

ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: XXI, Sayı: 1  
Vol. XXI, No. 1  
Yıl / Year: 2024**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

**Yayın Sahibi / Publisher**

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /  
*On Behalf of Yeditepe University*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

**Editör Yardımcıları / Associate Editors**

Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Arş. Gör. Ecrin Baydak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Fatmagül Yazıcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

**İnternet Adresi / Web Address**

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

**Yayının Türü / Type of Publication**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan,  
**ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na  
kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal  
published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in  
the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and  
Information Center).*

**Basımcının Adı / Printed by**

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Yukarı Dudullu Bostancı Yolu Keyap Çarşısı B-1 Blk No:24

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

**Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / Publication Date**

Mart 2024 / *March 2024*

**ISSN: 1303 - 4650**

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri**  
*All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to*

**E-posta / E-mail:** yuhfd@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor :** (Oktay Uygun) [oktay.uygun@yeditepe.edu.tr](mailto:oktay.uygun@yeditepe.edu.tr)

**Editör Yardımcıları / Associate Editors :**

(Tevfik Sönmez Küçük) [tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr](mailto:tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr)

(Erhan Kanışlı) [erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr](mailto:erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr)

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos

Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.  
*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*  
*Copyright © 2024*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz.  
*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.  
*For citations please use the abbreviation: “YUHFD”*

## **Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

## ***About Our Journal***

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

## **Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Danışma Kurulu / *Advisory Board***

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Devrim Güngör, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Halûk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Handan Yokuş Sevük, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ercan Akyiğit, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Atay, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Necla Öztürk, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pınar Akan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Vesile Sonay Evik, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

## ***PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir. *The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

*Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*Paper size: A4*

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified*

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

**10)** Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

**11)** Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. *The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*

**12)** Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

*In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.*



**13)** Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

**14)** Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

**15)** Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM'e** kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

**16)** Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

**17)** Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

*The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
Cilt: XXI, Sayı: 1, Yıl: 2024

**İÇİNDEKİLER**

**ARAŞTIRMA MAKALELERİ**

**CEZAEVLERİNDE SAVUNMA HAKKI ve HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KULLANIMINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR**  
**Dr. Bahattin ARAS.....1**  
e-posta: bahattinaras2018@gmail.com

**GENEL KURUL YÖNETMELİĞİ'NİN “TOPLANTININ ERTELENMESİ”NE YÖNELİK 28. MADDESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**  
**Doç. Dr. Levent BİÇER.....61**  
e-posta: levent.bicer@kocaeli.edu.tr

**AVRUPA BİRLİĞİ EMİSYON TİCARETİ SİSTEMİNİN SİVİL HAVACILIK ve DENİZ ULAŞIM SEKTÖRLERİNDE UYGULANMASINA DAİR GÜNCEL GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**  
**Dr. Öğr. Üyesi Halil ÇEÇEN.....101**  
e-posta: hcecen@nny.edu.tr

**ANONİM ŞİRKET PAY SAHİBİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI İLE BU HAKLARA İLİŞKİN MAHKEMEYE BAŞVURU HAKKINI İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU REVİZYONUNUN KONUSYA İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER ÇERÇEVESİNDE YENİDEN DÜŞÜNMEK**  
**Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY.....149**  
e-posta: ilbasmis@erciyes.edu.tr

**HAKKANİYETE UYGUNLUK KOŞULU KAPSAMINDA ACENTENİN DENKLEŞTİRME TAZMİNATI TALEBİNİN DOĞMADIĞI VEYA TAZMİNAT MİKTARININ HAKKANİYET GEREĞİ AZALTILMASINI GEREKTİREN HÂLLER**

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan OYAL.....185**  
e-posta: oyal@tau.edu.tr

**BİLİŞİM SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİNİ ENGELLEME VEYA BOZMA  
SUÇU VE UYGULAMADAKİ SALDIRI TÜRLERİ**  
**Dr. Gürkan ÖZOCAK.....257**  
e-posta: gurkan@ozocakerdogan.com

**TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ İLE ÖZELLİKLE TÜKETİCİ HAKEM  
HEYETİ KARARINA İTİRAZ YARGILAMASINDA İCRANIN GERİ  
BIRAKILMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER (SON DEĞİŞİKLİKLER  
ÇERÇEVESİNDE)**  
**Dr. Öğr. Üyesi Önder TOPAL.....293**  
e-posta: ondertopal61@trabzon.edu.tr

**SUÇA SÜRÜKLENEN 12-15 YAŞ GRUBU ÇOCUKLAR HAKKINDA  
VERİLEN KISA SÜRELİ HAPİS CEZASININ “KAMUYA YARARLI  
BİR İŞTE ÇALIŞTIRILMA” (TCK M. 50/1-f) SEÇENEK  
YAPTIRIMINA ÇEVİRİLMESİNİN ASGARİ ÇALIŞMA YAŞI  
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**  
**Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU & Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül EKİN.....337**  
e-posta: namikkemal.topcu@erdogan.edu.tr, aysegul.ekin@erdogan.edu.tr

**İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI BANKA TEMİNAT MEKTUBU  
BEDELİNİ ÖDEYEN BANKANIN MUHATABA YÖNELİK İADE  
TALEBİ VE HUKUKİ DAYANAĞI**  
**Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA & Arş. Gör. Yasemin KALKANCI.....399**  
e-posta: bilgehan.yesilova@yasar.edu.tr, yasemin.kalkanci@yasar.edu.tr

**ELEŞTİREL İRK FEMİNİZMİ: KÖKENLER, ANALİTİK  
KATKILAR VE GÜNCEL ENDİŞELER**  
**Dr. Öğr. Üyesi Elif Çağla YILDIZ.....477**  
e-posta: elifcagla.yildiz@ikc.edu.tr

## **CEVİRİ**

### **ASSESSMENTS ON THE UKRAINE-RUSSIA WAR IN THE AXIS OF INTERNATIONAL LAW AND ECOCIDE CRIMES**

**Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt**

**Çev. Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT & Ahmet ÇİTKÖYLÜ.....505**

**e-posta:** kutluhanb@hotmail.com, ahmet.citkoylu@std.yeditepe.edu.tr



**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW**  
**Volume: XXI, No: 1, Year: 2024**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**FUNDAMENTAL PRINCIPLES ON THE USE OF THE RIGHT OF DEFENSE AND RIGHT TO LEGAL REMEDIES IN PRISONS**

**Dr. Bahattin ARAS.....1**  
**e-mail: bahattinaras2018@gmail.com**

**EVALUATION OF SOME PROBLEMS RELATING TO ARTICLE 28 OF THE GENERAL ASSEMBLY REGULATION ON “POSTPONEMENT OF THE MEETING**

**Asst. Prof. Dr. Levent BİÇER.....61**  
**e-mail: levent.bicer@kocaeli.edu.tr**

**REVIEW OF CURRENT DEVELOPMENTS REGARDING THE APPLICATION OF THE EUROPEAN UNION’S EMISSION TRADING SYSTEM IN CIVIL AVIATION AND MARITIME TRANSPORT SECTORS**

**Asst. Prof. Halil ÇEÇEN.....101**  
**e-mail: hcecen@nny.edu.tr**

**RETHINKING OF THE JOINT STOCK COMPANY SHAREHOLDERS’ RIGHT TO INFORMATION AND INSPECTION AND RIGHT TO APPLY TO THE COURT REGARDING THESE RIGHTS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE REVISION OF THE SWISS CODE OF OBLIGATIONS**

**Asst. Prof. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY.....149**  
**e-mail: ilbasmis@erciyes.edu.tr**

**CASES IN WHICH THE PAYMENT OF INDEMNITY TO A COMMERCIAL AGENT CANNOT BE CONSIDERED EQUITABLE OR THE AMOUNT OF INDEMNITY PAYMENT IS TO BE REDUCED HAVING REGARD TO ALL THE CIRCUMSTANCES FOR EQUITABILITY REASONS**

**Asst. Prof. Ahmet Batuhan OYAL.....185**  
**e-posta: oyal@tau.edu.tr**

**THE CRIME OF HINDRANCE OR DESTRUCTION OF THE INFORMATION SYSTEM AND TYPES OF ATTACKS IN PRACTICE Dr. Gürkan ÖZOCAK.....257**  
**e-mail: gurkan@ozocakerdogan.com**

**THOUGHTS ON SUSPENSION OF EXECUTION IN THE CONSUMER ARBITRATION COMMITTEE AND ESPECIALLY IN THE OBJECTION PROCEEDİNG TO THE DECISION OF THE CONSUMER ARBITRATOR COMMITTEE (IN THE FRAMEWORK OF LATEST CHANGES**  
**Asst. Prof. Önder TOPAL.....293**  
**e-mail: ondertopal61@trabzon.edu.tr**

**THE ASSESSMENT OF ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTION TO SHORT-TERM IMPRISONMENT AS "LABOUR FOR PUBLIC BENEFIT" (TPC art. 50/1-f) FOR GROUP OF AGE IN BETWEEN 12 AND 15 CHILDREN DRAGGED TO CRIME WITH REGARD TO AGE LIMIT OF LABOUR)**  
**Asst. Prof. Dr. Namık Kemal TOPÇU & Asst. Prof. Ayşegül EKİN....337**  
**e-mail: namikkemal.topcu@erdogan.edu.tr, aysegul.ekin@erdogan.edu.tr**

**THE CIRCUMSTANCES UNDER WHICH A BANK MAY RECLAIM PAYMENTS BASED ON A LETTER OF GUARANTEE [AT FIRST DEMAND] FROM AN ADRESSEE AND THEIR LEGAL BASIS**  
**Asst. Prof. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA & Res. Asst. Yasemin KALKANCI.....399**  
**e-mail: bilgehan.yesilova@yasar.edu.tr, yasemin.kalkanci@yasar.edu.tr**

**CRITICAL RACE FEMINISM: ORIGINS, ANALYTICAL CONTRIBUTIONS, AND CURRENT CONCERNS**  
**Asst. Prof. Elif Çağla YILDIZ.....477**  
**mail: elifcagla.yildiz@ikc.edu.tr**

## **TRANSLATION**

### **ASSESSMENTS ON THE UKRAINE-RUSSIA WAR IN THE AXIS OF INTERNATIONAL LAW AND ECOCIDE CRIMES**

**Kutluhan Bozkurt**

**Transl. Asst. Prof. Dr. Kutluhan BOZKURT & Ahmet ÇİTKÖYLÜ..505**

**e-mail:** kutluhanb@hotmail.com, ahmet.citkoylu@std.yeditepe.edu.tr



# **<sup>H</sup> CEZAEVLERİNDE SAVUNMA HAKKI VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KULLANIMINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR**

*(FUNDAMENTAL PRINCIPLES ON THE USE OF THE RIGHT OF DEFENSE AND RIGHT TO LEGAL REMEDIES IN PRISONS)*

**Dr. Bahattin ARAS \* \*\***

## **ÖZ**

*Devlet ile hükümlü ve tutuklu arasındaki işlemlerin hukuki denetimin yapılabilmesi bakımından hak arama özgürlüğü kapsamında dilekçe hakkı ve adil yargılanma bağlamında ise savunma hakkının etkin kullandırılması gerekmektedir. Özellikle cezaevlerinde insan hakları ihlallerinin yaşanmaması bakımından hükümlü ve tutuklunun savunma hakkını etkin kullanmasının sağlanması ve aynı şekilde hak arama özgürlüğe kapsamında dilekçe hakkını kullanarak dile getirdiği taleplerine idarenin zamanında karşılık vermesi gerekir. Savunma hakkı kapsamında kişinin avukatla yüz yüze görüşebilmesi, telefon, mektup ve diğer iletişim araçlarıyla haberleşebilmesi, yüz yüze mahkemede ifade verebilmesi ve hak arama özgürlüğü kapsamında dilekçe hakkını etkin kullanabilme noktasında gerekli tedbirleri alma devletin temel yükümlülüğüdür.*

***Anahtar Kelimeler:** Savunma Hakkı, Hak Arama Özgürlüğü, Dilekçe Hakkı, Cezaevi, Hükümlü.*

## **ABSTRACT**

*As a requirement of the right to a fair trial, the right of defense is a fundamental right that can be used in every action, decision or activity of the state of law. One of the places where the effective use of this right is important is the prisons. The detainee and convict have the right to defend themselves and to make a claim against the proceedings, decisions and activities of the*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 03.10.2023. İlk hakem raporu tarihi: 03.11.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 29.12.2023. Onaylanma Tarihi: 03.01.2024.

\* Doktor, Freelance Editör/Danışman

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3551-7363.

**Esere Atıf Şekli:** Bahattin Aras, “Cezaevlerinde Savunma Hakkı Ve Hak Arama Özgürlüğünün Kullanımına İlişkin Temel Esaslar”, YÜHFD, C.XXI 2024/1, s.1-59.

*prison, within the scope of the right to legal remedies. The right to petition within the scope of the right to legal remedies and the right of defense in the context of a fair trial should be used effectively in order to carry out legal control of the transactions between the state and the convict and the detainee. In particular, in order to prevent human rights violations in prisons, it is necessary to ensure that the convicts and detainees use their right of defense effectively, and the administration should respond in a timely manner to the demands expressed by using the right to petition within the scope of the right to legal remedies. Within the scope of the right of defense, it is the basic obligation of the state to take the necessary measures in order to be able to meet with a lawyer face-to-face, to communicate by phone, letter and other means of communication, to testify face-to-face in court, and to use the right to petition effectively within the scope of the right to legal remedies.*

**Keywords:** *The Right Of Defense, The Right To Legal Remedies, The Right To Petition, Prison, Convict.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Kişinin mahkeme huzurunda hak ve menfaatini korumak amacıyla lüzum gördüğü her türlü meşru yolu kullanabilmesi olarak tanımlanan savunma hakkı<sup>1</sup> genel olarak kişinin aleyhine ileri sürülen iddialara karşı kendini korumasını ifade etmektedir<sup>2</sup>. Savunma hakkı öğretide suçlamalar karşısında sanığı hukuki ve fiili açıdan korumayı amaçlayan faaliyet olarak tanımlandığı<sup>3</sup> gibi suç işlediği düşünülen kişinin ona yüklenen suçu işlemediğini, itham edilenden daha az cezayı hak ettiğini, işlediği iddia edilen fiilin hukuka uygun bir fiil olduğunu veya kanunda sayılan nedenlerden dolayı cezalandırılmaması gerektiğini yargı mercileri önünde beyan etmesi şeklinde de tanımlanmıştır<sup>4</sup>.

Adil yargılanma hakkının gereği olarak savunma hakkı, hukuk devletinin her işleminde, kararında veya faaliyetinde kullanılabilir bir temel hak

<sup>1</sup> Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 251.

<sup>2</sup> Aydın Erdoğan, “Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:3, Yıl: 1984, s. 406.

<sup>3</sup> Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, M.Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 32.

<sup>4</sup>Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 157-158.

olduğundan bu hakkın kullanılacağı alanlardan biri de cezaevleridir. Tutuklu ve hükümlünün gerek ceza yargılamasına ilişkin işlem ve kararlara yönelik olarak gerekse cezaevinin işlem, karar ve faaliyetlerine karşı kendisini savunma hakkı vardır. Hükümlünün savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği gibi hukuksuz bir uygulama veya işleme karşı her zaman ilgilinin itiraz ve şikâyet hakkı vardır.

Mevcut çalışmada infaz hukukuna hâkim olan ilkeler ışığında tutuklu veya hükümlünün cezaevinde gerek ceza yargılamasına ilişkin işlem ve kararlarına yönelik olarak gerekse cezaevinin işlem, karar ve faaliyetlerine karşı adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü ilişkin esaslar ele alınacaktır. Bu konular ele alınırken ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulama ve içtihatlarına yer verilecektir<sup>5</sup>.

## I. CEZAEVLERİNDE SAVUNMA HAKKI ve HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDAKİ TEMEL HAKLAR

### A. SAVUNMA ve HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

Adil yargılanma hakkının en temel unsurunu oluşturan savunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve Anayasamızın 36. maddeleri ile güvence altına alınan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardandır. Adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan savunma hakkı bilgi alma ve görüş bildirme hakkı olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındıran,<sup>6</sup> yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içeren bir haktır. Bundan dolayı davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile

<sup>5</sup> Çalışmamızda atıf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine “<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>”; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>” adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkün olduğundan dolayı atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

<sup>6</sup> Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1983, s. 17; Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVIII, Sayı:1, Yıl: 2014, s. 138.

bağlantılı olarak savunma hakkına sahiptir<sup>7</sup>. Adil yargılanma hakkının bünyesinde yer alan savunma hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesini amaçlamaktadır<sup>8</sup>.

Kişinin temel haklarından ve devletin de koruması altında olan haklardan olduğundan devletin de bu hakkı koruma ve kişilerin etkin kullanımına imkân sağlama yükümlülüğü vardır. Bu koruma hem kişilere karşı hem de kamu gücüne karşı korumayı da içermektedir. Devletin savunma hakkının korunması ve kullanılması konusundaki yükümlülükleri kapsamında devlet bu hakkı sınırlandırmamak, hakkın kullanılmasına engel olan durumları ortadan kaldırmak ve hakkın etkin bir şekilde kullanımını temin etmek zorundadır<sup>9</sup>.

Anayasa'nın 36. maddesinde "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü haricinde savunma hakkına, ayrıca vurgu yapılmıştır. Bu vurgunun temel sebeplerinden biri savunma hakkının temel güvence niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak "*iddia ve savunma*" hakkına birlikte yer verilmesi,

<sup>7</sup> "...1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'un 27. maddesinde hukuki dinlenilme hakkı kurala bağlanmıştır. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukukî Dinlenilme Hakkı" gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir.

Somut uyuşmazlıkta davalı tanık listesinde 8 tanık bildirmiştir. Mahkemece davalı iki tanıkla sınırlandırılmıştır. Her tanık aynı bilgiye sahip değildir. Bir tanık işçinin çalışma şeklini bilirken diğer tanık sadece feshe konu olayı bilebilir. Tutanak tanıkları ise tanık oldukları olay hakkında aydınlatıcı bilgi verebilir. Bu noktadan bakıldığında mahkemece tanık sayısının sınırlandırılması adil yargılanma, bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkının ihlali olup, kararın bozulması gerekmiştir... (Yargıtay 9. HD., E. 2014/29711, K. 2016/4407, T. 1.3.2016) .

<sup>8</sup> Suha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 53, Yıl: 2004, s. 192.

<sup>9</sup> Mahmut Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s. 47.

tarafına iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir<sup>10</sup>.

Savunma hakkı, sanığın yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulması gereken ceza muhakemesindeki en önemli haklarından birisidir. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan bu hakkın, herhangi bir nedenle sınırlandırılması mümkün değildir. Nitekim 5171 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147 ve 191. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca belirtilen yasal hakları kendisine hatırlatılan ve "açıklamada bulunmama" hakkını kullandığına dair bir beyanda bulunmayan, savunma yapmak için süre isteyen sanığın dinlenmesi zorunludur<sup>11</sup>.

Öte yandan savunma hakkının güvence altına alındığı en temel belgelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin adil yargılanma hakkının ele alındığı 6. maddesi uyarınca kendisine bir suç isnat edilen herkes "savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak", "isnat konusunda bilgilendirilme", "tanıkları çağırma ve sorgulama", "yargılama sırasında bir tercüman yardımından ücretsiz yararlanmak" ve "kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak" haklarına sahiptir.

Savunma hakkına ilişkin olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınmış olan önemli kararlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda Komite tarafından 28 Eylül 1977 tarihinde kabul edilen (77) 31 sayılı "**İdari Makamların Eylemleriyle İlgili Olarak Bireyin Korunması Hakkında Kararın**" "*Dinlenilme hakkı*" başlıklı 1. maddesi kişilerin hak, özgürlük ve menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen her idari işleme karşı ilgilinin olay ve delilleri öne sürme ve gerektiğinde delil sunma hakkına sahip olduğunu ve bunların idare tarafından göz önünde bulundurulacağını öngörmektedir. Bakanlar Komitesinin 13 Şubat 1991 tarihinde aldığı başka bir tavsiye kararının 6. maddesi uyarınca kişiler idari yaptırım kararlarının alınmasından önce dinlenilme hakkına sahip olmalı ve bunun için kişilere uygun bir süre verilmelidir. Aynı şekilde Bakanlar Komitesi tarafından 20 Haziran 2007 tarihinde kabul edilen tavsiye kararının "*Katılım ilkesi*" başlıklı 8. maddesinde acil durumlar dışında kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen

<sup>10</sup> AYM Mehmet Fidan Kararı, Başvuru No: 2014/14673, K.T:20/9/2017, Prg. 37.

<sup>11</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.222; Hakan Karakehya, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları", *CHKD*, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl:2015, s. 201.

idari kararların hazırlanması ve icrası sürecine bu kişilerin katılımının sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>12</sup>.

Diğer taraftan Avrupa Birliğinin önemli belgelerinden biri olan **Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi**'nde birlik hukukunun temel ilkeleri arasında savunma hakkına da yer verilmiştir. Bildirgenin “*İyi idare hakkı*” başlıklı 41. maddesinde herkes kendisini olumsuz yönde etkileyecek bir işlemin tesisinden önce dinlenilmesini talep etme hakkına sahip olduğu, kişilerin belli şartlar altında kendileri ile ilgili işlem dosyasını inceleyebilecekleri ve idarenin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir. Bildirgeye göre kişi aleyhine sonuç doğuracak tüm işlemlerden önce idare tarafından kişinin savunmasının alınması zorunludur<sup>13</sup>.

## B. CEZAEVLERİNDE SAVUNMA HAKKI ve HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Ulusal ve uluslararası mevzuat düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere kişinin kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında idari makamlara başvuruda bulunmaları ve kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda bilgi edinme haklarını kullanmaları, yapılan işlem, alınan karar veya yürütülen faaliyetlere ilişkin şikâyet ve itiraz haklarını kullanmaları eşitlik tarafsızlık ve açıklık ilkeleri temelinde demokratik hukuk devletinin gereklerindedir. Devlet ve birey arasındaki işlemlerin hukuki denetiminin yapılabilmesi bakımından hak arama özgürlüğü kapsamında dilekçe hakkı ve adil yargılanma bağlamında ise savunma hakkının etkin kullanılması gerekmektedir. Bu etkin kullanım ceza, hukuk ve idari yargılama faaliyetleri bakımından geçerli olduğu kadar idarenin birey hakkında aldığı kararlar, yaptığı işlemler veya yürüttüğü faaliyetler konusunda da geçerlidir. Devletin özellikle dürüst işlem ilkesi çerçevesinde hareket etmesi ve belirtilen hakların etkin kullanımına imkân verecek tedbirleri alması gerekir.

Kişiyeye yöneltilen eylem ve işlemlere karşı olarak kişinin yasal yollardan ve imkânlardan faydalanmak suretiyle kendisine yapılan saldırıyı önlemesi geniş anlamda savunma hakkının içerisine girmektedir<sup>14</sup>. Savunma hakkı hukuk, ceza ve idari yargılamada olduğu gibi kamu kurum ve kuruluşları

<sup>12</sup> Tahir Muratoğlu, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s. 99-100.

<sup>13</sup> Muratoğlu, s. 100-101.

<sup>14</sup> Zeki Hafizoğulları, “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı,” *ABD*, Sayı:1, Yıl: 1994, s. 21. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

tarafından verilen kararlar, yapılan işlemler ve faaliyetlere karşı kullanılabilir bir haktır. Savunma hakkının sadece ceza yargılamasında sanığın veya şüphelinin kullanacağı bir hak olarak değil hukukun ve hakkın hüküm sürdüğü her alanda başvurulabilecek bir hak olduğu unutulmamalıdır. Adil yargılama ve adil işlem tesisi gereken her yerde bu hak vücut bulmaktadır. Bu hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hak ve adaletin her alanda vücut bulması için savunma hakkının ihlal edilmemesi gerekir. Zaten AİHM de “medeni hak” ve “suçlama” kavramlarını adil yargılanma hakkı bakımından maddi kriter olarak esas aldığından dolayı bu kriterleri geniş şekilde yorumlamaktadır. Bundan dolayı bazı durumlarda iç hukukta medeni hukuk veya ceza hukuku alanına ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olmasa dahi mahkeme uyumsuzluğu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilerek incelemektedir<sup>15</sup>.

Kişinin veya devletin normlara uygunluğunu denetleyecek mekanizmaların sağlıklı ve objektif çalışabilmesi açısından savunma hakkı özel bir yere sahiptir<sup>16</sup>. Bu kişilerin ve devletin yükümlülüklerinin hukuki ve idari denetiminin sağlanmasını temin eden en önemli kavramlardan biridir. İnfaz sürecinde de Devletin hükümlüye yönelik pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>17</sup>. Hükümlünün cezaevinde bulunması temel hak ve özgürlüklerinden yoksun kaldığı anlamına gelmez. Aynı şekilde devletin de tutuklu ve hükümlüye karşı başta onun yaşam hakkı olmak üzere maddi ve manevi varlığını koruyucu tedbirler olmak üzere yerine getirmesi gereken yükümlükleri vardır. Konum olarak kapalı bir sistem içerisinde dış denetimin kısıtlı olduğu cezaevlerinde devletin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi ve yükümlülüklerinin gereklerini yerine getirmede ihmalkâr davranması hak ihlallerinin doğmasına neden olmaktadır. Devletin cezalandırma hakkının olması Devleti yükümlülüklerinden kurtarmamakta aksine hükümlünün cezalandırma sürecinde ıslahını sağlayacak çağdaş infaz rejimine uygun tedbirleri alma ve gerekli idari ve yargısal denetimleri sağlama yükümlülüğü vardır.

Bir suç şüphesiyle tutuklanan veya bir suçtan dolayı mahkûm olması nedeniyle cezaevinde bulunan kişinin cezaevinde gerek ceza yargılamasına

<sup>15</sup> Sibel Inceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Ankara, 2018, s. 9.

<sup>16</sup> Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013, s. 516.

<sup>17</sup> Feyyaz Gölcüklü, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin ‘Olumlu’ (Pozitif) Yükümü”, *APK Polis Dergisi*, Sayı: 37, s.2.; Yurtcan, s. 222.

ilişkin işlem ve kararlara yönelik olarak gerekse cezaevinin işlem, karar ve faaliyetlerine karşı kendisini savunma hakkı vardır. Kişinin bu hakkını kendi başına kullanması mümkün olduğu gibi bir avukat vasıtasıyla da kullanması mümkündür. Hakkında yürütülen soruşturmada etkin savunma yapabilmesi bakımından müdafisiyle görüşme, dosyaya erişim, savunmasını hazırlamak için fiziki imkân ve makul süre sağlanması da dâhil olmak üzere gerekli imkânların sağlanması gerekmektedir. Aksi yönde gerçekleştirilecek kısıtlamalar adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde hükümlü veya tutuklunun cezaevinde bulunduğu süreçte idarenin işlem, karar ve uygulamalarına yönelik itiraz ve kendilerini savunma hakkı da bu kapsamdadır. Bu işlemlere yönelik adil yargılanma hakkı kapsamında etkin bir itiraz veya savunmada bulunabilmesi için gerekli imkânların sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda hükümlünün savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği gibi hukuksuz bir uygulama veya işleme karşı her zaman ilgilinin itiraz ve şikâyet hakkı vardır. Bu hakkın kullanılabilmesi için hükümlünün bilgilendirilmesi ve kullanma koşullarının kendisine bildirilmesi gerekir.

## C. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA HÜKÜMLÜNÜN DİLEKÇE HAKKI

### 1. Genel Olarak

Hak arama özgürlüğü, hem bireylerin bir hak arama yoluna başvurup başvurmadamada özgür olmasını, hem de bir hakkı ihlal edildiğinde bu ihlalin telafî edilmesi için başvurulabilecek yolları bünyesinde barındıran bir özgürlüktür<sup>18</sup>. Anayasa'nın 40. maddesinde hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, “*yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip*” olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen yetkili makamlara ve yasama organına dilekçe verme hakkı ile bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakları da anayasal güvence altına alınan hak arama yolları arasında yer almaktadır. Ayrıca Anayasa'nın “*Hak arama hürriyeti*” kenar başlıklı 36. maddesinde güvence altına alınan yargı mercileri önünde hak arama hürriyeti, hakların korunmasını amaç edinen vazgeçilmez meşru yöntemlerin başındadır<sup>19</sup>. Hak

<sup>18</sup> İsmail Köküsarı, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 165.

<sup>19</sup> Cengiz Apaydın, “Ceza Muhakemesinde Hak Arama, Dilekçe, Şikâyet Ve İtiraz Hakları”, 23 Ekim 2021, <https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-hak-arama-dilekce-sikayet-ve-itaraz-haklari-makale,9482.html>, (İET:27/07/2023)

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



arama özgürlüğü koruyuculuk, kapsayıcılık ve etkililik niteliklerine sahip bir hak olup kâğıt üstünde kalacak veya usulen gözetilecek bir hak değildir. Hukuk devletin bir gereği olarak her zaman etkin kullanımına imkân sağlanmalıdır<sup>20</sup>.

Anayasa'nın 36. maddesinde AİHS'nin 6. maddesine paralel bir biçimde yargı yolu ile hak arama hürriyeti düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Anayasa'da kişinin dava yoluna başvurmadan önce başvurabileceği bir yol olan dilekçe hakkı düzenlenmiştir. Anayasa'mızın "Dilekçe Hakkı" kenar başlıklı 74. maddesinde güvence altına alınan dilekçe hakkı kapsamında kişiler, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Birçok kanunda hak arama hürriyeti kapsamında dilekçe hakkına ilişkin hükümler bulunmakla birlikte 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun dilekçe hakkının kullanılma esaslarını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Ayrıca 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile de kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Bu bağlamda 3071 sayılı Kanun'un "Dilekçelerin İncelenmesi ve Sonucunun Bildirilmesi" başlıklı 7. maddesinde "Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması hâlinde alınan sonuç ayrıca bildirilir." hükümlerine yer verilmiştir.

Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan dilekçe hakkı ile bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmeleri amaçlanmıştır. Dilekçe hakkı birey bakımından bir hak olduğu gibi başta devlet olmak üzere bütün kamu kurum ve kuruluşları bakımından da mükellefiyetler getiren bir haktır<sup>21</sup>. Kamu kurumlarının en öncelikli mükellefiyeti bireyin hak talebine ilişkin dilekçesine olumlu veya olumsuz bir şekilde cevap vermektir. Zira bu cevap bireyin hak arama hürriyeti kapsamında yargı veya idari itiraz yollarına başvurmasına imkân sağlayacaktır. Bu noktada idari makamlara dilekçe yazarak hak aramak ve özgürlüklerini hayata geçirmek her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının hem

<sup>20</sup> Sait Güran, "Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu". *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı:9, Yıl:1992, s. 23.

<sup>21</sup> Bahattin Aras, Sezgin Güverçin, *İnfaz Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 485-487.

hakkı, hem de ödevidir. Suçun mağduru olduğunu veya haksızlığa uğradığını düşünen birey dilekçe ile başvuru yapabilir<sup>22</sup>.

Pozitif hukuk tarafından tanınmış hakların ön şartı ve usuli güvencesi olarak kabul edilen hak arama özgürlüğünün etkin olarak kullanılabilmesi bakımından dilekçe hakkının etkin kullanılması önemlidir. Diğer bir ifade ile hak arama özgürlüğünün en önemli araçlarından biri olan dilekçe hakkı, kişilerin adaleti bulma ve hakkı olanı elde etme yollarından biri olarak önemli bir role sahiptir.

Bu nedenle dilekçe hakkının etkin kullanılabilmesi bakımından bireyin hayatını etkileyen işlem, karar ve eylemlere ilişkin etkin bir başvuru yolunun bulunması gerekir. Kamu kurum veya kuruluşunun işlem, karar ve eylemlerine karşı bireye bir başvuru yolu tanınmamışsa veya yapılan başvurulara cevap verilmiyor ve cevap verilmemesine karşı bireyin başvurabileceği bir merci bulunmuyorsa hak arama hürriyetinden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle idari işlemlere karşı başvuru yollarının yasal düzenlemelerde ayrıntılı olarak yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağını idarelerce işlemde belirtilmesi hak arama özgürlüğünün korunması açısından önemlidir. Ayrıca idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ile hukuk devleti anlayışı bakımından işlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme bakımından önemlidir. Esasen Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında vurguladığı üzere kişilerin kamu makamlarına seslerini duyurabilmeleri amacına hizmet eden dilekçe hakkı, hak arama özgürlüğünün en önemli araçlarından biridir. Bu anlamda kişilerin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yollarından biri olarak hak arama özgürlüğünün işlerlik kazanması, korunması ve sağlanması bakımından önemli bir role sahiptir<sup>23</sup>. Bununla birlikte demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda bilgi edinme hak ve özgürlüğü bulunduğu gibi bu faaliyetlerden dolayı şikâyet hakkı da bulunmaktadır. Dolayısıyla dilekçe hakkı ile sıkı sıkıya bağlı bulunan bilgi

<sup>22</sup> Cengiz Apaydın, "Ceza Muhakemesinde Hak Arama, Dilekçe, Şikâyet Ve İtiraz Hakları", 23 Ekim 2021, <https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-hak-arama-dilekce-sikayet-ve-itaraz-haklari-makale,9482.html>, (İET:27/07/2023).

<sup>23</sup> AYM Hasan Ercan Kararı, Başvuru No: 2015/54, K.T:12/11/2019, Prg. 41.  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

edinme hakkı ve şikâyet hakkı insan hakları ve temel özgürlüklerin ayrılmaz bir parçasıdır.

Görüldüğü üzere dilekçe hakkı, sorulara cevap almak suretiyle bilgi edinmeyi, şikâyetinde bulunmak suretiyle denetlemeyi ve nihayetinde hak aramayı, talep ve öneride bulunmak suretiyle de demokratik katılımı sağlayan siyasal haklardandır. Bu nedenle;

- Bireylerin ve tüzel kişilerin başvuru dilekçelerini alan idari makamlar, dilekçelerin alındığı tarih, kayıt numarası ve konusunu gösteren alındı belgesini düzenleyip, bu alındı belgelerini, herhangi bir ücret talep etmeden, başvuru sahiplerine vereceklerdir.
- Başka bir idari makamın görev alanında kalan başvurular, ilgili idarî makama iletilecek ve başvuru sahibine de bilgi verilecektir.
- Bireylerin ve tüzel kişilerin, kendileriyle veya kamuyla ilgili, dilekçeyle usulüne uygun bir şekilde yaptıkları başvuruların idarece geciktirilmeksizin en kısa sürede cevaplandırılması yasal bir zorunluluktur. Yetkili idarî makam tarafından, bu şekilde yapılan başvurularla ilgili olarak, yapılmakta olan işlemin safahatı veya sonucu hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içerisinde gerekçeli olarak cevap verilecektir. İşlem devam ediyorsa, sonucu hakkında ayrıca bilgi verilecektir<sup>24</sup>.

## **2. Hükümlü ve Tutuklular Bakımından Dilekçe Hakkı**

Hak arama hürriyeti kapsamında dilekçenin önem kazandığı yerlerden biri de ceza infaz kurumlarıdır. Hükümlü ve tutukluların kendi kişisel durumlarıyla alakalı talepleriyle idarenin işlem, karar ve eylemlerine karşı hak arama hürriyeti kapsamında kullanacakları temel hak dilekçe hakkıdır. Özgürlüğün kısıtlandığı da dikkate alındığında hükümlü ve tutuklular bakımından dilekçe hakkı yegâne hak arama yöntemidir. Özgürlükleri yasa ile sınırlandırılmış olan tutuklu ve hükümlülerin dilekçe vermek dışında başkaca bir yolla talepte bulunma hakkı olmadığı gözetilir ise, bütün dilekçelere olumlu veya olumsuz ancak gerekçesi ile makul süre içerisinde cevap verilmesi anayasal bir zorunluluktur. Bu anlamda her türlü keyfiyetin önüne geçilmesi ve her türlü hakkın kullanılmasının temini için yasal mevzuatın sözü ve özüyle uygulanmasına özen gösterilmelidir.

<sup>24</sup> Mehmet Hatipoğlu, Yasin Atalan, "İdarenin Kendisine Yapılan Başvurulara Cevap Verme Yükümlülüğü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 1350 vd.

Hükümlü ve tutukluların kendi dava dosyaları veya cezaevi koşulları ve uygulamaları nedeniyle uğradığına inandığı haksızlıkları dile getirme, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yollarından biri olarak hak arama özgürlüğünün işlerlik kazanması, korunması ve sağlanması bakımından özellikle cezaevi idaresi tarafından dilekçe hakkını engelleyici uygulamalara gidilmemesi gerekir. Hükümlü veya tutuklunun cezaevi idaresine hitaben yazmış olduğu dilekçesine olumlu veya olumsuz mutlaka cevap verilmeli ve bu işlemin infaz hâkimliği nezdinde itiraza tabi olduğu belirtilmelidir. Ayrıca dilekçeye verilecek cevapta makul bir gerekçeye yer verilmelidir.

Uygulamada hükümlü ve tutukluların özellikle cezaevi uygulamalarına veya cezaevi personeline yönelik şikâyetlerinin işleme konulmadığı ve çoğu zaman şikâyetlere cevap verilmediği görülmektedir<sup>25</sup>. Hükümlünün idarenin işlem ve uygulamalarına ilişkin verdiği dilekçelere Anayasa'nın 74 ve 40. maddeleri gereğince cevap verme yükümlülüğü vardır. Bu bağlamda, bilgi edinme ve dilekçe hakkının mevzuatımızda yer alan esas ve usullere uygun olarak kullanılmasını teminen, cezaevi idarelerinin anayasal ve yasal düzenlemelere uygun olarak dilekçe hakkını engelleyici veya etkisizleştirici tutum ve uygulamalardan kaçınmaları gerekir. Ayrıca 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Hükümlüler ile yakınları ve ilgililerin bilgilendirilmesi*" kenar başlıklı 22. maddesi uyarınca hükümlülere, kuruma alındıklarında, bilgi edinme ve şikâyet yolları, hak ve sorumlulukları konusunda gereken bilgilerin, kurum yöneticileri tarafından sözlü olarak anlatılması ve yazılı olarak tebliğ edilmesi gerekir. Hükümlüye anlatılıp tebliğ edilen esaslar çerçevesinde hükümlünün başta dilekçe hakkı olmak üzere diğer haklarının Kanun'un belirlediği esaslar çerçevesinde kullandırılması gerekir.

Öte yandan hükümlü ve tutuklunun dilekçe hakkı sadece yargılama makamlarını ve cezaevi idaresini değil diğer kamu kurum ve kuruluşlarını da kapsamaktadır. Kişinin hükümlü veya tutuklu olması nedeniyle dilekçesine cevap verilmemesi Anayasa'nın 74. maddesine aykırı olacaktır. Bu bağlamda mesela hükümlü kimsenin tapu müdürlüğüne savcılık kanalıyla yazdığı "*taşınmazlarının satılmaması*" yönündeki talebi çerçevesinde eğer daha önce verilmiş vekâlet var ise bu dilekçenin vekâletten azil olarak algılanıp, aziller siciline işlenmeli, kişinin bir yıl veya daha fazla mahkûmiyetinin

<sup>25</sup> Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kurul Kararı, Başvuru No: 2018 / 2164, Toplantı Tarihi/Sayısı: 31.10.2019 / 101, Karar No: 2019 / 58, [https://www.tihk.gov.tr/upload/file\\_editor/2020/06/1591082556.pdf](https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2020/06/1591082556.pdf), (İET:30/07/2023)  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

bulunduğunun anlaşılması halinde ise tapu kütüğünün beyanlar hanesine kişinin medeni kanununun ilgili hükmü gereği kısıtlı olduğu yolunda şerh düşülmeli ve hükümlüye dilekçe hakkı kapsamında yapılan işlemlere ilişkin bilgi verilmelidir. Burada Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun uyarınca, tapu müdürlüğüne veya diğer kamu kurumlarına gelen her türlü dilekçeye yazılı cevap verilmesi zorunludur. Kişinin hükümlü veya tutuklu olması, hatta bir yıldan az veya çok hüküm giymiş olması bu durumu değiştirmez.

### **3. Cezaevi İdaresinin Dilekçeye Cevap Vermemesi**

Hükümlü ve tutuklular tarafından dilekçe hakkı kapsamında verilen dilekçelere cezaevi idaresi tarafında makul bir sürede cevap verilmemesi halinde bunun zımni ret olarak değerlendirilerek infaz hâkimliğine başvuru yapılabilir. Zira 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen ve infaz hâkimliğinin denetimine sokulan “işlem ve faaliyetlerin” belirlenebilmesi bakımından öncelikle cezaevi idaresinden talepte bulunulması gerekir. İlgilinin talepte bulunmasına rağmen idarenin bu talebe ilişkin makul bir sürede cevap vermemesi halinde, bu durumun talebin zımni reddi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu noktada 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesinin ikinci fıkrası kıyas alınabilir. Zira ilgililerin haklarında infaz hâkimliği nezdinde şikâyete konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurmasına rağmen idare tarafından otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek zımni olarak reddedilmiş sayılacağından bu zımni rette karşı infaz hâkimliğine gidilebilir. Aksi takdirde infaz gibi ivedi bir süreçte idarenin talepleri keyfi olarak sürüncemede bırakması gibi bir durum ortaya çıkabilir<sup>26</sup>.

## **II. CEZAEVİNDE SAVUNMA ve HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDAKİ TEMEL HAKLAR**

Yukarıda da izah edildiği üzere bir suç şüphesiyle tutuklanan veya bir suçtan dolayı mahkûm olması nedeniyle cezaevinde bulunan kişinin cezaevinde gerek ceza yargılamasına ilişkin işlem ve kararlara yönelik olarak gerekse cezaevinin işlem, karar ve faaliyetlerine karşı kendisini savunma hakkı vardır. Kişinin bu hakkını kendi başına kullanması mümkün olduğu gibi bir avukat vasıtasıyla da kullanması mümkündür. Hakkında yürütülen soruşturmada etkin savunma yapabilmesi bakımından müdafisiyle yüz yüze

<sup>26</sup> Aras / Güverçin, s. 487.

görüşme veya iletişim araçlarıyla haberleşme, dosyaya erişim, savunmasına hazırlamak için fiziki imkân ve makul süre sağlanması da dâhil olmak üzere gerekli imkânların sağlanması gerekmektedir. Aksi yönde gerçekleştirilecek kısıtlamalar adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacaktır.

## A. AVUKATLA GÖRÜŞME HAKKI

Adil yargılanma hakkı kapsamında hükümlü ve tutuklunun yargılandıkları dosyalara ilişkin savunma yapabilmeleri, yargı mercilerine itirazlarını yapabilmeleri ve kanun yollarına başvurabilmeleri bakımından müdafî yardımından faydalanma hakları vardır. Aynı şekilde cezaevinin hukuka aykırı olarak değerlendirdikleri işlem, karar ve uygulamalarına karşı hukuki yollara başvurabilmeleri bakımından da müdafinin hukuki yardımına ihtiyaç duyabilirler. Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak hem hükümlü hem de tutuklunun müdafî yardımından faydalanma hakkı kapsamında kesintisiz ve gizlilik ilkesine uygun olarak avukatıyla görüşebilmesi bakımından cezaevi idaresinin gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.

### 1. Tutuklunun Avukatıyla Görüşme Hakkı

Tutuklu hakkında soruşturma ve kovuşturma devam ettiğinden başta tahliye talebinde bulunması, kendi masumiyetini ispatlama konusunda dosyaya delil sunması veya dosyaya sunulmuş olan aleyhe delillerden haberdar olması ve bunlara karşı savunmasını hazırlayabilmesi bakımından müdafinin hukuki yardımına ihtiyaç duyabilir. Hukuki yardımın en sağlıklı sağlanma yöntemi ise tutuklunun avukatıyla yüz yüze, kesintisiz ve gizlilik ilkesine uygun olarak görüşebilmesidir<sup>27</sup>. Bunun yanında tutuklu ve hükümlüler, savunma amacı dışında bazen cezaevi koşullarına ya da hükümlülük süresine ilişkin, bazen de hapsedilme dışında özel nedenlerle hukuki yardıma gereksinim duyabilirler. Dolayısıyla savunma haricindeki hukuki yardım durumlarında da tutuklu veya hükümlünün avukatıyla kesintisiz ve gizli bir görüşme yapma hakkı vardır<sup>28</sup>.

Adil yargılanma hakkı kapsamında etkin savunma bakımından müdafî yardımından faydalanmak bir temel haktır. Nitekim savunma hakkının etkin kullanılabilmesi bakımından konu AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde ve bu düzenlemeye paralel olarak Anayasa'nın 36 ve 5271 sayılı

<sup>27</sup> Sultan Çamık Yanpar, "Hükümlünün Avukatla Görüşme Hakkı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:16, Sayı:199-200, Yıl:2021, s. 799-800.

<sup>28</sup> Handan Yokuş Sevük, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu Ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", *AÜEHFD*, Cilt: VII, Sayı:3-4, Yıl:2003, s. 368. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 154. maddesinde güvence altına alınmıştır<sup>29</sup>. 5271 sayılı Kanun'un 154. maddesine göre şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz. Benzer düzenlemeye 5275 sayılı Kanun'da da yer verilmiştir. 5275 Sayılı Kanun'un 114. maddesinde tutuklunun istediği müdafîyi seçebileceği ve tutuklunun müdafîsi ile haberleşmesine ve görüşmesine hiçbir surette sınır getirilemeyeceği ve engellenemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Aynı şekilde 5275 Sayılı Kanun'un 59. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca, müdafinin üçten fazla görüşme için vekâletname sunma mecburiyeti sadece hükümlüler bakımından geçerlidir. Bu durumun Kanun'un 114. maddesi gereğince tutuklular açısından uygulanması mümkün değildir<sup>30</sup>.

Diğer taraftan tutuklu ile avukatını görüşme esaslarını düzenleyen bir diğer düzenleme olan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliğin "*Tutuklunun müdafî, uzlaştırmacı ve arabulucu ile görüşmesi*" kanar başlıklı 19. maddesi uyarınca tutuklu, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı, ancak; görüşmenin görevlilerce izlenebileceği bir ortamda, açık görüş usulüne tabi olarak görüşür. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulmaz. Ayrıca soruşturma evresinde, aynı anda en fazla üç avukat tutuklu ile görüşebilir.

## **2. Hükümlünün Avukatıyla Görüşme Hakkı**

Adil yargılanma hakkı kapsamında hükümlü ve tutuklunun hukuki yardımdan faydalanması ve etkin savunma yapabilmesi bakımından herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmadan avukatıyla görüşebilmesi önemlidir. Bu konuda 5275 sayılı Kanun'un "*Avukat ve noterle görüşme hakkı*" kanar başlıklı 59. maddesinde hükümlünün, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde avukatları ile vekâletnamesi olmaksızın en çok üç kez görüşme hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve maddenin devamında ise ziyaretin usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasındaki düzenleme uyarınca görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınmaz.

<sup>29</sup> Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 221.

<sup>30</sup> Aras/Güverçin, s. 409.

Beşinci ve devamındaki fıkralarda ise kısıtlamalara ilişkin esaslara yer verilmiştir. Burada madde metninde de vurgulandığı üzere adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, savunmanın dokunulmazlığı ve hükümlünün hukuki yardımdan faydalanabilmesi bakımından hükümlü ile avukatının görüşmesi sınırlandırılmaz<sup>31</sup>.

Aynı şekilde 5275 sayılı Kanun'un 86. maddesinin dördüncü fıkrası ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yönetmeliğin (İnfaz Yönetmeliği) 72. maddesi gereğince ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tâbi tutulmaz. Benzer şekilde Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin (k) bendinde de ceza infaz kurumuna gelen avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar ile konuşma kayıtlarının incelemeye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

Diğer taraftan kanun koyucu Kanun'un 59. maddesinde "...avukatlarından..." bahsettiği için hükümlünün birden fazla avukatla görüşme hakkına sahip olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak hükümlünün aynı anda birden fazla avukatla görüşüp görüşmeyeceği hususunda Kanun'da ve diğer mevzuatta açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada kurum düzeni ve olanaklarının elvermesi halinde hükümlünün birden fazla avukatla görüşmesine imkân tanınmalıdır<sup>32</sup>. Ancak maddede açıkça belirtildiğinden dolayı avukatların, vekâletnameleri olsa da aynı anda birden fazla hükümlü ile görüşme yapmaları mümkün değildir<sup>33</sup>.

Hükümlü ile avukatının görüşmesini düzenleyen bir diğer önemli düzenleme de Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliktir. Yönetmeliğin "*Temel ilkeler*" kenar başlıklı 5. maddesinde ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma cezası infaz edilmekte olanların avukatlarıyla görüşmelerinin engellenemeyeceği belirtilmiştir. Yine Yönetmeliğin 5. maddesinin (k) bendinde, Yönetmeliğin 20. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenler dışında, ceza infaz kurumlarına gelen avukatların, savunmaya ilişkin olduğunu yazılı olarak beyan ettiği belge ve dosyalar ile konuşma kayıtlarının incelemeye tâbi tutulamayacağı hükmü yer almaktadır. Burada Kanun'da yer almayan "*belge ve dosyaların savunmaya ilişkin olduğuna dair yazılı beyan*" yükümlülüğüne yer

<sup>31</sup> Bilal Osmanoglu, Oğuzhan Emre Parlak, "Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı", *YÜHFD*, Cilt: XVIII, Sayı:1, Yıl: 2021, s.269; Özbek, s. 221.

<sup>32</sup> Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. s. 315.

<sup>33</sup> Özbek, s. 222.



verilmiştir. Yönetmeliğin bu hükmü Kanun'un 59. maddesine açıkça aykırıdır.

Avrupa Cezaevi Kurallarının<sup>34</sup> “*Hukukî Danışmanlık*” kenar başlıklı 23. maddesinde tüm mahpusların hukukî danışmanlık alma hakkı olduğu ve cezaevi yetkilileri onlara bu hakkı kullanmaları için gerekli kolaylığı sağlaması gerektiği; bu kapsamda mahpuslar herhangi bir hukukî konuda kendi seçtikleri ve ücreti kendileri tarafından karşılanan bir avukata danışabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca mahpuslarla avukatları arasında hukukî konularda yapılan görüşmelerin, yazışmaların ve diğer iletişimlerin gizli tutulması gerektiği de hüküm altına alınmıştır.

Nelson Mandela Kuralları olarak da bilinen Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kurallarının<sup>35</sup> 61. maddesi uyarınca da mahpuslara, seçtikleri bir avukat ya da hukuki yardım sağlayıcı ile ulusal hukuka uygun olarak gecikmeksizin, alan dinlemesi yapılmaksızın, sansürlü ve tam bir gizlilik içinde görüşme, danışma ve konuşma için yeterli fırsat, zaman ve kolaylık sağlanmalıdır. Belgedeki düzenleme uyarınca görüşmeler, hapisane personelinin görebileceği, ancak duyulmayacak bir ortamda yaptırılması gerekir.

### **3. Avukatla Görüşme Hakkına İlişkin Getirilen Sınırlamalar**

Hükümlü ile avukatı arasındaki görüşmelerin genel olarak müdahaleye kapalı ve gizli olması gerektiği Kanun'un 59. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilmiştir. Bununla birlikte 23.07.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı OHAL KHK'sı, 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinde 29.10.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) 6. maddesi ve bu KHK'nın kabul edilmesine ilişkin 08.03.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7070 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile ciddi ve orantısız kısıtlamalar getirilmiştir<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın (Avrupa Cezaevi Kuralları), [https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151\\_705\\_tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151_705_tavsiye_kararlari.pdf), (İET:21/07/2023).

<sup>35</sup> “Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları” (Nelson Mandela Kuralları), <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/nelson-mandela-kurallari-mahpuslara-muameleye-dair-birlesmis-milletler-asgari-standart-kurallari-turkce.pdf>, (İET: 29/07/2023)

<sup>36</sup> Aras/Güverçin, s. 411.

Adaletle erişim ve avukat-müvekkil görüşmesinin gizliliği adil yargılanma hakkının temel dayanaklarını oluşturmaktadır. OHAL sürecinde yukarıda belirtilen KHK hükümleri, adil yargılama hakkı kapsamında etkin savunma hakkını esastan zedelemiş ve adaletle erişimi engellemiştir. KHK hükümleri ile hükümlü ve tutukluların yargılandıkları davalarla veya başvurabilecekleri hukuki süreçlerle ilgili bilgi almaları ve avukatları aracılığıyla hukuki bilgi edinmeleri engellenmiştir. Denetim altında yapılan avukat müvekkil görüşmeleri nedeniyle taraflar baskı altına alınmıştır<sup>37</sup>.

#### **a. 667 sayılı OHAL KHK'sı İle Getirilen Kısıtlamalar**

OHAL sürecinde 23.07.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı OHAL KHK'sı ile tutukluların avukatları ile görüşmeleriyle alakalı olağanüstü hal sürecinde geçerli olacak bazı kısıtlamalar getirilmiştir. 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (TCK madde 302-339) ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince; tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla,

- Görüşmelerin teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebileceği,
- Tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabileceği,
- Tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara el konulabileceği,
- Görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi,
- Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu hususun gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanacağı,
- Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesinin sulh

<sup>37</sup> Berivan E Korkut, Hilal Başak Demirbaş, *Hapishanelerde İfade Özgürlüğü*, CİSST Yayınları, İstanbul, 2019, s. 34.  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

ceza hâkimliğince yasaklanabileceği, yasaklama kararının, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirileceği,

- Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesinin Cumhuriyet savcısı tarafından istenebileceği

belirtmiştir. KHK'nın kapsamı sadece tutuklulara ilişkin olup tutukluların avukatlarıyla yapacağı görüşmelere getirilecek kısıtlamalarda soruşturma savcısı yetkilidir. Bununla birlikte OHAL gerekçesiyle savunmaya yönelik olarak herhangi bir mahkeme kararı olmadan sınırlandırma getirilmiş olması adil yargılanma hakkına ve savunma hakkının dokunulmazlığına açık bir müdahale niteliğindedir.

### **b. 676 sayılı KHK ve 7070 sayılı Kanunla Getirilen Kısıtlamalar**

29.10.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 676 sayılı KHK ile 667 sayılı KHK ile olağanüstü hal süresince geçerli olmak üzere getirilen kısıtlamalar 5275 sayılı Kanun'a eklenerek tutuklu ve hükümlüler için kalıcı hale getirilmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 676 sayılı KHK ve 7070 sayılı Kanun'la değiştirilen 59. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; kural olarak hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme sırasında hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez, hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınmaz. Bu hüküm önceki hükmün benzeri niteliğindedir. Ancak 676 sayılı KHK ve 7070 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesine eklenen beşinci fıkra gereğince Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde,

- Toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne,
- Terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine,
- Bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın

hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.

676 sayılı KHK ve 7070 sayılı Kanun'la 59. maddeye eklenen altıncı fıkra gereğince ise infaz hâkimliği hükümlünün; kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimini değerlendirerek, kararda belirttiği süreyi üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defa uzatabileceği gibi kısaltılmasına veya sonlandırılmasına da karar verebilecektir.

Hükümlü ile avukatının görüşme hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında savunmanın dokunulmazlığını ilgilendiren bir husustur. 667 sayılı KHK ile OHAL sürecine has getirilen bu orantısız ve adil yargılanma hakkına aykırı düzenlemelerin daha sonra yine bir başka OHAL KHK'sı ve 7070 sayılı Kanun ile kalıcı hale getirilmesi ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olmuştur.

### **c. Kısıtlamaların Niteliği ve Oluşan Hak İhlalleri**

676 sayılı KHK ve 7070 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle hükümlü ile avukatının görüşmesine ilişkin kısıtlamaların kapsamı genişletilmiş ve Türk Ceza Kanunu'nun Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile olan görüşmeleri de fıkra kapsamına alınmıştır.

Değişiklikten önce bu suçlardan hükümlü olanların avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilirken ve infaz hâkimi bu belgelerin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verirken yapılan değişiklikle bu belgelere el konulacağı belirtilmesine karşın sadece infaz hâkimi tarafından incelenip okunabileceğine dair hükme yer verilmemiştir. Esasen düzenleme bu yönüyle başlı başına savunma hakkına açık bir müdahaledir. Hükümlünün savunmasında kullanılacak bir belgenin veya bilginin cezaevi idaresi tarafından veya Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan incelenmesi adil yargılanma hakkına aykırıdır.

Yine 5275 sayılı Kanun'un 676 sayılı KHK ve 7070 sayılı Kanun'la değişen yedinci fıkrası gereğince beşinci fıkra kapsamına giren hükümlünün yaptığı görüşmenin, aynı fıkroda belirtilen amaca yönelik yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Aynı şekilde maddeye eklenen sekizinci fıkra gereğince hükümlü hakkında yedinci fıkra uyarınca tutanak tutulması

hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemiyle hükümlünün avukatlarıyla görüşmesi infaz hâkimince altı ay süreyle yasaklanabilir. Yasaklama kararı, hükümlüye ve yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilecektir.

5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin onbirinci fıkrasındaki düzenlemeyle tutuklular da kapsama dâhil edilmiştir. Tutuklularla alakalı bu fıkra göre tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara el koyma kararını vermeye Cumhuriyet başsavcılığının talebi ile soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında esas mahkemesi yetkilidir<sup>38</sup>. Böylece ilgili madde "*Tutukluların yükümlülükleri*" başlıklı 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesinin birinci fıkrasının atfı ile tutuklu ile avukatının görüşmesine, yazışmasına, belge alıp vermesine getirilen sınırlamaları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin onbirinci fıkrası kapsamında tutuklular hakkında müdafî ile yapılan görüşmesinin kısıtlanmasına karar vermeye soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında esas mahkemesinin yetkili olması ve bu hususta infaz hâkimliğinin görevinin bulunmaması nedeniyle bu yönde verilmiş olan kararlara karşı 5171 sayılı Kanun'un itiraza ilişkin genel hükümleri çerçevesinde kararı veren sulh ceza hâkimliğinin veya esas mahkemesinin kararlarına itiraza bakmaya yetkili mercilere itiraz edilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere 667 sayılı KHK'nın 6. maddesi getirilen düzenlemeler ve 676 sayılı KHK ile 5275 sayılı Kanun'a yapılan eklemelerle tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla görüşme hakları ile ilgili olarak görüşmenin gizliliği, zamanını sınırlama, görüşü yasaklama hususlarında Cumhuriyet

<sup>38</sup> "...Bu açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan... adına müdafî tarafından gönderilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri ile... Dil Eğitim evraklarının tutukluya verilip verilmemesi hususunda Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü tarafından sorulan görüş istemi üzerine İnfaz Hâkimliğince el koyma kararı verilemeyeceği, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59. maddesinin 11. fıkrasının açık hükmüne göre el koyma kararını vermeye Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile soruşturma aşamasında sulh ceza hâkiminin, kovuşturma aşamasında mahkemenin yetkili olduğu, İnfaz Hâkimliğinin yetkisi bulunmadığı halde el koyma kararı vermesinin yasaya aykırı olduğu anlaşılmalı, itirazın öncelikle bu nedenle kabulüne karar verilmesi gerekirken hükümlünün itirazının kısmen kabulüne kısmen reddine şeklinde yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmediğinden... 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 04/10/2017 tarihli ve 2017/1818 değişik iş sayılı kararına yönelik yapılan kanun yararına bozma isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir...1. CD., 2018/3184 E., 2019/3093 K., 17/06/2019 T."

savcılarına ve infaz hâkimliğine geniş takdir hakkı verilmiştir. Avukat müvekkil görüşmesinin gizli olması esastır. Savunma hakkının korunması için bu gizliliğin ihlal edilmemesi gerekir. Yukarıda belirtilen düzenlemeler CMK'nın 154. maddesine de aykırıdır. Tutuklu ve hükümlülerin cezaevinde hukuki yardım alma haklarını kullanabilmelerinin ön koşulu, kendi seçtikleri bir avukatla görüşebilmektir. Kendi seçmedikleri bir avukatın kendilerini yeterince savunması mümkün olmayacaktır. 667 ve 676 sayılı KHK'lar bu gizliliği ortadan kaldırmış, sınırları belirsiz ve keyfi bir müdahale alanı açmıştır.

Her ne kadar infaz hâkimi tarafından 59. madde uyarınca verilen kararlara karşı 4675 sayılı Kanun'a göre itiraz mümkünse de belirtilen suçlardan mahkûm olanların avukatları ile yapacakları görüşmelere ilişkin;

- Bu görüşmelerin üç ay süreyle teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesi,
- Hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla bir görevlinin görüşmede hazır bulundurulması,
- Hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulması,
- Hükümlü ile avukatlarıyla olan görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılması

gibi avukat ile hükümlü görüşmesine bu şekilde orantısız müdahale yapıldıktan sonra yapılacak itirazın sonuca yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Zira yapılan müdahaleler başlı başına hak ihlali niteliğindedir. Hangi suçtan olursa olsun bu şekilde savunma hakkına, müvekkil-vekil görüşme mahremiyetine orantısız ve somut gerekçe gösterilmeden yapılacak müdahale hak ihlali doğuracaktır.

Diğer taraftan Kanun'da belirtilen suçların ciddi ve ağır suçlar olması bu tip müdahaleleri haklı hale getirmez. Özellikle örgütsel bir suçun işlendiğine veya faaliyetin varlığına dair somut delillerin bulunması halinde bunun suç soruşturmasının konusu olması ve bu kapsamda CMK'nın ilgili hükümlerine göre hareket edilmesi gerekir. Ancak burada herhangi bir soruşturma olmamasına karşın cezaevi idaresine idari müdahale imkânı verecek şekilde infaz hâkimliğinden alınacak bir kararla savunma hakkına ve müvekkil-vekil görüşme mahremiyetine bu şekilde orantısız ve haksız müdahale, evrensel hukuk ilkelerinin açık ihlalidir.

Yapılan bu değişikliklerin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, 2018/73 Esas ve 2019/65 Karar ve 24.07.2019 tarihli kararıyla; 59. maddeye eklenen 5 ve 11.

fıkraları ile 10. fıkranın “*Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ... hakkında da uygulanır*” bölümünün Anayasa’nın ilgili hükümlerine aykırı olmadığından bahisle iptal talebinin reddine karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme 5275 sayılı Kanun’un 59. maddesine eklenen onuncu fıkranın “*...ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler...*” kısmının, 5275 sayılı Kanun’un 59. maddesinin beşinci fıkrasının “*...görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir...*” bölümü yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Mahkeme şüpheli veya sanık ile avukatın görüşmesine getirilen kısıtlamaların belli koşullara bağlı olsa da doğrudan avukat ve müvekkil arasındaki mahremiyeti ortadan kaldıracak nitelikte olmasını ve müdafî yardımından yararlanma hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmesini iptal gerekçesi olarak göstermiştir<sup>39</sup>.

Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesinde şu hususlara değinmiştir:

- Müdafî yardımından etkili bir şekilde yararlanmanın ilk koşulu müdafî ile yapılan görüşmelerin belli bir gizlilik içinde gerçekleştirilmesidir. Şüpheli veya sanığın müdafî ile özgür bir şekilde bilgi alışverişinde bulunması için mahremiyet büyük önem taşımaktadır. Şüpheli veya sanığın müdafî ile yapacağı görüşmelerde mahremiyet olmaması müdafiden alacağı hizmetin faydasını en alt düzeye indirecektir. Bu nedenle meşru amaçlarla avukatla görüşme hakkına kısıtlama getirilirken bu kısıtlamayla savunma hakkı arasındaki denge gözetilmeli, kısıtlama hiçbir şekilde savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasına engel olmamalıdır. Meşru bir amaçla kısıtlama yapılırsa dahi soruşturma ve kovuşturması devam eden kişilere savunma hakkının etkin bir şekilde kullanımı bakımından yeterli güvencelerin tanınması gerekir.
- Belli koşullara bağlı da olsa şüpheli veya sanık ile avukatın görüşmesinin kaydedilmesi, görüşmede görevlinin hazır bulundurulması ile bilgi ve belgelere el konulması şeklindeki

<sup>39</sup> AYM, 2018/73 E., 2019/65 K. , T. 24.07.2019, Prg. 123.

kısıtlamalar doğrudan avukat ve müvekkil arasındaki mahremiyeti ortadan kaldıracak niteliktedir. Belirtilen durumlarda şüpheli veya sanığın avukatı ile mahrem bilgileri paylaşması, bilgi alışverişinde bulunması mümkün olmadığından avukatla görüşme hakkının bu şekilde sınırlandırılması özellikle savunma makamının özel olarak desteklenmesinin gerektiği hâllerde etkili bir savunma yapılabilmesi imkânını önemli ölçüde azaltabilir. Ayrıca kuralda avukat-müvekkil görüşmesinin gizliliği ortadan kaldırılırken şüpheli veya sanığın etkili bir hukuki yardım alabilmesi ve savunma hakkını etkili bir şekilde kullanması yönünde gerekli olan güvencelerin de öngörülmediği anlaşılmaktadır. Müdafî yardımından yararlanma, dolayısıyla savunma ve adil yargılanma hakkının hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında kuralla getirilen sınırlamanın kişiye yüklediği külfetin aşırı ve orantısız olduğu, böylelikle şüpheli ve sanığın müdafî ile görüşmesinin kaydedilmesi, izlenmesi veya bilgi ve belgelere el konulmasının müdafî yardımından yararlanma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi kapsamındaki örgüt suçları, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları (TCK madde 302-339) ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan hükümlü olup başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlülerin avukatlarıyla yaptığı görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilemeyecek, görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulunamayacak, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulamayacaktır.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen, İnfaz Yönetmeliği m.72. maddesinin sekizinci fıkrasında "...ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler..." ibaresine aynen yer verilmesi "kuvvetler ayrılığı" ilkesine ve normlar hiyerarşisine açıkça aykırıdır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin kararları Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bağlayıcı oldukları gibi kanunlar Anayasa'ya, yönetmelikler de



kanuna aykırı olamaz. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bir kanun hükmü Yönetmelik hükmü ile uygulanmaktadır<sup>40</sup>.

5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin dördüncü fıkrası esas alınarak hazırlanan İnfaz Yönetmeliğinin 72. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde “*Hükümlü ile görüşmek üzere kuruma gelen avukatların, yanlarında bulundurdıkları belge ve dosyaların savunmaya ilişkin olup olmadıkları konusunda kendilerinden yazılı beyanları alınır. Savunmaya ilişkin olduğu beyan edilen belge ve dosyalar, her ne suretle olursa olsun incelenemez. Hükümlü ile doğrudan ilişkisi olmak koşulu ile avukatın yanında getirmiş olduğu ve bir hukuki uyumsuzluk konusunu oluşturan belge ve dosyalar hakkında da aynı hükümler uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile müvekkili ile görüşmek isteyen avukata yanında getirdiği belge ve dosyaların savunmaya ilişkin olduğuna dair yazılı beyanda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun'da yer almayan bir yükümlülüğün Yönetmelik'le getirilmesi savunma makamını idareye denetletmenin bir diğer halidir. Bu uygulama aynı zamanda savunmaya getirilen kanunsuz bir kısıtlama ve avukatın yardımından yararlanma hakkına yönelik bir müdahale olması nedeniyle AIHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının da ihlalidir<sup>41</sup>.

Müdafi ile özgür bir şekilde görüşme hakkı adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Bu noktada avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyaların fiziki olarak aranabilmesi, adil yargılanma hakkına müdahale niteliğinde olmanın yanı sıra Sözleşme'nin haberleşmenin gizliliğini düzenleyen 8. maddesinin de açıkça ihlali niteliindedir. Nitekim **AIHM Laurent v. Fransa** kararında müvekkiline polis gözetiminde, mahkeme girişindeyken verdiği belgeleri polis memurunun okumasının haberleşmenin gizliliğine bir müdahale niteliğinde olduğuna ve hukuka aykırı bir eylem olmaksızın bu tür bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir.

---

<sup>40</sup> Ersan Şen, “Yeni Ceza İnfaz Yönetmeliğinde Düzenlenen Hükümlünün ve Tutuklunun Avukatı ile Görüşme Usulü, Anayasaya ve Kanuna Aykırıdır”, <https://www.hukukihaber.net/yeni-ceza-infaz-yonetmeliginde-duzenlenen-hukumlunun-ve-tutuklunun-avukati-ile-gorusme-usulu-anayasaya-ve-kanuna-aykiridir-makale,7619.html>, (İET: 12/07/2023)

<sup>41</sup> Ersan Şen, “Yeni Ceza İnfaz Yönetmeliğinde Düzenlenen Hükümlünün ve Tutuklunun Avukatı ile Görüşme Usulü, Anayasaya ve Kanuna Aykırıdır”, <https://www.hukukihaber.net/yeni-ceza-infaz-yonetmeliginde-duzenlenen-hukumlunun-ve-tutuklunun-avukati-ile-gorusme-usulu-anayasaya-ve-kanuna-aykiridir-makale,7619.html>, (İET: 12/07/2023)

Öte yandan yine 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin beşinci fıkrası esas alınarak hazırlanan İnfazı Yönetmeliğinin 72. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde “5237 sayılı Kanun’un 220 nci maddesinde ve aynı Kanun’un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisinde avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyalar fiziki olarak aranabilir. Avukatların hükümlü ile kurumda yapmış olduğu görüşme sırasında konuşmaları yansıtan ve bizzat avukat tarafından elle tutulan kayıtlar hakkında da bu bent hükümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Getirilen bu düzenleme ile belirlenen suçlar kapsamındaki hükümlüler ile yapılan görüşmelerde hiçbir sınırlama veya meşru müdahale gerekçesi olmadan avukatın evrakları aranabileceği öngörülmüştür. Bu da cezaevine hükümlü müvekkil ilişkisine sınırsız bir müdahale alanı doğurmaktadır. Kanun’un 59. maddesinin beşinci fıkrasında belirli suçlardan hükümlü olanların avukatlarıyla yapacakları görüşmelere müdahale bakımından infaz hâkimliği kararı şartı getirilmişken burada infaz hâkimliğinden herhangi bir karar alınmamış olmasına karşın fıkra da belirlen suçlardan mahkûm olanların avukatlarının savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyalar ile avukatların görüşme sırasında tuttukları notları cezaevi görevlilerince fiziki olarak aranabilecektir. Yönetmeliğin bu hükmü Kanun’un 59. maddesinin beşinci fıkrasındaki savunmaya müdahaleyi Kanun’daki düzenlemeye aykırı olarak genişletmiştir. Ayrıca Kanun’da yer almayan bir düzenlemenin yürütmenin genel düzenleyici işlemi olan Yönetmelik ile bu şekilde genişletilmesi “kuvvetler ayrılığı” ilkesine ve normlar hiyerarşisine de aykırıdır<sup>42</sup>.

Diğer taraftan hükümlü ile avukatının görüşmelerine ilişkin hükümler içeren Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliğin “Hükümlünün avukat, uzlaştırmacı ve arabulucu ile görüşmesi” kenar başlıklı 20. maddesine 13.9.2017 tarihli ve 30179 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak, 5237 sayılı Kanun’un 220 nci, ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğinin, infaz

<sup>42</sup> Ersan Şen, “Yeni Ceza İnfaz Yönetmeliğinde Düzenlenen Hükümlünün ve Tutuklunun Avukatı ile Görüşme Usulü, Anayasaya ve Kanuna Aykırıdır”, <https://www.hukuk.ihaber.net/yeni-ceza-infaz-yonetmeliginde-duzenlenen-hukumunun-ve-tutuklunun-avukati-ile-gorusme-usulu-anayasaya-ve-kanuna-aykiridir-makale,7619.html>, (İET: 12/07/2023) *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanun'una göre itiraz edebilir.” hükmü eklenmiştir. Buradaki düzenleme 5275 sayılı Kanun'un değişiklik öncesi haline uygun bir düzenlemedir. Ancak bu hüküm daha sonra çıkarılan İnfaz Yönetmeliğinin 72. maddesinin üçüncü fıkrası ile çelişmektedir.

#### 4. AİHM'nin Konuya Bakış Açısı

AİHM kişinin avukatıyla gizli iletişim hakkını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme avukatla gizli görüşme hakkının ve bunun Sözleşme'nin 8/1. maddesi kapsamında “özel hayat” kavramının kapsamına girip girmediği konusunda, özel hayatın kapsamlı bir tanıma elverişli olmayan geniş bir tabir olduğunu ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ister kişilik, ister kişisel özerklik açısından olsun kişisel gelişim hakkını koruduğunu vurgulamaktadır. Mahkemeye göre bu madde, her bireyin diğerleriyle ve dış dünya ile ilişki kurması ve geliştirmesi için yaklaşımda bulunma hakkını, yani “özel sosyal hayat” hakkını kapsar ve mesleki aktiviteleri veya kamusal bağlamda gerçekleşen aktiviteleri içerebilir. Dolayısıyla, Mahkeme, bir kişinin hukuki yardım bağlamında bir avukatla iletişim kurma hakkının, bu tür bir etkileşimin amacı bir bireyin hayatı hakkında bilgiye dayalı karar vermesine izin vermek olduğu için özel hayat kapsamına girdiği kanaatindedir. Avukata iletilen bilgiler, çoğunlukla, mahrem ve kişisel meseleleri veya hassas konuları içermektedir. Dolayısıyla, ister hukuk veya ceza davası için yardım bağlamında, ister genel hukuki tavsiye bağlamında olsun, bir avukata danışan bireyler, makul bir şekilde, iletişimlerinin özel ve gizli olmasını arzu ederler.

Mahkemeye göre, bir avukata danışmak isteyen her insanın, tam ve yasaklanmamış görüşmeyi destekleyen koşullar altında bunu gerçekleştirmede özgür olması gerekir ve bu açıkça genel çıkara yöneliktir. Bu nedenle, Mahkemenin **Campbell/Birleşik Krallık** kararında da vurguladığı üzere avukat-müvekkil ilişkisi, ilke olarak, ayrıcalıklıdır. Mahkeme, geçmişten beri Sözleşme'nin 8 ve 6. maddeleri bağlamında, bir kişinin avukatıyla gizli iletişimiminin, savunma hakkının önemli bir güvencesi

olarak Sözleşme tarafından korunduğuna karar vermiştir. Mahkeme, **Beuze/Belçika** kararında<sup>43</sup> da Sözleşme'nin 6/3. maddesinin (c) bendi bağlamında bir mahpusun müdafii ile cezaevi yetkililerinin işitemeyeceği şekilde iletişim kurmasının önemini vurgulamıştır. Mahkemenin kanaatine göre, mahpuslar, bir görevlinin huzurunda avukatlarıyla görüşmelerinde, hem devam eden davaya ilişkin konuları tartışma, hem de misilleme korkusuyla yaşamış olabilecekleri kötü muameleleri bildirme konusunda kendilerini kısıtlanmış hissedebilirler. Mahkeme, ayrıca, avukat-müvekkil ilişkisinin ayrıcalığının ve ulusal mercilerin bir mahpus ve seçmiş olduğu temsilcisi arasındaki iletişimlerin mahremiyetini sağlama yükümlülüğünün, kabul edilen uluslararası normlar arasında olduğunu kararlarında vurgulamaktadır. Mahkemeye göre ilke olarak, bir avukat ve müvekkili arasındaki sözlü iletişim ve yazışma, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca ayrıcalıklıdır.

Bununla birlikte, Mahkeme, önemine rağmen, avukatla gizli iletişim hakkının mutlak olmadığını ve kısıtlamalara tabi olabileceğini de kabul etmektedir. Mahkeme, getirilen kısıtlamaların söz konusu hakkın özüne zarar verecek ve bunu etkililikten yoksun bırakacak derecede engellememesini sağlamak amacıyla, bu kısıtlamaların gerçekleştirilmesi istenen amaçlarla orantılı olması bakımından, ilgili kişiler için öngörülebilir olduğuna, 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca meşru bir amaç veya amaçları izlediğine ve “*demokratik bir toplumda gerekli*” olduğuna kanaat getirmelidir. Bununla beraber, davalı Devletin bir avukatla görüşme ve iletişimin mahremiyetine yönelik müdahalenin izin verilebilir sınırlarının değerlendirilmesindeki takdir payının, sadece “*ciddi suçun işlenmesi*” veya “*cezaevi güvenliğinin ciddi tehlikeye girmesi*” gibi istisnai ve ciddi durumların bu hakların kısıtlanmasının gerekliliğini haklı gösterebilmesi yönünden dar olduğunu belirtmektedir. Örneğin, terör faaliyetlerinden dolayı özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişiler bağlamında, Mahkeme, bu kişilerin Sözleşme hükümleri kapsamında çıkarılamayacağına, Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerinin özünün ihlal edilmemesi gerektiğine ve ulusal mercilerin toplumu şiddete karşı korumak için mutlak surette gerekli olduğu ölçüde bu kişiler hakkında “*meşru kısıtlamalar*” uygulayabileceğine karar vermiştir<sup>44</sup>.

AİHM yakın zamanda vermiş olduğu **Altay/Türkiye** kararında<sup>45</sup> başvuru hükümlü ile avukatının görüşmesinde bir görevlinin hazır

<sup>43</sup> AİHM Beuze/Belçika Kararı, ([BD], Başvuru No: 71409/10, K.T: 9/11/2018 Prg. 133.

<sup>44</sup> AİHM Öcalan/Türkiye (no. 2) Kararı, Başvuru No: 24069/03 K.T: 18/03/2014, Prg. 38-45-135.

<sup>45</sup> AİHM Altay/Türkiye Kararı, Başvuru No: 11236/09, K.T: 09/04/2019, Prg. 53 vd.  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

bulunması nedeniyle hükümlü ile avukatı arasındaki mahremiyetin ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunmuştur. Karara konu başvuruda, Edirne’de anayasal düzeni bozmaya teşebbüsten hüküm giymiş ve koşullu salıverilme olanağı olmaksızın ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş olan başvurucunun avukatı başvurucuya posta yoluyla bir paket göndermiştir. Cezaevi idaresi, paketin içinde bulunanların şüpheli olduğuna inanmış ve bu nedenle, 12 Ağustos 2005 tarihinde, materyalin başvurucuya teslim edilmesini önlemek amacıyla, başvurucuya gönderilen materyalin savunma ile ilgili belgelerle veya herhangi bir sakıncalı içerikle ilgili olup olmadığının belirlenmesi için infaz hâkimliği tarafından bir karar alınması için Cumhuriyet savcılığında talepte bulunmuştur. Savcılığın talebi üzerine Edirne İnfaz Hâkimliği de “*Küreselleşme ve Emperyalizm*” başlıklı bir kitap, “*Köxüz Anasyonal Neşriyat*” başlıklı bir dergi ve “*Express Enternasyonal Şalala*” başlıklı bir gazete içeren paketin içeriğini incelemiş ve söz konusu materyalin savunma haklarıyla ilgili olmadığından 5275 sayılı Kanun’un 59. maddesi uyarınca başvurana teslim edilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Başvurucunun bu karara yönelik yaptığı itiraz reddedilmiştir.

Bu süre içerisinde, yani 16 Eylül 2005 tarihinde, cezaevi idaresi, başvuranın avukatı tarafından gönderilen paketle ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığına başka bir talepte bulunmuştur. Bu talepte, cezaevi idaresi, başvuranın avukatının davranışının avukatlık görevleriyle bağdaşmadığını ileri sürmüş ve mahpus ve avukatı arasındaki görüşmeler sırasında bir görevlinin hazır bulunmasını öngören 5275 sayılı Kanun’un 59. maddesinin başvurana uygulanmasını talep etmiştir. Edirne İnfaz Hâkimliği, önceden vermiş olduğu 25 Ağustos 2005 tarihli kararına atıfta bulunarak, 23 Eylül 2005 tarihinde, duruşma yapmadan ve başvuru veya avukatından beyan istemeden dava dosyası üzerinden yürütülen bir incelemede, cezaevi idaresi tarafından yapılan başvuruyu kabul etmiş ve böylece, başvuranın avukatıyla olan görüşmelerinde bir görevlinin hazır bulunmasına karar vermiştir. Bu kararda, kısıtlamanın ne kadar süre yürürlükte kalacağını belirtmemiştir. Başvurucunun bu karara yönelik yapmış olduğu itiraz ilgili mahkemece reddedilmiştir. Başvurucu ve avukatı kesinleşmeden sonrada tekrardan bu kısıtlamanın kaldırılması talebinde bulunmuşlardır ancak talepleri reddedilmiş ve ret kararlarına yönelik itirazları da reddedilmiştir. Bu şekilde hükümlü ile avukatı arasındaki görüşmelerde bir görevlinin hazır bulunması nedeniyle mahremiyetin ihlal edildiği iddiası ile ilgili AİHM’ye başvuruda bulunulmuştur.

AİHM, başvuranın avukatıyla görüşmelerinin gizliliğine müdahalesinin dayanağı olan 5275 sayılı Kanun’un 59. maddesinin, avukat-müvekkil

iletişiminin gizliliğinin kısıtlanabileceği koşulların kapsamlı bir listesini içeren istisnai bir önlem olduğunu gözlemlemektedir. Bu hükme göre, ancak bir mahpus ve avukatı tarafından yararlanılan ayrıcalığın bir terör örgütüyle iletişim veya bir suçun işlenmesi için bir araç olarak kullanıldığının veya aksi halde kurumun güvenliğini tehlikeye attığının belgelerden ve diğer materyalden ortaya çıkması durumunda, avukat-müvekkil görüşmeleri sırasında bir görevlinin hazır bulunmasına karar verilebilir. Yazışmanın sadece savunma haklarıyla ilgili olmadığı gerekçesiyle okunması, bu maddede bir avukatla görüşmenin gizliliğini kısıtlamak için gerekçe olarak öngörülmemektedir. Mahkemeye göre bunun aksi bir sonuca varmak, hüküm metninin düz anlamına aykırı düşecek ve bir avukattan gelen ve savunmayla ilgili olmayan her türlü yazışmanın, sürede bir sınırlama olmaksızın ciddi bir tedbirin konulmasıyla sonuçlanabileceği anlamına gelecektir. Dolayısıyla davanın mevcut koşulları göz önüne alındığında, olaylar sırasında yürürlükte bulunan yerel hükmün lafzı ve ruhunun, kısıtlamaya yönelik zamansal sınırlar hariç olmak üzere, yeterince net olmasına rağmen, yerel mahkemelerin başvuranın davasının olaylarına yönelik olarak kanunu yorumlaması ve uygulamasının öngörülebilir olmamasından dolayı Sözleşme'nin 8 § 1 maddesi ihlal edilmiştir.

Görüldüğü üzere mahkemeye göre hükümlü ile avukatı arasındaki görüşmeye müdahale ancak özel görüşmenin bir terör örgütüyle iletişim veya bir suçun işlenmesi için bir araç olarak kullanıldığının veya aksi halde kurumun güvenliğini tehlikeye attığının belgelerden ve diğer materyalden ortaya çıkması gibi ciddi durumlarda mümkündür. Avukatın gönderdiği paketin sadece savunma haklarıyla ilgili olmaması gerekçesiyle bir avukatla görüşmenin gizliliği kısıtlanamaz. Mahkemeye göre bu durumda aksi bir sonuca varmak, kanun metninin düz anlamına aykırı düşecek ve bir avukattan gelen ve savunmayla ilgili olmayan her türlü yazışmanın, sürede bir sınırlama olmaksızın ciddi bir tedbirin konulmasıyla sonuçlanması sonucunu doğuracaktır. Mahkemeye göre kısıtlamaya imkân veren kanun metni yeterince net olmasına rağmen, Edirne İnfaz Hâkimliğinin başvuranın davasının koşullarına yönelik olarak buna ilişkin yorumu ve uygulamasının, açıkça mantıksız olduğuna hükmetmiş ve bu haksız kısıtlama nedeniyle sözleşmenin kanunilik gereklerini ihlal edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme ayrıca kısıtlama nedeniyle yapılan itirazlara ilişkin işletilen yargısal süreçte adil yargılanma hakkın ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak da "...başvuranın avukatıyla gizli görüşme hakkını kısıtlamaya yönelik 23 Eylül 2005 tarihli karar, Edirne İnfaz Hâkimliği tarafından, başvuranın

savunması alınmadan, çekişmeli olmayan bir şekilde alınmıştır. Son olarak, başvuranın Edirne Ağır Ceza Mahkemesi önünde bu karara yönelik itirazları da, olgusal ve hukuki konularla ilgili olmasına rağmen, duruşma yapılmaksızın, sadece dosya üzerinden karara bağlanmıştır. Mahkeme, bilhassa, başvuranın avukatı tarafından gönderilen yayınların niteliğine ve iddiaya göre kolaylık açısından, yetkililerin temsilcilerin yasak olmayan unsurları getirmesine izin veren uygulamasına ilişkin olarak Edirne Ağır Ceza Mahkemesi önünde başvuran tarafından sunulan görüşlere atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, ayrıca, Ağır Ceza Mahkemesinin, davanın olgularını ve hukukunu değerlendirmek ve başvuranın itirazını kabul etmesi halinde Edirne İnfaz Hâkimliğinin kararını iptal ederek nihai karar vermek için tam yargı yetkisine sahip olduğunu kaydetmektedir. Mahkemenin kanaatine göre, dolayısıyla, duruşma yapılması, Ağır Ceza Mahkemesinin başvuran tarafından ortaya konulan hukuki konuların yanı sıra davanın değerlendirilmesine yönelik yeterli olgusal dayanağa ilişkin izlenimini oluşturmasına izin vermiş olacaktır...” tespitlerini yaptıktan sonra, somut davanın koşullarında, yani infaz hâkimliği önündeki yargılamaların çekişmeli olmayan niteliğinin birleşik etkisinde, bu yargılamalar sonunda başvurana uygulanan tedbirin ciddiyetinin ve gerek infaz hâkimliği önünde gerekse de Ağır Ceza Mahkemesi önündeki itiraz aşamasında duruşma yapılmamasının, başvuranın davasının Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasındaki gerekliliklerine uygun olarak görülmediği anlamına geldiği sonucuna vararak adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM yakın tarihte vermiş olduğu **Canavcı ve Diğerleri/Türkiye**<sup>46</sup> kararında ise, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, başvuru sahiplerinin cezaevinde buldukları sırada avukatlarıyla yaptıkları görüşmelerin izlenmesi ve kaydedilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Başvuruya konu ihlal eylemlerinin dayanağı Resmi Gazete'de 23 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan ve 18 Ekim 2016 tarihli ve 6749 sayılı Kanunla onaylanan 667 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendidir. Yukarıda da özetlendiği üzere düzenleme uyarınca olağanüstü halin devamı süresince, 26 Eylül 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci

<sup>46</sup> AİHM Canavcı ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24074/19, 44839/19 ve 9077/20, K.T:14.11.2023, Prg. 96-103.

Bölümünde tanımlanan suçlar, 12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından tutukluların avukatlarıyla görüşmeleri sırasında ülke ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşmesi, terör örgütünün veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bu örgütlere emir ve talimat verilmesi veya yorumları yoluyla gizli, açık veya şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin bulunduğu hallerde, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine görüşmelerin sesli veya görüntülü kaydı yapılabilir; tutuklu kişi ile avukatı arasındaki görüşmeyi izlemek üzere bir görevli hazır bulundurulabilir.

