuk düzenince kendisine tanınan özgürlük alanını serbestçe kullanabilme imkanı olarak vücut bulur. Aydınlanma Çağı'nda, Orta Çağ'daki bedensel cezaların yerini, irade özgürlüğünün suçun

¹⁰ Doğan Soyaslan, "Cezaların Tecili", *Ceza Hukuku El Kitabı* (İstanbul: Beta, Eylül 1989), 485.

işlenmesi yönünde kullanılmasının karşılığı olarak uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar almıştır¹¹.

Bahsi geçen süreçte ortaya çıkan ve Orta Çağ düşüncesinden ayrılan bu anlayışın, ceza hukukunda Klasik Okul öğretisine karşılık geldiği söylenebilir¹². Yunan felsefesinden Aydınlanma Çağı'na kadar yazarların büyük çoğunluğu, cezanın ve cezalandırmanın hukuki dayanağına ilişkin derin tartışmalara girmeksizin, cezalandırmanın amacının; suçlunun caydırılması, yeniden suç işlemesinin önlenmesi ve suçluluğun ortadan kaldırılmasından ibaret olduğuna işaret etmiştir¹³. Buna karşılık Aydınlanma Çağında, ceza verme hakkının esasını, devlet ile birey arasında akdedilen bir toplumsal sözleşmeye dayandıranlar (sözleşmeciler) olduğu gibi mutlak adaletin tesisine yönelik olduğunu ifade edenler de mevcuttur.

Bu kapsamda *Franz von Liszt*'e göre bir hukukçu için cezanın meşruiyeti, hukuk düzeninin korunmasına ilişkin gereklilik ve amaca uygunluktan ibarettir¹⁴. Cezanın amacına ilişkin tartışmalar nazarında, mutlaklık/gereklilik teorisinin kabulü gerekir¹⁵. Bu manada ceza, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan, doğrudan ve doğal bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Bir suç işlendiyse, karşılığında mutlaka bir ceza gündeme gelir.

Geniş anlamda suç, bir kötülük olarak tarif edildiğinde, bunun karşılığı olarak tatbik edilen cezanın da bir kötülük içermesi, suç işleyen kişinin hukukça tanınan bir yararını objektif olarak ihlal etme özelliğine sahip olması gerekir¹⁶.

Mutlak ceza teorisi taraftarı olan *Kant*'a göre ceza, gerekli ve belli bir fayda sağladığı için değil, suç işlendiği için uygulanmalıdır. *Hegel* de suçun, bir hukuk kuralının reddi anlamına geldiği kabulüne paralel olarak cezanın, haksızlığın reddi ve karşılığı şeklinde tanımlanmasından

¹¹ Robert v. Hippel, *Deutsches Strafrecht -Band I Allgemeine Grundlagen-* (Aalen: Scientia Verlag, 1971), 284; Soyaslan, *Tecil*, 485.

¹² Klasik Okul'un serbest iradeyi kabul eden indeterminist anlayışına karşılık pozitivist okul, determinist bir yaklaşım üzerine inşa edilmiştir. (Okullara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Aydın, "Ceza Hukukunda Okullar", *Ceza Hukuku Dergisi* 6/15 (Nisan 2011), 47-56.

¹³ Franz v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900), 67.

¹⁴ v. Liszt, *Lehrbuch*, 56/IV.

¹⁵ v. Liszt, *Lehrbuch*, 67.

¹⁶ v. Liszt, *Lehrbuch*, 230. Aynı yönde bkz. Friedrich Wachenfeld, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (München: C.H Beck, 1914), 214, 215. İyi bir cezalandırma aracında bulunması gereken genel özellikler için ayrıca bkz. Albert Friedrich Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Leipzig: Verlag von Bernard Tauchnitz, 1895), 178, 179.

yanadır. *Hälschner*'e göre ise ceza tehdidinin suç işleyen kişi bakımından değeri, suçun toplum açısından sebep olduğu tehdit ile eşdeğerdir¹⁷.

Ceza vermek hakkını, toplumsal fayda şartına veya adalet ve toplumsal yarar arasındaki telife bağlayanlar da vardır¹⁸. Bunlar içerisinde faydacılar, cezanın genel önleme amacından hareket etmek suretiyle, ceza tehdidinin sağladığı psikolojik bir cebir anlayışından yana olarak bu sayede, hukuki değerlere saygı duyulmasının sağlandığını ifade etmişlerdir¹⁹. Bu doğrultuda *Roxin*'e göre içinde bulunduğu bazı şartlar dolayısıyla iradesini özgürce kullanamayan ve bundan ötürü işlediği fiil nedeniyle kınanamayan bir kimsenin, cezanın genel önleme amacı çerçevesinde cezalandırılması ya gereksizdir yahut da akıl hastalarında olduğu gibi, cezanın genel önleme etkisi fail tarafından hissedilebilir olmadığından, cezalandırmaya gerek yoktur²⁰.

Genel/kolektif önlemenin antik Yunan filozofları tarafından da zikredildiği vaki olmakla birlikte, ceza hukukunda genel önlemeyi bir doktrin olarak ortaya koyanlar, klasik okul taraftarlarıdır²¹. Nitekim *Mezger*'e göre modern ceza hukukunun babası olarak kabul edilen *Feuerbach*, cezanın amacı ile ilgili teorisini, modern genel önleme prensibi üzerine inşa etmiştir²². *Feuerbach*'a göre her cezada bulunması zorunlu temel amaç, toplumu oluşturan herkesi suçtan caydırmaktır. Bununla birlikte uygun bir ceza tehdidi, farklı yan amaçlara da hizmet etmelidir. Bu yan amaçlar; suçluyu caydırmak, devleti suçludan korumak ve suçluyu hukuken iyileştirmektir²³. Bu itibarla *Feuerbach*'ın düşüncesine göre genel önleme, motive edici ve engelleyici etki gösteren, psikolojik bir iç zorlamayı gerektirir. Bu zorlama, "caydırıcı" bir etkiye sahip olması beklenen ceza tehdidinde yatmaktadır. Burada kastedilen, *negatif genel önlemedir*²⁴.

Belirtmek gerekir ki ceza tehdidinin, potansiyel failleri caydırıcı etkiye sahip olduğuna yönelik *Hobbes*'tan bu yana kabul edilen düşünce, *Hegel*'in bu tehdidin psikolojik olarak suçtan

¹⁷ Berner, *Lehrbuch*, 4.

¹⁸ Bkz. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II* (İstanbul: Filiz, 1983), 51 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2020), 76 vd. Mutlak ve nispi teorilerin izahı için ayrıca bkz. Havva Begüm Tokgöz, "Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopylar Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22/1 (2020), 442 vd.

¹⁹ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. I* (İstanbul: Filiz, 1985), 53.

²⁰ Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Berlin: Walter de Gruyter, 1970), 33.

²¹ Bunlara örnek olarak *Romagnosi* ve *Feuerbach* zikredilebilir. Bkz. Dönmezer-Erman, *C. II*, 595.

²² Edmund Mezger, *Strafrecht -Ein Lehrbuch-* (Berlin: Duncker&Humblot, 1949), 20, 21.

²³ Paul Johann Anselm, Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Goldbach: Keip Verlag, 1997), 95 -§133-.

²⁴ Mezger, *Strafrecht*, 21.

kaçınmaya zorlama fonksiyonunun abartıldığına yönelik eleştirisi bir yana bırakılırsa neredeyse tüm ceza hukukçuları tarafından kabul görmüştür²⁵.

Cezalandırmada uslandırma ve özel önleme amaçlarını zikredenlerin de faydacılar içerisinde mütalaa edilmesi mümkündür²⁶. *Beccaria* tarafından cezaların amacına yönelik²⁷ ortaya konulan, “*O halde cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermesini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir...*”²⁸ şeklindeki ifade de bunu doğrular niteliktedir.

Modern anlayışa göre cezanın, önleme dışında diğer bazı amaçları bulunduğu da söylenebilir. Gerçekten kanun koyucu, cezanın farklı miktarlarda hükmedilmesine olanak sağlayacak düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda dikkate alınan hususlar, şöyle sıralanabilir²⁹;

- i. Korunan hukuki değer (Örneğin yaşam hakkı-malvarlığı hakkı).
- ii. Mevcut ceza normunun ihlalinin ağırlığı (icra-ihmal, teşebbüs, iştirakin türü).
- iii. Suçun kasten yahut taksirle işlenmesi.

Bu itibarla cezanın, bireylere, gerçekleştirdikleri davranışların haksızlığına ve cezaya müstahak oluşuna ilişkin bir farkındalık kazandırması da söz konusudur. Kademeli cezalandırma

²⁵ Wolfgang Frisch, “Zum Zweck der Strafandrohung -Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention-“, *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014* (Berlin: Walter de Gruyter, 2014), 57, 58. Genel önleme amacına yöneltilen en önemli eleştiri, böyle bir amacın, adaletle ilişkisinin tamamen kopmuş olduğuna yöneliktir. Bkz. Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku -C. I Genel Hükümler-* (Ankara: Sevinç, 1973), 160.

²⁶ Dönmezer-Erman, C. I, 53. Cezanın özel önleme amacı; adalet fikrinden uzak olduğu, geleceği teminat altına almaya odaklanarak geçmişin kefareti göz ardı ettiği ve suçlunun adaletle olan borcunun nedametle ödenmesi sonucunu doğurduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler için bkz. Erem, *Ümanist Doktrin*, 163.

²⁷ Bu kapsamda altını çizmek gerekir ki *Beccaria*’nın görüşleri, suç teorisine ilişkin bir konseptte dayanmadığı gibi, suçun (sapma davranışı) nedenlerini ampirik-metodik bir araştırma çerçevesinde ortaya koyan ve bireysel yahut sosyal önleme imkanlarını tespit eden bir yaklaşım içermez. (Urs Kindhäuser, “Wie man Verbrechen vorbeugt -Zu Cesare Beccarias Konzeption der Kriminalprävention-“, *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band 1* (Berlin: Walter de Gruyter, 2011), 39, 40. Onun cezaya ilişkin düşünceleri daha çok, diğer Aydınlanma Çağı düşünürleri gibi, ilk Çağ ve Orta Çağ boyunca dinsel ve siyasal baskıların bir ürünü olan, insan onurunu göz ardı eden, aşırı katı cezalara ve monarşinin keyfi cezalandırma sistemine karşı çıkışın sonucudur. (Eylem Aksoy Retornaz, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 112 (2014), 94.)

²⁸ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk (İstanbul: İmge, Haziran 2004), 69, 70.

²⁹ Frisch, *Zum Zweck der Strafandrohung*, 63.

tehditleri yoluyla, kuralların önemi ve suç oluşturan eylemlerin hukuken değersizliği ortaya konularak vatandaşların hukuki farkındalığı güçlendirilebilir³⁰.

Ceza, devletin suçla mücadelede kullandığı en önemli araçlardan biri olmakla birlikte, bu bilgi, devletin cezalandırma tekeli bağlamında tek başına cezanın esası ve amacına ışık tutmaz³¹. Cezanın esası ve amacı, iki farklı bakış açısıyla ortaya konulabilir³². Bunlardan *birincisi*, cezanın önleyici etkisi çerçevesinde kriminolojiye ilişkin bakış açısıdır. *İkincisi* ise devletin suça karşılık verme yetkisini sistematik ve yeknesak hale getirerek nihai olarak hukukun üstünlüğünü temin etmeye yarayan -ve bu yönüyle ceza hukukuna dahil edilen- suç politikasının esaslarına göre şekillenen bakış açısıdır³³.

Bu bağlamda Aydınlanma Çağı'ndan itibaren etkisini gösteren suç politikası bilimi, toplumun ve onu oluşturan her bir bireyin korunması, suçlulukla mücadele ve suçluluğun engellenmesine ilişkin devlet tedbirlerinin bütününe ifade eder³⁴. Dolayısıyla ceza hukukunun, suç politikası araçlarının asli bir unsurunu oluşturduğu, bu bağlamda da cezanın, önemli bir role sahip olduğu şüphesizdir.

Genel ve özel önleme teorilerine göre cezanın tatbikiyle hürriyetinden yoksun bırakılan kişi, cezaevinde yalnızlığa itildiği için bir vicdan muhasebesi yapacak, nefsinin terbiye edecek; böylelikle bir yandan mahkûmun kişiliği düzeltilecek; diğer yandan mahkûm cezalandırılmış olacak; ayrıca muhtemel suçlu adaylarına gözdağı da verilmiş olacaktır.

Tarihsel süreç içerisinde, hürriyeti bağlayıcı cezadan umulan neticelerin elde edildiğini söylemek mümkün değildir³⁵. Nitekim ceza infaz kurumuna giren hükümlülerin yarısına yakınının, kurumdan çıktıktan sonra tekrar suç işlediğinin müşahade edilmesinin³⁶ yanı sıra,

³⁰ Frisch, *Zum Zweck der Strafandrohung*, 64.

³¹ v. Liszt, *Lehrbuch*, 2.

³² Roxin, *Kriminalpolitik*, 1.

³³ v. Liszt'e göre cezanın, devletin suçla mücadelede kullandığı bir araç olduğu bilgisi, devletin ceza verme yetkisinin hukuki esası ile suçun esası ve özelliklerinin nasıl belirleneceği sorusunu gündeme getirir. Bu soruya cevap vermek, suç politikasının görevidir. (v. Liszt, *Lehrbuch*, 2.)

³⁴ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 64, 65.

³⁵ Soyaşlan, *Tecil*, 486.

³⁶ Türkiye'de cezaevlerinin nüfusu, TÜİK verilerine göre 2018 sonu itibarıyla 264.842 olup bunun 55.892'sini tutuklular, kalanını hükümlüler oluşturmaktadır. Bu rakamın güncelde toplam 300.000'e yaklaştığı, tutuklu sayısının 80.000'in üzerine çıktığı tahmin ediliyor...Yine TÜİK verileri, ülkemizde ceza infaz kurumu sayısının 389, toplam yatak sayısının ise 213.862 olduğuna işaret ediyor. Dolayısıyla 2018 Aralık itibarıyla cezaevlerindeki doluluk oranı, kapasiteyi neredeyse %20 aşmış durumda. Bugün itibarıyla bu oranın %25'e ulaştığını tahmin etmek güç değildir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 2006 başından 2020 Mart ayına kadar 200 yeni ceza infaz kurumu yapılmış olup bu suretle 166.877 ek kapasite sağlanmıştır. 2010-2019 arasında ise mevcut infaz

nüfusun artması, ekonomik ve sosyal hayatın gündün güne daha karmaşık bir hal alması, şehirleşmenin ön plana çıkması, teknolojinin süratli gelişimi gibi etkenler, suç politikası esasları çerçevesinde, çeşitli alanlarda karşılaşılan haksızlıklardan bazılarının suç olarak düzenlenmesi ihtiyacını da beraberinde getirmiştir³⁷. Bu genel konsept, mükerrir suçluluk ile suç sayısının ve buna koşut olarak mahkemelerin iş yükünün artması sonucunu doğurmuştur.

Suç politikasının ana ilkelerinden biri olan Ümanizm ilkesi³⁸, suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların ve bu yaptırımların infaz biçiminin, kişiyi sosyalleştirmesini ve topluma tekrar kazandırmasını amaçlar³⁹. Bu ilke, ceza hukukunun sadece zorlayıcı birtakım kurallardan ibaret bulunmadığı, çağlar boyunca oluşan insanlık şuurunun yansımalarını da barındırdığı fikrine dayanır⁴⁰. Bu bakımdan ilkenin en önemli etkilerinden biri, ceza kanunlarında ölüm cezasına yer verilmemesini sağlamak olmuştur. Cezaların insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gerekir. Kişi, yasada öngörülen cezalar dışında başka bir kötülüğe uğratılmamalı, dövülmemeli, aç ve uykusuz bırakılmamalıdır⁴¹.

Ölüm cezası dışlanarak bunun yerine uygulanan hapis cezası, bedensel cezalara göre daha insancıl olsa da bu ceza türünden beklenen faydanın sağlanamaması dolayısıyla XX nci

kurumlarına 36 bina ve açık birim ilave edilmiş ve bu suretle de yaklaşık 2.000 kişilik bir kapasite genişlemesi ortaya çıkmıştır. 2019 Haziran verilerine göre 114 cezaevi ise yapım aşamasındadır. Görüldüğü gibi devlet, yeni cezaevleri yapıp mevcutların kapasitelerini artırıyor ancak yine de bu çaba, hükümlü ve tutuklu sayılarını karşılamaya yetmiyor... veriler, infaz sistemimizin, suç işleyen kişinin kanunda belirtildiği gibi ıslah edilmesi amacını gerçekleştirmek noktasında başarılı olamadığını gösteriyor. Zira cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlü sayısındaki artış nedeniyle oluşan kabarıklık, birkaç yılda bir azaltılmasına, cezaevlerinin kapasiteleri artırılmasına rağmen, birkaç yıl içerisinde yine aynı tablo ile karşı karşıya kalınıyor. Bunun ıslahtaki başarısızlıkla ilgisi şu, bu tablonun sürekli ortaya çıkmasında, ilk defa suç işleyenlerin sayısının artmasından ziyade, tahliye edilenlerin yeniden suç işleyerek infaz kurumuna geri dönmesi etkili oluyor. Örneğin 2016 yılında, 671 sayılı KHK ile getirilen ve 6757 sayılı Kanunun 28 inci maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna geçici madde ilavesiyle (m.6) yasalaştırılan düzenlemeyle, bazı suçlar istisna tutularak, 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlar dolayısıyla hükmedilen 4 yıl hapis cezaları yönünden hükümlüler, koşullu salıverme ve denetimli serbestlik hükümlerinden yararlandırılmış ve tahliye edilmişlerdi. Bu suretle tahliye olanların sayısı yaklaşık 40 bin civarındaydı. Ancak şüphe yok ki bunların ve o dönemde ceza almış olmakla birlikte söz konusu düzenlemeden yararlanarak cezaevine "girdi-çıkı" yapanların büyük bir çoğunluğu, yeniden suç işleyerek cezaevine girdi. Bu, yakın döneme bakıldığında 1991'de ve 1999'da çıkarılan af yasaları bakımından da geçerlidir (Bkz. Can Canpolat, "7242 sayılı İnfaz Kanunu Yönünden Amaç ve Sistem Sorunu", *Legalblog*, <https://legal.com.tr/blog/>, Erişim: 15.4.2021.

³⁷ Can Canpolat, "Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı, Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal bir gerçeklik inşa etmek mi?", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (2020), 485.

³⁸ Ümanizm, rönesanstan kopup gelen fikirler topluluğu olarak mütalaa edilebilir. Dar anlamda ise ümanizm, insanı sadece biyolojik bir varlık olarak kabul etmemek, onda insan haysiyeti görmektir. (Erem, *Ümanist Doktrin*, 4.)

³⁹ Mustafa Özbek, "*Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması*", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, ed. Feridun Yenisey (İstanbul:Arıkan, Ekim 2005), 101.

⁴⁰ Erem, *Ümanist Doktrin*, 166.

⁴¹ Mehmet Emin Artuk, "Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi* 1/2 (Aralık 2006), 13.

yüzyılda, ümanizm ilkesi çerçevesinde yeni arayışların başladığını söylemek mümkündür. Esasen bu arayışları, doğal kabul etmek gerekir. Çünkü ümanizm, Pozitivist Okul'a göre farklı bir anlayış ortaya koymaktadır. Nitekim *Erem*'e göre Ümanist Okul, Pozitivist Okul gibi suçluya önem verir. Ancak pozitivistlere göre suçlu, -kategorik olarak- "suçlu insan"dır (*uomo delinquente*). Ümanist Okul, suçluyu böyle bir kategorizasyona tabi tutmaksızın, "suç işlemiş insan" olarak kabul eder⁴².

Gerçekten günümüz toplumlarında, önemini arttırmayı sürdüren suçun önlenmesi çabaları, bu konuda yeni fikirler geliştirilmesine ve yeni çözümler aranmasına vesile olmaktadır⁴³. Bu arayışların en önemli sonuçlarından biri, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz tesirlerini⁴⁴ bertaraf etmek adına gündeme gelen ve bu tür cezaya alternatif oluşturan müesseselerdir. Bir yıldan az süreli hapis cezalarının (kısa süreli) TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesi, bu çerçevede değerlendirilebilir.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz etkileri, yalnızca TCK m. 49/2'de kısa süreli hapis cezası olarak tanımlanan bir yıldan az süreli cezalar bakımından ortaya çıkmaz. Bir yıldan fazla olmakla birlikte, göreceli olarak da olsa, suç politikası esasları çerçevesinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza olarak kabul edilen cezalar bakımından da aynı şekilde düşünmek gerekir. Bu nedenle birçok ülkede olduğu gibi ülkemiz ceza hukuku mevzuatında, düşünsel altyapıları farklı olsa da hürriyeti bağlayıcı cezanın ve dahi ceza mahkumiyetinin olumsuz sonuçlarını bertaraf eden bazı müesseseler ihdas edilmiştir. Bunlardan uzlaştırma, seri muhakeme ve basit yargılama, genel muhakeme sisteminden farklı ve özel bir usul işletilmesini öngörürken diğer bazıları, belli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanmakta ve muhakemenin, soruşturma yahut kovuşturma safahatında sonlandırılmasında, metodolojik olarak genel muhakeme usulünden ayrılmaktadır. Adli para cezasına yahut seçenek yaptırımlara çevirme, cezanın infazının ertelenmesi gibi bireyselleştirme araçlarından biri ve erteleme bir türü olan⁴⁵ HAGB'nin de

⁴² Erem, *Ümanist Doktrin*, 10, 11.

⁴³ Somay Tümerkan, "Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 48/1-4 (1983), 51.

⁴⁴ Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortaya koyan ve bu tür cezanın aleyhindeki fikirler için bkz. Mehmet Emin Artuk, "Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi", *Ceza Hukuku Dergisi* 2/4 (Ağustos 2007), 67 vd.

⁴⁵ "Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere erteleme; cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bir kişiselleştirme müessesesidir." (Yargıtay CGK., 25.4.2023, 2023/36 E., 2023/237 K.). HAGB'nin, kapsama aldığı suçlar bakımından bir tür yumuşatılmış erteleme olduğu hususunda bkz. Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 839. Bu yönde detaylı izah için ayrıca bkz. Akif Yıldırım, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin, 2018), 150 vd.

içinde bulunduğu son grubu, muhakemenin halinde özel yöntemler olarak kabul etmek ve hukuki niteliği böylece tespit etmek kanımızca doğru olmaktadır⁴⁶.

HAGB ile sonuçlandırılan ceza uyuşmazlığı bakımından öncelikle soruşturma (seri muhakeme açısından) ve kovuşturmanın, kanunda öngörülen muhakeme kurallarına uygun yürütülmesi ve tamamlanması gerekir. Bununla kastedilen, genel muhakeme usulü ile HAGB kararı verilmesine imkan tanıyan seri muhakeme ve basit yargılama usullerinin müşahhas yapısına göre kanun ve ceza muhakemesi hukuku prensiplerine, dürüst işlem ilkesine riayet ederek bir muhakeme yapılmasıdır. Nitekim AYM'nin 1.8.2023'te Resmi Gazetede yayımlanan ve aşağıda ayrıntılı değineceğimiz 2022/120 E., 2023/107 K. sayılı iptal kararında, "*HAGB'ye karar verilebilmesi için öncelikle; kovuşturmaya ilişkin yargılama usulünün uygulanarak iddia, savunma ve delillerin değerlendirilmesinden sonra isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle yalnızca sanığın suçu işlediğinin sabit görülmesi hâlinde HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmaktadır (prg. 10)*" denilmiştir. HAGB'nin, bu sisteme uyulmaksızın mahkumiyete şekli bir alternatif ve muhakeme sürecinin sonuçlandırılmasında "kestirme bir yol" olarak telakki edilmesi ihtimalinde, cezanın önleme amacıyla HAGB arasında gündeme gelen ve yukarıda izaha gayret ettiğimiz korelasyonun bozulacağı şüphesizdir. Keza yargılama konusu suça ilişkin soyut ceza üzerinden takdiren CMK m. 231'in yasal sınırı içerisinde ceza verme tevessül ve hatta alışkanlığı da aynı olumsuz sonucun ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Öte yandan soruşturma ve kovuşturmanın gerektiği gibi icra edilmemesi, muhakemenin sonucunun adaletli olup olmadığından, diğer bir deyişle maddi adalet kaygılarından bağımsız olarak adil yargılama ilkesine uygun bir muhakeme yürütülmediği anlamına gelir. Türk ceza muhakemesi tatbikatında, bu türden olumsuz sonuçların yaşandığını söylemek mümkündür.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN HAGB'YE İLİŞKİN İPTAL KARARI

A. Genel Olarak

⁴⁶ HAGB'yi, maddi ceza hukuku veya muhakeme hukuku müessesesi olarak tasniflemek, zaman bakımından uygulama çerçevesinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiğiyle ilgilidir. Bu hususun hukuki nitelik bakımından değerlendirilmesine dair bkz. Ilgın Albayrak, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Adalet, 2021), 65 vd.; Can Yalçın, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin, 2021), 107 vd.

Yürürlük tarihinden itibaren gerek varlığı gerekse tatbiki açısından tartışmalı olan HAGB'ye ilişkin CMK'da yer verilen düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi'nin 1.8.2023'te Resmi Gazetede yayımlanan 2022/120 E., 2023/107 K. sayılı ilamıyla Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Karardaki iptal gerekçeleri şöyle tasnif olunabilir:

i. Sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğinin hangi aşamada sorulacağı hususunda⁴⁷, müsadere uygulamasına ilişkin ve işkence –kötü muamele- suçlarında HAGB'nin uygulanmasını sınırlayacak mahiyette herhangi bir kural bulunmaması/eksikliği.

ii. Kamu görevlilerinin işlediği işkence suçlarında HAGB yönünden kanunda sınırlayıcı hüküm bulunmamasının da etkisiyle ortaya çıkan ve bununla birleşen hatalı uygulama.

Mezkur iptal kararında AYM, henüz CMK sistemine göre yargılamanın hüküm aşamasına gelinmeden, istinaf kanun yolundan feragat anlamını da taşıyan HAGB'yi kabul iradesinin sanığa sorulmasının, bu hususta hukuk devleti ilkesi ve bunun bir yansıması olan kanunilik ile ölçülülük ilkeleri (AY m.13) yönünden Anayasal geçerlilik koşullarını sağlamadığına işaret etmiştir. Bu doğrultuda kararda; *“Mevcut durumda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, sanığa hakkında HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın sona ermesinden önce sorulması mümkündür. Bu durum ise henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığı mahkûmiyet tehdidinin varlığı karşısında savunmasız duruma sokmakta ve henüz doğmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru hakkından peşinen feragat etmeye zorlamaktadır. Bu itibarla sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamadığı, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (prg. 44)”* denilmiştir.

Belirtmek gerekir ki AYM'nin dile getirdiği bu koşullar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarında da yer bulmuştur. Nitekim İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının bazı bileşenlerinden feragat edilmesini

⁴⁷ AYM'nin 22.9.2022 tarih ve 31961 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Atilla Yazar ve diğerleri kararında da sanıkların HAGB'yi kabule ilişkin beyanlarının alınmasındaki usule ilişkin kanunda güvence eksikliği bulunduğu belirtilmiştir.

mümkün görmekte birlikte⁴⁸ böyle bir feragatin, bazı özelliklere sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Bunların başında, feragatin hür iradeye dayalı olması gelmektedir⁴⁹.

HAGB'yi kabul edip etmediğinin sanığa yargılamanın başında sorulması, genel muhakeme usulü kurallarına göre yargılama sonucunda verilmesi gereken mahkumiyet hükmünün neticeleri dikkate alındığında, bu açıdan daha lehe olan HAGB'yi kabul etme noktasında bir baskı unsuru olarak değerlendirilebilir. AYM'nin iptal kararında haklı olarak işaret edildiği gibi 28.3.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile yapılan ilaveye göre itiraz merciinin esasa ilişkin hukuka aykırılık iddialarına matuf olarak HAGB kararını denetlemesini öngören yasal düzenleme de bu neticeyi değiştirecek bir fonksiyona sahip değildir. Belirtmek gerekir ki uygulamada, sanığa HAGB'yi kabul edip etmeyeceği yanında, yargılamanın niteliğine göre mağdurun yahut kamunun uğradığı zararı giderip gidermeyeceği de sorulmaktadır. Örneğin kaçakçılık suçlarına ilişkin kovuşturmada, gümrüklenen eşyanın değeri üzerinden muayene memuru tarafından belirlenen kamu zararının karşılanıp karşılanmayacağı, HAGB'nin uygulanma ihtimaline binaen sanığa sorulmaktadır. Bu tutar, ekseriyetle yüksek meblağlara karşılık gelmekte, yargılama yapıp suçun sübuta erdiği tespit edilmeden sanığa bu hususta sual yöneltilmesi, HAGB'nin kabul edilmemesiyle sonuçlanmaktadır. Bu tür olumsuz sonuçların, zararın giderilmesi açısından farklı yargılamalar açısından gündeme geldiği rahatlıkla ifade edilebilir.

Daha önce ifade edildiği üzere HAGB kararının konusunu, açıklanmayan/askıda bırakılan mahkumiyet hükmü oluşturduğuna göre CMK m. 231 uyarınca HAGB kararı verebilmek için yargılamanın CMK'nın öngördüğü kurallara göre icra edilip tamamlanması gerektiği açıktır. Kanunun sistemine göre bu aşamadan önce sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğinin sorulmasına imkan bulunmamaktadır. Bu itibarla HAGB'yi kabul edip etmediği sualinin sorgu aşamasında sanığa yöneltilmesi, esasen kanundaki Anayasaya aykırı düzenleme tarzından değil, uygulamadan kaynaklanan bir sorundur. Diğer bir deyişle bu noktada mesele, kanuni düzenlemenin mahkemeye başvurma hakkı açısından Anayasa m. 13 kapsamında belirli ve öngörülebilir olmasından ziyade CMK m. 231 hükmünün doğru tatbik edilmemesiyle ilgilidir.

Hal böyleyken AYM'nin söz konusu iptal gerekçesinin, denetimin norma değil uygulamaya dayandığı eleştirisine muhatap olması anlaşılabilir bir durumdur. Bu vesileyle birçok alanda,

⁴⁸ Bkz. Deweer/Belçika, 21.2.1990, Başvuru no: 6903/75, prg. 49.

⁴⁹ Bkz. Mihaies/Fransa, 25.5.1998, Başvuru no: 36106/97.

ceza muhakemesi kurallarının üzerine kurulu olduğu sistemin esasını teşkil eden ilkelere aykırı şekilde gelişen ve “yerleşen” uygulamanın, ne denli problemlili olduğunun altını çizmek gerekir.

AYM iptal kararında, müsadereye ilişkin olarak “*Müsaderenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir (prg. 47, 48)*” denilmiştir. Özellikle müsaderenin üçüncü kişiler açısından tesiri ve bu çerçevede kararda belirtildiği üzere mülkiyet hakkına esaslı müdahale oluşturan bu tedbire ilişkin kanun yolu denetiminin sorunlu olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Buna ek olarak müsaderenin ne zaman tatbik edileceğine dair kanunda bir düzenleme bulunmaması nedeniyle HAGB ile müsaderenin ayrılmasına dönük mahkemelerce geliştirilen uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, iptal kararının yerinde olduğu söylenebilir.

İkinci iptal gerekçesi kapsamında AYM, “*Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu anlamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiilî olarak cezasız bırakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayacağına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözememesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır (prg. 55)*” şeklinde bir tespitle bulunmuştur. Devletin, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı yönünden

pozitif yükümlülüğü, bu hakkın işkence/eziyet teşkil eden eylemlerle ihlal edildiği iddiası söz konusu olduğunda, bu yönde etkili bir soruşturma yaparak hakikatin, hakkın ihlaline sebep olan kişilerin ortaya çıkarılmasını temin etmektir⁵⁰. Diğer bir deyişle bu tür ihlal iddiaları bakımından yapılacak muhakemenin, sorumluların cezalandırılmasına elverişli olması gerekir. İHAM'a göre aksi durumda, işkence, kötü ve gayri insani muamele yasağı ve bu yasağın ihlaline ilişkin cezalandırma, uygulamada etkisiz hale gelecek ve bazı durumlarda ortaya çıkan bu sonuç, kamu görevlilerinin cezadan muaf olduğu, soyut bir dokunulmazlıktan faydalandığı algısına sebep olacaktır⁵¹. Bu açıdan bakıldığında, kamu görevlilerince işlenen, Anayasanın 17 nci maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 3 üncü maddesine aykırılık teşkil eden ve suç oluşturan davranışların cezalandırılmaması sonucunu doğurmaya elverişli kanun düzenlemelerinin, Anayasaya ve Sözleşmeye aykırı olduğu söylenebilir. Nitekim İHAM, Zeynep Özcan/Türkiye kararında, kamu görevlisinin 3 üncü maddeye aykırı bir davranışta bulunmakla suçlandığı hallerde, yargılamanın veya mahkumiyetin zamanaşımına uğratarak hükümsüz bırakılmaması ve bu gibi davalarda af, bağışlama ya da cezanın infazının ertelenmesi gibi önlemlerin uygulanmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁵².

İptal gerekçelerine ilişkin yaptığımız yukarıdaki tasnifte, bunların tamamının, mevcut yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığına değil, söz konusu düzenlemede eksiklik bulunduğu kabulüne dayandığına vurgu yapacak ifadelerle, bu hususun ayrıca tartışılması gerektiği düşüncesiyle hassaten yer verilmiştir. Bu kapsamda ön plana çıkan sorun, AYM'nin, yasada eksiklik bulunduğuna işaret etmesinin, kanun koyucunun yasama yetkisine müdahale oluşturup oluşturmadığıdır. Nitekim iptal kararına karşı oy gerekçesinde, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde AYM'nin vermiş olduğu 21.10.1963 tarih ve 1963/172 E., 1963/244 K. sayılı iptal kararına atıf yoluyla⁵³ “bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya

⁵⁰ Bkz. Jasinski/Litvanya, 21.12.2010 (Final 21.3.2011), Başvuru no: 45744/08, prg. 72, son cümle.

⁵¹ Bkz. Labita/İtalya, 6.4.2000, Başvuru no: 26772/95, prg. 131, son cümle.

⁵² Tuğçe Duygu Köksal, *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası* (Ankara: Altan Özyurt Matbaacılık, 2019), 83, 87. Bkz. <https://rm.coe.int/reference-guide-on-decisions-of-the-european-court-of-human-rights-eff/168096953c>, Erişim: 10.11.2023; Yenisey-Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 840, 841; Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 686.

⁵³ Kararda, “bir yasanın Anayasaya aykırılığı savı, söz konusu yasanın metin olarak Anayasa ilkelerine aykırı bir kural koyması durumunda ileri sürülebilir. Anayasa Mahkemesinden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa kuralının uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak amacıyla iptal kararı istenebilir. Yoksa bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Çünkü böyle bir istemde söz konusu kuralın iptali değil, daha kapsamlı olarak uygulanması amacı bulunmaktadır ki, istemin kendisi bile, mevcut kuralda Anayasaya aykırılık değil, ancak bir eksiklik bulunduğunu anlatmış olur” denilmiştir. Bu karar, AYM'nin 28.4.1983 tarihli kararında (ve 1981/13E., 1983/8 K.), 1475 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinin 10 uncu bendine ilişkin iptal istemi yönünden “itiraz konusu kuralın, diğer kamuya yararlı dernekler açısından bir

değiştirilmesini sağlamak için iptalinin istenemeyeceği, bu yöntemde mevcut hükümden Anayasa'ya bir aykırılık değil, ancak eksiklik bulunduğu tespit edileceği (prg. 35)” belirtilerek eksik düzenleme ile ilgili hususun iptal gerekçesi yapılması eleştirilmiştir.

Kanımızca bu konuda bir değerlendirmede bulunulurken iptal gerekçelerini ayrı ayrı ele almak gerekir. Müsadereye ilişkin iptal gerekçesi yönünden, müsadere, HAGB'nin uygulama alanına dahil olan bir suç bakımından, suçun varlığı tespit edildiği takdirde ve şartları mevcutsa uygulanması kanun gereği zorunlu bir kurum olduğu -TCK m. 54/3 istisna- göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla HAGB'yi düzenleyen kurallar içerisinde, müsadere, infazına dair bir düzenleme bulunması, işin doğası gereğidir. Bu nedenle söz konusu gerekçenin yasama yetkisine müdahale oluşturduğu söylenemez. HAGB'yi kabul iradesinin sanığa sorulma zamanına ilişkin iptal gerekçesi açısından da benzer bir sonuca ulaşmak gerekir. Çünkü adil yargılama ilkesinin gözetildiği ceza muhakemesi sistemi açısından HAGB'nin esastan incelenmemesi söz konusu olamayacağı gibi kanundaki şartlar gerçekleşip de mahkumiyet hükmünün daha sonra açıklanması ihtimalinde istinafa konu edilebileceği yönündeki argüman da bu noktada itibari değere sahip değildir. Daha önce belirtildiği gibi HAGB kararı verilebilmesi, soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin genel kuralların, kanunda öngörülen usule uygun şekilde yürütülerek sonuçlandırılmasına bağlıdır. Bu usule uyulmaksızın verilen HAGB kararıyla açıklanması ertelenen mahkumiyet, vicdani kanaate değil, şekli koşulların mevcudiyetine ve esas yönünden varsayımlara dayalı olacaktır. Buna karşılık kamu görevlilerinin işledikleri işkence suçlarında HAGB'nin uygulanmayacağına dair bir düzenlemeye kanunda yer verilmemesi, kanun koyucunun ceza adaleti politikaları kapsamında ortaya koyduğu tercihin sonucu olarak düşünülebilir. Ancak bu noktada İHAM'ın Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin ortaya koyduğu yaklaşım ve Anayasa m. 5'te yer verilen *“devletin temel amaç ve görevleri... kişinin temel hak ve hürriyetlerini... adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan... engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”* şeklindeki düzenleme de dikkate alınmalıdır. Bu nazardan meseleye yaklaşıldığında, AYM'nin iptal kararının yerinde olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki AYM'nin, kanuni düzenleme eksikliği nedeniyle iptal talebinde belirtilenin dışında bir Anayasa normunu ölçü tutarak da değerlendirme yapması mümkün olup karşı oy yazısında *“elbette, eksik düzenlemenin başka bir Anayasa hükmüne*

eşitsizlik yarattığı savı ile Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesine olanak bulunmadığına” ilişkin kanaate dayanarak gösterilmiştir.

aykırılık oluşturduğu değerlendirildiği takdirde bu eksiklik iptal gerekçesi yapılabilir” denilerek bu hususa işaret edilmiştir.

Öte yandan Anayasanın 17 nci maddesine aykırılık iddiası açısından AYM, işkence, eziyet, kötü muamele teşkil eden fiillerin konu edildiği yargılamalarda, mahkemelerin HAGB'nin dışlanması yönünde bir uygulama geliştiremediklerini belirtmiştir. Bunun kuvvetle muhtemel sebebi, İHAM'ın benzer yöndeki tespitleridir. Nitekim İHAM, Eski/Türkiye kararında⁵⁴, yerel mahkemelerin, Sözleşmenin 3 üncü maddesine aykırı davranışların hukuki sonuçlarını hafifletmek için takdir kullandıkları düşüncesiyle ve özellikle ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin cezası da uygulanmadığına işaret ederek anılan maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Netice itibarıyla AYM, normatif düzenlemeyi zemin tutarak İHAM kararları nazarında uygulama hatalarına da işaret etmiş olduğundan, iptal kararında, ceza normunun Anayasaya aykırılığına ilişkin denetimde, normun tatbikine dair yargı mercilerince yapılan hataların değerlendirildiği gerekçesiyle AYM'nin yetkide sınırı aştığı şeklinde bir eleştiride bulunulması, kural olarak mümkün değildir.

Bununla birlikte kararda tartışmaya açık başkaca hususlar da mevcuttur. Örneğin somut norm denetimi yoluyla önüne gelen müracaatta ileri sürülen hususların, AYM tarafından uygulanan denetimin kapsamı açısından bir ayniyet gösterip göstermediği ve iptal kararının bu çerçevede hukukiliği bunlardan biridir.

Söz konusu tartışma, 6216 sayılı Kanun m. 43/3 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Maddede; *“mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir”* denilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, öncelikle somut norm denetimi yoluyla itiraz başvurusunda bulunan Trabzon 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinin talep konusunun *“CMK m. 231'e 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesiyle eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraların, 231 inci maddenin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562 inci maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının... iptali”* olarak belirtildiği dikkate alınmalıdır. Kısaca burada talep, zikredilen hükümlerin iptaline ilişkindir. 6216 sayılı Kanun m. 43/3 anlamında gerekçeden kasıt ise iptali istenen düzenlemelerin Anayasaya maddi açıdan ne suretle ve hangi Anayasal kurallar bakımından

⁵⁴ Bkz. Eski/Türkiye, 5.6.2012, Başvuru no: 8354/04, prg. 36.

aykırı olduğudur. O halde bu noktada, Anayasa Mahkemesi kararında bir hukuka aykırılık bulunduğu söylenemez. Belirtmek gerekir ki bu konu ayrıca ve özellikle, iptal kararının yürürlüğe gireceği 1.8.2024'e kadar, kanun koyucunun HAGB'ye benzer bir müesseseyi yeniden ihdas etme iradesi göstermesi ihtimalinde, yeni düzenleme ile AYM'nin iptal gerekçelerinin uyumu nazarında önemlidir.

İptal kararı nezdinde değerlendirilmesi mümkün olan başka bir konu da daha önce HAGB'nin bazı düzenlemelerine yönelik başvurulara ilişkin AYM tarafından verilen red kararlarına rağmen mezkur kararlar müessesenin tümünün iptal edilmesinin maddi anlamda çelişki oluşturup oluşturmadığı; 6216 sayılı yasanın 41 inci maddesinde öngörülen yasağa, başvuruda bulunan Trabzon 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinin değilse de AYM'nin, verdiği iptal kararının kapsamı itibarıyla uygun davranıp davranmadığıdır. Kanımızca özellikle 6216 sayılı Kanun m. 41 uygulamasına ilişkin tartışmada, bu düzenlemenin, incelemeye değil başvuruya dair bir sınırlama getirmesi, iptal kararının yalnızca bazı hükümlere değil aynı zamanda müessesenin tatbik sistemine ilişkin olması, AYM'nin önceki red kararlarının konusunu oluşturan hükümlere değinmemiş olması nedeniyle, bu noktada da kararda bir hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varılmalıdır.

B. Kararın Muhtemel Sonuçları

İptal kararının tartışmalı yönleri bulunsa da netice itibarıyla verilen karar, 1.8.2024 tarihinde yürürlüğe girecek ve sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla önümüzdeki süreç bakımından önem arz eden, yeni düzenleme ve bunun kapsamının nasıl belirleneceğidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğünün, AYM'nin verdiği iptal kararı sonrası HAGB'nin, ceza adaletinin fonksiyonel hale getirilmesi ve iş yükünün izalesi kapsamında ortaya çıkan olumlu yanlarını gözeterek bu müessesenin vazifesini üstelenecek ve bu manada onun yerine geçecek başka bir müessese ihdas etmek yahut AYM'nin iptal kararına gerekçe tuttuğu hususları göz önünde bulundurarak HAGB'yi yeniden tasarlamak iradesine sahip olduğu söylenebilir⁵⁵. Nitekim bakanlık bünyesinde oluşturulan bilim kurulu, AYM'nin iptal kararı sonrasında bu konuda bir görüş sunmak üzere mesaiye başlamıştır. Dolayısıyla 1.8.2024'te bir düzenleme yapılmazsa ne olacağını tartışmanın pratik açıdan

⁵⁵ Daha önce de AYM'nin 2021/121 E., 2022/88 K. sayılı ilamıyla HAGB kararına itirazı düzenleyen CMK m. 231/12'ye yönelik iptal kararının ardından, bu kararın yürürlüğe girmesine yaklaşık üç ay kala 7445 sayılı Kanun ile itiraz, yeniden düzenlenerek hükme bağlanmıştır.

manası yoktur. Ancak yine de bu ihtimale ilişkin olarak HAGB'nin zaman bakımından uygulamada karma bir müessese olduğuna ilişkin yerleşik yargı içtihatları dikkate alındığında, HAGB'nin, yürürlükteyken işlenen suçlara, geriye yönelik olarak ve devam eden yargılamalar kapsamında uygulanacağı söylenebilir⁵⁶.

İptal kararı yürürlüğe girene yahut kanun koyucu yeni bir düzenleme sevk edene kadar CMK m. 231'in HAGB'ye ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasının önünde, pozitif hukuk açısından bir engel yoksa da Anayasaya aykırı bulunan ve iptal olunan düzenlemenin “maddi anlamda meşruiyetinin” tartışmalı olduğu ifade edilmelidir. İptal kararı sonrası uygulamalarda, özellikle sanığın HAGB'yi kabule yönelik iradesinin, AYM'nin iptal kararı ve esasen CMK sistemi dikkate alınarak yargılama sonunda alınması gerektiği açıktır.

İptal kararının ardından kanun koyucunun, HAGB'nin çatısını ve genel görünümünü koruyarak AYM'nin iptal kararında işaret ettiği hususlara uygun bir düzenleme ihdas etmesi söz konusu olabileceği gibi, HAGB'nin sonuçları itibarıyla sahip olduğu fonksiyonları başka kurumlara yükleyerek yetişkinler açısından HAGB düzenlemesinden vazgeçmesi de olasıdır. Örneğin bu kapsamda hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin, 647 sayılı mülga infaz kanunu ve 765 sayılı TCK ile düzenlendiği haline dönüş yapılabilir. Böylece hükmedilen cezanın ertelenmesi durumunda, sanığın, hüküm tarihinden itibaren beş yıl içinde -kasten- işlediği diğer bir suçtan dolayı önceki verilen ceza türünden bir cezaya yahut hapis cezasına mahkum olmaması halinde, ertelenmiş olan ceza mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılabilir (mülga 765 sayılı TCK m.

⁵⁶ “Hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesine mi ait olduğunun belirlenmesi teorik bir tartışmadan ibaret değildir. Bu iki hukuk dalının yorumlanması ve uygulanmasında kabul edilen farklı ilkeler normun hangi alana ait olduğunun belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Normun maddi ceza hukukuna ait olduğunu kabul etmenin sonuçları ile normun bir ceza muhakemesi normu olduğunu kabul etmenin sonuçlarının farklı olacağı açıktır. Bir normun ceza kanununda veya ceza muhakemesi kanununda yer alıyor olması bu normun hukuki niteliğinin belirlenmesinde kesin bir ölçüt teşkil etmez. Bu hususta ayırıcı ölçüt normun işlevinde saklıdır. Suçun varlığına uygulanacak yaptırımın türüne ve usulüne ilişkin normlar maddi ceza hukuku normudur. Bu normlar özünde devletin cezalandırma yetkisinin doğuşunun gelişmesi ve sona ermesinin dayandığı genel ve özel şartları belirler. Buna karşılık ceza normlarının ihlali hâllerinde bu ihlalleri ve faileri belirleme şartları başka bir deyişle ceza normlarının ihlali hâlinde buna ilişkin yaptırımın faile uygulanmasını sağlamaya yönelik normlar ise ceza muhakemesi normlarıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.09.2008 tarihli, 2008/25 Sayılı kararında, hükümün açıklanmasının ertelenmesi kurumunun kamu davasının düşmesi sonucunu doğurmasından hareketle sanık ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren düşme nedenlerinden biri olduğunu tespit etmiş ve konunun CMK'da yer almasının sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir...Yukarıda izah edildiği şekilde kurumun maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönünün de olduğu açıktır” (Yargıtay CGK., 2.5.2019, 2017/12-444 E., 2019/375 K.); “Gerek yasal düzenleme gerekse hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuksal niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yararlı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur” (Yargıtay CGK., 2009/11-184 E., 2010/20 K., 9.2.2010).

95/2). HAGB ise yeniden düzenlenerek çocuk yargılamaları açısından geçerli olacak biçimde Çocuk Koruma Kanunu uygulamasına özgülenebilir.

Kanun koyucunun tercih edebileceği başka bir yol ise HAGB'nin, AYM'nin iptal kararında işaret edilen hususlar kaidesinde yeniden düzenlenmesidir ki bu doğrultuda yasama iradesi ortaya konulması kanımızca kuvvetli olan ihtimaldir. Zira öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda zikrettiğimiz ihtimalin gerçekleştiği varsayımında, HAGB'nin birçok hükmünün TCK m. 51'e ilave edilmesi ve maddenin, ertelemenin neticesi itibarıyla yeniden düzenlenmesi gerekir. Bunun dışında HAGB, seri muhakeme ve basit yargılama usullerinde, keza Askeri Ceza Kanunu, Sosyal Hizmetler Kanunu, TCK, Terörle Mücadele Kanunu, Adli Sicil Kanunu, Elektronik Haberleşme Kanunu, Çek Kanunu gibi farklı kanunlardaki hükümler çerçevesinde uygulanma imkanına sahiptir. Dolayısıyla bu müessesenin, ertelemenin yeniden düzenlenmesi ile revize edilmesi olasılığı, CMK'da ayrı bir hüküm ile muhafaza edilmesi olasılığına göre kanımızca daha düşüktür.

İptal kararı sonrası yapılacak yeni düzenlemenin mahiyeti ne olursa olsun, maddi ceza hukuku kurallarının ihlali ile ortaya çıkan ceza uyuşmazlığının sonlandırılmasında etkili olacağı düşünüldüğünde, zaman bakımından uygulama açısından bir uyarılama yargılamasına ihtiyaç duyulacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle 5728 sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesinde yer verilene benzer nitelikte bir hükmün, yeni düzenlemeyi ihtiva eden kanunda yer alması gerekir. Buna göre yeni düzenleme nazarında, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmemesi halinde inceleme, duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yapılmalı, kanun yolu aşamasındaki dosyalar yönünden bir hükme yer verilmeli, kesinleşmiş kararlar açısından ise hükmü veren mahkemece 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ila 101 inci maddeleri uyarınca dosya üzerinden karar verilmelidir. Sanığın HAGB'yi kabul iradesini, yargılamanın nihayete ermesinden önceki bir aşamada ortaya koymuş olduğu hallerde, uyarılama yargılamasının müracaata bırakılması söz konusu olabilir.

Bu kapsamda son olarak, yeni düzenlemenin dosya üzerinden yahut yargılama açarak uyarılama gerektirmesi ihtimali çerçevesinde, uygulamada mahkemelerin, mevcut HAGB hükümlerinin yürürlükte kalacağı süre boyunca bunları uygulamaktan imtina etmeleri, muhtelif usuli eksiklikleri gerekçe tutarak celse taliki yoluna gitme olasılıklarının yüksek olduğu da ifade edilmelidir. Bu nedenle kanun koyucunun, yeni düzenleme açısından acele değilse de hızlı davranması gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

HAGB'nin gerek normatif açıdan gerekse uygulamaya ilişkin eleştirilecek birçok yanı bulunmaktaysa da bu müessese, objektif açıdan ceza adaletinin fonksiyonelliğini temin etmek ve yargının iş yükünü azaltmak noktasında işlev gören, sübjektif açıdan ise cezanın önleme amacına ikame teşkil eden bir özelliğe sahiptir. Bunun yanı sıra adli sicil yönünden lehe neticeleri bulunduğu da göz önüne alınarak HAGB'nin, günümüz ceza muhakemesinde vazgeçilemez bir yeri olduğu söylenebilir. Bu bakımdan AYM'nin iptal kararı sonrası kanun koyucunun, mahkemenin gerekçelerini de dikkate alarak HAGB'yi yeniden düzenlemesi ihtimali yüksektir. HAGB'nin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar bu müesseseye ilişkin tartışmaların daha ziyade uygulamaya ilişkin olduğu yadsınamaz. Bu nedenle yeni düzenlemede, daha detaylı bir kanunlaştırma tekniği benimseneceğini öngörmek mümkündür. Örneğin kanun koyucunun, HAGB'nin cezasızlık uygulamasına dönüşmemesi adına, denetim süresinde bir daha HAGB kararı verilemeyeceğine ilişkin sevk ettiği kuralın, mahkemelerce işlenen suç tarihi dikkate alınarak daraltılıp uygulanması karşısında, bu hususta daha kısıtlayıcı bir düzenleme yapması muhtemeldir. Kanımızca bu amaç doğrultusunda, bağlantı nedeniyle birlikte görülen davalarda, bir sanığa isnat edilen birden fazla suçtan verilen cezaların toplamına ilişkin bir üst limit belirlenmesi ve bunu aşan hallerde hiçbir suç yönünden HAGB uygulanmaması gündeme gelebilir.

İptal kararı sonrası ihdas edilecek olası yeni düzenlemenin uygulanmasında, lehe hükümlerin tatbikine ilişkin dosya üzerinden uyarılama yapılması yahut ihtiyaç halinde yargılama açılarak sonuca ulaşılmasını teminen bir hüküm ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Ancak bu hususta daha net bir görüş beyan edebilmek için yeni düzenlemenin mahiyetinin dikkate alınmasına ihtiyaç bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Olası bir yeni düzenlemede, HAGB kararlarının istinaf denetimine açılması gündeme gelebilir. Ancak 7745 sayılı Kanun ile 2023'te getirilen düzenlemeyle HAGB'de itiraz, ağır ceza mahkemelerine verilmiş bir istinaf yetkisi mahiyetine kavuşmuştur. Bu durum, HAGB ile sonuçlanan yargılamalardaki ispat faaliyetinde müşahede edilen zayıflığın giderilmesine zaman içerisinde hizmet edecektir. Bu bakımdan itiraz kanun yolunun bu haliyle korunması yahut yeni düzenlemeyle HAGB'nin istinafa açılması arasında esaslı bir fark yoktur.

Müsadere uygulaması açısından yeni düzenlemede, TCK m. 75/5'tekine benzer biçimde *"bu madde gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi, kişisel hakkın*

istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanmasını etkilemez” şeklinde bir hükme yer verilmesi, müsadereye ilişkin olarak infaz zamanı, müsadereye tesiri ve kanun yolu ile müsadere yargılamasında usul açısından mevcut sorunları ortadan kaldıracaktır.

Kanımızca kamu görevlilerinin işledikleri işkence suçlarında HAGB'nin uygulanma imkanı oldukça düşüktür. Zira TCK m. 94'ün alt sınırı üç yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bunun dışında, kamu görevlisinin, zor kullanma yetkisinin şartlarının oluşmadığı ve söz gelimi üniformanın sağladığı güç ile gereksiz bir yaralama fiilini kasten işlediği (TCK m. 86/3-d) veya zor kullanma yetkisinde sınırın kasten aşıldığı hallerde (TCK m. 256), HAGB'nin cezasızlığa sebebiyet verip vermediği değerlendirilirken, infaz kanunundaki denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmeye ilişkin düzenlemelerin tatbiki ile bu müesseselerde sıklıkla yapılan değişiklikler sonucunda, anılan suçlardan dolayı verilen HAGB kapsamında kalan cezaların, infaz kabiliyetinin bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Keza bu tip durumlarda HAGB'nin uygulanmaması, tek başına AYM'nin dile getirdiği anayasaya aykırılık gerekçelerinin ortadan kaldırılmasını sağlamayacaktır. Bunun için TCK m. 51'e göre erteleme de uygulanmaması lazım gelir. Ayrıca kamu görevlilerinin işledikleri HAGB sınırında kalan hürriyeti bağlayıcı cezaların HAGB uygulanmaksızın infazına nazaran, bu kişiler hakkında disiplin cezası uygulanması, cezasızlık algısı konusundaki endişelerin ortadan kaldırılmasında ve İHAM kararlarıyla uyumlu bir tatbikat geliştirilmesinde daha etkili olacaktır.

KAYNAKÇA

Aksoy Retornaz, Eylem. “Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 112 (2014), 93-106.

Albayrak, Iğın. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Adalet, 2021.

Artuk, Mehmet Emin. “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”. *Ceza Hukuku Dergisi* 1/2 (Aralık 2006), 9-18.

Artuk, Mehmet Emin. “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”. *Ceza Hukuku Dergisi* 2/4 (Ağustos 2007), 61-77.

Aydın, Devrim. “Ceza Hukukunda Okullar”. *Ceza Hukuku Dergisi* 6/15 (Nisan 2011), 47-56.

Ayiter, Ferit. “Sübjektif hak -Hususi haklara ait tetkikler-“. *Adliye Ceridesi* 5 inci Sayı (1938), 644-688.

Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. çev. Sami Selçuk. İstanbul: İmge, 2004.

Beling Ernst. *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1928.

Berner, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: Verlag von Bernard Tauchniß, 1895.

Canpolat, Can. “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı, Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal bir gerçeklik inşa etmek mi?”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (2020), 451-501.

Canpolat, Can. “7242 sayılı İnfaz Kanunu Yönünden Amaç ve Sistem Sorunu”. *Legalblog* (25.4.2020). <https://legal.com.tr/blog/>

Centel, Nur-Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Beta, 2021.

Demirbaş Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin 2020.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Kısım C. I*. İstanbul: Filiz, 1985.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II*. İstanbul: Filiz, 1983.

Erem Faruk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku -C. I Genel Hükümler-*. Ankara: Sevinç, 1973.

Frisch Wolfgang. “Zum Zweck der Strafandrohung -Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention-“, *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*. Berlin: Walter de Gruyter, 2014.

Köksal Tuğçe Duygu. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*. Ankara: Altan Özyurt Matbaacılık, 2019. (Metnin dijitali, <https://rm.coe.int/reference-guide-on-decisions-of-the-european-court-of-human-rights-eff/168096953c> adresinde yayımlanmıştır.)

Kindhäuser Urs. “Wie man Verbrechen vorbeugt -Zu Cesare Beccarias Konzeption der Kriminalprävention-“, *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: Walter de Gruyter, 2011.

Lindner, Charles-Savarese, Margeret. “The Evolution of Probation “Historical Contributions of the Volunteer”, *Federal Probation*. Washington D.C: June 1984.

Mezger, Edmund. *Strafrecht -Ein Lehrbuch-*. Berlin: Duncker&Humblot, 1949.

Özbek, Mustafa. “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*. ed. Feridun Yenisey. İstanbul: Arıkan, 2005.

Ritter von Feuerbach, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Goldbach: Keip Verlag, 1997.

Roxin, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970.

Soyaslan, Doğan. “Cezaların Tecili”, *Ceza Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Beta, 1989.

Tokgöz, Havva Begüm. “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopiyalar Üzerine Bir Değerlendirme”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22/1, 2020, 431-467.

Tümerkan, Somer. “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 48/1-4 (1983), 51-71.

Ünver, Yener-Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet, 2022.

von Hippel, Robert. *Deutsches Strafrecht -Band I Allgemeine Grundlagen-*. Aalen: Scientia Verlag, 1971.

von Liszt, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900.

Wachenfeld, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. München: C.H Beck, 1914.

Yalçın, Can. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin, 2021.

Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.

Yıldırım, Akif. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin, 2018.



İdarenin Kolluk Yetkilerini Genişleten Bir Sebep Olarak Doğal Afet (*)

Natural Disaster as an Expanding Factor for the Law Enforcement Powers of the Administration

Dr. Öğr. Üyesi Asuman ÇAPAR**

Öz

Toplumsal yaşamı derinden etkileyebilen doğal afetler, idarenin kolluk yetkilerini genişleten faktörlerden birisidir. 7269 sayılı Kanun ve 6306 sayılı Kanun gibi kanunlarda doğal afetlerin etkisinin azaltılması ve ortadan kaldırılması konusunda idareye çeşitli yetki ve görevler verilmiştir. İdareye verilen bu yetkilerin önemli bir bölümü olağan dönemde çok fazla karşılaşılmayan yetkiler olduğu için bunlar, kanuni tabirle “*olağanüstü yetkiler*” olarak ifade edilebilir. Doğal afetler aynı zamanda Anayasa’da olağanüstü hal ilan edilebilecek durumlardan birisi olarak düzenlenmiştir. Bu durumda doğal afet dönemleri, duruma göre ülkenin tamamında ya da bir bölümünde temel hakların ve hürriyetlerin olağan dönemlere göre daha fazla kısıtlanabildiği ve hatta durdurulabildiği dönemler olarak ortaya çıkmaktadır. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nda idarenin kolluk yetkilerinin daha da genişletildiği görülmektedir. Doğal afetler konusunda mevzuat ve yetkili organ çeşitliliği gözetildiğinde, sadece afetler konusunda yetkili ve görevli *Afet Bakanlığının* kurulması, yetkili olan diğer idari organlarla, üniversitelerle ve ilgili sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapılması, bakanlığın taşra örgütlerinin oluşturularak personel ve teçhizat eksiğinin tamamlanması, tüm afetlerle mücadelede etkinliği artıracaktır.

Anahtar Kelimeler

Doğal Afet, İdari Kolluk Yetkisi, Kamu Düzeni, Olağanüstü Hal, Temel Haklar ve Hürriyetler.

Abstract

Natural disasters, which can profoundly affect social life, are one of the factors that expand the law enforcement power of the administration. The administration has been granted

* Makale Geliş Tarihi: 04.09.2023 – Makale Kabul Tarihi: 20.12.2023 – Makale Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1354931

** Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Sivas – Türkiye

E-posta: acapar@cumhuriyet.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7870-0811

various powers and duties by the laws, such as Law No. 7269 and Law No. 6306, in terms of reducing and eliminating the effects of natural disasters. These are defined as "Emergency Powers" in legal terms since a significant part of the powers granted to the administration would not normally be permitted to do. Natural disasters have been established in the Constitution as one of the circumstances that can be declared a state of emergency. Namely, the circumstances of natural disasters come out as the conditions in which fundamental human rights and freedoms are restricted or even suspended across the country or in a part of the country more than ordinary states, depending on the situation. It appears that the law enforcement powers of the administration have been further expanded in Law No. 2935 on the State of Emergency Act. Considering the diversity of legislation and authorized bodies on natural disasters, the establishment of the Ministry of Disaster, which is authorized and responsible for solely disasters; cooperating with other authorized administrative bodies, universities, and relevant non-governmental organizations; and the creation of provincial organizations of the ministry to manage the shortage of personnel and equipment will increase its effectiveness in combating all disasters.

Keywords

Natural Disasters, Administrative Law Enforcement Authority, Public Order, State of Emergency, Fundamental Human Rights and Freedoms.

GİRİŞ

Türkiye gerek jeolojik yapısı gerekse iklim özellikleriyle doğal afetlerin sıklıkla görüldüğü bir ülkedir. Özellikle doğal afetlerin en yıkıcısı olan depremler başta olmak üzere, orman yangınları, sel, taşkın, heyelan gibi doğal kaynaklı felaketler ülkemizde yaşanabilmektedir. Yaşanan bu felaketler ülkemize önemli ekonomik zararlar vermekle birlikte,¹ sebep oldukları can kayıplarıyla toplumsal yaşamın diğer alanlarına da önemli zararlar vermektedir.

Kişisel ve toplumsal yaşam üzerindeki etkileri nedeniyle doğal afetler, hukuk sistemimizde idarenin yetkilerini ve faaliyet alanını -olağan dönemlerde dahi- önemli derecede artırabilecek etkenler olarak ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle doğal afetler gerek olağan dönemler bakımından gerekse olağanüstü hal (OHAL) dönemleri bakımından idarenin kolluk yetkilerini genişletebilen bir faktördür. İdarenin doğal afetleri tamamen engellemesi mümkün olmasa bile doğal afetler gerçekleşmeden önce ve gerçekleştikten sonra bunun etkilerini azaltma konusunda birtakım yetkileri bulunmaktadır. Ülkemizde çeşitli kanunlarda doğal afetler, idarenin kolluk yetkilerini olağan dönemlerde bile belki de *olağanüstü yetkilere eşdeğer* olarak tanımlanabilecek şekilde genişletmektedir.

¹ İskender Dölek, *Afetler ve Afet Yönetimi* (Ankara: Pegem Yayınları, 2021), 3.

Bu çalışma doğal afetlerin idarenin sahip olduğu kolluk yetkilerine etkisini ve idarenin kolluk yetkilerini genişlettiği durumlarda bu yetkinin sınırını tespit etmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda idarenin doğal afet hallerinde kullanabileceği kolluk yetkilerinin genel hatları ile çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Öncelikle kavramsal inceleme yapıp, devamında doğal afet dönemlerinde genel olarak karşılaşılan idari kolluk faaliyetlerine değinilecektir. Çalışmada doğal afetlerin idarenin faaliyetlerine etkisi idari kolluk boyutuyla incelenmeye çalışılmış olup doğal afetler nedeniyle idarenin sorumluluğu ve kamu hizmeti niteliği taşıyabilecek faaliyetleri çalışma kapsamına girmemektedir.

I. DOĞAL AFET KAVRAMI

Afet kavramı her ülkede farklı algılanmakta ve farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Algısal farklılıkların yanı sıra değişik bilim ve meslek gruplarının afet kavramını kendi alanlarına göre tanımladıkları ve sınırlandırdıkları görülebilmektedir.² Bununla birlikte afet kavramı bir olayın kendisini değil, olayın doğurduğu sonucu ifade eder.³

“Afet” kavramı sözlükte “*Çeşitli doğa olaylarının sebep olduğu yıkım*”⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Daha geniş tanımıyla afet, dünyadaki birtakım doğa olaylarıyla, teknolojik veya insan kaynaklı etmenlerle ortaya çıkan, gerçekleştiği yerde çok sayıda insanın ölümüne, yaralanmasına veya mal kayıplarına neden olan, ülkenin doğal yapısına, yerleşim yerlerine, iletişim-ulaşım ağına ya da tarımsal alanlar gibi alanlara zarar ve derin hasarlar veren olaylardır.⁵

Birleşmiş Milletler Risk Azaltma Ofisine göre afet, toplumun kendi kaynaklarını kullanarak üstesinden gelmeye çalıştığı veya üstesinden gelme yeteneğinin sınırlı olduğu, toplumsal yaşamda ciddi aksaklıklara sebep olan, yaygın bir şekilde insani, maddi veya çevresel kayıplar ve etkiler doğuran felaketlerdir.⁶

“Doğal afet” kavramı “afet” kavramına göre daha özel bir tanımlama içermektedir. Güncel Türkçe Sözlükte doğal afet; “*İnsan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri; tabii afet, katastrof*” olarak tanımlanmıştır.⁷ Açıklamalı Afet Yönetimi

² Dölek, *Afetler ve Afet Yönetimi*, 5.

³ *Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü* (Ankara: T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2014), 23.

⁴ *Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim 31/8/2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁵ Dölek, *Afetler ve Afet Yönetimi*, 5.

⁶ UNDRR, Erişim 31/7/2023, <https://www.undrr.org/terminology/disaster>; Ufuk Sözcü, *Doğal Afetler ve Doğal Afet Okuryazarlığı* (Ankara: Pegem Akademi, 2019), 1.

⁷ *Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim 31/8/2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

Terimleri Sözlüğünde ise “Doğa kaynaklı afet” kavramı; “Deprem, sel, heyelan, çığ, kuraklık, fırtına, dolu, hortum, kuraklık, göktaşı düşmesi v.b. gibi oluşumu engellenemeyen jeolojik, meteorolojik, hidrolojik, klimatolojik, biyolojik ve kaynağı dünya dışında olan tehlikelerden kaynaklanan doğa olaylarının sonuçlarına verilen genel ad”⁸ olarak tanımlanmıştır.⁹

Toplumsal yaşama etkisi olan doğal afetler bazı hukuk normlarının oluşturulmasında dikkate alınan etkenlerden birisidir. Doğal afetlerin idare hukukunda da geniş bir alanda etkisinin olduğu görülmektedir. Doğal afetler, öncelikle idari kolluk faaliyetleri ve kamu hizmeti bağlamında idarenin birtakım görev ve yetkilerini belirleyen normların oluşturulmasında etkili olabilmektedir. Doğal afet halleri kimi durumlarda mevzuatta belirlenmiş olan sürelerle etki etmekte, birtakım süreler kanundan alınan yetki ile idare tarafından durdurulabilmekte ya da uzatılabilmektedir. Diğer yandan bazı doğal afetler, idarenin sorumluluğunu etkileyen bir faktör olarak içtihatlarda yer almıştır.¹⁰

II. KOLLUK KAVRAMI, TÜRLERİ VE GENEL OLARAK İDARENİN KOLLUK YETKİSİ

A. KOLLUK KAVRAMI VE TÜRLERİ

Kolluk kavramı en genel ifadeyle, kamu makamlarınca kamu düzeninin sağlanması amacıyla temel haklara ve hürriyetlere getirilen birtakım sınırlamaları ifade eder. Bir diğer deyişle devletin en temel görevi olan toplum güvenliğini ve düzenini sağlama faaliyetlerine kolluk faaliyeti denir. Kolluk faaliyetlerine bu denli geniş yetkilerin tanınması kolluk örgütlenmesinin, makamlarının, personelinin ve bunların görev ve yetkilerinin kanunla

⁸ Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, 64.

⁹ Doğa kaynaklı afetlerin yanı sıra insan kaynaklı ya da teknoloji kaynaklı afetler de bulunabilir. İlgili kavramların tanımlamaları için bakınız (bkz.) Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, 91 ve 145.

¹⁰ Örneğin doğal afetlerden bir bölümünü oluşturan deprem, idarenin sorumluluğu konusunda bazı Danıştay kararında mücbir sebep olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 727; Danıştay 12. Dairesi, Karar (K) 1975/1343 (18/6/1975); Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, K 1997/57 (17/1/1997), aktaran Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 727-733. Bununla birlikte günümüzde teknolojik imkânların gelişmesi ile deprem felaketi, artık öngörülemez olmaktan çıkmıştır. Bu durumda deprem felaketi ile idarenin davranışı arasındaki illiyet bağı kesilmemektedir. İdarenin imar mevzuatından kaynaklanan yetki ve görevlerini yerine getirmemesi durumunda hizmet kusurunun varlığı ileri sürülebilecektir. Bazı Danıştay kararlarında deprem felaketinin idarenin sorumluluğuna etkisi, depremin meydana geldiği yer, zaman ve şartlar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Halit Eyüp Özdemir, “Türk Hukukunda İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğu”, *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. 24-25 Mayıs 2021. ed. Ayşe Nuhoglu- Fulya İlçin Gönenç (İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları, 2021), 1; Deprem nedeniyle idarenin sorumluluğunun doğabileceği yönünde birtakım Danıştay kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi, K. 2004/2115 (12/04/2004); Danıştay 6. Dairesi, K. 2006/6675 (29/12/2006); Danıştay 6. Dairesi, K. 2012/2662 (23/05/2012), aktaran Özdemir, *İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğu*, 9.

düzenlenmesini gerektirir. Kişilerin hürriyetlerini kısıtlayan bu kanunlar, aynı zamanda onların güvenliğini sağlar.¹¹

Hukuk sistemimizde kolluk kavramı adli kolluk ve idari kolluk şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.¹² Adli kolluk suç teşkil eden eylemlerin ve suç sanıklarının izlenmesi, suçun işlenmesinden sonraki adli kovuşturmanın yürütülmesi faaliyetine denir.¹³ Adli kollukta faili aramakta olan, daha evvelden işlenmiş bir suç söz konusudur.¹⁴ Adli kolluk suç işlenmesi sonrasında kamu düzeninin bozulduğu durumlarda ortaya çıkarak, suçluların ve suça ilişkin delillerin adli organlara teslimine kadar yürütülen faaliyetleri ifade eder. Bu süreç neticesinde ortaya çıkması sebebiyle adli kolluk “suç sonrası kolluk” veya “bastırıcı kolluk” olarak da isimlendirilir.¹⁵

İdari kolluk kavramı, toplum yaşamının gerektirdiği düzenin sağlanması maksadıyla idarenin kişilerin hürriyetlerine müdahale etmesini, hürriyetlerin sınırlarının belirlenmesini içermekte olup kısaca kamu düzeninin sağlanmasına yönelik idari faaliyetleri ifade eder.¹⁶ Bundan dolayı idari kolluk faaliyetleri önleyici bir nitelik taşır. Buna bazı kaynaklarda “önleyici kolluk” ya da “suç öncesi kolluk” da denmektedir.¹⁷

İdari kolluk kamu düzenini korumayı amaçlayıp kamu düzeninin devamı için gerekli önlemleri alan kolluk türüdür.¹⁸ İdari kolluğun en belirgin özelliği önleyici nitelik taşımasıdır. Önleyici kolluk alanında yapılan faaliyetler kamu hizmeti olarak adlandırılan birtakım faaliyetlerden ziyade, kişilerin bazı şeyleri yapmalarını ya da yapmamalarını istemeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bir diğer deyişle idare, kişilerin hürriyet alanlarına müdahale etmektedir.¹⁹

İdare kamu düzeninin sağlanması amacıyla emir vermekte ve yasaklar koymaktadır. Bu emirler ve yasaklar yalnızca idarenin dışında kalan kişilere değil aynı zamanda idarenin içinde bulunan kişilere de uygulanmaktadır. İdari kolluk kamu düzenini gerçekleştirirken kamu yararı ile kişilerin hakları ve hürriyetleri arasında bir denge sağlamaktadır.²⁰ Zira idarenin

¹¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 337.

¹² Atay, *İdare Hukuku*, 351; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 2/ 271.

¹³ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 42.

¹⁴ Atay, *İdare Hukuku*, 351.

¹⁵ Harun Yılmaz, *7068 Sayılı Kanundan Hareketle Genel Kolluk Disiplin Rejimi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 13.

¹⁶ A. Şeref Gözübüyük- Turgut Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 1/ 651- 652; “Kolluk faaliyeti, kurallar konmasını ve bu kuralların uygulanmasını içerir.”; Yayla, *İdare Hukuku*, 54.

¹⁷ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 271.

¹⁸ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 271.

¹⁹ İl Han Özay, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 45/1-4, 315-316.

²⁰ Gözübüyük- Tan, *İdare Hukuku*, 651- 652.

diğer tutum ve davranışlarında olması gerektiği gibi kolluk alanında da varmak istediği nihai hedef kamu yararını gerçekleştirmektir.²¹

İdari kolluk faaliyetlerinin amacı olan kamu düzeni, üç unsuru içermekte olup bunlar güvenlik, esenlik ve sağlıktır. Güvenlik, kişilerin can ve mallarından endişe duymamalarını, saldırılara karşı emin olmalarını; esenlik, toplumu huzursuz eden birtakım etkenlerin bulunmayışını ifade eder. Bunlar gürültü, toz, duman, kötü koku gibi olumsuz olabilecek etkenlerin olağan sınırları içerisinde tutulmasını gerektirir. Sağlık unsuru ise kişilerin ve toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan uzak tutularak genel sağlığın korunmasını ifade eder. Kamu düzeninin bir diğer unsuru olarak genel ahlakın korunması unsuru da eklenebilir. Buna göre dış düzeni tehlikeye sokan dışa vurulmuş birtakım ahlaki davranışlar sınırlı da olsa idari kolluğun görev alanına girmektedir.²²

Adli ve idari kolluğu her zaman kesin bir şekilde birbirinden ayırmak mümkün değildir.²³ Örneğin Genel Bilgi Toplama (GBT)²⁴ sistemi bir yönüyle önleyici nitelik taşıırken, diğer yönüyle bastırıcı nitelik taşımaktadır. Jandarma ve Emniyet kuvvetlerinin kendi faaliyetlerini yürütürken ihtiyaç duydukları bilgi ve istihbaratın toplanması işlemleri önleyici niteliğini gösterirken, adli organlarca alınmış kararların uygulanması amaçlı kayıt tutma işlemi bastırıcılık niteliği taşımaktadır.²⁵ Adli kolluk bireysel işlemler yapabilirken, idari kolluk hem bireysel hem de düzenleyici işlemler yapabilmektedir.²⁶

²¹ İl Han Özay, *Günişğinde Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 724.

²² Gözübüyük- Tan, *İdare Hukuku*, 652- 653; Atay, *İdare Hukuku*, 343-347; Kamu düzeninin unsurlarına ilişkin benzer ifadeler için bkz. Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 265 ve devamı. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 11'e göre "Polis; A) Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları... Herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikayete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikayet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeeye tevdi eder". RG, 2751 (14/7/1934).

²³ Atay, *İdare Hukuku*, 351; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 271.

²⁴ GBT faaliyetleri İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı (KİHBİ) tarafından çıkarılan 29.03.2005 tarih ve B05KDH-73-23-71 sayılı KİHBİ Bilgi Toplama Yönergesi kapsamında yürütülmektedir. GBT hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Bilal Osmanoglu, "Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerinde Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/2 (2020), 946 ve devamı.

²⁵ İl Han Özay, "İdari Kolluk-Adli Kolluk", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71/1 (2013), 960.

²⁶ Atay, *İdare Hukuku*, 351.

B. İDARİ KOLLUK TÜRLERİ OLARAK GENEL İDARİ KOLLUK VE ÖZEL İDARİ KOLLUK

İdari kolluk, doktrinde genel idari kolluk ve özel idari kolluk olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.²⁷ Genel idari kolluk, genel olarak kamu düzenini sağlamakla görevli olan ve devlet adına yürütülen kolluktur.²⁸ Bir diğer deyişle genel idari kolluk tüm ülke düzeyinde kamu düzenini ve bunun üç unsurunu sağlamakla görevli olan, özel bir faaliyeti hedeflemeyen kolluk olarak ifade edilebilir. Genel idari kolluk makamları başta Cumhurbaşkanı ve İçişleri Bakanı olmak üzere, valinin ve kaymakamın emri altında görevlerini yerine getirirler.²⁹

Kamu düzeninin unsurlarını oluşturan sağlık, güvenlik ve esenlik yalnızca genel kolluk personeli ile sağlanamamaktadır. Bir kısım kamu düzeni ihlallerini engellemek ve bunlarda ortaya çıkan tehdit ve tehlikeleri ortadan kaldırmak uzmanlık gerektirmektedir. Ayrı bilgi ve örgütlenme isteyen faaliyetler genel ve olağan idari kolluktan ayrılmaktadır.³⁰ Bu ayrımda anılan kolluk faaliyetlerinin konusu esas alınmaktadır.³¹

Özel idari kolluk genel idari kolluk dışında, özel kanunlarla kurulan ve birtakım belirli bazı vazifeleri yerine getiren kolluktur.³² Özel idari kolluk faaliyetleri belli bakanlıklar ya da idareler tarafından çalışma alanlarına ilişkin olarak, belli bir düzeni sağlamayı hedefleyen faaliyetlerdir.³³ Özel idari kolluğun kuramsal olarak sınırı bulunmayıp, kanun koyucu pek çok faaliyet alanı bakımından özel kolluk teşkilatı öngörebilir. Buna örnek olarak imar, orman, tarım, spor, çevre ve turizm gibi alanlar verilebilir.³⁴ Bu bağlamda özel idari kolluk devletin yanı sıra diğer kamu tüzel kişileri adına da yürütülebilen ve kamu düzeninin belli bir unsurunun gerçekleştirilmesi için oluşturulan kolluktur.

²⁷ Bkz. Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 728 ve devamı; Kemal Gözler- Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2023), 531; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 565; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 2015), 295; Atay, *İdare Hukuku*, 353; Özge Okay Tekinsoy, "Kolluk Faaliyetleri", *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım (İstanbul: On İki Levha, İstanbul, 2020), 620; Alper Bilgiç, *Düzenli Karmaşa: İç Güvenlik Yapılanmasında Çoklu Kolluk Sistemi* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 53 ve devamı.

²⁸ Ramazan Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 29.

²⁹ Günday, *İdare Hukuku*, 295-296; Gözler -Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 536-537; Ulusoy genel idari kolluğu merkezi kolluk ve mahalli kolluk olarak ikiye ayırmaktadır. Tüm ülke çapında faaliyet gösteren polis, jandarma ve milli istihbarat merkezi kolluğa girerken, yerel yönetimlerin genel sağlık, dirlik ve esenlik kapsamında yürüttüğü faaliyetler mahalli kolluk kapsamına girmektedir. Bkz. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 565; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya ise genel idari kolluk organlarını polis, jandarma, sahil güvenlik ve bekçiler olarak ifade etmiş, belediye zabıtası, köy korucuları, gümrük ve orman kolluğu gibi kimi kolluk organlarını özel idari kolluk organı olarak sınıflandırmıştır. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz ve diğerleri (vd.), *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 627-632.

³⁰ Yayla, *İdare Hukuku*, 44.

³¹ Yılmaz, *Genel Kolluk Disiplin Rejimi*, 15.

³² Günday, *İdare Hukuku*, 295-296; Gözler -Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 536-537.

³³ Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 566.

³⁴ Yayla, *İdare Hukuku*, 64.

Kamu düzeninin unsurları açısından genel ve özel idari kolluk kendi görev alanları kapsamında kamu düzeninin sağlanmasından sorumludur.³⁵ Genel idari kolluk tüm faaliyetler bakımından yetkili iken, özel idari kolluk yalnızca belirlenmiş olan istisnai faaliyetler açısından yetkilidir.³⁶

Özel idari kolluğun genel idari kolluktan farklılaştığı bazı noktalar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, özel idari kolluk yetkisinin genel idari kolluk yetkisine sahip olmayan bir makama tanınmış olmasıdır. İkincisi, özel idari kolluğun tabi olduğu usuller, genel idari kolluğun tabi olduğu usullerden farklıdır. Diğer yandan özel kolluğun amacı kısmen ya da tamamen genel kolluktan farklılaşmaktadır. Bununla birlikte özel idari kolluk ile genel idari kolluğu her zaman birbirinden ayırmak mümkün olmayabilir. Örneğin belediye kolluğunu genel idari kolluk olarak nitelendirenler olduğu gibi özel idari kolluk olarak nitelendirenler de vardır.³⁷

Belirtmek gerekir ki genel idari kolluk içerisinde bulunan bazı iş bölümü birimlerinin özel idari kolluktan ayrı tutulması gerekir. Emniyet teşkilatı içerisinde görevli personelin bir kısmı trafik işleriyle, bir kısmı uyuşturucu ve kaçakçılık işleriyle, hatta bir kısmı zararlı toplumsal faaliyetlerin izlenip önlenmesiyle meşgul olmakla birlikte bunların çalışma alanı genel idari kolluğun içerisinde yer almaktadır. Bunlar kural olarak genel idari kolluğun hukuki rejimine tâbidirler.³⁸

C. DOĞAL AFETLER KONUSUNDA YETKİLİ VE GÖREVLİ İDARİ KOLLUK MAKAMLARI

Kolluk makamları, kamu düzeninin korunması ve sağlanması amacıyla bireysel ya da düzenleyici işlemler tesis etmeye yetkili kılınmış mercilerdir.³⁹ Bireysel kolluk işlemleri, kolluk makamlarının kolluğa ilişkin düzenleyici işlemlere ve kanunlara dayanarak kişiler hakkında aldığı kararlardır. Bireysel kolluk işlemleri izin, faaliyetten men, faaliyeti erteleme, yıkma, kapatma, el koyma, koruma altına alma ve önleme araması gibi çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰ Düzenleyici kolluk işlemleri ise kolluk makamlarının kamu

³⁵ Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, 29.

³⁶ Yılmaz, *Genel Kolluk Disiplin Rejimi*, 15.

³⁷ Gözübüyük- Tan, *İdare Hukuku*, 662-663. 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 1. maddesinde "Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli" genel kolluk olarak kabul edilmiş ve 2. maddede Kanun'un kapsamı bu kolluk personeli ile sınırlandırılmıştır. RG, 30354 (Mükerrer) (8/3/2018).

³⁸ Yayla, *İdare Hukuku*, 44. Nitekim 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 8. maddesinde polis, idari, siyasi ve adli kısımlara ayrıldığı belirtilmiştir. RG, 3629 (12/6/1937).

³⁹ Günay, *İdare Hukuku*, 297.

⁴⁰ Gözübüyük- Tan, *İdare Hukuku*, 671; Sururi Aktaş- Sencer Abdullah Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 20/1-2 (2016), 4.

düzeninin sağlanması ve korunması maksadıyla yapmış oldukları genel ve kişilik dışı nitelikte, tek yanlı idari işlemlerdir.⁴¹ Doğal afetler kapsamında yetkili ve görevli idari kolluk makamlarının bir kısmının bireysel kolluk işlemi yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bir kısmının hem bireysel kolluk işlemi hem de düzenleyici kolluk işlemi yapma yetkisi bulunmaktadır.

Doğal afetler konusunda yetkili ve görevli idari kolluk makamları idari teşkilatın geniş bir alanına yayılmaktadır. Doğal afet konusunda sadece genel idari kolluk ya da özel idari kolluk görevli değildir. Durumun gereğine göre hem genel idari kolluğun hem de özel idari kolluğun doğal afet anında müdahalesi söz konusu olabilir. Diğer yandan her ikisinin de doğal afet öncesi yapmış oldukları birtakım önleyici kolluk faaliyetleri bulunabilir. Bu nedenle idare hukuku boyutuyla doğal afet alanı pek çok kurumu ve kuruluşu, kimi zaman da sivil toplum örgütlerini ilgilendiren bir alan olarak ortaya çıkmaktadır.

Türkiye’de çeşitli afetlerden sonra kurulan İçişleri Bakanlığına bağlı Sivil Savunma Genel Müdürlüğü, Bayındırlık ve İskan Bakanlığına bağlı Afet İşleri Genel Müdürlüğü ve Başbakanlığa bağlı Türkiye Acil Durum Yönetimi Genel Müdürlüğü afetler konusunda görev yapmaktaydı. Ancak bunlar 2009 yılında kapatılarak 5902 sayılı Kanunla⁴² Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) kurulmuş, bu alandaki yetki ve sorumluluklar tek bir çatı altında toplanmıştır. Bu çerçevede AFAD’ın afetlere müdahale yetkisi geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Ülkemizde Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle yapılan düzenlemeler kapsamında AFAD, 15/7/2018 tarihinde yayımlanan 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle İçişleri Bakanlığına bağlanmıştır.⁴³

Doğal afetler konusunda gerek merkezden yönetim organı olarak gerekse yerinden yönetim organı olarak Cumhurbaşkanı, İçişleri Bakanı, valiler, belediye organları ve il özel idareleri⁴⁴ gibi pek çok idari organın görevli ve yetkili olduğu görülmektedir. Afetin ortaya çıkmasıyla birlikte alınması gereken acil tedbirlerin alınmasında, afetin gerçekleştiği bölge valisi

⁴¹ Gözler- Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 544.

⁴² RG, 27261 (17/6/2009).

⁴³ AFAD ve Tarihçesi, Erişim 16/7/2023, <https://www.afad.gov.tr/afad-hakkinda>.

⁴⁴ Belediyelerin kolluk makamları belediye meclisi, belediye encümeni ve belediye başkanı olup 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda belirtilmiş olan çeşitli kolluk görevlerini yerine getirmektedirler. İl özel idaresinin kolluk makamları il genel meclisi, il encümeni ve vali olup bunlar 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu kapsamında, kolluk görevlerini yerine getirmektedirler. Bu çerçevede il özel idaresi ve belediyeler kolluk alanında birtakım düzenleyici ve bireysel işlemler yapma yetkisine haizdir. Günay, *İdare Hukuku*, 298.

yetkilidir.⁴⁵ Bu kapsamda afet anında valilere birtakım kolluk tedbirleri alma yetkisi tanınmıştır.⁴⁶

Merkezi idarenin başında bulunan Cumhurbaşkanının doğal afet hallerinde, olağan dönemlerde birtakım yetkileri bulunmakla birlikte, aşağıda belirtileceği üzere OHAL ilanına karar verme ve OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma konusunda da yetkili organ olarak geniş bir yetki alanı bulunmaktadır. OHAL ilan edilirse gerek görülmesi durumunda OHAL valisi atanabilir. OHAL valisi 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda⁴⁷ (OHAL Kanunu) belirtilen yetkileri kullanılabilir. Diğer yandan çeşitli bakanlıkların ve belediyelerin imar uygulamaları konusunda önleyici kolluk faaliyetleri kapsamında planlama faaliyetleri gibi birtakım konularda yetkilendirildikleri görülmektedir.⁴⁸

Çarşı ve mahalle bekçileri afet gibi önemli ve acele haller nedeniyle yapılacak yardım isteklerinden, gücü kapsamına girenleri öncelikle yerine getirmelidir. Çarşı ve mahalle bekçilerinin büyük tehlike arz eden yangın ve su baskını gibi afetlerde mahalle sakinlerini derhal uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁴⁹ Belirtmek gerekir ki doğal afet anında gerek görülmesi durumunda idari teşkilat içerisinde bulunan tüm birimlerin kolluk vazifesi ortaya çıkabilir. Örneğin bir orman yangını sırasında kaymakam ya da köy muhtarı yangına müdahale için gerekli tedbirleri alabilir.⁵⁰

Doğal afet dönemlerinde kolluk faaliyetleri alanında bu kadar çok idari organın ve mevzuatın bulunmasının ortaya çıkardığı birtakım dezavantajlar bulunmaktadır. Bu durum kimi zaman karar alma ve olaya müdahale konusunda karmaşıklığa neden olabilmektedir.⁵¹ Bu nedenle kanımızca sadece doğal afetlerin etkileri konusunda yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiş, doğal afet öncesinde gerekli planlamayı yapıp önlemleri alan, doğal afet dönemlerinde olaya

⁴⁵ 7269 sayılı Kanun madde (md.) 1. RG, 10213 (25/5/1959).