Başvuruyu değerlendiren Mahkemeye göre, terör ve organize suç davalarında avukat müvekkil iletişimine getirilen bazı kısıtlamalara müsamaha edilebilir. Bununla birlikte, tutuklular ve avukatları arasındaki yazışmalara tanınan ayrıcalık, bireyin temel bir hakkını teşkil etmekte ve savunma haklarını doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında, avukat müvekkil gizliliğine saygı gösterilmesine ilişkin temel kuralın yalnızca istisnai durumlarda ve kötüye kullanıma karşı yeterli ve uygun güvencelerin mevcut olması koşuluyla askıya alınabileceğine karar vermiştir. Bu noktada mahkeme itiraz edilen tedbirlerin uygulanmasına ilişkin kararlarda bireyselleştirilmiş gerekçelerin bulunmaması, tedbirlerin gerekliliğinin incelenmesi sırasında başvuruçuların karşı argümanlarını mahkeme önünde ileri sürmelerini doğal olarak zorlaştırmış ve tedbirlerin uygulanmasında keyfilik riskine yol açmış olduğunu tespit etmiştir<sup>47</sup>.

Mahkemeye göre, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6/1 (d) maddesi, avukatlarla yapılan görüşmelerin izlenmesi ve kaydedilmesini içeren tedbirlerin süresini ve bu tedbirlerin sona erdirilmesi için yerine getirilmesi gereken koşulları belirtmemiştir. Bu nedenle söz konusu hüküm, ihtilafli tedbirlerin süresine ilişkin herhangi bir güvence öngörmediğinden ve ilgililerin bu tedbirlerin ne zaman sona ereceğini bilmelerini veya öngörmelerini engellediği için hukuki kesinlik ilkesini zedelemiştir. Diğer bir ifade ile söz konusu tedbirler açık uçlu uygulamasından dolayı hukuki kesinlik ilkesi ihlal edilmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, mevcut davada, itiraz edilen tedbirlerin uygulanmasına ilişkin yargısal denetimin yeterli veya etkili olmadığı kanaatinde. Belirtilen hususlar ışığında Mahkeme, Cumhuriyet savcılarının başvuruçuların avukatlarıyla iletişimlerine kısıtlama getirme

<sup>47</sup> AİHM Canavcı ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24074/19, 44839/19 ve 9077/20, K.T:14.11.2023, Prg. 96-102  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



konusunda sahip oldukları takdir yetkisinin herhangi bir koşula tabi olmadığını, bu takdir yetkisinin kapsamının ve kullanılma şeklinin tanımlanmadığını ve bu konuda başka hiçbir özel güvence sağlanmadığını tespit etmiş ve bundan dolayı da mevcut davanın koşullarında, başvuruçulara karşı olağanüstü hâl sırasında sınırlı bir süre için uygulanan, itiraz konusu tedbirlerin alınmasının keyfiliğe açık olduğu ve kanunilik şartıyla bağdaşmadığı kanaatindedir. Bu nedenle de Mahkeme, itiraz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 8/2 maddesi anlamında "*hukuka uygun*" olmadığını tespit etmiştir<sup>48</sup>.

## B. AVUKATLA TELEFONLA GÖRÜŞME HAKKI

### 1. Tutukluların Durumu

#### a. Genel Olarak

Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiş olan haberleşme özgürlüğü temel bir hak olarak herkes bakımından olduğu gibi tutuklu ve hükümlüler bakımından da vazgeçilmez haklardan biridir. Bu temel hak belli koşullarda sınırlandırılabilir. Ancak Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında yapılacak kısıtlamalarda sınırlandırma sebeplerinin dışına çıkılmadan kanunilik, meşru amaçlara sahip olma ve son olarak demokratik bir toplumda gereklilik ilkelerine uygun hareket edilmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. Bu ilkeler çerçevesinde hükümlü ve tutukluların aileleri ve avukatlarıyla yapacakları telefon görüşmelerine ilişkin esaslar Kanun ve Yönetmelik'te açıkça düzenlenmiştir.

Savunma hakkının etkin kullanımı bakımından hayati öneme sahip olan avukatla görüşme hakkı kapsamında hükümlü veya tutuklunun avukatıyla yüz yüze görüşmesinin haricinde gerekli durumlarda telefonla da görüşebilmesi önem arz etmektedir. Bu noktada hükümlü ve tutukluların avukatıyla telefonla görüşme hususunda 5275 sayılı Kanun ve İnfaz Yönetmeliği hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. 5275 sayılı Kanun'un 114. maddesinin beşinci fıkrası ile İnfaz Yönetmeliğinin 139. maddesinin beşinci fıkrasındaki "*Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.*" hükmü dikkate alındığında tutukluların müdafileriyle telefonla görüşebilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır.

<sup>48</sup> AİHM Canavcı ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24074/19, 44839/19 ve 9077/20, K.T:14.11.2023, Prg. 103 vd.

<sup>49</sup> Ramazan Onur Karadeniz, "Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklu Ve Hükümlülerin Haberleşmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XX, Sayı:1, Yıl: 2016, s. 443.

Bu nedenle tutuklular müdafileri ile telefonla haberleşme özgürlüğüne sahiptir<sup>50</sup>.

Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un “*Kısıtlayıcı önlemler*” kenar başlıklı 115. maddesi uyarınca tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutukluların, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesi tarafından belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması mümkündür.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında tutuklular haberleşme hürriyetine sahip olmakla birlikte belirli koşullarda soruşturma savcısı veya mahkemesince haberleşme hürriyeti kısıtlanabilir. Bununla birlikte mevzuatta tutuklunun avukatıyla görüşmesini kısıtlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Zaten tutuklunun avukatıyla olan telefon ve diğer haberleşmelerinin kısıtlanması doğrudan tutuklunun savunma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Esasen yukarıda da izah edildiği üzere 18.10.2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un “*Soruşturma ve kovuşturma işlemleri*” kenar başlıklı 6. maddesindeki düzenleme niteliği itibarıyla getirdiği kısıtlamalarla savunma hakkına açıkça müdahale niteliğindedir. Ancak buradaki düzenlemede bile tutuklunun avukatıyla yüz yüze görüşmesi yasaklanmamış ve sadece denetim altına alınmıştır. Bunun yanında tutuklunun avukatıyla telefonla görüşmesine yönelik bir yasaklama veya kısıtlama da bulunmamaktadır.

### **b. AİHM ve AYM Kararlarında Avukatla Telefonla Görüşme Hakkı**

AİHM mahpuslar ve avukatları arasındaki haberleşmenin Sözleşme'nin 8. maddesi altında imtiyazlı olduğunu ve avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizliliği ilkesinin gözetilmesini temel kural olarak kabul etmektedir (*Campbell/Birleşik Krallık*, § 48). AİHM'e göre iç hukukta böyle bir hak tanınmış ise bu hakkın kullanımına getirilecek sınırlandırmalar Sözleşme'nin 8. maddesine müdahale teşkil edebilir<sup>51</sup>.

Anayasa Mahkemesi tutuklunun avukatıyla telefonla görüşmesine ilişkin yakın zamanda açıklayıcı birçok karara imza atmıştır. Bu kapsamda Anayasa

<sup>50</sup> Aras/Güverçin, s. 426-434.

<sup>51</sup> AİHM Nusret Kaya ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 43750/06, 60915/08, K.T: 22/4/2014, Prg. 36.

Mahkemesi **Mehmet Koray Eryaşa**<sup>52</sup> kararında, yukarıda anılan ilkeleri hatırlattıktan sonra 5275 sayılı Kanun'da ve 17.6.2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'te tutukluların müdafisi ile telefonla görüşmeyeceğine dair bir hüküm bulunmadığı, 5275 sayılı Kanun'un 114. maddenin beşinci fıkrasındaki açık düzenleme karşısında asıl olanın tutuklunun müdafisi ile haberleşmesinin hiçbir suretle engellenmemesi ve kısıtlanmaması olduğu ve haberleşmenin kapsamının telefonla iletişimi de içereceği hususunun 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesinde kabul edildiği vurgulanmıştır. Kararda, 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesi ve 114. maddesinin beşinci fıkrasındaki düzenlemeler karşısında tutukluların avukatları ile telefonla görüşme haklarının mevcut olduğu kabul edilerek, avukat ile telefonla görüşmesinin avukat ile görüşmeye yönelik açık bir düzenleme olmadığı gerekçesi ile engellenmesinin kanunilik ilkesini karşılamadığı belirtilmiştir. Sonuç olarak kararda anılan Kanun hükümleri çerçevesinde hükmen tutuklu başvuruçunun avukatı ile telefon vasıtasıyla görüşmesinin engellenebilmesi için yeterli bir yasal düzenleme olmadığı ifade edilmiştir.

Mahkeme benzer tespitlere 18.6.2020 tarihli **Kadir Kırmacı** kararında da vurgulamıştır<sup>53</sup>. 15 Temmuz darbe girişimi sonrası tutuklanan başvuruçunun avukatı ile telefonla görüşmesi talebinin telefonla görüşmenin düzenlendiği mevzuatta hükümlü ve tutukluların telefonla arayabilecekleri kişiler arasında avukatın sayılmadığından bahisle reddedilmesine ilişkin olarak Mahkeme, somut olayda Mehmet Koray Eryaşa kararında belirtilen ilkelerden ve sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durumun mevcut olmadığını, bu bağlamda ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan kişilerin avukat ile haberleşme hakkının telefonla haberleşmeyi de kapsadığını, avukat ile görüşmeye yönelik açık bir düzenleme olmadığı gerekçesi ile haberleşmenin engellenmesinin kanunilik ilkesini karşılamadığı sonucuna vardığını belirterek başvuruçunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

## 2. Hükümlülerin Durumu

Hükümlüler yönünden durum incelendiğinde ise; 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesinde hükümlülerin telefonla haberleşme hakkına sahip olduğu ancak bu hakkın esaslarının Yönetmelik ile belirleneceği hüküm altına alınmış,

<sup>52</sup> AYM Mehmet Koray Eryaşa Kararı, Başvuru No: 2013/6693, K.T: 16/4/2015.

<sup>53</sup> AYM Kadir Kırmacı Kararı, Başvuru No: 2017/25975, K.T: 18/6/2020, Prg. 49-52.

Yönetmeliğin 74. maddesinde de hükümlülerin, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilecekleri düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi mevzuat hükümleri incelendiğinde hükümlülere avukat ile telefonla görüşme imkânı öngörülmemiştir. Tutuklular yönünden tespit edilen ek güvence hükümlüleri kapsamamaktadır. Bu nedenle hükümlülerin avukat ve müdafî ile telefon vasıtasıyla görüşme hakkı kural olarak mevcut değildir<sup>54</sup>.

Bu hususta Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda<sup>55</sup> Mahkeme mevzuatta hükümlülerin telefonla görüşebileceği kişilerin eş, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasi olarak sayıldığı, avukat ile telefonla görüşmenin öngörülmediğini bu nedenle hükümlülerin avukat ve müdafî ile telefon vasıtasıyla görüşme hakkının kural olarak mevcut olmadığını bu nedenle başvurucunun haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü olduğunu, haberleşme hürriyetine yönelik bir ihlalin olmadığını, başvurucunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme ilgili kararında burada mutlak bir yasak olmadığına da vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre 5275 sayılı Kanun'un 66 ve İnfaz Yönetmeliği'nin 74. maddesinde tutuklular yönünden tespit edilen ek güvencenin hükümlüleri kapsamadığını, hükümlülerin avukat ve müdafî ile telefon vasıtasıyla görüşme hakkının kural olarak mevcut olmadığına söylenebileceğini, ancak hükümlünün avukatıyla telefon vasıtasıyla görüşme talebinin hükümlünün dayandığı nedenler ve somut olayın öznel koşulları gözetilerek hukuki yardım almanın kolaylaştırılması temelinde değerlendirmesi ve yeterli gerekçe ile karşılanması gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre diğer iletişim araçlarının avukat ile haberleşme açısından yeterli olması hâlinde hükümlünün avukatla telefon aracılığıyla görüşmesine izin verilmemesinin tek başına haberleşme hürriyetinin ihlali olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Hükümlünün avukatıyla yüz yüze görüşme, mektup, faks ve benzeri yöntemlerle iletişim kurmadığı ve avukatla görüşme bakımından haklı nedenlerin bulunması halinde idarenin telefonla görüşme imkânı tanınması gerekir. Mahkemenin bu yorumu hükümlünün müdafî yardımından yararlanma hakkına katkısı nedeniyle olumludur. Dolayısıyla mesela hükümlü okuryazar olmadığı için mektup yazamıyor ve faks gönderemiyorsa veya avukatı uzak bir yerde ikamet ettiği

<sup>54</sup> Aras/Güverçin, s. 437.

<sup>55</sup> AYM Sinan Gül Kararı, Başvuru No: 2016/7628, K.T: 27.02.2020, Prg. 58  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

için yüz yüze görüşemiyorsa idarenin hükümlünün avukatıyla telefonla görüşmesine imkân sağlaması gerekir<sup>56</sup>.

## C. AVUKATA MEKTUP, FAKS VE TELGRAF GÖNDERME ve ALMA HAKKI

### 1. Genel Olarak

Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlünün dış dünya ile olan iletişiminin devam edebilmesi ve sosyal hayatla irtibatının kopmaması bakımından hükümlünün iletişim araçlarından faydalanması bir gerekliliktir. Burada hükümlünün belli haklarının sınırlandığı bir cezaevi ortamında olduğu gerçeği de dikkate alındığında bu hak bakımından da bir kısım sınırlandırılmaların getirilmesi doğal olmakla birlikte bu kısıtlamaların haberleşme özgürlüğünün özüne zarar verecek ve ölçülülük ilkesini aşacak şekilde kısıtlanması mümkün değildir. Hükümlü herkes ile haberleşmese de en azından kanunların haberleşmesine imkân tanıdığı kişilerle sağlıklı haberleşmesinin sağlanması, hükümlünün infaz sürecinin etkin, ıslah edici ve onarıcı olmasına, ailesiyle bütünleşmesine ve topluma kazandırılmasına önemli bir katkı sağlayacağı bir gerçektir<sup>57</sup>.

Hükümlü veya tutuklunun haberleşmesinin önem arz ettiği kişilerin başında avukatlar gelmektedir. Tutuklu ve hükümlünün, gecikmeden, sansürsüz ve tam bir gizlilik içinde avukatı tarafından ziyaret edilme, avukatına danışma ve onunla telefon ya da mektup ve faks gibi yazılı iletişim araçları ile iletişim kurabilmesi gerekmektedir. Bu savunma ve hak arama özgürlüğünü sağlıklı bir şekilde kullanılması için bir gerekliliktir. Ayrıca tutuklu ve hükümlünün avukatıyla kuracağı iletişimin kesintisiz ve gizlilik içinde olması gerekir. İletişimdeki kesintisizlik ve gizlilik ayrıcalığı, mektuplaşma, telefon, ziyaret gibi tüm haberleşme biçimlerine uygulanması gerekir<sup>58</sup>. Bu haberleşmenin gizliliği bakımından bir gereklilik olmanın ötesinde savunma hakkının gerektiği gibi kullanılması için de bir zorunluluktur.

Hükümlü veya tutuklunun belirli kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendince

<sup>56</sup> Çetin Arslan, Murat Kayaçipek, "Hükümlü Ve Tutuklunun Telefon İle Haberleşme Hakkı (İK.m. 66)", 28/05/2022, <https://www.cetinarслан.com.tr/wp-content/uploads/2022/05/Hukumlu-ve-Tutuklunun-Telefon-ile-Haberlesme-Hakki-İK-m.-66.pdf>, (İET: 28/07/2023)

<sup>57</sup> Aras/Güverçin, s. 440.

<sup>58</sup> Sevük, s. 368.

karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahip olduğu 5275 sayılı Kanun'un “*Hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı*” kenar başlıklı 68. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgrafların denetlenme usulü; üçüncü fıkrasında ise bu hakkın kısıtlanmasını gerektiren durumların neler olduğu düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise hükümlü tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde İnfaz Yönetmeliğinde de benzer hükümlere yer verilmiştir. Buna göre hükümlü, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir. Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir. Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tâbi olmadığı da hüküm altına alınmıştır<sup>59</sup>.

Diğer yandan Avrupa Cezaevi Kurallarının<sup>60</sup> “*Dış Dünya ile Temas*” başlıklı 24. maddesi uyarınca mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir. Aynı şekilde Nelson Mandela Kurallarının<sup>61</sup> 58. maddesinde mahpuslara, aileleri ve arkadaşları ile gerekli denetim altında, düzenli aralıklarla karşılıklı yazışarak, mümkün olduğu durumlarda telekomünikasyon, elektronik, dijital ve diğer araçları kullanarak ve ziyaretçi kabul etmek suretiyle iletişim kurmalarına izin verileceği düzenlenmiştir.

## **2. Hükümlü ve Tutuklunun Avukatıyla Yazışması**

Hükümlü tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı 5275 sayılı

<sup>59</sup> Özbek, s. 175; Demirbaş, s. 300.

<sup>60</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın (Avrupa Cezaevi Kuralları), [https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151\\_705\\_tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151_705_tavsiye_kararlari.pdf), (İET:21/07/2023).

<sup>61</sup> “Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları” (Nelson Mandela Kuralları), <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/nelson-mandela-kurallari-mahpuslara-muameleye-dair-birlesmis-milletler-asgari-standart-kurallari-turkce.pdf>, (İET: 29/07/2023)

Kanun'un 68. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir. Aynı şekilde 25.06.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7328 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin 4. fıkrasına “*Bu iletiler, alıcısı dışındaki kişilerin erişimini engelleyici tüm tedbirler alınarak hükümlünün talebine göre posta yoluyla veya elektronik ortamda alıcısına ulaştırılabilir.*” cümlesi eklenmiştir. Yapılan düzenleme ile hükümlü tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafların alıcısı dışındaki kişilerin erişimini engelleyici tedbirler alınarak hükümlünün talebine göre posta yoluyla veya elektronik ortamda alıcısına ulaştırılabilmesi imkânı getirilmiştir. Ayrıca Kanun'un “*Tutukluların hakları*” kenar başlıklı 114. maddesinin beşinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca tutuklunun müdafî ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.

Esasen yasal düzenlemede hükümlü tarafından avukata gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmamasının savunma koşuluna bağlanması da yerinde bir düzenleme değildir. Çünkü bu tür haberleşmeler denetime tabi olmadığına göre bunun savunmaya yönelik olup olmadığı belirlenmesi zor ve bu noktada hükümlünün beyanı esas alınacağından savunma koşulunun getirilmiş olmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Ayrıca maddedeki düzenleme sadece avukata gönderilen mektup, faks ve telgraflardan söz etmektedir. Dolayısıyla avukatın sanığa göndermiş olduğu yazışmalar bakımından nasıl hareket edileceği düzenlenmemiştir. Kanaatimizce avukat tarafından sanığa gönderilen her türlü yazışmanın karine olarak savunma için olduğu kabul edilerek hareket edilmelidir<sup>62</sup>. Ancak gönderilen yazışmaların savunmaya ilişkin olmadığı noktada somut verilerin bulunması halinde oluşacak sakıncakların giderilmesi bakımından denetim için infaz hâkimliğine yetki verilmelidir.

İnfaz Yönetmeliği'nin 76. maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinde “*...Ancak hükümlünün savunması için avukatına gönderilen mektup, faks veya telgraflar 72 nci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hâllerin gerçekleşmesi hâlinde, bu gönderiler hakkında da 72 nci maddenin üç ilâ dokuzuncu fıkralarında belirtilen esas ve usuller uygulanır...*” hükmüne yer verilmiştir. Avukat ve noterle görüşme hakkını düzenleyen Yönetmeliğin 72. maddesinin belirtilen fıkraları özellikle belli suçlardan tutuklu olanların avukatıyla olan görüşmelerinin kısıtlanmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Bu maddeye yapılan atıf nedeniyle belirtilen suçlardan hükümlü veya tutuklu

<sup>62</sup> Özbek, s. 175; Aras/Güverçin, s. 448.

olanların savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks veya telgraflara Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla el konulabilir.

5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça " Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir" denilmesine ve sınırlamanın düzenlendiği beşinci fıkrasında açıkça avukata gönderilen veya avukattan gelen mektup, faks veya telgraflara el konulabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemesine rağmen yönetmelik hükmüyle hükümlü veya tutuklu olanların savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks veya telgraflara Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla el konulması infazın kanuniliği ilkesine açıkça aykırıdır.

Kanun hükümleri ile Yönetmelik hükümleri birlikte incelendiğinde Kanun'un 68. maddesinde açıkça hükümlü tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı vurgulanmasına karşın Yönetmelik'te Kanun'da yer almayan istisnai durumlara yer verilmiştir. Esasen burada OHAL sürecinde 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinde hükümlü veya tutuklunun avukatıyla cezaevindeki görüşmelerine getirilen bir kısım kısıtlamaların kıyasen hükümlü veya tutuklunun avukatıyla yapacağı mektup, faks ve benzeri yazışmalar bakımından da uygulanması Yönetmelik hükmüyle getirilmiştir. Ancak infazın kanuniliği ilkesi gereğince tutuklu ve hükümlüler ile avukatlarına yönelik bu şekilde savunma hakkını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını kısıtlayan bir sınırlama ancak kanunla getirilebilir. Bu noktada yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesinin iptal kararı da dikkate alınmalıdır<sup>63</sup>. Kaldı ki 667 sayılı KHK'nın 6. maddesi ile getirilen ve 676 sayılı KHK ile 5275 sayılı Kanun'da kalıcı hale getirilen düzenlemeler özellikle adil yargılanma hakkının bir gereği olan etkin savunma hakkının kullanılması ve müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının orantısız ve haksız kısıtlanması sonucunu doğurmaları nedeniyle sorunlu düzenlemelerdir. Buna rağmen Kanun'un 68. maddesinde kanun koyucu tarafından bu yönde bir değişiklik yapılmamasına rağmen Yönetmelik hükmüyle bu yönde bir kısıtlamanın getirilmesi savunma hakkına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına açıkça müdahaledir.

Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesindeki değişiklik öncesinde maddede yer alan "...bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir."

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi, 2018/73 E., 2019/65 K., 24.07.2019 T., Prg. 123 vd. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



hükmü Yargıtay<sup>64</sup> ve Anayasa Mahkemesi tarafından hükümlü ve avukat arasındaki yazışmalar bakımından da kıyasen uygulanmakta ve hükümlü ile avukatı arasındaki mektupların ancak infaz hâkimince incelenebileceği kabul edilmekteydi. Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi kanun yararına bozma istemli benzer bir konuda 2010/12814 Esas, 2011/1204 Karar ve 23.2.2011 tarihli kararında “*Tekirdağ 1 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan... H.K.’nin avukatına göndermiş olduğu mektubun okunup incelenmeksizin, sadece fiziki olarak kontrolünün yapılabilmesi için cezaevi idaresine ağız açık olarak verilmesi gerektiğini...*” belirtmiştir. Söz konusu olayda hükümlünün avukata verdiği belgenin fiziki olarak incelenebileceği ama okunamayacağı ve bu belgelerin infaz hâkimliğince incelenebileceği sonucuna varılmıştır.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de **Kemal Yiğit** kararında<sup>65</sup> “...*Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinde, ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile mektuplaşmaları sırasında; avukata gönderilen mektubun, konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin olduğu yani savunmaya ilişkin olmadığı düşünülüyorsa bu durumda ilk başta yapılması gereken husus, söz konusu belgelerin savunmaya ilişkin olup olmadığını değerlendirmeden ilgili belgelerin fiziki olarak denetlenmesi ve infaz hâkimliğine yollanmasıdır. Bu kapsamda infaz hâkimliği, avukata gönderilmek istenen mektubun savunmaya ilişkin olup olmadığının değerlendirmesini kendisi yaparak karar verecektir. Aksi takdirde yasada yer*

<sup>64</sup> “...terör suçundan dolayı hükümlü olan Hikmet Kale'nin avukatına göndermiş olduğu mektubun okunup incelenmeksizin, sadece fiziki olarak kontrolünün yapılabilmesi için cezaevi idaresine ağız açık olarak verilmesi gerektiği gözetilmeden itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 29.06.2010 gün ve 2010/8068-43418 sayılı kanun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 22.07.2010 gün ve 169959 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla;

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 07.06.2010 tarih ve 2010/629 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın gereği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 23.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi...9.CD., 2010/12814 E., 2011/1204 K., 23.02.2011 T.”

<sup>65</sup> AYM Kemal Yiğit Kararı, Başvuru No: 2013/1700, K.T:20.01.2016, Prg. 53.

*alan güvencelerin bir anlamı kalmayacağı gibi hâkim güvencesiyle verilen bu ilk karar sayesinde muhtemel hak ihlallerinin önüne de geçilebilecektir.*” demek suretiyle hükümlü ve avukatı arasındaki yazışmalara yönelik müdahalenin esaslarına ve bu yazışmaların ancak infaz hâkimliğince okunup incelenebileceğine açıkça vurgu yapmıştır.

Mahkeme ilgili kararında 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinde, ikinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile mektuplaşmaları sırasında avukata gönderilen mektubun, konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin olduğu yani savunmaya ilişkin olmadığı düşünülüyorsa bu durumda ilk başta yapılması gereken hususun söz konusu belgelerin savunmaya ilişkin olup olmadığını değerlendirmeden ilgili belgelerin fiziki olarak denetlenmesi ve infaz hâkimliğine yollanması gerektiğini, infaz hâkimliğinin avukata gönderilmek istenen mektubun savunmaya ilişkin olup olmadığının değerlendirmesini kendisinin yapacağını, cezaevinin güvenlik ve disiplini asıl olmakla beraber avukata gönderilmek istenen belgenin savunmaya ilişkin olmadığı ve mektubun sakıncalı olduğu konusundaki değerlendirmelerin yetkili merciler tarafından yapılması gerektiğini, 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinde, ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan biriyle mahkûm olan hükümlülerin avukatına göndermek istediği mektubun hangi merciler tarafından ne şekilde denetleneceği mevzuatta belirtildiğini, somut olayda 5237 sayılı Kanun’un 302. maddesinden hükümlü olan başvurucunun, avukatına göndermek istediği mektubun Disiplin Kurulu tarafından savunmaya yönelik olmadığının değerlendirilmesi ve avukatına gönderilmemesi suretiyle yapılan müdahalenin kanunilik şartını taşımadığı, bu nedenle Anayasa’nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi 10.03.2016 tarihli **Mehmet Reşit Arslan** kararında<sup>66</sup> ise başvurucunun avukatına yazdığı mektubun infaz hâkimliğince sakıncalı görülerek gönderilmemesine ilişkin olarak, Anayasa’nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ilgili kararında; 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesi ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkileri konusunda gerek 5275

<sup>66</sup> AYM Mehmet Reşit Arslan Kararı, Başvuru No: 2013/1770, K.T:10.03.2016, Prg. 58. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

sayılı Kanun'da gerekse İnfaz Tüzüğü'nde özel hükümler bulunduğunu, Kanun'da belirtilen bu suçlardan mahkûm olanların göndermek istediği mektupların savunmaya ilişkin olmadığı ve Kanun'a mugayir bir durumu içerdiği tespit edilirse infaz hâkimliklerinin bu hususu tatmin edici şekilde -tıpkı cezaevi disiplin kurulları gibi- gerekçelendirilmek zorunda olduğunu, somut olayda Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, ülkenin ekonomik refahının korunması, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin somut bilgilere dayalı olarak ortaya konulmadığı sonucuna vararak başvurucunun avukatına göndermek istediği mektupların tamamen sakıncalı görülmesinin amaçlanan hedefler açısından aşırı, dolayısıyla orantısız olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine vararak Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kanun'un 59. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamındaki hükümlülerin avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri ancak infaz hâkimince incelenebilirken maddenin beşinci fıkrasında 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrası hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabileceği hükmü getirilmiştir. Esasen yapılan değişiklikle avukat ile hükümlünün görüşmesine yönelik müdahale alanları genişletilmiş, müdahale kapsamındaki suç tipleri arttırılmış ve daha önce infaz hâkimliğinin ancak inceleyebileceği dokümanlara doğrudan el konulabilmesi imkânı getirilmiştir. Hükümlü ve tutuklu arasındaki dokümanların "*ancak infaz hâkimince incelenebileceği*" hususu değişiklikle kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikle hükümlü ve avukat arasındaki her türlü bilgi ve belge alışverişi ve mektuplaşmada infaz hâkimi inceleme merci olmaktan çıkarılmış ve cezaevinin bu belgeleri ve mektupları inceleme yolu açılmış ve infaz hâkimliği sadece bu uygulamaya itiraz mercii haline getirilmiştir.

AİHM, tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla yaptıkları yazışmalara özel bir önem vermekte ve bu noktada en ufak bir sınırlamayı AİHS'ye aykırı kabul etmektedir. Bu kapsamda **Cambell-İngiltere** kararında sanığın avukatıyla yazışmasını diğer yazışmalardan daha imtiyazlı değerlendirmiştir. Cezaevi yönetiminin sanığa gelen mektupları sadece içinde yasadışı maddeler bulunduğu konusunda makul şüpheler bulunduğu takdirde açılabileceğini, ancak bu halde bile mektupların okunmaması gerektiğini, okumanın çok

istisnai durumlarda mümkün olabileceğini ve bu nedenle dava konusu olayda mektubun okunması açısından makul ve acil bir ihtiyaç olmadığından 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>67</sup>. Mahkemeye göre hükümlünün avukatına gönderdiği veya avukatından aldığı bir postanın okunmasına ancak, yetkililerin mektubun içeriğinin cezaevi güvenliğini veya diğer kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya suç niteliği taşıdığı gerekçesiyle gizliliğin kötüye kullanıldığına inanmaları için makul bir nedenlerinin bulunduğu istisnai koşullar altında izin verilmesi gerektiğini, makul nedenin ön şartının da objektif bir gözlemciyi gizli iletişim kanalının kötüye kullanıldığına ikna edecek olgu veya bilgilerin varlığı olduğuna hükmetmiştir. AİHM'nin 17.04.2012 tarihli Piechowicz/Polonya kararı<sup>68</sup> da aynı doğrultudadır<sup>69</sup>.

## D. TUTUKLU veya HÜKÜMLÜ BAKIMINDAN SEGBİS UYGULAMASININ SAVUNMA HAKKINA ETKİSİ

### 1. Genel Olarak

Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) sanığın sorgusunun aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak, bizzat duruşmaya getirilmeden yapılması anlamına gelmektedir. Özellikle kovuşturma aşamasında duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olan sanık, bazı istisnai veya zorunlu hallerde cezaevinden veya yargılamayı yapan mahkemeden uzakta bir yerden SEGBİS sistemi yoluyla duruşmaya bağlanarak görüntülü ve sesli dinlenebilir. Teknolojik ilerlemeye bağlı olarak ceza yargılamasında kullanılmaya başlanan SEGBİS'in yasal dayanağı 5271 sayılı Kanun'un "Sanığın duruşmadan başışık tutulması" kenar başlıklı 196. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemedir. Düzenlemenin uygulanma usul ve

<sup>67</sup> Şeref Ünal, "Cezaların İnfazı Sürecinde Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle Olan İlişkileri", *İnfaz Hukukunun Sorunları*, Sempozyum 24/25 Kasım 2000, Ankara 2001, s.258; Demirbaş, s. 258-259.

<sup>68</sup> AİHM Piechowicz/Polonya Kararı, Başvuru No:20071/07, K.T:17.04.2012. Prg.158. vd.

<sup>69</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, s.57, chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglcfindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Findh.ak.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F482020134215mahpus%2520haklar%25C4%25B1%2520olarak%2520de%25C4%259Fi%25C5%259Ftirelim%2520ba%25C5%259F1%25C4%25B1%25C4%259F%25C4%25B1.pdf&clen=4887153&chunk=true, (İET:11/02/2023).

esasları ise Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

Kanuni düzenleme uyarınca hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir. Yasal düzenlemede 15/8/2017 tarihli 694 sayılı KHK'nın 147 md. ve bu KHK' hükmünün aynen kabulüne dair 1/2/2018 tarihli ve -7078 sayılı Kanun'un 142.maddesi ile değişiklik yapılmadan önce madde metninde "*hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlar*" ibaresi bulunmamaktaydı. Yine OHAL KHK'sı ile yapılan değişiklikle fıkra metninde yer alan "*yukarıdaki fıkralar uyarınca*" koşutu çıkarılarak, yerine "*hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda*" düzenlemesi getirilmesi ile birlikte aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen "*alt sınırı beş yılın üzerindeki suçları*" "istinabe"den ayırık tutan kuralda devre dışı bırakılmış ve böylece alt sınırı beş yılın üzerindeki suçlar bakımından da SEGBİS yolu açılmıştır. Bu noktada SEGBİS'in istinabenin bir parçası olduğuna dair tartışmalı yorum sebebiyle bu değişikliğin yapıldığı ve her durumda alt sınırı 5 yılın üzerindeki suçlarda da SEGBİS yönteminin kullanılmasına dair engel yorumun ortadan kaldırılmasının amaçlandığı öğretilere dile getirilmektedir<sup>70</sup>.

Yapılan değişiklikle birlikte zorunlu durumlarda bu yöntemin kullanılması noktasında hâkim veya mahkemeye takdir hakkı öngörülmüştür. Açıkçası yasal düzenleme yeterli açıklığa sahip değildir. Bu noktada mahkemece bu takdir hakkı kullanılırken zorunluluk hallerinin neler olduğunun açık, ayrıntılı ve somutlaştırılmış bir gerekçeyle ortaya konulması gerekir. Özellikle sanığın veya müdafinin SEGBİS yöntemini kabul etmediklerine ilişkin itirazlarında ortaya koydukları gerekçelerin karşılanması gerekir<sup>71</sup>. Aksi takdirde istisnai bir uygulama olan SEGBİS yüz yüzelik ve doğrudandık ilkeleri çerçevesinde savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu gerekçelendirme yerel mahkemedeki yargılama bakımından önemli olduğu kadar istinaf yargılaması bakımından da gereklidir. Türkiye'de istinaf mercilerinin bölgesel yapılanması dikkate alındığında haklı ve zorunlu nedenler bulunmadıkça ve özellikle sanık ve

<sup>70</sup> Doğan Erkan, "OHAL Hukukuna Dahi Uymayan Türkiye 2016-2018 OHAL'İ Yahut Hukuk Devleti Taahhüdünün Sonu (OHAL'de İnadına Avukatlık)", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:4, Yıl:2018, s. 376.

<sup>71</sup> Müberra Öztürk, Hukuka Kesin Aykırılık Hali Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 102.

müdafinin duruşmaya bizatihi katılmayı talep etmesi halinde SEGBİS yoluna başvurulmaması gerekir<sup>72</sup>.

SEGBİS istisnai bir uygulama olması nedeniyle sadece zorunlu durumlarda kullanılması halinde usul ekonomisine ciddi katkı sağlamaktadır. Bu kapsamda özellikle hakkında yakalama kararı çıkarılmış olan sanığın yerel mahkemesinden uzak bir mahalde yakalanması sonrası yerel mahkemeye getirilmeden SEGBİS yöntemiyle ifadesinin alınması ve serbest bırakılması halinde gereksiz yol tutuklamalarının ortadan kalkmasına sebep olması SEGBİS'in olumlu işlevine önemli bir örnektir. Aynı şekilde başka bir yerde oturan sanık için istinabe yöntemine başvurmak yerine SEGBİS yöntemine başvurulması suretiyle uzun süren istinabe işlemlerinin kısa sürede tamamlanması ve sanığın yüz yüze olamasa da SEGBİS yoluyla mahkemesiyle iletişime geçmesine imkân sağlaması sistemin diğer olumlu yönlerine örnektir.

Esasen usul ekonomisi bakımından ve yargılama sürecinin hızlandırılması amacıyla getirilen SEGBİS aracılığıyla ifadesi alınan sanığın avukatı aracılığıyla etkin bir şekilde hukuki yardım alma, duruşma esnasında tanıklara etkin şekilde soru sorarak yargılamaya katılma gibi temel işlevlerden uzak kalması nedeniyle savunma hakkının etkin kullanımını zayıflatmaktadır. Özellikle teknik aksaklıklar sebebiyle iletişimde yaşanan sıkıntılar, sanık beyanının sistem sebebiyle dolaylı olarak kayıt altına alınması, sanığın fiziki olarak göstermiş olduğu mimiklerin tam olarak görülebilmesi ve benzeri gerekçelerle SEGBİS sistemini yargılamanın sıhhatini olumsuz etkilemektedir. Ayrıca SEGBİS sisteminin AİHM 6. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında müdafî yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiği dile getirilmektedir<sup>73</sup>.

## **2. Cezaevlerinde SEGBİS Kullanımının Savunma Hakkına olan Etkisi**

5271 sayılı Kanun'un "Sanığın duruşmadan bağışık tutulması" kenar başlıklı 196. maddesinin dördüncü fıkrasına zorunlu nedenlerin bulunması halinde SEGBİS yoluyla sanık savunmasını alımlabileceği düzenlenmiştir. Bu gibi düzenlemelerden tüm sanıklar etkilenmekle birlikte esas olumsuz etkilenenler tutuklu ve hükümlü sıfatıyla cezaevinde bulunan sanıklardır. Özgürlüğünden mahrum olan hükümlü ve tutuklunun etkin savunma yapma

<sup>72</sup> Hakan Karakehya, Asuman İnce Tunçer, "İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemlerde SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:2, Yıl:2017, s. 128.

<sup>73</sup> Karakehya/Tuncer, s.127; Öztürk, s. 103

imkânı kısıtlyken SEGBİS ile birlikte etkin savunma imkânı iyice daralmaktadır.

Kanuni düzenlemenin özellikle tutuklu ve hükümlü sanıkların adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkı, müdafî yardımından yaralanma hakkı gibi temel haklarının zedelenmemesi bakımından öncelikle zorunlu nedenlerin savunma hakkını kısıtlayıcı şekilde geniş yorumlanmaması gerekir. Ayrıca bu yöntemin istisnai bir yöntem olduğu unutulmamalıdır. Bu noktada özellikle tutuklu ve hükümlülerin sadece cezaevinde bulunuşu SEGBİS kullanımı için haklı bir gerekçe değildir. Aynı şekilde iklim koşulları, fiziki mesafe ve mali olanakların tek başına gerekçe olarak kullanılmaması gerekir. Ancak uygulamada SEGBİS sistemi istisnai olarak uygulanması gerekirken tutuklu veya hükümlü sanıklar bakımından genel bir uygulamaya dönüştüğü görülmektedir. Uygulamaya gerekçe olarak da bütçe ve mali olanakların sınırlı olması belirtilmektedir. Kişi hak ve özgürlüklerinin doğrudan kısıtlanma ihtimalinin bulunduğu ceza yargılamasında yalnızca adalette tasarruf düşüncesiyle savunma hakkının etkin kullanılmadığı SEGBİS sisteminin kullanılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır<sup>74</sup>.

694 sayılı OHAL KHK'sı ile geniş bir alanda uygulama alanı bulan SEGBİS uygulamasının istisnai bir uygulama olmaktan çıkarak genel bir uygulamaya dönüşmesi ve sanık veya müdafinin yüz yüze savunma yapma taleplerinin somut bir gerekçe gösterilmeden matbu gerekçelerle reddedilmesi uygulamanın adil yargılanma hakkının temel güvencelerini ortadan kaldıran bir uygulamaya dönüşmesine neden olmuştur<sup>75</sup>. Cezaevinin bulunduğu şehirde yargılanan sanığın duruşmaya getirilmeyerek SEGBİS ile ifadesinin alınması, kanun koyucunun amacıyla uyuşmayan bir durum olup bu duruma OHAL sürecinde ve sonrasında genel olarak çokça rastlanmıştır<sup>76</sup>.

Bu noktada dönemin Adalet Bakanı Abdulhamit Gül, Meclis Dijital Mecralar Komisyonu'nda Adalet Bakanlığı'nın çalışmalarına ilişkin 7 Haziran 2021 tarihinde yaptığı bilgilendirmedeki "...Şu anda 3 bin 790 adet SEGBİS sistemi hizmet veriyor. 2012'den 2020 sonuna kadar 1 milyon 802 bin 675 video konferansı yapılmış, SEGBİS sayesinde ceza infaz

<sup>74</sup> Halil Güner, "SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:9, Sayı:99, Yıl:2014, s. 86.

<sup>75</sup> Dilan Mızrak, "Türkiye'de Adil Yargılanma Hakkı ve Hak İhlalleri" 04/03/2020, [https://halgazeteciyiz.net/2020/03/04/turkiyede-adil-yargilanma-hakki-ve-hak-ihlalleri/#post-4384-endnote-29,\( İET:25/07/2023\)](https://halgazeteciyiz.net/2020/03/04/turkiyede-adil-yargilanma-hakki-ve-hak-ihlalleri/#post-4384-endnote-29,( İET:25/07/2023)).

<sup>76</sup> Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Cezaevleri Raporu (2015-2016), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 336, Ankara, 2017, s. 88.

*kurumlarından adliyelere sevkler azalmıştır...*” şeklindeki ifadeleri istisnai bir uygulamanın nasıl genelleştirildiğini ve özellikle cezaevinde bulunan sanıkların duruşma salonuna getirilmemesi için kullanıldığını ortaya koymaktadır<sup>77</sup>.

Diğer taraftan sanığın istemi veya mahkemenin gerekçeli zorunlu hallerin varlığı nedeniyle sanık savunmasının SEGBİS yöntemiyle alınmasına karar vermesi halinde de özellikle sistemdeki teknik aksayılar ve cezaevi personelinin sistem konusunda yeterli teknik bilgiye sahip olmaması nedeniyle cezaevindeki tutuklu ve hükümlü sağlıklı bir şekilde mahkemeye iletişime geçememektedir. Çoğu zaman sistem kopukluklarının yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bu nedenle özellikle cezaevi SEGBİS alt yapısının daha sağlıklı hale getirilmesi gerekir<sup>78</sup>.

Müdafî yardımından yararlanma adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olduğundan dolayı SEGBİS kullanılmasının ancak zorunlu olduğu istisnai hallerde bu hakkın kullanılmasına imkân tanınması gerekir. Bu noktada özellikle SEGBİS bağlantısı öncesinde ve ifade sırasında sanığın müdafiden yeterli hukuki yardımı almasını sağlayacak yeni düzenleme ve teknik donanımlara ihtiyaç vardır.

Zorunlu nedenler bulunmamasına ve sanığın duruşmada ifade verme talebine rağmen savunmanın SEGBİS ile alınması nedeniyle Anayasa Mahkemesine yapılan Gökhan Gündüz başvurusunda<sup>79</sup> Mahkeme “...Somut olayda başvuruçunun duruşmaya katılması yönünde hiçbir çaba içine girilmemiş, aynı şehir merkezinde bulunan bir ceza infaz kurumundan duruşmaya katılamamasının niçin gerekli görüldüğü açıklanmamıştır. Bu çerçevede Hâkimlikçe hiçbir alternatif değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler de sunulmadan -genel ve kategorik bir yaklaşımla- başvuruçunun duruşmada hazır bulunma talepleri reddedilmiştir. Uyuşmazlığın bizzat duruşmada bulunmayı gerektiren bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda Hâkimlikçe herhangi bir değerlendirme yapılmadan genel ve kategorik bir sebeple başvuruçunun yokluğunda duruşma yapılması ve duruşmada hazır bulunma hakkına müdahale için en uygun aracın seçilmemesi müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmıştır... Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan

<sup>77</sup> “Yargıda dijitallik: 65 milyon e-tebligat, 2 milyon SEGBİS görüşmesi”, 17 Haziran 2021, <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/245866-yargida-dijitallik-65-milyon-e-tebligat-2-milyon-segbis-gorusmesi>, (İET:25/07/2023).

<sup>78</sup> Erdal Yerdelen, “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, Sayı:2, Yıl:2019, s. 285.

<sup>79</sup> AYM Gökhan Gündüz Kararı, Başvuru No: 2018/13782, K.T: 10.03.2021, Prg. 43. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



*adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...*” şeklinde karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesince de vurgulandığı üzere yasal düzenleme hâkim veya mahkemeye SEGBİS kullanılması noktasında takdir hakkı vermiş ise de sanığın duruşmada hazır bulunmayı talep etmesi üzerine, bu talebinin reddedilmesi ve SEGBİS vasıtasıyla sorgusunun yapılması durumunda ret sebebinin gerekçelerinin somut olarak mahkeme tarafından ortaya konulması gerekir. Bu noktada genel bir gerekçe kullanılarak sanığın duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesi Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlalidir. Nitekim Yargıtay’da sanığın sorgusunun, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu görüldüğü durumlarda, zorunluluk nedenleri gösterilmek suretiyle SEGBİS vasıtasıyla yapılabileceğini birçok kararında vurgulamıştır<sup>80</sup>.

AİHM konuyu Sözleşme’nin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirmekte ve ceza yargılamalarında koruma altına alınan sanığın savunma hakkı ile tanıkları sorguya çekme veya çektirme gibi temel haklarının ancak duruşmada bulunma hakkının varlığıyla kullanılabileceğini kararlarında vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, beyanların doğruluğunun anlaşılması, mağdur ve tanıkların beyanlarının karşılaştırılarak adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi için sanığın mahkeme huzurunda hazır bulunması lazımdır<sup>81</sup>.

Bu bağlamda Mahkeme **Marcello Viola/İtalya** kararında<sup>82</sup> sanığın usuli güvencelerinin korunması ve meşru bir amaç güdülerek sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanımının Sözleşme’ye aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir. Başvuru konusu olayda çok sayıda cinayet, mafya tarzında örgüte üyelik, yasaya aykırı silah bulundurma suçlarından yargılanan başvuru cididi güvenlik önlemleri alınması gereği, mafya örgütü üyeliğinden yargılanan başvuranın mafya ile tekrar bağlantı kurabileceği ve mağdur ve itirafçılar üzerinde büyük bir baskı oluşturacağı gibi gerekçelerle istinaf aşamasında yapılan üç duruşmaya rızası olmaksızın sesli ve görsel sistem kullanılarak katılmış, tutuklu bulunduğu hapis hanesinden duruşma

<sup>80</sup> “...Zorunluluk nedeni gösterilmeden SEGBİS vasıtasıyla savunma alınmasına, sanığın yargılamanın hiçbir aşamasında itiraz etmeyerek zımnen kabul etmiş olmasına, bu yöntemle savunma alınması, silahların eşitliği ve yargılama ilkesi çerçevesinde sanığın savunmasında zafiyet yaratmadığı anlaşılması karşısında, bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemekle bozma nedeni yapılmamıştır...(3. CD., 2021/1410 E., 2021/9285 K., 05.10.2021 T.)”

<sup>81</sup> Öztürk, s. 101.

<sup>82</sup> AİHM Viola/İtalya Kararı, Başvuru No: 45106/04, K.T:05.10.2006, Prg. 63 vd.

salonuna getirilmemiştir. Mahkeme başvuruçunun, avukatı ile üçüncü kişiler tarafından dinlenilmeden görüşme hakkının ihlal edilmediğini; zira başvuruçunun, duruşma salonunda bulunan avukatına, dışarıdan bir üçüncü kişi tarafından dinlenilmeyecek şekilde, telefon bağlantısı ile danışabildiğini; ayrıca sanığın duruşmaya getirilmemesi firar etme, saldırıya uğrama gibi meşru amaçlarla gerçekleştirildiğinden bahisle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ayrıca Mahkeme savunma hakkı bakımından sanık ile müdafî görüşmesinin mahremiyetinin sağlanması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>83</sup>.

**AİHM Asciutto/İtalya** kararında üzerinde durduğu bir diğer önemli konu ise video konferans yönteminin uygulandığı cezaevlerinin fiziki koşullarının ve teknik yeterliliğinin uygunluğu hususudur. AİHM, kişinin duruşma salonu ile görsel-işitsel bağlantı sağlayabilmesi ve dolayısıyla duruşmada hazır bulunan kişileri görme ve söylenenleri duyma imkânı bulabilmesi, aynı şekilde hâkim, mağdur ve tanıkların da başvurunu görülebilmesi ve duyabilmesi bakımından cezaevlerindeki fiziki koşulların uygunluğunu ve teknik yeterliliği denetlemektedir<sup>84</sup>.

Öğretide de yüz yüzelik ve delillerin doğrudanlığı ilkeleri kapsamında sanığın duruşmada hazır bulunarak savunma yapması esas olduğundan<sup>85</sup>, sanık ve müdafinin SEGBİS sistemi ile savunma yapmak istemediklerini ve savunmayı bizzat mahkeme önüne gelip yapmak istediklerini beyan etmelerine rağmen duruşmada hazır bulundurulmayıp SEGBİS vasıtasıyla yargılanması ve mahkûmiyet hükmü kurulması savunma hakkının ihlali olacağından hukuka aykırıdır<sup>86</sup>.

Öğretideki görüşler ve uygulamada verilen mahkeme kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde SEGBİS zorunlu gerekçelerin bulunduğu istisnai durumlarda uygulanacak bir ifade alma ve duruşmaya katılım yöntemidir. Dolayısıyla genel bir ifade alma yöntemi olarak kullanılamaz. Yöntemin yüz yüzelik ve delillerin doğrudanlığı ilkelerini ve en önemlisi de müdafî yardımından faydalanma hakkını ortadan kaldıran niteliği dikkate alındığında

<sup>83</sup> Veli Kafes, “Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi”, <http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcelloviola-v-italya-karar-incelemesi.htm>, (İET:25/07/2023).

<sup>84</sup> AİHM Asciutto/İtalya Kararı, Başvuru No: 35795/02, K.T: 27/11/2007, Prg. 43-73.

<sup>85</sup> Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Murat Balcı, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 135.

<sup>86</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.87; Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt. 3, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.1437-1438; Ersan Şen, Cem Serdar, “Sanığın SEGBİS ile Savunma Talebi”, 26.10.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/sanigin-segbis-ile-savunma-talebi>, (İET:25/07/2023)

sanığın isteği olmadıkça ve zorunlu gerekçelerin bulunduğu istisnai durumlar bulunmadıkça uygulanmaması gerekir. Özellikle tutuklu ve hükümlü sanıkların cezaevlerinde bulunması nedeniyle bu uygulamanın genel uygulamaya dönüştürülmesi adil yargılanma hakkının ihlalidir. Duruşmada kendini doğrudan yüz yüze ifade edemeyen, ifadesini verirken ortaya koyduğu davranışları ve mimikleri mahkemeye gösteremeyen, teknik aksaklıklar nedeniyle sürekli bölünen bir ifade sürecinin özellikle tutuklu ve hükümlü sanık bakımından sağlıklı olmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceleri ihlal etmesi nedeniyle sanığın bu yönde talebi olmadıkça kanaatimizce bu yönteme başvurulmamalıdır. Ayrıca SEGBİS'in istisnai bir yöntem olarak uygulanmasının temini bakımından yapılacak yasal bir düzenleme ile SEGBİS'e başvurulacak haller kesin olarak sınırlandırılmalı ve özellikle 5 yıl ve üzeri suçlar bakımından uygulanma yasağı getirilmelidir.

## E. CEZAEVİ DİSİPLİN SORUŞTIRMALARINDA SAVUNMA ALINMASI ZORUNLULUĞU

### 1. Disiplin Soruşturmasında Savunma Alma Zorunluluğu

Hükümlülerin kanunların, yönetmeliklerin ve diğer mevzuatın öngördüğü kurallara uymaları ve cezaevi idaresinin mevzuata uygun emir ve talimatlarını yerine getirmeleri infazın bir parçasıdır. Cezanın infazından beklenen amacın gerçekleşebilmesi, hükümlünün toplumsal ve bireysel sosyalleşmesinin sağlanabilmesi bakımından, cezaevinde bulunduğu süre içerisinde belli bir disiplin içerisinde bulunması gerekir. Hükümlülerin cezaevi idaresine karşı sorumlu davranmaları gerektiği kadar diğer hükümlülere karşı da bir sorumluluk duygusuyla hareket etmeleri, birbirlerine karşı saygılı, ahlaklı davranmaları ve kötü davranışlardan kaçınmaları gerekmektedir<sup>87</sup>.

Belirtilen bu gerekçeler ışığında cezaevlerinde disiplin, düzen ve güvenliğin sağlanması konusunda hükümlü ve tutukluların yükümlülüklerine uygun davranmalarını sağlamak için bir takım disiplin cezaları öngörülmüştür. 5275 sayılı Kanun'un 38 ve devamı maddelerinde hükümlü ve tutuklular hakkında uygulanacak disiplin cezalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kanun koyucu 5275 sayılı Kanun'un yetişkinlere yönelik disiplin cezalarını düzenleyen 39 ila 44. maddelerinde hangi hallerde hangi disiplin cezasının uygulanacağını sayma yöntemiyle belirlemiştir. Bu aslında kanun koyucunun "*Suç ve cezalar kanunsuz olmaz*" evrensel kuralını disiplin

<sup>87</sup> Demirbaş, s. 394

cezaları bakımından da esas aldığını göstermektedir. Böylece cezaevi idaresinin keyfi bir şekilde disiplin cezasına esas eylem oluşturmasının önüne geçilmiştir. Dolayısıyla disiplin cezalarına yönelik itirazların yapılan incelenmesinde Kanun'un ilgili maddesindeki “*tipik eylemin*” sabit olup olmadığının iyi tespit edilmesi gerekir.

Cezaevi disiplin sürecinin bir keyfi uygulamaya dönüşmemesi ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesi çerçevesinde kanuna uygun yürütülmesi gerekmektedir. Bu süreçte en önemli hususlardan biri cezaevinde tutuklu veya hükümlüye yönelik yürütülecek disiplin sürecinde savunma hakkına uygun hareket edilmesidir.

5275 sayılı Kanun'un “*Disiplin soruşturması*” kenar başlıklı 47. maddesinin dördüncü fıkrasında disiplin soruşturmasında savunma alınması zorunluluğu düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Haklarında disiplin soruşturması yapılanlara, yüklenen eylemin niteliği ve sonuçları ile üç gün içinde savunmalarını vermeleri, aksi hâlde bu haklarından vazgeçmiş sayılacakları yazılı olarak bildirilmesi gerekir. İlgili savunmasını yazılı olarak sunulabileceği gibi sözlü olarak da yapabilir. Sözlü savunma tutanakla saptanır. Türkçe bilmeyenlerle, sağır ve dilsizlerin savunmaları tercüman aracılığıyla alınır. Görüldüğü üzere Kanuni düzenleme gereğince hükümlü ve tutuklu hakkında disiplin cezası verilebilmesi için ilgilinin savunmasının alınması gereklidir. Savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi mümkün değildir.

## ***2. Disiplin Cezasına Karşı Şikâyet Yoluna Gidilmesi Halinde Savunma Alınması Zorunluluğu***

Hükümlü veya tutuklular hakkında uygulanacak disiplin cezalarına ve tedbirlerine karşı şikâyet ve itiraz durumunda 16.05.2001 tarihli ve 4675 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı 5275 sayılı Kanun'un 52. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinde ise infaz hâkimliğine yapılacak şikâyet ve itirazların usul ve esaslarına yer verilmiştir. Maddede yer verilen en önemli düzenleme disiplin cezasına karşı şikâyet yoluna başvuran ilgilinin savunmasının alınması zorunluluğudur. Zira normal şikâyetler infaz hâkimliği tarafından dosya üzerinden karara bağlanırken disiplin soruşturmalarında verilen disiplin cezalarına ilişkin şikâyetler bakımından duruşma açılarak ve savunma alındıktan sonra karara bağlanması usulü getirilmiştir<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> Özbek, s. 262-263.

4675 sayılı Kanun'un "İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar" kenar başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verecektir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını hazır bulunmak ve vekâletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. Dolayısıyla disiplin cezalarına yapılan itiraz nedeniyle, infaz hâkimi karar vermeden önce hükümlü veya tutuklunun savunmasını alabilmek için duruşma açmak zorundadır<sup>89</sup>. Ancak infaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir<sup>90</sup>. İnfaz hâkimi, inceleme sonunda disiplin cezasının mevzuat hükümlerine uygun olduğuna kanaat getirmesi halinde disiplin cezasına yapılan itirazın reddine; yerinde görürse, verilen kararın veya disiplin cezasının iptaline, karar verecektir<sup>91</sup>. İnfaz hâkimi hükümlüye bir alt disiplin cezasının uygulanmasına da karar verebilir.

<sup>89</sup> "...Mezkûr ihbarnamede; Dosya kapsamına göre, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hakimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir, infaz hakimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir." şeklindeki düzenlemeye aykırı biçimde, hükümlünün savunması alınmadan karar verildiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldüğü;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21.08.2013 gün ve 2013/466 D.İş sayılı kararının CMK'nun 309/4-a maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına...7. CD., 2013/23601 E., 2014/2623 K., 24/02/2014 T."

<sup>90</sup> Metin Özmen, Türkiye'de Cezaevlerinin İdari Açından Denetimi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.82; Türker Tok, "Ceza Muhakemesi Kanunundaki "İtiraz" İle İnfaz Hâkimliği Kanunundaki "İtiraz Ve Şikâyet" Arasındaki Farklar", *Terazi Hukuk Dergisi*, , Sayı:5, Yıl:2007, s.135.

<sup>91</sup> 7242 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 4675 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında "yerinde görürse," ibaresinden sonra gelmek üzere "verilen kararın veya" ibaresi eklenmiştir.

## SONUÇ

Adil yargılanma hakkı kapsamında hükümlü ve tutuklunun gerek yargılandıkları dosyalara ilişkin savunma yapabilmeleri, yargı mercilerine itirazlarını yapabilmeleri ve kanun yollarına başvurabilmeleri bakımından müdafî yardımından faydalanma hakları vardır. Aynı şekilde cezaevinin hukuka aykırı olarak değerlendirdikleri işlem, karar ve uygulamalarına karşı hukuki yola başvurabilmeleri bakımından da müdafinin hukuki yardımına ihtiyaç duyabilirler. Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak hem hükümlü hem de tutuklunun müdafî yardımından faydalanma hakkı kapsamında kesintisiz ve gizlilik ilkesine uygun olarak avukatıyla yüz yüze görüşebilmesi veya telefonla ya da mektup, faks ve telgraf gibi yazılı haberleşme araçlarıyla iletişim kurabilmeleri bakımından cezaevi idaresinin gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.

Tutuklu ve hükümlünün, gecikmeden, sansürsüz ve tam bir gizlilik içinde avukatı tarafından ziyaret edilme, avukatına danışma ve onunla telefon ya da mektup ve faks gibi yazılı iletişim araçları ile iletişim kurabilmesi gerekmektedir. Bu savunma ve hak arama özgürlüğünün sağlıklı bir şekilde kullanılması için bir gerekliliktir. Ayrıca tutuklu ve hükümlünün avukatıyla kuracağı iletişimin kesintisiz ve gizlilik içinde olması gerekir. İletişimdeki kesintisizlik ve gizlilik ayrıcalığı, mektuplaşma, telefon, ziyaret gibi tüm haberleşme biçimlerine uygulanması gerekir. Bu haberleşmenin gizliliği bakımından bir gereklilik olmanın ötesinde savunma hakkının etkin kullanılması için de bir zorunluluktur.

Adil yargılanma hakkı vazgeçilmez unsuru olan müdafî yardımından faydalanma hakkının etkin, kesintisiz ve gizlilik ilkesine uygun olarak kullanılabilmesi bakımından başta AİHM 6 ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olarak 667 ve 676 sayılı OHAL KHK'ları ile getirilen ve daha sonra 7070 sayılı Kanunla 5275 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle kalıcı hale getirilen kısıtlamaların kaldırılması gerekmektedir. Zira 667 ve 676 sayılı KHK'lar bu gizliliği ortadan kaldırmış, sınırları belirsiz ve keyfi bir müdahale alanı açmıştır. Aynı şekilde infazın kanuniliği ilkesi kapsamında Yönetmelik hükümleriyle avukat-müvekkil görüşmesine getirilen kısıtlamaların da kaldırılması gerekmektedir.

Hükümlü ve tutukluların kendi dava dosyaları veya cezaevi koşulları ve uygulamaları nedeniyle uğradığına inandığı haksızlıkları dile getirme, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yollarından biri olarak hak arama özgürlüğünün işlerlik kazanması, korunması ve sağlanması bakımından özellikle cezaevi idaresi tarafından dilekçe hakkını engelleyici

uygulamalara gidilmemesi gerekir. Hükümlü veya tutuklunun cezaevi idaresine hitaben yazmış olduğu dilekçesine olumlu veya olumsuz mutlaka cevap verilmeli ve bu işlemin infaz hâkimliği nezdinde itiraza tabi olduğu belirtilmelidir.

Hükümlü veya tutuklunun savunma hakkını etkin olarak kullanabilmesi bakımından müdafî ile yüz yüze, telefonla ve diğer yazılı iletişim yöntemleriyle iletişim kurması önemli olduğu kadar tutuklu veya hükümlünün yargılandığı mahkeme huzuruna çıkarak doğrudan kendisini ifade edebilmesi daha önemlidir. Cezaevlerinde mahkemede kendini ifade etme hakkı noktasında SEGBİS yönteminin bir engel halini aldığı görülmektedir. İstisnai bir uygulamanın özellikle cezaevlerinde kalanlar bakımından genel bir uygulamaya dönüştüğü görülmektedir.

SEGBİS yönteminin yüz yüzelik ve delillerin doğrudanlığı ilkelerini ve en önemlisi de müdafî yardımından faydalanma hakkını ortadan kaldıran niteliği dikkate alındığında sanığın isteği olmadıkça ve zorunlu gerekçelerin bulunduğu istisnai durumlar bulunmadıkça uygulanmaması gerekir. Özellikle tutuklu ve hükümlü sanıkların cezaevlerinde bulunması nedeniyle bu uygulamanın genel uygulamaya dönüştürülmesi adil yargılanma hakkının ihlalidir. Duruşmada kendini doğrudan yüz yüze ifade edemeyen, ifadesinin verirken ortaya koyduğu davranışları ve mimikleri mahkemeye gösteremeyen, teknik aksaklıklar nedeniyle sürekli bölünen bir ifade sürecinin özellikle tutuklu ve hükümlü sanık bakımından sağlıklı olmadığı unutulmamalıdır.

## KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1983.

Aras, Bahattin; Güverçin, Sezgin, *İnfaz Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Arslan, Çetin; Kayaçiçek, Murat, “Hükümlü Ve Tutuklunun Telefon İle Haberleşme Hakkı (İ.K.m. 66)”, 28/05/2022, <https://www.cetinarslan.com.tr/wp-content/uploads/2022/05/Hukumlu-ve-Tutuklunun-Telefon-ile-Haberlesme-Hakki-İK-m.-66.pdf>, (İET: 28/07/2023)

Cengiz Apaydın, “Ceza Muhakemesinde Hak Arama, Dilekçe, Şikâyet ve İtiraz Hakları”, 23 Ekim 2021, <https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-hak-arama-dilekce-sikyeyet-ve-istiraz-haklari-makale,9482.html>, (İET:27/07/2023).

Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

Çamak Yanpar, Sultan, “Hükümlünün Avukatla Görüşme Hakkı” , *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:16, Sayı:199–200, Yıl:2021, s. 797-819.

Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

E Korkut, Berivan; Demirbaş, Hilal Başak, *Hapishanelerde İfade Özgürlüğü* , CİSST Yayınları, İstanbul , 2019.

Erdoğan, Aydın, “Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:3, Yıl: 1984, s.406-420.

Erkan, Doğan, “OHAL Hukukuna Dahi Uymayan Türkiye 2016-2018 OHAL’i Yahut Hukuk Devleti Taahhüdünün Sonu (OHAL’de İnadına Avukatlık)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:4, Yıl:2018, s.375-433.

Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim; Balcı, Murat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Gölcüklü, Feyyaz, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin ‘Olumlu’ (Pozitif) Yükümü”, *APK Polis Dergisi*, Sayı:37, s.2-5.

Güner, Halil, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:9, Sayı:99, Yıl:2014, s.84-86.

Güran, Sait, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı:9, Yıl:1992, s.23-41.

Hafizoğulları, Zeki, “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı,” *ABD*, Sayı:1, Yıl: 1994, s. 20-33.

Hatipoğlu, Mehmet; Atalan, Yasin, “İdarenin Kendisine Yapılan Başvurulara Cevap Verme Yükümlülüğü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 1343-1382.

İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4*, Ankara, 2018.

Kafes, Veli, “Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi”, <http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcelloviola-v-italya-karar-incelemesi.htm>, (İET:25707/2023).



Karadeniz, Ramazan Onur, “Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklu Ve Hükümlülerin Haberleşmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XX, Sayı:1, Yıl: 2016, s. 425-446.

Karakehya, Hakan, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”, *CHKD*, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl:2015, s.199-225.

Karakehya, Hakan; Tunçer, Asuman İnce, “İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:2, Yıl:2017, s.99-136.

Koca, Mahmut, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Tezi, İstanbul, 1998.

Köküarı, İsmail, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, Sayı: 1, Yıl: 2011, s.163-208.

Kurt, Hayrettin, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVIII, Sayı:1, Yıl: 2014, s.131-178.

Mızrak, Dilan, “Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı ve Hak İhlalleri” 04/03/2020, <https://halagazeteciyiz.net/2020/03/04/turkiyede-adil-yargilanma-hakki-ve-hak-ihlalleri/#post-4384-endnote-29>, (İET:25/07/2023)

Muratoğlu, Tahir, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.77-147.

Osmanoğlu, Bilal; Parlak, Oğuzhan Emre, “Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı”, *YÜHFD*, Cilt:XVIII, Sayı:1, Yıl: 2021, s.237-290.

Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Özmen, Metin, Türkiye’de Cezaevlerinin İdari Açısından Denetimi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Gezer, Özge Sırma; Kırıt, Yasemin F. Saygılar; Özaydın, Özdem; Akcan, Esra Alan; Tütüncü,

Efser Erden; Villemin, Derya Altınok; Tok, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Öztürk, Müberra, Hukuka Kesin Aykırılık Hali Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Sevük, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu Ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, *AÜEHFD*, Cilt: VII, Sayı:3-4, Yıl:2003, s.335-384.

Şen, Ersan, “Yeni Ceza İnfaz Yönetmeliğinde Düzenlenen Hükümlünün ve Tutuklunun Avukatı ile Görüşme Usulü, Anayasaya ve Kanuna Aykırıdır”, <https://www.hukukihaber.net/yeni-ceza-infaz-yonetmeliğinde-duzenlenen-hukumunun-ve-tutuklunun-avukati-ile-gorusme-usulu-anayasaya-ve-kanuna-aykiridir-makale,7619.html>, (İET: 12/07/2023).

Şen, Ersan; Serdar, Cem, “Sanığın SEGBİS ile Savunma Talebi”, 26.10.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/sanigin-segbis-ile-savunma-talebi>, (İET:25/07/2023).

Tanrıver, Suha, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.191-215.

Tok, Türker, “Ceza Muhakemesi Kanunundaki "İtiraz" İle İnfaz Hâkimliği Kanunundaki "İtiraz Ve Şikâyet" Arasındaki Farklar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı:5, Yıl:2007, s.135-139.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Cezaevleri Raporu (2015-2016)*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 336Ankara, 2017.

Ünal, Şeref, “Cezaların İnfazı Sürecinde Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle Olan İlişkileri”, *İnfaz Hukukunun Sorunları*, Sempozyum 24/25 Kasım 2000, Ankara 2001.

Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt. 3, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Yerdelen, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, Sayı:2, Yıl:2019, s.271-287.

Zafer, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Cilt: 19, Sayı:2, Yıl:2013, s.507-540.



# **H GENEL KURUL YÖNETMELİĞİ'NİN<sup>1</sup> “TOPLANTININ ERTELENMESİ”NE YÖNELİK 28. MADDESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(EVALUATION OF SOME PROBLEMS RELATING TO ARTICLE 28 OF THE GENERAL ASSEMBLY REGULATION ON “POSTPONEMENT OF THE MEETING”)*

**Doç. Dr. Levent BİÇER\* \*\***

## **ÖZ**

*TTK'nın anonim ortaklık genel kurul toplantılarının ertelenmesine ilişkin 418, 420 ve 421. maddeleri GKY'nin 28. maddesinde toplu olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, GKY 28'de, TTK'da düzenlenmeyen erteleme nedenlerine de yer verildiği görülmektedir. Bu yönüyle TTK ve GKY hükümleri birbiriyle uyumlu olmadığı gibi Kanunda düzenlenmeyen bir konunun GKY'de düzenlenmesi normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturabilecektir. Bu nedenle GKY 28 hükmünün, birtakım sorunlara yol açması kuvvetle muhtemeldir.*

*Ertelenmesi gereken bir genel kurul toplantısının ertelenmeyerek yapılması ve gündemde yer verilen kararların alınması veya icra edilmesi gereken bir genel kurul toplantısının ertelenmesi, ilk halde kararların geçersizliğinin ileri sürülebilmesi ve ikinci halde bir karar alınmamasına rağmen genel kurulun zamanında karar alamaması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlar ve tazmini açısından önem taşıyabilecektir. Ayrıca bir toplantının erteleme toplantısı olup olmadığı, nisaplar ve pay sahiplerinin temsilinde daha önce düzenlenen vekaletnamelerin kullanılıp kullanılmayacağı gibi sorunların çözümü açısından de belirleyici olacaktır.*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.01.2024. İlk hakem raporu tarihi: 17.01.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 07.02.2024. Onaylanma Tarihi: 07.02.2024.

<sup>1</sup> Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (GKY).

\* Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9998-5289.

**Esere Atıf Şekli:** Levent Biçer, “Genel Kurul Yönetmeliği'nin “Toplantının Ertelenmesi”ne Yönelik 28. Maddesine İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 61-100.

*Bu nedenle, hangi durumlarda hangi genel kurul toplantılarının ertelenmesi gerektiği, hangi toplantıların erteleme toplantısı olduğu oldukça önem taşımaktadır.*

*Çalışmamızda anonim şirket genel kurul toplantılarının ertelenmesine ilişkin GKY 28 hükmünün uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek bazı sorunlar üzerinde durularak, TTK ve GKY'nin birbiriyle uyumsuz olduğu hallere değinilmiş ve bu uyumsuzluğun ortaya çıkarabileceği bazı sonuçlar üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır. Finansal müzakerelerin ve buna bağlı konuların azınlığı talebine bağlı olarak ertelenmesine ilişkin GKY 28/3 ve 4. maddeleri ile elektronik ortamda yapılacak genel kurul toplantılarına ilişkin GKY 28 son fıkra hükmü incelenmemiş, çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** *Anonim ortaklık, genel kurul, erteleme, yetersayılar, Genel Kurul Yönetmeliği.*

### **ABSTRACT**

*Articles 418, 420, and 421 of the Turkish Commercial Code (TCC) regarding postponement of the joint stock company's general assembly meetings are regulated together at General Assembly Regulation (GAR) Art. 28. On the other hand, it is seen that GAR Art. 28 also includes grounds for the postponement which are not regulated in the TCC. Besides provisions of the TCC and the GAR are not consistent with each other, foreseeing an issue by the GAR, that is not regulating in the Code, may be contrary to the hierarchy of norms. Therefore, GAR Art. 28 may lead to certain problems.*

*Holding a general assembly meeting without postponing, which shall have been postponed, and making decisions on the agenda, or postponing a general assembly meeting which shall be executed, may be important in terms of claiming the invalidity of decisions in the first case, and in the second case, despite absence of making a decision, in terms of damages and compensation, that may arise due to the failure of the general assembly to adopt decisions in due time. In addition, whether a meeting is a postponement meeting or not will also be decisive for the solution of problems such as quorums and whether previously issued letters of proxies can be used in the representation of shareholders. Thus, it is of great importance to determine which general assembly meetings shall be postponed under which circumstances and which meetings constitute postponement meetings.*

*In our study, by emphasizing some problems that may arise due to the application of the GAR Art. 28 regarding the postponement of joint stock*

*companies' general assembly meetings, the circumstances where the TCC and the GAR are inconsistent with each other are mentioned and certain consequences that may arise from this inconsistency are evaluated. Art. 28/para. 3 and Art. 4 of the GAR, regarding the postponement of financial discussions and related matters upon the request of the minority, and the last paragraph of the GAR Art. 28, regarding the general assembly meetings to be held electronically, are not analyzed and are excluded from the scope of our study.*

**Keywords:** Joint stock company, general assembly, postponement, quorums, General Assembly Regulation.

\*\*\*

## GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

TTK'nın 418. maddesinde, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin genel kurul toplantısında var olmaması durumunda, TTK'nın 420. maddesinde finansal tabloların ve buna bağlı konuların, sermayenin en az onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine ve TTK 421/1'de ise anasözleşmeyi değiştiren kararların sermayenin en az yarısının temsil edilmemesi durumunda genel kurul toplantısının erteleneceği düzenlenmiştir. Limited şirketlerde ise nisabın sağlanamaması veya başka bir nedenle genel kurul toplantılarının ertelenmesi TTK'da açıkça düzenlenmemiştir<sup>2</sup>. Zira limited şirket genel kurul toplantılarında toplantı yetersayısı bulunmamakta olup, karar yetersayısı ise toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğudur (TTK 620)<sup>3</sup>.

GKY'nin 28. maddesi genel kurul toplantılarının ertelenmesini toplu olarak düzenlemektedir. Hükmün 1. fıkrasında, nisabın sağlanamaması nedeniyle, 2. fıkrasında herhangi bir nedene bağlı olmaksızın gündeme geçilmeden önce genel kurul kararıyla, 3. ve 4. fıkralarında, finansal tabloların müzakeresinin ve buna bağlı konuların azlığın istemiyle, 5.

<sup>2</sup> GKY'nin isminde, amaç ve kapsam maddelerinde, tanımların yer aldığı maddede yapılan "şirket" tanımlamasında ve GKY'nin bunlar dışında kalan diğer hükümlerinde hep anonim şirketten söz edilmektedir. Ayrıca GKY'de, yönetmelik hükümlerinin, limited şirketlere de doğrudan veya kıyasen uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, limited şirketlere de GKY'nin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.

<sup>3</sup> İsviçre Hukukunda (OR. 703, 704) ve Alman Hukukunda (AktG. 133) toplantı yetersayısı değil, yalnızca karar yetersayısı öngörülmüştür.

fıkrasında güvenlik nedeniyle ve 6. fıkrasında ise Elektronik Genel Kurul Sisteminin çalışması için Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümlerine uygun şartların sağlanmadığının tespiti üzerine genel kurul toplantılarının erteleneceği düzenlenmiştir.

TTK'nın ertelemeye ilişkin 418, 420 ve 421. maddeleri GKY'nin 28. maddesinde toplu olarak düzenlenmekle birlikte, TTK'da düzenlenmeyen erteleme nedenlerine de yer verildiği görülmektedir. Bu yönüyle TTK ve GKY hükümleri birbiriyle uyumlu olmadığı gibi Kanunda düzenlenmeyen bir konunun GKY'de düzenlenmesi normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturabilecek ve GKY 28 hükmü birtakım sorunlara yol açabilecektir.

Ertelenmesi gereken bir genel kurul toplantısının ertelenmeyerek yapılması ve gündemde yer verilen kararların alınması veya icra edilmesi gereken bir genel kurul toplantısının ertelenmesi, ilk halde kararların geçersizliğinin ileri sürülebilmesi ve ikinci halde bir karar alınmamasına rağmen genel kurulun zamanında karar alamaması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlar ve tazmini açısından önem arz etmektedir. Ayrıca bir toplantının erteleme toplantısı olup olmadığı, nisaplar ve pay sahiplerinin temsilinde daha önce düzenlenen vekaletnamelerin kullanılıp kullanılmayacağı gibi sorunların çözümü açısından de belirleyici olacaktır. Bu nedenle, hangi durumlarda hangi genel kurul toplantılarının ertelenmesi gerektiği, hangi toplantıların erteleme toplantısı olduğu oldukça önem taşımaktadır.

Çalışmamızda anonim şirket genel kurul toplantılarının ertelenmesine ilişkin GKY 28 hükmünün uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek bazı sorunlar üzerinde durularak, TTK ve GKY'nin birbiriyle uyumsuz olduğu hallere değinilmiş ve bu uyumsuzluğun ortaya çıkarabileceği bazı sonuçlar üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır. Finansal müzakerelerin ve buna bağlı konuların azınlığı talebine bağlı olarak ertelenmesine ilişkin GKY 28/3 ve 4. maddeleri ile elektronik ortamda yapılacak genel kurul toplantılarına ilişkin 28/son fıkra hükmü incelenmemiş, çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

## **I. GENEL KURULA KATILABİLECEKLER LİSTESİNİN GENEL KURUL TOPLANTILARININ ERTELENMESİ AÇISINDAN ÖNEMİ**

Genel kurula katılabilecekler listesi, yönetim kurulu tarafından hazırlanır. Yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanır ve toplantıdan önce genel



kurulun yapılacağı yerde bulundurulur. Bu listede, özellikle, pay sahiplerinin ad ve soyadları veya unvanları, adresleri, sahip oldukları pay miktarı, payların itibari değerleri, grupları, şirketin esas sermayesi ile ödenmiş olan tutar veya çıkarılmış sermaye, toplantıya aslen ve temsil yoluyla katılacakların imza yerleri gösterilir Hükümde, geçen özellikle kelimesinden listenin içermesi gereken unsurlardan asgari olanların sayıldığı anlaşılmaktadır. Genel kurula katılanlarca imzalanan liste, hazır bulunanlar listesi adını alır<sup>4</sup> (TTK. 417, GKY 16 ve GKY EK-2 Genel Kurulda Hazır Bulunanlar Listesi Örneği).

Genel kurula katılabilecekler listesinin hazırlanmasında temel olarak pay defterinin ve SPK tarafından oluşturulan "*pay sahipleri çizelgesinin*" esas alındığı söylenebilecektir (TTK 417, GKY 16/1). Bu listenin hazırlanması sırasında, kayden izlenmeyen paylarla ilgili olarak, senetsiz (çıplak) paylar veya nama yazılı pay senetleri<sup>5</sup> ile ilmühaber sahipleri için pay defteri kayıtlarının esas alınması gerekir. Bunun dışında, yönetim kurulu, hamiline yazılı pay sahipleri ile SerPK 13 uyarınca genel kurula katılabilecek kayden izlenen payların sahiplerine ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlayacağı "*pay sahipleri çizelgesi*"ne göre düzenleyecektir<sup>6</sup> (TTK 417/1, GKY 16/1).

<sup>4</sup> Genel kurula katılabilecekler listesinin (ve hazır bulunanlar listesinin) hiç veya gereği gibi hazırlanmaması yahut pay sahiplerinin incelemelerine hazır bulundurulmaması öğretide bir görüşe göre kararın mevcudiyetini değil, geçerliliğini etkiler. Bu nedenle, böyle bir durumda alınan kararlar yokluk değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olur. **Erdoğan MOROĞLU**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2017, s. 126, 127. TEOMAN konuyu ikiye ayırarak farklı sonuçlara varmıştır. Yazara göre, hazırun cetvelinin hiç düzenlenmemesi yokluk yaptırımına, yasaya aykırı düzenlenmesi ise iptal edilebilirlik yaptırımına neden olmaktadır. **Ömer TEOMAN**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazırun Cetveli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, 1996, s. 246.

<sup>5</sup> TTK 415/2 hükmünde, nama yazılı pay denilmesi hatalıdır. **Mehmet BAHTİYAR**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2022, s. 147.

<sup>6</sup> Anonim şirketlerde hangi pay sahiplerinin hangi tür paya (nama veya hamiline yazılı) sahip oldukları kuruluşta ve daha sonra sermaye artırımında anasözleşmeye yazılmaktadır (TTK 339/1-d ve j). Şirketin kurulmasından veya sermaye artırımından itibaren senede bağlanmamış payların, ilmühaberlerin ve nama yazılı pay senetlerinin devrinde, payı devralan kişi pay defterine kaydedilmektedir (TTK 499). Bununla birlikte, hamiline yazılı pay senetlerinin devrinde, payı devralan kişinin şirkete bildirim yapması ve pay defterine kaydedilmesi söz konusu değildir. Buna göre, nama ve hamiline yazılı paylar (senetsiz paylar), nama yazılı pay sahipleri ile ilmühaber sahiplerinin pay defterinden anlaşılması mümkün iken hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin pay defterinden anlaşılması mümkün olmadığından, yönetim kurulunca, genel kurula katılabilecekler listesine hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin kimler olduğu yazılmıyordu. Böylece, 7262 sayılı Kanun ile TTK'da değişiklik yapılmadan önce genel kurula katılmak isteyen hamiline yazılı pay senedi sahipleri

toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı almak suretiyle genel kurul toplantısına katılabiliyorlar idi. Ancak giriş kartının verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahipleri de genel kurula katılabiliyordu (TTK 415). 7262 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasında (TTK 486) veya devrinde MKK'ya bildirim yapılması zorunlu hale geldiğinden ve hamiline yazılı pay sahiplerine ilişkin liste TTK 417 uyarınca MKK'dan sağlanacak pay sahipleri çizelgesine göre belirlendiğinden artık genel kurul toplantılarına katılmak isteyen hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin, bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı almasına gerek bulunmamaktadır. Hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasında ve devrinde MKK'ya bildirim yapılması zorunluluğu gözönüne alındığında, genel toplantısına çağrı yapılırken, TTK 414/1 uyarınca, hamiline yazılı pay senedi sahiplerine iadeli taahhütlü mektupla bildirim yapılabilmesi için bu pay sahiplerinin pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildirmelerinin gerekli olup olmadığı sorgulanabilir. Zira, TTK 414'te pay defterinde yazılı olmayan pay senedi sahiplerinin pay sahipliğini ispatlayıcı belge ve adreslerini şirkete bildirme zorunluluğu devam etmektedir. Ayrıca, GKY ekinde yer alan "*Toplantı Tutanağı Örneği*"nde yer alan, "*önceden pay senedi tevdi ederek adresini bildiren hamiline yazılı pay sahiplerine taahhütlü mektupla, toplantı gün ve gündeminin bildirilmesi suretiyle süresi içinde yapılmıştır.*" ibaresi, bu gerekliliğin mevzuatta devam ettiğini göstermektedir. Pay defterinde yazılı pay sahiplerine, iadeli taahhütlü mektupla bildirim yapılabilmesi için pay senedi ve pay sahipliğini ispatlayıcı bilgi ve adreslerini bildirim yükümlülüğünün bulunmaması, yönetim kurulunun çağrışı yaptığı sırada bu pay sahiplerinin adreslerini bilmesinden kaynaklandığı için mevcut düzenlemelere göre yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin adreslerini bilip bilmediği önem taşımaktadır. Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ'in 4. maddesine göre, senetlerin bastırılmasından sonra şirketi temsile yetkili olanlarca hamiline yazılı pay sahibinin yerleşim yeri MKK'ya bildirilerek bu amaçla oluşturulan sisteme kaydedilmektedir. Pay senetlerinin devri durumunda yapılacak bildirimde de devralan gerçek kişinin yerleşim yeri ve tüzel kişinin merkez adresi yer almaktadır. Tebliğin 6/2. maddesi uyarınca, pay sahipleri çizelgesinin hazırlanması için, şirketi temsile yetkili olanlarca genel kurul tarihinden en az iki gün önce MKK sistemi üzerinden başvuruda bulunacağı, pay sahipleri çizelgesinde hamiline yazılı pay sahiplerinin adreslerinin gösterileceği belirtilmektedir. Pay sahipleri çizelgesi ise MKK tarafından genel kurul gününden bir önceki gün MKK sistemindeki gün sonu kayıtları esas alınarak hazırlanmakta, hazırlanan pay sahipleri çizelgesi genel kurul günü MKK sisteminden genel kurulu toplantıya çağırılar tarafından alınmaktadır (Tebliğ 6/3). Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin adreslerini öğrenebileceği pay sahipleri çizelgesini, MKK sisteminden genel kurul günü aldığından (oysa iadeli taahhütlü mektupla bildirim bundan daha önceki bir zamanda yapılması gerektiğinden), iadeli taahhütlü mektupla bildirim için adres bildirme yükümlülüğünün ve adres bildirilmişse iadeli taahhütlü mektupla bildirim yapıp yapılmadığını kontrol görevinin devam ettiği söylenebilir. Bu bağlamda 7262 sayılı Kanun ile hamiline yazılı pay senetleri kapsamında yapılan değişikliklerin, genel kurula katılabilecekler listesinin hazırlanması, genel kurul toplantılarına çağrının usulüne uygun yapıp yapılmadığı, genel kurula katılabileceklerin tespiti, nisaplar ve dolayısıyla genel kurul toplantılarının ertelenip ertelenmeyeceği açısından önem arz ettiği şüphesizdir.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Genel kurula katılabilecekler listesinin, öncelikle genel kurul toplantısına yalnızca bu listede adı ve soyadı veya unvanı yazılı olan pay sahipleri katılabileceğinden önem taşıdığı şüpheşizdir. Bunun yanında, genel kurula katılabilecekler listesinde pay sahibinin veya temsilcisinin adı, soyadı veya unvanının, paylarının toplam itibari değerinin yer alması sayesinde genel kurul toplantısına katılan her bir pay sahibi, şirketin pay sahiplerinin kimler olduğunu, hangi itibari değer tutarında paya sahip olduklarını (dolaylı olarak sahip olunan payların ulaştığı itibari değere göre kaç oya sahip olduğunu), kimlerin genel kurul toplantısına katılarak oy kullanacağını öğrenme ve buna göre pay sahipliği mülkiyetine ve katılım haklarının kullanımına itiraz etme<sup>7</sup> imkanına<sup>8</sup> sahip olacaktır<sup>9</sup>.

Bunun dışında hazır bulunanlar listesinde<sup>10</sup>, pay sahibinin (paylarının itibari değerlerinin toplamına göre) sermaye oranı ve oy sayısına yer verilmesi zorunlu değildir. Bu bilgilere yer verilmesi zorunlu olmamakla birlikte, kural olarak genel kurul toplantı nisabı sermaye oranına ve karar nisabı oy sayısına göre belirlendiğinden, buna ek olarak genel kurul toplantısında kararın alınmasında olumlu ve olumsuz oyların sayısının tutanakta belirtilmesi gerektiğinden anılan bilgilere de genel kurula katılabilecekler (hazır bulunanlar) listesinde yer verilmesi, toplantıların

---

<sup>7</sup> Uygulamada, pay sahipleri genel kurul toplantı tutanağına yaptıkları açıklamalar yanında, pay sahipliği mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıkların veya açılmış bulunan davaların bulunması durumunda, pay sahiplerinin, paylarının itibari değerlerin tutarına ilişkin itirazlarını hazır bulunanlar listesine yazmak istedikleri görülmektedir.

<sup>8</sup> Her bir pay sahibinin, GKY'nin 15. maddesine göre, genel kurul toplantısında hazır bulundurulması gereken pay defterinden, kimlerin hangi tutarda paya sahip olduğunu inceleyerek kontrol etmeye hakkı vardır.

<sup>9</sup> TEOMAN, Hazirun Cetveli, s. 1018.

<sup>10</sup> TTK 417/3'te "pay miktarı" ve "payların itibari değerleri"nin hazır bulunanlar listesinde gösterilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Buna karşılık, TTK 417/3'ten farklı olarak, GKY'de hazır bulunanlar listesinin düzenlendiği 16. maddede, listede yer alması gereken unsurlara yer verilmemiştir. Ancak GKY'nin ekinde yer alan "Genel Kurulda Hazır Bulunanlar Listesi" örneğinde ise "Payların Toplam İtibari Değeri (TL)"ne yer verilmiş olup, "pay miktarı"nın bulunması gerekliliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK 417/3'te yer alan "pay miktarı" ibaresi, pay sayısı olarak anlaşılabilceği gibi payların toplam itibari değeri olarak da anlaşılabilir. Ancak yasa koyucunun aynı hususu tekrar etmesi düşünülmemeyeceğinden, pay miktarının pay sayısı olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindeyim.

yürütülmesi ve toplantı tutanağının düzenlenmesi açısından kolaylık<sup>11</sup> sağlayabilecektir<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> TTK 417/3'te payların gruplarına, şirketin esas sermayesi ile ödenmiş olan tutarına ve çıkarılmış sermayeye de hazır bulunanlar listesinde yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık, GKY'nin ekinde yer alan “*Genel Kurulda Hazır Bulunanlar Listesi Örneği*”ne ilişkin tabloda bu bilgiler yer almamaktadır.