⁴⁶ Bkz. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu. RG, 7236 (18/6/1949).

⁴⁷ RG, 18204 (27/10/1983).

⁴⁸ Örneğin 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7/1-u maddesinde doğal afetlerle ilgili planlamaları yapmak, gerektiğinde afet bölgelerine araç, gereç ve malzeme desteği vermek, diğer afetlere karşı alınacak önlemler yönünden birtakım kuruluşları denetlemek, bu konuda mevzuatın gerektirdiği ruhsatları ve izinleri vermek büyükşehir belediyelerinin yetki, görev ve sorumlulukları arasında düzenlenmiştir. RG, 25531 (23.07.2004).

⁴⁹ 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu md. 5. RG, 31159 (18/6/2020).

⁵⁰ 6831 sayılı Orman Kanunu, md. 69. RG, 9402 (08/09/1956).

⁵¹ Genel kolluk örgütlerinin birbirinin tamamlayıcısı olduğu, bazı yetenekleri çeşitlenmiş olan kolluk örgütlerinin varlığının iyi yönetimde bir zenginlik olduğu yönündeki görüş için bkz. Bilgiç, *Düzenli Karmaşa*, 327.

müdahale edecek, olayı yönetecek, gerekli hizmetleri yürütecek ayrı bir bakanlığın; *Afet Bakanlığının*⁵² varlığına gerek duyulmaktadır.

Afet sürecinde yerel yönetimlerle birlikte, sivil toplum kuruluşları ve özel sektör arasında koordinasyon ve iş birliği esas alınmalıdır. Afet öncesinden başlayarak, planlı ve düzenli bir şekilde kurulacak bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaktadır.⁵³ Kurulacak *Afet Bakanlığı* çatısı altında deprem gibi ağır etkileri olabilen doğal afetler konusunda yapılacak planlamalarda karar almak üzere bir *kurul* oluşturulmalıdır. Bu kurulda afetler konusunda görevli ve yetkili olan belediyeler, il özel idareleri gibi kamu idareleriyle birlikte aynı zamanda doğal afet alanında faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşlarının da temsili sağlanmalıdır. Diğer yandan üniversitelerden alanında uzman bilim adamları da kurulda bulunmalı ve karar alma mekanizmasına katılmalıdır. Zira farklı görüş ve önerilerin sunulmasına imkân tanınması doğal afetlerle mücadele etmede etkinliği artıracaktır.

Hâlihazırda birtakım bakanlıklardan, Deprem Araştırma Enstitüsü, Boğaziçi Üniversitesi Kandilli Rasathanesi ve Türkiye Kızılay Derneği temsilcilerinden oluşan, AFAD bünyesinde görev yapan *Afet ve Acil Durum Kurulu* bulunmakla beraber, bu Kurulun olağan olarak yılda iki kez toplanması öngörülmüştür.⁵⁴ Afetlerin sıklıkla görüldüğü ülkemizde Afet ve Acil Durum Kurulunun toplanma sayısı yetersiz olup bu sayının kurulun etkin çalışması için yeterli olmadığı değerlendirilmektedir. Ayrıca Kurul toplantılarına birtakım kurum ve kuruluşların temsilcileri ile uzman çağırılmasının İçişleri Bakanının inisiyatifine bırakılması yerinde bir düzenleme değildir. Bunun yerine Kurul toplantılarına birtakım kurum ve kuruluşların temsilcileri ile uzman bulundurulması zorunlu kılınmalı ve kurul her ay toplanmalıdır.

Doğal afetler toplumsal etkisi bakımından çoğunlukla işin tabiatı gereği, acil ve yerinde müdahalenin gerekli olduğu olaylar şeklinde tezahür eder. Bu husus göz önüne alındığında, kurulacak *Afet Bakanlığının* taşrada “*İl Müdürlüğü*” açılmalı, gerekli personel ve teçhizat sağlanmalıdır. Yerel örgütlenme doğal afet hallerinde daha fazla önem taşımaktadır. Yerleşim yerlerinde doğal afet anında müdahaleyi planlamak, her türlü doğal afete hazırlıklı birimlerin

⁵² TÜSİAD Başkanlığının *Afet Bakanlığının* kurulması gerektiği yönündeki önerisi için bkz. TÜSİAD, Erişim 31/7/2023, <https://tusiad.org/tr/basin-bultenleri/item/11220-afet-bakanligi-oneri-si>. Afet Bakanlığının kurulması aynı zamanda, 14/5/2023'te yapılan 28. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde bazı partiler tarafından seçim vaadi olarak ileri sürülmüştür. Bkz. TRT Haber, Erişim 31/7/2023, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/sinan-ogan-trtde-propaganda-konusmasini-yapti-765545.html>. Cumhurbaşkanı da “Cumhurbaşkanı Özel Yanını”nda *Afet Bakanlığının* kurulabileceği yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Ahaber, Erişim 31/7/2023, <https://www.ahaber.com.tr/galeri/gundem/afet-bakanligi-nedir-kuruluyor-mu-ne-zaman-afet-bakani-kim-olacak-belli-oldu-mu-afad-kime-bagli-olacak/5>.

⁵³ TÜSİAD, Erişim 31/7/2023, <https://tusiad.org/tr/basin-bultenleri/item/11220-afet-bakanligi-oneri-si>.

⁵⁴ AFAD ve Tarihçesi, Erişim 16/7/2023, <https://www.afad.gov.tr/afad-hakkinda>.

oluşturulması ve buralarda gerekli teçhizatın hazır bulundurulması, bunun dönemler halinde güncellenmesi afetlerin zararlarını azaltabilecek idari kolluk tedbirleridir.

Böylelikle öncelikle önleme faaliyetleri kapsamında doğal afet daha gerçekleşmeden doğru planlama yapılarak muhtemel zararların önüne geçilmiş olur. Doğal afetin gerçekleşmesi halinde ise daha etkin bir afet yönetimi sağlanarak doğal afetin etkileri mümkün olan en az zararla giderilecektir. Kurulacak *Afet Bakanlığı*, doğal afetler konusunda görevli ve yetkili idari organlar arasında koordinasyonu, iş birliğini, yardımlaşmayı ve tek sesliliği sağlayacaktır.

III. DOĞAL AFETLERDE İDARENİN GENİŞLEYEN KOLLUK YETKİLERİ

A. OLAĞAN DÖNEMLER BAKIMINDAN DOĞAL AFETLERDE İDARENİN GENİŞLEYEN KOLLUK YETKİLERİ

İdari kolluk faaliyetlerinde amaç kamu düzeninin sağlanması olduğu için idari kolluk faaliyetleri işin özelliği gereği çoğunlukla kişi haklarına ve hürriyetlerine müdahale edici özellik taşır. Bu kapsamda idare, yukarıda ifade edilen kolluk faaliyetlerini kullanırken genellikle temel haklara ve hürriyetlere müdahale edici birtakım işlemler yapmaktadır.

İdari kolluk yetkilerinin kullanılmasının amaç, yer ve konu bakımından birtakım sınırları bulunmaktadır.⁵⁵ İdari kolluk makamları temel haklara ve hürriyetlere müdahale yetkisini ve bu yetkinin sınırlarını kendileri belirleyemez. Temel haklar ve hürriyetler kural olarak kanunla sınırlandırılabilirdiğinden, idari kolluğun bunlara müdahale yetkisi kanunla belirlenmektedir. Bir diğer deyişle idari kolluk, kanunda belirlenen bu yetkilerin dışına çıkamaz. Bu durum kişiler bakımından önemli bir güvence teşkil etmektedir.⁵⁶

Çeşitli kanunlarda idarenin doğal afet dönemlerinde kullanabileceği kolluk yetkileri düzenlenmiştir. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'daki,⁵⁷ (7269 sayılı Kanun), 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu'ndaki⁵⁸ (4373 sayılı Kanun), 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'daki⁵⁹ (6306 sayılı Kanun), 3194 sayılı

⁵⁵ Atay, *İdare Hukuku*, 343.

⁵⁶ Aktaş- Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin", 1.

⁵⁷ RG, 10213 (25/5/1959).

⁵⁸ RG, 5310 (21/1/1943).

⁵⁹ RG, 28309 (31/5/2012).

İmar Kanunu'ndaki⁶⁰ ve Orman Kanunu'ndaki düzenlemeler buna örnek gösterilebilir.⁶¹ İlgili kanunlarda idareye verilen birtakım kolluk yetkileri ve kişiler bakımından getirilen düzenlemeler, genel olarak şu başlıklar altında incelenebilir.

1. Taşınır ve Taşınmaz Mallara İlişkin Yükümlülükler

Mevzuatta doğal afetlerin yerleşim yerlerine verebileceği zararları önlemek ve afet anında derhal müdahaleyi sağlamak için birtakım idari tedbirler ve yetkiler öngörülmüştür. Afet dönemlerinde ya da gerçekleşebilecek afetler nedeniyle alınabilecek tedbirlere ilişkin düzenlemeler çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Bunlar arasında bulunan 7269 sayılı Kanun, doğal afet dönemlerinde idarenin yetkilerini ve görevlerini belirlemek amacıyla kabul edilmiş olan, bu konuda detaylı düzenlemelerin yapıldığı bir özel kanundur.

7269 sayılı Kanun idarenin kolluk faaliyetleri açısından, genel idari kolluk faaliyetlerini aşan çeşitli düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle 7269 sayılı Kanun'un öngördüğü kolluk faaliyetlerinin bir anlamda özel idari kolluk olarak adlandırılabilir *afet kolluğuna* ilişkin olduğu söylenebilir.⁶²

Cumhuriyet döneminde bu alanda çıkarılmış olan pek çok kanunu tek bir kanunda toplayan 7269 sayılı Kanun'un amacı, doğal afetlerden dolayı meydana gelebilecek can ve mal kayıplarının mümkün olduğunca azaltılması, afet anında ve sonrasında etkili bir şekilde işleyecek bir organizasyon yapısının kurulmasıdır. 7269 sayılı Kanun'un kabulüyle her defasında afet sonrası farklı bir yardım kanunu kabul edilmesi uygulamasına son verilmiş ve *Genel Bütçe Dışında Afetler Fonu* oluşturulmuştur.⁶³ Deprem, su baskını, yangın, yer kayması, çığ, kaya düşmesi, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak düzeyde zarara uğrayan ya da uğraması muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirler ve yapılacak yardımlar konusunda bu Kanun hükümleri uygulanmaktadır (7269 sayılı Kanun md. 1/1).

Doğal afet dönemlerinde valilere ve kaymakamlara önemli birtakım yetkiler tanınmıştır. Mülki idare amirleri doğal afet dönemlerinde, bedeli ya da ücreti sonradan ödenmek koşuluyla

⁶⁰ RG, 18749 (09/5/1985).

⁶¹ Aynı zamanda, *Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik* ve *Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik* gibi afet dönemlerinde konusuna göre uygulanmakta olan çeşitli yönetmelikler bulunmaktadır.

⁶² Gonca Kozanoğlu, *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 92.

⁶³ Hakan Benli vd., *AFAD Türkiye'de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri* (Ankara: Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2018), 22.

canlı ya da cansız taşıtlara, iş aletlerine el koymaya, işin gerektirdiği acil satın almaları ve kiralamaları yapmaya, kamu kurum ve kuruluşlarına ait her türlü taşınmazı, gerek görülmesi durumunda diğer kişilerin taşınmazlarını geçici olarak işgale yetkilidir. Bu yetkinin kullanım süresi -gerektiğinde uzatılmak üzere- afetin sona ermesinden itibaren on beş gündür. Gerek bulunması halinde afetzedelere giyinme, barınma, beslenme gibi yardımlar da yapılmaktadır. Ayrıca kendilerinden yardım talep edilen afet bölgesi civarındaki mülki idare amirlikleri de bu yetkileri kullanarak, bütün vasıta ve imkânlarla yardıma mecburdurlar (7269 sayılı Kanun md. 6).

Tehlike ya da hasar durumuna göre yetkili uzmanların düzenleyeceği rapor doğrultusunda mahallin mülkiye amirine binanın boşalttırılması ve yıktırılması yetkisi verilmiştir. Süresinde itiraz edilmeyen ya da itiraz edilip de idare kurulları tarafından yıkılması onaylanan binalar, mal sahibince yıkılmadığı takdirde bu binalara el konularak mahallin en büyük mülki idare amirinin emriyle yıktırılır. Yıkma parası elde edilen malzeme parasından karşılanır. Diğer yandan hasarlı ama ıslahı mümkün olan binaların ıslahı tamamlanıncaya kadar içerisinde oturulmasına müsaade edilmez (7269 sayılı Kanun md. 13).

2. Kişilere Çalışma Yükümlülüğünün Getirilmesi

1982 Anayasası md. 18'de⁶⁴ zorla çalıştırma yasağı düzenlenmiş olmakla birlikte, buradaki düzenleme uyarınca angarya yasağı mutlak bir yasak olmayıp buna birtakım istisnalar getirilmiştir. Zorla çalıştırma tedbiri, vatandaşlık ödevi niteliği taşıyacak ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı durumlarda da getirilebilecek bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede doğal afetlere müdahalelerde, gerek duyulduğunda -ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda- ilgili kanunlarda düzenlendiği şekliyle vatandaşlara zorla çalışma yükümlülüğü de getirilebilir. Dolayısıyla OHAL dönemi olmasa bile ilgili kanunlarda getirilen bu düzenlemeler Anayasa'ya dayanmaktadır.

Doğal afet dönemlerinde mülki idare amirlerine kanuni ifade ile *olağanüstü yetkiler* olarak tanımlanabilecek birtakım yetkiler tanınmıştır. Bu dönemde mülki idare amirleri, 18-65 yaş aralığındaki erkeklere görev vermeye yetkilidir.⁶⁵ Aynı zamanda afet dönemlerinde gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından kurtarma, yardım ve ücretsiz hastaneye kabul

⁶⁴ Anayasa md. 18: "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz".

⁶⁵ Buna benzer bir düzenleme için bkz. 4373 sayılı Kanun md. 6.

gibi birtakım yükümlülükler getirilebilir. Afet bölgelerinde ya da civarında bulunan jandarma, ordu, müessese ve kıta birlik kumandanları, hazarda, vali ya da kaymakam tarafından kendilerinden istenen yardımları üstlerinden emir beklemeksizin yerine getirmeye mecburdurlar (7269 sayılı Kanun md. 6,7, 8, 9,10).

Doğal afetler nedeniyle meydana gelen zararların tespiti için İmar ve İskan Bakanlığının⁶⁶ (Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı) istemi üzerine çeşitli kurum ve kuruluşlar, üniversiteler, mahalli idareler ve meslek odaları, hasar tespiti konusunda alanında deneyimi olan yeterli sayıda mimar ve/veya inşaat mühendisi görevlendirmekle yükümlüdürler (7269 sayılı Kanun md. 13/1-b).

Esasında kişilere çalışma yükümlülüğünün getirilmesi, OHAL döneminde alınabilecek önlemlere ilişkin olarak çıkarılan OHAL Kanunu'nda da öngörülmüş bir tedbirdir. Diğer yandan polis, jandarma, köy muhtar ve bekçileri gibi görevlilerin, talep edilmesi halinde orman memurlarına yardım yükümlülüğü bulunmaktadır (Orman Kanunu md. 79).

Doğal afet dönemlerinde yetkili amirlerin aldığı kararlara uymayanlar hakkında çeşitli müeyyideler öngörülmüştür. Örneğin yardıma çağırılma anında köy, kasaba ya da şehirde bulunup da geçerli bir mazereti olmaksızın yetkili memurlar tarafından yapılan daveti kabul etmeyenler ya da kabul edip de çalışmayanlar ya da verilen işleri yapmayanlar hakkında, kaymakam ya da vali tarafından idari para cezası uygulanır (7269 sayılı Kanun md. 47/a). Doğal afetler nedeniyle ilan edilen OHAL kapsamında alınan tedbirlere uyulmaması durumunda hapis cezası verilebilir (OHAL Kanunu md. 25).

Mülki idare amirlerinin kanunların verdiği yetkiye dayanarak almış olduğu kararlara uymama durumu “*Emre Aykırı Davranış*” teşkil etmekte olup bunlara uymayanlar idari para cezası ile cezalandırılacaklardır (5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 32). Mülki idare amirlerinin kamu düzenini sağlamak maksadıyla aldığı ve usulüne uygun bir şekilde duyurduğu kararlara uyulmaması durumunda üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilebilir (5442 sayılı İl İdaresi Kanunu).⁶⁷

⁶⁶ “İmar ve İskan Bakanlığı” ismi zaman içerisinde çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bakanlık, tarihi süreç içerisinde 1983’te “Bayındırlık ve İskan Bakanlığı”, 2003’te “Çevre ve Orman Bakanlığı”, 2011’de “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı” ve 2021’de bugünkü haliyle “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı” olarak isimlendirilmiştir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Erişim 27/7/2023, <https://csb.gov.tr/tarihcemiz-i-7012>. Çalışmada aynen aktarmalar haricinde, mevzuatta geçen bakanlığın eski isimlendirmeleri yerine bugünkü haliyle “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı” ismi kullanılmıştır.

⁶⁷ Mustafa Arslan, “İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 52 (Temmuz-Aralık 2018), 181-182. Benzer şekilde

3. İdarenin Birtakım Planlama Faaliyetlerinde Doğal Afetlerin Etkisi

İdarenin planlama faaliyetleri kamu hizmeti şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kolluk faaliyeti şeklinde de ortaya çıkabilir. Kamu düzeninin korunması faaliyetleri kapsamında bu alanda karşılaşılabilecek bir diğer idari kolluk faaliyeti, idarenin şehir planlama faaliyetleridir. İdare, şehir planlama faaliyetleri ile bir yandan kamunun dirlik ve esenliğini korurken, diğer yandan da sağlık açısından yaşanabilir yerleşim yerleri oluşturmayı hedeflemektedir. Bu kapsamda mevzuatta çeşitli kanunlarda bu amaçlara uygun çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

İdarenin sadece afet sonrasında değil afet öncesinde de afetlerden *zarar görmesi muhtemel olan yerlerde* gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tedbirlerin alınmaması halinde idarenin hizmet kusuru ortaya çıkar.⁶⁸

Afet bölgesindeki bir topluluğun kaldırılarak başka yerlere taşınması mümkündür. Genel hayata etkili afetlerden önce ya da sonra, kesin gereklilik halinde yerleşim yerinin bir kısmının ya da tamamının kaldırılarak başka mahallelere topluca ya da dağıtılarak yerleştirilmesi, yetkili idare tarafından kanunda belirtilen prosedüre uyularak gerçekleştirilebilir. Bu durumda afetzedelerin taşınması ile ilgili giderler afetler fonundan karşılanır (7269 sayılı Kanun md. 16).

İdareye tanınan bu yetki OHAL uygulaması anlamına gelmemektedir. Bu düzenleme olağan dönemlerde de doğal afet durumlarında idarenin yetkilerinin genişleyebileceği anlamına gelmektedir. Bu düzenleme ile idareye yerleşim yerinin kesin olarak değiştirilmesi gereken hallerde yerleşim yerini düzenleme ya da yer değiştirme yetkisi tanınmıştır. Bu, idare için aynı zamanda bir görevdir.⁶⁹ Bu yetki de olağan dönemler bakımından *olağanüstü tedbir* olarak değerlendirilebilecek bir idari kolluk yetkisidir.

Afet bölgelerinde fen kurulları tarafından tehlikeli görülen ve sınırları krokilerle belirlenen yerler, yapı ve ikamet için yasaklanmış yerler sayılır ve bu durum belediye ya da köy ihtiyar meclisi tarafından ilan edilir. Doğal afet nedeniyle hasara uğramış şehir ve kasabaların gerek görülmesi halinde şehir planlarında, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından öncelikli olarak değişiklik yapılabilir ya da yaptırılabilir (7269 sayılı Kanun md. 14 ve 15).

Orman Kanunu'nun 110 ve 111. maddelerinde bu kanunda belirtilen yasakların ihlal edilmesi halinde idari ve adli para cezası ile hapis cezası verilmesi gibi çeşitli cezalar öngörülmüştür.

⁶⁸ Ömer Can Alkan- Ahmet Yıldız, "İdare Hukuku Açısından Deprem", *Deprem Hukuku Başvuru Kitabı*. Umur Yıldırım vd. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 186.

⁶⁹ Kozanoğlu, *Doğal Afetler*, 97.

Doğal afet dönemlerinde idareye tanınan bu yetkiler, afetlerin etkilerinin azaltılması ve olaya gereği gibi müdahale bakımından son derece yerinde düzenlemelerdir. Bununla birlikte bazı doğal afetler, ilgili kanunlarda belirtilenlerden daha fazla idari tedbir alınmasını gerektirebilir. İdarenin şehir planlamasına ilişkin çeşitli yetkileri ve görevleri imar mevzuatında karşımıza çıkmaktadır. Kamuoyunda “*Kentsel Dönüşüm Yasası*” olarak adlandırılan 6306 sayılı Kanun, doğal afetin etkilerini düzenleyen kanunlardan bir diğeridir. Riskli alanlar burada, şehir planlaması yapılırken idareye planlama yetkisi veren bir etken olarak düzenlenmiştir. Riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında idarenin kolluk yetkilerini genişleten birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı bu alanlarda toplulaştırma işlemleri, satın alma, ön alım hakkı, kiralama gibi çok çeşitli haklara ve yetkilere haiz kılınmıştır.

Birtakım hukuki sonuçlar bağlanmış olan *riskli alanları*⁷⁰ Cumhurbaşkanı belirleyebilir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ya da uygulamayı yürütmesi durumunda Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, idare rezerv yapı alanlarında ve riskli alanlarda her türlü yapılaşma ve imar işlemlerini iki yıl süreyle geçici olarak durdurabilir. Gerek bulunması halinde bu süre bir yıl daha uzatılabilir (6306 sayılı Kanun md. 2 ve 4).

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın imar yetkisinin bulunduğu haller arasında umuma müessir doğal afet halleri de bulunmaktadır. Buna göre imar ve yerleşme planlarının tamamını ya da bir kısmını, ilgili belediyelere ya da diğer idarelere bu yolda bilgi verilerek ve gerektiğinde iş birliği sağlanarak değiştirmeye, resen onaylamaya ve bunlarda değişiklik yaptırmaya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yetkilidir. Afet dönemlerinde risk taşıyabilecek riskli yapıların yıkımına idare tarafından karar verilebilir. Bu karara uyulmaması durumunda idari yaptırım uygulanabilir (İmar Kanunu md. 9 ve 42).

Örneklerle ifade edildiği üzere doğal afetler, olağan dönemlerde bile çeşitli kanuni düzenlemeler ile idareye geniş yetkiler verilmesi konusunda sebep unsurunu oluşturmaktadır. Doğal afetlerin etkilerinin azaltılması ya da ortadan kaldırılması gerekçesiyle idarenin kolluk yetkilerinin genişletilmesini, durumun gereği olarak değerlendirmek isabetli olacaktır. Zira bu dönemler çoğunlukla, işin doğası gereği ani karar almayı, olaya yerinde müdahaleyi gerektiren, ayrıca olağanüstü birtakım tedbirleri gerektirebilen dönemlerdir. Bu nedenle

⁷⁰ Riskli alan kavramı 6306 sayılı Kanun md. 2/1-ç'ye göre; “*Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alanı...*” ifade eder.

kanımızca çeşitli kanunlarda zikredilen yetkiler ve bu yetkilerin kullanılması konusunda idareye tanınan takdir yetkisi kamu yararını gerçekleştirmeye yöneliktir.

Her bir bölgede meydana gelebilecek doğal afetin tespiti, risk yönetiminin sağlanması bakımından *Afet Bakanlığı* oluşturularak bu alandaki planlama, koordinasyon, denetim gibi faaliyetlerin tek bir çatı altında toplanması, yürütülen idari kolluk faaliyetlerinin ve kamu hizmetlerinin etkinliğini artıracaktır.

4. Haberleşme, İletişim ve Ulaşım Gibi Hizmetlerde Getirilebilecek Yükümlülükler ve Kısıtlamalar

Doğal afet dönemlerinde haberleşme, ulaşım ve iletişim gibi birtakım hizmetler konusunda, çeşitli kanunlarda düzenlemeler yapılmıştır. Rasathanelere, gerçekleşmesi muhtemel afetleri bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Elleri haberleşme araçları, haber ulaştırma imkânları olan askeri ve mülki bütün resmi müesseseler ve makamlar meydana gelen afetlerin haberini, mahallin en büyük mülki idare amirine derhal bildirmekle yükümlüdürler. Gerçekleşen afetlerin ihbarı ya da yardım talepleri için yapılacak telefon, telgraf, telsiz haberleşmelerini, telgraf ve telefon merkezleri, askeri haberleşme birimleri ve demiryolu istasyonları öncelikli olarak parasız kabul etmeye ve ilgililerine ulaştırmaya mecburdurlar. Gerekmesi halinde radyo istasyonlarından da ücretsiz istifade edilir (7269 sayılı Kanun md. 8).

Afet anlarında acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi, bir ilke olarak benimsenmiştir. Afet durumlarında haberleşmenin kesintisiz bir şekilde devam edebilmesi için gerekli önlemlerin alınması öngörülmüştür (5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu⁷¹ md. 4/1-h ve 12/2-ğ). Diğer yandan yangın ihbarında devlete ait her türlü mülki ve askeri haberleşme araçlarından derhal ve parasız olarak yararlanılır (Orman Kanunu md. 68).

Yayın araçlarına doğal afetler konusunda halkı bilinçlendirmek amacıyla belirli sürelerle yayın yapma zorunluluğu getirilmiştir. Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu ile ulusal, yerel ya da bölgesel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar, bir ay içerisinde en az doksan dakika kentsel dönüşüm, afet ve afet risklerinin azaltılması konusunda eğitici ve uyarıcı içerikte yayın yapmak zorundadır. Bunların denetimi Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından yapılır. (6306 sayılı Kanun md. 8/9).

⁷¹ RG, 27050 (Mükerrer) (10/11/2008).

Doğal afet dönemlerinde idarenin genişleyen kolluk yetkileri, kişilerin belli bir bölgeye girmesinin engellenmesi ya da birtakım işlerin tatili şeklinde de tezahür edebilir.⁷² Esasında bu tedbirler orman yangını gibi olası bir afetin önüne geçmek amacıyla da getirilebilir (Orman Kanunu md. 76).

İlgili kanunlarla tüm haberleşme ve iletişim vasıtalarına idareye müdahale ve kişilerin seyahat hürriyetine kısıtlama getirme yetkisinin tanınması gibi önlemlere ilişkin hükümler yerinde düzenlemeler olup doğal afet dönemlerinde gerekli müdahalenin daha kısa zamanda ve yerinde yapılmasında kolaylık sağlamaktadır. Fakat bu müdahalelerin ve kısıtlamaların kanuni sınırlar içerisinde, amacına uygun bir şekilde yetkili organ tarafından yapılması konusunda idarenin azami hassasiyet göstermesi gerekir.

5. Kişiler Lehine Yapılan Bir Kısım İdari Kolluk Faaliyetleri

Kolluk faaliyetleri kural olarak kişilere yükümlülük, temel haklara ve hürriyetlere sınırlama getirebilen işlemlerdir. Doğal afet dönemlerinde alınan bir kısım idari kolluk tedbirlerinin kişilere yükümlülük getirmekten ziyade kişiler lehine yapılmış düzenlemeler şeklinde tezahür etmesi de mümkündür. Kamu alacaklarının yapılandırılması, ortadan kaldırılması, kredi imkânlarının sunulması, kişilerin hak kaybına uğramaması için yargısal ve kurumsal başvuru sürelerinin durdurulması gibi birtakım tedbirler, idarenin kamu düzeninin bozulmaması maksadıyla almış olduğu idari kolluk tedbirleri arasında bulunmaktadır.

Yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler 213 sayılı Vergi Usul Kanunu⁷³ bakımından mücbir sebep sayılan hallerdendir. Mücbir sebep hallerinin varlığı durumunda sebep ortadan kalkıncaya kadar süreler işlemez ve bu durumda tarh zamanaşımı işlemeyen süreler kadar uzar. Mücbir sebep hallerine dayanarak, bölge, il, ilçe, mahal ya da afete maruz kalanlar itibarıyla mücbir sebep hali ilân etmeye ve bu zaman zarfında vergi ödevlerinden yerine getirilemeyecek olanları tespit etmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir (Vergi Usul Kanunu md. 13 ve 15).

Afetzedelere yeni yerleşim alanlarının açılması maksadıyla, mera vasfı taşıyan yerlerin hazine adına arsa olarak tahsis edilmesi mümkündür. Kadastrosu yapılmış yerlerin ikinci kez kadastrolarının yapılamayacağına ilişkin hüküm bu taşınmazlar bakımından uygulanmaz.

⁷² Örneğin Orman Kanunu md. 74: *“Orman idaresinin göstereceği lüzum üzerine mahallerinin en büyük mülkiye amirleri, kuraklık veya yangın olup da henüz söndürülmüş fakat sirayet ihtimalleri tamamen bertaraf edilmemiş olmak gibi fevkalade zamanlarda muayyen bir müddet için ormanlara girmeyi men ve oralardaki her türlü işlerin tatilini emredebilirler”.*

⁷³ RG, 10703 (10/1/1961).

Ayrıca Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından fen ve bilim bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına da dönüştürülmesi mümkün bulunmayan orman sınırları dışına çıkarılmış ve çıkarılacak bölümler, birtakım afetzedelerin iskanının temini maksadıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına devredilebilir. Devlet ormanları, Orman Kanunu'nun 17/3. maddesinde belirtilen hükümlere göre bazı afetzedelerin iskanının sağlanması için kırk dokuz yıl süreyle bedelsiz olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına tahsis edilebilir. Bunların yanı sıra olağan dönemde karşılaşılabilecek kimi yükümlülük ya da prosedürlerden muafiyetler de getirilmiştir (7269 sayılı Kanun Ek md. 9, 10 ve 11). Afetzedeler için yapılacak binalar konusunda gerek görülmesi durumunda kamulaştırma mevzuatı çerçevesinde kamulaştırma da yapılabilir (7269 sayılı Kanun md. 24).

Ülkemizde gerçekleşen 06/2/2023 tarihli Kahramanmaraş depremlerinden sonra ilan edilen OHAL döneminde çıkarılan birtakım Cumhurbaşkanlığı kararları ile doğal afetten zarar görenlere çeşitli hibe ve kredi imkânları tanınmıştır. Yapılan düzenlemelerle, deprem bölgelerinde yargısal sürelerin ve vergiye ilişkin sürelerin durdurulması gibi bazı tedbirler alınmıştır.⁷⁴ 7504 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁷⁵ ile mücbir sebep sayılan haller Cumhurbaşkanlığı tarafından uzatılarak afet bölgelerinde birtakım kamu alacaklarının ertelenmesi ya da taksitlendirilmesi yapılmıştır.

Bunların haricinde kentsel planlamalarda, afet mağduru kişilerin uğramış olduğu birtakım zararların kısmen ya da tamamen karşılanması, kentsel dönüşüm planlamalarının yapılması, konut edinme konusunda çeşitli fırsat ve imkânların sunulması gibi idari faaliyetler yapılmaktadır.

B. OHAL DÖNEMLERİNDE İDARENİN GENİŞLEYEN KOLLUK YETKİLERİ

1. OHAL Sebebi Olarak Doğal Afet

Genel hayatı etkileyen doğal afet dönemlerinde idareye, çeşitli kanunlarda önemli yetkiler tanınmış olsa da Anayasa'da doğal afetler OHAL sebepleri arasında düzenlenmiştir. Zira kimi

⁷⁴ Bkz. 7259 sayılı Kanun Geçici md. 20; Örneğin Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanan "Olağanüstü Hal Kapsamında Deprem Sebebiyle Yerleşim Yerini Değiştiren Kişilerin Haklarının Korunmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nde 06/2/2023 tarihinde gerçekleşen depremler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi kabul edilen yerlerde, bu tarih itibarıyla yerleşim yeri bulunanların yerleşim yerini değiştirmesi durumunda, bu kişilere deprem nedeniyle kanunlar, diğer mevzuat ve idari tasarruflar uyarınca tanınmış olan hakların kayba uğramayacağı belirtilmiştir.

⁷⁵ RG, 32261 (26/7/2023). 7326 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ve 7256 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a dayanmaktadır.

durumlarda ilgili kanunlarda öngörülen tedbirler ve yetkiler, doğal afetlerin etkilerini ortadan kaldırma bakımından yeterli olmayabilir.

Anayasa’da tek maddede düzenlenen OHAL yönetimi kendine özgü belirleyici kurucu unsurları olan ve “*nedene bağlılık*” ön koşuluna bağlanmış olan bir yönetim tarzıdır. Bu bağlamda yürütme yetkisini ve görevini tek başına kullanan Cumhurbaşkanı, OHAL yönetimine geçiş kararını keyfi bir şekilde veremez.⁷⁶ Cumhurbaşkanının OHAL ilan edebileceği durumlardan birisi “*tabii afet*” olarak düzenlenmiştir. Doğal afetler ve bunların etkileri kimi durumlarda olağanüstü bir hal alabilir.

Anayasa’nın 119. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı ülkenin tamamında ya da bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere OHAL ilan edebilir. Savaş ve mücbir sebep nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması durumu hariç olmak üzere; OHAL esnasına çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri üç ay içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde OHAL’de çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar. Meclis gerekli gördüğü takdirde OHAL’in süresini kısaltabilir, uzatabilir ya da OHAL’i kaldırabilir.

OHAL dönemleri, olağan dönemlere göre temel hakların ve hürriyetlerin -Anayasa’da belirtilen istisnalar haricinde- daha fazla sınırlandırılabilirdiği dönemler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu dönemlerde kanuni düzenlemelerle getirilmiş güvencelere aykırı birtakım düzenlemeler yapılabilir. Böylelikle bu dönemde doğal afetlerin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması maksadıyla idarenin bir kısım kişi haklarına ve hürriyetlerine müdahale yetkisi genişleyebilmektedir.

Doğal afetler bazı Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, bu esnada ortaya çıkabilecek ölümler ve diğer zararlar nedeniyle devletin birtakım usuli ve pozitif yükümlülüklerinin olduğu dönemler olarak ifade edilmiştir.⁷⁷

⁷⁶ Bülent Yücel, “Kahramanmaraş Depreminin Hukuksal Yansıması: (Olağanüstü Hâl (Ohal) Yönetiminin Anayasal Anlamı)”, *Ankara Barosu Dergisi* 81 (Deprem Özel Sayısı Ekim 2023), 4.

⁷⁷ Adem Ersin Bayra, “Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı ve Deprem”, *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. 24-25 Mayıs 2021. ed. Ayşe Nuhoğlu- Fulya İlçin Gönenç (İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları, 2021), 68; AYM, Başvuru No: 2012/752 (17/9/2013), Erişim 17/7/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi depremlerin devletlerin engelleyemeyecekleri olaylar olduğunu, devletlerin deprem felaketinin etkilerini en aza indirmek için birtakım tedbirler alabileceğini, yaşam hakkının doğal afetlerle tehdit edilmesi durumunda da geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda devletlerin doğal afetleri önleme yükümlülüğünün kapsamı, özellikle arazi düzenlemesi ve imar denetimi çerçevesinde depremlerle baş edecek önlemlerin alınmasını içerir. Seydi Çelik, “Sosyal Haklar ve Devletin Yükümlülükleri Bağlamında AİHM’in Doğal

Doğal afet hallerinin Anayasa’da Cumhurbaşkanına tek elden OHAL ilanı ve bu dönemde OHAL kararnamesi çıkarma yetkisinin tanınması gerekli ve yerinde bir düzenlemedir. Kanunlarda idareye verilmiş olan çok çeşitli idari yetkiler kimi doğal afetlerde yetersiz kalabilir. Zira ilgili kanunlarda idarenin kolluk yetkileri olağanın dışında genişletilmiş olsa bile OHAL Kanunu ile diğer kanunlarda bulunmayan birtakım tedbirlerin alınabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle kanunlardaki düzenlemelerin Anayasa’nın Cumhurbaşkanına vermiş olduğu OHAL ilanı yetkisini gereksiz kılacak boyutta olmadığı değerlendirilmektedir. Zira OHAL dönemlerinde temel haklara ve hürriyetlere 7269 sayılı Kanun’da ve doğal afetlere ilişkin düzenlemeler içeren diğer kanunlarda belirtilen kısıtlamalardan daha fazla kısıtlama getirilebilir ve daha sert tedbirler alınabilir.

Diğer yandan OHAL ilanı sonrasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve kararlarıyla ülkede ya da afet bölgesinde uygulama bütünlüğü sağlanmakta ve bürokrasi sorunu ortadan kalkmaktadır. Yetkili kolluk makamları, kanunun kendisine tanıdığı yetkileri kullanmakta çekinceli davranabilir ya da ilgili konularda amirinden talimat gelmesini bekleyebilir. Bu ise yapılması gereken işlemlerin gecikmesine, ortaya çıkan zararın daha da artmasına neden olabilir.

06/2/2023 tarihli Kahramanmaraş depremleri sonrasında Cumhurbaşkanı tarafından, 08/2/2023 tarihinde 6785 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı’yla depremin ağır hasar bıraktığı on bir ilde OHAL ilan edilmiştir.⁷⁸ Bu dönemde deprem bölgelerinde yaşayanlar ve depremden etkilenen diğer bir kısım kişiler bakımından bazı kararlar alınmış, çeşitli OHAL kararnameleri çıkarılmıştır. Bu kararnamelerde depremden etkilenen vatandaşların sosyal alandaki haklarının ve menfaatlerinin tesisi ve korunması amacıyla alınacak tedbirler düzenlenmiştir. Yükseköğretim, yargı, sosyal hizmet gibi alanlar ile kamu alacakları ve alımları konusunda alınan tedbirler buna örnek olarak gösterilebilir.

Afetlerden Doğan Zararlara İlişkin Yaklaşımı”, *Uluslararası Sosyal & Hukuk Çalışmaları Kongresi*. ed. Mustafa Çakır (İstanbul: Legal Yayınları, 2018), 188.

⁷⁸ 06/2/2023 tarihinde meydana gelen depremlerin önemli derecede hasar oluşturduğu kabul edilen Adıyaman, Adana, Hatay, Gaziantep, Diyarbakır, Kahramanmaraş, Kilis, Şanlıurfa, Osmaniye ve Malatya’da 6785 sayılı 8/2/2023 tarihli Cumhurbaşkanı Kararı üç ay süre ile OHAL ilan edilmesine karar verilmiştir. RG, 32098 (8/2/2023). Bu depremlerden önemli derecede zarar gören Elazığ ili ve Sivas’ın Gürün ilçesi, 6831 sayılı 22/2/2023 tarihli Cumhurbaşkanı Kararı ile afet bölgesi kapsamına alınmıştır. RG, 32113 (23/2/2023).

2. OHAL Döneminde Temel Hakların ve Hürriyetlerin Kısıtlanması ve Bu Yetkinin Sınırı

a. OHAL Dönemlerinde Temel Hakların ve Hürriyetlerin Sınırlanması

İdari kolluk temel hakları ve hürriyetleri sınırlandırmanın yanı sıra zor kullanma yetkisiyle de donatılmıştır. Bu açıdan kamu düzeni ile temel haklar ve hürriyetler arasında bir gerilim mevcuttur. Kamu düzeninin tesisi ile temel haklar ve hürriyetler arasında bir dengenin sağlanması için kolluk yetkilerinin hukuka uygun kullanılması veya sınırlarının belirlenmesi hayati öneme sahiptir. Bu sınırlandırma demokratik hukuk devletinin gereğidir.⁷⁹

Temel hakların ve hürriyetlerin sınırlandırmasında özel hüküm niteliği taşıyan Anayasanın 13. maddesi⁸⁰ uyarınca olağan dönemler bakımından idari kolluk tedbirleri, kanuna dayanma ilkesinin yanı sıra demokratik toplum düzeninin ve bu düzenin bir unsuru olan laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Bu kapsamda ölçülülük ilkesi kamu düzeninin ihlaliyle orantılı tedbirlerin alınmasını, ihlal ihtimalinin ya da tehlikesinin sınırlı olduğu zamanlarda ve yerlerde bu tedbirlerin de sınırlı tutulmasını ifade eder. Kamu düzenini ihlal etme ihtimalinin yüksek olduğu yerlerde ve zamanlarda kolluk tedbirlerinin, işlem ve eylemlerinin dozu da artar. Fakat bu tedbirlerin getirilmesindeki amacın kamu düzeninin tesisi ve korunması olduğu unutulmamalıdır.⁸¹ Kolluk faaliyetleri ölçülülük ilkesi çerçevesinde kalmalıdır ve kolluk yetkisi, kolluk makamlarınca kendilerine tanınmış olan yerde kullanılmalıdır.⁸²

Ölçülülük ilkesi kolluk alanında etkin denetimin önemli vasıtalarından birisidir. İdari kolluk faaliyetleri ölçülülük ilkesinin rahat ve açıkça uygulanabileceği bir alandır. Bu ilke idarenin kolluk faaliyetlerinin uygulanması anında dikkate alındığı gibi aynı zamanda idari kolluk faaliyetlerinin denetlenmesi aşamasında da devreye sokulabilir. İdare temel haklara ve hürriyetlere en çok kolluk alanında müdahale edebildiği için bu alanda ölçülülük ilkesi daha fazla önem taşımaktadır. İdari kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesi idareyi sınırlayıcı, bireyi ise koruyucu bir fonksiyon taşımaktadır.⁸³

Çeşitli düzenlemelerde karşılaşılabilen idarenin kolluk yetkisinin sınırlarından birisini “*kolluk eylemlerinde amaç unsuru*” oluşturmaktadır. Kamu düzeninin bozulmasını engellemeye

⁷⁹ Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, 163.

⁸⁰ Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 312.

⁸¹ Yayla, *İdare Hukuku*, 59.

⁸² Atay, *İdare Hukuku*, 343.

⁸³ Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 71-72.

yönelik kolluk faaliyetlerinin her somut olay bakımından sadece o amaca ulaşmayı mümkün kılan araçlarla ve ölçüde kullanılması zorunludur. Kullanılış biçiminde ya da kullanılan araç-gereçlerde ya da kullanılma zamanında bu ölçüyü az da olsa aşan bir faaliyet, meşruluğa engel olarak hukuka aykırı bir durum ortaya çıkar.⁸⁴

Bu tedbirlerin ötesinde, gerek görülmesi durumunda OHAL dönemlerinde temel hakların ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen ya da tamamen durdurulması mümkün kılınmıştır (Anayasa md. 15). OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden içerik olarak farklı özellik taşıyabilir. Olağan dönemlerde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde konu bakımından sınırlama getirilmiştir. OHAL döneminde ise Cumhurbaşkanı olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesinde belirtilen⁸⁵ sınırlamalara tâbi olmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmi Gazete'de yayımlanarak, aynı gün Meclisin onayına sunulur (Anayasa md. 119/6).

OHAL döneminde temel hakların ve hürriyetlerin sınırlanması konusunda Cumhurbaşkanına daha geniş yetkiler verilse de Anayasa'da bu dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini konu bakımından bağlayan birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre OHAL dönemi bile olsa Anayasa md. 119/6 uyarınca Cumhurbaşkanı ancak OHAL'in gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasa md. 15/1'de savaş, seferberlik ve OHAL dönemlerinde temel hakların ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması konusunda, “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler” ve “durumun gerektirdiği ölçü” kriterleri, temel hakları ve hürriyetleri sınırlama kriteri olarak düzenlenmiştir. Sınırlamalar yapılırken aynı zamanda Anayasa md. 15/2'de belirtilen çekirdek alan olarak ifade edilen haklar ve hürriyetler korunmalıdır.⁸⁶ Anayasa md. 15/2'ye göre “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...)11 dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”.

⁸⁴ Özey, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, 316.

⁸⁵ Anayasa md. 104/17'de belirtilen ikinci cümle şu şekildedir: “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.”

⁸⁶ Gözler- Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 401-402.

OHAL dönemlerinde alınabilecek tedbirlere ilişkin düzenlemeler OHAL Kanunu'nda⁸⁷ yapılmıştır. Buna göre bu dönemde gerek görülmesi durumunda öncelikle o bölgedekilerden başlamak üzere kamu kurum ve kuruluşları, gerçek kişiler ile tüzel kişiler, ihtiyaç duyulan giyecek ve yiyecek de dahil olmak üzere arazi, arsa, bina, araç, tesis, gereç, teçhizat, ilaç gibi maddeleri vermeye yükümlüdürler (OHAL Kanunu md. 7). OHAL yönetimine tanınan yetkiler OHAL bölgesiyle sınırlıdır. Bu sebeple OHAL yönetimi, OHAL bölgesi ve süresi dışında etkili olacak işlem yapamaz.⁸⁸

Diğer yandan OHAL döneminde bölgeye giriş ve çıkışların yasaklanması, belli bölgelere yerleşimin yasaklanması, bazı bölgelerin tahliye edilmesi, bölgedeki eğitim öğretim faaliyetlerine ara verilmesi, öğrenci yurtlarının belli süreyle ya da süresiz olarak kapatılmasına karar verilmesi gibi birtakım tedbirler alınabilir. Bölgede görev yapan personelin yıllık izinlerinin kaldırılması ya da sınırlandırılması, bölgedeki tüm haberleşme araçlarından ve gereçlerinden faydalanmak ve gerektiğinde bunlara geçici olarak el koymak, deniz, hava ve kara trafiğine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye girişlerini ve çıkışlarını yasaklamak ya da bunları kayıt altına almak OHAL döneminde idarenin genişleyen kolluk yetkileri olarak görülmektedir (OHAL Kanunu md. 9).

OHAL valisine, afet bölgesinde görevli olan personelden adli ve askeri personel hariç Devlet Memurları Kanunu kapsamında kalan diğer personele disiplin cezası verebilme yetkisi tanınmıştır (OHAL Kanunu md. 32).

Görüldüğü üzere OHAL döneminde, 7269 sayılı Kanun ve 6306 sayılı Kanun gibi afetlere ilişkin düzenlemeler içeren kanunlarda belirtilen tedbirlerden daha fazla kısıtlama getirilmesi mümkündür. Bu kapsamda doğal afetler hukuk sistemimizde, ekonomiden yerleşim yerine, ulaşımdan haberleşmeye, çalışma yükümlülüğünden mallara el konulmasına kadar çok geniş bir alanda idarenin kolluk yetkilerini genişleten bir faktördür. Öngörülen tedbirler ile öncelikli olarak kişinin yaşam hakkı, maddi ve manevi bütünlüğü gibi temel insan haklarının korunması hedeflenmektedir. Bu nedenle çatışan menfaatler arasında yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün önceliği olduğu tartışmasıdır⁸⁹.

⁸⁷ OHAL döneminde uygulanabilecek kanunlardan bir diğeri 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu olmakla birlikte, doğal afet sebebiyle ilan edilen OHAL kapsamında uygulama alanı bulmamaktadır.

⁸⁸ Okay Tekinsoy, "Kolluk Faaliyetleri", 660.

⁸⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 96. maddesine göre "*Olağanüstü hal, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurları, çekilme istekleri kabul edilmedikçe veya yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar*". Bu düzenleme ile olağanüstü hallerde

b. OHAL Dönemindeki İdari Kolluk Faaliyetlerinin Yargısal Denetimi

OHAL yönetimi idarenin kolluk yetkilerinin genişlediği bir usul olmakla birlikte OHAL yönetiminin de Anayasal sınırlar içerisinde kalması ve bu dönemde yapılan idari işlemlerin de yargısal denetimlerinin yapılması gerekir. Fakat bu dönem olağan dönemlere göre temel hakların ve hürriyetlerin daha fazla sınırlanabildiği ve kullanılmasının durdurulabildiği bir dönem olarak yargısal denetime ilişkin birtakım sınırlamalar yapılmıştır.⁹⁰

Doğal afet döneminde karşılaşılabilecek bir idari işlem olarak OHAL döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi sorunu ortaya çıkmaktadır. AYM OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimi konusunda, 2016 yılına kadar vermiş olduğu bazı kararlarında⁹¹ bunların denetlenebileceğine hükmetmiştir. Buna göre OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerden Anayasa'nın OHAL dönemlerinde kanun hükmünde kararname çıkarılmasına ilişkin olarak öngördüğü şartları sağlamayanlar, OHAL kanun hükmünde kararnamesi sayılmayacağından Anayasa'da öngörülen yargısal denetim yasağına tâbi olmaz. Anayasa'nın “*olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda*” kanun hükmünde kararname çıkarılabileceğine ilişkin hükmü dolayısıyla, OHAL sebepleriyle ve amaçlarıyla ilgisi olmayan konularda çıkarılan ve uygulaması OHAL'in zaman ve yer açısından sınırlarını aşan kanun hükmünde kararnamelerin, OHAL kanun hükmünde kararnameleri olarak kabul edilerek yargı denetimi dışında bırakılması mümkün değildir.⁹²

AYM, 2016 yılında vermiş olduğu kararında⁹³ ise önüne gelen bir normun niteliğini tespit ederken bu *norma verilen adla bağlı olmadığını* belirtmekle birlikte, OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin anayasal denetiminin yapılamayacağına karar vermiştir. Buna göre AYM, OHAL kanun hükmünde kararnamesi adıyla yapılan bir işlemin Anayasa'da bu işlemin yapılmasına olanak tanıyan şartları sağlayıp sağlamadığına göre yargısal denetim kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinin, aslında bu işlemin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini de içerdiği ve Anayasa'nın buna izin vermediği

kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamak amaçlanmıştır. Kanun'un md. 125/E düzenlemesiyle de “...*olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak*” devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak tanımlanmıştır. RG, 12056 (23/7/1965).

⁹⁰ Okay Tekinsoy, “Kolluk Faaliyetleri”, 663-668.

⁹¹ Bkz. AYM, K 1991/1 (10/1/1991), RG, 21162 (05/03/1992); AYM, K 1991/20 (03/07/1991), RG, 21165 (08/03/1992); AYM, K 2003/42 (22/05/2003), RG, 25404 (16/03/2004).

⁹² K. Burak Öztürk- Ilgın Özkaya Özlüer. “Deprem Sonrası Mekansal Alan Kararlarının Olağanüstü Hal Kararnameleri ile Düzenlenmesi Hakkında Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi* 81 (Deprem Özel Sayısı Ekim 2023), 4.

⁹³ Bkz. AYM, K 2016/159 (12/10/2016) § 22-23, RG, 29878 (04/11/2016).

gerekeceğiyle, OHAL kanun hükmünde kararname adıyla yapılan işlemlerin yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁹⁴

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas açısından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla AYM'de dava açılmaz (Anayasa md. 148/1). Fakat OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri TBMM'nin onayından sonra kanuna dönüşeceği için bu aşamada birer kanun olarak AYM'nin yargısal denetimine tâbi tutulacaktır. Nitekim yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki aşama bakımından geçerlidir.⁹⁵ Anayasal sınırlamalar haricinde OHAL döneminde yapılan diğer idari kolluk işlemleri Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü uyarınca yargısal denetime tabidir.

SONUÇ

Doğal afetler idarenin kolluk yetkilerini büyük oranda genişletebilen etkenlerden birisidir. Bunda ilgili kanunlarda yapılan düzenlemelerle birlikte, Anayasa'da doğal afetlerin OHAL sebebi olarak düzenlenmesinin etkisi büyüktür. Esasında 7269 sayılı Kanun'daki ve ilgili diğer mevzuattaki düzenlemeler uyarınca zorla çalıştırma, taşınır mallara el koyma ve taşınmaz malları geçici işgal gibi olağanüstü olarak nitelendirilebilecek yetkilerin kullanılması için OHAL ilanı gerekli değildir. Bununla birlikte gerek OHAL Kanunu'nda belirtilen birtakım tedbirler gerekse temel hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi bakımından OHAL dönemi farklı özellikler gösterebilmektedir. Bu nedenle doğal afet hallerinde Cumhurbaşkanının OHAL ilan etme yetkisinin olması, doğal afetler konusunda idarenin durumun gereğine göre hareket etmesini sağlayacak bir vasıta olarak değerlendirilebilir.

Doğal afet dönemlerinde kolluk yetkileri çok sayıda idari makam ve organ tarafından kullanılmaktadır. Cumhurbaşkanı ve İçişleri Bakanı gibi merkezden yönetim organları ile belediyeler ve il özel idareleri gibi yerinden yönetim organları ilgili kanunlar uyarınca doğal afet dönemlerinde çeşitli yetkileri kullanabilmektedir. Bu durum acil müdahalenin gerektirdiği hallerde yetki karmaşasına, koordinasyon bozukluğuna neden olabilir, daha etkin ve verimli müdahaleye engel teşkil edebilir ya da en azından elde edilebilecek en yüksek verimin elde edilmesine mâni olabilir. Konunun hassasiyetinden dolayı idareye verilen bu yetkiler yerinde olmakla beraber, mevzuat çeşitliliği ve yapılacak kolluk faaliyetleri konusunda yetkili organların fazlalığı dezavantaj teşkil etmektedir.

⁹⁴ Öztürk- Özkaya Özlüer, “Deprem Sonrası Mekansal Alan”, 4.

⁹⁵ Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 36/1 (2019) 254-255.

Türk idari teşkilatı içerisinde tüm afetlere müdahale, afetleri yönetme konusunda sadece afetlerle ilgilenen *Afet Bakanlığının* kurulmasının, bu konuda sağlanan faydayı artıracığı değerlendirilmektedir. *Afet Bakanlığının* kurulması ve taşrada *İl Müdürlüklerinin* oluşturulması ile planlama, koordinasyon ve olaya müdahale bakımından daha etkin bir faaliyet gerçekleşecektir. *Afet Bakanlığı* bünyesinde kurulacak organlarla birlikte, yerel yönetim organlarından, bilim insanlarından ve ilgili sivil toplum örgütlerinden oluşan bir kurul oluşturularak farklı görüş ve önerilerin sunulmasına imkân tanınması doğal afetlerle mücadele etmede etkinliği artıracaktır.

KAYNAKÇA

Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü. Ankara: T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2014.

Aktaş, Sururi- Akkoyunlu, Sencer Abdullah. “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/1-2 (2016), 1-25.

Akyılmaz, Bahtiyar vd. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 16. Baskı, 2023.

Alkan, Ömer Can- Yıldız, Ahmet. “İdare Hukuku Açısından Deprem”. *Deprem Hukuku Başvuru Kitabı*. Umur Yıldırım vd. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2023.

Arslan, Mustafa. “İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş”. *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 52 (Temmuz-Aralık 2018), 175-196.

Atar, Yavuz. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 36/1 (2019), 241-259.

Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2022.

Bayra, Adem Ersin. “Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı ve Deprem”. *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. 24-25 Mayıs 2021. ed. Ayşe Nuhoğlu- Fulya İlçin Gönenç. 67-88. İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları, 1. Basım, 2021.

Benli, Hakan vd. *AFAD Türkiye’de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri*. Ankara: Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2018.

Bilgiç, Alper. *Düzenli Karmaşa: İç Güvenlik Yapılanmasında Çoklu Kolluk Sistemi*. Ankara: Gazi Kitabevi, 1. Baskı, 2019.

Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 14. Baskı, 2022.

- Çağlayan, Ramazan. *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2022.
- Çelik, Seydi. “Sosyal Haklar ve Devletin Yükümlülükleri Bağlamında AİHM’in Doğal Afetlerden Doğan Zararlara İlişkin Yaklaşımı”. *Uluslararası Sosyal & Hukuk Çalışmaları Kongresi*. ed. Mustafa Çakır. İstanbul: Legal Yayınları, 2018, 169-190.
- Dölek, İskender. *Afetler ve Afet Yönetimi*. Ankara: Pegem Yayınları, 3. Baskı, 2021.
- Gözler, Kemal- Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 25. Baskı, 2023.
- Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut. *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*. 1. Cilt. Ankara: Turhan Kitabevi, 11. Bası, 2016.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınları, 10. Baskı, 2015.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri*. 2. Cilt. Ankara: Seçkin Yayınları, 5. Baskı, 2021.
- Kozanoğlu, Gonca. *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2020.
- Oğurlu, Yücel. *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2002.
- Okay Tekinsoy, Özge. “Kolluk Faaliyetleri”. *İdare Hukuku*. ed. Turan Yıldırım. İstanbul: On İki Levha, 8. Baskı, 2020.
- Osmanoğlu, Bilal. “Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerinde Bir İnceleme”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26/2 (2020), 946-979.
- Özay, İl Han. “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”. *Journal of Istanbul University Law Faculty* 45/1-4, 315-319.
- Özay, İl Han. “İdari Kolluk-Adli Kolluk”. *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71/1 (2013), 947-962.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi Yayını, 3. Baskı, 2017.
- Özdemir, Halit Eyüp. “Türk Hukukunda İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğu”. *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. 24-25 Mayıs 2021. ed. Ayşe Nuhoğlu- Fulya İlçin Gönenç. 1-12. İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları, 1. Basım, 2021.
- Öztürk, K. Burak- Özkaya Özlüer, Ilgın. “Deprem Sonrası Mekansal Alan Kararlarının Olağanüstü Hal Kararnameleri ile Düzenlenmesi Hakkında Bir Değerlendirme”. *Ankara Barosu Dergisi* 81 (Deprem Özel Sayısı Ekim 2023), 1-18.

Sözcü, Ufuk. *Doğal Afetler ve Doğal Afet Okuryazarlığı*. Ankara: Pegem Akademi, 2. Baskı, 2019.

Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2022.

Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı, 2010.

Yıldırım, Turan. “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”. *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 293-314.

Yılmaz, Harun. *7068 Sayılı Kanundan Hareketle Genel Kolluk Disiplin Rejimi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2022.

Yücel, Bülent. “Kahramanmaraş Depreminin Hukuksal Yansıması: (Olağanüstü Hâl (Ohal) Yönetiminin Anayasal Anlamı)”. *Ankara Barosu Dergisi* 81 (Deprem Özel Sayısı Ekim 2023), 1-14.

AFAD ve Tarihçesi, Erişim 16/7/2023, <https://www.afad.gov.tr/afad-hakkinda>.

Anayasa Mahkemesi, Erişim 17/7/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Erişim 27/7/2023, <https://csb.gov.tr/tarihcemiz-i-7012>.

UNDRR, Erişim 31/7/2023, <https://www.undrr.org/terminology/disaster>.

TÜSİAD, Erişim 31/7/2023, <https://tusiad.org/tr/basin-bultenleri/item/11220-afet-bakanligi-oneri-si>.

Ahaber, Erişim 31/7/2023, <https://www.ahaber.com.tr/galeri/gundem/afet-bakanligi-nedir-kuruluyor-mu-ne-zaman-afet-bakani-kim-olacak-belli-oldu-mu-afad-kime-bagli-olacak/5>.

TRT Haber, Erişim 31/7/2023, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/sinan-ogan-trtde-propaganda-konusmasini-yapti-765545.html>.

Güncel Türkçe Sözlük, Erişim 31/8/2023, <https://sozluk.gov.tr/>.



Müteselsil Kefalet ile Müteselsil Borçluluk Kurumlarının Karşılaştırılması

Comparasion of Institutions of Joint Surety and Joint Indebtedness

Araş. Gör. Meltem BULUT*

Öz

Kişisel teminat sözleşmeleri, alacaklıya şahsi bir güvence sağlayarak teminat verenin borçlunun borcundan dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olmasını ifade eder. Bu kapsamda, kefalet sözleşmesi uygulamada en çok rastlanan kişisel teminat sözleşmesidir. Bununla birlikte müteselsil borçluluk da alacağı güvence altına alan kişisel teminat sağlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ortak noktaları, alacaklıya teminat sağlamak olan bu iki kurumun düzenleniş amaçları birbirinden farklıdır. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluğun ayrımı bakımından özellikle aslilik-fer'ilik ve talilik kıstasları önem taşımaktadır. Zira iki kurumun ayrımı, bu kıstaslar doğrultusunda ortaya çıkan farkları ifade etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Müteselsil Kefalet, Müteselsil Borçluluk, Kişisel Teminat, Aslilik-Fer'ilik, Talilik.

Abstract

Personal guarantee agreements provide a personal guarantee to the creditor, making the guarantor liable for the debtor's debt with all of its assets. In this context, the surety agreement is the most common personal guarantee agreement in practice. In addition, joint indebtedness also appears as an institution that secures receivables and provides personal guarantee. These two institutions, which have in common the provision of collateral to the creditor, have different objectives. In terms of the distinction between joint surety and joint indebtedness , the criteria of primary-secondary and subordinate are particularly important. Indeed, the distinction between the two institutions refers to the differences that arise in line with these criteria.

Keywords

Joint Surety, Joint Indebtedness, Personal Guarantee, Primary-Secondary, Subordinate.

* Araş. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan – Türkiye
E-posta: mbulut@erzincan.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6491-1266.

GİRİŞ

Ticari ve günlük hayatta ekonomik ve sosyal ihtiyaçların giderilmesi amacıyla borç ilişkileri kurulur ve bunun sonucu olarak tarafların karşılıklı üstlenmiş oldukları yükümlülükleri borç ilişkisine uygun şekilde yerine getirmeleri beklenir. Bununla birlikte alacaklının, alacağını kısmen veya tamamen elde edememe riskinin bulunduğu durumlarda, üçüncü bir kişinin veya bizzat borçlunun güvence göstermesi ile söz konusu risk ortadan kaldırılabılır. Borcun ifasını sağlama noktasında etkili bir hukuki imkân olan bu güvence, alacağın teminatla güçlendirilmesinden ibarettir.¹ Bu kapsamda, kişisel teminat sözleşmeleri uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan teminat sözleşmeleridir.² Kişisel teminat sözleşmelerinin başında kefalet sözleşmesi gelmektedir. Kefalet sözleşmesi dışında garanti sözleşmesi, borca katılma, müteselsil borçluluk, sözleşmeye katılma, kredi emri ve aval de kişisel teminat sağlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.³ Kişisel teminat sağlayan kurumların ortak noktaları, alacağın güvence altına alınması olduğundan, uygulamada hangi kişisel teminat türünün kullanıldığının tespiti noktasında bazen tereddütler gündeme gelebilir.

Çalışmada kişisel teminat sağlayan kurumlardan müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluğun birbirinden farkı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Zira kanun koyucunun müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluğa ilişkin hükümleri düzenleme amacı birbirinden farklıdır. Şöyle ki, kefaletle ilişkin hükümlerin büyük bir kısmı kefil korumak amacıyla getirilmesine rağmen müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümler alacaklının korunmasına hizmet etmektedir.⁴ Nitekim kefaletin aksine müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borçtan kurtulması mutlaka diğerlerinin de borcunun sona ereceği anlamına gelmez.⁵ Dolayısıyla alacaklının karşısında aynı borçtan sorumlu olan iki kişinin bulunması ihtimalinde bu kimselerin müteselsil kefil mi müteselsil borçlu mu olduğunun tespiti büyük

¹ Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Reha Poray'a Armağan* (1995), 266.

² Kişisel teminat sözleşmeleri, alacaklıya şahsi bir güvence sağlamak suretiyle teminat verenin, borçlunun borcundan dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu teminat sözleşmeleridir. Diğer bir ifadeyle teminat veren, üçüncü bir kişinin borcunu zamanında ve gereği gibi ifa etmesini sağlamak için kişisel itibarını ve gücünü ortaya koymaktadır. Bkz. Nami Barlas, "Yeni Medeni Kanun'un Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri", *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan* (2003), 2/571; Hüseyin Hatemi vd., *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992), 519-520; A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009), 6.

³ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Yayınları, 5. tıpkı basım, 2010), 2/689; Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Yayınları, 2012), 6-7.

⁴ Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971), 84; Fulya Erlüle, "Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması", *EÜHFD VII/1-2* (2003), 631; Ayşenur Şahin Caner, *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk* (İstanbul: On İki Levha Yayınları), 2017, 62.

⁵ Akıntürk, *Müteselsil*, 87; Erlüle, "Müteselsil", 632; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 62-62.

önem taşımaktadır. Bu hususlar dikkate alınarak çalışmada ilk olarak müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk kavramları ele alınmıştır. Daha sonra bu iki kurum, birtakım kıstaslar dikkate alınarak birbirinden ayırt edilmiştir. Son olarak ise, müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluğun farkları birtakım ayrımlar yapılmak suretiyle tespit edilmiştir.

I. MÜTESELSİL KEFALET VE MÜTESELSİL BORÇLULUK KAVRAMLARI

Türk Borçlar Kanunu m.586’da düzenlenen müteselsil kefalet, alacaklının, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden ihtara rağmen borcunu ödemekte geciken borçlunun borcu için doğrudan doğruya kefile başvurabildiği kefalet türüdür.⁶ Görüldüğü gibi alacaklının, borçluyu takip ederek hakkında aciz belgesi almasına ve rehinleri paraya çevirmesine (teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehni dışında) gerek olmaksızın kefile başvurabilmesi, müteselsil kefaleti adi kefaletten ayıran unsurlardır.⁷ Bu kapsamda, ilk olarak, alacaklının asıl borçluyu takip etmeksizin doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurabilmesi üzerinde durmak gerekir. Belirtmek gerekir ki, bu unsur alacaklının, asıl borçlu yerine müteselsil kefile takip etme yükümlülüğü altında olduğu anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, alacaklı asıl borçluyu takip edebileceği gibi asıl borçluyu takip etmeksizin borçlu yerine müteselsil kefile de başvurabilir.⁸ İkinci olarak ise, alacaklının rehni paraya çevirmeksizin müteselsil kefile başvurabilmesi de önem arzeder. Kanun koyucu müteselsil kefalette sadece taşınmaz rehni bakımından alacaklının rehni paraya çevirmeksizin müteselsil kefile başvurabileceğini düzenlemiştir. Taşınır ve alacak rehni bakımından ise, kural olarak, müteselsil kefalette de önce rehni paraya çevirme kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir (TBK m.586). Sonuç olarak, müteselsil kefalette adi kefaletten farklı olarak alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi definden çok daha sınırlı bir kapsamda yararlanabilir. Kanımızca, müteselsil kefaleti adi kefaletten ayıran söz konusu unsurlar, müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluğun yakınlaşmasına sebep olmaktadır. Zira müteselsil borçlulukta da alacaklı, borçlulardan her birinden borcun ifasını talep edebilir.

Türk Borçlar Kanunu m.162/f.1 hükmünde, müteselsil borçluluk, “*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil*

⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Basım, 2016), 775; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara: 2013), 169; Fahrettin Aral – Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Basım, 2012), 434; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Vedat Yayınları, 2. Basım, 2012), 2/341; Özlem Acar, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 7; Kasım Buluş, *Birlikte Kefalet Türleri ve Hükümleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 84-85; Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015), 25; Özen, *Kefalet*, 281-282.

⁷ Reisoğlu, *Kefalet*, 169; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 85.

⁸ Acar, *Müteselsil Kefalet*, 7.

borçluluk doğar” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu düzenleme müteselsil borçluluk kavramının tespiti bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu noktada müteselsil borçluluk doktrinde, bir hukuki işlem veya kanun hükmünden dolayı birden çok borçludan her birinin edimin tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu, alacaklının ise edimin ifasını borçlulardan istediği birinden, birkaçından veya tamamından talep etme hakkına sahip olduğu bir birlikte borçluluk hali olarak tanımlanmaktadır. Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan edimi ile ifa edilen kısım oranında borçluların borcu sona erer.⁹

II. MÜTESELSİL KEFALET İLE MÜTESELSİL BORÇLULUĞUN BİRBİRİNDEN AYIRT EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Müteselsil kefalet sözleşmesi ve müteselsil borçluluk kurumları teminat fonksiyonuna sahiptir. Bu bağlamda, müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk hali, alacaklının elini güçlendiren, alacağını kolayca tahsil etmesine hizmet eden kurumlar olup bunların ortak noktası, alacaklının borçlulardan istediğine başvurabilme hakkına sahip olmasıdır. Şöyle ki, müteselsil borçlulukta, alacaklı alacağının tamamını müteselsil borçlulardan istediğinden talep edebildiği gibi müteselsil kefalette de alacaklı asıl borçluya veya doğrudan doğruya kefile başvurabilir.¹⁰

Bu iki kurum arasındaki söz konusu benzerlik, müteselsil kefaletin müteselsil borçlulukla karışmasına sebep olabilmektedir. Hatta bu karışıklık 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m.487’de de bulunmaktaydı. Söz konusu hükmün düzenlenmesi esnasında kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan yapılan hatalı çeviri sonucu 487. madde metninde “... *müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu...*” kavramlarına yer verilmesi müteselsil kefalette, müteselsil borçluluğun esas alınacağı şeklinde yanlış bir kaniya sebebiyet vermekteydi.¹¹ Müteselsil

⁹ Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Yayınları, 6. Basım, 1988), 377; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 27. Basım, 2022), 1358-1359; Akıntürk, *Müteselsil*, 26; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Yayınları, 12. Basım, 2016), 2/461; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1054; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 19. Basım, 2023) 522; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 10-11.

¹⁰ Tandoğan, *Özel*, 2/703; Akıntürk, *Müteselsil*, 82-83; Erlüle, “Müteselsil”, 631; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 87.

¹¹ Tandoğan, *Özel*, 2/770; Hatemi vd., *Özel*, 527; Erlüle, “Müteselsil”, 629; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 28; Aral - Ayrancı, *Özel*, 435; Bununla birlikte doktrindeki baskın görüşe göre, müteselsil kefile asıl borçlu arasında TBK.m.162 bağlamında teselsül ilişkisi bulunmamaktadır. Müteselsil kefalette, “müteselsillik” ifadesi ile alacaklının asıl borçluya başvurmaksızın doğrudan doğruya kefil takip edebilmesi kastedilmektedir. Bkz. Reisoglu, *Kefalet*, 113; Eren, *Genel*, 1359; Akıntürk, *Müteselsil*, 80-81; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 87; Nitekim, Yargıtay da verdiği çeşitli kararlarda, BK.m.487/f.1’deki ifadeyi çeviri yanlışlığı olarak değerlendirerek söz konusu iki terimin birlikte kullanılması halinde kefalet sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 1987/684, (30 Eylül 1987); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yarg), K. 1986/2772, (8 Mayıs 1986), Bkz. Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Öğreti-Yargıtay Kararları - İlgili Mevzuat* (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 2/1232-1234.

kefalet ile müteselsil borçluluğun aynı anlama gelmesine neden olan hatalı ifade TBK m.586 ile düzeltilerek söz konusu karışıklık ortadan kaldırılmıştır. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk, yukarıda ifade edilen benzerliklerine rağmen düzenleniş amaçları bakımından birbirinden farklıdır. Şöyle ki, müteselsil kefalette kefilin korunması esas alınırken, müteselsil borçlulukta alacaklının korunması amaçlandığı için kanun koyucu bu doğrultuda hükümlere yer vermiştir.¹² Bu kapsamda, müteselsil borçlu, kefaletin kefil lehine sağladığı bazı def'ilere¹³ başvuramadığı için alacaklı bakımından müteselsil kefaletle göre müteselsil borçluluk daha güçlü bir teminat fonksiyonuna sahiptir.¹⁴ Dolayısıyla alacaklı karşısında aynı borçtan sorumlu iki veya daha fazla kişinin bulunduğu durumlarda müteselsil kefaletin mi yoksa müteselsil borçluluğun mu bulunduğu söz konusu ilişkiye uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından büyük önem taşır.

B. MÜTESELSİL KEFALET İLE MÜTESELSİL BORÇLULUĞUNUN AYRIMINDA DİKKATE ALINMASI GEREKEN KISTASLAR

1. Aslilik-Fer'ilik Kistası

Müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluk ayrimında dikkate alınması gereken ilk kistas aslilik-fer'ilik kistasıdır. Bu kistas, borçlulardan birinin borcunun varlığı ve geçerliliğinin diğerinin borcuna bağlı olup olmamasına göre yapılan bir ayırmadır. Buna göre, borcun doğumu ve varlığı asıl borca bağlı ise müteselsil kefalet, buna karşılık borç asıl borçtan tamamen bağımsız olarak doğmuş ve asıl borç sona ermesine rağmen varlığını devam ettirebiliyorsa müteselsil borçluluk söz konusu olur.¹⁵ Bunun sonucu olarak, fer'i bir borç niteliği taşıyan müteselsil kefalette, müteselsil borçluluk ilişkisinden söz edilemez. Diğer bir ifadeyle, müteselsil kefaletin fer'i niteliği karşısında müteselsil borçluluk asli borç niteliği taşır. Borçluların hem müteselsil kefil hem de müteselsil borçlu olmaları, bir şeyin hem asli hem de fer'i sayılabilmesi kadar imkânsızdır.¹⁶ Belirtmek gerekir ki, müteselsil kefalet sözleşmesinde kefiller, fer'i niteliği hiçbir zaman ortadan kalkmayan bir sorumluluk

¹² Erlüle, "Müteselsil", 631; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 28.

¹³ Örneğin, kefil, alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği bütün def'ilere (TBK m.591/f.1) başvurabildiği halde müteselsil borçlular sadece kendi şahsi def'ilerini ve ortak def'ileri (TBK m.164) borçluya karşı ileri sürebilirler. Diğer bir ifadeyle, müteselsil borçluların, diğer bir borçluya ait şahsi def'iyi alacaklıya karşı ileri sürebilmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. II., C., 1., b.

¹⁴ Erlüle, "Müteselsil", 631.

¹⁵ Reisoğlu, *Kefalet*, 115; Tandoğan, *Özel*, 2/706; Hatemi vd., *Özel*, 527; Akıntürk, *Müteselsil*, 88; Selahattin Sulhi Tekinay, "Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese", *Adalet Dergisi* 7 (1956), 745; Erlüle, "Müteselsil", 632; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 33.

¹⁶ Tekinay, "Mukayese", 746; Erlüle, "Müteselsil", 630.

üstlenmektedirler.¹⁷ Diğer bir ifadeyle, tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile müteselsil kefaletin fer'i niteliğini ortadan kaldırmaları mümkün değildir.

2. Yan kıstaslar

Müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluğun ayrımı bakımından aslilik-fer'ilik kıstası temel olmakla birlikte uygulamada bu kıstas tek başına iki kurumun ayrımında yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluk ayrımında aslilik-fer'ilik yanında başka kıstasların da dikkate alınması gerekmektedir.¹⁸ Şöyle ki, özellikle kredi sözleşmeleri birden fazla müteselsil borçlu tarafından imzalanmaktadır. Bununla birlikte bir kredi sözleşmesinin, kefaletten söz edilmeksizin müteselsil borçlu sıfatıyla imzalanması her zaman asli bir yükümlülüğün üstlenildiği anlamına gelmeyebilir.¹⁹ Zira TBK m.19'a göre, "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır". Bu hüküm dikkate alındığında bir sözleşmeyi müteselsil borçlu sıfatıyla imzalayan birinin, bu ibareye rağmen asli borç altına girmeksizin kefil olma iradesine sahip olması durumunda gerçek iradesinin dikkate alınması gerekir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kredi sözleşmesinden müteselsil borçluluğun mu müteselsil kefaletin mi kastedildiğinin belirlenememesi halinde kefaletle ilişkin hükümlerin koruyucu amaçlarının boşa çıkmaması için kefaletin varlığı kabul edilmekteydi.²⁰ Müteselsil borçluluğun mu yoksa müteselsil kefaletin mi var olduğunun tespiti noktasında ortaya çıkan bu sorunlar TBK m.583 ile büyük ölçüde önemini yitirmiştir. Zira söz konusu hükümle kefilin, müteselsil kefil veya bu anlama gelen bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmesi zorunluluğu getirilmiştir.²¹ Kefilin, kendi el yazıyla müteselsil kefil ya da bu anlama gelen bir ifade kullanmaksızın yükümlülük altına girmesi durumunda sözleşme tamamen geçersiz hale gelmez. Bu durumda, kefilin, müteselsil kefalet yerine adi kefalet hükümleri uyarınca sorumlu olacağı kabul edilir.²²

¹⁷ Buluş, *Birlikte Kefalet*, 87.

¹⁸ Reisoğlu, *Kefalet*, 115; Akıntürk, *Müteselsil*, 88; Erlüle, "Müteselsil", 632; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 33.

¹⁹ Acar, *Müteselsil Kefalet*, 36; Belirtmek gerekir ki, kredi sözleşmelerinin asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından "müteselsil borçlu" olarak teminat sağlamak amacıyla imzalanması TBK m.162'deki müteselsil borçluluktan ziyade TBK m.201'de düzenlenen borca katılma olarak nitelendirilir. Müteselsil borçluluğun bu türü ise kefaletten farklı olarak alacaklıyı korumayı amaçlar. Bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, 116.

²⁰ Reisoğlu, *Kefalet*, 117; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 36.

²¹ Acar, *Müteselsil Kefalet*, 37.

²² Reisoğlu, *Kefalet*, 169-170; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 171; Ş. Deren Gündüz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 187.

Kanımızca da TBK m.583 ile, BK döneminde ortaya çıkan tartışmalar sonlandırılmıştır. Zira BK'dan farklı olarak söz konusu hükümde müteselsil kefaletin varlığından söz edebilmek için müteselsil kefil veya bu anlama gelen bir ifadenin kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekir.

3. Menfaat Kıstası

Taraf iradelerinin belirlenmesinde tereddüde düşülerek müteselsil kefaletin mi yoksa müteselsil borçluluğun mu söz konusu olduğunun tespit edilememesi durumunda, bir başka yol olarak menfaat kıstasının esas alınması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür.²³ Bu kıstasın hareket noktası, kefalet sözleşmesinin ivazsız olmasına rağmen müteselsil borçluluğun ivazlı olması esasına dayanır. Bu görüş, söz konusu kıstasa dayanılarak ayırım yapılmasının hem zor hem de kesin olmayan sonuçlar doğurması sebebiyle eleştirilmiştir.²⁴ Şöyle ki; kefalet sözleşmelerinin ivazsız olması emredici bir kural değildir. Kefalet sözleşmesi, alacaklının borçlanacağı bir edimle karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak da karşımıza çıkabilmektedir.²⁵ Kefilin de bir menfaat karşılığı yükümlülük altına girebileceği düşünülürse bu kıstasın iki kurumun ayırımı noktasında yetersiz kalacağı açıktır.²⁶ Kaldı ki, kanımızca TBK m.583 hükmü karşısında bu kıstasın önemi kalmamaktadır. Zira söz konusu hüküm uyarınca müteselsil kefaletten söz edebilmek için bu ibarenin kefilin el yazısı ile mevcut olması gerekir.

4. Aynen İfa Kıstası

Yargıtay tarafından kabul edilen bir diğer kıstas ise aynen ifa kıstasıdır. Buna göre; müteselsil borçlunun edimi bizzat yerine getirme borcu karşısında müteselsil kefil tazminat ödeme borcu altındadır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre, “*Müşterek borçluluğun mevcut olabilmesi için, tekabül edilen vecibenin her iki borçlu tarafından ifası mümkün olmak lazımdır. Halbuki adı geçen davalının oğlu öğrenci A.Ş'nin başarısızlıktan dolayı mektepten çıkarıldığı taayyün etmiştir. Davalının oğlu gibi mektepte okuması ve öğrenci olan oğlu tarafından yapılması gereken vecibeyi bizzat yerine getirmesi mümkün bulunmadığından hadisede müşterek borçluluk mülahaza edilemez*”.²⁷ Yargıtay bu kararında

²³ Bu görüş hakkında bilgi için bkz. Akıntürk, *Müteselsil*, 89.

²⁴ Reisoğlu, *Kefalet*, 117; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 62, dn., 193.

²⁵ Akıntürk, *Müteselsil*, 89.

²⁶ Akıntürk, *Müteselsil*, 89; Reisoğlu, *Kefalet*, 117.

²⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yarg), K. 1955/6504, (6 Aralık 1955); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 1953/87, (1 Temmuz 1953) “*Müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet ayrı birer hukuki müessesedir. Kefalette müteselsil kefil, kefalet ettiği şahsın vecibesini ifa etmemesi halinde bizzat akdin icabını yerine getirmeyi değil ancak tazminat olarak muayyen bir miktar parayı ödemeyi taahhüt eder. Bu itibarla tazminat mükellefiyetini önlemek için müteselsil kefilin esas borcu doğuran akde müteallik şahsın yapacağı bir eda yoktur. Zararı ödemekle mükelleftir. Halbuki müteselsil borçlulukta ise borçlu akdin icabı bulunan borcu bizzat ifa etmeyi taahhüt eyley*” Bkz. Adalet Dergisi, Y. 1953, S. 11, s. 1341.

müteselsil borçluların borcunun aynı olması gerektiği düşüncesinden hareket etmiştir. Ancak müteselsil borçlulukta borçluların her birinin borcunun aynı olması şart olmayıp her bir borcun içeriği birbirinden farklı olabileceği için bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.²⁸

C. MÜTESELSİL KEFALET İLE MÜTESELSİL BORÇLULUĞUN FARKLARI

1. Aslilik-Fer'ilik Bakımından Farkları

a. Asıl Borcun Varlığı ve Sona Ermesi Bakımından Farkları

Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borcun varlığına bağlıdır (TBK m.582/f.1). Kefilin borcunun varlığının, geçerli bir asıl borca bağlı olması bu borcun fer'i niteliği ile açıklanmaktadır. Dolayısıyla asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması ihtimalinde kefalet sözleşmesi de hüküm doğurmaz.²⁹ Buna karşılık müteselsil borçlulukta, borçlulardan her birinin borcu asli borç niteliği taşıyıp borcun geçerlilik koşulu borçlulardan her biri bakımından ayrı ayrı değerlendirilir.³⁰

Müteselsil kefaletten doğan borç, asıl borca bağlı fer'i bir borç olduğu için asıl borç herhangi bir sebeple sona ererse müteselsil kefalet de sona erer.³¹ Bu sonuca öncelikle genel hükümlerde yer alan TBK m.131/f.1'den ulaşılabilir. Zira söz konusu hükme göre, "*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur*". Ayrıca kefalet sözleşmesine ilişkin TBK m.598/f.1 uyarınca da asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde kefil de borcundan kurtulur. Görüldüğü gibi kanun koyucu, her iki hükümde de asıl borcun sona erme sebebi bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın asıl borcun sona ermesi ile kefaletin de sona ereceğini düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle, kefaletin sona ermesi bakımından asıl borcun hangi sebeple sona erdiğinin ve dolayısıyla söz konusu sebebin alacaklıyı tatmin edip etmediğinin herhangi bir önemi yoktur.³²

²⁸ Reisoğlu, *Kefalet*, 118; Akıntürk, *Müteselsil*, 90; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 35-36.

²⁹ Bu hususta TBK m.582/f.2 üzerinde ayrıca durmak gerekir. Söz konusu hükme göre, kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığını biliyorsa kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Söz konusu hüküm doktrinde farklı yorumlara sebep olmaktadır. Bu konuya ilişkin doktrindeki birinci görüşe göre, bu hüküm ilk bakışta fer'ilik kuralının kanuni bir istisnası gibi görünse de aslında kefalet hükümlerine tâbi tutulan bir garanti sözleşmesini düzenlemektedir. Bu görüş hakkında bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, 24; İkinci görüşe göre ise, söz konusu hüküm kısmen garanti kısmen de kefalet olarak nitelendirilebilecek "*geniş anlamda karma bir sözleşme ilişkisi*" düzenlemektedir. Bu görüş hakkında bkz. Özen, *Kefalet*, 102 vd.

³⁰ Eren, *Genel*, 1359; Akıntürk, *Müteselsil*, 87; Erlüle, "*Müteselsil*", 640; Tekinay, "*Mukayese*", 747.

³¹ Cevdet Yavuz vd., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Ankara: Beta Yayınları, 16. Basım, 2019), 788; Aral - Ayrancı, *Özel*, 435; Reisoğlu, *Kefalet*, 113; Eren, *Özel*, 764; Gümüş, *Özel*, 2/286-287.

³² Özen, *Kefalet*, 519; Eren, *Özel*, 790-791; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 363; Asıl borcun ifa, yenileme, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, takas, sonraki kusursuz imkânsızlık, borç doğuran sözleşmenin alacaklı

Buna karşılık müteselsil borçlulukta, borçlulardan biri bakımından borcun sona ermesi müteselsil kefalette olduğu gibi her zaman diğer borçluların da borçtan kurtulacağı anlamına gelmez. Zira müteselsil borçluların borcu, ortada geçerli bir asıl sözleşmenin varlığına bağlı değildir. Alacaklı ile borçlulardan her biri arasında, birbirinden bağımsız borç ilişkisi bulunmaktadır ve buna "borcun çokluğu teorisi" denilmektedir.³³

Müteselsil borçlulukta borcun sona ermesinin düzenlendiği TBK m.166/f.1-2'e göre, "Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur. Borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler". Görüldüğü gibi, kanun koyucu, müteselsil borçlulardan biri bakımından borcun sona ermesinin diğer müteselsil borçlulara etkisini müteselsil kefaletten farklı olarak sona erme sebepleri bakımından ayırım yaparak ele almıştır. Bu hüküm uyarınca, borçlulardan birinin borcu kısmen veya tamamen, ifa veya takas sebebiyle sona ererse, diğer borçlular da bu oranda borçtan kurtulur. Diğer bir ifadeyle, borçlular arasındaki bağımsızlık, borçlulardan birinin ifa ve takasla sona erdiği durumlarda bağımlı bir görünüme bürünür ve diğer borçluların borcu da sona eren kısım oranında son bulur.³⁴ Bu sonucun ortaya çıkması bakımından, ifada veya takas beyanında bulunan borçlunun diğer borçluları da borçtan kurtarma iradesine sahip olması ve hatta onların varlığından haberdar olması dahi aranmaz.³⁵ Buna karşılık borcun diğer sebeplerle sona ermesi halinde diğer borçluların borcunun, "ancak durumun ve borcun niteliğinin elverdiği ölçüde" sona ereceği ifade edilmiştir. Doktrinde bir görüş, söz konusu hükümde geçen "ancak" kelimesinden diğer borçluların borçtan mutlak şekilde kurtulamayacaklarının kastedildiğini ileri sürmektedirler. Buna göre, söz konusu ihtimalde, durum ve borcun niteliği aksini gerektirmedikçe diğer borçluların akıbeti, borçtan kurtulan borçlunun borçtan payına düşen miktara göre belirlenmelidir.³⁶

tarafından feshi, asıl borcun mevcut olmadığını veya ortadan kalktığını tespit eden bir kesin hükmün bulunması durumlarında kefalet de sona erer. Bkz. Erlüle, "Müteselsil", 636.