Payların gruplarına hazır bulunanlar listesinde yer verilmesi, imtiyazlı pay sahiplerinin kimler olduğunun daha en başta tespit edilmesi, yönetim kurulunun özel kurulu toplantıya çağırması, imtiyazlı pay sahiplerinin/ temsilcilerinin TTK 454/3'te öngörülen toplantı ve karar nisabına ulaşan miktarda olumlu oy verip vermediklerinin, böylece ayrıca özel kurul toplantısına ihtiyaç duyulup duyulmadığının tespiti ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise genel kurul kararının uygulanabilmesi için İPSÖK onayının gerekli olduğunun bilinmesi açısından fayda sağlayabilecektir.

Yine TTK 417'de hazır bulunanlar listesinde yer verilecek bilgiler açısından esas sermaye ve kayıtlı sermaye ayırımı yapılarak, esas sermaye sisteminde ödenmiş sermayenin, kayıtlı sermaye sisteminde ise çıkarılmış sermayenin gösterilmesi istenmiştir. Anonim şirkete nakdi sermaye getirilmesi durumunda, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşinin tescilden önce gerisinin şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içerisinde ödenmesi mümkündür (TTK 344). Buna göre, nakdi sermaye taahhüdünün tamamının ödenmediği hallerin, oy hakkının kullanımına herhangi bir etkisi olmamakla birlikte (TTK 434 ve 435), kâr ve tasfiye payının hesaplanmasında ödeme oranı dikkate alınmaktadır (TTK 508). Bu nedenle, toplantıya katılan pay sahiplerinin anılan pay sahipliği haklarının hangi miktarda kullanıldığının tespiti açısından, nakdi sermaye taahhütlerinin ödenme oranı önem taşıyabilecektir. Hazır bulunanlar listesinde “*ödenmiş olan tutar*”a yer verilmesinin bu bağlamda işlevsel olduğu söylenebilecektir.

Kayıtlı sermaye sistemi hem halka açık anonim şirketlerde hem halka açık olmayan anonim şirketlerde kabul edilebilmektedir (TTK 460 ve SerPK 18). Çıkarılmış sermaye, SerPK 3/1-d'de, “*kayıtlı sermayeli anonim ortaklıkların satışı yapılmış paylarını temsil eden sermayelerini*” şeklinde tanımlanmıştır. SerPK 18/7 uyarınca, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesinin yeni şekli yönetim kurulunca tescil ve ilan ettirilir. Benzer bir hüküm halka açık olmayan anonim şirketler için TTK 460'ta da mevcuttur. SerPK 12'de ihraç olunan pay bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi şart koşulduğundan, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık şirketlerde, ödenmemiş sermaye ortaya çıkmayacaktır. Buna karşılık, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden TTK'ya tabi şirketlerde, TTK 460/3 atfıyla, TTK 459 uygulanacağından, esas sermaye sistemini benimsemiş olan şirketlerde olduğu gibi nakdi sermaye taahhütlerinin tamamen ödenmemesi, yani ödenmemiş sermaye söz konusu olabilecektir. Bu durumda, ödenmemiş sermayenin yalnızca esas sermayeyi benimsemiş olan şirketlerde söz konusu olabileceği düşüncesiyle, “*şirketin esas sermayesi ile ödenmiş olan tutar veya çıkarılmış sermaye*” denilmesi yerinde değildir. Zira, ödenmemiş sermaye hem esas sermaye sisteminde hem TTK'ya tabi anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olanlarında söz konusu olabilecektir.

<sup>12</sup> TTK 417/3'te “*özellikle*” denilmesinden, burada yapılan sayımın sınırlayıcı olmadığı, sözü edilen hususların dışında bazı bilgilerin de hazır bulunan listesine eklenebileceği anlaşılmaktadır.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Nitekim GKY'nin "Genel Kurulda Hazır Bulunanlar Listesi Örneği"ne ilişkin tablonun hemen altında, "Şirketin Sermayesi ve Payların Toplam İtibari Değeri", "Asgari Toplantı Nisabı" ve "Mevcut Toplantı Nisabı"na ilişkin bilgiler yer almaktadır. Anılan tabloya göre, bu bilgilerin doğrudan oluşturulması mümkün değildir. Genel kurul toplantısına katılan ortakların paylarının itibari değerlerinin toplamına göre bir hesaplama yapılması gerekebilecektir. Ayrıca genel kurul toplantısının gündeminde farklı toplantı nisabını gerektiren kararlar varsa, başka bir deyişle toplantıda alınacak kararlar için tek değil de farklı toplantı nisapları söz konusu ise bu gündem maddeleri açısından ayrıca toplantı nisabının ve mevcut toplantı nisabının belirlenmesi gerekecektir<sup>13</sup>.

6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun uygulandığı dönemde pay sahibinin oy hakkı hükmün sözüne göre pay sayısına göre belirlenmekteydi<sup>14</sup>. Buna göre, her bir pay bir oy hakkı veriyordu. Ancak TTK 434'te, oy hakkının pay sayısına göre değil, paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanılabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle genel kurula katılabilecekler listesinde pay sayısına yer verilmesinin<sup>15</sup> bu açıdan herhangi bir işlevi olmayacaktır<sup>16</sup>. Ancak, her bir payın itibari değerinin birbirine eşit olduğu durumlarda, pay sayısı, oy sayısını gösterebilecektir.

Genel kurula katılabilecekler listesinde, gündem maddelerine göre oy hakkından yoksun olan pay sahiplerinin ve oy sayısının, yine oy hakkı ve diğer pay sahipliği hakları donan payların ve oy sayılarının gösterilmesi, buna

<sup>13</sup> Hatta TTK 418/1'de yer alan "Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır." Hükmü, öğretide bir görüşe göre her bir gündem maddesi için toplantı ve karar nisabının sağlanıp sağlanmadığının kontrol edilmesini gerekli kıldığından, anılan nisapların her bir gündem maddesi için sağlandığının kontrol edilmesini sağlayacak düzenlemelere yer verilmesi gerekebilecektir. **POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, 13.Bası, İstanbul 2013, N. 708; **Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 333. **İbrahim Çağrı ZENGİN**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yetersayılar, İstanbul 2020, s. 434- 435.

<sup>14</sup> Eski TK 373'de, "Her hisse senedi en az bir oy hakkı verir. Bu esasa aykırı olmamak şartıyla hisse senetlerinin maliklerine vereceği rey hakkının sayısı esas mukavele ile tayin olunur" denilmekle birlikte, oy hakkının pay sayısına göre mi yoksa itibari değere göre mi belirleneceği tartışmalıydı. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Levent BİÇER**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara 2019, s. 25, dn. 28.

<sup>15</sup> TTK 417/3'te yer alan "pay miktarı" ibaresinin pay sayısı olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. 10. dipnotta varmış olduğumuz sonuç.

<sup>16</sup> Nitekim GKY'de yer verilen "Genel Kurulda Hazır Bulunanlar Listesi Örneği"ne ilişkin tabloda pay sayısına ilişkin olarak bir bilgi yer almamakta, olup yalnızca "Payların Toplam İtibari Değeri (TL)"ne yer verilmiştir.

bağlı olarak toplantı ve karar nisaplarının tespitini kolaylaştırabilecek ve kararların sıhhati açısından fayda sağlayabilecektir.

Genel kurula katılanlar tarafından imzalanan liste “*hazır bulunanlar listesi*” adını alır (TTK 417/4). Böylece hazır bulunanlar listesine dönüşen genel kurula katılabilecekler listesi, genel kurul toplantılarının açılabilmesi ve yürütülebilmesi için gerekli olan nisabın sağlanıp sağlanmadığı, bu nisaplara ulaşamadığı takdirde toplantının başında ve devamında genel kurul toplantılarının ertelenmesi, azlık haklarının kullanılması, kararların geçerli bir biçimde alınıp alınmadığı, oydan yoksunluğa ve donmaya ilişkin kurallara riayet edilip edilmediği vs. nedenlerle oldukça önemlidir<sup>17</sup>. Genel kurula katılabilecekler listesi hazırlanmaksızın<sup>18</sup> genel kurul toplantısının yapılması durumunda, en azından nisapların tespit edilmesi mümkün olamayacağından, alınan kararların bu nedenlerle geçersizliğinin ileri sürülmesi kolaylıkla mümkün olabilecektir.

## II. GKY 28/1 UYARINCA GENEL KURUL TOPLANTILARININ ERTELENMESİ

GKY 28/1’de, “(1) *Toplantı başlamadan önce, Kanun ve esas sözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının sağlanamaması veya toplantı sırasında yapılan yoklama sonucunda toplantı açılmadan önceki hazır bulunan pay listesine göre hesaplanan karar nisabı kadar payın temsil edilmediğinin anlaşılması halinde toplantı ertelenir.*” denilmektedir.

GKY 28/1’e göre, genel kurul toplantıları, toplantı başlamadan önce Kanun ve anasözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının sağlanamaması veya toplantı başladıktan sonra karar nisabının bulunmaması nedeniyle ertelenmektedir.

TTK 418, 420, 421/1’de genel kurul toplantılarının ertelenmesine ilişkin hükümler mevcuttur. TTK 418, 420 ve 421/1 dışında, birleşmeye ilişkin TTK 151., bu hükme atıf yapan 173., tür değiştirmeye ilişkin 189. maddede, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantı ve karar yetersayısını

<sup>17</sup> Öğretide, hazır bulunanlar listesinin düzenlenmesinin amacının, toplantıda hazır bulunan ve/veya üçüncü kişiler tarafından temsil olunan pay sahiplerinin adları ve sahip oldukları ya da temsil ettikleri payların adedi hakkında diğer ortakları bilgilendirmek ve gerek genel kurul toplantısına katılma hakkına yöneltilebilecek itirazların ileri sürülmesi, gerek kararların geçerli bir biçimde alınmasının denetlenmesi için elverişli bir hukuki ortamı sağlamak olduğu belirtilmiştir (TEOMAN, Hazırlanmış Cetveli, s. 1018).

<sup>18</sup> Tek pay sahipliği şirketlerde, başkanlık oluşturulması ile genel kurul toplantısına katılabilecekler listesinin hazırlanması zorunlu değildir (GKY 14/2).

düzenleyen TTK 454/3'te, rüçhan hakkının kaldırılmasına ilişkin TTK 461/2'de, tasfiyeden dönülmesine ilişkin TTK 548'de, toplantı yetersayısına yer verilmeyen limited şirketlerde aksi öngörülme durumlarında karar yetersayısının düzenlendiği TTK 620'de, önemli kararlara ilişkin yetersayıların düzenlendiği TTK 621'de, SerPK. 29/3 ve 6'da, nisabın sağlanamamasına bağlı olarak, genel kurul toplantılarının ertelenmesi düzenlenmemiştir.

Yine TTK 421/2'de düzenlenen konularda oybirliği ile karar alınacağı belirtilmiş ancak ertelemeden söz edilmemiştir. TTK 421/3 ve 4'te de ilk toplantıda anılan hükümdeki nisaba ulaşılmadığı takdirde, izleyen toplantılarda da aynı nisabın aranacağı belirtilmiş ancak yine ertelemeden bahsedilmemiştir<sup>19</sup>.

### A. TTK 418 UYARINCA TOPLANTI NİSABININ SAĞLANAMAMASI NEDENİYLE GENEL KURUL TOPLANTILARININ ERTELENMESİ

TTK 418, genel kurul toplantılarında basit/ olağan toplantı nisabını düzenlemektedir. Hüküm uyarınca, "(1) Genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dördte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz<sup>20</sup>."

Hükümde açıkça ertelemeden söz edilmemekle birlikte, "...İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için..."

<sup>19</sup> TTK 356/3'te, 473/3, c. 1'de, 504/1, c. 2, 505/1, c. 2'de, 529/1-d'de ve 538/2, c. 2'de de TTK 421/3 ve 4. maddelerine yollama yapılmıştır. Öğretide TTK 421/3 ve 4'e yapılan atıfların aslında, TTK 421/1'e yapılmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. **Erdoğan MOROĞLU**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016, s. 274; **Abuzer KENDİGELEN**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 117; **ZENGİN**, s. 239 vd., 246, 247.

<sup>20</sup> İkinci toplantıda nisap aranmayacağını düzenleyen TTK 418/1 son cümle hükmü, sanki hiçbir pay sahibi (veya temsilcisi) gelmese de toplantı yapılabilecekmiş gibi anlaşılmakta ise de, ikinci toplantının yapılabilmesi için en azından bir pay sahibinin veya temsilcisinin toplantıda bulunması zorunludur. Nitekim, nisabın aranmayacağı yönündeki ifadenin hatalı olduğuna ilişkin olarak bkz. **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 317, 318; **MOROĞLU**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 236; **Ömer TEOMAN**, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu'nun Anonim ve Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Nisabı Aranmayacağını Öngören Hükümleri, REGESTA, 2012, s. 3- 7; **ZENGİN**, s. 311.

denilmesinden, sermayenin dörtte birini oluşturan pay sahiplerinin toplantıda hazır bulunmaması durumunda toplantının yapılamayacağı, dolayısıyla erteleneceği şüphesizdir.

Kanunda, genel kurulların yapılacağı ilk toplantıda, öngörülenden daha ağır bir nisabın anasözleşme ile kararlaştırılabileceği<sup>21</sup> açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, örneğin sermayenin üçte biri veya yarısının ilk toplantıda, toplantı nisabı olarak kararlaştırılması mümkün ise de bunun tam aksi, yani toplantı nisabının hafifletilmesi ise mümkün değildir. Ne var ki, anasözleşme ile toplantı nisabının sadece bazı kararlar için ağırlaştırılmasının mümkün olup olmadığı, bazı pay sahiplerinin/ pay gruplarının toplantıya katılmamasının toplantının ertelenmesine yol açacağı, TTK ve GKY’de sayılanlar dışında, başka bazı erteleme nedenlerinin anasözleşmeye yazılıp yazılamayacağı, ikinci toplantıda hatta sonraki toplantılarda da kanunda öngörülen veya anasözleşme ile ağırlaştırılan nisabın aranmaya devam edilmesinin mümkün olup olmadığı TTK 418’de düzenlenmemiştir.

Anılan konuların anasözleşmede öngörülüp öngörülemeyeceği hususu, TTK 340 hükmünün yorumu ile yakından ilgilidir. Zira TTK 340, anasözleşmenin, TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak TTK’da buna açıkça izin verilmişse sapılabileceğini kabul etmiştir. TTK 340 hükmünün bu açık ifadesine karşılık hükmün gerekçesinde, “*Hükümdeki ‘kanunda açıkça izin verilmişse’ ibaresi, maddenin lafzından ‘sapabilme’ imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla ‘sapabilme’nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.*” denilmiştir. Bunun yanında öğretilerde, kanunda anasözleşmenin

<sup>21</sup> Toplantı ve karar yetersayıların ağırlaştırılması açısından yasada herhangi bir sınır öngörülmemesi nedeniyle oybirliği şartının dahi anasözleşmeye yazılabileceği düşünülebilir ise de, bu derecede nisabı ağırlaştırılan bir hükmün, şirketin karar almasını olanaksız kılacağı, şirketin ticari faaliyetlerini felce uğratacağına ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Oğuz İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 133, 145; **İlhan YİĞİT**, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005, s. 265. Öğretilerde **BAHTİTAR**, kanundaki yetersayıları anasözleşme ile ağırlaştırmak mümkün (TTK 418/1, c.1, 421/1, c.4) ise de bu ağırlaştırmanın toplanmayı/karar almayı olanaksız kılacak, örneğin karara bağlanması gereken konularda oybirliği gerektirecek derecede yükseltilmesine ve şirket faaliyetlerinin sekteye uğratalmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. **Mehmet BAHTİYAR**, Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının “Toplantı Süresince Korunması” Şartına İlişkin TTK 418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi, Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 62.



düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmuyor ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa, bu boşluğun anasözleşmeye konulacak hükümlerle doldurulmasında bir sakınca olmaması gerektiği, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla tamamlayıcı hükümlerin anasözleşmede kararlaştırılabilmesinin mümkün olabilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Buna karşılık, öğretide diğer bir görüş uyarınca, TTK 340, c. 2'deki "*Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*" hükmünün lafzına itibar edilirse, TTK çerçevesinde tamamlayıcı hükümler konulmasına olanak tanımadığı belirtilmiştir<sup>23</sup>. Buna göre, anasözleşme ile toplantı nisabının sadece bazı kararlar için ağırlaştırılması, bazı pay sahibi gruplarının toplantıya katılmamasının toplantının ertelenmesine yol açması, TTK ve GKY'de sayılanlar dışında başka bazı erteleme nedenlerinin anasözleşmeye konulması, ikinci toplantıda hatta sonraki toplantılarda da kanunda öngörülen veya anasözleşme ile ağırlaştırılan nisabın aranmaya devam edilmesi, TTK'da anasözleşmeye açıkça yazılmasına izin verilmeyen ancak açıkça da yasaklanmamış olan hükümlerdir<sup>24</sup>. Bu bağlamda, TTK 340'a ilişkin olarak

<sup>22</sup> **Rauf KARASU**, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2015, s. 61; **ZENGİN**, s. 354.

<sup>23</sup> **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s. 113 vd.

<sup>24</sup> TTK 418/1, son cümle ve 2. fıkranın emredici nitelikte olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Öğretide, İMREGÜN, TTK 418'in eTK'daki karşılığı olan 372. madde için yapmış olduğu değerlendirmelerde, gerek ilk gerekse ikinci toplantı için esas sözleşme ile yasadaki öngörülen oranlardan daha ağır bir toplantı yetersayısı öngörmenin mümkün olduğunu, iki tür kararın alınması için yapılacak toplantılarda sözleşme ile ağırlaştırılmış toplantı yetersayısının konamayacağını, bunlardan birincisinin, ortaklığın yaşamını sürdürmesi için alınması zorunlu olan organların seçimi, bilanço ve kâr ve zarar hesaplarının, bilançonun onanması kararlarının ve ikincisinin, kurucular, yönetim kurulu üyeleri veya murakıplar aleyhine sorum davası açılması, özel denetçi tayini gibi azınlık haklarını korumaya çevrik kararlar olduğunu, karar yetersayılarının da esas sözleşme ile daha da ağırlaştırılabileceğini, ancak izleyen toplantı için ağırlaştırılmayacağını ifade etmektedir. **Oğuz İMREGÜN**, Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları, İÜHF, C. L, S. 1- 4, s. 354-355, 359, 360, 362. Öğretide **ZENGİN**, TTK 418'de, ikinci toplantıda nisap aranmamasının, toplantı yetersayısı aranmasında ısrar edilmesinin neden olacağı olumsuzlukların engellenmesine hizmet edeceğini, kanun koyucunun demokratik bir genel kurul toplantısı yapılabilmesi için yeterli gördüğü sermayenin yüzde yirmi beşi oranının dahi, ne sebeple olursa olsun elde edilemediği bir durumda TTK 421/1'de yaptığı gibi oranı daha da düşürmek, söz gelimi yüzde ona çekmek yerine toplantı nisabını hiç aramamayı, yani TTK 418'in kapsadığı konular nazara alındığında, ortaklığın faaliyetine devamı için gerekli hususların görüşülebilmesini (ve bu görüşmeler sonucunda karar alınabilmesini) bu kararların çok sesliliğine, demokratik kalitesine tercih ettiğini, bu halin kurulu tezgahın bozulmaması ilkesinin bir görünümü olarak da nitelenebileceğini, bu düzenlemenin temelde  
YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)

ileri sürülen görüşler bir arada değerlendirildiğinde, tamamlayıcı hükümlerin anasözleşmede kararlaştırılabilmesinin mümkün olduğunu kabul eden düşüncenin benimsenmesi durumunda, ertelemeye ilişkin bu kayıtların da anasözleşmede öngörülebilmesi mümkün olmalıdır.

Diğer taraftan, TTK 340, c. 2 hükmü karşısında, tamamlayıcı hükümlerin dahi anasözleşmeye konulmasına imkân bulunmadığı görüşünün benimsenmesi durumunda ise TTK 418/1, son cümle ve 2. fıkranın emredici olup olmadığına bakılmaksızın, anılan kayıtların anasözleşmeye konulamaması gerekir.

Kanaatimizce karar yetersayısının (TTK 418/2) veya (TTK 418/1, c. 2’de düzenlenen) ikinci toplantıdaki toplantı nisabının ağırlaştırıldığı her halde şirketin işleyişinin (faaliyetlerinin) engellenmesi, ortaklığın kilitlenmesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, biz yetersayıların ancak şirket faaliyetlerini engelleyecek seviyede yüksek oranlar kararlaştırmak suretiyle anasözleşmede ağırlaştırma yapılmasına imkân bulunmadığı düşüncesindeyiz.

## **B. TTK 421/1’DE DÜZENLENEN TOPLANTI NİSABININ SAĞLANAMAMASI NEDENİYLE GENEL KURUL TOPLANTILARININ ERTELENMESİ**

TTK’da toplantı nisabının düzenlendiği bir diğer hüküm TTK 421’dir. TTK 421 uyarınca, “(1) *Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkra da öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.*”.

ortaklığın menfaatlerini koruyucu bir yaklaşımın ürünü olduğunu, yasa koyucunun TTK 418 hükmü ile tam da ortaklığın kolayca kilitlenecek şekilde dizayn edilmesinin önüne geçmeyi istediğini, hükmün (TTK 418/1-c ve 418/2) mutlak emredici nitelikteki olduğunu ifade etmektedir. **ZENGİN**, s. 196, 366, 369, 375, 379.

Öğretideki diğer bir görüşe göre TTK 418/2’de düzenlenen karar yetersayılarının ağırlaştırılması mümkündür. **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s. 159; **Levent BİÇER / Esra HAMAMCIOĞLU**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler, BÜHFD, C. 12, S. 149-150, s. 103, 104.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Hüküm, karar alınabilmesi için ilk toplantıda şirket sermayesinin en az yarısının, ikinci toplantıda ise sermayenin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesini şart koşmakta, izleyen toplantılar için herhangi bir toplantı nisabından söz etmemektedir. Bu durumda, izleyen toplantıların önceki toplantıların devamı sayılması ve böylece toplantı nisabının aranmasına devam edilmesi gerektiği veya izleyen toplantılarda birbirini takip eden her üçüncü toplantının yeni bir genel kurul olarak kabul edilmesi ya da ikinci toplantıdan sonraki toplantıda artık nisap aranmaması ihtimalleri akıllara gelmektedir.

TTK 421/4'te ikinci ve üçüncü fıkralarda öngörülen nisabın sonraki toplantılarda da aranacağı belirtilmiş iken; TTK 421/1'de böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi, yasa koyucunun burada bilinçli olarak sustuğu, başka bir deyişle sonraki toplantılar için ağırlaştırılmış nisabı benimsemek istemediği, toplantıya katılan pay sahiplerinin çoğunluğu ile karar alacağı izlenimi doğurmaktadır. Ancak yasa koyucunun anasözleşme için belirli bir sermaye oranına ulaşan ağırlaştırılmış nisap ile karar alınmasını arzu ettiği, bu nedenle ağırlaştırılmış nisabın sonraki toplantılarda da devam ettirilmesi gerektiği de savunulabilir.

Kanaatimizce, TTK 421/1 uyarınca, nisabın sağlanamaması nedeniyle anasözleşme değişikliği için yapılan 2. toplantıda, sermayenin üçte birini temsil eden pay sahiplerinin bulunmaması durumunda, hükmün lafzı, düzenleniş şekli ve Kanunun sistematığı gözönüne alındığında, izleyen toplantıları önceki toplantıların devamı saymamak, buna karşılık genel kurulun karar alma yeteneğinin bulunmadığını kabul ederek, izleyen toplantıyı yeni bir genel kurul toplantısı saymak daha yerinde olur.

Anasözleşme değişikliklerinde yasa koyucu ağırlaştırılmış nisaplarla karar almasını arzu ettiğinden, bir diğer ihtimal olarak ertelenen ikinci toplantıdan sonra yapılan genel kurul toplantısında nisap aranmaması gerektiği düşüncesini ise kabul etmeye imkân bulunmamaktadır.

### **III. GKY'NİN 28/1 HÜKMÜNE İLİŞKİN BAZI SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **A. GENEL KURUL TOPLANTISININ "BAŞLAMA" ANI**

GKY'nin 28/1. maddesi uyarınca, toplantı nisabının sağlanamamasına bağlı olarak, genel kurul, ancak toplantı başlamadan önce ertelenebilecektir.

Hükümde, başlamadan önce toplantının ertelenmesi düzenlendiğinden, toplantının “başlama” anının tespit edilmesi önem arz etmektedir<sup>25</sup>.

GKY'nin 28. maddesinin ilk fıkrasında aynı cümle içinde hem toplantının başlaması hem de toplantının açılmasından, 23. maddesi, 34/3. maddesi ve İç Yönergenin 6. maddesinde ise toplantının açılmasından söz edilmektedir.

GKY'nin 23. maddesinde, “(1) Çağrısı yönetim kurulu tarafından yapılan toplantılar, iç yönergede yapılan belirlemeye uygun olarak, çağrısı yönetim kurulu dışındaki yetkililer tarafından yapılan toplantılar ise iç yönergede bu konuda belirleme yapılmamışsa bu yetkililer tarafından fiziki ve elektronik ortamda açılır.

(2) Genel kurul, açılışı müteakip bu Yönetmeliğin 14 üncü maddesi uyarınca oluşturulacak toplantı başkanlığı tarafından yönetilir” denilmektedir.

İç Yönergenin 5/2. maddesine göre, toplantı yerine girişte, gerçek kişi pay sahipleri ile Kanunun 1527. maddesi uyarınca kurulan elektronik genel kurul sisteminden tayin edilen temsilcilerin kimlikleri, gerçek kişi pay sahiplerinin temsilcilerinin temsil belgeleri ile birlikte kimlikleri, tüzel kişi pay sahiplerinin temsilcilerinin de yetki belgelerinin kontrolü, yönetim kurulunca veya yönetim kurulunca görevlendirilen bir veya birden fazla yönetim kurulu üyesince yahut yönetim kurulunca görevlendirilen kişi veya kişiler tarafından yapılmaktadır. Toplantı şirket merkezinin bulunduğu yerde, önceden ilan edilmiş zamanda yönetim kurulu başkanı ya da başkan yardımcısı veya yönetim kurulu üyelerinden birisi tarafından, Kanunun 418. ve 421. maddelerinde belirtilen nisapların sağlandığının bir tutanakla tespiti üzerine açılmaktadır (İç Yönerge 6). İç Yönergenin 6. maddesi hükmü uyarınca toplantıyı açan kişinin yönetiminde öncelikle önerilen adaylar arasından genel kurulun yönetiminden sorumlu olacak pay sahibi olma zorunluluğu da bulunmayan bir başkan<sup>26</sup> ve gerek görülürse başkan yardımcısı seçilmektedir.

Anılan hükümlerde yapılan düzenlemelerden görüleceği üzere, toplantının açılması toplantı başkanının seçilmesinden önce gerçekleşmektedir. Toplantının açılması ile toplantının başlaması kavramlarının söz konusu düzenlemelerde aynı anlamda kullanıldığı söylenebilir. Toplantının açılması

<sup>25</sup> GKY'nin 28. maddesi uyarınca, toplantının başlamasından önce veya toplantı başladıktan sonra erteleme kararı alınması mümkündür. GKY'nin 28. maddesi hükmü dikkate alındığında, toplantı başlamadan önce toplantı yetersayısına, toplantı başladıktan sonra ise karar nisabının bulunup bulunmamasına göre erteleme kararı alınabilecektir. Bu farklılığın, toplantıya ne zaman başlandığının önemini artıran bir sebep olduğu ortadadır.

<sup>26</sup> Toplantı başkanı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Nurdan ORBAY ORTAÇ**, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı, Ankara 2023.

ve toplantının başlaması aynı kavramlar olmakla birlikte, toplantının açılması/başlaması ile gündeme geçilmesi (GKY 28/2) birbirinden farklı olan hususlardır.

GKY'nin 28/1. maddesine göre erteleme yapılabilmesi için toplantının başlamaması/açılmaması, 2. fıkrasına göre erteleme yapılabilmesi içinse toplantının açılmasına rağmen gündeme geçilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle erteleme kararı alınırken, kararın alınmasına neden olan olgu ve buna göre kararın alındığı an oldukça önem taşımaktadır.

GKY 28/1 uyarınca erteleme kararının, toplantı başlamadan önce alınması gerekli olduğundan, ileride erteleme kararının ne zaman alındığının ispatıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek birtakım ihtilafların önüne geçilmesi amacıyla bu tutanağa, toplantıya başlamadan önce erteleme kararının verildiğinin yazılması oldukça önemli olduğu gibi sadece yönetim kurulu üyelerinin değil, katılıyorsa Bakanlık temsilcisinin ve toplantıya katılmak için gelen fakat toplantı nisabını sağlayamayan ortakların da imza atması fayda sağlayacaktır.

Genel kurul toplantısına katılabilecekler listesinin aynı zamanda bir erteleme tutanağı olarak kullanılıp kullanılmayacağı da ayrıca değerlendirilebilir. Bu belgenin aynı zamanda bir erteleme tutanağı olarak kullanılabilmesi, bununla birlikte ayrı bir erteleme tutanağı hazırlanmasına da herhangi bir engel olmadığı düşüncesindeyiz. Anılan listenin yönetim kurulu tarafından hazırlanması gerekli olduğundan, bu tutanağın hazırlanması ve genel kurul erteleme tutanağı olarak kullanılması, nisabın sağlanıp sağlanmadığının tespiti açısından da kolaylık sağlayabilecektir.

## **B. TTK'DA VE ANASÖZLEŞMEDE ÖNGÖRÜLEN BELİRLİ BİR NİSABA ULAŞILAMADIĞI TAKDİRDE ERTELEME KARARININ ALINACAĞI DÜZENLENMEMİŞSE ERTELEME KARARININ ALINIP ALINAMAYACAĞI VE GKY 28/1 HÜKMÜNÜN ELEŞTİRİSİ**

TTK'da veya anasözleşmede öngörülen belirli bir nisaba ulaşılmadığı takdirde erteleme kararının alınacağı açıkça düzenlenmemişse, erteleme kararının alınıp alınamayacağı temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü TTK'da belirli bir nisaba ulaşılmaması durumunda erteleme kararı alınacağını öngören düzenlemeler (TTK 418, 421/1) bulunduğu gibi erteleme kararından söz edilmeyen ancak nisap öngören düzenlemeler de mevcuttur. Bu durumda nisabın arandığı ancak ertelemeye ilişkin düzenlemenin

bulunmadığı hallerde erteleme kararının alınmasının gerekli veya mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

GKY'nin 28. maddesinde, *“Toplantı başlamadan önce, Kanun ve esas sözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının sağlanamaması veya toplantı sırasında yapılan yoklama sonucunda toplantı açılmadan önceki hazır bulunan pay listesine göre hesaplanan karar nisabı kadar payın temsil edilmediğinin anlaşılması halinde toplantı ertelenir.”* denilmektedir.

Hükmün sözüne göre, toplantı başlamadan önce Kanunda veya anasözleşmede düzenlenen asgari toplantı nisabının sağlanamaması veya toplantı sırasında karar nisabının bulunmadığının anlaşılması halinde, genel kurul toplantısının ertelenebileceği açıkça düzenlenmemiş olsa bile genel kurul toplantısının ertelenmesi gerekecektir.

TTK 418 uyarınca, ilk toplantıda nisap sağlanamazsa, ikinci toplantıda nisap aranmayacaktır. Yine TTK 421/1'e göre, 1. toplantıda nisap sağlanamazsa, 2. toplantı yapılacak, bu toplantıda da nisaba ulaşılamazsa artık erteleme kararı verilememesi ve kararın alınmadığının kabul edilmesi gerekecektir. Zira bu hükümlerde, erteleme açıkça düzenlenmiştir. Daha sonra aynı amaçla yapılacak toplantı yine 1. toplantı sayılacaktır.

TTK 421/4 ise izleyen toplantılarda da aynı nisabın aranacağından söz edilmesi ve devam eden toplantılarda bir türlü kararın alınmadığının tespit edilememesi olasılığı nedeniyle sorunlu görünmektedir. Buna karşılık, TTK 418 ve 421/1'de olduğu gibi Kanunda açıkça ertelemenin sınırlarının düzenlendiği haller dışında, GKY 28/1 uyarınca toplantı nisabının bulunmaması nedeniyle toplantının ertelenmesi durumunda, erteleme toplantılarının ne zamana kadar devam edeceği problemi ile karşılaşılacaktır. Bu nedenle, Kanunda ertelemenin açıkça düzenlenmediği, ertelemenin zamansal sınırının çizilmediği veya sayı sınırı konulmadığı durumlarda, nisabın bulunmaması nedeniyle erteleme kararı alınmaması, bunun yerine toplantı nisabının mevcut olmaması nedeniyle ilgili gündem maddesinin görüşülememesi, oylamaya sunulmaması ve karara bağlanamaması gerekir<sup>27</sup>. Böyle bir durumda yalnızca toplantı yetersayısının bulunmaması nedeniyle kararın alınmadığının<sup>28</sup> tutanağa yazılması mümkün ve yeterli olacaktır.

<sup>27</sup> İMREGÜN, s. 144

<sup>28</sup> MOROĞLU, genel kurul kararlarının nitelikleri bakımından olumlu ve olumsuz kararlar olarak ayrılabilceğini, olumlu kararın genel kurulda yapılan bir önerinin kabulüne, olumsuz kararın ise böyle bir önerinin reddine ilişkin bir karar olduğunu, bir önerinin kanun veya anasözleşme ile öngörülmüş olan oy çoğunluğunu sağlayamaması halinde genel kurul kararının meydana gelmemiş olduğunun değil, önerinin reddedildiğinin, yani bir red YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

Aksi takdirde, TTK'da toplantı nisabının bulunduğu ancak erteleme için açıkça düzenlenmediği tüm hallerde izleyen genel kurul toplantılarının ne zamana kadar devam edeceği belirsizlik arz edecektir.

GKY'nin 28. maddesinde, Kanunda veya anasözleşmede düzenlenen asgari toplantı nisabının sağlanamaması halinde, genel kurul toplantısının ertelenmesine ilişkin bu hükmün hukuken isabetli olmadığı, TTK'ya da aykırı olduğu, zira TTK'da GKY'nin 28/1 hükmüne dayanak oluşturacak bir yasal düzenleme bulunmadığı, toplantı nisabı bulunmaması durumunda genel kurul toplantısının ertelenebilmesi için açıkça TTK 418 ve TTK 421/1'de olduğu gibi Kanunda veya anasözleşmede açık hüküm bulunması gerektiği düşüncesindeyiz.

### **C. GÜNDEMDE YER ALAN KONULARIN FARKLI TOPLANTI NİSAPLARI İLE KARAR ALINMASINI GEREKTİRMESİ HALİNDE ERTELEME KARARININ ALINMASI**

Toplantı gündeminde, TTK 418 uyarınca basit (olağan) toplantı nisabıyla karar alınabilecek haller olabileceği gibi TTK 421'de sayılan durumlar gibi

kararının meydana gelmiş olduğunun kabulü gerektiğini, kanun veya anasözleşmede öngörülen oyçokluğunun genel kurul kararının mevcudiyeti şartı olmayıp sadece genel kurulda yapılan bir önerinin kabulü yani olumlu karara bağlanabilmesinin şartı olduğunu ifade etmektedir. **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 16, 144. **İMREGÜN** ise kararın belli oranda oyun, genel kurulda aynı yönde kullanılması ile oluşan bir hukuki işlem olduğunu, ortada şeklen de olsa bir karardan söz edebilmek için yasanın ve sözleşmenin öngördüğü oranda oyun öneri lehine kullanılmış olması gerektiğini, yeterli oranda oyun aynı yönde kullanılmaması durumunda kararın doğmayacağını belirtmektedir. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 149. **ZENGİN**, oylama neticesinde en az karar nisabı kadar olumlu oyun kullanılması durumunda teklifin kabul edildiği, yine en az o sayıda olumsuz oyun varlığı halinde önerinin reddedildiği sonucuna varılması gerektiği, karar yetersayısına ulaşacak kadar olumlu oyun elde edilemediği her durumda hukuken bir kararın oluşmadığının veyahut olumsuz bir kararın meydana geldiğini kabul etmenin de mümkün görülemeyeceği görüşündedir. **ZENGİN**, s. 53, 54. Biz olumlu ve olumsuz karar ile bir kararın alınması için gerekli olan sayıda olumlu oyun bir araya gelmesi hallerinin birbirinden farklı olduğunu, olumlu ya da olumsuz bir karar alınabilmesi için kanun veya anasözleşmede belirtilen sayıda olumlu oya ihtiyaç duyulduğunu olumsuz oyların bir araya gelmesiyle bir kararın oluşamayacağı kanaatindeyiz. Örneğin kâr payı dağıtılmamasına ilişkin olumsuz karar önerisi gerekli sayıda olumlu oyun bir araya gelmesiyle olumsuz bir karar önerisi şeklinde kabul edilmiş olacaktır. Buna karşılık, kâr payı dağıtılmasına ilişkin olumlu karar önerisinin kabul edilmesi için yeterli sayıda olumlu oy mevcut değilse karar alınamamış, başka bir deyişle red kararı meydana gelmiş olacaktır. Bu ihtimalde, red kararının meydana gelmiş olduğunun kabul edilebilmesi için kanun ve anasözleşmede karar alınabilmesi için öngörülen sayıda olumsuz oya ihtiyaç bulunmamaktadır.

ağırlaştırılmış toplantı nisabını gerektiren haller de yer alabilecektir. Bu durumda acaba toplantı başlamadan önce erteleme kararı verilirken birbirinden farklı olan bu toplantı nisaplarından hangisi dikkate alınacaktır?

Böyle bir durumda, TTK 418 uyarınca sağlanması gereken toplantı nisabının, toplantıya başlanması açısından yeterli olacağı, ağırlaştırılmış toplantı nisabının geçerli olduğu gündem maddesine gelindiğinde ise yukarıda varmış olduğumuz sonuca bağlı olarak ikili bir ayırım yapılması gerektiği, Kanunla erteleme düzenlendiği hallerde erteleme kararı alınması, Kanunla erteleme düzenlenmediği hallerde ise erteleme kararı yerine toplantı nisabı bulunmadığının tespitiyle yetinilmesinin kabulü gerektiği kanaatindeyim.

Bu durumda, gündemde yer alan konulara göre, toplantı nisabına ulaşılan konularda, müzakere ve oylama neticesinde karar yetersayı mevcut ise kararın alınması, toplantı nisabına ulaşılmayan ve Kanunda erteleme yapılacağına ilişkin düzenlemenin bulunduğu konularda erteleme kararı alınması, Kanunda erteleme kararı düzenlenmemişse toplantı nisabı bulunmadığının tespitinin gerekeceği görüşündeyiz.

Bununla birlikte, yalnızca ağırlaştırılmış yetersayılarla karar alınmasını gerektiren bir genel kurul toplantısında, toplantı yetersayısının ağırlaştırılmış nisaba göre belirlenmesi, toplantı yetersayı bulunmuyorsa ve Kanunda erteleme öngörülmüşse erteleme kararı alınması söz konusu olacaktır.

#### **D. TOPLANTI BAŞKANININ ANASÖZLEŞME İLE BELİRLENMESİ**

Genel kurul toplantılarını yönetecek olan toplantı başkanı, uygulamada genel kurul tarafından seçilmektedir (GKY 14). Toplantı başkanı adayı genellikle çoğunluk pay sahipleri tarafından önerilmekte ve çoğunluğun iradesine göre belirlenmektedir. Çoğunluk pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulu üyelerini de seçtiğinden, uygulamada genellikle yönetim kurulu başkan veya üyelerinden biri toplantı başkanı olarak seçilmekte, yönetim kurulu üyeleri ile toplantı başkanı bu şekilde örtüşmektedir. Toplantı başkanının yönetim kurulu başkanı veya üyesiyle aynı kişi (veya bu kişilerin işaret ettiği kişiler) olması, birçok durumda toplantı başkanının keyfi bir biçimde hareket etmesi sonucunu doğurabilmekte, böylece genel kurul toplantılarının, GKY'nin 39. maddesinde belirtildiği şekilde tarafsız, dürüst ve özenli bir şekilde yapılamadığı gözlemlenmektedir.



Zira yönetim kurulu başkanı veya üyesi, pay sahipleri tarafından bilgi alma hakkının kullanılması suretiyle kendisine soru(lar) yöneltildiğinde, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla bir taraftan soruları cevaplamak zorunda kalacak, böylece yönetim kurulu faaliyetlerinin şirketin menfaatine olduğunu savunması gerekecek, kendisini pay sahipleri ile yapılan birtakım tartışmaların ortasında bulacak ve ister istemez tarafsızlığını<sup>29</sup> yitirecek veya tarafsız davranmamakla itham edilecektir.

Gerçekten de bu şekilde tarafsızlığını yitiren (veya yitirdiği iddia edilen), azınlık pay sahipleri veya bireysel pay sahipleri ile husumet içerisinde (örneğin daha önce sorumluluk davası açılarak şirketi zarara uğrattığı iddia edilen) ve menfaat çatışmalarının ortasında bulunan bir toplantı başkanından tarafsız bir biçimde toplantıyı yürütmesini beklemek oldukça zor görünmektedir<sup>30</sup>.

Toplantı başkanının görevleri, GKY EK-5 Örnek İç Yönergenin 8. maddesinde toplu olarak sayılmıştır. Toplantı başkanlığının görev ve yetkilerinden özellikle gündem çerçevesinde genel kurul çalışmalarının yönetilmesi, Kanunda belirtilen istisnalar haricinde gündem dışına çıkılmasının önlenmesi, toplantı düzeninin sağlanması, bunun için gerekli tedbirlerin alınması, müzakere edilen hususlara ilişkin karar, tasarı, tutanak, rapor, öneri ve benzeri belgelerin genel kurula okunması ya da okutulması ve bunlarla ilgili konuşmak isteyenlere söz verilmesi, oy hakkından yoksun olanların anılan maddede belirtilen kararlarda oy kullanmalarının önlenmesi, oy hakkına ve imtiyazlı oy kullanımına Kanun ve anasözleşme uyarınca getirilen her türlü sınırlamanın gözetilmesi, genel kurul çalışmalarına ait tutanakların düzenlenmesinin sağlanması, itirazların tutanağa geçirilmesi,

---

<sup>29</sup> Genel kurul toplantı başkanı aynı zamanda pay sahibi ve yönetim kurulu üyesi ise bir taraftan toplantı başkanı olarak toplantıyı yönetecek, diğer taraftan yönetim kurulu başkanı sıfatıyla hesap dönemi içerisindeki yönetim kurulu faaliyetlerini genel kurula anlatacak, pay sahiplerinin bilgi alma haklarını kullanmaları sonucunda sorulara cevap verecek ve nihayetinde bizatihi kendisi pay sahibi olarak müzakerelere katılabilecektir. Bu bağlamda, anılan kişi(ler)in üç statüsü bünyesinde topladığını söylemek yanlış olmayacaktır. İMREGÜN, görüşmeler sırasında, başkanın kendisine de söz vererek kişisel görüşünü açıklayabileceğini, bunun başkanın tarafsızlıktan ayrıldığını göstermeyeceğini ve başkanlıktan ayrılmasını gerektirmeyeceğini belirtmektedir. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 145.

<sup>30</sup> Necat AZARKAN, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir? Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28-29, Yıl:2012-2013, s. 87. Yazar, yönetim kurulu başkanının veya üyelerinin gerek genel kurul tarafından yapılacak seçimle gerek anasözleşme ile toplantı başkanı olarak belirlenmemesi gerektiğini ifade etmektedir.

karar ve tutanakların imzalanması, toplantıda alınan kararlara ilişkin lehte ve aleyhte kullanılan oyların hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde toplantı tutanağında belirtilmesi göz önüne alındığında, toplantı başkanının, görevini Kanuna, GKY'ye ve ilgili mevzuata uygun olarak tarafsız, dürüst ve özenli şekilde yapmasının genel kurul toplantılarının işlevini sağlayabilmesi açısından ne kadar önemli olduğuna şüphe yoktur.

TTK 419 ve GKY'nin 14. maddesi uyarınca, uygulamada hemen hemen hiç rastlanılmamakta ise de toplantı başkanının kim olacağına anasözleşme ile öngörülebilmesi, hatta belirli pay gruplarından toplantı başkanının seçilmesi de mümkündür<sup>31</sup>. Bununla birlikte, toplantı başkanının anasözleşme ile belirlenmesi, beraberinde bazı sorunları da getirebilecek niteliktedir<sup>32</sup>. Bu ihtimalde artık toplantı başkanının her toplantıda genel kurul tarafından seçimi söz konusu olmayacak, anasözleşme ile belirlenen toplantı başkanı, görevini seçim olmaksızın icra edecektir. Şayet kuruluş anasözleşmesinde öngörülmemiş ise toplantı başkanlığını yapacak kişinin anasözleşmeyle belirlenmesine ilişkin hüküm de, TTK 421 uyarınca ağırlaştırılmış nisaplarla alınacak genel kurul kararıyla anasözleşmeye konulacaktır. Bu durumda, aslında toplantı başkanının seçimle veya anasözleşme ile belirlenmesinin çok da farklılık arz etmediği, hatta anasözleşme hükmüyle belirlenmesinin uygulama açısından kolaylık sağlayacağı dahi ifade edilebilir. Ancak diğer taraftan, nasıl olsa toplantı başkanı olduğunu bilen bir kişinin genel kurul toplantılarını tarafsız ve objektif bir şekilde yönetmeyebileceği, özensiz hareket edebileceği de rahatlıkla söylenebilir.

Toplantı başkanı anasözleşme ile belirlenmesine rağmen, genel kurul tarafından toplantı başkanı seçilmesi ihtimali de akla gelmektedir<sup>33</sup>. Öğretide, anasözleşme ile belirlenen toplantı başkanının toplantıyı yönetmeye hazır

<sup>31</sup> Böyle bir durumda, TTK 478 uyarınca, toplantı başkanı seçilebilme hakkı tanınan payların imtiyazlı olup olmadığı meselesi gündeme gelebilecektir.

<sup>32</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. bkz. **Necat AZARKAN**, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir? Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28-29, Yıl:2012-2013.

<sup>33</sup> Bunun dışında, toplantı başkanının genel kurul tarafından seçilmesi durumunda veya anasözleşme ile belirlenmesi halinde aynı toplantıda genel kurul toplantı başkanını görevden alabilecek midir? Öğretide, genel kurulun seçmiş olduğu bir başkanın toplantıyı gereği gibi yönetmemesi durumunda, daha sonra açılacak bir iptal davası ile karşılaşmamak adına genel kurulun yeni bir toplantı başkanı seçmesinin dava ekonomisi açısından fayda sağlayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, toplantı başkanının anasözleşme ile tespit edildiği durumlarda, toplantı başkanının genel kurul tarafından değiştirilebileceğinin kabulü anasözleşmeye aykırılık taşıyacağı da ileri sürülebilir.

olmasına ve herhangi bir engel olmamasına rağmen genel kurulun bir başkasını toplantı başkanı olarak seçmesi durumunda, seçim kararının ve buna bağlı olarak toplantıda alınan kararların iptal edilebilir olduğu belirtilmiştir<sup>34</sup>.

Çalışma konumuz açısından, toplantı başkanının anasözleşme ile belirlenmesi durumunda karşılaşılabilecek temel sorunlardan birisi, toplantı başkanının toplantıya gelmemesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğidir. Anasözleşme ile belirlenen toplantı başkanının toplantıya gelmemesi durumunda toplantının ertelenmesi veya toplantı başkanının toplantıya gelmediğinin tespit edilmesi suretiyle genel kurul tarafından toplantı başkanının seçilebilmesi düşünülebilir.

Toplantı başkanının anasözleşme ile belirlenmesi durumunda toplantı başkanı toplantıya gelmediğinde, toplantının erteleneceğinin kabulü halinde, TTK'da ve hatta Yönetmelikte öngörülmeyen fiili bir erteleme nedeninin ortaya çıkması söz konusudur.

Öğretide, başkanın anasözleşmede gösterilmesine rağmen toplantıya gelmemesi durumunda, genel kurulun toplantı başkanını seçmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>35</sup>. Aksi takdirde, anasözleşmede toplantı başkanı olarak belirlenen kişi toplantıya gelmeyerek toplantının ertelenmesini sağlama imkanına kavuşabilecektir. Burada en azından anasözleşme ile belirlenen toplantı başkanının sadece ilk toplantıya gelmemesinin toplantının ertelenmesine neden olabilmesi, ancak ikinci toplantıya da gelmemesi halinde, genel kurulun toplantı başkanını seçebilmesinin kabulünü öngören bir düzenlemenin yapılması, şirketin işleyişini akamete uğratmaması açısından faydalı olabilecektir. Genel kurul toplantılarının birçok defa ertelenmesi, şirketin kısa zamanda alabileceği kararların alınamaması nedeniyle rekabette geride kalmasına, belirli bir süre organsız kalmasına ve benzeri olumsuzluklara da neden olabilir. Hatta anasözleşme ile belirlenen toplantı başkanı, genel kurul toplantılarına katılmayarak, şirketin kilitlenmesine dahi yol açabilir.

Toplantı başlamadan önce erteleme tutanağının yönetim kurulu üyesi mi yoksa anasözleşme ile belirlenmiş toplantı başkanı tarafından mı düzenlenmesi gerektiği ayrıca değerlendirilebilir. Böyle bir durumda, toplantı henüz başlamadığı için toplantı başkanının görev ve yetkisinin de

<sup>34</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 136; AZARKAN, s. 82.

<sup>35</sup> İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 141; Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2018, s. 928.

başlamadığı, dolayısıyla bu aşamada yönetim kurulu başkanının veya üyesinin erteleme tutanağını düzenlemeye yetkili olduğu söylenebilir.

### **E. TOPLANTI NİSABINI SAĞLAYAMAYAN ORTAKLARIN, NİSABIN BULUNUP BULUNMADIĞI KONUSUNDA İNCELEME YAPIP YAPAMAYACAĞI**

Çoğunluk pay sahibi (sahipleri) herhangi bir nedenle (keyfi bir biçimde dahi) genel kurul toplantısına katılmamak ve gerekli olan nisabın sağlanamamasını temin etmek suretiyle, TTK 418 ve GKY 28/1 uyarınca genel kurul toplantılarını iradi olarak erteletme imkanına sahiptirler. Hatta bu sermaye çoğunluğu, GKY 28/2 uyarınca, nisaplar mevcut olsa bile gündeme geçilmeden önce yapılacak bir oylamada alınacak genel kurul kararı ile de toplantıyı erteleyebilirler.

Böyle bir durumda, toplantının yapılabilmesi için gerekli nisabı sağlayamayan pay sahipleri, pay devirlerini (pay devir sözleşmelerini<sup>36</sup>), pay defterinde bulunan kayıtları, 6362 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca kayden izlenen paylar ile hamiline yazılı paylar bakımından Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanan pay sahipleri çizelgesini inceleme yetkisine sahip midirler?

Toplantı nisabını sağlayamayan ortakların (ve her bir pay sahibinin), GKY'nin 15. maddesine göre, genel kurul toplantısında hazır bulundurulması gereken pay defterinden, kimlerin hangi tutarda paya sahip olduğunu kontrol etmeye hakkının bulunduğu, bu bağlamda yukarıda örnekleyici biçimde sayılan bilgi ve belgeleri inceleme hakkına sahip oldukları, yönetim kurulu üyelerinin, bu bağlamda gerçekleştirilen incelemede bu ortaklara yardımcı olmakla yükümlü oldukları, ayrıca görevlendirilmişse bu incelemeyi sağlama yükümlülüğünün Bakanlık Temsilcisinin görevi içerisinde kaldığı kanaatindeyim.

Herhangi bir haklı neden yok veya aslında nisap sağlanmış iken erteleme kararı alınmışsa, toplantının ertelenmesini sağlayan çoğunluk pay sahiplerinin, erteleme nedeniyle şirketin zarara uğraması ihtimalinde sorumluluğu söz konusu olacak mıdır? Her ne kadar genel kurulda alınan kararlar dolayısıyla pay sahiplerinin sorumluluğunun bulunmadığı kabul

<sup>36</sup> Pay sahiplerinin, pay devir sözleşmelerini inceleme hakkına sahip olup olmadıkları, örneğin pay devir sözleşmelerinin ayırtım gücünün bulunamaması, şekil şartlarına uyulmaması veya muvazaa gibi nedenlerle kesin geçersiz olduğunu ileri sürme imkânına sahip olup olmadıkları da ayrıca değerlendirilebilir.

edilmekte ise de, burada genel kurul tarafından alınan bir karar değil, çoğunluk pay sahiplerinin genel kurul toplantısının yapılmasını keyfi bir biçimde engellemeleri nedeniyle ortaya çıkan bir zarar söz konusudur. Bu ihtimalde şartları gerçekleştiği takdirde, anılan pay sahiplerinin genel hükümlere göre sorumluluğunun doğabileceği kanaatindeyim.

## F. TOPLANTI BAŞLAMADAN ÖNCE VEYA TOPLANTI SIRASINDA TOPLANTININ ERTELENMESİ HALİNDE İKİNCİ TOPLANTININ NE ZAMAN YAPILMASI GEREKTİĞİ

TTK 409'a göre, olağan genel kurul toplantısının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılacağı düzenlenmiştir.

TTK 420 uyarınca, finansal tabloların ve buna bağlı konuların müzakeresi bir ay sonraya bırakılmaktadır. GKY 10/4'e göre de, "*Azlığın istemi üzerine, Kanunun 420 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca genel kurul toplantısının, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya ertelenmesi halinde, erteleme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilir ve internet sitesi açmakla yükümlü olan şirketlerin internet sitelerinde karar tarihinden itibaren en geç beş gün içinde yayımlanır. Ertelenen genel kurul bir ay sonra yapılmak üzere, çağrı usulüne uyularak tekrar toplantıya çağrılır.*"

TTK 421/1'de ilk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantının yapılabilmesi düzenlenmiştir.

Oysa, GKY'nin 28/1. maddesine göre, toplantı başlamadan önce veya toplantı sırasında toplantının ertelenmesi halinde ikinci toplantının ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme TTK'da veya GKY'de bulunmamaktadır. TTK 421/4'te de, izleyen toplantıların ne zaman yapılacağı düzenlenmemiştir.

Erteleme halinde, (TTK 409 ve 420<sup>37</sup>, GKY 10/4 ve TTK 421/1'de olduğu gibi) ikinci toplantının ne zaman yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunması,

<sup>37</sup> TTK 420'de öngörülen bir aylık sürenin asgari bir süre mi (**Ünal Tekinalp**, "Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi Sorunlar, Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, 1976, s. 240; **Ömer TEOMAN**, "Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK 377) Konusundaki Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1988, s. 84-85), yoksa sabit (mutlak) bir süre mi (**Hayri DOMANIÇ**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, İstanbul, 1988, s. 626; **TEOMAN**, Müzakerenin Ertelenmesi, s. 97; **ORBAY ORTAÇ**, s. 169) olup olmadığı tartışmalıdır.

keyfi birtakım uygulamaların önüne geçeceği gibi sorumluluğu gerektiren bir durumla karşılaşıldığında daha nesnel değerlendirmelerin yapılabilmesine imkân sağlayacaktır.

TTK 420 ile aynı doğrultuda olan GKY'nin 10/4 hükmü, “toplantının bir ay ertelenmesinden”, TTK 421/1 “en geç bir ay içinde ikinci toplantının yapılmasından”, söz etmekte, TTK 418 ve GKY'nin 28. maddesi ise ikinci toplantının yapılabilmesi için herhangi bir süre öngörmemektedir. TTK 420 ve 421'deki sürelerin TTK 418 ve GKY'nin 28. maddesine kıyasen uygulanması akla gelmektedir. Fakat, bu ihtimalde de, TTK 420'nin mi yoksa 421'in mi kıyasen uygulanmasının hukuken daha doğru olacağı değerlendirilmelidir. TTK 420 uyarınca toplantının bir ay sonraya bırakılması (ertelenmesi) hükmü, toplantının mutlaka bir ay içerisinde yapılmasını zorunlu kılan bir hüküm olmayıp, ertelenme amacına uygun olarak en erken bir ay sonra toplantının yapılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Azınlık pay sahiplerinin finansal tabloları inceleyerek bunlar hakkında sağlıklı bilgi edinebilmesi ile finansal tabloların itiraza uğrayan noktalarının cevaplanmasının, hükmün amaçları arasında yer aldığı düşünüldüğünde, azami bir süre belirlenmeyerek, toplantının bir ay sonra yapılabilmesine ilişkin düzenlemenin bu bağlamda isabetli olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, TTK 421'de salt nisabın sağlanamaması nedeniyle yapılan ertelemelerde, böyle bir amaç bulunmadığından yasa koyucunun bir an önce (en geç bir ay içinde) toplantının yapılmasını arzu etmiş olduğu düşünülebilir. TTK 418 ve GKY'nin 28. maddesinde de erteleme nedeniyle yapılacak ikinci bir toplantı sözkonusu olduğundan, en geç bir ay içinde toplantının yapılmasını öngören TTK 421/1 hükmünün kıyasen uygulanmasının daha uygun olduğu sonucuna varılabilir. Hatta TTK 421/1'de nitelikli yetersayıların bulunduğu, yasa koyucunun bu süreyi pay sahiplerinin ve yönetim kurulunun yetersayıların sağlanması açısından çeşitli girişimler ve değerlendirmeler yapabilmesi için öngörmüş bir süre olarak da düşünmüş olacağı söylenebilir. Bununla birlikte, TTK 418'de ertelenen genel kurul toplantısında artık yasanın deyişiyle “nisap da aranmayacağından”, bu süreyi kıyasen uygulanabileceğini kabul etmiş olduğumuz TTK 421/1'de yer alan “en geç bir ay içinde” süresinden daha kısa bir süre olarak anlamının<sup>38</sup> (başka bir deyişle herhangi bir süre kısıtı olmaksızın genel kurul toplantısının bir an

<sup>38</sup> TTK 414 uyarınca, genel kurul toplantı çağrısı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılabildiğinden ve toplantı çağrısının yayınlanmasının da en erken iki gün alabileceği düşünüldüğünde, genel kurul toplantısının toplamda yaklaşık olarak 18 günde yapılabileceği söylenebilecektir.

önce yapılabilmesinin), TTK 418 kapsamında alınacak kararlar (yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi, süreleri ve ibrası, kârın kullanım şekli, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesi, bağımsız denetçinin seçimi gibi) dikkate alındığında, şirket menfaatleri açısından daha faydalı olabileceği düşüncesindeyiz.

Öte yandan, TTK 420 hükmünde bir ay sonra toplantının yapılabileceğinin düzenlenmesi tam bir ay sonra değil, fakat en az bir ay sonra şeklinde anlaşılabileninden sonraki toplantının bu sefer de, en geç ne zaman yapılabilceği konusunda tartışmalar doğuracaktır. GKY'nin 28/4. maddesinde, TTK 420'de olduğu gibi toplantının yine bir ay sonraya erteleneceği düzenlenmiştir. Burada, her ne kadar TTK 420 uyarınca azınlığın genel kurul toplantısını talep ederken herhangi bir gerekçe ileri sürmek zorunda olmadığı kabul edilmekte ise de, GKY'nin 28/4. maddesi de dikkate alınarak, bir aydan az olmamak koşuluyla TTK 420/2'de finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları varsa ilgililerin dürüst hesap verme ölçüsü uyarınca cevap vermesi gereken süre ile azınlığın finansal tablolar hakkında değerlendirme yapabilmesi ve müzakeresi için gerekli olan bir süre sonra ikinci toplantının yapılabilceğini kabul etmek gerekir.

Yönetim kurulunun TTK 420'deki sürenin belirlenmesi sırasında keyfi davranmaması, toplantının yapılmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunları da özenle değerlendirmesi uygun olacaktır. Buna uygun davranılmadığı ve şirketin ya da azınlık pay sahiplerinin zarara uğraması durumunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da gündeme gelebilir.

GKY 11/1-e'ye göre, "*ilk toplantının herhangi bir nedenle ertelenmesi üzerine genel kurul yeniden toplantıya çağrılıyor ise, erteleme sebebi ile yapılacak toplantıda yeterli olan toplantı nisabı*"nın belirtilmesi gerekir. Böyle bir hükme yer verilmesi, pay sahibinin erteleme sebebine göre, toplantıya katılmalarının teşvik edilmesi açısından fayda sağlayabilir.

GKY'nin 10/3 maddesi uyarınca, "*Çağrısı yapılan ilk toplantıda nisabın temin edilememesi halinde, genel kurul aynı usulle yeniden toplantıya çağrılır. İlk toplantının ilan metnine, nisabın sağlanamaması halinde yapılacak ikinci toplantının çağrısına dair konulan hükümler geçersizdir*". Hükmün amacı, genel kurul çağrısının pay sahipleri nezdinde oluşturulmak istenen uyarıcı işlevinin etkinliğinin sağlanmasıdır. Zira aynı ilanla iki toplantının çağrı zamanının belirlenmesine nazaran, genel kurul çağrı ilanlarının ayrı ayrı yapılması aynı etkiyi göstermeyecektir. Ayrıca çağrı usulünde ortaya çıkabilecek aykırılıkların etkisinin ortaya çıkarabileceği sorunların da böylece azaltılması mümkün olacaktır. Buna ek olarak, GKY'nin bu hükmü ilk toplantı ilan metninde, nisabın sağlanamamasına

bağlı olarak yapılacak ikinci toplantının zamanının da baştan belirlenmesini engellemektedir. Yönetim kurulu böylece ikinci toplantının yapılmasına ilişkin süre açısından daha esnek davranabilecektir.

### **G. TTK 421/2, 3 VE 4 HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA NİSAP BULUNMAMASI NEDENİYLE YAPILAN SONRAKİ TOPLANTILARIN ERTELEME TOPLANTISI OLARAK KABUL EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ**

TTK 421/4'te, ikinci ve üçüncü fıkralarda, öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşılmadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisabın aranacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, izleyen toplantıların ilk toplantının devamı sayılıp sayılmayacağı hükümden anlaşılamamaktadır.

TTK 421/4'te ikinci (oy birliği ile alınan kararlar) ve üçüncü (sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınan kararlar) fıkralarda öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşılmadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisabın aranacağı açıkça düzenlenmiştir. Oysa TTK 421/1'de anasözleşme değişikliği için ilk toplantıda sermayenin en az yarısını, ikinci toplantıda ise sermayenin en az üçte birini temsil eden pay sahiplerinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları gerektiği belirtilmesine rağmen daha sonraki toplantılarda bu nisabın bulunmasının gerekli olup olmadığına ilişkin olarak bir düzenleme yapılmamıştır.

TTK 421/2 ve 3'te öngörülen toplantı nisabına ulaşılmaması durumunda, izleyen toplantılardan söz edilmesi (TTK 421/4), nisaba ulaşılmaması durumunda yapılacak sonraki toplantıların bir erteleme toplantısı olduğunu düşündürmektedir. TTK 418'de de açıkça ertelemeyen söz edilmemekte, ilk toplantıda nisaba ulaşılmadığı takdirde 2. toplantıda nisap aranmamasından söz edilmektedir. Bununla birlikte, böyle bir durumda sonraki toplantılarda da anılan nisaba ulaşılmadığı takdirde erteleme ne zamana kadar devam edeceği belirsizdir. TTK 421/4'te de "izleyen toplantılar" diyerek, açıkça izleyen toplantıların yapılabileceğinden söz etmekle birlikte, genel kurul toplantılarının erteleme ne zamana kadar devam ettirileceği açıklanmamıştır. Hüküm bu yönüyle sorunlu olup, genel kurul toplantılarının herhangi bir zamansal sınırlama olmaksızın, sürekli bir biçimde ertelenmesine yol açabilir.



Öte yandan TTK 421/1'e kıyasen, ilk toplantıdan sonraki toplantının erteleme toplantısı, daha sonraki toplantının ise ilk toplantı olarak kabul edilmesi düşünülebilir.

Diğer taraftan, izleyen toplantılardan söz edilmesine rağmen açıkça bir erteleme hükmüne yer verilmediğinden, ilk toplantıda belirtilen nisaplara ulaşılmadığı takdirde, sonraki toplantılardan her birini yeni bir toplantı (ilk toplantı) olarak kabul etmeye müsait olduğu, başka bir deyişle ertelenen toplantılarda da aynı yetersayının devam ettirilmek istendiği, burada yasa koyucunun sadece nisabın sonraki toplantılarda aranacağına vurgu yapmak istediği ileri sürülebilir.

İlk toplantıdan sonraki toplantının (veya ilk toplantıdan sonraki toplantıların tamamının) bir erteleme toplantısı olarak kabul edilmesi nisap açısından bir farklılık yaratmıyor ise de, ilk toplantı için verilen vekaletin sonraki toplantılarda da geçerli olup olmayacağı ve toplantının gündemi gibi bazı konular açısından farklılıklar yaratacağından önem taşımaktadır.

Kişisel kanaatimiz, yasa koyucunun TTK 421/3 ve 4 hükümlerinde, sonraki toplantının veya toplantıların birer erteleme toplantısı olarak düzenleme amacını taşımadığı, yalnızca sonraki toplantılarda da aynı nisabın uygulanmasına vurgu yapmak istediği düzenlemeler olarak kabulü gerektiği yönündedir. Zira aynı hükmün 1. fıkrasında açıkça sonraki toplantıda ertelemeden söz ediyorken, hemen sonraki fıkralarda ertelemeden hiçbir şekilde söz etmemesi karşısında yasa koyucunun toplantıyı (toplantıları) erteleme amacının bulunmadığı düşüncesindeyiz.

## **H. ERTELEME TOPLANTISINDA GÜNDEMİN DEĞİŞTİRİLİP DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ SORUNU**

GKY 21/2, c. son'da, "*Gündemin değiştirilmemesi kaydıyla, nisabın yokluğu, azlığın talebi veya genel kurulun kararıyla yahut herhangi bir nedenle toplantının ertelenmesi halinde yapılacak toplantılar hukuken önceki toplantının devamı sayılır.*" denilmiştir.

Görüleceği üzere Yönetmelik, ertelenen toplantının hukuken önceki toplantının devamı sayılabilmesi için gündemin değiştirilmemesini şart koşmuştur.

Nitekim öğretide bir görüşe göre, GK 21/2, son cümle hükmüne dayanılarak, izleyen toplantıya ilişkin çağrıda gündem değiştirilerek ilan yapılmışsa artık sonraki toplantının ilk toplantının devamı niteliğinde olduğunun söylenemeyeceği, bu halde yapılan toplantının, ertelenen

toplantıdan bağımsız bir toplantı olarak kabul edilmesi gerektiği, bunun özellikle asgari toplantı nisabının sağlanmadığı toplantıyı izleyen sonraki toplantı açısından önem arz ettiği, bu sebeple erteleneni izleyen toplantıda TTK 418 gereği nisap aranmayacağı, nisaba ilişkin bir hukuki sakatlığı engellemek için toplantı başkanının izleyen toplantıda gündeme dair bir değişiklik olup olmadığına dikkat etmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>39</sup>.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise erteleme toplantısının gündemi ilk toplantıdan farklı ise burada bir ayırım yapılarak, önceki toplantıda yer alan gündem maddeleri yönünden yapılan toplantı ikinci, diğer gündem maddeleri açısından ise ilk toplantı olarak değerlendirilmeli, ayrıca GKY 21/2 düzenlemesinin sadece konu edildiği vekaletnamenin süresiyle sınırlı olarak kabul edilmeli, herhangi bir sebeple ertelenen bütün toplantıların yetersayılar yönünden ilk toplantının devamı niteliğinde olduğu benimsenmeli, dolayısıyla ilk toplantı için aranan nisapların aranmaya devam edilmesi mümkün olmalıdır<sup>40</sup>.

GKY 21 hükmünün, anılan ikincil mevzuat içerisinde düzenlendiği yer dikkate alındığında, pay sahibinin kendisini temsil ettirmek üzere verilmiş olan vekaletnamelerin erteleme üzerine yapılacak toplantılarda da geçerli bir şekilde kullanılmasının mümkün olup olmadığını düzenlemek amacını taşıdığı anlaşılmaktadır. Zira mevcut gündem maddelerinin değiştirilmesi (veya gündem maddelerinin eklenmesi) durumunda, yeni gündem maddelerine göre pay sahibinin genel kurul toplantısına kendisi katılmak isteyebileceği gibi başka bir kişinin (gündem maddesi hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapabilecek bir uzmanın) katılmasını da tercih edebilir. Hükmün erteleme toplantılarında gündeme madde eklenip eklenmemesine yönelik bir amacı bulunmamaktadır.

Anılan hükme uyulmaması (gündemin değiştirilmesi) durumunda olsa olsa değiştirilmiş gündem maddeleriyle yapılan toplantıda ilk toplantı için düzenlenen vekaletnamenin kullanılamaması söz konusu olabilecektir. Bunun yanında, sonraki toplantıda eklenen gündem maddeleri yönünden toplantı ilk toplantı olarak kabul edilecektir. Aksi düşüncenin benimsenmesinin TTK'da bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle normlar hiyerarşisine de aykırılık oluşturabileceği kanaatindeyiz.

<sup>39</sup> ORBAY ORTAÇ, s. 170- 171; Güzin ÜÇİŞİK/ Aydın ÇELİK, Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2013, s. 273.

<sup>40</sup> ZENGİN, s. 314 ve dn. 695.  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

#### IV. TOPLANTININ TOPLANTI SIRASINDA (BAŞLADIKTAN SONRA) ERTELENMESİ (GKY 28/1)

TTK 418, "İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde" ikinci toplantıdan söz etmek suretiyle toplantının ertelenmesi gereğini dolaylı da olsa kabul etmiştir. Hükmün sözü, erteleme için yalnızca toplantının başında nisabın sağlanamamasına özgülendiği şekilde bir anlama da gelmekle birlikte, "nisabın toplantı süresince korunması şartı" gözönüne alındığında herhalde bu ifadenin, "toplantı nisabına ulaşamadığı ve ulaşılan toplantı nisabının toplantı sürecince korunamadığı" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Toplantı nisabına toplantının başında ulaşılmasının yeterli görülmemekle toplantı süresince toplantı nisabının aranması (TTK 418/1, 2. cümle) şartı, nisabın yitirilmesinden önceki kararların geçerli olup olmadığına ve geçerli olduğu kabul edilecekse bunun gerekçelerine yönelik tartışmalara neden olmuştur. Öğretide PULAŞLI<sup>41</sup> hükmünde yer alan düzenlemenin çağrısız genel kurul toplantısındaki gibi olduğunu, toplantıdan ayrılmaya kadar alınan kararların bundan etkilenmeyeceğini; BİLGİLİ/DEMİRKAPI<sup>42</sup> ve ÇAMOĞLU<sup>43</sup>, toplantı boyunca ibaresinin her bir gündem maddesine ilişkin oylama olarak anlaşılması gerektiğini, toplantı nisabı düşene kadar alınan kararların geçerli olmaya devam edeceğini, ZENGİN<sup>44</sup>, gündemde yer alan her bir hususla ilgili olarak görüşme yapılabilmesi ve devamında oylamaya geçilerek karar alınabilmesi için karar ehliyetinin bir şartı olarak toplantı yetersayısının sağlanmış olmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.

Öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüş, toplantı nisabının toplantının başında aranmasının yeterli olduğunu, bundan sonra artık toplantı nisabına göre belirlenen karar nisabının aranmasının yerinde olacağını, bu düzenlemenin gündem çerçevesinde alınan her bir kararın diğerinden bağımsız olduğu ilkesine aykırılık oluşturduğunu, TTK 418/1 hükmünden, "Bu nisabın (toplantı nisabının) toplantı süresince korunması şarttır." cümlesinin kanundan ve GKY'den çıkarılması ve toplantı nisabının, kural olarak (istisnaen farklı toplantı nisabına tabi gündem maddeleri varsa bu

<sup>41</sup> Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s. 371.

<sup>42</sup> Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, s. 333.

<sup>43</sup> POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, C. I, N. 708.

<sup>44</sup> ZENGİN, s. 434, 435.

gündem maddelerinde) sadece toplantı başında aranması ile yetinilmesinin gerektiğini ifade etmiştir<sup>45</sup>.

TTK 418 ve GKY'nin 22. maddesi toplantı nisabının toplantı süresince korunmasını ararken, GKY'nin 28. maddesi karar nisabının toplantı süresince devam etmesini<sup>46</sup> aksi takdirde, toplantının ertelenmesini düzenlemektedir. GKY'nin 28. maddesi bu yönüyle TTK 418'de yer almayan bir konuyu düzenlemekte olup, anılan düzenleme normlar hiyerarşisine aykırıdır<sup>47</sup>.

GKY'nin 28. maddesi, toplantı sırasında yapılan yoklama sonucunda toplantı açılmadan önceki hazır bulunan pay listesine göre, hesaplanan karar nisabı kadar payın temsil edilmediğinin anlaşılması halinde toplantının erteleneceğini düzenlemektedir. Hüküm uyarınca, başlamış toplantının ertelenmesi için toplantı nisabının değil, toplantı nisabına göre belirlenen karar nisabının bulunmadığının anlaşılması gerekir. Başka bir deyişle, toplantı sırasında ertelemeye toplantı nisabının bulunmaması değil, karar nisabının bulunmaması neden olabilmektedir. Oysa TTK 418'de ertelemeye neden olan nisap, karar değil, toplantı nisabıdır. TTK 418'e açıkça aykırı olabilecek bir şekilde karar nisabının da ertelemeye neden olabilecek şekilde düzenlenmesinin hukuken yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Toplantı yetersayısı mevcut iken karar nisabının bulunmaması nedeniyle toplantının ertelenmesinin değil, olsa olsa genel kurulun ilgili gündem maddesine ilişkin olarak karar alamadığını kabul etmek gerekir. Aksi düşüncede, üstelikte ne zamana kadar erteleneceği belli olmayan genel kurul toplantılarında anılan gündem maddesine ilişkin olarak karar alınmadığının hiçbir zaman tespit edilemeyeceği bir ihtimal ile karşı karşıya kalınabilecektir. GKY 28 hükmünün konuluş amacının da bu olmadığı düşüncesindeyiz.

## V. TOPLANTININ GKY 28/2 UYARINCA HERHANGİ BİR NEDEN GÖSTERİLMESİNE GEREK OLMASIZIN GÜNDEME GEÇİLMEYEN ÖNCE ERTELENMESİ

<sup>45</sup> BAHTİYAR, Nisabın Korunması Şartı, s. 60.

<sup>46</sup> GKY 28/1 hükmünden, karar nisabının bulunup bulunmadığına yönelik incelemenin/kontrolün her gündem maddesine ilişkin olarak karar alınmasından önce mi yoksa şüphe halinde mi yapılması gerektiği hususu anlaşılacaktır. Bununla birlikte, gündemde ağırlaştırılmış toplantı nisabının aranmasını gerektiren bir madde varsa, ilgili gündem maddesine gelindiğinde, nisabın bulunup bulunmadığının toplantı başkanlığı tarafından kontrol edilmesi gerekir (İç Yönerge Örneği 8/1-i).

<sup>47</sup> Öğretide BAHTİYAR, GKY 28/1 hükmünün TTK 418 ile çelişmekte ise de, olması gereken hukuk bakımından isabetli olanın yönetmelik hükmü olduğunu ifade etmektedir. BAHTİYAR, Nisabın Korunması Şartı, 97- 98.

Genel kurulun toplantı nisabı bulunmasına rağmen toplantıyı erteleyebileceğine ilişkin bir düzenleme, TTK'da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, GKY'nin 28/2. maddesi uyarınca, "Kanun ve esas sözleşmeye uygun olarak çağırılmış genel kurul toplantısı ancak gündeme geçilmeden önce<sup>48</sup> ve genel kurul tarafından alınacak bir karar ile ertelenebilir."

GKY'nin 28/2 hükmü uyarınca, toplantının genel kurul tarafından ertelenebilmesi için pay sahiplerinin genel kurula kanun ve anasözleşme uyarınca çağırılması ön koşul olarak aranmakta ve bu koşul gerçekleşikten sonra ve ancak gündeme geçilmeden önce genel kurul kararıyla toplantının ertelenebileceği kabul edilmektedir. Böylece yasa koyucu, gündeme geçildikten sonra çoğunluğun, istediği gündem maddelerini erteleyebilmesini, istediği gündem maddelerini görüşmesini kabul etmemiştir. Başka bir deyişle, sermaye çoğunluğunu oluşturan pay sahipleri gündem maddelerine geçilmeden önce ya gündem maddelerinin tamamını erteleyecek ya da toplantıya devam edeceklerdir.

Toplantı gündemine geçilebilmesi için toplantıyı yönetecek olan toplantı başkanlığının oluşturulması gerekmektedir. GKY 14 ve TTK 419 uyarınca toplantı başkanı anasözleşmede belirlenebileceği gibi genel kurul tarafından da seçilebilmektedir. Toplantı başkanının anasözleşmeyle belirlenmediği bir varsayımda, toplantı başkanı henüz seçilmemiş olduğundan, toplantıya

<sup>48</sup> Uygulamada, TTK 420 uyarınca finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların, azınlık pay sahipleri tarafından gündeme geçilmeden, hatta toplantı başkanlığı dahi oluşturulmadan önce ertelenmesinin talep edildiği görülmektedir. Anılan hükme dayanılarak yapılacak erteleme talebinin gündeme geçilmeden önce yapılacağına ilişkin olarak TTK'da ve GKY'de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla TTK 420 gereği erteleme talebinin gündeme geçildikten ve bazı kararlar alındıktan sonra dahi yapılabilmesi mümkün olabilir. Burada önemli olan hususun erteleme talebinin, finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların görüşülmesinden daha önce toplantı başkanlığına ulaştırılması olduğu söylenebilir. Buna karşılık, olağan genel kurul toplantısında sırasıyla hangi gündem maddelerinin yer alacağını düzenleyen GKY'nin 13. maddesinde, finansal tabloların okunması müzakeresi ve tasdikinin 4., yıllık faaliyet raporunun okunması ve müzakeresinin 2., denetçi raporlarının okunmasının 3. gündem maddesi olarak yer aldığı görülmektedir. Buna göre, 1. gündem maddesi olan toplantı başkanlığının oluşturulmasından hemen sonra toplantının ertelenmesi talep edilmeyerek, 4. gündem maddesine gelindiğinde erteleme talep edilirse, o zamana kadar okunmuş ve görüşülmüş olan yönetim kurulu faaliyet raporunun ve denetçi raporunun okunmasının ve görüşülmesinin ertelenmesi söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle, her ne kadar finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların ertelenmesi talebinin gündeme geçilmeden önce yapılması gerektiğine ilişkin TTK ve GKY'de herhangi bir hüküm yer almamakta ise de, toplantı başkanlığının oluşturulmasından sonra yapılması yerinde olacaktır.

katılması zorunlu olan yönetim kurulu üyesinin toplantı nisabının bulunup bulunmadığını kontrol ederek, toplantı nisabı bulunmuyorsa, bu durumu tutanakla tespit etmesi ve Kanunda öngörülen hallerde toplantıyı ertelemesi gerekir. Görevlendirilmesi durumunda tutanağa, Bakanlık Temsilcisi de imza atmalıdır (TTK 422, GKY 26).

Bununla birlikte, gündemin düzenlendiği GKY'nin 13. maddesinde, öncelikle, “*Açılış ve toplantı başkanlığının oluşturulması*”nın yer aldığı, GKY Ek – 4’te yer alan “*Örnek Genel Kurul Toplantı Tutanağı*”nda toplantı başkanlığı seçiminin gündemin birinci maddesi olarak yer aldığı görülmektedir. Bu düzenlemelerde, toplantı başkanının seçilmesi birinci gündem maddesi olarak yer aldığından, başkanının seçilmesi ile gündeme geçilmiş olacağı, dolayısıyla erteleme artık yapılmasının mümkün olmayacağı düşünülebilir. Başka bir deyişle bir defa toplantı başkanlığı oluşturulduktan sonra, artık gündeme geçilmiş olduğundan GKY 28/2 uyarınca erteleme talebinin ve buna bağlı olarak erteleme kararının alınmayacağı ileri sürülebilir. Diğer taraftan toplantı başkanlığının oluşturulmadığı bir aşamada da erteleme önerisinin genel kurula sunulması ve erteleme kararının alınması mümkün olamayacaktır.

Toplantı başkanının seçilmesi ile birlikte gündemin görüşülmeye başlandığı izlenimi yaratan bu düzenlemeler yerine, toplantı başkanının seçilmesinin açıkça gündem dışında tutulmasının, bu konuda ortaya çıkabilecek tartışmaları ve sorunları önleyeceği, bu bağlamda hukuken daha isabetli olacağı düşüncesindeyim.

Ayrıca, toplantı başkanının anasözleşme ile öngörülmesi durumunda ise doğrudan gündem maddelerine geçilebileceğinden, toplantı başkanlığı seçiminin ayrı bir gündem maddesi olarak gündemde yer almasına gerek kalmayacak, bu nedenle toplantı başkanlığı seçiminin gündeme geçilmesi anlamına gelip gelmediği hususu tartışma konusu olmayacaktır.

Öğretide, genel kurulun ancak gündeme geçmesinden önce ertelenebileceğine ilişkin düzenleme eleştirilmekte, bu düzenlemenin yasal bir dayanağının bulunmadığı belirtilmektedir<sup>49</sup>. Bu düşüncenin, yani GKY 28/2 hükmünün normlar hiyerarşisine aykırı olduğu kabul edilirse, genel kurul gündeme geçilmeden önce dahi erteleme kararı veremeyecek, erteleme kararı verilmesi durumunda da genel kurulun sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden (erteleme nedeniyle şirket bir zarara uğramış olsa bile), verilen erteleme kararı dolayısıyla herhangi organa yönelik bir müeyyide gündeme gelmeyecektir. Genel kurulun vermiş olduğu erteleme kararının

<sup>49</sup> ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP), C. I, N. 704b.  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

iptali için dava açılacağı düşünülebilir ise de yargılama sürelerinin uzunluğu nedeniyle, belki de çoğu zaman genel kurul toplantısı yapılmış olacağından (veya genel kurul toplantısının yapılması için gereken prosedür başlatılmış olacağından) davanın konusuz kalması söz konusu olabilecek ya da mahkeme bir iptal kararı vermiş olsa bile herhangi bir işlevi söz konusu olmayacaktır. Tüm bunların yanında yönetmelik hükmü ile bir iptal nedeni öngörülemediği de rahatlıkla ileri sürülebilir.

Bir an için GKY 28/2 hükmünün yasal bir dayanağının mevcut olup olmadığı ve normlar hiyerarşisine aykırı bulunup bulunmadığına ilişkin tartışma bir yana bırakılırsa, anonim ortaklık genel kurul toplantılarında, toplantının başında veya toplantı sırasında ertelenmesinin bir ihtiyaç hatta bir zorunluluk olarak ortaya çıkabileceği şüphesizdir.

Nitekim öğretide, belirli gündem maddelerinin görüşülmesinden sonra şiddetli bir depremin meydana gelmesi, yönetim kurulu üyelerinden veya katılımcılardan birinin ciddi bir rahatsızlık geçirerek hastaneye kaldırılması gibi bir nedenle, bazı maddelerin müzakere edilmesinden sonra sunulan bir öneri doğrultusunda veya bu nedenler gerçekleşmeksizin hakkın kötüye kullanımı sayılmayacak durumlarda bir pay sahibinin sunduğu bir öneri üzerine genel kurul toplantısının ertelenebileceği (hatta bu son durumda toplantı başkanının toplantıyı erteleyip ertelememe konusunda bir yetkisinin bulunmadığı) ifade edilmektedir<sup>50</sup>.

Genel kurul toplantısında gündeme geçilmesinden sonra ortaya çıkan zorunluluklar nedeniyle veya böyle bir zorunluluk olmaksızın gündeme geçilerek bazı gündem maddelerinin görüşülmesinden sonra erteleme kararı alınıp alınmayacağı, alınmışsa bunun alınan kararlara etkisinin ne olacağı da ayrıca değerlendirilebilir.

Böyle bir durumda, gündeme geçilmesinden sonra erteleme kararı verilmişse ve bu zamana kadar alınan kararların akıbeti de tartışılabilir. Erteleme kararının o zamana kadar alınmış olan kararların geçerliliğine herhangi bir etki yapmayacağı savunulabileceği gibi GKY 28/2 erteleme kararının gündeme geçilmesinden önce verilmesi zorunluluğunu düzenlediğinden bu kararların iptalinin gerektiği de ileri sürülebilir. Erteleme kararının verilmesi anına kadar alınmış olan kararların geçersizliğine neden olabilecek herhangi bir hukuki nedenin (yasaya, anasözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık) bulunmadığı, dolayısıyla genel kurulca alınan kararların geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği,

<sup>50</sup> ORBAY ORTAÇ, s. 164- 165.

erteleme toplantısında ise erteleme kararı nedeniyle görüşülemeyen kararların genel kurulun önüne getirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

GKY 28/2'ye aykırılık gerekçesiyle gündeme geçilmesinden sonra genel kurulun almış olduğu erteleme kararının iptali için açılacak bir iptal davasının yukarıda da belirttiğimiz üzere işlevsiz ve konusuz kalacağı hatta bir yönetmelik hükmüne dayalı olarak bir genel kurul kararının iptal edilemeyeceği savunulabilir<sup>51</sup>.

Erteleme kararının TTK 418 uyarınca basit/ olağan nisapla alınması gerekir. Yönetmelik 28/7'ye göre, “*Birinci fıkrada sayılan nedenlerle toplantının ertelenmesi durumu hariç olmak üzere, erteleme üzerine yapılacak genel kurul toplantılarında toplantı ve karar nisabı hakkında 22 nci maddenin birinci fıkrası uygulanır.*”. Hüküm uyarınca, henüz gündeme geçilmemiş olsa bile burada toplantı başkanlığının alacağı bir karar ile değil genel kurul kararıyla ertelemenin yapılacağı anlaşılmaktadır.

## VII. GÜVENLİK NEDENİYLE TOPLANTININ ERTELENMESİ

GKY'nin 28/5. maddesi uyarınca, “*Kolluk güçlerinin ve varsa Bakanlık temsilcisinin görüşü alınmak suretiyle toplantının güvenlik açısından sağlıklı bir şekilde yapılamayacağına anlaşılması üzerine genel kurul, toplantı başkanlığı tarafından ertelenebilir.*”

Hüküm bünyesinde bazı sorunlar barındırmakta olup, öncelikle belirtmek gerekir ki, GKY, 28/5 hükmünden, “*toplantının güvenlik açısından sağlıklı bir şekilde yapılamayacağına anlaşılması*”nın kim tarafından tespit edileceği belirsizlik arz etmektedir.

Toplantı başlamadan önce yönetim kurulu ve görevlendirilmişse bakanlık temsilcisinin toplantı başladıktan sonra da toplantı başkanının ertelemeye karar vermesi düşünülebilir. Hükümün sözü, “*yapılamayacağına anlaşılmasından*” söz ettiği için henüz toplantı başlamadan önce bir ertelemenin mümkün olduğu izlenimi yaratmaktadır. Ancak bu düşünceye göre, toplantı başlamadan önce toplantı başkanı seçilmiş olmayacağından bir tutarsızlık söz konusu olacaktır.