³³ Örneğin, müteselsil kefalette asıl borç ilişkisindeki irade bozukluğu müteselsil kefaletin borcunu sona erdirirken; müteselsil borçlulardan birinin iradesindeki bozukluk, sadece onun borcunun iptal edilmek suretiyle geçersiz hale gelmesini sağlayabilir. Ancak söz konusu ihtimalde, diğer borçluların mevcut geçersizliği bilselerdi sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa onların da kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK m.27/f.2'den faydalanarak sözleşmenin tamamını geçersiz hale getirebilecekleri ileri sürülmektedir. Bkz. Acar, *Müteselsil Kefalet*, 27-29.

³⁴ Tekinay vd., *Genel*, 395; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 27.

³⁵ Eren, *Genel*, 1373.

³⁶ Tekinay vd., *Genel*, 404; Erlüle, "Müteselsil", 637; Furrer vd.'na göre ise, borcun ifa dışında bir sebeple sona ermesi ihtimalinde diğer borçluların borcunun durumun ve borcun niteliğine göre bazen mutlak şekilde de sona ereceğini ifade etmişlerdir. Bu kapsamda yazarlar, borcun, alacaklının temerrüdü nedeniyle tevdi

Müteselsil borçluluğun ifa dışında sona erme sebeplerinden biri olan ibra sözleşmesi ise TBK m.166/f.3'te özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır*”. TBK ile getirilen bu yeni hüküm, BK zamanında ileri sürülen “objektif görüşün”³⁷ kanun hükmüne dönüştürülmüş halidir. Ancak TBK m.166/f.3'ün alacaklının, müteselsil borçlulardan birini ibra ederken diğer müteselsil borçluları da ibra etmek istediğinin “*alacaklının açık iradesinden*” veya “*durumdan ya da borcun niteliğinden*” anlaşılamadığı durumlara uygulanacağı gözden kaçırılmamalıdır. Zira aksi ihtimalde TBK m.166/f.2 uygulama alanı bulur.³⁸

b. Def'ilerin İleri Sürülmesi Bakımından Farkları

Asıl borçluya ve mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ilerin³⁹, kefil tarafından borçluya karşı ileri sürülebilmesi, kefaletin fer'i niteliğinin doğrudan ve zorunlu bir sonucudur. Zira kefil, asıl alacaklıdan daha fazla yükümlülük altına giremez. Nitekim TBK m.591/f.1 uyarınca kefil, asıl borç ilişkisinin dayandığı hakkın doğumunu engelleyen ve hakkı ortadan kaldıran def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir.⁴⁰ Söz konusu hükümde, kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemesinin sonuçları da düzenlenmiştir. Buna göre, kefilin, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin alacaklıya ifada bulunması ihtimalinde asıl borçluya rücu hakkı devam eder. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin söz konusu def'ilerin varlığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse bunlar ileri sürülmüş olsaydı borçlunun ödemededen kurtulacağı oranda kefil rücu hakkını kaybeder (TBK m.591/f.3). Kanun koyucu bu hükümle kefilin ihmalkâr davranışları sonucu asıl borçlunun mevcut durumunun ağırlaşmasını engellemeyi amaçlamıştır.⁴¹

edilmesi (TBK m.107) veya sonradan ortaya çıkan kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle sona ermesi durumunda bütün borçluların alacaklıya karşı borçtan kurtulacağını ifade etmektedir. Bkz. Andreas Furrer vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Basım, 2022), 316.

³⁷ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrıca bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Yarg), K. 2009/13747, (27 Ekim 2009) Bkz. www.legal.com.tr.

³⁸ Gümüş, *Genel*, 1061-1062.

³⁹ TBK m.591'de sadece def'i ifadesi yer almasına rağmen doktrinde def'i ibaresine hem dar anlamda def'ilerin hem de itirazların dahil olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, 221; Gülçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, (İstanbul: Alfa Yayınları, 1996), 17 vd.; Erlüle, “Müteselsil”, 638; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 245; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 154.

⁴⁰ Bu kapsamda yanılma, sözleşme yapma ehliyetsizliği hakkın doğumunu engelleyen itirazlara; borcun zamanaşımına uğramış olması ise hakkı ortadan kaldıran def'ilere örnek olarak verilebilir. Ancak TBK m.591/f.1'de söz konusu durumların kefil tarafından def'i olarak ileri sürülebilmesi için kefilin, bunları bilmeden kefalet sözleşmesini kurmuş olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Develioğlu, *Garanti*, 360-361; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 267-268; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 154.

⁴¹ Grassinger, *Savunma*, 277; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 277.

Kefil, asıl borç ilişkisinden doğan defiler yanında kefalet sözleşmesinden doğan şahsi defileri de alacaklıya karşı ileri sürebilir.⁴² Kefile ait olan bu şahsi defiler, asıl borç ilişkisini etkilemezler. Nitekim, kefil, kefalet sözleşmesine dayanarak kefaletin geçerli olarak kurulmadığını ileri sürebilir ve bu geçerli olan asıl borç ilişkisini geçersiz hale getirmez.⁴³ Belirtmek gerekir ki, müteselsil kefil, kendisine ait olan şahsi defileri ileri sürmek zorunda değildir. Bu nedenle müteselsil kefillerden birinin kendisine ait şahsi defileri ileri sürmemiş olması borçlunun ve diğer kefillerin durumunu ağırlaştırmaz.⁴⁴

Müteselsil kefilin, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürebilmesi karşısında müteselsil borçluluk bakımından aynı durum söz konusu değildir. Zira müteselsil borçlu, diğer borçlulara ait şahsi defileri alacaklıya karşı ileri süremez.⁴⁵ Örneğin, borçlulardan sadece birinin borcu koşula veya vadeye bağlıysa, alacaklı borçlulardan sadece birine karşı teselsülden feragat etmiş ve onu iç ilişkideki payı oranında takip edeceğini beyan etmişse, bu işlemler yalnızca ilgili borçluya özel bir savunma imkânı sağlar. Diğer borçlular ise söz konusu savunma imkânlarından faydalanamazlar.⁴⁶ Aynı şekilde, borçlulardan biri, sözleşmenin kurulduğu sırada diğer borçlulardan birinin fiil ehliyetine sahip olmadığını, alacaklının ona süre verdiğini veya onun takas hakkını şahsi defiler olması sebebiyle ileri süremez.⁴⁷ Belirtmek gerekir ki, şahsi def'i hakkı bulunan borçlunun sadece kendisinin ileri sürebileceği bu savunmayı yapmaması onun diğer borçlulara karşı sorumlu olmasına neden olmaz.⁴⁸

Bununla birlikte TBK m.164 uyarınca, müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya karşı kişisel ilişkilerinden veya müteselsil borcun sebep ve konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir. Söz konusu ortak def'i ve itirazların ileri sürülmesi borçlular bakımından bir zorunluluk olup, bu zorunluluğa uymayan müteselsil borçlu diğer borçlulara karşı rücu

⁴² Özen, *Kefalet*, 355,372; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 247,283; Erlüle, "Müteselsil", 639.

⁴³ Erlüle, "Müteselsil", 639.

⁴⁴ Buluş, *Birlikte Kefalet*, 163.

⁴⁵ Eren, *Genel*, 1367; Tekinay, "Mukayese", 747; Furrer vd., *Genel*, 314; Tekinay vd., *Genel*, 412; Oğuzman - Öz, *Genel*, 2/476; Akıntürk, *Müteselsil*, 85; Gümüş, *Genel*, 1058; Erlüle, "Müteselsil", 639; Örneğin, borçlulardan biri bakımından henüz borcun muaccel olmaması veya zamanaşımına uğramış olması şahsi def'i olup diğer borçlular tarafından alacaklıya karşı ileri sürülemez. Bununla birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik uygulaması, davalılardan birinin zamanaşımı def'iyi ileri sürmesini ortak def'i kabul ederek bu savunmadan diğer davalıların da faydalanacağı yönünde karar vermektedir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (Yarg), K. 2019/12717, (30 Mayıs 2019), Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yarg), K. 2013/5339 (2 Ekim 2013) Bkz. Nomer, *Genel*, 526, dn. 2108.

⁴⁶ Tekinay vd., *Genel*, 412; Erlüle, "Müteselsil", 639.

⁴⁷ Eren, *Genel*, 1367.

⁴⁸ Oğuzman - Öz, *Genel*, 2/475; Gümüş, *Genel*, 1058.

hakkını kaybeder.⁴⁹ Ancak bir borçlu ortak savunmayı gerektiği gibi yapmasına rağmen mahkemece aleyhine hüküm verilmesi ve alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalması ihtimalinde, bu borçlunun diğer borçlulara payları oranında rücu edebilmesi gerekir. Zira borçluların yükümlülüğü, ortak savunmayı usulüne uygun olarak yapmaktan ibarettir. Dolayısıyla söz konusu yükümü yerine getirmesine rağmen davayı kaybeden borçlunun durumunu kötüleştirmek isabetli olmaz.⁵⁰

Ortak def'iler hususunda üzerinde durulması gereken noktalardan biri de borçluların hepsine karşı açılmış bir davada borçlunun bu def'ileri ileri sürmesinin diğer borçlular bakımından da hüküm doğurup doğurmayacağıdır. Bu husus, ileri sürülen savunmanın def'i veya itiraz olmasına göre ayırım yapılarak incelenmektedir. Bu doğrultuda ileri sürülen savunmanın itiraz niteliği taşıması durumunda bundan diğer borçlular da faydalanır. Def'i niteliği taşıması durumunda ise bunu ileri süren borçlu borcu ifa yükümlülüğünden kurtulurken; diğer borçlular, TBK m.166/f.2 uyarınca ancak durumun ve borcun niteliğinin elverdiği ölçüde bu savunmadan faydalanabilirler.⁵¹ Bu savunmadan diğer borçluların faydalanması, ortak def'iyi ileri süren borçlunun borçtan hissesine düşen oranla sınırlı olmak üzere onların da borçtan kurtulması şeklinde gerçekleşir. Böylece müteselsil borçlulara karşı açılan bir davada, borçlulardan birinin ortak def'i ileri sürerek borcu ifa etmekten kurtulması durumunda hakim, öncelikle bu borçlunun iç ilişkideki payına düşen borcu tespit eder. Tespit edilen miktar, müteselsil borcun tamamından indirildikten sonra kalan kısım ortak def'ileri ileri sürmeyen diğer müteselsil borçlulardan tazmin edilir.⁵²

Sonuç olarak, müteselsil borçluluk, müteselsil kefalete göre daha güçlü bir teminat şeklidir. Zira kefil, alacaklıya karşı asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürebilmesine rağmen müteselsil borçlular sadece kendi şahsi def'ilerini ve ortak def'ileri ileri sürebilir diğer borçlulara ait şahsi def'ileri ileri süremezler.⁵³

⁴⁹ Eren, *Genel*, 1366; Oğuzman - Öz, *Genel*, 2/475; Furrer vd., 314; Erlüle, "Müteselsil", 639; Nomer, *Genel*, 526; Örneğin, "100 TL'lik borcun 60 TL'lik kısmının müteselsil borçlu C tarafından alacaklı A'ya ödendiğini bilen müteselsil borçlu B, kısmi ödeme itirazında bulunmaksızın A'nın 100 TL'lik ödeme talebini yerine getirirse diğer müteselsil borçlulara karşı 60 TL'lik miktar için rücu hakkını kaybeder". Bkz. Gümüç, *Genel*, 1058-1059.

⁵⁰ Oğuzman - Öz, *Genel*, 2/475.

⁵¹ Tekinay vd., *Genel*, 408; Erlüle, "Müteselsil", 640.

⁵² Murat Canyürek, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler* (İstanbul: Vedat Yayınları), 2003, 64; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 227.

⁵³ Akıntürk, *Müteselsil*, 83.

c. Zamanaşımı Bakımından Farkları

Müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluk arasındaki farklardan biri de zamanaşımının kesilmesi hususundadır. TBK m.155/f.1 ve 3'e göre, "Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz". Görüldüğü gibi, zamanaşımının kefile karşı kesilmesi asıl borçluya karşı da kesilmesi sonucunu doğurmazken; müteselsil borçlulardan biri için zamanaşımının kesilmesi, diğerlerine karşı da kesilmesi sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu hükmün, aslın fer'i olana değil, fer'i olanın asla tâbi olacağı ilkesinde hareket edilerek düzenlendiği ileri sürülse de hukuk politikası bakımından böyle bir fark uygun görülmemektedir.⁵⁴ Müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğer borçlulara karşı da kesilmiş sayılacağına ilişkin hüküm, TBK m.165'de kabul edilen kurala gereksiz ve ağır bir istisna getirdiği gerekçesi ile eleştirilmektedir.⁵⁵ Müteselsil borçlulukta, her borçlunun borcu bağımsız olup her bir borcun vadesi farklı olabilir. Bu nedenle zamanaşımının dolup dolmadığının her bir borçlu bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi esası, kesilmesi bakımından da geçerli olmalıydı.⁵⁶

2. Birincillik-İkincillik (Talilik) Bakımından Farkları

Kefalet sözleşmesinde, kefilin borcunun tali nitelik taşıması, alacaklının doğrudan kefile başvurmasını engelleyerek, öncelikli olarak, asıl borç ilişkisindeki borçluya başvurma zorunluluğu getirmektedir⁵⁷. Bu nitelik, adi kefalette kendini daha belirgin gösterir. Adi kefalet durumunda, borçluya karşı takip yapıp bu takibin semeresiz kalmasından sonra adi kefile başvurulabilmektedir. Bu kurala uyulmaksızın alacaklının, asıl borçluyu takip etmeden adi kefile başvurması halinde kefil, tartışma def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilir.⁵⁸

⁵⁴ Tekinay, "Mukayese", 748; Erlüle, "Müteselsil", 642.

⁵⁵ Zahit Çandarlı, "Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımını Kesimi", *Adalet Dergisi* 12 (1945), 1294; Selahattin Sulhi Tekinay, "Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü", *İstanbul Barosu Dergisi* (1964), 168 vd.; Akıntürk, *Müteselsil*, 202; Eren'e göre, TBK m.155/f.1 ile getirilen istisna, müteselsil borçluluğu açıklayan "çokluk görüşü" ile bağdaşmayan tek kanuni düzenlemedir. Bkz. Eren, *Genel*, 1368; Tekinay ise, TBK m. 155/f.1 hükmünü eleştirmekle birlikte, düzenlemenin lafzı dikkate alınarak bu istisnanın kapsamının daraltılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar'a göre, söz konusu hükümde borçlulardan biri "aleyhine" değil, borçlulardan birine "karşı" kesilmiş zamanaşımından söz edildiği için hükmün kapsamı sadece alacaklının yapacağı takiplerle kesilen zamanaşımı ile sınırlandırılabilir. Zira zamanaşımının borçlulardan birine karşı kesilmiş olması, ancak alacaklının dava açması veya icra takibi yapması ile gerçekleşen kesilmeyi ifade eder. Bkz. Tekinay, "Zamanaşımı", 168 vd.

⁵⁶ Akıntürk, *Müteselsil*, 203; Dalcı Özdoğan, *Müteselsil*, 200 vd.

⁵⁷ Acar, *Müteselsil Kefalet*, 16; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 30.

⁵⁸ Tartışma def'i, alacaklının asıl borçluyu takip etmeksizin doğrudan adi kefile başvurması durumunda kefilin, önce asıl borçluya başvurulması zorunluluğunu ileri sürmesidir. Ancak TBK m.585/f.1'de, istisnai olarak alacaklının asıl borçluya başvurmaksızın doğrudan doğruya kefile başvurabileceği durumlar dört bent

Asıl borcun rehinle teminat altına alınması ihtimalinde ise adi kefil, rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürerek önce rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir.⁵⁹

Müteselsil kefil bakımından ise talilik niteliği, adi kefalet kadar belirgin olmamakla birlikte devam etmektedir.⁶⁰ Nitekim müteselsil kefaletin bu niteliğine TBK m.586'dan ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, söz konusu hükme göre, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için ifada geciken borçluya ihtar çekilmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması ya da borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gerekir. Aynı zamanda, alacak, teslimine bağlı taşınır veya alacak rehniyle güvence altına alınmışsa, söz konusu rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefilin sorumluluğuna gidilememektedir. Görüldüğü gibi, söz konusu hükümde yer alan bu hususlar müteselsil kefilin sorumluluğunun tali olduğunu gösteren noktalardır.⁶¹

Müteselsil borçlulukta ise alacaklı, borçluların tümünü takip edebileceği gibi, borçlulardan birkaçından veya yalnız bir tanesinden de borcun ifasını talep edebilir. Görüldüğü gibi müteselsil borçlulukta, müteselsil kefaletten farklı olarak borçluların hepsi aynı konumdadır. Diğer bir ifadeyle, alacaklı, edimin tamamını veya bir kısmını istediği borçludan talep etme konusunda serbesttir.⁶² Ancak bunun için borcun bütün borçlular bakımından muaccel olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Zira sözleşmede borçlulardan her biri bakımından ayrı vade belirlenmesi ihtimalinde, borç her bir borçlu bakımından farklı tarihlerde muaccel olur. Böyle bir durumda alacaklı, sadece muaccel olan borcun ifasını talep edebilir. Nitekim henüz muaccel olmayan borç, talep edilemez.⁶³ Görüldüğü gibi müteselsil borçlulukta,

halinde sıralanmıştır. Bunlar: Borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye'de takip yapılmasının imkânsız hale gelmesi ya da önemli ölçüde zorlaşması, borçlunun iflasına karar verilmesi ve borçluya konkordato mehli verilmiş olmasıdır. Tartışma def'i hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, 161 vd.; Özen, *Kefalet*, 265 vd.

⁵⁹ Özen, *Kefalet*, 111; Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (İstanbul: Vedat Yayınları, 2009), 98; Mahmut Bilgen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (Ankara: Adalet Yayınları, 2013), 23; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 16.

⁶⁰ Yavuz vd., *Özel*, 809; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 16; Buluş, *Birlikte Kefalet*, 85; Bazı yazarlara göre ise, adi kefalette kefilin, tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilmesine rağmen TBK m.586 ile müteselsil kefalette bu haktan feragat edilmesi, müteselsil kefalettin tali niteliğinin ortadan kalktığını ifade etmektedir. Bkz. Akıntürk, *Müteselsil*, 81; Reisoğlu, *Kefalet*, 169; Tandoğan, *Özel*, 2/769; Eren'e göre ise, müteselsil kefaleti seçen kefilin, alacak ve taşınır rehinleri dışında bu def'ilerden önceden vazgeçmiş sayılması, bu kefalet türünde kefilin borcunun kural olarak asli, istisnai olarak da tali nitelik taşıyabileceğini ortaya koymaktadır. Bkz. Eren, *Özel*, 776.

⁶¹ Acar, *Müteselsil Kefalet*, 16; Belirtmek gerekir ki, müteselsil kefilin tali niteliği BK'da daha az belirgindir. Zira BK m.487'e göre, alacaklı, asıl borçluyu takip etmeksizin ve rehinleri paraya çevirmeksizin müteselsil kefile başvurabilmekteydi. Bununla birlikte, asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcunun muaccel olmaması müteselsil kefilin tali niteliğini göstermekteydi. Bkz. Buluş, *Birlikte Kefalet*, 86; Bilgen, *Kefalet*, 23.

⁶² Akıntürk, *Müteselsil*, 38; Canyürek, *Müteselsil*, 26; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 43.

⁶³ Oğuzman - Öz, *Genel*, 2/470-471; Akıntürk, *Müteselsil*, 38; Canyürek, *Müteselsil*, 14; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 44.

alacaklı borçlulardan dilediğine başvurabilme hakkına sahip olduğu için talilik niteliğinden söz edilemez. Bununla birlikte alacaklının bu hakkı alacaklı ile borçlular arasında gerçekleştirilecek bir anlaşma ile kısıtlanabilir. Şöyle ki, taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile, borçlulardan birinin borcunun tali nitelikte olduğunu kararlaştırabilirler.⁶⁴ Böyle bir ihtimalde, borcu tali nitelik taşıyan müteselsil borçlu, diğer borçlulara başvurulmadan kendisine başvurulduğu takdirde borcu ödemekten kaçınabilir. Bu kaçınma nedeniyle de temerrüde düşmez. Sonuç olarak, kefalet sözleşmesinde kendiliğinden bulunan talilik niteliği, müteselsil borçlulukta kural olarak bulunmaz. Ancak müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler emredici nitelik taşımadığı için tarafların aralarında yapacakları anlaşmayla alacaklının, borçlulardan istediğine başvurabilme hakkını sınırlamaları mümkündür.⁶⁵

3. Kefili Koruyucu Hükümlerin Getirdiği Farklılıklar

a. Şekil Şartları Bakımından Farkları

Kanun koyucu kefil korumak amacıyla kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, nitelikli yazılı şekle tâbi kılmıştır.⁶⁶ Bu doğrultuda kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe kefalet sözleşmesi geçerli olmaz. Ayrıca kefilin, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması ihtimalinde bu anlama gelen herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısı ile belirtmesi gerekir (TBK m.583/f.1). Kefalette şekil, geçerlilik koşulu olduğu için bu şekil şartına uyulmaksızın gerçekleştirilen sözleşme kesin hükümsüzdür.⁶⁷ Görüldüğü gibi kanun koyucu, müteselsil kefalet halinde bir adım daha ileri giderek sözleşmenin geçerliliğini kefilin, müteselsil kefil veya bu anlama gelen bir ifadeyi el yazısı ile belirtmesine bağlı kılmıştır. Müteselsil kefil, diğer kefalet sözleşmesi türlerine göre daha ağır bir yükümlülük altına girdiği için kanun koyucu onu düşünmeye sevk etmeyi amaçlamıştır.⁶⁸ Bu noktada kefil koruma amacıyla getirilen ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan "eşin rızasına" ilişkin TBK m.584 hükmü üzerinde de durmak gerekir. Söz konusu hükümde, herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün kefalet sözleşmesi türlerinde bu kapsamda müteselsil kefalette de kefilin eşinin yazılı rızası bulunması zorunludur.⁶⁹

⁶⁴ Akıntürk, *Müteselsil*, 39; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 45.

⁶⁵ Canyürek, 15; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 45.

⁶⁶ Reisoğlu, *Kefalet*, 72-73; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 155.

⁶⁷ Reisoğlu, *Kefalet*, 93; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 155; Erlüle, "Müteselsil", 643; Gündüz, *Kefalet*, 187.

⁶⁸ Reisoğlu, *Kefalet*, 72-73; Tandoğan, *Özel*, 2/740; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 155.

⁶⁹ Kefalet sözleşmesinde eşin rızası ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, 89 vd.; Özen, *Kefalet*, 173 vd.; Buluş, *Kefalet*, 89 vd.

Müteselsil borçluluğun şekline ilişkin ise TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK m.12'de düzenlenen şekle ilişkin genel kural müteselsil borçluluk bakımından da uygulama alanı bulur.⁷⁰ Söz konusu hükme göre, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle tâbi değildir. Bu hüküm dikkate alındığında kanun veya hukuki işlemin tarafları işlemin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörmedikçe müteselsil borçluluk bakımından şekil serbestisinin geçerli olduğu sonucuna varılabilir.

Bununla birlikte müteselsil borçluluk bakımından BK'da yer almayan TBK m.603 hükmünün ayrıca ele alınması gerekir. Söz konusu hükme göre, "*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*". Bu hükümde geçen kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler kapsamına müteselsil borçluluğun girip girmeyeceğinin tespiti gerekir. Kanun koyucu söz konusu hükümle, kefil koruyucu hükümleri dolanarak başka ad altında kişisel güvence verilmesinin önüne geçerek kefalet dışındaki kişisel teminat sözleşmelerinde de teminat verenin sözleşmeye taraf olmadan önce bir daha düşünmesini sağlamayı amaçlamıştır.⁷¹ Müteselsil borçluluğun bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, kişisel teminat vermek amacıyla gerçekleştirilen bir sözleşme aynı zamanda müteselsil borçluluk da oluşturuyorsa söz konusu sözleşmenin TBK m.603 kapsamına girmesi gerekir. Örneğin, sonradan borca katılma nedeniyle ortaya çıkan müteselsil borçlulukta durum böyledir. Diğer bir ifadeyle, müteselsil borçluluk bakımından herhangi bir şekil şartı aranmamasına rağmen borca katılma yoluyla meydana gelen müteselsil borçlulukta TBK m.603'de düzenlenen şekil, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir. Sonuç olarak, bir kişinin mevcut borç ilişkisine sonradan müteselsil borçlu sıfatıyla katılması, müteselsil borçluluktaki şekil serbestisi kuralının istisnasını oluşturur.⁷²

b. Alacaklının Temerrüdü Bakımından

Müteselsil kefil, borcun muaccel hale gelmesiyle birlikte her zaman alacaklıdan yapacağı ifayı kabul etmesini isteyebilir. Alacaklının herhangi bir haklı sebep olmaksızın ifayı kabul etmekten kaçınması ihtimalinde, alacaklı temerrüdünden farklı olarak, kefil borcunu tevdi etmesine gerek kalmaksızın borcundan kurtulur (TBK m.593/f.1). Buna karşılık müteselsil

⁷⁰ Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 49.

⁷¹ Reisoğlu, *Kefalet*, 323; Bilgen, *Kefalet*, 101; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 50.

⁷² Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 50,57.

borçlulukta ise, borcun, alacaklının ifayı kabul etmemesi nedeniyle sona erebilmesi için borçluların alacaklıyı temerrüde düşürüp borcu tevdi etmeleri gerekir.⁷³ Alacaklının müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşmesinin diğer müteselsil borçluları ne şekilde etkileyeceğine ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu eksiklik TBK m. 106/f.2 ile ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu hükme göre, “*Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur*”. Böylece alacaklının, temerrüde düşmesi durumunda müteselsil borçlulardan her biri tevdi hakkını kullanabilirler. TBK m.107 uyarınca, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, müteselsil borçlulardan birinin tevdi hakkını kullanması ile diğer müteselsil borçlular da borçtan kurtulurlar.⁷⁴

c. Halefiyet Bakımından

Müteselsil borçlu TBK m.168/f.1 uyarınca sadece kendi payını aşan fazlalık oranında alacaklının haklarına halef olabilir. Bu hükümde alacaklıya ifade bulunan müteselsil borçlunun diğer borçlulara karşı sahip olduğu rücu hakkı “halefiyetle” güçlendirilmiştir.⁷⁵ Belirtmek gerekir ki, alacaklıya ifade bulunan borçlunun alacaklıya halef olabilmesi için bu borçlunun diğer borçlulara karşı rücu hakkına sahip olması gerekir. Bu anlamda, müteselsil borçlulardan biri sadece iç ilişkide kendisi tarafından ödenmesi gereken miktarı ifa etmişse, rücu hakkı doğmayacağı için alacaklının haklarına da halef olamaz.⁷⁶ Halefiyetin şartlarının gerçekleşmesi halinde rücu hakkının kapsamı, borçlunun kendi payına düşen miktarı aşan kısım ile sınırlıdır. Rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlu, halefiyet nedeniyle alacaklının haklarına, özellikle de hakkı teminat altına almak için kurulan haklara (rehin ve kefalet gibi) da sahip olur.⁷⁷ Müteselsil kefalet sözleşmesinde kefil, TBK m.596/f.1 uyarınca ifade bulunduğu oranda alacaklının haklarına halef olur. Müteselsil borçluluktan farklı olarak, kefil ödemede bulunduğu miktarın tamamı bakımından alacaklının haklarına halef olur.⁷⁸

Türk Borçlar Kanunu m.596/f.2'e göre, “*Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat*

⁷³ Akıntürk, *Müteselsil*, 87; Tekinay, “Mukayese”, 751; Reisoğlu, *Kefalet*, 115; Erlüle, “Müteselsil”, 644; Acar, *Müteselsil Kefalet*, 31; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 66.

⁷⁴ Akıntürk, *Müteselsil*, 198; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 215-216.

⁷⁵ Akıntürk, *Müteselsil*, 222; Canyürek, *Müteselsil Borçluluk*, 132; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 278.

⁷⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1979), 74; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 282.

⁷⁷ Akıntürk, *Müteselsil*, 222-223; Erlüle, “Müteselsil”, 643.

⁷⁸ Akıntürk, *Müteselsil*, 86; Reisoğlu, *Kefalet*, 114; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, 64.

asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur". Bu hükümle kanun koyucu, halefiyet yoluyla kefile geçecek teminatların kapsamını belirlemiştir. Buna karşılık müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerde halefiyet yoluyla borçluya geçecek haklara ilişkin özel düzenleme bulunmamaktadır.

SONUÇ

Kişisel teminat sağlayan bir kurum olarak değerlendirilebilecek müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluk ayrımı uygulama bakımından büyük önem arz eder. Zira kanun koyucunun, bu iki kurumu düzenleme amacı birbirinden farklıdır. Nitekim müteselsil kefaletle ilişkin hükümler kefil, müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümler ise alacaklıyı koruma amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle alacaklı karşısında yer alan kimsenin müteselsil kefil mi yoksa müteselsil borçlu mu olduğunun tespiti, üzerinde durulması gereken hususlardan biri olarak karşımıza çıkar. İki kurumun ayrımı noktasında birtakım kıstaslar ileri sürülmüştür. Aslilik-fer'ilik ile birincillik-ikincillik kıstası iki kurumun birbirinden ayırt edilmesinde karşımıza çıkan temel kıstaslardır. Aslilik-fer'ilik kıstası, borçlulardan birinin borcunun varlığı ve geçerliliğinin diğerinin borcuna bağlı olup olmamasına göre yapılan bir ayırmadır. Bu ayırım, müteselsil kefalet ile borçluluk arasında; asıl borcun varlığı ve sona ermesi, def'ilerin ileri sürülmesi ve zamanaşımı bakımından birtakım farkların ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Birincillik-ikincillik (talilik) kıstası ise alacaklının borçluyu takip etmeksizin doğrudan doğruya teminat verene başvurup başvuramayacağına göre yapılan bir ayırmadır. Müteselsil kefaletin talilik niteliği, adi kefalet kadar belirgin olmamakla birlikte devam etmektedir. Müteselsil borçlulukta ise, müteselsil kefaletten farklı olarak borçluların hepsi aynı konumdadır. Bu nedenle alacaklının öncelikle bu borçlulardan birine başvurma zorunluluğu yoktur. Diğer bir ifadeyle, alacaklı borcun muaccel olması koşuluyla istediği borçluya başvurabilir. Son olarak, kefil koruyucu hükümler, iki kurum arasında birtakım farklar ortaya çıkarmıştır. Nitekim, söz konusu hükümler şekil şartları, alacaklının temerrüdü ve halefiyet bakımından farklar meydana getirmiştir. Bu hususta özellikle müteselsil kefil korumak amacıyla TBK m.583/f.1 ile getirilen düzenleme önem arz etmektedir. Söz konusu hükme göre, kefilin, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması ihtimalinde bu anlama gelen herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısı ile belirtmesi gerekir (TBK m.583/f.1). Görüldüğü gibi kanun koyucu, müteselsil kefalet halinde bir adım daha ileri giderek sözleşmenin geçerliliğini kefilin, müteselsil kefil veya bu anlama gelen bir ifadeyi el yazısı ile belirtmesine bağlı kılmıştır. Müteselsil borçluluğun şekline ilişkin mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte TBK m.603 kapsamında başka adlar altında

gerçekleştirilen kişisel teminat sözleşmesi olarak değerlendirilip kefaletin şekline, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin müteselsil borçluluğa da uygulanıp uygulanamayacağını tespiti gerekir. Kanımızca sonradan borca katılma nedeniyle ortaya çıkan müteselsil borçluluk dışında söz konusu hükmün müteselsil borçluluğa uygulanması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Acar, Özlem. *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.

Akıntürk, Turgut. *Müteselsil Borçluluk*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1971.

Aral, Fahrettin – Ayranç, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Basım, 2012.

Barlas, Nami. “Yeni Medeni Kanun’un Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”. *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan 2* (2003), 569-588.

Bilgen, Mahmut. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*. Ankara: Adalet Yayınları, 2013.

Buluş, Kasım. *Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Caner, Ayşenur Şahin. *Türk Borçlar Kanunu’nda Müteselsil Borçluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Canyürek, Murat. *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*. İstanbul: Vedat Yayınları, 2003.

Çandarlı, Zahit. “Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımını Kesimi”, *Adalet Dergisi* 12 (1945), 1288-1295.

Develioğlu, Hüseyin Murat. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*. İstanbul: Vedat Yayınları, 2009.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 27. Basım, 2022.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Basım, 2016.

Erlüle, Fulya. "Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması". *EÜHFD VII/1-2* (2003), 629-644.

Furrer, Andreas vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Basım, 2022.

Grassinger, Gülçin. *Borçlar Kanunu'na Göre, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*. İstanbul: Alfa Yayınları, 1996.

Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 2. Cilt. İstanbul: Vedat Yayınları, 2. Basım, 2012.

Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Gündüz, Ş. Deren. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.

Hatemi, Hüseyin vd. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Yayınları, 1992.

Karahasan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Öğreti -Yargıtay Kararları - İlgili Mevzuat*. 2 Cilt. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.

Kuntalp, Erden. "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk". *Reha Poray'a Armağan* (1995), 263-299.

Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 19. Basım, 2023.

Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2 Cilt. İstanbul: Vedat Yayınları, 12. Basım, 2016.

Özdoğan, Nurcihan Dalcı. *Müteselsil Sorumluluk*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.

Özen, Burak. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Yayınları, 2012.

Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: 2013.

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 2 Cilt. İstanbul: Vedat Yayınları, 5. tıpkı basım, 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi. "Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese". *Adalet Dergisi* 7 (1956), 742-752.

Tekinay, Selahattin Sulhi. "Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü". *İstanbul Barosu Dergisi* (1964).

Tekinay, Selahattin Sulhi. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Yayınları, 6. Basım, 1988.

Yavuz, Cevdet vd. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. Ankara: Beta Yayınları, 16. Basım, 2019.

Yenice, A. Özge. *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.



5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Bazı Hükümlerinin “Vatansızlığın Önlenmesi” Hedefi Bağlamında Değerlendirilmesi (*)

Evaluation of Certain Provisions of the Turkish Nationality Act No. 5901 in the Context of the Goal of "Preventing Statelessness"

Dr. Öğr. Üyesi Hande ÜNSAL**

Öz

Vatansızlık statüsünün hem devletler hem de bireyler bakımından sakıncalı sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenle vatansızlık uluslararası toplumun gündemini uzun süredir meşgul eden konular arasındadır. Nitekim vatandaşlık hukukunun köklü bir ilkesi olan “herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi vatansızlık hallerinin önlenmesi amacına hizmet etmektedir. Devletler bu amaçla vatandaşlık düzenlemeleri kapsamında çeşitli önlemlere yer vermektedirler. Ayrıca, uluslararası sözleşmeler kapsamında vatansızlığın önlenmesine yönelik kurallar benimsenmektedir. “Herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi Türk Vatandaşlık Hukukunca da benimsenmiş, 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) kapsamında vatansızlığın önlenmesine yönelik çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Çalışmamız TVK’nın bazı hükümlerinin vatansızlığın önlenmesi hedefi odağında değerlendirilmesine ilişkindir. Değerlendirme kapsamında Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun vatandaşlığının kazanılmasına ve kaybına ilişkin düzenlemelerinin vatansızlığın önlenmesi hedefi bağlamında uluslararası sözleşmelerle uyumluluğu da ele alınmaktadır. Vatansızlığın önlenmesine ilişkin en önemli sözleşmelerden biri münhasıran vatansızlığın önlenmesine yönelik olan 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’dir (CRS). Bunun yanı sıra Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi (AVS) kapsamında da vatansızlığın önlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti CRS ve AVS’ye taraf değildir. Ancak bu Sözleşmeler vatansızlığın önlenmesine ilişkin genel eğilim ve önlemleri belirlemeleri bakımından önem

* Makale Geliş Tarihi: 08.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 13.12.2023 – Makale Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1373034

** Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir – Türkiye Tübingen Eberhard Karls Üniversitesi’nde (Almanya) TÜBİTAK 2219 Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırması Burs Programı Kapsamında Misafir Araştırmacı

E-posta: hande.unsal@bakircay.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7841-9157

taşılmaktadırlar. Bu nedenle Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerinin uluslararası sözleşmelerle uyumluluğuna ilişkin değerlendirmeler, özellikle bu iki Sözleşme üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Vatansızlık, Vatansızlığın önlenmesi, Türk Vatandaşlığı Kanunu, 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi

Abstract

The status of statelessness has unfavorable repercussions both for states and individuals. As a result, statelessness has long been on the agenda of international community. To that purpose, states include a variety of provisions in their citizenship regulations. In addition, rules to prevent statelessness are adopted under international conventions. Indeed, the well-established principle of nationality law that "everyone should have a nationality" serves to prevent statelessness. The principle that "everyone should have a nationality" has also been adopted by the Turkish Nationality Law and various provisions have been included in the Turkish Nationality Act No. 5901 (TNA) to prevent statelessness. Our study focuses on the evaluation of some provisions of the TNA with a focus on the goal of preventing statelessness. Within the scope of the evaluation, the compatibility of the provisions of the TNA regarding the acquisition and loss of nationality with international conventions in the context of the purpose of preventing statelessness is also considered. One of the most important Conventions on the prevention of statelessness is the 1961 United Nations Convention on the Reduction of Statelessness (CRS), which is exclusively aimed at preventing statelessness. Furthermore, the European Convention on Nationality (ECN) also includes provisions for preventing statelessness. The Republic of Turkey is neither a party to the CRS nor the ECN. However, these Conventions are significant since they establish general trends and measures to prevent statelessness. Therefore, assessments of the compatibility of the provisions of the TNA with international conventions particularly focus on these two Conventions.

Keywords

Statelessness, Prevention of statelessness, Turkish Nationality Act, 1961 United Nations Convention on the Reduction of Statelessness, European Convention on Nationality

GİRİŞ

En genel haliyle kişinin hiçbir devletle vatandaşlık bağı bulunmaması olarak tanımlanan vatansızlık¹, uluslararası toplumun gündemini uzun süredir meşgul eden bir sorundur. Sayıları

¹ Osman Fazıl Berki, "Vatansızlık", *AÜHFD* 5/1 (1948), 167-192; Vahit Doğan vd., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (Ankara: Rehber Kitabevi, 2023), 25-31; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 28; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 42.

tam olarak belirlenememekle² birlikte BM, günümüzde herhangi bir devletle vatandaşlık bağı olmayan en az 10 milyon kişinin bulunduğunu bildirmektedir³. Hem devletler hem de bireyler bakımından istenmeyen sonuçları olan bir durumu işaret eden⁴ bu statüye ilişkin daha ayrıntılı bir tanımlama ise Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin 1954 tarihli Sözleşme kapsamında getirilmiştir. Sözleşme'nin "bireyi" temel alan tanımına göre vatansız kişi, kendi hukukunun işleyişi içerisinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişidir (m. 1/1). Öğretide ve uluslararası hukukta kabul gören bu tanım⁵ Türk hukukunca da benimsenmiştir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁶ da vatansız kişiyi, "Hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi" olarak tanımlamaktadır (YUKK m. 3/ş).

Tanımların da gösterdiği üzere vatansızlık kavramı hemen her zaman vatandaşlık kavramı üzerinden açıklanmaktadır. Zira vatansızlık bir kişinin herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanma koşullarını yerine getirmemesi⁷ nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Şu hâlde vatansızlık sorununun kökenlerinin vatandaşlık anlayışı ve bu anlayışı somutlaştıran vatandaşlık düzenlemeleri içinde bulunduğunu söylemek de mümkündür. Bu nedenle vatansızlık üzerine yapılacak herhangi bir değerlendirme öncelikle vatandaşlık kavramının irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

Vatandaşlık, izleri Antik dönemlere kadar sürülebilen, eski ve köklü bir kavramdır⁸. Bu uzun tarihçeye rağmen vatandaşlığa ilişkin tartışmalar çözüme kavuşturulabilmiş değildir. Elbette vatandaşlığın uzun tarihçesi boyunca kavramın içeriği ve anlamlandırılmasında değişiklikler yaşanmış, buna bağlı olarak konunun farklı mülahazalar üzerinden tartışılması söz konusu olmuştur. Özellikle ulus-devlet anlayışına dayalı modern devletlerin ortaya çıkışı vatandaşlık kavramının içeriğinin belirlenmesinde bir kırılma noktası yaratmıştır. Zira ulus-devlet mülahazaları üzerine kurulu modern devlet anlayışında Dünya devletler arasında sınırlara ayrılmış ve hemen her bireyin vatandaşlık vasıtasıyla bu devletlerden -en az- birine bağlanması sağlanmıştır⁹. Böylece vatandaşlık, kişinin, mevcut siyasi sistemin en etkili aktörleri olan devletlerden biriyle ilişkisini kuran bağ olarak ön plana çıkmıştır. Öte yandan eşitlik ve genellik

² Vatansız ve vatandaşlığı tespit edilemeyen kişilere ilişkin istatistiki bilginin toplanması ve derlenmesi konusunda yetkili merci UNHCR'dir: United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), *Expert Group on Refugee, Internally Displaced Persons and Statelessness Statistics*, (New York: ECOSOC, 2022), 15. Vatansız kişilerin sayısının kesin olarak belirlenememesinin birkaç nedeni bulunmaktadır. Bu sebeplerin başında ulusal çapta toplanan bilgilerin eksikliği gelmektedir. Diğer bir neden ise, vatansızlığa ilişkin istatistiki bilgilerin birbirleri ile uyumlu olmamasıdır. Vatansızlık kavramının vasıflandırılmasında ve sınıflandırılmasında devletlere özel politikaların izlenmesi de bu konuda bir kesinliğe erişilmesine engel olmaktadır. Diğer yandan kimi devletlerde vatansız grupların varlığının tanınmaması tutarlı bilgiye erişimi engellemektedir. Yine önemli bir sorun vatansız kişilerle devlet yetkilileri arasındaki etkileşimin yetersizliğidir. Pek çok durumda vatansız kişiler idarî mercilere başvurma konusunda çekimser davranmaktadır: ECOSOC, *Expert Group on Refugee, Internally Displaced Persons and Statelessness Statistics*, 5; Institute on Statelessness and Inclusion (ISI), *The World's Stateless*, (PDF: Wolf Legal Publishers, 2014), 6-7.

³ Bkz. United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), "Statelessness Around the World", (Erişim 27 Eylül 2023).

⁴ Rona Aybay – Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 52.

⁵ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook on Protection of Stateless Persons* (PDF: UNHCR, 2014)

⁶ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), *Resmî Gazete* 28615 (11 Nisan 2013), Kanun No. 6458.

⁷ Nomer, *Vatandaşlık*, 42.

⁸ Nomer, *Vatandaşlık*, 5. Bkz. <https://www.britannica.com/topic/citizenship> Erişim 27 Eylül 2023.

⁹ Derek Heater, *Yurttaşlığın Kısa Tarihi*, çev. Meral Delikara Üst (İstanbul: İmge Kitabevi, 2007), 13.

ilkeleri üzerine dayalı bu vatandaşlık anlayışında, “vatandaş ile yabancı arasındaki ayrımın hukuken çizilmesi”¹⁰ devletle vatandaş arasındaki bağın niteliğinin belirginleşmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu bağ, bir yandan kişinin belli hak ve yükümlülükler sahip olduğunu belirlerken, diğer yandan kişinin bir topluma aidiyetini göstermektedir¹¹. Dolayısıyla bu bağın kurulamaması, kişinin haklara sahip olma ve aidiyet bakımından eksiklik yaşayacağı anlamına gelmektedir.

Üzerinde yapılan tüm tartışmalara rağmen vatandaşlığın hem birey hem de devlet için halen büyük önem taşıyan bir bağ olduğu tartışılmayacak bir gerçektir¹². Bu bağ ile devlet, üzerinde hükümler kurabileceği insan topluluğunu belirlemekte, sadakat yükümlülüğü, askerlik ve olağanüstü hâl durumunda hizmet yükümlülüğü gibi özel talepleri kimlere yöneltebileceğini saptamaktadır¹³. Bireyler ise vatandaşlık sayesinde, diplomatik koruma, ülkeye kabul, sınır dışı edilememe gibi haklar başta olmak üzere günlük hayatta kendisine kolaylık sağlayan pek çok kolaylığa kavuşmaktadır. Yabancılara neredeyse hiç tanınmayan siyasi haklar ya da belirli koşullar altında tanınan ikamet hakkı, çalışma hakkı gibi haklar, vatandaşlara koşulsuz olarak tanınmaktadır. Bir devletin vatandaşı olmayan kişinin o devlet ülkesinde bu haklara erişimi engellenebilmekte, çeşitli sınırlara ya da uzun usulî muamelelere tâbi kılınabilmektedir. Her ne kadar insan hakları alanında yaşanan gelişmeler yabancıların da temel ve özgürlüklere erişiminde önemli kazanımlar sağladıysa da bir ülkede en geniş haklara sahip olan kişiler halen vatandaşlardır. Bu nedenle bir vatandaşlığa sahip olmak kişinin hayat akışı üzerinde büyük önem taşımaktadır¹⁴.

Vatandaşlığın taşıdığı bu önem vatansızlığı hem bireyler hem devletler bakımından istenmeyen bir durum haline getirmiştir. Vatansızlığın bireyler bakımından sonuçları zorlayıcıdır. Bir vatandaşlık sahibi olmayan yani vatansız kişi, belirli bir devlet ülkesinde yaşamakta ancak vatandaşlığın getirdiği hak ve kolaylıklardan ya hiç faydalanamamakta ya da belirli sınırlar içerisinde faydalanabilmektedir¹⁵. Yine bu kişiler belirli bir devletin korumasının yokluğu altında sıklıkla yerlerinden edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar¹⁶. Ayrıca vatansız kişiler hiçbir devletin vatandaşlığına sahip olmamaları nedeniyle Dünyanın hangi ülkesine giderlerse gitsinler yabancı konumunda olmakta ve bu yönde muamele görmektedirler¹⁷. Diğer taraftan vatansızlık, devletler bakımından da sakıncalı bir durumdur, çünkü vatansız kişi bulunduğu ülkede toplumun ve devletin sağladığı olanaklardan yararlanmakta, ancak devlete karşı vatandaşlığın getirdiği yükümlülüklerle bağlı olmamaktadır¹⁸.

¹⁰ Banu Şit, “Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış”, *TBB Dergisi* 76 (Temmuz-Ağustos 2008), 66, dn. 8.

¹¹ Nomer, *Vatandaşlık*, 3.

¹² Nomer, *Vatandaşlık*, 3.

¹³ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 4.

¹⁴ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 4.

¹⁵ Savannah Price, “The Right to Renounce Citizenship”, *Fordham International Law Journal* 42/5 (Mayıs 2019), 1553.

¹⁶ ISI, *The World's Stateless*, 21. Birleşmiş Milletlerin verilerine göre 2023 senesi itibarıyla yerlerinden edilmiş ve vatansız kişilerin toplam rakamının 117,2 milyon kişiyi bulması beklenmektedir. Yaşanan çatışmalar ve savaşlar bu rakamın artmasına neden olmaktadır: United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Global Appeal 2023” (Erişim 27 Eylül 2023).

¹⁷ Institute on Statelessness and Inclusion, *The World's Stateless*, 19.

¹⁸ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 53.

Yarattığı bu sakıncalar nedeniyle vatansızlığın önlenmesi günümüzde devletler bakımından önlenmeye çalışılan bir statü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle çok sayıda devlet bir yandan kendi vatandaşlık yasalarında vatansızlığın önlenmesini sağlamaya yönelik çeşitli önlemlere yer verirken, diğer yandan da vatansızlık sorununa doğrudan ya da dolaylı olarak çözüm getirmeye yönelik bölgesel veya uluslararası düzeyde gerçekleşen çeşitli sözleşmelere taraf olmaktadır. Bu çabalar vatansızlık sorununun tamamen önüne geçilmesini sağlayamamışlarsa da vatansız nüfusun azaltılmasına hizmet etmeleri bakımından kıymetlidirler. Öte yandan, uluslararası düzeyde gerçekleştirilen bu çalışmalar sayesinde “vatansızlık hallerinin önlenmesinin” uluslararası hukukun genel kabul gören bir kuralı haline geldiğini söylemek de mümkündür.

Türk Vatandaşlık Hukuku da uluslararası hukuktaki genel eğilimle uyumlu olarak, vatansızlık hallerinin önlenmesini bir ilke olarak benimsenmiştir. Gerek 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹⁹ (Eski TVK), gerekse 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun²⁰ (TVK) bazı hükümleri kapsamında vatansızlık hallerinin ortaya çıkmasını önlemeye yönelik düzenleyici tedbirlere yer verilmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Uluslararası Kişi Halleri Komisyonunun 13.09.1973 tarihinde imzalanarak 31.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren Vatansızlık Hallerinin Azaltılması İçin Sözleşmeye taraf olmuştur²¹. Ne var ki, TVK kapsamında vatansız kişilere Türk vatandaşlığının kazandırılmasını sağlayan kolaylaştırıcı hükümlerin sayısı sınırlıdır. Öte yandan TVK Türk vatandaşlığının kişinin iradesine bağlı olmayan sebeplerle kaybı hallerini kişinin vatansız duruma düşmemesi koşuluna bağlamamaktadır. Bu noktaların vatansızlığın önlenmesi hedefi bakımından bir eksiklik olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Çalışmamız 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun bazı hükümlerinin vatansızlık hallerinin önlenmesi ilkesi doğrultusunda değerlendirilmesine ilişkidir. Çalışma kapsamında TVK'nın vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin düzenlemeleri konuya ilişkin uluslararası sözleşmeler ve çağdaş vatandaşlık yasalarındaki eğilimlerle birlikte değerlendirilecektir. TVK hükümlerinin uluslararası sözleşmelerle uyumluluğu bakımından incelenmesinde CRS ve AVS'nin ilgili hükümlerine ayrıca ağırlık verilecek ve TVK düzenlemelerinin bu sözleşmelerin hükümleri karşısındaki durumu değerlendirilecektir. Değerlendirmelerde bu iki uluslararası sözleşmeye özel önem verilmesinin belirli bir nedeni vardır: CRS vatansızlık hallerinin azaltılmasına yönelik tek uluslararası sözleşme olması nedeniyle uluslararası hukukun önemli bir kaynağı kabul edilmekte ve ulusal vatandaşlık yasalarının kaleme alınmasında etki yaratmaktadır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi²² ise, doğrudan vatansızlığın önlenmesine yönelik olmamakla birlikte vatandaşlığa ilişkin çağdaş eğilimleri yansıtmaya ve bu minvalde

¹⁹ Türk Vatandaşlığı Kanunu (Eski TVK), *Resmî Gazete* 11638 (22.02.1964), Kanun No. 403.

²⁰ Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK), *Resmî Gazete* 27356 (12.06.2009), Kanun No. 5901.

²¹ Türkiye Sözleşmeyi tarihli 17.4.1975 ve 1883 sayılı Kanunla onaylamıştır: Bkz. *Resmî Gazete* 15226 (4 Mayıs 1975). Vatansızlık Hallerinin Azaltılması İçin Sözleşme doğumla meydana gelen vatansızlığı önlemeye yönelik hükümler içermektedir (Vatansızlık Hallerinin Azaltılması İçin Sözleşme m. 1-3): Nimet Özbek Hadimoğlu – Barış Teksoy, “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu”, *TBB Dergisi* 107 (Temmuz-Ağustos 2013), 226, dn. 21. Sözleşme metni için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020094307bm_15.pdf> Erişim 27 Eylül 2023.

²² Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi metni için bkz. <<https://rm.coe.int/168007f2c8>> Erişim 27 Eylül 2023. Sözleşmeye taraf ülkelerin listesi için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=166>> Erişim 27 Eylül 2023.

vatansızlığın önlenmesini temel ilkelerden biri olarak benimsemesi nedeniyle konu bakımından büyük önem taşımaktadır. Öte yandan 5901 sayılı Kanun’un hazırlığında Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ne defalarca atıfta bulunulmuştur ve bu Sözleşme ile uyumun gözetildiği Kanun’un gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir²³.

I. VATANSIZLIĞIN NEDENLERİNE VATANDAŞLIK KAVRAMI ÜZERİNDEN BAKIŞ

A. Devletlerin Vatandaşlarını Belirleme Konusunda Sahip Oldukları Münhasır Yetki

Vatandaşlığın hayatın hemen her alanı üzeri etki gösteren çok boyutlu yapısı, bu kavramın pek çok alanın ilgi alanına girmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim sosyal bilimlerin çeşitli alanlarında vatandaşlık kavramı ele alınmakta ve kavramı açıklığa kavuşturmaya yönelik tanımlamalar getirilmektedir. Bu bağlamda hemen her alanın vatandaşlığa değişik açılardan yaklaştığı ve kavramın farklı yönlerini ön plana çıkardığı görülmektedir. Hukuk alanında ise vatandaşlık kavramı, devlet ile birey arasındaki bağ üzerinden tanımlanmaktadır. Doktrinde de kabul gören genel bir tanıma göre vatandaşlık bir devletle birey arasında kurulan hukuki ve siyasi bağıdır²⁴. Nitekim, AVS de bu tanıma benimsemiş ve vatandaşlığı “devletle kişi arasındaki hukuki ve siyasi bağ” olarak tanımlamıştır (AVS m. 2/a).

Bununla birlikte kavramın içeriğine ilişkin daha ayrıntılı bir tanım, bu bağın koşullarının kendine özgü niteliğini anlamak daha faydalıdır. *Uluocak* vatandaşlığı, “devletin tek taraflı egemenlik hakkını kullanarak koşullarını ve hükümlerini saptadığı bir hukukî statüyü gerçekleştiren kişi ile arasında kurulan hukukî bağ” olarak tanımlamaktadır²⁵. *Uluocak*’ın bu tanımı, devletin bu statüsünün koşullarının tek taraflı egemenlik hakkını kullanarak belirlenmesine işaret etmesi bakımından önemlidir. Zira bu koşulların tek taraflı egemenlik hakkını kullanarak belirlenmesinin iç hukuk ve uluslararası hukuk düzenine ait olmak üzere iki temel sonucu bulunmaktadır²⁶. İç hukuka ilişkin sonuç, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı koşullarını belirlemede bireylerin bir etkisinin bulunmamasıdır²⁷. Devletler çeşitli düzenlemeleri ile belirledikleri koşulları sağlayan kişilere vatandaşlık izafe etme ve belirli durumların gerçekleşmesi halinde de kişiyi vatandaşlıktan mahrum edebilme yetkisine sahiptirler²⁸. Kişinin vatandaşlığı kazanması ve muhafaza etmesi, devletlerce belirlenen bu

²³ Kanun Tasarısının genel Gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir: Tasarı’daki ifade, şu şekildedir: “(...) Bu sözleşmeyi Avrupa Konseyi üyesi 12 ülke onaylamış, 27 ülke de imzalamıştır. Türkiye bu sözleşmeyi henüz imzalamamakla birlikte, Avrupa Birliği üyeliği sürecinde ülkemizin gündemine gelmesi muhtemel görünmektedir. Çünkü Avrupa Birliği düzeyinde yapılan değerlendirmelerde vatandaşlık alanında Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin temel alınması gerektiği yönünde eğilim ağırlık kazanmıştır. (...)”. Bkz. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/458) <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>,> s. 3. Erişim 27 Eylül 2023. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. bkz. Rifat Erten, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi* 66/4 (Aralık 2008), 36; Gülin Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, *MHB* 17/1-2 (1997), 229-250; Feriha Bilge Tanrıbilir, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, *MHB* 22/2 (2002), 791-818.

²⁴ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 17; Erdoğan Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979), 6.

²⁵ Nihal Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986), 5-6. Aynı yönde bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 21.

²⁶ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 16.

²⁷ Nomer, *Vatandaşlık*, 18.

²⁸ Nomer, *Vatandaşlık*, 18.

koşullara uygun olmasına bağlıdır²⁹. Öte yandan vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin pek çok durumda devletler takdir haklarını saklı tutmakta, kanun yoluyla (*ex lege*) kazanma ve kayıp hallerine sınırlı olarak yer vermektedirler. Bu bağlamda kişinin kendisini o devlete bağlı hissetme, o devlet topluluğuyla bütünleşmiş olma veya uzun zamandır o devlet topraklarında ikamet ediyor olma iddiaları dahi, vatandaşlığın izafesi veya muhafazası konusunda bireye kesin bir hak sağlamamaktadır. Nitekim, belirli bir devlet topraklarında doğmuş ve hayatlarının büyük bir kısmını aynı devlet topraklarında sürdürmüş olmalarına rağmen, o devletin vatandaşlığını kazanamadığı için vatansız statüsünde bulunan insan toplulukları bulunmaktadır³⁰.

Devletlerin vatandaşlık düzenlemelerinin uluslararası hukuk bakımından sonucu ise, her devletin kendi vatandaşlarının belirleme konusunda münhasır yetki sahibi olmasıdır³¹. Bu yetkinin sonucu olarak, her devlet kimlerin kendi vatandaşı olacağını özgürce belirleme hakkına sahiptir³². Devletlerin sahip olduğu bu özgürlük, uluslararası mahkeme kararlarıyla teyit edilmiştir. Uluslararası Daimî Adalet Divanı (*International Permanent Court of Justice-UDAD*) Tunus ve Fas Vatandaşlık Kararnameleri Meselesi kapsamında 1923 yılında aldığı tavsiye kararında, “uluslararası hukukun hali hazırdaki durumunda vatandaşlık meseleleri, prensip itibarıyla, mahfuz sahaya (*reserve domain*) dahildir. Her devlet telsik koşullarını belirlemek konusunda olduğu gibi kendi vatandaşlığının izafesi koşullarını da belirlemek hususunda serbesttir.” ifadesiyle devletlerin vatandaşlığa ilişkin münhasır yetkisini hüküm altına almıştır³³. İlerleyen yıllarda bu yetki Uluslararası Adalet Divanı (*International Court of Justice-UAD*) tarafından 06.04.1953 tarihli *Nottebohm* Kararı kapsamında, “Uluslararası hukuk vatandaşlığının izafesine dair kuralları belirlemeyi devletlere bırakmıştır” ifadesiyle³⁴ bir kez daha teyit edilmiştir.

Vatandaşlığa ilişkin uluslararası sözleşmeler incelendiğinde de konuya ilişkin hükümlerin en başında devletlerin vatandaşlığa ilişkin münhasır yetkisini belirleyen düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. 12 Nisan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında *Lahey Sözleşmesi* (1930 *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws-1930 Lahey Sözleşmesi*)³⁵ uyarınca, her devlet kimin vatandaşı olduğunu kendi yasalarınca tayin edecektir (1930 Lahey Sözleşmesi m. 1). AVS uyarınca da “her devlet kendi vatandaşlarının kim olduğunu kendi yasalarınca belirleyecektir” (AVS m.3/1).

Böylelikle devletlerin vatandaşlarını belirleme konusundaki münhasır yetkisi, uluslararası hukukun köklü ve yerleşik kurallarından biri haline gelmiştir. Bu yetki devletlerin eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve devletler kendi iradeleriyle uluslararası bir

²⁹ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 16.

³⁰ Bkz. <<https://emergency.unhcr.org/protection/legal-framework/stateless-person-definition>> Erişim 27 Eylül 2023.

³¹ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 19.

³² Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 16.

³³ Bkz. *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No.4, 7 February 1923* <<https://www.refworld.org/cases/PCIJ,44e5c9fc4.html>> Erişim 27 Eylül 2023.

³⁴ Bkz. *International Court of Justice, Liechtenstein v. Guatemala, 6 April 1953*, <<https://www.icj-cij.org/en/case/18>> Erişim 27 Eylül 2023.

³⁵ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html>> Erişim 27 Eylül 2023

sözleşmeye taraf olmadıkları müddetçe herhangi bir sınırlandırılmaya tâbi tutulamamaktadır. Bununla birlikte devletlerden bu yetkilerini kullanırken uluslararası hukuk tarafından da kabul görmüş belirli ölçütleri gözetmeleri, vatandaşlığın izafesi ve vatandaşlık bağının kesilmesi konusunda belirli olay ve ilişkilerden hareket etmeleri beklenmektedir³⁶. Sıklıkla doğum, evlat edinilme, evlilik, ahali mübadelesi, kişinin o devletle sosyolojik, kültürel veya ekonomik bakımdan bir yakınlığının bulunması ve bu yakınlığını ispat etmesi halinde iradi olarak vatandaşlığa alınma isteğini beyan etmesi gibi ilişkiler, devletle birey arasında gerçek bir bağın varlığına karine teşkil etmekte³⁷, böylelikle kurulan vatandaşlık bağına meşruiyet kazandırmaktadır. Öte yandan, kişilerin belirtilen ilişkiler ve olaylar nedeni ile bir devlete bağlanması, bu kişiler bakımından vatansızlık ihtimalini ortadan kaldırmakta, böylece vatansızlığı önleyici rol oynamaktadır. Bununla birlikte şunu da belirtmek gerekir ki, vatandaşlık izafe etmek için kullanılan bu ölçütlerin kişilerin vatandaşlıkla ilişkisini kesmek için kullanılması da mümkündür. Kimi devletler yasalarında bir başka devletin vatandaşıyla evlilik, bir başka devletin vatandaşı tarafından evlat edinilme ya da irade yoluyla bir başka devletin vatandaşlığını kazanma gibi halleri kendi vatandaşlıklarının kaybı nedeni olarak niteleyebilmektedirler. Özellikle evlat edinme veya evlenme gibi hallerde kişinin diğer devletin vatandaşlığını kazanmaksızın kendi vatandaşlığını kaybetmesi, vatansızlık haline yol açabilecek niteliktedir.

Şu hâlde vatansızlığın temel nedeninin, devletlerin vatandaşlarını belirlemede sahip oldukları münhasır yetki olduğunu söylemek mümkündür³⁸. Devletler kimlerin vatandaşları olacağını belirlerken, aynı zamanda kimlerin de vatandaşları olmayacağına karar vermiş olmaktadır. Bir başka deyişle vatandaşlık bağının kurulması ile belirli kişilerin kendi topluluğuna dahil olmasına karar veren devletlerin, bu bağı hiç kurmayarak ya da kurulmuş bağı sona erdirerek kişilerin bu topluluğun dışında kalmasını sağlaması mümkündür. Herhangi bir devletle bu tür bir bağı bulunmayan kişi ise hiçbir devletin topluluğuna dahil olmamakta ve vatansız kişi haline gelmektedir.

B. Vatansızlık Halleri

Vatansızlık halinin devletlerin vatandaşlık alanındaki münhasır yetkilerinin kullanımı çerçevesinde pek çok teknik sebepten ötürü ortaya çıkması mümkündür. Vatansızlığın ortaya çıkışı zamansal olarak ikiye ayrılarak doğum anında ve doğumdan sonra ortaya çıkan vatansızlık kategorileri altında incelenebilir. Vatandaşlık yasalarının birbirleriyle uyumlu olmayan hükümleri doğum anında vatansızlığın ortaya çıkışının önemli bir nedenidir³⁹. Yine,

³⁶ Nomer, *Vatandaşlık*, 10. Nitekim 1930 Lahey Sözleşmesi uyarınca da devletlerin vatandaşlık yasaları, uluslararası sözleşmelere, uluslararası geleneğe ve vatandaşlığa dair genel kabul gören ilkelerce uyumlu olduğu sürece diğer devletlerce tanınacaktır (1930 Lahey Sözleşmesi m. 1)

³⁷ Nomer, *Vatandaşlık*, 10.

³⁸ Vatansızlığın önlenmesi adına pek çok uluslararası sözleşme akdedilse de bu sözleşmelerin devletlere yönelik doğrudan bağlayıcı hükümler içermemesi mahfuz yetkinin sınırlandırılmasının önüne geçmektedir. Konu hakkında bkz. Hande Ünsal, “Çocuk Vatansızlığı”, *BÜHFD* 3/5 (2022), 80-85.

³⁹ Vatandaşlık yasalarındaki hükümlerin uyumsuzluğu, bu yasaların vatandaşlığın izafesine ilişkin kuralları belirlerken diğer yasaların benimsedikleri ilke ve kuralları gözetmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak verilen tipik örnek, münhasıran *ius soli* esası kapsamında vatandaşlık izafesini kabul eden devlet vatandaşlarından, münhasıran *ius sanguinis* ile vatandaşlık izafesini kabul eden bir devlet ülkesinde doğan çocukların vatandaşlık durumlarına ilişkindir.

ayırıcı düzenlemeler ve/veya uygulamalar, ana babanın bilinmemesi, vatandaşlığın izafesi için gerekli usullerin yerine getirilmemiş olması gibi nedenler, doğum anında vatansızlığı ortaya çıkaran diğer durumlardır⁴⁰.

Kişinin doğum anında bir vatandaşlığı bulunmasına rağmen, daha sonra vatansız duruma düşmesi de mümkündür. Vatandaşlık yasalarının hemen hepsi, kişinin vatandaşlıkla ilişkisinin iradesi dışında kesilmesine dair hükümlere yer vermektedir. Bu düzenlemeler kapsamında devletlerin, kişinin vatansız kalma ihtimalini göz önünde bulundurmaması mümkündür. Böyle bir durumda birden fazla vatandaşlık taşımayan veya bir başka devletin vatandaşlığına hak kazanamayan kişi, ilgili devletle vatandaşlık bağının kesilmesiyle vatansız duruma düşmektedir.

Vatansızlığın hem doğum anında hem de sonrasında ortaya çıkmasının önemli bir diğer nedeni ise, devletlerin benimsemiş olduğu ayırıcı vatandaşlık yasaları veya ayırıcı uygulamalardır. Kimi devletlerin vatandaşlık düzenlemeleri kapsamında bazı grupları etnik köken, din, kültürel aidiyet gibi nedenlere bağlı olarak vatandaşlık hakkından mahrum bıraktıkları görülmektedir⁴¹. Bu grup mensupları çoğunlukla o devlet ile yakın bir bağ içerisinde bulunan, örneğin o devletin topraklarında doğmuş ve/veya ikamet eden kişilerdir. Buna rağmen ilgili devletler bu gruba mensup kişileri vatandaşlığa alma konusunda zorlanamamaktadırlar⁴². Bu durumda söz konusu kişilerin toplu halde vatansız konuma düşmesi söz konusu olmaktadır⁴³.

II. VATANSIZLIK HALLERİNİN ÖNLENMESİNDE “HERKESİN BİR VATANDAŞLIĞI OLMALIDIR” İLKESİ

Vatandaşlık statüsünün devletler ve bireyler bakımından taşıdığı önem, uluslararası hukuk nezdinde bu statüye ilişkin bazı temel ilkelerin benimsenmesine sebebiyet vermiştir. Bu ilkeleri “herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır”, “kişi vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır”⁴⁴ ve “herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır” başlıkları altında toplamak mümkündür⁴⁵. Devletlerden vatandaşlık düzenlemelerini gerçekleştirirken bu ilkelere uygun hareket etmeleri

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünsal, “Çocuk Vatansızlığı”, 86-109.

⁴¹ IOM, *Glossary on Migration*, 208.

⁴² Ayrımcılık nedeniyle ortaya çıkan vatansızlık hallerinin önlenmesi maksadıyla uluslararası sözleşmelerde çeşitli hükümlere yer verilmektedir. 1956 tarihli Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme [(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination-HIKS) kapsamında ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımı gözetilmeksizin tanınacak haklar arasında vatandaşlık hakkı sayılmaktadır (HIKS m. 5/d-iii). CRS, kapsamında da taraf devletlerin kişi veya kişi gruplarını ırk, etnisite, din veya siyasi nedenlerle vatandaşlıktan mahrum edilemeyeceğini düzenlemektedir (CRS m. 9). AVS'nin de “Ayrımcılık Yapmama” (Non-discrimination) başlığını taşıyan 5. Maddesi'nde taraf devletlerin vatandaşlık kurallarının cinsiyet, din, ırk, renk veya ulusal veya etnik kökene dayanan ayrımcılık içeren hükümlere veya ayrımcılık anlamına gelen uygulamalara yer veremeyeceğini düzenlemiştir (AVS m. 5). Bu hükümlerin ayrımcılık nedeniyle vatansızlığın ortaya çıkmasını önlemeye yönelik etkili hükümler olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki, bu Sözleşmelere taraf devletlerin sayısı sınırlıdır ve ayırıcı yasalar veya uygulamalar kapsamında vatansızlık halleri ortaya çıkmaya devam etmektedir.

⁴³ Yine devlet halefiyeti hallerinde de halef devletlerin belirli kişi ya da grupları etnik, dini, kültürel vs. nedenlerle vatandaşlık yasalarının kapsamı dışında bırakması toplu vatansızlık hallerine sebebiyet verebilmektedir. Bkz. Carol A. Batchelor, “Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status”, *International Journal of Refugee Law* 10/1-2 (1998), 157.

⁴⁴ Bu ilke “kimseye zorla vatandaşlık yükletilmemelidir.” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 7.

⁴⁵ İlkelerin incelemesi için bkz. Doğan vd., *Vatandaşlık*, 22-36.

beklenmekte, böylece devletlerin vatandaşlık düzenlemeleri konusunda sahip olduğu sınırsız yetkinin dengelenmesi hedeflenmektedir. Bununla birlikte belirtmek gerekmektedir ki, bu ilkeler, devletlere kılavuzluk etme niteliği taşıyıp uyulması zorunlu kurallar değildirler. Bu nedenle devletlerin yasalarında bu ilkelere aykırı ya da bu ilkeleri göz ardı eden düzenlemelere de yer verdikleri görülmektedir⁴⁶.

“Herkesin bir vatandaşlığa olmalıdır” ilkesi, doğrudan vatansızlık halinin önlenmesini ilişkindir. Bu ilke kapsamında vatansızlığın önlenmesi iki boyutta gerçekleşmektedir. Bunların ilki her bireyin bir devletle hukuki ve siyasi bir bağ kurma hakkına ilişkin olup, bireyin doğum anı itibarıyla ya da sonrasında bir vatandaşlık sahibi olmasını ifade eder. Vatansızlığın önlenmesinin diğer boyutu ise kişinin sahip olduğu vatandaşlığı muhafaza edebilmesidir. Bu anlamda vatandaşlık düzenlemelerinin kişinin vatandaşlıkla ilişkilerinin kesilmesine yönelik hükümlerin keyfiligi önleyecek biçimde kaleme alınması gerekliliğinden bahsedilebilir.

Hali hazırda birçok uluslararası metin kişinin vatandaşlık hakkını güvence altına almaya yönelik düzenlemeler getirmektedir. Bu minvalde gündeme gelen ilk uluslararası metin, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’dir (İHEB)⁴⁷. İHEB’nin 15. Maddesinin 1. fıkrası kapsamında, herkesin bir vatandaşlık hakkı olduğu belirlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası kapsamında ise, hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakılamayacağı düzenlenmektedir. Beyanname bağlayıcı nitelik taşımamakla birlikte, vatansızlığın önlenmesini genel bir hedef olarak belirlemesi bakımından önem taşımaktadır. Nitekim ilerleyen yıllarda, herkesin bir vatandaşlığa hakkı olduğu ilkesi BM tarafından hazırlanan diğer sözleşmelerde de yer bulmuştur. 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (*International Covenant Civil and Political Rights-MSHS*)⁴⁸, 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (*Convention on the Rights of the Child-ÇHDS*)⁴⁹, 1957 tarihli Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkındaki Sözleşme [(*Convention on the Nationality of Married Women-EKVHS*)⁵⁰, 1956 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination-HIKS*)⁵¹, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü

⁴⁶ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 25.

⁴⁷ İHEB’nin Türkçe metni için bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim 27 Eylül 2023.

⁴⁸ Türkiye Sözleşme’yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanması 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun’la uygun bulunmuştur. Bkz. *Resmî Gazete* 25142 (18 Haziran 2003). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf> Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> Erişim 27 Eylül 2023

⁴⁹ ÇHDS, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hali hazırda 196 ülkenin taraf olması itibarıyla ÇHDS Dünya’da en fazla ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşme niteliğini taşımaktadır: <<https://www.unicef.org/child-rights-convention#learn>> Erişim 27 Eylül 2023. Türkiye Sözleşmeyi 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla onaylamıştır: *Resmî Gazete* 22184 (27 Ocak 1995).

⁵⁰ Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkındaki Sözleşme Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/treaties/1958/08/19580811%2001-34%20am/ch_xvi_2p.pdf> Erişim 27 Eylül 2023.

⁵¹ Türkiye Sözleşmeyi 03.04.2002 tarihli ve 4750 sayılı Kanunla onaylamıştır: *Resmî Gazete* 24721 (9 Nisan 2002). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/Files/Komisyonlar/insanHaklari/docs/ulusal_belgeler/kanuntbmmc08604750.pdf>. Erişim 27 Eylül 2023. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>> Erişim 27 Eylül 2023.

Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW*)⁵², 1990 tarihli Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme [(*International Convention on the Rights of All Migrant Workers-GIS*)⁵³, Engellilerin Haklarına Dair Sözleşme⁵⁴ (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities-EHDS*) gibi pek çok uluslararası sözleşme kapsamında vatandaşlık bir hak olarak nitelendirilmektedir.

İHEB'in "herkesin" vatandaşlık hakkını vurgulayan düzenlemesine karşın diğer Sözleşmeler, düzenledikleri konular çerçevesinde farklı durum ve kategorilerdeki bireylerin vatandaşlık hakkına ilişkin düzenlemeler getirmektedirler. Bu bağlamda MSHS ve ÇHDS çocukların vatandaşlık hakkına ilişkin düzenlemeler getirmekte ve her çocuğun vatandaşlığa hakkı olduğunu düzenlemektedir⁵⁵ (MSHS m. 24/3, ÇHDS m. 7/1). Yine Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ile göçmen işçinin her çocuğunun vatandaşlık hakkına sahip olduğu kabul edilerek çocukların vatandaşlık hakkı teyit edilmiştir (GIS m. 29)⁵⁶. Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkındaki Sözleşme aslen kadının vatandaşlık durumunun evlenmeden ve evlenmenin sona ermesinden kadının rızası hilafına etkilenmemesine yönelik hükümler içermektedir (EKVHS m. 1)⁵⁷. Bununla birlikte Sözleşme, giriş kısmında İHEB'nin "herkesin bir vatandaşlığa hakkı olduğu" ve kimsenin vatandaşlıktan keyfi olarak mahrum edilemeyeceğine" dair hükümlerine vurgu yaparak evli kadınların vatandaşlık hakkını güvence altına almayı da hedeflemektedir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme herkesin yararlanacağı hakları belirlerken vatandaşlık hakkına da yer vermiştir (HIKS m. 5/d-3). CEDAW kapsamında ise⁵⁸ kadınların vatandaşlığı ile ilgili oldukça kapsamlı bir düzenleme benimsenmiştir. Sözleşme ile Taraf Devletlere, tâbiyetin kazanılması, değiştirilmesi veya muhafazası konularında kadınlara ve erkeklere eşit haklar tanıma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda Taraf Devletlere yabancıyla evliliğin kadının vatansızlığına yol açmayacağını teminat altına alma yükümlülüğü de getirilmiştir (CEDAW m. 9/1). CEDAW ayrıca, çocukların vatandaşlığı konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlama yükümlülüğü getirmektedir⁵⁹ (CEDAW m. 9/2). Sözleşmenin,

⁵² *Resmî Gazete* 18898 (14 Ekim 1985) Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>> Erişim 27 Eylül 2023. (Bkz. m. 9/2).

⁵³ *Resmî Gazete* 25516 (8 Temmuz 2004) Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040708.htm#7>> Erişim 27 Eylül 2023.

⁵⁴ *Resmî Gazete* 27288 (14 Temmuz 2009). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm>> Erişim 27 Eylül 2023.

⁵⁵ MSHS m. 24/3 uyarınca "Her çocuğun bir vatandaşlık kazanma hakkı vardır". ÇHDS m. 7/1 uyarınca "Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır".

⁵⁶ Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme m. 29 uyarınca "Göçmen işçinin her çocuğu isim, doğum kaydı ve vatandaşlık hakkına sahip olacaktır".

⁵⁷ Radhe Shyam, "UN Convention on the Nationality of Married Women", *International Journal of Multidisciplinary Research and Development* 2/3 (2015), 720.

⁵⁸ CEDAW m. 9/1 uyarınca "Taraf Devletler, tâbiyetin kazanılmasında, değiştirilmesinde veya muhafazasında kadınlara erkekler ile eşit haklar tanıyacaklar ve özellikle bir yabancıyla evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın tâbiyetini değiştirmesinin, kadının da otomatik olarak tâbiyet değiştirmesine, tâbiyetsiz kalmasına veya kocanın tâbiyetini zorla almasına yol açmamasını temin edeceklerdir." (CEDAW m. 9/1).

⁵⁹ CEDAW m. 9/2 uyarınca "Taraf Devletler, çocukların tabiiyeti konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlayacaklardır" (CEDAW m. 9/1).

çocuğun anaya bağlı olarak vatandaşlık kazanmasını engelleyen düzenlemeleri bertaraf etmeyi hedefleyen bu hüküm, çocuk vatansızlığının önlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Nihayet Engellilerin Haklarına Dair Sözleşme'nin “Seyahat Özgürlüğü ve Uyruklu” başlıklı 18. Maddesi altında engellilerin vatandaşlık kazanma ve değiştirme hakkı düzenlenmiş ve bu kişilerin keyfi olarak veya engelli olmaları nedeniyle vatandaşlıktan mahrum bırakılmayacakları öngörülmüştür (EHDS m. 18/1-a)⁶⁰.

Sözleşmeler kapsamında kişilerin vatandaşlık hakkının yanı sıra, keyfi olarak vatandaşlıktan mahrum edilemeyecekleri ve vatandaşlıklarını değiştirmelerinin engellenmeyeceği belirtilmektedir. Böylece, devletlerin vatandaşlığın kazandırılması ve kaybı konusunda uyması gereken temel ilkeler belirlenmiş olmaktadır. Ne var ki, bu Sözleşmeler kapsamında, kişiye vatandaşlık kazandırma konusunda yükümlü devleti gösteren herhangi bir düzenleme bulunmaması, vatandaşlık talebinin belirli bir devlete yöneltilmesi imkanının önüne geçmektedir. Yine de bu düzenlemeler, herkesin bir vatandaşlığa sahip olmasını uluslararası düzeyde kabul gören bir ilke ve temel bir hak olarak belirlemesi⁶¹ bakımından önem taşımaktadır⁶².

III. VATANSIZLIĞIN ÖNLENMESİNE YÖNELİK ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

Vatandaşlığın bir sorun olarak ortaya çıkması modern toplumlara özgü, yeni bir gelişme değildir⁶³. Ancak, vatansızlığın yaygın bir sorun olarak ele alınarak küresel bir boyut kazanması II. Dünya Savaşı'nı takip eden döneme denk gelmektedir⁶⁴. Özellikle 1945 yılında Birleşmiş Milletler'in kurulmasını takiben vatansızlık uluslararası toplumun dikkatine sunulmuş bir konu haline gelmiş ve BM bünyesinde vatansızlığın önlenmesine dair çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu minvalde Vatansız kişilere hitap eden ilk önemli⁶⁵ Sözleşme, II. Dünya Savaşı'ndan sonra yerinden edilmiş kişilere yönelik önlem olan 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmesidir. Sözleşme bir kişinin hangi şartlar altında mülteci olarak kabul edilebileceğini düzenlerken bu şartları taşıyan kişinin aynı zamanda vatansız statüsünde de

⁶⁰ Engellilerin Haklarına Dair Sözleşme m. 18/1-a uyarınca “Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında seyahat ve yerleşim yerini seçme özgürlüğüne ve uyruklu hakkına sahip olduğunu kabul eder ve engellilerin aşağıdaki haklarını sağlar:

- a) Uyruklu kazanma ve değiştirme hakkı olması ve keyfi olarak veya engelli olması nedeniyle uyrukluktan mahrum bırakılmaması,
(...)”

⁶¹ Council of Europe (COE), *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*, (StrazbuRG. COE, 1997), 6.

⁶² Price, “The Right to Renounce Citizenship”, 1553.

⁶³ Price'a göre, tarih boyunca köleleştirilmiş ve boyun eğdirilmiş nüfus, bugünün terimleriyle vatansız olarak adlandırılacaktır: Price, “The Right to Renounce Citizenship”, 1554.

⁶⁴ Laura van Waas, *Nationality Matters: Statelessness Under International Law*, (Tilburg. Tilburg University, Doktora Tezi, 2008), 16.

⁶⁵ Vatansızlık konusuna Milletler Cemiyeti tarafından 1930 tarihli Bazı Vatansızlık Halleri Hakkında Protokol (*Protocol Relating to a Certain Case of Statelessness*) kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte Protokol düzenlediği ilişkilerin sınırlılığı nedeniyle konuya ilişkin bir ilerleme kaydetmek konusunda yetersiz kalmıştır. Weiss, agm., s. 1074; Yılmaz Altuğ, “Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29/1-2 (1963), 202. 1930 tarihli Bazı Vatansızlık Halleri Hakkında Protokol'ün İngilizce metni için bkz. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b39520.html>. Erişim 27 Eylül 2023.

olabileceğini belirlemiştir. Böylece Sözleşme vatansız mülteciler bakımından da uygulama alanı bulmuştur⁶⁶ (1951 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme m. 1/2).

1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmesi'nden kısa süre sonra, Birleşmiş Milletler bünyesinde geliştirilen 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (1954 *Convention Relating To The Status Of Stateless Persons-CRS*) bağtlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme⁶⁷, vatansızlığın önlenmesine ilişkin bir hüküm içermemekle birlikte vatansız kişilerin ikamet, eğitim, çalışma hakkı, konut hakkı gibi temel bazı haklardan faydalanmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler kabul etmektedir. Sözleşmeyle taraf devletlere vatansız kişilere kimlik belgesi, seyahat belgesi ve idari yardım sağlanması gibi yükümlülükler getirilmiştir, böylece vatansız durumda bulunan kişilere belirli düzeyde koruma sağlanmıştır⁶⁸. Sözleşme vatansız kişilere yönelik muamelelere standartlarını düzenleyen tek uluslararası antlaşma olması bakımından önem taşımaktadır⁶⁹. Ayrıca Sözleşmeye taraf devlet sayısının yüksekliği⁷⁰ vatansız kişilere muamele konusunda ulusal ve uluslararası düzlemlerde belirli standartlara erişilmesini sağlamıştır.

1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin vatansızlık halinin önlenmesi bakımından bir önlem getirmiyor olması, konuya ilişkin çalışmaların devamlılığını gerektirmiştir. Böylece vatansızlığı ve buna eşlik eden sorunları hafifletmek için oluşturulmuş "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi" 30 Ağustos 1961 tarihinde imzalanmış ve 13 Aralık 1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, belirli bir devletin vatandaşlığının kazanılması ve kaybı koşullarını düzenleyici hükümler içermemektedir⁷¹. Bununla birlikte Sözleşme, vatansızlığın önlenmesi ve azaltılması amacına hizmet eden uluslararası ilkeleri ortaya koymakta, böylece vatandaşlık hakkının güvenceye alınması ve vatansızlığın önlenmesi konusunda bazı somut önlemler getirmektedir⁷². Sözleşmenin doğum anında ortaya çıkan vatansızlığı önleme hükümleri, belirli şartların gerçekleşmesi halinde taraf devletlere ülkelerinde doğup da ana-babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuklara ve ülkelerinde bulunmuş çocuklara vatandaşlık izafe etme yükümlülüğü getirmektedir (CRS m.1/1). Bu husus özellikle doğum anından itibaren vatansızlığın önlenmesi konusunda oldukça önemli bir adımdır. Diğer yandan

⁶⁶ Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Neva Övünç Öztürk, "1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi", *AÜHFD* 65/2 (Haziran 2016), 393-448.

⁶⁷ *Resmî Gazete* 29156 (25 Ekim 2014). Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <<https://www.unhcr.org/protection/statelessness/3bbb25729/convention-relating-status-stateless-persons.html>> Erişim 27 Eylül 2023. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141025-5-1.pdf>> Erişim 27 Eylül 2023.

⁶⁸ <<https://www.unhcr.org/what-we-do/protect-human-rights/ending-statelessness/un-conventions-statelessness>>

⁶⁹ UNHCR, "Fact Sheet: The 1961 Convention on The Reduction of Statelessness" <<https://www.refworld.org/docid/612608084.html>>. Erişim 27 Eylül 2023.

⁷⁰ Sözleşmeye 96 devlet taraftır. Taraf ülkeler için bkz. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=en> Erişim 27 Eylül 2023.

⁷¹ Gülin Güngör, "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi", *AÜHFD* 63/3 (2014), 482.

⁷² Güngör, "BM Sözleşmesi", 482.

Sözleşme doğumdan sonra ortaya çıkması olası vatansızlık hallerine yönelik hükümler de barındırmakta⁷³ (CRS m. 5), özellikle vatandaşlık bağının kesilmesi hallerinde vatansızlık durumunun ortaya çıkmasını önleyerek vatandaşlık hakkını korumayı yönelik tedbirler getirmektedir⁷⁴ (CRS m. 8). Sözleşmeye taraf devletlerin böylece vatandaşlık hukuku alanındaki münhasır yetkilerini kullanmayı uluslararası hukukun belirlediği sınırlar içinde kullanma sözü vermesi *Weiss*'a göre ilginç bir gelişmedir⁷⁵. Zira Sözleşme, taraf devletlerin vatandaşlık hukuku gibi hassasiyetle korudukları bir alanda münhasır yetkilerini, kabul edilmiş bazı ilkeler altında, iç hukuklarına uygun yollardan sınırlamayı taahhüt etmeleri sonucunu doğurmaktadır. Ne var ki Sözleşmeye katılımın, vatandaşlık hakkını içeren diğer BM sözleşmelerine kıyasla daha yavaş olduğu görülmüştür⁷⁶. Sözleşmeye katılımın BM Genel Kurulu ve diğer uluslararası organlarca da desteklenmesiyle bu sayı zaman içerisinde artış göstermiştir⁷⁷.

Nihayet Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 6 Kasım 1997'de imzaya açılan ve 1 Mart 2000'de yürürlüğe giren Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, vatandaşlıkla ilgili ilkeleri ve kuralları tespit eden, vatandaşlık konusunda ulusal ve uluslararası hukuklardaki son eğilimleri yansıtan bir metin olması bakımından önem taşımaktadır⁷⁸. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi kapsamında vatansızlığın önlenmesini açık bir hedef olarak ortaya konulmuştur. AVS de, CRS ile uyumlu düzenlemeler benimseyerek⁷⁹ vatansızlık hallerinin önüne geçmeye yönelik bir sistem getirmektedir.

AVS, herkesin vatandaşlık hakkına sahip olduğunu (AVS m. 4/a), vatansızlıktan kaçınılması gerektiğini (AVS m. 4/b) ve kimsenin vatandaşlıktan keyfi olarak mahrum edilemeyeceğini (AVS m. 4/c) açıkça düzenlemiş, böylece vatansızlığın önlenmesi konusunda oldukça kesin bir tavır belirlemiştir. Bu bağlamda Sözleşme öncelikle doğum anında vatansızlığın önlenmesi maksadıyla taraf devletlere ülkelerinde doğan ve ana-babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuklara (AVS 6/2-a, b) ve ülkelerinde bulunmuş çocuklara vatandaşlık izafe etme yükümlülüğü getirmektedir (AVS 6/1-b). Sözleşmenin devam eden maddelerinde ise doğumdan sonra ortaya çıkan vatansızlık halini önlemeye yönelik bazı hükümlere yer verilmiş ve devletlere vatansız kişilere vatandaşlık kazandırılması konusunda kolaylaştırılmış usuller benimsemesi yükümlülüğü getirilmiştir (AVS m. 6/4-g).

⁷³ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, "BM Sözleşmesi", 226.

⁷⁴ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, "BM Sözleşmesi", 226.

⁷⁵ Paul Weis, "The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness, 1961", *The International and Comparative Law Quarterly* 11/4 (Ekim 1962), 1088; Güngör, "BM Sözleşmesi", 480.

⁷⁶ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Extracts of International Documents Encouraging States to Accede to the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, (Cenevre: UNHCR 2013); Price, "The Right to Renounce Citizenship", 1554.