Toplantı başkanının, güvenliğin toplantının yapılmasına engel olup olmayacağı konusunda tereddüte düşmesi durumunda, genel kurulun görüşüne başvurması da kanaatimce mümkündür. Böylece yönetim kurulu toplantının ertelenmesi veya ertelenmesi gerekir iken ertelenmemesi durumunda ortaya çıkabilecek zarar nedeniyle açılacak sorumluluk davalarını

<sup>51</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 228- 229.  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



da engellemiş olabilecektir. Buna karşılık GKY 28/5 uyarınca her durumda, bakanlık temsilcisinin ve kolluk güçlerinin görüşünün alınması gerekir. Bakanlık temsilcisinin ve kolluk güçlerinin yalnızca görüşünün alınmasından söz edildiği için toplantı başkanının bu görüşlerle bağlı olmadığı, bakanlık temsilcisi ve kolluk güçlerinin olumsuz görüşlerine rağmen genel kurul toplantısının yapılabilmesi yönünde karar verebileceği anlaşılmaktadır<sup>52</sup>.

GKY 28/5 hükmünde, güvenlik nedeniyle toplantının ertelenmesi konusunda "toplantı başkanlığı"nın karar vereceği yazılı ise de, kararın toplantı başkanlığı yani toplantı başkanı ve varsa toplantı başkanlığını oluşturan başkan yardımcısı, tutanak yazmanı ve oy toplama memurunun bir araya gelerek karar vermesi şeklinde anlaşılması, sadece toplantı başkanının karar verebilmesi gerekir<sup>53</sup>.

GKY 28/5'ten anlaşılacakla birlikte, toplantıya başlanmadan önce toplantının ertelenmesine karar verilebileceği gibi toplantı başladıktan sonra ortaya çıkan koşullara göre toplantı sırasında da, ertelemeye karar verilebilir.

Toplantı sırasında erteleme kararı verilmişse, o zamana kadar alınan kararların akıbeti de tartışma yaratabilir. Özellikle güvenlik nedeniyle toplantının ertelenmesine neden olan etkenlerin, bazı pay sahiplerinin iradesinin bozulmasına ve kararın sağlıklı bir biçimde oluşmasına neden olduğu ileri sürülebilecektir. Örneğin yetersayılara etki edebilecek sayıda oya sahip pay sahibinin/ sahiplerinin korkutmayla (ikrah) sakatlanması neticesinde oy kullandıkları, bu nedenle genel kurulun erteleme anına kadar alınan kararların geçersizliği de kolaylıkla iddia edilebilir.

Diğer taraftan GKY 28/5 hükmünde belirtilen "güvenlik" kelimesinin erteleme açısından bir sınıra işaret edip etmediği ayrıca değerlendirilebilir. Sağlık, doğal afet gibi genel kurul toplantısının yapılmasına engel olabilecek olan diğer hallerin de, genel kurul toplantısının ertelenmesi açısından haklı neden oluşturabileceği düşüncesindeyiz. Ayrıca TTK 340'ın yorumuna bağlı olarak, toplantının ertelenmesinde haklı nedenlerin neler olabileceğinin anasözleşmeye de yazılabilmesi gerekir.

Nihayet (GKY 28/2'de olduğu gibi) GKY 28/5 hükmünün de, TTK'da bu konuda herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturduğu, konunun Kanun ile düzenlenmesi (veya bu konuda

<sup>52</sup> ORBAY ORTAÇ, s. 167.

<sup>53</sup> Aynı yönde ORBAY ORTAÇ, s. 166. Yazar toplantı başkanının bu yetkisinin son çare olarak, ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanılması gerektiğini, çünkü alınan kararın vazgeçilmez nitelikteki genel kurula katılım hakkına etki edecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

Kanun ile idareye verilmiş bir yetki bulunması<sup>54</sup>) gerektiği ileri sürülebilecektir<sup>55</sup>.

## SONUÇ

Toplantı başlamadan önce Kanun ve anasözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının sağlanamadığı her durumda toplantının erteleneceğini düzenleyen GKY 28/1 hükmü hukuken yerinde değildir. Zira erteleme Kanun ve anasözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının sağlanamadığı her durumda değil, yalnızca Kanunda veya anasözleşmede toplantı nisabının sağlanamadığı ve bu nedenle erteleme açıkça düzenlendiği hallerde mümkün olması gerekir.

GKY 28/1'de toplantı sırasında (başladıktan sonra) karar nisabının bulunmamasına bağlı olarak erteleme kararı alınabileceğini belirtmekte ise de erteleme, karar nisabına göre değil de toplantı nisabına göre belirlendiğinden (TTK 418, 421), GKY 28 hükmü bu yönüyle de yerinde değildir.

Toplantının başında ve toplantı sırasında güvenlik veya başka bir nedenle toplantının ertelenmesinin bir ihtiyaç hatta bir zorunluluk olarak ortaya çıkabileceği şüphesiz olmakla birlikte, GKY 28/2 ve GKY 28/5 hükmü, TTK'da bu konularda herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturmaktadır. Anılan hükümlerde yer verilen düzenlemelerin, Kanun ile açıkça düzenlenmesi veya bu konuda Kanun ile idareye verilmiş bir yetki bulunması hukuken zorunluluk arz etmektedir.

GKY 28/1 uyarınca toplantı nisabı bulunmaması nedeniyle ertelenen toplantının ne zaman yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi bu konudaki tereddütleri giderebilecektir.

Finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların ertelenmesine ilişkin talebin (GKY 28/3) ne zaman yapılması gerektiğinin açıkça düzenlenmesi aynı şekilde bu konuda uygulamada yaşanan tereddütleri ortadan kaldırması açısından faydalı olacaktır.

<sup>54</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 228.

<sup>55</sup> GKY 28/2 hükmü mevcut iken ayrıca GKY 28/5 hükmüne ihtiyaç duyulup duyulmayacağı, zira GK'nın hiçbir gerekçe göstermeksizin toplantıyı erteleme imkanına sahip olduğu, buna göre güvenlik gerekçesiyle de toplantıyı erteleyebileceği düşünülebilir ise de, GKY 28/2 hükmünde toplantıyı erteleme yetkisi genel kurulda, oysa GKY 28/5 uyarınca toplantıyı erteleme yetkisi toplantı başkanlığındadır.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

## KAYNAKÇA

**AZARKAN Necat**, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir? Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28-29, Yıl:2012-2013, s. 71-91.

**BAHTİYAR Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2022 (Ortaklıklar).

**BAHTİYAR Mehmet**, Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının "Toplantı Süresince Korunması" Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 59- 102 (Nisabın Korunması Şartı).

**BİÇER Levent**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara 2019.

**BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler, BÜHFD, C. 12, S. 149-150, s. 71- 134.

**BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.

**DOMANIÇ Hayri**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, İstanbul, 1988.

**İMREGÜN Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar).

**İMREGÜN Oğuz**, Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları, İÜHFMD, C. L, S. 1- 4, s. 349- 362 (Toplantı ve Karar Yetersayıları).

**KARASU Rauf**, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2015.

**KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.

**MOROĞLU Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2017 (Hükümsüzlük).

**MOROĞLU Erdoğan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016 (Değerlendirme ve Öneriler).

**ORBAY ORTAÇ Nurdan**, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı, Ankara 2023.

**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, 13.Bası, İstanbul 2013.

**PULAŞLI Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2018.

**PULAŞLI Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s. 371.

**TEKİNALP Ünal**, “Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertenilmesi İstemi Sorunlar, Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, 1976, s. 133- 143.

**TEOMAN Ömer**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazirun Cetveli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, 1996, s. 231 – 247 (Hazirun Cetveli).

**TEOMAN Ömer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu’nun Anonim ve Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Nisabı Aranmayacağını Öngören Hükümleri, REGESTA, 2012, s. 3- 7 (Toplantı Nisabı).

**TEOMAN Ömer**, “Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertenilmesini İsteme Hakkı (TTK 377) Konusundaki Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1988 (Müzakerenin Ertenilmesi).

**ÜÇİŞİK Güzin / ÇELİK Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2013.

**YİĞİT İlhan**, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005.

**ZENGİN İbrahim Çağrı**, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yetersayılar, İstanbul 2020.

# **# AVRUPA BİRLİĞİ EMİSYON TİCARETİ SİSTEMİNİN SİVİL HAVACILIK ve DENİZ ULAŞIM SEKTÖRLERİNDE UYGULANMASINA DAİR GÜNCEL GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(REVIEW OF CURRENT DEVELOPMENTS REGARDING THE APPLICATION OF THE EUROPEAN UNION'S EMISSION TRADING SYSTEM IN CIVIL AVIATION AND MARITIME TRANSPORT SECTORS)*

**Dr. Öğr. Üyesi Halil ÇEÇEN \* \*\***

## **ÖZ**

*Bu çalışmada, Avrupa Birliği (AB) 'nin emisyon ticareti sistemi kapsamına uluslararası seferleri içerecek şekilde sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerindeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarını da dahil etmesi sonucu, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ve Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) ile AB arasında doğan yetki uyumsuzluğu ve güncel gelişmeler ele alınmıştır. Bu amaçla, AB müktesebatındaki hukuki belgeler ve ICAO ile IMO'nun düzenlemeleri tarihsel olarak incelenmiş ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 'nın ilgili kararına değinilmiştir.*

*Bu çerçevede araştırma iki bölümde incelenmiştir: Birinci bölümde, AB emisyon ticareti sistemini düzenleyen 2003/87 sayılı Direktif'te, 2008/101 sayılı Direktif ile değişiklik yapılarak, AB'de yerleşik havaalanlarına veya AB'de yerleşik havaalanlarından yapılan uçuşların AB emisyon ticareti sistemi kapsamına alınması ile bu düzenlemelerin sonucunda Air Transport Association of America'nın ABAD önünde yaptığı şikâyet ele alınmıştır. Ayrıca deniz ulaşım sektöründe de kabul edilen 2015/757 sayılı Tüzük'teki hükümler değerlendirilmiş ve Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesinde ifade edilen, sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinde sera gazı salımlarının*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 28.08.2023. İlk hakem raporu tarihi: 03.11.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 29.12.2023. Onaylanma Tarihi: 03.01.2024.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5569-4511.

**Esere Atf Şekli:** Halil Çeçen, "Avrupa Birliği Emisyon Ticareti Sisteminin Sivil Havacılık Ve Deniz Ulaşım Sektörlerinde Uygulanmasına Dair Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 101-148.

sınırlandırılması ya da azaltılması için ICAO ve IMO ile çalışılması ifadesi ile uyumu irdelenmiştir.

İkinci bölümde ise, 2023/958 sayılı Direktif, 2023/957 sayılı Tüzük, 2023/959 sayılı Direktif, 2023/2405 sayılı Tüzük ile 2023/1805 sayılı Tüzüğü kabul ederek sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerindeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasında, AB'nin ICAO ve IMO düzenlemeleri ile uyum sağlama arayışı değerlendirilmiştir.

Araştırmanın nihai bulgusu olarak, AB'nin sivil havacılık sektöründe, Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesi çerçevesinde ICAO tarafından gerçekleştirilen çalışmaları yetersiz bulması sonucunda, AB'de yerleşik havaalanlarına veya AB'de yerleşik havaalanlarından gerçekleştirilen hava seferlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarını, AB emisyon ticareti sistemine dahil ederek, ICAO'yu sivil havacılık sektöründe sera gazı emisyonlarının azaltılması için düzenleme yapma hususunda harekete geçirdiği ve sonrasında ICAO'nun CORSIA programına uyum sağlamak için AB müktesebatında gerekli değişiklikleri yaptığı saptanmıştır. Ayrıca AB'nin aynı stratejiyi deniz ulaşım sektöründe de izlediği ve IMO'yu deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması hususunda uluslararası düzenleme yapmak üzere harekete geçirmeyi ve sonrasında bu uluslararası düzenleme ile AB emisyon ticareti sistemini uyumlaştırmayı istediği tespit edilmiştir. Ancak bu hususta AB'nin, ICAO ve IMO tarafından alınan tedbirlerin yetersiz kalması durumunda tekrar sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinde AB emisyon ticareti sistemini uygulama stratejisini düzenlemelerinde saklı tuttuğunu da ifade etmek gerekecektir.

**Anahtar Kelimeler:** sera gazı emisyonları, AB emisyon ticareti sistemi, iklim değişikliği ile mücadele, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO), Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO).

### **ABSTRACT**

This research discusses the conflict of authority between the European Union (EU) and the International Civil Aviation Organization (ICAO) and the International Maritime Organization (IMO) that arose from the inclusion of the greenhouse gas emissions from the activities in the civil aviation and maritime transport sectors, including international voyages, into the scope of the EU's emission trading system and the current developments. For this purpose, the legal documents in the *acquis communautaire* and the regulations of the ICAO and the IMO were reviewed from a historical

*perspective and the relevant decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU) was mentioned.*

*Within this framework, the research was laid out in two chapters: The first chapter discusses the inclusion of the flights from/to the aerodromes located in the EU to the EU ETS by way of amendments made in the Directive 2003/87 through the Directive 2008/101 and the complaint filed by Air Transport Association of America before the CJEU as a result of these amendments. In addition, it reviews the provisions of the Regulation 2015/757 which was adopted for the maritime transport sector and its compatibility with the provision in Article 2(2) of the Kyoto Protocol which provides that the contracting Parties work with the ICAO and the IMO to limit or reduce the emissions of greenhouse gases in the civil aviation and maritime transport sectors.*

*The second chapter reviews the efforts made by the EU, by adopting the Directive 2023/958, the Regulation 2023/957, the Directive 2023/959, the Regulation 2023/2405 and the Regulation 2023/1805 to ensure compatibility with the ICAO and IMO regulations related to the reduction of the greenhouse gas emissions arising from the activities in the civil aviation and maritime transport sectors. As the final finding of the research, it has been found out that the EU, considering that the works carried out by the ICAO related to the reduction of greenhouse gas emissions within the framework of Article 2(2) of the Kyoto Protocol were insufficient, prompted the ICAO to make regulations in order to reduce the greenhouse gas emissions in the civil aviation sector by including the greenhouse gas emissions from the flights from/to the aerodromes located in the EU into the EU ETS and thereafter made the required amendments to the *acquis communautaire* in order to comply with the program CORSIA of the ICAO.*

*In addition, it has been determined that the EU follows said strategy in the maritime transport sector and desires to prompt the IMO to adopt an international regulation on the reduction of the greenhouse gas emissions arising from the activities in the maritime transport sector, and thereafter to bring the EU ETS into compliance with this expected international regulation. However, in this regard, it is necessary to remind that the EU reserves the strategy of implementing the EU ETS in the civil aviation and maritime transport sectors again, in case the measures taken by the ICAO and the IMO are insufficient.*

**Keywords:** *greenhouse gas emissions, EU emissions trading system, combating climate change, International Civil Aviation Organisation (ICAO), International Maritime Organisation (IMO)*

## GİRİŞ

Avrupa Yeşil Mutabakatı<sup>1</sup>'nda iklim değişikliği ile mücadelede ulaşım sektörünün oynadığı rolün önemine değinilmiş ve sera gazı emisyonlarının %25'ine demiryolu, karayolu, su yolları ve havayolundan oluşan ulaşım sektörünün sebep olduğu belirtilmiştir<sup>2</sup>. Bu tespit göz önüne alındığında, iklim değişikliği ile mücadeleyi, belirli bir sektörel düzenleme olarak düşünmekten ziyade, ekonominin bütün sektörlerinin küresel düzeyde sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik çaba sarf etmesini gerektiren küresel bir sorun olarak ele almak gerekmektedir<sup>3</sup>. Araştırma kapsamında düşünüldüğünde, Avrupa Birliği'nin (AB) sivil havacılık sektörüne dair düzenlemelerinin hukuki gerekçelerinde, nitrojen oksit emisyonları dahil olmak üzere diğer emisyonlar olduğu kadar karbon dioksit (CO<sub>2</sub>) emisyonu ve sirüs bulutu genişlemesi<sup>4</sup> gibi vakaların küresel iklim üzerine etkilerinin bulunduğu tespit edilmiştir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Avrupa Yeşil Mutabakatı, Avrupa Komisyonu tarafından iklim değişikliğine karşı AB'yi, 2050 yılında net sera gazı emisyonlarının olmadığı ve ekonomik büyümenin kaynak kullanımından ayrıştırıldığı modern, kaynak verimli ve rekabetçi bir ekonomi ile adil ve müreffeh bir topluma dönüştürmeyi amaçlayan yeni büyüme stratejisi olarak ifade edilmektedir (European Commission, **The European Green Deal**, Brussels, 11.12.2019 COM(2019) 640 final, p. 2).

<sup>2</sup> A.g.e, p. 10.

<sup>3</sup> **Decision No 1386/2013/EU** of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet', Official Journal of the European Union, L 354, 28.12.2013, p. 171-200, par. 24.

<sup>4</sup> Sirüs bulutları, dünya yüzeyinin yaklaşık olarak %30'unu kapsayan, yeryüzünün 6 kilometre yukarısında gerçekleşen ve buz kristallerinden oluşan bulutlar olup, solar radyasyonu absorbe ederek ısınmaya neden olurlar. Hava yolculuğu temelli sirüs bulutları ise, uçuşun iklim etkisini artırmaktadır. Araştırmalar, sirüs bulutlarının iklim üzerindeki etkisinin önemli derecede büyüdüğünü göstermektedir (Lisa Bock, Ulrike Burkhardt; "Contrail cirrus radiative forcing for future air traffic", **Atmospheric Chemistry and Physics**, Vol:19 Issue: 12, 2019, pp. 8163-8174, p. 8163).

<sup>5</sup> **Regulation (EU) 2018/1999** of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



AB'nin deniz ulaşım sektörüne dair hukuki düzenlemelerinde ise, bu sektörde karbon dioksit (CO<sub>2</sub>) emisyonları ve nitrojen oksit (NO<sub>x</sub>), sülfür oksit (SO<sub>x</sub>), metan (CH<sub>4</sub>), parçacıklı madde ve siyah karbon gibi diğer emisyonların küresel iklim ve hava kalitesi üzerine etkide bulunduğu görülmüştür<sup>6</sup>. Komisyon'un 28 Haziran 2013 tarihli "*Deniz ulaşım emisyonlarının AB'nin sera gazı azaltım politikalarına entegre edilmesi*" başlıklı bildirisinde AB limanları arasında ve AB'den üçüncü ülke limanına veya üçüncü ülke limanından AB'deki bir limana gerçekleştirilen seferler incelendiğinde, deniz ulaşımından kaynaklı sera gazı emisyonlarında 1990 yılına mukayesen %48 artış gözlemlendiği belirtilmiştir<sup>7</sup>. 2019 yılında hazırlanan bir diğer raporda ise, AB'de deniz ulaşımındaki faaliyetlerden gerçekleşen sera gazı emisyonlarının, AB'deki toplam CO<sub>2</sub> emisyonlarının %3-4 oranında bir kısmını oluşturduğu tespit edilmiştir<sup>8</sup>. Küresel düzeyde ise, deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarının, küresel emisyonların %3'ünü oluşturduğu ve 2050 yılı itibariyle bu oranın %5'e artacağı ifade edilmiştir<sup>9</sup>. Her ne kadar Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) tarafından sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen çalışmalar bulunsun da<sup>10</sup>, ek gayretlerin gerektiği

and of the Council, Official Journal of the European Union, L 328, 21.12.2018, p. 1–77, par. 52.

<sup>6</sup> **Regulation 2015/757** of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of carbon dioxide emissions from maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC, Official Journal of the European Union, L 123/55, 19.5.2015, p. 55-76, par. 2.

<sup>7</sup> European Commission, **Integrating maritime transport emissions in the EU's greenhouse gas reduction policies**, Brussels, 28.6.2013, COM(2013) 479 final, s. 2.

<sup>8</sup> Ek olarak deniz ulaşım faaliyetleri, Avrupa Birliği (AB)'nin dış ticaretinin %75'ini oluşturmakta ve AB içi ticaretin de %36'sını oluşturmaktadır. Bu sebeple, deniz ulaşım faaliyetleri AB'nin ticaretinde önemli bir yere sahiptir (European Commission, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport and amending Directive 2009/16/EC**, Brussels, 14.7.2021 COM(2021) 562 final, par. 1, p. 11).

<sup>9</sup> European Commission, **Integrating maritime transport emissions in the EU's greenhouse gas reduction policies**, s. 3.

<sup>10</sup> Uluslararası Denizcilik Örgütü, sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak çalışmalarına 1997 yılında başlamıştır. 2011 yılının temmuz ayında gemilerden kaynaklanan hava kirliliğinin önlenmesi için MARPOL'un VI Eki'nde getirilen değişikliklerin (Enerji Verimliliği Dizayn Endeksi ve Gemi Enerji Verimliliği Yönetim Planı) kabulü önemli gelişmeleri oluşturmaktadır. Bu tedbirler ile sera gazı emisyonlarının azaltılmasına katkı sağlayacağı düşünülmüşse de, IMO'nun 59. Deniz Çevresi Koruma Komitesi ile teyit edildiği üzere, ek eylemlerin alınmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir (A.g.e, s. 4).

belirtilmiştir<sup>11</sup>. AB uluslararası deniz ulaşım hedefleri için, 2005 yılına mukayesen 2050 yılı itibariyle %40 azaltım hedeflemektedir<sup>12</sup>.

Kyoto Protokolü çerçevesinde sera gazı emisyonlarını azaltmaya yönelik olarak taahhütlerini yerine getirmek için 2003/87 sayılı Direktif ile Emisyon Ticareti Sistemi'ni (ETS) yürürlüğe koyan Avrupa Birliği (AB), dünyada ilk büyük karbon piyasasını meydana getirmiştir<sup>13</sup>. Böylece işletmeler bir yıl içinde izin verilen kotanın altında sera gazı emisyonu gerçekleştirir ise, geri kalan kotayı emisyon kotasını aşan diğer işletmelere satabilmektedir<sup>14</sup>. ETS'nin kurulduğu zamanda havacılık ve denizcilik sektörü kapsam dahilinde değilken, bu hususta öncelikle uygulanması ve kontrolü kolay olabileceği düşüncesi ile havacılık sektörünün ETS'ye dahil edilmesinin öngörüldüğü ifade edilmiştir<sup>15</sup>. Böylece, Avrupa Yeşil Mutabakatı'nda da belirtildiği üzere, iklim değişikliği ile mücadelenin bütün sektörleri kapsamaması nedeniyle, emisyon ticareti sistemi kapsamına ulaşım sektörünün dahil edilmesine yönelik çalışmalar, AB ile Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO)'nü ve Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)'nü karşı karşıya getirmiştir<sup>16</sup>. Ancak diğer taraftan AB, sivil havacılık ve denizcilik sektörlerinde ICAO ve IMO ile, bu sektörlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak uyumlu bir politika belirleme ve bu çerçevede hukuksal düzenlemeler gerçekleştirme hedefini ise takip etmektedir.

## **I. Avrupa Birliği'nin Sivil Havacılık ve Deniz Ulaşım Sektörlerini Emisyon Ticareti Sistemine Dahil Etmesinden Kaynaklanan Sorunlar**

<sup>11</sup> A.g.e, s. 4.

<sup>12</sup> A.g.e, s. 7.

<sup>13</sup> European Commission, **EU Emissions Trading System (EU ETS)**, (Çevrimiçi), [https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets\\_en](https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en), Erişim Tarihi: 08 Temmuz 2023. Annela Anger, Jonathan Kohler; "Including aviation emissions in the EU ETS: Much ado about nothing? A review", **Transport Policy**, Vol: 17, 2010, pp. 38-46, p. 39. Birol Ubay, Yüksel Bilgici, "Karbon Fiyatlamasında Emisyon Ticareti Sistemi ve Önemi", **Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:10 Sayı:1, 2021, ss. 47-72, s. 58-59.

<sup>14</sup> Ayşe Uyduranoğlu-Öktem, "Avrupa Birliği İklim Değişikliği Politikasında Yeni Bir Politika Aracı: Emisyon Ticareti", **Akademik İncelemeler**, Cilt:3 Sayı:1, 2008, ss. 19-29, s. 25.

<sup>15</sup> A.g.e, s. 26.

<sup>16</sup> European Commission, **The European Green Deal**, p. 11.

Küresel olarak iklim değişikliği ile mücadele uzun bir süredir uluslararası hukukun gündemindedir. 5-16 Haziran 1972 tarihlerinde Stockholm’de düzenlenen Birleşmiş Milletler İnsanın Çevresi Konferansı’nda çevre ile ilgili birtakım temel ilkeler kabul edilmiş olup, bu ilkeler arasında “*hava, su, toprak ... dahil olmak üzere dünyanın doğal kaynaklarının, uygun olduğu ölçüde, dikkatli planlama ve yönetimle şimdiki ve gelecek nesillerin faydasına olacak şekilde korunması gerekliliği*” belirtilmiştir<sup>17</sup>. Ayrıca “*yerkürenin hayati önem taşıyan yenilenebilir kaynakları üretme kapasitesinin sürdürülmesi ve uygulanabilir olduğunda da, depolanması ve geliştirilmesi*” gerekliliği de yine ilkeler arasında ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS) çerçevesinde oluşturulan Taraflar Konferansı<sup>19</sup>’nın “*gerektiğinde ilgili uluslararası örgütlerin, hükümetlerarası ve hükümet dışı kuruluşların yardımlarını, desteklerini ve sağladıkları bilgileri isteyeceği ve kullanacağı*” belirtilmiştir<sup>20</sup> ve böylece sadece devletler değil, aynı zamanda uluslararası örgütler, hükümetlerarası ve hükümet dışı kuruluşların da iklim değişikliği ile mücadeledeki rolüne değinilmiştir.

BMİDÇS’nin 3. Taraflar Konferansı nezdinde, 11 Aralık 1997’de Japonya’nın Kyoto şehrinde kabul edilen Kyoto Protokolü<sup>21</sup>, sanayileşmiş ülkeler ile piyasa ekonomisine geçiş sürecindeki ülkelerin<sup>22</sup> atmosfere

<sup>17</sup> United Nations, **Declaration on the Human Environment** (Adopted by the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972), Principles, Principle 2.

<sup>18</sup> A.g.e, Principle 3.

<sup>19</sup> CoP (Conference of the Parties): CoP, Konvansiyonun üst karar alma organıdır. Konvansiyona taraf olan bütün devletler, Konvansiyonun ve CoP’nin kabul ettiği diğer hukuki belgelerin etkili bir şekilde uygulanmasını gözden geçirecekleri CoP’de temsil edilir ve kurumsal ve idari düzenlemeler dâhil olmak üzere, Konvansiyonun etkili bir şekilde uygulanmasını teşvik etmek için gerekli kararları alır (United Nations Climate Change, **Bodies: Conference of the Parties (COP)**, (Çevrimiçi), <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>, Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023).

<sup>20</sup> **United Nations Framework Convention on Climate Change**, New York, 9 May 1992, Article 7(2)(1).

<sup>21</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change, **Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change**, FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, 10 December 1997.

<sup>22</sup> Kyoto Protokolü’nün Ek 1’inde belirtilen ülkeler için bkz.: **Parties & Observers**, (Çevrimiçi), <https://unfccc.int/parties-observers#:~:text=Annex%20I%20Parties%20include%20the,Central%20and%20Eastern%20European%20States>, Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023.

saldıkları karbondioksit (CO<sub>2</sub>), metan (CH<sub>4</sub>) gibi sera gazı emisyonlarının salımını azaltmasını, ayrıca yeni ve yenilenebilir enerji türlerinin kullanılmasının teşvikini, araştırılmasını, geliştirilmesini ve artırılarak kullanılmasını öngörmektedir<sup>23</sup>. Her ne kadar Kyoto Protokolü'nde, 2008 ile 2012 yılları arasında, taraf devletler sera gazı emisyonlarını 1990 yılı seviyesinden ortalama %5 aşağıya çekmek zorundalarsa da, AB bu oranı %8 olarak belirlemiştir<sup>24</sup>. Böylece AB, uluslararası taahhütlerini yerine getirmek için ulaşım alanındaki sivil havacılık ve denizcilik sektörlerindeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması dahil olmak üzere, düzenlemeler gerçekleştirmek zorunda kalmıştır.

### A. Kyoto Protokolü'nde Sivil Havacılık ve Deniz Ulaşım Sektörleri ile İlgili Yetki Düzenlemeleri

Kyoto Protokolü genel olarak, sera gazı emisyonlarının azaltılması ve iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine karşı alınacak tedbirler hususunda hükümler ihtiva etmektedir. Bu çerçevede, Kyoto Protokolü'nün 2(1)(a)(vii). maddesinde; *“ulaştırma sektöründeki, Montreal Protokolü'nce denetlenmeyen sera gazlarının<sup>25</sup> salımlarının sınırlandırılması ve/veya azaltılmasına yönelik önlemlerin teşvik edilmesi”*, tarafların her birinin emisyon sınırlandırma ve azaltım taahhütlerini yerine getirirken, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek amacıyla uygulayacağı ve daha da geliştireceği politikalar ve önlemler arasında bahsedilmiştir.

Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesi ise; bilhassa uluslararası sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerine özgüdür. İlgili madde hükmünde *“Ek-I'de<sup>26</sup> yer alan tarafların, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü ve Uluslararası Denizcilik Örgütü ile çalışarak, havacılık ve depo yakıtlarından kaynaklanan*

<sup>23</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change, **Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change**, Article 2(1)(a).

<sup>24</sup> European Commission, **Kyoto Protocol: What is the Kyoto Protocol?**, MEMO/04/4, Bruxelles, 4 March 2004, (Çevrimiçi), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_04\\_43](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_04_43), Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023. T. Mesut Eren, **Avrupa Ekonomik Entegrasyonu ve Avrupa'nın Yeşil Geleceği**, İstanbul, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 2021, s. 132-133.

<sup>25</sup> Kyoto Protokolü'nün 2(1)(a)(vii) maddesinde belirtilen Montreal Protokolü, 1987 tarihli olup Ozon Tabakasını İncelten Maddelelere Dair Montreal Protokolü'dür. Bu Protokol, Türk hukukunda da 6 Haziran 1990 tarihli ve 3656 sayılı Kanunla onaylanarak, 8 Eylül 1990 tarih ve 20629 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>26</sup> Bkz.: Dipnot 22.

ve Montreal Protokolü'nce denetlenmeyen sera gazları salımlarının sınırlandırılmasına ya da azaltılmasına çalışacakları” ifade edilmiştir<sup>27</sup>. Yine Protokolün 10. maddesinin (b) ve (i) bentleri uyarınca tarafların hepsi, “iklim değişikliğini azaltıcı önlemleri ve iklim değişikliğine yeterli uyum sağlayıcı önlemleri içeren ulusal ve uygun olduğu yerlerde bölgesel programlar düzenlemek, uygulamak, yayımlamak ve düzenli olarak güncellemek” ve “bu programların, diğerlerine ilâveten, enerji, ulaştırma ve sanayi sektörleri ile ilgili olmasını” sağlamakla mükellef kılınmıştır<sup>28</sup>. Böylece Tarafların, deniz ve hava ulaşım sektörlerini de kapsayacak şekilde, iklim değişikliğini azaltıcı önlemleri içeren ulusal veya bölgesel olarak enerji, ulaştırma ve sanayi sektörlerinde programlar düzenlemeleri ve uygulamaları gerekmektedir.

AB ve üye devletler tarafından akdedilen ve yukarıda da bazı önemli maddelerine değinilen Kyoto Protokolü'ndeki uluslararası taahhütleri yerine getirmek için, sera gazı emisyonları izninde bir Avrupa piyasası oluşturmayı hedefleyen 2003/87 sayılı Direktif kabul edilmiştir<sup>29</sup>. 2003/87 sayılı Direktif'in ilk yürürlüğe girdiği tarihte, Direktif'in kapsamına giren faaliyetler arasında ise, sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörleri belirtilmemiştir<sup>30</sup>.

Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesi uyarınca uluslararası sivil havacılık sektöründe sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak çalışma gerçekleştirmesi beklenen ICAO Sivil Havacılık Çevre Koruma Komitesi'nin 2004'teki altıncı toplantısında, ICAO'nun denetimi altında yeni bir hukuki araca dayalı havacılık özelinde emisyon ticareti sisteminin yeteri kadar cazip olmadığı ve bu sebeple bu aracın takip edilmemesi gerektiği yönünde karar çıkmıştır<sup>31</sup>. AB Konseyi ise, 2002 yılında ICAO içerisinde sivil havacılık

<sup>27</sup> Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi **Kyoto Protokolü**, 2(2). madde, (Çevrimiçi), [https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/kyoto\\_protokol.pdf](https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/kyoto_protokol.pdf), Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023.

<sup>28</sup> **Kyoto Protokolü**, 10(b) ve 10(i) maddeleri.

<sup>29</sup> **Directive 2003/87/EC** of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC (Text with EEA relevance), OJ L 275, 25.10.2003, p. 32–46, par. 5.

<sup>30</sup> Directive 2003/87/EC, Annex I. Marina Efthymiou, Andreas Papatheodorou; “EU Emissions Trading scheme in aviation: Policy analysis and suggestions”, **Journal of Cleaner Production**, Vol: 237, 2019, p. 1.

<sup>31</sup> **Directive 2008/101/EC** of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for

faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak herhangi bir eylem alınmaması halinde, Komisyon'dan sivil havacılık faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak eylem teklifinde bulunmasını 2002, 2003 ve 2004 defaatle talep etmiştir<sup>32</sup>.

## B. Paris İklim Anlaşması'nda Sivil Havacılık ve Deniz Ulaşım Sektörleri ile İlgili Yetki Düzenlemeleri

Paris İklim Anlaşması'nda ise temel hedef Anlaşmanın 2(1). maddesinde ifade edilmiştir. İlgili madde uyarınca Taraflar; "...küresel ortalama sıcaklıktaki artışı sanayileşme öncesindeki seviyeye göre 2°C'nin oldukça altında tutmak ve sıcaklık artışını sanayileşme öncesi dönemdeki seviyelerin 1,5°C üzeri ile sınırlandırmak için çaba göstermek ..." yönünde taahhütte bulunmuşlardır. Paris İklim Anlaşması'nda küresel ısınmaya yönelik olarak sektör temelinde, herhangi bir hedef belirlenmemiştir. Konuyla bağlantılı olacak şekilde, Paris İklim Anlaşması'nda sivil havacılık sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak ICAO ve deniz ulaşım faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak IMO ile birlikte çalışılacağına dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır<sup>33</sup>.

Ancak Paris İklim Anlaşması'nda belirlenen bu hedeflere ulaşabilmek amacıyla bütün sektörlerin sera gazı emisyonlarını azaltma mücadelesine dahil olması gerektiği için, sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinde de stratejilerin belirlenmesi gerekmiştir<sup>34</sup>. Bu durum ile ilgili olarak, uluslararası sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik eylem alma sorumluluğunun zımnî olarak Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesinde belirtilen ICAO ve IMO'nun yetkisinde kalmaya devam ettiği yönünde görüş ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

---

greenhouse gas emission allowance trading within the Community, Official Journal of the European Union, L8, 13.1.2009, pp. 3-21, par. 9.

<sup>32</sup> Directive 2008/101/EC, par. 10.

<sup>33</sup> United Nations Climate Change, **Shipping Aviation and Paris**, 18 May 2016, (Çevrimiçi), <https://unfccc.int/news/shipping-aviation-and-paris>, Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

<sup>34</sup> Transport & Environment, **Aviation Emissions and the Paris Agreement**, 2016, p. 2, (Çevrimiçi), <https://www.transportenvironment.org/wp-content/uploads/2021/07/Aviation%202030%20briefing.pdf>, Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

<sup>35</sup> David Lee, **International aviation and the Paris Agreement temperature goals**, Department for Transport, 2018, p. 5, (Çevrimiçi), [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d19c520e5274a08e337b235/international-](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d19c520e5274a08e337b235/international-YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024))

AB de, Paris İklim Anlaşması temelinde sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerindeki faaliyetlerin dahil edilmesinin önemine yönelik olarak, BMİDÇS Taraflar Konferansları'nda istikrarlı bir politika izlemiştir. Bu hususta, 2019 yılında İspanya'da gerçekleşen 25. Taraflar Konferansı'na ve 2021 yılında İskoçya'da gerçekleşen 26. Taraflar Konferansı'na yönelik olarak Avrupa Parlamentosu'nun aldığı kararlarda, ulaşım sektörünün 1990 yılından beri emisyonları artan tek sektör olduğu, bu durumun sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinin de dahil olduğu bütün sektörlerdeki emisyonların daha hızlı bir şekilde ve büyük ölçüde azaltımları gerektiren uzun vadeli iklim nötr hedefi ile uyumlu olmadığını vurgulayarak, ICAO ve IMO tarafından öngörülen mevcut küresel hedeflerin ve tedbirlerin tam olarak uygulanması halinde dahi, bu hedef ve tedbirlerin gerekli emisyon azaltımının gerisinde kaldığı ve Tarafların, sivil havacılık ve deniz ulaşım faaliyetlerinden kaynaklanan emisyonları azaltmak için bu sektörlerde uluslararası, bölgesel ve ulusal düzeyde tedbirler üzerinde mutabık kalarak bu tedbirleri uygulaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede Avrupa Parlamentosu, 2005 yılına göre kıyaslandığında 2050 yılına varıldığında uluslararası sivil havacılık faaliyetlerinden kaynaklanan emisyonların %300-700 oranında artacağına öngörüldüğünü ve ICAO'nun CORSIA programının derecesinden endişe duyduğunu, böylece Komisyon ve üye devletlere CORSIA'nın hükümlerini güçlendirmek ve AB ETS Direktifi'nin uygulanması hususunda AB'nin yasama özerkliğini de korumak yönünde kararını iletmiştir<sup>36</sup>.

Avrupa Parlamentosu, bu görüşlerini 2022 yılında Mısır'da gerçekleşen 27. Taraflar Konferansı'na yönelik olarak aldığı kararda da ifade etmiş ve

---

aviation-paris-agreement.pdf, Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023. Bu hususta, ulusal yetkiye girmeyen ve uluslararası sivil havacılık ulaşımından kaynaklanan durumlarda sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak çabaların ICAO'nun yetkisine girdiğine dair anlayış oluşmuştur (Niclas Svenningsen, **Aviation, Offsets and Paris Agreement**, ICAO Environmental Report Chapter 4, 2016, p. 146, (Çevrimiçi), [https://www.icao.int/environmental-](https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/EnvironmentalReports/2016/ENVReport2016_pg146-148.pdf)

protection/Documents/EnvironmentalReports/2016/ENVReport2016\_pg146-148.pdf,

Erişim Tarihi: 16 Aralık 2023).

<sup>36</sup> European Parliament, **Motion for a Resolution on the 2019 UN Climate Change Conference in Madrid, Spain (COP 25)**, 14.11.2019, par. 65-66, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0174\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0174_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023. European Parliament, **Resolution of 21 October 2021 on the 2021 UN Climate Change Conference in Glasgow, UK (COP26)**, 21 October 2021, par. 83, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0437\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0437_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

deniz ulaşım ve sivil havacılıktan kaynaklanan emisyonların AB ETS'ne dahil edilmesinin diğer ülkeler için bir model oluşturabileceğini ifade ederek ve ICAO ile IMO'da uluslararası sivil havacılık ve deniz ulaşımı faaliyetlerinden kaynaklanan emisyonlara yönelik yavaş ilerlemeden endişe duyarak, Komisyon'a ve üye devletlere ETS Direktifi'ni uygulamada AB'nin yasama özerkliğini muhafaza ederken CORSIA programını güçlendirmek için azami çaba göstermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>37</sup>.

### C. Avrupa Birliği'nin Emisyon Ticareti Sistemini Sivil Havacılık ve Denizcilik Sektörlerine Genişletmesi

#### 1. Avrupa Birliği'nin Emisyon Ticareti Sistemini Sivil Havacılık Sektörüne Genişletmesi Sonucunda Doğan Hukuki Sorunlar

ICAO'nun sivil havacılık faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak eylem almaması sonucunda AB, sivil havacılık faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarını doğrudan kendi emisyon ticaret sistemi kapsamına dahil etme yönünde çalışmalarına başlamıştır<sup>38</sup>. Komisyon, hem ICAO'nun emisyon ticareti sistemini sivil havacılık sektörü için yeterince cazip bulmaması sebebiyle hem de AB Konseyi'nin talepleri doğrultusunda, 2005 yılında "*Sivil Havacılığın İklim Değişikliğine Etkilerinin Azaltılması*" başlıklı bir bildiri yayınlamıştır. Bildiride Komisyon, ekonomik ve çevresel bir bakış açısıyla, sivil havacılık

<sup>37</sup> European Parliament, **Resolution of 20 October 2022 on the 2022 UN Climate Change Conference in Sharm El-Sheikh, Egypt (COP27)**, 20 October 2022, par. 57-58, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0373\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0373_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023. Bu hususta, çalışmanın ileri kısımlarda değinileceği üzere; Avrupa Parlamentosu, 2023 yılında Birleşik Arap Emirlikleri'nde gerçekleştirilen 28. Taraflar Konferansı'na yönelik olarak aldığı kararda, sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinin AB ETS'ne dahil edilmesini memnuniyetle karşıladığını ifade etmiş ve bu yönde atılmış adımların ICAO ve IMO dahil olmak üzere, uluslararası düzeyde daha istekli olmayı teşvik edeceğini belirterek, uluslararası toplumu harekete geçirmek hususunda izlediği politikayı vurgulamıştır (European Parliament, **Resolution on the UN Climate Change Conference 2023 in Dubai, United Arab Emirates (COP28)**, 15.11.2023, par. 34 ve 70, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0458\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0458_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023).

<sup>38</sup> Nathan Weijland, "Civil Aviation Emissions Reductions: CORSIA vs. European Emissions Trading", **ELSA Review**, Vol: XI, Issue: 1, December 2019, pp. 73-86, p. 75. Katelyn E. Ciolino; "Up in the Air: The Conflict Surrounding the European Union's Aviation Directive and the Implications of a Judicial Resolution", **Brooklyn Journal of International Law**, Vol: 38, Issue:3, 2013, pp. 1151-1190, p. 1152.



sektörünün iklime olan etkisinin AB emisyon ticareti sistemine dahil edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiş ve emisyon ticaretinin iklim değişikliği ile mücadeleye yönelik gelecekteki herhangi bir stratejinin temel bir parçası olarak kalacağını ve AB emisyon ticareti sisteminin, küresel olarak emisyonun azaltılması için, potansiyeli kullanabilecek gerçek bir uluslararası karbon piyasasının gelişiminin teşvik edilmesine yardımcı olacağını belirtmiştir<sup>39</sup>. Bu hususta Avrupa Parlamentosu da, sivil havacılık alanında sera gazı emisyonlarının azaltılmasının iklim değişikliği ile mücadeledeki önemine değinmiş ve AB emisyon ticareti sisteminin AB dışındaki havayollarına da uygulanabilir olduğunu temin edecek şekilde teklifte bulunmasını Komisyon'dan talep etmiştir<sup>40</sup>. Ayrıca Avrupa Parlamentosu, sivil havacılık sektörü için bir mekanizmanın ilk adımı olarak, AB'de yerleşik havaalanlarına veya AB'de yerleşik havaalanlarından gerçekleştirilecek bütün uçuşları kapsamaya gerektiğini ifade etmiş ve böyle bir mekanizmanın, dünya çapında emisyon ticareti sisteminin mümkün olan en kısa sürede kabul edilmesi gerekliliğini vurgulayacağına inandığını belirtmiştir<sup>41</sup>.

Bu hazırlıklar temelinde 2008/101 sayılı Direktif ile sivil havacılık alanındaki faaliyetler, 2003/87 sayılı Direktif'in kapsamına alınmıştır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Commission of the European Communities, **Reducing the Climate Change Impact of Aviation**, Brussels, 27.9.2005, COM(2005) 459 final, p. 10.

<sup>40</sup> European Parliament, **Resolution on reducing the climate change impact of aviation** (2005/2249(INI)), MINUTES Tuesday, 4 July 2006 OJ C 303E , 13.12.2006, p. 15–123, par. 23.

<sup>41</sup> A.g.e, par. 31.

<sup>42</sup> Directive 2008/101/EC, Article 3b. Birlik içerisinde yerleşik havaalanlarından kalkış yapan ve Birlik içerisinde yerleşik havaalanlarına iniş yapan bütün uçuşlardan kaynaklanan emisyonların AB emisyon ticareti sistemine dahil edilmesi, Türk havayolu işletmelerini de etkilemiştir. Bu hususta, örnek olarak Türk Hava Yolları'nın hazırladığı "Sürdürülebilirlik" raporlarında da AB ETS'ye yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetler yer almakta olup, AB ETS gereklilikleri doğrultusunda, sera gazı emisyonlarının raporlandığı ve üçüncü taraf bağımsız doğrulayıcı kuruluşlarca doğrulandığı ifade edilmiştir (Turkish Airlines, **2020 Sürdürülebilirlik Raporu**, s. 69, (Çevrimiçi), [https://investor.turkishairlines.com/documents/2020-surdurulebilirlik-raporu\(1\).pdf](https://investor.turkishairlines.com/documents/2020-surdurulebilirlik-raporu(1).pdf), Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023. Turkish Airlines, **2021 Sürdürülebilirlik Raporu**, s. 54, (Çevrimiçi), <https://investor.turkishairlines.com/documents/2021-surdurulebilirlik-raporu.pdf>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023. Turkish Airlines, **2022 Sürdürülebilirlik Raporu**, s. 39, (Çevrimiçi), <https://investor.turkishairlines.com/documents/surdurulebilirlik/2022-surdurulebilirlik-raporu.pdf>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023). Ayrıca 2022 tarihi itibarıyla Avrupa destinasyonlarına yapılacak uçuşlarda biyoyakıtlar kullanılmaya başlanmıştır (Turkish Airlines, **2021 Sürdürülebilirlik Raporu**, s. 55. Turkish Airlines, **2022 Sürdürülebilirlik Raporu**, s. 48).

Rekabetin bozulmasından kaçınmak ve çevresel verimliliği iyileştirmek için, Birlik içerisinde yerleşik havaalanlarından kalkış yapan ve Birlik içerisinde yerleşik havaalanlarına iniş yapan bütün uçuşlardan kaynaklanan emisyonlar, 2012 tarihi itibarıyla AB emisyon ticareti sistemine dahil edilmiştir<sup>43</sup>. Aynı zamanda 2008/101 sayılı Direktif ile 2003/87 sayılı Direktif'e "25a" maddesi eklenmiş ve 2. paragrafına ise, aşağıdaki hüküm konulmuştur:

*"Topluluk ve üye devletler, sivil havacılıktan kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak için küresel tedbirler üzerine bir anlaşma arayışına devam edecektir."*<sup>44</sup>

Böylece sivil havacılık sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan emisyonların, AB emisyon ticareti sistemine dahil edilmesine rağmen Birliğin ve üye devletlerin, sivil havacılıktan kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak için küresel tedbirler üzerine bir anlaşmayı aramaya devam etmesi gerektiği ve Birlik mekanizmasının dünya çapında emisyon ticaretinin kullanılması için bir model olabileceği de ifade edilmiştir<sup>45</sup>.

AB'nin emisyon ticareti sistemini AB'de yerleşik havaalanlarına iniş yapacak ve AB'de yerleşik havaalanlarından kalkış yapacak tüm uçuşları dahil edecek şekilde sivil havacılık sektörüne genişletmesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) önünde şikâyet konusu olmuştur. C-366/10 sayılı *Air Transport Association of America and others v Secretary of State for Energy and Climate Change* kararında ABAD, *Air Transport Association of America* ve diğer şikâyetçilerin Birleşik Krallık aleyhine olarak 2008/101 sayılı Direktif'i uygulamasının geçerliliği üzerine şikâyetlerini Divan'a ilettiğini belirtmektedir. ABAD, şikâyeti incelemeye AB'ye üye devletlerin Chicago Konvansiyonu olarak adlandırılan, Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu'na taraf olduklarını ancak AB'nin taraf olmadığını tespitiyle başlamıştır<sup>46</sup>. Bu çerçevede ABAD, 2008/101/EC sayılı Direktif'in, Chicago

<sup>43</sup> Directive 2008/101/EC, par. 16 and Annex I par. 1. Fredrik Kopsch; "Aviation and the EU Emissions Trading Scheme—Lessons learned from previous emissions trading schemes", *Energy Policy*, Vol. 49, 2012, pp. 770-773, p. 770. Anger, Kohler; *a.g.e.*, s. 39.

<sup>44</sup> Directive 2008/101/EC, Article 25a(2).

<sup>45</sup> Directive 2008/101/EC, par. 17. Böylece Direktif, aynı zamanda sivil havacılık faaliyetlerinden kaynaklanan emisyonların, iklim değişikliği sorununun üzerine gitmek için, uluslararası bir çerçeve kapsamına dahil edilmesinin önemini ön plana çıkartmakta ve küresel iklim değişikliği müzakerelerini ilerletmede AB'nin öncü rolünü de yansıtmaktadır (Ciolino, *a.g.e.*, p. 1153)

<sup>46</sup> "ABAD'ın" Case C-366/10, *Air Transport Association of America and others v Secretary of State for Energy and Climate Change*, 21 December 2011, ECLI:EU:C:2011:864, par. 1-3. ABAD ayrıca Direktif'in sadece Birlik'te yerleşik olan havaalanlarına iniş veya bu havaalanlarından kalkış yapan uçuşlara uygulanacağını, fakat AB hava sahasının veya *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Konvansiyonu temelinde geçerliliğinin incelenemeyeceğini belirtmiştir. ABAD'ın diğer tespiti ise, Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesindeki ICAO'nun yetkisi ile ilgilidir<sup>47</sup>. Öncelikle ABAD, 94/69<sup>48</sup> ve 2002/358<sup>49</sup> sayılı kararlardan da anlaşılacağı üzere AB'nin Kyoto Protokolü'nü onayladığını ve Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girdiği andan itibaren, hükümlerinin AB'nin hukuk düzeninin bir iç parçasını oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede ABAD, öncelikle Kyoto Protokolü'nün taraflara sera gazı emisyonlarını azaltmak için hedefler belirlemek üzere çalışmak ve bu hedefleri elde etmek için gerekli tedbirleri almak sorumluluğunu yüklediğini ifade etmiştir. Bu amaçla protokolün, akit taraflara taahhütlerini gerçekleştirebilmek için gerekli esnekliği sağladığı ve tarafların kolektif bir şekilde hareket ederek de, taahhütlerini gerçekleştirebilecekleri yönünde hükümler barındırdığı ABAD tarafından dile getirilmiştir. ABAD, Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesindeki hükmün koşulsuz bir anlam içermediğine<sup>50</sup> ve kişilere 2008/101 sayılı Direktif'in geçerliliğine itiraz

üçüncü bir devletin hava sahası üzerinden geçiş yapan uçuşlara ise uygulanmayacağını belirterek, hiçbir ülkenin hava sahasındaki egemenliğinin ihlal edilmediğini belirtmektedir. Ancak havayolu işletmecileri, bir kez AB bölgesine giriş yaptığında ise, ABAD, bu işletmelerin AB hukuku düzenlemelerine uyum sağlamak zorunda olduklarını da ifade etmektedir (Sanja Bogojević, "Legalising Environmental Leadership: A Comment on the CJEU'S Ruling in C-366/10 on the Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading Scheme", *Journal of Environmental Law*, Vol. 24, No. 2 (2012), pp. 345-356, p. 351).

<sup>47</sup> Case C-366/10, *Air Transport Association of America and others v Secretary of State for Energy and Climate Change*, dn. 36, paras. 71-73.

<sup>48</sup> **94/69/EC: Council Decision of 15 December 1993 concerning the conclusion of the United Nations Framework Convention on Climate Change**, Official Journal of the European Union, L 33, 7.2.1994, p. 11-12. İlgili kararın 1. maddesi uyarınca; Haziran 1992'de Rio de Janeiro'da imzalanan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Avrupa Topluluğu adına onaylandığı belirtilmiştir.

<sup>49</sup> **2002/358/EC: Council Decision of 25 April 2002 concerning the approval, on behalf of the European Community, of the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change and the joint fulfilment of commitments thereunder**, Official Journal of the European Union, L 130, 15.5.2002, p. 1-3. İlgili kararın 1. maddesi uyarınca, 29 Nisan 1998 tarihinde imzalanan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Kyoto Protokolü'nün, Avrupa Topluluğu adına onaylandığı belirtilmiştir.

<sup>50</sup> Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesindeki ifadenin, deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması tedbirlerinde IMO'nun münhasır yetkili addedilmesini sağlamayacağı yönünde literatürde genel bir kabul vardır. Benzer kanı, aynı madde hükmünde sivil havacılık sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması hususunda da ICAO'nun münhasır yetkili addedilmesini sağlamayacağı yönünde bir çıkarsama elde edilmesini mümkün kılabilir (Natalie L. Dobson, Cedric Ryngaert; "Provocative Climate Protection: EU "Extraterritorial" Regulation

etmek için hukuki yargılamalarda ileri sürebilmek hakkını vermek hususunda çok açık bir ifade olmadığına hükmetmiş ve 2008/101 sayılı Direktif'in Kyoto Protokolü çerçevesinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir<sup>51</sup>.

Bu durum, AB müktesebatı çerçevesinde, AB uyruklu olmayan uluslararası taşıyıcılar da dahil olmak üzere, tüm hava taşıyıcılarının AB'de yerleşik havaalanlarına yapılacak tüm inişlerden veya AB'de yerleşik havaalanlarından yapılacak tüm kalkışlardan kaynaklanan emisyonların tamamını kapsayacak şekilde izin almak gerekeceğini ifade etmektedir. Örneğin Los Angeles'tan Paris'e uçuş gerçekleştirecek Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uyruklu bir havayolu şirketi, Paris'e doğru bu faaliyetini gerçekleştirebilmesi için, sadece Fransa hava sahası üzerinde değil aynı zamanda hem ABD hava sahası üzerinde hem de Atlantik Okyanusu üzerindeki uluslararası hava sahasından geçecek olan bu uçuştan kaynaklanan emisyonları kapsayacak şekilde izin almak zorunda kalmaktadır<sup>52</sup>.

ABAD'ın kararında bahsedildiği üzere, Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu'nun 1. maddesi, "*sözleşmecı devletlerin, her devletin kendi bölgesi üzerindeki hava sahası üzerinde tam ve münhasır egemenliği kabul ettiğini*" belirtmektedir. 2008/101 sayılı Direktif yürürlüğe girdiği tarihte, AB'ye üye tüm devletler Chicago Konvansiyonu'na taraf olup, ICAO'nun da üyesidir. Bu sebeple, üye devletler havacılığın iklim değişikliğine etkilerini hedefleyen, piyasa temelli araçlar dâhil olmak üzere, tedbirleri geliştirmeye dair ICAO'da diğer üye devletlerle çalışmayı desteklemeye devam etmesi gerekmektedir. Ancak, yukarıda da değinildiği üzere, ICAO Sivil Havacılık Çevre Koruma Komitesi'nin 2004'teki altıncı toplantısında, ICAO'nun denetimi altında yeni bir hukuki araca dayalı havacılık özelinde emisyon ticareti sisteminin yeteri kadar cazip olmadığı ve bu sebeple bu aracın takip edilmemesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir<sup>53</sup>. Bu çerçevede AB'nin, sivil havacılık sektöründe sera gazı emisyonlarını azaltmak için, sivil havacılık sektörünü emisyon ticareti sistemine dahil etmesi sonucunda, AB ile ICAO arasında yetki uyuşmazlığı sorunu belirlemiştir.

of Maritime Emissions", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol: 66, April 2017, pp. 295-333, p. 297, footnote. 11).

<sup>51</sup> Case C-366/10, *Air Transport Association of America and others v Secretary of State for Energy and Climate Change*, dn. 36, paras. 73-78.

<sup>52</sup> Juan Diego Martinez-Garcia, "The EC Decision to Include the Aviation Activities in the European Emissions Trading System (EU ETS): A Breach of International Law?", **International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Vol: 10 No: 20, 2012, pp. 103-130, p. 106.

<sup>53</sup> **Directive 2008/101/EC**, par. 9.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

## 2) Avrupa Birliği'nin Emisyon Ticareti Sistemini Deniz Ulaşım Sektörüne Genişletmesi Sonucunda Doğan Hukuki Sorunlar

Deniz ulaşım sektöründe ise, deniz ulaşımındaki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarında ciddi artış gerçekleşmesi sebebiyle AB, deniz ulaşım faaliyetlerini sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik politikalarına entegre etme çalışmaları başlatmıştır. Bu hususta, deniz taşımacılığında karbon dioksit emisyonlarının denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanması üzerine 23 Nisan 2009 tarihli ve 2009/29 sayılı Direktif'in önsözünün (3). paragrafında “*Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından azaltım hedeflerinde uluslararası denizcilik emisyonlarını dahil eden ve üye devletler tarafından onaylanan bir uluslararası anlaşma olmadığı takdirde veya 31 Aralık 2011 tarihine kadar Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kanalıyla Topluluk tarafından onaylanan böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, Komisyon'un 2013'te yürürlüğe girmek üzere yasama teklifi amacıyla, Topluluk azaltım taahhütlerine uluslararası denizcilik emisyonlarını dahil eden bir teklifte bulunacağı*” belirtilmektedir<sup>54</sup>. Bu çerçevede hazırlanan ve yürürlüğe giren 2015/757 sayılı Tüzüğün 10. paragrafında, Birlik düzeyinde deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan CO<sub>2</sub> emisyonlarını azaltmak için en uygun seçeneğin, ilk adım olarak gemilerden yakıt tüketimine dayanan CO<sub>2</sub> emisyonlarının denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanması için bir sistem kurulması gerekliliği olduğu ifade edilmiştir<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> **Directive 2009/29/EC** of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 140, 5.6.2009, p. 63–87, par. 3.

<sup>55</sup> Regulation 2015/757, par. 10. IMO'nun, deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak yeteri kadar ilerleme kat etmemesi sebebiyle AB, bu hususta, teşvik amaçlı olarak öncülük rolü üstlenmeye karar vermiş ve 2015 yılında seferin gerçekleştiği uğrama limanlarından birisinin dahi AB'de yerleşik olması durumunda, bu seferden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının AB emisyon ticareti sistemine dahil edilmesini amaçlayan tüzük çalışmalarına başlamıştır (Shuaian Wang, Lu Zhen, Harilaos N. Psaraftis, Ran Yan; “Implications of the EU's Inclusion of Maritime Transport in the Emissions Trading System for Shipping Companies”, **Engineering**, Vol: 7, 2021, pp. 554-557, p. 554). Piyasadaki diğer aktörlerden farklı olarak AB'nin almış olduğu bu kararın, uluslararası deniz ulaşım sektörüne etkisinin büyüklüğü, oldukça geniş çerçevededir. Öncelikle AB'nin ticaret hacminin büyüklüğü ve sektörde ana limanlara sahip olması, sınırları dışındaki alanları da etkileyebilecek düzeydedir. AB'ye mal ihraç etmek isteyen ülkeler de, böylece AB'nin deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik kurallarına uymak zorunda kalmaktadır (Levent Kırval, Ufuk Yakup Çalışkan; “Influence of the European Union (EU) on International Maritime  
*YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)*

Bu çerçevede Tüzüğün 14. paragrafında, Birlik içerisindeki tüm seferler, Birlik'te olmayan son limandan Birliğin ilk uğrama limanına gerçekleşen seferler ve bir Birlik limanından Birlik içerisinde olmayan bir diğer uğrama limanına gerçekleşen seferlerin, yüksüz seferler dahil olmak üzere, denetim amacıyla kapsam dahilinde olarak düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>56</sup>. Direktif'in 2(1). maddesi uyarınca; bu Tüzüğün son uğrama limanından bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanına veya bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanından bir sonraki uğrama limanına ya da bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanları içerisindeki seferleri sırasında salınan CO<sub>2</sub> emisyonları ile ilgili olarak 5.000 brüt tonajın üzerindeki gemilere uygulanacağı belirtilmiştir<sup>57</sup>. Böylece deniz ulaşım sektöründeki AB ile üçüncü devletler arasındaki seferler de, Tüzük kapsamına dahil edilmiştir.

Ancak IMO'nun yetkileri ile uyumlaştırma çabaları da düzenlemeler haricinde bırakılmamış ve deniz taşımacılığında kaynaklanan sera gazı emisyonlarının denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanması için IMO içerisinde uluslararası kuralların geliştirilmesini kolaylaştırmak amacıyla Komisyon, düzenli olarak IMO ve diğer ilgili uluslararası organlarla bu Tüzüğün uygulanması üzerine ilgili bilgiyi paylaşabileceği, IMO'ya ilgili önerilerde bulunabileceği ve küresel bir denetleme-raporlama-doğrulama (*monitoring-reporting-verifying=MRV*) sistemi üzerine bir anlaşmaya varıldığında, Birliğin denetleme-raporlama-doğrulama sistemini küresel denetleme-raporlama-doğrulama sistemine yakınlaştırmak amacıyla gözden geçirebileceği ifade edilmiştir<sup>58</sup>. İlgili husus, 2015/757 sayılı Tüzüğün 22. maddesi uyarınca da teyit edilmiştir<sup>59</sup>. Ancak bu hususta en önemli adım,

---

Organization (IMO) about the Market-based Measures on Emissions”, **International Journal of Environment and Geoinformatics** Vol: 9, No: 3, 2022, pp. 146-153, p. 150).

<sup>56</sup> Regulation 2015/757, par. 14.

<sup>57</sup> Regulation 2015/757, Article 2(1).

<sup>58</sup> Regulation 2015/757, par. 34.

<sup>59</sup> Yine Direktif'in 22. maddesi uyarınca uluslararası işbirliğine dair hükümler düzenlenmiştir. Böylece;

“1. Komisyon, Antlaşmalarda belirtilen yetki dağılımına ve karar alma prosedürüne halel getirmeksizin bu Tüzüğün uygulanmasını düzenli olarak IMO'ya ve diğer ilgili uluslararası organlara bildirir.

2. Komisyon, ve ilgili olduğunda üye devletler özellikle denetleme yöntemlerinin raporlama organizasyonu ve emisyon raporlarının doğrulanmasının geliştirilmesi olmak üzere, üçüncü ülkelerle teknik değişimi devam ettirecektir.

3. Sera gazı emisyonları için küresel denetim, raporlama ve doğrulama sistemi üzerine veya deniz taşımacılığında kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak üzere küresel tedbirler  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

2018/410 sayılı Direktif'te atılmıştır. Direktif'te, Paris İklim Anlaşması<sup>60</sup>'nın hedeflerini elde edebilmek için IMO veya AB'nin, 2023 yılından itibaren uluslararası denizcilik faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik eylem alması gerektiği ifade edilmiştir<sup>61</sup>. IMO ise, uluslararası denizcilikten kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak için bir başlangıç emisyon azaltım stratejisini 2018'de kabul etmek üzere bir süreç belirlemiştir<sup>62</sup>. Bu başlangıç stratejisinin parçası olarak iddialı bir emisyon azaltım hedefinin kabulü, acil bir mesele haline gelmiş ve Paris İklim Anlaşması çerçevesinde uzlaşılan 2°C aşağısı hedefini elde etmede ihtiyaç duyulan çabalar için uluslararası deniz ulaşım sektörünün de dahil edilmesi gerekmiştir. Komisyon'un ise, yılda bir kez olacak şekilde, iddialı emisyon azaltım hedefine yönelik olarak IMO'da elde edilen gelişim üzerine ve sektörün Paris İklim Anlaşması çerçevesinde uzlaşılan hedefleri elde etmede ihtiyaç duyulan çabalar gereğince katkı sağlanıp sağlanmadığını tespit etmek ve ilave tedbirler sunmak üzere Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne rapor sunacağı ifade edilmiştir<sup>63</sup>.

Her ne kadar IMO tarafından 2018 yılında, “*Initial Strategy on Reduction of Greenhouse Gas Emissions from Ships*” uygulanmaya başlamışsa da, AB bu uygulamadan elde edilen sonuçların Paris İklim Anlaşması'nın gerekliliklerini karşılamakta yetersiz olduğunu düşünmektedir. Bu çerçevede, Avrupa Yeşil Mutabakatı'nda Avrupa Komisyonu'nun deniz ulaşım alanının

---

*üzerine bir uluslararası anlaşmaya varıldığı takdirde Komisyon, bu Tüzüğü gözden geçirecek ve uygun olduğu takdirde, bu uluslararası anlaşmaya uyum sağlamak amacıyla bu Tüzüğe değişiklik teklif edecektir.”*

<sup>60</sup> “...küresel ortalama sıcaklıktaki artışı sanayileşme öncesindeki seviyeye göre 2°C'nin oldukça altında tutmak ve sıcaklık artışını sanayileşme öncesi dönemdeki seviyelerin 1,5°C üzeri ile sınırlandırmak için çaba göstermek ...” (6 Ekim 2021 tarihli ve 7335 sayılı kanunla uygun bulunan ve 7 Ekim 2021 tarihli ve 31621 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 4618 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile onaylanan **Paris Anlaşması**'nın 2(1)(a) maddesi).

<sup>61</sup> **Directive 2018/410** of the European Parliament and of the Council of 14 March 2018 amending Directive 2003/87/EC to enhance cost-effective emission reductions and low-carbon investments, and Decision (EU) 2015/1814, par. 4.

<sup>62</sup> International Maritime Organisation, **Initial IMO Strategy on Reduction of GHG Emissions from Ships**, ANNEX 11 RESOLUTION MEPC.304(72) (adopted on 13 April 2018), (Çevrimiçi), [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Resolution%20MEPC.304%2872%29\\_E.pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Resolution%20MEPC.304%2872%29_E.pdf), Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

<sup>63</sup> Directive 2018/410, par. 4.

da, AB emisyon ticareti sistemine dâhil edilmesini teklif edeceğini ve bu teklifin küresel düzeyde de IMO ile koordine edileceği belirtilmiştir<sup>64</sup>.

## II. Avrupa Birliği'nin Sivil Havacılık ve Deniz Ulaşım Sektörlerini Emisyon Ticareti Sistemine Dahil Etmesinden Kaynaklanan Sorunlara Çözüm Arayışına Dair Güncel Gelişmeler

AB, 2030 yılı yenilenebilir enerji hedeflerini belirlediği 2018/2001 sayılı Direktif'te sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerine yönelik olarak da, önemli hükümler kabul etmiştir. Öncelikle Direktif'in 25. maddesi uyarınca; ulaşım sektöründe yenilenebilir enerjinin yaygınlaştırılması hedeflenmiş ve böylece her üye devletin, 2030 yılı ile birlikte ulaşım sektöründe nihai enerji tüketimi içerisinde yenilenebilir enerji payının en az %14 olmasını sağlamak için yakıt tedarikçileri üzerine bir yükümlülük belirlemesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bu çerçevede, 25. maddede belirtilen ulaşım sektöründe asgari yenilenebilir enerji payı ile ilgili olarak hesaplama yapılırken, gıda ve yem bitkilerinden üretilen yakıtlar hariç olmak üzere, sivil havacılık ve denizcilik sektörlerinde tedarik edilen yakıtların payının, enerji içeriklerinin 1,2 katı olarak düşünüleceği düzenlenmiştir<sup>65</sup>.

Güncel olarak kabul edilen ve 31 Ekim 2023 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanan 2023/2413 sayılı Direktif ile yukarıda belirtilen oranlarda değişiklik yapılmış ve yeni hükümler kabul edilmiştir. Böylece her üye devletin 2030 yılı ile birlikte ulaşım sektöründeki nihai enerji tüketiminde

<sup>64</sup> European Commission, **The European Green Deal**, p. 11. IMO'nun, "Initial Strategy on Reduction of Greenhouse Gas Emissions from Ships" uygulamasındaki vizyon, 21. yüzyılda mümkün olduğu ölçüde, uluslararası deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması ve kaldırılmasına dayanmaktadır. Bunun için üç iddialı hedef belirlenmiştir: Öncelikle, yeni gemiler için enerji verimliliği standartları yoluyla karbon yoğunluğunu azaltmak, ikinci olarak 2008 seviyesi ile kıyaslandığında 2050 yılı ile birlikte her bir ulaşım işi başına karbon yoğunluğunun %70 azaltılması için çaba göstermek ve son olarak, mümkün olduğunca sera gazı emisyonlarında üst noktaya vararak, emisyonları düşüşe geçirmek ve Paris İklim Anlaşması ısı hedefleriyle uyumlu bir şekilde sera gazı emisyonlarını kaldırma hedefini izlerken toplam yıllık sera gazı emisyonlarını, 2008 yılı ile kıyaslandığında 2050 yılında %50 azaltmak (International Maritime Organisation, **Initial IMO Strategy on Reduction of GHG Emissions from Ships**, par. 3.1, p. 5-6. Nathan Weijland, **International Maritime Transport Emission Reductions IMO vs. EU**, Tilburg Law School – Law & Technology, the Netherlands, 21.04.2021, p. 13).

<sup>65</sup> **Directive (EU) 2018/2001** of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, Official Journal of the European Union, L 328, 21.12.2018, p. 82–209, Article 27(2)(c).



yenilenebilir enerji payının en az %29 olması veya üye devletler tarafından belirlenen gösterge yörüngeye göre, 27(1)(b). maddesinde belirtilen temel çizgiyle kıyaslandığında, 2030 yılı ile birlikte sera gazı yoğunluğunda en az %14,5 azalmaya yol açmasını sağlayacak şekilde yakıt tedarikçilerine yükümlülük yükleyecekleri ifade edilmiştir<sup>66</sup>. Bu oranlar hesaplanırken, sivil havacılık ve deniz ulaşımında tedarik edilen 9. Ek'in A Bölümü'nde listelenen hammaddelerden üretilen gelişmiş biyoyakıtların ve biyogazın payı, enerji içeriklerinin 1,2 katı olarak ve sivil havacılık ve deniz ulaşımında tedarik edilen biyolojik kökenli olmayan yenilenebilir yakıtların payı ise, enerji içeriklerinin 1,5 katı olarak düşünülecektir<sup>67</sup>.

Deniz limanına sahip olan üye devletler ise, 2030 yılı itibarıyla deniz ulaşım sektörüne tedarik edilen toplam enerji miktarında biyolojik kökenli olmayan yenilenebilir yakıtların payının en az %1,2 olmasını sağlamaya çaba göstereceklerdir. Ayrıca üye devletler, 2018/1999 sayılı Tüzüğün 17. maddesi uyarınca sunulan entegre ulusal enerji ve iklim ilerleme raporlarında, sera gazı yoğunluğunun azaltılması olduğu kadar, deniz ulaşım sektörü dahil olmak üzere ulaşım sektöründe nihai enerji tüketiminde yenilenebilir enerjinin payı hakkında rapor sunmakla yükümlü kılınmıştır<sup>68</sup>.

Böylece sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerine, ulaşımda yenilenebilir enerjinin kullanılmasına yönelik olarak özel bir önem verilmiş ve sera gazı emisyonlarının azaltılması hususunda farklı bir hesaplama sistemine dahil edilmiştir. 2018/2001 sayılı Direktif'in yürürlüğe girmesinden sonra da, sivil havacılık ve deniz ulaşım sektöründeki

<sup>66</sup> **Directive (EU) 2023/2413** of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 amending Directive (EU) 2018/2001, Regulation (EU) 2018/1999 and Directive 98/70/EC as regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652, Official Journal of the European Union, L Series, 31.10.2023, (Çevrimiçi), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202302413](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302413), Erişim Tarihi: 13 Kasım 2023, Article 1(15). Direktif'in 1(2). maddesi uyarınca, 2018/2001 sayılı Direktif'teki hedeflerde güncelleme yapılmış ve üye devletlerin kolektif bir şekilde, Birliğin 2030 yılında brüt nihai enerji tüketiminde yenilenebilir enerji kaynaklarının payının en az %42,5 olmasını sağlayacakları ve bu oranın %45'e çıkarılabilmesi için de çaba gösterecekleri belirtilmiştir. 31 Ekim 2023 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan ve 2018/2001 sayılı Direktif'te değişiklik yapan 2023/2413 sayılı Direktif'in 5. maddesi uyarınca üye devletler, bu Direktif ile uyumu gerektiren kanunları, yönetmelikleri ve idari hükümleri 21 Mayıs 2025 tarihine kadar yürürlüğe koyacak ve Direktif'in 7. maddesi uyarınca ise; bu Direktif, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanmasından itibaren yirmi gün sonra yürürlüğe girecektir.

<sup>67</sup> Directive 2023/2413, Article 1(17).

<sup>68</sup> Directive 2023/2413, Article 1(15).

faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik olarak çabalar, bu bölümde değinilen AB direktif ve tüzüklerinde yer edinmiş ve uluslararası bir standart oluşturma stratejisi takip edilmiştir.

### **A. Avrupa Birliği'nin Emisyon Ticareti Sisteminde Sivil Havacılık ile İlgili Güncel Düzenlemeleri ve Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün Düzenlemeleri ile Uyumlaştırma Çabaları**

ICAO, Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girmesinden uzun bir süre sonra, Ekim 2016'da “*Uluslararası Havacılık İçin Karbon Dengeleme ve Azaltma Programı (CORSIA)*”nı kabul etmiş ve ICAO'ya üye devletlerin tüm uluslararası uçuşlardan kaynaklanan emisyonların izlenmesi, raporlanması ve doğrulanması hususundaki aşamalar ve yükümlülükleri belirlemiştir. CORSIA, deneme aşaması (2021-2023), ilk aşama (2024-2026) ve ikinci aşama (2027-2035) olmak üzere üç aşamada uygulanacaktır. Aşamalara katılım ise gönüllülük esasına tabi tutulmuştur<sup>69</sup>. 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla bütün üye devletler CORSIA programına katılım sağlamışlardır<sup>70</sup>.

ICAO'nun CORSIA programını uygulamaya başlaması ile birlikte, AB, iklim değişikliği ile mücadele çerçevesinde uluslararası sivil havacılık alanında sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik tedbirleri düzenleme yetkisini, ICAO'nun CORSIA programına uygun hale getirmek için 2003/87 sayılı Direktif'te tekrar değişikliğe gidilmesi hususunda çalışmalar başlatmıştır.

Komisyon, “*Avrupa'nın 2030 iklim hedefi için süreci hızlandırma: halklarımızın yararı için iklim nötr bir geleceğe yatırım*” bildirisinde, 1990 seviyesine göre kıyaslandığında 2030 yılı ile birlikte %55 oranında emisyon azaltımının Avrupa için ekonomik olarak öngörülebilir olduğunu ifade etmektedir<sup>71</sup>. Komisyon bu hedefin başarılması için, sivil havacılık ve

<sup>69</sup> ICAO, **Assembly Resolution A41-22**: Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection — Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA), Article 9 (Çevrimiçi), [https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/Resolution\\_A41-22\\_CORSIA.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/Resolution_A41-22_CORSIA.pdf), Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

<sup>70</sup> ICAO, **CORSIA States for Chapter 3 State Pairs**, July 2022, p. 2, (Çevrimiçi), [https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/CORSIA%20States%20for%20Chapter%203%20State%20Pairs\\_3Ed\\_web.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/CORSIA%20States%20for%20Chapter%203%20State%20Pairs_3Ed_web.pdf), Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

<sup>71</sup> European Commission, **Stepping up Europe's 2030 climate ambition Investing in a climate-neutral future for the benefit of our people**, Brussels, 17.9.2020 COM(2020) 562 final, p. 1-2.

denizcilik sektörlerinin de dahil olduğu ulaşım alanında yenilenebilir enerji kullanımının 2015'te %6'dan, elektrikli araçların, geliştirilmiş biyoyakıtların ve diğer yenilenebilir ve düşük karbon yakıtlarının geliştirilmesi ve yerleştirilmesi ile 2030 yılında %24'e çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinde ise, temiz hidrojenin önem kazanacağını ifade etmiştir. Bu çerçevede, *ReFuelEU Aviation* girişimi ile sivil havacılık sektöründe, *FuelEU Maritime* girişimi ile de deniz ulaşım sektöründe sürdürülebilir yakıtların üretilmesi ve artırılması hedeflenmektedir<sup>72</sup>.

Yine aynı belgede, konuyla bağlantılı uluslararası anlaşmaların gelişimine izin vermek için Avrupa Ekonomik Alanı'nın dışındaki ülkelere uçuşlar ile ilgili olarak AB emisyon ticareti sisteminin sivil havacılık alanında uygulanmasının durdurulduğu belirtilmiştir. Ancak Paris İklim Anlaşması çerçevesinde verilen ve tüm ekonomiyi kapsayan uluslararası taahhütler kapsamında, AB'nin, AB içindeki sivil havacılık emisyonlarını, AB emisyon ticareti sisteminde düzenlemeye devam etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca sivil havacılık sektöründe uluslararası işbirliğinin arzu edildiğini ve CORSIA gibi, ICAO'da müzakere edilmiş veya edilen hukuki belgelerin etkili bir eylemi teşvik etmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>73</sup>.

Böylece, “2021 yılından itibaren küresel piyasa temelli tedbirin uygulanmasına hazırlık yapmak” amacıyla kabul edilen 2017/2392 sayılı Tüzük ile 2003/87 sayılı Direktife “28b” maddesi eklenmiştir. İlgili maddede, “ICAO'nun küresel piyasa temelli tedbirlerinin uygulanması ile ilgili olarak Komisyon'un rapor hazırlaması ve değerlendirmesi” ile ilgili hükümler düzenlenmektedir. İlgili madde hükümleri çerçevesinde Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne, 2021 yılından başlayacak şekilde emisyonlara uygulanacak küresel piyasa temelli tedbirleri uygulamak üzere, ICAO

<sup>72</sup> A.g.e, p. 8-10. FuelEU Maritime girişimi, Fit for 55 paketine dahil edilerek, sera gazı emisyonları yoğunluk hedeflerini ve gemiler için yakıt standartlarını belirlemekte olup, ayrıca sektör içerisindeki yakıt vergi muafiyetlerini kaldıran Enerji Vergilendirme Direktifi ile limanlarda kıyı yanı elektriğin ve Sıvılaştırılmış Doğal Gazın ulaşılabilirliğini artırmayı hedefleyen Alternatif Yakıt Altyapısı Tüzüğü ile birlikte paketin unsurlarını oluşturmaktadır (Sotiria Lagouvardou, Harilaos N. Psaraftis; “Implications of the EU Emissions Trading System (ETS) on European container routes: A carbon leakage case study”, **Maritime Transport Research**, Vol: 3, 2022, p. 1; Junjie Dong, Jia Zeng, Yanbin Yang and Hua Wang; “A review of law and policy on decarbonization of shipping”, **Frontiers in Marine Science**, 22 November 2022, doi: <https://doi.org/10.3389/fmars.2022.1076352>, p. 5).

<sup>73</sup> European Commission, **Stepping up Europe's 2030 climate ambition Investing in a climate-neutral future for the benefit of our people**, p. 15-16.

müzakerelerindeki gelişmeler hakkında rapor hazırlayacağına hükmedilmiştir. Komisyon'un hazırlayacağı raporda, uygun olduğu ölçüde, Avrupa Ekonomik Alanı içerisindeki uçuşlar ile ilgili olarak uygulanabilir kuralları da mütalaa edeceği ve ayrıca, ICAO'nun düzenlediği küresel piyasa temelli tedbirin, biyoyakıtların kullanımına ilişkin kurallar olduğu kadar Paris İklim Anlaşması çerçevesindeki hedefler ile ilgili olarak genel iddia düzeyi, katılım düzeyi, uygulanabilirliği, şeffaflığı, emisyonların denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanması gibi özelliklerini de değerlendireceği belirtilmiştir<sup>74</sup>.

Komisyon 14 Temmuz 2021 tarihinde ise, AB emisyon ticareti sistemine dahil edilen sivil havacılık sektöründe uluslararası düzenlemeler ile uyumlu olacak şekilde bir değişiklik teklifinde daha bulunmuştur. Teklifin önsözünün 3. paragrafında, ICAO'nun 27 Haziran 2018 tarihinde 214. oturumunun onuncu toplantısında "*Çevrenin Korunması Üzerine Uluslararası Standartlar ve Tavsiye Edilen Uygulamalar - Uluslararası Havacılık İçin Karbon Dengeleme ve Azaltma Programı (CORSIA)*"nın ilk yayını kabul ettiği ve Birlik ile üye devletlerin CORSIA'yı desteklemeye devam ederek ve deneme aşaması 2021-2023'den başlayarak CORSIA'yı uygulamayı taahhüt ettiği belirtilmiştir<sup>75</sup>. AB, ICAO'nun CORSIA programını desteklemektedir, çünkü AB'ye üye devletlerin hepsi aynı zamanda ICAO'ya da üyedirler<sup>76</sup>. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 351. maddesi de, Antlaşmalar'daki hiçbir hükmün üye devletlerin 1 Ocak 1958'den önce veya daha sonra katılan devletler için katılım tarihlerinden önce akdedilmiş anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler hâle getirmeyeceğini vurgulamaktadır<sup>77</sup>. Bu sebeple hem ABAD'ın *Air Transport Association of America ve diğerleri* davasındaki AB'de yerleşik havaalanlarına iniş veya bu havaalanlarından kalkış yapacak olan tüm uçuşların AB emisyon ticareti

<sup>74</sup> **Regulation 2017/2392** of the European Parliament and of the Council of 13 December 2017 amending Directive 2003/87/EC to continue current limitations of scope for aviation activities and to prepare to implement a global market-based measure from 2021, Official Journal of the European Union, L350, 29.12.2017, p. 7-14, Article 1(7).

<sup>75</sup> European Commission, **Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC as regards aviation's contribution to the Union's economy-wide emission reduction target and appropriately implementing a global market-based measure**, Brussels, 14.7.2021 COM(2021) 552 final, par. 3, p. 11.

<sup>76</sup> ICAO, **Member States**, (Çevrimiçi), <https://www.icao.int/about-icao/pages/member-states.aspx>, Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

<sup>77</sup> **Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma**, (Çevrimiçi), <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

sistemine dahil edilmesinde Birliğin yetkili olduğu yönündeki görüşü hem de üye devletlerin aynı zamanda ICAO'ya da üye olmaları sebebiyle CORSIA çerçevesinde karbon denkleştirme ve azaltım programı yükümlülükleri de göz önünde bulundurulurken AB ve ICAO'nun sivil havacılık sektöründeki yetkilerinin belirlenmesi de önem arz etmektedir.

İklim nötrlük yolunda AB'nin 2030 iklim hedefinin gerçekleştirilmesi için "Fit for 55" paketinde havacılık sektörü emisyonlarını küresel çapta ele almak amacıyla CORSIA'nın, AB Emisyon Ticaret Sistemi Direktifi aracılığıyla uygulamaya konulacağı ve AB'nin bu amaçla ICAO ile birlikte çalışacağı da vurgulanmıştır<sup>78</sup>. Bu çalışmaların yanı sıra, *ReFuelEU Aviation* çerçevesinde; AB havaalanlarında yüklenen mevcut jet yakıtlarına yakıt tedarikçilerinin gittikçe artan bir şekilde yüksek oranda sürdürülebilir havacılık yakıtı karışımlarının zorunlu tutulması ve sentetik yakıtların kullanımının teşvik edilmesi hususunda Komisyon'un çağrısı da paket çerçevesinde ele alınan konulardandır<sup>79</sup>. *ReFuelEU Aviation* çerçevesinde gerçekleştirilen bu çalışmalar son halini almış ve 2023/2405 sayılı Tüzük, 31 Ekim 2023 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıştır<sup>80</sup>. Tüzük'te zorunlu sürdürülebilir havacılık yakıtları oranları belirlenmiştir. Böylece bir önceki raporlama döneminde yolcu trafiğinin 800.000 yolcudan fazla olduğu veya yük trafiğinin 100.000 tondan fazla olduğu Birlik havaalanlarındaki havacılık işletmelerine tedarik edilen bütün havacılık yakıtlarında, havacılık yakıt tedarikçilerine, yenilenebilir hidrojen ve düşük karbon havacılık yakıtlarından sağlanmak üzere, 1 Ocak 2025 yılından itibaren her yıl en az %2, 1 Ocak 2030 tarihinden itibaren her yıl en az %6, 1 Ocak 2035 yılından itibaren her yıl en az %20, 1 Ocak 2040 yılından itibaren her yıl en az %34, 1 Ocak 2045 yılından itibaren her yıl en az %42 ve 1 Ocak 2050 yılından itibaren ise her yıl en az %70 sürdürülebilir havacılık yakıtını sağlama

<sup>78</sup> European Commission, 'Fit for 55': delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality, Brussels, 14.7.2021 COM(2021) 550 final, p. 9.

<sup>79</sup> A.g.e, p. 8.

<sup>80</sup> **Regulation (EU) 2023/2405** of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on ensuring a level playing field for sustainable air transport (ReFuelEU Aviation), Official Journal of the European Union, 31.10.2023, (Çevrimiçi), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202302405](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302405), Erişim Tarihi: 13 Kasım 2023. Tüzüğün 18. maddesi uyarınca; Tüzük, AB Resmi Gazetesi'nde yayınlandığı tarihten yirmi gün sonra yürürlüğe girecek ve 1 Ocak 2024 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlayacaktır.

zorunluluğu getirilmektedir<sup>81</sup>. Ayrıca Tüzüğün 17(6). maddesi uyarınca, ICAO tarafından sürdürülebilir havacılık yakıtlarının artırılmasına dair olası bir politika çerçevesine uygun olarak 1 Ocak 2027 tarihinde ve sonrasında da her dört yılda bir hazırlanacak olan Komisyon raporunda Tüzüğün değiştirilmesinin öngörülebileceği de ifade edilmektedir.

Böylece AB'nin, bir yandan üye devletlerin aynı zamanda ICAO'ya da üye olmaları sebebiyle CORSIA programını AB emisyon ticareti sisteminin ve AB hukukunun bir enstrümanı haline getirerek yasalaştırmak hem de sürdürülebilir havacılık yakıtlarının kullanılmasını teşvik ederek sivil havacılık sektöründe artışlarını sağlamak hususunda yasal düzlemde önemli çabalar sarf ettiği görülmektedir.

AB düzenlemelerini uluslararası düzenlemeler ile uyumlaştıran bir diğer adım daha atılmış ve Komisyon'un 2003/87 sayılı Direktif te değişiklik yapılmasına yönelik olarak sunduğu teklif kabul edilerek, “*sivil havacılığın Birliğin tüm ekonomiyi kapsayan azaltım hedefine katkısı ve küresel piyasa temelli tedbirin uygun bir şekilde yürütülmesine dair, 2003/87/EC sayılı Direktifi değiştiren 10 Mayıs 2023 tarihli 2023/958 sayılı Direktif*”, 16 Mayıs 2023 tarihli ve L 130/115 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır<sup>82</sup>.

İlgili Direktif'in önsözünün 24. paragrafı uyarınca, ABİHA'nın 191(1). maddesinin Birliğin çevre politikasının iklim değişikliği ile mücadelede uluslararası düzeyde tedbirleri teşvik etmeye katkıda bulunacağını düzenlendiği ve böylece Birlik ile üye devletlerin, kendi yetkileri çerçevesinde üçüncü ülkelerle ve yetkili uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hedeflerin aynı zamanda ICAO'nun CORSIA programının gelişimi ile de ilgili olduğu belirtilmiştir<sup>83</sup>. Direktif'in 1(10). maddesi ile 28a ve 28b maddelerinde değişiklik gerçekleştirilmiştir. Böylece yeni düzenlemelerde bazı önemli hususlar kabul edilmiştir.

2023/958 sayılı Direktif ile, 2003/87 sayılı Direktif'in 28a. maddesi “*ICAO'nun küresel piyasa temelli tedbirlerinin zorunlu uygulamasının öncesinde uygulanabilir değişiklikler*” başlıklı olarak düzenlenerek, öncelikli

<sup>81</sup> A.g.e, Article 4(1) and Annex I. Ek I'de sürdürülebilir havacılık yakıtının içeriğinde bulunması gereken asgari sentetik yakıt oranları da düzenlenmiştir.

<sup>82</sup> **Directive 2023/958** of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 amending Directive 2003/87/EC as regards aviation's contribution to the Union's economy-wide emission reduction target and the appropriate implementation of a global market-based measure, Official Journal of the European Union, L 130, 16.5.2023, p. 115–133.

<sup>83</sup> Directive 2023/958, par. 24.

yapılabilecek eylemler ele alınmıştır. Bu çerçevede; üye devletler, aşağıdaki hususlar ile ilgili olarak havayolu işletmelerine karşı herhangi bir eylem almayacaklardır:

“(a) 1 Ocak 2021 ile 31 Aralık 2026 tarihleri arasında, her bir takvim yılında Birleşik Krallık ve İsviçre’de yerleşik olan havaalanlarındaki uçuşlar hariç olmak üzere, Avrupa Ekonomik Alanı dışında yerleşik olan havaalanlarına veya bu havaalanlarından gerçekleştirilecek uçuşlardaki tüm emisyonlar;

(b) 1 Ocak 2013 ile 31 Aralık 2023 tarihleri arasında, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 349. maddesinin<sup>84</sup> kapsamı dahilinde çevre dışı bölgelerde yerleşik bir havaalanı ile Avrupa Ekonomik Alanı’nın bir diğer bölgesinde yerleşik bir havaalanı arasında gerçekleşen uçuşlardaki tüm emisyonlar.”<sup>85</sup>

Ayrıca 2023/958 sayılı Direktif ile, 2003/87 sayılı Direktif’in 28b maddesi olarak ise “ICAO’nun küresel piyasa temelli tedbirlerinin uygulanması ile ilgili olarak Komisyon’un raporlaması ve denetimi” başlıklı olarak düzenlenmiş olup, bu çerçevede 1 Ocak 2027 tarihinden önce ve sonrasında da her üç yılda bir Komisyon’un, 2021 yılından itibaren emisyonlara uygulanmak üzere küresel piyasa temelli tedbirleri uygulamak için ICAO müzakerelerindeki gelişmeler üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’ne rapor hazırlayacağına hükmedilmiştir. Aynı maddenin 2. paragrafı uyarınca ise, 1 Temmuz 2026 ile birlikte Komisyon, biyoyakıtların kullanımına ilişkin kurallar olduğu kadar Paris İklim Anlaşması çerçevesindeki hedefler ile ilgili olarak genel iddia düzeyi, CORSIA kapsamında denkleştirmeye katılım düzeyi, uygulanabilirliği, şeffaflığı, emisyonların denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanması gibi hususlarda, ICAO’nun küresel piyasa temelli

<sup>84</sup> “Guadeloupe, Fransız Guyanası, Martinik, Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Azor Takımadaları, Madeira Takımadaları ve Kanarya Adaları’nın, uzaklıkları, ada oluşları, küçük yüzölçümleri, zorlu topoğrafyaları ve iklimleri, ekonomik olarak az sayıda ürüne bağımlı olmaları gibi, sürekli oluşları ve bir araya gelmeleri gelişmelerini ciddi olarak etkileyen faktörlerle ağırlaşan yapısal nitelikteki sosyal ve ekonomik durumlarını göz önünde bulundurarak, Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’na danıştıktan sonra, özellikle Antlaşmalar’ın, ortak politikalar da dahil, bu bölgelere uygulanmasının koşullarını belirlemeyi amaçlayan spesifik tedbirler kabul eder. Bu spesifik tedbirlerin, Konsey tarafından özel yasama usulü uyarınca kabul edilmesi durumunda da, Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’na danıştıktan sonra hareket eder.” (Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, (Çevrimiçi), <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023).

<sup>85</sup> Directive 2023/958, Article 1(10).

tedbirlerinin çevresel bütünlüğünü değerlendirecek ve raporunu 1 Temmuz 2026 tarihinde yayınlacaktır. Komisyon bu raporunu, uygun olduğu takdirde, 2003/87 sayılı Direktifi Paris İklim Anlaşması ısı hedefi, 2030 için Birliğin tüm ekonomiyi kapsayan sera gazı emisyon azaltımı taahhüdü ve en geç 2050 ile birlikte iklim nötrlüğü elde etme hedefi ile ve Birliğin iklim eyleminin çevresel bütünlüğünü ve etkililiğini korumak amacıyla uyumlu olacak şekilde değiştirmek üzere, bir yasama teklifi ile birlikte hazırlayacaktır. Bu teklif, eğer 2. paragrafta belirtilen rapor, aşağıda ifade edilen hususları gösterdiği takdirde, Ocak 2027'den itibaren Avrupa Ekonomik Alanı'ndaki devletlerde yerleşik havaalanlarından Avrupa Ekonomik Alanı'nın dışında yerleşik havaalanlarına kalkış yapan uçuşlara AB emisyon ticareti sisteminin uygulanmasını dahil edecek ve Avrupa Ekonomik Alanı'nın dışında yerleşik havaalanlarından iniş yapan uçuşları ise hariç bırakacaktır:

*“(a) Paris İklim Anlaşması hedeflerini karşılamaya yönelik olarak, 31 Aralık 2025 tarihi itibarıyla ICAO Genel Kurulu, uzun vadeli küresel istekli hedefi elde etme ile paralel olarak CORSIA'yı güçlendirmedeği takdirde; veya*

*(b) 25a(3). maddeye<sup>86</sup> göre kabul edilen uygulama düzenlemesinde listelenen devletlerin, en güncel ulaşılabilir veri kullanılarak, uluslararası sivil havacılık emisyonlarının %70'inden daha azını temsil etmesi halinde.”*

Yukarıda yer alan (a) ve (b) alt bentlerinde belirtilen koşullar karşılanmadığı takdirde, teklif, Avrupa Ekonomik Alanı içindeki uçuşlara, İsviçre'ye ve Birleşik Krallığa uçuşlara ve 25a(3). maddeye göre kabul edilen uygulama kanununda listelenmeyen devletlere olan uçuşlara AB emisyon ticareti sistemini uygulamaya devam edecek şekilde bu Direktif'te değişiklik gerçekleştirilecektir<sup>87</sup>.

Yeni düzenlemelerdeki hükümler ele alındığında, AB müktesebatında her ne kadar, sivil havacılık faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına dair ICAO'nun CORSIA uygulamalarıyla uyumlu olacak şekilde gerekli düzenlemeleri gerçekleştirme gayesi güdülse

<sup>86</sup> Aynı Direktif ile 2003/87 sayılı Direktif'in 25(a)(3) maddesi olarak konulan hükümde Komisyon'un; 2021-2023 için 2019 yılı referans hattı ile 2024 yılından itibaren her yıl için 2019 emisyonlarının %85'i referans hattı olacak şekilde, bu Direktif'in amaçları doğrultusunda CORSIA'nın uygulanmasında düşünülecek Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) ülkeleri, İsviçre ve Birleşik Krallık'tan başka diğer devletleri de listeleyen bir uygulama düzenlemesi kabul edecektir.

<sup>87</sup> Directive 2023/958, Article 1(10).

YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



de, ICAO'nun CORSIA uygulamalarının istenilen sonuçları elde etmede verimli olmayacağı saptanması halinde AB'nin, emisyon ticareti sistemini kısmen de olsa AB'de yerleşik havaalanlarından AB dışına gerçekleştirilecek uçuşlara uygulayacağı yönünde stratejisini saklı tuttuğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

## **B. Avrupa Birliği'nin Emisyon Ticareti Sisteminde Deniz Ulaşım Sektörü ile İlgili Güncel Düzenlemeleri ve Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün Düzenlemeleri ile Uyumlaştırma Çabaları**

Komisyon, sivil havacılık sektörü ile ilgili olarak 2003/87 sayılı Direktif'te değişiklik yapılması teklifine benzer şekilde deniz ulaşım sektöründe de 14 Temmuz 2021 tarihli ve “deniz ulaşımında yenilenebilir ve düşük karbon yakıtların kullanılması üzerine” başlıklı Tüzük değişikliği teklifinde bulunmuştur. İlgili Tüzüğün nihai hali, (“Deniz ulaşım faaliyetlerinin AB Emisyon Ticareti Sistemi'ne dahil edilmesini ve ek sera gazı emisyonlarının ve ek gemi türlerinden emisyonların denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanmasını sağlamak için 2015/757 sayılı Tüzükte değişiklik yapan 10 Mayıs 2023 tarihli, 2023/957 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü”), 16 Mayıs 2023 tarihli ve L 130/105 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır<sup>88</sup>.

Tüzükte ifade edildiği üzere, 2021/1119 sayılı Avrupa İklim Kanunu ile oluşturulan emisyon azaltımlarını elde etmek için ekonominin tüm sektörlerinin katkıda bulunmasına ihtiyaç olduğu, Paris İklim Anlaşması'nın hedeflerine olduğu kadar Birliğin artırılmış iklim hedeflerine deniz ulaşım faaliyetlerinin de kendi katkısını sağlaması amacıyla 2015/757 sayılı Tüzüğün değiştirilmesi ihtiyacının doğduğu belirtilmiştir<sup>89</sup>. Tüzüğün 1. maddesine getirilen değişiklik uyarınca Tüzük, uygun maliyetli bir şekilde deniz taşımacılığında kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasını teşvik etmek için, sera gazı emisyonlarının ve bir üye devletin yetkisi altındaki limanlardan kalkan veya bu limanlara varan ya da bu limanlar

<sup>88</sup> **Regulation (EU) 2023/957** of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 amending Regulation (EU) 2015/757 in order to provide for the inclusion of maritime transport activities in the EU Emissions Trading System and for the monitoring, reporting and verification of emissions of additional greenhouse gases and emissions from additional ship types, Official Journal of the European Union, L 130, 16.5.2023, p. 105–114.

<sup>89</sup> Regulation (EU) 2023/957, par. 8.

içerisindeki gemilerden diğer ilgili bilgilerin doğru şekilde denetlenmesi, raporlanması ve doğrulanması için kuralları belirlemektedir<sup>90</sup>.

Tüzüğün 2(1). maddesinde<sup>91</sup> ise değişiklik yapılarak; Tüzüğün bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanları içerisinde olduğu kadar, son uğrama limanından bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanına ve bir üye devletin yetkisi altındaki son uğrama limanından bir başka uğrama limanına ticari amaçlı kargo ve yolcu taşımacılığı için seferleri sırasında salınan sera gazı emisyonları ile ilgili olarak 5.000 brüt tonaja sahip gemilere uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu hüküm 1 Ocak 2025 tarihi itibarıyla, 5.000 brüt tonajdan küçük ancak 400 brüt tonajdan büyük kargo gemilerine ve açık deniz gemilerine ve ayrıca 5.000 brüt tonajdan ve yukarısında olan açık deniz gemilerine de uygulanacaktır. Bu Tüzük kapsamına alınan sera gazları ise karbon dioksit (CO<sub>2</sub>) ve 2024 yılından itibaren salınan emisyonlarla ilgili olarak metan (CH<sub>4</sub>) ve azot oksit (N<sub>2</sub>O) olarak belirlenmiştir<sup>92</sup>. Bu madde hükmü ile seferleri sırasında sera gazı emisyonlarından dolayı Tüzük kapsamına giren gemi türleri genişletilmiş olmaktadır.

Tüzüğün 5(2). maddesine de aşağıda belirtilen hüküm getirilmiştir:

*“Komisyon, bu Tüzük kapsamında, açık denizdeki gemilerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının dahil edilmesi olduğu kadar, CH<sub>4</sub> ve N<sub>2</sub>O emisyonlarının dahil edilmesini de dikkate almak için, bu Tüzüğün I ve II numaralı eklerini<sup>93</sup> değiştirmek ve bu ekleri bu Direktifin 14(1). maddesi çerçevesinde kabul edilen uygulama yönetmelikleri ile ilgili uluslararası kurallar ve uluslararası ve Avrupa standartları ile uygun hale getirmek için bu Tüzüğün 23. maddesi uyarınca yetki devrine dayanan yasal eylem kabul etmeye yetkilendirilmiştir”<sup>94</sup>.* Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, açık denizdeki gemilerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının uluslararası standartlara uyum sağlamak hususu, deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması hedefine dayalı AB stratejisinin kapsamı dahilindedir.

<sup>90</sup> Regulation (EU) 2023/957, Article 1(3).

<sup>91</sup> Bkz.: Dipnot 47.

<sup>92</sup> Regulation (EU) 2023/957, Article 1(4).

<sup>93</sup> 2015/757 sayılı Tüzüğün I numaralı ekinde CO<sub>2</sub> emisyonlarının denetlenmesine dair metodlar öngörülmüşken, II numaralı ekinde ise diğer ilgili bilgilerin denetlenmesine dair hükümler öngörülmüştür.

<sup>94</sup> Regulation (EU) 2023/957, Article 1(7).

Deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının AB emisyon ticareti sistemine dahlini de kapsayan bir diğer güncel düzenleme ise, 10 Mayıs 2023 tarihli ve 2023/959 sayılı Direktif'tir<sup>95</sup>. İlgili Direktif ile, deniz ulaşım faaliyetleri ile ilgili olarak 2003/87 sayılı Direktif'in 3ga maddesi olarak yeni bir hüküm yerleştirilmiştir. Bu hüküm ile; deniz ulaşım faaliyetleri ile ilgili olarak izinlerin tahsisi ve feragat gerekliliklerinin uygulanmasında şu yöntem uygulanacaktır:

- ➔ bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanından ayrılan ve üye devletlerin yetkisi dışında bir limana varan seferleri gerçekleştiren gemilerden kaynaklanan emisyonların yüzde ellisi (%50),
- ➔ üye devletlerin yetkisi dışındaki bir uğrama limanından ayrılan ve bir üye devletin yetkisi altındaki bir limana varan seferleri gerçekleştiren gemilerden kaynaklanan emisyonların yüzde ellisi (%50),
- ➔ bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanından ayrılan ve başka bir üye devletin yetkisi altındaki bir limana varan seferleri gerçekleştiren gemilerden kaynaklanan emisyonların yüzde yüzü (%100),
- ➔ bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanı içerisindeki gemilerden kaynaklanan emisyonların<sup>96</sup> yüzde yüzü (%100).

İlgili madde hükmünden de görüleceği üzere, AB deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının

---

<sup>95</sup> **Directive 2023/959** of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union and Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading system, Official Journal of the European Union, L 130, 16.5.2023, p. 134–202. İlgili Direktif ile, 2003/87 sayılı Direktif'in 1(2). maddesi değiştirilmiş ve Direktifin “*tehlikeli iklim değişikliğinden kaçınmak için bilimsel olarak gerekli olduğu düşünülen azaltımların derecesine katkı sağlamak ile ilgili olarak, sera gazı emisyonlarında azaltımın artırılmasını sağladığı ve Birliğin iklim nötrlük hedefi ile Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2021/1119 sayılı Tüzüğünde belirtilen iklim hedeflerinin ve böylece Paris İklim Anlaşması'nın amaçlarının elde edilmesine katkıda bulunduğu*” belirtilmiştir.

<sup>96</sup> Bir uğrama limanı içerisindeki gemilerin faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazları emisyonlarının azaltılmasının da Direktif kapsamına dahil edilmesinin temelinde, elde edilen bilimsel bulgular bulunmaktadır. Yapılan çalışmada, uğrama limanlarının üzerindeki hava tabakasında yoğun olarak küresel ısınmaya sebep olan CO<sub>2</sub>'nin yanı sıra, insan sağlığına zararlı olan NO<sub>x</sub>, SO<sub>2</sub> ve solunabilir partiküllerin bulunduğu tespit edilmiştir (Dong, Zeng, Yang and Wang; **a.g.e**, p. 2).

azaltılmasında sadece AB’de bulunan uğrama limanları arasındaki gemi seferleri değil, ayrıca AB dışındaki bir uğrama limanından AB’de yerleşik bir uğrama limanına ve AB’de yerleşik bir uğrama limanından AB dışındaki bir uğrama limanına gerçekleştirilen seferler de dahil edilmiştir. 2023/957 sayılı Tüzüğün üye devletlerde yerleşik bulunmayan limanlardan üye devletlerde yerleşik limanlara gerçekleştirilecek deniz ulaşım seferlerini de AB ETS’ye dahil etmesi sonucu, Türk denizcilik sektörü de bu düzenlemelerden etkilenecektir<sup>97</sup>. 1 Ocak 2024 tarihinden sonra ilk defa AB ETS kapsamına girecek gemiler için yetkili idari makam, ilgili geminin bir üye devletin yetkisi altındaki limana ilk uğramasından itibaren dört ay içerisinde sunulan izleme raporunu onaylayacaktır<sup>98</sup>. Ayrıca 2023/959 sayılı Direktif hükümleri gereğince, Türkiye’de kayıtlı bir denizcilik şirketi, önceki dört denetleme yılı boyunca gerçekleştirdiği seferlerden, limanlarına ortalama en çok ziyarette bulunduğu AB üye devletin idari makamına izleme ve raporlama yükümlülüğüne tabi olacaktır<sup>99</sup>.

Böylece AB’nin, sivil havacılık sektöründeki stratejisini, Türkiye dahil üçüncü ülkeleri de etkileyecek şekilde deniz ulaşım sektöründe de uygulamakta olduğu görülmektedir<sup>100</sup>. AB, ICAO’nun 2004’teki kararında emisyon ticareti sistemini yetersiz bulması üzerine 2008/101 sayılı Direktifi kabul ederek, AB’de yerleşik havaalanlarına veya AB’de yerleşik havaalanlarından gerçekleştirilen uçuş seferlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarını AB emisyon ticareti sistemine dahil etmiş ve ICAO’nun CORSIA programını kabul etmesi sonucunda, CORSIA programı ile uyumlu olacak şekilde 2023/958 sayılı Direktifi kabul ederek 2003/87 sayılı

<sup>97</sup> Hakan Tunahan, Ayşegül Karataş, Büşra Garip, Gülenay Atakan; “Avrupa Yeşil Mutabakatı 55’e Uyum: Türk Lojistik Sektörü Üzerine İnceleme”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:22 No:1, 2023, s. 225-255, s. 250.

<sup>98</sup> Regulation 2023/957, Article 1(8)(c).

<sup>99</sup> Directive 2023/959, Article 3gd, 3ge ve 3gf(1)(b).

<sup>100</sup> Nathan Weijland, **International Maritime Transport Emission Reductions IMO vs. EU**, Tilburg Law School – Law & Technology, the Netherlands, 21.04.2021, p. 38. George Dikaios, Spyros Blavoukos; “Influencing the International Transport Regime Complex: The EU’s Climate Action in ICAO and IMO”, **Politics and Governance**, Vol: 11, Issue: 2, 2023, pp. 62-71, p. 67-68. Deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerin de AB emisyon ticareti kapsamına alınması sadece Avrupa Ekonomik Alanı ile ilgili olarak emisyonların durdurulmasına yönelik olarak önemli bir adım olarak kalmamakta, aynı zamanda uluslararası eylem açısından da, aynen sivil havacılık sektöründe olduğu gibi, önemli bir örnek oluşturmaktadır (Lighthouse Swedish Maritime Competence Centre, **Including maritime transport in the EU Emission Trading System – addressing design and impacts**, Sweden, Lighthouse Reports, 2020, p. 38).

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Direktif'te değişiklik gerçekleştirmişti. AB, deniz ulaşım sektörü ile ilgili olarak da, IMO'nun uluslararası bir düzenleme yapma ve bu düzenleme ile uyum sağlama stratejisini, 2023/959 sayılı Direktif'te göz ardı etmiş değildir. 2023/959 sayılı Direktif ile, 2003/87 sayılı Direktif'te 3gg maddesinin 1. paragrafına bu husus eklenmiştir. Böylece; IMO tarafından deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak için küresel piyasa temelli bir tedbirin kabul edilmesi halinde Komisyon, kabul edilen tedbirin ışığında Direktifi tekrar gözden geçirecektir. Bu amaçla Komisyon, böyle bir küresel piyasa temelli tedbirin kabulünden itibaren onsekiz ay içerisinde ve faaliyete geçmesinden önce Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne rapor sunacaktır. Bu raporda Komisyon, aşağıdakilerle ilgili olarak küresel piyasa temelli tedbiri gözden geçirecektir:

- (a) Paris İklim Anlaşması'nın amaçları ışığında iddia düzeyi;
- (b) deniz ulaşım sektörünü kapsayan bu Direktif'in hükümleri ile mukayesesi de dahil olmak üzere, genel çevresel bütünlüğü; ve
- (c) AB emisyon ticareti sistemi ve bu tedbir arasındaki uyum ile ilgili olarak tüm konular.

Uygun olduğunda Komisyon, küresel piyasa temelli tedbir ile AB emisyon ticareti sistemi arasındaki uyumu sağlamak amacıyla, hazırlayacağı rapor ile birlikte, Birliğin 2030 iklim hedefi ve 2021/1119 sayılı Tüzük'te belirtilen iklim nötrlük hedefi ve çevresel bütünlük ile Birliğin iklim eyleminin etkililiği ile uyumlu olacak bir şekilde Direktifi değiştirmek amacıyla bir yasama teklifinde bulunabilecektir<sup>101</sup>.

2023/959 sayılı Direktif ile birlikte, 2003/87 sayılı Direktife eklenen 3gg maddesinin ikinci paragrafında ise IMO'nun, 2028 yılına kadar Paris İklim Anlaşması'nın hedefleri doğrultusunda ve en azından 2003/87 sayılı Direktif çerçevesinde alınan Birlik tedbirlerinden doğan sonuçlara mukayese edilebilecek seviyede, deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak amacıyla küresel piyasa temelli bir tedbir kabul etmezse; Komisyon'un, Paris İklim Anlaşması'nın hedefleri ışığında bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanı ile üye devletlerin yetkisi altında olmayan uğrama limanı arasında sefer gerçekleştiren gemilerden kaynaklanan emisyonların yüzde ellisinden (%50) daha fazla olması ile ilgili olarak izin tahsislerinin ve feragat gerekliliklerinin uygulanması ihtiyacını da gözden geçiren bir raporu Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne sunacağına hükmedilmiştir<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Directive 2023/959, Article 1(7).

<sup>102</sup> Directive 2023/959, Article 1(7).

2023/959 sayılı Direktif'in yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra IMO, 7 Temmuz 2023 tarihinde aldığı karar ile “*Gemilerden Kaynaklanan Sera Gazı Emisyonlarının Azaltılması Üzerine 2023 IMO Stratejisi*”ni kabul etmiştir<sup>103</sup>. Böylece ilgili stratejide, uluslararası deniz taşımacılığının ortalaması olarak taşıma işi başına, CO<sub>2</sub> oranını, 2008 ile kıyaslandığında 2030 ile birlikte en az %40 oranında azaltmak hedef olarak belirtilmiştir. Ayrıca, Paris İklim Anlaşması'nın 2. maddesinde belirtilen uzun vadeli ısı hedefi ile uyumlu şekilde sera gazı emisyonlarını aşamalı olarak azaltmaya yönelik çaba sarf ederken, farklı ulusal koşulları dikkate alarak, uluslararası deniz taşımacılığında kaynaklanan sera gazı emisyonlarında mümkün olan en kısa sürede üst düzeyi yakalayarak, 2050 yılında veya 2050 yılı civarında sera gazı emisyonlarını net-sıfıra ulaştırmak da, önemli bir hedef olarak yer almaktadır<sup>104</sup>. 1 Ocak 2026 tarihi ile birlikte orta vadeli tedbirlerin kabulü ve tedbirlerin kabulünden on altı ay sonra da tedbirlerin yürürlüğe girişi, anahtar aşamalar olarak belirlenmiştir<sup>105</sup>. Orta vadeli tedbirler ise, denizcilikte kullanılan yakıtların sera gazı emisyonlarının yoğunluğunun aşamalı olarak azaltılmasını düzenleyen hedef temelli denizcilik yakıt standardı olarak teknik unsur ve denizcilik sera gazı emisyonlarının fiyatlandırılması mekanizması temelinde ekonomik unsurdan oluşacaktır<sup>106</sup>.

Ayrıca *FuelEU Maritime* girişimi çerçevesinde gerçekleştirilen çalışmalar da son halini almış ve 2023/1805 sayılı Tüzük, 22 Eylül 2023 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıştır<sup>107</sup>. Tüzük, üye devletlerin yetkisi altındaki limanlardan ayrılan, bu limanlara varan veya bu limanlar içerisinde kalan gemiler<sup>108</sup> tarafından gemide kullanılan enerjinin sera gazı

<sup>103</sup> International Maritime Organisation, **2023 IMO Strategy on Reduction of GHG Emissions From Ships**, Resolution MEPC.377(80) Adopted on 7 July 2023, (Çevrimiçi), <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/annex/2023%20IMO%20Strategy%20on%20Reduction%20of%20GHG%20Emissions%20from%20Ships.pdf>, Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2023.

<sup>104</sup> Ibid, p. 6.

<sup>105</sup> Ibid, p. 11-12.

<sup>106</sup> Ibid, p. 7-8.

<sup>107</sup> **Regulation (EU) 2023/1805** of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC, Official Journal of the European Union, L 234/48, 22.09.2023, p. 48-100. 2023/1805 sayılı Tüzüğün 32. maddesi uyarınca; Tüzük, 1 Ocak 2025 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

<sup>108</sup> Tüzük kapsamına dahil olacak gemilere, Tüzük'te açıklık getirilmiştir. Böylece Tüzük, bayrağı dikkate alınmaksızın, ticari amaçlarla yolcu veya kargo taşıma amacına hizmet eden *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

yoğunluğuna sınırlama getirmek ve bu limanlarda on-shore güç kaynağı veya sıfır emisyon teknolojisinin kullanılması yükümlülüğü getirmeye yönelik yeknesak kuralları düzenlemektedir. Bu hedefi başarmak için, deniz ulaşımının düzgün işlemlerini sağlarken, yenilenebilir ve düşük karbon yakıtlar ile sürdürülebilir teknolojilerin artırılmasına yönelik mevzuatta kesinliği yaratırken, ve iç piyasada bozulmalardan kaçınırken aynı zamanda en geç 2050 yılı ile birlikte Birlik düzeyinde iklim nötrlüğe ulaşma hedefiyle uyumlu olarak Birlik boyunca deniz ulaşımında yenilenebilir ve düşük karbon yakıtları ile alternatif enerji kaynaklarının istikrarlı bir şekilde kullanılmasını artırmanın gerekli olduğu belirtilmektedir<sup>109</sup>. Tüzükte gemiler tarafından kullanılan yakıtların sera gazı yoğunlukları üzerine bir tavan sınır belirlenmekte olup, 2025 yılı için %2, 2030 yılı için %6, 2035 yılı için %14,5, 2040 yılı için %31, 2045 yılı için %62 ve 2050 yılı için %80 oranında sera gazı emisyonlarının azaltılması öngörülmektedir<sup>110</sup>. Tüzüğün bir diğer önemli maddesi ise, gemiler tarafından gemide kullanılan enerji için küresel bir sera gazı yakıt standardına veya küresel sera gazı yoğunluk limitlerine yönelik IMO tarafından bir düzenlemenin kabul edilmesi halinde, Komisyon'un, gecikme olmaksızın, Avrupa Parlamentosu'na ve Konsey'e rapor sunacağına dair hükümdür. Raporunda Komisyon, Paris İklim Anlaşması'nın hedefleri ve düzenlemenin genel çevresel bütünlüğü ışığında iddia düzeyi ile ilgili olarak küresel tedbirini inceleyecektir. Ayrıca uluslararası düzey olduğu kadar, Birlik'teki deniz ulaşımından kaynaklanan sera gazı emisyonlarına mükerrer düzenlemeden kaçınma ihtiyacı da dahil olacak şekilde, 2023/1805 sayılı Tüzüğü bu küresel tedbirle uyumlaştırma hususunu da gözden geçirecektir. Uygun olduğu takdirde, Komisyon tarafından

5.000 brüt tonajın yukarısında olan bütün gemilere, aşağıda belirtilen hususlar ile ilgili olarak uygulanacaktır:

- (a) bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanı içerisinde buldukları süre boyunca kullanılan enerji,
- (b) bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanından, bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanına gerçekleştirilen seferlerde kullanılan enerjinin tamamı,
- (c) (b) bendindeki hükme rağmen, bir üye devletin yetkisi altındaki merkezden uzak bölgelerde yerleşik uğrama limanına varan veya bu limandan ayrılan seferlerde kullanılan enerjinin yarısı, ve;
- (d) bir önceki veya bir sonraki uğrama limanının, üçüncü bir ülkenin yetkisi altında bulunması halinde, bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanına varan veya bu limandan ayrılan seferlerde kullanılan enerjinin yarısı (**Regulation (EU) 2023/1805**, Article 2(1)).

<sup>109</sup> **Regulation (EU) 2023/1805**, Article 1.

<sup>110</sup> **Regulation (EU) 2023/1805**, Article 4(2).

hazırlanacak rapor, Birliğin tüm ekonomiyi kapsayan sera gazı emisyon taahhütleri ile uyumlu olacak şekilde, Birliğin iklim eyleminin çevresel bütünlüğünü ve etkinliğini muhafaza etmek hedefiyle, Tüzük'te değişiklik yapılması yönünde bir yasama teklifi ile beraber sunulabilecektir<sup>111</sup>.

2023/959 sayılı Direktif ile 2023/1805 sayılı Tüzük'te, deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik yukarıdaki hükümler incelendiğinde, AB'nin sivil havacılık sektöründe ICAO'yu harekete geçirdiği gibi, deniz ulaşım sektöründe de IMO'yu harekete geçirmek istediği düşünülebilir. Bilhassa 2023/959 sayılı Direktif ile 2003/87 sayılı Direktif'e eklenen 3gg maddesi ve 2023/1805 sayılı Tüzüğün 30(5). maddesindeki hükümlerde, IMO'nun küresel tedbirler kabul etmesi durumunda Komisyon'un, IMO'nun bu uluslararası düzenlemesi ile uyumu sağlayabilmek için, Direktifte ve Tüzükte değişiklik gerçekleştirmeye yönelik teklifte bulunacağı düzenlenmiştir. Ancak hem sivil havacılık sektöründe ICAO'nun CORSIA programı hem de deniz ulaşım sektöründe IMO'nun gerçekleştirmesi beklenen uluslararası tedbirinde AB, her ne kadar bu düzenlemelerle uyum sağlamayı taahhüt etmişse de, bu iki uluslararası programın Paris İklim Anlaşması'nda belirtilen hedeflere yönelik olarak yeteri kadar etkili olmadığı sonucuna varılması halinde, sivil havacılıkta ve deniz ulaşımındaki seferlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarını tekrar AB emisyon ticareti sistemine dahil etmek yönünde gerekli düzenlemeleri yapacağını da saklı tutmaktadır. Bu husus ise, AB'nin küresel iklim değişikliği ile mücadeleye ve Paris İklim Anlaşması'nda belirtilen hedefleri gerçekleştirmek için düzenlenen uluslararası taahhütlere verdiği önemi göstermektedir.

Son olarak AB'nin bu çalışmada değinilen sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerini ETS'ye dahil etmesinin Türk hukuku açısından da takibi gerekmektedir. Henüz AB'ye üye devlet konumunda bulunmayan Türkiye'nin AB ETS ile uyumlu bir kendi ulusal emisyon ticareti sistemine sahip olması gerekliliği, Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye İlerleme Raporlarında da değinilmiş<sup>112</sup> ve AB ETS ile uyumlu bir ulusal

<sup>111</sup> **Regulation (EU) 2023/1805**, Article 30(5).

<sup>112</sup> European Commission, **Turkey 2020 Report**, Brussels, 6.10.2020 SWD(2020) 355 final, p. 102. European Commission, **Turkey 2021 Report**, Strasbourg, 19.10.2021 SWD(2021) 290 final, p. 108. European Commission, **Türkiye 2022 Report**, Brussels, 12.10.2022 SWD(2022) 333 final, p. 117.



emisyona ticaret sisteminin kurulmasının, Türk ekonomisinin uygun maliyetli karbonsuzlaştırılması için gerekli bir ön koşul olduğu belirtilmiştir<sup>113</sup>.

## Sonuç

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi nezdinde Kyoto Protokolü ve Paris İklim Anlaşması'nın tarafı olan Avrupa Birliği (AB), sera gazı emisyonlarının azaltılması ve yenilenebilir enerjinin kullanılmasının artırılması için tüm sektörleri kapsayacak şekilde stratejiler belirlemektedir. Bu sektörler arasında sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörleri de mevcut olup, bu iki sektördeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması ile ilgili olarak, Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesinde, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ve Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) ile birlikte çalışılacağı ifade edilmiştir. Ancak AB, hem ICAO'nun sivil havacılık sektöründeki hem de IMO'nun deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılması ile ilgili olarak uyguladığı tedbirleri yetersiz bulması neticesinde, AB'de yerleşik havaalanlarına ve limanlara veya AB'de yerleşik havaalanlarından

<sup>113</sup> European Commission, Türkiye 2023 Report, Brussels, 8.11.2023 SWD(2023) 696 final, p. 69. Benzer şekilde, gerçekleştirilen çalışmalarda da, Türkiye'nin iklim rejimine hazırlık yapması için karbon borsasını oluşturması ve böylece emisyonların kayıt, izleme ve denetleme işlemlerine yönelik gerekli hukuki altyapının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir (İzzet Arı, **İklim Değişikliği ile Mücadelede Emisyon Ticareti ve Türkiye Uygulaması**, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara, 2010, s. 139-140). Bu süreçte Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Dünya Bankası finansmanı ile Karbon Piyasalarına Hazırlık Ortaklığı (PMR) ile, "Türkiye'de Sera Gazı Emisyon Ticareti Sisteminin Kurulmasına Yönelik Yol Haritası" raporunu yayımlamıştır (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, **Türkiye'de Sera Gazı Emisyon Ticaret Sistemi Kurulmasına Yönelik Yol Haritası**, 2016, (Çevrimiçi), <https://pmrturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/12/T%C3%BCrkiyede-Sera-Gaz%C4%B1-Emisyon-Ticareti-Sisteminin-Kurulmas%C4%B1na-Y%C3%B6nelik-Yol...pdf>, Erişim Tarihi: 16 Aralık 2023). Türkiye'de ETS'nin kuruluşuna dair çalışmalar bir süredir devam etmekteyse de, bu husustaki çalışmalara hız kazandıran Avrupa Yeşil Mutabakatı olmuştur (Ayşe Uyduranoğlu, Zahide Eylem Gevrek, Sevil Acar; "Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Uyum Çerçevesinde Türkiye'deki İşletmelerin Emisyon Ticaretine Verdikleri Desteği Etkileyen Faktörler", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:22 No:1, 2023, s. 257-289, s. 283). Bu çerçevede, AB'ye üyelik perspektifinden AB ETS ile uyumlu, izleme, raporlama ve doğrulama süreçlerini kapsayan bir emisyon ticareti sisteminin Türkiye'de kurulması ile Avrupa Komisyonu'nun "Çevre ve İklim Değişikliği" faslında belirttiği bir husus tamamlanmış olacaktır (Ahmet Atıl Aşıcı, Sevil Acar; "Channels of Cooperation Between the EU and Turkey on Green Transformation", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cil:21 No:1, 2022, s. 43-67, s. 55).

ve limanlardan yapılan seferleri AB emisyon ticareti sistemine dahil etmiştir. AB emisyon ticareti sisteminin sivil havacılık sektörüne genişlemesi, *Air Transport Association of America and others v Secretary of State for Energy and Climate Change* kararına da konu olmuş ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı, sivil havacılık sektörünün AB emisyon ticareti sistemine dahil edilmesinin Kyoto Protokolü'nün 2(2). maddesine aykırı olmadığı, ayrıca AB'nin de Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu'na taraf olmaması sebebiyle, ilgili Konvansiyon'un 1. maddesinde yer alan, devletlerin kendi hava sahaları üzerindeki egemenliğini ihlal eden bir hüküm içermediği yönünde karar vermiştir.

Ancak 2016 yılında, ICAO'nun CORSIA programını düzenleyerek uluslararası sivil havacılık sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik strateji belirlemesi sonucunda, AB, üye devletlerin tamamının ICAO'nun da üyesi olması sebebiyle, AB'de yerleşik havaalanlarına veya AB'de yerleşik havaalanlarından gerçekleştirilen uçuş seferlerine ICAO'nun CORSIA programının uygulanması yönünde gerekli değişiklikler gerçekleştirmiştir. Bu amaçla kabul edilen 10 Mayıs 2023 tarihli ve 2023/958 sayılı Direktif ile, 2003/87 sayılı Direktif'in 28a. maddesi, üye devletlerin, 1 Ocak 2021 ile 31 Aralık 2026 tarihleri arasında, her bir takvim yılında Birleşik Krallık ve İsviçre'de yerleşik olan havaalanlarındaki uçuşlar hariç olmak üzere, Avrupa Ekonomik Alanı dışında yerleşik olan havaalanlarına veya bu havaalanlarından gerçekleştirilecek uçuşlardaki tüm emisyonlar ile ilgili olarak havayolu işletmelerine karşı herhangi bir eylem almayacağına hükmedilmiştir.

AB, sivil havacılık sektöründe izlediği stratejiyi deniz ulaşım sektöründe de izlemektedir. Deniz ulaşım sektörü ile ilgili olarak; 10 Mayıs 2023 tarihli ve 2023/957 sayılı Tüzük kabul edilmiş ve 2015/757 sayılı Tüzüğün 2(1). maddesinde değişiklik yapılarak; bir üye devletin yetkisi altındaki uğrama limanları içerisinde olduğu kadar, son uğrama limanından bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanına ve bir üye devletin yetkisi altındaki son uğrama limanından bir başka uğrama limanına ticari amaçlı kargo ve yolcu taşımacılığı için seferleri sırasında salınan sera gazı emisyonları Tüzüğün kapsamı dahiline alınmıştır. Ayrıca 10 Mayıs 2023 tarihli ve 2023/959 sayılı Direktif ile yine, deniz ulaşım sektöründeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının AB emisyon ticareti sistemine dahilini de kapsayan bir düzenleme, 2003/87 sayılı Direktif'in 3ga maddesi olarak yerleştirilmiş ve bu hüküm ile; deniz ulaşım faaliyetleri ile ilgili olarak izinlerin tahsisi ve feragat gerekliliklerinin uygulanmasında üye devletlerin yetkisi altındaki uğrama

limanları ile üye devletlerin yetkisi dışındaki limanlar arasındaki seferler de, Tüzük kapsamına alınmıştır. 2023/959 sayılı Direktif ile, 2003/87 sayılı Direktif'te 3gg maddesinin 1. paragrafına; IMO tarafından deniz ulaşımı sektöründe kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak için küresel piyasa temelli bir tedbirin kabul edilmesi halinde Komisyon'un, kabul edilen tedbirin ışığında Direktifi tekrar gözden geçireceği ve Paris İklim Anlaşması da göz önünde bulundurularak, küresel piyasa temelli tedbir ile AB emisyon ticareti sistemi arasındaki uyumu sağlamak amacıyla, Birliğin 2030 iklim hedefi ve 2021/1119 sayılı Tüzük'te belirtilen iklim nötrlük hedefi ile uyumlu olacak bir şekilde Direktifi değiştirmek için bir yasama teklifinde bulunabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca 2023/1805 sayılı Tüzük ile üye devletlerin yetkisi altındaki limanlardan ayrılan, bu limanlara varan veya bu limanlar içerisinde kalan gemiler tarafından gemide kullanılan enerjinin sera gazı yoğunluğuna sınırlama getirmeye yönelik düzenlemeler kabul edilmiş ve küresel sera gazı yoğunluk limitlerine yönelik IMO tarafından bir düzenlemenin kabul edilmesi halinde, Komisyon'un bu küresel tedbire uyum sağlamak için Tüzük'te değişiklik yapılması yönünde yasama teklifinde bulunacağı ifade edilmiştir. Böylece AB emisyon ticareti sisteminin, kabul edilen 2023/958 sayılı Direktif ile ICAO'nun CORSIA programına, 2023/959 sayılı Direktif ve 2023/1803 sayılı Tüzük ile de IMO tarafından düzenlenmesi beklenen programa uyum sağlanması hedeflenmiştir.

Bu tespite ilave olarak belirtmek gerekir ki; her ne kadar 2023/958 ve 2023/959 sayılı Direktifler ile AB, sivil havacılık ve deniz ulaşım sektörlerinde uluslararası düzenlemelerle uyum sağlama hedefini belirtmiş olsa da; yine de Paris İklim Anlaşması'nda düzenlenen hedeflere yönelik olarak bu uluslararası düzenlemelerin etkili olup olmayacağını da göz önünde bulunduracağını ilan etmiştir. Sivil havacılık sektöründe, 2023/958 sayılı Direktif ile 2003/87 sayılı Direktifin 28b(3). maddesi olarak yerleştirilen hükme göre; Paris İklim Anlaşması hedeflerini karşılamaya yönelik olarak, 31 Aralık 2025 tarihi itibarıyla ICAO Genel Kurulu, uzun vadeli küresel istekli hedefi elde etme ile paralel olarak CORSIA'yı güçlendirmedeği takdirde, Ocak 2027'den itibaren Avrupa Ekonomik Alanı'ndaki devletlerde yerleşik havaalanlarından Avrupa Ekonomik Alanı'nın dışında yerleşik havaalanlarına kalkış yapan uçuşlara AB emisyon ticareti sisteminin uygulanmasını dahil edecektir. Aynı şekilde deniz ulaşım sektöründe de; 2023/959 sayılı Direktif ile birlikte, 2003/87 sayılı Direktife eklenen 3gg maddesinin ikinci paragrafında ise IMO'nun, 2028 yılına kadar Paris İklim Anlaşması'nın hedefleri doğrultusunda ve en azından 2003/87 sayılı Direktif

çerçevesinde alınan Birlik tedbirlerinden doğan sonuçlara mukayese edilebilecek seviyede, deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmak amacıyla küresel piyasa temelli bir tedbir kabul etmediği takdirde; Komisyon'un, Paris İklim Anlaşması'nın hedefleri ışığında bir üye devletin yetkisi altındaki bir uğrama limanı ile üye devletlerin yetkisi altında olmayan uğrama limanı arasında sefer gerçekleştiren gemilerden kaynaklanan emisyonların yüzde ellisinden (%50) daha fazla olması ile ilgili olarak izin tahsislerinin ve feragat gerekliliklerinin uygulanması ihtiyacını da gözden geçiren bir raporu Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne sunacağına hükmedilmiştir. 2023/959 sayılı Direktif'in kabulünden kısa bir süre sonra IMO, "*Gemilerden Kaynaklanan Sera Gazı Emisyonlarının Azaltılması Üzerine 2023 IMO Stratejisi*"ni kabul etmiş, böylece stratejide belirtilen 2030 ve 2050 yılı hedefleri için, 1 Ocak 2026 tarihi ile birlikte, teknik unsur ve ekonomik unsurdan oluşan orta vadeli tedbirlerin kabulü ve tedbirlerin kabulünden onaltı ay sonra da tedbirlerin yürürlüğe girişi, anahtar aşamalar olarak belirlenmiştir. Deniz ulaşım faaliyetlerinden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik fiyatlandırma mekanizmasının ve teknik standartların IMO tarafından kabul edilerek yürürlüğe girmesi halinde, 2023/959 sayılı Direktif ile kabul edilen AB'nin emisyon ticareti sistemindeki deniz ulaşımı ile ilgili hükümlerin, "*Gemilerden Kaynaklanan Sera Gazı Emisyonlarının Azaltılması Üzerine 2023 IMO Stratejisi*"nde ifade edildiği üzere IMO'nun yürürlüğe koyacağı uluslararası tedbirlere uyumlaştırılması beklenecektir.

Tüm bu gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, AB'nin, Paris İklim Anlaşması hedefleri çerçevesinde sera gazı emisyonlarının azaltılmasını ekonominin tüm boyutlarıyla ele aldığı, böylece bu çalışma kapsamında sivil havacılık ile deniz ulaşım sektörlerindeki faaliyetlerden kaynaklanan sera gazı emisyonlarının azaltılmasına da çok önem verdiği gözükmektedir. Bu hedefle AB, ICAO'nun uluslararası sivil havacılık sektöründe yeterli çalışmayı gerçekleştirmemiş olması sebebiyle AB'de yerleşik havaalanlarına ve AB'de yerleşik havaalanlarından yapılan uçuşları, AB emisyon ticareti sistemine dahil ederek ICAO'yu CORSIA programını düzenlemesi hususunda tetiklemiş ve CORSIA'nın yürürlüğe girmesini takiben, kendi emisyon ticareti sistemini CORSIA ile uyumlaştırmaya çabalamıştır. AB, sivil havacılıkta uyguladığı bu stratejiyi, deniz ulaşım sektöründe de uygulayarak IMO'yu uluslararası deniz ulaşım sektöründen kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmaya yönelik olarak harekete geçirmeyi hedeflemekte ve IMO'nun böyle bir düzenlemeyi gerçekleştirmesi

durumunda, kendi emisyon ticareti sistemini IMO'nun gerçekleştirmesi beklenen düzenlemesine uyumlaştırmayı planlamaktadır.

### KAYNAKÇA

6 Haziran 1990 tarihli ve 3656 sayılı Kanunla onaylanarak, 8 Eylül 1990 tarih ve 20629 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan **Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü**.

6 Ekim 2021 tarihli ve 7335 sayılı kanunla uygun bulunan ve 7 Ekim 2021 tarihli ve 31621 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4618 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile onaylanan **Paris Anlaşması**.

**94/69/EC: Council Decision of 15 December 1993 concerning the conclusion of the United Nations Framework Convention on Climate Change**, Official Journal of the European Union, L 33, 7.2.1994.

**2002/358/EC: Council Decision of 25 April 2002 concerning the approval, on behalf of the European Community, of the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change and the joint fulfilment of commitments thereunder**, Official Journal of the European Union, L 130, 15.5.2002.

“ABAD’ın” Case C-366/10, *Air Transport Association of America and others v Secretary of State for Energy and Climate Change*, 21 December 2011, ECLI:EU:C:2011:864.

Anger, Annela; Kohler, Jonathan: “Including aviation emissions in the EU ETS: Much ado about nothing? A review”, **Transport Policy**, Vol: 17, 2010.

Arı, İzzet: **İklim Değişikliği ile Mücadelede Emisyon Ticareti ve Türkiye Uygulaması**, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara, 2010.

Aşıcı, Ahmet Atıl; Acar, Sevil: “Channels of Cooperation Between the EU and Turkey on Green Transformation”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cil:21 No:1, 2022.

**Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma**, (Çevrimiçi), <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

**Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Kyoto Protokolü**, (Çevrimiçi), [https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/kyoto\\_protokol.pdf](https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/kyoto_protokol.pdf), Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023.

Bock, Lisa; Burkhardt, Ulrike: “Contrail cirrus radiative forcing for future air traffic”, **Atmospheric Chemistry and Physics**, Vol:19 Issue: 12, 2019.

Bogojević, Sanja: “Legalising Environmental Leadership: A Comment on the CJEU’S Ruling in C-366/10 on the Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading Scheme”, **Journal of Environmental Law**, Vol. 24, No. 2, 2012.

Ciolino, Katelyn E.: “Up in the Air: The Conflict Surrounding the European Union’s Aviation Directive and the Implications of a Judicial Resolution”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol: 38, Issue:3, 2013.

Commission of the European Communities, **Reducing the Climate Change Impact of Aviation**, Brussels, 27.9.2005, COM(2005) 459 final.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, **Türkiye’de Sera Gazı Emisyon Ticaret Sistemi Kurulmasına Yönelik Yol Haritası**, 2016, (Çevrimiçi), <https://pmrturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/12/T%C3%BCrkiyede-Sera-Gaz%C4%B1-Emisyon-Ticareti-Sisteminin-Kurulmas%C4%B1na-Y%C3%B6nelik-Yol....pdf>, Erişim Tarihi: 16 Aralık 2023.

**Decision No 1386/2013/EU** of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 ‘Living well, within the limits of our planet’, Official Journal of the European Union, L 354, 28.12.2013.

Dikaïos, George; Blavoukos, Spyros: “Influencing the International Transport Regime Complex: The EU’s Climate Action in ICAO and IMO”, **Politics and Governance**, Vol: 11, Issue: 2, 2023.

**Directive 2003/87/EC** of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC (Text with EEA relevance), OJ L 275, 25.10.2003.

**Directive 2008/101/EC** of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, Official Journal of the European Union, L8, 13.1.2009.

**Directive 2009/29/EC** of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 140, 5.6.2009.

**Directive 2018/410** of the European Parliament and of the Council of 14 March 2018 amending Directive 2003/87/EC to enhance cost-effective

emission reductions and low-carbon investments, and Decision (EU) 2015/1814.

**Directive (EU) 2018/2001** of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, Official Journal of the European Union, L 328, 21.12.2018.

**Directive 2023/958** of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 amending Directive 2003/87/EC as regards aviation's contribution to the Union's economy-wide emission reduction target and the appropriate implementation of a global market-based measure, Official Journal of the European Union, L 130, 16.5.2023.

**Directive 2023/959** of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union and Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading system, Official Journal of the European Union, L 130, 16.5.2023.

**Directive (EU) 2023/2413** of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 amending Directive (EU) 2018/2001, Regulation (EU) 2018/1999 and Directive 98/70/EC as regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652, Official Journal of the European Union, L Series, 31.10.2023, (Çevrimiçi), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202302413](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302413), Erişim Tarihi: 13 Kasım 2023.

Dobson, Natalie L.; Ryngaert, Cedric: "Provocative Climate Protection: EU "Extraterritorial" Regulation of Maritime Emissions", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol: 66, April 2017.

Dong, Junjie; Zeng, Jia; Yang, Yanbin and Wang, Hua: "A review of law and policy on decarbonization of shipping", **Frontiers in Marine Science**, 22 November 2022, doi: <https://doi.org/10.3389/fmars.2022.1076352>.

Efthymiou, Marina; Papatheodorou, Andreas: "EU Emissions Trading scheme in aviation: Policy analysis and suggestions", **Journal of Cleaner Production**, Vol: 237, 2019.

Eren, T. Mesut: **Avrupa Ekonomik Entegrasyonu ve Avrupa'nın Yeşil Geleceği**, İstanbul, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 2021.

European Commission, **EU Emissions Trading System (EU ETS)**, (Çevrimiçi), [https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets\\_en](https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en), Erişim Tarihi: 08 Temmuz 2023.

European Commission, **'Fit for 55': delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality**, Brussels, 14.7.2021 COM(2021) 550 final.

European Commission, **Integrating maritime transport emissions in the EU's greenhouse gas reduction policies**, Brussels, 28.6.2013, COM(2013) 479 final.

European Commission, **Kyoto Protocol: What is the Kyoto Protocol?**, MEMO/04/4, Bruxelles, 4 March 2004, (Çevrimiçi), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_04\\_43](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_04_43), Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023.

European Commission, **Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC as regards aviation's contribution to the Union's economy-wide emission reduction target and appropriately implementing a global market-based measure**, Brussels, 14.7.2021 COM(2021) 552 final.

European Commission, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport and amending Directive 2009/16/EC**, Brussels, 14.7.2021 COM(2021) 562 final.

European Commission, **Stepping up Europe's 2030 climate ambition Investing in a climate-neutral future for the benefit of our people**, Brussels, 17.9.2020 COM(2020) 562 final.

European Commission, **The European Green Deal**, Brussels, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

European Commission, **Turkey 2020 Report**, Brussels, 6.10.2020 SWD(2020) 355 final.

European Commission, **Turkey 2021 Report**, Strasbourg, 19.10.2021 SWD(2021) 290 final.

European Commission, **Türkiye 2022 Report**, Brussels, 12.10.2022 SWD(2022) 333 final.

European Parliament, **Motion for a Resolution on the 2019 UN Climate Change Conference in Madrid, Spain (COP 25)**, 14.11.2019, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0174\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0174_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

European Parliament, **Resolution on reducing the climate change impact of aviation** (2005/2249(INI)), MINUTES Tuesday, 4 July 2006 OJ C 303E , 13.12.2006.



European Parliament, **Resolution of 21 October 2021 on the 2021 UN Climate Change Conference in Glasgow, UK (COP26)**, 21 October 2021, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0437\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0437_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

European Parliament, **Resolution of 20 October 2022 on the 2022 UN Climate Change Conference in Sharm El-Sheikh, Egypt (COP27)**, 20 October 2022, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0373\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0373_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

European Parliament, **Resolution on the UN Climate Change Conference 2023 in Dubai, United Arab Emirates (COP28)**, 15.11.2023, (Çevrimiçi), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0458\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0458_EN.html), Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

ICAO, **Assembly Resolution A41-22**: Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection — Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA), (Çevrimiçi), [https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/Resolution\\_A41-22\\_CORSIA.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/Resolution_A41-22_CORSIA.pdf), Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

ICAO, **CORSIA States for Chapter 3 State Pairs**, July 2022, (Çevrimiçi), [https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/CORSIA%20States%20for%20Chapter%203%20State%20Pairs\\_3Ed\\_web.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Documents/CORSIA%20States%20for%20Chapter%203%20State%20Pairs_3Ed_web.pdf), Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

ICAO, **Member States**, (Çevrimiçi), <https://www.icao.int/about-icao/pages/member-states.aspx>, Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

International Maritime Organisation, **Initial IMO Strategy on Reduction of GHG Emissions from Ships**, ANNEX 11 RESOLUTION MEPC.304(72) (adopted on 13 April 2018), (Çevrimiçi), [https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Resolution%20MEPC.304%2872%29\\_E.pdf](https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Resolution%20MEPC.304%2872%29_E.pdf), Erişim Tarihi: 9 Temmuz 2023.

International Maritime Organisation, **2023 IMO Strategy on Reduction of GHG Emissions From Ships**, Resolution MEPC.377(80) Adopted on 7 July 2023, (Çevrimiçi), <https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/annex/2023%20IMO%20Strategy%20on%20Reduction%20of%20GHG%20Emissions%20from%20Ships.pdf>, Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2023.

Kırval, Levent; Çalışkan, Ufuk Yakup: “Influence of the European Union (EU) on International Maritime Organization (IMO) about the Market-based Measures on Emissions”, **International Journal of Environment and Geoinformatics** Vol: 9, No: 3, 2022.

Kopsch, Fredrik: “Aviation and the EU Emissions Trading Scheme—Lessons learned from previous emissions trading schemes”, **Energy Policy**, Vol. 49, 2012.

Lagouvardou, Sotiria; Psaraftis, Harilaos N.: “Implications of the EU Emissions Trading System (ETS) on European container routes: A carbon leakage case study”, **Maritime Transport Research**, Vol: 3, 2022.

Lee, David: **International aviation and the Paris Agreement temperature goals**, Department for Transport, 2018, (Çevrimiçi), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d19c520e5274a08e337b235/international-aviation-paris-agreement.pdf>, Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

Lighthouse Swedish Maritime Competence Centre, **Including maritime transport in the EU Emission Trading System – addressing design and impacts**, Sweden, Lighthouse Reports, 2020.

Martinez-Garcia, Juan Diego: “The EC Decision to Include the Aviation Activities in the European Emissions Trading System (EU ETS): A Breach of International Law?”, **International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Vol: 10 No: 20, 2012.

**Parties & Observers**, (Çevrimiçi), <https://unfccc.int/parties-observers#:~:text=Annex%20I%20Parties%20include%20the,Central%20and%20Eastern%20European%20States>, Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023.

**Regulation 2015/757** of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of carbon dioxide emissions from maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC, Official Journal of the European Union, L 123/55, 19.5.2015.

**Regulation 2017/2392** of the European Parliament and of the Council of 13 December 2017 amending Directive 2003/87/EC to continue current limitations of scope for aviation activities and to prepare to implement a global market-based measure from 2021, Official Journal of the European Union, L350, 29.12.2017.

**Regulation (EU) 2018/1999** of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU

and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Union, L 328, 21.12.2018.

**Regulation (EU) 2023/957** of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 amending Regulation (EU) 2015/757 in order to provide for the inclusion of maritime transport activities in the EU Emissions Trading System and for the monitoring, reporting and verification of emissions of additional greenhouse gases and emissions from additional ship types, Official Journal of the European Union, L 130, 16.5.2023.

**Regulation (EU) 2023/1805** of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC, Official Journal of the European Union, L 234/48, 22.09.2023.

**Regulation (EU) 2023/2405** of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on ensuring a level playing field for sustainable air transport (ReFuelEU Aviation), Official Journal of the European Union, 31.10.2023, (Çevrimiçi), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202302405](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302405), Erişim Tarihi: 13 Kasım 2023.

Svenningsen, Niclas: **Aviation, Offsets and Paris Agreement**, ICAO Environmental Report Chapter 4, 2016, (Çevrimiçi), [https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/EnvironmentalReports/2016/ENVReport2016\\_pg146-148.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/EnvironmentalReports/2016/ENVReport2016_pg146-148.pdf), Erişim Tarihi: 16 Aralık 2023.

Transport & Environment, **Aviation Emissions and the Paris Agreement**, 2016, (Çevrimiçi), <https://www.transportenvironment.org/wp-content/uploads/2021/07/Aviation%202030%20briefing.pdf>, Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

Tunahan, Hakan; Karataş, Ayşegül; Garip, Büşra; Atakan, Gülenay: “Avrupa Yeşil Mutabakatı 55’e Uyum: Türk Lojistik Sektörü Üzerine İnceleme”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:22 No:1, 2023.

Turkish Airlines, **2020 Sürdürülebilirlik Raporu**, (Çevrimiçi), [https://investor.turkishairlines.com/documents/2020-surdurulebilirlik-raporu\(1\).pdf](https://investor.turkishairlines.com/documents/2020-surdurulebilirlik-raporu(1).pdf), Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023.

Turkish Airlines, **2021 Sürdürülebilirlik Raporu**, (Çevrimiçi), <https://investor.turkishairlines.com/documents/2021-surdurulebilirlik-raporu.pdf>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023.

Turkish Airlines, **2022 Sürdürülebilirlik Raporu**, (Çevrimiçi), <https://investor.turkishairlines.com/documents/surdurulebilirlik/2022-surdurulebilirlik-raporu.pdf>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023.

Ubay, Birol; Bilgici, Yüksel: “Karbon Fiyatlamasında Emisyon Ticareti Sistemi ve Önemi”, **Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:10 Sayı:1, 2021, ss. 47-72.

United Nations, **Declaration on the Human Environment** (Adopted by the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972).

United Nations Climate Change, **Bodies: Conference of the Parties (COP)**, (Çevrimiçi), <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>, Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023.

United Nations Climate Change, **Shipping Aviation and Paris**, 18 May 2016, (Çevrimiçi), <https://unfccc.int/news/shipping-aviation-and-paris>, Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

**United Nations Framework Convention on Climate Change**, New York, 9 May 1992.

United Nations Framework Convention on Climate Change, **Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change**, FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, 10 December 1997.

Uyduranoğlu, Ayşe; Gevrek, Zahide Eylem; Acar, Sevil: “Avrupa Yeşil Mutabakatı’na Uyum Çerçevesinde Türkiye’deki İşletmelerin Emisyon Ticaretine Verdikleri Desteği Etkileyen Faktörler”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:22 No:1, 2023.

Uyduranoğlu-Öktem, Ayşe: “Avrupa Birliği İklim Değişikliği Politikasında Yeni Bir Politika Aracı: Emisyon Ticareti”, **Akademik İncelemeler**, Cilt:3 Sayı:1, 2008.

Wang, Shuaian; Zhen, Lu; Psaraftis, Harilaos N.; Yan, Ran: “Implications of the EU’s Inclusion of Maritime Transport in the Emissions Trading System for Shipping Companies”, **Engineering**, Vol: 7, 2021.

Weijland, Nathan: “Civil Aviation Emissions Reductions: CORSIA vs. European Emissions Trading”, **ELSA Review**, Vol: XI, Issue: 1, December 2019.

Weijland, Nathan: **International Maritime Transport Emission Reductions IMO vs. EU**, Tilburg Law School – Law & Technology, the Netherlands, 21.04.2021.

**<sup>H</sup> ANONİM ŞİRKET PAY SAHİBİNİN BİLGİ ALMA VE  
İNCELEME HAKKI İLE BU HAKLARA İLİŞKİN MAHKEMEYE  
BAŞVURU HAKKINI İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU  
REVİZYONUNUN KONUSYA İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER  
ÇERÇEVESİNDE YENİDEN DÜŞÜNMEK**

*(RETHINKING OF THE JOINT STOCK COMPANY SHAREHOLDERS'  
RIGHT TO INFORMATION AND INSPECTION AND RIGHT TO APPLY  
TO THE COURT REGARDING THESE RIGHTS WITHIN THE  
FRAMEWORK OF THE REVISION OF THE SWISS CODE OF  
OBLIGATIONS)*

**Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY \* \*\***

**ÖZ**

*Bu çalışmada, anonim şirket pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı ile bu haklara ilişkin istemlerin karşılanmaması durumunda mahkemeye başvuru hakkı, 19 Haziran 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonuyla getirilmiş ve 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yenilikler çerçevesinde inceleme konusu yapılacaktır.*

*Çalışmamızda, öncelikle pay sahiplerine genel toplantısı dışında yönetim kuruluna yazılı olarak başvurmak suretiyle bilgi alma hakkı tanınmasının yerinde olup olmayacağı, hangi koşulla isabetli olabileceği değerlendirilecektir. Ardından, inceleme hakkını pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olma veya belli oranda paya sahip olma gibi şartlara tabi tutmaya ihtiyaç olup olmadığı sorunu ele alınacaktır. Yine inceleme taleplerine ilişkin karar verme hususunda sadece yönetim kurulunu yetkili kılmamanın isabetli olup olmayacağı incelenecektir. Gerek bilgi alma gerekse inceleme taleplerinin reddinin yazılı şekilde gerekçelendirilmesinin öngörülmesinin yerinde olup olmayacağı da ele alınacak bir diğer meseledir.*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.01.2024. İlk hakem raporu tarihi: 22.01.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 07.02.2024. Onaylanma Tarihi: 07.02.2024.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0560-4498.

**Esere Atf Şekli:** Özlem İlbasmış Hızlısoy, “Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma Ve İnceleme Hakkı İle Bu Haklara İlişkin Mahkemeye Başvuru Hakkını İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonunun Konuya İlişkin Getirdiği Yenilikler Çerçevesinde Yeniden Düşünmek”, YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s.149-184.

*Daha sonra, bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin olarak hangi durumlarda mahkemeye başvuru hakkı tanınmasının isabetli olacağı değerlendirilecektir. Bu kapsamda mahkemeye başvuru süresine ilişkin olarak da önerilerde bulunulacaktır. Nihayet çalışma de lege ferenda bir Kanun hükmü önerisiyle sona erdirilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Bilgi, gereklilik şartı, inceleme, azınlık, mahkemeye başvuru.*

### **ABSTRACT**

*In this study, joint stock company shareholder's right to information and inspection and right to apply to the court in case the requests regarding these rights are not met, will be examined within the framework of the changes which was brought in with the Swiss Code of Obligations Revision dated 19 June 2020 and entered into force as of January 1, 2023.*

*In our study, first, it will be evaluated whether it would be appropriate to give the shareholders the right to obtain information by applying in writing to the board of directors outside the general meeting, and under what conditions it would be appropriate. Afterwards, the question of whether it is necessary to subject the inspection right to conditions such as being necessary for the exercise of shareholder rights or holding a certain percentage of shares will be discussed. Again, whether it would be appropriate to authorize only the board of directors to decide on the inspection requests will be examined. Whether it would be appropriate to provide written justification for the refusal of both information and inspection requests is another issue to be discussed. Then, it will be evaluated in which cases it would be appropriate to give the right to apply to the court regarding the right to information and inspection. In this context, suggestions will be made regarding the application period to the court. Finally, the study will be concluded with a proposal of a legislative provision de lege ferenda.*

**Keywords:** *Information, condition of necessity, inspection, minority, apply to the court.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Bilgi alma ve inceleme hakkı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>1</sup>'nin kenar başlığı “IV - Bilgi alma ve inceleme hakkı” olan 437. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre bilgi alma hakkı esas itibariyle genel kurul toplantısında kullanılabilir. Pay sahibi anılan hakkını toplantıda yönetim kuruluna veya denetçilere sorular sormak suretiyle kullanabilecektir. Yine genel kurulun izni veya yönetim kurulunun kararıyla pay sahibinin şirketin defter ve yazışmalarının sorusunu ilgilendiren kısımlarında bizzat veya izin alınmışsa uzman vasıtasıyla inceleme yapma hakkı vardır. Diğer taraftan bilgi alma veya inceleme talepleri karşılanmadığı takdirde pay sahiplerine mahkemeye başvuru hakkı tanınmıştır.

Çalışmamız kapsamında aşağıda önce konuya ilişkin genel bilgiler verilecektir. Ardından, önce bilgi alma ve inceleme hakkı sonra da mahkemeye başvuru hakkı ile ilgili Türk hukukundaki hâlihazırdaki düzenlemeler, 19 Haziran 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonuyla getirilmiş ve 1 Ocak 2023 tarihi itibariyle yürürlüğe giren yenilikler çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

### I. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkına İlişkin Genel Bilgiler

#### A. Terminoloji Sorunu

Bilgi alma ve inceleme hakkını ifade etmek üzere kullanılan kavramlar ve bu kavramların içeriği hususunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır.

*Bilgi alma hakkı* kavramını tercih eden yazarlardan *Karasu*, anılan kavramın soru sorma suretiyle kullanılan bilgi alma, şirketin defter ile yazışmalarını inceleme ve bilgi alma veya inceleme istemleri karşılanmadığı takdirde mahkemeye başvuru haklarını kapsadığı düşüncesindedir<sup>2</sup>. *Kaya* bu kavramın içeriğini şirket ile ilgili hususlara ilişkin soru sorma, defter ile yazışmaları inceleme ve mahkemeye başvuru imkânına ek olarak özel denetçi seçilmesi talebini kapsayacak şekilde belirlemektedir<sup>3</sup>. *Ünal* ise anılan

<sup>1</sup> R.G. 14.02.2011/27846.

<sup>2</sup> Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2005, C. 23, Sa. 2, s. 75.

<sup>3</sup> Arslan Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001, s. 53. Diğer taraftan, *Kaya*, TTK döneminde kaleme aldığı bir makalesinde ise *bilgi alma ve inceleme hakkı* kavramını YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)

kavramın aktif bilgi alma hakkı ile bunun bir türü olan inceleme hakkı yanında pasif bilgi alma hakkını da içerdiğini kabul etmektedir<sup>4</sup>.

*Sümer*, bilgi alma kavramının pasif ve aktif bilgi alma haklarını kapsayan üst kavram olduğunu zikretmekle birlikte, çalışmasında bu kavramı aktif bilgi almayı ifade edecek şekilde kullanacağını, hakkın pasif yönüne yeri geldikçe değineceğini belirtmektedir. Diğer yandan yazar, *inceleme hakkı* kavramı başlığı altında TTK m 437.4'e değinmektedir<sup>5</sup>. Benzer şekilde *Akbay*, çalışmasında *bilgi alma hakkı* kavramını geniş değil dar anlamda, bu kavramı TTK m 437.2 çerçevesinde talebe dayalı bilgiye yönelik hakkı ifade etmek üzere kullanmakta<sup>6</sup> ve *inceleme hakkı* başlığı altında TTK m 437.4'teki düzenlemeyi ele almaktadır<sup>7</sup>.

*Dolu*, *bilgi alma ve inceleme hakkı* kavramını soru sorma suretiyle kullanılan bilgi alma hakkı, inceleme hakkı ve bu haklara uyulmadığı takdirde gündeme gelen davayı içerecek şekilde kullanmaktadır<sup>8</sup>. Yazar, TTK m 437.1'i bu kavramının kapsamı dışında kabul etmektedir. Yazar bu sonuca anılan hükümde öngörülen imkân ile esasen kamuyu aydınlatma faaliyetleri kapsamında şirket bakımından bir hazır bulundurma yükümlülüğü öngörüldüğü, hatta bu yükümlülüğün internet sitesi vasıtasıyla yerine getirilebildiği takdirde söz konusu hükme bile ihtiyaç kalmayabileceği gerekçeleriyle varmaktadır<sup>9</sup>.

TTK m 437.1'in gerekçesinde bu hükmün pasif ve geçmişe yönelik bilgi alma hakkına ilişkin olduğu belirtilmiştir<sup>10</sup>. Zira anılan hükümde sayılanların

---

kullanılmaktadır. Yazar, pasif-aktif bilgi alma hakkı ayrımını yaptıktan sonra aktif bilgi alma hakkının “bilgi isteme/alma” ile “inceleme hakkı” şeklinde bağımsız iki ayrı talepten meydana geldiğini, hakkın kullanılmasının mahkeme kararı ile de mümkün olduğunu, özel denetim hakkının ise ikincil bir hak şeklinde hükme bağlandığını ifade etmektedir (Arslan Kaya, *Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 31, Sa. 1, s. 62-63).

<sup>4</sup> Bahadır Ünal, Alman ve Türk Hukukunda Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 179 vd.

<sup>5</sup> Burak Sümer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 22-25.

<sup>6</sup> Direnç Akbay, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Azınlığın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Yoluyla Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2017, s. 58.

<sup>7</sup> Akbay, 318 vd.

<sup>8</sup> Ali Murat Dolu, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 10, 13-14.

<sup>9</sup> Dolu, s. 10.

<sup>10</sup> Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 378; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Bası, Seçkin YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



genel kurul toplantı tarihinden asgari on beş gün evvel merkez ve şubelerde incelemeye sunulacağı düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Bunlardan bazılarının bir yıl boyunca merkez ve şubelerde pay sahipleri için açık tutulacağı, gelir tablosu ve bilançonun bir nüshasının ise pay sahiplerince talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece pay sahiplerine bunları incelemek suretiyle bilgi edinme hakkı tanınmıştır. Bu nedenle öğretide haklı olarak burada esasen gerçek ve teknik anlamda bilgi alma hakkının değil de mali tabloların ve raporların incelemeye sunulmasına ilişkin kuralların düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>12</sup>. O hâlde teknik anlamıyla bilgi alma hakkı pay sahibinin (veya temsilcisinin) talebine/soru sormasına dayanan bilgi alma hakkıdır<sup>13</sup>. Hâl böyle olunca çalışmamızda, TTK m 437.2'deki bilgi alma hakkı ve TTK m 437.4'teki inceleme hakkını kapsayacak şekilde *bilgi alma ve inceleme hakkı* kavramını kullanmayı tercih ettik. Bu yöndeki tercihin mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK)'nun konuyla ilgili olarak (gerek revizyon öncesi gerekse revizyon sonrası) hükümlerinin düzenlenme tarzı ile de uyum içerisinde olduğu söylenebilir. Şöyle ki İsvBK m 696 ve m 697'nin üst kenar başlıkları *Pay Sahiplerinin Kontrol Hakları (IV. Kontrollrechte der Aktionäre)*'ydi. İsvBK m 696 hükmünün<sup>14</sup> kenar başlığı *Faaliyet Raporunun Duyurulması (1.*

---

Yayıncılık, Ankara 2022, s. 520. 6762 sayılı TTK m 362 ile ilgili olmak üzere aynı yönde bkz. Kaya, Bilgi Alma, s. 52; Oğuz Atalay, Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 16, Özel Sayı, [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, (Basım Yılı: 2015)], s. 54-55. Hemen ekleyelim, TTK m 437.1'in gerekçesinde bu hüküm ile 6762 sayılı TTK m 362'deki pasif ve geçmişe yönelik bilgi alma hakkının değiştirilmeden korunduğu ifade edilmiştir.

<sup>11</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (R.G. 28.11.2012/28481) m. 11.1.f.

<sup>12</sup> 6762 sayılı TTK m 362 ile ilgili olmak üzere bu yönde bkz. Kaya, Bilgi Alma, 53; benzer yönde bkz. Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 599.

<sup>13</sup> Özlem İlbasmış Hızlısoy, Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 142. 6762 sayılı TTK döneminde benzer yönde yaklaşım için bkz. Kaya, Bilgi Alma, s. 53-54.

<sup>14</sup> İsvBK m. 696.1'de, olağan genel kurul toplantısından en geç 20 gün önce faaliyet raporunun ve denetim raporunun şirketin merkezinde pay sahiplerinin incelemesi için hazır bulundurulacağı ve her pay sahibinin bu belgelerin bir nüshasının gecikmesizin kendisine verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada, nama yazılı payların sahiplerinin bu hususta yazılı olarak, hamile yazılı payların sahiplerinin ise İsviçre Resmî Ticaret Gazetesi'nde ("*im Schweizerischen Handelsamtsblatt*") ve esas sözleşmede öngörülen şekilde ilânla bilgilendirileceği hükme bağlanmıştır. Üçüncü fıkrada ise her pay sahibinin

*Bekanntgabe des Geschäftsberichtes*) iken, 697. maddenin kenar başlığı *Bilgi Alma ve İnceleme (2. Auskunft und Einsicht)*’ydi. Yine İsvBK’nın konuyla ilgili hükümlerinin 19 Haziran 2020 tarihindeki revizyonu sonrasında 1 Ocak 2023’ten itibaren yürürlükte olan hâlleri incelenecek olursa (revİsBK), 696. madde ilga edilmiştir. Buna benzer bir hükme *Genel Kurul Toplantısına Çağrı ve Toplantının Yürütülmesi (II. Einberufung und Durchführung der Generalversammlung)* üst kenar başlığı altında *Faaliyet Raporunun Duyurulması (2. Bekanntmachung des Geschäftsberichts)* kenar başlıklı madde 699a hükmünde<sup>15</sup> yer verilmiştir. *Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (IV. Auskunfts und Einsichtsrecht)* üst kenar başlığı altında ise *Bilgi Alma Hakkı (1. Auskunftsrechts)* kenar başlıklı 697. madde ve *İnceleme Hakkı (2. Einsichtsrecht)* kenar başlıklı madde 697a yer almaktadır.

Bilgi alma veya inceleme istemlerinin karşılanmaması durumunda mahkemeye başvuru hakkına gelince, bu hakkı *bilgi alma ve inceleme hakkı* kavramının kapsamı dışında kabul ederek inceleme konusu yapmanın daha yerinde olacağı düşüncesini taşımaktayız. Bilgi alma veya inceleme istemlerinin karşılanmaması durumunda mahkemeye başvuru hakkı, TTK’nın “*IV - Bilgi alma ve inceleme hakkı*” kenar başlıklı 437. maddesinin beşinci fıkrasında hükme bağlanmıştır. Keza mehz İsvBK’da bu hak, *Bilgi Alma ve İnceleme (2. Auskunft und Einsicht)* kenar başlıklı 697. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenmişti. İsvBK’nın 19 Haziran 2020 tarihindeki revizyonu sonrasında 1 Ocak 2023’ten itibaren yürürlükte olan hâlinde ise yukarıda da dile getirildiği üzere *Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (IV. Auskunfts und Einsichtsrecht)* üst kenar başlığı altında önce *Bilgi Alma Hakkı (1. Auskunftsrechts)* kenar başlıklı 697. madde ile *İnceleme Hakkı (2. Einsichtsrecht)* kenar başlıklı madde 697a hükümlerine yer verildikten sonra takip eden *Bilgi Alma veya İnceleme Taleplerinin Kabul Edilmemesi (3. Ablehnung des Begehrens um Auskunft oder Einsicht)* kenar başlıklı madde 697b’de bilgi alma veya inceleme istemlerinin karşılanmaması durumunda

---

genel kuruldan sonraki bir yıl boyunca genel kurula sunulduğu şekliyle faaliyet raporunu ve denetim raporunu şirketten talep edebileceği düzenlenmiştir.

<sup>15</sup> İsvBK m. 699a.1’de, genel kurul toplantısından asgari 20 gün önce faaliyet raporu ve denetim raporunun pay sahiplerince ulaşabilir olması gerektiği, bu belgeler elektronik olarak ulaşılabilir olmadığı sürece her pay sahibinin bunların zamanında sunulmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise bu belgeler elektronik olarak ulaşılabilir olmadığı sürece her pay sahibinin genel kuruldan sonraki bir yıl boyunca genel kurula sunulduğu şekliyle faaliyet raporunun ve denetim raporunun kendisine sunulmasını talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

mahkemeye başvuru hakkı hükme bağlanmıştır. Söz konusu değişiklik de terminoloji açısından vardığımız sonucu desteklemektedir.

## **B. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Hukuki Niteliği**

Bilgi alma ve inceleme hakkı, belli oranda paya sahip olma şartına tabi tutulmuştur, açık deyişle bireysel bir pay sahipliği hakkıdır<sup>16</sup>. Anılan hak 6102 sayılı TTK ile güçlendirilmiştir<sup>17</sup>. TTK m 437.6'da bu hakkın esas sözleşme veya herhangi bir organ kararıyla bertaraf edilemeyeceği ve sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde, söz konusu hakkın müktesep ve sınırlandırılmaz nitelikte olduğu, ancak vazgeçilmez hak olup olmadığı hususunun doktrin ve mahkeme kararlarına bırakılmış olduğu belirtilmiştir. Öğretide bir görüş, bu hakkın hem müktesep hem de vazgeçilmez nitelikte olduğu yönündedir<sup>18</sup>. Ancak biz TTK m 437.6 çerçevesinde bu hakkın vazgeçilmez nitelikte olduğu görüşüne katılmaktayız<sup>19</sup>. Nitekim anılan hakkı kanunla çizilmiş ölçüyü aşacak şekilde sınırlandıran genel kurul kararlarını butlan yaptırıma tabi kılan TTK m 447.1.b hükmü de bu görüşü desteklemektedir<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 2018-2019; Kaya, Özel Denetim, s. 62; Karasu, s. 76; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Aktif ve Pasif Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler, Regesta, Y. 2019, C. 4, Sa. 1, s. 39; Sümer, s. 49; Ünal, s. 173; Abdulkadir Bulut, Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 12. 6762 sayılı TTK döneminde bu yönde bkz. Nazmi Ocak, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 720-721.

<sup>17</sup> Bu hususta bkz. Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 54; Kaya, Özel Denetim, s. 62-63; Sümer, s. 28-29.

<sup>18</sup> Hayri Bozgeyik, Pay Sahibinin Hakları ve Borçları, Şirketler Hukuku (Editör: Sami Karahan), Mimoza, Konya 2012, s. 633; Ünal, s. 177, dñn. 1035. Keza bu hakkın TTK m. 437.6 çerçevesinde müktesep ve vazgeçilmez nitelikte olduğu, hakkın vazgeçilmez niteliğinin TTK m. 447.1.b ve m. 391.1.c hükümleriyle de teyit edildiği yönünde bkz. Kaya, Özel Denetim, s. 62. Bilgi alma ve inceleme hakkının nispi müktesep ve vazgeçilmez nitelikte olduğu yolunda bkz. Pulaşlı, s. 2019-2020, 2039; Karasu, s. 77-78; Bulut, s. 13-14. Yazarlar, bu hak bakımından TTK m. 437.3 ve 4 hükümlerinde birtakım sınırlamaların öngörölmüş olmasından yola çıkarak nispi müktesep nitelikte olduğu neticesine varmaktadırlar (Pulaşlı, s. 2039; Karasu, s. 77-78; Bulut, s. 13-14).

<sup>19</sup> Tekinalp, s. 353-354; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 54; İlbasmış Hızlısoy, s. 141-142; Sümer, s. 59 vd.

<sup>20</sup> İlbasmış Hızlısoy, s. 141-142.

### C. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının İşlevi

Bilgi alma ve inceleme hakkının başlıca işlevlerinden biri, pay sahiplerinin aydınlanmasını sağlayarak haklarını etkin ve bilinçli bir şekilde kullanabilmelerini sağlamaktır<sup>21</sup>. Bu hak, şirket organlarının dolaylı olarak kontrolüne de imkân sağlar<sup>22</sup>. Ayrıca pay sahibi anılan hak sayesinde şirketin ekonomik durumu, faaliyetleri ve payının değeri ile ilgili daha doğru bir bilgiye sahip olabilir ve böylece yatırımının akıbeti konusunda daha sağlıklı bir karar verebilir<sup>23</sup>.

### D. Bilgi Alma ve İnceleme İsteminin Muhatapları

Bilgi alma isteminin muhatapları *yönetim kurulu ve denetçilerdir* (bkz TTK m 437.2). Pay sahibinin inceleme talebi hakkında karar alma yetkisi ise *genel kurul ve yönetim kurulundadır* (bkz TTK m 437.4).

## II. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkına İlişkin Hâlihazırdaki Düzenlemeler ile İlgili Değerlendirmeler

### A. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Düzenleniş Şekli Üzerine Değerlendirmeler

Bilgi alma ve inceleme hakkı, tek bir madde hükmünde (TTK m. 437'de) düzenlenmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonuyla bilgi alma hakkı ile inceleme hakkı, farklı iki maddede (bkz. revİsvBK m. 697 ile m. 697a) hükme bağlanmıştır. İsviçre öğretisinde bu düzenleme şeklinin bilgi alma hakkıyla inceleme hakkının farklı içeriğe sahip olmaları ve ileri sürülmeleri hususunda da farklı usulün söz konusu olması bakımından anlamlı olduğu kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Bu noktada, anılan tercihin isabetli olup olmadığını ve varılacak sonuca göre Türk hukuku bakımından

<sup>21</sup> Kaya, Bilgi Alma, s. 25-26; Kaya, Özel Denetim, s. 63; Karasu, s. 78-79; Akdağ Güney, s. 38-39; Sümer, s. 93; Ünal, s. 6-7, 164; Bulut, s. 15-16.

<sup>22</sup> Kaya, Bilgi Alma, s. 23-25; Akdağ Güney, s. 38, 39; Sümer, s. 95.

<sup>23</sup> Kaya, Bilgi Alma, s. 22-23; Karasu, s. 79; Akdağ Güney, s. 39; Ünal, s. 7, 164; Sümer, s. 95, 97.

<sup>24</sup> Peter Nobel, 2. Teil: Geschichte der Aktiengesellschaft/§ 4 Entwicklung des Aktienrechts nach 1936/II. Die «grosse» Aktienrechtsrevision 2007-2016, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar (Herausgeber Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller), Stämpfli Verlag AG, 2017, N 222.

bu yaklaşımın benimsenmesinin uygun olup olmayacağını değerlendirmekte fayda vardır.

Türk bilimsel öğretisinde söz konusu hakların ayrı maddelerde hükme bağlanmasının isabetli olacağı savunulmaktadır<sup>25</sup>. Bu görüş taraftarlarından Akbay'a göre, bu iki hak aynı maddede hükme bağlandığında, inceleme hakkının şart ve sınırlarına bilgi alma hakkı ile ilgili düzenlemelerin uygulanıp uygulanamayacağı meselesiyle karşı karşıya kalınabilir<sup>26</sup>. Benzer şekilde Sümer, anılan iki hakka ait kullanım şekli ve sınırların farklı maddelerde hükme bağlanmasının bu konularda ayrı uygulama ve düşüncelerin doğmasını engelleme bakımından faydalı olacağını belirtmektedir<sup>27</sup>.

TTK m 437.3 hükmünde şirket sırları veya muhafazası lazım gelen şirket menfaatleri *bilgi verilmesinin* sınırları olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan hükmün gerekçesinde bu iki sınırın gerek bilgi alma gerekse inceleme hakkı için geçerli olduğu belirtilmiştir. Keza öğretilerde görüşler bu yöndedir<sup>28</sup>. Bu konudaki tereddüdün ortaya çıkma sebebi bilgi alma ve inceleme haklarına aynı hükümde yer verilmesi değildir. Dolayısıyla da bu hakların sadece farklı hükümlerde düzenlenmesi bu sorunu çözmeye elverişli değildir. Şöyle ki böyle bir tereddüdün ortaya çıkma sebebi TTK m. 437.3'te sınırlar ortaya konulurken *bilgi verilmesinden* bahsedilirken inceleme talebinin açıkça zikredilmemiş olmasıdır. Yine inceleme hakkının TTK m. 437'nin üçüncü fıkrasından sonra, dördüncü fıkrasında düzenlenmiş olması da bu tereddüdün ortaya çıkmasının bir diğer sebebinin oluşturur. Hâl böyle olunca, bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı farklı maddelerde düzenlense de bu konudaki belirsizlik devam edebilir. Burada sorunun çözümü açısından yapılması gereken -ileride de detaylı şekilde açıklanacağı üzere- bu konudaki belirsizliğin giderilmesidir ve bu giderim pekâlâ tek maddedeki düzenlemeyle de olabilir. Diğer bir deyişle, bu konudaki belirsizliği ortadan kaldırmak açısından bu iki hakkın tek bir maddede düzenlenmesi ile iki ayrı maddede düzenlenmesi bakımından bir fark bulunmadığı fikrindeyiz.

Ayrıca, bilgi alma hakkı ile inceleme hakkının ayrı maddelerde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı görüşü taraftarlarından Akbay, bilgi

<sup>25</sup> Mustafa İsmail Kaya/Cihan Yalçın, Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Güçlendirilmesine Yönelik Öneriler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2023, C. 39, Sa. 1, s. 11, 21; Akbay, s. 59; Sümer, s. 36-37 ve 37, dpn. 67.

<sup>26</sup> Akbay, s. 59.

<sup>27</sup> Sümer, s. 37, dpn. 67.

<sup>28</sup> Sümer, s. 28; Dolu, s. 59; Kaya, Özel Denetim, s. 65.

alma hakkı ile inceleme hakkı arasında öncelik veya sonralık ilişkisinin mevcut olmadığını ifade etmektedir. Buna dayalı olarak yazar, anılan iki hakkın ayrı maddelerde düzenlenmesiyle birbirinden bağımsız nitelikte olmalarının vurgulanmış olacağı düşüncesindedir<sup>29</sup>. Hemen hatırlatmak isteriz ki TTK m 437.4'te yer verilen “[ş]irketin ticari defterleriyle yazışmalarının, *pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için*” ifadesi nedeniyle inceleme hakkının bilgi alma hakkıyla ilişkisi hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, inceleme hakkının bilgi alma hakkına bağlı olduğu yönündedir<sup>30</sup>. Buna göre, inceleme hakkından istifade edilebilmesi için öncesinde (toplantıda) soru sorulmuş olmalıdır<sup>31</sup>. Bizim katıldığımız görüşe göre ise bu iki hak birbiriyle bağlantılı, ancak birbirinden bağımsızdır<sup>32</sup>. Bu bağlamda, inceleme hakkı bilgi alma talebiyle bağlantılı olarak kullanılabilir gibi bilgi alma talebinden bağımsız şekilde, doğrudan da kullanılabilir. Dolayısıyla ticari defter ve yazışmaların *bilgi alma amacıyla sorulan sorular* veya *bilgi alma hakkı kullanılmaksızın doğrudan inceleme hakkının kullanılması amacıyla sorulan sorular* ile ilgili kısımlarının incelenmesi talep edilebilir<sup>33</sup>. Esasen İsviçre

<sup>29</sup> Akbay, s. 59.

<sup>30</sup> Çiğdem Ceylan, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2019, s. 44-45.

<sup>31</sup> Ceylan, Bilgi Alma, s. 44-45; H. Ercüment Erdem, İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2015, s. 170. İnceleme hakkının amacından hareketle bu hakkın bilgi alma hakkından önce kullanılmayacağı yönünde bkz. Erol Ulusoy, Azınlık Hakları-Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları: Doğrular ve Yanlışlar, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, (Editör: Erol Ulusoy), 3. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2022, s. 60. Diğer taraftan yazar, bu iki hakkın farklı olduğunu ve bilgi alma hakkı kullanılmadan da inceleme hakkının kullanılmak istenebileceğini belirtmiştir (Ulusoy, s. 64).