⁷⁷ 2013 yılında UNHCR tarafından başlatılan "Ibelong" kampanyası kapsamında uluslararası toplumu vatansızlığı sona erdirmek için tam taahhütte bulunmaya davet etmiş ve bu amaçla 2014-2024 yılları arasında geçerli olacak "Küresel Eylem Planı" nı kabul etmiştir. 10 maddeden oluşan küresel eylem planının bir bacağı da CRS'ye katılımın artırılmasıdır. Sözleşmeye taraf devletler için bkz. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5&clang=en> Erişim 27 Eylül 2023

⁷⁸ Tanrıbilir, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", 793.

⁷⁹ COE, *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*, 7.

IV. 5901 SAYILI TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU'NUN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Vatandaşlığın Doğum Yoluyla Kazanılması

Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına ilişkin esasları düzenleyen 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre (TVK m.2), Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi Türk vatandaşı olmaktadır (TVK m. 3/1-ç). Kanun vatandaşlığın kazanılmasını doğumla veya sonradan olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutmuştur (TVK m. 5/1). Doğumla vatandaşlığın kazanılması ise, soy bağı (*ius sanguinis*) veya doğum yeri (*ius soli*) esasına göre gerçekleşmektedir⁸⁰. Böylelikle TVK kapsamında vatandaşlığın doğumla kazanılması bakımından her iki esasa da yer verilmiş olmaktadır. Bununla birlikte doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılması, Türkiye'de doğan her çocuk bakımından getirilmiş bir hak olmayıp vatansızlığın önlenmesine yönelik bir yöntem olarak belirlenmiştir⁸¹.

1. Soybağı Esası Kapsamında Vatandaşlık Kazanılması

Türk hukukunun doğumla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümlerin vatansızlığın halinin ortaya çıkışının önlemek bakımından oldukça etkili hükümler olduğunu söylemek mümkündür. Türk vatandaşlığının doğumla izafesinde birincil yöntem olarak belirlenen soy bağı esası TVK m. 7/1 kapsamında düzenlenmiştir. Madde uyarınca, Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşı olacaktır (TVK m. 7/1). TVK her şeyden önce Türk vatandaşlığının ebeveynlerden herhangi birine bağlı olarak kazanılabileceğini düzenlemiş, böylece vatandaşlığın soy bağı esası kapsamında kazanılması konusunda “cinsiyetler arası eşitlik” ilkesi kesin bir biçimde kabul etmiştir⁸². Çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması için ana veya babadan birinin Türk vatandaşı olması yeterlidir. Diğer ebeveynin yabancı ya da vatansız statüsünde olmasının çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması üzerinde bir etkisi olmamaktadır.

TVK m. 7/1'in ifadesi, ilk bakışta Türk vatandaşlığının kazanılmasını çocuğun evlilik içinde doğması koşuluna bağlıyor gibi görünse de maddenin devam fıkralarından bu hususun vatandaşlık hakkı bakımından getirilmiş kurucu bir koşul olmadığı anlaşılmaktadır. Çocuğun evlilik birliği içinde doğmuş olması koşulu, ananın yabancı olması yani çocuğun anaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamayacak olması halinde, çocuğun babalık karinesine dayanarak Türk vatandaşlığını kazanmasını sağlamaya yöneliktir. Nitekim TVK m. 7/2 Türk vatandaşı anadan ve yabancı babadan “*evlilik birliği dışında*” doğan çocuğun Türk vatandaşı olacağını, TVK m. 7/3 ise Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan

⁸⁰ Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı İçin Bazı Öneriler”, *TBB Dergisi* 81 (Mart-Nisan 2009), 31.

⁸¹ Nomer, *Vatandaşlık*, 72; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 51.

⁸² UNHCR, 2020 yılı itibarıyla 25 devletin çocuklarına vatandaşlık kazandırmak bakımından kadın ve erkek arasında ayrımcılık yapan düzenlemeler benimsediğini belirtmiştir: Bkz. United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Time for all nationality laws to uphold women and men's equality, says UN and civil society leaders” (27 Eylül 2023). Yukarıdaki bölümlerde de açıklandığı üzere, bu tür düzenlemeler özellikle babayla çocuk arasında soy bağının kurulmadığı veya babanın vatansız olduğu durumlarda çocuk vatansızlığının ortaya çıkmasının önemli nedenlerinden birisidir: <https://www.equalnationalityrights.org/news/2-uncategorised/35-gender-discrimination-nationality-law>. Erişim 27 Eylül 2023.

çocuğun soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanacağı düzenlenmektedir⁸³.

Türk hukukunda ana ile doğurduğu çocuk arasındaki doğal soy bağına, aynı zamanda hukuki anlamda soy bağına kurulmasını da sağladığı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle ana ile çocuk arasında soy bağı kurulması için doğum dışında maddi ya da usulî herhangi bir ek koşul aranmamaktadır. Bu nedenle Türk vatandaşı anadan doğan çocuğun evlilik dışında ya da içinde doğması hususunda Kanunda bir farklılık öngörülmemiştir⁸⁴. Yine bu çerçevede çocuk ile baba arasında sonradan soy bağı kurulması ya da çocuğun herhangi bir usul kapsamında yabancı babaya bağlı olarak yabancı devlet vatandaşlığını kazanması çocuğun anaya bağlı olarak kazandığı Türk vatandaşlığı üstünde etki doğurmamaktadır⁸⁵. Bu anlamda TVK m. 7/1 kapsamında getirilen “*evlilik birliği içinde*” ifadesi çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmuş olmasına yönelik bir ayrımcılık içermemek olmayıp⁸⁶, çocuğun baba yönünden ilave bir usule gerek olmaksızın Türk vatandaşlığını kazanmasını sağlamaya yöneliktir. TVK’nın benimsemiş olduğu bu kapsayıcı yaklaşım, vatansızlığın ortaya çıkmasını önleyici niteliktedir⁸⁷. Zira, ananın veya babanın yabancı olması ya da doğumun evlilik bağı içinde gerçekleşmiş olmaması nedenleriyle çocuğa Türk vatandaşlığının izafesi engellenmemektedir.

Evlilik birliği dışında ve yabancı anadan doğan çocuğun ise Türk vatandaşı olması için baba ile çocuk arasında hukukî anlamda soy bağı kurulmuş olması gereklidir⁸⁸. Bu nedenle baba ile arasında soy bağı kurulmamış çocuk, Türk hukuku bakımından yabancı statüsünde olacaktır. Soy bağına nasıl ve hangi koşullar altında kurulacağı konusunda TVK bir hüküm barındırmamaktadır. Bu durumda yabancılik unsuru taşıyan soy bağı ilişkilerine uygulanması gerekli hukukun MÖHUK uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁹. Nitekim TVK Yönetmelik kapsamında da bu konuda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenleme uyarınca “*Türkiye içinde veya dışında evlilik birliği dışında Türk vatandaşı babadan olan ve yabancı anadan doğan çocuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine göre, Türk vatandaşı babaya soy bağı ile bağlanması halinde doğumundan itibaren Türk vatandaşlığını kazanır*” (TVK Yönetmelik m. 7/4).

MÖHUK kapsamında soy bağına kurulması “Soybağının Kurulması” başlıklı 16. madde kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Soy bağına kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soy bağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müsterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna*

⁸³ Nomer, *Vatandaşlık*, 69.

⁸⁴ Nomer, *Vatandaşlık*, 69; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 37-41.

⁸⁵ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 41.

⁸⁶ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102;

⁸⁷ Evlilik bağı dışında doğan çocukların ana ve/veya babanın vatandaşlığını kazanamayacağını öngören düzenlemeler çocuk vatansızlığının önemli nedenlerinden birisidir: Sarah Thanawala, *Preventing statelessness among children born out of wedlock*, Tilburg. Tilburg University, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 7.

⁸⁸ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 43-44.

⁸⁹ Nomer, *Vatandaşlık*, 71; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 43; Erten, “Tasarı”, 42.

tâbi olarak kurulur."⁹⁰. Bu hükümde yer alan hukuklardan birinin uygulanması suretiyle soy bağı'nın kurulması halinde çocuğun doğum anından itibaren Türk vatandaşlığını babaya bağlı olarak kazanması söz konusu olacaktır⁹¹. Türk Vatandaşlık Hukuku'nda benimsenen bu yaklaşım ile evlilik dışında doğmuş çocuğun babaya bağlı olarak vatandaşlık kazanmasının soy bağı'nın kurulması dışında başkaca bir koşula bağlanmaması ve bu şekilde kazanılan vatandaşlığın doğum anından itibaren hüküm ifade edeceğini öngörmesi, vatansızlık hallerinin önlenmesi bakımından elverişli bir hükümdür.

TVK soy bağı esası altında vatandaşlığın kazanılmasında doğum yerinin etkisine ilişkin bir hüküm de içermektedir. TVK m. 7/1 kapsamında "*Türkiye içinde veya dışında (..) doğan çocuk Türk vatandaşıdır*" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeyle çocuğun soy bağı esası kapsamında vatandaşlığın kazanılması hususunda doğum yerinin önem taşımadığı güvence altına alınmıştır⁹². Böylece çocuğun yurt dışında doğmuş olması halinde vatandaşlığı kazanması bakımından bazı ek şartlar aranmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. Zira vatandaşlık yasalarının bir kısmında yurt dışında doğan çocuğun vatandaşlık kazanması, çocuğun konsolosluklar, nüfus idaresi gibi mercilere kaydının yaptırılması veya ana-babanın bu yönde bir beyanda bulunması gibi koşullara bağlanmakta⁹³, zaman zaman bu usulün yerine getirilmesi, belirli bir süre ile de kısıtlanmaktadır⁹⁴. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi de taraf devletlerin vatandaşlık yasalarında bu tür bir düzenlemeye imkân tanıyan bir hüküm içermektedir [(AVS m. 6/1/a (İlk Cümle)]. Bu tür düzenlemeler, çocuğun vatandaşlık durumunu ana-babanın inisiyatifine bağlı kılmakta, gerekli usullerin yerine getirilmediği durumlarda vatansızlığa yol açabilmektedir. TVK m. 7 kapsamında doğum yerine önem atfedilmemesi, yurt

⁹⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Neşe Baran Çelik, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 74 vd.

⁹¹ Nomer, *Vatandaşlık*, 70.

⁹² TVK m. 7/2 ve m. 7/3 kapsamında çocuğun evlilik dışında doğduğu durumlar bakımından "*Türkiye içinde veya dışında (..) doğmuş olma*" ifadesine yer verilmemiştir. TVK m. 7/1 ile kıyaslandığında bu iki fıkrada böyle bir hükme yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak nitelenebilir. Ancak, Kanun'un takip eden maddelerinde evlilik birliği dışında ve yurt dışında doğan çocuklar bakımından gerçekleştirilmesi gereken başka bir usule yer verilmediği görülmektedir. Üstelik Yönetmeliğin ilgili maddeleri kapsamında da (TVK Yönetmelik m. 7/3 ve m. 7/4) çocuğun "*Türkiye içinde veya dışında*" doğmuş olması ifadelerine yer verilmiştir. Böylece evlilik içinde veya dışında doğan çocuklar bakımından Türkiye içinde veya dışında doğmak konusunda bir ayırım gözetilmediği teyit edilmiş olmaktadır.

⁹³ Örneğin Portekiz Vatandaşlık Yasası'nda Portekizli ana veya babadan yurt dışında doğan çocuğun vatandaşlık kazanması doğumunun nüfus idaresi nezdinde kayıt yapılmasına veya ana-babanın çocuklarının Portekiz vatandaşı olması iradelerini beyan etmeleri koşuluna bağlanmıştır (m. 1/1/c). Bu koşullar Portekiz içinde doğan çocuklar bakımından aranmamaktadır. (Portekiz Vatandaşlık Yasası m. 1/1-a). https://ec.europa.eu/migrant-integration/sites/default/files/2010-02/doc1_12213_57693451.pdf. Erişim 27 Eylül 2023. Ayrıca bkz. 1955 tarihli Hindistan Vatandaşlık Yasası (*India Citizenship Act No: 57, 1955*) m. 4/2. Hindistan Vatandaşlık Yasası'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b57b8.html>. Erişim 27 Eylül 2023

⁹⁴ 2001 tarihli İsveç Vatandaşlık Yasası (*The Swedish Citizenship Act, 2001*) m. 5 yurt dışında doğan çocuğun vatandaşlık kazanmasını yurt içinde doğan çocuklara kıyasla farklı koşullara bağlamıştır (İsveç Vatandaşlık Yasası m. 1-4). Bu kapsamda doğumundan itibaren İsveç vatandaşı olan bir babadan doğan çocuk babasının 18 yaşına kadar bildirim yapması halinde İsveç vatandaşlığını kazanabilecektir. (İsveç Vatandaşlık Yasası m. 5). İsveç Vatandaşlık Yasası'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.refworld.org/pdfid/420cadf64.pdf>. Erişim 27 Eylül 2023. Aynı yönde bkz. 2014 tarihli İsviçre Vatandaşlık Yasası (*Swiss Citizenship Act, 2014*) m. 1/2 ve m. 5. İsviçre Vatandaşlık Yasası'nın İngilizce metni için bkz. <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2016/404/20190709/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2016-404-20190709-en-pdf-a.pdf>. Erişim 27 Eylül 2023.

dışında ve yurt içinde doğan çocuklar bakımından yapılan ayırımının önüne geçmiş, bu nedenle ortaya çıkabilecek bir vatansızlık halini bertaraf etmiştir.

Bu noktada akla gelebilecek bir husus, Türk hukukunda da aranan çocuğun bildirimine ilişkin yükümlülüğün vatandaşlık üzerinde bir etkisi olup olmadığıdır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁹⁵ (NHK) m. 15/1 düzenlemesi uyarınca “*Sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye’de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur*”. Bu düzenleme ile Türk vatandaşlarından doğan her çocuk için bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Özellikle yurt dışında gerçekleşen doğumlarda bildirim yükümlülüğüne uyulmadığının görülmesi üzerine, 18 yaşının tamamlanmasına kadar doğum bildirimini yapılmamış çocuklara ilişkin bir hükme Yönetmelik kapsamında ver verilmiştir⁹⁶. Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca “*Yurt dışında yaşayan ve onsekiz yaşını tamamladığı halde doğumuna ilişkin bildirimde bulunulmayan kişilerin aile kütüğüne tescili, Türk vatandaşı ana veya babadan dolayı Türk vatandaşlığını kazandıklarının Bakanlıkça yapılacak inceleme sonucunda tespiti halinde mümkündür.*” (TVK Yönetmelik m. 8/1). Kişinin başvuru esnasında sunacağı belgeler Yönetmeliğin 9. maddesinde belirlenmiş, ayrıca İçişleri Bakanlığınca (Bakanlık) gerekli görülen hallerde, belirtilen belgelerle birlikte, ilgilinin vatandaşlığının ispatına esas olabilecek başka belgelerin de ibraz edilmesi istenebileceği düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 9/2). Bununla birlikte sunulan belgelerin incelenmesi sonucu yapılacak işlem vatandaşlığın kazanılması için değil, ispatı ve kayıt altına alınması için gereklidir. Nitekim Yönetmeliğin maddesinde de açıkça ifade edildiği gibi bu belgeler “*ilgilinin vatandaşlığının ispatına esas olabilecek*” belgeler olmaları nedeniyle talep edilmektedirler (Yönetmelik m. 9/2). İçişleri Bakanlığı tarafından incelenecek belgelerin doğruluğu tespit edilirse kişi aile kütüğüne tescil edilecektir. Bu minvalde Bakanlığın yaptığı inceleme ibraz edilen belgelerin gerçekliği ve doğruluğuyla sınırlı olup, kişinin Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin bir incelemeyi içermemektedir⁹⁷.

Buna karşın kişinin aile kütüğüne tecilinin vatandaşlık durumu üzerinde etkili olabileceği izlenimini yaratan bir hükme 19.10.2017 tarihinde TVK’ya eklenen ve “Saklı Nüfus” başlığını taşıyan Ek Madde 1 kapsamında yer verilmiştir. Ek Madde 1 uyarınca Türk vatandaşlığı on sekiz yaşına kadar nüfus kütüğüne herhangi bir sebeple kaydedilmemiş olan kişiler ancak yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip değillerse, tıbbi rapor ibrazı ile Türk vatandaşlığını “kazanacaklardır” (TVK Ek Madde 1). Doktrinde eleştirilen bu madde⁹⁸ kapsamında yer verilen

⁹⁵ Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK), *Resmî Gazete* 26153 (29.04.2006), Kanun No. 5490.

⁹⁶ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 48. Şu hâlde, çocuk 18 yaşını tamamlayana kadar yurt dışından yapılan bildirimler NHK’da bildirilen usule göre, 18 yaşının tamamlanmasından sonra yurt dışından yapılan bildirimler ise TVK Yönetmelik ile belirlenen hükümlerine uygun olarak yapılacaktır: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 48.

⁹⁷ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 49.

⁹⁸ Bkz. Barış Teksoy, “Türk Vatandaşlığının Kazanılmasındaki Güncel Eğilim ve Anayasal Kurallar Işığında Saklı Nüfusa İlişkin Düzenlemeler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 76/2 (Haziran 2021), 437-473; Nomer, *Vatandaşlık*, s 72 dn. 28a; Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 59; B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Beta, 2019), 111. Güngör, soy bağı esasıyla Türk vatandaşlığının izafesinin Anayasa’da da temel bir esas olarak düzenlenerek güvence altına alındığını (Anayasa m. 66/2) belirterek Ek m. 1’in Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir: Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 59. Erdem ise hükmün kanunda kabul edilen çok vatandaşlık hakkına aykırı olduğunu ileri sürmektedir: Erdem, *Vatandaşlık*, 111. Türk Vatandaşlık Hukukunda çifte vatandaşlığın tarihsel gelişimi için bkz. Hande Ünsal, “History of Dual Nationality in Turkish Law: Changing Understanding and Rules”, *The Borders of Integration*, ed. Bianca Maria Pirani (Cambridge Scholars Publishing, 2018), 250-266.

“yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip değillerse” ifadesi düzenlemenin vatansız kişiler bakımından uygulanabilir bir hüküm olduğu yönünde anlaşılmasına zemin yaratmaktadır. Halbuki, madde kapsamında vatandaşlık kazanacağı belirtilen kişiler aslında Türk vatandaşlığını ana/babasına bağlı olarak doğumla kazanmış olup vatandaşlık durumları aile kütüğüne kaydedilmemiş olan kişilerdir⁹⁹.

Belirtildiği üzere soy bağı esası ile vatandaşlığın kazanılması, bir Türk vatandaşından doğumla kendiliğinden gerçekleşmektedir. TVK'nın soy bağı ile vatandaşlık kazanılmasına ilişkin düzenlemesi de bu yolla vatandaşlığın kazanılması bakımından Türk ana/babadan doğum dışında bir koşulun aranmadığını güvence altına alır niteliktedir (TVK m. 6/1)¹⁰⁰. TVK m. 6/1 ile vatandaşlığın kazanılması için çocuğun doğumu ve ana-baba ile arasında soy bağının kurulmuş olması yeterli koşullar olarak değerlendirilmiş, örneğin ana-babanın talebi¹⁰¹, doğum kaydının yapılması, çocuğun belirli bir yaşa gelmesi¹⁰² gibi ayrıca bir koşula gerek duyulmamıştır. Bu anlamda Nüfus Müdürlüklerine veya dış temsilciliklere yapılacak bildirim, çocuğun vatandaşlığı kazanması için bir koşul değil, vatandaşlığı kazandığının ispatını ve vatandaşlığın kayıt altına alınmasını sağlayan bir usul olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yapılacak bu bildirim kişinin vatandaşlığı “kazanmasına” değil aile kütüğüne kaydına ilişkindir. Şu halde, Ek m. 1 kapsamında belirlenen kişiler için başvuru “Türk vatandaşlığını kazanırlar” ifadesi yerinde değildir¹⁰³. Zira söz konusu kişiler zaten Türk vatandaşlığını taşımaktadırlar¹⁰⁴.

Saklı nüfusa ilişkin bir düzenlemenin yapılmasındaki amaç, kayıtsızlığın önüne geçerek Türk vatandaşı iken nüfusa kaydı yapılmayan kişilerin kaydının yapılmasını sağlamak olmalıyken, hüküm bu haliyle amacının da dışında bir etkiye kavuşturulmuştur. Düzenlemenin belirtilen esaslar çerçevesinde yeniden kaleme alınması ve hükmün amacına uygun şekilde TVK yerine NHK'ya taşınması daha isabetli olacaktır¹⁰⁵.

⁹⁹ Nomer, *Vatandaşlık*, s 72 dn. 28a; Teksoy, “Saklı Nüfus”, 457.

¹⁰⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 67.

¹⁰¹ Nitekim bu nedenle vatandaşlığın kazanılmasının sağlanması bakımından yapılacak bildirimle ilişkin bir süre sınırı da getirilmemiştir. Bildirimin geç yapılması halinde dahi çocuk doğumdan itibaren Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Bu anlamda, Yönetmelik m. 7/1'de yer alan “Yapılan bildirim üzerine doğumdan itibaren Türk vatandaşlığı kazanılır” ifadesinin kanunun açık ifadesi karşısında hatalı olarak kaleme alınmış bir hüküm olduğu düşünülmektedir. Zira bildirim, vatandaşlığın kazanılmasına dair getirilmiş bir koşul olmayıp, vatandaşlığın ispatına ilişkindir.

¹⁰² Özbek Hadimoğlu - Teksoy, “BM Sözleşmesi”, 228.

¹⁰³ Teksoy, “Saklı Nüfus”, 459; Nomer, *Vatandaşlık*, s. 72, dpn. 28a. Ek m. 1 vatandaşlığın kazılmasını tıbbî raporun sunulması tarihine bağlaması bakımından vatandaşlığın soy bağıyla kazanılmasında doğum anını esas alan TVK m. 6/1 hükmüyle de çelişmektedir. Maddenin uygulanması ile kişi aslında Türk vatandaşlığını kazanma koşullarını yerine getirerek doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olmasına rağmen aile kütüğüne kayıttan önceki tarihler bakımından vatansız olarak nitelendirilmiş olacaktır. *Teksoy'un da belirttiği üzere “Saklı nüfusa ilişkin hükmün yeni bir kazanma yolu olarak kabulü halinde, tescilin kendisi vatandaşlık kazandıran bir işlem olacağından, bu yolla kazanılan vatandaşlığın da tescil tarihinden itibaren geçerli olması gerekecektir. Oysa burada ilgili kişiler için söz konusu olan soy bağı esasına göre doğumla Türk vatandaşlığının kazanılması olup, bu kişiler doğum tarihinden itibaren Türk vatandaşlıdır.”*: Bkz. Teksoy, “Saklı Nüfus”, 459. İlaveten, vatandaşlığın “ispatının” sadece tıbbi rapor ibrazına indirilmesi (hastane kaydı, mahkeme dışı tanımayaya imkân verilmemesi), hükümde eleştirilmesi gereken bir diğer husustur. Aynı yönde bkz. Teksoy, “Saklı Nüfus”, 457.

¹⁰⁴ Teksoy, “Saklı Nüfus”, 459; Nomer, *Vatandaşlık*, s. 72, dpn. 28a

¹⁰⁵ Nitekim saklı nüfusa ilişkin önceki dönem düzenlemeleri nüfus hizmetlerine ilişkin düzenlemelerde yer almaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Teksoy, “Saklı Nüfus”, 444-452.

TVK'nın soy bağı ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin TVK m. 6 hükmü, CRS ve AVS ile getirilen hükümlerle uyumludur. Hatta, TVK, soy bağıyla kazanılan vatandaşlık hallerinde çocuğun vatansız duruma düşmesinin önlenmesi konusunda bu Sözleşmelerde belirlenen hükümlerden daha etkili hükümlere yer vermektedir. CRS uyarınca, Taraf Devletin topraklarında evlilik içerisinde dünyaya gelmiş çocuğun annesi ilgili Devletin vatandaşlığını taşıyorsa ve çocuk, annesinin vatandaşlığını kazanmaması halinde vatansız duruma düşecekse o devletin yurttaşlığını alacaktır (CRS m. 1/3)¹⁰⁶. Ayrıca Taraf Devlet, Taraf Devletin topraklarında doğmamış ancak aksi takdirde vatansız duruma düşecek bir kişiye, kişinin doğumu sırasında ebeveynlerinden birinin bu Devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda vatandaşlık hakkı tanıyacaktır (CRS m. 4/1). Elbette bu hükümler, ana-babasına bağlı olarak soy bağı yoluyla vatandaşlık kazanması mümkün olmayan çocuklar bakımından, vatansızlık durumunun önüne geçmek maksadıyla getirilmiş hükümlerdir. Bununla birlikte TVK'nın çocuğun soy bağı ile vatandaşlık kazanmasına ilişkin elverişli hükümleri nedeniyle Türk hukuku bakımından CRS'nin bu hükümlerin işletilmesine gerek olmamaktadır¹⁰⁷. Nitekim, yukarıda da belirtildiği üzere, Türk anadan doğan çocuk, ana ile arasında soy bağının kurulması dışında bir koşul aranmaksızın Türk vatandaşı olacaktır. Bu minvalde çocuğun evlilik dışında içinde doğmuş olması, ana veya babasının yabancı olması veya Türkiye topraklarında doğmuş olması belirleyici olmamaktadır. Yine çocuğun ananın vatandaşlığını kazanmak için vatansız duruma düşmesi koşulu da bulunmamaktadır.

AVS m. 6/1-a kapsamında da çocuğun soy bağı ile vatandaşlık kazanmasına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Sözleşme uyarınca taraf devletler doğum sırasında, ebeveynlerinden birisi ilgili devletin vatandaşı olan çocuğa vatandaşlık izafe edeceklerdir. Böylelikle bu çocukların ilgili devletin vatandaşlığının kanun yoluyla (*ex lege*) kazanılacağı düzenlenmiştir. Ancak Sözleşme maddenin devamında taraf devletlere, yurtdışında doğan çocukların soy bağı ile vatandaşlık kazanmaları konusunda bir istisna yapma imkânı tanımıştır¹⁰⁸. Sözleşmede taraf devletlere ayrıca, soy bağının tanıma, mahkeme kararı veya benzer bir usulle kurulması halinde kendi iç hukuklarınca belirlenen usulleri izleyerek vatandaşlık izafe etme hakkı tanınmıştır (AVS m. 6/1-a). Böylece Sözleşme bu iki durumda çocukların hukuki durumunu belirlemeyi taraf devletlerin yetkisine bırakmış olmaktadır¹⁰⁹. Bu hususlar, Sözleşmenin doğumla vatansızlığın önlenmesine ilişkin hükümlerini zayıflatır niteliktedir¹¹⁰.

Türk hukukunda yurt dışında doğan çocuklar bakımından istisnaî bir usule yer verilmiş olmayıp, bu çocuklara da doğumla vatandaşlığı kazanma imkânı tanınmıştır. Ayrıca, evlilik dışında doğan çocuk, soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacaktır; bu konuda yasada bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu bakımdan TVK'nın soy bağı yoluyla vatandaşlığın kurulmasına ilişkin

¹⁰⁶ Kaldı ki TVK m. 8 uyarınca Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşı olacaktır. Bu bakımdan Türkiye'de doğan ve ana-babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamayan bir çocuğun da bir çocuğun vatansız statüye düşmesi TVK m. 8 bakımından önlenmiş olmaktadır.

¹⁰⁷ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, “BM Sözleşmesi”, 228.

¹⁰⁸ Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 237; Tanrıbilir, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 237; Andreas Zimmermann, “Introductory Note by Andreas Zimmermann”, *International Legal Materials* 37/1 (Ocak 1998), 44.

¹⁰⁹ Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 237.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz. Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 237.

hükümlerinin vatansızlığı önleme hedefini en geniş ve etkili biçimde tanıdığını söylemek mümkündür.

2. Doğum Yeri Esası Kapsamında Vatandaşlık İzafesi

TVK, soy bağı ile vatandaşlığın kazanılmasının yanı sıra, doğum yeri yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına da olanak sağlamaktadır. TVK'nın "Doğum Yeri" başlığı taşıyan 8. maddesi kapsamında getirilmiş bu olanak münhasıran doğum yoluyla ortaya çıkacak vatansızlık hallerinin önlenmesi amacıyla yöneliktir¹¹¹. Madde doğum yeri esası kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek çocukları iki grup altında toplamaktadır:

a. Türkiye'de Doğmuş Olup da Ana ve Babasına Bağlı Olarak Vatandaşlık Kazanamayan Çocuklar

TVK uyarınca doğum yeri esası uyarınca vatandaşlık kazanabilecek ilk grup çocuk, Türkiye'de doğmuş olup da ana ve babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuklardır (TVK m. 8/1). Bu durumdaki çocuklar, doğum anından itibaren Türk vatandaşı olacaklardır. Kanunun ifadesiyle bu yolla vatandaşlık kazanılması çocuğun doğum anı itibariyle ana ve babadan vatandaşlık kazanamaması koşuluna bağlandığından Türkiye'de doğmuş olsalar dahi doğum anında ana babadan en az birisine bağlı olarak herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanmış, fakat sonradan vatansız duruma düşmüş çocuklar bakımından bu madde uygulanabilir nitelikte değildir.

TVK doğum yeri esası kapsamında vatandaşlık izafesi hususunda çocuğun vatansızlık durumunun nedeniyle ilgilenmemektedir. Kanun kapsamında çocuğun ana-babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamıyor olmasını yeterli görülmüş, vatansızlığın ortaya çıkış sebebi bakımından bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla, çocuğun ana babasının vatansız olması; çocuğun anasının vatansız olması ve babasının bilinmemesi; çocuğun anasının vatansız olması ve çocuk ile babası arasında soy bağı kurulamaması¹¹² veya çocuğun ana-babasının vatandaşı olduğu devlet hukukunun çocuğa vatandaşlık izafe etmemesi gibi haller arasında çocuğa vatandaşlık izafesi bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Şu hâlde ana ve babasına bağlı olarak herhangi bir devlet vatandaşlığını kazanamayarak vatansız duruma düşen çocuğun doğum yeri esası kapsamında Türk vatandaşlığını kazanması için aranan tek koşul, çocuğun Türkiye'de doğmuş olmasıdır.

"Türkiye'de doğma" çocuğun doğumunun Türkiye'nin siyasal sınırları içerisinde gerçekleşmesi gerekliliğini ifade etmektedir¹¹³. Bu kapsamda Türkiye'nin karasal ülkesi içerisinde gerçekleşen doğumların yanı sıra, kara suları ve bunların üzerindeki hava sahasında gerçekleşen doğumlar Türkiye sınırları içerisinde gerçekleşmiş olacaktır¹¹⁴. İlaveten açık denizlerde Türk bayrağını taşıyan gemilerinde doğan çocuklar ve yine bu alan üzerindeki Türk

¹¹¹ Nomer, *Vatandaşlık*, 72; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 49-50.

¹¹² Soy bağının sonradan kurulması halinde doğum yeri esasıyla kazanılan Türk vatandaşlığının akıbeti tartışmalıdır. İlgili görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Sercan Ecemiş, "Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/1 (Mayıs 2023), 252-255.

¹¹³ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 101-102; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 50-51.

¹¹⁴ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 101-102; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 50-51.

hava gemilerinde doğan çocuklar da Türkiye’de doğmuş sayılacaklardır¹¹⁵. Doktrinde deniz ya da hava gemisi olması fark etmeksizin Türk savaş gemilerinde doğan kişilerin de Türkiye’de doğmuş olacağına dair genel bir kabul bulunmaktadır¹¹⁶. Buna göre, bu gemiler yabancı devletin kara sularında ya da hava sahasında bulunsalar dahi, bayrağını taşıdıkları devletlerin bir parçası sayılırlar¹¹⁷; dolayısıyla burada doğan çocukların da Türkiye’de doğmuş olacağı kabul edilmelidir¹¹⁸. Doktrindeki bu ağırlıklı görüşe rağmen gemilerde doğmuş çocukların vatandaşlık durumunun TVK kapsamında düzenlenmiş bulunmaması kanaatimizce vatansızlığın engellenmesi hedefi bakımından bir eksikliklerdir. Her ne kadar her devletin, kimlerin vatandaşı olduğuna karar vermek hususunda münhasır yetkisi bulunmaktaysa da değişen koşullar ve anlayışlar karşısında gemilerde doğan çocukların vatandaşlık durumunun tartışmaya açık hale gelmesi mümkündür¹¹⁹. Vatandaşlık yasalarının varlık nedenlerinden birisi de devletin geniş yetkisi karşısında bireylere vatandaşlık hakkı konusunda güvence sağlamaktır. Gemilerde doğan çocukların vatandaşlık durumlarının vatandaşlık yasaları kapsamında güvence altına alınması konuyu yoruma açık olmaktan çıkaracak ve vatansızlığın önlenmesi bakımından daha etkili bir güvence sunacaktır. Nitekim, çağdaş vatandaşlık yasalarının bir kısmı, gemilerinde doğan çocukların ülkelerinde doğmuş sayılacağına dair açık hükümlere yer vermektedirler¹²⁰. Keza CRS m. 3 kapsamında da bir devletin bayrağını çekmiş gemide veya o devlete kayıtlı bir hava aracında doğmuş olan kişilerin o devlet toprağında doğmuş olacağını düzenlemiştir¹²¹. *Güngör*’ün de belirttiği gibi bu madde ile Sözleşme, iç hukuktan kaynaklanan

¹¹⁵ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 101-102; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 50-51. Açık denizlerdeki gemilerin bayrak devletinin bir parçası kabul edileceği uluslararası hukukta da genel kabul görmüş bir ilkedir. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (*Permanent Court of International Justice*) tarafından 1927 yılında verilen Bozkurt-Lotus Davasında kararında, Divan “*Açık denizlerin serbestliği ilkesine göre açık denizde seyreden bir gemi, bayrak devletinin bölgesine dahildir, (...) o gemi bayrak devletinin ulusal sınırları içinde bir bölge gibi olup, o gemi üzerinde gerçekleşen tüm hadiseler, o bayrak devletinde olmuş olur*” ifadesine başvurmuştur. Karar metni için bkz. <https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Erişim 27 Eylül 2023. Divan tarafından tespit edilen bu ilke uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Bkz. 1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi (*1958 Geneva Convention on the High Seas*) m. 6; 1984 tarihinde imzalanarak Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (*United Nations Convention on the Law of the Sea*)¹¹⁵ m. 92/1. Anılan Sözleşmeler kapsamında da açık denizde seyreden gemiler üzerinde bayrak devletinin münhasıran yetkili olduğu düzenlenmektedir. Sözleşmelerin İngilizce metinleri için sırasıyla bkz. Sözleşme metni için bkz. <https://www.legal-tools.org/doc/7b4abc-1/pdf/>; https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf Erişim 27 Eylül 2023.

¹¹⁶ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 50-51; Güngör, “BM Sözleşmesi”, 485.

¹¹⁷ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 50-51; Güngör, “BM Sözleşmesi”, 485.

¹¹⁸ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 50-51; Güngör, “BM Sözleşmesi”, 485.

¹¹⁹ Nitekim Amerika Birleşik Devletleri (ABD) mahkemeleri kararları kapsamında gemilerin ülkenin bir parçası sayılıp sayılmadığı ve dolayısıyla gemilerde doğan çocukların ABD vatandaşlığını kazanıp kazanamayacağı çok kereler tartışılmıştır. Bkz. *United States Supreme Court United States v. Wong Kim Ark* (1898), No: 132, Decided on March 28, 1898; *United States Supreme Court Cunard S. S. CO. v. Mellon* (1923), No. 659 Decided: April 30, 1923; *Lam Mow v. Nagle* U.S (1928), Decided on February 20, 1928. Karar metinleri için sırasıyla bkz. <<https://constitutioncenter.org/the-constitution/supreme-court-case-library/united-states-v-wong-kim-ark-1898>>; <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/262/100.html>>; <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/262/100.html>> Erişim 27 Eylül 2023.

¹²⁰ Bkz. 1956 tarihli İrlanda Tâbiyet ve Vatandaşlık Yasası (*Irish Nationality and Citizenship Act, 1956*) m. 13; 1955 tarihli Hindistan Vatandaşlık Yasası m. 2/2. İrlanda Vatandaşlık Yasası metni için bkz. <<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1956/act/26/enacted/en/print.html>> Erişim 27 Eylül 2023.

¹²¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, “BM Sözleşmesi”, 485-489.

bir tâbiyet tartışmasının önüne geçilmiş olmaktadır¹²². Bizim de katıldığımız görüş uyarınca¹²³, TVK kapsamında da bu tür bir hükme yer verilmesi, buralarda doğan çocukların vatandaşlık durumu hususunda ortaya çıkabilecek bir belirsizliğin yaşanmasının önüne geçmesi bakımından etkili olacak ve vatansızlığın önlenmesi hedefi bakımından daha güçlü bir koruma yaratacaktır¹²⁴.

Toprak yoluyla kazanılan vatandaşlık da soy bağı yoluyla kazanılan vatandaşlıkta olduğu gibi, kendiliğinden kazanılmakta ve doğum anından itibaren hüküm ifade etmektedir¹²⁵ (TVK m. 8/1). Dolayısıyla çocuğa bu yolla vatandaşlık izafesi için çocuğun ana ve babaya bağlı olarak vatandaşlık kazanmadığının ve Türkiye’de doğduğunun ispat edilmesi yeterlidir. Çocuğun vatandaşlığı kazanması konusunda, herhangi bir makamın takdiri söz konusu değildir. TVK Yönetmelik m. 11 kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin başvurularda müracaat makamlarınca istenilecek belgeler sayılmıştır¹²⁶. Sunulan belgeler doğrultusunda anılan şartları taşıdığı tespit edilen çocuk, doğumundan itibaren Türk vatandaşlığını kazanacaktır (TVK Yönetmelik m. 12/1). Kanun ve Yönetmeliğin ifadelerinin birlikte değerlendirilmesinden çocuğun vatandaşlığı kazanması konusunda Bakanlığın vereceği kararın tespit kararı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Zira Kanunda bu çocukların vatandaşlık kazanması hususunda ek bir şart öngörülmediği gibi, vatandaşlığın kazanılıp kazanılmaması hususunda da Bakanlığa takdir yetkisi tanınmış değildir. Bu nedenle burada Bakanlık kararının Türk vatandaşlığının varlığının tespiti için gerekli bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.

TVK’nın hükümleri uluslararası sözleşmelerde birlikte değerlendirildiğinde vatansız çocuklara vatandaşlığın doğum yeri yoluyla kazanılmasına ilişkin imkânın en geniş biçimde tanındığı görülmektedir. CRS, Sözleşmeciler Devletlere, kendi ülkesinde doğmuş olan ve aksi takdirde vatansız duruma düşecek bir kişiye vatandaşlık hakkını tanıyacağını düzenlemektedir. CRS uyarınca bu vatandaşlık hakkı kanunî olarak doğumla, tanınabileceği gibi, ilgili kişi tarafından ya da onun adına, ulusal hukukta belirtildiği biçimde, gerekli mercilere yapılan başvuru üzerine de tanınabilir¹²⁷ (CRS m. 1/b). Böylece CRS, vatansız kişiye vatandaşlığın kazandırılması

¹²² Gungör, “BM Sözleşmesi”, 487. Yazar’ın bu ifadesi, doktrindeki genel kabule rağmen gemilerde doğan çocukların vatandaşlığı bakımından iç hukukta bir tartışma yaşanması olasılığına dikkat çeker niteliktedir.

¹²³ Bkz. Ecemiş, “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması”, 244-245.

¹²⁴ Ecemiş, kanunda yer alan “Türkiye’de doğan” ifadesinin, “Türkiye’de yahut yurt dışında Türk tabiiyetindeki bir gemide doğan” şeklinde değiştirilmesini önermektedir. Bkz. Ecemiş, “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması”, 244-245.

¹²⁵ Gungör, “BM Sözleşmesi”, 485.

¹²⁶ TVK Yönetmelik m. 11/b uyarınca bu belgeler şunlardır:

“a) İsteği belirten form dilekçe.

b) Çocuğun Türkiye’de doğduğunu ispatlayan doğum belgesi.

c) Doğum belgesine dayanılarak düzenlenen doğum tutanağı.

ç) Çocuğun ana ve babadan dolayı herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanmadığını ispatlayan belge.

d) Ana ve babanın vatansız olması halinde temini mümkün ise bu durumu ispatlayan belge”

¹²⁷ CRS, vatandaşlık izafesinin bir başvuru üzerine de yapılabileceğini kabul etmiş olmakla birlikte bu başvurunun reddi sebeplerini sınırlamıştır. CRS m. 1/1-b uyarınca taraf devlet, bu başvuru CRS m. 1/2 kapsamında düzenlenen koşulların bir ya da birden fazlasının varlığı halinde ilgili kişiye vatandaşlık izafe edecektir. Koşullar şöyledir:

- Başvuru taraf devletçe tanınan süre içerisinde yapılmış olmalıdır. Taraf devlet kişinin başvuruyu kendi kendine yapabilmesi için en az bir yıllık bir süre tanıyacak ve bu süre on sekiz yaşından daha geç başlamayan ve yirmi bir yaşından daha önce bitmeyen bir süre olacaktır (CRS m. 1/2-a).

konusunda taraf devlete, başvuru şartı getirme imkânı tanımıştır. Bu şekilde kazanılan vatandaşlığın hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği de madde kapsamında belirlenmiş değildir. Bu durumda kişinin vatandaşlık kazanması doğum anında olabileceği gibi doğumdan sonraki bir ana da denk gelebilecektir.

AVS kapsamında da CRS'nin benimsediği yaklaşıma paralel bir yaklaşım benimsenmiş bulunmaktadır. AVS m. 6/2-a uyarınca taraf devletler kendi topraklarında doğan çocuklara doğum anında *ex lege* vatandaşlık kazandıracaklardır. Bunun yanında AVS, m. 6/2-b kapsamında taraf devletlere doğum anında vatansızlık halinde, vatandaşlığın yetkili makamlara yapılabilecek başvuru üzerine kazandırılması imkanını da tanımıştır. Madde uyarınca taraf devletler vatandaşlığın kazanılmasını ilgili kişi ya da onun adına, ulusal hukukta belirtildiği biçimde, gerekli mercilere yapılan başvuru üzerine de tanıyabileceklerdir¹²⁸. Bu halde taraf devletin başvuru tarihinden geriye doğru 5 seneyi geçmemek üzere ülkede mutaden sakin olma şartının aranabileceğini de düzenlenmiştir.

CRS ve AVS'nin ülke topraklarında doğan ve ana ve babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuklara ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, Türk hukukunda bu çocuklara vatandaşlık izafesinin en geniş biçimiyle tanındığı görülmektedir. Zira, Türk hukukunda vatandaşlığın kazandırılması bakımından çocuğun Türkiye de doğmuş olması ve ana babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayacak olması yeterli olup belirli bir süre ikamet veya bir başvuru yapma gibi bir koşul aranmamaktadır. Bu açıdan TVK m. 8/1, doğumla vatandaşlık kazanamayan vatansız çocuklar bakımından oldukça avantajlı bir düzenlemedir.

b. Türkiye’de Bulunmuş Çocuk

Türk vatandaşlığını doğum yeri itibarıyla kazanabilecek ikinci grup ise, Türkiye’de bulunmuş çocuklardır. Bulunmuş çocuğa ilişkin bir tanım ne TVK ne de uluslararası hukuk kapsamında getirilmiştir. Bununla birlikte ailesinden ayrı ve tek başına bulunan çocuk ana ve babasının kimliğine ilişkin makul bir ipucu gösterilememesi halinde bulunmuş çocuk olarak kabul edilmektedir¹²⁹.

Bulunmuş çocuğun ana ve/veya babası kesin olarak belirlenemediğinden onlara bağlı olarak vatandaşlık kazanması söz konusu olmamakta, böylece çocuk vatansız duruma düşmektedir. Bulunmuş çocuğun üst soyuyla bağlantı da kurulamadığından, doğum yerini ispat etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla toprak esası kapsamında öngörülen “*ülkede doğmuş olma*” koşulunun bu çocuklar bakımından gerçekleştiğini ispat etmek çoğu zaman büyük zorluklar yaratmaktadır. Bu nedenle vatandaşlık yasaları ve uluslararası anlaşmalar

- İlgili kişi Taraf Devletin topraklarında, taraf devletçe belirlenecek süre boyunca ikamet ediyor olmalıdır. Taraf devletçe belirlenen bu süre başvurunun hemen öncesinde beş yıl ya da toplam olarak on yılı aşmayacaktır (CRS m. 1/2-b).

- İlgili kişinin ulusal güvenliğe karşı işlenmiş bir suçtan dolayı mahkûm olmamış ya da herhangi bir adi suçtan dolayı beş yıl veya daha uzun sürelik bir hapis cezası almamış olmalıdır (CRS m. 1/2-c).

- İlgili kişinin sürekli olarak vatansız olmasıdır (CRS m. 1/2-d).

¹²⁸ Güngör, “BM Sözleşmesi”, 238.

¹²⁹ Mai Kaneko-Iwase, *Nationality of ‘Foundlings’: Are Your Parents Really ‘Unknown’? Assessment of ‘Foundlinghood’ Under International Law to Avoid Statelessness* (Maastricht: Maastricht University, Doktora Tezi, 2020), 2.

kapsamında bulunmuş çocuğa ilişkin ayrıca hükümlere yer verilmektedir¹³⁰. Bu hükümler kapsamında sıklıkla bulunmuş çocuğun bulunduğu ülkede doğduğu ve/veya bulunduğu ülke devletin vatandaşı ana/babadan doğduğu kabul edilmektedir¹³¹. Bununla birlikte bu hükümler genellikle bir karineye bağlanmış olup çocuğun ülkede doğduğunun kabulü, “aksi ispat edilmediği sürece” ya da “aksine kanıt bulunmadığı sürece” gibi ifadelerle birlikte yer almaktadır¹³². Böylece çocuğun ülke dışında doğduğunun ispatı halinde o devlet vatandaşlığını kazanmasının önüne geçilmektedir.

TVK kapsamında da da bulunmuş çocuklarla ilgili ayrı bir hükme yer verilmiştir. Buna göre “Türkiye’de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğmuş sayılacaktır” (TVK m. 8/2). Böylece bu çocuklara Türkiye’de doğmuş ve ana ve babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuklarla aynı hükümler altında vatandaşlık izafesi sağlanmış olunmaktadır¹³³. TVK bu yolla vatandaşlık izafesi için bulunmuş kişinin “çocuk” olmasını yeterli kabul etmiş, diğer bazı vatandaşlık yasalarının¹³⁴ aksine çocuğun bulunduğu yaşa ilişkin bir üst sınır getirmemiştir. Şu halde bulunmuş çocuğun erginliğe erişene kadar bu hükümden faydalanarak Türk vatandaşlığını kazanması mümkün olacaktır¹³⁵.

TVK’nın bulunmuş çocuklar bakımından Türk vatandaşlığının kazanılmasının sağlanması bu çocukların vatansız duruma düşmesini önlemesi bakımından etkili bir çözüm olmakla birlikte, bazı eksiklikleri de barındırması bakımından doktrinde eleştirilmiştir¹³⁶. Her şeyden önce çocuğun Türkiye’de doğduğunun kabulü, çürütülebilen bir karinedir. Ancak, Kanun, kişinin Türkiye’de doğduğunun aksinin ispatının kimin tarafından¹³⁷ ya da ne zaman yapılabileceğine ilişkin herhangi sınırlama da getirmiş değildir¹³⁸. Dolayısıyla kişinin hayatının herhangi bir aşamasında, başka bir yerde doğduğunun ispatı ile Türk vatandaşlığından mahrum kalması ve bir başka vatandaşlığa da sahip olmaması halinde vatansız duruma düşmesi mümkündür¹³⁹. Bu

¹³⁰ Bkz. 1950 tarihli Japonya Vatandaşlık Yasası (*The Nationality Law of Japan, 1950*) m. 2/3; 2004 tarihli Danimarka Vatandaşlık Yasası (*Consolidated Act on Danish Nationality, 2004*) m. 1/2. Yasaların İngilizce metinleri için sırasıyla bkz. <<https://www.moj.go.jp/ENGLISH/information/tnl-01.html>> Erişim 27 Eylül 2023 <<https://ungarn.um.dk/en/-/media/country-sites/ungarn-en/travel-and-residence/consolidated-act-on-danish-nationality.ashx>> Erişim 27 Eylül 2023.

¹³¹ Aybay - Özbek’e göre, bulunmuş çocukların buldukları yerde doğmuş kabul edilmeleri, uluslararası teamül hukukunca da kabul edilmiş bir ilkedir: Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102.

¹³² Bkz. Danimarka Vatandaşlık Yasası m. 1/2.

¹³³ Nomer, *Vatandaşlık*, 73; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 52.

¹³⁴ Örneğin, 1952 tarihli ABD Göç ve Vatandaşlık Yasası (*US Immigration and Nationality Act, 1952*) bulunmuş çocukların ABD’de doğmuş kabul edilerek vatandaşlık kazanmasını bu çocukların 5 yaşın altında olmaları koşuluna bağlamaktadır (ABD Göç ve Vatandaşlık Yasası m. 301/f). ABD Göç ve Vatandaşlık Yasası metni için bkz. <<https://www.uscis.gov/laws-and-policy/legislation/immigration-and-nationality-act>> Erişim 27 Eylül 2023.

¹³⁵ TVK kapsamında bulunmuş çocuğun “çocukluğunun” yani ehliyet durumunun nasıl tespit edileceğine dair özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda çocuk Türkiye Cumhuriyeti Devletine nispetle yabancı durumunda bulunduğundan MÖHUK’un ilgili hükümlerine başvurmak gerekmektedir. Söz konusu çocuk vatansız konumda olduğundan ehliyetinin tespitinin MÖHUK m. 4/1-a kapsamında yapılması gerekmektedir. Çocuğun yaşının tespiti konusunda ise bilimsel yöntemlerden faydalanmak gerekecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D. Sümeyra Demirkıran vd., “Yaş Tespitinde Kullanılan Yöntemler”, *Dicle Tıp Dergisi* 41/1 (Mart 2014), 238-243.

¹³⁶ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 52-53; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102.

¹³⁷ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 52-53.

¹³⁸ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 52-53; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102.

¹³⁹ Hüküm bu haliyle taşımış olduğu vatansızlığın önlenmesi amacı ile çelişir niteliktedir: Ecemiş, “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması”, 260. Doğan – Yılmaz – Ayhan İzmirli’ye göre karinenin

durum hukukî kesinlik ve güvenilirlik bakımından da sakıncalı bir durum teşkil etmektedir¹⁴⁰. Halbuki, bazı devletlerin vatandaşlık yasalarında çocuğun ülkede doğmadığının ispatı için belirli bir süre öngörülmüş veya anılan konunun ispatının kişinin belirli bir yaşa erişene kadar yapılabileceği düzenlenmiştir¹⁴¹. Kanaatimizce Türk hukukunda da böyle bir hükme yer verilmesi yerinde olacaktır. Böylece söz konusu hüküm, hem vatansızlığın önlenmesi bakımından, hem de hukukî öngörülebilirliğin sağlanması bakımından daha etkili hale gelecektir.

TVK'nın bulunmuş çocuklarla ilgili hükmünün CRS ile uyumlu bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. CRS m. 2 kapsamında taraf devletin topraklarında bulunmuş çocuğun, aksine bir kanıt olmadığı sürece, o devlet topraklarında, o devletin vatandaşı kişilerden doğmuş kabul edileceği düzenlenmektedir. Böylece CRS kapsamında da bulunmuş çocuğa vatandaşlık kazandırılması çocuğun o devlette doğduğunun aksine bir kanıt olmaması koşuluna bağlanmış olmaktadır.

Buna karşın AVS'nin bulunmuş çocuğa vatandaşlık izafesine ilişkin hükmü, TVK'ya kıyasla daha geniş düzenlenmiştir. AVS taraf devletlere ülkelerinde bulunan çocuklara bu çocukların vatansız olması halinde vatandaşlık izafe etme yükümlülüğü getirmektedir. (AVS m. 6/1-b). Bu kapsamda çocuğun o devlet topraklarında bulunmuş olması, ona vatandaşlığın *ex lege* izafe edilmesi için yeterli olmaktadır. Hüküm kapsamında çocuğun o devlet topraklarında doğmuş olduğuna ilişkin bir karine de aranmamaktadır. Dolayısıyla bir başka devlet topraklarında doğduğu tespit edilmiş olsa bile çocuk, topraklarında bulunduğu devletin vatandaşlığını kazanabilecektir. Bu yönüyle AVS'nin bulunmuş çocukların vatansızlığının önlenmesi bakımından en üst düzeyde etkili bir düzenleme benimsediğini söylemek mümkündür.

B. VATANDAŞLIĞIN SONRADAN KAZANILMASI

Kişilerin, doğumdan sonra ve doğum dışı sebeplere dayanarak vatandaşlık kazanmaları da mümkündür. Genel olarak sonradan kazanılan vatandaşlık (müktesep vatandaşlık) olarak da adlandırılan bu vatandaşlık, kazandırmaya ilişkin hukukî işlemin tamamlanmasıyla hüküm ve sonuç doğurmaktadır¹⁴². Vatandaşlığı sonradan kazanan kişinin öncesinde bir başka devlet vatandaşlığını taşıması halinde, kazanılan bu yeni vatandaşlık kişinin vatansızlık durumunu sona erdirmektedir. Bu nedenle vatandaşlığın sonradan kazanılmasına ilişkin hüküm ve koşullar vatansız kişiler bakımından büyük önem taşımaktadır.

TVK uyarınca Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması, yetkili makam kararı, evlat edinme ya da seçme hakkının kullanılması ile olmaktadır (TVK m. 9). Evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması TVK sistemi içinde sonradan kazanılma halleri içinde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte bu yolla vatandaşlığın kazanılması da genel olarak vatandaşlığın sonradan kazanılması halleri içinde değerlendirilebileceğinden çalışma kapsamında Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması da bu başlık altında incelenecektir. Öte yandan yukarıda da belirtildiği

aksinin makul ve icaplara uygun bir süre içerisinde yapılması gereklidir. Aksinin kabulü, vatandaşlığın devamlı-sürekliliği bir ilişki olduğu ilkesine aykırı olacaktır: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 58.

¹⁴⁰ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 102; Erten, "Tasarı", 43.

¹⁴¹ ABD Göç ve Vatandaşlık Yasası kapsamında çocuğun ABD topraklarında doğmadığının ispatının çocuk 21 yaşına gelene kadar yapılabileceğini öngörmektedir (ABD Göç ve Vatandaşlık Yasası m. 301/f).

¹⁴² Doğan vd., *Vatandaşlık*, 54.

üzere, vatandaşlığın kazanılmasına neden olan hallerin/ilişkilerin vatandaşlık yasalarında vatandaşlık kaybı sebebi olarak da düzenlenmesi, böylece vatansızlık durumunun ortaya çıkmasına neden olması mümkündür. Bu yüzden gerek duyulan hallerde ilgili başlıklar altında bu hallerin/ilişkilerin vatandaşlığın kaybı üzerindeki etkilerine de değinilecektir.

1. Genel Olarak Vatandaşlığa Alınma (Olağan Telsik)

Genel olarak vatandaşlığa alınma yolu, Türk hukukunda TVK m. 10 ve m. 11 kapsamında düzenlenmektedir. TVK madde 10 uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı Türk vatandaşlık kanunundaki şartları taşımak koşuluyla vatandaşlık kazanabilecektir. Bununla birlikte kişinin bu koşulları taşıması, kişiye vatandaşlık kazanılması için mutlak bir hak tanımakta olmayıp, yetkili makamının takdirine bağlanmıştır¹⁴³ (TVK m. 10/1). Türk hukukunda genel olarak vatandaşlığa alınma konusunda yetkili makam İçişleri Bakanlığı'dır (TVK Yönetmelik m. 15/1).

TVK m. 11 uyarınca vatandaşlık kazanmak isteyen yabancının yerine getirmesi gereken koşullar,

“a) Kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,

b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,

c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,

ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak,

d) İyi ahlak sahibi olmak,

e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,

f) Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak,

g) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak¹⁴⁴” olarak belirlenmiştir.

Bu koşulları sağlayan yabancının Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunması mümkündür. Başvuruda bulunan kişiler bir başka devletin vatandaşı olabileceği gibi, vatansız

¹⁴³ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 56; Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, *TBB Dergisi* 75 (Mart-Nisan 2008), 34; Cemil Güner, “Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi”, *YBHD* 2 (Temmuz 2016), 294. Aynı yönde Nomer, *Vatandaşlık*, 77

¹⁴⁴ Tanrıbilir, bu koşulu “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” kavramlarının muğlaklığı nedeniyle eleştirmiştir. Yazar'ın ifadesiyle, “vatandaşlık hukuku gibi kanunîlik ilkesinin cari olduğu bir alanda zaten idarenin takdirine bırakılan, vatandaşlığa alınma şartlarının çok ayrıntılı ve yabancılar hukuku mevzuatı ile de uyumlu olarak düzenlendiği halde bir de ‘mili güvenlik’ ve ‘kamu düzeni’ gibi muğlak kavramlara yer verilmesi yerinde görülmemiştir.”: Tanrıbilir, “Vatandaşlığın Kazanılması”, 42. Aynı yönde bkz. Doğan vd., *Vatandaşlık*, 70. Nomer ise millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından tehlike teşkil eden yabancılara Türk vatandaşlığı kazandırılmamasının zaten karar verecek makamın yetkisi içinde olduğunu, bu itibarla böyle bir şartın aranmasına gerek olmadığını belirtmektedir: Nomer, *Vatandaşlık*, 87; Yazar ayrıca hangi hususların millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesinde tereddütlerin doğmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir: Nomer, *Vatandaşlık*, 87.

kişiler de olabilecektir. Nitekim, vatansız kişilerin de bu kapsamda başvuru yapabileceği TVK m. 11/a hükmündeki ifadeyle açıkça belirlenmiş bulunmaktadır. Bu belirlemenin yapılmasıyla bir yandan vatandaşlık başvuruları kapsamında vatansız kişilerin ehliyetlerinin tespitinin Türk hukukuna göre yapılacağı düzenlenirken, diğer yandan vatansızların da vatandaşlığa kabul için başvuruda bulunabileceği güvence altına alınmış ve bu yönde çıkabilecek belirsizliklerin önüne geçilmiş olmaktadır.

Vatansız kişiler genel olarak vatandaşlığa alınma yolu ile Türk vatandaşlığına alınma başvurusu konusunda diğer yabancılarla aynı şartlara tâbi tutulmuşlardır. Bir başka deyişle TVK kapsamında vatansız kişilerin genel olarak vatandaşlığa alınma yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin bir kolaylık getirilmiş değildir. Bu bakımdan TVK'nın yaklaşımı AVS'nin benimsediği yaklaşımdan farklılık göstermektedir. Nitekim, AVS'nin vatandaşlığa alınması kolaylaştırılacak kişilere ilişkin hükmü (AVS m. 6/4) kapsamında vatansız kişiler de sayılmaktadır (AVS m. 6/4-g). Bu hükümlerle taraf devletlere, ülkede mutaden ikamet eden vatansız kişilerin vatandaşlığa kabulünü iç hukukları altında kolaylaştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Türk hukukunda da vatansız kişilerin vatandaşlığa alınmasını kolaylaştırıcı hükümlere yer verilmesi düşünülebilecek bir husustur. Bu anlamda vatansız kişilerin genel olarak vatandaşlığa alınma yolu kapsamında öngörülen diğer koşulları sağlamaları halinde kısaltılmış bir ikamet süresi koşuluyla, örneğin TVK m. 16 ya da TVK m. 14'te düzenlendiği gibi 3 senelik bir ikamet koşuluyla vatandaşlığa kabulü düşünülebilir. Bununla birlikte şunu da belirtmek gereklidir ki, TVK'nın genel olarak vatandaşlığa alınma yolu kapsamında aradığı ikamet süresi koşulu AVS'de öngörülen azami süreye kıyasla oldukça avantajlıdır. Nitekim, AVS m. 6/3 altında devletlere yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazandırılmasında aranacak ikamet süresinin başvuru tarihinden geriye doğru 10 seneyi aşmaması yükümlülüğü getirmiştir¹⁴⁵. Bu hükümlerle kıyaslandığı zaman TVK m. 11 kapsamında aranan ikamet süresinin elverişli bir koşul oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Vatansızlığın önlenmesine yönelik benimsenebilecek bir başka yöntem de ülke dışında doğduğu için doğum yeri yoluyla vatandaşlık kazanamamış ancak küçüklük (çocukluk) döneminden beri ülkede ikamet eden vatansızlar kişilere, belirli bir yaşı aşmamaları koşuluyla daha kolay şartlarda vatandaşlık kazandırılmasıdır. TVK kapsamında bulunmayan bu yönde bir hükme CRS (CRS m. 1/1-b) ve AVS (AVS m. 6/2-b)¹⁴⁶ kapsamında yer verilmektedir. Bununla birlikte dikkat çekici bir nokta, her iki Sözleşme kapsamında da bu düzenlemenin, taraf devletlere, doğumla vatandaşlık kazanamayan çocuklara *ex lege* vatandaşlık izafesinin bir seçeneği olarak getirilmesidir¹⁴⁷. Halbuki TVK kapsamında Türkiye'de doğup da ana ve babalarına bağlı olarak

¹⁴⁵ Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 238; Tanrıbilir, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 803; Güner, “Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi”, 297, dn. 23.

¹⁴⁶ Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 238.

¹⁴⁷ Bazı devletlerin vatandaşlık yasaları kapsamında da bu yönde düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin, İsveç Vatandaşlık Yasası, İsveç'te doğan ve ana ve babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuğa doğum yeri esas kapsamında vatandaşlık izafesine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Buna karşın Yasa, 18 yaşına gelmiş ancak yirmi yaşını tamamlamamış kişinin sürekli ikamet iznine sahipse veya “on üç yaşından” beri İsveç'te ikamet ediyorsa yapacağı bildirimle İsveç vatandaşlığını kazanabileceğini öngörmektedir. Bu yaş vatansızlar için “on beş yaş” olarak belirlenmiş, böylece genç yaştaki vatansız kişiler bakımından 2 senelik bir ek kolaylık sağlanmıştır. Ayrıca bu kişilere vatandaşlık izafesi için beyanları yeterli görülmüş, yetkili makam kararı aranmamıştır (İsveç Vatandaşlık Yasası m. 6). 2001 tarihli İsveç Vatandaşlık Yasası'nın (*The Swedish Citizenship Act, 2001*) İngilizce metni için bkz. <<https://www.refworld.org/pdfid/420cadf64.pdf>> Erişim 27 Eylül 2023.

vatandaşlık kazanamayan çocukların doğumdan itibaren *ex lege* Türk vatandaşı olacakları düzenlenmektedir (TVK m. 8/1). Bu bakımdan Türkiye her iki Sözleşme'nin de vatansız çocuklara vatandaşlık kazandırılması hususunda devletlere getirdiği yükümlülükleri karşılamaktadır. Bununla birlikte vatansız çocuklara genel olarak vatandaşlığa alınma yoluna kıyasla daha kolay şartlarda vatandaşlık kazandırılması, özellikle erken yaşlarda ortaya çıkan vatansızlık halinin önlenmesi bakımından etkili bir hüküm olacaktır.

Genel olarak vatandaşlığa alınma yolunun vatansızlığın önlenmesi bakımından önemli bir rolü de kazanılan vatandaşlığın eş ve çocuklar üzerindeki etkisi bakımından ortaya çıkmaktadır. TVK m. 20'de yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları düzenlenmektedir. Madde uyarınca yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmemektedir¹⁴⁸ (TVK m. 20/2). TVK m. 20 kapsamında eşin yabancı devlet vatandaşı ya da vatansız olması arasında bir ayrıma gidilmemiş, böylece kişinin vatansız dahi olsa eşine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmasının önüne geçilmiştir¹⁴⁹. Bununla birlikte TVK'nın bu hükmü, AVS'nin eşin vatandaşlığının bağımsızlığını belirleyen m. 4/d hükmüyle uyumludur¹⁵⁰. Ayrıca, vatansız statüdeki eşin TVK m. 16'nın evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen hükümleri altında Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurması mümkündür.

Buna karşın yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin kendileriyle birlikte işlem gören çocukları TVK m. 20/2'ye göre Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir. TVK m. 20/2, Türk vatandaşlığının ana-babanın her ikisi tarafından kazanılması ve sadece biri tarafından kazanılması halleri arasında bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlığını birlikte kazanan ana ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Ana veya babadan sadece birinin vatandaşlık kazanması halinde ise, ana veya babanın velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin¹⁵¹ muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Diğer eş tarafından muvafakat verilmemesi halinde ise ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılacaktır.

TVK'nın doktrinde de eleştirilen¹⁵² bu hükmünün çocuğun Türk vatandaşlığını kazanmasını diğer eşin muvafakatine bağlaması, özellikle vatansız çocuklar bakımından sıkıntı yaratabilecek niteliktedir. Bir çocuğun vatansız statüde olması onun için zaten dezavantajlı bir durum teşkil etmektedir. Çocuk ebeveynlerinden sadece birisiyle birlikte bulunduğu, bu

¹⁴⁸ Nomer, *Vatandaşlık*, 115; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 127; Erten, "Tasarı", 55. TVK m. Buna karşın TVK m. 12/1(b) hükmü kapsamında Türk vatandaşlığını kazanan kişinin eşinin de Türk vatandaşlığını kazanabileceği düzenlenerek TVK m. 20/2 hükmüne bir istisna getirilmiştir [(TVK m. 12/1(b)): Doğan vd., *Vatandaşlık*, 115.

¹⁴⁹ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 115.

¹⁵⁰ Erten, "Tasarı", 55.

¹⁵¹ *Güngör* madde ifadesindeki "diğer eş" teriminin kullanımını, tarafların boşanması, diğer ana/babanın ölmesi veya yeni bir evliliğin yapılması gibi hallerde tereddütlere yol açabileceği gerekçesiyle eleştirmektedir. Ancak diğer eş ile kastedilen çocuğun Türk vatandaşı olmayan ana veya babasıdır (Yönetmelik m. 37-38). Bkz. Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 154.

¹⁵² Nomer, hükmü "absürd" bulduğunu ifade ederek, hükmün milletlerarası yetki hukuku prensipleriyle uyumsuzluk içinde olduğunu belirtmektedir: Nomer, *Vatandaşlık*, 116. Yazar'a göre, "Ana ve babanın mutad meskenlerinin yabancı ülkede olması halinde, karar için yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirildiği (görevlendirildiği) anlamını veren böyle absürd bir hükme Kanunda (ve Yönetmelikte; m. 37 V) nasıl ve hangi gerekçe ile yer verildiği anlaşılammaktadır.": Nomer, *Vatandaşlık*, 116. Aynı yönde bkz. Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 128; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 116, dn. 141; Tanrıbilir, "Öneriler", 16; Erten, "Tasarı", 56.

durum özellikle diğer eşin nerede olduğunun bilinmemesi ya da muvafakat vermekte zorluk çıkarması halinde çocuğun aleyhine bir hal alacaktır. Bu kapsamda vatansız çocukların vatandaşlık kazanan ana veya babalarıyla birlikte vatandaşlık kazanmalarının kabulü çocuğun üstün yararı ilkesi bakımından isabetli olurdu.

Ana ve/veya baba Türk vatandaşlığını kazandığında kendisiyle birlikte işlem görmeyen çocuklar bakımından bir düzenleme ise TVK m. 20/3 kapsamında getirilmiştir. Buna göre ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileriyle birlikte işlem görmeyen çocukları, ergin olduktan sonra TVK m. 11 hükümleri kapsamında Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabileceklerdir. Şu halde bu çocuklar bakımından vatandaşlığa alınma konusunda ayrıca kolaylaştırıcı bir düzenleme getirilmiş olmayıp, bu kişilerin ergin olduktan sonra genel olarak vatandaşlığa alınma koşulları altında vatandaşlık başvurusu yapabilecekleri kabul edilmektedir¹⁵³. Halbuki AVS, 6/4-c, taraf devletlerin kendi vatandaşlığını kazanan ya da kazanmış kişilerin çocuklarının vatandaşlığı kazanımını kolaylaştıracağını öngörmektedir. Türk hukukunda da Türk vatandaşlığını kazanmış olup da kendilerine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamayan vatansız çocuklar bakımından, örneğin daha kısa ikamet süresinin aranması gibi kolaylaştırıcı bir düzenleme benimsenmesi yerinde olurdu.

2. İstisnai Olarak Vatandaşlığa Alınma (İstisnai Telsik)

Çok sayıda devletin vatandaşlık düzenlemelerinde yer bulan istisnai yolla vatandaşlığa alınma¹⁵⁴ (istisnai telsik), vatandaşlığı söz konusu olan ülke ile ileri düzeyde ilgi ve bağlılığı bulunduğu¹⁵⁵, ya da bu ülkeye önemli ölçüde hizmeti geçeceği düşünülen¹⁵⁶ kişilerin diğer yöntemlere kıyasla daha kolay bir şekilde yolla vatandaşlığa alınmasını sağlamak üzere kabul edilmiş bir müessesedir. İstisnai telsik TVK'nun “Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İstisnai Haller” başlıklı 12. maddesi altında düzenlenmektedir.

TVK m. 12 istisnai olarak tanımlanan bazı özelliklere sahip kişilerin Cumhurbaşkanlığı kararı ile vatandaşlığa kabulüne olanak sağlamaktadır. Bu madde altında belirlenen kişilerin vatandaşlık kazanabilmesi bakımından aranan yegâne koşul, bu kişilerin milli güvenlik¹⁵⁷ ve kamu düzeni bakımından uygunluk taşımasıdır (TVK m. 12/1). Dolayısıyla, genel olarak vatandaşlığa alınma yolunda aranan diğer koşullar, bu madde altında belirlenen kişilerin vatandaşlığa alınması bakımından aranmamaktadır.

TVK m. 12/2 kapsamında vatandaşlığa alınabilecek kişiler,

¹⁵³ Nomer, *Vatandaşlık*, 116; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 128; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 117.

¹⁵⁴ Bkz. İsviçre Vatandaşlık kanunu m. 20 vd.

<<https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2016/404/20190709/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2016-404-20190709-en-pdf-a.pdf>> Erişim 27 Eylül 2023.

¹⁵⁵ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 73.

¹⁵⁶ Banu Şit Köşgeroğlu, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, *Hacettepe HFD* 7/1 (Haziran 2017), 189.

¹⁵⁷ “Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak” koşulu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Rifat Erten, “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak”, *Public and Private International Law Bulletin* 40/2 (Aralık 2020), 1351–1371.

“a) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler;

b) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu,

c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler;

d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler” olarak belirlenmiştir.

TVK m. 12/2 kapsamında vatansız kişilerin vatandaşlığa kabulüne ilişkin kolaylaştırıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte bu yolla vatandaşlığa alınabilecek kişiler bakımından ayrıca bir sınırlandırma getirilmediğinden vatansız kişilerin de istisnâi telsik hükümleri kapsamında vatandaşlığa kabulü mümkündür. Buna ilaveten m. 12/1(b) hükmü Türk vatandaşlığını kazanan yabancıların vatansız eşinin Türk vatandaşlığını kazanmasına olanak sağlar niteliktedir. TVK m. 20/2'nin yetkili makam kararı ile kazanmasının eşin vatandaşlığına etki etmeyeceği hükmüne karşın, TVK m. 12/1(b) kapsamında, vatandaşlığı kazanan ilgiliye bağlı olarak eşine de Türk vatandaşlığını kazanabilme imkânı tanınmıştır¹⁵⁸. Dolayısıyla vatansız olan eşin bu kapsamda Türk vatandaşlığını kazanması ve böylece vatansızlık statüsünün sona ermesi mümkündür.

İstisnâi telsik düzenlemesinin vatansız kişilere vatandaşlık kazandırılması kapsamında özellikle gündeme gelebilecek hükmü TVK m. 12/2-c'dir¹⁵⁹. TVK m. 12/2-c kapsamında “vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişilerin” istisnâi yoldan vatandaşlığa alınabileceği kabul edilmektedir. Bu kişilerin kim olabileceğine dair ne Kanun'da ne de Yönetmelikte (m.20) bir belirleme getirmiştir. Şu hâlde bir kişinin bu yolla vatandaşlığa kabulünde idarenin bir kimsenin vatandaşlığa alınmasını zarurî görmesi yeterlidir ve başkaca bir gerekçe göstermesine gerek yoktur¹⁶⁰. Dolayısıyla idarenin gerekli görmesi halinde, TVK m. 12 hükmünün vatansızlığın önlenmesi bakımından bir vasıta olarak kullanması mümkündür. Bu bağlamda özellikle TVK m. 11 kapsamında belirlenen şartları taşımayan vatansız kişilerin TVK m. 12 kapsamında vatandaşlığa alınması söz konusu olabilecektir¹⁶¹.

TVK m. 12 kapsamında vatandaşlık başvurusu için ergin olma koşulu aranmamaktadır. Böylece ergin olmadığı için TVK m. 11 kapsamında vatandaşlık başvurusunda bulunamayan vatansız

¹⁵⁸ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 115. *Şit Köşgeroğlu*, TVK m. 12/1(b) hükmünün yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınmanın sonuçlarını Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun sistematığına aykırı bir biçimde genişlettiğini ifade etmektedir: *Şit Köşgeroğlu*, “Türk Vatandaşlığının İstisnâi Yoldan Kazanılması”, 193.

¹⁵⁹ Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 114.

¹⁶⁰ *Şit Köşgeroğlu*, “Türk Vatandaşlığının İstisnâi Yoldan Kazanılması”, 189.

¹⁶¹ Vatandaşlık yasalarında olağan telsik yoluyla vatandaşlık kazanamayan bazı kişilere istisnâi telsik yoluyla vatandaşlık kazandırılmasına yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, Norveç Vatandaşlık Yasası uyarınca bir Norveç vatandaşıyla evli ve eşile birlikte yaşayan kişi telsik yoluyla vatandaşlığın kazanılması konusunda gerekli koşulları sağlamasa dahi, vatandaşlığa alınması için gerekli koşulların sağladığı düşünülürse Norveç vatandaşlığını kazanabilecektir (Norveç Vatandaşlık Yasası m. 6/4). 1951 tarihli Norveç Vatandaşlık Yasası'nın (*Norwegian Nationality Act, 1951*) İngilizce metni için bkz. <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d4adf374>> Erişim 27 Eylül 2023.

çocuklara TVK m. 12 kapsamında vatandaşlık izafesi söz konusu olabilecektir¹⁶². Bu kapsamda ayrıca Türk vatandaşlığını kazanan ana veya babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamayan vatansız çocukların da vatandaşlığa kabulü olanaklı görünmektedir¹⁶³. Ana veya babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanamayan çocuklara istisnâî yolla vatandaşlık kazandırılması, AVS'nin taraf devletlere kendi vatandaşlığını kazanan kişilerin çocuklarına kolaylaştırılmış yolla vatandaşlık kazandırmasını düzenleyen hükmü ile de uyumlu olacaktır (AVS m. 6/4-c). Üstelik bu tür bir uygulama yine AVS'nin vatansız kişilere kolaylaştırılmış yoldan vatandaşlık kazandırılmasını öngören hükmü ile uygunluk arz edecektir (AVS m. 6/4-g).

3. Vatandaşlığın Evlilik Yolu ile Kazanılması

Vatandaşlık üzerinde etkili olabileceği kabul edilen hukuki ilişkilerden birisi evliliğdir. Bu bağlamda evlilik, vatandaşlığın kazanılmasına ve kaybına sebebiyet verebilen çift yönlü etkiye sahip bir ilişki olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte çağdaş vatandaşlık yasalarında genel olarak evliliğin vatandaşlık üzerindeki etkisi vatandaşlığın kazanılması biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına olanak sağlayan düzenlemelerin tarihi eskiye dayanmaktadır. Evlilik birliğinde vatandaşlığın tekliği anlayışına dayanan bu uygulama, aynı zamanda kocanın bu birlik üzerinde egemenliğini kabul ettiğinden¹⁶⁴ evliliğin vatandaşlık üzerindeki etkisi önceki dönemlerde sadece kadın bakımından kabul edilmekte ve kadının kocanın vatandaşlığını kazanması esasını üzerine kurulumaktaydı¹⁶⁵. Klasik ya da geleneksel görüş olarak anılan bu yaklaşımı benimseyen yasalar vatandaşları ile evlenen kadınların kendi vatandaşlıklarını kazanmasını sağlamaktaydı¹⁶⁶. Bu düzenlemeler vatansızlık hallerinde kadının bir devletin vatandaşlığını kazanması sağlaması bakımından avantajlı bir hükümler olarak görülmüşse de kadının iradesini göz ardı eden ve kadınla erkek arasında eşitsizliğe yol açan düzenlemeler olması nedeniyle eleştirilmiştir. İlaveten, klasik görüşü benimseyen yasaların bir kısmının, yabancı ile evlenen kadının taşıdığı vatandaşlığını kaybetmesi yönünde düzenlemeler getirmesi¹⁶⁷ vatansızlık hallerinin de ortaya çıkmasına sebebiyet

¹⁶² Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 113. Benzer bir hükme İsviçre Vatandaşlık Yasası kapsamında yer verilmiştir. Buna göre, vatansız bir çocuk, en az bir senesi başvuru tarihinden geriye doğru bir yıllık süreyi kapsamak koşuluyla 5 yıldır İsviçre'de mukim olduğunu ispat edebilirse, istisnâî tetsik yoluna başvurabilecektir (İsviçre Vatandaşlık Yasası m.23). İsviçre Vatandaşlık Yasası kapsamında genel olarak vatandaşlığa alınma konusunda aranan ikamet süresi 10 yıldır. Bu nedenle bu hüküm vatansız çocuklar için kolaylaştırılmış yoldan vatandaşlığın kazanılması imkânı sunmaktadır.

¹⁶³ Aybay-Özbek, *Vatandaşlık*, 128. Yine İsviçre Vatandaşlık Yasası uyarınca ebeveynleri vatandaşlık kazandığında küçük olan çocuk ebeveynlerine bağlı olarak vatandaşlık başvurusunu yapamamışsa, en az 3 yılı başvuru tarihinden geriye doğru olmak şartıyla 5 yıldır İsviçre'de mukim olduğunu kanıtlayabilirse yirmi iki yaşına kadar istisnâî tetsik yoluna başvurabilecektir (İsviçre Vatandaşlık Yasası m.24).

¹⁶⁴ Rona Aybay, *Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi*, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980), 12; Tanrıbilir, "Evlenme", 3020; Vahit Doğan, "Aile Hukukundan Kaynaklanan Vatandaşlık Hukuku Sorunları", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (Ocak 2011), 241.

¹⁶⁵ Tanrıbilir, "Evlenme", 3020.

¹⁶⁶ Osman Fazıl Berki, "Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Tesiri", *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan*, (Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1972), 47; Aybay, *Kadının Uyraklığı*, 3.

¹⁶⁷ Christina Beninger - Rashida Manjoo, "The Impact of Gender Discrimination on Statelessness: Causes, Consequences and Legal Responses", *African Human Mobility Review* 8/3 (Eylül-Aralık 2022), 22. Bununla birlikte, vatandaşlık yasalarının kapsamındaki düzenlemeler arasında da farklılıklar bulunmaktaydı. Yasaların bir kısmı,

verebilmektedir.¹⁶⁸ Bu nedenle, özellikle kadın-erkek eşitliği ve kadının vatandaşlığının bağımsızlığı mülhazalarının ön plana çıkmasıyla bu düzenlemelere yönelik eleştiriler artmış ve kadının vatandaşlığının bağımsızlığı uluslararası hukukun da meşgul olduğu konulardan biri haline gelmiştir.¹⁶⁹

Evli kadının vatandaşlığı konusu, ilk defa 1930 Lahey Sözleşmesi kapsamında ele alınmıştır (1930 Lahey Sözleşmesi, m. 8-11). Sözleşme'nin hükümlerinden, Sözleşmenin asıl kaygısının kadının vatandaşlığının evlilikten etkilenmemesini sağlamaktan ziyade evlilik yoluyla ortaya çıkan vatandaşlık hali değişikliklerinde kadının vatansız kalmasını önlemek olduğu anlaşılmaktadır. Zira, Sözleşmede evliliğin kadının vatandaşlığını etkilememesine dair koşul sadece evliliğin sona ermesi haline ilişkin olarak düzenlenmiştir; Sözleşme'nin diğer maddeleri ise yabancı ile evlilik halinde kadının vatansız kalmasını önlemeye yönelik hükümlerdir. Nitekim Sözleşme kapsamında, kadının yabancı devlet vatandaşı ile yaptığı evliliğin vatandaşlığını sona erdirmesi, kocanın vatandaşlığını kazanması koşuluna bağlanmıştır (1930 Lahey Sözleşmesi, m. 8). İlaveten, koca evlilik devam ederken başka bir devletin vatandaşlığını kazanırsa karısının vatandaşlığı ancak kocanın vatandaşlığını kazandığı devlet karısına da vatandaşlık veriyorsa sona erecektir (1930 Lahey Sözleşmesi, m. 9). Sözleşme ayrıca, evliliğin sona ermesinin, kocanın, karının veya çocukların vatandaşlığını etkilemeyeceğini de düzenlemiştir (1930 Lahey Sözleşmesi, m. 11).

1930 tarihli Lahey Sözleşmesi kadının vatandaşlığının bağımsızlığı konusundaki tartışmaları çözüme kavuşturmakta yetersiz kaldığından konuya ilişkin uluslararası çalışmalar ilerleyen yıllarda da devam etmiştir. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde konuya ilişkin çalışmaların yoğunlaştığı görülmüştür. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Evli Kadının Vatandaşlığına Dair Sözleşme (EKVDS) 1957 yılında imzaya açmıştır. Sözleşme adının da ifade ettiği üzere “evli kadınların” vatandaşlık durumuna ilişkindir. Bu bakımdan Sözleşme kapsamındaki hükümler vatandaşlık hukukunun geneline teşmil ettirilebilecek hükümler olmayıp sadece evli kadınları kapsamına almaktadır. Bununla birlikte Sözleşmenin ilk maddesi, günümüz vatandaşlık hukuklarının da genel eğilimini yansıtan “kadının vatandaşlığının bağımsızlığı” ilkesine yer vermesi bakımından önemlidir. Buna göre, evlenme ve evlenmenin sona ermesinin kadının vatandaşlığını kendiliğinden değiştirmeyecektir (EKVDS m. 1). Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında ise çağdaş vatandaşlık kanunlarında hem erkek hem de kadınlar bakımından kabul edilen bir yaklaşım sadece kadınları

vatandaşı olan kadının yabancı erkekle evlenmesi halinde vatandaşlığını doğrudan kaybedeceğini öngörürken (Birci Sistem), diğer bazı yasalar kadının vatandaşlığını kaybetmesini vatansız kalmaması koşuluna bağlamaktaydı; Aybay, *Kadının Uyruluğu*, 13. Bazı yasalar ise evlenmenin kadının vatandaşlığı üzerinde bir değişiklik yaratmamasını öngörmemekteydi (Bağımsızlık İlkesi). Kocanın vatandaşlığını taşıdığı devletlerin düzenlemeleri arasında da farklılıklar bulunabilmekteydi. Vatandaşlık yasalarının bir kısmı kadının kocasının vatandaşlığını evlilik ile kendiliğinden kazanılacağını öngörürken, diğer bir kısım yasa, bu kazandırmayı kadının isteğine ya da kadının evlilikle vatansız kalması koşuluna bağlamaktaydı. Bazı yasalar ise evliliğin kadının vatandaşlığı üzerindeki tesirini tanınamaktaydı: Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay, *Kadının Uyruluğu*, 14-26. Bu durumda yabancı ile evliliği kadının vatandaşlığının kaybı nedeni olarak gören bir devletin vatandaşı kadının, evlilikle vatandaşlık kazanılmasını öngörmeyen bir devletin vatandaşı erkekle evlenmesi halinde kadın bakımından vatansızlık hali ortaya çıkabilmekteydi: Aybay, *Kadının Uyruluğu*, 13.

¹⁶⁸ Aybay, *Kadının Uyruluğu*, 13; Tanrıbilir, “Evlenme”, 3024.

¹⁶⁹ Linda Guerry - Ethan Rundell, “Married Women’s Nationality in the International Context (1918-1935)”, *Clio. Women, Gender, History* 43 (2016), 74.

konu olarak düzenlemektedir. Madde uyarınca taraf devletler, evli kadının kendi iradesiyle kocasının vatandaşlığını kazanmak istemesi durumunda, milli güvenlik ve kamu düzeni kayıtları saklı kalmak şartıyla, diğer yabancılara nazaran vatandaşlığı daha kolay yoldan kazanması hususunda gerekli düzenlemeleri yapacaklardır (EKVDS m. 3).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) kapsamında ise kadınların vatandaşlığının, evli kadınların yanı sıra evli olmaya kadınları da kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında taraf devletler için vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi ve muhafazasına konusunda kadın ve erkeklere eşit haklar tanıma yükümlülüğü öngörülmüştür (CEDAW m. 9/1). Ayrıca yine Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında, taraf devletlere evlenmenin kadının vatandaşlığı üzerinde etkisine dair düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre yabancı kişiyle evlenme veya evlilik sürecinde kocanın vatandaşlık değiştirmesi kadının vatandaşlığının kendiliğinden değişmesine, kadının vatansız kalmasına sebebiyet vermeyecektir. Bu hükümleriyle Sözleşme bir yandan kadınların vatandaşlık durumunu erkeklerle aynı düzeye taşımayı, böylece kadının vatandaşlığını erkeğin vatandaşlığından bağımsız kılmayı, diğer yandan da evlenme yoluyla ortaya çıkacak kadın vatansızlığını önlemeyi hedeflemiştir.

Kadının vatandaşlığı ve evlilikle ortaya çıkacak vatansızlık hallerine ilişkin uluslararası çalışmaların çağdaş vatandaşlık hukuku üzerinde önemli etkisi olmuştur. Günümüzde klasik sistemi benimseyen vatandaşlık yasaları halen bulunmaktaysa da¹⁷⁰, yasaların büyük bir kısmında evliliğin kadının vatandaşlığın üzerinde bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir¹⁷¹. Nitekim çağdaş vatandaşlık yasalarının genel eğilimi evliliğin vatandaşlık üzerinde doğrudan etki doğurmaması, bu yolla vatandaşlığın kazanılması konusunda bazı ek şartların aranması yönündedir¹⁷². Ayrıca yasaların önemli bir kısmında, evlilik yoluyla eşlerin vatandaşlığını kazanma konusunda cinsiyet ayrımına gidilmemekte, böylece erkeklerin de eşlerinin vatandaşlığını kazanmasına olanak tanımaktadır¹⁷³.

¹⁷⁰ Örneğin Etiyopya Vatandaşlık Yasası yabancı ile evliliğin kadının Etiyopya vatandaşlığını kaybedeceğini düzenlemektedir. Ancak kadının bu şekilde vatandaşlığını kaybetmesi kocanın vatandaşlığını kazanması koşuluna bağlanmıştır; aksi halde kadın Etiyopya vatandaşlığını muhafaza edecektir (Etiyopya Vatandaşlık Yasası m. 4). 1930 tarihli Etiyopya Vatandaşlık Yasası'nın (Ethiopian Nationality Law, 1930) İngilizce metni için bkz. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b52ac.html>. Erişim 27 Eylül 2023.