<sup>32</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoglu), Ortaklıklar II, s. 54; Pulaşlı, s. 2039-2040; Kaya, Özel Denetim, s. 64-65; Akbay, s. 318-319; Sümer, s. 200-202.

<sup>33</sup> Kaya, Özel Denetim, s. 64-65. TTK m. 437.4'teki “*pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için*” ibaresinden hareketle bu iki hakkın birbirine bağlı olduğunun ileri sürülemeyeceği, bu ifade ile *pay sahibinin inceleme talebini somutlaştırma gerekliliğinin* ortaya koyulduğu yönünde bkz. Akbay, s. 318-319; Sümer, s. 200-202. İnceleme izni verme hususunda genel kurul yanında yönetim kurulunun da yetkili kılınmış olması karşısında söz konusu ifadenin daha önce genel kurulda soru sorulmuş olması zorunluluğu anlamına gelmediği, *pay sahibinin sorusu* ifadesinin *pay sahibinin inceleme talebi* olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Ünal, s. 264. İnceleme istemini karara bağlama konusunda genel kurul gibi yönetim kurulunun da yetkili kılınmış olduğu ve aksinin kabulünün inceleme hakkının önemli ölçüde sınırlandırılmasına yol açacağı gerekçeleriyle *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

öğretisinde de bilgi alma hakkı ile inceleme hakkının bağlantısından bahsedilmekle birlikte bunların bağımsız talepler olduğu ve bir arada var olduğu kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Ancak mehaz İsvBK m 697.3'ten farklı olarak TTK'da inceleme hakkının konusu açıkça şirkete ait defter ve yazışmalarının pay sahibi tarafından sorulan soruyla ilgili kısımlarıyla sınırlandırılmış, dolayısıyla gerekcede de dile getirildiği gibi bu hak *bir soru bağlamında* tanınmıştır. Buna bağlı olarak denilebilir ki, -İsviçre hukukundan farklı olarak- Türk hukukunda inceleme hakkının bilgi alma hakkıyla bağlantısına ilgili Kanun hükmünde açıkça işaret edilmiştir. Hâl böyleyken, Türk hukukunda bu iki hakkın aynı maddede düzenlenmiş olması yerindedir. Dolayısıyla, bu konuda herhangi bir değişiklik gereği bulunmadığı gibi bilâkis bu düzenleme tarzının TTK açısından daha isabetli olduğu düşüncesini taşımaktayız.

## B. Bilgi Alma Hakkına İlişkin Düzenlemeler Üzerine Değerlendirmeler

TTK m 437.2, c. 1 uyarınca pay sahipleri genel kurul toplantısında yönetim kurulundan şirket işleri, denetçilerden denetimin yapılma biçimi ve neticeleri ile ilgili bilgi talep edebilirler. TTK m 437.3'te ise bu hak bakımından şirket sırları ve korunması lazım gelen şirket menfaatleri şeklinde iki sınırlama öngörülmüştür.

İsvBK m 697.1'de, pay sahiplerinin genel kurul toplantısında yönetim kurulundan şirket işleri, denetim kurulundan denetimin yapılışı ve sonuçlarına ilişkin bilgi istemeye yetkili olduğu düzenlenmişti. İkinci fıkrada ise, bilginin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu

---

*genel kurulda konunun görüşülmesinin yahut pay sahibinin soru yöneltmiş bulunmasının ön koşul olduğunun ileri sürülmesinin isabetli olmayacağı yönünde* bkz. Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora, Bursa 2013, s. 507, dpn. 1315. Buna karşılık, bilgi alma hakkı ile inceleme hakkının birbiriyle bağlantılı ancak iki bağımsız hak olduğu görüşünde olmakla birlikte [Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 54], pay sahibinin *inceleme hakkını kullanabilmesi için önce toplantıda soru sorulmuş olmasının gerekli olduğu* yolunda bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 58.

<sup>34</sup> Revizyon öncesi için bu yönde bkz. Rolf H. Weber, Art 696-697h, Basler Kommentar Obligationenrecht II, (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art 697 N. 1 ve N. 16. Revizyon sonrası için bu yönde bkz. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Stämpfli Verlag AG, 2020, N. 817.

ölçüde elde edilebileceği ve bilginin verilmesi şirket sırları veya korunmaya değer diğer şirket menfaatlerini tehlikeye düşürdüğü takdirde bilgi alma taleplerinin reddedilebileceği hükme bağlanmıştır.

Mehaz hukuktaki hükümlerle TTK hükümleri karşılaştırıldığında en dikkat çeken farklılığın İsvBK'da bilgi alma hakkına ek bir sınırın daha getirilmiş olmasıdır. Şöyle ki TTK m 437.3 gereğince bu hakkın sınırını şirketin sırları ve korunmaya değer şirket menfaatleri oluştururken, İsvBK m 697.2'de bu sınırlara ek olarak pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gerekli olma şartı öngörülmüştür.

İsvBK'nın konuyla ilgili hükmünün 19 Haziran 2020 tarihindeki revizyonu sonrasında 1 Ocak 2023'ten itibaren yürürlükte olan hâli incelenecek olursa, revİsvBK m 697.1'de herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Ancak revİsvBK m 697'nin ikinci fıkrası ile yeni bir hüküm ve bu hükümle yeni bir azınlık hakkı getirilmiştir. Anılan hükümde, payları borsada kote olmayan anonim şirketlerde, sermaye yahut oyların asgari yüzde onunu temsil eden pay sahiplerine, yönetim kurulundan yazılı olarak şirketin işleri ile ilgili bilgi talep etme hakkı tanınmıştır. Keza yeni bir hüküm olan üçüncü fıkrafta, yönetim kurulunun bilgiyi dört ay içerisinde vereceği ve ayrıca yönetim kurulunun cevaplarının en geç gelecek genel kurulda pay sahiplerinin incelemesine sunulacağı düzenlenmiştir. Dördüncü fıkranın birinci cümlesinde ise, bilginin pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gerekli olduğu ve şirket sırları yahut korunmaya değer diğer şirket menfaatlerini tehlikeye düşürülmediği sürece elde edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Dördüncü fıkranın (yeni bir hüküm öngören) ikinci cümlesinde bilgi alma isteminin reddinin yazılı olarak gerekçelendirileceği düzenlenmiştir.

Hâl böyleyken İsviçre revizyonuyla bu konuda getirilen önemli bir yenilik, pay sahibinin genel kurul toplantısında kullandığı bilgi alma hakkına ek olarak -payları borsaya kote olmayan şirketler için geçerli olmak üzere-sermayenin veya oyların asgari yüzde onunu temsil eden pay sahiplerine yönetim kurulundan yazılı olarak şirketin işleri ile ilgili bilgi talep etme hakkı tanınmış olmasıdır. Dolayısıyla *hükümde öngörülen azınlık, genel kurul toplantısı haricinde* de yönetim kuruluna *yazılı olarak* soru sorarak bilgi edinebileceklerdir<sup>35</sup>. Hatta bu durumda yönetim kurulu talep edilen bilgiyi

<sup>35</sup> von der Crone, N. 810; Keivan Mohasseb/Hans Caspar von der Crone, Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigen Aktienrecht, SZW/RSDA 3/2020, s. 341; Daniel Häusermann, Aktionärsrechte und Generalversammlung, Expert Focus, 6/21, s. 305.



dört ay içerisinde verecek ve cevaplar en geç gelecek genel kurulda pay sahiplerinin incelemesine sunulacaktır. Bu hükümler çerçevesinde yönetim kurulunun pay sahiplerinin sorularını yılda asgari iki kez cevaplandırarak olması karşısında payları borsaya kote olmayan şirketlerin pay sahiplerinin bilgi alma hakkının güçlendirildiği söylenebilir<sup>36</sup>.

Öte yandan İsvBK m 697.2'ye göre bilgi, pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gerekli olduğu ölçüde elde edilebilir ve bilgi alma talepleri, bilginin verilmesi şirket sırları veya korunmaya değer diğer şirket menfaatlerini tehlikeye düşürdüğü takdirde reddedilebilirdi. revİsvBK m 697.4, c. 1'de, bilginin pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gerekli olduğu ve şirket sırları yahut korunmaya değer diğer şirket menfaatlerini tehlikeye düşürülmediği sürece elde edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. O hâlde, bu hükümle esasen İsvBK m 697.2'deki hüküm tekrar edilmiştir. Ancak bilgi alma hakkına ilişkin bu sınırlar revizyon öncesi hükümde (İsvBK m 697.2'de) pay sahibinin birinci fıkradaki bilgi alma hakkına ilişkin olarak öngörülmüşken, revizyon sonrası metinde bu kez dördüncü fıkrada, dolayısıyla da pay sahibinin birinci fıkrada düzenlenen bilgi alma hakkının yanında ikinci (ve üçüncü fıkrada) yeni öngörülen payları borsaya kote olmayan şirketlerde azınlığın bilgi alma hakkının da sınırını oluşturacak şekilde düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Ayrıca revİsvBK m 697.4, c. 2 gereğince bilgi alma talebi reddedilecekse bu red yazılı olarak gerekçelendirecektir.

TTK m 437.3'ten farklı olarak İsvBK'nın gerek revizyon öncesi gerekse revizyon sonrası hükmünde bilginin verilmesi diğer iki sınır yanında bir de *pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gerekli olma* şartına bağlanmıştır. Nitekim TTK m 437.2'nin gerekçesinde, *gereklilik koşulunun* hakkın kullanılmasını tehlikeye düşüreceğine dikkat çekilerek, bilgi alma hakkının mehaz İsvBK m 697.2'den farklı olarak bu şarta bağlanmamış olduğu ifade

<sup>36</sup> Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizer Aktienrecht 2020, Expert Focus, 1-2/16, s. 86.

<sup>37</sup> Genel kurul dışında bilgi alma hakkında da genel kurul içinde bilgi alma hakkında olduğu gibi hakkın sınırlarına ilişkin aynı hükümlerin (özellikle inc. revize edilmiş İsvBK m 697.4), açık deyişle her iki bilgi alma hakkı bakımından aynı şartların geçerli olduğu yönünde bkz. von der Crone, N. 810; Häusermann, s. 305; Mohasseb/von der Crone, s. 341; Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten - Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, Aktuelle Juristische Praxis, 2009, s. 1361.

edilmiştir<sup>38</sup>. Hâl böyleyken Türk hukuku bakımından anılan revizyon paralelinde bir revizyon ihtiyacı olup olmadığı değerlendirilirken bahsi geçen hususun mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Şöyle ki TTK ile tanınan bilgi alma hakkı daha geniştir, diğer bir deyişle pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırı daha dardır. TTK'da, *gereklilik şartının* aranmaması nedeniyle, Türk hukukunda anonim şirket pay sahibi pay sahipliği hakkını kullanabilmesi için gerekli olduğunu ispat etmek zorunda kalmaksızın genel kurul toplantısında yönetim kuruluna soru sorarak bilgi edinebilecektir. Hâl böyle olunca, TTK ile *gereklilik koşulu* öngörülmezsizin azınlığa toplantı dışında bilgi alma hakkı tanınırsa, bu hakkın anonim şirket yapısıyla bağdaşmayacak ölçüde genişletilmesi anlamına geleceği düşüncesindeyiz. Bilgi alma hakkının bu şekilde genişletilmesi, özellikle ortak sayısı fazla olan şirketlerde şirketin işleyişini zorlaştırmak gibi önemli sakıncalara yol açabilecektir. Diğer taraftan, genel kurul toplantılarının genellikle yılda bir defa yapıldığı ve bilgi alma hakkının toplantı beklenmeksizin kullanılmasının

<sup>38</sup> Diğer taraftan öğretilde TTK m 437 hükmünde bu şarta yer verilmemesinin yerinde olmadığı [Pulaşlı, s. 2023; Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, Bildiriler – Tartışmalar – Panel, 16-17 Aralık 2008, (Editör: Korkut Özkorkut), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2010, s. 123 ve 125 dñn. 105], anılan şartın bilgi alma hakkının kullanılmasında aranması gerektiği [Pulaşlı, s. 2023; Murat Can Atakan, Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkının İhlalinden Dolayı Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, Özel Sayı, s. 80, dñn. 33] savunulmaktadır. *Akdağ Güney*'e göre, Kanunda *gereklilik şartına* açıkça yer verilmemiş olması bilgi alma hakkının kullanımı açısından bir fark yaratmaz. Yazar, doğabilecek sorunların hakkın getiriliş gayesi göz önünde bulundurularak yorum yoluyla çözülebileceği, hakların getiriliş amaçları dışında kullanılması hukuk düzenince korunmayacağı için bilgi alma hakkının kullanımının da pay sahibi bakımından lüzumlu olması gerektiği, bilgi alma hakkının pay sahipliğinden doğan hakların kullanımı için gerekli tüm konuları kapsadığı düşüncesindedir [Akdağ Güney, s. 51 ve 51, dñn. 36]. Bizim katıldığımız görüşe göre, bilgi alma hakkının TTK'da *gereklilik* koşuluna bağlanmamış olması isabetlidir (Karasu, s. 87; Bilgili/Demirkapı, s. 505, dñn. 1301; Sümer, s. 197; Dolu, s. 150; Bulut, s. 39; Ünal, s. 238; Ceylan, Bilgi Alma, s. 83). Nitekim bu hakkın kullanımı bakımından TMK m 2 zaten bir sınır teşkil etmektedir (Bilgili/Demirkapı, s. 505, dñn. 1301; Ünal, s. 239; Ceylan, Bilgi Alma, s. 83; Sümer, s. 197. Keza hakkın suistimali yasağı ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesinin sınır oluşturacağı yönünde bkz. Dolu, s. 152. Öte yandan pay sahibinin sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırılığın belirlenmesinde ölçü olarak kullanılan hakların sakınılarak kullanılması ilkesinin sınır teşkil edeceği yönünde bkz. Karasu, s. 88). Ancak *gereklilik* koşulunda ispat yükü pay sahibindeyken, TMK m 2'ye aykırılık bakımından ispat yükü şirkette olacaktır (Dolu, s. 152; sadakat yükümlülüğüne aykırılığın belirlenmesinde ispat yükünün şirkette olduğu yönünde bkz. Karasu, s. 88).

gerekli olduğu durumların ortaya çıkabileceği dikkate alındığında pay sahiplerine, en azından azınlık pay sahiplerine genel kurul toplantısını beklemek zorunda kalmaksızın bilgi alma hakkı tanınmanın faydalı olabileceği söylenebilir<sup>39</sup>. Bu yolla pay sahiplerinin genel kurul haricinde de yönetim kurulundan şirket işleri hakkında somut ve güncel bilgi edinebilmesi sağlanır<sup>40</sup>. Gerçekten de pay sahibinin payını devretme (şirkette pay sahibi olarak devam edip etmeme) gibi bazı kararları alabilmesi için şirketle ilgili bilgilere acil ihtiyaç duyabileceği, yani bilgi edinme hakkını toplantı dışında da kullanmasının gerekli olduğu hâllerin gündeme gelebileceği gerçeği yadsınamaz<sup>41</sup>.

Hâl böyleyken, *de lege ferenda* azınlık pay sahiplerine genel kurul toplantısı haricinde yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi edinme hakkının *pay sahipliği haklarını kullanabilmesi için gerekli olma* koşuluna bağlanarak tanınmasının daha uygun olacağı düşüncesini taşımaktayız. Pay sahiplerinin genel kurul toplantısında kullandığı bilgi edinme hakkının ise hâlihazırda 437.2 ve 3'te öngörüldüğü *gereklilik koşuluna* bağlı olmaksızın devam etmesi yerindedir. Ayrıca her iki hak bakımından (zaten ilki bakımından hâlihazırda mevcut olan) şirket sırrı ve koruması gereken diğer şirket menfaatlerinin sınır teşkil etmesinin yerinde olacağı düşüncesinde olduğumuzu paylaşmak isteriz.

Buna uygun şekilde, yönetim kurulunun talep edilen bilgiyi dört ay içerisinde<sup>42</sup> vereceği ve yanıtların en geç gelecek genel kurul toplantısında incelemeye sunulacağına ilişkin hükümlerin de öngörülmesinin hakkın işlevselliğini sağlamak bakımından faydalı olacağı düşüncesini taşımaktayız. Ayrıca bilgi alma talebi reddedildiği takdirde ise bunun yazılı olarak gerekçelendireceğine ilişkin düzenlemenin hem genel kurul toplantısında hem de toplantı haricinde kullanılan bilgi edinme hakkı bakımından geçerli olacak şekilde öngörülmesinin *de lege ferenda* isabetli olduğu görüşüne katılmaktayız<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Bu yönde bkz. Sümer, s. 246-247.

<sup>40</sup> Bu yönde bkz. Kaya/Yalçın, s. 12; Erdem, s. 171.

<sup>41</sup> Bu yönde bkz. Sümer, s. 247. Ayrıca genel kurul toplantısı haricinde bilgi alma hakkının tanınmasının özel denetim talep etme hakkının kullanılmasını daha faal hâle getireceği yönünde açıklamalar için bkz. Sümer, s. 250-251.

<sup>42</sup> Hakkın etkinliği açısından dört ay yerine -yazılı talebin şirkete ulaşmasından itibaren- bir aylık sürenin öngörülmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. Kaya/Yalçın, s. 15.

<sup>43</sup> Bilgi alma talebinin reddinin gerekçelendirilmesi hususunda bu yönde bkz. Sümer, s. 253-254. Şöyle ki yazar reddin gerekçelerinin yazılı şekilde ve (noter, e-posta gibi) uygun

Öte yandan, azınlık pay sahiplerine tanınacak yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi edinme hakkının sadece *payları borsada işlem görmeyen şirketlerde*<sup>44</sup> geçerli olacak şekilde öngörülmesi yerinde ve yeterli olur. Zira sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde bilgi alma hakkıyla ilgili özel düzenlemeler (bkz II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği) mevcuttur<sup>45</sup>.

Azınlık pay sahiplerine *gereklik şartına* tabi kılınarak yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi edinme hakkının tanınması kabul edildiği takdirde, bu kez hakkın sahibi olacak azınlığın ne şekilde belirlenmesi gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Yukarıda da dile getirildiği gibi İsviçre Revizyonunda bu hak *sermayenin veya oyların asgari yüzde onunu temsil eden payların sahiplerine* tanınmıştır. Öğretide bir görüş Türk hukukunda halka kapalı şirketler açısından azınlık hakkının genellikle sermayenin yüzde onu şeklinde belirlenmiş olmasından hareketle anılan hak bakımından da azınlığın bu orana göre belirlenmesi gerektiği yönündedir<sup>46</sup>. Buna karşılık TTK'nın azınlık haklarını düzenleyen diğer hükümlerinden (m 411.1, m 439.1 ve 531) yola çıkılarak, genel kurul dışında bilgi alma hakkının *sermayenin onda birini teşkil eden yahut paylarının nominal değeri toplamı*

araçlarla pay sahibine bildirilmesi hususunun Kanun hükmüne dâhil edilmesi gerektiği düşüncesindedir (Sümer, s. 254).

<sup>44</sup> İsviçre revizyonunda bu hak *payları borsaya kote olmayan şirketler* bakımından öngörülmüştür. *Kote edilme yerine işlem görme* ifadesinin tercihinin yerinde olacağı hususunda ayrıntılar için bkz. ve inc. Aytaç, s. 70; Çağlar Manavgat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 2, Sa. 1, s. 533-535.

<sup>45</sup> Borsaya kote şirketler için özel bilgilendirme yükümlülüklerinin (bkz II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği) söz konusu olması nedeniyle Türk hukukunda da -İsviçre hukukundaki gibi- anılan hakkın yalnızca *borsaya kote olmayan anonim şirketler* için öngörülmesinin yeterli olacağı yönünde bkz. Sümer, s. 248. Öte yandan bkz. ve karş. Sümer'in s. 345'teki TTK m 437'ye eklenmesini önerdiği fıkra. Söz konusu önerisinde Sümer, bu kez "*Pay senetleri borsada işlem görmeyen şirketlerde*" ifadesini tercih etmektedir. Halka açık şirketlerde bu hakkın tanınmasının pay sahibinin önceden bilgi edinerek hareket etmesi, içerden bilgi edinilmesini meşrulaştıracak bir araç olmasına yol açabilmesinden ve halka açık şirketlerin hem bağımsız denetime tabi hem de kamuyu aydınlatma platformu üzerinden önemli durum açıklamaları yapma gereğine tabi bulunmasından hareketle Türk hukukunda -İsviçre hukukundaki gibi- söz konusu hakkın sadece *halka kapalı şirketler* için öngörülmesinin kabul edilmesinin gerekli olduğu yönünde bkz. Kaya/Yalçın, s. 15.

<sup>46</sup> Kaya/Yalçın, s. 13.

YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

asgari bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerine tanınmasının Kanunun sistematiği ile uyumlu olacağı da ileri sürülmektedir<sup>47</sup>.

TTK'da azınlık hakkı tanıyan madde hükümleri incelendiğinde bu konuda farklılıklara rastlamak mümkündür (bkz ve karşı TTK m 411.1 veya TTK m 531 ile TTK m 439.1). Şöyle ki, TTK m 411.1 ve TTK m 531'de düzenlenen haklar bakımından azınlık, *sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahipleri* olarak belirlenmiştir. Buna karşılık TTK m 439.1'deki hak anılan orandaki payların sahipleri yanında *paylarının nominal değeri toplamı asgari bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerine* de tanınmıştır. Bilindiği üzere TTK m 438.1'de, her pay sahibine, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması ve bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olması şartlarına bağlı olarak özel denetim isteme hakkı tanınmıştır. TTK m 439.1'de ise bu talebin genel kurulda reddedilmesi hâlinde, hükümde belirlenen pay sahiplerine özel denetçi atanması talebiyle mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır<sup>48</sup>. Bu hakkın bilgi alma ve inceleme hakkıyla bağlantılı olduğu dikkate alındığında, toplantı haricinde yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi edinme hakkının tanınacağı pay sahiplerinin de TTK m 439.1'dekiyle uyumlu şekilde belirlenmesinin yerinde olacağı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce İsviçre Revizyonundaki oran, yani *sermayenin veya oyların asgari yüzde onunu temsil eden payların sahipleri de lege ferenda* daha isabetlidir. Zira öncelikle hakkın tanınacağı pay sahiplerini zamanla değerlendirme gerektirebilecek bir meblağa bağlı tutmak yerine şirketteki konumuna göre belirlemek daha uygun olur. Ayrıca bu hakkı sermaye oranı yüzde on olmadığı halde -örneğin oyda imtiyazlı paylarla- oy oranı yüzde on olan pay sahiplerine de tanımak yerinde olur. Yine bir milyon Türk Lirası göreceli bir değer sunmaktadır, bu meblağ şirketin sermayesine göre yüksek olabileceği gibi şirket sermayenin yüksek olduğu durumlarda düşük de olabilir. Nitekim TTK m 439'un mehzazı İsvBK m 697b'de özel

<sup>47</sup> Sümer, s. 248. Öte yandan bkz. ve karşı. Sümer'in s. 345'teki TTK m 437'ye eklenmesini önerdiği fıkra. Anılan önerisinde Sümer, bu kez "*sermayenin veya oyların en az onda birini oluşturan veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri*" ibaresini kullanmaktadır.

<sup>48</sup> Özel Denetim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. (6762 sayılı TTK dönemi için) Ali Paslı, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003; 6762 sayılı TTK dönemi ve Tasarı için) Şafak Narbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010; (6102 sayılı TTK dönemi için) Gözde Engin Günay, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018; Fatih Yurtbaşı, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi durumunda özel denetçi tayini talebiyle mahkemeye başvurma hakkına sahip olan pay sahipleri *sermayenin asgari onda birini teşkil eden yahut paylarının nominal değeri toplamı asgari iki milyon Frank olan pay sahipleri* olarak tespit edilmişti. Ancak revİsvBK m 697d’de payları borsada kote olmayan şirketlerde *sermayenin yahut oyların asgari yüzde onunu oluşturan pay sahipleri* şeklinde belirlenmiştir. Hâl böyle olunca, toplantı haricinde yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi edinme hakkının sahibi olacak pay sahiplerinin İsviçre Revizyonunda olduğu gibi *sermayenin veya oyların asgari yüzde onunu temsil eden payların sahipleri* şeklinde belirlenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

### C. İnceleme Hakkına İlişkin Düzenlemeler Üzerine Değerlendirmeler

TTK m 437.4, c. 1 uyarınca, defter ve yazışmaların pay sahibi tarafından sorulan soru ile ilgili kısımları genel kurul izni yahut yönetim kurulu kararıyla incelenebilecektir (TTK m 437.4, c. 1). TTK m 437’nin üçüncü fıkrasına ilişkin gerekçede de vurgulandığı gibi, şirket sırları ile korunması gerekli olan şirkete ait menfaatler sadece bilgi alma hakkı için değil inceleme hakkı bakımından da geçerli sınırlardır.

İsvBK m 697.3’te, şirket defter ve yazışmalarının (*Korrespondenzen*) ancak genel kurul tarafından açıkça yetkilendirilme veya yönetim kurulunun kararı ile ve şirket sırları koruma altında tutularak incelenebileceği düzenlenmişti.

Pay sahibinin inceleme hakkı ile ilgili olarak TTK ve İsvBK’nın öngördüğü sistem karşılaştırıldığında, esas itibariyle benzer oldukları, ancak TTK ile inceleme hakkının konusunun, defter ve yazışmaların *pay sahibi tarafından sorulan soru ile ilgili kısımlarıyla* sınırlandırılmış olması sebebiyle kapsamının daha dar çizilmiş olduğu söylenebilir. Nitekim TTK m 437.4’ün gerekçesinde vurgulandığı gibi TTK ile bu hakkın tanınması mehzadan farklı olarak bir *soru* bağlamındadır. Yukarıda detaylı şekilde ele alındığı gibi, öğretide aksi yönde görüş mevcut olmakla birlikte, biz inceleme hakkının bilgi alma hakkıyla bağlantılı ancak ondan bağımsız olduğu, pay sahibinin inceleme hakkını kullanabilmesi için öncesinde genel kurul toplantısında bilgi alma hakkının kullanılmış olmasının zorunlu olmadığı, açık deyişle inceleme hakkının bilgi alma talebiyle bağlantılı olarak veya bu talepten bağımsız şekilde (doğrudan) kullanılabilceği yönündeki görüşe katılmaktayız.



reddedilebileceği hükme bağlanmıştır<sup>52</sup>. Böylece inceleme talepleri hususundaki takdir alanı sınırlandırılmıştır<sup>53</sup>.

TTK'da inceleme hakkının konusunun ticari defter ve yazışmaların *pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarıyla* sınırlandırılmış olması sebebiyle kapsamının daha dar çizilmiş olduğu dikkate alındığında, bu hakkın *pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gerekli bulunma* şartına bağlanmasına ihtiyaç bulunmadığı görüşüdeyiz. Öte yandan, şirket sırlarının ve korunmaya değer diğer şirket menfaatlerinin inceleme hakkının sınırını oluşturduğu hususunun Kanunda açıkça düzenlenmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Zira TTK m 437.3'teki sınırların inceleme hakkı için de geçerli olduğu kabul edilse dahi bu sınırların TTK m 437.3'te düzenlendiği şekliyle sadece bilgi alma hakkıyla ilgili olduğu görünümünün düzeltilip bu hususun herhangi bir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta düzenlenmesinin *de lege ferenda* yerinde olacağı görüşünü paylaşmaktayız.

İnceleme hakkının herhangi bir pay sahibine değil de *sermaye veya oyların asgari yüzde beşini temsil eden veya başka bir şekilde belirlenen (azınlık) pay sahiplerine* tanınması<sup>54</sup> hususundaki düşüncemiz, bu hakkın -genel kurulda bilgi alma hakkına paralel şekilde- herhangi bir pay sahibine tanınmış olması yerindedir<sup>55</sup>. Türk hukukunda inceleme hakkının konusunun ticari defter ve

<sup>52</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 541-542

<[https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop\\_mimes\\_bbl/8C/8CDCD4590EE41ED6BA84CB4488AD0B3D.PDF](https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop_mimes_bbl/8C/8CDCD4590EE41ED6BA84CB4488AD0B3D.PDF)> Erişim Tarihi 09.12.2022; von der Crone, N. 822; Peter V. Kunz, Zum «Aktienrecht 4.0»: Einordnung und Überblick zur neuen schweizerischen Aktienrechtsordnung, recht 2021, s. 207 ve dpn. 211; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2021, N. 65.

<sup>53</sup> Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2017, s. 11.

<sup>54</sup> İnceleme hakkı, revİsvBK m. 697a.1 ile bir azınlık hakkı olarak tanınmıştır (von der Crone, N. 821; Kunz, s. 207; Druey/Druey Just/Glanzmänn, N. 63).

<sup>55</sup> Bilgi alma hakkındaki gibi inceleme hakkında da bireysel pay sahipliği hakkının muhafaza edilerek genel kurul dışında şirket defterlerinin incelenmesine olanak veren (sermayenin yüzde onu şeklinde belirlenecek) azınlık hakkının ikinci bir hak olarak tanınabileceği yönünde bkz. Kaya/Yalçın, s. 19. Buna karşılık bilgi alma hakkına nispeten daha istisnai ve mecburi durumlarda başvurulabilecek bir hak olmasından hareketle inceleme hakkının -genel kurul dışında bilgi alma hakkına ilişkin sunduğu öneriye paralel şekilde- *sermayenin onda birini teşkil eden veya paylarının nominal değeri toplamı asgari bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri* için tanınması gerektiği yönünde bkz. Sümer, s. 251-252. Yazar bu sonuca düzenleme şekli gereğince genel kurulda kullanılabilecek olan inceleme hakkının uygulanabilir olmadığından yola çıkarak varmaktadır (Sümer, s. 251-252). Öte yandan bkz. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*





yönetim kurulunca reddinin ise yazılı olarak gerekçelendirileceği<sup>59</sup> yönündeki düzenlemelerin hakkın kullanılmasının işlevselliğini sağlamak açısından Türk hukuku bakımından da kabul edilmesinin yerinde olacağı düşüncesini taşımaktayız.

Öte yandan pay sahiplerinin not alabilecekleri yolundaki düzenleme İsviçre öğretisinde haklı olarak eleştirilmekte ve belirsizlikler içerdiği ifade edilmektedir. Kapsamlı veya karışık şirket defter ve belgelerinin incelenmesinde pay sahibinin bir uzman getirebilecek olması karşısında bu düzenlemenin anlamsız olduğu, pay sahiplerinin nasıl not tutabileceklerinin düzenlenmemiş olduğu, incelemek belgelerin fotoğrafının çekilip çekilemeyeceği veya kopyasının alınıp alınamayacağı tartışmalı olduğu belirtilmektedir<sup>60</sup>. Buna karşılık anılan hüküm nedeniyle incelemeye danışman veya tanık getirilmesinin yahut kopya alınmasının talep edilemeyeceği de savunulmaktadır<sup>61</sup>. Bu nedenlerle tartışmalara mahal vermemek açısından pay sahiplerinin not alabilecekleri yolundaki hükmün TTK'ya alınmamasının ve TTK m 437.4'te yer alan "*İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir.*" hükmünün korunmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

### **III. Bilgi Alma veya İnceleme İstemlerinin Karşılanmaması Durumunda Mahkemeye Başvuru Hakkına İlişkin Hâlihazırdaki Düzenlemeler ile İlgili Değerlendirmeler**

TTK m 437.5, c. 1 gereğince, bilgi alma yahut incelemeye ilişkin talepleri *yanıtsız bırakılan, haksız şekilde reddedilen, ertelenen ve bu fıkra manasında bilgi edinemeyen* pay sahibi, *reddi takip eden on gün içerisinde, diğer durumlarda da makul bir müddet sonra* bu hususta mahkemeye başvurabilir.

İsvBK m 697.4'te, bilgi edinme yahut inceleme *haksız olarak reddedildiği* takdirde mahkemeye başvurulabileceği hükme bağlanmıştı. revİsvBK m. 697b.1'e göre ise bilgi edinme yahut inceleme *tamamen veya kısmen reddedilir* yahut *imkânsız duruma getirilirse*, pay sahipleri *otuz gün*

<sup>59</sup> İnceleme talebinin reddinin gerekçelendirilmesi hususunda bu yönde bkz. Sümer, s. 253-254. Şöyle ki, yazar reddin gerekçelerinin yazılı şekilde ve (noter, e-posta gibi) uygun araçlarla pay sahibine bildirilmesi hususunun Kanun hükmüne dâhil edilmesi gerektiği düşüncesindedir (Sümer, s. 254).

<sup>60</sup> Matthias P. A. Müller, Informationsrechte des Aktionärs, ex/ante 1/2019, s. 30 dpn. 45.

<sup>61</sup> Druoy/Druoy Just/Glanzmann, N. 64. Kopya veya fotoğraf yahut ses kaydının alınamayacağı yolunda bkz. Kunz, s. 207, dpn. 212.

içerisinde bilgi edinme veya incelemeye karar verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilirler.

Bilgi alma veya inceleme istemlerinin sadece (haksız şekilde) reddedilmesi durumunda değil de açıkça reddedilmeyip sürüncemede bırakıldığı hâllerde de pay sahibine mahkemeye başvuru hakkı tanınması gereklidir. Bu açıdan TTK m 437.5, c. 1’de (haksız şekilde) redde ek olarak erteleme ile cevapsız bırakma durumlarına da yer verilmiş olması nedeniyle hükmün İsvBK m 697.4’e göre daha isabetli olduğu söylenebilir. Ancak revİsvBK’nın ilgili hükmünün bilgi alma veya incelemenin (tamamen veya kısmen) reddedilme yanında herhangi bir sayıma yer vermeksizin imkânsız hâle getirildiği her durumda mahkemeye başvuru hakkı tanıyan ifadesinin bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmasına engel teşkil edebilecek tüm durumları kapsayacak nitelikte olması nedeniyle bu hakkı güvence altına almak bakımından daha yerinde olduğu düşüncesini taşımaktayız. Yine bilgi alma veya inceleme taleplerinin sadece tamamen reddedilmesi durumunda değil kısmen reddedildiği hâllerde de mahkemeye başvuru hakkının tanınması da isabetlidir.

Diğer taraftan TTK m 437.5, c. 1’de “*haksız olarak reddedilen, ertelenen*” ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle pay sahibinin reddin haksız olduğunu ispatla yükümlü olması, ispata yarar bilgi ve belgelere ise şirketin sahip olması karşısında, öğretilerde bu husustaki ispat sorununun çözümü yönünde görüşler ileri sürülmüştür. 6762 sayılı TTK döneminde *Kaya*, davacı pay sahibinden tam bir ispat beklenmemesinin lazım geldiğini, bilakis şirketin reddin haksız olmadığını, açık deyişle bilgi alma veya incelemeye izin verilmesinin şirket menfaatlerine zarar vereceğini somut ve inandırıcı şekilde ispat etmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>62</sup>. *Atalay*’a göre, reddin haksız olduğunu ispat yükü davacı pay sahibindedir. Ancak bu iddia esasen menfi bir vakıa iddiasıdır, dolayısıyla bu konudaki delil ikame yükü davacı pay sahibine yüklenemez, delil ikame yükü şirket tarafından yerine getirilmediği takdirde davacının iddiası (reddin haklı bir sebebe dayanmadığı vakıası) ispatlanmış sayılmalı ve dava kabul edilmelidir<sup>63</sup>. Yazar buradaki menfi vakıanın ispatında yaklaşık ispat ölçüsünün kabul edilerek ispat sorununun çözülebileceği düşüncesindedir. Buna göre mahkeme reddin haklı bir sebebe dayanmadığını kuvvetle muhtemel gördüğü takdirde davacı lehine hükmedebilecektir<sup>64</sup>. *Ceylan* da bilgi edinme veya inceleme isteminin haksız

<sup>62</sup> Kaya, Bilgi Alma, s. 332.

<sup>63</sup> Atalay, s. 71.

<sup>64</sup> Atalay, s. 71-72.



gerekir ki TTK m 437.5, c. 1 hükmünün ilgili kısmı Türk bilimsel öğretisinde eleştirilmekte ve özellikle makul sürenin belirlenmesi hususunda değerlendirmeler yapılmaktadır. *Kendigelen*, “makul” ibaresinin takdire dayalı olması nedeniyle belirsizlik içermesi ve “sonra” ifadesinin başvuru süresine ilişkin getirilmesi arzulan sınırlama amacına uygun olmaması karşısında hükmü eleştirmekte ve burada “sonra” yerine “içinde” ibaresinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır<sup>69</sup>. Benzer şekilde hükümdeki çelişkiye ve “makul bir süre” ifadesindeki belirsizliğe dikkat çeken *Moroğlu* ise on günlük sürenin tüm durumlar için geçerli olması gerektiği görüşündedir<sup>70</sup>. Keza açıkça red ile diğer durumlar arasında bir fark gözetilmemesi gerektiği görüşündeki *Kaya/Yalçın* ise makul süre ifadesinin kaldırılarak sürenin açıkça on gün şeklinde belirlenmesinin yerinde olacağı düşüncesindedirler<sup>71</sup>. Yine “makul bir süre sonra” ifadesindeki belirsizliğe dikkat çeken *Ünal*, bunun yerine net bir süre belirlenmesinin daha yerinde olacağı görüşündedir. Diğer taraftan yazar söz konusu ibarenin bilgi edinme ve inceleme hakkından pay sahibinin beklediği yararı kaybetmeyecek biçimde şirketin bu istemi karşılayabilmesi için gereken süreyi de dikkate alarak belirli bir müddet beklemesi, istemin karşılanmayacağı kanısına vardığında derhal mahkemeye başvurması şeklinde anlaşılması gerektiği düşüncesindedir<sup>72</sup>. Aynı belirsizliğe vurgu yaparak *Ceylan*, makul sürenin bilgi alma ve inceleme isteminin konusuna ve içeriğine göre, bu bağlamda talep edilen bilginin mevcutsa tetkik ve hazırlık müddetini yahut inceleme isteminin icrası için şartların temin edilme sürecinin hesaba katılarak belirlenmesinin gerekli olduğu düşüncesindedir<sup>73</sup>. *Makul bir süre sonra* ibaresini *makul bir süre içinde* şeklinde anlamının yerinde olduğu yönündeki

---

ulaşmasının esas alınacağı, şirketin taleple ilgili cevap vermediği durumlarda ise bilgi alma davasının herhangi bir süreye tabi tutulamayacağı, dolayısıyla her zaman açılacağı yönünde bkz. *Mohasseb/von der Crone*, s. 345-346.

<sup>69</sup> Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 339.

<sup>70</sup> Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 254.

<sup>71</sup> Yalçın/Kaya, s. 22-23. Yazarların bu konuya ilişkin hüküm önerileri şu şekildedir: “*Bilgi alma istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında doğru ve yeterli bilgi alamayan pay sahibi ret tarihinden veya şirket tarafından istemin cevaplanabileceği sürenin sona ermesinden itibaren on gün içerisinde, şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir.*” Bkz. Yalçın/Kaya, s. 22, 29.

<sup>72</sup> Ünal, s. 318.

<sup>73</sup> Ceylan, *Bilgi Alma*, s. 113.

görüşü paylaşan *Atalay*'a göre makul sürenin belirlenmesinde talep edilen bilgiyi hazırlamak amacıyla gerçekleştirilecek çalışmanın ve incelemeye konu belgenin kapsamı ile inceleme isteminin icrası için elverişli şartların hazırlanması için gerekli süre esas alınmalıdır<sup>74</sup>. *Bulut*, kanun koyucunun gerek *diğer hâller* gerekse “*makul bir süre sonra*” ifadeleri ile bilinçli bir boşluk bıraktığı, makul süreden özel hukuk münasebetlerinde uygulanacak muhakeme usulüne göre dava açma müddetinin anlaşılması gerektiği görüşündedir<sup>75</sup>. *Sümer*'e göre, “makul süre” ibaresi davanın hakkın kötüye kullanılması oluşturmayacak bir sürede açılması gereği şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer taraftan yazar, bu konudaki belirsizliğin ortadan kaldırılarak uygulamada yeknesaklığın sağlanması amacıyla açık bir reddin olmadığı durumlarda da reddin gerekçelendirilmesi yükümlülüğünün getirilmesi suretiyle dava açma hakkına ilişkin bir üst sınırın tespit edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, TTK'nın 437. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne “*Bilgi alma ve inceleme talebinin reddi halinde, ret gerekçesi pay sahibine yazılı olarak iletilir*” cümlesi eklenmelidir. TTK m 437.5'teki “*diğer hâllerde de makul bir süre sonra*” ibaresi ise “*diğer hâllerde de ret gerekçesinin pay sahibine yazılı olarak iletildiği tarihten itibaren on gün içinde*” şeklinde değiştirilmelidir<sup>76</sup>.

Mahkemeye başvuru süresi ister on gün isterse otuz gün olarak benimsensin bu sürenin sadece ret veya erteleme gibi şirketin açıkça cevap verdiği hâllerde işletilmesinin, diğer durumlarda mahkemeye başvuru süresinin makul bir süre olarak belirlenmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Zira bilgi alma veya incelemenin imkânsız hâle getirildiği durumlarda bunun ne şekilde ve hangi anda gerçekleştiğini tespit edebilmek kolay olmayabileceği için sürenin başlangıcını tayin de zorlaşacaktır. Örneğin bilgi alma talebinde bulunulmuş olmasına rağmen bu talep açıkça reddedilmeyip, diğer bir deyişle herhangi bir cevap verilmeyip sürüncemede bırakıldığı durumlarda sürenin işletilmeye başlanacağı anı belirlemek zor olacaktır. Ne var ki makul sürenin tayininde -daha önce önermiş olduğumuz- bu taleplerin dört ay içerisinde yerine getirileceği yolundaki düzenlemelerin de her hâlükârda dikkate alınması gerekir. Hâl böyle olunca da açıkça cevap

<sup>74</sup> *Atalay*, s. 67.

<sup>75</sup> *Bulut*, s. 57-58.

<sup>76</sup> *Sümer*, s. 297.

verilen durumlarda bu cevabı izleyen on günlük sürenin yeterli olduğu<sup>77</sup>, otuz günlük süreye ihtiyaç olmayacağı görüşündeyiz.

Öte yandan konuya ilişkin olarak TTK m 437.5'te, İsvBK'nın gerek revizyon öncesi gerekse revizyon sonrası metninde yer verilmemiş olan hükümler de mevcuttur. TTK m 437.5, c. 2'de, bu davada basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir. TTK m 437.5, c. 3 uyarınca "[m]ahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir." Takip eden cümlede mahkeme kararının kesin olduğu düzenlemesi yer almaktadır. Hükmün gerekçesinin ilgili kısmı ise şu şekildedir: "[b]eşinci fıkra mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri de içermektedir." Hâl böyle olunca, mahkeme kararının kesin olmasının davanın kabulü kararı gibi davanın reddi kararı için de öngörülüp öngörülmediği hususunda öğretilerde görüş ayrılıkları ortaya çıkmış ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararlarında bu konuda karşı oylar verilmiştir<sup>78</sup>. Atalay, hükmün gerekçesinde temyizden bahsedilmiş olmasına karşın madde metninde mahkeme kararının kesin olduğu yolunda düzenlemeye yer verilmiş olması nedeniyle kararın kesin olduğunun benimsenebileceğini ifade etmiştir<sup>79</sup>. Öte yandan yazar mahkeme kararının kesin olduğu yolundaki ifadeye madde metninde davanın kabulü kararının içeriğine ilişkin cümleden sonra yer verilmiş olması sebebiyle davanın kabulü kararının kesin olduğunun, ancak davanın reddi yolundaki kararın kesin kabul edilmesine ilişkin bir iradenin mevcut olmadığına da ileri sürülebileceğini belirtmektedir<sup>80</sup>. Gerçekten de öğretilerde davanın kabulü kararının kesin olduğu, ancak davanın reddi kararının kesin olarak nitelendirilmemesi gerektiği, açık deyişle ikinci karara

<sup>77</sup> Farklı yönde görüş için bkz. Bulut, s. 57. Yazar, önce mahkemeye başvuru için öngörülen on günlük sürenin kısa bir süre olduğuna dikkat çekmektedir. Yazara göre, sürenin kısa olmasının diğer pay sahipliği haklarını aktif olarak kullanma açısından faydalı olduğu düşünülebilirse de bilgi alma hakkının genel kurul dışında da gündeme gelebilecek olması karşısında mahkemeye başvuru süresinin genel hükümlerde olduğu gibi asgari bir yıl olması gerektiği düşüncesindedir (Bulut, s. 57).

<sup>78</sup> Bkz. dpn. 84.

<sup>79</sup> Atalay, s. 75. Gerekçede temyizden bahsedilmiş olsa da Ön Tasarıdaki temyiz ile ilgili hükümlerin Son Tasarıda kaldırılmak suretiyle kararın kesin olduğunun benimsendiği; fakat gerekçede lüzumlu değişikliğin yapılmasının unutulduğu yolunda bkz. Kendigelen, s. 339, dpn. 206.

<sup>80</sup> Atalay, s. 75.

karşı kanun yollarına başvurulabileceği yönünde bir görüş savunulmaktadır<sup>81</sup>. Bu görüş taraftarları anılan sonuca genellikle hükmün amacından, hükmün gerekçesinin yukarıda bahsi geçen ilgili kısmından ve/veya madde metninde kararın kesin olduğu yolundaki ifadeye davanın kabulü kararının içeriğine ilişkin cümleden sonra yer verilmiş olmasından yola çıkmak suretiyle varmaktadır<sup>82</sup>. Buna karşılık karşı görüşe göre davanın kabulü kararı gibi davanın reddi kararı da kesindir<sup>83</sup>. Yargıtay 11. HD'nin müstakar içtihadı da anılan ikinci görüş yönündedir<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 65-66; Tekinalp, s. 384; Ramazan Durgut/Ahmet Emre Kaplan, Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 13, Sa. 171-172, s. 147-148; Çelebi, s. 560-561; Ozan Can, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Talebinin Reddine İlişkin Yerel Mahkemece Verilen Kararın Kesin Olduğu Yönündeki Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Kararlarına Yönelik Eleştiriler, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXIII, 13 Aralık 2019, (Editörler: Ufuk Tekin ve Yasin Barış Özceli), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 109 vd.

<sup>82</sup> Bahsi geçen gerekçeler için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 66; Durgut/Kaplan, s. 147-148; Can, s. 110 vd. Ayrıca bu görüşün diğer gerekçeleri ve/veya faydaları için bkz. Durgut/Kaplan, s. 148 ve Can, s. 110 vd. TTK m. 437.5 hükmünün sözü ile özünü bağdaştırmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle örtülü boşluğun bulunduğu kabulü doğrultusunda bu boşluğun davanın reddi kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu şeklinde doldurulması gerektiği yönünde bkz. Çelebi, s. 560-561.

<sup>83</sup> Karasu, s. 97; Akdağ Güney, s. 41; Kaya/Yalçın, s. 23-25; Dolu, s. 221-222; Fatma Beril Özcanlı, Bilgi Alma Davasında Hâkimin Rolü, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 16, Sa. 197-198, s. 218; Sümer, s. 315, 349. Bu görüşteki yazarlardan Sümer'in bu husustaki eleştirileri için bkz. Sümer, s. 315, 349. Bu görüş taraftarlarından Akdağ Güney, bu durumun hakkın bağımsız niteliği ve gerekçedeki temyize ilişkin ifade göz önünde tutulduğunda yerinde olmadığı düşüncesindedir (Akdağ Güney, s. 40-41). Keza Kaya/Yalçın olması gereken hukuk bakımından gerek ret gerekse kabul kararının kanun yoluna tabi kılınmasının gerekli olduğu görüşündedir (Kaya/Yalçın, s. 25). Ayrıca bkz. anılan yazarların 437. maddeye eklenmesini önerdiği "...Verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir.Dava açma süresi on gündür. İstinaf başvurusu ile icra takibi kendiliğinden durur." şeklindeki düzenlemeler (Kaya/Yalçın, s. 29-30).

<sup>84</sup> Bu yönde oybirliğiyle alınan kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, 7039/1085, 14.02.2018; Yargıtay 11. HD, 4221/7214, 13.12.2017; Yargıtay 11. HD, 542/3372, 05.06.2017. Bu yönde oyçokluğuyla alınan kararlar ve karşı oy yazıları için bkz. Yargıtay 11. HD, 8699/7381, 27.12.2021; Yargıtay 11. HD, 471/4348, 22.10.2020; Yargıtay 11. HD, 2318/6973, 07.11.2019; Yargıtay 11. HD, 3572/3065, 17.04.2019; Yargıtay 11. HD, 2366/757, 04.02.2019; Yargıtay 11. HD, 13625/6796, 06.11.2018; Yargıtay 11. HD, 12059/4161, 30.05.2018; Yargıtay 11. HD, 9750/3156, ...04.2018; Yargıtay 11. HD, 2249/4466, 18.09.2017; Yargıtay 11. HD, 1162/3675, 13.06.2017; Yargıtay 11. HD, 13764/1654, 20.03.2017; Yargıtay 11. HD, 13744/1501, 14.03.2017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 06.12.2022.



Hâl böyle olunca, davanın reddi kararına karşı kanun yolunun açık olması gereği karşısında ret kararının kesin olarak nitelendirilmesi hususundaki haklı eleştiriler çerçevesinde, madde hükmünde davanın kabulü yolundaki kararın kesin, davanın reddi yönündeki kararın kesin olmadığına açıkça düzenlenmesinin bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak bakımından da yerinde olacağı düşüncesini paylaşmaktayız.

#### **IV. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile Bilgi Alma veya İnceleme İstemlerinin Karşılammaması Durumunda Mahkemeye Başvuru Hakkına İlişkin *de lege ferenda* Bir Kanun Hükmü Önerisi**

Buraya kadar anlatılanlar neticesinde, TTK'nın kenar başlığı "*IV – Bilgi alma ve inceleme hakkı*" olan 437. maddesinin başlığının "*IV – Bilgi alma ve inceleme hakkı ile bu haklara ilişkin mahkemeye başvuru hakkı*" şeklinde değiştirilmesinin ve madde metninin ise şu şekilde kaleme alınmasının *de lege ferenda* daha yerinde olacağı görüşünderiz:

*“(1) Pay sahibi genel kurulda yönetim kurulundan şirketin işleri, denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu hâlde yönetim kurulu bu maddenin beşinci fıkrasına dayanamaz.*

*(2) Payları borsada işlem görmeyen şirketlerde, sermayenin veya oyların asgari yüzde onunu temsil eden pay sahipleri, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekliyse yönetim kurulundan yazılı olarak şirketin işleri ile ilgili bilgi isteyebilir. Yönetim kurulu bilgiyi dört ay içerisinde verir, cevaplarını ise en geç gelecek genel kurulda pay sahiplerinin incelemesine sunar.*

*(3) Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. Verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır.*

*(4) Şirketin ticari defteriyle belgelerinin pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımları yönetim kurulu kararıyla incelenebilir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir. Yönetim kurulu incelemeyi başvurunun ulaşmasından itibaren dört ay içerisinde sağlayacaktır.*

*(5) Bilgi alma ve inceleme istemleri sadece şirket sırlarının veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye düşebileceği gerekçesiyle reddedilebilir.*

(6) Bilgi alma veya inceleme istemlerinin reddi yazılı olarak gerekçelendirilmelidir<sup>85</sup>.

(7) Bilgi alma veya inceleme istemleri tamamen veya kısmen reddedilir yahut imkânsız hâle getirilirse açıkça cevap verildiği hâllerde bu cevabı izleyen on gün içinde, diğer durumlarda da makul bir süre içerisinde bilgi alma veya incelemeye karar verilmesi talebiyle şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurulabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı bilgi alma veya inceleme isteminin genel kurul dışında karşılanması talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkemenin davanın kabulüne ilişkin kararı kesin, davanın reddine ilişkin kararı ise kesin değildir.

(8) Bilgi alma ve inceleme hakkı vazgeçilmez niteliktedir.”

Diğer taraftan, TTK m 437'nin birinci fıkrası hükmüne -içeriğe ilişkin herhangi bir değişikliğe ihtiyaç olmaksızın- 437. maddeden önce veya sonra gelecek şekilde ayrı bir maddede yer verilebilir. Yahut anılan hükme -İsviçre Revizyonuna paralel şekilde- genel kurul toplantılarına hazırlık işlemleri çerçevesinde çağrıya ilişkin madde 410 vd.'da yer verilebileceği düşüncesini<sup>86</sup> paylaşmaktayız.

## SONUÇ

Bilgi alma ve inceleme hakkı vazgeçilmez niteliktedir (bkz TTK m 437.6 ve 447.1.b). Bilgi alma ile inceleme hakkının aynı maddede düzenlenmiş olmasının TTK açısından yerinde olduğu görüşünderiz. Zira farklı maddelerde düzenlenmesi hâlihazırda mevcut herhangi bir soruna çözüm üretme bakımından gerekli ve yeterli değildir. Ayrıca inceleme hakkının (bağımsız bir hak olsa bile) bilgi alma hakkıyla bağlantısına Türk hukukunda (TTK m 437.4, c. 1'de) açıkça işaret edilmiş olmasının da vardığımız bu sonucu desteklediği düşüncesindeyiz.

Genel kurulda kullanılan bilgi edinme hakkının hâlihazırda 437.2 ve 3'te düzenlendiği şekliyle, açık deyişle *gereklilik şartına* bağlı olmaksızın devam

<sup>85</sup> Keza bkz. Sümer, s. 347'deki öneri. Sümer, TTK'nın 437. maddesinin üçüncü fıkrasına “Bilgi alma ve inceleme talebinin reddi halinde, ret gerekçesi pay sahibine yazılı olarak iletilir” cümlesinin eklenmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. ve karşı. Kaya/Yalçın, s. 29'daki 437. maddede ilişkin önerisinde hükmün üçüncü fıkrasına ikinci ve üçüncü cümle olarak konulmasını önerdiği “Bilgi talebi ve bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Ayrıca esas sözleşmede bilgi taleplerinin elektronik ortam aracılığıyla ulaştırılması ve yanıtlanması da kararlaştırılabilir.” şeklindeki düzenleme.

<sup>86</sup> TTK m. 437.1 hükmüne önce kanun önerisinde yer verdikten sonra ilgili fıkranın TTK m. 410'a üçüncü fıkra olarak eklenebileceği yönünde bkz. Kaya/Yalçın, s. 28-29 dnp. 36.

etmesinin isabetli olduğu değerlendirilmiştir. Bilgi alma hakkının genel kurul toplantısı dışında da kullanılmasının gerekli olduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu gerçek karşısında *payları borsada işlem görmeyen şirketlerde* geçerli olmak üzere azınlık pay sahiplerine *ancak gereklilik koşuluna tabi tutmak suretiyle* toplantı dışında yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi alma hakkı tanınabileceği düşüncesini paylaşmaktayız. Zira azınlığa bu hakkın *anılan şart* öngörülmezsizin tanınması anonim şirket yapısıyla bağdaşmayacağı gibi özellikle çok pay sahipli anonim şirketlerde şirketin işleyişini zorlaştırmak gibi birçok sakıncaya da neden olabilecektir. Hemen eklemek gerekir ki gerek genel kurul toplantısında gerekse toplantı dışında kullanılan bilgi alma hakkı açısından (ilki bakımından hâlihazırda mevcut olan) şirket sırrı ve koruması gereken diğer şirket menfaatlerinin sınır oluşturması isabetli olacaktır. Diğer taraftan yönetim kuruluna yazılı şekilde başvurmak suretiyle bilgi alma hakkını haiz olacak pay sahiplerinin İsviçre Revizyonundaki gibi, açık deyişle *sermayenin veya oyların asgari yüzde onunu temsil eden payların sahipleri* şeklinde belirlenmesi isabetli olacaktır. Buna paralel şekilde yönetim kurulunun talep edilen bilgiyi dört ay içerisinde vereceği, yanıtların en geç gelecek genel kurul toplantısında incelemeye sunulacağı yolunda hükümlere yer verilmesi yerinde olur. Ayrıca -gerek genel kurulda gerekse genel kurul toplantısı dışında bilgi alma hakkı açısından geçerli olacak şekilde-bilgi alma talebi reddedildiği takdirde bunun yazılı olarak gerekçelendireceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmesi *de lege ferenda* isabetli olur.

TTK'da inceleme hakkının *gereklilik şartına* bağlanmasına ihtiyaç bulunmadığı düşüncesindeyiz. Zira inceleme hakkının konusu ticari defter ve yazışmaların *pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarıyla* sınırlandırılmıştır, açık deyişle hakkın kapsamı dardır. Diğer taraftan TTK m 437.3'teki sınırların inceleme hakkı için de geçerli olduğu hususunun herhangi bir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta düzenlenmesi *de lege ferenda* isabetli olur. Türk hukukunda inceleme hakkının konusunun ticari defter ve yazışmaların *pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarıyla* sınırlandırılmış olmasından yola çıkarak inceleme hakkının -toplantıda bilgi edinme hakkı ile paralel şekilde- her ortağa tanınmış olmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan İsviçre Revizyonuna paralel şekilde *yazışmalar* ifadesinin *belgeler* şeklinde değiştirilmesinin *de lege ferenda* yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bundan başka Türk hukukunda da pay sahibinin inceleme talebi hususunda genel kurul izninin kaldırılıp yönetim kurulu kararını gerekli ve yeterli görmek daha uygun olur. Yine, yönetim

kurulunun incelemeyi başvurunun ulaşmasından itibaren dört ay içerisinde sağlayacağı ve inceleme isteminin yönetim kurulunca reddinin yazılı olarak gerekçelendirileceği yolundaki düzenlemelere Türk hukukunda da yer verilmesi isabetli olacaktır. Buna karşılık tartışmalara yol açmaması bakımından pay sahiplerinin not alabilecekleri yönündeki düzenlemeye TTK'da yer verilmemesinin, bunun yerine “*İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir.*” düzenlemesinin muhafaza edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

revİsvBK'nın bilgi alma veya inceleme taleplerinin reddedilmesi yanında imkânsız hâle getirildiği her durumda, yine anılan istemlerin sadece tamamen reddedilmesi hâlinde değil kısmen reddedildiği durumlarda mahkemeye başvuru hakkı tanıyan ve engellenmenin haksız olup olmadığını belirtmeksizin talebin engellenmiş olmasını yeterli kılan ifadesi, bilgi alma ve inceleme hakkının güvence altına alınması bakımından daha yerindedir. Mahkemeye başvurma süresine ilişkin olarak ise ret veya erteleme gibi açıkça cevap verilen durumlarda bu cevabı izleyen on günlük sürenin yeterli olduğu, ancak bilgi alma veya incelemenin imkânsız hâle getirildiği diğer durumlarda mahkemeye başvuru süresinin makul bir süre olarak belirlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Diğer taraftan, davanın kabulü yönündeki kararın kesin, davanın reddi yolundaki kararın kesin olmadığını açıkça hükme bağlanmasının *de lege ferenda* isabetli olacağı değerlendirilmiştir. Zira davanın reddine ilişkin mahkeme kararlarına kanun yolunu açarak bu konudaki tereddütlerin bilgi alma ve inceleme hakkının güçlendirilmesi yönünde giderilmesi uygun olacaktır.

## KAYNAKÇA

Akbay, Direnç: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Azınlığın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Yoluyla Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2017.

Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Aktif ve Pasif Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler, Regesta, Y. 2019, C. 4, Sa. 1, s. 37-56.

Atakan, Murat Can: Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkının İhlalinden Dolayı Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, Özel Sayı, s. 76-92.

Atalay, Oğuz: Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (Basım Yılı: 2015)], s. 53-76.

Aytaç, Zühtü: Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, Bildiriler – Tartışmalar – Panel, 16-17 Aralık 2008 (Editör: Korkut Özkorkut), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2010.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora, Bursa 2013.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016  
([https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop\\_mimes\\_bbl/8C/8CDCD4590EE41ED6BA84CB4488AD0B3D.PDF](https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop_mimes_bbl/8C/8CDCD4590EE41ED6BA84CB4488AD0B3D.PDF)) (Erişim Tarihi 09.12.2022).

Bozgeyik, Hayri: Pay Sahibinin Hakları ve Borçları, Şirketler Hukuku (Editör: Sami Karahan), Mimoza, Konya 2012.

Bulut, Abdulkadir: Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Can, Ozan: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Talebinin Reddine İlişkin Yerel Mahkemece Verilen Kararın Kesin Olduğu Yönündeki Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Kararlarına Yönelik Eleştiriler, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXIII, 13 Aralık 2019, (Editörler: Ufuk Tekin ve Yasin Barış Özelci), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021.

Ceylan, Çiğdem: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2019. (Bilgi Alma)

Ceylan, Çiğdem: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Davası (TTK m. 437/5), Prof. Dr. Rıza AYHAN'a Armağan Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 s. 1887-1912.

Çelebi, Ali Ergin: Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 17, Sa. 2, s. 517-575.

Dolu, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Druey, Jean Nicolas/Druey Just, Eva/Glanzmann, Lukas: Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2021.

Durgut, Ramazan/Kaplan, Ahmet Emre: Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 13, Sa. 171-172, s. 123-154.

Erdem, H. Ercüment: İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2015, s. 139-194.

Forstmoser, Peter/Küchler, Marcel: Schweizer Aktienrecht 2020, Expert Focus, 1-2/16, s. 86-97.

Günay, Gözde Engin: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Häusermann, Daniel: Aktionärsrechte und Generalversammlung, Expert Focus, 6/21, s. 305-308.

İlbasımış Hızlısoy, Özlem: Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Karasu, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2005, C. 23, Sa. 2, s. 73-114

Kaya, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001. (Bilgi Alma)

Kaya, Arslan: Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 31, Sa. 1, s. 61-83. (Özel Denetim)

Kaya, Mustafa İsmail/Yalçın, Cihan: Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Güçlendirilmesine Yönelik Öneriler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2023, C. 39, Sa. 1, s. 5-32.

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Kunz, Peter V.: Zum «Aktienrecht 4.0»: Einordnung und Überblick zur neuen schweizerischen Aktienrechtsordnung, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2021, s. 195-210.

Manavgat, Çağlar: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 2, Sa. 1, s. 523-551.

Mohasseb, Keivan/von der Crone, Hans Caspar: Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigem Aktienrecht, SZW/RSDA 3/2020, s. 336-346.

Moroğlu, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Müller, Matthias P. A.: Informationsrechte des Aktionärs, ex/ante 1/2019, s. 27-35.

Narbay, Şafak: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Nobel, Peter: 2. Teil: Geschichte der Aktiengesellschaft/§ 4 Entwicklung des Aktienrechts nach 1936/II. Die «grosse» Aktienrechtsrevision 2007-2016, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar (Herausgeber Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller), Stämpfli Verlag AG, 2017.

Ocak, Nazmi: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 710-743.

Özcanlı, Fatma Beril: Bilgi Alma Davasında Hâkimin Rolü, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 16, Sa. 197-198, s. 205-224.

Paslı, Ali: Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 611-647.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. (Ortaklıklar II)

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Sümer, Burak: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Ulusoy, Erol: Azınlık Hakları-Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları: Doğrular ve Yanlışlar, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, (Editör: Erol Ulusoy), 3. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2022.

Ünal, Bahadır: Alman ve Türk Hukukunda Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Vogt, Hans-Ueli/Schiwow, Emanuel/Wiedmer, Karin: Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten - Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, Aktuelle Juristische Praxis, 2009, s. 1359-1388.

von der Crone, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Stämpfli Verlag AG, 2020.

von der Crone, Hans Caspar/Angstmann, Luca: Kernfragen der Aktienrechtsrevision, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2017, s. 3-24.

Weber, Rolf H.: Art 696-697h, Basler Kommentar Obligationenrecht II, (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.

Yurtbaşı, Fatih: Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 06.12.2022.



**<sup>H</sup> HAKKANİYETE UYGUNLUK KOŞULU KAPSAMINDA  
ACENTENİN DENKLEŞTİRME TAZMİNATI TALEBİNİN  
DOĞMADIĞI VEYA TAZMİNAT MİKTARININ HAKKANİYET  
GEREĞİ AZALTIKMASINI GEREKTİREN HÂLLER**

*(CASES IN WHICH THE PAYMENT OF INDEMNITY TO A  
COMMERCIAL AGENT CANNOT BE CONSIDERED EQUITABLE OR  
THE AMOUNT OF INDEMNITY PAYMENT IS TO BE REDUCED  
HAVING REGARD TO ALL THE CIRCUMSTANCES FOR EQUITABILITY  
REASONS)*

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan OYAL \* \*\***

**ÖZ**

*Acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunabilmesi için bu talebin hakkaniyete uygun olması gerekir. Ayrıca hakkaniyete uygunluk, somut veriler üzerinden hesaplanan denkleştirme tazminatı miktarının somut olay adaletine uygun hâle getirilmesinde başvurulmuş düzeltici bir işleve de sahiptir. Dolayısıyla denkleştirme tazminatı talebi bakımından hakkaniyete uygunluk, ikili bir işleve sahiptir. Hakkaniyet soyut ve normatif bir kavram olduğundan, bu kavramın tüm olayları kapsayacak şekilde somutlaştırılması mümkün değildir. Ancak denkleştirme tazminatının hakkaniyete uygun olup olmadığı incelenirken dikkate alınması gereken birtakım hususlar mevcuttur. Mevzuatımızda ve hukukumuzda yargı kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde kural olarak denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olmadığı hâller ile denkleştirme tazminatı miktarında hakkaniyet gereği indirim yapılmasını gerektiren tipik durumlar bazı olay grupları üzerinden somutlaştırılmaktadır. Bu çalışmada hakkaniyete uygunluk koşulunun ikili işlevi dikkate alınarak, öncelikle acentenin denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olmadığı hâller ele*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 22.11.2023. İlk hakem raporu tarihi: 05.01.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 10.01.2024. Onaylanma Tarihi: 11.01.2024.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3055-5870.

**Esere Atf Şekli:** Ahmet Batuhan Oyal, “Hakkaniyete Uygunluk Koşulu Kapsamında Acentenin Denkleştirme Tazminatı Talebinin Doğmadığı veya Tazminat Miktarının Hakkaniyet Gereği Azaltılmasını Gerektiren Hâller” YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 185-255.

alınmıştır. Daha sonra ise denkleştirme tazminatının hakkaniyete uygun olduğu ve fakat hakkaniyet gereği somut veriler üzerinden hesaplanan ham tazminat miktarında indirim yapılmasını gerektiren tipik durumlar incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Denkleştirme Tazminatı, Portföy Tazminatı, Acente, Hakkaniyete Uygunluk, İndirim Sebepleri.

### **ABSTRACT**

*A commercial agent can only request an indemnity after termination of agency contract, if this can be considered equitable. In addition, equitability also has a corrective function that is used to bring the indemnity amount calculated based on mathematical data into line with substantial justice regarding all the circumstances of the case. Since equitability is an abstract and normative concept, it is not possible to concretize this concept to cover all cases. However, there are some criteria that need to be taken into consideration when examining whether the indemnity is equitable. In this study, the method to be followed and the criteria to be taken into consideration in the audit of equitability are examined. Within the framework of judicial decisions and doctrinal opinions in German law and Turkish law, cases where the demand for indemnity is not equitable as a rule and typical situations that require a reduction in the amount of indemnity for equitability reasons are embodied by building some case groups. In this study, initially cases in which the commercial agent's claim for indemnity is not equitable are addressed while taking into account the dual function of equitability. Then, typical cases in which an indemnity claims are considered equitable, but a reduction in the amount of gross indemnity calculated based on concrete data is required due to equitability, are examined.*

**Keywords:** *Indemnity, Compansation for Customer Porfolio, Commercial Agent, Equitability, Reasons for A Reduced Indemnity.*

\*\*\*

### **Giriş**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile acentenin denkleştirme tazminatı talebi, kanunî bir dayanağa kavuşmuştur. Ancak acentenin denkleştirme tazminatı talebini düzenleyen Kanun'un 122. maddesine ilişkin tartışmalar ve uygulamadaki sorunlar hâlen devam etmektedir. Bu bağlamda gerek denkleştirme tazminatının kanunî bir koşulu olarak düzenlendiğinden gerekse

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

denkleştirme tazminatı miktarının somut olay adaletine uygun hâle getirilmesinde düzeltici bir işleve sahip olmasından ötürü hakkaniyete uygunluk, özel bir öneme sahiptir. Ancak hakkaniyet kavramı, soyut ve normatif bir kavramdır. Dolayısıyla denkleştirme tazminatının hangi hâllerde hakkaniyete uygun kabul edilebileceğinin peşinen söylenmesi mümkün olmadığı gibi hangi hâllerde hesaplanan ham tazminat miktarında hakkaniyet gereği bir indirim veya artırım yapılması gerektiğini söylemek de mümkün değildir. Bununla birlikte hem mehz Alman hukukunda hem de hukukumuzda yargı kararlarında ve doktrinde, hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında dikkate alınması gereken hususlar somut örnekler üzerinden netleştirilmeye veya bazı tipik olay grupları yaratılmaya çalışılmaktadır.

Bu çalışmamızda öncelikle hakkaniyete uygunluk koşulunun denkleştirme tazminatıyla olan ilişkisi incelenecektir. Denkleştirme tazminatının kanunî bir şartı olarak hakkaniyete uygunluk koşuluna yer verilmesini gerektiren sebepler ve hakkaniyetin gerek denkleştirme tazminatı talebinin doğmasındaki gerekse nihaî tazminat miktarının belirlenmesindeki işlevi irdelenecektir. Hemen yukarıda belirtildiği üzere hakkaniyet soyut ve normatif bir kavram olduğundan, tüm olayları kapsayacak şekilde somutlaştırılması mümkün değildir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle hakkaniyete uygunluk denetiminde izlenmesi gereken yol ve tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenebilmesi için dikkate alınması gereken hususlar genel olarak açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra gerek mehz Alman hukukunda gerekse hukukumuzda yargı kararlarıyla ve doktrinindeki görüşler kapsamında oluşturulan somut olay grupları üzerinden denkleştirme tazminatının hakkaniyete uygun kabul edilemeyeceği veya hakkaniyet gereği denkleştirme tazminatı miktarında indirim yapılmasını gerektiren hâller incelenecektir.

Denkleştirme tazminatı bakımından hakkaniyete uygunluk, tazminat talebinin doğumu ve miktarının belirlenmesi açısından ikili bir işleve sahiptir. Bu nedenle öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca denkleştirme tazminatı talep edilmesinin hakkaniyete uygun kabul edilemeyeceği hâller ele alınacaktır. Bu bağlamda Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile üçüncü fıkrası arasındaki ilişki tetkik edilecek, daha sonra kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte hangi hâllerde kural olarak acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunmasının hakkaniyete uygun kabul edilemeyeceği üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın sonraki kısmında denkleştirme tazminatının koşullarının somut olayda mevcut olduğu hâllerde hakkaniyet gereği hesaplanan ham tazminat miktarında indirim yapılmasını gerektiren tipik durumlar ele alınacaktır. Çalışmamızın kapsamını hakkaniyete uygunluk koşulu kapsamında denkleştirme tazminatı talebinin doğmadığı veya tazminat miktarının hakkaniyet gereği azaltılmasını gerektiren hâllerle sınırladığımızdan, sadece hakkaniyete uygun olmadığı için tazminat talep edilmesi mümkün olmayan hâller ile ham tazminat miktarında hakkaniyet gereği kural olarak indirim yapılmasını gerektiren hâller incelenecektir. Denkleştirme tazminatı talep hakkının (örneğin müvekkilin sözleşme sonrasında önemli menfaatler elde etmeyecek olması veya acentenin ücret kaybı olmaması gibi) diğer koşulları sağlanmadığı için doğmadığı veya denkleştirme tazminatı bedelinde artırım yapılmasını gerektiren hâller ile ham tazminatın hakkaniyete uygunluğu bakımından dikkate alınması mümkün olmayan hususlar konumuzun kapsamı dışında kaldığından, bu çalışma kapsamında incelenmeyecektir.

## I. DENKLEŞTİRME TAZMİNATI TALEBİNİN HAKKANİYETE UYGUN OLMASI

### A. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca diğer şartlarının yanı sıra somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, hakkaniyete uygun düşüyorsa acentenin müvekkilden kendisine denkleştirme tazminat ödenmesini talep edebileceği öngörülmüştür. Yeni müşteriler bulunması nedeniyle müvekkilin sözleşme sona erdikten sonra da önemli menfaatler elde etmesi ve acentenin ücret kaybının yanı sıra denkleştirme tazminatının hakkaniyete uygun olması, acentenin tazminat talebinde bulunabilmesi için gerçekleşmesi gereken bağımsız bir şarttır ve ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>1</sup>. Bununla

<sup>1</sup> Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Ticari İşletme Acentelik (TTK m. 102-123)* (2. Bası, Beta Yayınları 2016) 261; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Vedat 2022) 574; İrfan Akın, 'Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler' (2013) 62 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 613, 625; Mustafa İsmail Kaya, *Acentelik Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020) 374; Şaban Kayıhan, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi* (5. Bası, Umutepe 2018) 188; Rauf Karasu, *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1* (2024)

birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki şartlar gerçekleşmemişse, sadece hakkaniyet gereği acenteye denkleştirme tazminatı ödenmesi söz konusu olamaz. Zira denkleştirme tazminatına hükmedilebilmesi için anılan düzenlemede yer alan şartların kümülatif şekilde gerçekleşmiş olması gerekir. Somut olayda acenteye denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyet gereği olup olmadığı incelenmeden önce, denkleştirme tazminatının (yeni müşteri, önemli menfaat/ücret kaybı gibi) diğer şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir<sup>2</sup>.

---

'Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi' (2008) 57 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283, 299; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı and Alper Özboyacı, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Dora 2022) 259; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku* (15. Bası, Yetkin 2022) 588; Koray Demir, 'Tek Satıcının Denkleştirme Talebi' in İsmail Kırca, Başak Sit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş and İrem Yener (eds), *Prof Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 414; Özge Ayan, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin 2008) 190; Adem Şahin, 'Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2531, 2541; Burçak Yıldız, 'Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkında Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 534, 544; Hümeysra Yılmaz, Acentenin Denkleştirme İstemi (On İki Levha 2020) 122; Muhammed Cihan Güvenç, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acente Hukuku* (Adalet 2018) 152; Didem Kaya Cankat, *Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi* (On İki Levha 2019) 69; Burak Sak, *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi* (TTK m. 122) (On İki Levha 2020) 267; Mehmet Koç, *Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı)* (Seçkin 2020) 85; M. Zahid Doğanay, *Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi* (Adalet 2021) 166; Barış Cihan Cantürk, *Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi* (On İki Levha 2020) 133; Zehra Badak Aybar, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi' (2013) 12 (24) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 167, 186-187; Erhan Kanışlı, 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi' (2014) 12 (138) Legal Hukuk Dergisi 111, 137.

<sup>2</sup> Kaya, Şerh (n 1) 261; Arslan Kaya, 'Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Hâlinde Denkleştirme İstemi' in Abuzer Kendigelen, İsmail Cem Soykan, Necdet Uzel, Müge Evlek and Nurgül Yıldız (eds) *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2018) 13; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 574; Bilgili, Demirkapı and Özboyacı (n 1) 259; Sak (n 1) 266; Karasu (n 1) 299; Kayıhan (n 1) 188; Doğanay (n 1) 166; Cantürk (n 1) 132; Ayan (n 1) 191; Kaya Cankat (n 1) 69.

Hakkaniyet şartının, bir “denetleme ölçütü” olduğu ve “düzenleyici ve istemdeki çelişkiyi önleyici” bir işleve sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Hakkaniyet, soyut bir kavramdır. Bu kavramın yorumlanmasında ve somutlaştırılmasında hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Türk Ticaret Kanunu’nun 122. maddesinin Hükümet Gerekçesi’ne<sup>5</sup> göre, denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun kabul edilebilmesi için: “bir taraftan acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları” gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Öte yandan “acentenin bu konularda olumsuz not almamış” olması gerektiği ifade edilmiştir. Türk hukukunda doktrinde ise hakkaniyete uygunluk şartının somut olayda sağlanıp sağlanmadığının: acentenin harcadığı zaman ve emek, tek bir firma veya birden fazla firma için acentelik yapıp yapmadığı, marka veya unvanın etkisi, sözleşmenin sona erme nedeni ve tarafların kusur oranları gibi hususlar dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Yargıtay da hakkaniyete uygunluğun, “sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasağının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme nedeni ve varsa kusur oranları” gibi hususlar dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini içtihat etmektedir<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Kaya, Şerh (n 1) 261; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 574-575; Akın (n 1) 626, dn. 31; Yılmaz (n 1) 123; Sami Kocabıyık, ‘Sigorta Acentesinin Denkleştirme Talebi ve Bu Talebin Acentenin Ücret Hakkıyla İlişkisi’ (2022) 7 (2) REGESTA 339, 350.

<sup>4</sup> Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 574-575; Kaya, Şerh (n 1) 261; Demir (n 1) 414; Sak (n 1) 267; Kocabıyık (n 3) 350.

<sup>5</sup> TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, 106-107.

<sup>6</sup> Kaya, Şerh (n 1) 262; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (28. Bası, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2022) 244; Kaya, Acentelik (n 1) 375; Akın (n 1) 626; Bilgili, Demirkapı and Özboyacı (n 1) 259-260; İdris Yılmaz, *Denkleştirme İsteminde Hakkaniyet Koşulu ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi* (Adalet Yayınları 2023) 63-64; Badak Aybar (n 1) 189-190; Yılmaz (n 1) 124; Cantürk (n 1) 133; Koç (n 1) 85.

<sup>7</sup> Yargıtay 11 HD, E 2019/2876 K 2020/3326, 30.06.2020 (Lexpera); Yargıtay 11 HD, E 2019/1475 K 2020/1949, 24.02.2020 (Lexpera).

## B. HAKKANİYETE UYGUNLUK ŞARTININ DENKLEŞTİRME TAZMİNATI BAKIMINDAN İKİLİ İŞLEVİ

Hakkaniyete uygunluk, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca denkleştirme tazminatı ödenmesi için somut olayda mevcut olması gereken ve diğer şartlardan bağımsız bir koşuldur. Bu açıdan hakkaniyete uygunluk, denkleştirme tazminatı talebinin kanunî bir unsurdur.

Somut olayda yapılan değerlendirme neticesinde acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunmasının şartlarının gerçekleştiği sonucuna varılırsa, hakkaniyete uygunluk acenteye ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde de ayrıca bir rol oynar<sup>8</sup>. Bu bakımından hakkaniyete uygunluk koşulunun, aynı zamanda ödenecek denkleştirme tazminatı miktarının üzerinde de önemli bir etkisi vardır. Veriler üzerinden yapılan hesaplama sonucunda matematiksel olarak ortaya çıkan denkleştirme tazminatı miktarı (ham tazminat), somut olay adaleti bakımından tüm vakıalar gözetildiğinde ödenmesi makul olan miktardan daha az veya fazla olabilir. Hakkaniyete uygunluk şartının düzenleyici ve çelişkileri önleyici işlevi, miktarın somut olay adaletine uygun hâle getirilmesine yardımcı olur. Böylece miktar bakımından da hâkime bir takdir yetkisi tanınarak, hâkimin sadece matematiksel olarak hesaplanan ham tazminatı miktarıyla bağlı olmasının önüne geçilmiştir.

Hakkaniyete uygunluk şartının ikili işlevi nedeniyle, öncelikle sözleşmenin sona ermesinden sonra müvekkilin önemli menfaatler elde etmeye devam edip etmediği ve acentenin ücret kaybına uğrayıp uğramadığı<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Kaya, Şerh (n 1) 261 dn 326; Kaya, Acentelik (n 1) 374; Sabih Arkan, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Denkleştirme Tazminatı Talebinin Koşulları' in Belgin Akçay and F. Kemal Kızılca (eds) *Prof. Dr. Gürğân Çelebican'a Armağan* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2011) 401, dn. 50; Karasu (n 1) 304; Akın (n 1) 625; Ayan (n 1) 192; Sak (n 1) 267; Kaya Cankanat (n 1) 69; Koç (n 1) 85; Yılmaz (n 1) 140; Kanışlı (n 1) 137; M. Zahid Doğanay, 'Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması' (2021) 29 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2267, 2287.

<sup>9</sup> Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinde 31.07.2009 tarihinde yapılan değişiklikle acentenin ücret kaybı, denkleştirme tazminatı bakımından ayrı bir şart olarak düzenlenmekten çıkarılmış ve hakkaniyete uygunluk kapsamında "özellikle acentenin ücret kaybı" ve somut olayın tüm özelliklerinin değerlendirilmesi gerektiği hükmü bağlanmıştır. Böylelikle ödenecek denkleştirme tazminatı miktarı bakımından acentenin ücret kaybı, bir üst sınır olmaktan çıkarılmıştır (Ingo Drescher, Holger Fleischer and Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum HGB Band I* (5th edn, C.H.Beck 2021) §89b, Kn. 93; Karlheinz Boujong, Carsten Thomas Ebenroth, Detlev Joost and Lutz Strohn, *Handelsgesetzbuch Band YUFD Vol. XXI No.1* (2024)

tespit edilmeli, bu şartların somut olayda gerçekleştiği durumlarda, somut olayın tüm şartları bir arada değerlendirildiğinde, acenteye denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda, somut olayın şartları gözetildiğinde denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olmadığı sonucuna varılırsa, acentenin denkleştirme tazminatı talebinin reddi gerekeceğinden, ayrıca bir hesaplama yapılmasına gerek duyulmaz. Bununla birlikte denkleştirme tazminatı ödenmesinin somut olayda diğer şartlarının yanı sıra ayrıca hakkaniyete de uygun olduğu saptanırsa, somut veriler ışığında ham denkleştirme tazminatı miktarı hesaplanır ve bu miktarın ödenmesinin hakkaniyete de uygun olup olmadığı ayrıca değerlendirilir<sup>10</sup>. Dolayısıyla ilk adımda somut olay adaleti gereği herhangi bir denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığı incelendikten sonra denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olduğu tespit edilirse, ikinci adımda somut veriler ışığında hesaplanan ham denkleştirme tazminatı miktarında hakkaniyet gereği bir değişiklik yapıp yapılmaması gerektiği ayrıca değerlendirilir.

### C. HAKKANİYETE UYGUNLUK DEĞERLENDİRMESİNDE İZLENMESİ GEREKEN YOL

Hakkaniyet kavramı, hemen yukarıda da ifade edildiği üzere, soyut ve normatif bir kavramdır. Bu kavram tek başına bir değerlendirme kriteri içermemektedir ve sadece yol gösterici niteliktedir<sup>11</sup>. Hakkaniyet kavramının soyut bir kavram olduğundan ve somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre şekillendiğinden, peşinen hangi durumlarda denkleştirme tazminatı ödenmesi gerektiğini veya gerekmediğini söylemek mümkün değildir. Başka bir ifadeyle her uyumsuzluk bakımından uygulanabilecek genel bir kural söz konusu değildir.

*I* (4th edn, C.H.Beck/ Vahlen 2020) §89b, Kn. 4; Ingo Koller, Peter Kindler, Klaus-Dieter Drüen and Stefan Huber, *Handelsgesetzbuch – Kommentar* (10th edn, C.H.Beck 2023) §89b, Kn. 8; Martin Häublein and Roland Hoffmann-Theinert, *Beck'scher Onlinekommentar HGB* (39th edn, C.H.Beck 2023) §89b, 49; Raimond Emde, 'Die Novellierung des § 89b HGB - was hat sich ergeben?' (2010) 7 *Wettbewerb in Recht und Praxis* 844, 848).

<sup>10</sup> Kaya, Şerh (n 1) 266-267; Kaya (n 6) 22; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 576; Bilgili, Demirkapı and Özboyacı (n 1) 260; Reha Poroy and Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2022) 309; Karasu (n 1) 300.

<sup>11</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 94; Ayan (n 1) 191.  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



Gerek denkleştirme tazminatı talebinin doğması gerekse ödenmesi gereken tazminat miktarının hesaplanmasında hakkaniyete uygunluk, tarafların çatışan menfaatleri karşılıklı olarak tartılmak ve somut olayın özellikleri doğrultusunda haklı menfaati daha ağır basan taraf tespit edilmek suretiyle belirlenmelidir. Denkleştirme tazminatı talebinin temelinde, acentenin kaynaklarını, zamanını ve emeğini harcayarak müvekkile bir müşteri çevresi kazandırdığı, acentelik ilişkisi sona erdiğinde ise acente ücret hakkını kaybetmesine rağmen müvekkilin bu müşteri çevresiyle ticari faaliyetine devam ederek bir kazanç sağlamasının taraflar arasında yarattığı dengesizliğin giderilmesi düşüncesi yatmaktadır<sup>12</sup>. Dolayısıyla hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi bakımından tarafların çatışan menfaatleri, kural olarak sözleşmenin sona ermesiyle acentenin kaybettiği menfaatler ile müvekkilin elde etmeye devam ettiği menfaatlerdir. Hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi yapılırken, somut olayda bu menfaatlere ilişkin özellik gösteren hususlar irdelenmelidir.

Tarafların çatışan menfaatleri bakımından sadece acentelik sözleşmesine ilişkin hususların mı, yoksa acentelik sözleşmesine yabancı unsurların da mı hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi kapsamında dikkate alınması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Ancak Türk hukukunda doktrinde, hakkaniyete uygunluğun somut olay bağlamında acentelik sözleşmesiyle ilgili tüm unsurlar ve süreç dikkate alınarak değerlendirilmesi ve acentelik sözleşmesine yabancı unsurların bu değerlendirmenin dışında bırakılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Öte yandan Alman hukukunda doktrinde bu konuda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Alman hukukunda doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre, hakkaniyete uygunluk denetimi somut olayın tüm şartları dikkate alınarak yapılmalı, sadece acentelik sözleşmesine ilişkin değil, tarafların sosyo-ekonomik durumları gibi hakkaniyet gereği denkleştirme tazminatı ödenmesini gerektirebilecek (veya hiç ödenmemesini gerektirecek) sözleşmeye yabancı unsurlar da bu değerlendirmenin bir parçası olarak görülmelidir<sup>14</sup>. Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe

<sup>12</sup> Kaya, Şerh (n 1) 244; Kaya (n 2) 12; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 570; Poroy and Yasaman (n 10) 305; Arkan (n 6) 241; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 1) 587; Akın (n 1) 625; Kaya, Acentelik (n 1) 350; Karasu (n 1) 288; Kayıhan (n 1) 185; Kaya Cankat (n 1) 54; Ayan (n 1) 103; Yılmaz (n 1) 36; Şahin (n 1) 2534.

<sup>13</sup> Kaya, Şerh (n 1) 261-262; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 575; Kaya, Acentelik (n 1) 375; Karasu (n 1) 299-300; Doğanay (n 1) 168; Yılmaz (n 1) 124; Şahin (n 1) 2541-2542; Yılmaz (n 6) 67-68.

<sup>14</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 96; Norbert Horn, Peter Balzer, Goerg Borges and Harald Herrmann, *Heymann Handelsgesetzbuch – Kommentar* (3rd edn, De YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)

göreyse, tarafların yaşı, sağlık durumları veya sözleşme sonrasında kazanç elde edebilir durumda olup olmadıkları (“Erwerbsfähigkeit”) gibi şahsî faktörler hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında dikkate alınmamalı, sadece acentelik sözleşmesine ilişkin somut olaydaki mevcut unsurlar gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>15</sup>.

Doktrinde ve yargı kararlarında denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygunluğu değerlendirilirken, acentenin harcadığı zaman ve emek, sona eren sözleşmenin devam ettiği süre, acentenin bu süre içerisinde başka müvekkillerle çalışıp çalışmadığı, sözleşmenin sona erme nedeni ve varsa tarafların kusuru gibi farklı unsurların dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Ancak bu unsurların her birisinin somut uyumsuzlukta değerlendirilmesi zorunlu değildir. Başka bir ifadeyle hâkim, anılan bu unsurlardan birisi veya birkaçı somut olayda özellik arz ediyorsa ve takdir hakkı açısından bu hususlar, denkleştirme tazminatının ödenmesine veya miktar hesaplaması bakımından sonuca etki edecek nitelikteyse bunları değerlendirmelidir. Aksi hâlde hâkim, bu unsurların somut olayda özellik arz

---

Gruyter 2019) §89b, Kn. 47. *Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn*, tarafların sosyo-ekonomik durumları ve buna bağlı hususların da hakkaniyete uygunluk kapsamında dikkate alınmasının mümkün olduğunu, ancak bu hususlar dikkate alınırken denkleştirme tazminatının temelinde yatan düşüncelere ve kurumun amacına aykırı olmayacak şekilde değerlendirilmesi gerektiğini, öte yandan konuyla tamamen alakasız veya keyfî hususların dikkate alınmasının mümkün olmadığını ifade etmişlerdir (Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 150).

<sup>15</sup> Volker Röhricht, Friedrich Graf von Westphalen and Ulrich Haas, *HGB – Kommentar* (6th edn, Otto Schmidt 2023) §89b, Kn. 82; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 72; Hartmut Oetker, *Handelsgesetzbuch – Kommentar* (7th edn, C.H.Beck 2021) §89b, Kn.18. *Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth* da tarafların sosyo-ekonomik durumunun sözleşmeye ilişkin olmadığı ve fakat çok istisnaî durumlarda hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi kapsamında dikkate alınabileceğini, öte yandan acentenin sözleşme sonrasında kazanç elde edebilirliği hususunun ise tamamen sözleşmeye yabancı bir unsur olduğunu ifade etmişlerdir (Klaus J. Hopt, Christian Kumpan, Patrick C. Leyens, Hanno Merkt and Markus Roth, *Beck’sche Kurzkommentare Band 9 – Handelsgesetzbuch* (42nd edn, C.H. Beck 2023) §89b, Kn.43).

<sup>16</sup> Yargıtay bazı kararlarında, Türk hukukunda doktrinde genel kabul gören görüşten farklı olarak “tarafların malvarlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durumları (yaş, sağlık durumu ve çalışma yeteneği)” gibi unsurların da hakkaniyete uygunluk bakımından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (örn. bkz Yargıtay 11 HD, E 2019/2876 K 2020/3326, 30.06.2020 (Lexpera)). Ancak anılan kararlarda, değerlendirilmesi gerektiği ifade edilen tarafların malvarlığı, kişisel durumları gibi hususların sözleşmeyle ilgili oldukları oranda mı, yoksa sözleşmeden bağımsız olarak da ayrıca mı gözetilmesi gerektiği net bir şekilde anlaşılammaktadır. Kanaatimizce somut olayda istisnaî olarak ve sona eren acentelik sözleşmesiyle ilgili olduğu oranda kişisel unsurların da dikkate alınması gerekir.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

etmediği, bu nedenle de hakkaniyete uygunluk kapsamında değerlendirmedeği yönünde olumsuz bir tespit yapmak zorunda değildir. Ancak her halükârda hakkaniyete uygunluk bakımından hâkime tanınmış olan takdir yetkisi, somut olayda tespit edilen objektif kriterlere dayalı olarak ve gerekçesi denetlenebilir şekilde kullanılmalıdır<sup>17</sup>. Bu kapsamda hâkim, hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi yaparken öncelikle tarafların çatışan menfaatlerini tespit etmeli, daha sonra somut olaya özgü olan ve tarafların çatışan menfaatlerinden hangisinin diğerine karşı daha üstün tutulması gerektiğini haklı gösteren unsurlar var ise, bunları irdelemeli ve son olarak somut olaya özgü bu unsurun veya unsurların taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlarken nasıl yorumlandığını gerekçeleriyle birlikte ortaya koymalıdır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca medenî yargılama hukukumuzda kural olarak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi gerekmektedir. Kanunla belirtilen durumlar dışında hâkimin re'sen delil toplaması yasaklanmıştır. Denkleştirme tazminatı bakımından da taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğundan, hakkaniyete uygunluk kapsamında değerlendirilmesi gereken somut olaya özgü hususlar varsa, bunların taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir. Denkleştirme tazminatı müşteri çevresinin sözleşme sonrasında da müvekkile bırakılması karşılığında acente lehine öngörülmüş olan bir karşı edim niteliğinde olduğundan<sup>18</sup>, diğer şartların (TTK m. 122/1-(a) ve (b)) gerçekleşmiş olduğu durumlarda, denkleştirme tazminatı ödenmesi kural olarak hakkaniyete de uygun olacaktır<sup>19</sup>. Bu nedenle diğer şartların varlığına rağmen Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olmadığını, bunu ileri süren müvekkilin ispat etmesi gerekir. Hakkaniyete uygunluk da dahil olmak üzere denkleştirme tazminatının şartları somut olayda mevcutsa, matematiksel olarak belirlenen ham tazminatın hakkaniyet gereği arttırılması

<sup>17</sup> Kayıhan (n 1) 192; Ayan (n 1) 199; Abdülkadir Darı, 'Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi' (2019) 9 (17) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 373, 384; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 95; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 145.

<sup>18</sup> Denkleştirme tazminatının hukukî niteliğine ilişkin olarak bkz Kaya, Şerh (n 1) 245 vd.; Kaya, Acentelik (n 1) 350 vd.; Yılmaz (n 1) 33 vd.

<sup>19</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 375-376; Arkan (n 6) 244; Yıldız (n 1) 544; Yılmaz (n 1) 127; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 44. Aynı yönde bkz Yargıtay 11. HD, E 2021/5374 K 2022/7179, 19.10.2022 (Sinerji Hukuk); Yargıtay 11 HD, E 2016/2170 K 2017/2780, 10.05.2017 (Sinerji Hukuk).

veya azaltılmasına ilişkin somut olaya özgü hususları ise artırım veya azaltma talep eden taraf iddia ve ispat etmelidir<sup>20</sup>.

## II. HAKKANİYETE UYGUN OLMADIĞI İÇİN DENKLEŞTİRME TAZMİNATININ ÖDENMESİ GEREKMEYEN HÂLLER

### A. DENKLEŞTİRME TAZMİNATI TALEBİNDE BULUNULAMAYACAK HÂLLER (TTK m. 122/3) İLE HAKKANİYETE UYGUNLUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olmadığı durumları tahdidî olarak öngören bir düzenlemeye Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrasında müvekkilin acentelik sözleşmesini acentenin bir kusuru nedeniyle haklı sebeplerle feshettiği veya müvekkilin feshi haklı gösteren bir eylemi olmadan acentenin sözleşmeyi feshettiği durumlarda acentenin denkleştirme isteminde bulunmayacağı düzenlenmiştir. Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasının Hükümet Gerekçesi'nde<sup>21</sup>, söz konusu düzenlemenin denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyet ile bağlantısını ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Bu düzenlemeyle denkleştirme tazminatı talebinin doğmasına engel olan bazı sebepler zikredilmek suretiyle, hakkaniyete uygunluk şartı kısmen somutlaştırmıştır<sup>22</sup>. Müvekkilin feshi haklı gösteren bir eylemi olmadığı hâlde acentenin acentelik sözleşmesini feshetmesi veya acentenin bir kusuru nedeniyle müvekkilin acentelik sözleşmesini feshettiği durumlarda, denkleştirme tazminatı talebinde bulunulmasının hakkaniyete uygun düşmediği kabul edilmiştir<sup>23</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüş olan hâller, Kanun'da tahdidî olarak sayılmamıştır. Başka bir ifadeyle Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüş olan bu iki hâl

<sup>20</sup> Kayıhan (n 1) 192; Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack and Carsten Schäfer, *Staub Großkommentar – Handelsgesetzbuch* (5th edn, De Gruyter 2008) §89b, Kn. 278.

<sup>21</sup> TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, 107.

<sup>22</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 388; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 180; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 92; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 59; Thomas Heidel and Alexander Schall, *Handelsgesetzbuch – Handkommentar* (3rd edn, Nomos 2020) §89b, Kn.44; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 52; Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 15; Oetker (n 15) §89b, Kn. 31; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 84; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 199, 203.

<sup>23</sup> Karasu (n 1) 305; Arkan (n 8) 403; Arkan (n 6) 245.

dışında da denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olmadığı başka hâller söz konusu olabilir. Örneğin Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Serbest Çalışan Ticarî Acentelere İlişkin Üye Devletlerin Hukuklarının Uyumlulaştırılmasına İlişkin 86/653 sayılı Direktifi'nin 18. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine paralel olarak Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının üç numaralı bendinde acentelik sözleşmesinin üçüncü bir kişiye devri konusunda acente ile müvekkilin anlaştığı durumlarda da acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Anılan AB direktifinde ayrıca acentenin sözleşmeyi feshettiği durumlara ilişkin olarak da mehzaz Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinden daha geniş bir düzenleme yapılmıştır. 86/653 sayılı Direktif'in 18. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca "acentenin sözleşmeyi feshi, müvekkile izafe edilebilecek bir nedenden veya yaşlılık, düşkünlük veya hastalık sebebiyle faaliyetine devam etmesi haklı olarak beklenemeyeceği için gerçekleşmemişse, Direktif'in 17. maddesinde öngörülmüş olan denkleştirme tazminatı veya tazminat talebinde bulunulamaz". Acentenin yaşlılığı, düşkünlüğü veya hastalığı müvekkile izafe edilemeyen sebepler olmasına rağmen, yapılan bu açık düzenlemeyle acentenin bu nedenlerden ötürü sözleşmeyi feshetmesi durumunda da denkleştirme tazminatı talebinde bulunabileceği öngörülerek, bu husus açıklığa kavuşturulmuştur<sup>24</sup>.

Acentenin haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi feshi ile müvekkilin haklı nedenle sözleşmeyi feshi, denkleştirme tazminatı talebini ortadan kaldıran özel hâller olarak Kanun'da açıkça düzenlendiğinden, bu hükümlerin dar yorumlanması gerekir<sup>25</sup>. Bu iki hâl dışında denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu durumlar, bu hususun Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında hakkaniyete uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.

<sup>24</sup> Acentenin yaşlılık veya hastalık gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmesi durumunda denkleştirme tazminatı talebine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Argun Karamanlioğlu, 'Acentenin Hastalık veya Yaşlılık Gerekçesiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu' (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 143 vd.

<sup>25</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 181; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 92; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 59; Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 44; Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 15; Oetker (n 15) §89b, Kn. 31; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 84; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 203.

## B. MÜVEKKİLİN FESHİ HAKLI GÖSTERECEK BİR EYLEMİ OLMADAN ACENTENİN SÖZLEŞMEYİ FESHETMESİ

Acentelik ilişkisini çekilemez hâle getiren sebepler mevcutsa, acentenin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle denkleştirme tazminatından mahrum kalması hakkaniyete uygun düşmez. Başka bir ifadeyle acentenin, denkleştirme tazminatını talep etme hakkını kaybedeceği endişesiyle kendisi için çekilmez hâle gelmiş sözleşmesel bir ilişkiyi devam ettirmesi beklenemez. Öte yandan acentelik sözleşmesi devam ederken, sözleşmenin feshini gerektiren bir sebep yokken, acentenin sözleşmeyi feshetmesinin ve ayrıca denkleştirme tazminatı talep edebilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesinden hareketle, Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasında bu yönde bir düzenleme öngörülmüştür<sup>26</sup>.

Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli olarak "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ifadesi kullanılmış ve acentenin sözleşmeyi teknik anlamda "haklı nedenle" feshetmesi aranmamıştır<sup>27</sup>. Acentenin sözleşmeyi sona erdirmesine sebep olan eylem bakımından müvekkilin kusurlu olması veya kusurunun haklı nedenle feshi gerektirecek kadar ağır olması gerekmemektedir. Somut olayda sözleşmenin feshine neden olan eylemler, objektif, makul ve hakkaniyete uygun düşünen bir kişi tarafından da sözleşmeyi çekilmez hâle getiren nitelikte kabul ediliyorsa, acente

<sup>26</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 389; Sevilay Uzunallı, 'Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması' (2019) 5 (1) Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi 115, 117; Ayan (n 1) 156; Güvenç (n 1) 159. Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olup olmadığına bakılmaksızın acentenin tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirdiği her durumda, diğer şartlarının varlığı hâlinde denkleştirme tazminatı ödenmelidir, zira denkleştirme tazminatı acentenin müvekkile bıraktığı müşteri çevresi için ödenmektedir (Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 16; Oetker (n 15) 32). Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir, zira Alman hukukunda doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere acente, haklı bir gerekçe olmaksızın tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirdiğinde yaşayacağı mali kayıpların ve müşteri çevresinin müvekkile kalacağına bilinciyle hareket etmektedir. Bunun da ötesinde anılan bu görüşün kabulü, sözleşme ilişkisinin kurulmasında ve devamında müvekkilin gözettiği haklı menfaatleri tamamen göz ardı etmektedir. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin tek taraflı olarak acente lehine bozulması, temelinde hakkaniyet düşüncesi yatan bir kurum bakımından kanaatimizce kabul edilebilir değildir.

<sup>27</sup> Kaya, Şerh (n 1) 249; Akın (n 1) 617; Kaya, Acentelik (n 1) 390; Kaya Cankat (n 1) 58; Yılmaz (n 1) 85.

sözleşmeyi feshettiği için denkleştirme tazminatı istem hakkını kaybetmez<sup>28</sup>. Bu noktada belirleyici unsur, müvekkilin eylemleri karşısında acentenin sözleşme ilişkisine devam etmesinin dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenip beklenemeyeceğidir<sup>29</sup>. Objektif olarak mevcut olmayan, acente tarafından varsayılan veya hatalı olarak var olduğu kabul edilen eylemler nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Müvekkilin feshi haklı gösterecek eyleminin somut ve objektif olarak mevcut olması gerekmektedir<sup>30</sup>. Fakat somut olayda müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olsa bile, acentenin uzun süre bu eylem(ler)e sessiz kalması, aradan uzunca bir süre geçtikten sonra bu eylem(ler)i ileri sürerek sözleşmeyi feshetmesi durumunda da dürüstlük kuralı gereğince denkleştirme tazminatı talep edemeyeceğinin kabulü gerekir<sup>31</sup>.

Müvekkilin eylemi kavramı geniş yorumlanmalıdır. Müvekkilin bir fiili veya ihmalinin yanı sıra ticarî davranışlarının sonucu olarak ortaya çıkan mali durum da bu kavramın kapsamına dahildir<sup>32</sup>. Kural olarak müvekkilin pek de önemsiz olmayan sözleşme ihlalleri veya sözleşmeye uygun olmakla birlikte acentenin kazanç fırsatlarını önemli derece olumsuz etkileyen diğer davranışları, acentenin faaliyetini önemli ölçüde güçleştiren önlemler alması, işletmesinde acentenin menfaat çatışması yaşamasına veya ekonomik olarak

<sup>28</sup> Kaya, Şerh (n 1) 249; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 571; Kayıhan (n 1) 186; Uzunallı (n 25) 122; Ayan (n 1) 156-157; Kaya Cankat (n 1) 58; Yılmaz (n 1) 85; Badak Aybar (n 1) 176; Yılmaz (n 6) 38.

<sup>29</sup> Ayan (n 1) 156; Kanışlı (n 1) 130; Karasu (n 1) 305; Yılmaz (n 6) 38; Mehmet Helvacı and Raziye Aksu, ‘Acentelik Sözleşmesinin Haklı Sebeple Sona Ermesinde Fesih Usulünün İncelenmesi’ (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 981, 988; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 100; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 56; Oetker (n 15) §89b, Kn. 35; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 207.

<sup>30</sup> Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 65; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 56; Oetker (n 15) §89b, Kn. 35.

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz Ayan (n 1) 157. “[...] Müvekkilin davranışının feshi haklı gösterecek bir sebep oluşturup oluşturmadığı sorusu değerlendirilirken (AlmTK m. 89b/3-1) müvekkilin bu davranışına acentenin ne kadar önem atfettiği de dikkate alınmalıdır. Acente, sözleşme devam ettiği sürece bu davranışa herhangi bir sonuç bağlamamış, fesihte bu davranışa dayanmamışsa ve müvekkilin bu davranışına yıllar sonra denkleştirme tazminatı talebine ilişkin hukukî uyumsuzlukta dayanmışsa, müvekkilin söz konusu davranışının feshi haklı kılacağı sonucuna varılması mümkün değildir [...]” BGH NJW-RR 1989, 862.

<sup>32</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 194; Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 45; Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 16a; Oetker (n 15) §89b, Kn. 35.

mahvına sebep olacak şekilde değişiklik yapması gibi davranışları “feshi haklı gösterecek eylemler” olarak nitelendirilebilir<sup>33</sup>. Örneğin müvekkil tarafından siparişlerin ayıplı olarak teslim edilmesi nedeniyle acentenin ücret gelirlerinde düşüş yaşanması “müvekkilin feshi haklı gösteren eylemi” kapsamında değerlendirilebilir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bir sözleşme döneminde toplam siparişlerin %16’sının, bir sonraki sözleşme döneminde ise siparişlerin %44’nün ayıplı olarak teslim edilmesini acentelik sözleşmesinin feshini haklı kılacağına hükmetmiştir<sup>34</sup>. Müvekkilin yaşadığı malî zorluklar nedeniyle üretimini önemli ölçüde azaltması nedeniyle acente, faaliyetini devam ettirmesi durumunda dahî kazanç sağlayamayacaksa, acentelik sözleşmesini feshetse bile denkleştirme tazminatı talebinde bulunabilir, zira üretimin düşüklüğü nedeniyle kazanç elde edecek oranda satış yapılamamasına müvekkilin sınırlı üretimi neden olmaktadır<sup>35</sup>. Müvekkilin, acentenin ücret ödemelerini sürekli olarak gecikmeli olarak yapması, acentenin hak kazandığı ücret miktarında şeffaf olmayan şekilde kesintiler yaparak ödemesi veya acentenin hak kazandığı ücreti hukuka aykırı şekilde ödememesi sözleşmenin acente tarafından feshedilmesini haklı kılar<sup>36</sup>.

Müvekkilin acentelik ilişkisini tek taraflı olarak çekilmez hâle getiren taleplerde bulunması da “feshi haklı gösterecek eylemler” kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, müvekkilin acenteye en yüksek çaba gösterilse bile ulaşılmaması gerçekçi olmayan bir ciro hedefi belirlemesi ve bu ciroya ulaşılamaması durumunda acentelik sözleşmesinin feshedileceğini ihtar etmesi<sup>37</sup>, müvekkilin acenteye karşı yersiz ithamlarda bulunması<sup>38</sup> veya talimat yetkisini acentenin bağımsızlığını kısıtlamak için kullanmaya çalışması durumunda acente sözleşmeyi feshetse bile denkleştirme tazminatı talep edebilir.

Alman hukukunda doktrinde, müvekkilin acenteden günlük veya haftalık olarak gerçekleştirdiği faaliyete ilişkin raporlama yapmasını talep etmesinin, “feshi haklı gösterecek eylem” olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 68.

<sup>34</sup> BGH WM 1986, 622.

<sup>35</sup> BGH NJW 1967, 2153.

<sup>36</sup> Akin (n 1) 617; Kaya, Acentelik (n 1) 390; Karasu (n 1) 305; Güvenç (n 1) 160; Badak Aybar (n 1) 176; Yılmaz (n 6) 38; Yılmaz (n 1) 86; Uzunallı (n 25) 112; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 212; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 89.

<sup>37</sup> OLG Nürnberg BB 1964, 866.

<sup>38</sup> OLG Karlsruhe VW 1973, 1017.

<sup>39</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 212. Acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu gözetildiğinde, ancak bir sonraki sezon için üretimin planlanması, talebin *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



Kanaatimizce peşinen günlük veya haftalık bilgi verilmesi talebinde bulunulmasının “müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi” olduğunun kabulü mümkün değildir. Acente bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Ancak acente Türk Ticaret Kanunu’nun 109. maddesinin birinci fıkrası uyarınca müvekkilin menfaatlerini korumakla yükümlü olup, ayrıca Kanun’un 110. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bölgesindeki piyasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları müvekkile zamanında bildirmekle zorunlu kılınmıştır. Kanun’da bilgilendirme yükümlülüğü bakımından belirli bir şekil veya zaman dilimi öngörülmemiştir. Dolayısıyla “zamanında” kavramını taraflar, sözleşmeyle diledikleri gibi somutlaştırabilirler. Müvekkilin bilgilendirilme hakkı kapsamında acenteden rapor talep etmesi, somut olayın şartları gözetildiğinde acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olma niteliğini zedeledikçe ve faaliyetini yerine getirmesine engel olmadığı ölçüde makul kabul edilmelidir<sup>40</sup>. Dolayısıyla müvekkilin günlük veya haftalık raporlama yapılmasını talep etmesi, kural olarak “feshi haklı gösterecek bir eylem” olarak kabul edilmemelidir.

Daha istisnaî olarak müvekkilin, taraflar arasındaki güven ilişkisini önemli oranda zedeleyecek davranışlarda bulunması da feshi haklı gösterebilir<sup>41</sup>.

---

olağanın dışında düşmesi vs gibi müvekkilin haklı bir gerekçesi olması durumunda haftalık veya günlük rapor talep edebileceği yönünde bkz Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §86, Kn. 52; Oetker (n 15) §86, Kn. 38; Heidel and Schall (n 22) §86, Kn. 29.

<sup>40</sup> Bu hususta karşı. Kaya, Acentelik (n 1) 159-160.

<sup>41</sup> Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin 14.11.1963 tarihli ve 8 U 101/63 sayılı kararı, acente ile müvekkil arasındaki güven ilişkisine dair ilginç değerlendirmeler içermektedir. Karara konu olayda davacı acente, müvekkilin yönetim kurulu üyesi X ile eşi arasında 1951-1957 yıllarında evlilik dışı bir ilişki yaşandığını, bunu 1961 sonbaharında öğrendiğini, kendi faaliyetiyle ilgili olarak davalı anonim ortaklıkta doğrudan X ve X’in gözetimindeki çalışanlarla muhatap olmak zorunda olduğundan ötürü X yönetim kurulu üyeliğinden azledilmedikçe davalı müvekkille ticari ilişkisini devam ettirmesinin mümkün olmadığını belirtmesine rağmen X yönetim kurulu üyeliğinden azledilmediğinden, davacı acente acentelik sözleşmesini feshederek denkleştirme tazminatı talebinde bulunmuştur. Davalı anonim ortaklık ise yönetim kurulu üyesi X’in özel hayatına ilişkin hususların tüzel kişi olarak anonim ortaklığa atfedilemeyeceğini, ayrıca davacı acenteye bundan sonra X yerine yönetim kurulu üyesi Y ile faaliyetini devam ettirmesi imkânı sunulduğunu, acentenin X ile hiçbir şekilde muhatap edilmeyeceğinin de belirtildiği, dolayısıyla “müvekkilin feshi haklı gösterecek” bir eyleminin söz konusu olmadığını bahisle denkleştirme tazminatı talebinin doğmadığını savunmuştur. “[...] Müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi, yönetim kurulu üyesi X’in davacının eşiyle zina ilişkisi içinde olması değildir. Bu gönül ilişkisi, devam ettiği süre içerisinde sadece X’in özel hayatını ilgilendirmiştir. Bir yönetim kurulu üyesinin

*YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)*

Örneğin sözleşme devam ederken müvekkilin başka bir acente arayışına girmesi, bu kapsamda değerlendirilebilir. Müvekkilin, acente ile arasındaki acentelik sözleşmesi dışında bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmesi de feshi haklı gösterebilir<sup>42</sup>.

Müvekkil sözleşmeye uygun hareket etmiş ve acente için sözleşmeyi çekilmez hâle getiren durum müvekkile isnat edilebilecek nitelikte değilse<sup>43</sup>, kural olarak müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eyleminden de bahsedilemez. Acente, kendi kararlarının malî sonuçlarına kendisi katlanmalıdır. Örneğin, acentenin daha düşük bir ücret karşılığında

tamamen özel hayatında (mahrem alanında) gerçekleşen eylemlerin, anonim ortaklığın eylemi olarak görülmesi mümkün değildir.... Ancak X'in zina ilişkisi, doğrudan acente ile davalı arasındaki acentelik ilişkisini etkilediği ve sonuçlarını davalının yönetimine ilişkin alanda doğurduğu oranda davalı anonim ortaklığa atfedilmelidir....Gönül ilişkisinin ortaya çıkması, X ile davacı arasındaki ilişkinin tamamen bozulmasına sebep olmuştur. Bu durum sadece X'in özel hayatına değil, davalı şirketin yönetim kurulu üyesi olarak görevlerine de sirayet etmiştir. Davacı ile davalı arasındaki acentelik ilişkisinde ortaya çıkan bu gerilim, X yönetim kurulu üyeliğine devam ettiği sürece taraflar arasında güvene dayalı, başarılı bir iş birliğinin uzun vadede gerçekleşmesini imkânsız hâle getirmiştir. Davacı acentenin, davalı ile olan ticari faaliyetiyle ilgili meselelerin, dışarıdan gelen ve kendisi için dezavantajlı olabilecek unsurlardan etkilenmeden halledilemeyeceğine ilişkin çekincesi haklıdır. Davalı şirket tarafından davacıya, işlerinin yönetim kurulundaki iç işleyişe dair değişiklik sonucunda artık yönetim kurulu üyesi X yerine yönetim kurulu üyesi Y tarafından yürütüleceği söylenmiş ve şirket içi organizasyona ilişkin bu değişiklikler davacıyla paylaşılarak, gelecekte davacının ticari faaliyeti kapsamında X ile hiçbir şekilde karşılaşmayacağına ilişkin güvenilir şekilde teminat verilmiş de olsa davacının çekincesi fiilen ve hukuken geçerlidir. Acentenin aracılık ettiği işler, kapsam ve tür olarak en azından bazı durumlarda bu işe ilişkin alınacak kararların tüm yönetim kurulunun dahil olmasıyla alınmasını zorunlu kılacak niteliktedir... Davacı acente, her halükârda X'in Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 70'den doğan yükümlülüğünü yerine getirmek adına davacının da getirdiği işler dahil tüm işlerle ilgili kararlar üzerinde etkili olmaya devam edeceğini varsaymakta haklıdır... Bu koşullar altında taraflar arasındaki acentelik ilişkisinde başarılı bir iş birliğinin garanti edilemeyeceğinin ve hatta şüpheli hale geldiğinin kabulü gerekir [...]" (NJW, 1964, (1963) 1964)

<sup>42</sup> “[...] Aracılık faaliyetinin kolaylaştırılması için acente ile müvekkil arasında ücret karşılığında bir çevirim içi portal kurulmuşsa, müvekkilin sebepsiz yere acentenin portala girişini engellemesi Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca haklı bir fesih nedeni teşkil eder [...]” OLG München ZVertriebsR 2017, 199.

<sup>43</sup> Alman yargı kararlarında müvekkilin, acente açısından menfaat çatışması yaşamasına neden olacak şekilde ürün yelpazesini genişletmesi, acentenin ücretinden haksız kesintiler yapması, haksız yere acentenin faaliyet gösterdiği bölgenin daraltılması veya müvekkilin esas tedarikçilerinden birisiyle ilişkisinin sona ermesi gibi hâller “müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi” olarak kabul edilmiştir. Bu hususta bkz Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 100.1; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 58.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

sözleşmeyi yenilemesi, müvekkilin kendi inisiyatifiyle ödediği işletme maliyeti desteğini kesmesi<sup>44</sup>, kendine ait bir taşınmazda acenteye rayiç kiralara göre daha uygun bir kira teklif etmemesi<sup>45</sup> veya acentenin kendi gelirini arttırabilmesi için rakipleri için faaliyet göstermesine izin vermemesi gibi hususlar nedeniyle acente sözleşmeyi feshederse, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca denkleştirme tazminatı talep edemez.

### **C. ACENTENİN KUSURU NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN MÜVEKKİL TARAFINDAN FESHEDİLMİŞ OLMASI**

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrasına göre müvekkil sözleşmeyi acentenin kusuru nedeniyle feshederse, acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Kişinin kendi kusurlu davranışından hak elde edemeyeceği ilkesi gereğince Kanun'da acentenin kendi kusuruna dayalı bir haklı sebep nedeniyle acentelik sözleşmesi feshedildiğinde, denkleştirme tazminatı talebinde bulunulamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama alanı bakımından önem arz eden husus, haklı fesih sebebinin acentenin kusuruna dayanmasıdır. Acentenin icraî veya ihmali bir davranışı nedeniyle acentelik sözleşmesi müvekkil için çekilmez hâle geldiğinden feshedilmişse, acente denkleştirme tazminatı talebinde bulunamaz<sup>46</sup>. Ancak haklı fesih nedeni müvekkil tarafından öğrenildikten

<sup>44</sup> “[...] Müvekkilin, yasal selefinin yaptığı şekilde -zarar eden- benzin istasyonunun faaliyetine cömertçe malî destekte bulunmaması, acentenin feshi bakımından “feshi haklı gösterecek eylem” olarak değerlendirilemez. Zira Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendi, acentenin ticari faaliyetinin riskini tek taraflı olarak müvekkile devredilmesini amacına hizmet etmez [...]” OLG Köln DB 2007, 517.

<sup>45</sup> “[...] Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendi, acentenin kendi ticari riskini tek taraflı olarak müvekkile devretmesine olanak sağlamaz. Acentenin yeterli kâr elde etmesini sağlamak amacıyla benzin istasyonunun kirasında bir indirim teklif edilmemesi, acentenin sözleşmeyi feshetmesi için haklı bir neden teşkil etmez [...]” OLG München EWIR 2017, 337.

<sup>46</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 392; Güvenç (n 1) 161; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 227; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 210; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn.81. *Badak Aybar*'a göre “acentenin kusurlu davranışı” sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasten veya ihmali ile yerine getirmediği hâllerdir (*Badak Aybar* (n 1) 179). Kanaatimizce kusurlu davranış, sözleşmeyle üstlenilen yükümlülüklerin ihlâlını kapsamakla birlikte sadece bununla sınırlı değildir.

sonra sözleşmenin uzun süre feshedilmemesi, söz konusu sebebin somut olayda gerçekten “haklı sebep” teşkil edip etmediği hususunda şüphenin doğmasına neden olabilir<sup>47</sup>. Kural olarak kusurlu davranışın acenteye ait olması gerekir. Başka bir ifadeyle acentenin ifa yardımcılarının kusuruna dayalı olarak sözleşmenin feshedilmesi durumunda da acente denkleştirme tazminatı talep edebilir. Fakat acente, kusurlu davranışlarda bulunan ifa yardımcıları bakımından denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemişse, Kanun’un 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca denkleştirme tazminatı talep etme hakkını kaybeder<sup>48</sup>.

Doktrinde acentenin müvekkile hakaret etmesi veya rekabet yasağını ihlâl etmesi gibi durumların acentenin kusurlu davranışına örnek teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Yargıtay da bir kararında, acentenin müvekkil adına tahsil ettiği sigorta primlerini zamanında müvekkile ödememesi ve ayrıca yeni müşteri şikâyetlerine neden olmasını haklı fesih nedeni olarak değerlendirmiştir<sup>50</sup>. Acentenin müşterinin imzasını taklit etmek suretiyle

<sup>47</sup> “[...] İstinaf Mahkemesi’nin tespitlerine göre davacı, Ocak 1974’ten bu yana acentenin rakip bir firmanın acenteliğini de üstlendiğini ve Kasım 1976’dan beri davalı acentenin portföyünde azalma olduğunu bilmektedir. Bununla birlikte davacı, bu hususları ancak 1978 yılında acentenin diğer rakibinin acenteliğini bırakması için ileri sürmüş ve sonunda Mayıs 1979’da sözleşmeyi sonlandırmıştır. Bu kadar süre beklemiş olması, davacının kendisinin davalının bu davranışlarının taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini bir beş ay daha devam ettiremeyecek kadar çekilmez hâle getiren bir sözleşme ihlâli olarak değerlendirmediyi ortaya koymaktadır. Fesih nedeninin ortaya çıkmasından sonra sözleşmeyi fesheden kişinin davranışı, fesih için haklı bir nedenin olup olmadığının değerlendirilmesinde özel bir göstergedir [...]” BGH VersR 1985 692.

<sup>48</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 393; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 95; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 229; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 212; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 113; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 81.

<sup>49</sup> Kaya, Şerh (n 1) 249; Kaya, Acentelik (n 1) 392; Karasu (n 1) 306; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 572; Kaya Cankat (n 1) 59; Yılmaz (n 1) 91.

<sup>50</sup> “[...] Yukarıda verilen bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde, taraflar arasında 23.07.2002 tarihinde acentelik sözleşmesi imzalandığı, 2004 yılının Haziran ile Eylül ayları arasında davacı tarafından tahsil edilen toplam 125.000,00TL primin davalı tarafa intikal ettirilmediği, bu nedenle davacı tarafın söz konusu meblağın ödenmesine ilişkin davalıya taahhütname verdiği, davalı tarafın da bu taahhütnameyi kabul ederek acentelik sözleşmesini sürdürdüğü, bu şekilde taahhütnameye konu işlemlere icazet verdiği görülmekte ise de, davacının taahhütnameden sonra da davalı müvekkilinin itibarını sarsan hareketlere devam ettiği dosya kapsamında bulunan şikâyet dilekçesi ile anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca; davacının 05.10.2004 tarihli taahhütname ile kendisine sunulan imkândan yararlanması ve Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak tüm hatalı işlem ve eylemlerine son vermesi gerekirken, bunun aksine yeni müşteri şikâyetine sebebiyet verdiği gözetildiğinde, davacının kendi kusuruyla sözleşmenin feshine

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

belgede sahtecilik yapması da müvekkil tarafından yapılan feshi haklı kılar<sup>51</sup>. Alman doktrininde acentenin, rakip bir faaliyette bulunan akrabasıyla birlikte aynı ofis içerisinde çalıştığını müvekkile bildirmemesinin, müvekkilin güvenini sarsabilecek nitelikte olduğu, bu sebepten ötürü taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması durumunda müvekkilin haklı nedenle sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Acentelik sözleşmesinde acentenin üçüncü kişilerle de çalışabilmesi için müvekkilden izin alması gerektiğine ilişkin bir şart öngörülmüşse, bu izni almaksızın üçüncü kişilerle acentelik ilişkisi kurması da müvekkilin feshi açısından acentenin kusuruna dayanan haklı bir sebep teşkil eder<sup>53</sup>. Yargıtay, genel hasar-prim oranları karlılıktan uzak olan acentenin portföyündeki zararlı poliçeleri temizlememesi durumunda acentelik ilişkisinin sona erdirileceğinin ihtar edilmesi üzerine, acentenin motivasyonunun bozulduğu ve müvekkilden acentelik sözleşmesini feshetmesini talep ettiği bir olayda, müvekkilin sözleşmeyi haklı sebebe dayanarak feshettiğinin kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir<sup>54</sup>.

neden olduğunun ve davalının sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğinin kabulü gerekir [...]” Yargıtay HGK, E 2017/11-116 K 2018/1794, 27.11.2018 (Kazancı). Aynı yönde bkz Yargıtay 11. HD, E 2016/2220 K 2017/4433, 18.09.2017 (Lexpera).

<sup>51</sup> OLG München VersR 2004, 470.

<sup>52</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 232; Wolfram Küstner and Karl-Heinz Thume, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2: Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter* (8th edn, R&W 2008) Kn. 232.

<sup>53</sup> OLG Bamberg BB 1979, 1000. Aynı yönde bkz OLG Nürnberg BB 1963, 203.

<sup>54</sup> “[...] Dava, portföy tazminatının tahsili istemine ilişkin olup, taraflar arasındaki temel uyuşmazlık davalı tarafından yapılan feshin haklı olup olmadığı, bu bağlamda davacının portföy tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece, yazılı gerekçe ile davalı tarafından yapılan fes haksız olduğu sonucuna varılarak yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa, 01.04.2011 tarihli davalı şirketin davacı acenteye göndermiş olduğu ihtarında, 2008-2009-2010 yılı genel hasar/prim oranlarının kar etmekten uzak bir görüntü sergilediğini, 2011 yılı Haziran sonuna kadar portföyündeki zararlı poliçeleri temizlememesini, aksi halde ticari partnerliğin sona erdirileceği belirtilerek uyarılmış, 16.12.2011 tarihli davacı acente tarafından davacıya gönderilen ihtarnamede ise, 01.04.2011 tarihli ihtarın ve sözlü uyarıların şirketin çalışma motivasyonunu etkilediğini belirterek acentelik sözleşmesinin 31.12.2011 tarihi itibarıyla son erdirilmesinin talep etmiş, davalı şirket ise davacının bu istemi üzerine taraflar arasındaki acentelik sözleşmesini fesh etmiş olduğu hususları dosya kapsamı ile sabittir. Bu bağlamda davalı şirketin hasar prim dengesine ilişkin davacıya göndermiş olduğu ihtarnamenin veya uyarının kar amacı olan davalı şirket açısından ticari yaşamın gereği olarak çekilmiş olması karşısında, davacı şirketin salt bu ihtarnameden veya uyarılardan dolayı çalışma motivasyonunun bozulması, buna bağlı olarak lehine olan yasal düzenlemeleri bile gözardı ederek, davalıdan sözleşmenin feshini istemesi, davalının sözleşmeyi istem doğrultusunda fesh etmesi karşısında, kabulün aksine artık

Performans düşüklüğü, tek başına haklı sebep teşkil etmez. Zira portföy azalması, piyasa şartları başta olmak üzere pek çok dış etkene de bağlıdır. Portföy azalması ancak acentenin kusurundan kaynaklanıyorsa, haklı nedenle fesih söz konusu olabilir<sup>55</sup>. Müvekkilin performans düşüklüğü bakımından acenteler arasında ayırım yapması, düşük performans gösteren bazı acentelerle sözleşme ilişkisine devam ederken, sadece bir veya birkaç düşük performans gösteren acenteye olan sözleşmelerini feshetmesi durumunda,

davalının feshinin haksız olduğunun kabulü olanaklı değildir. Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davalı şirketin feshinin ilkesel olarak haksız olmadığı kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken yanlış ilkeye ve yanılığlı değerlendirmeye dayalı isabetli olmayan yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğr görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir [...]” Yargıtay 11. HD, E 2015/7412 K 2016/3523, 31.03.2016 (Lexpera).

<sup>55</sup> “[...] Davalı vekili, müvekkil şirketçe acentelik sözleşmesi, kanundan doğan kanuni hak ve Acente Sözleşmesinden doğan sözleşmesel hak kapsamında 3 aylık ihbar mehiline uyularak Ace Sözleşmesinin 11. maddesine dayanılarak haklı nedenle fesih edilmiş olduğunu, davacı acente gibi 2009 yılında şirket ile çalışmaya başlayan ve aynı ilçede faaliyet gösteren acentelerin 2010, 2011 ve 2012 yılı prim üretimlerine bakıldığında davacı acentenin ortalamasının çok altında seyrettiği gerçeği sabit olduğunu, acente müşterilerine ticari itibarı zedeleyici yazılar gönderildiğine ilişkin iddiaların gerçek dışı olduğunu, bir an için davacı şirketin portföy tazminat talep hakkı olduğu düşünülse dahi davacının müvekkil şirkete kazandırdığı müşterilerin biten sigorta sözleşmelerini yenilemeye devam ettirdiklerini ve söz konusu müşterileri davacının kendi çabası ile kazandırdığını ispat etmek zorunda olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, acentelik sözleşmesinin 11. maddesinde portföy geliştirme fesih sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte davacı acentenin yıllar itibarıyla prim üretimi artmış olup, 2 yıl içerisinde 72.740,00 TL'den 154.942,00 TL'ye ulaştığı, ayrıca portföyün verimli olmamasının fesih için gerekçe gösterildiği durumlarda acentenin kendi kusuru sözleşmenin feshine neden olması kapsamında değerlendirme yapılarak, acentenin tazminat hakkının da sona erdiğinin kabulünün hakkaniyete uygun düşmediği, bu itibarla davalı ... şirketinin Acentelik Sözleşmesi feshinin haklı nedene dayanmadığı, 6102 sayılı TTK'nın 122. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, acentenin son 5 yıllık portföyünde aldığı yıllık komisyon ortalamasının dikkate alınması suretiyle netleştirme tazminatının hesaplanması gerektiği, buna göre hesaplanan tazminatın 14.062,04 TL olduğu, hakkaniyet gereği bu miktarın tazmini gerektiği, sözleşmenin tek taraflı feshedilmiş olması her durumda karşı taraf için manevi tazminat takdirini gerektiren bir durum olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminata ilişkin talebin ise reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir [...]” Yargıtay 11. HD, E 2015/11288 K 2016/6794, 17.06.2016 (Lexpera). Alman hukukunda aynı yönde bkz Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 232.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

performans düşüklüğünün haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>56</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca acentenin denkleştirme tazminatı talep etme hakkının doğmaması için sözleşmenin müvekkil tarafından feshedilmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle müvekkilin, acentenin kusurundan kaynaklanan haklı bir sebep nedeniyle feshedebileceğini bilmesi, ancak (henüz) fesih beyanında bulunmamış olması yeterli değildir. Türk hukukunda doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, müvekkil sözleşmeyi feshetmeden önce acentelik sözleşmesinin (örneğin acentenin ölmesi gibi) başka bir sebeple sona ermesi durumunda acente (veya acentenin ölümü halinde mirasçıları) kural olarak denkleştirme tazminatı talep edebilir<sup>57</sup>. Ancak acentelik sözleşmesinin müvekkilin haklı nedene dayalı feshi dışındaki bir sebepten dolayı sona ermesi, haklı sebebin varlığının hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Her ne kadar bu gibi durumlarda Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca denkleştirme tazminatı talebinin doğmamasından bahsedilemese de, denkleştirme tazminatı talebinde bulunulması durumunda haklı sebep, hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi kapsamında dikkate alınır<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> [...] Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; acentelik sözleşmesinin feshinde portföy azalmasının haklı neden olamayacağı, davalı ... şirketinin bazı acentelerinin de aynı şekilde düşüş yaşamasına rağmen davalı tarafından aralarındaki ilişkinin sonlandırılmadığı, bu sebeple haklı feshin olmadığı ... gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir [...]” Yargıtay 11. HD, E 2015/14094 K 2017/2215, 18.04.2017 (Kazancı).

<sup>57</sup> Kaya, Şerh (n 1) 250; Karasu (n 1) 307; Ayan (n 1) 161; Kaya Cankat (n 1) 59-60; Badak Aybar (n 1) 179-180.

<sup>58</sup> Ayan (n 1) 161; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 230; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 98; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 205; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 106; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 80; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 66; Oetker (n 15) §89b, Kn. 39. *Karasu* ise sözleşmenin haklı nedenle müvekkil tarafından feshi dışında başka bir nedenle sona erdiği hâllerde, müvekkilin haklı sebebe dayanarak denkleştirme miktarında indirim talep edebileceğini ifade etmiştir (Karasu (n 1) 307). Kanaatimizce somut olayda acentenin kusurlu davranışının niteliği, ağırlığı, taraflar arasındaki sözleşmenin süresi gibi hususlar dikkate alınarak öncelikli olarak denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygunluğu (TTK m. 122/1-c) bakımından yapılacak değerlendirme sonucunda, haklı nedenin varlığına rağmen denkleştirme tazminatı talep

Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, acentenin denkleştirme tazminatı talebinden mahrum olduğu hâller sadece sözleşmenin müvekkil tarafından acentenin kusurundan kaynaklanan haklı bir nedene dayanarak sözleşmeyi sona erdirmesiyle sınırlı olarak görülmemelidir<sup>59</sup>. Bu görüşe göre müvekkilin acentenin kusurundan doğan haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmesiyle eşdeğer durumlarda da acentenin denkleştirme tazminatı talep etme hakkı olmadığını kabul etmek gerekmektedir. Zira bu görüşü savunan yazarlar, sözleşmenin müvekkil tarafından haklı bir sebebe dayanarak feshedilmesinin, acentenin ileride başka müvekkiller için çalışma ihtimalini olumsuz etkileyeceğini, dolayısıyla tarafların anlaşarak acentelik sözleşmesini ikale sözleşmesiyle sona erdirmelerinin acentenin ileriki ticarî hayatı bakımından daha olumlu sonuçları olduğunu belirtmektedirler. Aksinin kabulü durumunda, denkleştirme tazminatı talebine maruz kalmaktan endişe eden müvekkilin, acente için daha avantajlı olan ikale sözleşmesine yanaşmayacağını ve her halükârda sözleşmeyi haklı nedene dayalı olarak feshedeceğini, bunun da aslında acente için daha olumsuz sonuçlar doğuracağını savunmaktadırlar. Kanaatimizce Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası, denkleştirme tazminatı talep edilemeyen istisnaî halleri düzenlediğinden dar yorumlanmalıdır. Alman hukukunda doktrindeki bu yorum tarzı, hükmün *ratio legis*ine uygundur. Fakat aynı sonuca varmak için bu yorum tarzının kabulü zorunlu değildir. Zira denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olması, bu talebin kanunî şartlarından birisidir. Acentenin kusurundan kaynaklanan haklı bir sebebin varlığı durumunda taraflar, acentelik ilişkisini ikale sözleşmesiyle sonlandırmalarına rağmen acente daha sonra denkleştirme tazminatı talebinde bulunursa, haklı fesih nedeni, öncelikle talebin hakkaniyete uygunluğu kapsamında değerlendirilecektir. Haklı fesih nedeninin varlığından ötürü denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete aykırı olduğu sonucuna varılırsa, zaten denkleştirme tazminatı ödenmez. Haklı fesih nedenine rağmen denkleştirme tazminatı ödenmesinin çok istisnaî olarak hakkaniyete uygun olduğu sonucuna varılırsa ve dolayısıyla haklı fesih sebebi sadece tazminat bedelinin belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınacak ise, Alman hukukunda doktrindeki görüşün kabulü, acentenin denkleştirme

edilmesinin hakkaniyete uygun olduğu sonucuna varılırsa, bu hususun ayrıca tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınması söz konusu olabilir.

<sup>59</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 207; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 80; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 64; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 96. Aksi yönde bkz Oetker (n 15) §89b, Kn. 40; Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 17.



tazminatı talebini baştan itibaren kaybetmesine yol açacağından, acentenin aleyhine bir sonuç doğurmuş olur. Bu da kurumun amacına aykırı düşer.

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası nisbî emredici nitelikte bir hüküm olduğundan, acentelik sözleşmesinde acentenin kusurundan doğan haklı bir sebebe istinaden sözleşme müvekkil tarafından feshedilse bile acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunabileceği kararlaştırılabilir<sup>60</sup>. Ancak acentelik sözleşmesinde acente lehine bu yönde bir düzenleme öngörölmüş olması, acentenin feshe neden olan kusurlu davranışının tazminat talebinin hakkaniyete uygunluğu kapsamında dikkate alınmayacağı anlamına gelmez.

## **D. KANUN'DA DÜZENLENMEMİŞ OLMAKLA BİRLİKTE HAKKANİYETE UYGUN OLMADIĞI İÇİN DENKLEŞTİRME TAZMİNATININ ÖDENMESİ GEREKMEYEN DİĞER HÂLLER**

### **1. Sözleşmenin Devri**

Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (3) numaralı bendinde müvekkil ile acentenin sözleşmenin devri veya üçüncü bir kişinin acente yerine sözleşmeye katılması hususunda anlaşmışlarsa, acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 86/653 sayılı Direktifi'nin 18. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde de yer almaktadır. Alman hukukunda ayrıca sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmaların, acentelik sözleşmesi sona ermeden yapılmayacağı öngörölmüştür. Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin Hükümet Gereğesi'nde, 86/653 sayılı Direktif'te yer almayan bu düzenlemenin amacının acentenin ancak karşılığını alarak sözleşmeyi devretmesini sağlamak olduğu, müvekkiller tarafından kullanılan tip acentelik sözleşmelerine konulabilecek, ileride sözleşmenin müvekkilin göstereceği üçüncü bir kişiye devrine acentenin (henüz sözleşmenin başında) onay verdiğiine ilişkin genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerini geçersiz kılarak, sözleşmenin devrinde denkleştirme tazminatı ödenmeyeceğine ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (3) numaralı bendinin müvekkil tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesi olduğu ifade edilmiştir<sup>61</sup>. Ancak Alman

<sup>60</sup> Kayıhan (n 1) 186; Arkan (n 6) 246; Ayan (n 1) 156.

<sup>61</sup> RegE BT-Drucks., 11/3077, 9.

hukukunda doktrinde, söz konusu hükmün lafzı ağır biçimde eleştirilmiştir<sup>62</sup>. Zira lafzen bakıldığında Kanun'da öngörülen bu şart nedeniyle söz konusu hükmün, ancak sözleşmenin devri ile eski acenteye olan sözleşmenin sona ermesinin aynı anda gerçekleştiği durumlarda uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>63</sup>. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmada taraflar, sözleşme ilişkisinin devredildiği anda önceki acente ile olan sözleşmenin de sona ereceğinin kararlaştırılmalıdır. Aksi hâlde denkleştirme tazminatından önceden vazgeçilemeyeceği de gözetildiğinde, acentenin denkleştirme tazminatı talep etme hakkının devam ettiğinin kabulü gerekir ve Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (3) numaralı bendi uyarınca bu talep hakkının doğmadığından bahsedilemez.

Alman hukukunda doktrinde, Kanun'da "sözleşme sona ermeden önce" ifadesinin konulmasının, hükmün uygulama alanını amacını aşar şekilde daralttığı ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Zira sözleşmenin devrinde taraflar, kural olarak devir öncesinde bazı iş ve işlemleri halledebilmek adına anlaşma sağlandıktan sonra, sözleşmenin daha ileri bir tarihte devredilmiş sayılacağını kararlaştırırlar.

Türk hukukunda doktrinindeki baskın görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da hakkaniyet gibi genel ilke ve hükümler uyarınca Türk hukukunda da sözleşmenin devri konusunda tarafların anlaşması durumunda acente kural olarak denkleştirme tazminatı talep edememelidir<sup>65</sup>. Zira sözleşmenin devri, kural olarak bir menfaat karşılığında gerçekleşir. Acentenin hem sözleşmenin devri için bir menfaat elde etmesi hem de müvekkilden denkleştirme tazminatı talebinde bulunması hakkaniyet uygun olmaz. Ancak sözleşme hiçbir bedel alınmadan

<sup>62</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 222; Karl-Heinz Thume, 'Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht', (2009) 20 Betriebsberater 1026, 1030; Jürgen Enthaler and Cord Würmann, 'Auswirkungen des § 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB bei der Veräußerung des Unternehmens eines Handelsvertreters', (2008) 6 Betriebsberater 230, 232; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 86; Lorenz H. Kiene, 'Der Verkauf einer Handelsvertretung - Rechtliche Besonderheiten bei der Nachfolge im Wege des § 89b III Nr. 3 HGB', (2006) 28 Neue Juristische Wochenschrift 2007; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 117.

<sup>63</sup> Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 91; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 222; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 68; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 242; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 99.

<sup>64</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 222; Thume (n 62) 1030.

<sup>65</sup> Kaya, Şerh (n 1) 251; Kaya, Acentelik (n 1) 395; Ayan (n 1) 164; Karasu (n 1) 308; Şahin (n 1) 2538; Koç (n 1) 80; Kanişlı (n 1) 133; Kaya Cankat (n 1) 63; Güvenç (n 1) 163-164; Yılmaz (n 1) 103.

devredilirse, çifte menfaat elde edilmesi söz konusu olmayacağından, denkleştirme tazminatının hakkaniyete dayalı olduğu da gözetilerek acentenin bu gibi durumlarda denkleştirme tazminatı talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göreyse, sözleşmenin devrinde acentenin elde ettiği menfaatin denkleştirme talebini de içerdiği şeklinde bir karinenin kabulü mümkün değildir<sup>67</sup>. Bu görüşe göre devir sözleşmesinde, acentenin elde ettiği menfaatin denkleştirme tazminatını da kapsadığı açık bir şekilde belirtilmemişse, kural olarak acentenin denkleştirme talep etme hakkını koruduğunun kabulü gerekecektir. Aksi hâlde hakkaniyet gereği acentenin çifte menfaat elde etmesi engellenmeye çalışılırken, acente denkleştirme tazminatı talebinden tamamen mahrum bırakılmış olur.

Sözleşmenin devri kapsamında acentelik sözleşmesinin içeriğinde değişiklik yapılarak acentelik ilişkisine devam edilmesi mümkündür<sup>68</sup>. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin devri sadece sözleşmenin içeriğinde hiçbir değişiklik yapılmadığı hâllerde söz konusu olmaz. Ancak doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, yapılan değişikliklerin esaslı olmaması ve bir bütün olarak incelendiğinde, eski sözleşmenin devam ettiğinin açık olması gerekir. Aksi hâlde eski acente ile yapılmış olan sözleşmenin sona erdirildiği ve yeni acenteye yeni bir sözleşme akdedildiğinden bahsedilebilir.

Türk hukukunda doktrinde, Alman hukukuna paralel olarak, acentelik sözleşmesinin devrinin sözleşme sona ermeden yapılamayacağı kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Kanaatimizce “sözleşme sona ermeden” ifadesi, Alman hukukunda olduğu gibi eski acentenin, sözleşmenin devredilmesi nedeniyle geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı sıfatını kaybetmesi olarak anlaşılmalıdır. Zira sözleşmenin devrinden bahsedilebilmesi için borç ilişkisinin sona ermiş olmaması gerekir<sup>70</sup>. Başka bir ifadeyle geniş anlamda borcun sona ermesiyle borç ilişkisi ortadan kalkar ve devri kabil bir borç ilişkisinin varlığından bahsedilemez. Hukukumuzda sözleşmenin devri kurumu, hüküm ve sonuçları

<sup>66</sup> Kaya, Şerh (n 1) 251; Kaya, Acentelik (n 1) 395, dn. 359; Karasu (n 1) 308; Kanışlı (n 1) 133; Yılmaz (n 1) 103.

<sup>67</sup> Akın (n 1) 619.

<sup>68</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 396; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 242; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 118; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 89; Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 54; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 217; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 99.

<sup>69</sup> Kaya, Şerh (n 1) 251; Karasu (n 1) 308; Kaya, Acentelik (n 1) 396.

<sup>70</sup> Hasan Ayrancı, *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)* (Yetkin 2003) 92; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan 2022) 1064.

itibariyle Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (3) numaralı bendindeki sözleşmenin sona ermesi koşulunu doğrudan sağlamaktadır. Sözleşmenin devriyle eski acente açısından sözleşme ilişkisi sona erer ve acentenin hak ve borçları sözleşmeyi devralan yeni acenteye devredilmiş olur. Sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan açısından sadece sözleşmenin tarafı değişmektedir. Devreden, taraf sıfatını kaybeder ve taraf sıfatının kaybına bağlı olarak devreden malvarlığının aktifi etkilendiğinden devreden açısından sözleşmenin devri bir tasarruf işlemidir<sup>71</sup>. Devir sözleşmesiyle birlikte devralan ise taraf sıfatını kazanır, devir sözleşmesinin kurulması edindiği haklar bakımından bir kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar bakımındansa bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir<sup>72</sup>. Sözleşmede kalan taraf bakımındansa, taraf sıfatı değişikliği dışında geniş anlamda borç ilişkisinde bir değişiklik meydana gelmez.

## 2. Acentenin İflâsı, Konkordato İlan Etmesi veya Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunması

### a. Acentenin İflâsı

Türk Ticaret Kanunu'nun 121. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca acentenin iflâsı, acentelik sözleşmesini sona erdirir. Tarafların acentelik sözleşmesinde, acentenin iflâsının acentelik sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmeyeceğini kararlaştırmaları mümkün değildir<sup>73</sup>.

Acentenin iflâs etmesi nedeniyle acentelik sözleşmesinin sona erdiği durumlarda acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda Kanun'da açık bir düzenleme yapılmamıştır. Alman hukukunda acentenin iflâsı, acentelik sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle Alman hukukunda doktrinde, acentenin iflâs etmesi nedeniyle acentelik sözleşmesinin müvekkil tarafından feshedilmesi durumunda acentenin denkleştirme tazminatı talebi Alman

<sup>71</sup> M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II* (16. Bası, Vedat 2021) 650; Andreas Furrer, Markus Muller-Chen and Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2022) 828; Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla and Murat Develioğlu, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C. II* (3. Bası, Vedat 2019) 2515.

<sup>72</sup>Oğuzman and Öz (n 71) 650; Furrer, Muller-Chen and Çetiner (n 71) 828; Öz, Acar, Gökyayla and Develioğlu (n 71) 2516.

<sup>73</sup>Kaya, Şerh (n 1) 215; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 1) 586. Aksi yönde bkz Bilgili, Demirkapı and Özboyacı (n 1) 255; Kaya Cankat (n 1) 160.

Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (2) numaralı bendi kapsamında (müvekkilin sözleşmeyi haklı nedenle feshi) kapsamında değerlendirilmektedir. Doktrindeki baskın görüşe göre, acentenin iflâsında kusurlu olması nedeniyle sözleşme müvekkil tarafından feshedilmişse, acentenin Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (2) numaralı bendi uyarınca denkleştirme tazminatı talep hakkının doğmadığı kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Ancak doktrindeki diğer bir görüşe göreyse, Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin üçüncü fıkrasının (2) numaralı bendi, acentenin müvekkile karşı yükümlülüklerini ihlâl etmiş olduğu durumunda, denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu düşüncesiyle öngörülmüştür. Bu nedenle acentenin ticarî yanlış kararları, denkleştirme tazminatından mahrum kalmasına neden olmamalıdır<sup>75</sup>.

Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre, acentenin denkleştirme tazminatı talebinin doğmadığı hâller Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği hâller bu kapsamda sayılmadığından, acentenin iflâsı nedeniyle sözleşmenin sona erdiği hâllerde acentenin iflâstaki kusurundan bağımsız olarak denkleştirme tazminatı talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir<sup>76</sup>. Kanaatimizce hemen yukarıda belirtildiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası, denkleştirme tazminatının temelinde yatan hakkaniyet düşüncesinin somutlaştırılması niteliğindedir. Dolayısıyla bu hükümde sayılan hâller dışında her halükârda acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesinin mümkün olduğunu söylemek yanlış olur. Zira denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olması, talebin kanunî şartlarından birisidir. Doktrindeki bir görüşe göre, acentenin kusurundan bağımsız olarak, iflâs ettiği hâllerde denkleştirme tazminatı talep edemeyeceği kabul edilmelidir<sup>77</sup>. Zira acente, tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına katlanmalıdır. Ayrıca acentenin iflâsında kusurlu olduğunu araştırmak ve tespit etmek müvekkil açısından çeşitli zorluklara neden olur. Katıldığımız Türk hukukunda

<sup>74</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 213; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 232; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 67; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 114.

<sup>75</sup> Nicola Preuss, 'Entscheidungen Mit Anmerkungen: Vertragshändlervertrag und Handelsvertreter in der Insolvenz-OLG München, Urteil vom 26.4.2006-7 U 5350/05-mit Anmerkung' (2005) 68 (3) Zeitschrift für Insolvenzrecht 355, 364.

<sup>76</sup> Yılmaz (n 1) 100

<sup>77</sup> Badak Aybar (n 1) 179.

doktrindeki baskın görüşe göreyse, acente kendi kusuru nedeniyle iflâs etmiş olduğu hâllerde denkleştirme tazminatı talep edemez<sup>78</sup>.

### **b. Acentenin Konkordato İlan Etmesi veya Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunması**

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesinin birinci fıkrası uyarınca borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato talep edebilir. Konkordato talebinde bulunulabilmesi için borçlunun sadece borçlarını ödeyememesi değil, aynı zamanda ödeyememe tehlikesi içinde olması da yeterli sayılmıştır<sup>79</sup>.

Acentenin konkordato ilan etmesi veya henüz konkordato ilan etmemiş olsa bile ödeme güçlüğü içerisinde olması durumunda, müvekkilin acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür<sup>80</sup>. Konkordato ilan etmesine veya ödeme güçlüğüne düşmesine neden olan hususlar bakımından kusurlu ise acente, ayrıca denkleştirme tazminatı talebinde de bulunamaz.

Acentenin konkordato ilan etmesi veya ödeme güçlüğü içinde bulunmasında kural olarak kusurlu olduğunun kabulü gerektiğini düşünüyoruz. Zira acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu gözetildiğinde, müvekkilin acentenin kusurlu olduğunu ispat etmesi için gerekli delillere ulaşması zordur. Ödeme güçlüğüne düşülmesinde veya konkordato talep edilmesi zorunluluğunun doğmasında (örneğin ekonomik kriz, piyasa şartları, siyasî veya ekonomik istikrarsızlık vs gibi) dış etkenlerin rol oynaması kuvvetle muhtemeldir. Ancak acentenin, basiretli bir iş adamı gibi davranmakla yükümlü olduğu unutulmamalıdır (TTK m. 18/3). Dolayısıyla acente, bu tür olumsuz hususları öngörerek, zamanında gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu önlemleri almasına rağmen ödeme güçlüğüne düştüğünü veya konkordato ilan etmek zorunda kaldığını acente ispat edebilir. Kusursuz olduğunu ispat ettiği ölçüde acente, denkleştirme tazminatına da hak kazanır.

<sup>78</sup> Kaya, Şerh (n 1) 252; Akın (n 1) 618; Kaya, Acentelik (n 1) 358; Karasu (n 1) 307; Ayan (n 1) 153; Kaya Cankat (n 1) 61-62. Yılmaz (n 1) 100.

<sup>79</sup> Hakan Pekcanitez and Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018) 9; Selçuk Öztekin, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale and Bilgehan Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku – 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi* (3. Bası, Adalet 2023) 182.

<sup>80</sup> Kaya, Şerh (n 1) 215; Kaya, Acentelik (n 1) 344; Yılmaz (n 1) 100.

### **3. Acentenin Atandığı Yerin veya Müşteri Çevresinin Sınırlandırılması**

#### **a. Kısmî Fesih**

Fesih, sürekli edimli borç ilişkilerinde tek taraflı olarak geniş anlamda borcu sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla fesih hakkını kullanan tarafın, sözleşmenin bazı kısımları saklı tutarak bazı kısımlarını sona erdirmesi mümkün değildir. Türk hukukunda doktrinde acentelik sözleşmesinin kısmî feshi ile müvekkilin kendisine acentelik sözleşmesiyle verilen yetkiye dayanarak acentenin atandığı yer, bölge veya müşteri çevresinin daraltması ya da küçültmesi ifade edilmektedir.

Somut olayın şartları gözetildiğinde acentenin atandığı yer, bölge veya müşteri çevresinin sınırlandırılmasının yarattığı etkinin ağırlığına göre acente denkleştirme tazminatı talep edebilir, bununla birlikte küçük ölçekli değişikliklerde acentenin denkleştirme istemi hakkı yoktur<sup>81</sup>. Alman hukukunda doktrinde de acentenin atandığı bölgenin veya müşteri çevresinin önemli ölçüde sınırlandırıldığı hâllerde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin de önemli ölçüde değiştiği ve bu nedenle acentenin denkleştirme tazminatı talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Denkleştirme tazminatı, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte müeccel olan ve temelinde hakkaniyet düşüncesi yatan bir karşılıktır. Acentelik sözleşmesiyle verilen yetkiye dayanarak müvekkil, acentenin atandığı bölgeyi veya müşteri çevresini sınırlandırdığında, sözleşme ilişkisi fiilen devam etmekle birlikte, acentenin yapılan sınırlandırma nedeniyle denkleştirme tazminatı talep etmesi sözleşme ilişkisi sona erdiğinde mümkün olmaz. Dolayısıyla bu gibi durumlarda acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunamayacağının kabulü, denkleştirme tazminatı ödemek istemeyen müvekkilin sözleşmeyle kendisine verilen yetkiyi acente aleyhine kötüye kullanmasına neden olabilir. Bu kabul,

<sup>81</sup> Kaya, Şerh (n 1) 250; Kaya, Acentelik (n 1) 360; Karasu (n 1) 290-291; Ayan (n 1) 166; Yılmaz (n 1) 104; Badak Aybar (n 1) 180.

<sup>82</sup> Bununla birlikte acenteye ödenen ücretin miktarında indirim yapılması veya müvekkilin ürün yelpazesini daraltması gibi durumlarda acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 57; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 10; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 17; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 54; Oetker (n 15) §89b, Kn. 6; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 56-57).

ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrasının amacına da aykırıdır.

Acentelik sözleşmesinde küçük ölçekli bir değişiklik mi yapıldığı, yoksa sınırlandırmanın denkleştirme tazminatı talep edilmesini mümkün kılacak ölçüde sözleşmeyi mi değiştirdiği, somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yapılan sınırlandırma ölçek olarak çok küçük bir alanı kapsamakla birlikte, müşterilerinin çoğunluğu bu bölgede veya acentenin o bölgede çok az sayıda müşterisi olmasına rağmen cirosunun önemli kısmını bu bölgedeki müşterilerle yapılan ticarî faaliyetinden elde ediyorsa, acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan acentenin bölgesinin sınırı dışına çıkarılan alanda hiçbir müşteri olmadığı ve bu nedenle ticari faaliyetinin hiç etkilemediği durumlarda, denkleştirme tazminatı talep edilemez. Zaten bu gibi durumlarda denkleştirme tazminatı talebinin şartlarından olan “önemli menfaat” koşulunun gerçekleştiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

### **b. Acentenin Atandığı Bölgenin Değiştirilmesi**

Müvekkil ve acente, acentelik sözleşmesi devam ederken acentenin atandığı bölgenin değiştirilmesi konusunda anlaşabilirler. Ayrıca müvekkil, acentelik sözleşmesinde tek taraflı olarak acentenin atandığı bölgeyi değiştirme hakkını saklı tutmuş da olabilir.

Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, acentenin atandığı bölgenin değiştirilmesi durumunda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermediğinden, acente bölge değişikliği nedeniyle denkleştirme tazminatı talep edemez<sup>83</sup>. Alman hukukunda doktrindeki bir başka görüşe göreyse, müvekkilin tek taraflı iradesiyle acentenin bölgesinin değiştirildiği hâllerde denkleştirme tazminatını düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesi kıyasen uygulanarak acenteye değiştirilen bölgede kalan portföyü için tazminat ödenmesi mümkün kılınmalıdır<sup>84</sup>. Bu görüşe göre anılan hükmün kıyasen uygulanması için gerekli olan kanun içi boşluk mevcuttur, zira Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinde acentelik sözleşmesinin sona ermesi şart koşulmasına rağmen acentenin atandığı bölgenin değiştirildiği durumlarda acente bakımından fiilî ve ekonomik olarak ortaya çıkan sonuç, sözleşmenin sona ermesiyle aynıdır.

<sup>83</sup> Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 20; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 10; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 57; Oetker (n 15) §89b, Kn. 6.

<sup>84</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 57.



Denkleştirme tazminatı, acentelik sözleşmesinin sona ermesiyle müeccel olan bir karşılıktır. Sözleşme ilişkisi sona ermediği sürece, denkleştirme tazminatının talep edilmesi mümkün değildir. Ancak denkleştirme tazminatının, hakkaniyet düşüncesine dayandığı da unutulmamalıdır. Kanaatimizce somut olayda öncelikle bölge değişikliğinin müvekkilin tek taraflı iradesiyle mi yoksa tarafların anlaşmalarına istinaden mi gerçekleştiği irdelenmelidir. Tarafların anlaşması durumunda, acente bölge değişikliği için bir menfaat elde etmişse, kural olarak denkleştirme tazminatı talep edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, Alman hukukunda doktrindeki azınlıkta kalan görüşe paralel olarak, denkleştirme tazminatı kurumunun amacı ve işlevi gözetilerek, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin bu gibi durumlarda kıyasen uygulanabileceği kabul edilebilir. Acente, elde ettiği menfaatin eski bölgede bırakılan portföyün karşılığı olmadığını ileri sürüyorsa, bunu ispat ettiği ölçüde denkleştirme tazminatı talep edebilmelidir. Ancak denkleştirme tazminatı talep edilmesi durumunda, bölge değişikliğinin tarafların örtüşen iradeleri doğrultusunda yapıldığı ve ayrıca acentenin bir menfaat elde ettiği gibi hususlar hem hakkaniyete uygunluk denetimi hem de tazminat miktarının belirlenirken yapılacak muhtemel hakkaniyet indirimi kapsamında özellikle değerlendirilmelidir.

Müvekkilin sözleşmede kendisine verilmiş olan yetkiye dayanarak, acentenin atandığı bölgeyi tek taraflı olarak değiştirdiği durumlarda ise Kanun'un 122. maddesinin kıyasen uygulanmasının ve şartlarının varlığı durumunda denkleştirme tazminatı talep edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda acentenin rızası olmaksızın yapılan bölge değişikliğinin, müvekkilin feshi haklı kılan bir eylemi olarak yorumlanarak acentenin sözleşmeyi feshederek denkleştirme tazminatı talep etmesinin mümkün olduğu, bu nedenle Kanun'un 122. maddesinin kıyasen uygulanmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat sözleşmenin acente tarafından feshedilmesi, her durumda acentenin menfaatine uygun düşmeyebilir. Öncelikle acente tarafından sözleşmenin feshedilmesi durumunda, taraflar arasındaki ilişkinin yıpranıp yıpranmayacağını veya müvekkilin acenteye yeni bölgeye ilişkin yeni bir sözleşme yapmaya istekli olup olmayacağını önceden bilebilmek mümkün değildir. Oysa acentenin müvekkile acentelik ilişkisine yeni bölgede devam etmek istemesi mümkündür. Ayrıca bu ihtimalde acente sözleşmeyi sona erdirdiği için, Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasındaki istisnalardan "müvekkilin

feshi haklı gösterecek bir eyleminin” somut olayda mevcut olduğunu, başka bir ifadeyle bölge değişikliğinin somut olayda haklı bir fesih sebebi teşkil ettiğini, acentenin ispat etmesi gerekir. Kanun’un 122. maddesinin tek taraflı bölge değişikliğinde kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinde ise, söz konusu hüküm uygun düştüğü ölçüde uygulanacağından, sözleşmenin sona ermesi hususu incelenmeksizin denkleştirme tazminatının diğer şartlarının mevcut olup olmadığına bakılır. Bu durum, ispat yükü açısından acentenin lehinedir. Dolayısıyla kanaatimizce tek taraflı bölge değişikliğinde, Kanun’un 122. maddesinin kıyasen uygulanarak diğer şartlarının varlığı durumunda acenteye denkleştirme tazminatı ödenmesi gerekir.

### **c. Acentenin Atandığı Bölgenin Sınırının İdare Tarafından Değiştirilmesi**

İl, ilçe ve bucakların kurulması, kaldırılması, sınırlarının belirlenmesi ve değiştirilmesi hususlarında idare yetkilidir (5442 s. K. m. 2). Acentelik sözleşmesinde acentenin atandığı bölge, kural olarak sadece idari birim adıyla gösterilir. Acentelik sözleşmesi kurulduktan sonra bu idari birimin sınırlarında değişiklik yapılmasıyla, acentenin atandığı bölgenin coğrafi sınırının genişlemesi gibi daralması da söz konusu olabilir.

Acentenin atandığı bölgenin sınırının idare tarafından değiştirildiği durumlarda, öncelikle sözleşmenin yorumlanmasıyla bir sonuca varılması gerekir. Ancak taraflar arasında acentenin atandığı bölgenin sınırları konusunda bir uyuşmazlık çıktığı durumlarda, sözleşmenin kısmî feshinde olduğu gibi coğrafi sınırların değiştirilmesinin sözleşmenin bütüne etkisi irdelenerek bir sonuca varılmalıdır. Eğer coğrafi sınırlarda yapılan değişiklik acentelik sözleşmesini esaslı şekilde etkiliyorsa ve acentenin daraltılan yeni sınırlarda faaliyetine devam etmesi bekleniyorsa, atandığı bölgenin sınırları dışına çıkarılan alandaki kayıpları gözetilerek denkleştirme tazminatı talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir. Örneğin acentenin atandığı ilde ticari faaliyetinin önemli bir kısmını oluşturan müşterilerinin mukim oldukları ilçenin bir başka ilin sınırlarına dahil edildiği durumlarda, sınırları daralmasına rağmen acentenin sadece atandığı ilde faaliyetine devam etmesi bekleniyorsa, bir diğer ile bağlanan ilçedeki müşterilerin kaybından ötürü denkleştirme tazminatı talep edebilir. Öte yandan coğrafi sınırlarda yapılan değişiklik acentelik sözleşmesini etkilemiyorsa, acente denkleştirme tazminatı talep edemez.

#### **d. Müşterinin Acentenin Atandığı Bölgeden Taşınması**

Acentenin müşterilerinin merkezlerini veya yerleşim yerlerini acentenin atandığı bölgenin dışına taşınmaları durumunda acentelik sözleşmesi devam ettiği için acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte müşterinin merkezini acentenin atandığı bölgenin dışına taşınmanın, sözleşmenin kısmen sona ermesine eşdeğer olduğu ve Kanun'un 122. maddesinin kıyasen uygulanarak acenteye bir denkleştirme tazminatı ödenmesi gerektiği düşünülebilir.

Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, acentenin müşterilerinden birisinin merkezini acentenin atandığı bölgenin dışına taşıdığı ve acentenin bölgesi içerisinde şubeleri bulunmasına rağmen sadece yeni merkezinin bulunduğu bölgede müvekkili temsil eden acenteye ticari faaliyetini devam ettirdiği bir olayda, müşterinin merkezini acentenin atandığı bölgeden taşınmasının kısmî sona erme niteliğinde olduğundan bahisle denkleştirme tazminatı talep eden acentenin davasını reddeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır<sup>85</sup>. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, acentelik sözleşmesi sona ermediği için Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığını, söz konusu hükmün kıyasen uygulanmasının ise somut olayda acentenin, müşterinin müvekkille devam eden ticari faaliyeti nedeniyle ücret gelirlerinde önemli bir düşüş olduğunu ispat edememesi nedeniyle mümkün olmadığını ifade etmiştir<sup>86</sup>. Başka bir ifadeyle mahkeme, müşterinin merkezini acentenin atandığı bölgenin dışına taşıdığı hâllerde, acentenin ücret gelirlerinde önemli bir düşüş meydana geldiğini ispat etmesi koşuluyla denkleştirme tazminatı talep etmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir.

<sup>85</sup> OLG Nürnberg BB 2001, 1169.

<sup>86</sup> “[...] Doktrinde, denkleştirme tazminatı talep edilmesinin şartı olan sözleşmenin sona ermesiyle müşterinin merkezini taşınmasının eşdeğer sayılması için merkezini taşıyan müşterinin, merkezini taşıdıktan sonra verdiği siparişler nedeniyle acentenin ücret gelirlerinde diğer gelirlerine kıyasla önemli bir düşüş olması gerektiği kabul edilmektedir (Küstner/von Manteuffel/Ewers, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. II, 6. Bası, Kn. 291). Davacı [acente] bu hususu istinaf mahkemesi önünde yapılan yargılama kapsamında da ortaya koyamamıştır. Davacının, 1997 yılında S firmasıyla yapılan işlerden elde ettiği ücret gelirlerinin toplam ücret gelirlerine oranı %21,6'dır. Ayrıca davacı tarafından anılan gelirlerin içerisinde, kısmen S firmasının merkezini taşıdıktan sonra kapattığı şubelerden elde ettiği gelirler ile kısmen S firması merkezini taşımadan önce de davalının ürünlerine ait olmayan siparişlerden elde edilen gelirler de vardır. Dolayısıyla acentenin gelir kaybı söz konusu değildir.” (BB, 2001, 1169, Kn. 33).

Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göreyse, acentenin müşterilerinden birisinin, merkezini acentenin atandığı bölgenin dışına taşınması acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesini mümkün kılan bir kısmî sona erme niteliğinde değildir<sup>87</sup>. Bu görüş, kanaatimizce de isabetlidir. Müşterilerden birisinin merkezini taşınması, müvekkil ve acentenin faaliyetlerinden bağımsız olarak alınan ticarî bir karara dayanır. Bu gibi durumlarda, acentenin gelirinde meydana gelen azalmanın miktarına göre acentenin denkleştirme tazminatı talep edebileceğinin kabulü, üçüncü kişinin ticarî bir kararının sonuçlarının, bu kararda hiçbir etkisi olmayan müvekkile yüklenmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle denkleştirme tazminatının amacını aşan bu geniş yorum tarzının reddi gerektiğini düşünüyoruz.

### III. HAKKANİYETE UYGUNLUK DENETİMİ KAPSAMINDA DENKLEŞTİRME TAZMİNATI MİKTARINDA İNDİRİM YAPILMASI GEREKEN HÂLLER

#### A. GENEL OLARAK

Hakkaniyete uygunluk şartı, düzenleyici ve çelişkileri önleyici işlevi nedeniyle acentenin denkleştirme tazminatı talep edebileceği hâllerde somut verilere göre matematiksel olarak ortaya çıkan ham tazminat miktarının artırılması veya azaltılması gereken özel durumların dikkate alınmasını mümkün kılan bir tashih aracıdır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere<sup>88</sup>, hakkaniyet soyut bir kavram olduğundan, ham tazminat miktarında hangi durumlarda artırım veya azaltma yapılacağına ya da artırımın/azaltmanın ne oranda yapılması gerektiğinin peşinen söylenmesi mümkün değildir.

Hakkaniyet indirimi veya artırımı bakımından somut olayın tüm hususiyeti dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğinden, akla gelebilecek her türlü indirim veya artırım sebebi ile yapılacak indirimin/artırımın oranına ilişkin değerlendirme yapılması bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte zaman içerisinde gerek hukukumuzda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde özellikle yargı kararlarıyla ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi ya da artırımı yapılması gereken olay grupları oluşmuştur. Çalışmamızın kapsamı hakkaniyete uygunluk çerçevesinde denkleştirme tazminatının ödenmemesi veya tazminat miktarında indirim yapılması

<sup>87</sup> Oetker (n 15) §89b, Kn. 6; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 57; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 56; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 17; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 57.

<sup>88</sup> Bkz yuk. I., B.

gereken hâllerle sınırlı olduğundan, bu kısımda hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektiren tipik durumlarla sınırlı olarak inceleme yapılacaktır.

## **B. ACENTENİN SÖZLEŞMENİN YENİLENMESİNE İLİŞKİN TEKLİFİ KABUL ETMEMESİ**

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin yeniden müvekkille sözleşme akdetmesi gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak müvekkil tarafından acenteye sunulan yeni sözleşme teklifi uygun bir teklifse ve acente bu teklifi herhangi makul bir gerekçe olmaksızın reddederse, acentenin bu reddi, bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir<sup>89</sup>. Denkleştirme tazminatı, müvekkil sözleşme sona erdikten sonra da acentenin emekleri sayesinde kazanılan müşteri çevresinden menfaat elde etmesine rağmen acentenin mahrum kaldığı ücretler için ödenmektedir. Acente sona eren sözleşmeyle aynı veya esaslı olmayan değişiklikler içeren yeni sözleşmeyi kabul ettiği takdirde, ticarî faaliyetine devam ederek müvekkilin menfaat elde etmeyi sürdüreceği müşteri çevresinden ücret kazanmaya devam edebilir.

Somut olayda acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acenteye yeni bir sözleşme teklifi yapılmışsa, öncelikle yeni sözleşme ile sona eren sözleşme şartları incelenerek, yeni sözleşmenin acentenin aleyhine daha ağır koşullar içerip içermediği tespit edilmelidir. Acente bakımından daha ağır koşullar içeren veya acentenin menfaatlerini sona eren sözleşmeye göre kısıtlayan yeni sözleşmeyi acente kabul etmek zorunda değildir. Acentenin kabul etmek zorunda olmadığı bir sözleşmenin indirim sebebi olarak değerlendirilmesi de kanaatimizce doğru olmaz<sup>90</sup>. Fakat sona eren sözleşmeyle kıyaslandığında teklif edilen yeni sözleşmenin acente bakımından aleyhte hiçbir koşul içermediği durumlarda, acentenin makul bir gerekçesi yoksa, yeni sözleşme teklifini kabul etmesi kendisinden beklenebilir. Acentenin yeni sözleşmeyi kabul etmeme gerekçesinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, Kanun'un 122. maddesinin acentenin menfaatlerini koruduğu ve acente lehine yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır. Sadece tamamen keyfî sebeplerle yeni sözleşme teklifinin reddedildiği durumlarda, söz konusu ret bir indirim sebebi olarak kabul edilmelidir.

<sup>89</sup> OLG München MDR 2009, 339. Aynı yönde bkz Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 162; Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 11a. Franchise sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz Doğanay (n 1) 196. Aksi yönde bkz Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 59.

<sup>90</sup> Aynı yönde bkz Ayan (n 1) 203.

## C. SÖZLEŞME DEVAM EDERKEN ACENTENİN ELDE ETTİĞİ MENFAATLER VE YAN HAKLAR

Denkleştirme tazminatının temelinde hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır. Sözleşme devam ederken acenteye, oluşturmak için emek harcadığı müşteri portföyü için ücret hakkı dışında birtakım başka menfaatler de sağlanmış olabilir. Bu tür menfaatler, acentelik sözleşmesi sona erdiğinde tazminat miktarı hesaplanırken bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

### 1. Acentenin Hak Kazandığı Ücretler Dışında Acenteye Belirli Aralıklarda Sabit Bir Bedel Ödenmesi

Aracılık ettiği veya müvekkil adına akdettiği sözleşmeler için acenteye, hak kazandığı ücretin yanı sıra sabit bir asgarî tutar ödenmesi kararlaştırılmış olabilir. Acenteye ödenen bu sabit ücretle, acentenin ticarî faaliyetinden doğan işletme riski kısmen müvekkil tarafından üstlenilmiş olur<sup>91</sup>. Zira acente bağımsız bir tacir yardımcısı olduğundan, yönetim giderlerine kendisinin katlanması gerekir. Bu nedenle sözleşme devam ettiği sürece acenteye yapılan sabit ücret ödemeleri, denkleştirme tazminatının miktarı belirlenirken bir indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır<sup>92</sup>. Bunun için sözleşme devam ederken acenteye ödenen sabit ücretin, miktar itibarıyla sadece şeklen yapılan bir ödeme olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle acentenin somut olayda sözleşme süresince elde ettiği sabit gelir, sözleşme sona erdiği için mahrum kaldığı menfaatlerle orantılı olmalıdır.

Sabit ücret, acentelik sözleşmesi sona erdiğinde doğacak denkleştirme tazminatının önceden ödenmesi amacıyla yapılıyorsa, somut olayın şartlarına göre denkleştirme tazminatı miktarında önemli ölçüde indirim yapılması veya istisnaî olarak yapılan ödemeler neticesinde tazminat miktarının sifıra indiğinin kabulü de mümkündür<sup>93</sup>. Öte yandan acentelik sözleşmesinde her ay ya da belirli aralıklarla yapılacak bir miktar ödeme neticesinde acentenin

<sup>91</sup> Karasu (n 1) 301; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 127.

<sup>92</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 377; Yılmaz (n 6) 97; Doğanay (n 8) 2291; Yılmaz (n 1) 145; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 127; Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 35; Koller, Kindler and Drüen (n 9) §89b, Kn. 11a; Oetker (n 15) §89b, Kn. 23; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 52; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 35. Aksi yönde bkz Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 181.

<sup>93</sup> Aynı yönde bkz Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 127; Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 35.

sözleşme sona erdiğinde denkleştirme tazminatı talep etmeyeceğine ilişkin anlaşmaların, Kanun'un 122. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca geçersiz olduğu unutulmamalıdır. Acentelik sözleşmesinde böyle bir hüküm yer alsa bile acente, denkleştirme tazminatı talep edebilir. Fakat somut olayda sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasaydı, acenteye yapılan bu ödemeler düşüldükten sonra kalan ücretten daha yüksek bir ücret konusunda tarafların anlaşamayacakları ispat edildiği ölçüde, fazladan yapılan ödemelerin hakkaniyet indirimi kapsamında dikkate alınması mümkündür<sup>94</sup>. Daha yüksek bir ücret konusunda tarafların anlaşamayacaklarını, müvekkil ispat etmelidir.

## **2. Acentelik Sözleşmesinin Ağırlıklı Olarak Acentenin Menfaatini Koruyan Hükümler İçermesi**

Acentelik sözleşmesinin acentenin menfaatlerini ön planda tutan hükümler içermesi, hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirebilir. Sözleşmenin ağırlıklı olarak acentenin menfaatlerini gözeterek şekilde düzenlendiği durumlarda acente, sözleşme süresi boyunca emsallerine kıyasla daha fazla menfaat elde eder. Bazı durumlarda sözleşme sona erdikten sonra da acenteye menfaat sağlanması konusunda taraflar anlaşabilirler. Örneğin müvekkil, sözleşme sona erdikten sonra da acentenin kazandırdığı müşterilerle yapılan sözleşmeler için acenteye ücret ödemeyi taahhüt etmiş olabilir<sup>95</sup>. Acente lehine öngörülen bu düzenlemeler hakkaniyete uygunluk çerçevesinde ham tazminat miktarından indirim yapılmasını gerektirir<sup>96</sup>.

Acenteye sözleşme süresince piyasa ortalamasının üzerinde tanınan ücret hakkının denkleştirme tazminatı miktarına etkisi bakımından doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşme süresince

<sup>94</sup> Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 35.

<sup>95</sup> Somut olayda acentelik sözleşmesi devam ediyormuş gibi acenteye ücret ödenmesi kararlaştırılan hâllerde, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca "ücret isteme hakkının kaybı"ndan bahsedilemeyeceğinden, denkleştirme tazminatı talebinde bulunulması mümkün değildir. Öte yandan sözleşme devam etseydi, acentenin hak kazanacağı ücretin belirli bir kısmının acenteye ödenmeye devam edeceği kararlaştırılmışsa, acenteye ödenen bu miktarın denkleştirme tazminatı miktarından indirilmesi gerekir.

<sup>96</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 377; Yılmaz (n 6) 97; Yılmaz (n 1) 145; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 128; Oetker (n 15) §89b, Kn. 23; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162. Aksi yönde bkz Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 188.

acenteye piyasa ortalamasının üzerinde ücret ödenmesi, hakkaniyete uygunluk kapsamında dikkate alınması gereken bir indirim sebebidir<sup>97</sup>. Alman hukukunda doktrinde azınlıkta kalan görüşe göreyse, acenteye ödenen ücretin “sadece” piyasa ortalamasının üzerinde olması tazminat bedelinde indirim yapılmasını gerektirmez. Hakkaniyet indirimi, ancak piyasa ortalamasının veya alışagelmışin çok üzerinde yapılan ücret ödemelerinde söz konusu olabilir<sup>98</sup>.

### 3. Acente İçin Emeklilik veya Ölüm Yardımı Primi Ödenmiş Olması

Müvekkil, acentenin emeklilik primlerini ödemişse veya acentenin ölümü durumunda destekten yoksun kalma hâlini kapsayacak şekilde acenteyi sigortalatmışsa, yapılan prim ödemelerinin denkleştirme tazminatı hesaplanırken indirim sebebi olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir<sup>99</sup>.