¹⁷¹ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 129; Tanrıbilir, “Evlenme”, 3020. Bununla birlikte evlilikle vatandaşlık kazanılması hususunda halen kadın ve erkek arasında çeşitli bakımlardan ayırım yapan düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, İrlanda Vatandaşlık Yasası, eşinin vatandaşlığını kazansa bile evliliğin kadın veya erkek herhangi bir İrlanda vatandaşının İrlanda vatandaşlığının kaybı sonucunu doğurmayacağını düzenlemektedir (İrlanda Vatandaşlık Yasası m. 23). Bununla birlikte Yasa, bir yabancıyla evlenen kadının, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, eşinin vatandaşlığını kazanıyorsa İrlanda vatandaşlığından seçme yoluyla ayrılabilmesini öngörmektedir (İrlanda Vatandaşlık Yasası m. 23). Böyle bir seçenek erkekler için tanınmış değildir. Yasa ayrıca telsik yoluyla vatandaşlığı kazanan İrlanda vatandaşı erkeklerle evlenen kadının İrlanda vatandaşlığını yetkili makam kararı ile kazanabileceğini öngörürken (İrlanda Vatandaşlık Yasası m. 16/d), İrlanda vatandaşı bir kadınla evlenen erkeğin İrlanda vatandaşlığını kazanmasını kadının telsik yolundan başka yollarla İrlanda vatandaşlığını kazanmış olması koşuluna bağlamaktadır (İrlanda Vatandaşlık Yasası m. 16/e).

¹⁷² Tanrıbilir, “Evlilik”, 3024.

¹⁷³ Vahit Doğan, “Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (1999), 3.

Günümüz Türk hukukunda ise evliliğin vatandaşlığın kazanılması üzerinde sadece kolaylaştırıcı etkisi kabul edilmiştir¹⁷⁴. TVK uyarınca bir Türk vatandaşı ile evlenme kişiye doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmamaktadır. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilecektir (TVK m.16/1). Başvuru sahiplerinde ayrıca, aile birliği içinde yaşama, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama ve millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama koşulları aranacaktır (TVK m.16/1).

TVK, evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması için başvuran kişinin vatandaşlık durumu ile ilgilenmemektedir. Bir başka deyişle başvuran kişinin bir başka devletin vatandaşlığını taşıması ya da vatansız olması Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından bir etki yaratmamaktadır. Bu nedenle söz konusu hükmün, vatansız kişilere vatandaşlık kazandırma yönünde doğrudan bir etkisi yoktur¹⁷⁵. *Aybay-Özbek*'e göre düzenlemenin vatansızlara vatandaşlık kazanma yönündeki bir hüküm barındırmaması büyük bir eksiklik¹⁷⁶. Bununla birlikte evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanılması, genel yolla vatandaşlığa alınmaya kıyasla daha avantajlı koşullar içerdiğinden, bu yolla vatandaşlık kazanımının vatansız kişiler bakımından daha elverişli bir yol olduğunu da söylemek mümkündür.

Türk Vatandaşlık Hukuku'nun evlilik yoluyla vatandaşlık kazanılmasına ilişkin bu düzenlemesi CRS ve AVS hükümleri ile de uyumludur. CRS evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması

¹⁷⁴ 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (Eski TVK) orijinal halinde Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadının Türk vatandaşlığını kazanabileceği düzenlenmekteydi. Kanun'un "*bir Türkle evlenen yabancı kadın Türk vatandaşlığına geçmek istediğini bildirdiği (..) veya vatansız bulunduğu veyahut evlenmekle eski vatandaşlığını kaybettiği takdirde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır*" (Eski TVK m. 5/1) hükmü uyarınca bir başka devletin vatandaşı olan kadın Kanun'da gösterilen usuller kapsamında beyanda bulunarak Türk vatandaşlığını kazanabilmekte, vatansız veya evlilikle vatansız duruma düşecek kadın ise evlilikle birlikte Türk vatandaşlığını doğrudan kazanmaktaydı. Bu hüküm vatansızlığın önlenmesi bakımından güçlü bir önlem olmakla birlikte idarî makamların incelemesi ve onayı aranmaksızın vatandaşlık izafesine sebebiyet verdiği ve kadın ve erkek arası eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle eleştirmekteydi: Bkz. Doğan, "Tasarı", 9; Bahadır B. Erdem, "4866 Sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yolu ile Kazanılması", *MHB* 23/1-2 (2003), 339-340. Nitekim ilgili hüküm 2003 yılında yapılan 4866 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik, yeniden düzenlenmişti. Bkz. Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (TVKDYİK), *Resmî Gazete* 25136 (12 Haziran 2003), Kanun No. 4866, md. 1. Yeni düzenlemeyle Türk vatandaşlığının evlilik yoluyla kazanılması en az 3 yıldır evli olma, fiilen birlikte yaşama ve evliliğin devamı şartlarına bağlanmıştır (Eski TVK m. 5/1): Bkz. Fügen Sargın, "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme", *AÜHFĐ* 53/1 (2004), 27-40. Bununla birlikte yeni düzenleme ile getirilen "*Ancak bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır*" hükmüyle vatansızlığın önlenmesi hedefi muhafaza edilmiş, hem kadın hem de erkek bakımından evlenmeyle ortaya çıkacak vatansızlık hallerinin önüne geçilmişti. Ancak burada dikkat çekici bir nokta vatandaşlığın bu yolla kazanılması için vatansızlığın evlilik nedeniyle ortaya çıkması şartının aranmasıydı; diğer nedenlerle ortaya çıkmış olan vatansızlık hallerinde kişinin evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını doğrudan kazanması mümkün olmamaktaydı.

¹⁷⁵ Bu yaklaşım çağdaş vatandaşlık yasalarında da hâkim olan bir anlayışı yansıtmaktadır. Örneğin, Fransız vatandaşlığını düzenleyen Fransız Medeni Kanunu'na göre evliliğin vatandaşlık üzerinde bir etkisi yoktur (Fransız Medeni Kanunu m. 21/1). Fransız Medeni Kanunu uyarınca, bir Fransız vatandaşıyla evli olan yabancılar ve vatansızlar 2 senedir evli olma, bir arada yaşama ve Fransız dilinde yeterince bilgi sahibi olma gibi belirli koşulların gerçekleşmesi halinde beyanlarıyla Fransız vatandaşlığını kazanabileceklerdir (Fransız Medeni Kanunu m. 21/2). Kanun'da vatansızların da diğer yabancılar gibi evlilik yoluyla vatandaşlık kazanabileceği belirlenmiş, bu kişiler bakımından ayrıca kolaylaştırıcı bir hükme yer verilmemiştir.

¹⁷⁶ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 142. Aynı yönde bkz. Ayhan Dolunay, "Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi* 122 (Ocak-Şubat 2016), 390.

hususunda bir hüküm barındırmamakta, sadece evlilik nedeniyle vatansızlığın ortaya çıkmasını önleyici bir düzenlemeye yer vermektedir. Bununla birlikte CRS'nin evlilik ve vatandaşlık ilişkisi konusundaki hükmünün kaleme alındığı dönem itibarıyla eşitlikçi bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Nitekim CRS kapsamında, evlenmenin vatandaşlık üzerinde etkisi hususunda kadın-erkek ayrımına gidilmemiş, taraf devletlerden birisinin evlilik, evliliğin sona ermesi gibi kişisel halde ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle vatandaşlığın kaybını öngörmesi halinde bu kaybın kişinin bir başka devlet vatandaşlığını kazanmasına bağlı olduğu kabul edilmiştir (CRS m. 5/1). TVK uyarınca evlenme hiçbir şekilde vatandaşlığın kaybı sonucunu doğurmadığından Türk Hukuku CRS kapsamındaki düzenlemeye kıyasla daha avantajlı niteliktedir.

AVS'nin evliliğin vatandaşlık üzerine etkisi konusundaki düzenlemeleri ise CRS'ye kıyasla daha kapsamlıdır. AVS kapsamında öncelikle, Sözleşmeye taraf olan devletin vatandaşı ile yabancı arasındaki evlenmenin, evliliğin sona ermesinin veya evlilik devam ederken eşlerden birisinin vatandaşlık değiştirmesinin diğer eşin vatandaşlığını kendiliğinden etkilemeyeceği düzenlenmiştir (AVS m. 4/d). Bu konuda vatansız kişilere ilişkin bir istisna öngörülmemiştir. Bu nedenle AVS'nin evlilikle vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin düzenlemesi vatansızlığın önlenmesi hedefi bakımından doğrudan etkili değildir. Bununla birlikte AVS taraf devletlere, kendi vatandaşları ile evli olan kişilere vatandaşlığın kazanılması konusunda kolaylık sağlama yükümlülüğü getirmektedir (AVS m. 6/4-a). Bu bakımdan evlilik, Türk Vatandaşlık Hukuku'nda da olduğu gibi, vatandaşlığın kazanılması konusunda kolaylaştırıcı bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Evliliğin vatandaşlık üzerinde etkisi bağlamında akla gelebilecek bir başka soru, kişiye vatandaşlık kazandıran evliliğin sona ermesinin vatandaşlık üzerindeki etkisidir. Yukarıda da belirtildiği üzere çeşitli uluslararası sözleşmeler kapsamında evliliğin sona ermesinin vatandaşlık üzerinde etkisi olmayacağı düzenlenmektedir. Türk hukukundaki düzenleme de uluslararası hukukun bu düzenlemeleri ile uyumludur; TVK uyarınca kural olarak evlenmenin sona ermesi kişinin vatansızlığı üzerinde bir etki doğurmamaktadır. Hatta yabancı eşin başvuru yapmasından sonra Türk vatandaşı eşin ölmesi nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde, artık başvuran kişi bakımından aile birliği içinde yaşama şartı da aranmayacaktır (TVK m. 16/2)¹⁷⁷. Ne var ki, TVK'nın evliliğin butlanı halini, evliliğin diğer sona erme sebeplerinden ayırdığı görülmektedir. Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancıların evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde Türk vatandaşlığını muhafaza etmeleri bu kişilerin evlenmede iyiniyetli olma koşuluna bağlanmıştır (TVK m. 16/3)¹⁷⁸. Madde metninde yer alan “*yabancılar evlenmede iyi niyetli iseler*” ifadesiyle iyi niyetin varlığının sadece vatandaşlığı kazanan yabancı eş bakımından arandığı anlaşılmaktadır¹⁷⁹. Türk vatandaşı eşin evliliği iyi niyetle

¹⁷⁷ Benzer bir düzenleme için bkz. 1913 tarihli Alman Vatandaşlık Yasası (*German Nationality Act, 1913*) m. 9/2. Alman Vatandaşlık Yasası'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stag/englisch_stag.html> Erişim 27 Eylül 2023.

¹⁷⁸ Merve Acun Mekengeç, “Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi”, *Public and Private International Law Bulletin* 43/1 (Temmuz 2023), 264. Benzer bir düzenlemeye Fransız Medeni Kanunu kapsamında da yer verilmiştir. Buna göre bir evlilik hakkında Fransız mahkemesinin ya da yetkisi Fransa'da tanınan yabancı bir mahkemenin butlan kararı vermesi halinde, evlilikte iyi niyetli olan eş vatandaşlığını koruyacaktır (Fransız Medeni Kanunu m. 21/5)

¹⁷⁹ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 101.

yapmaması yabancı kişinin vatandaşlığı kaybetmesi için bir gerekçe olarak kabul edilmeyecektir.

TVK kapsamında iyi niyetliliğin nasıl tespit edileceğine veya iyi niyetin bulunmaması halinde kişinin vatandaşlık durumunun ne olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yönetmeliğin “Evliliğin İptalinde İyi Niyetin Korunması” başlıklı 31. maddesi konuya ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Yönetmeliğin ilgili maddesi uyarınca evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişi, evliliğinin butlanına karar verilmesi halinde Türk vatandaşlığını kaybedecektir. Ancak, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancı evlenmede iyiniyetli olduğu İçişleri Bakanlığının yaptığı incelemede tespit edilirse kişi, Türk vatandaşlığını muhafaza edecektir (TVK Yönetmelik m. 31/1)¹⁸⁰. Yönetmeliğin bu ifadesinin esas alınarak iyi niyetli olmadığı tespit edilen kişinin Türk vatandaşlığını kaybına karar verilmesi halinde, bir başka devlet vatandaşlığını taşımayan kişinin vatansız kalması söz konusu olacaktır.

Evliliğin butlan yoluyla sona ermesine ilişkin özel bir düzenlemeye ne CRS, ne de AVS kapsamında yer verilmiştir. CRS kapsamında evliliğin sona erme sebebine ilişkin bir ayrıma gidilmemiş, kişisel statünün değişme nedenleri ne olursa olsun bu değişikliğe bağlı olarak vatandaşlığın kaybı diğer bir devlet vatandaşlığının kazanılması koşuluna bağlanmıştır¹⁸¹ (CRS 5/1). Bu nedenle, TVK'nın evliliğin butlanına ilişkin düzenlemesinde vatansızlığı engelleyici bir hükme yer verilmemesi CRS ile uyumsuzluk arz etmektedir¹⁸².

AVS kapsamında ise da konunun 7. madde altında değerlendirilmesi gerekmektedir. AVS m. 7, vatandaşlığın *ex lege* ya da yetkili makam kararıyla kaybı nedenlerini belirlemiş ve bu yollardan herhangi biri nedeniyle vatandaşlığın kaybını kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlamıştır (AVS m. 7/3). Bununla birlikte AVS vatandaşlığın kaybının vatansız kalmamaya bağlanması koşuluna bir istisna da getirmektedir. Buna göre, başvuran kişi kendine yüklenebilecek herhangi bir olgu hakkında bilgi gizleme, yanlış bilgi verme veya hileli davranış yoluyla Taraf Devletin vatandaşlığını kazandıysa taraf devlet kişinin vatandaşlığı kaybına karar verebilecektir. Dolayısıyla kişinin kötü niyetli kabul edilebilecek davranışının bu kapsama dahil

¹⁸⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 103; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 138; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 101. Konuya ilişkin bu tür bir hükmün Yönetmelik kapsamında düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Erten'e göre Yönetmelikte, Kanunun ilgili maddesinin (TVK m. 16/3) vatandaşlığın muhafazası için “iyi niyet” şartını aramasına dayanarak iyi niyetin yokluğu halinde vatandaşlık kaybedilir sonucuna varılmaktadır. Ne var ki Anayasa'nın 66. Maddesi kapsamında benimsenen kanunilik ilkesi (AY m. 66/3) vatandaşlığın kanunun gösterdiği şartlarla kazanılacağını ve ancak kanunda belirtilen şartlarda kaybedileceğini belirlemektedir. Anayasa maddesinde kullanılan kanun ifadesi, dar ve şekli anlamda kanunu ifade etmekte olup, vatandaşlığın kaybı ve kazanılması nedenlerinin ve bu nedenlerin şartlarının kanunla belirtilmesi gerekmektedir. Kanun dışındaki daha alt düzenlemelerle, boşluk doldurma gerekçesiyle dahi, vatandaşlığın kaybına dair yeni bir neden ve kanunen belirlenmiş şartlara yeni bir şart eklenemez. Evliliğin butlanı nedeniyle vatandaşlığın kaybedileceği hususunun kanunen düzenlenmemiş olmasına rağmen Yönetmelikte böyle bir düzenlemeye yer verilmesi Anayasa m. 66 ile teminat altına alınmış kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Şu halde, TVK m. 6/3 hükmünün vatandaşlığın irade dışı kaybını sağlayan değil, iyi niyetin korunmasını güvence altına alan bir hüküm olduğunu kabul etme yerinde olacaktır: Rifat Erten, “Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5/19 (Ekim 2014), 267-268. Aynı yönde bkz. Güngör, *Vatandaşlık*, 123-124.

¹⁸¹ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, “BM Sözleşmesi”, 232.

¹⁸² Özbek Hadimoğlu - Teksoy, “BM Sözleşmesi”, 232.

edilmesi halinde evliliğin butlanı yoluyla vatandaşlığın kaybı, AVS uyarınca vatandaşlığın kaybı hükümlerine ters düşmeyecektir.

4. Vatandaşlığın Evlat Edinilme Yoluyla Kazanılması

Evlat edinen ile evlat edinilen arasında sunî bir soy bağı kuran evlat edinme ilişkisi vatandaşlık üzerinde etki doğurabilen hukuki ilişkilere dendir. Zira, vatandaşlık yasalarının bir kısmı özellikle küçüklerin, evlat edinilme işlemine bağlı olarak evlat edinen kişinin vatandaşlığını kazanabileceğine dair düzenlemeler barındırmaktadır¹⁸³. Bu çerçevede evlat edinilen küçüğün ilgili yasadaki şartları karşılaması koşuluyla evlat edinen kişinin vatandaşlığını kazanması mümkün olmaktadır.

Ne var ki, evlat edinmenin vatandaşlığın kaybına neden olacak şekilde işlemesi de mümkündür¹⁸⁴. Evlat edinilen kişinin kendi vatandaşlığını kaybedeceğini öngören yasaların bu kaybı evlat edinen kişinin vatandaşlığının kazanılması koşuluna bağlamadığı durumlarda, vatansızlık durumunun ortaya çıkması olasıdır. Bununla birlikte vatandaşlık hukuklarının genel eğilimi evlat edinmenin çocuğun vatandaşlığın kaybı değil kazanması üzerinde rol oynaması yönündedir¹⁸⁵. Ayrıca evlat edinmenin vatandaşlığın kaybına yol açtığı hallerde bu kayıp, çoğunlukla çocuğun vatansız statüye düşmemesi koşuluna bağlanmaktadır. Bu nedenle evlat edinilmenin bir vatansızlık sebebi olarak ortaya çıkması giderek azalan bir ihtimaldir.

Nitekim, uluslararası sözleşmeler kapsamında da evlat edinme müessesinin vatansızlık statüsüne yol açmayacak şekilde düzenlenmesi kabul görmektedir. 1930 Lahey Sözleşmesi evlatlığın evlat edinme nedeniyle vatandaşlık kaybını, evlat edinenin vatandaşlığında bulunduğu devletin hukukunun evlatlığın vatandaşlık kazanabilmesine imkân tanınması şartına bağlanmaktadır (1930 Lahey Sözleşmesi m.17). CRS kapsamında da evlat edinme gibi kişisel hallerde değişiklik yaratan bir durum nedeni ile vatandaşlığı kaybı, kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlanmaktadır. (CRS m. 5/1). AVS, yabancı ana veya baba tarafından evlat edinilmeyi vatandaşlığının kaybı nedenleri arasında kabul etmiş, ancak bu kaybı yine çocuğun vatansız kalmaması koşuluna bağlamıştır. (AVS m. 7/1-g).

Türk hukukunda evlat edinme sadece vatandaşlığı kazandırıcı bir unsur olarak düzenlenmiştir¹⁸⁶. Bir Türk vatandaşının bir yabancı tarafından evlat edinilmesi kişinin Türk

¹⁸³ Örneğin İrlanda Vatandaşlık Yasası, çocuğun, bir İrlanda vatandaşı ya da her iki eşin de İrlanda vatandaşı olduğu evli bir çift tarafından evlat edinilmesi halinde, İrlanda vatandaşlığını kazanacağını öngörmektedir. (İrlanda Vatandaşlık Yasası m.11). Fransız Medeni Kanunu ise, evlat edinmenin vatandaşlık üzerindeki etkisi konusunda sınırlı evlat edinme ve tam evlat edinme bakımından bir ayrıma gitmekte ve sınırlı evlat edinmenin vatandaşlık üzerinde bir etkisi olmayacağını düzenlemektedir (Fransız Medeni Kanunu m. 21)

¹⁸⁴ Musa Aygül, “Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması”, *TBB Dergisi* 99 (Mart-Nisan 2012), 50. Alman Vatandaşlık Yasası evlat edinmeyi Alman vatandaşlığının hem kazanılması (m. 6), hem de kaybı için bir sebep olarak görmektedir (m. 27). Yasanın 27. maddesi uyarınca, ergin olmayan Alman vatandaşları, bir yabancı tarafından evlat edinilmeleri ve evlat edinen kişinin vatandaşlığını kazanmaları halinde Alman vatandaşlığını kaybedeceklerdir. Bununla birlikte evlat edinilen kişinin Alman ebeveynle ilişkisi devam ederse (sınırlı evlat edinme) ya da olağan ikametgahı Almanya’da ise Alman vatandaşlığının kaybı gerçekleşmeyecektir.

¹⁸⁵ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 102.

¹⁸⁶ Nomer, *Vatandaşlık*, 108; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 102.

vatandaşlığını kaybetmesine neden olmamaktadır¹⁸⁷. Türk Vatandaşlık Hukuku'nda benimsenen bu yaklaşım, uluslararası hukukla ve vatansızlığın önlenmesi hedefi ile uyumludur.

Evlat edinmenin Türk vatandaşlığı üzerindeki etkisi TVK m. 17 kapsamında düzenlenmiştir. TVK m. 17/1 uyarınca:

“Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir”.

Şu hâlde evlat edinme halinde vatandaşlığın kazanılması imkânı ergin olmayan kişiler ile sınırlıdır. Yasa kapsamında çocuğun erginlik halinin belirlenmesi konusunda özel bir düzenleme ne yabancı devlet vatandaşlığını taşıyan küçükler, ne de vatansız küçükler bakımından getirilmiştir¹⁸⁸. Bu durumda vatansız çocuğun erginlik durumunun belirlenmesinde MÖHUK'un genel hükümlerinden faydalanılacak, çocuğun erginlik durumu, yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad meskeni, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması ile tespit edilecektir¹⁸⁹ (MÖHUK m. 4/a). Bu hukuklardan biri uyarınca belirlenen erginlik durumunun Türk hukukunda belirlenen erginlik durumu ile uyumlu olmaması, örneğin, 15 yaşında birinin ergin olarak kabul edilmesi mümkündür. TVK'nın ifadesi karşısında bu hukuklar uyarınca belirlenen erginlik yaşının Türk hukuku bakımından da geçerli olacağını kabul etmek gerekmektedir.

Bu yolla erginlik durumu tespit edilen çocuğun evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanması bakımından aranan tek koşul çocuğun millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamasıdır¹⁹⁰. Yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılması hallerinde de aranan bu genel koşulun gerçekleşmesi halinde, evlat edinilen kişinin evlat edinme işlemine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanması olanaklıdır. Bununla birlikte bu şartların gerçekleşmiş olması, evlatlığa Türk vatandaşlığının kazanılması konusunda kesin bir hak bahsetmemekte, aynı zamanda yetkili makamın konuya ilişkin olumlu kararı da aranmaktadır¹⁹¹. Tüm bu koşulların gerçekleşmesi halinde evlat edinilen çocuk Türk

¹⁸⁷ Aygül, “Evlat Edinme”, 52. Bununla birlikte TVK m. 34/1-c kapsamında, evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlara ergin olmalarından itibaren 3 yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılma imkânı tanınmıştır (TVK m. 34/1-c).

¹⁸⁸ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 105. Halbuki, TVK m. 11 kapsamında erginlik koşulunun belirlenmesinde vatansız kişiler bakımından özel bir düzenleme kabul edilmiş, bu kişilerin erginlik durumunun Türk hukukunun uygulanmasıyla belirleneceği düzenlenmiştir: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 108.

¹⁸⁹ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 105; Aygül, “Evlat Edinme”, 69; Necla Öztürk – Güven Yazar, “Türk Vatandaşlığının Evlat Edinilme Yoluyla Kazanılması”, *ASEAD 7/1* (2020), 9.

¹⁹⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 108; Aygül, “Evlat Edinme”, 70; Dolunay, “Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, 392. Doğan – Yılmaz – Ayhan İzmirli, Yasa'nın bu hükmünü eleştirmektedirler. Yazar'ın ifadesiyle, “ (...) küçük çocuğun millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından nasıl bir sakınca oluşturacağı ve bunun tespitinin nasıl yapılacağı merak konusudur”: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 107.

¹⁹¹ Aygül, “Evlat Edinme”, 69. Doktrinde, TVK m. 17 hükmü kapsamında evlat edinmenin *ex lege* bir kazanım türü mü yoksa yetkili makam kararı ile kazanım türü mü olduğunun tartışmaya neden olabilecek nitelikte olduğu belirtilmiştir: Bilgin Tiryakioğlu, “Yeni Türk Vatandaşlığı Kanununun Eleştirel Analizi”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, ed. Kay Hailbronner vd. (Ankara: TBB Yayınları, 2011), 44. Nitekim TVK m. 9 kapsamında vatandaşlığın sonradan kazanılması, yetkili makam kararı, evlat edinme ve seçme hakkı olarak üç kategori altında toplanmıştır. Bu hükümden hareketle *Tanrıbilir*, evlat edinmeyi yetkili makam kararından farklı bir kategori olarak kabul etmiştir: Tanrıbilir, “Vatandaşlığın Kazanılması”, 30-31. Bununla birlikte doktrinde bu tür kazanmanın da yetkili makam kararı ile kazanma türü olduğu kabul görmektedir: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 58;

vatandaşlığını kazanacaktır. İlgili çocuğun evlat edinme anında vatansız olması halinde ise Türk vatandaşlığının izafesiyle çocuğun vatansızlık statüsü sona erecektir.

5901 sayılı TVK m. 17, vatansızlığın önlenmesi bakımından olumlu bir düzenlemedir. Bununla birlikte yine vatansızlığın önlenmesi bakımından değerlendirildiğinde, 5901 Sayılı TVK'nın, 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'na kıyasla daha kısıtlı bir hüküm benimsediğini söylemek mümkündür. 403 sayılı Kanun'un Evlat Edinme başlıklı 3. maddesi öncelikle evlat edinmenin evlatlığın vatandaşlığına tesir etmeyeceğini düzenlemekteydi (Eski TVK m. 3/İlk cümle). Ancak maddenin devamında küçük olan evlatlığın vatansız olması veya anası babasının bulunmaması yahut nerede olduklarının bilinmemesi hallerinde bir Türk tarafından evlatlığa alınmakla Türk vatandaşı olacağını hüküm altına alınmaktaydı. Böylece vatansız statüde olan küçük, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilmeyle Türk vatandaşlığını kazanmaktaydı¹⁹². Ayrıca 403 sayılı mülga TVK kapsamında vatansız çocukların Türk vatandaşlığını kazanması kendiliğinden gerçekleşmekte¹⁹³, 5901 sayılı TVK'daki düzenlemenin aksine, vatandaşlığın izafesi için yetkili makam kararına ihtiyaç duyulmamaktaydı. Bu anlamda 403 sayılı Kanun'un evlat edinmeye ilişkin hükmü, kendi kendine talepte bulunamayacak çocuğun vatandaşlık kazanması bakımından avantajlıydı¹⁹⁴.

5901 sayılı TVK, evlat edinilen çocuğun vatandaşlık durumu ile ilgilenmemekte, vatansız konumda bulunan çocuğun Türk vatandaşlığını kazanmasını bir başka devletin vatandaşlığını taşıyan küçüklerle aynı çerçevede değerlendirmektedir. Dolayısıyla, 5901 sayılı TVK'nın vatansız çocukların evlat edinilmesi bakımından benimsediği düzenleme 403 sayılı TVK'ya göre daha sınırlayıcı bir niteliktedir. Bununla birlikte vatandaşlık hukuklarının konuya ilişkin eğilimleri incelendiğinde Türk hukukunun evlat edinmenin vatandaşlık üzerindeki etkisi hususunda nispeten serbest bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. TVK kapsamında evlat edinme ilişkisinin sınırlı ya da tam olarak kurulmuş olması üzerinde durulmamış¹⁹⁵, bu yolla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için geçerli bir evlatlık ilişkisinin varlığı yeterli kabul edilmiştir. Halbuki çağdaş vatandaşlık yasalarının bir kısmı vatandaşlığın kazandırılması konusunda bu minvalde yapılan bir ayırım üzerinden hareket etmektedir. Örneğin, Fransız Medeni Kanunu evlat edinme ilişkisinin vatandaşlık üstünde etkisi bakımından sınırlı evlat edinme ve tam evlat edinme halleri arasında bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, sınırlı evlat edinme hali evlat edinilen kişinin vatandaşlığını etkilenmemektedir¹⁹⁶ (Fransız Medeni Kanunu, m. 21). Alman Vatandaşlık Yasası da yurt dışında gerçekleştirilen evlat edilmeler bakımından çocuğun

Tiryakioğlu, “Türk Vatandaşlığı Kanunu”, 45; Aygül, “Evlat Edinme”, 68. Aygül'e göre TVK m. 17 metnindeki “kazanabilir” ifadesi de bu kazanma hususunda idareye takdir yetkisi verir niteliktedir: Aygül, “Evlat Edinme”, 69.

¹⁹² Aygül, “Evlat Edinme”, 64; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 105, dn. 129.

¹⁹³ Erten, “Tasarı”, 57.

¹⁹⁴ Erten, “Tasarı”, 58.

¹⁹⁵ Küçüklerin evlat edinilmesinde evlat edinme sistemleri etkileri bakımından tam evlat edinme ve sınırlı evlat edinme olarak iki başlık altında sınıflandırılmaktadır. Tam evlat edinme sisteminde evlat edinilen kişi evlat edinen kişiden doğmuş gibi kabul edilmekte ve ana babasına nesep bağıyla bağlı çocuklarla aynı statüye dahil olmaktadır. Bu sistemde evlat edinilen kişinin biyolojik ana babasıyla olan nesep bağı sona ermektedir. Sınırlı evlat edinme rejiminde ise, evlat edinilen kişi ile biyolojik ailesi arasındaki ilişkiler sınırlı olarak devam ederken, evlat edinen ve evlat edinilen kişi arasında da sınırlı bir hısımlık ilişkisi ortaya çıkmaktadır: Mahmut Kizir, “Türk Hukukunda Evlat Edinme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/1 (Haziran 2009), 152-153.

¹⁹⁶ Bununla birlikte kişinin Fransa'da yerleşmiş olma koşulunu yerine getirmesiyle yetişkinlikten itibaren, bu yönde bir beyanıyla Fransız vatandaşlığını kazanması mümkündür (Fransız Medeni Kanunu m. 21/12).

Alman vatandaşlığını kazanmasını, ebeveynleriyle bağının kesilmesine ve söz konusu evlat edinme hükümlerinin Alman maddi hukukundaki evlat edinme hükümleriyle denk olmasına bağlamıştır (Alman Vatandaşlık Yasası m. 6)¹⁹⁷. Portekiz Vatandaşlık Yasası¹⁹⁸ da çocuğun evlat edinme yoluyla Portekiz vatandaşlığını kazanmasını evlat edinme işleminin tam evlat edinme olarak gerçekleşmesine bağlamaktadır (Portekiz Vatandaşlık Yasası m. 5).

Evlat edinilme ve evlat edinmenin vatandaşlık üzerinde etkisi çeşitli uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Türk hukukunun evlat edinmeyle vatandaşlık kazanılması konusundaki yaklaşımı evlat edinmeye ilişkin uluslararası sözleşmeler de uyumludur. 1967 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 2008 yılında yenilenmiş haline göre (*European Convention on the Adoption of Children revised Convention-EEHAS*)¹⁹⁹, taraf devletler, vatandaşlarından birisi tarafından evlat edinilen çocuğun kendi vatandaşlığını kazanmasını kolaylaştıracaklardır (EEHAS m. 12/1). Ayrıca evlat edinmenin vatandaşlığın kaybı sonucunu doğurduğu hallerde bu kayıp çocuğun başka bir vatandaşlık taşıması veya kazanmasına bağlıdır (EEHAS m.12/2). Böylece Sözleşme bu hükmüyle evlat edinme halinde vatandaşlığın kaybı durumlarını çocuğun vatansız kalmaması koşuluna bağlayarak 1930 Lahey Sözleşmesi ve CRS ile aynı yaklaşımı benimsemiş olmaktadır.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kapsamında ise evlat edinilen çocuğun vatandaşlık durumu doğrudan düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte Sözleşmenin 21. maddesi kapsamında taraf devletlere, başka bir ülkede evlat edinilmesi düşünülen çocuğa, kendi ülkesinde mevcut evlat edinme durumuyla eşdeğer olan güvence ve ölçülerden yararlanmasını sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. (ÇHDS 21/c). Bu hükümlerle, taraf devlette gerçekleştirilen evlat edinmenin evlatlığa evlat edinmenin vatandaşlığını kazandırması halinde, aynı sonucun ülke dışında gerçekleştirilen evlat edinmeler için de kabul edilmesi gerekliliği düzenlenmiş olmaktadır²⁰⁰.

Türkiye'nin de taraf olduğu 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi²⁰¹ (*1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption- 1993 Lahey Sözleşmesi*) uyarınca çocuk ile biyolojik ebeveyni arasında daha önce var olan hukukî bağları sona erdiren bir evlat edinmede, çocuk, kabul eden devlette ve evlat edinmenin tanındığı diğer taraf devletlerde, bu taraf devletlerin her birinde sahip olduğu evlat edinmeden doğan haklardan aynen yararlanacaktır (1993 Lahey Sözleşmesi m. 26/II). Böylece Sözleşme temelde Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile uyumlu bir yaklaşım benimsenmiş olmakla birlikte tam evlat edinme ve sınırlı evlat edinme arasında bir ayırım yapmış olmaktadır.

¹⁹⁷ Bkz. Stephan Lorenz, "Yetişkinlerin Uluslararası Evlat Edinilmesi ve Lex Loci Actus", çev. Ahmet Cemal Ruhi, *MHB* 22/2 (2002), 1179.

¹⁹⁸ 1981 tarihli Portekiz Vatandaşlık Yasası'nın (*Portuguese Nationality Act, 1981*) İngilizce metni için bkz. <https://ec.europa.eu/migrant-integration/sites/default/files/2010-02/doc1_12213_57693451.pdf> Erişim 27 Eylül 2023.

¹⁹⁹ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://rm.coe.int/1680084823>> Erişim 27 Eylül 2023.

²⁰⁰ Aygül, "Evlat Edinme", 54.

²⁰¹ *Resmî Gazete* 25438 (19 Nisan 2004). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020153745turkce_lah33.pdf> Erişim 27 Eylül 2023. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>> Erişim 27 Eylül 2023.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi kapsamında, evlat edinme hali, vatandaşlığın kanunen kazanılmasını düzenleyen 6. madde kapsamında sayılan haller arasında bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme'nin 6/4. maddesinde vatandaşlık izafesinde kolaylık gösterilecek kişiler arasında taraf devletlerin vatandaşları tarafından evlat edilen kişiler de sayılmıştır. Türk hukukunda da evlat edinilme ile vatandaşlığın kazanılması genel yolla vatandaşlığa alınmaya kıyasla daha kolay koşullara bağlanmıştır. Bu bakımdan Türk hukukunun ilgili düzenlemesi diğer uluslararası anlaşmaların yanı sıra AVS ile de uyum içindedir.

C. Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Vatandaşlık Bağının Kesilmesi

TVK kapsamında Türk vatandaşlığıyla ilişkinin kesilmesinin yetkili makam kararıyla ya da seçme hakkının kullanımı yoluyla (TVK m. 34-35) gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir (m. 23). Yetkili makam kararıyla kayıp, “çıkma” (TVK m. 25-28), “kaybettirme” (TVK m. 29-30) ve “vatandaşlığa alınmanın iptali” (TVK m. 31-33) olmak üzere üçe ayrılmıştır (m. 24). Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kaybı bu hakkı kullanacak kişinin vatansız kalması koşuluna bağlanmıştır (TVK m. 34/2). Bu nedenle bu başlık altında seçme hakkının kullanılması yoluyla kayıp haline değinilmeyecek, vatandaşlık bağını kesen “çıkma”, “kaybettirme” ve “vatandaşlığın iptali” yolları incelenecektir.

1. Vatandaşlıktan Çıkma

Vatandaşlık kavramının uzun tarihi içerisinde değişime uğrayan uygulamalardan birisi de kişinin yaşam süresi boyunca tâbiyetinin değişmeden kalmasıdır²⁰². “*Sürekli sadakat*” (*permanent allegiance*) olarak da anılan bu uygulamanın geçerli olduğu dönemlerde kişinin tâbiyetini terk etme ve bir başka tâbiyete geçme özgürlüğü bulunmamaktaydı²⁰³. Dünyanın gelişen koşullarıyla bağdaşmayan bu uygulamanın geçerliliğini yitirmesiyle tâbiyetin değiştirilebilir olduğu kabul edilmiş ve kişilere “*zorla vatandaşlık yükletilemeyeceği*” ilkesi benimsenmiştir²⁰⁴.

Vatandaşlığın kimseye zorla yükletilememesi kişinin iradesi bulunmaksızın ya da iradesi halefine bir devletin vatandaşlığına kabul edilemeyeceği anlamına gelmektedir²⁰⁵. Bu ilkenin iki yönünden bahsetmek mümkündür. Bunların ilki, bir kişiye kendi iradesi yani başvurusu veya beyanı bulunmaksızın herhangi bir devletin vatandaşlığının yükletilemeyeceğidir²⁰⁶. İlkenin diğer yönü ise kişinin bir devletle bağını muhafaza etmek istemediği hallerde, o devletle vatandaşlık ilişkisini sona erdirerek bir başka devletin vatandaşlığına geçebilmesi olanağını ifade etmektedir. Zaman içerisinde bu ilke geniş kabul görmüş ve vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden biri haline gelmiştir. Nitekim, İHEB'nin vatandaşlık hakkını düzenleyen 15.

²⁰² Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 163.

²⁰³ Maximilian Koessler, “‘Subject,’ ‘Citizen,’ ‘National,’ and ‘Permanent Allegiance’”, *The Yale Law Journal* 56/1 (Kasım 1946), 67.

²⁰⁴ Vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden biri olan bu ilke doktrinde farklı biçimlerde adlandırılmaktadır. Aybay - Özbek, bu ilkeyi ifade etmek üzere “vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgürlük” ifadesini kullanmaktadırlar: Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 56. Doğan – Yılmaz – Ayhan İzmirli ise, “kişi vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır” ifadesine başvurmuşlardır: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 27.

²⁰⁵ Bu ilkenin geçerliliğinin sonradan kazanma hallerine ilişkin olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira doğum anında vatandaşlık izafesinin bu ilkenin dışında kaldığı genel kabul görmektedir: Nomer, *Vatandaşlık*, 9.

²⁰⁶ Nomer, *Vatandaşlık*, 9.

maddesinde de bu ilkeye yer verilmiş ve kişilerin keyfi olarak vatandaşlık ve vatandaşlığını değiştirme hakkından mahrum edilemeyeceğini düzenlemiştir (İHEB m. 15/2).

Vatandaşlık yasalarının büyük bir kısmı, vatandaşlığın zorla yükletilemeyeceği ilkesi gereğince, kişilerin kendi vatandaşlıklarından çıkmasına izin veren hükümlere yer vermektedir²⁰⁷. Bununla birlikte vatandaşlıktan çıkma hakkının kullanımını çoğunlukla belirli şartlara ve devletlerin bu yönde takdir yetkisinin bulunmasına bağlanmaktadır²⁰⁸. Vatandaşlıktan çıkma hakkının kullanımının devletin onayı koşuluna bağlanması uluslararası hukuka aykırı kabul edilmemektedir²⁰⁹. Zira *Nomer*'in de belirttiği üzere, vatandaşlığın devletle birey arasında sürekli bir ilişki oluşturduğu ve bu ilişkinin bir kere kurulduktan sonra artık sadece devlet tarafından sona erdirilebileceği uluslararası hukukta genel kabul görmektedir²¹⁰.

Çıkma hakkının kullanılması konusunda vatandaşlık yasalarında benimsenen koşullar farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, hemen her devletin vatandaşlık yasasında bulunan koşul, vatandaşlıktan çıkacak kişinin bir başka devlet vatandaşlığını kazanmış olması ya da kazanacağına dair güçlü emarelerin bulunmasıdır²¹¹. “*Herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır*” ilkesine hizmet eden bu koşul, çıkma hakkını kullanan kişinin vatansız statüsüne düşmesini önleme bakımından önem taşımaktadır.

Vatandaşlıktan çıkma müessesesi TVK kapsamında 25-28. maddeler altında düzenlenmiştir. Kanunun “Türk Vatandaşlığından Çıkma” başlığı altında düzenlenen 25. maddesi kişinin vatandaşlıktan çıkmasını

- a) Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
- b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak,
- c) Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak,
- ç) Hakkında herhangi bir malî ve cezaî tahdit bulunmamak koşullarına bağlamıştır.

Bu şartları taşıyan kişi Türk vatandaşlığından çıkma talebinde bulunabilecektir. Bununla birlikte kişinin tüm koşulların taşınması halinde dahi vatandaşlıktan çıkma konusunda kesin bir

²⁰⁷ Uğur Tütüncübaşı, “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/2 (Aralık 2011) 158; Price, “The Right to Renounce Citizenship”, 1556. Bununla birlikte, kişinin vatandaşlıktan çıkma hakkını tanımayan devletler de bulunmaktadır. Bazı devletler ise, vatandaşlıktan çıkmayı yasaklamamakla birlikte vatandaşlıktan çıkmayı idarî usullerin kullanımıyla zorlaştırmakta veya çok ağır şartlara bağlamaktadırlar: Imke Harbers - Abbey Steele, “Permanent Membership: The Prohibition of Citizenship Renunciation”, *International Migration Review* 0/0 (Nisan 2023) Yazarların belirttiğine göre demokratik rejimler vatandaşlıktan çıkmaya izin verme konusunda daha olumlu bir yaklaşım benimserken, otokratik rejimler vatandaşlıktan çıkmayı idarî zorluklarla veya keyfi uygulamalarla engelleme yoluna gidebilmektedirler: Harbers - Steele, . Aynı yönde bkz. Price, “The Right to Renounce Citizenship”, 1556. Vatandaşlıktan ayrılmayı hukuken ya da fiilen yasaklayan devletlerin listesi için bkz. Harbers/Steele, “Permanent Membership: The Prohibition of Citizenship Renunciation”.

²⁰⁸ David Owen, “On the Right to Have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Right”, *Netherlands International Law Review* 65 (Kasım 2018), 313; International Organization for Migration (IOM), *Glossary on Migration* (PDF: IOM, 2019), 181.

²⁰⁹ Nomer, *Vatandaşlık*, 9.

²¹⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 9.

²¹¹ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 126.

hakkı bulunmamakta, çıkmanın kabulü kişinin bu yöndeki talebin yetkili makamın kararıyla kabulüne bağlanmaktadır²¹². Nitekim bu müessese TVK kapsamında “Türk Vatandaşlığından Çıkma” başlığı altında düzenlenirken TVK Yönetmelik kapsamında “Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma” başlığı altında düzenlenmiş (TVK Yönetmelik m. 42/-a). Yönetmeliğin ilgili maddesinin başlığındaki “İzin Alarak Çıkma” ifadesiyle bu hakkın kullanımı üzerinde yetkili makamın takdir yetkisi olduğu bir kez daha vurgulanmış olmaktadır²¹³.

TVK'nun vatandaşlıktan çıkmayı düzenleyen 25. maddenin (b) fıkrası, münhasıran vatansızlığın önlenmesi hedefine yöneliktir²¹⁴. İlgili hüküm uyarınca kişinin vatandaşlıktan çıkma talebinde bulunabilmesi, bir yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmasına veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler göstermesine bağlıdır. Kanun, bu ifadeyle “*yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olmak*” ve “*yabancı devlet vatandaşlığını kazanacağına dair inandırıcı belirtiler bulunmak*” konusunda ikili bir ayrıma gitmiş ve bu iki duruma farklı sonuçlar bağlamıştır²¹⁵. Başvuruda bulunduğu sırada yabancı bir devlet vatandaşlığını zaten kazanmış olanlara, bu durumu belgelemeleri ve diğer koşulları da yerine getirmeleri halinde vatandaşlıktan çıkma belgesi verilir. (TVK m. 25/1, TVK Yönetmelik m. 45/1). Bu durumdaki kişi zaten bir devletin vatandaşı olduğundan, vatandaşlıktan ayrılma ile vatansız kalması riski bulunmamaktadır.

Buna karşın, henüz yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış bulunmayan kişinin bu vatandaşlığın kazanılacağına ilişkin inandırıcı deliller sunması kişiye, sadece “*çıkma izin belgesinin*” verilmesini sağlamaktadır²¹⁶ (TVK m. 26/1, TVK Yönetmelik m. 45/2). Çıkma izin belgesi kişinin Türk vatandaşlığını kaybetmesine neden olmaz²¹⁷, zira bu belgeyi alan kişinin bir başka devlet vatandaşlığını kazandığı henüz kesinleşmiş değildir. Bu durumda kişiye doğrudan çıkma belgesinin verilmesi kabul edilseydi, kişinin bir şekilde yabancı devlet vatandaşlığını kazanamaması halinde vatansızlık durumunun ortaya çıkmasına zemin hazırlanmış olurdu. Bu nedenle kişiye verilen çıkma izin belgesi, kişinin vatandaşlıktan çıkmasını sağlayan bir belge niteliğini taşımamaktadır²¹⁸.

TVK kişinin çıkma izni alabilmesi için aranan “*yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler*”in neler olabileceğine ilişkin bir belirleme getirmemektedir. Bununla beraber TVK Yönetmelik m. 42/1-c uyarınca, henüz yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmamış olan kişinin kazanmak istediği devlet vatandaşlığına kabul edileceğine ilişkin teminat belgesinin getirilmesi halinde inandırıcı belirtinin bulunduğu kabul edilmektedir²¹⁹. İzin belgesi, kişiye iki yıllık süre içerisinde ilgili devletin vatandaşlığını

²¹² Nomer, *Vatandaşlık*, 134; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 124; Tütüncübaşı, “Mavi Kart”, 158.

²¹³ Bununla birlikte gerekli şartları taşıyan kişilere bildirimde bulunarak vatandaşlıktan ayrılma imkânı tanıyan yasalar da bulunmaktadır. Örneğin Fransız Medeni Kanunu uyarınca genel olarak yurt dışında ikamet eden kişi, gönüllü olarak yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanırsa, bu yönde isteğini açıkça beyan ederek Fransız vatandaşlığından ayrılacaktır (Fransız Medeni Kanunu m. 23).

²¹⁴ Nomer, *Vatandaşlık*, 135; Tütüncübaşı, “Mavi Kart”, 158. Aynı şart seçme hakkıyla kayıp halinde de aranmaktadır. Bkz. TVK m. 34/2.

²¹⁵ Tütüncübaşı, “Mavi Kart”, 161.

²¹⁶ Tütüncübaşı, “Mavi Kart”, 162.

²¹⁷ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 129.

²¹⁸ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 130.

²¹⁹ Doğan - Yılmaz - Ayhan İzmirli, kişinin vatandaşlığına geçmek istediği ülkede uzun süredir oturuyor olması, o ülke vatandaşıyla evli olması, ilgili ülkede sınaî, ticarî veya meslekî faaliyetlerde bulunması hallerini inandırıcı

kazanması halinde çıkma belgesinin verilmesini sağlamaktadır (TVK Yönetmelik m. 46/1). Kişi iki yıl içerisinde yabancı devlet vatandaşlığını kazandığını belgelemezse çıkma izin belgesi geçersiz hale gelecek²²⁰ (TVK m. 26/2, TVK Yönetmelik m. 46/2) ve kişiye çıkma belgesi verilmeyecektir (TVK Yönetmelik m. 46/3). Böylece kişinin tüm inandırıcı belirtilere rağmen yabancı devletin vatandaşlığını kazanamaması halinde vatansız duruma düşmesi ihtimalinin önüne geçilmiş olmaktadır²²¹. Bu hükümle Kanun vatansızlığın önlenmesi ve kişinin vatandaşlığını değiştirmede serbest olması ilkelerini dengeleyici bir yaklaşım geliştirmiştir²²².

Türk hukukunun vatandaşlıktan çıkmaya ilişkin düzenlemesi, çağdaş vatandaşlık yasaları ve uluslararası sözleşmeler ile uyumlu bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Nitekim çağdaş vatandaşlık yasaları da vatandaşlıktan çıkmayı bir başka devlet vatandaşlığının kazanılması ya da kazanılacağına ilişkin güçlü deliller sunulması koşuluna bağlamaktadır²²³. CRS kapsamında da aynı yönde bir düzenleme kabul edilmiştir (CRS m. 7/1-2). CRS uyarınca taraf devletin hukukunun çıkmayı mümkün kıldığı hallerde vatandaşlıktan çıkma kişinin bir başka devletin vatandaşlığını taşımadığı ya da bir başka devlet vatandaşlığını kazanıyor olmadığı hallerde sonuç doğurmayacaktır (CRS m. 7/1-a). Yine, bir başka devletin vatandaşlığını kazanma çabasında olan kişi, o devletin vatandaşlığını kazanmadığı ya da o devletin vatandaşlık yasaları uyarınca o devlet vatandaşlığını kazanacağına temin edilmediği hallerde vatandaşlığını kaybetmeyecektir (CRS m. 7/2). Türk hukukunun çıkmaya ilişkin hükmü CRS'nin bu hükmüyle uyumludur²²⁴.

AVS kapsamında ise vatandaşlıktan çıkma Sözleşme'nin "Kişinin İnisiyatifiyle Vatandaşlığın Kaybı" (*Loss of Nationality at the Initiative of the Individual*) başlıklı 8. maddesi altında düzenlenmektedir. AVS m. 8/1 uyarınca taraf devletler kişinin vatandaşlıktan çıkmasına, bu yüzden vatansız kalmaması kaydıyla izin vereceklerdir. Öte yandan Taraf Devletlere kendi iç

delillere örnek olarak saymışlardır. Yazarlar ayrıca, somut olayın özelliklerine göre kişinin o devlet vatandaşlığına kabulü için kolaylık sağlayacak bütün ilişkilerin emare olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 127.

²²⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 137; Tütüncübaşı, "Mavi Kart", 162.

²²¹ Tütüncübaşı, "Mavi Kart", 166.

²²² Doğan vd., *Vatandaşlık*, 126.

²²³ Çağdaş vatandaşlık yasalarının çıkma hakkının kullanılması konusunda benimsediği düzenlemeler kendi aralarında farklılıklar göstermektedir. Yasaların bir kısmı, vatandaşlıktan çıkma hakkını sadece bir başka devlet vatandaşı olan kişilere tanımaktadır. Bu yasaların bir kısmı ayrıca vatandaşlıktan çıkmanın kişinin beyanına bağlı olarak gerçekleşeceğini de kabul etmektedir. Örneğin, Portekiz Vatandaşlık Yasası uyarınca bir başka devlet vatandaşlığını taşıyan kişi Portekizli olmak istemediğini beyan ederek vatandaşlığını kaybedecektir (Portekiz Vatandaşlık Yasası m. 8). Aynı yönde bkz. Fransız Medeni Kanunu m. 23. Buna karşın, Alman Vatandaşlık Yasası, Almanların vatandaşlıktan çıkmasını, kişinin bir başka devlet vatandaşlığına başvurmuş ve yabancı devletin yetkili mercinin kişinin vatandaşlığı kazanacağı konusunda güvence vermiş olması koşuluna bağlamaktadır (Alman Vatandaşlık Yasası m. 18). Bununla birlikte, çıkma belgesinin alınmasından itibaren bir sene içinde diğer vatandaşlık kazanılmazsa, çıkma işlemi geçersiz hale gelecektir (Alman Vatandaşlık Yasası m. 24). Makedonya Vatandaşlık Yasası ise vatandaşlıktan çıkmanın kişinin bir başka devletin vatandaşlığını taşıması ya da yabancı bir vatandaşlık kazanacağını ispat etmesi halinde yetkili makam kararı ile gerçekleşeceğini düzenlemektedir (Makedonya Vatandaşlık Yasası m. 17/6). 1992 tarihli Makedonya Vatandaşlık Yasası'nın (*Law on Citizenship of the Republic of Macedonia*, 1992) İngilizce metni için bkz. <<https://www.refworld.org/pdfile/3f54916b4.pdf>> Erişim 27 Eylül 2023. Yasa ayrıca, kişinin vatandaşlıktan çıkma kararının geçerlilik kazanmasından itibaren 1 yıl içinde yabancı devlet vatandaşlığını kazanamaması halinde, çıkma kararının geri alınacağını öngörmektedir (Makedonya Vatandaşlık Yasası m. 18/1). Böylece söz konusu yasaların tümünde, kişinin vatandaşlıktan çıkması vatansızlık halinin ortaya çıkmaması koşuluna bağlanmış olmaktadır.

²²⁴ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, "BM Sözleşmesi", 230.

hukuklarında çıkmanın yalnızca yurtdışında mutaden ikamet eden vatandaşlara etki edebileceğini düzenleme imkânı tanınmıştır²²⁵ (AVS m. 8/2). Türk hukukunda AVS m. 8/2 kapsamında belirlenen nitelikte bir koşul bulunmamaktadır. Bu açıdan Türk hukukunun çıkma hakkının tanınması konusunda geniş bir düzenleme benimsediği söylenebilir. Bununla birlikte TVK kapsamında da AVS’de olduğu gibi, vatandaşlıktan çıkma kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlanmıştır. Şu hâlde çıkma yoluyla vatandaşlıktan ayrılma konusunda Türk hukuku, vatansızlığın engellenmesi bakımından uluslararası sözleşmelerle de uyumlu bir yaklaşım benimsemiş olmaktadır.

Vatandaşlıktan çıkma konusunda önem taşıyan bir başka husus çıkma işleminin eş ve çocuklar üzerindeki etkisidir. TVK’nın “Türk Vatandaşlığından Çıkmanın Geçerliliği ve Sonuçları” başlığını taşıyan 27. maddesi çıkmanın eşin ve çocukların vatandaşlık durumları üzerinde etkisini düzenlemektedir. Madde uyarınca çıkma izniyle vatandaşlığın kaybedilmesi, diğer eşin vatandaşlığı üzerinde etkili olmayacaktır²²⁶. Madde kapsamında eşin çıkma ile vatansız konuma düşmesi gibi bir koşul aranmamakta, eşin vatandaşlık durumu her halükârda vatandaşlıktan çıkan kişiden bağımsız kılınmaktadır. Bu husus, vatandaşlıkta bireyin iradesini ön plana alan çağdaş eğilimlerle de uyumludur.

Bununla birlikte Türk vatandaşlığından çıkmanın çocukların vatandaşlık durumu üstünde etki doğurması mümkündür. Vatandaşlıktan çıkan kişinin talepte bulunması ve diğer ebeveynin de muvafakat etmesi halinde çocukları da kendisiyle birlikte Türk vatandaşlığından çıkacaklardır (TVK m. 27/2). Ancak çocukların bu yolla vatandaşlıktan çıkmaları vatansız kalmamaları koşuluna bağlanmıştır (TVK m. 27/3). Bir başka deyişle diğer bir devlet vatandaşlığını kazanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kimsenin çocukları ana/babasının kazandığı devlet vatandaşlığını kazanamıyor ya da hali hazırda bir başka devlet vatandaşlığını taşıyorlarsa, çocukların ana veya babayı takip ederek vatandaşlıktan çıkması mümkün olmayacaktır²²⁷. Bu husus vatansızlığın önlenmesi bakımından önemli bir araçtır.

2. Vatandaşlığın Kaybettirilmesi

Devletlerin vatandaşlık konularındaki yetkileri vatandaşlık bağının kurulmasını olduğu gibi vatandaşlık bağının kesilmesi hususunu da kapsamaktadır. Bu çerçevede devletlerin temel menfaatlerine aykırı davranışlarda bulunan kişilerin vatandaşlıklarını kaybettirebilecekleri uluslararası hukuk tarafından da kabul görmektedir²²⁸. Sıklıkla devlete karşı sadakat yükümlüğüyle bağdaşmayan hallerle özdeşleştirilen bu davranışların varlığında devletler rızası hilafına da olsa kişiyi vatandaşlıktan yoksun bırakabilmektedirler. Bununla birlikte insan hakları mülhazalarında yaşanan gelişmelere paralel olarak bu kaybettirmenin keyfi nitelik taşıması ve belirli yasal koşullara bağlanması gerekliliği uluslararası hukuk nezdinde benimsenen bir ilke haline gelmiştir. Nitekim İHEB m. 15 kapsamında kimsenin vatandaşlıktan

²²⁵ Bu yönde bir düzenleme Fransız Medeni Kanunu’nda mevcuttur. Fransız Medeni Kanunu uyarınca yabancı vatandaşlığı kendi iradesiyle kazanan ve genellikle yurt dışında yaşayan kişiler beyanlarıyla vatandaşlıktan çıkabileceklerdir (Fransız Medeni Kanunu m. 23).

²²⁶ Nomer, *Vatandaşlık*, 138; Tütüncübaşı, “Mavi Kart”, 168.

²²⁷ Tütüncübaşı, “Mavi Kart”, 169.

²²⁸ Arzu Alibaba, “Türk Vatandaşlığının İrade Dışı Kaybı ve İnsan Hakları”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*. ed. Vahit Doğan vd. (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 52; Jules Lepoutre, “When Losing Citizenship Is Fine. Denationalisation and Permanent Expatriation”, *Cadmus* (Erişim 26 Eylül 2023), 3.

keyfi olarak mahrum edilemeyeceğini düzenlemiştir (İHEB m. 15/2). Bunun yanı sıra II. Dünya Savaşı sonrası dönemden itibaren artan bir eğilim, vatandaşlığın kaybettirilmesinin kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlanması yönündedir²²⁹.

Türk hukukunda kaybettirme müessesesi, TVK m. 29 ve 30 altında düzenlenmiştir. TVK m. 29, hakkında kaybettirme kararı verilebilecek kişileri 3 bent halinde saymıştır. Buna göre:

- a. Yabancı bir devletin Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunanlar (TVK m. 29/1-a),
- b. Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Cumhurbaşkanının izni olmadan kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler (TVK m. 29/1-b),
- c. İzin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar (TVK m. 29/1-c) hakkında kaybettirme kararı verilebilecektir²³⁰.

Bununla birlikte ilgili kişinin bu şartları taşıyor olması vatandaşlığın doğrudan kaybettirilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Kişinin vatandaşlığının kaybettirilmesi aynı zamanda Cumhurbaşkanı'nın bu hususta sahip olduğu takdir yetkisini olumlu yönde kullanmasına bağlıdır²³¹. Kişi anılan şartları taşıyor olsa dahi Cumhurbaşkanı'nın kaybettirme kararı almaması mümkündür²³².

TVK kaybettirme yoluyla Türk vatandaşlığıyla bağı kesilecek kişilerin vatandaşlık durumu ile ilgilenmemektedir. Bir başka deyişle TVK uyarınca vatandaşlığı kaybettirilen kişinin vatansız kalması mümkündür²³³. Bu kapsamda TVK, vatandaşlığı kaybettirilen kişi bakımından vatansızlığın önlenmesi ilkesinden ayrılmaktadır. Bununla birlikte TVK m. 30 kapsamında kaybettirme kararlarının şahsi olduğu, eş ve çocukların vatandaşlığına tesir etmeyeceği açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

Vatandaşlıktan mahrum etme (*deprivation*) CRS'de 8. Madde kapsamında düzenlenmiştir. Madde uyarınca taraf devletler kişiyi vatansız kalacak şekilde vatandaşlıktan mahrum edemeyeceklerdir (CRS m. 8/1). Böylece taraf devletlere, vatandaşlığın kaybettirilmesi gibi irade dışı kayıp halleri bakımından da vatansızlığın önlenmesi ilkesini gözetme yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır. Türk hukukunda kaybettirme yolunun işletilmesi kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlanmadığından, Sözleşmenin bu hükmüyle Türk hukuku arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Bununla birlikte Sözleşme kapsamında da vatandaşlığı kaybettirilen kişinin vatansız kalmaması yolundaki ana kurala istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar Sözleşme m. 8/2 kapsamında belirlenmiştir. Buna göre, taraf devletin vatandaşlığını sonradan (telsik yolu ile) kazanmış kişi taraf devletçe belirlenen ve 7 seneden az olmayan bir süre boyunca yurt dışında kalır ve ilgili devlete vatandaşlığını muhafaza etmek istediğini bildirmezse o devletin vatandaşlığından mahrum edilebilecektir²³⁴ (CRS m. 8/2, m. 7/4). Ayrıca

²²⁹ Lepoutre, "When Losing Citizenship Is Fine. Denationalisation and Permanent Expatriation", 3.

²³⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 139-143; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 155-159.

²³¹ Bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 143; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 159.

²³² Bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 143; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 159.

²³³ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, "BM Sözleşmesi", 230.

²³⁴ Benzer bir hükme 403 sayılı TVK m. 25 kapsamında yer verilmekteydi. Madde uyarınca yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanmış olup, kesintisiz olarak en az yedi yıl Türkiye dışında oturan ve Türkiye ile ilgisi ve

Taraf devlet yurt dışında doğan vatandaşının vatandaşlığını muhafaza etmesini, kişinin ergin olmasından sonraki bir yıllık sürenin bitiminde kendi ülkesinde ikamet etmesi veya ilgili mercilere kaydolması koşuluna bağlayabilecektir (CRS m. 8/2, m. 7/4). Sözleşme her iki durumda da vatansızlığı vatandaşlıktan mahrum bırakılma konusunda bir engel olarak görmemiştir. Bu nedenle belirtilen haller bakımından Sözleşmenin vatansızlığın önlenmesi hedefini gözetmediği söylenebilir. TVK kapsamında ise anılan haller vatandaşlığın kaybettirilme nedeni olarak kabul edilmiş değildir. Dolayısıyla TVK'nın vatandaşlığın kaybettirilmesi nedenleri konusunda Sözleşmeye kıyasla daha sınırlı bir yaklaşım benimsediğini söylemek mümkündür.

CRS, bu hükümlere ilaveten m. 8/3 kapsamında da devletlere, vatandaşlık bağının kesilmesinde vatansızlığı önleme ilkesinin gözetilmesi yükümlülüğüne istisna getirme imkânı tanımıştır. Madde uyarınca aşağıdaki şartların varlığı halinde taraf devletler Sözleşmenin imzası veya onayı sırasında çekince koyarak bir kişinin vatandaşlıktan çıkarılma hakkının saklı tutabilecektir (CRS m. 8/3). Buna göre:

(a) Kişi Sözleşmeci Devlete sadakat yükümlülüğünü bozacak biçimde (CRS m. 8/3-a)

(i) Sözleşmeci Devletin açıkça belirtilen bir yasağına karşı gelerek bir diğer Devlete hizmet vermiş veya hizmet vermeye devam ediyorsa; veya bir başka devletten hizmet karşılığı parasal çıkar sağlamış ya da sağlamaya devam ediyorsa, ya da

(ii) Devletin yaşamsal önemdeki çıkarlarına ciddi olarak zarar verici bir biçimde hareket ediyorsa;

(b) Kişi başka bir Devlete karşı bir bağlılık yemini etmişse, ya da resmi bir beyanda bulunmuşsa, ya da Sözleşmeci Devlete bağlılığını yadsıdığı kanıtlarla saptanırsa,

Sözleşmeci devlet kişinin vatandaşlıkla bağının kesilmesine karar verebilecektir.

Sözleşme böylece taraf devletlere, kişinin vatansız kalmasına yol açacak olsa bile, anılan halleri vatandaşlıkla ilişik kesme sebepleri olarak düzenleyebilme olanağı tanımış olmaktadır²³⁵. CRS m. 8/3-a (i) hükmü TVK m. 29/1(a)'da, (b)'de ve (c)'de düzenlenen koşullarla özdeşlik göstermektedir²³⁶. Bu nedenle Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olması halinde CRS m. 8/3-a (i) hükmüne yönelik çekince koyması düşünülebilir²³⁷. Çekince konulabileceği düzenlenen diğer sebepler ise TVK kapsamında öngörülmüş değildir. Bu haller bakımından TVK'nın vatandaşlığın kaybettirilmesine ilişkin hükümlerinin bireyin lehinde hükümler olduğunu söylemek mümkündür.

Son olarak Sözleşmenin m.8/4 hükmüyle Taraf devletlere, m. 8/3 kapsamında düzenlenen vatandaşlıktan mahrum bırakma hallerine karşı, ilgiliye mahkeme ya da başka bir bağımsız organ önünde âdil dinlenme hakkı (*fair hearing*) hakkını hukuken tanıma yükümlülüğü getirilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası idarî makamların her türlü eylem ve

bağlılığını kesmediğine delalet edecek resmî temas ve işlemlerde bulunmayanlar hakkında kaybettirme kararı verilebilmekteydi (Eski TVK m. 25/f). Bu kaybettirme sebebine 5901 sayılı TVK kapsamında yer verilmemiştir.

²³⁵ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, "BM Sözleşmesi", 236; Alibaba, "İnsan Hakkı" 47.

²³⁶ Güngör, "BM Sözleşmesi", 498.

²³⁷ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, "BM Sözleşmesi", 236.

işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağını düzenlemektedir (Anayasa m.125/1). Bu nedenle Türk hukuku Sözleşme'nin m.8/4 maddesiyle uyum içerisindedir²³⁸.

Vatandaşlıktan mahrum bırakma halleri AVS'de m. 7 kapsamında düzenlenmiş bulunmaktadır. Taraf devletler kişinin vatandaşlıktan mahrum bırakılmasına dair Sözleşmede düzenlenen bu nedenlerden farklı bir nedene iç hukuklarında yer veremeyeceklerdir²³⁹ (AVS m. 7/1). Sözleşme kapsamında kaybettirilme hükümleri olarak değerlendirilebilecek²⁴⁰ vatandaşlıktan mahrum bırakma sebepleri şunlardır:

- Bir başka devlet vatandaşlığının gönüllü olarak kazanmak (AVS m. 7/1-a),
- Yabancı bir askeri gücün hizmetinde gönüllü olarak hizmette bulunmak (AVS m. 7/1-c),
- Taraf devletlerin hayati menfaatlerine ciddi şekilde zarar verecek davranışlarda bulunmak (AVS m. 7/1-d),
- Mutad olarak yurt dışında sakin olan vatandaş ile milli devlet arasında gerçek bir bağın bulunmaması (AVS m. 7/1-e),
- Çocuğun Taraf devlet hukukuna uygun olarak doğum yoluyla *ex lege* vatandaşlık kazanmasına yol açmış koşulların artık mevcut olmaması (AVS m. 7/1-f).

Sözleşmece belirlenen bu kayıp nedenleri arasında “yabancı bir askeri gücün hizmetinde gönüllü olarak hizmette bulunma” (AVS m. 7/1-c) hükmü TVK m. 20/1-c de düzenlenen kayıp nedeni ile özdeşlik arz etmektedir²⁴¹. Diğer kayıp nedenlerine TVK kapsamında yer verilmiş değildir. Dolayısıyla TVK'nın vatandaşlığın kaybettirilmesine dair hükmünün AVS'ye kıyasla bireyi daha çok gözettiği söylenebilir. Bununla birlikte AVS, bu nedenlerden birine dayanarak vatandaşlık bağının kesilmesini, kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlamaktadır. Böylelikle AVS kaybettirme halleri bakımından da vatansızlığın önlenmesi ilkesini gözetmiş olmaktadır. Bu noktada TVK, AVS ile uyum göstermemektedir.

3. Vatandaşlığın İptali (Vatandaşlığa Alınma Kararının İptali)

İptal müessesesi, vatandaşlığa alınma kararının kanunda gösterilen belirli nedenlere dayanılarak bu kararı veren makam tarafından geri alınmasıdır²⁴². Sadece vatandaşlığı yetkili makam kararı ile sonradan kazanmış kişiler bakımından uygulanabilir²⁴³ bir müessese olan vatandaşlığa alınma kararının iptali, TVK'nın 31 ve 33. Maddeleri arasında düzenlenmektedir.

TVK m. 31 uyarınca “*Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edilir.*”. Bu durumda TVK kapsamında vatandaşlığın

²³⁸ Güngör, “BM Sözleşmesi”, 502.

²³⁹ Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, 240.

²⁴⁰ AVS kapsamında vatandaşlıktan mahrum bırakma nedenleri 7 fıkra altında düzenlenmektedir. Ancak örneğin, evlat edinme veya iptal kararı gibi yollarla vatandaşlıktan mahrum bırakma halleri ilgili başlıklar altında incelendiğinden bu başlık altında sadece kaybettirme nedenleri olarak değerlendirilebilecek hükümler değerlendirilecektir.

²⁴¹ Necla Öztürk, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı”, *TBB Dergisi* 73 (Kasım-Aralık 2007), 115.

²⁴² Nomer, *Vatandaşlık*, 145.

²⁴³ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 141; Öztürk, “Tasarı”, 119.

iptali bakımından, “yalan bilgi verme” veya “vatandaşlığı kazanmaya teşkil eden önemli hususların gizlenmesi” olarak iki neden belirlenmiş olmaktadır²⁴⁴. Bu nedenlerin varlığının saptanması halinde yetkili makam kişinin vatandaşlığa alınma kararının iptali yönünde karar vermek zorundadır; bu hususta yetkili makama takdir hakkı tanınmamıştır²⁴⁵. Hakkında iptal kararı verilen kişi, iptal karar tarihinden itibaren Türkiye Cumhuriyeti bakımından yabancı statüsüne dahil olur²⁴⁶. Kanun, iptal kararı ile yabancı duruma düşecek kişinin bir başka devletin vatandaşlığını taşıyıp taşımadığı ile ilgilenmemektedir. Şu hâlde bir başka devlet vatandaşlığını taşımayan kişi vatandaşlığa alınma kararının iptali ile vatansız statüsüne dahil olacaktır. Kanun, vatandaşlığın yalan bilgi verme ve önemli hususları gizleme vasıtasıyla kazanıldığı haller bakımından, vatansızlığı, Türk vatandaşlığı ile ilişkin kesilmesi bakımından bir engel olarak görmemiştir²⁴⁷.

TVK uyarınca vatandaşlığın iptali kararı “kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan” eş²⁴⁸ ve çocuklar hakkında da uygulanacaktır (TVK m. 32). “Kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını vatandaşlık kazanma” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, doktrinde inceleme konusu yapılmıştır. Zira TVK m. 20/2’nin “yetkili makam kararı ile vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez” hükmü karşısında iptal kararının eşin vatandaşlık durumu üzerindeki etkisi tereddüde yol açabilecek niteliktedir²⁴⁹. Doğan – Yılmaz – Ayhan İzmirli, ilgili kişiye bağlı olarak vatandaşlık kazanılması ifadesinin, ilgili kişi ile birlikte ve onun Türk vatandaşlığını kazanmasını sağlayan işlemle Türk vatandaşlığını kazanmış kişiler bakımından geçerli olduğunu belirtmişlerdir²⁵⁰. Güngör ise vatandaşlığı iptal edilen kişiye bağlı olmaksızın vatandaşlık kazanmış olan eş veya çocukların iptal kararından etkilenmeyeceğini ifade etmiştir²⁵¹. Bizim de paylaştığımız bu görüşler doğrultusunda vatandaşlığa alınma kararı iptal edilen kişinin eşinin ona bağlı olarak vatandaşlığını kaybetmesi, ancak eşin Türk vatandaşlığını kişiye bağlı olarak kazanmış olması halinde mümkündür²⁵².

Türk Vatandaşlık Hukuku kural olarak yetkili makam kararıyla kazanmanın eşin vatandaşlığını etkilemeyeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte TVK’nın Türk vatandaşlığının istisnaî olarak kazanılmasını düzenleyen 12. maddesi kapsamında bu kurala bir istisna getirilmiştir²⁵³. TVK m. 12/1 (b) hükmü uyarınca Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci

²⁴⁴ Bununla birlikte Aybay - Özbek’e göre, “yalan beyan” ve “gizleme” durumları arasında bir fark bulunmaktadır. Kişinin vatandaşlığa alınma başvurusunda verdiği bilgiler konusunda yalan beyanda bulunması kesin ve salt bir iptal nedenidir. Buna karşın bazı hususların gizlenmiş olmasının iptal nedeni sayılması için gizlenen hususların önemli ve vatandaşlığın kazanılması konusunda belirleyici olması gerekmektedir: Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 210.

²⁴⁵ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 147; Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 210; Öztürk, “Tasarı”, 220; Hümeysra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, “Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptalinde Süre”, *MHB* 36/1 (Kasım 2016), 8.

²⁴⁶ Nomer, *Vatandaşlık*, 150; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 147.

²⁴⁷ Işıl Egemen Demir, “İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları”, *TBB Dergisi* 139 (2018), 149.

²⁴⁸ Nomer’e göre, “Yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılması hiçbir ihtimalde eşin vatandaşlığına etkili olmadığı için (m. 20 II) maddedeki eş kelimesi anlamsız kalmaktadır”: Nomer, *Vatandaşlık*, s. 150 dn. 130.

²⁴⁹ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214.

²⁵⁰ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 151. Aynı yönde bkz. Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214. Aybay - Özbek, ayrıca, Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması halinde vatandaşlığın belirli bir kişiye bağlı olarak değil, belirli bir işleme (evlenme işlemi) bağlı olarak kazanıldığını ifade etmektedirler: Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214..

²⁵¹ Güngör, *Vatandaşlık*, s. 176. Aynı yönde bkz. Doğan vd., *Vatandaşlık*, 151.

²⁵² Doğan vd., *Vatandaşlık*, 151.

²⁵³ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 115.

maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancıların eşlerinin bu kişilere bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkündür²⁵⁴. Bu durumda TVK m. 12/1(b) hükmü kapsamında Türk vatandaşlığını kazanan kişinin vatandaşlığının iptali durumunda, Türk vatandaşlığını kendisine bağlı olarak kazanan eşin de vatandaşlığı iptal edilecektir²⁵⁵. Vatandaşlık kararının bu doğrultuda iptal edilmesi halinde başka bir devlet vatandaşlığı taşımayan eşin vatansız duruma düşmesi söz konusu olacaktır. TVK m. 12/1(b) kapsamı dışında kalan yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanma hallerinde ise ilgilinin vatandaşlığa alınması kararının iptali, eşinin vatandaşlığının bu karar kapsamında iptali sonucunu doğurmayacağından²⁵⁶ eşin Türk vatandaşlığı ile bağının kesilmesiyle vatansız kalması bir sorun olarak gündeme gelmeyecektir²⁵⁷.

TVK m. 32/1 uyarınca, Türk vatandaşlığını ana veya babalarına bağlı olarak kazanan çocuklar da [(TVK m. 20/2, TVK m. 12/1(b))] iptal kararından etkilenerek Türk vatandaşlığını kaybedeceklerdir²⁵⁸. TVK m. 32/1 çocuğun iptal kararından sonraki vatandaşlık durumu ile ilgilenmemekte, çocuğun vatansız duruma düşebilecek olmasını Türk vatandaşlığı ile bağının kesilmesi bakımından bir engel olarak görmemektedir. Bu açıdan TVK m. 32/1 hükmü vatansızlığa sebebiyet verebilecek mahiyettedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere vatandaşlığın genel ilkeleri devletler için rehber olarak belirlenmiş ilkeler olup bağlayıcı nitelikleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla devletlerin uluslararası anlaşmalar vasıtasıyla bir taahhütte bulunmadıkları sürece bu ilkelerden sapmaları mümkündür. Vatandaşlığa alınma kararının iptali söz konusu olduğunda Türk hukukunun vatansızlığın önlenmesi ilkesinden ayrılmış olduğunu söylemek mümkündür²⁵⁹. Bununla

²⁵⁴ TVK m. 12/1(b) hükmünün eleştirisi için bkz. Şit Köşgeroğlu, "Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması", 193.

²⁵⁵ Doğan vd. 151. Bununla birlikte evli olan kişilerin m. 12/1(b) hükümleri uyarınca birbirlerine bağlı olmaksızın vatandaşlık kazanmaları halinde eşlerden biri hakkında verilen iptal kararı diğerinin vatandaşlık durumunu etkilemeyecektir. Nitekim Danıştay 2022 tarihli bir kararında, davacı eşlerin 12/1(b) uyarınca vatandaşlık başvurularının ayrı ayrı yapıldığını ve Türk vatandaşlığına alınacaklar listesine ayrı ayrı dâhil edildiklerini ifade etmiştir. Karar kapsamında, davacılardan X'in vatandaşlığı eşine bağlı olarak kazanmadığı belirtilmiş ve iptal koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini eşler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir: Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay İDDK), K. 2022/438 (14 Şubat 2022)

²⁵⁶ Doğan vd., *Vatandaşlık*, 151. Aynı yönde bkz. Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214. Ayrıca bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 148.

²⁵⁷ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 153.

²⁵⁸ Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214; Nomer, *Vatandaşlık*, 150; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 151; Öztürk, "Tasarı", 223. Buna karşılık, vatandaşlığı iptal edilen kişinin, vatandaşlığa alınma kararından sonra doğan çocukları doğumlarından itibaren Türk vatandaşı olmaları nedeniyle, bu çocukların vatandaşlıkları ana veya babaları hakkında alınan iptal kararından etkilenmeyecektir: Aybay - Özbek, *Vatandaşlık*, 214; Nomer, *Vatandaşlık*, 150; Doğan vd., *Vatandaşlık*, 152. Bkz. TVK Yönetmelik m. 58/2.

²⁵⁹ *Egemen Demir Kanun'un bu uygulamasını yerinde bulduğunu şu şekilde ifade etmektedir: "Türk vatandaşlığını elde etmekle önceki vatandaşlığından çıkmış olan kişi vatansız kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu durumda vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden ve amaçlarından olan herkesin bir vatandaşlığının olması ilkesi ve vatansızlığın önlenmesi amacı terk edilmiş mi olacaktır? Kanaatimizce kişinin, hukuka aykırı fiillerinin sonucuna katlanması gerekir. Vatandaşlık hukukunun klasik ilkelerinden bir tanesi de herkesin vatandaşlığının olması; kimsenin vatansız kalmamasıdır. Ancak bu ilke, kişinin hukuka aykırı fiilinin koruyucu kalkını olarak yorumlanmamalıdır."*: Egemen Demir, "İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları", 152. Nitekim Doğan – Yılmaz – Ayhan İzmirli de, vatandaşlığa alınma kararının iptali müessesesinin bir anlamda kişinin iradesinin sonucu olduğunu, zira kişinin vatandaşlığa alınırken kanuna

birlikte diğer devletlerin yasalarında da Türk hukukunun bu düzenlemesine benzer düzenlemelerin benimsendiği görülmektedir. Alman Vatandaşlık Yasası 35. maddesi altında Alman vatandaşlığının sahtecilikle, tehditle, rüşvetle veya yanlış veya eksik bilgi verilmesi nedeniyle kazanılması halinde geri alınabileceğini²⁶⁰ düzenlemektedir (Alman Vatandaşlık Yasası 35/1). Yasa ayrıca kişinin vatansız duruma düşmesinin bu geri almayı etkilemeyeceğini öngörmektedir (Alman Vatandaşlık Yasası 35/2). Buna karşın Yasanın karardan etkilenen diğer kişilere ilişkin 35/5. maddesi Türk hukukundan farklılık arz etmektedir. Yasa uyarınca geri alma kararından etkilenen üçüncü kişilerin varlığı halinde bu kişilerin geri alma kararından etkilenip etkilenmeyeceği konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Üçüncü kişilere ilişkin karara varılırken idarece kişisel inceleme yapılacak, üçüncü kişinin vatandaşlık kazanmayı sağlayan kararın alınmasında idareyi yanıltmaktaki etkisi kişinin meşru çıkarlarıyla dengeli biçimde değerlendirilecektir. Kararın alınmasında çocuğun yüksek yararı ilkesi özellikle gözetilecektir.

İsviçre Vatandaşlık Yasası da vatandaşlığa alınma başvurusu sırasında yanlış bilgi veren veya önemli bilgileri gizleyen ve bu yolla vatandaşlık kazanan kişinin vatandaşlığının iptal edilebileceğini öngörmektedir (İsviçre Vatandaşlık Yasası m. 36/1). İsviçre Vatandaşlık Yasası kapsamında iptal kararının alınmasının takdirî olduğu anlaşılmaktadır. Yasa kural olarak vatandaşlığa alınmanın iptalinin vatansızlık statüsü yaratıp yaratmayacağıyla ilgilenmemektedir. Bununla birlikte bu konuya ilişkin bir istisna çocuklar bakımından getirilmiştir. Kişiye vatandaşlık kazandıran karara bağlı olarak İsviçre vatandaşlığını kazanan çocukların iptal kararıyla birlikte vatandaşlıklarını kaybetmeleri çocukların vatansız kalmaması koşuluna bağlanmaktadır (İsviçre Vatandaşlık Yasası m. 36/4/b). TVK kapsamında da benzer bir hükmün benimsenmesi çocuk vatansızlığının ortaya çıkmasını önlemek bakımından düşünülebilecek bir çözümdür.

CRS, kapsamında kişinin vatandaşlıkla ilişkisinin kesilmesine dair benimsenen temel kural kişinin bu bağın kesilmesiyle vatansız duruma düşmeyecek olmasıdır²⁶¹ (CRS m. 8/1). Ancak CRS m. 8/2 kapsamında bu kuralın istisnaları düzenlenmektedir. Bu istisnalardan biri kişinin vatandaşlığını yalan beyan ve hile ile elde ettiği durumlar olarak belirlenmektedir (CRS m. 8/2-b)²⁶². Yani, CRS m. 8/2-b kapsamında devletlere vatansızlığın önlenmesi ilkesini gözetmeksizin kişiyle vatandaşlık bağını kesmeleri imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte Sözleşme kapsamında benimsenen bu istisna hükmü sadece vatandaşlığı iptal edilen kişiler için geçerlidir. Taraf devletin hukukunun vatandaşlığını kaybeden kişiye bağlı olarak eş ve çocuklarının da vatandaşlıklarını kaybetmesini öngörmesi halinde bu kayıp, söz konusu kişilerin bir başka vatandaşlıklarının olması ya da bir başka vatandaşlığı kazanıyor olmaları koşuluna bağlanmıştır (CRS m.6). Böylece, ilgili hakkında gözetilmeyen vatansızlığın önlenmesi ilkesi ilgilinin eşi ve

karşı hile yaptığını ve kanuna karşı hilenin kanun tarafından korunmayacağını ifade etmektedir: Doğan vd., *Vatandaşlık*, 141.

²⁶⁰ Maddede yer alan “geri alma” ifadesi, tek taraflı bir idarî işlemle kişinin rızası hilafına vatandaşlığının kaybını işaret etmektedir: Egemen Demir, “İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları”, 153, dn. 55.

²⁶¹ Özbek Hadimoğlu - Teksoy, “BM Sözleşmesi”, 232.

²⁶² Özbek Hadimoğlu - Teksoy, “BM Sözleşmesi”, 234.

çocukları hakkında gözetilmiş olmaktadır. Sözleşmenin ilgilinin çocukları bakımından aradığı vatansız kalmama koşulu TVK m. 32/2 hükmünden farklılık arz etmektedir.

Vatandaşlığın iptaline ilişkin bir düzenlemeye AVS kapsamında da yer verilmiştir. Sözleşme'nin "Vatandaşlığın *ex lege* veya Taraf Devletin İnisiyatifi ile Kaybı" (*Loss of Nationality ex lege or at the Initiative of a State Party*) Başlıklı 7. maddesinde düzenlenen vatandaşlığın kaybına neden olabilecek hususlar arasında, taraf devlet vatandaşlığının başvurana atfedilebilecek hileli davranış, yanlış bilgilendirme veya ilgili herhangi bir vakanın saklanması sonucu verilmiş olması hali de sayılmıştır (AVS m. 7/1-b). Bu koşulların gerçekleşmesi halinde kişinin vatandaşlığını devletin tek taraflı kararıyla kaybetmesi mümkündür. Aslında CRS gibi AVS de vatandaşlığın kaybı hallerini, kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlamıştır. Nitekim AVS m. 7/3 uyarınca ilgilinin 7. Maddenin 1. ve 2 fıkrasında belirtilen nedenlerle vatandaşlığının kaybı kişinin vatansız kalmaması koşuluna bağlanmaktadır. Bununla birlikte maddenin devamında ilgiliye atfedilebilecek hileli davranış, yanlış bilgilendirme veya ilgili herhangi bir vakanın saklanması ile vatandaşlığın kazanılması halleri bu koşulun dışında bırakılmıştır. Şu hâlde, genel olarak iptal nedenleri diyebileceğimiz bu hallerde kişi vatansız kalacak olsa bile taraf devlet kişinin vatandaşlığının kaybına karar verebilecektir²⁶³. Sözleşme kapsamında kişiye bağlı olarak vatandaşlığı kazanan eş ve çocuklara ilişkin bir düzenleme de getirilmiş değildir. Böylece Sözleşme bu hususun düzenlenmesini ev sahibi devletlere bırakmış olmaktadır. Bu bakımdan AVS'nin iptal müessesesi bakımından, vatansızlığın önlenmesi hedefinden ayrıldığını söylemek mümkündür. Türk Hukukunun konuya ilişkin hükümleri de bu minvalde AVS ile uyum göstermektedir.

SONUÇ

Vatandaşlık hukukunun genel kabul gören ilkelerinden olan vatansızlığın önlenmesi, Türk Vatandaşlığı Kanunu kapsamında da gözetilmektedir. TVK altında vatansızlığın önlenmesine ilişkin ilk hüküm, vatandaşlığın doğumla kazanılması hali bakımından getirilmiştir. TVK'da soy bağı yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında çocuğun yurt içinde veya yurt dışında ya da evlilik birliği içinde veya dışında doğmuş olması yönünde bir ayırım gözetilmemiş, çocuğun anne veya babasından birisinin Türk vatandaşı olması vatandaşlığın izafesi için yeterli kabul edilmiştir (TVK m. 7). TVK'nın doğum yeri yoluyla vatandaşlık kazanılmasına ilişkin hükmü ise vatansızlığın önlenmesi amacını taşıyan en somut hükümlerden birisidir. Türkiye'de doğan ve vatansız olan çocukların Türk vatandaşlığını kazanacakları hiçbir istisnaya yer vermeden kabul edilmiştir (TVK m. 8/1). TVK ayrıca Türkiye'de bulunmuş çocukların aksi ispat edilmedikçe Türkiye'de doğmuş olacaklarını kabul etmektedir (TVK m. 8/2). Ancak ilgili hüküm kapsamında çocuğun Türkiye'de doğduğunun aksinin ispatının herhangi bir süreye tabi tutulmaması hukuki güvenlik prensibine aykırılığa ve vatansızlığa sebebiyet verebilecek nitelikte olması gerekçeleriyle eleştirilmektedir. TVK'nın doğumla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümleri, CRS ve AVS ile uyumludur. Hatta soy bağı yoluyla vatandaşlığın kazanılması hakkındaki TVK hükmünün, çocuğa vatandaşlık izafesini Türk

²⁶³ Egemen Demir, "İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları", 149.

ana/babadan doğum dışında bir koşula bağlamıyor olması, vatansızlığın önlenmesi ilkesinin en geniş haliyle benimsendiği anlamına gelmektedir.

TVK vatandaşlığın sonradan kazanıldığı haller bakımından vatansızlığı, vatandaşlığın kazanılmasını kolaylaştırıcı bir hal olarak düzenlenmemektedir. Bununla birlikte, TVK'nın vatandaşlığın sonradan kazanılmasına ilişkin hükümleri, özellikle vatandaşlığın kazanılmasında süre koşulu bakımından, diğer bazı vatandaşlık yasalarına kıyasla avantajlı koşullar içermektedir. Bu nedenle, TVK'nın vatandaşlığın sonradan kazanılmasına ilişkin hükümlerinin vatansızlığın önlenmesi hedefi bakımından da faydalı oldukları söylenebilir. Yine de vatandaşlığın sonradan kazanılması bakımından vatansız kişilere yönelik kolaylaştırıcı bazı düzenlemelerin getirilmesi, Türk Vatandaşlık Hukuku'nun CRS ve AVS'yle uyumu bakımından düşünülebilecek bir konudur. Bu bağlamda Türkiye'de doğmadıkları halde Türkiye'de büyüyen vatansız kişilere kolaylaştırılmış koşullar altında vatandaşlık izafesinin değerlendirilmesi uygun olacaktır.

TVK'nın vatandaşlığın yetkili makam yoluyla kaybı düzenlemeleri kapsamında vatansızlığın önlenmesi hedefi sadece Türk vatandaşlığından çıkma ile ayrılma yolu bakımından benimsenmiştir. TVK vatandaşlıktan çıkmayı, yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olma şartına bağlamış, böylece Türk vatandaşlığından çıkmanın vatansızlığa yol açan bir hal olmasının önüne geçilmiştir. Türkiye'nin bu yaklaşımı CRS ve AVS ile de uyumludur.

Vatandaşlığın yetkili makam yoluyla kaybına ilişkin diğer TVK hükümlerinde ise vatansızlığın önlenmesi bir hedef olarak benimsenmiş değildir. Türk vatandaşlığı ile ilişkin kaybettirme yoluyla sona erdirilmesinde kişinin vatansız kalmaması koşulu aranmamaktadır (TVK m. 20). TVK'nın vatandaşlığın kaybettirilmesine ilişkin bu düzenlemesi, CRS ve AVS altında benimsenen yaklaşımdan ayrılmaktadır. Zira CRS ve AVS kişi hakkında kaybettirme kararı verilmesini kişinin vatansız duruma düşmemesi koşuluna bağlamaktadırlar. Türkiye her iki Sözleşmeye de taraf değildir; ancak bu Sözleşmelere taraf olunması halinde, Türk vatandaşlığının kaybına ilişkin düzenlemesinin ilgilinin vatansız kalmaması koşuluna bağlanacak şekilde değiştirilmesi gerekecektir.

TVK, vatandaşlığın iptali halinde de kişinin vatansız duruma düşmemesi koşulunu aramamaktadır (TVK m. 31/1). Buna karşın TVK'nın vatandaşlığın iptaline ilişkin hükmü CRS ve AVS ile uyumludur. Zira CRS ve AVS Taraf Devletlere, ilgilinin vatansız duruma düşeceği hallerde dahi iptal kararı alma imkânı tanımaktadırlar. Bununla birlikte CRS, iptal kararının kişiye bağlı olarak vatandaşlık kazanan kişilere etki etmeyeceğini düzenlemektedir. Bu yönüyle TVK'nın iptal hükmü CRS'nin düzenlemesine aykırı düşmektedir. Zira TVK m. 32/1 iptal kararının, ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan kişilere de etki etmesini öngörmektedir. TVK vatandaşlığın iptali kararını alma konusunda yetkili mercilere takdir hakkı tanımamaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce vatandaşlığın iptali kararı neticesinde çocukların vatansız duruma düşüp düşmedikleri dikkate alınması gerekli bir husustur. Bu bağlamda TVK'ya iptal kararının alınmasında çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmesine ilişkin bir hükmün eklenmesi, çocuk vatansızlığının önüne geçilmesi bakımından faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç, Merve. “Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi”. *Public and Private International Law Bulletin* 43/1 (Temmuz 2023), 233-283. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1099977>
- Alibaba, Arzu. “Türk Vatandaşlığının İrade Dışı Kaybı ve İnsan Hakları”. *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*. ed. Vahit Doğan vd. 39-59. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Altuğ, Yılmaz. “Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29/1-2 (1963), 201-217.
- Aybay, Rona. *Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi*. Ankara: AÜSBF Yayınları 1980.
- Aybay, Rona - Özbek Nimet. *Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, 2015.
- Aygül, Musa. “Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması”. *TBB Dergisi* 99 (Mart-Nisan 2012), 45-80.
- Baran Çelik, Neşe. *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Batchelor Carol A. “Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status”. *International Journal of Refugee Law* 10/1-2 (1998), 156-183.
- Berki, Osman Fazıl. “Vatansızlık”. *AÜHFD* 5/1 (1948), 167-192.
- Berki, Osman Fazıl. “Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Tesiri”. *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan*. 86-61. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1972.
- Beninger, Christina - Manjoo, Rashida. “The Impact of Gender Discrimination on Statelessness: Causes, Consequences and Legal Responses”. *African Human Mobility Review* 8/3 (Eylül-Aralık 2022), 17-40.
- COE, Council of Europe. *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*. Strazburg: COE, 1997. <https://rm.coe.int/16800ccde7>.
- Danıştay İDDK, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu. K. 2022/438 (14 Şubat 2022) <https://karararama.danistay.gov.tr>
- Demirkıran, D. Sümeyra vd. “Yaş Tespitinde Kullanılan Yöntemler”. *Dicle Tıp Dergisi* 41/1 (Mart 2014), 238-243. <https://doi.org/10.5798/diclemedj.0921.2014.01.0410>
- Doğan, Vahit. “Aile Hukukundan Kaynaklanan Vatandaşlık Hukuku Sorunları”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (Ocak 2011), 241-263.
- Doğan, Vahit vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara: Rehber Kitabevi, 19. Basım, 2023.
- Doğan, Vahit. “Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (1999), 0-0.

Dolunay, Ayhan. “Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *TBB Dergisi* 122 (Ocak-Şubat 2016), 369-416.

Ecemiş, Sercan. “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/1 (Mayıs 2023), 229-266. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276283>

ECOSOC, United Nations Economic and Social Council. *Expert Group on Refugee, Internally Displaced Persons and Statelessness Statistics*. New York: ECOSOC, 2022. https://unstats.un.org/UNSDWebsite/statcom/session_54/documents/2023-22-EGRISSE-E.pdf.

Egemen Demir, Işıl. “İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları”. *TBB Dergisi* 139 (Kasım-Aralık 2018), 129-164.

Erdem, Bahadır B. “4866 Sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yolu ile Kazanılması”. *MHB* 23/1-2 (2003), 339-362.

Erdem, Bahadır B. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Beta, 7. Bası, 2019.

Erten, Rifat. “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak”. *Public and Private International Law Bulletin* 40/2 (Aralık 2020), 1351–1371.

Erten, Rifat. “Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5/19 (Ekim 2014), 243-278.

Erten, Rifat. “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”. *Ankara Barosu Dergisi* 66/4 (Aralık 2008), 36-41.

Göğer, Erdoğan. *Türk Tabiiyet Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, 1979.

Guerry, Linda - Rundell Ethan. “Married Women’s Nationality in the International Context (1918-1935)”. *Clio. Women, Gender, History* 43 (2016), 73-94.

Güner, Cemil. “Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi”. *YBHD* 2 (Temmuz 2016), 291-332.

Güngör, Gülin. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”. *MHB* 17/1-2 (1997-1998), 229-250.

Güngör, Gülin. “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi”. *AÜHFD* 63/3 (2014), 479-507.

Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 8. Bası, 2020.

Harbers, Imke - Steele, Abbey. “Permanent Membership: The Prohibition of Citizenship Renunciation”. *International Migration Review* (Nisan 2023). <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/01979183231165508>

Heater, Derek. *Yurttaşlığın Kısa Tarihi*. çev. Meral Delikara Üst. İstanbul: İmge Kitabevi 2007.

- IOM, International Organization for Migration. *Glossary on Migration*. PDF: IOM, 2019. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf
- ISI, Institute on Statelessness and Inclusion. *The World's Stateless*. PDF: Wolf Legal Publishers, 2014. <https://files.institutesi.org/worldsstateless.pdf>
- Kaneko-Iwase, Mai. *Nationality of 'Foundlings': Are Your Parents Really 'Unknown'? Assessment of 'Foundlinghood' Under International Law to Avoid Statelessness*. Maastricht: Maastricht University, Doktora Tezi, 2020. <https://doi.org/10.26481/dis.20200110mi>
- Kızır, Mahmut. "Türk Hukukunda Evlat Edinme". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/1 (Haziran 2009), 151-184.
- Koessler, Maximilian. "'Subject,' 'Citizen,' 'National,' and 'Permanent Allegiance'". *The Yale Law Journal* 56/1 (Kasım 1946), 58-76.
- Lepoutre, Jules. "When Losing Citizenship Is Fine. Denationalisation and Permanent Expatriation". *Cadmus*. Erişim 26 Eylül 2023. <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66370/postprintLepoutre.pdf?sequence=2>.
- Lorenz, Stephan. "Yetişkinlerin Uluslararası Evlat Edinilmesi ve Lex Loci Actus". çev. Ahmet Cemal Ruhi. *MHB* 22/2 (2002), 1173-1186.
- Nalçacıoğlu Erden, Hümeysra Zeynep. "Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptalinde Süre". *MHB* 36/1 (Kasım 2016), 1-32.
- Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 26. Bası, 2019.
- Owen, David. "On the Right to Have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Right". *Netherlands International Law Review* 65 (Kasım 2018), 299-317. <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0116-7>
- Özbek Hadimoğlu, Nimet - Teksoy, Barış. "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu". *TBB Dergisi* 107 (Temmuz-Ağustos 2013), 221-244.
- Öztürk, Necla. "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı". *TBB Dergisi* 73 (Kasım-Aralık 2007), 95-131.
- Öztürk, Necla - Yarar, Güven. "Türk Vatandaşlığının Evlat Edinilme Yoluyla Kazanılması". *ASEAD*, 7/1 (Şubat 2020), 18-26.
- Öztürk, Neva Övünç. "1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi". *AÜHFD* 65/2 (Haziran 2016), 393-448. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001816
- Price, Savannah. "The Right to Renounce Citizenship". *Fordham International Law Journal* 42/5 (Mayıs 2019), 1547-1582.
- Sargın, Fügen. "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme". *AÜHFD* 53/1 (Şubat 2004), 27-63. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000492

Shyam, Radhe. “UN Convention on the Nationality of Married Women”. *International Journal of Multidisciplinary Research and Development* 2/3 (2015), 719-720.

Şit Köşgeroğlu, Banu. “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”. *Hacettepe HFD* 7/1 (Haziran 2017), 169–198.

Şit, Banu. “Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış”. *TBB Dergisi* 76 (Temmuz-Ağustos 2008), 64-82.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”. *MHB* 22/2 (2002), 791-818.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”. *TBB Dergisi* 75 (Mart-Nisan 2008), 27-62.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı İçin Bazı Öneriler”. *TBB Dergisi* 81 (Mart-Nisan 2009), 1-38.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. “Evllenme ve Vatandaşlık”. *ÇÜHFD* 5/1 (Nisan 2020), 3019-3049.

Teksoy, Barış. “Türk Vatandaşlığının Kazanılmasındaki Güncel Eğilim ve Anayasal Kurallar Işığında Saklı Nüfusa İlişkin Düzenlemeler”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 76/2 (Haziran 2021), 437-473. <https://doi.org/10.33630/ausbf.874916>

Thanawala, Sarah. *Preventing statelessness among children born out of wedlock*. Tilburg: Tilburg University, Yüksek Lisans Tezi, 2021. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=154743>

Tiryakioğlu, Bilgin. “Yeni Türk Vatandaşlığı Kanununun Eleştirel Analizi”. *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*. ed. Kay Hailbronner vd. 24-66. Ankara: TBB Yayınları, 2011.

Tütüncübaşı, Uğur. “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/2 (Aralık 2011), 153-194.

Uluocak, Nihal. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986.

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. *Extracts of International Documents Encouraging States to Accede to the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*. Cenevre: UNHCR, 2013. <https://www.refworld.org/docid/4c21c6822.html>.

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. PDF: UNHCR, 2014.

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. “Statelessness around the world”. Erişim 27 Eylül 2023. <https://www.unhcr.org/ibelong/statelessness-around-the-world/>

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. “Global Appeal 2023”. Erişim 27 Eylül 2023.

<https://reporting.unhcr.org/globalappeal#:~:text=2023%20Global%20planning%20figures&text=117.2%20million%20people%20will%20be,2023%2C%20according%20to%20UNHCR's%20estimations.>

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. “Time for all nationality laws to uphold women and men's equality, says UN and civil society leaders”. 27 Eylül 2023.

<https://www.unhcr.org/news/news-releases/time-all-nationality-laws-uphold-women-and-mens-equality-says-un-and-civil.>

Ünsal Hande. “History of Dual Nationality in Turkish Law: Changing Understanding and Rules”. *The Borders of Integration*. ed. Bianca Maria Pirani. 250-266. Cambridge Scholars Publishing, 2018.

Ünsal, Hande. “Çocuk Vatansızlığı”. *BÜHFD* 3/5 (2022), 69-126.

Waas, Laura van. *Nationality Matters: Statelessness Under International Law*. Tilburg: Tilburg University, Doktora Tezi, 2008.

https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1058584/proefschrift_laurawaas_281108_2j_emb.pdf

Weis, Paul. “The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness, 1961”. *The International and Comparative Law Quarterly* 11/4 (Ekim 1962), 1073-1096.

Zimmermann Andreas. “Introductory Note by Andreas Zimmermann”. *International Legal Materials* 37/1 (Ocak 1998), 44-55.



Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali (*)

Cancelment of The Mediation Agreement Document Due to Lesion

Ayşe KARACA ÖZ**

Öz

Arbuluculuk, arbulucu yardımıyla tarafların aralarındaki ihtilafli meselelere ilişkin bir anlaşma sağlamak amacıyla görüşmeler yaptıkları menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arbuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması durumunda arbuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebilir. Arbuluculuk anlaşma belgesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğundan sözleşmelere ilişkin genel geçerlilik şartlarına tabidir. Anlaşma belgesi düzenlenirken bir tarafın diğer tarafın deneyimsizliğinden, düşüncesizliğinden veya zor durumda olmasından yararlanması suretiyle edim karşı edim arasında açık oransızlık yaratılmışsa aşırı yararlanma gündeme gelebilir (TBK. m. 28). Aşırı yararlanmanın mevcut olması durumunda kanun koyucu zarar görene TBK m. 28 hükmü ile “sözleşme ile bağlı olmama” ve “sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme” olmak üzere iki seçimlik hak tanımıştır. Kanunda yer alan “sözleşme ile bağlı olmama” ifadesi doktrindeki hâkim görüş tarafından “iptal edilebilirlik” olarak kabul edilmektedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında, aşırı yararlanmanın tespit edilmesi üzerine arbuluculuk anlaşma belgesinin iptaline hükmetmiştir. 6325 sayılı Arbuluculuk Kanunu m. 18/V hükmüne göre, “arbuluculuk faaliyeti anlaşmayla sonuçlanmışsa, taraflar, anlaşılan konulara ilişkin dava açamaz. Söz konusu dava açma yasağı mutlak bir kural niteliğinde değildir. Arbuluculuk anlaşma belgesi iptal edildiği takdirde anlaşma belgesinde yer alan üzerinde anlaşılan konulara ilişkin dava açılabilir.

Anahtar Kelimeler

Arbuluculuk anlaşma belgesi, Aşırı yararlanma, Edimler arasında açık oransızlık, Dava açma yasağı, Arbuluculuk anlaşma belgesinin iptali

Abstract

* Makale Geliş Tarihi: 31.10.2023 – Makale Kabul Tarihi: 17.12.2023 – Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1383799

** Araş. Gör. Dr., Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Adana – Türkiye

E-posta: akaraca@atu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4806-0171

Mediation is an alternative conflict resolution method in which the parties negotiate with the mediator to reach an agreement on the disputed issues between them. If the mediation activity ends with an agreement, a mediation agreement document may be issued. Since the mediation agreement muniment is in the nature of a contract under the law of obligations, it is subject to the general validity requirements for contracts. Lesion may arise if one party takes advantage of the other party's inexperience, thoughtlessness or difficulties during the drafting of the agreement document, thereby creating a clear disproportion between the performance and the counter-performance (Art. 28 of the TCO). When the lesion occur, the legislator has granted the injured party two optional rights, namely "not to be bound by the contract" and "to request the elimination of the disproportion between the performances by adhering to the contract" under Art. 28 of the TCO. The expression "not being bound by the contract" in the law is accepted as "cancellability" by the dominant opinion in the doctrine. In a recent decision, the Ankara Regional Court of Appeals ruled for the cancellation of the mediation agreement document upon the determination of lesion. Pursuant to Article 18/V of the Mediation Law No. 6325, "if the mediation action has resulted in an agreement, the parties may not file a lawsuit regarding the agreed matters". This prohibition of filing a lawsuit is not an absolute rule. If the mediation agreement document is cancelled, a lawsuit may be filed regarding the agreed matters in the agreement document

Keywords

Mediation agreement document, Lesion, Obvious disproportion between the acts, Prohibition of litigation, Cancellation of mediation agreement document

GİRİŞ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 2 hükmüne göre arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk bir alternatif çözüm yöntemidir. Arabuluculuk kısaca, tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucu yardımıyla tarafların arasındaki uyuşmazlıkların iletişim kurularak ve müzakere edilerek çözülmesi faaliyeti olarak tanımlanabilir¹.

Arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünde taraf menfaatleri ön plânda tutulur. Taraflar arabuluculuk görüşmesinde anlaşmaya vardıkları takdirde bir arabuluculuk anlaşma belgesi

¹ Onur İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 31; Emre Kıyak, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* Y.6 S.21 (2015), 524; Ersin Erdoğan- Büşra Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/138 (2018), 28.

düzenleyebilirler. Arabuluculuk anlaşma belgesi maddi hukuk açısından bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde² olmasından dolayı sözleşmelerin genel geçerlilik şartları anlaşma belgesi için de aranmaktadır. Anlaşma belgesi bakımından “kesin hükümsüzlük” ve “iptal edilebilirlik” olmak üzere iki tür geçersizlik³ söz konusu olabilir⁴. TBK m. 28 hükmü, aşırı yararlanma durumunda zarar görenin sözleşme ile bağlılıktan kurtulabileceğini düzenlemektedir. Fakat “sözleşme ile bağlı olmama” şeklinde bir geçersizlik türü bulunmadığından doktrin tarafından bu ifade “iptal edilebilirlik” olarak kabul edilmektedir⁵. Aşırı yararlanma, bir tarafın diğer tarafın zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden faydalanmak suretiyle edimler arasında açık oransızlığın olduğu tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede gerçekleşir⁶. TBK m. 28 hükmüne göre, aşırı yararlanma durumunda, zarar gören düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıllık süre içerisinde ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıllık süre içerisinde sözleşmenin iptalini talep edebilir. Kanunda öngörülen bu süreler hak düşürücü süre niteliğindedir. Doktrinde bir görüşe göre, hukukçu arabulucunun katılımıyla gerçekleşen bir arabuluculuk sürecinin sonucunda anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın meydana gelemeyeceği savunulsa da⁷ doktrinde bizim de katıldığımız aksini savunan görüşe göre anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın bulunması söz konusu olabilir ve anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle

² Ahmet Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 100; Emel Badur: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9/18 (2021), 67; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 108; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyetleri ve Arabulucunun Hak Yükümlülükleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 372.

³ Arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından yokluğun söz konusu olması pek mümkün görünmemektedir. Zira yokluk, sözleşmenin kurucu unsurlarındaki eksiklik sebebiyle meydana gelir. Kurucu unsurlardaki eksiklik yani karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmaması, arabuluculuk sürecinin işleyişiyle çok bağdaşmamaktadır.

⁴ Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 203; Seda Baş, “6325 Sayılı Kanun İle Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (2022), 178; Melis Taşpolat Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2019), 344.

⁵ Fikret Eren- Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt I, m. 1-48 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 810; Seda İrem Çakırca, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 179; Selmani Okumuş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015) 164; İrem Apaydın, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 85-86; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 178.

⁶ Selahattin Sulhi Tekinay-Sermet Akman- Haluk Burcuoğlu-Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 458; Necip Kocayusufpaşaoğlu- Hüseyin Hatemi- Rona Serozan- Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 478; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 799-800; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 183.

⁷ Büyükkay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 304.

iptal edilmesi mümkündür⁸. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında⁹ arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptaline hükmetmiştir.

HUAK m. 18/V hükmünde, tarafların anlaştıkları konulara ilişkin dava açamayacakları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, kanun gerekçesinde¹⁰ “*dava açma yasağı*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹. Fakat bu kural mutlak nitelikte değildir. Anlaşma belgesinin iptal edilmesi durumunda anlaşılan hususlara ilişkin dava açılabileceği kabul edilmektedir. Çünkü söz konusu yasak, anlaşma belgesinin geçerli olduğu veya iptal edilmediği durumlar için geçerlidir¹².

Çalışmamızın amacı, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararını da incelemek suretiyle, arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptali ve iptalin HUAK m. 18/V hükmünde yer alan dava açma yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesidir.

I. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

A. TANIMI VE UNSURLARI

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına kanunda yer verilmemiştir. HUAK m. 18 hükmünden yola çıkılarak, arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların anlaşmaya vardıkları hususların yazılı hâle getirilerek taraflar ve arabulucunun imzalamasıyla tamamlanan sözleşme olarak tanımlanabilir¹³. Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları, uyuşmazlığın taraflarıdır. Arabulucu, arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafı değildir¹⁴.

Tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmaları durumunda yazılı veya sözlü anlaşma yapılabilir¹⁵. Fakat arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanması hâlinde taraflar, arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlemeyi tercih edebilirler. Bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesi uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından imzalanarak

⁸ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 74; Erdoğan-Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 45; Dür, *Arabuluculuk*, 373.

⁹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD. E. 2023/6, K. 2023/935, T. 14.03.2023, www.legal.net (Erişim Tarihi: 02.09.2023).

¹⁰ Resmi Gazete 25.10.2017 /30221

¹¹ Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/2 (2018), 4; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 185.

¹² Baş, *Anlaşma Belgesi*, 178.

¹³ Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 138; Çiğdem Yazıcı Tırtık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 60; Badur, *Anlaşma Belgesi*, 53; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 179; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 98.

¹⁴ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 55; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 179.

¹⁵ Fakat ispat kolaylığı sağlanması ve ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi sebepleriyle anlaşmanın yazılı şekilde yapılması daha uygun bir yoldur. Baş, *Anlaşma Belgesi*, 178.

geçerlilik kazanır¹⁶. Arabuluculuk anlaşma belgesi arabuluculuğun başarılı şekilde sona ermesi durumunda düzenlenir¹⁷. Bu belge, uyuşmazlığın sulh ile sona erdirildiğine ilişkin belgedir.

Bir belgenin arabuluculuk anlaşma belgesi niteliğinde olması için belirli unsurları bünyesinde barındırması gerekir. Bu unsurlar; anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenmesi, tarafların anlaşması ve kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmasıdır¹⁸. Arabuluculuk anlaşma belgesinin varlığı için usule uygun şekilde yapılan bir başvurunun bulunması ve tutanağın geçerli olarak düzenlenmesi gerekir. Aksi durumda arabuluculuk anlaşma belgesi geçerli olmaz ve tarafların belgeyi imzalamış olmaları nedeniyle bir daha bu konularda dava açamayacakları savunması yapılamaz¹⁹. Böyle bir ihtimâlde, dava şartı arabuluculuk bakımından anlaşma sağlanmadığı kabul edilerek yargılamaya devam edilebilecektir²⁰.

Arabuluculuk arabulucu tarafından sistematik teknikler uygulanarak, müzakereler yapılarak, tarafları bir araya getiren ve çözüm bulmalarına aracılık eden bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu sebeple, tarafların arabuluculuk sürecine dâhil olmaksızın kendi aralarında düzenledikleri bir belgeyi arabulucuya imzalatırmaları bu belgeye arabuluculuk anlaşma belgesi niteliği kazandırmaz²¹.

HUAK m. 18/I hükmünde, taraflarca varılan anlaşmanın kapsamının onlar tarafından belirlenebileceği yer almıştır. Hem ihtiyari hem de zorunlu arabuluculuk bakımından, tarafların anlaşma, anlaşamama veya kısmi anlaşma hakları bulunur²².

Arabuluculuk tarafları arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğini sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde diledikleri gibi belirleyebilirler. Fakat arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerli olabilmesinin belki de en önemli şartı uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmasıdır²³. Zira arabuluculuğa elverişli olmayan bir konu için arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenemez.

Arabuluculuğa başvuran tarafların taraf olma ehliyetlerinin bulunması gerekir²⁴. Örneğin, iş uyuşmazlığında asıl işveren- alt işverenin bulunması hâlinde işe iade talebiyle dava şartı olan arabulucuya başvurunun gerçekleşmiş sayılması için asıl işveren ve alt işverenin beraber

¹⁶ Yıldırım, *Arabuluculuk*, 51; Badur, *Anlaşma Belgesi*, 53.

¹⁷ Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesiyle mevcut sözleşmeyi değiştirebilirler, yenileyebilirler, ortadan kaldırabilirler. Badur, *Anlaşma Belgesi*, 81.

¹⁸ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 58.

¹⁹ Yargıtay 9 HD. E. 2019/3695, K. 2019/13041, T. 11.06.2019, www.legal.net (Erişim Tarihi: 03.09.2023).

²⁰ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 101.

²¹ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 59; Aksi yönde görüş için bkz. Kıyak, *Anlaşma Belgesi*, 529.

²² Badur, *Anlaşma Belgesi*, 51.

²³ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 81-82.

²⁴ Baş, *Anlaşma Belgesi*, 179; Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 103.

başvurmaları gerekir²⁵. Yargıtay bu konudaki bir kararında, tarafların beraber başvurmadıkları bir arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanamaması sebebiyle açılan işe iade davasını arabuluculuk dava şartının sağlanmadığı gerekçesiyle usulden reddetmiştir²⁶.

B. HAZIRLANMASI

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar isterlerse ayrı bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyebilecekleri gibi son tutanağa da anlaştıkları hususları ve tarafların hak ve yükümlülüklerini yazdırabilirler. Bu durumda son tutanak bir arabuluculuk anlaşma belgesi niteliğini haiz olur²⁷.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde, tarafların adlar soyadları, T.C. kimlik numaraları, ticaret unvanı ve sicil numarası ve varsa vekillerinin adı, soyadı ve baro sicil numarası, anlaşma tarihi, anlaşma şartları ve arabulucunun adı ve soyadı ve imzaları yer alabilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların isimleri açıkça ve doğru şekilde yer almalıdır. Kısaltmaların karışıklığa neden olabileceği dikkate alınmalı, mümkün oldukça kısaltma kullanılmamasına özen gösterilmelidir²⁸.

Arabuluculuk anlaşma belgesi tarafların iradelerini tam olarak yansıtır şekilde açık dille yazılmalıdır²⁹. Farklı anlamlara gelebilecek muğlak ifadeler kullanmaktan kaçınılmalıdır.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların hak ve yükümlülükleri hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça yazılmalıdır³⁰. Böyle yapılması icra edilebilirlik şerhinin alınmasını ve infazı kolaylaştırmaktadır. Eğer anlaşmanın yerine getirilmesi birden çok şekilde mümkün ise taraflar açısından en uygun olan seçilmeli ve anlaşmada belirtilmelidir³¹.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan tarafların yükümlülükleri emredici hukuk kurallarına kamu düzenine ve ahlaka uygun olmalıdır. Arabulucu bu nitelikte olmayan bir arabuluculuk anlaşma belgesini imzalamamalı ve hatta durumun gerektirmesi hâlinde arabuluculuk faaliyetine son vermelidir³². Aynı şekilde arabulucu, arabuluculuk kapsamı dışında bir konunun söz konusu olması durumunda taraflara bunu bildirmeli, tarafların ısrarı durumunda arabuluculuk anlaşma belgesini imzalamaktan kaçınmalı veya durum gerektirdiği takdirde arabuluculuk faaliyetine son vermelidir³³.

²⁵ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 103.

²⁶ Y. 9. HD. E. 2021/9540, K. 2021/14240, T. 13.10.2021, www.legal.net (Erişim Tarihi: 03.09.2023).

²⁷ Kekeç, *Arabuluculuk*, 197; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 99.

²⁸ Kekeç, *Arabuluculuk*, 200.

²⁹ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 73; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 99; Kekeç, *Arabuluculuk*, 198.

³⁰ Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 102.

³¹ Kekeç, *Arabuluculuk*, 200.

³² Kıyak, *Anlaşma Belgesi*, 529; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 103; Dür, *Arabuluculuk*, 373; Badur, *Anlaşma Belgesi*, 71.

³³ Kıyak, *Anlaşma Belgesi*, 529.

Taraflarca varılan anlaşmanın yeterince açık olmaması hâlinde arabulucu taraflara metin hazırlanırken yardım almalarına ilişkin tavsiyede bulunmalıdır³⁴. Burada amaç taraflarca hazırlanan belgenin tarafları nihai bir sonuca ulaştırmasıdır. Belge yeterli açıklıkta olmadığı takdirde kelimelere ilişkin tereddütlerin oluşması ve anlaşmanın tehlikeye girmesi mümkündür. Arabuluculuk anlaşma belgesi, arabulucu ve taraflarca imzalanır. İcra edilebilirlik şerhi, arabulucu tarafından imzalanmayan anlaşma belgesi için alınmaz. Zira arabulucunun imzalamadığı bir arabuluculuk anlaşma belgesi her ne kadar taraflar anlaşmış olsa da HUAK m. 18/I kapsamında bir belge niteliği taşımadığından icra edilebilirlik şerhi talebi mümkün olmaz³⁵.

Arabuluculuk anlaşma belgesi kural olarak gizlilik kapsamında yer almaz. Fakat taraflar aralarında anlaşarak cezai şart koymak suretiyle arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinin gizli kalacağını kararlaştırabilirler³⁶.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin kaç sayfa ve nüsha olarak düzenlenmiş olduğu belge içerisinde yer almalıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesi taraf sayısından bir fazla hazırlanarak taraflara ve arabulucuya verilebilir³⁷.

Uygulamada arabuluculuk anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanması gerektiği görüşü mevcut olsa da mevzuatta bu durumla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır³⁸.

C. ŞEKLİ

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlanması durumunda anlaşmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Tarafların anlaşması durumunda arabuluculuk anlaşma belgesini düzenlemeleri zorunlu değildir. Fakat taraflar arabuluculuk anlaşma belgesini düzenleyecek iseler, bu belgenin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Zira HUAK m. 18 hükmünde, arabuluculuk anlaşma belgesini tarafların ve arabulucunun imzalayacağı düzenlemesi yer almıştır. Hükmün ifadesinden arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

D. HUKUKİ NİTELİĞİ

³⁴ Kekeç, *Arabuluculuk*, 199.

³⁵ Kıyak, *Anlaşma Belgesi*, 530; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 123.

³⁶ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 60; Kıyak, *Anlaşma Belgesi*, 541.

³⁷ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 80.

³⁸ Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 101. Fakat arabulucu sözleşmesine, tarafların anlaşmaları durumunda arabulucunun anlaşma belgesini düzenleyeceğine ilişkin bir hüküm eklenmesi mümkündür. Badur, *Anlaşma Belgesi*, 63.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukukî niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesinin de bir borçlar hukuku sözleşmesi olmasından hareketle doktrindeki yazarlar arabuluculuk anlaşma belgesini birbirinden farklı sözleşme türleri olarak nitelendirmişlerdir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesi, isimsiz bir sözleşme niteliğindedir³⁹. Bu görüşe göre, her ne kadar kanunda yer almış olsa da unsurlarıyla detaylı bir şekilde düzenlenmiş olmadığından arabuluculuk anlaşma belgesi bir isimsiz sözleşmedir.

Doktrindeki başka bir görüşe göre, arabuluculuk anlaşma belgesi kendine özgü (sui generis) sözleşme niteliğine sahiptir⁴⁰. Arabuluculuk anlaşma belgesiyle kendine özgü sözleşmeler akdedilebilir. Fakat doktrinde, anlaşma belgesinin, isimli, bileşik ya da karma sözleşme olarak da yapılabileceğinden, bir sui generis sözleşme olduğu görüşü desteklenmemektedir⁴¹. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, arabuluculuk anlaşma belgesi bir mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir⁴². Arabuluculuk anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imzalandığında ilâm niteliği kazanabilmesi için Sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekir. Şerhin alınmaması hâlinde arabuluculuk anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge özelliği taşımaz⁴³. İlâm niteliğinde belge özelliği taşımayan arabuluculuk anlaşma belgesi bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindedir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin üç durumda ilâm niteliğinde belge özelliği kazanması mümkündür⁴⁴: Bunlardan ilki taraflar ve avukatları ve arabulucu tarafından arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanmasıdır (HUAK m. 18). Bu durumda, arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek kalmaksızın ilâm niteliğinde belge kabul edilir. Bu düzenleme Arabuluculuk Kanunu'na 12.10.2017 tarihinde eklenmiştir⁴⁵. Fakat söz konusu düzenlemeden önce de doktrinde bu durum kabul görmekteydi⁴⁶. Arabuluculuk anlaşma belgesinin Avukatlık Kanunu⁴⁷ m. 35/A hükmünde yer alan şartları da sağlaması durumunda ilâm niteliğinde belge özelliği taşıdığı kabul edilmesi gerektiği görüşü bulunmaktaydı⁴⁸.

³⁹ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 58; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 179.

⁴⁰ Akkan, 16; Kıyak, *Anlaşma Belgesi*, 541.

⁴¹ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 69.

⁴² Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 89; Dür, *Arabuluculuk*, 374.

⁴³ Bazı durumlarda bir anlaşma belgesi hazırlanmış olsa da bu belgede kararlaştırılan borçların icra ve mahkeme kanalıyla icra edilmesine gerek duyulmaz. Taraflar kendiliğinden anlaşma belgesinde yer alan yükümlülüklerini yerine getirebilirler. Zaten bu durum dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk faaliyetinin niteliğine de uygundur.

⁴⁴ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 103.

⁴⁵ Resmi Gazete 12.10. 2017/ 30221

⁴⁶ Dür, *Arabuluculuk*, 375; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 122.

⁴⁷ Resmi Gazete 07.04.1969/ 13168

⁴⁸ Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 122; Dür, *Arabuluculuk*, 375; Kekeç, *Arabuluculuk*, 205.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge olabilmesi için diğer yol, taraflar ve arabulucunun imzaladığı anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin talep edilmesidir. Taraflar dilerse icra edilebilirlik şerhinin verilmesini talep edebilirler (HUAK m. 18). Ancak bu zorunlu değildir. Arabuluculuğa dava açılmadan önce başvurulması durumunda icra edilebilirlik şerhi arabulucunun görev yaptığı mahkemeden istenir (HUAK m. 18/II, c.2). Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması durumunda icra edilebilirlik şerhi için dava açılan mahkeme görevli ve yetkilidir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge özelliği kazanabilmesi için üçüncü yol ise, arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi durumudur. Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesini mahkemeye takdim ederek onu mahkeme içi sulh kararına dönüştürebilirler. Bu hâlde arabuluculuk anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge özelliği taşır⁴⁹. İlâm niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgesi de borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindedir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge olması onun borçlar hukuku sözleşmesi olma özelliğini değiştirmemektedir.

İlâm niteliğinde belgeler, ilâmlarla aynı şekilde icra edilmektedir (İİK m. 38). İlâm niteliğindeki belgeler sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukukî rejime tabidir⁵⁰. İlâm niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgesi kesin hüküm niteliği taşımazken; ilâmlar kesin hüküm niteliğine sahiptirler.

II. AŞIRI YARARLANMA

A. AŞIRI YARARLANMA KAVRAMI, UNSURLARI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Borçlar Kanunumuz kanunen belirlenen sınırları ihlâl etmemek koşuluyla “*sözleşme serbestisi ilkesi*” ni benimsemiştir. Bu sebeple kişilerin hukukî ilişkileri diledikleri şekilde inşa etmesi mümkündür. Taraflarca kararlaştırılan edimler ve edimlerin değerleri birbirinden farklı olabilir. Edimler arasında meydana gelen her oransızlık hâli aşırı yararlanmaya sebep olmaz. Fakat burada önemli olan bir tarafın diğer tarafın zayıflığından faydalanarak bu durumu yaratmasına hukuk düzeninin izin vermemesidir⁵¹.

⁴⁹ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 104.

⁵⁰ Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (2017), 75.

⁵¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 468; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 291; Abdülkerim Yıldırım, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Monopol Yayınları, 2023), 106; Murat Topuz, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, 12/1-3 (2006), 755; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 55; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, *Borçlar*, 463; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 90.

Aşırı yararlanma⁵², taraflardan birinin diğ erinin zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden yararlanması suretiyle sözleşmedeki edimler arasında orantısızlık yaratılmasıdır⁵³.

Aşırı yararlanmanın varlığı için objektif unsur ve sübjektif unsur olarak iki unsur⁵⁴ bulunmaktadır⁵⁵. Aşırı yararlanmada öncelikle edimler arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığı yani objektif unsurun tespiti gerekir. Objektif unsurun varlığı hâlinde sübjektif unsurun da mevcudiyeti araştırılmalıdır⁵⁶. Her iki edim karşılaştırıldığında göze çarpan açık bir oransızlık söz konusuysa⁵⁷ objektif koşul gerçekleşmiştir⁵⁸. Açık oransızlık sözleşmenin akdedildiği zamanda edim ve karşı edimin değ eri ve somut olaylar çerçevesinde belirlenir⁵⁹. Edimler arasındaki açık oransızlık sözleşme akdedildiği sırada meydana gelmelidir. Zira sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen oransızlık aşırı yararlanma değil, sözleşmenin uyarlanması kapsamında ele alınır⁶⁰. Kanun koyucu edimler arasındaki açık oransızlığın tespiti için matematiksel bir oran belirlememiştir. Bu sebeple, hâkim edimler arasında açık

⁵² Aşırı yararlanma, kanun koyucu tarafından irade bozuklukları başlığı altında düzenlenmemiştir. Aşırı yararlanma, Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar ile irade bozuklukları arasında yer almaktadır. Eren, *Borçlar*, 468; Okumuş, 66; Yıldırım, *Borçlar*, 105.

⁵³ Claire Huguenin, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art. 21, N. 1, 214; Felix Dasser, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK- Orell Füssli Kommentar* (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2023), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Art. 21, N. 1, 198; Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I.* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 141-142; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, 458; Eren-Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 799-800; Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 478; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 183.

⁵⁴ Doktrinde aşırı yararlanmanın varlığı için "açık bir oransızlığın bulunması", "sömürülen kimsenin bir zayıflığının bulunması" ve "karşı tarafın bu zayıflıktan yararlanması" olmak üzere üç unsurun bulunması gerektiği yönünde bkz. Peter Gauch- Walter R. Schlupe- Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I* (Zürich: Schulthess Verlag, 2020), N. 743, 172; Ahmet Kut, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht -Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR.* (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 21, N.5, 128; Dasser, *OFK*, N. 2, 199.

⁵⁵ Gauch- Schlupe- Schmid, *Obligationenrecht*, N. 732, 168; Oğuzman- Öz, *Borçlar*, 142; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 66; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 149; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 118; Aslan, *Gabin*, 73.

⁵⁶ Yargıtay 4. HD. E. 2021/15543, K. 2022/9770, T. 30.06.2022, www.legal.net (Erişim Tarihi: 03.09.2023).

⁵⁷ Buradaki açık oransızlık herkes tarafından fark edilebilir nitelikte olmalıdır. Ernst A Kramer, *BK- Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/2/1a, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen.* (Bern: Stämpfli Verlag, 1991), Art. 21, N. 25, 191.

⁵⁸ Andreas Von Tuhr- Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts.* (Zürich: Schulthess Verlag, 1979), 343; Kramer, *Berner Kom.*, N. 16, 188; Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 483; Tekinay-Akman-Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 459; Topuz, *Gabin*, 755; Eren, *Borçlar*, 470; Oğuzman- Öz, *Borçlar*, 142; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 55; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 90; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 130.

⁵⁹ Huguenin, *Basler Kom.*, N. 6, 215; Kut, *CHK*, N. 9, 128; Eren, *Borçlar*, 470; Eren/Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 814; Tekinay-Akman-Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 459; Topuz, *Gabin*, 755.

⁶⁰ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht ohne Delikt recht Allgemeiner Teil.* (Zürich: Schulthess Verlag, 1988), 231; Dasser, *OFK*, N. 3, 199; Kramer, *Berner Kom.*, N. 19, 189; Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 484; Eren-Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 803; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 295; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 135.

oransızlığın hangi durumlarda gerçekleştiğini TMK m. 4 hükmünde yer alan takdir yetkisi çerçevesinde belirler⁶¹.

Sübjektif unsur ise, zarar görenin düşüncesizlik, deneyimsizlik veya zor durumda kalmasından yararlanılarak kasti olarak açık oransızlığın yaratılmasıdır. Burada sömüren taraf zarar gören tarafın zayıflığından faydalanma kastına sahip olmalıdır. İhmâli olarak ortaya çıkan kusur aşırı yararlanmanın varlığı için yeterli değildir⁶².

Zor durumda kalma, yalnızca ekonomik değil, kişisel, ailevi veya siyasi nitelikte de olabilir⁶³. Diğer bir deyişle, zor durumda kalma maddi veya manevi olarak darda kalma şeklinde gerçekleşebilir. Zor durumda kalma, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler için söz konusu olabilir⁶⁴.

Düşüncesizlik, bir kişinin hafif düşünce ve yapıda olmasıdır⁶⁵. Kişi yönünden sözleşme akdederken gerekli özeni göstermeme ve konu üzerinde yeterli şekilde düşünememe hâli olarak da ifade edilebilmektedir. Aşırı yararlanma bakımından düşüncesizlik zarar görenin eksik yetenekli olması ve bu sebeple ileriye dair öngörüsünün bulunmaması, yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuçları üzerinde yeterince muhakeme yapamamasıdır⁶⁶.

Deneyimsizlik, kişinin hayat ve iş tecrübeleri konusundaki eksikliğini ifade eder. Aşırı yararlanma yönünden deneyimsizlik, akdedilen sözleşmeyle ilgili gerekli bilgi ve birikime sahip olunmaması anlamına gelmektedir⁶⁷. Çok genç veya çok yaşlı kimselerde, normal zekaya sahip olan kimselerde bile bazı konularda deneyimsizlik söz konusu olabilir⁶⁸.

Sübjektif unsur değerlendirilirken, zarar gören kimsenin yaşı, sağlık durumu, toplumdaki statüsü, maddi gücü, psikolojik durumu gibi maddi ve manevi hususlar detaylı şekilde incelenmelidir⁶⁹.

⁶¹ Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 138.

⁶² Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 809; Oğuzman-Öz, *Borçlar*, 144; Erdoğan- Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 41.

⁶³ Huguenin, *Basler Kom.*, N. 11, 217; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 232; Kramer, *Berner Kom.*, N. 37, 196; Kut, *CHK*, N. 15, 130; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 806.

⁶⁴ Von Tuhr- Peter, *Obligationenrecht*, 344; Huguenin, *Basler Kom.*, N. 13, 217; Kramer, *Berner Kom.*, N. 38, 196; Kut, *CHK*, N. 3, 127; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 807.

⁶⁵ Kut, *CHK*, N. 17, 131; Kramer, *Berner Kom.*, N. 44, 198; Gauch- Schlupe- Schmid, *Obligationenrecht*, N. 737, 170; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 807; Oğuzman- Öz, *Borçlar*, 143.

⁶⁶ Bu kişilerin ayırt etme gücü bulunmakla beraber, bazı iradi ve zihni yetenekler konusunda eksiktirler. Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 807.

⁶⁷ Gauch- Schlupe- Schmid, *Obligationenrecht*, N. 737, 170; Huguenin, *Basler Kom.*, N. 12, 217; Kut, *CHK*, N. 16, 130; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 807; Oğuzman- Öz, *Borçlar*, 143.

⁶⁸ Von Tuhr- Peter, *Obligationenrecht*, 345; Kramer, *Berner Kom.*, N. 40, 196; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 808.

⁶⁹ Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 66; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 150. Y. 1. HD. E. 2006/6466, K. 2006/8887, T. 19.09.2006, www.legal.net (Erişim Tarihi: 03.09.2023).

Doktrinde bir görüşe göre, söz konusu hüküm zarar görenin, düşüncesizliği, deneyimsizliği ve zor durumda kalması hâllerinde uygulanacağından başka bir durum aşırı yararlanmanın varlığına sebebiyet vermez⁷⁰. Ancak doktrinde bu üç hâl dışındaki durumlarda da aşırı yararlanmanın söz konusu olabileceğini savunan başka bir görüş daha bulunmaktadır⁷¹. Bu görüşe göre, aşırı yararlanma zayıf durumda olanı korumayı amaçlayan bir hüküm olması sebebiyle üç hâli sınırlayıcı olarak kabul etmemek hükmün amacına daha uygun düşer. Alkol ve uyuşturucu alışkanlığının, ihtiyarlığın, bitap düşmenin veya bir kimseye bağlı olmanın ortaya çıkardığı minnet duygusunun da sözleşme tarafını zayıf duruma düşürmesinin kabulü mümkündür⁷². Diğer yandan Yargıtay da verdiği bazı kararlarında⁷³ kanunda yer alan üç hâli tahdidi olarak kabul etmiş olmasına rağmen sağlık sorunları, yaşlılık, kimsesizlik gibi diğer hâlleri de bu üç hâlin alt başlıkları kapsamında değerlendirmektedir.

Aşırı yararlanmanın hukukî niteliğine ilişkin doktrinde birden fazla görüş bulunmaktadır. Aşırı yararlanmayı, iradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak kabul eden görüş⁷⁴, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul eden görüş⁷⁵ ve aşırı yararlanmanın bir ahlaka aykırılık durumu olduğunu savunan görüş⁷⁶ olmak üzere doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁷⁷. Yargıtay'ın da aşırı yararlanmanın hukukî niteliğine ilişkin birbirinden farklı kararları vardır. Yargıtay, bazı kararlarında aşırı yararlanmayı sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul etmiş⁷⁸; bazılarında ise bir irade sakatlığı hâli olarak nitelendirmiştir⁷⁹. Biz de aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğü bakımından getirilen bir sınırlama olduğu görüşüne katılmaktayız. Kanun koyucu tarafından irade sakatlığı hâlleri arasında tercihen aşırı yararlanma düzenlenmemiştir. Aşırı yararlanma, sözleşmenin zayıf

⁷⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 291; Topuz, *Gabin*, 755.

⁷¹ Huguenin, *Basler Kom.*, N. 10, 216; Gauch- Schlupe- Schmid, *Obligationenrecht*, N. 738, 171; Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 490; Eren, *Borçlar*, 471; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 804; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 76; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 120-121.

⁷² Huguenin, *Basler Kom.*, N. 10, 216; Gauch- Schlupe- Schmid, *Obligationenrecht*, N. 738, 171; Çiğdem Aslan, *Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), 95; Kut, *CHK*, N. 14, 129; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 76; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 120-121; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 166.

⁷³ Yargıtay 1. HD. E. 1978/13268, K. 1979/999, T. 30.01.1979, www.legal.net (Erişim Tarihi: 03.09.2023).

⁷⁴ Bruno von Büren. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. (Zürich: Schulthess Verlag, 1964), 226; Kemaleddin Birsen. *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri*. (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967), 78.

⁷⁵ Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 258-259; Von Tuhr-Peter, *Obligationenrecht*, 343; Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 479; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 814; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 63.

⁷⁶ Mustafa Fadıl Yıldırım. *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. (Ankara: Nobel Yayıncılık, 2002), 26.

⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 479; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 62-63; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 49-50; Eren, *Borçlar*, 469; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 62.

⁷⁸ Yargıtay 19. HD. E. 2003/8339, K. 2004/6999, T. 10.06.2004, www.legal.net (Erişim Tarihi: 03.09.2023).

⁷⁹ Yargıtay 1. HD. E. 2012/15900, K. 2013/ 3342, Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, dn 152, 62.

tarafını korumak amacıyla sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Zira her ne kadar tarafların edimlerinin eş değerde ya da benzer değerde olması sözleşmenin geçerliliği için aranmamakta ise de her türlü oransızlığı denetim dışı bırakmak zayıf tarafın güçlü tarafça ezilmesine neden olabilir⁸⁰. Bu sebeple kanun koyucu tarafından aşırı yararlanma müessesesi öngörülmüştür.

B. AŞIRI YARARLANMA SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN İPTALİ

1. “Sözleşme ile Bağlı Olmama” Kavramı ve İptal Edilebilirlik

TBK m. 28 hükmü, aşırı yararlanmanın unsurlarının yanı sıra hukukî sonuçlarını da düzenlemiştir. İlgili hükme göre, zarar gören, aşırı yararlanma durumunda “sözleşme ile bağlı olmama” veya “sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep etme” hakkına sahiptir. “Sözleşme ile bağlı olmama” ifadesinin ne anlama geldiği doktrinde tartışılmıştır. Sözleşme ile bağlı olmama ifadesi ile sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi ifade edilmemiştir⁸¹. Zira bahsedilen sonuçların uygulanması aşırı yararlanma müessesine de uygun düşmemektedir⁸².

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 21 hükmünde de “sözleşme ile bağlı olmama” ifadesi yer almaktadır. İsviçre Hukuku’nda doktrindeki hâkim görüş “tek taraflı bağlamazlık” (einseitige Unverbindlichkeit) ifadesini kullanmaktadır⁸³. Ancak tek taraflı bağlamazlık ifadesi ile kastedilmek istenilen belirsizdir.

Bir görüşe göre, “sözleşme ile bağlı olmama” ifadesi geçersizlik olarak kabul edilmelidir. Geçersizlik (Ungültigkeit) teorisine göre, irade fesadı sebebiyle sakatlanan sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersizdir⁸⁴. Sözleşme, sözleşmenin tarafları için hak ve yükümlülük doğurmaz⁸⁵. Ancak buradaki geçersizlik, sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olmaması noktasında kesin hükümsüzlükten ayrılmaktadır. Sözleşmeyi sona erdirme hakkı bulunan taraf sözleşmeye icazet verdiği ya da hakkı süresi içerisinde kullanmadığı takdirde sözleşme her iki taraf bakımından da geçerli olur⁸⁶. Burada sözleşmenin geçerliliği bir geciktirici şarta

⁸⁰ Tekinay-Akman- Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 458; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 36.

⁸¹ Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 181.

⁸² Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 84; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 181; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 159.

⁸³ Peter Gauch, “Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR”, *Recht 3 (1989)*, 104; Kramer, *Berner Kom.*, N. 46; Kut, *CHK*, 20, 131; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 160.

⁸⁴ Seda Baş, *Türk Borçlar Hukuku’nda İptal Edilebilirlik Yaptırımı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 68-69; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 210.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 493; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 85-86; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 182; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 161.

⁸⁶ Gauch, *Übervorteilung*, 99; Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 494; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 161; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 465.

bağlanmıştır. Geciktirici şart ise, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi onamasıdır. Geciktirici şartın gerçekleşmesiyle beraber sözleşme kurulduğu andan itibaren geçerli olur⁸⁷.

Doktrindeki başka bir teori olan bölünmüş geçersizlik (geteilte Ungültigkeit) teorisine göre, sözleşme sadece iradesi sakatlanan taraf için geçersizdir⁸⁸. Sözleşmenin diğer tarafı sözleşme ile bağlıdır. İradesi sakatlanan taraf iptal hakkını kullanırsa, sözleşme her iki taraf için de geçersiz olur⁸⁹. Bu görüş sözleşmenin tarafları için birbirinden farklı hukukî sonuçlar öngörmesi sebebiyle eleştirilmiştir⁹⁰.

Doktrindeki diğer bir görüş olan iptal teorisine (Anfechtsbarkeitstheorie) göre, aşırı yararlanma durumunda sözleşme baştan itibaren geçerlidir fakat geçerliliğin bozulabilmesi⁹¹ mümkündür⁹². Niteliği gereği bu teoriye “*bozulabilir geçerlilik*” de denilmektedir⁹³. Çünkü TBK. m. 28 hükmü gereği, zarar gören sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilir. Sözleşme baştan itibaren geçerlidir ancak zarar görenin iptal hakkını kullanmasıyla geçersiz hâle gelmektedir⁹⁴. Doktrinde aşırı yararlanmadaki “*sözleşme ile bağlı olmama*”nın iptal edilebilirlik olarak değerlendirilmesi gerektiği büyük ölçüde kabul görmektedir⁹⁵. Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı ise kısmî iptal olarak yorumlanmıştır⁹⁶.

2. İptal Hakkının Kullanılması

Aşırı yararlanma sebebiyle zarar gören taraf, sözleşmenin iptaline ilişkin irade beyanında bulunabilir. Bir irade açıklamasında bulunarak sözleşmenin iptaline ilişkin iradenin açıklamasına “*iptal beyanı*” adı verilmektedir⁹⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 28/I hükmüne göre, “*zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten*

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu- Hatemi- Serozan- Arpacı, *Borçlar*, 493; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 465; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 161.

⁸⁸ Dasser, *OFK*, N. 6, 200; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 85; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 185; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 162; Baş, *İptal*, 71; Yıldırım, *Hile*, 225.

⁸⁹ Dasser, *OFK*, N.6, 200; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 85; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 185; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 162.

⁹⁰ Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 162; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 185.

⁹¹ Doktrinde aşırı yararlanmanın, ahlâka ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Fakat zarar görenin sözleşmenin ayakta tutulmasını bazı sebeplere bağlı olarak tercih etmesi hâlinde iptal yaptırımının kabulü daha uygun olur. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, *Borçlar*, 466.

⁹² Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 210,

⁹³ Huguenin, *Basler Kom.*, N.15, 218; Oğuzman- Öz, *Borçlar*, 145.

⁹⁴ Huguenin, *Basler Kom.*, N.15, 218; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 234; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 185; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 163; Yıldırım, *Hile*, 226.

⁹⁵ Gauch- Schlupe- Schmid, *Obligationenrecht*, N. 746, 172; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 209; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 163.

⁹⁶ Huguenin, *Basler Kom.*, N. 16, 218; Kut, *CHK*, N. 21, 132; Kramer, *Berner Kom.*, N. 53, 203; Baş, *İptal*, 144-145.

⁹⁷ Baş, *Anlaşma Belgesi*, 184.

başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanılabilir". Kanunda öngörülen bu süreler hak düşürücü sürelerdir⁹⁸. Bu süreler içerisinde zarar gören taraf tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyle bağlı olmadığını karşı tarafa bildirebilir⁹⁹. İrade beyanı karşı tarafa ulaştıkça hüküm ve sonuçlarını doğurur. İptal hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁰⁰. İptal hakkının kullanılmasıyla beraber sözleşme geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hâle gelir¹⁰¹. Süreler geçtikten sonra zarar gören hakkını kaybeder ve sözleşme geçerli olur. Diğer yandan zarar görenin aşırı yararlanma durumunda, düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanmayacağını belirtmesi durumunda sözleşme kesin olarak geçerli olur¹⁰².

İptalin sebebi geçerli ve hukukî olarak mevcut olmalıdır. Eğer ileri sürüldüğü sırada geçerli bir iptal sebebi bulunmuyorsa, iptal herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁰³. İptal beyanı şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin ve net olmalıdır.

İptal hakkı yazılı ya da sözlü olarak kullanılabilir. İptal hakkının mutlaka dava yoluyla kullanılması gerekmemektedir¹⁰⁴. Fakat uygulamada verilen şeyin iadesini sağlamak için çoğu zaman hükümsüzlüğün tespitine ilişkin bir davaya ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰⁵.

III. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN AŞIRI YARARLANMA SEBEBİYLE İPTALİ

Arabuluculuk anlaşma belgesi maddi anlamda bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğundan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin genel şartlara tabidir. Bu durum arabuluculuk anlaşma belgesi için şerh alınmış olsun ya da olmasın değişmemektedir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından aşırı yararlanmanın mümkün olup olamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hukukçu olan arabulucunun müzakereler sırasında tarafların yanında olacağı ve aşırı yararlanmaya müsaade etmeyeceği bu sebeple de

⁹⁸ Huguenin, *Basler Kom.*, N.2, 215; Kramer, *Berner Kom.*, N. 56, 204; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 234; Oğuzman- Öz, 145. BGE 114 II 131, 07.06.1988, <https://www.swisslex.ch/de/> (Erişim Tarihi: 20.10.2023).

⁹⁹ Aşırı yararlanmaya ilişkin iptal iradesinin ortaya koyulması, ödediği şeyi geri alması veya almış olduğu bedeli iade etmek suretiyle de olabilir. Kramer, *Berner Kom.*, N. 55, 203; Kut, *CHK*, N. 20, 131-132.

¹⁰⁰ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 281; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 86.

¹⁰¹ Von Tuhr-Peter, *Obligationenrecht*, 446; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 812; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 186; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 306; Baş, *İptal*, 186.

¹⁰² Zarar gören, iptal hakkını öğrenmiş olmasına rağmen malı kullanarak veya tüketerek iptal hakkını kullanmayacağını zımnen de gösterebilir. Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 167; Baş, *İptal*, 229; Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 86.

¹⁰³ Baş, *Anlaşma Belgesi*, 182.

¹⁰⁴ Apaydın, *Aşırı Yararlanma*, 87; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 186; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 187-188.

¹⁰⁵ Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 188; Erdoğan-Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 41; Tekinay-Akman-Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 466; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 186.

arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından aşırı yararlanmanın mümkün olamayacağına ilişkin bir görüş bulunmaktadır¹⁰⁶. Ancak doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken aşırı yararlanma söz konusu olabilir¹⁰⁷. Arabuluculuk sürecine katılmış olsa da taraflardan biri içinde bulunduğu bazı durumlar sebebiyle talep ettiğinden çok daha azını kabul etmek zorunda kalabilir¹⁰⁸. Aslında mevzuata uygun şekilde arabuluculuk faaliyeti yürüten bir arabulucu sürece hâkim olacağından, bu süreçte aşırı yararlanmanın varlığını tespit edebilir¹⁰⁹. Bir tarafın diğer tarafın zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden yararlanmak suretiyle kararlaştırılan edimler arasında oransızlığın yaratıldığına inceleme aşaması ve müzakereler sırasında arabulucu tarafından fark edilebilmesi mümkündür¹¹⁰. Böyle bir durumu tespit eden arabulucunun zayıf konumda olan tarafa, hukukî yardım veya danışmanlık almasını tavsiye etmesi gerekir¹¹¹. Arabuluculuk faaliyeti ile amaçlanan uyuşmazlığın tek bir tarafının menfaatini korumak değil her iki tarafın da menfaatlerini gözeterek uygun bir sonuca varabilmektedir. Bir tarafın diğer tarafın içerisinde bulunduğu zayıf durumdan faydalanması ve bunun neticesinde arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi durumunda zarar görenin bu anlaşmayla bağlı tutulması hakkaniyete uygun düşmez.

Arabuluculuk anlaşma belgesi yapılırken taraflardan birinin düşüncesizliği, deneyimsizliği veya zor durumda kalmasından karşı tarafın yararlanması neticesinde edimler arasında açık bir oransızlık oluşturulmuşsa arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptali gündeme gelebilir¹¹². Örneğin, bir işçi hukuken gerçekte alması gereken alacağı bilmesine rağmen eşinin hastalığının tedavi masraflarını karşılamak için acil paraya ihtiyaç duyduğundan 200.000 yerine 25.000 lirayı kabul etmesi ve işveren de işçinin durumundan haberdar ise, aşırı yararlanma sebebiyle iptal hükümlerine gidilebilir. Burada hâkim aşırı yararlanmanın mevcut olup olmadığını tespit ederken edimlerin arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlandığı zamandaki değerlerini ve somut olayı değerlendirmelidir.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında¹¹³, “*icra edilebilirlik şerhi alınmış olan anlaşma belgesinin, ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik*

¹⁰⁶ Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 304.

¹⁰⁷ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 74; Erdoğan-Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 45; Dür, *Arabuluculuk*, 373.

¹⁰⁸ Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk*, 344; Dür, *Arabuluculuk*, 380; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 187; Erdoğan-Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 41.

¹⁰⁹ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 75.

¹¹⁰ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 75.

¹¹¹ Badur, *Anlaşma Belgesi*, 75.

¹¹² Dür, *Arabuluculuk*, 373; Erdoğan-Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 45; Badur, *Anlaşma Belgesi*, 74.

¹¹³ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD, E. 2019/2343, K. 2019/1223, T. 21.10.2019, Badur, *Anlaşma Belgesi*, dn. 51, 70.

haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerin mevcut olması durumunda mutlak butlanla sakatlanmasının söz konusu olabileceği, aşırı yararlanmanın şartlarının olayda bulunması durumunda da mahkemede dava açılabilirliği” yer almıştır. Mahkeme, aşırı yararlanmanın mevcut olması durumunda arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilebileceğini hükme bağlamıştır. Dava konusu olayda irade sakatlığının ispatlanamaması sebebiyle dava reddedilmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 14.03.2023 tarihli kararında¹¹⁴ aşırı yararlanmanın bulunmasının tespiti üzerine arabuluculuk anlaşma belgesinin iptaline hükmetmiştir. İlgili karara göre, “...Ayrıca; Tarafların yapmış oldukları sözleşmede, borçlandıkları edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık bulunabilir. Gerçekten taraflardan birinin borçlandığı edim, diğerinin ediminden açık bir şekilde fazla veya az olabilir. Ancak, edimler arasında mevcut olan her açık oransızlık aşırı yararlanmayı meydana getirmez. Zira sözleşme hukukunda geçerli olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri gereğince taraflar sözleşmenin şartlarını, dolayısıyla edim ve karşı edim arasındaki denge ve oranı diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Kanun bu konuda edimler arasında bulunması gereken denge ve oran hususunda objektif bir ölçü koymuş değildir. Yalnız, taraflardan biri karşı tarafın içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanarak onu sömürmek isteyebilir. İşte aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için edim ve karşı edim arasındaki açık oransızlık, taraflardan birinin diğerinin içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmelidir. Somut olayda taraflar arasında düzenlenen arabuluculuk tutanağındaki edimler arasında aşırı nispetlilik hali bulunmakla arabuluculuk tutanağının 6098 Sayılı Yasa'nın 28. Maddesi hükümleri gereği gabin nedeniyle de iptali gerekmiştir...” İlgili kararda, edimler arasında sadece oransızlık bulunmasının aşırı yararlanmayı oluşturmayacağı, aşırı yararlanmadan söz edilebilmesi için edim karşı edim arasındaki açık oransızlığın taraflardan birinin diğerinin zayıf durumundan yararlanması suretiyle ortaya çıkması gerektiği yer almaktadır. Dava konusu olayda aşırı yararlanmaya ilişkin şartların bulunması sebebiyle arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptaline karar verilmiştir.

Aşırı yararlanma zarar gören tarafından ileri sürülmelidir, hâkim buradaki geçersizlik durumunu kendiliğinden dikkate alamaz¹¹⁵. Aşırı yararlanma durumunda zarar gören, yenilik doğuran hakkını tek taraflı irade beyanıyla kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir ancak verilen

¹¹⁴ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD. E. 2023/6, K. 2023/935, T. 14.03.2023, www.legal.net (Erişim Tarihi: 02.09.2023).

¹¹⁵ Von Tuhr- Peter, *Obligationenrecht*, 346.

şeyin iadesini sağlamak için çoğu zaman hükümsüzlüğün tespitine ilişkin bir davaya ihtiyaç duyulmaktadır¹¹⁶. Söz konusu dava bir yenilik doğuran dava değil bir tespit davası niteliğindedir. Hâkimin bu durumda vereceği karar sözleşmede aşırı yararlanmanın mevcut olduğu ve sözleşmeye ilişkin iptal hakkının kullanıldığıdır. Zira zarar görenin iptal hakkını kullandığı dava dilekçesi karşı tarafa ulaştığı anda bozucu yenilik doğuran hak kullanılmış olmaktadır.

Aşırı yararlanmanın varlığı arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin alınmasından sonra da ileri sürülebilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali konusunda anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge olup olmaması farklılık arz etmez. İlâm niteliğinde belge olan arabuluculuk anlaşma belgesi kesin hüküm özelliğine sahip olmadığından ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerin mevcut olması durumunda kesin hükümsüzlüğün söz konusu olabileceği, aşırı yararlanmanın şartlarının olayda bulunması durumunda da mahkemede dava açılabilirliğinin kabulü mümkündür¹¹⁷.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edildiğine ilişkin bir dava açılıp davanın kazanılması durumunda artık anlaşma belgesine ilişkin icra takibine devam edilemez¹¹⁸. İcranın daha önceden tamamlanması hâlinde ise İcra ve İflâs kanunu hükümleri uyarınca icranın iadesi yoluna başvurulması mümkündür¹¹⁹.

Aşırı yararlanma sebebiyle ortaya çıkan durum şüphesiz culpa in contrahendo kapsamındadır¹²⁰. Aşırı yararlanma sonucunda arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edildiğinde zarar görenin tazminat talep etmesi mümkündür¹²¹. Tazmini talep edilecek zarar kural olarak, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına ve hüküm doğuracağına ilişkin duyulan güvenden kaynaklanan zarardır diğer bir deyişle olumsuz zarardır¹²².

V. HUAK m. 18/V HÜKMÜNDE YER ALAN DAVA AÇMA YASAĞI VE ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN AŞIRI YARARLANMA SEBEBİYLE İPTALİ

¹¹⁶ Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 188; Erdoğan-Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 41; Tekinay-Akman-Burcuoğlu- Altop, *Borçlar*, 466; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 186.

¹¹⁷ Dür, *Arabuluculuk*, 373; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 186; Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 102.

¹¹⁸ Erdoğan- Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 42.

¹¹⁹ Erdoğan- Cömert, *Anlaşma Belgesi*, 42.

¹²⁰ Kramer, *Berner Kom.*, N. 61, 205; Gauch, *Übervorteilung*, 106; Kut, *CHK*, N. 23, 132; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 188.

¹²¹ Von Tuhr- Peter, *Obligationenrecht*, 347; Baş, *İptal*, 226; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 208.

¹²² Kramer, *Berner Kom.*, N. 61, 205; Von Tuhr- Peter, *Obligationenrecht*, 347; Eren- Dönmez, *Borçlar Şerhi*, 814; Çakırca, *Aşırı Yararlanma*, 206.

HUAK m. 18/V hükmüne göre, arabuluculuk faaliyeti sonucu taraflar anlaşmaya vardıkları takdirde anlaşılacak hususlara ilişkin dava açılmamaktadır. Söz konusu düzenleme “*dava açma yasağı*” olarak nitelendirilmiştir. HUAK m. 18/V hükmünde yer alan dava açma yasağı, dava şartlarından biri olan hukukî yararın göz önünde bulundurulması suretiyle düzenlenmiştir. Arabuluculuk müzakerelerinde kendi iradeleri ile anlaşmaya varan tarafların, daha sonra anlaşmış oldukları hususları değiştirmek istemeleri hâlinde bir hukukî yararın varlığından söz edilemez¹²³.

Dava açma yasağı hem iradî hem dava şartı arabuluculuk sonucunda yapılan arabuluculuk anlaşma belgesi için geçerlidir. Diğer yandan icra edilebilirlik şerhinin alınmış olup olmaması hususunda da hükümde bir ayırım yapılmamıştır¹²⁴.

Kanun koyucu bu düzenlemesiyle arabuluculuk anlaşma belgesindeki anlaşmanın iptal edilmesine ilişkin bir yasak getirmemiştir. Hükmün amacı, arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerli olması hâlinde aynı konularda dava açılmayacağını düzenlenmesidir¹²⁵. Dava açma yasağı, arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersiz olduğu veya iptal edildiği durumlarda uygulanmaz¹²⁶. Arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edilmeden anlaşılacak konulara ilişkin dava açılmaz. Doktrinde dava açmak isteyen kişinin aynı dava içerisinde ilk olarak arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalini ve iptalden sonra da anlaşılacak konularda karar verilmesini talep edebileceği belirtilmektedir¹²⁷. Arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edildikten sonra mahkemeden taleplere ilişkin bir karar verilmesi istenebilir¹²⁸. Zira dava açma yasağının amacı, arabuluculuk sürecinde anlaşılacak konuların tekrar mahkeme önüne gelmesinin engellenmesidir. Fakat aşırı yararlanmanın bulunduğu bir arabuluculuk anlaşma belgesi söz konusu ise, arabuluculuk sürecinin zaten gerektiği gibi neticelendiği söylenemez. Böyle bir anlaşmayı ayakta tutmaya çalışmak menfaat temelli bir çözüm yöntemi olan arabuluculuğun niteliği ile de bağdaşmaz. Bu sebeple, aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilen arabuluculuk anlaşma belgesinde anlaşılacak konulara ilişkin dava açılması mümkündür.

SONUÇ

¹²³ Cengiz Topel Çelikoğlu, “6325 Sayılı HUAK’a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Anlaşma Belgesinin Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 711; Büyükay, *İcra Edilebilirlik Şerhi*, 118.

¹²⁴ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 106.

¹²⁵ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 106.

¹²⁶ Bu bakımdan HUAK m. 18/V hükmünün sınırlı bir düzenlemeye sahip olduğunun söylenmesi mümkündür. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 102; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 187.

¹²⁷ Baş, *Anlaşma Belgesi*, 186; Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 104.

¹²⁸ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk*, 106; Baş, *Anlaşma Belgesi*, 178.

Arabuluculuk süreci sonucunda en çok arzu edilen sona erme hâli şüphesiz tarafların anlaşmasıdır. Taraflar süreç sonunda anlaşmaları durumunda anlaşmaları hususlara ilişkin olarak arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Arabuluculuk anlaşma belgesi maddi hukuk açısından bir borçlar hukuku sözleşmesi mahiyetindedir.

Doktrinde arabuluculuk anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın bulunup bulunmayacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, kendisi de bir hukukçu olan arabulucu müzakereler sırasında tarafların yanında olacağından aşırı yararlanmaya müsaade etmeyecektir. Bu sebeple de anlaşma belgesi bakımından aşırı yararlanma söz konusu olamaz. Ancak bizim de katıldığımız ve aksini savunan diğer görüşe göre, anlaşma belgesi düzenlenirken aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi mümkündür. Hukukçu arabulucunun sürece dâhil olması her zaman tarafların menfaatlerine uygun geçerli bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi ile neticelenmeyebilir. Taraflardan biri sürece katılmış olsa da içinde bulunduğu bazı durumlar sebebiyle gerçekte talep ettiği kadar çok daha azını kabul etmek zorunda kalabilir. Anlaşma belgesi yapılırken taraflardan birisinin düşüncesizliği, deneyimsizliği veya zor durumda kalmasından karşı tarafın yararlanması neticesinde edimler arasında açık bir oransızlık bulunmaktaysa anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptali gündeme gelebilir. Böyle bir anlaşmayı ayakta tutmaya çalışmak menfaat temelli bir çözüm yöntemi olan arabuluculuğun doğasına da aykırıdır. Zarar gören taraf hak düşürücü sürelerle riayet etmek koşuluyla anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptalini talep edebilir. Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi yakın tarihli kararında anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın varlığını tespit etmiş ve anlaşma belgesinin aşırı yararlanma sebebiyle iptaline hükmetmiştir. HUAK m. 18/V hükmüne göre, arabuluculuk faaliyeti anlaşmayla sonuçlanmışsa, taraflar, anlaşılan konulara ilişkin dava açamaz. Dava açma yasağı olarak da adlandırılan bu kural mutlak nitelikte değildir. Anlaşma belgesinin iptal edilmesi durumunda daha önceden anlaşılan hususlarda dava açılabilir. Zira anlaşma yasağı geçerli veya iptal edilmemiş anlaşma belgeleri bakımından uygulanır. Anlaşma belgesinin iptalinden sonra taraflar artık anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlara ilişkin dava açabilirler.

KAYNAKÇA

Akkan, Mine. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/2 (2018), 1-31.

- Apaydın, İrem. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2020.
- Aslan, Çiğdem. *Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2006.
- Badur, Emel. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9/18 (2021), 49-87.
- Baş, Seda. “6325 Sayılı Kanun İle Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (2022), 176-189.
- Baş, Seda. *Türk Borçlar Hukuku'nda İptal Edilebilirlik Yaptırımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2022.
- Birsen, Kemalettin. *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 4. Basım, 1967.
- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht ohne Deliktrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2005.
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2014.
- Büyükcay, Ferhat. *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2018.
- Çakırca, Seda İrem. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2015.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. “6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Anlaşma Belgesinin Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, 669-725.
- Dasser, Felix. *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK- Orell Füssli Kommentar*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, 2023.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyetleri ve Arabulucunun Hak Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2018.

- Erdoğan, Ersin- Cömert, Büşra. “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/138 (2018), 27-47.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 24. Baskı, 2019.
- Eren, Fikret- Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I, m. 1-48*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2022.
- Gauch, Peter. “Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR”. *Recht 3/1989*, 91-116
- Gauch, Peter- Schlupe, Walter R.- Schmid Jörg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I*. Zürich: Schulthess Verlag, 11. Auflage, 2020.
- Huguenin, Claire. *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, 2011.
- İlhan, Onur. *Arabuluculuk Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2020.
- Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 25. Baskı, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2022.
- Kıyak, Emre. “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Y.6 S. 21* (2015), 523-548.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip- Hatemi, Hüseyin- Serozan, Rona- Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 2014.
- Kramer, Ernst A. *BK- Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/2/1a, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*. Bern: Stämpfli Verlag, 1991.
- Kut, Ahmet. *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*. Zürich: Schulthess Verlag, 3. Auflage, 2016.
- Oğuzman, Kemal- Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, 2020.
- Okumuş, Selmani. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2015.

Özbek, Mustafa Serdar. “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (2017), 69- 85.

Taşpolat Tuğsavul, Melis. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2019), 333-379.

Tekinay Selahattin Sulhi -Akman Sermet- Burcuoğlu Haluk -Altop Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Baskı, 1993.

Topuz, Murat. “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan,12/1-3 (2006), 743-770.

Von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Verlag, 1964.

Von Tuhr, Andreas- Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. Zürich: Schulthess Verlag, 3. Auflage, 1979.

Yazıcı Tırtık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2013.

Yıldırım, Abdulkerim. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Monopol Yayınları, 14. Baskı, 2023.

Yıldırım, Ferhat. *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2019.

Yıldırım, Mustafa Fadıl. *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel Yayıncılık, 1. Baskı, 2002.



Bankanın Çekteki İmzaya Dayanarak Ödemeden Kaçınma Durumu(*)

Bank's Avoidance of Payment Based on Signature on Check

Doğancan ERASLAN**

Öz

Türk hukuk düzeninde ve ticari hayatında yer alan en önemli kambiyo senedi türlerinden biri çeklerdir. Bulunduğu ülke ekonomisi üzerinde oldukça büyük etkileri olabilen ve kişiler arasında ödeme aracı niteliğinde olan çekler, kişilerin finansal olarak varlığını sürdürmeye yönelik kolaylık sağlar. Ticari hayat içerisindeki işleyişin hızlı ve pratik olabilmesi için çekler oldukça önemlidir.

Kişilerin kendi aralarında anlaşarak oluşturdukları ve ödeme kolaylığı sağlayan çeklerin muhatap bankaya ibraz edildiği takdirde ödenmesi gerekmektedir. Ancak bankaya ibraz edilen çeklerin karşılığının bulunması her durumda mümkün olmamaktadır. Çekin bedelinin bankada bulunmaması ya da çekte bulunması gerekli olan birtakım hususların olmaması gibi durumlarda çekin karşılığı olmayacak ve çekin hamili çekteki bedeli tahsil edemeyecektir. Çek ve muhatap bankanın birbirine olan sıkı bağından yola çıkılarak bu çalışmada, çeklerin karşılıksız kalma durumu ve muhatap bankanın, çekte yer alan unsurlardan biri olan düzenleyenin imzasına dayalı olarak çekteki bedeli ödememesi ya da ödemekten kaçınması durumu çeşitli yönlerden ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Banka, Çek, Ödeme, Çek Hukuku, İmza.

Abstract

* Makale Geliş Tarihi: 29.08.2023 – Makale Kabul Tarihi: 28.12.2023 – Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1351826

**Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya – Türkiye.

E-Posta: dogan614169@gmail.com

ORCID:0009-0007-2104-4765

One of the most important types of foreign exchange bills in Turkish legal order and commercial life is cheques. Cheques, which can have a great impact on the economy of the country where they are located and are a means of payment between people, are very important for the convenience of people to continue their financial existence and for the operation in commercial life to be fast and practical.

Cheques created by people by agreeing among themselves and providing ease of payment must be paid if presented to the addressee bank. However, it is not possible to find the equivalent of the cheques presented to the bank in all cases. In cases where the value of the cheque is not available in the bank or there are no issues that should be included in the cheque, the cheque will not have a counterpart and the holder of the cheque will not be able to collect the amount in the cheque. In this study, based on the close connection between the cheque and the drawee bank, the bounce of the cheques and the non-payment or refusal of the drawee bank to pay the amount in the cheque based on the signature of the issuer, which is one of the elements in the cheque, will be discussed from various aspects.

Keywords

Bank, Cheque, Payment, Cheque Law, Signature.

GİRİŞ

Dünyada yaşanan pek çok gelişme ile birlikte ticari hayattaki faaliyetlerin çođalmasý ve buna paralel olarak günlük hayatta gerçekleşen işlemlerin daha hızlı ve daha güvenilir bir biçimde yapılabilmesi için birçok senet türü ortaya çıkmıştır. Bu senet türlerinden biri olan çek hem taraflar arasında daha pratik sonuçlar doğurmaya elverişli olduğundan hem de tarafların güvenilir ve hızlı bir biçimde para transferi yapmasını sağlamaya daha uygun olduğundan günlük hayatta en çok tercih edilen senet türü olarak varlığını sürdürmektedir.

Her ne kadar taraflara güven sağlayan bir senet olsa da çeklerin her zaman ödeneceğini söylemek uygun olmayacaktır. Nitekim birçok sebebe ya da unsura bağlı olarak çeklerin karşılığı elde edilemeyebileceğı gibi çeklerin sahip olması gereken birtakım nitelikleri haiz olmaması sebebi ile de ödenmemesi olasılık dâhilindedir. Bu ihtimallerden dolayı da zaman içerisinde pek çok düzenleme yapılarak çeklerin ödenmesini sağlamak amaçlanmış ve karşılıksız çıkan çeklerin caydırıcı olması amacıyla çeşitli uygulamalar yapılmıştır.

Çekin muhatabı olan bankaların yerine getirmekle yükümlü olduğú pek çok husus bulunmaktadır. Bankalar çekin ödenmesi açısından oldukça önemli olan bu yükümlülüklerle uygun olarak hareket edecek ve bu sayede çeklerin ödenmesi konusunda yaşanabilecek

sorunlar azaltılabilecektir. Çeşitli kanunlarda belirtilen bu yükümlülüklerle uymayan ya da yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalar bu eylemlerinden dolayı sorumlu olacak ve bankalara çeşitli yaptırımlar uygulanabilecektir.

Pek çok yükümlülüğü olan bankaların çekleri ödemekten kaçınmaları ya da çeklerin niteliklerine dair itirazlarda bulunarak çekleri ödememeleri mümkün olmakla birlikte, bu husus, bankalar tarafından kötüye kullanma şeklinde olmamalıdır. Bu kapsamda, bu çalışma ile bankaların yerine getirmek zorunda olduğu birtakım yükümlülüklerin arasında imza kontrol yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda uygulamada ortaya çıkan sorunları incelemek ve bu sorunlara yönelik yapılabileceklerle ilgili fikir sunmak amaçlanmıştır. Bu sebeple, çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ana konusunu bankaların kendilerine ibraz edilen çeklerde yer alan imzanın çeki düzenleyene ait olup olmadığı hususunda inceleme yapması ve imzanın uygun olmadığı kanısına varıldığında ödemeden kaçınması oluşturduğundan, çalışmamızın ilk bölümünde, çekin ödenmesi ve ödeme yapılması amacıyla bankaya ibrazı üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın daha iyi anlaşılabilmesi için ikinci bölümde, muhatap bankaların çek ile ilgili düzenlemeler açısından sahip olduğu yükümlülüklerden bahsedilmiştir. Bu kapsamda bankaların yükümlülüklerinin ne olduğu, bankaların yerine getireceği yükümlülük hallerinin ortaya çıkış biçimleri ele alınmış, söz konusu yükümlülüklerden biri olup olmadığı tartışmalı olan imza kontrolü meselesi anlatılmıştır.

Çalışmamızın “Sonuç” bölümünde ise genel bir değerlendirme yapılarak muhatap bankaların kendilerine ibraz edilen çeklerdeki imzaları kontrol edip etmemeleri hakkında fikirler açıklanmıştır. Nihayetinde bu çalışmada İsnad atf yöntemi kullanılmıştır.

I. ÇEKİN İBRAZI VE ÖDENMESİ

A. GENEL OLARAK

Çek, herhangi bir nakit para kullanımının olmadığı, tedavül edilmesi oldukça basit ve hızlı olan, düzenleyenin herhangi bir banka aracılığı ile bir kişiye ödeme yapma imkânı sağlayan ödeme aracı niteliğinde olan bir senettir¹.

¹ Zeynep Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*(Diyarbakır: T.C. Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi,2019),2; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*(İstanbul: Beta

Kambiyo senedi niteliğini haiz olan çek aynı zamanda bir kıymetli evraktır. Bu niteliğinden kaynaklı olarak çekler parayı temsil eden² ve ödeme talimatı sonucu doğuran senetlerdir. Kişiler arasında ödeme kolaylığı sağlaması ve para akışını hızlandırması sebebiyle günlük hayatta ve ticari faaliyetlerde oldukça fazla tercih edilen çeklerin bu işlevlerini kaybetmemeleri için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Bu düzenlemelerin en önemlisi ise çeklerde muhatap olarak sadece bankaların gösterilebilmesidir³. Bu yönde bir düzenleme olmasının sebebi ise kayıt dışı uygulamaların doğuracağı olumsuzlukları azaltmak, büyük miktarda meblağların nakit olarak verilmesi yoluyla oluşacak sorunları ortadan kaldırmak, ülkenin sahip olduğu para politikalarının verimli ve düzgün yönetilmesini ve yürütülmesi sağlamaktır⁴.

Çekin niteliği gereği keşide eden ile muhatap banka arasında bir anlaşma yapılmakta, bu anlaşma kapsamında muhatap banka çek kendisine ibraz edildiğinde ödeme yükümlülüğü altına girmektedir⁵. Buna yönelik olarak keşide eden bankadaki hesabında bir miktar para bulundurmakta ve muhatap banka çek kendisine ibraz edildiği anda hesapta karşılığının olması durumunda çekin bedeli ödemektedir⁶. Ancak söz konusu bedeli karşılayan miktarda bir para hesapta bulunmuyorsa bu durum çekte belirtilmelidir⁷.

Kambiyo niteliğini haiz olan ve bir çeşit ödeme aracı olan çekler aynı zamanda havale özelliğini de bünyesinde barındırmaktadır⁸. Ancak bu havale özelliği sıradan olmayıp nitelikli bir haldedir⁹; çünkü çekler de diğer kambiyo senetleri gibi birtakım hususları barındırmalı,

Yayınevi,2022),125; Ali, Ayli - Didem Yardımcıoğlu, “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/Özel Sayı(2014),3196; Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku*(Ankara: Yazarın Kendi Yayını,2011),22; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*(İstanbul: Filiz Kitabevi,2003),119-120.

² Mehmet Köle - Fatma Görgülü, “Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/35(2016),79; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*(İstanbul: Vedat Yayıncılık,2023),270.

³ Sefer Oğuz, “Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2(2022),373; Kaan Şahinalp, “Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu” , *Sayıştay Dergisi* -/39(2000),88.

⁴ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*(Ankara: Yetkin Yayınları, 2022),135-136; Ayli - Yardımcıoğlu, “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”,3195.

⁵ Reisoğlu, *Çek Hukuku*,117; Müge Tekil, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*(İstanbul: Beta Yayınları,1997),16-18.

⁶ Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,5; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*(Ankara: Onikilevha Yayınları,2021),57-60.

⁷ Hüseyin Ülgen vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*(İstanbul: Vedat Kitapçılık,2021), 233.

⁸ Şahinalp, “Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu” , 79.

⁹ Ümmü Gülsüm Çelik, “Çekte Düzenleme Yeri Ve İbrahim Süreleri”, *Dicle Akademi Dergisi* 2/2(2022),101; Reisoğlu, *Çek Hukuku*,23.

uyulması gerekli olan şekli şartlara uygun olmalıdır. Aynı zamanda çeklerde keşide eden sorumluluktan kurtulamamakta ve çekin karşılığı olan bedeli ödemekle yükümlü olmaktadır (TTK m. 808).

6102 sayılı TTK'nin 780. ve 781. maddelerindeki unsurları barındıran çekler çek hükmünde kabul edilecektir ve çeklere ilişkin hükümlere tabii olacaktır. Söz konusu maddelerdeki nitelikleri haiz senetler ödenmesi amacıyla muhatap bankaya ibraz edilebilecektir¹⁰. İbraz ise çekin bankaya verilmesi, sunulması, ödemenin yapılmasını sağlamak amacıyla çekin bankaya teslimi¹¹ anlamlarına gelmekte olup bu işlemin belirli bir zaman içerisinde yapılması gerekmektedir.

İbraz için gerekli süre; çekin hamilinin hakkını elde etmesi, ödemesini alabilmesi ve herhangi bir hak kaybına uğramasını önlemek için oldukça önemlidir. Bu sebeple hamil, çekte belirlenen keşide tarihini esas alarak kanunda yazılı ibraz süreleri içerisinde çeki muhatap bankaya sunmalıdır (TTK m.796).

Kanundaki düzenlemeler esas alındığında çekler açısından belirlenen yöntemin çekin görüldüğünde ödenmesi yolu olduğu anlaşılacaktır (TTK m.795)¹². Buna uygun olmayan vadelerin çek üzerinde belirtilmesi çekin niteliği etkilememekte olup bu ifadeler yazılmamış sayılarak işleme devam edilecektir¹³.

Öte yandan çekin ibrazı için uyulması gereken kanuni süreler ise çekin düzenlendiği yer ile ödeneceği yer arasındaki duruma göre değişecektir (TTK m.796). Bu kapsamda çekin düzenlendiği yer ile çekin ödemesinin gerçekleşeceği yer aynı ise çek bankaya 10 gün içerisinde ibraz edilmelidir. Ancak çekteki yerler farklı ise bu durumda ibraz süresi 1 ay olacaktır. Diğer yandan düzenleme yeri ile ödeme yeri farklı kıtalarda yer alıyor ise bu durumda muhatap bankaya ibraz edilme süresi 3 ay olacaktır.

¹⁰ Mehmet Özdamar vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*(Ankara: Adalet Yayınevi,2022),262; Abuzer Kendigelen - İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*(İstanbul: Onikilevha Yayınları,2023),305.

¹¹ Yargıtay19. HD, T. 21.11.2008, E. 2008/1440, K. 2008/11320(E.T. 25.07.2023).

¹² Reha Poroy - Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*(İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021),300; Kendigelen, *Çek Hukuku*,195-196.

¹³ Erhan Günay, *Yargıtay Kararları Ve Öğreti Görüşleri Eşliğinde Kambiyo Takip Hakkı Ve Ceza Hukuku Yönüyle Uygulamalı Çek Rehberi*(Ankara: Seçkin Yayınları,2018),46; Yargıtay 12. HD, T. 20.06.2005, E. 2005/10001, K. 2005/13243(E.T. 25.07.2023); Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*(Ankara: Adalet Yayınevi,2023),295.

Çeklerin niteliği gereği ibraz edilecekleri yer banka tüzel kişiliğidir¹⁴. Kendisine ibraz edilen çekin durumunu inceleyecek olan bankalar, çekin karşılığı tamamen ya da kısmen dahi olsa varsa ödeme yapacaktır; çünkü çekin niteliği gereği bankalar söz konusu çekteki bedeli ödemeyi taahhüt etmiş bulunmaktadırlar. Çekin ibraz edileceği asıl yer banka olmakla birlikte istisnai olarak çekler takas odasına da ibraz edilebilmekte ve bu durumda da ibraz eden kişiler ödemenin yapılmasını talep edebilmektedir (TTK m.798).

B. İBRAZ SÜRELERİ

Bir ödeme aracı niteliğine olan çeklerin nerede ve nasıl ibraz edilecekleri çekin meydana getireceği sonuçlar bakımından oldukça önemli ve değerlidir. Çekin ibraz edilmesi gerekli olan yer muhataptır. Çekler açısından muhatapların yalnızca bankalar olabileceği dikkate alındığından çek, muhatap bankaya çekte yazılı olan ödeme yerinde ibraz edilmelidir¹⁵. Çekte bu hususa ilişkin herhangi bir kayıt ya da gösterge bulunmuyor ise muhatapın isminin bulunduğu yerin hemen yanında belirtilen adreste ödenir¹⁶.

Kanunda yazılı hükümlere göre çeklerin ibrazı için 3 farklı süre öngörülmektedir¹⁷. Bu sürelerden ilki 10 günlük zaman dilimidir. Bu sürenin çek açısından uygulanabilmesi için gerekli olan koşul çekin keşide edildiği yer ile çekin ödeneceği yer ibarelerinin aynı olmasıdır¹⁸.

Bu şart açısından sorun yaşanan nokta aynı yer kavramından ne anlaşılması gerektiği konusudur¹⁹. Zira aynı yeri belirleme faaliyeti her somut olayda kolay olmamaktadır. Bu noktada çeklerdeki aynı yer hususunun çözümü 6360 sayılı kanun ile olacaktır. Bu kanunun içeriğine göre büyükşehir belediyesinin hudutlarında bulunan tüm ilçeler aynı yer olarak kabul edilecek ve 10 günlük süre uygulanması söz konusu olacaktır²⁰.

¹⁴ Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,78.

¹⁵ Ülgen vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,322; Çelik, "Çekte Düzenleme Yeri Ve İbraz Süreleri",117-118.

¹⁶ Yargıtay 11. HD, T. 18.04.2016, E. 2016/3783, K. 2016/4310(E.T. 25.07.2023).

¹⁷ Özdamar vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,266-267.

¹⁸ Ali Bozer - Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*(Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2021),122; Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*,308; Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,327-328; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*,318-319; Şaban Kayıhan - Mustafa Yasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*(Ankara Seçkin Yayınları, 2023),99.

¹⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku*,280-285.

²⁰ Kayıhan - Yasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*,100; Ülgen vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,324; Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,79; Çelik, "Çekte Düzenleme Yeri Ve İbraz Süreleri",119.

Çekin ibraz edilmesi açısından uygulanma alanı bulacak bir diğer süre ise 1 aylık zaman dilimidir. Buna göre çekin yapıldığı ve meydana getirildiği yani düzenlendiği yer ile çekin ödenmesi için verilecek olan yer farklı ise çek muhatap bankaya bir aylık süre içerisinde ibraz edilmeli ve çekin karşılığı olan bedelin ödenmesi talep edilmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gerekli olan husus yerlerin farklı olduğunun belirlenmesinde il sınırlarının değil, her büyükşehir belediyesinin sınırlarının dikkate alınacağıdır²¹.

Aynı şekilde ödeme ve düzenleme yeri farklı olan iki ülke söz konusu ise ibraz süresi yine bir ay olmakla birlikte bu ülkeler aynı kıta parçası üzerinde yer almalıdır²². Söz konusu ödeme yeri ve düzenleme yeri farklı kıtalarda yer alan ülkelerden oluşmakta ise bu durumda çekin ibraz edilmesi için gerekli olan süre üç ay olacaktır (TTK m. 796/3).

Her ne kadar kanunda farklı ibraz süreleri yer alsada uygulamada düzenleme yeri ile ödeme yerinin ayrımı konusunda pek çok sorun meydana gelebilmektedir. Ancak bu konudaki genel uygulama düzenleme yerinin esas alınarak belirleme yapılması, çekin düzenleme yerinin olduğu il ya da ilçenin hudutları dikkate alınarak ibraz süresinin belirlenmesi şeklindedir²³.

Öte yandan uygulamada yaşanan bu karışıklıkların önlenmesi amacıyla dile getirilen bir diğer çözüm ise Cenevre Yeknesak Kanunu'nda yer alan ve bu konuya ilişkin olan 29. maddedeki ibraz süresinin esas alınması ve çeklerin ibraz süresinin bu maddeye paralel olarak düzenlenmesidir²⁴. Bu maddenin içeriğine bakıldığında çeklerin düzenlendiği yer ile ödeneceği yerin aynı ülke sınırları olması durumunda tek bir ibraz süresinin öngörüldüğü, bu sürenin ise 8 gün olduğu görülecektir.

Çekin süresinde ibraz edilmesinin yanı sıra dikkat edilmesi gerekli bir diğer husus ise çekin muhatap bankaya verildiği tarihin çek üzerine yazılmasıdır. Zira ibraz edilen tarihin çekte yer almaması halinde söz konusu çekin kanunda yer alan sürelerde ibraz edildiği kabul edilmeyecektir²⁵ ve bu durum hem ibrazın gerçekleştiğini ispat etmeyi zorlaştıracak²⁶ hem de çekin niteliğini etkileyecektir²⁷. İbraz edilen tarihin çek üzerine yazılmaması nedeniyle zarara

²¹Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*,319; Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*,308-309.

²²Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,80; Özdamar vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,267.

²³Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*,122 – 123; Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*,309.

²⁴Şafak Narbay, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Değişiklik" Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7/Özel Sayı(2005)*, 210-213.

²⁵Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 25.06.2008, E. 2008/450, K. 2008/452(E.T. 25.07.2023).

²⁶Yargıtay 12. HD, T. 26.02.2015, E. 2014/32653, K. 2015/4065(E.T. 25.07.2023).

²⁷Yargıtay 12. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/27437, K. 2015/892(E.T. 25.07.2023).

uğrayan çek hamili söz konusu zararının karşılanmasını talep edebilecek ve muhatap banka da bu zararı tazmin edecektir²⁸.

Kanaatimizce çekte ibraz süreleri açısından yabancı hukuk kaynaklarındaki süreler dikkate alınmalı ve ülke sınırları içerisinde tek bir sürenin varlığı kabul edilmelidir. Çünkü yaşanan teknolojik gelişmeler, değişen ve gelişen ticari hayat uygulamaları ile birlikte kişilerin çek ibraz etme imkânları kolaylaşmış ve yapılan işlemler oldukça hızlandırılmıştır. Bu sebeple hem ülke sınırlarında yeknesaklığı sağlamak hem de yaşanabilecek çeşitli süre sorunlarını azaltabilmek için tek tip süre uygulamasına geçiş yapmak yerinde olacaktır.

C. İBRAZ EDİLECEK MUHATAP

Çeklerin kendine özgü yapısına uygun olarak muhatap her zaman bir banka tüzel kişiliği olacaktır²⁹. Çekin ibraz edileceği yer ise çek üzerinde yazılı bulunan ve söz konusu banka tüzel kişiliğinin bir şubesi olan, aynı zaman keşide edenin çek hesabının da bulunduğu yerdir³⁰. Çekin karşılığının elde edilebilmesi de kanunda yazılı süreler içerisinde çekin, muhatap bankanın çek üzerinde yazan şubesine ibraz edilmesine ve çekin karşılığını almayı engelleyecek nitelikte herhangi bir olayın ya da işlemin meydana gelmemesine bağlıdır³¹.

Çekin söz konusu muhataba ibraz edilmesi her durumda çekteki bedelin ödeneceği anlamına gelmemektedir. Nitekim yukarıda da değinildiği üzere kanunda belirtilen ibraz etme sürelerinin geçmesinden sonra çekin muhataba verilmesi, ibraz edilen çekin muhatap banka şubesindeki hesapta karşılığının olmaması, çeki düzenleyen keşidecinin çekten caydığını bildirmesi gibi durumlarda çek ibraz edilse dahi karşılığı hamile ödenmeyecektir³².

Her ne kadar çekin ibrazının yapılması gereken yer çek üzerinde yazılı olan banka şubesi olsa da muhatap bankanın herhangi bir şubesine yapılan ibraz da aynı sonuçları doğuracaktır³³. Keşidecinin hesabının bulunduğu şube dışındaki diğer muhatap banka şubeleri, kendilerine

²⁸ Mahmut Bilgen, *Uygulamada Kambiyo Senetleri*(Ankara: Seçkin Yayınları,2010) ,201-205.

²⁹ Mehmet Türcan, *Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*(Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi,2018),13-15; Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,272.

³⁰ Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayınları,2004),213.

³¹ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*,388.

³² Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*(Adana: Karahan Kitabevi,2013),594.

³³ Çetin Arslan - Murat Kayançiçek, *5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi*(Ankara: Sözkese Matbaacılık,2010),226; Özdamar vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,262.

ibraz edilen çekin karşılığının olup olmadığını çekte yazılı bulunan banka şubesine sorarak kontrol edebilecek ve çekin ibrazını sağlayabilecektir³⁴.

Ancak çekin ibrazının bu şekilde de yapılabilmesi çeki elinde bulunduran kişinin, çekte yazılı olan muhatap bankadan başka herhangi bir bankaya çekteki bedelin karşılığını almak için çeki ibraz etmesi geçerli bir ibraz sonucunu meydana getirmeyecektir³⁵. Aynı zamanda, kendisine çek ibraz edilen ve muhatap olmayan bu bankanın, çeki kontrol etmek gibi bir yükümlülüğü de olmayacaktır³⁶. Bu sebeple çek muhakkak çek yaprağında yazılı olan bankaya ibraz edilmelidir.

Her ne kadar kural olarak çekin ödenmesini sağlamak amacıyla bankaya ibrazı gerekse de bu durum ibrazın zorunlu olarak muhatap bankaya yapılması sonucunu meydana getirmemektedir. Çünkü çeki elinde bulunduran hamil, çekin karşılığı olan bedeli alabilmek amacıyla muhatap banka dışında bu çeki takas odasına da ibraz edebilir. Takas odasına yapılan bu ibraz muhatap bankaya yapılan ibraz ile aynı sonuçları haiz niteliktedir³⁷.

Takas odasına ibraz sistemini düzenlemek ve bu yönetime ilişkin ayrıntıları açıklamak amacı ile “Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik” 09.06.2018 tarihinde yayınlanmıştır. Bu kapsamda kendisine ibraz işlemi yapılabilmesi ve yapılan bu ibrazın ödemeyi gerçekleştirecek nitelikte olmasından dolayı bu yöntemde birtakım yükümlülükler mevcuttur. Bu sistemde muhatap banka dışında bir başka banka ya da kuruluş da bulunmaktadır. Birçok yükümlülüğü bulunan bu kurumların yükümlülükleri arasında kendisine ibraz edilen çeki muhatap adına vekâlet adı altında kabul etmek ve çeki dair bilgileri takas odasına bildirmek, karşılığı olmayan çekler için muhatap adına gerekli işlemleri yapmak da bulunmaktadır.

Takas sisteminde çekin hamilinin, çeki muhatap banka dışında başka bir bankaya ibraz etmesi söz konusudur. Bu tip bir durum meydana geldiğinde muhatap banka dışındaki başka bir banka bu çeki muhataba değil, takas odasına verecektir. Takas sistemindeki ibrazın geçerli olabilmesi için muhatap dışındaki bir kurumun çeki takas odasına tevdi etmesi

³⁴ Süheyl Donay, *Gereğçeli Ve Açıklamalı Çek Kanunu*(İstanbul: Beta basım,2012),66.

³⁵ Oğuz, “Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları”,383.

³⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku*,204; Reisoğlu, *Çek Hukuku*,210; Kendigelen - Kirca, *Kıymetli Evrak Hukuku*,306.

³⁷ Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,89; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*,116; Özdamar vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,263.

gerekmektedir³⁸. Bu nedenle çekin hamili tarafından takas odasına ibraz yapılması geçerli olmayacaktır.

Bu sistemde kişi, çeki bankaya ödeme yapılması amacı ile ciro edecek olursa söz konusu muhatap dışındaki banka bu çeki alacak ve takas odasına verecektir. Yapılan bu ibraz da geçerli olacak ve ödeme için yapılması gerekli olan ibrazın niteliklerine sahip olacaktır (TTK m.798/1).

II. MUHATAP BANKANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. GENEL OLARAK

Çeklerin ibraz edilecekleri asıl yer olan bankaların hem ticaret hukuku bakımından hem de çek hukuku bakımından pek çok yükümlülüğü bulunmaktadır³⁹. Bankalar çeklerin ödenmesinden önceki süreçte ve ödemedi sonraki süreçte bu yükümlülüklerine uygun hareket ederek basiretli bir tacir gibi davranmalıdır⁴⁰. Bundan dolayı bankalar, çekleri kontrol etme, geçerli olup olmadıklarını inceleme gibi hususları ele almalı ve ödemeyi bu hususların akıbetine göre yapmalıdır. Bu yükümlülüklerine uymayan ya da yerine getirmeyen bankaların, bu eylemlerinin sonuçlarına katlanmaları gerekmektedir⁴¹.

Bankaların yerine getirmekle yükümlü olduğu hususlardan ilki muhatap bankaya çeki veren, ibraz eden kişinin çekteki karşılığı alma hakkının olup olmadığını incelemektir. Bu kapsamda banka, çeki ibraz eden kişinin gerçekten çekteki ödemeyi talep etme imkânı olup olmadığını inceleyecektir. Bu incelemeyi yapmak için de bankalar, ibraz işlemi bulunan kişilere yönelik bir kimlik kontrol işlemi yapacaktır⁴². Bu işlem ile çeki elinde bulunduran ve bankaya ibraz eden kişinin meşru bir hamil olup olmadığı tespit edilecektir⁴³.

Bankaların kimlik tespit işlemi çekin türüne göre farklı yöntemlerle yapılacaktır. Emre yazılı nitelikte olan çeklerde kimlik tespit etme işlemi düzgün bir ciro zincirinin olup olmadığının kontrol edilmesi ile yerine getirilecektir. Bu işlem ödemenin yapılması açısından oldukça

³⁸ Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları,391; Ülgen vd. , Kıymetli Evrak Hukuku,336-340; Kendigelen - Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku,306.

³⁹ Çamoğlu, Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri,342-344.

⁴⁰ Tamer Bozkurt, Kıymetli Evrak Hukuku(Ankara: Yetkin Yayınları,2022),387;Yargıtay 11. HD, T.13.10.2020, E.2020/2400, K. 2020/4047(E.T. 30.07.2023); Şahinalp, "Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu",92.

⁴¹ Çelik Öztürk, Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme,104.

⁴² Ülgen vd. , Kıymetli Evrak Hukuku,270.

⁴³ Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları,278; Kendigelen - Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku,313.

önemlidir. Ancak bankanın bu yükümlülüğe uygun hareket etmesi için çeki kontrol etmesi ve ciro zinciri sürecini incelemesi yeterli olacaktır.

Nama yazılı çekler açısından durum farklılık göstermekle birlikte yapılan işlemler birbirine benzemektedir. Bu tip çeklerde çeki ibraz eden kişi aynı zamanda çek üzerinde adı yazan kişi ise basit bir kimlik kontrol işlemi ile bu yükümlülük yerine getirilebilecektir. Öte yandan çekte yazan kişiden farklı bir kişi çeki ibraz ederse bu durumda ibraz eden kişinin çekte adı yazılı olan kişinin temsilci ya da vekili olup olmadığı incelenecektir⁴⁴.

Hamile yazılı çek türünde ise senedin niteliği gereği elinde bulunduran kişi hamil olacağından meşru bir şekilde senedi devraldığı söylenecektir. Bankalar açısından çeki ibraz edenin yetkili olup olmadığını belirlemek bu çek türünde oldukça kolaydır. Buna karşın bu çek tipinde de hamilin hüviyetinin tespit edilmesinin yerinde ve gerekli olduğu yönünde görüş de mevcuttur⁴⁵.

Muhatap banka çeki elinde bulunduran kişiye dair kimlik tespiti yapma yükümlülüğünün yanı sıra kendisine ibraz edilen çeki özenle ve dikkatle inceleme yükümlülüğünü haizdir. Kendisine ibraz edilen çekin kanunda belirtilen yasal süreler içerisinde ibraz edilip edilmediğini inceleyecek olan banka, aynı zamanda ibraz olunan çek yaprağının orijinalliğini ve yaprağın kendisine ait olan basım şekliyle oluşup oluşmadığı kontrol etmek zorundadır. Bu kontrollerin yapılması hem ödeme işlemlerinin yapılması hem de birtakım yöntemlerle oluşturulan sahte çekleri engellemeyi mümkün kılacaktır⁴⁶.

Muhatap banka ibraz edilen çeki detaylı olarak inceleyecek, kanunda yazılı unsurları barındırıp barındırmadığına bakacak, çekin ödenmesine engel olabilecek nitelikte olaylar veya durumlar mevcutsa bu durumu tespit ederek ödemeden kaçınacaktır. Bu yükümlülükler uymayan yani göstermesi gerekli olan dikkati ve özeni yerine getirmeyen banka, bundan dolayı oluşacak zararı çeki düzenleyene yansıtamayacaktır⁴⁷.

Çekin incelenmesi noktasında birçok yükümlülüğe sahip olan bankanın yapması gerekli bir diğer inceleme ise çeki düzenleyen kişi ile kendisi arasında herhangi bir çek anlaşmasının olup olmadığıdır. Eğer bir anlaşma mevcutsa banka ödemeyi yapacaktır ancak ödemenin

⁴⁴ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*,113; Yargıtay 19. HD, T.21.03.2016, E. 2015/15764, K. 2016/4966(E.T. 30.07.2023).

⁴⁵ Arslan - Kayaççek, 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi,243; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*,204.

⁴⁶ Arslan - Kayaççek, 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi,244; Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*,313.

⁴⁷ Ali Ayli, , *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*(Ankara: Seçkin yayınları, 2019),87.

yapılabilmesi için de kendisine ibraz edilen çekin keşideciye ait banka hesabında karşılığının olması gerekmektedir⁴⁸. Diğer taraftan banka TTK m. 780 ve m. 781 uyarınca düzenlenen konular hakkında inceleme yapacak⁴⁹ ve çekin ödenmesi işleminin yapılıp yapılamayacağına karar verecektir.

Keşideci ile çek anlaşması⁵⁰ yapacak ve bunun sonucu olarak çek hesabı açacak olan bankanın, kendisine çek hesabı için başvuran müşterilerinin çek hesabı açma konusunda herhangi bir yasağının olup olmadığını incelemesi, bir tacir olarak yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür (Çek Kanunu m.2/1). Bu incelemeyi gereğine uygun olarak yerine getirmeyen bankalar çeki ibraz edecek olan hamillerin zararından da sorumlu olacaktır⁵¹. Bunun yanı sıra muhatap bankanın incelemesi gerekli olan bir diğer konu da hesabı açacak olan kişilerin ekonomik durumudur⁵².

Bankaların işlemlerini yapacakları müşterilerinin daha güvenilir olmasını sağlamak ve ileride ortaya çıkması muhtemel olan problemlerin azaltılmasını sağlamak amacıyla dikkatli ve özenli bir araştırma yapması söz konusu olacaktır. Basiretli bir tacir gibi davranması gereken bankaların bu yükümlülüğe uygun hareket etmesi gerekmektedir⁵³.

Muhatap banka, keşideci ile arasında bir çek anlaşması⁵⁴ olması ve çekin, kanuni düzenlemelerde belirtilen sürede kendisine ibraz edilmesi halinde çekin karşılığını ödemekle yükümlüdür. Banka söz konusu çekin karşılığı olan bedeli tam olarak öder ise bu durumda çekin arka kısmına şerh düşülecek ve bu çekten dolayı sorumluluğu bulunan tüm ilgililer için kambiyo senedinden doğan ilişki son bulacaktır⁵⁵.

Muhatap banka, kendisine ibraz olunan çekin karşılığı keşidecinin hesabında mevcut olmasına rağmen çeki ibraz eden hamile bu karşılığı ödemeyi geciktirirse bu durumda muhatap banka hamile karşı geciktiği her gün açısından binde 3 oranında gecikme cezası ödemekle yükümlü olacaktır (Çek Kanunu m. 3/7). Ancak bankanın ödemeyi geciktirmeyi

⁴⁸ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku,108.

⁴⁹ Aylı, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri,94-95; Kendigelen, Çek Hukuku,235.

⁵⁰ Pınar Uzun Şenol, "Çekte Muhatap Banka Sorumluluğunun Kapsamı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2(2013),953; Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,273.

⁵¹ Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku,739-740.

⁵² Oğuz, "Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları",377.

⁵³ Özgür Çatıktaş - Hüsamettin Duran, "5941 Sayılı Çek Kanununda Bankaların Yükümlülükleri" *Maliye ve Finans Yazıları* 1/95(2012),40-41.

⁵⁴ Uzun Şenol, "Çekte Muhatap Banka Sorumluluğunun Kapsamı", 953-954.

⁵⁵ Mahmut Coşkun, *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayıncılık,2018),504.

haklı kılacak bir nedeni ya da durumu varsa ödemenin yapılmaması ya da gecikmesi durumunda ortaya çıkan zarardan sorumlu olmayacak ve temerrüt durumuna da düşmeyecektir⁵⁶.

Muhatap banka, kendisinde bulunan keşideci banka hesabı üzerinde rehin olduğunu belirterek ödeme yapma yükümlülüğünden kurtulacaktır. Nitekim keşidecinin hesabında bulunan rehin aynı bir hak niteliğinde olduğundan ödeme yapılması mümkün olmayacaktır. Çünkü rehin hakkı hamilin ödeme istemesi durumuna göre üstün ve önceliklidir. Ancak bu tip bir durum söz konusu olduğunda muhatap banka rehin hakkı durumunu çeke yazmalı, bu duruma yönelik açıklamayı belirtmeli ve ödemesi yapılamayan çeki hamile geri vermelidir⁵⁷.

Çekin ödenmesine ilişkin bankanın yükümlülüğü bulunan bir diğer durum ise kısmen ödemedir⁵⁸. Buna göre; kendisine ibraz edilen çekin karşılığı tam olarak bulunmamakla birlikte kısmen de olsa ödenmesi mümkün olan çeklerin ödemesi, muhatap banka tarafından gerçekleştirilmelidir⁵⁹. Aynı şekilde keşidecinin banka hesabında bulunan bedel, kısmen de olsa çekin karşılığı olabilecekse ödenir ve bu ödeme hamil tarafından kısmi olduğu ileri sürülerek reddedilemez. Çünkü hamilin kısmi ödemeyi reddetmesi, reddetmiş olduğu miktar açısından çeki ödeme sorumluluğu bulunan diğer müracaat edebileceği kişilere karşı başvuru hakkından vazgeçmesi sonucu doğuracaktır⁶⁰.

Kısmi ödemenin hamil tarafından zorla kabul edilmesi ya da bu ödemenin zoraki olarak yapılması söz konusu olmayıp yapılacak işlem hamilin iradesine bağlıdır. Hamilin iradesine bağlı olarak ya kısmen ödeme yapılacak ya da ödemeye yapılmayacak ve hamil bu miktar açısından başvurma hakkını kaybedecektir⁶¹.

Çekin ibrazı ile ortaya çıkması muhtemel olan bir diğer durum ise çekin karşılığının keşidecinin hesabında olmamasına rağmen çekin ödenmesi halidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki muhatap banka, kendisine ibraz edilen çekin karşılığı olarak herhangi bir miktar olmamasına rağmen çekin bedelini öderse bu durumda karşılığı olmayan bir çekten söz

⁵⁶Sami Karahan vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*(Konya: Mimoza Yayınları,2015),391.

⁵⁷Haluk Çolak vd. , *Açıklamalı Gerekçeli ve İçtihatlı Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat*(Ankara: Adil yayınevi, 2003),51.

⁵⁸ Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,338-340.

⁵⁹Şafak Narbay, "5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Bunların Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi* 5/43(2010),83-85.

⁶⁰ Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*,275.

⁶¹ Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,113.

edilemez çünkü çeki ibraz eden hamil çekin karşılığı olan ödemeyi almış durumdadır. Bu durumda muhatap banka, bir hata sonucu ödediği bedeli hamilden değil, keşideciden talep edecektir⁶².

Karşılığı olmayan çek sayılmayan bir diğer durum ise muhatap bankanın kendi bünyesinde bulunan ve müşterisi olan çeki düzenleyen zor duruma düşmemesi, çeşitli yaptırımlardan korunması amacıyla kendi irade ve isteğiyle çekin bedelini hamile ödemesidir⁶³. Bu durumda da çek karşılıksız değildir zira hamil çeki ibraz etmiş ve karşılık olarak bedeli elde etmiştir. Söz konusu bu durum ortaya çıktığında da banka, ödemiş olduğu bedele ilişkin talebini keşideciye yapacak ve uğradığı zararı talep edecektir⁶⁴.

Kendisine yüklenen bu sorumlulukları yerine getirmeyen veya yerine getirmesi gerekli olan yükümlülükler uygun hareket etmeyen bankalar, ortaya çıkmış ya da çıkması muhtemel olan zararlardan dolayı sorumlu olacak ve zarara uğrayan kişilerin zararını tazmin edecektir.

B. İMZA KONTROL YÜKÜMLÜLÜĞÜ MESELESİ

Muhatap bankaların çekin karşılığı olan bedelin ödenmesi için yerine getirmekle yükümlü olduğu pek çok inceleme bulunmaktadır. Bu incelemelerden biri olan imza kontrol yükümlülüğü ya da imza incelemesi, muhatap banka açısından tartışmalı bir konu durumundadır. Bu sebeple bankanın bu yönde bir yükümlülüğünün olup olmadığını farklı açılardan ele almak gerekecektir.

Bilindiği üzere muhatap banka, kendisine ibraz edilen çekin karşılığı kendisinde mevcutsa ödeme yapmakla yükümlüdür çünkü keşideci ile aralarındaki çek anlaşması gereğince bu, bankanın yükümlülüğüdür. Çek, keşideci tarafından hazırlanan ve bankaya hitap edilerek düzenlenen, çeki elinde bulunduran hamile ödeme yapılması niteliğinde olan havaledir. Bu nedenle çekin düzenleyen tarafından hazırlanması ve yine düzenleyen tarafından imzalanması gerekmektedir. Bankanın müşterisi olan ve çek hesabı bulunan kişilerin söz konusu çekleri bizzat imzalaması çekin karşılığı olan bedelin hamile ödenmesi noktasında oldukça önemlidir.

Muhatap banka, kendisine ibraz olunan çekin unsurları ve çek niteliği kazanmasını sağlayacak özellikleri incelemenin yanı sıra çeki imzalayanın da keşideci olmasına dikkat edecek ve

⁶² Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*,127-128.

⁶³ Kendigelen, *Çek Hukuku*,244-245.

⁶⁴ Çolak vd. , *Açıklamalı Gerekeçli ve İçtihatlı Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat*,82-83.

imzayı kontrol edecektir⁶⁵. Çünkü düzenleyenin imzalamadığı bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi mümkün değildir. Banka tarafından yapılan inceleme sonucunda çekteki imzanın keşideciye ait olmadığı sonucuna varılır ise hamile ödeme yapılmayacak ve bu durum çekte yazılacak yani çekte şerh düşülecektir⁶⁶.

Çekin, çek hesabı sahibi gerçek kişi tarafından imzalanması meselesi aynı zamanda keşidecinin bir vekil ya da temsilci seçmemesi anlamına da gelmektedir. Nitekim çek hesabı sahibi çek düzenlemesi için herhangi bir kişiyi temsilci olarak seçemez. Ancak buna uygun olmayarak düzenlenen çekler geçerli olup bu konuda ortaya çıkacak tüm sorumluluk muhatap bankada çek hesabı bulunan gerçek kişidir⁶⁷.

Öte yandan çekin karşılığını ödeyecek olan muhatap bankada, çek hesabı sahibi gerçek kişinin temsilcisi ya da vekilinin imzası mevcut değilse, banka herhangi bir imza incelemesi yapamayacağından çekin karşılığı olan bedeli de çeki ibraz eden hamile ödememelidir⁶⁸.

Çekteki imzanın muhatap banka tarafından kontrol edilmesi ve imzanın geçerliliğine göre ödeme yapmaya ya da yapmamaya yönelik işlem yapmasının önemli olmasının bir diğer sebebi sahte çek konusudur⁶⁹. Bilindiği üzere sahte çekler tamamen gerçek olmayan beyanlarla dolu bir çekten meydana gelebileceği gibi imzaların taklit edilmesinden ya da çek yaprağının orijinal haline oldukça benzeyen bir örneğinin basılmasıyla da ortaya çıkabilir. Bu sebeple muhatap bankaların düzenleyenin imzasını kontrol etmesini gerektiren bir diğer önemli sebep sahte çek meselesidir⁷⁰. Bu konuda yaşanabilecek problemleri en aza indirgeyebilmek için muhatap bankanın çekteki imzayı kontrol etmesi oldukça yerinde ve önemlidir.

Muhatap bankanın sahte çekler konusundaki sorumluluğunun temeli keşideci ile muhatap banka arasında oluşturulan ve imzalanan çek hesabı anlaşmasıdır⁷¹. Tarafların aralarında

⁶⁵ Çelik Öztürk, *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*,108; Hanife Aydın – Zehra Badak, "Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20(41)/2021,908; Yargıtay 19. HD, T.07.03.2016, E. 2015/1503, K. 2016/4097(E.T. 30.07.2023).

⁶⁶ Aydın – Badak, "Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri",908-909; Özdamar vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,268.

⁶⁷ Aydın – Badak, "Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri",910.

⁶⁸ Ömer Korkut, *Çekte Muhatap Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu*(Adana: Karahan Kitabevi,2019),98; Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*,167.

⁶⁹ Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,346.

⁷⁰Ali Aylı, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*(Ankara: Seçkin Yayıncılık,2019),100; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*,387.

⁷¹ Aydın – Badak, "Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri",911.

oluşturdukları bu anlaşma kapsamında keşidecinin imza örnekleri, eğer mevcut ise temsilcilerinin imzaları ve çek hesabında ihtiyaç duyulabilecek tüm bilgiler muhatap bankaya verilmektedir⁷². Bu bilgilerin verilmesi ile muhatap banka çekte yer alan imzanın kontrolünü yapabilecek ve imzanın gerçek mi ya da sahte mi olduğu konusunda bir sonuca ulaşabilecektir⁷³. Bu imza kontrol yükümlülüğüne rağmen sahte çekin karşılığı ödenirse muhatap banka söz konusu ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır (TTK m.812)⁷⁴.

Muhatap bankanın imza kontrol yükümlülüğü yalnızca düzenleyenin imzası açısından mevcuttur. Dolayısıyla muhatap banka, ciro zincirinde yer alan tüm ilgililerin imzasını kontrol etmek gibi bir sorumluluğa sahip değildir⁷⁵. Kaldı ki bankanın imza kontrolünü yapmasını sağlayacak herhangi bir imza örneği de elinde olmadığından ciro zincirinde imzaların sahteliğinden sorumlu olduğu ileri sürülemeyecektir.

1.Takas Odası Yöntemiyle İbraz Edilen Çekte Bankanın İnceleme Yükümlülüğü

Çeklerin karşılığını elde etmenin bir başka yöntemi takas odalarının kullanılmasıdır. Muhatap bankanın takas odası yoluyla alınan çeklerde imza kontrol yükümlülüğü olup olmadığı bankanın sorumluluğu açısından oldukça önemlidir. Bilindiği üzere çekin ödenmesi amacıyla muhatap bankadan başka bir bankaya çekin ibrazı ve bu çekin karşılığının alınmasıyla gerçekleşen takas yönteminde, çeki takas odasına verecek yani ibraz edecek olan yalnızca bankalardır. Kendisine ibraz edilen çekin karşılığı olup olmadığını araştıran banka duruma göre ya ödeme yapacak ya da herhangi bir ödeme yapmayacaktır⁷⁶.

Çekteki imzayı kontrol etme yükümlülüğünün kaynağı muhatap banka ile keşideci arasında oluşturulan çek anlaşması olduğundan ve muhatap banka düzenleyene ait olan imza, temsilci vb. bilgileri aldığından kendisine ibraz edilen çekleri inceleyebilecektir. Ancak ibraz edilme yöntemlerinden biri olan takas odası sisteminde çek direkt olarak muhataba değil, bir başka bankaya verilmektedir⁷⁷. Başka bir banka elektronik ortamda işlemler yapılması yolu ile çekin karşılığı durumunu inceleyecektir. Bu sebeple söz konusu çek, muhatap bankanın eline

⁷² Tekil, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu,79.

⁷³ Kendigelen, Çek Hukuku,326.

⁷⁴ Aylı, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri,113; Bahtiyar vd. , Kıymetli Evrak Hukuku, 167.

⁷⁵ Tekil, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu,79-80; Kendigelen, Çek Hukuku,326-327;Bahtiyar vd. , Kıymetli Evrak Hukuku, 166-167.

⁷⁶ Ülgen vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,336.

⁷⁷ Ülgen vd. , *Kıymetli Evrak Hukuku*,337; Aydın – Badak, " Çekin Ödeme İçin İbrazında Muhatap Bankanın Yükümlülükleri",913.

geçmemektedir. Dolayısıyla muhatap bankanın çekteki imzayı inceleme olanağı olmamaktadır.

Kendisine herhangi bir çekin ibraz edilmemesi ve çekteki imzayı karşılaştırmak için gerekli olan bilgilere ulaşamayan muhatap bankanın sorumlu olacağını söylemek uygun olmayacaktır. Nitekim takas odası yöntemi kullanılması sonucunda ortaya bir zarar çıkması durumunda muhatap bankanın sorumluluğu da olmayacaktır⁷⁸.

Ancak öğretideki bir görüş, muhatap bankanın takas odası sisteminde de sorumluluğunun olduğunu, bankanın özen yükümlülüğünün devam ettiğini dile getirmektedir⁷⁹. Bu görüşü destekleyen nitelikte bazı Yargıtay kararlarının da bulunması muhatap bankanın takas odası sisteminde de sorumluluğunun devam ettiği, ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağı fikrini kuvvetlendirmektedir⁸⁰.

Kanaatimizce muhatap bankaların çeklerin ödenmesi açısından oldukça önemli bir konumda olması ve çeklerin işleyişindeki sistemde kritik bir yere sahip olmasından dolayı çeklerin güvenliği ve sahte çek olaylarının azalması açısından yerine getirmesi gereken yükümlülükleri mevcuttur. Bu yükümlülüklerden biri olan özen yükümlülüğü çerçevesinde muhatap banka, çekte yer alan imzayı incelemeli ve kontrol etmelidir.

Takas odası yoluyla ibraz edilse muhatap bankanın, çekin sahte olduğunu basit bir inceleme ile anlayabilme imkânı mevcutken buna uygun hareket etmezse ya da çek hesabındaki bir durum çekin karşılığını ödemeye engel olurken muhatap banka bu durumu bildirmezse ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Bu yüzden, her ne kadar çekteki imzayı kontrol etme imkânı olmasa da muhatap banka kendisine ait olan özen yükümlülüğüne uymalı ve buna göre harekete etmelidir.

2. Yargıtay Kararları Işığında İmza Kontrol Yükümlülüğü

Bir tacir olarak özen yükümlülüğüne sahip olan bankaların imza kontrol yükümlülüğü bulunduğu teorik olarak kabul edilse de bu yükümlülüğün ticari hayat içerisindeki uygulamalarda ne kadar yerine getirildiğini ya da yerine getirilmemesi durumunda sonuçlarının neler olabileceğini anlayabilmek için çeşitli mahkeme kararlarına bakmak

⁷⁸ Aylı, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*,101; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*,432- 434.

⁷⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku*,332-333.

⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 19.12.2019, E. 2017/131, K. 2019/1395(E.T. 30.07.2023); Yargıtay 11. HD, T. 12.12.2016, E. 2015/12087, K. 2016/9466(E.T. 30.07.2023).

yerinde olacaktır. Bu kapsamda hem yükümlülüğün uygulamada da olup olmadığı belirlemek hem de bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda karşılaşılabilecek sonuçları anlamak için birkaç karar incelenecektir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2014/1903 Esas, 2014/4708 Karar sayılı ilamına konu olan olayda⁸¹; davacı taraf çeklerin muhatap bankaya ibraz edildiğini ancak çeklerin karşılıksız olduğunu, davacının ibraz ettiği çekteki imzanın muhatap bankada bulunan imzalarla uyuşmadığı için ödemenin yapılmadığını, davacı tarafından yapılan icra takip işlemine itiraz edildiğinden itirazın iptali davası açtığını belirtmiştir. Buna karşılık olarak davalı taraf, davanın açıldığı mahkemenin yetkisiz olduğunu ve çekte yer alan imzanın muhatap bankada hesabı bulunan keşideciye ait olmadığı için ödemenin yapılmadığını ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Tarafların bu iddiaları üzerine ilk derece mahkemesi, TTK ve Çek Kanununun muhatap bankaya çekteki imzayı denetlemesi sonucunda ödeme yapılmaması durumunu sağlamadığı, süresinde ibraz edilmiş olan çeklerin ödenmesi gerektiği ayrıca çekteki imzaların aynı olmadığına yönelik olarak keşide eden tarafından herhangi bir inkâr etme, menfî tespit davası açma vb. durum söz konusu olmadığından davayı kabul etmiş; bu hüküm de davalı tarafından temyiz edilmek üzere Yargıtay'ın önüne gelmiştir.

Yargıtay yaptığı incelemede, TTK m.801 ve m.812 uyarınca söz konusu çek olduğundan muhatap bankanın kendisine ibraz edilen çeklerdeki imzaları kontrol etme yükümlülüğü olduğunu, bu durumun anlaşılabilmesi için gerekli incelemelerin yapılması gerektiğini ancak söz konusu önüne gelen dosyada bu yönde herhangi bir işlem olmadığından eksik incelemenin var olduğunu, bu incelemelerin yapılması sonucunda karar verilmesi gerektiğini dile getirmiş ve hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Söz konusu Yargıtay kararı da yasada ve öğretide kabul edilen imza kontrol yükümlülüğünün muhatap bankaya ait olduğunu, gerekli incelemelerin yapılmasının gerektiğini, bu incelemelerin yapılması için keşideci tarafından menfî tespit davası açılabileceğini, imza kontrol yükümlülüğü olan bankanın yapacağı inceleme ile ödeme yapıp yapmayacağına yönelik işlem tahsis etmesi gerektiğini dile getirmektedir. Ele alınması gereken bir diğer nokta, muhatap bankaya ibraz edilen çeklerdeki imzaların uyuşmaması sonucunda banka

⁸¹ Yargıtay 19. HD, T. 11.03.2014, E. 2014/1903, K. 2014/4708(E.T. 30.07.2023).

tarafından hangi işlemlerin yapılacağı, imza uyumsuzluğu nedeniyle ödenmeyen çeklerin hukuki olarak niteliklerinin ne olacağı konusudur.

Muhatap bankalar, kendilerine ibraz edilen çeklerdeki imzaların kontrolü sonrasında uygun olmadığını ya da farklı imza olduğunu fark ettiklerinde çekin ödemesi yapılmayacak ve çekin arka tarafına imzaların farklı olduğu, bankadaki keşideci imzası ile çekteki imzanın örtüşmediği belirtilerek şerh düşülecektir.

Çekin üzerinde bu tip bir şerhin yer alması, çekin kambiyo senedi vasfını etkilememektedir⁸². Dolayısıyla hamil çekin tahsili için kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurma imkânına sahiptir. Aynı zamanda çekte yer alan bu şerh, mahkemeler açısından bir delil olarak kabul edilmemekte ve hamil ihtiyati haciz yoluna başvurabilmektedir⁸³.

Yargıtay bir başka kararında⁸⁴; çekte yer alan imzanın, bankada bulunan imza örnekleri ile uyuşmaması sebebiyle ödeme yapmaması sonucunda banka aleyhine yapılan icra takibine, muhatap banka tarafından itiraz edilmesi ve bu itirazın iptali için açılan dava sonucunda, ilk derece mahkemesi çek karnesi düzenleme eyleminin bankanın çekten sorumlu olması için yeterli olduğu düşüncesinden hareketle itirazın iptali davasını kabul etmiştir. Davanın temyiz edilmesi sonucunda Yargıtay, çekte yer alan imzanın keşideciye ait olup olmadığının tespit edilmesinin yerinde olacağını ve buna yönelik bir inceleme yapılmaksızın karar verilmesini uygun görmediğinden kararı bozmuştur.

Muhatap banka çekte yer alan imzayı kontrol etmekle yükümlü olup bu yükümlülüğe aykırı işlemlerde bulunması durumunda ortaya çıkacak zarardan dolayı sorumludur. Bu sorumluluk kanundan kaynaklanmakta olup kusursuz bir sorumluluktur. Çekteki imzanın sahte olması ya da imzanın bankadaki örneklerle uyuşmamasına rağmen muhatap banka tarafından ödeme yapılması durumunda banka bu ödemeden dolayı ortaya çıkması muhtemel zararlardan sorumlu olacaktır.

⁸² Yargıtay 11. HD, T.17.10.2016, E. 2016/10781, K. 2016/8198(E.T. 30.07.2023).

⁸³Yargıtay 11. HD, T. 30.09.2015, E. 2015/9452, K. 2015/9689(E.T. 30.07.2023); Yargıtay 12. HD, T. 20.10.2015, E. 2015/19797, K. 2015/25177(E.T. 30.07.2023).

⁸⁴ Yargıtay 19. HD, T. 27.04.2016, E. 2016/3927, K.2016/7595(E.T. 30.07.2023).

Nitekim Yargıtay'ın pek çok kararında⁸⁵ ve doktrindeki görüşlerde de bu durum belirtilmiş ve muhatap bankanın TTK m. 812 kapsamında kusursuz sorumlu olacağını dile getirmiştir⁸⁶.

Kanun tarafından kendisine kusursuz bir sorumluluk yüklenen muhatap bankaların bu durumdan kurtulmaları yani kusursuz olarak sorumlu olmaktan kurtulabilmeleri imkânı mevcuttur. Bu sorumluluktan kurtulabilmenin yolu ise çeki keşide eden çek hesabına herhangi bir kusurun yüklenebilmesi ve bu kusur oranında da muhatap bankanın sorumluluğunun azaltılması veya tamamen ortadan kalkmasıdır⁸⁷. Bu tip bir durum meydana geldiğinde muhatap banka düzenleyenin de kusurunun mevcut olduğunu dile getirecek, böylelikle sahte çek durumunda ya da başka bir şekilde gerçekleşen ve ödenmemesi gerekirken ödenen çeklerden doğan zararlardan dolayı muhatap banka tek başına sorumlu olmayacak; düzenleyen de kusuru oranında sorumluluğa dâhil olacaktır⁸⁸. Yargıtay da bu durumu ele almakta ve kusuru muhatap banka ile çek keşide eden arasında paylaştırmaktadır⁸⁹.

Son olarak eklemek gerekirse muhatapın kusursuz olarak sorumlu olduğunu belirten kanun hükmü emredici nitelikte olmadığından bankaların, keşidecilerle aralarında yaptıkları çek anlaşmalarına düzenlemeler ekleyerek ve sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olan maddelerin anlaşmalarda yer almasını sağlayarak tüm sorumluluğu çek hesabı sahibine yüklemeyi amaçlaması mümkündür.

Ancak muhatap bankalar, yetkili makamların izniyle işlemler yapan, bu izin sayesinde ticari hayatta faaliyette bulunan kurumlar olduğundan keşidecilerle yaptıkları her türden sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olan sözleşmeler ya da bu durumu sağlayacak herhangi bir maddenin varlığı geçerli olmayacak, kesin olarak hükümsüz sayılacaktır (Türk Borçlar Kanunu m. 116/3)⁹⁰.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD, T.21.10.2014, E. 2013/15613 K. 2014/16098 (E.T. 30.07.2023); Yargıtay 11. HD, T. 12.05.2015, E. 2015/432, K. 2015/6736 (E.T. 30.07.2023); Yargıtay 11. HD, T. 20.04.2021, E. 2017/11-37, K. 2021/512 (E.T. 30.07.2023).

⁸⁶ Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*,318; Hilal Yener Tanın, " Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/ 2(2017),808; Şahinalp, "Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu" ,109.

⁸⁷ Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*,388.

⁸⁸ Aydın – Badak," Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri",911; Şahinalp, "Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu",109-110.

⁸⁹Yargıtay 11. HD, T. 12.12.2016, E. 2015/12087, K. 2015/9466(E.T. 01.08.2023).

⁹⁰Yener Tanın, " Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk", 820-822; Kendigelen, *Çek Hukuku*,344; Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*,395-396.

Kanuni düzenlemelerde yer alan maddeler, doktrinde yer alan görüşler ve birçok Yargıtay kararında ele alınan bir konu olan çekte yer alan imzanın keşideciye ait olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğü, hem zararın tazmin edileceği kişileri bulma hem de çekin ticari hayat uygulamasında karşılaşılan birtakım sorunları azaltabilmek açısından oldukça kritik bir önemi haizdir.

Yasal düzenlemelerde açık bir şekilde muhatap bankanın bir yükümlülüğü olarak belirtilen imza kontrol yükümlülüğü pek çok Yargıtay kararında da dile getirilmiş ve çek incelenirken gerekli özen ve dikkatin gösterilmesi gerekli olan unsurlardan biri olarak gösterilmiştir. Muhatap bankaların çekin geçerliliğini, ödenmesini, tedavülünü etkileyen bu incelemeyi gereken bir şekilde ve yeterli bir ölçüde yapmadığı takdirde kusursuz olarak sorumlu olacağı da düzenlenmektedir.

Kanaatimizce de muhatap banka, kendisine ibraz olunan çekteki imzayı, kendi bünyesinde bulunan keşideciye ait imzalar ile karşılaştırmalı, imzaların uyuşması durumunda hamile ödemeyi yapmalıdır. Çekteki imza ile bankadaki imzanın uyuşmaması ya da çekte yer alan imzanın net ve açık bir şekilde düzenleyene ait olduğunun belirlenememesi gibi durumlarda muhatap banka hamile herhangi bir ödeme yapmamalıdır.

Bu tür bir durum vukuu bulduğunda muhatap banka çekin arkasına durumu açıklar şekilde bir şerh düşmelidir. Buna aykırı hareket ederek çekteki imza uyuşmamasına rağmen ödeme yapan muhatap banka, ortaya çıkacak olan zarara katlanmak durumundadır. Ancak bu tip bir durumun ortaya çıkmasında düzenleyenin de bir kusuru mevcutsa muhatap banka ve düzenleyen kusurları belirlenecek, belirlenen kusuru oranında her iki taraf da sorumlu olacaktır.

C. BANKANIN ÖDEME YAPMAMASI VEYA KAÇINMASI

Kambiyo senedi niteliğinde olan çeklerin karşılığı olan ödemeyi alabilmek için hamil tarafından muhatap bankaya veya takas odasına ibraz edilmesi gerekmektedir. Çekin ibrazından sonraki süreçte çekin karşılığı olan bedel hamile ödenebileceği gibi bazı durumlarda muhatap bankanın çekin karşılığı olan bedeli ödememesi ya da ödemededen kaçınması söz konusu olabilir⁹¹.

⁹¹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*,123 – 127.

Kanunda yer alan yasal düzenlemelerdeki zorunlu ve bulunması gerekli olan unsurları taşımayan çeklerin karşılığı ödenmeyeceği gibi çekin muhataba ibraz edilmesi için uyulması gerekli olan ibraz süresine uyulmaması da bir diğer ödememe sebebi olabilmektedir.

Diğer yandan sahte çek niteliğinde olan çeklerin ya da tahrif edilmiş olan çeklerin de ödenmesi mümkün olmayıp muhatap bankaların bu tür bir durumda ödeme yapmaması bir zorunluluk oluşturmaktadır⁹². Sahte ya da tahrif edilmiş bir çekin var olduğu durumlarda muhatap banka ödemedi kaçınır, ibraz edilen çekin arka tarafına çekin karşılığı olan bedelin ödenmemesi sebebini yazar ve hamile çeki geri verir⁹³.

Mahkemeler tarafından verilen men kararları (TTK m. 757/1), keşidecinin muhatap bankada bulunan çek hesabı üzerinde haciz veyahut rehin olması⁹⁴ durumlarında da muhatap banka çekte yazılı olan bedeli ödemeyecektir. Bu sebeplerin yanı sıra günümüz uygulamalarında oldukça az olsa da muhatap banka ile çek keşide eden kişi arasında bir çek anlaşmasının var olmaması da çekin banka tarafından ödenmeyeceği hallerden birisidir⁹⁵.

Çekin muhatap banka tarafında ödenmeyeceği bir diğer durum ise karşılıksız çeklerdir ki bu çekler, günümüz ticari hayat uygulamalarında oldukça sık karşılaşılan ve kendisine özgü hükümleri de bulunan çeklerdir. Karşılıksız çekler genel olarak yasal sürelerde ibraz edilen fakat çekte yer alan bedelin karşılığının tam olarak bulunmadığı, çekin bedelinin kısmen dahi olsa ödenmemesi sonucu oluşan çekler olarak ifade edilebilir (Çek Kanunu m.3/2). Bu ifadeden hareketle bir çekin karşılıksız kalabilmesi için çekin ödenmemesi gerekmektedir⁹⁶.

Karşılıksız çekler açısından dikkat edilmesi gereken nokta; muhatap bankanın çekin bedelini ödemediği her durumda karşılıksız bir çekin var olmayacağıdır. Çünkü bazı durumlarda muhatap banka çekin karşılığını ödememekle yükümlüdür.

Örneğin; çek niteliğinde olmayan, çekte var olması gerekli olan unsurları içermeyen çeklerin muhatap banka tarafından ödenmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla çekin karşılığının her ödenmemesi durumu karşılıksız çeki sebebiyet vermeyecektir. Her somut durum kendi

⁹² Kendigelen, *Çek Hukuku*,349; Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,347.

⁹³ Ahmet Battal, "Karşılığı Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2(1997),69.

⁹⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku*,350.

⁹⁵Battal, "Karşılığı Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu",69; Kendigelen, *Çek Hukuku*,350.

⁹⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku*,350 – 351; Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*,290.

içerisinde değerlendirilerek çekin ödenmemesinin sebebi araştırılacak, bu sebebin dayanağına bakılarak karşılıksız çekin meydana gelip gelmediği incelenecektir.

Karşılıksız çek hususundaki bir diğer önemli nokta, muhatap bankanın ödeme yapmaktan kaçındığı durumlarda karşılıksız çekin meydana geleceğidir. Çünkü özel hukuk açısından kanundaki unsurları haiz olan ve yasal süresinde ibraz edilmesine rağmen karşılığı bulunmayan ya da ödenmeyen her çek karşılıksız çek niteliğinde olacaktır.⁹⁷ Bu kapsamda muhatap bankanın keşidecinin çek hesabında yeterli karşılık olmaması durumunda karşılıksızdır işlemini yapması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra muhatap banka kasten ya da ihmali bir hareketle karşılığı ödemekten kaçır ise bu durumda da bir karşılıksız çek ortaya çıkacaktır⁹⁸.

Daha önce de değinildiği üzere çek hesabında rehinin bulunması, haczin olması, tedbirin varlığı ya da mahkeme kararı ile alınan ödemeden men yasağı durumlarında banka ödemeden kaçınacaktır ancak bu tip durumlarda çek karşılıksız kalmış olacaktır. Dolayısıyla bu durumlar meydana geldiğinde çek karşılıksız çek niteliğinde olacak ve muhatap banka tarafında “karşılıksızdır” işlemi yapılması gerekecektir⁹⁹.

Muhatap bankanın ödemeden kaçınma ya da ödemeyi yapmamak için birçok sebebinin mevcut olduğu açıktır. Ele aldığımız konu olan bankanın çekteki imzanın düzenleyene ait olmaması ya da imzaların uyuşmaması sebebiyle ödemeden kaçınması durumu da muhatap bankanın ödeme yapmaktan kaçınacağı bir diğer durumdur.

Muhatap banka, kendisine ibraz olunan çekteki imzayı incelemekle yükümlü olduğundan herhangi bir sahte çek durumu ya da imzaların aynı olmaması durumunda çekin karşılığını ödemeyecek, tespit edilen bu durumu çeke yazarak hamile çeki teslim edecektir. Bu noktada sorun, imza uyuşmazlığı nedeniyle karşılığı ödenmeyen bu çekin üzerinde herhangi bir “karşılıksızdır” kaydı olmadığından karşılıksız çek olup olmadığı, muhatap bankanın bu tür bir olay vukuu bulduğunda “karşılıksızdır” işlemi yapmasının gerekip gerekmediği konusudur.

⁹⁷ Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*,410-412; Kendigelen, *Çek Hukuku*,352- 353.

⁹⁸Muzaffer Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*(İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları,1994),10-15; İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*,134.

⁹⁹ Yargıtay 12. HD, T. 17.10.2018, E. 2018/13980, K.2018/10037(E.T. 01.08.2023); Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*,430-431.

Muhatap banka kendisine ibraz olunan çekteki imzayı incelemekle yükümlü olduğundan herhangi bir imza uyuşmazlığı ya da imza benzeşmezliği tespit ettiği durumda ödeme yapmaktan kaçınacak ve bu durumu şerh düşerek çeke yazacaktır. Ancak bu durumda çek geçerli ve süresinde ibraz edilmiş olsa bile “karşılıksızdır” işlemi muhatap banka tarafından çeke yazılmadığından ya da bu yönde bir işlem tahsis edilmediğinden çekin hamili, çekteki bedeli tahsil edebilmek için diğer borçlulara başvurma imkânından yoksun kalma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla hamilin hak kaybına uğraması ve çekin karşılığını olan bedeli elde edememe olasılığı yüksektir.

Daha önce de değinildiği üzere karşılıksız çek söz konusu olduğunda muhatap banka çek üzerinde bir işlem tahsis ederek durumu belirtecek ve hamil de bu işlem sayesinde diğer müracaat borçlularına başvurabilecektir. Muhatap bankanın imza uyuşmazlığında ödemedi kaçınmasına benzer olarak başka durumlarda da ödemedi kaçınması mümkün olmakla birlikte bu tip durumlarda “karşılıksızdır” işlemi yapması gerekecektir. Ödemedi men yasağı, haciz, rehin gibi durumlarda banka ödemedi kaçınsa dahi karşılıksızdır işlemi yapacaktır. Ancak imza uyuşmazlığı sebebiyle “karşılıksızdır” işlemi yapılıp yapılmayacağı belirsizdir. Bu durumda hamilin hak kaybına uğramasına sebebiyet verecektir.

1. Yargıtay Kararları Çerçevesinde İmza Uyuşmazlığı Sebebiyle “Karşılıksızdır” İşleminin Yapılması Sorunu

Muhatap bankanın imza uyuşmazlığı durumunda ödemedi kaçınacağı ve bu durumu çeke şerh olarak yazacağı hususunda şüphe yoktur ancak bu tip bir durum ortaya çıktığında çeke “karşılıksızdır” ibaresi yazılacağı yönünde herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

Bu durumu açıklığa kavuşturmak amacıyla diğer ödemedi kaçınma sebeplerinde olduğu gibi karşılıksızdır işlemi yapılması gerektiği kabul edilerek bir çözüme varılabileceği gibi imza uyuşmazlığı durumunun özel bir sebep olarak kabul edilmesi ve karşılıksızdır işlemi yapılmayacağı da kabul edilebilir. Bu konuya yönelik uygulamada verilen bazı kararları incelemek konunun çözümü için yararlı olacaktır.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 16.03.2017 tarihli, 2015/8582 Esas ve 2017/2348 Karar sayılı bir kararında; ... çekteki imzanın bankada hesabı bulunan keşideciye ait olup olmadığı konusunda yeterli ve yapması gereken incelemeyi yapmayıp konuya açıklık getirmeyen diğer başka soyut sebeplerle söz konusu çeke “karşılıksızdır” işlemi yapmaması ile ortaya çıkan

eylemin suç meydana getirdiğinden hareketle, üzerine atılı bulunan suçtan mahkûm olmasına karar verilmesi gözetilmeksizin mahkeme kararındaki yazılı gerekçe ile beraatına karar verilmesi bozma sebebi kabul edilmiştir. Yargıtay söz konusu kararında muhatap banka görevlisinin yeterli ve yapması gereken araştırmayı yaparak kendisine ibraz edilen çeke “karşılıksızdır” işlemini yapmaktan imtina edebileceği kabul edilmiştir.

Muhatap bankaların imza kontrol yükümlülüğü ile bağlantısı bulunan ve aynı zamanda bir suç olan “karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme” suçu kapsamında ele alınan bir başka Yargıtay kararında bankaların yapacağı ya da yapması gerekli olan işlemler belirtilmiş, bu suçun oluşması için gerekli olan birtakım hususların değerlendirilmesi yapılarak bir karara varılmıştır.

Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 tarihli, 2019/35817 Esas ve 2020/415 Karar sayılı kararına konu olan dosyada; birbirinden farklı birkaç mahkemenin karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme suçu açısından verdikleri ve her biri farklı sonuçlara ulaşan kararların arasındaki uyumsuzluğun giderilmesine yönelik olarak yapılan başvuru incelenmiştir.

Birbirinden farklı kararları içeren bu dosyalarda genel olarak ele alınan konular; muhatap bankanın yaptığı inceleme sonucu çekteki imza ile keşideci imzasının uyumsuzluğu sebebiyle ödeme yapmaması ve karşılıksızdır işlemini yerine getirmemesi, ibraz edilen çeke tedbir kararının olmasından dolayı çeke dair herhangi bir işlemin yapılmamasıdır. Farklı yönlerde kararların alındığı bu dosyalarda kimi mahkemeler beraat kararı verirken kimi mahkemeler ise suçun oluştuğuna karar vererek ceza verilmesine yönelik kararlar vermiştir.

Yargıtay Ceza Dairesi birçok kanuni düzenlemeyi dikkate alarak her bir dosyayı ayrı ayrı değerlendirmiştir. Çek Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi yasal düzenlemelerde yer alan hükümlerden yola çıkılarak yapılan incelemeler ışığında farklı kararlar arasında giderilmesi gereken konular belirlenmiştir. Bu konular; muhatap bankanın çeşitli nedenlerden dolayı karşılıksızdır işlemini yapmadığında gerçek kişi keşidecinin sorumlu olup olmadığı ve muhatap bankanın çekteki inceleme yükümlülüğünün sınırları ile bankanın karşılıksızdır işleminin zorunlu olup olmadığı hususlarıdır.

Yargıtay tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda, karşılıksızdır işlemine sebep olan kişinin keşideci yani çeki düzenleyen olduğu dolayısıyla bu suçun failinin

düzenleyen olduğu belirtilmiştir. Yapılan incelemenin devamında muhatap bankanın çeki inceleme yükümlülüğüne ilişkin olarak TTK ve Çek Kanununda yer alan yasal düzenlemelere değinilmiş, karşılıksızdır işleminin yöntemi anlatılmıştır. Daha sonrasında ise muhatap bankanın ciro zincirindeki imzaların sadece sırasını kontrol edeceğini, ciro silsilesindeki imzaların geçerli olup olmadıkları incelemekle yükümlü olmadığı belirtilmektedir.

Yapılan incelemenin devamında TTK m. 812 çerçevesinde muhatap bankanın sorumluluğuna değinilmiş, sahte çek durumu söz konusu olduğunda karşılıksızdır işlemi yapılmamasının bir suç meydana getirmeyeceği dile getirilmiştir. Buna karşın geçerli ve kanunlara uygun bir çek ibrazına karşın karşılıksızdır işleminin yapılmaması halinde suçun meydana geleceği ve muhatap bankanın bundan sorumlu olacağına değinilmiştir.

Çekin ibraz edilmesinden önceki bir süreçte ortaya çıkan bir olay sebebiyle zarar meydana gelecekse bu durum keşideci tarafından muhataba bildirilmeli, keşidecinin herhangi bir izni olmaksızın çek üzerindeki bilgiler doldurulmuş ise bu durum da hem bankaya hem de kolluk makamlarına bildirilmelidir. Aynı şekilde çekten cayma vb. durumlar söz konusu ise çek hesabı sahibi keşideci bu tip durumları bankaya bildirmekle yükümlüdür.

Söz konusu Yargıtay kararında, muhatabın imza kontrol yükümlülüğü hususunda yapması gereken işlemler ve sınırı belirtilmiştir. Buna göre muhatap banka, çekte yer alan imzanın ıslak bir imza olup olmadığına bakacak, bu sebep dışındaki imzaların uyuşmaması, imzanın açık ve net bir biçimde olmaması gibi diğer sebeplerden dolayı ödemedi kaçınma halinin mümkün olmadığı, karşılık yok ise karşılıksızdır işlemi yapmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Bu konunun devamı olarak elden rıza dışı bir yolla çıkan çekler bankaya bildirilmeden önceki bir süreçte muhatap bankaya hamil tarafından ibraz edilirse ve banka da imzaların uyuşmadığı sebebiyle karşılıksızdır işlemi yapmaktan imtina ederse bu durumun yasal düzenlemelere aykırı olacağı söylenmektedir. Yargıtay kararının sonucunda; bankanın, “karşılıksızdır” işlemi yapmamayı gerektiren objektif nitelikte gerekçelerinin olmadığı, muhatap bankanın “karşılıksızdır” işlemi yapmamasının sebebi olarak ileri sürdüğü ve sübjektif nitelikte olan durumların “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına engel olabilecek nitelikte durumlar olmadığı, bu sebeple muhatap bankanın karşılıksızdır işlemi yapması gerektiği kanısına varılmıştır.

Kanaatimizce uygulamada belirlenen ilkeler gereğince, imzaların uyuşmaması sebebiyle çekin karşılığının ödenmediği durumlarda karşılıksızdır işlemi yapılması gerekse de imza unsuru incelenmesi gerekli olan ve çekin geçerliliğini doğrudan etkileyen bir unsur olduğundan bu hususta gerekli araştırmaların yapılması ve bu araştırmalar neticesinde bir karara varılması yerinde olacaktır.

Her ne kadar çekte rehin bulunması, haczin varlığı, ödemedi yasaklı olma durumlarında karşılıksız bir çek olduğu kabul edilerek karşılıksızdır işlemi yapılsa da imzaların uyuşmaması sorunu çek açısından oldukça önemli bir sorundur. Nitekim çekin gerçek bir çek olarak taşınması gerekli unsurların olmadığı durumlarda çek karşılığı ödenmediği gibi karşılıksızdır işlemi de yapılmayacaktır.

Düzenleyenin imzası da çekin var olabilmesi için gerekli ve zorunlu olan bir unsurdur. Bu durum dikkate alındığında muhatap bankanın çekteki imzayı incelemesi sonucunda imzaların uyuşmaması durumunu tespit etmesi halinde ödemedi kaçınması yerinde olacaktır. Çünkü imza unsuru hem sahte çek uygulamasının ortaya çıkması engellemek hem de çekin geçerliliğini etkileyen bir faktör olduğundan muhatapın tespit ettiği imza uyuşmazlığı sonucunda ödeme yapmaması muhatap açısından haklı bir gerekçedir. Bu durum ortaya çıktığında çekin karşılığını alamayan hamilin karşılıksızdır işlemi yaptırmak istemesi kendisi yararına olsa da kanaatimizce muhatap banka karşılıksızdır işlemi yapmamalıdır.

Her ne kadar uygulamada bankanın bu işlemi yapmaması suç olarak kabul edilse de muhatap bankanın kendisine yüklenen sorumluluk çerçevesinde imza incelemesi yapması, inceleme sonucunda doğrudan çekin geçerliliğini etkileyen bir unsur olan imzanın uyuşmazlığı durumunda ödemedi kaçınması haklı bir sebep olup karşılıksızdır işlemi yapmadığı gerekçesiyle muhatap bankaya ceza verilmesi yerinde olmayacaktır.

Kanaatimizce muhatap bankanın karşılıksızdır işlemi yapmaması bir suç olarak kabul edilmekle birlikte imza uyuşmazlığı durumunda özel bir durum ortada olduğundan muhatap bankaya söz konusu özel durum ortaya çıktığında ceza verilmemeli ve bu durum bir suç olarak kabul edilmemelidir.

SONUÇ

Kendi yapısı gereği muhatapları yalnızca bankalar olan çeklerin karşılığının alınabilmesi amacıyla yasal süresinde ibraz edilmesi gereklidir. Muhatap bankalar ise kendilerine ibraz

edilen çeklerin karşılığını ödemedi önce birtakım yükümlülükleri yerine getirmektedir. Bu kapsamda çekin geçerliliğini, ibraz süresini, çekin karşılığı olup olmadığını vb. inceleyen bankalar, tespit ettikleri hususlar doğrultusunda hareket edecek ve bu hususların gerektirdiği işlemleri yerine getireceklerdir.

Muhatap bankalara yüklenen yükümlülüklerden biri de çekin geçerliliğini incelemek yani çekin taşınması gerekli olan unsurlara sahip olup olmadığını incelemektir. Kendisine ibraz olunan çekte yer alması gerekli olan unsurları barındırmayan çekler tespit edildiğinde muhatap banka yetkili hamile ödeme yapmaktan kaçınacak ve çekin üzerine herhangi bir karşılıksızdır işlemi yapmayacaktır. Çünkü muhatap bankanın yaptığı inceleme sonucunda ortada geçerli bir çek olmadığından çekin karşılıksız olduğu tespit etmek de mümkün olmayacaktır.

Muhatap bankanın çekin incelenmesi kapsamında olan bir diğer yükümlülüğü ise çekteki imzanın incelenmesi olduğundan; muhatap banka kendisinde bulunan imza örnekleri ile çekteki imzayı karşılaştıracak ve ortaya çıkan sonuca göre ya ödeme yapacak ya da imzaların uyuşmaması sebebiyle ödemedi kaçınacaktır ki bu ödemedi kaçınma durumu muhatap banka açısından haklı bir sebeptir.

Diğer yandan ibrazı yapan yetkili hamil, çekteki bedelin karşılığını alamadığı için karşılıksızdır işlemi yapılmasını talep etse de kanaatimizce karşılıksızdır işlemi yapmayarak sadece çekin arka kısmına imza uyuşmazlığını belirten bir şerh düşmelidir.

Uygulamada imza uyuşmazlığı sebebiyle karşılıksızdır işlemi yapılmaması geçerli bir sebep sayılmayarak muhatap bankaların karşılıksızdır işlemi yapması gerektiği fikri benimsense de bizce muhatap bankalar imza uyuşmazlığı gibi özel bir durum söz konusu olduğunda bu işlemi yapmak zorunda olmayıp ödemedi kaçınmalıdır.

İmza uyuşmazlığı durumuna yönelik özel düzenlemeler yapılarak muhatap bankaların imza incelemesi sonucunda ödemedi kaçınması durumu korunmalı, karşılıksızdır işlemi yapmama suçunu düzenleyen maddelerde yeni bir ekleme yapılarak imza uyuşmazlığı durumunda söz konusu suçun oluşmayacağını belirten bir istisna getirilmelidir. Bu düzenlemeler ile uygulamada ortaya çıkan pek çok birbirine zıt kararların sayısı azalabilecek ve muhatap bankaların sahte çekleri ödemesini engelleyebilecek bir ortam oluşmasına katkıda bulunulacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin – Kayanççek, Murat. *5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi*. Ankara: Sözkese Matbaacılık, 1. Basım, 2010.
- Aydın, Hanife – Badak, Zehra. ” Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41(2021), 898-923.
- Ayli, Ali – Yardımcıoğlu, Didem. “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/Özel Sayı(2014), 3195-3239.
- Ayli, Ali. *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Basım, 2019.
- Bahtiyar, Mehmet. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1. Basım, 2022.
- Battal, Ahmet. “Karşılığı Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2(1997), 67-81.
- Bilgen, Mahmut. *Uygulamada Kambiyo Senetleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Basım, 2010.
- Bozer, Ali - Göle, Celal. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 10. Basım, 2021.
- Bozkurt, Tamer. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Basım, 2022.
- Coşkun, Mahmut. *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2018.
- Coşkun, Muzaffer. *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1. Basım, 1994.
- Çamoğlu, Ersin. *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2. Basım, 2023.
- Çatıkkaş, Özgür – Duran, Hüsamettin. “5941 Sayılı Çek Kanununda Bankaların Yükümlülükleri”. *Maliye ve Finans Yazıları* 1/95(2012), 23-58.
- Çeker, Mustafa. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*. Adana: Karahan Kitabevi, 7. Basım, 2013.
- Çelik, Ümmü Gülsüm. “Çekte Düzenleme Yeri Ve İbrahim Süreleri”. *Dicle Akademi Dergisi* 2/2(2022), 95-133.

- Çolak, Haluk vd. *Açıklamalı Gerekçeli ve İctihatlı Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Adil Yayınevi, 1. Basım, 2003.
- Donay, Süheyl. *Gerekçeli Ve Açıklamalı Çek Kanunu*. İstanbul: Beta Basım, 2. Basım, 2012.
- Eriş, Gönen. *Açıklamalı - İctihatlı Uygulamalı Çek Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 5. Basım, 2004.
- Günay, Erhan. *Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşleri Eşliğinde Kambiyo Takip Hakkı Ve Ceza Hukuku Yönüyle Uygulamalı Çek Rehberi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 7. Basım, 2018.
- İmregün, Oğuz. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 2003.
- Karahan, Sami vd. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 3. Basım, 2015.
- Kayıhan, Şaban – Yasan, Mustafa. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 9. Basım, 2023.
- Kendigelen, Abuzer – Kırca, İsmail. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 7. Basım, 2023.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*. Ankara: Onikilevha Yayınları, 6. Basım, 2021.
- Korkut, Ömer. *Çekte Muhatap Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu*. Adana: Karahan Kitabevi, 1. Basım, 2019.
- Köle, Mehmet – Görgülü, Fatma. “Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/35(2016), 79-157.
- Narbay, Şafak. “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Bunların Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi* 5/43(2010), 65-97.
- Narbay, Şafak. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Değişiklik”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/Özel Sayı(2005), 173-222.
- Oğuz, Sefer. “Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2(2022), 371-393.
- Özdamar, Mehmet vd. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Basım, 2022.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Basım, 2022.

Öztürk, Zeynep Çelik. *Çekin Unsurları Ve Çekte Ödeme*. Diyarbakır: T.C. Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Poroy, Reha – Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 24. Basım, 2021.

Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 10. Basım, 2023.

Reisoğlu, Seza. *Çek Hukuku*. Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 1. Basım, 2011.

Şahinalp, Kaan. “Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu”. *Sayıştay Dergisi* -/39(2000), 78-113.

Tekil, Müge. *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları, 1. Basım, 1997.

Türcan, Mehmet. *Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*. Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Uzun Şenol, Pınar. “Çekte Muhatap Banka Sorumluluğunun Kapsamı”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2(2013), 945-967.

Ülgen, Hüseyin vd. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Basım, 2021.

Yener Tanın, Hilal. “ Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2(2017), 805-828.

Diğer Kaynaklar

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>



Impacts of Emerging Technologies on Multinational Enterprises: Legal Challenges and Opportunities*

*Gelişen Teknolojilerin Çok Uluslu Şirketler Üzerindeki Etkileri: Hukuki
Zorluklar ve Fırsatlar*

Meltem Karatepe **KAYA****

Abstract

This paper examines the application of new technologies in addressing the conventional legal challenges encountered by multinational companies due to the principles of company law. These challenges often give rise to concerns regarding liability in the presence of human rights violations and environmental violations caused by multinational enterprises (MNEs).

Governments worldwide are responding by crafting domestic and international regulations aimed at addressing MNEs' transgressions, particularly in the domains of environmental protection and human rights. The European Commission's proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) is a notable example. It mandates comprehensive due diligence measures that transcend geographical boundaries, encompassing every facet of a company's value chain. Nevertheless, while significant, the directive grapples with criticisms surrounding liability resolution.

This article takes an innovative approach, seeking solutions within technology. It commences by introducing MNEs elucidating their operation domains and contributions to the global economy.

*Makale Geliş Tarihi: 10.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 30.12.2023 - Yayın Tarihi: 31.12.2023

DOI: 10.56701/shd.1389227

** Assistant Professor, Faculty of Law, Commercial Law Department, Istanbul Medeniyet University, Istanbul, Turkey.

E-mail: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3428-0293

Subsequently, it investigates environmental and human rights transgressions committed by MNEs, unraveling the enduring responsibilities and liabilities inherent to their operations. In doing so, it explores an alternative path forward, one that harnesses technology's transformative potential to address the complex challenges MNEs and countries face in an evolving global landscape.

Keyword: Multinational Enterprises (MNEs), Emerging Technologies, Sustainability Due Diligence Directive, Blockchain, Artificial Intelligence

Öz

Bu makale, çok uluslu şirketlerin (MNE'ler) geleneksel şirketler hukuku prensipleri nedeniyle karşılaştığı hukuki zorlukların üstesinden gelmede yeni teknolojilerin uygulanmasının etkinliğini incelemektedir. Şirketlerin sorumlu tutulması konusunda karşılaşılan zorluklar genellikle çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlalleri ve çevresel ihlalleri konusunda sorumluluklarıyla ilgili endişelere neden olmaktadır.

Dünya genelindeki hükümetler, sorumluluk sorununu aşabilmek için özellikle çevre koruması ve insan hakları alanlarındaki çok uluslu şirketlerin ihlalleri ile başa çıkmayı amaçlayan iç düzenlemeler ve uluslararası düzenlemeler hazırlamaktadır. Avrupa Komisyonu'nun Kurumsal Sürdürülebilirlik Yükümlülüklerine İlişkin Tüzük (CSDDD) önerisi bu konuda dikkate değer bir örnektir. Bu düzenleme bir şirketin değer zincirinin her yönünü kapsayan coğrafi sınırları aşan kapsamlı önleyici tedbirler yükümlülüğünü zorunlu kılmaktadır.

Bu makale, çok uluslu şirketlerin sorumlu tutulmasına yönelik sorunlara gelişen teknolojilerin yardımıyla çözümler arayarak yenilikçi bir yaklaşım benimsemektedir. Makale çok uluslu şirketleri tanıtarak başlamakta, işletim alanlarını ve küresel ekonomiye katkılarını açıklamaktadır. Devamında, çok uluslu şirketler tarafından işlenen çevresel ihlalleri ve insan hakları ihlallerini araştırarak bu eylemlerden dolayı sürekli sorumlulukları ve yükümlülükleri ortaya çıkarır. Bu süreçte, çok uluslu şirketler ve ülkelerin küresel peyzajda karşılaştığı zorlukları ele almak için teknolojinin dönüştürücü potansiyelini kullanma fikri makalede değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çok Uluslu Şirketler, Gelişen Teknolojiler, Sürdürülebilirlik Yükümlülüklerine İlişkin Tüzük, Blokzincir, Yapay Zeka

INTRODUCTION

Multinational companies (MNEs) are economic structures established beyond national borders that have directed global commercial activities for centuries. MNEs are structures that bring together many different mechanisms such as "'home country' (where they originate), 'host countries' (where they expand their commercial activities) and 'third countries' (countries to which the contribution spreads)". The coming together of these structures can become complicated within the framework

of corporate law rules, such as capital companies must have legal personality. Depending on the requirements of the country's laws, MNEs may have to open branches or establish subsidiary companies in the countries where they operate, as well as in the leading country where they are headquartered. Considering that each of these company structures is a company with legal entities established according to different procedures according to the laws of different countries, the complex structure of MNEs can be understood more clearly.

In order to operate in different countries, MNEs must follow official procedures and establish subsidiary companies or branches in accordance with the laws of those countries. The company established in each different country will have a separate legal entity. It will be subject to legal rules and procedures on establishment, taxation, operation and competition rules. In recent years, the situation has become more complex as technology has gained momentum and its use by MNEs and even technology companies have joined the game. The confusion begins with the fact that while companies develop and change shape day by day with the help of technology, the law applied to companies remains the same within the framework of fundamental legal principles. In particular, easy transfer of information and remote management opportunities have significantly contributed to MNEs and facilitated their operation. With the increasing use of blockchain technology, including DLT (distributed ledger technology), smart contracts and DAOs (decentralized autonomous organizations) in international companies, it is seen that the rules should be reshaped for MNEs and new approaches should be taken into account in this regard. Countries are making domestic and international regulations to provide solutions to MNEs' violations, such as environmental and human rights. The European Commission's proposal for a CSDDD is the closest example of this. Companies must implement due diligence measures to effectively manage and mitigate any harmful consequences arising from their activities, particularly concerning human rights and the environment. These measures should encompass all stages of the company's value chains, regardless of geographical location. However, although the directive is an important effort and contributes, it still cannot respond to criticism in resolving liability issues. This article takes a different perspective on the events approaching and seeks a technological solution. For this purpose, the article will first introduce MNEs and provide information about their fields of activity and contributions to the global economy. Then, the environmental and human rights violations

committed by MNEs will be examined and the chronic responsibilities and liabilities of MNEs will be examined.

I.OVERVIEW OF MULTINATIONAL ENTERPRISES

Due to the effect of massive developments in technology and globalization in recent years, companies have become more interested in foreign markets.¹ To a certain extent, the presence of trade barriers across nations has significantly diminished, leading several governments to adopt market liberalization measures that encompass the provision of substantial and targeted investment incentives aimed at attracting potential investors. This demand and willingness of states to attract investors has led to the need for new policies in this area. As a response to this need, the activities of MNEs increased constantly and the activities of MNEs have attracted attention.² The following words Muchlinski used at the beginning of his book in 2007 are still valid; “*Multinational enterprises (MNEs) are perhaps the most talked about forms of business association in the contemporary “globalizing” world and economy.*”³ MNEs can be thought of as both the cause and the result of the statement that the world is becoming a global single community day by day.⁴ MNEs provide value by internalizing market interactions across national borders.⁵ Through their subsidiaries, MNEs conduct business in multiple countries and, consequently, in various legal systems.⁶ Likewise, the financial resources generated as a result of the use of multinational enterprises in commercial affairs and the technological developments facilitated and increased by the efficiency of these enterprises contribute not only to the host country where MNEs are established, but also to other countries, whether they operate or not. The positive impact of MNEs on international business and development must be considered. The significance of MNEs in

¹ The Organization for Economic Cooperation and Development OECD, *Multinational Enterprises In The Global Economy: Heavily Debated But Hardly Measured* (OECD, 2018); International Labour Organization ILO, *Statistics on the Contribution of Multinational Enterprises to Inclusive and Sustainable Economic Growth, Full and Productive Employment and Decent Work for All* (2022).

² Koen De Backer et al., ‘Multinational Enterprises In The Global Economy | VOX, CEPR Policy Portal’, *VoxEU*, 19 July 2023.

³ Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford University Press, 2007), 3.

⁴ Justine Kyove et al., ‘Globalization Impact on Multinational Enterprises’, *World 2/2* (15 April 2021), 216–230.

⁵ Klaus E. Meyer et al., ‘Multinational Enterprises and Local Contexts: The Opportunities and Challenges of Multiple Embeddedness’, *Journal of Management Studies* 48/2 (March 2011), 247.

⁶ Wenbin Zhang et al., ‘Blockchain-Based Distributed Compliance in Multinational Corporations’ Cross-Border Intercompany Transactions: A New Model for Distributed Compliance Across Subsidiaries in Different Jurisdictions’, *Advances in Intelligent Systems and Computing* (Future of Information and Communication Conference, Singapore, 2018), 509.

economic growth and international relations, particularly in emerging nations, was highlighted in the preamble to a United Nations study published in 1973 titled *Multinational Companies in World Development*.⁷

MNEs are considered by many to contribute to economic growth and employment through the creation of new job opportunities, investment in advanced technologies, and facilitation of host nations' integration into global value chains.⁸ Through international trade and investment, MNEs have strengthened and deepened relations between countries and regions. These actions help both the nation in which the investment is made and the country in which the investment is made. MNEs will expand their profits if they supply consumers with the goods and services they desire at competitive pricing and a reasonable return on investment. MNEs have a significant role in facilitating the effective allocation of financial resources, technological advancements, human capital, and natural resources. Additionally, they foster technology transfer across regions and facilitate the development of context-specific technologies.⁹

A multinational enterprise is described as "any company which owns, controls and manages income-generating assets in more than one country".¹⁰ In summary, MNEs typically engage in operations across numerous nations by establishing a considerable number of subsidiaries, often ranging from hundreds to even thousands. In order to discuss the presence of an MNE, the corporation must have subsidiaries created in regions or countries outside of its primary headquarters' location. The resulting organizational framework consists of a parent country where the company is founded and governed in accordance with the regulations of that jurisdiction. Additionally, there are subsidiaries established in locations where the company conducts its operational activities. One of the primary aspects that renders MNEs intriguing for legal professionals is the requirement for their subsidiaries to adhere to the legal frameworks of the

⁷ United Nations UN, *Multinational Corporations in World Development* (New York: UNDESA—United Nations Department of Economic and Social Affairs, 1973).

⁸ De Backer et al., 'Multinational Enterprises In The Global Economy | VOX, CEPR Policy Portal'.

⁹ The Organization for Economic Cooperation and Development OECD, *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (OECD, 2020).

¹⁰ John H. Dunning - Sarianna M. Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy* (Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2008), 3; Neil Hood - Stephen Young, *The Economics of Multinational Enterprise* (Longman, 1979); Georgios I. Zekos, *MNEs in the 21st Century* (Nova Publishers, 2015), 1.

respective countries in which they operate while also conforming to the internal laws of the MNE.¹¹ The presence of multiple legal entities and legal systems accounts for this phenomenon. This analysis will explore the potential challenges that arise in commercial contexts when attempting to address differences between MNEs and the countries in which they operate. Specifically, it will be demonstrated that while these differences may be theoretically surmountable, they can lead to legal impasses in the face of issues such as tort or breach of obligation. Consequently, individuals affected by the actions of MNEs may find themselves victimized within this legal framework.

II. HISTORICAL CONTEXT OF MULTINATIONAL ENTERPRISES

In contemporary times, scholars have undertaken an analysis of the notion of companies within the context of the ongoing discourse surrounding the attribution of personhood to artificial intelligence. Indeed, through the enactment of laws, an organization is bestowed with legal personality and assumes a formal framework encompassing both rights and responsibilities. In an apparent demonstration of supporting this contention, the US Supreme Court in its 1819 decision in *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward*¹² ruled that corporations are actually like robots, stating that "A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law." Companies have a legally acknowledged legal personality, as bestowed upon them by the legal framework, and their existence is contingent upon the parameters established by the law.¹³

Upon examination of MNEs, it becomes evident that a far more comprehensive and intricate organizational framework has evolved, surpassing the confines of conventional corporate logic. In contrast to conventional corporations, here there is an organizational framework that is not ruled by a sole legislator and is subject to multiple legal systems. The organizational framework in question comprises various subsidiary entities consolidated under the central administration of a parent business, akin to a unified skeleton structure. Hence, the legislator assigns distinct rights and obligations to each firm structure, namely the parent company and its subsidiaries. Due to the

¹¹ Zekos, *MNEs in the 21st Century*, 1.

¹² The Supreme Court of the United States (SCOTUS), *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward*, 17 U.S.518,636 (1819).

¹³ Mihailis Diamantis, 'Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law', *SSRN Electronic Journal* 89/4 (2020), 801–856.

distinct legal personalities possessed by each entity, they can independently exercise rights and assume financial obligations. Once more, in light of distinct legal entities, in adherence to the principle of limited liability,¹⁴ a fundamental tenet of corporate law, the operations of each corporation will only pertain to itself, and its obligations and entitlements will originate autonomously. Company laws have historically been based on separate legal personality¹⁵ in civil and common law systems. This gives companies greater freedom to structure their operations and encourages them to find new opportunities.¹⁶ While the principle of limited liability in the traditional company approach is the most critical factor encouraging shareholders to invest in companies, the situation differs for MNEs. Therefore, the principle gives rise to occasional issues wherein subsidiary corporations evade accountability towards the parent company, while the parent company refrains from assuming responsibility for the subsidiary company.

The issue mentioned above, stemming from the fundamental tenets of corporate law, can be effectively exploited by multinational enterprises. So, although MNEs have a high potential, they also include some challenges. In this case, the problems raised by the report¹⁷ and the main challenges it outlines are still up-to-date on many issues.¹⁸ Furthermore, MNEs have gained a unique legal and political position globally since neither political nor legal advancements can keep up with this rapid self-transformation in the structure of company groups. Indeed, it is imperative to acknowledge that MNEs presently hold a prominent position as significant global actors capable of rivalling nations. This is primarily due to their profound impact on the world, facilitated by the pervasive effect of technology and even the substantial role played by technology corporations.¹⁹

¹⁴ Peter Muchlinski, 'Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?', *Cambridge Journal of Economics*, 34 (2010), 915-928.

¹⁵ Numerous jurisdictions have observed the advantageous implications for businesses stemming from the legal concept of limited liability protection, as established in the landmark case of *Salomon v A Salomon and Co Ltd* and other similar decisions.

¹⁶ Lecia Vicente, 'The Hohfeldian Concept of Share in Limited Liability Companies: A View from the Common and Civil Law Traditions', *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 33 (2018), 41-74; Shabnsm Ishaque, 'The Liability of Parent Companies for the Obligations of Their Subsidiaries in the Context of Multinational Groups', *PLR* 5 (2010), 137.

¹⁷ UN, *Multinational Corporations in World Development*.

¹⁸ For more information see Rajneesh Narula - André Pineli, 'Improving the developmental impact of multinational enterprises: policy and research challenges' *Economia e Politica Industriale* 46 (2019), 2.

¹⁹ ILO, *Statistics on the Contribution of Multinational Enterprises to Inclusive and Sustainable Economic Growth, Full and Productive Employment and Decent Work for All*; Javier Cravino – Andrei A. Levchenko, 'Multinational Firms and International Business Cycle Transmission' *The Quarterly Journal of Economics* 132/2 (2017), 921-962; Jörn Kleinert

Undoubtedly, in the contemporary global landscape, the most convenient method of accessing services on an international level is by availing oneself of the services offered by MNEs. A nation that implements protectionist policies by restricting the entry and operation of MNEs would have significant challenges in achieving competitiveness in the global arena. Given technological advancements, it is impractical to reject the entry of an MNE specializing in marketing technological products within a country and attempt to independently replicate what has already been discovered to achieve the same level of service. MNEs provide a distinctive value proposition by mitigating the loss of time and resources, which is particularly beneficial for developing nations, and their financial incentives. Developing or undeveloped nations are actively endeavoring to not only deliver essential services but also to prioritize investment inside their respective regions.²⁰ The presence of MNEs encompasses more than simply staying abreast of advancements and progress inside a nation. Additionally, it presents a potential avenue for the establishment of novel employment sectors, the recruitment of laborers, and the augmentation of tax proceeds. This is partially attributed to conventional models perceiving multinational firms as an appropriate organizational framework for leveraging firm-specific advantages across national boundaries, which are rooted in assets such as technology, branding, marketing, and managerial expertise.²¹

Naturally, the viewpoint and advancements about MNEs are only sometimes characterized by seamless or flawless outcomes. In the subsequent section, it will be elucidated that while MNEs present considerable prospects for host countries, they can engender various controversies, particularly in less developed nations. These controversies encompass issues such as child labor, employment of workers without adequate safety measures, laboring in demanding shifts for meager remuneration, and environmental degradation due to the neglect or disregard of necessary precautions.²² Furthermore, due to its extensive global influence, it possesses the capability to

et al., 'The Few Leading the Many: Foreign Affiliates and Business Cycle Comovement' *American Economic Journal: Macroeconomics* 7/4 (2015), 134-59.

²⁰ Nichola Lowe - Martin Kenney, 'Foreign Investment and The Global Geography of Production: Why the Mexican Consumer Electronics Industry Failed', *World Development* 27 (1999); Jennifer Oetzel - Jonathan P. Doh, 'MNEs and development: a review and reconceptualization', *Journal of World Business* 44 (2009), 108.

²¹ Roger Strange, 'MNE theory and the importance of corporate governance', Academy of International Business (AIB) 2016 Annual Meeting, 27-30 Jun 2016, New Orleans.

²² Oetzel - Doh, 'MNEs and development: a review and reconceptualization', 108; Jennifer Clapp - Peter Dauvergne, *Paths to a Green World: The Political Economy of the Global Environment*, (The MIT Press, 2005).

inflict harm onto individuals who are not involved in any wrongdoing while failing to hold accountable those responsible for these illicit activities. More recently, they have been accused of even undermining democracy and fundamental human rights.²³

As early as 1651, Hobbes²⁴ stated that he saw the rise of corporations as a threat to states. At the point we have reached today, it is seen that massive companies such as Apple, Amazon, Google, Meta are trying to establish their own social structures beyond the states. So much so that today, the turnover and profits of these companies are higher than the economic size of many nation-states in the international system. Moreover, the market value and the volume of their budgets of these companies, which operate in almost every field, from social media applications to artificial intelligence and cloud technologies, from e-commerce to smartphones, are increasing day by day.²⁵ For instance, Apple, Microsoft, Amazon, and Google have achieved market valuations above \$1.5 trillion through extensive market penetration, strategic diversification, and the transformation of their products into service-oriented offerings. Only seven nations in the world have a GDP greater than Apple's market capitalization.²⁶ This also shows that new world order is being established. If Hobbes²⁷ were still living today, he could have argued more strongly that MNEs pose a severe threat to governments. However, it is essential to note that MNEs are a phenomenon of the modern world,²⁸ and if corporations use this power for the good of the planet, it can benefit humanity's future. MNEs encounter various economic and legal challenges, which they often attempt to mitigate through their political and social clout as well as their economic prowess. However, when

²³ John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (Norton Global Ethics Series), (W. W. Norton & Company, 2013); Stefan Zagelmeyer – Rudolf R. Sinkovics, 'MNEs, Human Rights and the SDGs – the Moderating Role of Business and Human Rights Governance', *Transnational Corporations* 26/33 (2019); Huang D, 'Reasons and Suggestions of Human Rights Violations Committed by Mnes' *Highlights in Business, Economics and Management* 7/108 (2023); Duan Yunhan - Jiang Wenjin, 'Research on the Human Rights Responsibility of Mnes', *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 615 (2021), 1331-1337.

²⁴ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) cited in Jennifer Hill, 'Changes in the Role of the Shareholder' in Ross Grantham and Charlie Rickett (eds), *Corporate Personality in the 20th Century* (Oxford: Hart, 1998).

²⁵ Omri Wallach, 'The World's Tech Giants, Compared to the Size of Economies', *Visual Capitalist*, 2021.

²⁶ Wallach, 'The World's Tech Giants, Compared to the Size of Economies'.

²⁷ Hobbes, *Leviathan*.

²⁸ For more information see Muzaffer Eroğlu, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, (Edward Elgar 2008), 2.

appropriately harnessed, MNEs can swiftly and durably contribute to humanity's progress in digitalization, climate change, human rights, and sustainability.²⁹

As a result, MNEs are organizations that can have a bilateral effect. Countries that desired to assess the positive economic effects of MNEs had to provide some economic and legal privileges and exceptions. At the same time, they took steps to prevent environmental and human rights breaches. Therefore, MNEs have developed great economic strength, are one of the world's policy-making centres³⁰ and have been researched in numerous dimensions for years.

III. CHALLENGES ASSOCIATED WITH THE ACTIVITIES OF MULTINATIONAL ENTERPRISES

Governments, employers, employees, and their associated organizations have shown a growing interest in the significance of MNEs due to their crucial involvement in the economies of many nations and their impact on international economic relations. MNEs provide advantages to their home and host countries by facilitating the more effective utilization of capital, technology, and labour through foreign direct investment, trade, and other mechanisms.³¹ MNEs have the potential to make substantial contributions to the enhancement of economic and social well-being within the context of sustainable development policies established by the state. They can elevate living standards and fulfill fundamental requirements while directly and indirectly generating employment opportunities. Furthermore, MNEs can facilitate the advancement of local conditions by transferring technology and fostering the development of innovative technologies.³² Conversely, MNEs may use their ability to organize their operations beyond national boundaries, leading to economic power abuse and conflicts with national policy goals and worker welfare. Moreover, the intricacy of MNEs and the challenge of completely understanding their diverse

²⁹ Anshuman Khare et al., *Sustainable International Business Models in a Digitally Transforming World*, (Routledge 2022); Ibrahim Alshbili et al., 'Social and Environmental Reporting, Sustainable Development and Institutional Voids: Evidence from A Developing Country' *Corporate Social Responsibility Environmental Management* 28 (2021).

³⁰ Alshbili et al., 'Social and Environmental Reporting, Sustainable Development and Institutional Voids: Evidence From A Developing Country'.

³¹ International Labour Organization ILO, *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* (Geneva, 2022).

³² The Organization for Economic Cooperation and Development OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition* (OECD, 2011).

structures, operations, and policies can give rise to apprehension in both domestic and foreign nations.³³

Today, the activities of MNEs have many aspects that touch the public sphere, the most important of which is in the field of basic rights such as human and environmental rights. When it comes to the interference of these activities with human rights, an international legal mechanism can only come into play if it is accepted that companies have certain rights and obligations in terms of international law.³⁴ The businesses are subject to domestic corporate regulations because MNEs prefer to engage through subsidiaries in the host states. However, the issue is whose legislation they are subject to when working via their companies across the world and who will be held accountable for their actions.³⁵ Indeed, the effectiveness of domestic law as a regulatory framework for MNEs is optional and sometimes even irrelevant for MNEs.³⁶ However, the fundamental reason why governments cannot be effective in this area is that laws are only implemented within the states' geographical authority.³⁷

As a result, I support the claim that the states are constantly searching for a solution to the problems stemming from MNEs.³⁸ Therefore, the legal obligation of MNEs concerning the environment and human rights, which are not new but continuous issues, has to be addressed.³⁹

IV. THE ROLE OF MULTINATIONAL ENTERPRISES IN THE CONTEMPORARY SUSTAINABILITY AGENDA

Studying MNEs' strategic behaviour concerning social issues such as human rights and climate change and their role in promoting or inhibiting sustainable development is now a hot topic for

³³ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition*.

³⁴ Merve İspirli Armağan, *Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019).

³⁵ Hasan Kayınet, 'Multinational Corporate Entities: Is Corporate Social Responsibility An Inducement?', *Ankara Bar Review* 2/79 (2012).

³⁶ John Ruggie, 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights transnational corporations and other business enterprises' *U.N. Human Rights Council 8th Session, Agenda item 3 A/HRC/8/5* (7 April 2008), 3.

³⁷ Larry Catá Backer, 'Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities' *The Brown Journal of World Affairs* 22/1 (2015), 156.

³⁸ Backer, 'Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities', 156.

³⁹ Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, (Oxford University Press 2021), 102.

academia.⁴⁰ Today, especially since the concept of corporate social responsibility was established in company law studies, a company's performance is measured not only in terms of profits but also in terms of how much it contributes to the society in which it operates, as well as the benefits it provides to human rights and the environment.⁴¹

New approaches aligned with sustainability goals have aimed to produce responsible organizations that respect human rights, the environment and society, intending to consider the interests of other stakeholders and their shareholders in their operations and strategic choices. Aside from financial performance, sustainable understanding firms necessitate evaluating and reporting on their policies they pursue on major environmental issues such as pollution, climate change, global warming and also social injustice and human rights breaches.⁴²

Sustainable and socially responsible growth requires sound management policies for environmental and social risks, which is increasingly recognized as both a corporate obligation and a commercial opportunity. In both cases, MNEs have a role to play.⁴³ According to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises ("the Guidelines"), company directors should pay close attention to environmental challenges in their long-term plans and day-to-day operations.⁴⁴ ⁴⁵ For this reason, companies systematize their sensitivity to human rights and environmental issues

⁴⁰ Silvester Ivanaj et al., 'MNEs and climate change: Implications for future research', *Journal of Cleaner Production*, 160 (2017), 1-7; Jonatan Pinkse - Ans Kolk, 'Multinational enterprises and climate change: Exploring institutional failures and embeddedness', *Journal of International Business Studies* 43 (2012), 334.

⁴¹ Hasan Pulaşlı, 'Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi' *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 36/4 (2020), 5-37.

⁴² Hatice Kübra Kandemir, 'Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi', *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41 (2021), 856.

⁴³ The Organization for Economic Cooperation and Development OECD, *Environment and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Corporate Tools and Approaches* (Accessed 3 August 2023). The study of multinational corporations' strategic behaviour in relation to climate change, as well as the role they play in promoting or hindering sustainable development, is a popular topic in academic circles. See Vera Ivanaj et al., 'Understanding MNEs' attitudes towards CSR: a literature review and research agenda', *Rev. Org. Responsab* 8/2 (2013), 15-30; Andreas Schotter – Michael Evan Goodsite, 'Interdisciplinary perspectives on competitive climate strategy in multinational corporations' *Thunderbird Int. Bus. Rev.* 55/6 (2013), 629-632; Burkard Eberlein - Dirk Matten, 'Business responses to climate change regulation in Canada and Germany: lessons for MNCs from emerging economies' *J. Bus. Ethics* 86/2 (2009), 241-255.

⁴⁴ OECD, *Environment and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Corporate Tools and Approaches*.

⁴⁵ (Oecd.org) <<https://www.oecd.org/env/34992954.pdf>> accessed 3 August 2023.

today and benefit from this in public relations.⁴⁶ Starbucks,⁴⁷ for example, has developed an internal program to demonstrate to customers that employees and the environment are not damaged throughout the manufacturing process. It has made information about the program available on its website.⁴⁸ Similarly, many corporations publish their operations following the corporate social responsibility idea, making them available to customers for their knowledge. Even companies with a dismal track record in terms of human rights, such as Shell⁴⁹ and Total,⁵⁰ produce reports nowadays under the guise of sustainability or corporate social responsibility.⁵¹

While there is a big concern related to protecting the environment and human rights fed by sustainability supporters, according to most company law regulations, companies are neither obligated nor encouraged to perform socially or ecologically responsible.⁵² There are environmental laws and human rights regulations for the protection of the environment and human rights across the world. However, due to separate legal personality, the obligation falls to specific corporations rather than whole enterprises.

As commonly accepted, companies are enterprises that have formed intending to maximize profits. Although sustainability policies are essential for companies today and efforts are made to comply with these policies, many companies may act by considering the cost of unlawful behaviour, especially against the benefits obtained by MNEs' compliance with the law. There are several examples of this circumstance. However, in particular, it can be presented as a recent and good example that the German automaker Volkswagen has considered this cost by considering the profit it will make from the sales it will make in the American diesel vehicle market in return for violating the mandatory emission rules.⁵³ Such problems have been seen for years and brought to

⁴⁶ Ralph G. Steinhardt, 'Soft Law, Hard Markets: Comparative Self-Interest and the Emergence of Human Rights Responsibilities for Multinational Corporations', *Brook. J. Int'l L.* 33 (2008), 936.

⁴⁷ 'Starbucks C.A.F.E. Practices', *Scsglobalservices*, 2019.

⁴⁸ Merve İspirli Armağan, 'Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri', (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019).

⁴⁹ 'Shell Sustainability Report 2020 – Home' (Reports.shell.com, 2021) <<https://reports.shell.com/sustainability-report/2022/>> accessed 18 September 2023.

⁵⁰ 'Reporting' (Sustainable Performance, 2021) <<https://sustainable-performance.totalenergies.com/en/reporting>> accessed 18 September 2023.

⁵¹ Armağan, 'Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler Ve İnsan Hakları Yükümlülükleri'.

⁵² See Michael C. Jensen, 'Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function', *Business Ethics Quarterly* 12/2 (2002), 235-256; Kandemir, 'Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi', 856.

⁵³ Russell Hotten, 'Volkswagen: The Scandal Explained' (BBC News, 2015) <<https://www.bbc.com/news/business-34324772>> accessed 23 August 2023; Kandemir, 'Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi', 856.

the courts and each jurisdiction handled it differently, and no single liability is applied to WW Groups. Thus, in some countries, victims are compensated well, while in others, they are not compensated.

On November 13, 2003, the vessel known as *The Prestige*, specifically an oil tanker, experienced a fracture in its stern due to powerful oceanic waves near the Spanish coastline. Within a span of seven days, the entirety of the vessel descended to the depths of the water, resulting in the release of approximately 64,000 metric tons of oil into the Atlantic water.⁵⁴ The calamity resulted in the contamination of about 2,000 miles of coastal areas, leading to the demise of an estimated 300,000 avian species and causing significant disruption to the fishing industry in Spain and Portugal. As a consequence, all fishing operations in the affected region were suspended for a duration of six months.⁵⁵ As mentioned earlier, the spill remains one of the most severe environmental catastrophes in the recorded history of both Spain and Portugal. The genuine discourse surrounding this incident stems from the consequences and remediation efforts following the catastrophe.⁵⁶ The damage caused by the spill cost the Spanish government \$4 billion to repair. Besides, as per the WWF report, the spill's harm to fishing and allied economic sectors, tourism, and natural heritage over 3,000 kilometres of coastline might endure for over a decade and cost €5 billion, with society bearing 97.5 per cent of the cost. Approximately 30,000 persons employed in the fishing and shellfish industries have been adversely impacted.⁵⁷

However, only \$25 million was paid by the London Steamship Owner's Mutual Association, the tanker's insurance company, while the International Oil Pollution Compensation Fund paid \$224.8 million. As can be seen, Spain bore the brunt of the blame for the spill's consequences. Except for a small portion of a settlement, the private firms implicated in the oil spill, comprising

⁵⁴ Sonia Castanedo et al., 'The Prestige Oil Spill in Cantabria (Bay of Biscay). Part I: Operational Forecasting System for Quick Response, Risk Assessment, and Protection of Natural Resources', *Journal of Coastal Research* 22, (2006), 1474-1489.

⁵⁵ Carlos F. Balseiro et al., 'Tracking the Prestige Oil Spill: An Operational Experience In Simulation At Meteogalicia', *Weather* 58 (2003).

⁵⁶ Thomas Golson, 'Multinational Corporations and Liability According to International Law – Writing Anthology' (Central.edu, 2022) <<https://central.edu/writing-anthology/2019/05/31/multinational-corporations-and-liability-according-to-international-law/>> accessed 18 September 2023.

⁵⁷ 'The Prestige: One Year On, A Continuing Disaster' (wwfpanda.org, 2003) <https://wwf.panda.org/wwf_news/?9623/The-IPrestigel-one-year-on-a-continuing-disaster> accessed 18 September 2023.

multinational enterprises from Liberia, Greece, Switzerland, Luxembourg, and Gibraltar, did not bear the financial responsibility for the clean-up efforts or the provision of compensation to affected individuals.⁵⁸ Furthermore, despite being controlled by the Russian Alpha Group, one of the world's wealthiest corporations at the time, the Swiss-based Crown Resources Inc., which held the oil transported by Prestige, was sold and dissolved without recompense. After all of this, the Spanish government launched a case against the American Maritime Bureau, which had cleared the tanker's seaworthiness under public pressure. The lawsuit,⁵⁹ however, was dismissed since it did not fall under the jurisdiction of the United States.⁶⁰ This is only one example of how difficult it is to hold MNEs legally liable for the harm they have created.⁶¹

V. CURRENT ADVANCEMENTS IN THE FIELD OF MULTINATIONAL ENTERPRISES

There are two significant issues with MNEs that have come to light. The first is that international corporations are founded on local registration, and the second is that subsidiaries of MNEs are not accessible to move around. When we examine the origins of company law, we see that no corporation has absolute freedom of movement. In other words, if the company wants to do business in a nation other than its home country and does not choose a channel such as a distributorship, it must form a subsidiary.

When this subsidiary company is formed, the parent company has a distinct legal personality and the capital structure may create doubt about the liability regime between the two. For example, Shell relocated its headquarters from England to the Netherlands and then back to England to avoid paying taxes, which are also a responsibility.⁶² The two nations' different legal systems and jurisdictions necessitated the transfer of the company's headquarters. Again, a similar scenario was seen for British businesses operating in Germany after Brexit.⁶³ A company is subject to the rules

⁵⁸ Thomas Golson, 'Multinational Corporations and Liability According to International Law – Writing Anthology'.

⁵⁹ 'Reino De España V. American Bureau of Shipping, Inc., 729 F. Supp. 2D 635' (Casetext.com, 2010) <<https://casetext.com/case/reino-de-espana-v-american-bureau-of-shipping>> accessed 18 September 2023.

⁶⁰ Thomas Golson, 'Multinational Corporations and Liability According to International Law – Writing Anthology'.

⁶¹ Robin F. Hansen, 'Multinational Enterprise Pursuit of Minimized Liability: Law, International Business Theory and The Prestige Oil Spill', *Berkeley Journal of International Law* 46/2 (2022), 411-451.

⁶² August Graham, 'Oil Giant Shell Chooses UK For Tax Residency and Drops 'Royal Dutch' From Name' (independent.co.uk, 2022) <<https://www.independent.co.uk/business/oil-giant-shell-chooses-uk-for-tax-residency-and-drops-royal-dutch-from-name-b1957935.html>> accessed 20 September 2023.

⁶³ For more information, see Horst Eidenmüller, 'Shell Shock: In Defence Of The 'Real Seat Theory' In International Company Law' (Oxford Law Faculty, 2022) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/shell-shock->

and regulations of the jurisdiction in which it has its actual seat, according to the real seat theory. Therefore, this is the region where the corporation's day-to-day operations are conducted.⁶⁴ Because real seat theory plays an active role in German company law, the fact that incorporation theory is the leading theory of conflict of laws in the UK has resulted in certain liability cases against shareholders of British corporations in Germany after Brexit.⁶⁵

These two instances demonstrate the high value placed on company headquarters. Henceforth, in an era where technology is actively employed and artificial intelligence is expected and discussed to run businesses,⁶⁶ why should it matter where MNEs that control the global economy have their headquarters? The question then arises whether decentralizing the company by constructing it based on blockchain or DLT helps resolve MNE-related challenges.

As seen from the discussions above, the problems arising from the principle of limited liability regarding where and against whom the lawsuits originating from the wrongful actions of MNEs might be pursued have been debated for decades. Despite years of discussion, a solution has yet to be agreed upon by all countries that will assign responsibility to the parent company in that region without requiring the subsidiary to be established in the country where it would operate. In addition, it is worth noting that the principle of limited liability holds significant economic importance as it facilitates the process of capital accumulation, risk diversification, and investment in ventures that involve a certain degree of risk and creativity. This has a significant value when it

defence-real-seat-theory-international-company-law> accessed 19 April 2022; Eversheds Sutherland, 'Brexit Risk For Owners Of English Companies Operating In Germany- Publications - Eversheds Sutherland' (Eversheds-sutherland.com, 2022) <https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Corporate/Brexit_risk_for_owners_of_english_companies_operating_in_germany> accessed 19 September 2023.

⁶⁴ John Armour - Horst Eidenmüller, 'Self-driving corporations?', *Harvard Business Law Review* 10 (2020), 114.

⁶⁵ 'Unlimited Personal Liability of Shareholders in Air Berlin PLC as a Result of BREXIT?' (Heuking.de, 2022) <<https://www.heuking.de/de/news-events/newsletter-fachbeitraege/artikel/unlimited-personal-liability-of-shareholders-in-air-berlin-plc-as-a-result-of-brexit.html>> accessed 19 September 2023.

⁶⁶ See Harry Surden, 'Artificial Intelligence And Law: An Overview', *Georgia State University Law Review* 35 (2019); Martin Petrin 'Corporate Management in the Age of AI', *Columbia Business Law Review* 3 (2020), 965–1030; Florian Möslin, 'Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law', *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Edward Elgar Publishing Limited, 2018); Luca Enriques - Dirk Zetsche, 'Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy', *Hastings Law Journal* 72/1 (2020), 55-98; John Armour - Horst Eidenmüller, 'Self-driving corporations?'; Samar Ashour, 'Artificial Intelligence in The Boardroom: An Outright Exposure to Directorial Liability?' (Oxford Law Faculty, 2020) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/10/artificial-intelligence-boardroom-outright-exposure-directorial>> accessed 18 September 2023.

comes to convincing investors to invest. Increasing accountability may limit businesses' motivation to invest.⁶⁷

On the other hand, if there is any misconduct (limited liability), it is also economically rational to pierce the corporate veil or broaden the liability scope.⁶⁸ CSDDD, which we have mentioned above, is one of the most significant steps taken recently around the globe, and it has the potential to contribute to the discussion around parent companies' responsibilities. However, the extent to which CSDDD can be used to address the issues is also uncertain and controversial.

A. PROPOSAL FOR DUE DILIGENCE DIRECTIVE

It is also noteworthy to emphasize the European Commission's Proposal⁶⁹ for a directive on corporate sustainability due diligence. The European Commission released its long-awaited Proposal for a new Directive on corporate sustainability due diligence on 23 February 2022. This Proposal is the second phase of the Commission's program on sustainable corporate governance, which began in 2020. This Proposal of CSDDD is the latest and most ambitious effort to utilize corporate law to combat human rights breaches and climate change, as stated by Pargendler.⁷⁰

As Thomsen asserts, increased responsibility may raise corporate social responsibility,⁷¹ whereas increased corporate liability (rather than director liability) may result in less pollution.⁷² For example, the findings of a recent financial study show a 5% to 9% increase in pollutant emissions by subsidiaries after the US Supreme Court attributes liability to parent companies in

⁶⁷ See John Armour et al., 'Putting Technology to Good Use for Society: The Role of Corporate, Competition and Tax Law', *J. BRIT. ACAD.* 6/285 (2018), 294–295; John Armour - Horst Eidenmüller, 'Self-driving corporations?', 112.

⁶⁸ See John Armour - Horst Eidenmüller, 'Self-driving corporations?', 112; Hisaei Ito - Hiroyuki Watanabe, 'Piercing the Corporate Veil', *Comparative Company Law: A Case-Based Approach*, ed. Mathias Siems - David Cabrelli, (2018), 211-249; Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (2017), 29–47, 131.

⁶⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁷⁰ According to Pargendler, the Proposal illustrates 'the rise of international corporate law'. For more analysis on the Proposal, see Mariana Pargendler, 'The EU Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence and The Mystique of Complete Corporate Separateness' *ECGI* (2022) <https://ecgi.global/blog/eu-proposal-corporate-sustainability-due-diligence-and-mystique-complete-corporate-separateness?mc_cid=a63892fc3f&mc_eid=cd8cf5092d> accessed 18 September 2023.

⁷¹ Sanghak Choi - Hail Jung, 'Effects of the litigation risk coverage on corporate social responsibility', *Applied Economics Letters* 28/ 21 (2020), 1836-1841.

⁷² Pat Akey - Ian Appel, 'The Limits of Limited Liability: Evidence from Industrial Pollution', *Journal of Finance, American Finance Association* 76/1 (2021), 5-55.

environmental liability cases. However, adverse consequences such as reduced service levels, defensive practices⁷³ and increased expenses should be noticed.⁷⁴ Additionally, it should be considered that, as claimed by scholars,⁷⁵ the Directive's expanded managing responsibilities may raise the likelihood of professional managers abandoning their jobs, resulting in a decrease in managerial quality in terms of experience and training.⁷⁶

As seen, CSDDD⁷⁷ has several negative characteristics in addition to beneficial ones. While the directors' corporate responsibility is raised, it is conceivable that the parent company's projected degree of tort liability does not occur in group companies. Although environmental and human rights breaches will be reduced in this scenario,⁷⁸ it may be more acceptable to seek a solution in another manner.

In addition to criticisms on different issues,⁷⁹ the Proposal is also criticized for its regulations on the tort liability of company groups. In addition to criticisms on different issues, the Proposal is also criticized for the regulations of company groups on tort liability in human rights, climate change and environmental issues. As previously stated, parent firms' liability is controversial, particularly in multinational companies. Therefore, the issue of limited liability of the parent company for corporate torts has long been a source of discussion for lawyers and economists. Today, since certain countries, such as Brazil, have eliminated the parent company's limited

⁷³ Benjamin Van Rooij - Megan Brownlee, 'Does Tort Deter? Inconclusive empirical evidence about the effect of liability in preventing harmful behavior', *Cambridge Handbook on Compliance*, ed. Benjamin Van Rooij - D. Daniel Sokol (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021).

⁷⁴ Steen Thomsen, 'Sustainable Corporate Governance and the Road to Stagnation' (Oxford Law Faculty, 2022) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/sustainable-corporate-governance-and-road-stagnation>> accessed 18 September 2023.

⁷⁵ Ronald W. Masulis et al., 'Director Liability Protection and the Quality of Outside Directors' (December 9, 2020). *European Corporate Governance Institute* – Finance Working Paper No. 672/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3329220> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329220>.

⁷⁶ Steen Thomsen, 'Sustainable Corporate Governance And The Road To Stagnation' (Oxford Law Faculty, 2022) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/sustainable-corporate-governance-and-road-stagnation>> accessed 18 September 2023; Naaraayanan and Meisner, JFE 2021.

⁷⁷ Reasons for and objectives of the proposal; see Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁷⁸ Pat Akey - Ian Appel, 'The Limits of Limited Liability: Evidence from Industrial Pollution'.

⁷⁹ Jesper Lau Hansen, 'Unsustainable Sustainability', *ECGI* (2022) <<https://ecgi.global/blog/unsustainable-sustainability>> accessed 19 September 2023.

liability on subsidiaries' environmental and labour obligations,⁸⁰ the Proposal is attacked for relying only on the parent company's own due diligence duties.⁸¹ As a result, the parent company's responsibility for the subsidiaries' actions is restricted, consistent with the existing limited liability theory, which has been criticized.

Given that the CSDDD's primary objective is to strengthen corporate governance practices in order to better integrate human rights and environmental risk mitigation processes, including those arising from value chains, into corporate strategies and to ensure consistency for businesses by increasing corporate accountability for negative impacts, Directive's approach which limits the parent company's responsibility is considering.⁸² Without a doubt, allocating responsibility to the parent firm would enable victims of human rights abuses and environmental disasters to be compensated.⁸³ It should be noted that there are also criticisms of the Directive, such as the danger of ticking boxes instead of principle-based assessments of unsustainability risks⁸⁴ or the neglect of the role of shareholders in sustainability.⁸⁵

After the above criticisms, on 1 June 2023, the European Parliament significantly amended the European Commission's proposal for the CSDDD.⁸⁶ The liability of MNEs for environmental and human rights abuses has been heightened by the European Parliament, particularly through the amendment of Article 22 of the Convention on Sustainable Development and the Deterrence of Tort Liability. This updated provision reflects a more assertive stance towards holding MNEs

⁸⁰ Lei No. 4.595, de 31 de Dezembro de 1964, D.O.U. de 31.12.1964, art. 25 (Braz.); Lei No. 6.024, de 13 de Março de 1974, D.O.U. de 14.03.1974, arts. 36, 40 (Braz.); For more information, see Mariana Pargendler, 'How Universal is the Corporate Form? Reflections on the Dwindling of Corporate Attributes in Brazil', *Columbia Journal of Transnational Law* 58/1 (2019), 23.

⁸¹ Pargendler, 'The EU Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence and the Mystique of Complete Corporate Separateness'.

⁸² See Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937, 3. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.

⁸³ For more criticism about Proposal of Directive, see Pargendler, 'The EU Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence and the Mystique of Complete Corporate Separateness'.

⁸⁴ Beate Sjøfjell - Jukka Mähönen, 'Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal', *ECGI* (2022) <<https://ecgi.global/blog/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence-proposal>> accessed 20 September 2023.

⁸⁵ Marleen Och, 'The Case of the Missing Shareholders in the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive', *ECGI* (2022) <<https://ecgi.global/blog/case-missing-shareholders-proposed-corporate-sustainability-due-diligence-directive>> accessed 20 September 2023.

⁸⁶ "Texts Adopted - Corporate Sustainability Due Diligence - Thursday, 1 June 2023" (© European Union, 2023 - Source: European Parliament) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html> accessed 7 October 2023.

accountable for such violations. From a law and economics perspective, the CSDDD has the potential to improve the effectiveness of deterring social harm arising from corporate limited liability.⁸⁷ Nevertheless, considering the comprehensive nature of its due diligence responsibilities and their applicability outside national borders, the EU may have challenges in implementing the Directive as it now stands, unless there is enhanced international cooperation.⁸⁸ Furthermore, it is noteworthy that a significant number of the aforementioned complaints continue to hold true.

As mentioned, several difficulties related to MNEs have remained unresolved for years. Although regional solutions have been attempted in many legal systems, it is evident that they need a more definitive solution, particularly in terms of the parent firm's liability for the activities of the subsidiaries. At this point, the convenience and new approaches offered to companies by new technologies piqued our interest, and we were intrigued by the idea of applying these new technologies to solve MNEs' chronic problems. The feasibility of this concept will be determined below by an evaluation of current and potential approaches.

B. EVALUATION OF THE IMPACTS OF THE DIRECTIVE ON THE LIABILITY REGIME OF THE PARENT COMPANY

While the Proposal of the CSDDD⁸⁹ aims to mitigate human rights and environmental risks and consequences by strengthening corporate responsibility and individual rights,⁹⁰ it is argued that this will be ineffective, particularly for corporate groups.⁹¹ It will even put dispersed and unknown

⁸⁷ "Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal" (Oxford Law Blogs, September 22, 2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal>> accessed 7 October 2023.

⁸⁸ "Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal" (Oxford Law Blogs, September 22, 2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal>> accessed 7 October 2023.

⁸⁹ Reasons for and objectives of the proposal; see Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁹⁰ Anne Lafarre, 'Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward', *ECGI* (2022), <<https://ecgi.global/blog/mandatory-corporate-sustainability-due-diligence-europe-way-forward>> accessed 20 September 2023.

⁹¹ For the criticism that the presence of the abuse of the parent company itself is necessary in order to accept the responsibility of the parent company according to the directive, and therefore complicates the obligation of the parent company for the damages caused by the subsidiary, see Pargendler, 'The EU Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence and the Mystique of Complete Corporate Separateness'.

duties on company directors.⁹² Regardless of location,⁹³ companies are accountable for the losses incurred by their subsidiaries and supply chain partners under Article 22 of the CSDDD. This regulation is intended to prevent businesses from escaping tort responsibility by consolidating potentially damaging operations into judgment-proof subsidiaries.⁹⁴

While providing unlimited liability to parent companies for the losses of subsidiaries is the ultimate solution, CSDDD includes some options issues in this regard. First, it is seen that the Transparency Directive is referenced when evaluating the parent company's and subsidiary's responsibilities⁹⁵ as CSDDD stated that "subsidiary" means a legal entity in which the activities of controlled undertakings are carried out within the meaning of Article 2(1)(f)⁹⁶ of the Transparency Directive of the European Parliament and the Council 2004/109/EC.⁹⁷ There may be a risk that the parent companies will avoid their responsibilities by using this definition to their advantage.⁹⁸ Businesses might escape accountability by segmenting their activities into distinct entities, all within the required thresholds.⁹⁹ Additionally, the Directive proposes imposing obligations on all large companies (even those with headquarters outside of the EU) and enterprises listed on EU-regulated markets.¹⁰⁰ There is, however, a gap here. As Paces fully states,¹⁰¹ "non-EU parents can escape

⁹² Steen Thomsen, 'Sustainable Corporate Governance and the Road to Stagnation' (Oxford Law Faculty, 2022) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/sustainable-corporate-governance-and-road-stagnation>> accessed 20 September 2023.

⁹³ In this context, for an analysis of the possible consequences of the CSDDD for American companies, see Luca Enriques - Matteo Gatti, 'The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention' (Oxford Law Faculty, 2022) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate>> accessed 20 September 2023.

⁹⁴ Alessio M. Paces, 'Supply Chain Liability in The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal' (Oxford Law Faculty, 2022) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>> accessed 20 September 2023.

⁹⁵ Paces, 'Supply Chain Liability in The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal'.

⁹⁶ Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁹⁷ DIRECTIVE 2004/109/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0109>

⁹⁸ Alessio M. Paces, 'Supply Chain Liability in The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal'.

⁹⁹ Enriques - Gatti, 'The Extraterritorial Impact of The Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention'.

¹⁰⁰ See CSDDD, p. 4 footnote 15.

¹⁰¹ Alessio M. Paces, 'Supply Chain Liability in The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal'.

liability operating in the EU territory through subsidiaries, whose liability does not carry on to the non-EU parent.”¹⁰²

Moreover, perhaps most importantly, the sanction is the most fundamental factor necessary for a regulation to be effectively enforced. The most critical condition for the Directive to be applicable and to stop environmental and human rights breaches is concrete fines. However, there is a caution regarding the possibility of consequences in the event of a breach of the Proposal and their content being left to the discretion of EU Member States. On the one hand, the severity of the sanctions imposed by member states will surely enhance the Directive's implementation. On the other hand, as Enriques argues,¹⁰³ if the fines are not severe enough, the CSDDD may lose credibility with companies, rendering it ineffectual.¹⁰⁴ Some scholars¹⁰⁵ argue that implementing stakeholder-oriented fiduciary duties, which involve granting powers to advance the interests of non-shareholder groups, may have contrary effects. This is due to the potential increase in decision-making costs without any assurance that the newly empowered constituencies will prioritize climate-conscious actions more than shareholders. Some others also reject the thesis that corporate short-termism may be due to the lack of enforcement of fiduciary duties and the rarity of cases in which company directors are found liable and argue that company law legislation prepared by the EU in recent years offers better opportunities for sustainable governance than reform of directors' duties provided by CSDDD.¹⁰⁶

¹⁰² Indeed, the CSDDD does not apply to small, medium, and micro companies, which account for nearly 99 percent of all EU-based businesses with a revenue of less than 40 million euros. The directive's responsibilities will apply to extremely big EU-based businesses in all sectors – those with more than 500 workers and a net revenue of more than € 150 million – and to those with more than 250 employees on a more restricted basis. See Proposal for a Directive Of The European Parliament And Of The Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF; ‘EU: Disappointing Draft On Corporate Due Diligence’ (Human Rights Watch, 2022) <<https://www.hrw.org/news/2022/02/28/eu-disappointing-draft-corporate-due-diligence>> accessed 20 September 2023.

¹⁰³ Enriques - Gatti, ‘The Extraterritorial Impact of The Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention’.

¹⁰⁴ For more criticism of CSDDD, see ‘EU: Disappointing Draft on Corporate Due Diligence’ (Human Rights Watch, 2022) <<https://www.hrw.org/news/2022/02/28/eu-disappointing-draft-corporate-due-diligence>> accessed 20 September 2023.

¹⁰⁵ John Armour et al., ‘Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible’, *European Corporate Governance Institute* (2022) - Law Working Paper No. 657/2022.

¹⁰⁶ For more criticisms that the CSDDD is prepared by ignoring the role of corporate governance rules and other soft law instruments of international origin, see Guido Ferrarini, Michele Siri, Shanshan Zhu, ‘The EU’s Proposed Reform

It is too early to make any judgments regarding the directive's effectiveness, which will be determined over time. However, this paper will focus on the question of whether another new technology-based mechanism for holding parent companies liable exists.

C. POTENTIAL IMPACT OF EMERGING TECHNOLOGIES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES

It should be acknowledged that new technologies will contribute to corporate law and companies like everything else. Through the use of digital contracts, it is now feasible to transfer ownership of tangible assets, such as vehicles and real estate, as well as stocks, bonds, and money, via the Internet. Today, it is seen that new systems such as blockchain¹⁰⁷ or DLT contribute to MNEs in many areas, such as compliance and auditing.¹⁰⁸ Blockchain technologies, in particular, may be very beneficial in overcoming the issues encountered by MNEs, particularly in complicated structures of crisscrossing intercompany transactions across several countries.¹⁰⁹

1. Potential Advantages of Emerging Technologies for Multinational Enterprises

Recently, there is an increase in the use of blockchain technology in companies for compliance and auditing. For instance, VeChain¹¹⁰ and similar firms provide blockchain-driven solutions to address supply chain compliance and audits, particularly on sustainability. Costs are lowered by minimizing the complexity of compliance procedures for a complex organization like a MNE.¹¹¹

of Directors' Duties and the Missing Link to Soft Law', *European Business Organization Law Review*, (2023), <https://doi.org/10.1007/s40804-023-00290-6>.

¹⁰⁷ Blockchain is a critical technology that has the potential to have enormous and far-reaching implications. The term 'blockchain' refers to a decentralised, distributed record or ledger of transactions in which transactions are permanently and nearly immutably preserved via cryptography. For more information, see; 'Can Blockchain Revolutionize International Trade?' (Theblockchaintest.com, 2022) <<https://theblockchaintest.com/uploads/resources/WTO%20-%20Can%20Blockchain%20revolutionize%20international%20trade%20-%202018.pdf>> accessed 20 September 2023.

¹⁰⁸ Rui Torres de Oliveira et al., 'Blockchain and the multinational enterprise: Progress, challenges and future research avenues', *Review of International Business and Strategy* 30/2 (2020), 145-161; see also Matthew Davis et al., 'Can blockchain-technology fight corruption in MNEs' operations in emerging markets?', *Review of International Business and Strategy* (2021).

¹⁰⁹ Zhang et al., 'Blockchain-based distributed compliance in multinational corporations' cross-border intercompany transactions', 509.

¹¹⁰ 'VeChain | Blockchain for Our Better World' (vechain, March 9, 2023) <<https://www.vechain.org>> accessed 24 September 2023.

¹¹¹ It Supply Chain, 'VeChain: The Blockchain for Supply Chain Management' (IT Supply Chain, May 16, 2023) <<https://itsupplychain.com/vechain-the-blockchain-for-supply-chain->

Adapting Blockchain-based technologies will benefit an MNE by reducing risks and increasing savings.¹¹² As advantages of new technologies to the MNEs, AI can evaluate extensive data sets, enabling businesses to enhance their decision-making processes regarding risk management methods by identifying patterns and trends.¹¹³ Furthermore, blockchain technology has the potential to offer a robust and reliable framework for the documentation and monitoring of ownership and the exchange of assets and resources.¹¹⁴

Blockchain technology's fundamental logic is to aggregate transactions into blocks, incrementally added to the public ledger through a consensus method. The basic logic of blockchain technology is to group transactions into blocks, adding blocks one by one to the distributed ledger based on a consensus mechanism.¹¹⁵ Additionally, each block includes the cryptographic hash of the previous blocks, back to the genesis block. Since honest peers in the blockchain network have more computing capacity than malicious peers, it is relatively challenging to tamper with recorded transactions/blocks without being detected. When paired with smart contracts and distributed ledger technology,¹¹⁶ blockchain technology can simplify global commerce by streamlining corporate procedures, boosting trust, accountability,¹¹⁷ and transparency, and assisting MNEs.¹¹⁸ Due to the confidentiality and trust afforded by blockchain technology, it will be critical for MNEs to apply the support of blockchain and similar technologies. We should note that in this

management/#:~:text=VeChain%20is%20a%20blockchain%2Dbased,transparent%20supply%20chain%20management%20system.> accessed 24 September 2023.

¹¹² Torres de Oliveira et al., 'Blockchain and the multinational enterprise: Progress, challenges and future research avenues', 6.

¹¹³ Jiangong Wu et al., 'Enterprise data security storage integrating blockchain and artificial intelligence technology in property and resource risk management', *Soft Computing* 2 (2023). <https://doi.org/10.1007/s00500-023-08933-z>.

¹¹⁴ Wu et al., 'Enterprise data security storage integrating blockchain and artificial intelligence technology in property and resource risk management'.

¹¹⁵ Zhang et al., 'Blockchain-based distributed compliance in multinational corporations' cross-border intercompany transactions', 511.

¹¹⁶ Dirk A. Zetsche et al., 'Decentralized Finance (DeFi)', *Journal of Financial Regulation* 6 (2020), 179.

¹¹⁷ Several corporations have already implemented blockchain technology to authenticate items, as demonstrated by the cases of LVMH and Aura. For more information, see "LVMH Partners with Other Major Luxury Companies on Aura, the First Global Luxury Blockchain - LVMH" (LVMH, April 20, 2021) <<https://www.lvmh.com/news-documents/news/lvmh-partners-with-other-major-luxury-companies-on-aura-the-first-global-luxury-blockchain/>> accessed September 24, 2023.

¹¹⁸ Zhang et al., 'Blockchain-based distributed compliance in multinational corporations' cross-border intercompany transactions', 511.

paper, the term "blockchain" refers to a permissioned blockchain network whose nodes are operated by recognized whitelisted businesses.¹¹⁹

We suggest that if MNEs operate on a blockchain system based on distributed ledger technology and smart contracts, they can address the difficulties mentioned above, such as parent-subsidiary liability for environmental and human rights breaches. In addition to the convenience of technology, the trust-building function of multiple distributed assets that enable identity verification will result in removing existing intermediaries, clearing and settlement systems, and other infrastructure. The immutability, verifiability, and traceability of blockchain entries provide an undisputed audit trail that may be utilized internally to guide and enhance an organization's compliance function and externally in the event of a government agency examination.¹²⁰ As a consequence, improved security and transparency will be achieved.

Blockchain-based governance gains more importance when considered an excellent corporate governance system and its critical impact on company performance.¹²¹ Decentralization, transparency, immutability, and the ability to trace transactions are just a few of the advantages of blockchain technology. Additionally, the system will benefit from increased efficiency and speed, decreased transaction costs, and increased market access.¹²² Thus, incorporating this technology into corporate governance may improve its effectiveness while promoting a balance of corporate members' interests and protecting their rights.

The survivability and decentralization of blockchain systems is its essential characteristic. Distributed, in fact, denotes unstopability in the case of blockchain systems. It operates on hundreds of thousands of servers not linked to the Blockchain's central database, so the others will still function even if one quits. Blockchain technology guarantees that information is recorded

¹¹⁹ For more information regarding this blockchain, see Zhang et al., 'Blockchain-based distributed compliance in multinational corporations' cross-border intercompany, 511.

¹²⁰ Mark L. Shope, 'Distributed Ledger Technology In International Trade: Rethinking the Role and Necessity of the Customs Declaration', *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 5/1 (2022), 116; see also C. Alden Pelker et. al., 'Using Blockchain Analysis from Investigation to Trial', *DOJ J. FED. L. & PRAC.* 69/59 (2021).

¹²¹ See Dirk A. Zetsche et al., 'The Distributed Liability Of Distributed Ledgers: Legal Risks Of Blockchain' *University of Illinois Law Review* (2018), 1367; Anne Lafarre - Christoph Van der Elst, 'The Viability of Blockchain in Corporate Governance' *ECGI Working Paper Series in Law* 712 (2023), https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/theviabilityofblockchainincorporategovernance_0.pdf.

¹²² See Zetsche et al., 'The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain', 1367.

securely and that participants in these organizations with many members may communicate with one another. These advanced technologies allow for numerous parties' decentralized recording and management of data. In particular, this easy access to company information improves the security and transparency of internal communication. The growth of the corporate governance approach is also ensured by the fact that reliable information representing the company's actual position is available to its interest groups.¹²³

Decentralized computer networks that are reliable, secure, immutable, and independent of flawed human input and arbitrary human goodwill may, in fact, be given the auditing tasks often carried out by Directors in companies to supervise their representatives utilizing blockchain technology. This results in eliminating agency expenses (the manager's cost of supervising agents) and creating confidence in the contractual relationship between the agent and the agent. Blockchain technology offers an alternative governance mechanism as a consequence.¹²⁴ The blockchain's credibility is derived from its immutability and cryptographic security protocols, which offer transaction guarantees and foster principal-agent confidence in the integrity of contractual agreements.¹²⁵ Only after all contract criteria are satisfied by both parties and validated by the most miners/nodes in the system are the contract between the proxy and the agent executed. Therefore, with a blockchain-based infrastructure, the principal is not required to commence supervision and monitoring, along with the related agency expenditures, resulting in no additional cost.

The introduction of centralization of authority also gives rise to agency conflicts, which are a primary concern in corporate law and governance.¹²⁶ Blockchain solves entirely the inherent agency conflict¹²⁷ in contemporary finance and corporate governance¹²⁸ due to the governance

¹²³ Dirk Zetzsche, 'Corporate Technologies – Zur Digitalisierung im Aktienrecht', *Die Aktiengesellschaft* 2019, 3.

¹²⁴ Wulf A. Kaal, 'Blockchain-Based Corporate Governance', *U of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies*, Research Paper No. 19-05 (2019), 15.

¹²⁵ Kaal, 'Blockchain-Based Corporate Governance', 16.

¹²⁶ John Armour et al., 'Agency Problems and Legal Strategies', *The Anatomy Of Corporate Law* ed. Reiner Kraakman et al., 29 (2017).

¹²⁷ Alessandro Broede Lopes - Martin Walker, 'Asset Revaluations, Future Firm Performance and Firm-Level Corporate Governance Arrangements: New Evidence from Brazil', *The British Accounting Review*, 44 (2012), 64; Kathleen M. Eisenhardt, 'Agency Theory: An Assessment and Review', *The Academy of Management Review*, 14 (1989), 59.

¹²⁸ Alex Murray et al., 'Contracting in the Smart Era: The Implications of Blockchain and Decentralized Autonomous Organizations for Contracting and Corporate Governance', *ACAD. MGMT. PERSP.* 35 (2021), 622.

guarantees embedded in the technology.¹²⁹ Because the system operates precisely as it is programmed in line with the idea that the code is the law,¹³⁰ agent relationships in smart contracts shield the business from the agent's opportunistic conduct. Additionally, all contract conditions are transparent and available to everyone. As a result, the system also contributes to transparency. Thus, everyone may access a company's financial information on the blockchain, not only the accounting department. In addition to many other yet-to-be-considered factors, smart agency contracts operate on a unique blockchain that enables principals and agents to keep track of debt or pledges and create complete marketplaces.¹³¹

One of the most considerable contributions of blockchain to MNEs may be its ability to improve and enhance supply chain transparency and traceability, mitigate fraudulent activities, and safeguard product authenticity.¹³² This presents a significant benefit, particularly for MNEs engaged in the food and pharmaceutical industries. Instances have started to surface globally. One example of blockchain implementation in the food industry is observed in IBM's Food Trust technology, which facilitates tracing food product origins.¹³³

One additional benefit MNEs can derive from blockchain technology is the mitigation of intermediary reliance, resulting in enhanced efficiency and cost-effectiveness of cross-border transactions.¹³⁴ Indeed, the idea can be exemplified by the blockchain-based payment mechanisms pioneered by the Ripple corporation.¹³⁵ In conclusion, Blockchain offers many fantastic benefits

¹²⁹ Wulf A Kaal, 'Blockchain-Based Corporate Governance', 16.

¹³⁰ Shaojun Liu, (2021). Code Is Law. In: Rights Limitation in Digital Age. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-16-4380-4_7

¹³¹ For more information, see Wulf A Kaal, 'Blockchain-Based Corporate Governance', 17.

¹³² Tamir Agmon - Ido Kallir, 'Distributed Ledger Technology (DLT): A Game Changer for MNEs in Emerging Markets', *Journal of Risk and Financial Management* 15/580 (2022); Gregor Blossey et al., 'Blockchain technology in supply chain management: An application perspective', *Paper presented at the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences* (2019), Grand Wailea, HI, USA, January 8–11; Tom Gillpatrick et al., 'How Can Blockchain Contribute to Developing Country Economies? A Literature Review on Application Areas' *Economics* 10/1 (2022), 105-128.

¹³³ For detailed information, see 'Blockchain for Supply Chain- IBM Blockchain' <<https://www.ibm.com/blockchain-supply-chain>> accessed 24 September 2023.

¹³⁴ Orkun Bayram, 'Importance of Blockchain Use in Cross-Border Payments and Evaluation of the Progress in This Area', *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 21/171 (2020), 185; Zhang et al., 'Blockchain-based distributed compliance in multinational corporations' cross-border intercompany transactions', 509.

¹³⁵ James Tyrrell, "Blockchain-Based Cross-Border Payments – the Ripple Effect" (*TechHQ*, July 24, 2023) <<https://techhq.com/2023/07/blockchain-based-cross-border-payments-the-ripple-effect/>> accessed 24 September 2023.

to enhance corporate governance, but those advantages may sometimes be exploited in ways that are often not considered.

2. Limitations of Emerging Technologies for Multinational Enterprises

In addition to all its positive contributions, it should be remembered that blockchain systems also have some disadvantages. For example, although the unstoppable and decentralized system can be seen as an advantage, the lack of an on/off switch has caused significant problems. Millions of dollars were stolen in 2017 due to a code error discovered by hackers on the Ethereum blockchain.¹³⁶ Despite the guard watchdogs seeing an issue, the system could not be turned down, and theft could not be stopped. Hackers have used the same code fault to trigger the system continually.¹³⁷ The system's problems are still there today because a hostile individual may exploit a software fault before others can discover and repair it. This is because the open-source software that powers the blockchain is duplicated on hundreds of servers all over the globe. Ethereum was a pure computer code company without a physical location, a country that might claim authority or control, or a typical corporate structure. The DAO did not use a conventional corporate structure that required formal control and empowerment to flow top-down from investors and shareholders via a board of directors to management and personnel. Indeed, it lacked any workers, managers, or directors. The DAO eliminated the fundamental controls principals generally use in agency partnerships.¹³⁸

An additional critique is aimed at diminishing or potentially eradicating agency costs, which are believed to yield significant advantages through blockchain technology, particularly in the context of DAOs. The attempt to mitigate agency costs by including a heterogeneous and unaligned cohort of investors in corporate decision-making is seen by some academics as a reassessment of corporate law rather than a substantive proposition to improve business organization. Furthermore, upon examining the domain of application for DAOs, the Decentralized Finance (DeFi) ecosystem emerges as particularly noteworthy. Despite the decentralized nature of DAOs, their autonomy may be compromised beyond the confines of the blockchain ecosystem. In the context of non-

¹³⁶ Vladimir M. Višnevskij – Dmitry Kozyrev, *Distributed Computer and Communication Networks: 21st International Conference, DCCN 2018*, Moscow, Russia, September 17-21, 2018, Proceedings (Springer 2018), p. 617.

¹³⁷ Višnevskij - Kozyrev, *Distributed Computer and Communication Networks: 21st International Conference*, 618.

¹³⁸ Wulf A Kaal, 'Blockchain-Based Corporate Governance', 16.

crypto interactions, the DAO will be required to depend on an 'oracle' system. This reliance will give rise to the manifestation of the conventional agency problem observed in contemporary corporate law within the present-day DAO.¹³⁹

Another problem—and perhaps the most important—is that data recorded on the Blockchain cannot be deleted. What happens if someone uses the system to preserve something they would not want to keep forever? For instance, what if someone wants their criminal record removed and Blockchain is utilized to store records? This data will be a permanent record of the individual on a blockchain.¹⁴⁰ When evaluated regarding company law, a company's corporate governance is strengthened by registering its data on the Blockchain. Thanks to blockchain technology, a company's financial records may be kept transparently utilizing bitcoins. To the degree authorized, crypto-encrypted corporate documents will be accessible for examination by shareholders and other interested parties. This makes finding inconsistencies and fraudulent assertions in financial records much simpler.¹⁴¹ For instance, simple access to real-world records also provides convenience in tax computation. Especially for listed companies, this transparency in financial records will be highly beneficial. With blockchain technology, records will be continuously accessible, reducing the scope for market manipulation.¹⁴²

Increased shareholder engagement and frequent access to accurate data on the company will result from providing continuous access to the financial records created using blockchain technology.¹⁴³ With the help of this new technology, the company audit will also be accomplished in a new dimension and cost less. Not only will the correctness and compatibility of the data be assessed throughout the audit process on the consistently recorded and encrypted data, but it will also be feasible to analyse the completed transactions.¹⁴⁴ Furthermore, unfair manners of majority shareholders in the company's management may be identified early in a corporate structure when

¹³⁹ Kelvin F.K. Low et al., 'The company and blockchain technology', *Edward Elgard Handbook on Corporate Liability*, ed. Christian Witting - Martin Petrin, (Edward Elgar, 2023).

¹⁴⁰ Low et al., 'The company and blockchain technology'.

¹⁴¹ Low et al., 'The company and blockchain technology'.

¹⁴² Helo Petri - Hao Yuqiuge, 'Blockchains in operations and supply chains: A model and reference implementation' *Computers & Industrial Engineering* 136 (2019), 242-251.

¹⁴³ Petri – Yuqiuge, 'Blockchains in operations and supply chains: A model and reference implementation'.

¹⁴⁴ Kaal, "Blockchain-Based Corporate Governance", 16.

information asymmetry is eliminated or at least lowered with technology development. Doing this removes one of the primary causes of internal conflicts inside the organization.¹⁴⁵

Nevertheless, what about the data privacy concern highlighted earlier? What about a company's compliance with the EU's General Data Protection Regulation,¹⁴⁶ which aims to give persons greater control over their data?¹⁴⁷ Considering that a resident of an EU nation has the right to ask for the deletion of this information if it is no longer required, how will the information that companies do not want to be destroyed work if nothing can be taken away from the blockchain, which is where all information is stored?¹⁴⁸ Data cannot be erased from a blockchain since it is an "append-only" database, even after the collection and retention periods have passed. Therefore, the GDPR's principles (art. 5(1)(b)-(e)) are violated by this.¹⁴⁹

Even if deletion is not wanted, it can be required to disclose the codes to tax officials and auditors to perform an audit on the business. Only some companies have a qualified IT employee; thus, the codes must be disclosed to the IT team. In this situation, another kind of data privacy infringement is the voluntary sharing of the company's data with other parties. In addition, in light of emerging technologies, two primary perspectives emerge. On one side, people who are constantly optimistic about these technologies and their possibilities.

On the contrary, individuals who harbour skepticism towards modern technologies are akin to those who cautiously approach novel advancements.¹⁵⁰ Therefore, one of the primary obstacles

¹⁴⁵ Kaal, "Blockchain-Based Corporate Governance", 16.

¹⁴⁶ General Data Protection Regulation (GDPR), (September 27, 2022) <<https://gdpr-info.eu/>> accessed November 11, 2022

¹⁴⁷ Everything a person does online in the digital age either creates or implicates data that may be quite revealing about their private lives. With the help of the GDPR, individuals now have additional avenues to safeguard their personal information, and by extension, their privacy and other human rights. It increases everyone's level of control, calls for more transparency from corporations, governments, and other organizations about their data practices, and governs how data is gathered, processed, and stored. See 'The EU General Data Protection Regulation' (Human Rights Watch October 28, 2020) <<https://www.hrw.org/news/2018/06/06/eu-general-data-protection-regulation>> accessed 24 September 2023.

¹⁴⁸ 'The EU General Data Protection Regulation'.

¹⁴⁹ Sejin Han – Sooyong Park, 'A Gap between Blockchain and General Data Protection Regulation: A Systematic Review' *IEEE Access* 103888 10 (2022).

¹⁵⁰ James Clive-Matthews, 'A Brief History of Tech Skepticism' (Strategy+business, 5 May 2023) <https://www.strategy-business.com/article/A-brief-history-of-tech-skepticism>> accessed 15 September 2023; Tom Kelsey, 'The present and future of techno-scepticism: two books on the dangers of technology', *Renewal: a Journal of Social Democracy* 26/4 (2018), 92-95.

Blockchain technology will encounter is establishing consumer confidence in this emerging technological domain. The potential decrease in system security can be attributed to the limited number of nodes, potentially resulting from financial constraints. It is of particular significance to consider when developing a novel public blockchain with a restricted number of members. Trust within the smart contract system, an integral component of the blockchain framework, is contingent upon the robustness of cryptographic methods, which can undergo modifications.¹⁵¹ Nevertheless, because of the absence of a governing body to oversee technological modifications, it becomes imperative to establish a consensus among the involved parties.

Another issue is that as a part of blockchain, DLT provides a superior level of protection against data manipulation during storage compared to other technologies. Additionally, DLT can verify that the transferring party retains ownership of the transferred item in the ledger and does not distribute it to many receivers. However, the concern here is that the DLT needs to rectify the incorrect data. If the data is stored incorrectly, the incorrect data stored via DLT remains incorrect. According to Zetzsche et al.,¹⁵² the 'garbage in, garbage out' paradox continues to exist. In conclusion, our suggestion should be observed, keeping in mind that some characteristics of DLT may result in unintended data dissemination, loss, or manipulation.

Last but not least, one aspect that has garnered criticism pertains to the increased utilization of DAOs during the transition of the Multinational Enterprise (MNE) system onto the blockchain.¹⁵³ A key concern raised is the need for precise legal characterization for DAOs. The matter at hand was the subject of deliberation in the legal case *Commodity Futures Trading Commission v. Ooki DAO*,¹⁵⁴ and its implications were also evident in the DAO case. In the latter case, DAO was classified as a simple partnership lacking legal personality. In essence, certain nations have conferred legal personality upon the DAO.

¹⁵¹ Jianting Xia et al., 'The Effect of Blockchain Technology on Supply Chain Collaboration: A Case Study of Lenovo' *Systems* 11/299 (2023); Christian Welzel et al., 'Mythos Blockchain: Herausforderung Für Den Öffentlichen Sektor', *Kompetenzzentrum Öffentliche Informationstechnologie, DIN*, (2017).

¹⁵² Dirk A. Zetzsche et al., 'The Distributed Liability Of Distributed Ledgers: Legal Risks Of Blockchain', *University of Illinois Law Review* (2018), 1373.

¹⁵³ Low et al., 'The company and blockchain technology'.

¹⁵⁴ *Commodity Futures Trading Commission v. Ooki DAO* (3:22-cv-05416)

In contrast others have temporarily overlooked it, and some have favored addressing DAO conflicts by analogizing them to established legal principles.¹⁵⁵ As an example, the state of Vermont in the United States implemented legislation on August 28, 2018,¹⁵⁶ known as the Blockchain-based Limited Liability Company (BLLC) Act.¹⁵⁷ This is the first act officially recognizing and incorporating a new type of legal entity,¹⁵⁸ the BLLC, within Vermont's legal framework.¹⁵⁹ Similarly, a DAO legislation was enacted in the state of Wyoming in April 2021 and subsequently implemented on July 1, 2021. The DAO was incorporated as a novel corporate entity under the legislation of Wyoming. A Wyoming DAO refers to a Limited Liability Corporation (LLC) that designates its articles of organization to a smart contract of a DAO, which is utilized for the management and operation of the corporation.¹⁶⁰

On the one hand, some authors¹⁶¹ perceive the absence of mandatory registration for DAOs during their formation, and the varying treatment and definition of DAOs across different jurisdictions, as a potential risk. These authors contend that this risk persists after implementing legal regulations and cannot be completely mitigated. The author asserts that there may be challenges in determining the appropriate legal framework for DAOs.¹⁶² They argue that applying national conflict laws, often used for traditional commercial entities, to DAOs could prove problematic.¹⁶³ Consequently,

¹⁵⁵ Carla L. Reyes, 'Autonomous Corporate Personhood', *Washington Law Review* 96/4 (2021), 1453.

¹⁵⁶ Title 11, Chapter 25, Subchapter 12 of the Vermont Statutes Online: Blockchain-Based Limited Liability Companies <<https://legislature.vermont.gov/statutes/fullchapter/11/025>> accessed 23 September 2023.

¹⁵⁷ Vermont Act No 205 (S.269), An act relating to blockchain business development <<https://legislature.vermont.gov/Documents/2018/Docs/ACTS/ACT205/ACT205%20As%20Enacted.pdf>> accessed 23 September 2023.

¹⁵⁸ Oliver Goodenough - Catherine Burke, "dOrg Launches First Limited Liability DAO" (Gravel & Shea, June 2019) <https://www.gravelshea.com/2019/06/dorg-launches-first-limited-liability-dao/?source=post_page-----> accessed 23 September 2023.

¹⁵⁹ For more information, see Florence Guillaume - Sven Riva, 'Blockchain Dispute Resolution For Decentralized Autonomous Organizations: The Rise Of Decentralized Autonomous Justice', *Blockchain And Private International Law*, ed. Andrea Bonomi - Matthias Lehmann, (Brill Nijhoff 2022).

¹⁶⁰ Guillaume - Riva, 'Blockchain Dispute Resolution For Decentralized Autonomous Organizations: The Rise Of Decentralized Autonomous Justice'.

¹⁶¹ Low et al., 'The company and blockchain technology'.

¹⁶² Tonya M. Evans, 'The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes' *Wayne L. Rev.* 65/1 (2019); Serkan Kaya - Kadirhan Maviş, 'Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi', *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/10 (2022).

¹⁶³ Low et al., 'The company and blockchain technology'.

determining the jurisdiction for resolving disputes arising from DAO-related matters may also be challenging for those authors.¹⁶⁴

On the other hand, according to an alternative perspective within the doctrine, which aligns with my own stance, the unique nature of DAOs renders conventional dispute resolution processes inadequate for addressing conflicts that arise within blockchain systems.¹⁶⁵ The resolution of these disagreements necessitates the utilization of identical technological means. Due to the reliance of DAOs on smart contracts, employing conventional dispute resolution techniques to address any conflicts that may occur within DAOs would undermine the objective of achieving fast, cost-effective, and automated execution that is inherent to blockchain technology.¹⁶⁶ Indeed, DAOs may fail to achieve the anticipated benefits when conventional solutions are present. Due to this rationale, confident entrepreneurs have established decentralized and efficient platforms capable of generating global influence and offering legal remedies for addressing conflicts emerging from smart contracts.¹⁶⁷ In practical application, the predominant decentralized justice platforms are primarily built on the Ethereum blockchain, including Kleros, JUR, and Aragon.¹⁶⁸ The need for clarity on the governing legislation has posed a significant challenge for proponents advocating for resolving disputes through DAOs instead of conventional mechanisms. Several potential solutions to this state of ambiguity have been put forth.¹⁶⁹ In the initial stage, the disputing parties should deliberate and select the appropriate legal framework to govern their dispute.

¹⁶⁴ Carsten Gerner-Beuerle et al., *The Private International Law of Companies in Europe*, (Bloomsbury Publishing, 2019); Low et al., 'The company and blockchain technology'.

¹⁶⁵ Yann Aouidef et al., 'Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects', *Frontiers in Blockchain*, 4/2 (2021).

¹⁶⁶ Evans, 'The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes'.

¹⁶⁷ For more information, see Guillaume - Riva, 'Blockchain Dispute Resolution For Decentralized Autonomous Organizations: The Rise Of Decentralized Autonomous Justice'; Kaya - Maviş, 'Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi'; Evans, The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes; Amy J. Schmitz - Colin Rule, 'Online Dispute Resolution for Smart Contracts' (2019) *Journal of Dispute Resolution*, 2; Darcy W. E. Allen et al., 'The Governance of Blockchain Dispute Resolution', *Harvard Negotiation Law Review* 25/75 (2019); Bronwyn E. Howell - Petrus H. Potgieter, 'Uncertainty and Dispute Resolution for Blockchain and Smart Contract Institutions', *Journal of Institutional Economics*, 17 (2021); Serkan Kaya, 'Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü', *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 18/52 (2022).

¹⁶⁸ Michael Buchwald, 'Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration', *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020), 1369-1423.

¹⁶⁹ Orna Rabinovich-Einy - Ethan Katsh, 'Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution' *Journal Dispute Resolution* 2 (2019), 47-75.

Nevertheless, it is imperative to acknowledge that the parties may encounter limitations in their ability to select the governing law either prior to the emergence of a dispute or after its initiation.¹⁷⁰ Another approach to mitigate ambiguity involves granting arbitrators within the system the authority to ascertain the appropriate legal framework based on the specific characteristics of each dispute.¹⁷¹ The reliability and predictability of blockchain-based dispute resolution processes necessitate their adherence to international laws and punishment mechanisms.¹⁷²

The primary mechanism that will facilitate the utilization of the novel technologies discussed in this article for addressing the persistent challenges faced by MNEs is the implementation of blockchain-based systems for dispute resolution. In order to address environmental and human rights violations perpetrated by MNEs, it is imperative to surmount the non conveniens principle and limited liability principles. By doing so, MNEs can be subjected to legal proceedings in their home country, where their headquarters are situated, rather than solely in the jurisdiction where the tort occurred.¹⁷³ Additionally, this approach ensures that the managers at the core of the organization are held accountable for their actions. Using platforms such as Klerus and Aragan in conducting trials offers a potential resolution to the longstanding issue of accountability and jurisdiction pertaining to MNEs that has persisted over several decades. In a trial to be conducted by arbitrators who have been chosen, the location of the multinational enterprise's headquarters or where the tort is committed will hold no significance. Furthermore, utilizing a shared blockchain infrastructure for all enterprises will eliminate the existence of distinct legal organizations, thereby addressing prevailing challenges about director liability, competition violations, and taxation.

It should conclude, following these explanations, that nothing in our current technological advancements ensures that we will ever inhabit Alice's Wonderland. It is indisputable that while

¹⁷⁰ Evans, 'The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes'.

¹⁷¹ Buchwald, 'Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration'; Kaya, 'Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü', *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 18/52 (2022).

¹⁷² Buchwald, 'Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration'; Serkan Kaya - Eda Şahin Şentürk, 'Global Class Actions: Towards a Blockchain-Based Dispute Resolution System', *Journal Consumer Policy* (2023).

¹⁷³ Angelica Bonfanti, 'Accountability of Multinational Corporations for Human Rights and Environmental Abuse: How Far Can Extraterritorial Jurisdiction Go?', *Rethinking International Law and Justice*, (Routledge 2015).

novel technologies are not devoid of challenges, they will undoubtedly aid in resolving the issues related to MNEs that have been highlighted in this article.

Conclusion

MNEs have played a significant role in global trade for centuries. In contemporary times, it is evident that MNEs possess a multifaceted influence that extends beyond their economic implications for commercial endeavors. These entities are increasingly utilized as conduits for technological transfer, facilitators of robust supply chains, and catalysts for enhancing healthcare provisions during worldwide epidemics. In the context of global connectivity and shared technological advancements, it is plausible that individuals residing in geographically distant locations may possess identical mobile phone models, utilize the same search engine for research purposes, consume identical pharmaceuticals, own the same car model, receive equivalent vaccinations during a global health crisis, subscribe to a common digital platform, partake in shared cinematic experiences, and potentially engage in other similar activities. The prevalence of individuals exhibiting addiction towards a particular brand of chips can be attributed to the involvement of MNEs in producing and distributing these globally available goods and services. The operations and influence of MNEs are responsible for the extensive availability of these products in numerous regions.

In the context of globalization, the significance and influence of MNEs have witnessed a notable escalation, surpassing their previous levels of importance. Nevertheless, amongst the constant evolution and progress, MNEs have persistently grappled with many challenges, particularly those pertaining to accountability, which have endured throughout the years. On one side, MNEs are required to form subsidiary businesses in many countries, each having distinct legal entities separate from the parent company. MNEs are challenged to navigate distinct and intricate procedures specific to each operational zone. They must also adhere to varying legal frameworks and regulations on establishment, operations, taxation, and competition legislation. From a national standpoint, it is crucial to consider that in instances of adverse circumstances such as a tort, violations of competition regulations, or tax infractions, the responsible party is not the corporate headquarters or its managers but rather the designated representatives appointed by the subsidiary company operating within that particular country. In this particular scenario,

regrettably, there exists a potential for leniency, as the corporate headquarters of MNEs may not bear legal liability for torts and infringements. The primary factor contributing to this phenomenon is the idea of limited responsibility and the non forum conveniens rule, which serve as foundational principles within the field of company law. This article has examined the challenges faced by MNEs and has conducted an analysis of potential solutions to address these challenges. The Directive has been examined as one of the potential answers. Upon closer examination of the objections against the Directive, it becomes evident that this regulatory measure must comprehensively resolve the issues at hand. We recommend utilizing emerging technologies, which are the paramount instruments of the more interconnected world, to address the persistent challenges faced by MNEs. Blockchain technology, encompassing artificial intelligence, DLT, DAOs and smart contracts, offers several benefits to MNEs across multiple domains, ranging from organizational processes to supply chain management. The article provides an analysis of both the benefits and challenges associated with these systems, along with proposed solutions.

Furthermore, and of greater significance, the suggestion to employ blockchain-based DAOs for legal proceedings as a substitute for traditional courts will make a valuable contribution towards resolving the issue of jurisdiction. In this particular scenario, initiating legal proceedings against the management in the multinational enterprise's central administrative location would be feasible. It is posited in the article that the utilization of advancing technology holds promise for resolving persistent challenges faced by MNEs. A significant outcome of this development would be the prevention of human rights abuses and environmental transgressions associated with MNEs, hence eliminating a significant impediment to achieving sustainability goals.

References

- Agmon, Tamir - Kallir, Ido. 'Distributed Ledger Technology (DLT): A Game Changer for MNEs in Emerging Markets'. *Journal of Risk and Financial Management* 15/580, (2022).
- Akey, Pat – Appel, Ian. 'The Limits of Limited Liability: Evidence from Industrial Pollution'. *Journal of Finance, American Finance Association* 76/1, (2021), 5-55.
- Allen, Darcy W. E. et al., 'The Governance of Blockchain Dispute Resolution', *Harvard Negotiation Law Review* 25/75, (2019).
- Alshbili, Ibrahim et al. 'Social and Environmental Reporting, Sustainable Development and Institutional Voids: Evidence from A Developing Country'. *Corporate Social Responsibility Environmental Management* 28, (2021).

- Aouidef, Yann et al. 'Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects'. *Frontiers in Blockchain*, 4/2, (2021).
- Armour, John et al. 'Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible'. *European Corporate Governance Institute (2022) - Law Working Paper No. 657/2022*.
- Armour, John – Eidenmüller, Horst. 'Self-driving corporations?'. *Harvard Business Law Review* 10 (2020).
- Armour, John et al. 'Putting Technology to Good Use for Society: The Role of Corporate, Competition and Tax Law'. *J. BRIT. ACAD.* 6/285, (2018), 294–295.
- Ashour, Samar. 'Artificial Intelligence in The Boardroom: An Outright Exposure to Directorial Liability?'. Oxford Law Faculty, 2020. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/10/artificial-intelligence-boardroom-outright-exposure-directorial>
- Backer, Larry Catá. 'Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities'. *The Brown Journal of World Affairs* 22/1, (2015), 156.
- Balseiro, Carlos F. et al. 'Tracking the Prestige Oil Spill: An Operational Experience In Simulation At Meteogalicia'. *Weather* 58, (2003).
- Bayram, Orkun. 'Importance of Blockchain Use in Cross-Border Payments and Evaluation of the Progress in This Area'. *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 21/171, (2020).
- Bonfanti, Angelica. *Accountability of Multinational Corporations for Human Rights and Environmental Abuse: How Far Can Extraterritorial Jurisdiction Go? Rethinking International Law and Justice*. London: Routledge, 2015.
- Buchwald, Michael. 'Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration'. *University of Pennsylvania Law Review* 168, (2020), 1369-1423.
- Castanedo, Sonia et al. 'The Prestige Oil Spill in Cantabria (Bay of Biscay). Part I: Operational Forecasting System for Quick Response, Risk Assessment, and Protection of Natural Resources'. *Journal of Coastal Research* 22, (2006), 1474-1489.
- Choi, Sanghak – Jung, Hail. 'Effects of the litigation risk coverage on corporate social responsibility'. *Applied Economics Letters* 28/ 21, (2020), 1836-1841.
- Clapp, Jennifer – Dauvergne, Peter. *Paths to a Green World: The Political Economy of the Global Environment*. Cambridge: The MIT Press, 2005.
- Clive-Matthews, James. 'A Brief History of Tech Skepticism'. *Strategy+business*, 5 May 2023. <https://www.strategy-business.com/article/A-brief-history-of-tech-skepticism>>.
- Cravino, Javier – Levchenko, Andrei A. 'Multinational Firms and International Business Cycle Transmission'. *The Quarterly Journal of Economics* 132/2, (2017), 921-962.
- Davis, Matthew et al. 'Can blockchain-technology fight corruption in MNEs' operations in emerging markets?'. *Review of International Business and Strategy*, (2021).
- De Backer, Koen et al. 'Multinational Enterprises In The Global Economy | VOX, CEPR Policy Portal'. VoxEU, 19 July 2023. <https://voxeu.org/article/multinational-enterprises-global-economy>.
- Diamantis, Mihailis. 'Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law'. *SSRN Electronic Journal* 89/4 (2020), 801–856. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3545436>

- Dunning, John H. - Lundan, Sarianna M. *Multinational Enterprises and the Global Economy*. Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2nd Ed., 2008.
- Eberlein, Burkard – Matten, Dirk. ‘Business responses to climate change regulation in Canada and Germany: lessons for MNCs from emerging economies’. *J. Bus. Ethics* 86/2, (2009), 241-255.
- Eidenmüller, Horst. ‘Shell Shock: In Defence Of The ‘Real Seat Theory’ In International Company Law’. Oxford Law Faculty, 2022. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/shell-shock-defence-real-seat-theory-international-company-law>
- Eisenhardt, Kathleen M. ‘Agency Theory: An Assessment and Review’. *The Academy of Management Review* 14, (1989).
- Enriques, Luca – Gatti, Matteo. ‘The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention’. Oxford Law Faculty, 2022. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate>
- Enriques, Luca – Zetsche, Dirk. ‘Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy’, *Hastings Law Journal* 72/1, (2020), 55-98.
- Eroğlu, Muzaffer. *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*. Northampton: Edward Elgar, 1st Ed, 2008.
- Evans, Tonya M. ‘The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes’. *Wayne L. Rev.* 65/1, (2019).
- Golson, Thomas. ‘Multinational Corporations and Liability According to International Law – Writing Anthology’. Central.edu, 2022. <https://central.edu/writing-anthology/2019/05/31/multinational-corporations-and-liability-according-to-international-law/>
- Hansen, Jesper Lau. ‘Unsustainable Sustainability’. ECGI 2022. <https://ecgi.global/blog/unsustainable-sustainability>
- Hill, Jennifer. ‘Changes in the Role of the Shareholder’ in Ross Grantham and Charlie Rickett (eds), *Corporate Personality in the 20th Century*. Oxford: Hart, 1998.
- Hood, Neil - Young, Stephen. *The Economics of Multinational Enterprise*. Longman, 1979.
- Hotten, Russell. ‘Volkswagen: The Scandal Explained’. BBC News, 2015. <https://www.bbc.com/news/business-34324772>
- Howell, Bronwyn E. – Potgieter, Petrus H., ‘Uncertainty and Dispute Resolution for Blockchain and Smart Contract Institutions’. *Journal of Institutional Economics* 17, (2021).
- Huang, D. ‘Reasons and Suggestions of Human Rights Violations Committed by Mnes’. *Highlights in Business, Economics and Management* 7/108, (2023).
- Gerner-Beuerle, Carsten et al. *The Private International Law of Companies in Europe*. Bloomsbury Publishing, 2019.
- Gillpatrick, Tom, et al. ‘How Can Blockchain Contribute to Developing Country Economies? A Literature Review on Application Areas’. *Economics* 10/1, (2022).
- Goodenough, Oliver - Burke Catherine. “dOrg Launches First Limited Liability DAO” (Gravel & Shea, June 2019). https://www.gravel Shea.com/2019/06/dorg-launches-first-limited-liability-dao/?source=post_page

- Guillaume, Florence - Riva, Sven. Blockchain Dispute Resolution For Decentralized Autonomous Organizations: The Rise Of Decentralized Autonomous Justice. *Blockchain And Private International Law*, ed. Andrea Bonomi - Matthias Lehmann. Brill Nijhoff, 2022.
- Graham, August. 'Oil Giant Shell Chooses UK For Tax Residency and Drops 'Royal Dutch' From Name'. independent.co.uk, 2022. <https://www.independent.co.uk/business/oil-giant-shell-chooses-uk-for-tax-residency-and-drops-royal-dutch-from-name-b1957935.html>
- ILO, International Labour Organization. Statistics on the Contribution of Multinational Enterprises to Inclusive and Sustainable Economic Growth, Full and Productive Employment and Decent Work for All (2022). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/meetingdocument/wcms_635202.pdf
- ILO, International Labour Organization. Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy. Geneva, 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf
- International Labour Organization ILO, *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* (Geneva, 2022).
- Ishaque, Shabnam. 'The Liability of Parent Companies for the Obligations of Their Subsidiaries in the Context of Multinational Groups'. *PLR* 5 (2010), 137.
- Ito, Hisaei – Watanabe, Hiroyuki. 'Piercing the Corporate Veil', *Comparative Company Law: A Case-Based Approach* ed. Mathias Siems - David Cabrelli. (2018), 211-249.
- Ivanaj, Silvester et al. 'MNEs and climate change: Implications for future research'. *Journal of Cleaner Production* 160, (2017), 1-7.
- Ivanaj, Vera et al., 'Understanding MNEs' attitudes towards CSR: a literature review and research agenda'. *Rev. Org. Responsab* 8/2, (2013), 15-30.
- İspirli Armağan, Merve. *Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kaal, Wulf A. 'Blockchain-Based Corporate Governance'. *U of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies*, Research Paper No. 19-05, (2019).
- Kandemir, Hatice Kübra. 'Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi'. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41 (2021).
- Kaya, Serkan. 'Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü'. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 18/52, (2022).
- Kaya, Serkan - Maviş, Kadirhan. 'Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi'. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/10, (2022).
- Kaya, Serkan - Şahin Şentürk, Eda. 'Global Class Actions: Towards a Blockchain-Based Dispute Resolution System'. *Journal Consumer Policy* (2023). <https://doi.org/10.1007/s10603-023-09553-8>

- Kelsey, Tom. 'The present and future of techno-scepticism: two books on the dangers of technology'. *Renewal: a Journal of Social Democracy* 26/4, (2018), 92-95.
- Khare, Anshuman et al. *Sustainable International Business Models in a Digitally Transforming World*. London: Routledge, 2022.
- Kleinert, Jörn et al. 'The Few Leading the Many: Foreign Affiliates and Business Cycle Comovement'. *American Economic Journal: Macroeconomics* 7/4, (2015), 134-59.
- Kraakman, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press 2017.
- Kyove, Justine et al. 'Globalization Impact on Multinational Enterprises'. *World* 2/2 (15 April 2021), 216–230. <https://doi.org/10.3390/world2020014>
- Jensen, Michael C. 'Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function'. *Business Ethics Quarterly* 12/2, (2002), 235-256.
- Lafarre, Anne. 'Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward'. ECGI 2022. <https://ecgi.global/blog/mandatory-corporate-sustainability-due-diligence-europe-way-forward>.
- Lafarre, Anne - Van der Elst, Christoph. 'The Viability of Blockchain in Corporate Governance' *ECGI Working Paper Series in Law* 712 (2023), https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/theviabilityofblockchainincorporategovernance_0.pdf.
- Liu, Shaojun. (2021). *Code Is Law*. In: *Rights Limitation in Digital Age*. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-16-4380-4_7
- Lopes, Alexandro Broede - Walker, Martin. 'Asset Revaluations, Future Firm Performance and Firm-Level Corporate Governance Arrangements: New Evidence from Brazil'. *The British Accounting Review*, 44 (2012).
- Low, Kelvin F.K, et al. *The company and blockchain technology*. Northampton: *Edward Elgard Handbook on Corporate Liability*,. ed. Christian Witting - Martin Petrin. Edward Elgar, 2023.
- Lowe, Nichola – Kenney, Martin. 'Foreign Investment and The Global Geography of Production: Why the Mexican Consumer Electronics Industry Failed'. *World Development* 27, (1999).
- Masulis, Ronald W. et al. 'Director Liability Protection and the Quality of Outside Directors' (December 9, 2020). European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper No. 672/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3329220> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329220>.
- Meyer, Klaus E. et al. 'Multinational Enterprises and Local Contexts: The Opportunities and Challenges of Multiple Embeddedness'. *Journal of Management Studies* 48/2 (March 2011), 235–252. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2010.00968.x>
- Möslein, Florian. 'Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law', *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2018.
- Muchlinski, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford University Press, 2nd Ed., 2007.

- Muchlinski, Peter. 'Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?'. *Cambridge Journal of Economics* 34, (2010), 915-928.
- Murray, Alex et al. 'Contracting in the Smart Era: The Implications of Blockchain and Decentralized Autonomous Organizations for Contracting and Corporate Governance'. *ACAD. MGMT. PERSP.* 35, (2021).
- Narula, Rajneesh – Pineli André. 'Improving the developmental impact of multinational enterprises: policy and research challenges'. *Economia e Politica Industriale* 46, (2019), 2.
- Och, Marleen. 'The Case of the Missing Shareholders in the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive'. ECGI 2022. <https://ecgi.global/blog/case-missing-shareholders-proposed-corporate-sustainability-due-diligence-directive>
- OECD, The Organization for Economic Cooperation and Development. Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. OECD, 2020. <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/annualreportsontheguidelines.htm>
- OECD, The Organization for Economic Cooperation and Development. Environment and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Corporate Tools and Approaches. Accessed 3 August 2023. <https://www.oecd.org/env/34992954.pdf>
- OECD, The Organization for Economic Cooperation and Development. Multinational Enterprises In The Global Economy: Heavily Debated But Hardly Measured. OECD, 2018. <https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>
- OECD, The Organization for Economic Cooperation and Development. OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition. OECD, 2011. <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>
- Oetzel, Jennifer – Doh, Jonathan P. 'MNEs and development: a review and reconceptualization'. *Journal of World Business* 44, (2009).
- Oliveira, Rui Torres et al. 'Blockchain and the multinational enterprise: Progress, challenges and future research avenues'. *Review of International Business and Strategy* 30/2, (2020), 145-161.
- Rabinovich-Einy, Orna - Katsh, Ethan. 'Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution'. *Journal Dispute Resolution* 2, (2019), 47-75.
- Paces, Alessio M. 'Supply Chain Liability in The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal'. Oxford Law Faculty, 2022. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>
- Pargendler, Mariana. 'The EU Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence and The Mystique of Complete Corporate Separateness', ECGI 2022. https://ecgi.global/blog/eu-proposal-corporate-sustainability-due-diligence-and-mystique-complete-corporate-separateness?mc_cid=a63892fc3f&mc_eid=cd8cf5092d
- Pargendler, Mariana. 'How Universal is the Corporate Form? Reflections on the Dwindling of Corporate Attributes in Brazil'. *Columbia Journal of Transnational Law* 58/1, (2019).
- Pelker, C. Alden et. al. 'Using Blockchain Analysis from Investigation to Trial'. *DOJ J. FED. L. & PRAC.* 69/59, (2021).

- Petri, Helo - Yuqiuge, Hao. 'Blockchains in operations and supply chains: A model and reference implementation'. *Computers & Industrial Engineering* 136, (2019).
- Petrin, Martin. 'Corporate Management in the Age of AI', *Columbia Business Law Review* 3, (2020), 965–1030.
- Pinkse, Jonatan – Kolk, Ans. 'Multinational enterprises and climate change: Exploring institutional failures and embeddedness'. *Journal of International Business Studies* 43, (2012), 334.
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF
- Pulaşlı, Hasan. 'Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi'. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 36/4, (2020), 5-37.
- Reyes, Carla L. 'Autonomous Corporate Personhood'. *Washington Law Review* 96/4, (2021).
- Rooij, Benjamin Van – Brownlee, Megan. 'Does Tort Deter? Inconclusive empirical evidence about the effect of liability in preventing harmful behavior'. Cambridge Handbook on Compliance, ed. Benjamin Van Rooij - D. Daniel Sokol, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021.
- Ruggie, John Gerard. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (Norton Global Ethics Series). New York: W. W. Norton & Company, 2013.
- Ruggie, John. 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business And Human Rights, Report Of The Special Representative Of The Secretary-General On The Issue Of Human Rights Transnational Corporations And Other Business Enterprises'. U.N. Human Rights Council 8th Session, Agenda item 3 A/HRC/8/5 (7 April 2008), 3.
- Schmitz, Amy J. - Rule, Colin. 'Online Dispute Resolution for Smart Contracts'. *Journal of Dispute Resolution* 2, (2019).
- Shope, Mark L. 'Distributed Ledger Technology in International Trade: Rethinking the Role and Necessity of the Customs Declaration'. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 5/1, (2022).
- Schotter, Andreas –Goodsite, Michael Evan. 'Interdisciplinary perspectives on competitive climate strategy in multinational corporations'. *Thunderbird Int. Bus. Rev.* 55/6, (2013), 629-632.
- Sjåfjell, Beate – Mähönen, Jukka. 'Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal'. *ECGI* 2022. <https://ecgi.global/blog/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence-proposal>
- Steinhardt, Ralph G. 'Soft Law, Hard Markets: Comparative Self-Interest and the Emergence of Human Rights Responsibilities for Multinational Corporations'. *Brook. J. Int'l L.* 33, (2008), 936.
- Strange, Roger. 'MNE theory and the importance of corporate governance'. *Academy of International Business* (AIB) 2016 Annual Meeting, 27-30 Jun 2016, New Orleans.
- Surden, Harry. 'Artificial Intelligence And Law: An Overview', *Georgia State University Law Review* 35, (2019).

- Sutherland, Eversheds. 'Brexit Risk For Owners Of English Companies Operating In Germany-Publications - Eversheds Sutherland'. Eversheds-sutherland.com, 2022. https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Corporate/Brexit_risk_for_owners_of_english_companies_operating_in_germany
- The Supreme Court of the United States (SCOTUS), Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S.518, 636 (1819).
- Thomsen, Steen. 'Sustainable Corporate Governance and the Road to Stagnation'. Oxford Law Faculty, 2022. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/sustainable-corporate-governance-and-road-stagnation>
- Tyrrell, James. "Blockchain-Based Cross-Border Payments – the Ripple Effect" (*TechHQ*, July 24, 2023). <https://techhq.com/2023/07/blockchain-based-cross-border-payments-the-ripple-effect/>
- Yunhan, Duan – Wenjin, Jiang. 'Research on the Human Rights Responsibility of MNEs'. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 615, (2021), 1331-1337.
- UN, United Nations. *Multinational Corporations in World Development*. New York: UNDESA—United Nations Department of Economic and Social Affairs, 1973.
- Vermont Act No 205 (S.269), An act relating to blockchain business development. <https://legislature.vermont.gov/Documents/2018/Docs/ACTS/ACT205/ACT205%20As%20Enacted.pdf>
- Vicente, Lecia. 'The Hohfeldian Concept of Share in Limited Liability Companies: A View from the Common and Civil Law Traditions'. *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 33, (2018), 41-74
- Wallach, Omri. 'The World's Tech Giants, Compared to the Size of Economies'. Visual Capitalist, 2021. <https://www.visualcapitalist.com/the-tech-giants-worth-compared-economies-countries/>
- Welzel, Christian et al. 'Mythos Blockchain: Herausforderung Für Den Öffentlichen Sektor'. *Kompetenzzentrum Öffentliche Informationstechnologie, DIN*, (2017).
- Wu, Jiangong et al. 'Enterprise data security storage integrating blockchain and artificial intelligence technology in property and resource risk management'. *Soft Computing* 2 (2023). <https://doi.org/10.1007/s00500-023-08933-z>.
- Xia, Jianting et al. 'The Effect of Blockchain Technology on Supply Chain Collaboration: A Case Study of Lenovo'. *Systems* 11/299, (2023).
- Zagelmeyer, Stefan –Sinkovics, Rudolf R. 'MNEs, Human Rights and the SDGs — the Moderating Role of Business and Human Rights Governance'. *Transnational Corporations* 26/33, (2019).
- Zetsche, Dirk A et al. 'The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain'. *University of Illinois Law Review* (2018).
- Zekos, Georgios. *MNEs in the 21st Century*. Nova Publishers, 2015.
- Zhang, Wenbin et al. 'Blockchain-Based Distributed Compliance in Multinational Corporations' Cross-Border Intercompany Transactions: A New Model for Distributed Compliance Across Subsidiaries in Different Jurisdictions'. 508–517. *Advances in Intelligent Systems and Computing*. Singapore, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-030-03405-4_20

'Blockchain for Supply Chain- IBM Blockchain'. <https://www.ibm.com/blockchain-supply-chain>

'Can Blockchain Revolutionize International Trade?'. Theblockchaintest.com, 2022. <https://theblockchaintest.com/uploads/resources/WTO%20-%20Can%20Blockchain%20revolutionize%20international%20trade%20-%20202018.pdf>

'Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal'. Oxford Law Blogs, September 22, 2023. <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal>

'LVMH Partners with Other Major Luxury Companies on Aura, the First Global Luxury Blockchain - LVMH' (LVMH, April 20, 2021). <https://www.lvmh.com/news-documents/news/lvmh-partners-with-other-major-luxury-companies-on-aura-the-first-global-luxury-blockchain/>

'Reino De España V. American Bureau of Shipping, Inc., 729 F. Supp. 2D 635'. Casetext.com, 2010. <https://casetext.com/case/reino-de-espana-v-american-bureau-of-shipping>

'Reporting'. Sustainable Performance, 2021. <https://sustainable-performance.totalenergies.com/en/reporting>.

'Starbucks C.A.F.E. Practices'. Scsglobalservices, 2019. <https://www.scsglobalservices.com/services/starbucks-cafe-practices?scscertified=1>

'Shell Sustainability Report 2020 – Home'. Reports.shell.com, 2021. <https://reports.shell.com/sustainability-report/2022/>

'The Prestige: One Year On, A Continuing Disaster'. wfpanda.org, 2003. https://wwf.panda.org/wwf_news/?9623/The-IPrestigeI-one-year-on-a-continuing-disaster

'Texts Adopted - Corporate Sustainability Due Diligence - Thursday, 1 June 2023'. European Union, 2023 - Source: European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html

'Vechain | Blockchain for Our Better World'. vechain, March 9, 2023. <https://www.vechain.org>

'Unlimited Personal Liability of Shareholders in Air Berlin PLC as a Result of BREXIT?'. Heuking.de, 2022. <https://www.heuking.de/de/news-events/newsletter-fachbeitraege/artikel/unlimited-personal-liability-of-shareholders-in-air-berlin-plc-as-a-result-of-brex.html>