Alman hukukunda da doktrindeki baskın görüşe göre müvekkilin acente için yaptığı emeklilik veya ölüm yardımı primi ödemeleri, pratikte denkleştirme tazminatıyla aynı amaca hizmet ettiğinden ödenen prim bedelleri denkleştirme tazminatı miktarından düşülebilir<sup>100</sup>. Ancak yapılan prim ödemelerinin bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi için primlerin tamamının müvekkilin kendi kaynaklarından ödenmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle müvekkil, ödenen primler için acenteye yapılan ücret ödemelerinden doğrudan veya dolaylı olarak kesintiler yapmış ve bu kesintileri de kısmen prim ödemelerinde kullanmışsa, ödenen primlerin denkleştirme tazminatı miktarından indirilmesi mümkün olmaz.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle müvekkilin ödediği emeklilik veya ölüm yardımı primlerinin denkleştirme tazminatı miktarında indirimle gidilebileceğini

<sup>97</sup> Kaya, Acentelik (n 1) 377; Yılmaz (n 6) 97; Yılmaz (n 1) 145; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 128.

<sup>98</sup> Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 181; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162.

<sup>99</sup> Kaya, Şerh (n 1) 262; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 575; Kaya, Acentelik (n 1) 377; Karasu (n 1) 300; Yılmaz (n 1) 144; Koray Demir, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Acente’, *I. Türkiye – Azerbaycan Hukuk Sempozyumu İnsan Hakları – Anayasa Hukuku – Ceza Hukuku – İdare Hukuku – Medeni Hukuk – Ticaret Hukuku* (Özyeğin Üniversitesi Yayınları 2011) 255; Kaya Cankat (n 1) 70; Yılmaz (n 6) 97.

<sup>100</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 125; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 165; Heidel and Schall (n 22) §89b, Kn. 34; Oetker (n 15) §89b, Kn. 23; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 166; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 54.



içtihat etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, acente için emeklilik primi ödemeleri müvekkil tarafından yapılmış ve acente yaş haddi nedeniyle acentelik faaliyetine son vermişse, emeklilik ödemeleri ile denkleştirme tazminatı arasında fonksiyonel bir yakınlık bulunduğu kabul edilerek tazminat miktarında indirim gidilebilir<sup>101</sup>. Ancak yapılan prim ödemelerinin tazminat miktarı açısından indirim sebebi olarak değerlendirilebilmesi için, acentenin elde edeceği emeklilik hakkının maddî değerinin denkleştirme tazminatı miktarını aşması gerekeceği kabul edilmektedir. Emeklilik hakkının değeri, acentelik sözleşmesinin sona erdiği ana göre belirlenmelidir<sup>102</sup>. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma varsa, emeklilik alacağının acentelik sözleşmesi sona erdikten uzunca bir süre sonra muaccel olacak olması, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nce emeklilik hakkının bir indirim sebebi olarak değerlendirilmesi için bir engel teşkil etmemektedir<sup>103</sup>. Öte yandan Federal Yüksek Mahkeme'nin, müvekkil tarafından yapılan emeklilik primi ödemelerinin denkleştirme tazminatı hesaplanırken dikkate alınacağına ilişkin taraflar arasında bir anlaşma bulunmadığı durumlarda, emeklilik alacağının sözleşme sona erdikten uzunca bir süre sonra muaccel olmasının, emeklilik alacağı ile denkleştirme tazminatı arasındaki fonksiyonel bağı kopardığı, bu nedenle müvekkil yaptığı prim ödemelerinin hakkaniyet indirimi kapsamında dikkate alınmasının mümkün olmadığı yönünde kararları mevcuttur<sup>104</sup>. Alman hukukunda doktrinde de bir görüş, acentenin emeklilik alacağının sözleşme sona erdikten sonra en geç on yıl içerisinde muaccel olduğu durumlarda emeklilik alacağı ile denkleştirme tazminatı arasındaki fonksiyonel bağı devam ettiğinden bahsedilebileceğini savunmaktadır<sup>105</sup>.

Alman hukukunda doktrinde ve yargı kararlarında, denkleştirme tazminatı ile emeklilik ya da ölüm yardımı ödemeleri arasında "fonksiyonel olarak yakınlık bağı" (*funktionelle Verwandtschaft*) olduğu ifade edilse de kanaatimizce denkleştirme tazminatının, acentenin sözleşme sona erdikten sonraki malî geleceğini teminat altına almak gibi bir işlevi olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Zira denkleştirme tazminatına ilişkin kanunî düzenleme de kurumun amacını bu denli geniş kapsamlı belirlemeye elverişli değildir. Acenteye ödenebilecek denkleştirme tazminatı tavanı, Kanun'un

<sup>101</sup> BGH NJW 1966, 1962.

<sup>102</sup> BGH NJW-RR 2006, 1542.

<sup>103</sup> BGH VersR, 1984, 184.

<sup>104</sup> Örneğin, BGH NJW 1994, 1350.

<sup>105</sup> Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 167.

122. maddesinin ikinci fıkrasında, acentenin son beş yılda aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalaması olarak belirlenmiştir. Oysa emeklilik aylığı veya ölüm yardımı gibi diğer sosyal destek fonksiyonuna sahip ödemeler, daha uzun bir süre boyunca irat şeklinde ve miktar yıllar içerisinde artarak ödenmektedir. Ayrıca denkleştirme tazminatı ile emeklilik ya da ölüm yardımı ödemeleri arasında fonksiyonel olarak yakınlık bağı bulunduğu kabul edilirse, emeklilik aylığının veya ölüm yardımının ne zaman muaccel olacağına bağlı olarak bazı durumlarda aynı edimin denkleştirme tazminatı miktarında indirim sebebi olarak dikkate alınması bazı durumlarda ise göz ardı edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu kabul, hukukî olarak belirsizliklere sebep olabilir. Hangi durumlarda emeklilik veya ölüm yardımı ödemelerinin sözleşme sona erdikten “uzunca bir süre sonra” muaccel olacağını peşinen söylemek mümkün değildir. Zira bu hususlar denkleştirme tazminatının hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi kapsamında ele alındığından, somut olayın diğer şartlarıyla birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmasını gerektirmektedir.

Denkleştirme tazminatı, acentenin kendi emekleriyle oluşturduğu müşteri çevresinin sözleşme sonunda müvekkile devredilmesi ve müvekkil bu müşteri çevresinden menfaat elde etmeye devam ederken, acentenin ücret hakkından mahrum kalması nedeniyle ödenen bir karşılıktır. Dolayısıyla acentenin mali geleceğini teminat altına almak için müvekkilin yaptığı ödemeler de acentenin sözleşme süresince elde ettiği ve olağanı aşan diğer menfaatler ve yan haklarla aynı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Müvekkilin elde edilen müşteri çevresi için hakkaniyetten bahisle tekrar tekrar ödeme yapmak zorunda kalmaması için acentenin sözleşme süresince emsallere kıyasla fazladan elde ettiği menfaatler ve yan haklar bir indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Kanaatimizce emeklilik veya ölüm yardımı ödemelerinde de müvekkilin bu ödemeleri yapma amacından değil, acentenin bu ödemeler neticesinde elde ettiği menfaatler doğrultusunda kendisine ayrıca bir denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığından hareket edilmelidir.

#### **D. MARKANIN TANINIRLIĞI VE ÇEKİM GÜCÜ**

Piyasada belirli bir tanınmışlığa sahip markalı ürün ve hizmetlerin satılmasına aracılık edilmesi, markanın yarattığı kalite algısı ve güven duygusu nedeniyle markasız veya daha az bilinir markalı ürün ve hizmetlere göre daha zahmetsizdir. Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde, bu hususa dikkat çekilmiş ve “ürünün bilinen hatta tanınan bir

marka olmasının acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini, "yeni" müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı göstermeyeceği ve 'hakkaniyet' unsurunda olumsuz sonuca varmasına gerekçe" teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir<sup>106</sup>. Ancak kanaatimizce hükmün Hükümet Gerekçesi'ndeki bu ifadeler, markanın bilinen veya tanınmış marka olmasının Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca yapılacak hakkaniyet değerlendirmesi kapsamında denkleştirme tazminatı talebinin peşinen hakkaniyete aykırı kabul edilmemesi şeklinde yorumlanmalıdır. Öte yandan (tanınmış) markalı ürün veya hizmetlere talep daha yüksek olduğundan, bunlara ilişkin bir müşteri çevresi oluşturulması da daha kolaydır. Acentenin, markasız veya tanınmayan markalı bir ürün veya hizmeti tanıtması ve müşteri çevresi oluşturması için daha fazla reklâm faaliyetinde bulunması ve emek harcaması gerektiği bir gerçektir.

Bu nedenle müvekkilin ürün veya hizmetlerinde kullandığı markanın tanınırlığı ve çekim gücü, denkleştirme tazminatı miktarının hesaplanmasında hakkaniyete uygunluk denetimi çerçevesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur<sup>107,108</sup>.

Somut olayda çekim gücü yüksek markalı bir ürün veya hizmet söz konusu ise, öncelikle markanın acentelik sözleşmesi kurulurken de çekim gücünün yüksek olup olmadığı incelenmelidir. Zira acentelik sözleşmesi akdedilirken

<sup>106</sup> TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, 107.

<sup>107</sup> Kaya, Şerh (n 1) 264; Kaya, Acentelik (n 1) 377-378; Karasu (n 1) 302; Akın (n 1) 623; Ayan (n 1) 201; Yılmaz (n 1) 143; Badak Aybar (n 1) 183-184; Kaya Cankat (n 1) 70; Doğanay (n 8) 2288. Aksi yönde bkz Demir (n 99) 255.

<sup>108</sup> Alman hukukunda özellikle motorlu taşıtlarda markanın çekim gücü nedeniyle hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Alman yargı kararları incelendiğinde, motorlu taşıtlarda tazminat miktarından %5 ilâ %30 tanınmış marka indirimi yapıldığı görülmektedir. Örneğin, tüketici nezdinde özel bir saygınlığı olduğu kabul edilerek BMW bakımından bayilik sözleşmesine kıyasen uygulanan denkleştirme tazminatı talebine ilişkin hakkaniyet değerlendirmesi kapsamında ham tazminat miktarından %25'lik bir tanınmış marka indirimi yapılması gerektiği kabul edilmiştir (OLG München, 02.04.2008, 7 U 5350/05 (BeckRS, 2009, 03035). Mitsubishi için %20'lik bir tanınmış marka indirimi yapılması uygun görülürken (BGH NJW-RR 2006, 1328), Citroen için %10 ilâ %25 arasında değişen tanınmış marka indirimi yapılması gerektiğine ilişkin kararlar mevcuttur (karş OLG Köln VersR 2002, 437); OLG Köln NJW-RR 1997, 101)). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi de 21.06.2021 tarihli ve 603/764 sayılı kararında, bir tek satıcının portföy tazminatı talebine ilişkin uyumsuzlukta, uyumsuzluk konusu markalardan birisinin Valentino olduğu ve söz konusu markanın tanınmış marka olduğu için ham tazminat miktarından %45 hakkaniyet indirimi yapılmasını öngören yerel mahkeme kararını onamıştır.

marka zaten tanınmış marka ise veya bilinirliği yüksek bir marka söz konusuysa, bu durum acenteye ödenecek ücret miktarının belirlenmesinde dikkate alınmış olabilir. Ürün veya hizmetin marka nedeniyle satılması daha kolay olduğundan, acentenin söz konusu ürün veya hizmet bakımından ücreti emsallerine kıyasla daha düşük tutulmuş olabilir. Bu gibi durumlarda markanın çekim gücünün hakkaniyet kapsamında tekrar bir indirim sebebi yapılmaması gerekir<sup>109</sup>. Öte yandan ürün veya hizmetin markalı olmasına rağmen acenteye emsallere uygun bir ücret kararlaştırılmışsa, markanın çekim gücü nedeniyle hakkaniyet indirimi yapılmalıdır<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 184.

<sup>110</sup> “[...] Mahkemece, iddia, savunma, uyulan bozma ilamı, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, sözleşmenin feshedildiği 27.08.2009 tarihinden davanın açıldığı 01.07.2013 tarihine kadar 26 müşteri adına düzenlenen poliçelerin net prim tutarının 154.671,69 TL, bu poliçeler nedeniyle ödenen komisyon miktarının ise 24.457,82 TL olduğu, 01.07.2013 dava tarihinden işbu ek raporun düzenlendiği 12.08.2019 tarihine kadar 26 müşteri adına düzenlenen poliçelerden 159.271,05 TL net prim elde edilip 21.567,13 TL komisyon ödendiği, bu işlemler esas alındığında davacı tarafından davalı ... şirketine kazandırılan 26 müşteri nedeniyle davalı ... şirketinin 27.08.2009 – 01.07.2013 tarihleri arası 130.213,87 TL, dava tarihi olan 01.07.2013 tarihi ile işbu ek raporun düzenlendiği 12.08.2019 tarihine kadar 137.706,92 TL kazandırdığı, davalı ... şirketinin sağlanan müşteri çevresinden objektif olarak menfaat sağlama imkanı dışında subjektif olarak menfaat sağladığının görüldüğü, ancak davalı ... şirketinin ülkemizde sigortacılık faaliyeti bakımından güvenilirliğini ispat etmiş bir sigorta şirketi olması ve güvenilirliği ile tanınırlığını artırmak için sürekli reklam yapması karşısında davacı acentenin sağladığı müşteri çevresinin salt acentenin bireysel çalışmalarından kaynaklandığının söylenemeyeceği, bu boyutu ile sağlanan müşteri çevresinin oluşmasında acentenin çalışmaları esas belirleyici olmakla birlikte davalı ... şirketinin marka değeri ve reklamlarının etkisinin de olduğu, sağlanan müşteri çevresi ile davalı ... şirketinin elde ettiği menfaatin salt sözleşmesi feshedilen acentenin çabalarına bağlanması ve bu bağlamda saptanan denkleştirme tazminatı olan 64.428.- TL'nin olduğu gibi davalı ... şirketinden tahsiline karar vermenin hakkaniyete aykırılık taşıyacağı, sağlanan tazminattan takdiren 14.428.- TL indirildiği gerekçesiyle takdiren 50.000.- TL tazminatın 01.07.2013 tarihinden itibaren 3095 sayılı Yasa'nın 2/2 maddesi kapsamında avans faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, denkleştirme tazminatı bakımından fazlaya ilişkin kısmın reddine, denkleştirme tazminatı dışında subut bulunmuş bir maddi tazminat olmadığından bu yönüyle davanın her iki davalı bakımından reddine, manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalılar vekilinin tüm, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir [...]” Yarg. 11. HD, 19.01.2022, 982/428 (Lexpera).

Acentelik sözleşmesi akdedilirken, markanın henüz bilinir bir marka olmaması mümkündür. Bu gibi durumlarda, markanın bilinirliğine ve tanınmasına kimin ne ölçüde katkıda bulunduğu irdelenerek bir sonuca varılmalıdır. Müvekkil markasının tanınırlığını kendi imkânlarıyla sağlamış ve önemli reklam yatırımlarıyla güçlendirmişse, bu husus ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılması için yeterlidir<sup>111</sup>.

## **E. REKABET YASAĞI**

### **1. Sözleşme Devam Ederken**

Acente, Türk Ticaret Kanunu'nun 104. maddesi uyarınca yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz. Acentenin rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranması, acentelik sözleşmesinin ihlâli niteliğindedir ve müvekkil, bu ihlâlin sonlandırılmasını talep edebilir. Somut olayda ihlâlin ağırlığına göre taraflar arasındaki güven ilişkisi onarılamayacak şekilde sarsılmışsa, müvekkil acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>112</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca acentelik sözleşmesinin müvekkil tarafından haklı nedenle feshedilmesi durumunda acente denkleştirme tazminatı talep edemez. Dolayısıyla sözleşme devam ederken rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlâl edildiği durumlarda müvekkil sözleşmeyi feshetmişse, söz konusu ihlâl haklı bir fesih nedeni teşkil ettiğinden, acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi zaten mümkün değildir. Bununla birlikte doktrinde, acente rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranmasına rağmen sözleşmenin müvekkil tarafından haklı nedenle feshedilmediği durumlarda söz konusu ihlâlin indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir<sup>113</sup>.

### **2. Sözleşme Sona Erdikten Sonra**

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin müvekkille rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte tarafların sözleşme sona erdikten sonraki dönem için rekabet yasağı anlaşması yapmaları kural

<sup>111</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162.

<sup>112</sup> Kaya, Şerh (n 1) 50; Kaya, Acentelik (n 1) 143; Kayıhan (n 1) 247.

<sup>113</sup> Kaya, Şerh (n 1) 264; Karasu (n 1) 301; Kaya, Acentelik (n 1) 378; Yılmaz (n 1) 141; Yılmaz (n 6) 89.

olarak mümkündür. Ancak müvekkilin acenteye yapacağı rekabet yasağı anlaşması bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Kanun'un 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca acentenin işletmesine ilişkin faaliyetlerini, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra sınırlandıran sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Ayrıca rekabet yasağı anlaşmasının sözleşme sona erdikten sonra en çok iki yıl ile ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konularla sınırlı olarak yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Müvekkilin, acenteye bekleme süresi için uygun bir tazminat ödemesi de zorunlu tutulmuştur.

Sözleşme sonrasında acentenin rekabet yasağı anlaşması yapıp yapmadığı, yapmış ise söz konusu rekabet yasağı anlaşmasının Kanun'un 123. maddesinin uygulama alanına giren bir sözleşme olup olmadığı farklı hukukî sonuçlar doğurmaktadır. Rekabet yasağının sonuçlarının denkleştirme tazminatına etkisi konusunda doktrinde bir görüş birliği de bulunmamaktadır. Bu nedenle rekabet yasağının denkleştirme tazminatına etkisi ayrıca değerlendirilmelidir.

### **a. Acentenin Müvekkille Serbestçe Rekabet Edebilmesinin Denkleştirme Tazminatı Miktarına Etkisi**

Acente, kural olarak acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra kendisi veya bir başka müvekkil adına çalışarak müvekkille rekabet edebilir. Sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması yapılmamasının denkleştirme tazminatı miktarına etkisi konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, rekabet yasağı anlaşması yapılmadığından acentenin sözleşme sona erdikten sonra müvekkille rekabet edebilecek olması, hakkaniyet denetimi kapsamında denkleştirme tazminatı miktarında indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak değerlendirilmelidir<sup>114</sup>. Zira acente, sözleşme sona erdikten sonra müvekkille rekabet etmeme yükümlülüğü altına olmadığından oluşturduğu müşteri çevresini kendisi de kullanabileceği için müvekkilin sözleşme sonrasında yararlanabileceği müşteri çevresi azalmış olur.

<sup>114</sup> Arkan (n 8) 403; Ayan (n 1) 202; Badak Aybar (n 1) 190-191; Yılmaz (n 6) 88; Cantürk (n 1) 155; Ayşe Gül Hatipoğlu, 'Acentelerin Denkleştirme İsteminin Belirlenmesinde Gelirin Tespiti ve Muhasebeleştirme Sorunu: Çözüm Önerisi' (2012) 22 (2) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 177, 182.

Doktrinadaki diğer bir görüşe göreyse, rekabet yasağı anlaşması yapılmaması acentenin aleyhine bir sonuç doğurmamalı ve bu nedenle hakkaniyete uygunluk kapsamında bir indirim sebebi olarak değerlendirilmemelidir<sup>115</sup>. Alman hukukunda doktrinadaki baskın görüşe göre, sözleşme sonrasında rekabet yasağı anlaşması yapılmayan durumlarda acentenin kendi veya başka bir müvekkil adına müvekkille rekabet edeceği durumlarda, bu hususun müvekkilin elde ettiği “önemli menfaatler” koşulu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>116</sup>. Zira müvekkil, acentenin kendisiyle rekabeti neticesinde acenteye çalışmaya devam eden müşteriler bakımından sözleşme sonrasında herhangi bir menfaat elde etmemektedir. Dolayısıyla bu husus, ham tazminat miktarı hesaplanırken dikkate alınmalıdır.

Sözleşme sonrasında rekabet yasağı anlaşması yapılmamasının her halükârda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmasının, Türk Ticaret Kanunu’nun 122. maddesinin acenteyi koruma amacıyla örtüşmediğini düşünüyoruz. Somut olayda rekabet yasağı anlaşması bulunmadığı için acentenin müşteri çevresiyle çalışmaya devam etmesi, ham tazminat miktarı hesaplanırken müvekkilin menfaatleri veya acentenin kaybı başlıkları altında dikkate alınmalıdır. Acentenin müvekkille rekabet etmesi ayrıca bir hakkaniyet indirimi sebebi olarak değerlendirilirse, aynı husus nedeniyle acente aleyhine denkleştirme tazminatı miktarı iki kere azaltılmış olur.

Acentenin, acentelik sözleşmesi kapsamında edindiği bilgi ve tecrübeleri sözleşme sonrasında müvekkil aleyhine kullanması da ham tazminat miktarından ayrıca bir hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirmez. Zira acente, bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Bunun da ötesinde sözleşme sonrasında acentenin kullandığı bilgi birikimi ve tecrübesi, kural olarak müvekkil için faaliyet gösterirken kendi çabası ve emeğiyle elde ettiği bilgi ve tecrübelerdir.

Acente sözleşme sona erdikten sonra oluşturduğu müşteri çevresine karşı müvekkili bilerek kötülüyorsa veya acentenin rekabet faaliyeti aynı zamanda haksız rekabet teşkil ediyorsa, bu husus denkleştirme tazminatı miktarı

<sup>115</sup> Karasu (n 1) 301; Yılmaz (n 1) 141; Kaya Cankat (n 1) 71; Doğanay (n 8) 2290. *Kaya* da sözleşme sonrasında taraflar arasında ayrıca bir rekabet yasağı anlaşması bulunmadığı durumlarda, acentenin rekabetinin denkleştirme istemine mâni olmayacağı görüşünde olduğunu ifade etmiştir (Kaya, Şerh (n 1) 264).

<sup>116</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 133; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 68; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162.

belirlenirken somut olayın koşulları doğrultusunda ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirebilir<sup>117</sup>.

## **b. Sözleşme Sonrası İçin Rekabet Yasağı Anlaşması Yapılmasının Denkleştirme Tazminatına Etkisi**

### **aa. Türk Ticaret Kanunu'nun 123. Maddesine Tabi Rekabet Yasağı Anlaşmaları**

Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde<sup>118</sup> bu hükmün Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesinden alındığı ifade edilmiştir. Alman hukukunda doktrinde, rekabet yasağı anlaşmalarının anayasaya uygun kabul edilebilmesi için acenteye rekabet yasağı için belirli bir miktar ödenmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Zira Alman Anayasası'nın 12. maddesinde her Almanın mesleğini, iş ve eğitim yerini serbestçe seçme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Acentenin mesleğini serbestçe yapmasını engelleyen bir sözleşmenin Alman Anayasası'na uygun kabul edilebilmesi için rekabet yasağının, hakkın özünü zedelemeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Alman kanun koyucu da rekabet yasağının, sadece uygun bir tazminat ödenmesi karşılığında yapılmasını öngörerek, meslek özgürlüğü temel hak ve hürriyetinin özünü korumaya çalışmıştır. Türk hukukunda doktrinde de rekabet yasağının çalışma özgürlüğüyle yakından ilişkili olması nedeniyle kamusal bir yönü olduğu da ifade edilmektedir<sup>120</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesi acente ile müvekkil arasında yapılan tüm rekabet yasağı anlaşmalarına uygulanmaz. Acente, hukukî niteliği itibariyle bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Ancak ekonomik olarak çoğunlukla müvekkile bağlıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesiyle henüz acentelik sözleşmesi sona ermeden önce müvekkilin, ekonomik üstünlüğünü kullanarak tek taraflı isteği veya baskısı üzerine rekabet yasağı anlaşması yapan acentenin korunması amaçlanmıştır<sup>121</sup>. Öte yandan acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin müvekkile olan bağımlılığı da sona

<sup>117</sup> Aynı yönde bkz Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162.

<sup>118</sup> TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, 108.

<sup>119</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §90a, Kn. 1; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §90a, Kn. 1, 33.

<sup>120</sup> Kaya, Şerh (n 1) 306; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 582; Sadullah Evliyaoglu, Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması (Seçkin 2017) 66.

<sup>121</sup> Kaya, Şerh (n 1) 312; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 1) 584.



erdiğinden, acente rekabet yasağı anlaşması yapmak veya yapmamak konusunda iradesini özgürce kullanabilir. Bu nedenle acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin korunmaya ihtiyacı olmadığından, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri Kanun'un 123. maddesinin uygulama alanı dışındadır<sup>122,123</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinin uygulama alanı kapsamındaki rekabet yasağı anlaşması yapıldığında, acenteye rekabet yasağı için ödenen tazminatın, denkleştirme tazminatına etkisi konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur.

İsviçre hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, kural olarak denkleştirme tazminatı ile rekabet yasağı nedeniyle ödenmesi gereken tazminatın (*Karenzentschädigung*) amaçları birbirinden farklı olduğundan, acente her iki talepte de bulunabilir, ancak rekabet yasağının müvekkile bırakılan müşteri çevresine ilişkin olduğu durumlarda acentenin kümülatif biçimde her iki tazminatı da talep etmesi mümkün değildir<sup>124</sup>. İsviçre hukukunda doktrindeki başka bir görüşe göreyse, amaçları örtüşmemekle birlikte müvekkilin acenteye ödediği bekleme süresi ücreti aynı zamanda müvekkile bırakılan müşteri çevresini de kapsıyorsa, acente ayrıca denkleştirme tazminatı talep edemez<sup>125</sup>. Denkleştirme tazminatı talebi öncelikli olmasına rağmen acente rekabet yasağı anlaşması sonucunda faaliyet gösteremediği için kural olarak

<sup>122</sup> Kaya, Acentelik (n 1), 401, dn. 388; Kaya (n 121) 47; Nazire Kaya, 'Acentenin Sözleşme Süresince ve Sözleşmeden Sonraki Rekabet Yasağı' (2014) 9 (96) Terazi Hukuk Dergisi 42, 47; Betül Aktaş Tekeş, 'Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Temel Sorunlar' (2015) 14 (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 94; Evliyaoğlu (n 117) 66. Aksi yönde bkz Yaşar Can Göksoy, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması' (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 895, 900.

<sup>123</sup> Alman hukukunda doktrindeki baskın görüş, Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinin mehazı olan Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesinin uygulama alanının da acentelik sözleşmesiyle birlikte veya acentelik sözleşmesi devam ederken yapılan rekabet yasağı anlaşmalarıyla sınırlı olduğu kabul edilmektedir (Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §90a, Kn. 4; Oetker (n 15) §90a, Kn. 15; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §90a, Kn. 5,7; Heidel and Schall (n 22) §90a, Kn. 2).

<sup>124</sup> Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (4th edn, Orell Füssli 2023) Art. 418d, Kn. 9.

<sup>125</sup> Theodor Bühler, *Züricher Kommentar zum Obligationenrecht Bd. V/2f – Art. 418a-418v OR Der Agenturvertrag* (3rd edn, Schulthess 2000) Art. 418d, Kn. 41; Corinne Widmer Lüchinger and David Oser, *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (7th edn, Helbing Lichtenbahn 2019) Art. 418d, Kn. 9.

oluşturduğu müşteri çevresini kaybedeceğinden, rekabet yasağı anlaşması için ödenen tazminat denkleştirme tazminatını içerir. Öte yandan bu görüşe göre örneğin rekabet yasağı sadece bir ürün grubuna yönelik olarak yapılmışsa ve rekabet yasağı kapsamında olmayan başka bir ürün sadece müvekkil tarafından üretildiği için acente müşteri çevresinden faydalanamıyor ve bu ürün bakımından dolayısıyla rekabet etmesi mümkün olmuyorsa, hem rekabet yasağı tazminatı hem de denkleştirme tazminatı ödenmesi gerekir<sup>126</sup>. Söz konusu örnekte sadece müvekkil tarafından üretilen ürün, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acenteye verilmediğinden, müvekkil bu ürün bakımından sözleşme sonrasında da acentenin oluşturduğu müşteri çevresinden menfaat elde etmeye devam etmekte, acente ise sözleşme sona erdiği için ücrete hak kazanamamaktadır. Bu görüşe göre, bu nedenle acenteye ayrıca denkleştirme tazminatı ödenmesi gerekir.

İsviçre hukukunda doktrindeki bir diğer görüşe göreyse, rekabet yasağı anlaşması için tazminat ödendiği durumlarda acentenin denkleştirme tazminatı talep edemeyeceği kabul edilmelidir<sup>127</sup>. Zira acenteye rekabet yasağı anlaşması nedeniyle tazminat ödendiği durumlarda, acentenin ayrıca denkleştirme tazminatı da talep edebileceği kabul edilirse, acenteye sözleşmenin ifası sırasında ödenen ücretin iki katı kadar bir miktar, hiç çalışmadığı bir dönem için ödenmiş olur. Bu görüşe göre, acentenin sosyal olarak korunması amacına dayanılarak taraflar arasındaki menfaat dengesi müvekkilin haklı menfaatleri ihlâl edilecek şekilde acente lehine bozulmuş olur. Sinallagmatik bir sözleşmede, tarafların sözleşme kapsamında menfaat elde etmelerinin yanı sıra bazı fedakârlıklarda bulunmaları da işin doğası gereğidir. Dolayısıyla sözleşmenin bir tarafının tüm menfaatleri elde ederken, ekonomik olarak daha güçlü olduğu varsayılan diğer tarafın tüm fedakârlıklara katlanması da beklenemez.

Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre ise, denkleştirme tazminatı ve rekabet yasağı için ödenen tazminat birinden farklı amaçlara hizmet ettikleri için acentelik sözleşmesi sona erdiğinde rekabet yasağı anlaşması yapılırsa, acente gerek denkleştirme tazminatı gerekse rekabet yasağı anlaşması için uygun bir tazminatın kendisine ödenmesini talep edebilir<sup>128</sup>. Çünkü rekabet yasağı anlaşması için ödenen tazminat, hemen

<sup>126</sup> Bühler (n 119) Art. 418d, Kn. 42.

<sup>127</sup> Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Bd. 6 Art. 407-424 OR* (Stämpfli 1964) Art. 418d, Kn. 6a, 6b.

<sup>128</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §90a, Kn. 46; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 17; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 154; Heidel and Schall *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1* (2024)

yukarıda belirtildiği üzere, acentenin mesleğini serbestçe yapabilme özgürlüğü kısıtlandığı ve rekabet yasağı boyunca hayatını ekonomik olarak devam ettirebilmesi için ödenmektedir.<sup>129</sup>

Denkleştirme tazminatının ve rekabet yasağı anlaşması nedeniyle ödenen tazminatın kanunda farklı gerekçelerle düzenlendiği ve farklı amaçlara hizmet ettiği konusunda bir şüphe yoktur. Denkleştirme tazminatı acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin ücret hakkını kaybetmesine rağmen, müvekkilin acentenin oluşturduğu müşteri çevresinden menfaat elde etmeye devam ettiği için acenteye verilen bir edimdir. Rekabet yasağı ise kural olarak müvekkilin menfaatlerini korur<sup>130</sup>. Zira acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra müvekkilin yeni bir acenteye çalışmaya başlaması, yeni acentenin sektörü ve müşteri çevresini tanınması belirli bir zaman alabilir. Bu süre içerisinde acentenin, sözleşme süresince edindiği *know-how*u, müşteri çevresi ile kurduğu kişisel ilişkilerini ve tecrübesini müvekkilin bir başka rakibi için kullanması, müvekkil bakımından istenmeyen bir durumdur. Dolayısıyla sözleşmesi sona eren acentenin müvekkille rekabet etmemesinde müvekkilin haklı bir menfaati söz konusudur. Ancak hemen yukarıda belirtildiği üzere, kural olarak ekonomik yönden daha güçlü olan müvekkilin, kendi menfaatlerini korumak için acentelik sözleşmesinin henüz kurulması aşamasında veya sözleşme ilişkisi devam ederken acentenin ekonomik olarak kendisine bağlı olması durumunu suiistimal etmek suretiyle acentenin haklı menfaatlerini ihlâl edecek şekilde rekabet yasağı anlaşması yapamaması için Kanun'un 123. maddesiyle acente korunmaya çalışılmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinin uygulama alanına giren rekabet yasağı sözleşmelerine kanun koyucu ihtiyatla yaklaşmış ve bu süre içerisinde acentenin rekabet yasağı anlaşması yapma konusundaki iradesini özgürce ortaya koyamayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle Kanun'un 123. maddesi uyarınca ödenecek bekleme süresi ücretinin, kural olarak denkleştirme tazminatı üzerinde miktar bakımından azaltıcı bir etkiye sahip olmadığı kabul

(n 22) §90a, Kn. 10; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §90a, Kn. 6; Oetker (n 15) §90a, Kn. 26; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §90a, Kn. 35.

<sup>129</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §90a, Kn. 5; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §90a, Kn. 15; Oetker (n 15) §90a, Kn. 2; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §90a, Kn. 3; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §90a, Kn. 34.

<sup>130</sup> Kaya, Şerh (n 1) 306-307; Kaya, Acentelik (n 1) 400; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 1) 589; Asuman Yılmaz, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Antlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel (2011) 20 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309, 310; Aktaş Tekeş (n 121) 92; Kaya (n 121) 47. Aynı yönde bkz Kayıhan (n 1) 115.

edilmelidir. Aksinin kabulü, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. ve 123. maddelerinin acenteyi koruma amacına aykırı olur. Zira acente, rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin iradesini tam olarak ortaya koyamadığı gibi imzalamak zorunda kaldığı (veya kendisini imzalamak zorunda hissettiği) bu anlaşma yüzünden daha düşük bir denkleştirme tazminatı alabilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesine tabi rekabet yasağı sözleşmelerinde acente, her ne kadar müvekkile kıyasla daha güçsüz ve korunmaya muhtaç taraf olarak görülse de, somut olayda tarafların çatışan menfaatlerini eşit şekilde gözetilen bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılmış olması da mümkündür. Bu gibi durumlarda kanaatimizce başta yer ve konu bakımından sınırları olmak üzere rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı ve acenteye ödenmesi kararlaştırılan bekleme süresinin miktarı titizlikle değerlendirilmelidir. Somut olayda rekabet yasağının sınırları daha dar belirlenmiş ve acenteye bekleme süresi ücreti olarak emsallerinin çok üzerinde bir ücret verilmiş olması, acentenin denkleştirme tazminatı miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirebilir. Acentenin sözleşmeyle yeterince korunduğu durumlarda, ayrıca rekabet etmeme yükümlülüğü nedeniyle acentenin kendi oluşturduğu müşteri çevresinden hiçbir kazanç elde edemeyeceği de gözetilerek bekleme süresi ücretinin miktarı belirlendiyse, bu husus kanaatimizce denkleştirme tazminatı miktarı hesaplanırken hakkaniyet incelemesi kapsamında bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

### **bb. Acentelik Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Yapılan Rekabet Yasağı Anlaşması**

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin müvekkile ekonomik olarak bağlılığı da sona ermiş olacağından, müvekkile yaptığı rekabet yasağı sözleşmesine Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesi uygulanmaz. Sözleşme sona erdikten sonra acente, rekabet yasağı anlaşması yapıp yapmama konusunda iradesini özgürce ortaya koyabilir. Acentenin rekabet yasağı anlaşması yapmayı tercih ettiği durumlarda, bekleme süresi için ödenen bedel denkleştirme tazminatına etki edebilir. Ham miktar hesaplanırken, acentenin müvekkile yeni kazandırdığı veya ilişkileri genişletip derinleştirdiği eski müşterilerin bir kısmının zaman içinde kaybedileceği dikkate alınmakta ve bu kayıp yüzdesi oranında (*Abwanderungsquote*) bir indirim yapılmaktadır<sup>131</sup>.

<sup>131</sup> Kaya, Şerh (n 1) 268; Kaya (n 2) 23; Karasu (n 1) 294; Doğanay (n 8) 2280; Darı (n 17) 383; Badak Aybar (n 1) 188-189; Yılmaz (n 1) 138.

Bu kayıp oranı, ilgili sektördeki rekabet, piyasadaki rakiplerin sayısı gibi farklı hususlara bağılı olarak değişiklik göstermektedir. Bununla birlikte Alman hukukundaki tespitlerden hareketle doktrinde, müşteri kaybı oranının ilk yıl için ortalama %20 olduğu, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra beş yıl içinde acentenin kazandırdığı tüm müşterilerin ise kaybedileceğı ifade edilmektedir<sup>132</sup>. Acentenin rekabet yasağı anlaşması kapsamında müvekkille rekabet etmemesi, somut olayda müşteri kayıp oranının daha düşük hesaplanmasına neden olabilir. Zira ham tazminat miktarı, ileriye dönük varsayımlar üzerinden hesaplanmaktadır<sup>133</sup>. Bu gibi durumlarda acentenin ücret kaybı olduğunu da kabul etmek gerekir, çünkü acente müvekkille rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlendiğı için rekabet etmemesi sonucunda müvekkille çalışmaya devam eden müşterilerden ücret elde etmesi de mümkün olmaz. Dolayısıyla acentenin müvekkille rekabet etmemesi, somut olayda denkleştirme miktarında arttırıcı bir etkiye sahip olabilir.

Rekabet yasağı sözleşmesi için müvekkil, kural olarak acenteye rekabet etmemesi karşılığında bir bedel öder. Rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı itibariyle acente, oluşturduğu müşteri çevresi bakımından müvekkille hiçbir şekilde rekabet etmemeyi taahhüt etmişse, somut olayda denkleştirme tazminatı ile rekabet yasağı için ödenen bedelin kesiştiğı bir nokta olduğunu kabul etmek gerekir. Müvekkil, hem rekabet yasağı için bir bedel ödemekte hem de acente rekabet etmediğı için denkleştirme tazminatı miktarında bir artış yaşanmaktadır. Aynı menfaate yönelik olarak acenteye iki kere ödeme yapılıyor olması, kanaatimizce hakkaniyete uygunluk kapsamında ham tazminat miktarında indirimle gidilmesini mümkün kılar. Somut olayda rekabet yasağı nedeniyle müvekkilin daha fazla menfaat elde edeceği varsayımından hareketle arttırılan denkleştirme tazminatı miktarı, acenteye yapılan bekleme süresi ücretiyle örtüştüğü ölçüde hakkaniyete uygunluk incelemesi kapsamında bir indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir.

## **F. CİRONUN AZALMASI**

Müvekkilin cirosu, kural olarak acentenin faaliyeti neticesinde artar. Bununla birlikte piyasa şartları doğrultusunda acentenin faaliyetine rağmen müvekkilin cirosunda azalma meydana gelmesi mümkündür. Ekonomik şartlar, piyasadaki durgunluk gibi tarafların kontrol edemediğı sebeplerle

<sup>132</sup> Kaya, Şerh (n 1) 268; Kaya (n 2) 23; Karasu (n 1) 294.

<sup>133</sup> Kaya, Şerh (n 1) 266; Kaya (n 2) 21-22; Ayan (n 1) 196; Kayıhan (n 1) 191; Yılmaz (n 1) 137; Doğanay (n 8) 2274; Darı (n 17) 382.

ciroda meydana gelen azalma nedeniyle denkleştirme tazminatı miktarında indirim yapılması söz konusu olmaz. Bununla birlikte acentenin sözleşme uyarınca yerine getirmesi gereken yükümlülüklerini bilinçli olarak ihlal etmesi nedeniyle yeni müşteri bulamaması veya bulduğu yeni müşterileri kaybetmesi, geçmiş yıllarda elde ettiği ücret miktarına olumsuz etki edeceği için ham tazminat miktarı hesaplanırken zaten acente aleyhine denkleştirme tazminatı miktarının daha düşük hesaplanmasına neden olur. Fakat somut olayın özelliklerine göre acentenin yükümlülüklerini yerine getirmedeki kusurunun ağırlığı veya cironun azalmasının acente tarafından önlenebilecek nitelikte olması, ayrıca bir hakkaniyet indirimi sebebi olarak da dikkate alınmalıdır<sup>134</sup>.

Acentenin, diğer acentelere kıyasla müvekkilin toplam cirosuna yaptığı katkının daha az olması kural olarak denkleştirme tazminatı miktarını etkileyen bir husus değildir. Acentenin atandığı bölgedeki ekonomik koşullar, faaliyet gösteren rakiplerin gücü ve sayısı, o bölgede yerleşik olan potansiyel müşteri sayısı gibi pek çok husus, farklı acentelerin müvekkilin toplam cirosuna yaptığı katkıyı etkileyebilir. Ancak acente, kendisine atfedilebilecek bir kusur nedeniyle diğer acentelere kıyasla daha düşük performans sergiliyorsa, bu husus ham tazminat miktarı hesaplanırken acente aleyhine etki edeceği gibi somut olayın şartlarına göre hakkaniyet denetimi kapsamında bir indirim sebebi olarak da dikkate alınabilir<sup>135</sup>.

Acentenin eski müşterilerle ilgilenmemesi nedeniyle eski müşterilerde kayıp yaşanması, kural olarak denkleştirme tazminatının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Zira ham tazminat miktarı yapılırken, eski müşteriler dikkate alınmamaktadır. Ancak acentenin genel olarak müşterilere karşı tutum ve tavırları nedeniyle müvekkilin itibarı zedelenmişse ve eski müşterilerle ilişkisinin genişletilmesi veya derinleştirilmesi imkânı kaçırılmışsa, bu husus da denkleştirme tazminatı miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirir<sup>136</sup>.

<sup>134</sup> Ayan (n 1) 201; Yılmaz (n 1) 144; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 186; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 132; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 70; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162.

<sup>135</sup> Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 66.

<sup>136</sup> Karasu (n 1) 302; Ayan (n 1) 202; Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 132; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 70; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 60.

Müvekkil, yukarıda ifade edildiği üzere, acentenin ifa yardımcılarının kusuru nedeniyle ortaya çıkan hususlardan dolayı acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshetse bile acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi mümkündür. Ancak acentenin ifa yardımcılarının kusuru nedeniyle müvekkilin uğradığı kayıp, denkleştirme tazminatı hesaplanırken hakkaniyet denetimi kapsamında bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir<sup>137</sup>.

### **G. ACENTENİN MÜŞTERİ ÇEVRESİ OLUŞTURMAK İÇİN ÇABA HARCAMAMIŞ OLMASI**

Acentenin müşteri çevresi oluşturmak için harcadığı çaba miktarının denkleştirme tazminatı miktarı üzerinde bir etkisi yoktur. Denkleştirme tazminatı, acente ücret hakkını kaybetmesine rağmen müvekkil oluşturulan müşteri çevresinden menfaat elde ettiği için ödenir. Bununla birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi, yeni kurulan bir şirketin iflâs eden başka bir şirketin müşteri çevresini acentesi üzerinden devralmasını ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektiren bir hâl olarak değerlendirmiştir<sup>138</sup>. Karara konu olayda, iflâs eden şirketin iflas müdürü çalıştıkları müşteri çevresine ilişkin iletişim bilgilerini yeni kurulan şirketle paylaşmıştır. Yeni kurulan şirket, iflâs eden şirketin müşteri çevresine ait iletişim bilgilerini kendi acentesine vermiştir. Daha sonra yeni şirketin acentesi, iflâs eden şirketin müşteri çevresiyle iletişime geçtiği için bu müşteriler yeni kurulan müvekkil şirketle çalışmaya başlamıştır. Federal Yüksek Mahkeme, acentenin bu müşteri çevresiyle iletişime geçerek müvekkille sözleşme yapılmasına aracılık ettiği için bu müşterilerin acente tarafından müvekkile kazandırılan “yeni müşteri” niteliğinde olduğunu kabul etmiştir, fakat müşteri çevresine ilişkin iletişim bilgilerinin doğrudan müvekkil tarafından acenteye verilmesini de ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektiren bir husus olarak değerlendirmiştir<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Drescher, Holger and Schmidt (n 9) §89b, Kn. 135; Canaris, Habersack and Schäfer (n 20) §89b, Kn. 162; Horn, Balzer, Borges and Herrmann (n 14) §89b, Kn. 60, 69; Hopt, Kumpan, Leyens, Merkt and Roth (n 15) §89b, Kn. 34; Häublein and Hoffmann-Theinert (n 9) §89b, Kn. 70; Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 189.

<sup>138</sup> BGH NJW 2012, 304 vd.

<sup>139</sup> “Yeni kurulan bir şirketin iflâs eden bir başka şirketin hem müşterilerini hem de acentesini devralması halinde, acentenin faaliyeti nedeniyle yeni kurulan şirketle ilk kez işlem yapan eski müşteriler, acente tarafından şirkete kazandırılan yeni müşteriler olarak kabul edilir. Yeni kurulan bir şirketin henüz eski veya kalıcı müşterisi yoktur ve yeni kurulduğundan

Hesaplanan tazminat miktarının hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında istisnaî olarak acentenin müşteri çevresini oluşturmak için harcadığı çabanın miktarı dikkate alınabilir. Müvekkilin yoğun çabaları veya reklam çalışmaları nedeniyle acentenin müşterileri müvekkille çalışmaya ikna etmesinin daha kolay olduğu durumlarda olduğu gibi istisnaî olarak müşteri çevresinin oluşturulmasında acentenin çabasının sadece çok sınırlı kaldığı hâllerde, bu husus kanaatimizce hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında ham tazminat miktarında indirim yapılmasını gerektirebilir.

### **Ğ. Denkleştirme Tazminatı Yerine Geçmek Üzere Acenteye Yapılan Diğer Ödemeler**

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Emredici nitelikte olan bu düzenleme dolayısıyla acentenin denkleştirme tazminatı talebini ortadan kaldıran veya önemli ölçüde sınırlandıran veyahut talep hakkını acente aleyhine değiştiren sözleşmeler geçersizdir<sup>140</sup>. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olduğu için geçersiz olmasına rağmen denkleştirme tazminatının ödenmemesi veya çok cüzi bir miktar ödenmesi için taraflar arasında bir anlaşma yapılmış olabilir. Uygulamada acentelik sözleşmelerinde Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olmakla birlikte bu yönde sözleşme hükümlerine yer verilmektedir.

Müvekkil, bu kapsamda acenteye bir ödeme yapmış ve söz konusu anlaşmanın geçersizliğine istinaden bu bedel acenteden geri alınmamışsa, hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında ödenen ve acentede kalan bu bedel ham tazminat miktarından indirilmelidir<sup>141</sup>.

dolayı da bunlara sahip olması zaten mümkün değildir... Ancak yeni kurulan şirketin sahibinin, acenteye, iflâs eden şirket müşterilerine ilişkin iletişim bilgilerin vererek müşterilerin yeni şirkete kazandırılmasını kolaylaştırmasının, acentenin daha sonraki denkleştirme tazminat talebi açısından önemsiz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu husus, denkleştirme tazminatı ödenip ödenmemesi gerektiği, ödenmesi gerekiyorsa da hangi ölçüde ödenmesi gerektiği bakımından (mülgâ AlmTK m. 89b/I-1 Nr.3 ve AlmTK m. 89b/I-1 Nr. 2) dikkate alınabilir ve denkleştirme tazminatı talebinde indirim yapılmasına neden olabilir." BGH NJW 2012, 306.

<sup>140</sup> Kaya (n 2) 41; Kaya, Şerh (n 1) 270-271; Karasu (n 1) 308; Kaya, Acentelik (n 1) 397; Ayan (n 1) 220.

<sup>141</sup> Alman hukukunda aynı yönde bkz Boujong, Ebenroth, Joost and Strohn (n 9) §89b, Kn. 191.



## SONUÇ

Hakkaniyete uygunluk, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca denkleştirme tazminatı ödenmesi için somut olayda mevcut olması gereken ve diğer şartlardan bağımsız bir koşuldur. Somut olayda yapılan değerlendirme neticesinde acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunmasının şartlarının gerçekleştiği sonucuna varılırsa, hakkaniyete uygunluk acenteye ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde de ayrıca bir rol oynar. Bu açıdan hakkaniyete uygunluk şartının ikili bir işlevi vardır.

Hakkaniyet kavramı, soyut ve normatif bir kavramdır. Bu kavram somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre şekillendiğinden, peşinen hangi durumlarda denkleştirme tazminatı ödenmesi gerektiğini veya gerekmediğini söylemek mümkün değildir. Ancak genel bir ilke olarak gerek denkleştirme tazminatı talebinin doğması gerekse ödenmesi gereken tazminat miktarının hesaplanmasında hakkaniyete uygunluk, tarafların çatışan menfaatleri karşılıklı olarak tartılmak ve somut olayın özellikleri doğrultusunda haklı menfaati daha ağır basan taraf tespit edilmek suretiyle belirlenmelidir. Hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi bakımından tarafların çatışan menfaatleri, kural olarak sözleşmenin sona ermesiyle acentenin kaybettiği menfaatler ile müvekkilin elde etmeye devam ettiği menfaatlerdir. Hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi yapılırken, somut olayda bu menfaatlere ilişkin özellik gösteren hususlar irdelenmelidir. Bu kapsamda hâkim, hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi yaparken öncelikle tarafların çatışan menfaatlerini tespit etmeli, daha sonra somut olaya özgü olan ve tarafların çatışan menfaatlerinden hangisinin diğerine karşı daha üstün tutulması gerektiğini haklı gösteren unsurlar var ise, bunları irdelemeli ve son olarak somut olaya özgü bu unsurun veya unsurların taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlarken nasıl yorumlandığını gerekçeleriyle birlikte ortaya koymalıdır.

Denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygun olmadığı durumları tahdidî olarak öngören bir düzenlemeye Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrasında denkleştirme tazminatı talebinde bulunulamayacak bazı hâller zikredilmek suretiyle, hakkaniyete uygunluk şartı kısmen somutlaştırmıştır. Bu iki hâl dışında denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu durumlar, bu hususun Türk Ticaret Kanunu'nun

122. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında hakkaniyete uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.

Acentenin, denkleştirme tazminatını talep etme hakkını kaybedeceği endişesiyle kendisi için çekilmez hâle gelmiş sözleşmesel bir ilişkiyi devam ettirmesi beklenemez. Bu nedenle Kanun'un 122. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli olarak "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ifadesi kullanılmış ve acentenin sözleşmeyi teknik anlamda "haklı nedenle" feshetmesi aranmamıştır. Bu noktada belirleyici unsur, müvekkilin eylemleri karşısında acentenin sözleşme ilişkisine devam etmesinin dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenip beklenemeyeceğidir. Müvekkilin bir fiili veya ihmalinin yanı sıra ticarî davranışlarının sonucu olarak ortaya çıkan mali durum da müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi kavramı kapsamında değerlendirilir. Alman hukukunda doktrindeki kabulün aksine, müvekkilin günlük veya haftalık bilgi verilmesi talebinde bulunması "müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi" olarak görülmemelidir. Zira acente Türk Ticaret Kanunu'nun 109. maddesinin birinci fıkrası uyarınca müvekkilin menfaatlerini korumakla yükümlü olup, ayrıca Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bölgesindeki piyasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları müvekkile zamanında bildirmekle zorunlu kılınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda bildirim yükümlülüğü bakımından belirli bir şekil veya zaman dilimi öngörülmediğinden, "zamanında" kavramını taraflar, sözleşmeyle diledikleri gibi somutlaştırabilirler. Müvekkil sözleşmeye uygun hareket etmiş ve acente için sözleşmeyi çekilmez hâle getiren durum müvekkile isnat edilebilecek nitelikte değilse, kural olarak müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eyleminden de bahsedilemez. Örneğin, acentenin daha düşük bir ücret karşılığında sözleşmeyi yenilemesi, müvekkilin kendi inisiyatifiyle ödediği işletme maliyeti desteğini kesmesi, kendine ait bir taşınmazda acenteye rayiç kiralara göre daha uygun bir kira teklif etmemesi veya acentenin kendi gelirini arttırabilmesi için rakipleri için faaliyet göstermesine izin vermemesi gibi hususlar nedeniyle acente sözleşmeyi feshederse, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca denkleştirme tazminatı talep edemez.

Kişinin kendi kusurlu davranışından hak elde edemeyeceği ilkesi gereğince Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrasıyla acentenin kendi kusuruna dayalı bir haklı sebep nedeniyle acentelik sözleşmesini feshedildiğinde, denkleştirme tazminatı talebinde bulunamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun 122.

maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama alanı bakımından önem arz eden husus, haklı fesih sebebinin acentenin kusuruna dayanmasıdır. Acentenin müvekkile hakaret etmesi veya rekabet yasağını ihlâl etmesi gibi durumlar, acentenin kusurlu davranışına örnek teşkil eder. Yargıtay içtihatlarına göre acentenin müvekkil adına tahsil ettiği sigorta primlerini zamanında müvekkile ödememesi ve ayrıca yeni müşteri şikâyetlerine neden olması haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Acentenin müşterinin imzasını taklit etmek suretiyle belgede sahtecilik yapması da müvekkil tarafından yapılan feshi haklı kılar. Acente, rakip faaliyette bulunan bir akrabasıyla birlikte aynı ofis içerisinde çalıştığını müvekkile bildirmemişse, bu durum müvekkilin güvenini sarsabilecek nitelikte olduğundan müvekkil sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Acentelik sözleşmesinde acentenin üçüncü kişilerle de çalışabilmesi için müvekkilden izin alması gerektiğine ilişkin bir şart öngörülmüşse, bu izni almaksızın üçüncü kişilerle acentelik ilişkisi kurması da müvekkil açısından acentenin kusuruna dayanan haklı bir fesih sebebidir. Acentenin kusurundan kaynaklanan portföy azalması, müvekkil açısından sözleşmenin haklı fesihle sonlandırılmasını mümkün kılan bir diğer sebeptir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca acentenin denkleştirme tazminatı talep etme hakkının doğmaması için sözleşmenin müvekkil tarafından feshedilmiş olması gerekmektedir. Müvekkil sözleşmeyi feshetmeden önce acentelik sözleşmesinin (örneğin acentenin ölmesi gibi) başka bir sebeple sona ermesi durumunda acente (veya acentenin ölümü halinde mirasçılari) kural olarak denkleştirme tazminatı talep edebilir, ancak acentelik sözleşmesinin müvekkilin haklı nedene dayalı feshi dışındaki bir sebepten dolayı sona ermesi, haklı sebebin varlığının hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Haklı sebep, acentenin denkleştirme tazminatı talebinin hakkaniyete uygunluk değerlendirmesi kapsamında dikkate alınır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da hakkaniyet gibi genel ilke ve hükümler uyarınca Türk hukukunda da sözleşmenin devri konusunda tarafların anlaşması durumunda acente kural olarak denkleştirme tazminatı talep edememelidir. Zira sözleşmenin devri, kural olarak bir menfaat karşılığında gerçekleşir. Acentenin hem sözleşmenin devri için bir menfaat elde etmesi hem de müvekkilden denkleştirme tazminatı talebinde bulunması hakkaniyet uygun olmaz. Türk hukukunda doktrinde, Alman hukukuna paralel olarak, acentelik sözleşmesinin devrinin sözleşme sona ermeden yapılamayacağı kabul edilmektedir. Kanaatimizce

“sözleşme sona ermeden” ifadesi, Alman hukukunda olduğu gibi eski acentenin, sözleşmenin devredilmesi nedeniyle geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı sıfatını kaybetmesi olarak anlaşılmalıdır. Sözleşmenin devrinden bahsedilebilmesi için borç ilişkisinin sona ermiş olmaması gerekir. Çünkü geniş anlamda borcun sona ermesiyle borç ilişkisi ortadan kalkar ve devri kabil bir borç ilişkisinin varlığından bahsedilemez.

Acentenin iflâs etmesi nedeniyle acentelik sözleşmesinin sona erdiği durumlarda acentenin denkleştirme tazminatı talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda Kanun’da açık bir düzenleme yapılmamıştır. Katıldığımız Türk hukukunda doktrindeki baskın görüşe göreyse, acente kendi kusuru nedeniyle iflâs etmiş olduğu hâllerde denkleştirme tazminatı talep edemez. Acentenin konkordato ilan etmesi veya henüz konkordato ilan etmemiş olsa bile ödeme güçlüğü içerisinde olması durumunda, müvekkilin acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Konkordato ilan etmesine veya ödeme güçlüğüne düşmesine neden olan hususlar bakımından kusurlu ise acente, ayrıca denkleştirme tazminatı talebinde de bulunamaz. Acentenin konkordato ilan etmesi veya ödeme güçlüğü içinde bulunmasında kural olarak kusurlu olduğunun kabulü gerektiğini düşünüyoruz. Zira acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu gözetildiğinde, müvekkilin acentenin kusurlu olduğunu ispat etmesi için gerekli delillere ulaşması zordur. Ödeme güçlüğüne düşülmesinde veya konkordato talep edilmesi zorunluluğunun doğmasında (örneğin ekonomik kriz, piyasa şartları, siyasî veya ekonomik istikrarsızlık vs gibi) dış etkenlerin rol oynaması kuvvetle muhtemeldir. Ancak acentenin, basiretli bir iş adamı gibi davranmakla yükümlü olduğu unutulmamalıdır (TTK m. 18/3). Dolayısıyla acente, bu tür olumsuz hususları öngörerek, zamanında gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu önlemleri almasına rağmen ödeme güçlüğüne düştüğünü veya konkordato ilan etmek zorunda kaldığını acente ispat edebilir. Kusursuz olduğunu ispat ettiği ölçüde acente, denkleştirme tazminatına da hak kazanır.

Somut olayın şartları gözetildiğinde acentenin atandığı yer, bölge veya müşteri çevresinin sınırlandırılmasının yarattığı etkinin ağırlığına göre acente denkleştirme tazminatı talep edebilir, bununla birlikte küçük ölçekli değişikliklerde acentenin denkleştirme tazminatı talep etme hakkı yoktur. Acentelik sözleşmesinde küçük ölçeli bir değişiklik mi yapıldığı, yoksa sınırlandırmanın denkleştirme tazminatı talep edilmesini mümkün kılacak ölçüde sözleşmeyi mi değiştirdiği, somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yapılan sınırlandırma ölçek olarak çok küçük bir alanı kapsamakla birlikte, müşterilerinin çoğunluğu bu bölgede veya acentenin

o bölgede çok az sayıda müşterisi olmasına rağmen cirosunun önemli kısmını bu bölgedeki müşterilerle yapılan ticarî faaliyetinden elde ediyorsa, acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan acentenin bölgesinin sınırı dışına çıkarılan alanda hiçbir müşteri olmadığı ve bu nedenle ticari faaliyetinin hiç etkilemediği durumlarda, denkleştirme tazminatı talep edilemez. Zaten bu gibi durumlarda denkleştirme tazminatı talebinin şartlarından olan “önemli menfaat” koşulunun gerçekleştiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

Müvekkil ve acente, acentelik sözleşmesi devam ederken acentenin atandığı bölgenin değiştirilmesi konusunda anlaşabilirler. Ayrıca müvekkil, acentelik sözleşmesinde tek taraflı olarak acentenin atandığı bölgeyi değiştirme hakkını saklı tutmuş da olabilir. Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, acentenin atandığı bölgenin değiştirilmesi durumunda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermediğinden, acente bölge değişikliği nedeniyle denkleştirme tazminatı talep edemez. Denkleştirme tazminatı, acentelik sözleşmesinin sona ermesiyle müeccel olan bir karşılıktır. Sözleşme ilişkisi sona ermediği sürece, denkleştirme tazminatının talep edilmesi mümkün değildir. Ancak denkleştirme tazminatının, hakkaniyet düşüncesine dayandığı da unutulmamalıdır. Kanaatimizce somut olayda öncelikle bölge değişikliğinin müvekkilin tek taraflı iradesiyle mi yoksa tarafların anlaşmalarına istinaden mi gerçekleştiği irdelenmelidir. Tarafların anlaşması durumunda, acente bölge değişikliği için bir menfaat elde etmişse, kural olarak denkleştirme tazminatı talep edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Müvekkilin sözleşmede kendisine verilmiş olan yetkiye dayanarak, acentenin atandığı bölgeyi tek taraflı olarak değiştirdiği durumlarda ise Kanun’un 122. maddesinin kıyasen uygulanmasının ve şartlarının varlığı durumunda denkleştirme tazminatı talep edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Acentelik sözleşmesi kurulduktan sonra acentenin atandığı bölgenin idari biriminin sınırlarında değişiklik yapılmasıyla, acentenin atandığı bölgenin coğrafi sınırının genişlemesi gibi daralması da söz konusu olabilir. Acentenin atandığı bölgenin sınırının idare tarafından değiştirildiği durumlarda, öncelikle sözleşmenin yorumlanmasıyla bir sonuca varılması gerekir. Ancak taraflar arasında acentenin atandığı bölgenin sınırları konusunda bir uyuşmazlık çıktığı durumlarda, sözleşmenin kısmî feshinde olduğu gibi coğrafi sınırların değiştirilmesinin sözleşmenin bütüne etkisi irdelenerek bir sonuca varılmalıdır. Acentenin atandığı bölgenin idarî sınırlarında yapılan

değişiklik acentelik sözleşmesini etkilemiyorsa, acente denkleştirme tazminatı talep edemez.

Acentenin müşterilerinin merkezlerini veya yerleşim yerlerini acentenin atandığı bölgenin dışına taşımaları durumunda, acentelik sözleşmesi devam ettiği için acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Alman yargı kararlarında müşterinin merkezini acentenin atandığı bölgenin dışına taşımasının, sözleşmenin kısmen sona ermesine eşdeğer olduğu ve Kanun'un 122. maddesinin kıyasen uygulanarak acenteye bir denkleştirme tazminatı ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak Alman hukukunda doktrindeki baskın görüş tarafından haklı olarak ifade edildiği üzere, müşterilerden birisinin merkezini taşıması müvekkil ve acentenin faaliyetlerinden bağımsız olarak alınan ticarî bir karara dayanmakta olup, acentenin gelirinde meydana gelen azalmanın miktarına göre acentenin denkleştirme tazminatı talep edebileceğinin kabulü, üçüncü kişinin ticarî bir kararının sonuçlarının, bu kararda hiçbir etkisi olmayan müvekkile yüklenmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle Alman yargı kararlarında rastlanılan ve denkleştirme tazminatının amacını aşan bu geniş yorum tarzının reddi gerekir.

Hakkaniyete uygunluk şartı, hemen yukarıda belirtildiği üzere ayrıca düzenleyici ve çelişkileri önleyici işlevi nedeniyle acentenin denkleştirme tazminatı talep edebileceği hâllerde somut verilere göre matematiksel olarak ortaya çıkan ham tazminat miktarının arttırılması veya azaltılması gereken özel durumların dikkate alınmasını mümkün kılan bir tashih aracıdır. Zaman içerisinde gerek hukukumuzda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde özellikle yargı kararlarıyla ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi ya da artırımı yapılması gereken olay grupları oluşmuştur.

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin yeniden müvekkille sözleşme akdetmesi gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak müvekkil tarafından acenteye sunulan yeni sözleşme teklifi uygun bir teklifse ve acente bu teklifi herhangi makul bir gerekçe olmaksızın reddederse, acentenin bu reddi, bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

Denkleştirme tazminatının temelinde hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır. Sözleşme devam ederken oluşturmak için emek harcadığı müşteri portföyü için acenteye ücret hakkı dışında birtakım menfaatler sağlanmış olabilir. Bu tür menfaatler, acentelik sözleşmesi sona erdiğinde tazminat miktarı hesaplanırken bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Aracılık ettiği veya müvekkil adına akdettiği sözleşmeler için acenteye, hak kazandığı ücretin yanı sıra sabit bir asgarî tutar ödenmesi kararlaştırılmış olabilir. Acenteye ödenen bu sabit ücretle, acentenin ticarî faaliyetinden doğan işletme riski

kısmen müvekkil tarafından üstlenilmiş olur. Bu nedenle sözleşme devam ettiği sürece acenteye yapılan sabit ücret ödemeleri, denkleştirme tazminatının miktarı belirlenirken bir indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Acentelik sözleşmesinin acentenin menfaatlerini ön planda tutan hükümler içermesi, hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirebilir. Müvekkil, sözleşme sona erdikten sonra da acentenin kazandırdığı müşterilerle yapılan sözleşmeler için acenteye kısmen de olsa bir ücret ödemeyi taahhüt etmiş ise acente lehine bu anlaşmalar hakkaniyete uygunluk çerçevesinde ham tazminat miktarından indirim yapılmasını gerektirir. Ayrıca sözleşme süresince acenteye piyasa ortalamasının üzerinde ücret ödenmesi, hakkaniyete uygunluk kapsamında dikkate alınması gereken bir indirim sebebidir.

Doktrindeki baskın görüşe göre müvekkil acentenin emeklilik primlerini ödemişse veya acentenin ölümü durumunda destekten yoksun kalma hâlini kapsayacak şekilde acenteyi sigortalatmışsa, yapılan prim ödemeleri denkleştirme tazminatı hesaplanırken indirim sebebi olarak dikkate alınır. Alman hukukunda bu kabul, denkleştirme tazminatı ile emeklilik ya da ölüm yardımı ödemeleri arasında “fonksiyonel olarak yakınlık bağı” (*funktionelle Verwandtschaft*) olduğu ile açıklanmaktadır. Kanaatimizce denkleştirme tazminatının, acentenin sözleşme sona erdikten sonraki malî geleceğini teminat altına almak gibi bir işlevi olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Ayrıca denkleştirme tazminatı ile emeklilik ya da ölüm yardımı ödemeleri arasında fonksiyonel olarak yakınlık bağı bulunduğu kabul edilirse, emeklilik aylığının veya ölüm yardımının ne zaman muaccel olacağına bağlı olarak bazı durumlarda aynı edimin denkleştirme tazminatı miktarında indirim sebebi olarak dikkate alınması, bazı durumlarda ise göz ardı edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu kabul, hukukî olarak belirsizliklere sebep olabilir. Kanaatimizce emeklilik veya ölüm yardımı ödemelerinde de müvekkilin bu ödemeleri yapma amacından değil, acentenin bu ödemeler neticesinde elde ettiği menfaatler doğrultusunda kendisine ayrıca bir denkleştirme tazminatı ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığından hareket edilmelidir.

Müvekkilin ürün veya hizmetlerinde kullandığı markanın tanınırlığı ve çekim gücü, denkleştirme tazminatı miktarının hesaplanmasında hakkaniyete uygunluk denetimi çerçevesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur. Somut olayda çekim gücü yüksek markalı bir ürün veya hizmet söz konusu ise, öncelikle markanın acentelik sözleşmesi kurulurken de çekim gücünün yüksek olup olmadığı incelenmelidir. Zira acentelik sözleşmesi akdedilirken

marka zaten tanınmış marka ise veya bilinirliği yüksek bir marka söz konusuysa, bu durum acenteye ödenecek ücret miktarının belirlenmesinde dikkate alınmış olabilir. Ürün veya hizmetin marka nedeniyle satılması daha kolay olduğundan, acentenin söz konusu ürün veya hizmet bakımından ücreti emsallerine kıyasla daha düşük tutulmuş olabilir. Bu gibi durumlarda markanın çekim gücünün hakkaniyet kapsamında tekrar bir indirim sebebi yapılmaması gerekir. Öte yandan ürün veya hizmetin markalı olmasına rağmen acenteye emsallere uygun bir ücret kararlaştırılmışsa, markanın çekim gücü nedeniyle hakkaniyet indirimi yapılmalıdır. Acentelik sözleşmesi akdedilirken, markanın henüz bilinir bir marka olmaması mümkündür. Bu gibi durumlarda, markanın bilinirliğine ve tanınmasına kimin ne ölçüde katkıda bulunduğu irdelenerek bir sonuca varılmalıdır. Müvekkil markasının tanınırlığını kendi imkânlarıyla sağlanmış ve önemli reklam yatırımlarıyla güçlendirmişse, bu husus ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılması için yeterlidir.

Rekabet yasağının denkleştirme tazminatı miktarı üzerindeki etkisi incelenirken, sözleşme sırasında meydana gelen rekabet yasağı ihlalleri ile sözleşme sona erdikten sonrası için yapılan rekabet yasağı anlaşmaları ve bunların ihlâli ayrı ayrı ele alınmalıdır. Sözleşme devam ederken acentenin rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranması, acentelik sözleşmesinin ihlâli niteliğindedir ve müvekkil, bu ihlâlin sonlandırılmasını talep edebilir. Somut olayda ihlâlin ağırlığına göre taraflar arasındaki güven ilişkisi onarılamayacak şekilde sarsılmışsa, müvekkil acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu durumda acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi zaten mümkün değildir. Doktrinde ayrıca, acente rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranmasına rağmen sözleşmenin müvekkil tarafından haklı nedenle feshedilmediği durumlarda söz konusu ihlâlin indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin müvekkille rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte tarafların sözleşme sona erdikten sonraki dönem için rekabet yasağı anlaşması yapmaları kural olarak mümkündür. Rekabet yasağı anlaşması yapılmaması acentenin aleyhine bir sonuç doğurmamalı ve bu nedenle hakkaniyete uygunluk kapsamında kural olarak bir indirim sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Ancak somut olayda rekabet yasağı anlaşması bulunmadığı için acentenin müşteri çevresiyle çalışmaya devam etmesi, ham tazminat miktarı hesaplanırken müvekkilin menfaatleri veya acentenin kaybı başlıkları altında dikkate alınmalıdır. Öte yandan acente sözleşme sona erdikten sonra oluşturduğu müşteri çevresine karşı müvekkili bilerek kötülüyorsa veya



acentenin rekabet faaliyeti aynı zamanda haksız rekabet teşkil ediyorsa, bu husus denkleştirme tazminatı miktarı belirlenirken somut olayın koşulları doğrultusunda ham tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirebilir.

Somut olayda acente ile müvekkil bir rekabet yasağı anlaşması akdetmişlerse, bu rekabet yasağı anlaşmasının denkleştirme tazminatı miktarına etkisi bakımından öncelikle somut olayda Kanun'un 123. maddesinin uygulama alanına giren bir rekabet yasağı anlaşması olup olmadığı irdelenmelidir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesi acente ile müvekkil arasında yapılan tüm rekabet yasağı anlaşmalarına uygulanmaz. Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra müvekkilin yeni bir acenteye çalışmaya başlaması, yeni acentenin sektörü ve müşteri çevresini tanıması belirli bir zaman alabilir. Bu süre içerisinde acentenin, sözleşme süresince edindiği *know-how*, müşteri çevresi ile kurduğu kişisel ilişkilerini ve tecrübesini müvekkilin bir başka rakibi için kullanması, müvekkil bakımından istenmeyen bir durumdur. Dolayısıyla sözleşmesi sona eren acentenin müvekkille rekabet etmemesinde müvekkilin haklı bir menfaati söz konusudur. Ekonomik yönden Kural olarak daha güçlü olan müvekkilin, kendi menfaatlerini korumak için acentelik sözleşmesinin henüz kurulması aşamasında veya sözleşme ilişkisi devam ederken acentenin ekonomik olarak kendisine bağlı olması durumunu suiistimal etmek suretiyle acentenin haklı menfaatlerini ihlâl edecek şekilde rekabet yasağı anlaşması yapamaması için Kanun'un 123. maddesiyle acente korunmaya çalışılmıştır. Bu nedenle acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin korunmaya ihtiyacı olmadığından, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri Kanun'un 123. maddesinin uygulama alanı dışındadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinin uygulama alanına giren rekabet yasağı sözleşmelerine kanun koyucu ihtiyatla yaklaşmış ve bu süre içerisinde acentenin rekabet yasağı anlaşması yapma konusundaki iradesini özgürce ortaya koyamayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle Kanun'un 123. maddesi uyarınca ödenecek bekleme süresi ücretinin, kural olarak denkleştirme tazminatı üzerinde miktar bakımından azaltıcı bir etkiye sahip olmadığı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. ve 123. maddelerinin acenteyi koruma amacına aykırı olur. Zira acente, rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin iradesini tam olarak ortaya koyamadığı gibi imzalamak zorunda kaldığı (veya kendisini imzalamak zorunda hissettiği) bu anlaşma yüzünden daha düşük bir denkleştirme tazminatı alabilir. Ticaret Kanunu'nun 123. maddesine tabi rekabet yasağı sözleşmelerinde acente, her

ne kadar müvekkile kıyasla daha güçsüz ve korunmaya muhtaç taraf olarak görülse de, somut olayda tarafların çatışan menfaatlerini eşit şekilde gözetilen bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılmış olması da mümkündür. Bu gibi durumlarda kanaatimizce başta yer ve konu bakımından sınırları olmak üzere rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı ve acenteye ödenmesi kararlaştırılan bekleme süresinin miktarı titizlikle değerlendirilmelidir. Somut olayda rekabet yasağının sınırları daha dar belirlenmiş ve acenteye bekleme süresi ücreti olarak emsallerinin çok üzerinde bir ücret verilmiş olması, acentenin denkleştirme tazminatı miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirebilir.

Sözleşme sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı anlaşmalarına Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesi uygulanmayacağından, acente hemen yukarıda belirtildiği üzere rekabet yasağı anlaşması yapmak veya yapmamak konusunda iradesini serbestçe ortaya koyabilir. Acentenin rekabet yasağı anlaşması yaptığı durumlarda müvekkille rekabet etmemesi, somut olayda ham tazminat miktarı hesaplanırken müşteri kayıp oranının (*Abwanderungsquote*) daha düşük hesaplanmasına neden olabilir. Bu gibi durumlarda acentenin ücret kaybı olduğunu da kabul etmek gerekir, çünkü acente müvekkille rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlendiği için rekabet etmemesi sonucunda müvekkille çalışmaya devam eden müşterilerden ücret elde etmesi de mümkün olmaz. Dolayısıyla acentenin müvekkille rekabet etmemesi, somut olayda ham tazminat miktarında arttırıcı bir etkiye sahip olabilir. Rekabet yasağı sözleşmesi için müvekkil, kural olarak acenteye rekabet etmemesi karşılığında bir bedel öder. Rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı itibariyle acente, oluşturduğu müşteri çevresi bakımından müvekkille hiçbir şekilde rekabet etmemeyi taahhüt etmişse, somut olayda denkleştirme tazminatı ile rekabet yasağı için ödenen bedelin kesiştiği bir nokta olduğunu kabul etmek gerekir. Müvekkil, hem rekabet yasağı için bir bedel ödemekte hem de acente rekabet etmediği için denkleştirme tazminatı miktarında bir artış yaşanmaktadır. Aynı menfaate yönelik olarak acenteye iki kere ödeme yapılıyor olması, kanaatimizce hakkaniyete uygunluk kapsamında ham tazminat miktarında indirimle gidilmesini mümkün kılar.

Piyasa şartları doğrultusunda acentenin faaliyetine rağmen müvekkilin cirosunda azalma meydana gelmesi mümkündür. Somut olayın özelliklerine göre acentenin yükümlülüklerini yerine getirmedeki kusurunun ağırlığı veya cironun azalmasının acente tarafından önlenebilecek nitelikte olması, bir hakkaniyet indirimi sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Acentenin genel olarak müşterilere karşı tutum ve tavırları nedeniyle müvekkilin itibarı zedelenmişse ve eski müşterilerle ilişkisinin genişletilmesi veya derinleştirilmesi imkânı

kaçırılmışsa, bu husus da denkleştirme tazminatı miktarında hakkaniyet indirimi yapılmasını gerektirir.

Acentenin ifa yardımcılarının kusuru nedeniyle ortaya çıkan hususlardan dolayı acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshetse bile acentenin denkleştirme tazminatı talep etmesi mümkündür. Ancak acentenin ifa yardımcılarının kusuru nedeniyle müvekkilin uğradığı kayıp, denkleştirme tazminatı hesaplanırken hakkaniyet denetimi kapsamında bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

Hesaplanan tazminat miktarının hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında istisnaî olarak acentenin müşteri çevresini oluşturmak için harcadığı çabanın miktarı dikkate alınabilir. Müşteri çevresinin oluşturulmasında acentenin çabasının sadece çok sınırlı kaldığı hâllerde, bu husus kanaatimizce hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında ham tazminat miktarında indirim yapılmasını gerektirebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olduğu için geçersiz olmasına rağmen denkleştirme tazminatının ödenmemesi veya çok cüzi bir miktar ödenmesi için taraflar arasında bir anlaşma yapılmış olabilir. Müvekkil, bu kapsamda acenteye bir ödeme yapmış ve söz konusu anlaşmanın geçersizliğine istinaden bu bedel acenteden geri alınmamışsa, hakkaniyete uygunluk denetimi kapsamında ödenen ve acentede kalan bu bedel ham tazminat miktarından indirilmelidir.

### **Kaynakça**

Akın İ, 'Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler' (2013) 62 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 613-641.

Aktaş Tekeş B, 'Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Temel Sorunlar' (2015) 14 (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-111.

Arkan S, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Denkleştirme Tazminatı Talebinin Koşulları' in Belgin Akçay and F. Kemal Kızılca (eds) *Prof. Dr. Gürğân Çelebican'a Armağan* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2011) 397-403.

Arkan S, *Ticarî İşletme Hukuku* (28. Bası, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2022).

Ayan Ö, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin 2008).

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku* (15. Bası, Yetkin 2022).

Ayrancı H, *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)* (Yetkin 2003)

Badak Aybar Z, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi’ (2013) 12 (24) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 167-201.

Bilgili F, Demirkapı E and Özboyacı A, *Ticari İşletme Hukuku* (8 Bası, Dora 2022).

Boujong K, Ebenroth C T, Joost D and Strohn L, *Handelsgesetzbuch Band I* (4th edn, C.H.Beck/ Vahlen 2020).

Bühler T, *Züricher Kommentar zum Obligationenrecht Bd. V/2f – Art. 418a-418v OR Der Agenturvertrag* (3rd edn, Schulthess 2000).

Canaris C, Habersack M and Schäfer C, *Staub Großkommentar – Handelsgesetzbuch* (5th edn, De Gruyter 2008).

Cantürk B C, *Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi* (On İki Levha 2020).

Darı A, Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi’ (2019) 9 (17) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 373-393.

Demir K, Tek Satıcının Denkleştirme Talebi’ in İsmail Kırca, Başak Sit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş and İrem Yener (eds), *Prof Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (On İki Levha 2019) 399-419.

Demir K, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Acente’, I. Türkiye – Azerbaycan Hukuk Sempozyumu İnsan Hakları – Anayasa Hukuku – Ceza Hukuku – İdare Hukuku – Medeni Hukuk – Ticaret Hukuku (Özyeğin Üniversitesi Yayınları 2011) 219-257.

Doğanay M Z, ‘Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağıın Hesaplanması’ (2021) 29 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2267-2307.

Doğanay M Z, *Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi* (Adalet 2021).

Drescher I, Fleischer H and Schmidt K, *Münchener Kommentar zum HGB Band I* (5th edn, C.H.Beck 2021).

Emde R, ‘Die Novellierung des § 89b HGB - was hat sich ergeben?’ (2010) 7 Wettbewerb in Recht und Praxis 844-851.

Ensthaler J and Würmann C, ‘Auswirkungen des § 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB bei der Veräußerung des Unternehmens eines Handelsvertreters’, (2008) 6 BetriebsBerater 230-235.

Evliyaoğlu S, *Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması* (Seçkin 2017).

Furrer A, Muller-Chen M and Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2022).

Göksoy Y C, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması’ (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 895-943.

Güvenç M C, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acente Hukuku* (Adalet 2018).

Hatipoğlu A G, ‘Acentelerin Denkleştirme İsteminin Belirlenmesinde Gelirin Tespiti ve Muhasebeleştirme Sorunu: Çözüm Önerisi’ (2012) 22 (2) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 177-187.

Häublein M and Hoffmann-Theinert R, *Beck’scher Onlinekommentar HGB* (39th edn, C.H.Beck 2023)

Heidel T and Schall A, *Handelsgesetzbuch – Handkommentar* (3rd edn, Nomos 2020)

Helvacı M and Aksu R, ‘Acentelik Sözleşmesinin Haklı Sebep Sona Ermesinde Fesih Usulünün İncelenmesi’ (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 981-1006.

Hopt K J, Kumpan C, Leyens P C, Merkt H and Roth M, *Beck’sche Kurzkomentare Band 9 – Handelsgesetzbuch* (42nd edn, C.H. Beck 2023).

Horn N, Balzer P, Borges G and Herrmann H, *Heymann Handelsgesetzbuch – Kommentar* (3rd edn, De Gruyter 2019).

Kanışlı E, ‘Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi’ (2014) 12 (138) Legal Hukuk Dergisi 111-144.

Karamanlıoğlu A, ‘Acentenin Hastalık veya Yaşlılık Gerekeşiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu’ (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-172.

Karasu R, ‘Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi’ (2008) 57 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283-318.

Kaya A, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Ticari İşletme Acentelik (TTK m. 102-123)* (2. Bası, Beta 2016).

Kaya A, ‘Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Hâlinde Denkleştirme İstemi’ in Abuzer Kendigelen, İsmail Cem Soykan, Necdet Uzel, Müge Evlek and Nurgül Yıldız (eds) *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2018).

Kaya Cankat D, *Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi* (On İki Levha 2019).

Kaya M İ, *Acentelik Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020).

Kaya N, ‘Acentenin Sözleşme Süresince ve Sözleşmeden Sonraki Rekabet Yasağı’ (2014) 9 (96) Terazi Hukuk Dergisi 42-52.

Kayihan Ş, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi* (5. Bası, Umuttepe 2018).

Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan 2022).

Kiene L H, ‘Der Verkauf einer Handelsvertretung - Rechtliche Besonderheiten bei der Nachfolge im Wege des § 89b III Nr. 3 HGB’, (2006) 28 Neue Juristische Wochenschrift 2007-2011.

Kocabıyık S, ‘Sigorta Acentesinin Denkleştirme Talebi ve Bu Talebin Acentenin Ücret Hakkıyla İlişkisi’ (2022) 7 (2) REGESTA 339-360.

Koç M, *Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı)* (Seçkin 2020).

Kren Koskiewicz J, Wolf S, Amstutz M and Fankhauser R, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (4th edn, Orell Füssli 2023).

Künstner W and Thume K, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2: Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter* (8th edn, R&W 2008).

Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Bd. 6 Art. 407-424 OR* (Stämpfli 1964).

Oetker H, *Handelsgesetzbuch – Kommentar* (7th edn, C.H.Beck 2021).

Oğuzman M K and Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II* (16. Bası, Vedat 2021).

Öz T, Acar F, Gökyayla E and Develioğlu M, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C. II* (3. Bası, Vedat 2019).

Öztek S, Budak A C, Tunç Yücel M, Kale S and Yeşilova B, *Yeni Konkordato Hukuku – 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi* (2. Bası, Adalet 2019)

Pekcanitez H and Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018).

Poroy R and Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2022)

Preuss N, ‘Entscheidungen Mit Anmerkungen: Vertragshändlervertrag und Handelsvertreter in der Insolvenz-OLG München, Urteil vom 26.4.2006-7 U 5350/05-mit Anmerkung’ (2005) 68 (3) Zeitschrift für Insolvenzrecht 355-366.

Röhricht V, Graf von Westphalen F and Haas Ulrich, *HGB – Kommentar* (6th edn, Otto Schmidt 2023)

Sak B, *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)* (On İki Levha 2020).

Şahin A, ‘Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2531-2555.

Thume K, ‘Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht’, (2009) 20 BetriebsBerater 1026-1031.

Uzunallı S, ‘Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması’ (2019) 5 (1) Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi 115-130.

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Vedat 2022).

Widmer Lühinger C and Oser D, *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (7th edn, Helbing Lichtenbahn 2019)

Yıldız B, ‘Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkında Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2022) 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 534-548.

Yılmaz A, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Antlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel (2011) 20 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309-342.

Yılmaz H, *Acentenin Denkleştirme İstemi* (On İki Levha 2020).

Yılmaz İ, *Denkleştirme İsteminde Hakkaniyet Koşulu ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi* (Adalet 2023).





# **<sup>H</sup> BİLİŞİM SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİNİ ENGELLEME VEYA BOZMA SUÇU VE UYGULAMADAKİ SALDIRI TÜRLERİ**

*(THE CRIME OF HINDRANCE OR DESTRUCTION OF THE INFORMATION SYSTEM AND TYPES OF ATTACKS IN PRACTICE)*

**Dr. Gürkan ÖZOCAK \* \*\***

## **ÖZET**

*Bilişim suçları Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 243 ilâ 246. maddelerinde düzenlenmiş olup, bu suçların en önemlilerinden biri TCK'nın 244/1. maddesinde öngörülen bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozma suçudur. Bu suç, bilişim (IT) sisteminin çeşitli teknik yöntemlerle geçici olarak durdurulması veya işlevini yerine getiremeyecek hale sokulması yollarıyla işlenebilmektedir. Uygulamada bu suçun en sık görülen türleri arasında DoS ve DDoS saldırıları, Tavşan (Rabbits) saldırıları ve SPAM'ler sayılabilir.*

## **ANAHTAR SÖZCÜKLER**

*Bilişim suçları, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması, siber saldırı, DDoS.*

## **SUMMARY**

*Cybercrimes are regulated in articles 243 to 246 of the Turkish Penal Code (TPC) and one of the vital types of these crimes is the hindrance or destruction of the information system which is regulated in Article 244/1 of TPC. The crime can be committed by temporarily hindrance the information (IT) system or rendering it inoperable by various technical methods. The most common types of this crime in practice include DoS and DDoS attacks, Rabbits attacks and SPAMs.*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.11.2023. İlk hakem raporu tarihi: 28.12.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 17.01.2024. Onaylanma Tarihi: 17.01.2024.

\* Doktor, İstanbul Gedik Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5098-7697.

**Esere Atıf Şekli:** Gürkan Özocak, “Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme veya Bozma Suçu ve Uygulamadaki Saldırı Türleri”, YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 257-291.

## KEYWORDS

*Cyber crimes, hindrance or destruction of the information system, cyber-attack, DDoS.*

## I. GİRİŞ

Son yıllarda teknolojinin gelişmesiyle birlikte, işlenen suç tipleri de değişmekte ve bilişim yoluyla işlenen suçların sayısı günden güne artmaktadır. Bilişim ve özellikle bilgisayar sistemlerinin yaygınlaşması ile beraber ceza hukuku alanında, bu sistemlerin kötüye kullanımlarına ilişkin fiillerin cezalandırılabilirliği konusu gündeme gelmiş ve son dönem ceza kanunlarının hepsinde “*bilgisayar suçları*”, “*bilişim suçları*” veya “*siber suçlar*” olarak adlandırılan suç tipleri düzenlenmeye başlanmıştır<sup>1</sup>.

Bu husus 2004 tarihinde yürürlüğe giren ve Kasım 2010 itibariyle Türkiye’nin de tarafı haline geldiği Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nde de düzenlenmiş olup, Sözleşmenin 4, 5 ve 6. maddelerinde, “*Veriye Müdahale*”, “*Sisteme Müdahale*” ve “*Cihazların Kötüye Kötüye Kullanılması*” eylemlerinin, Sözleşme tarafı ülkelerin ulusal kanunlarında suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Bu bağlamda, Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra ve fakat Türkiye Sözleşmeye taraf olmadan önce yürürlüğe giren 1 Haziran 2005 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da, 243 ilâ 246. maddeler arasında “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlığı altında, Siber Suç Sözleşmesi’nde de öngörülen bu eylemler suç olarak düzenlenmiştir.

Buna göre, ‘Bilişim Alanında Suçlar’ başlığı altında, TCK m. 243/1’de bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girme (yetkisiz erişim), TCK m. 243/4’de bilişim sistemindeki veri nakillerini sisteme girmeksizin teknik araçlarla izleme, TCK m. 244/1’de bir bilişim sisteminin işleyişinin

<sup>1</sup> Köksal Bayraktar/Zeynel T. Kangal/Ali Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Fulya Eroğlu/Vesile Sonay Evik/Ali Kemal Yıldız/Eylem Aksoy Retornaz/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Asuman Aytekin İnceoğlu, *Özel Ceza Hukuku, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar – Bilişim Alanında Suçlar*, Cilt VIII, İstanbul, 2021, s. 220 (Bayraktar ve diğerleri); Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008, s. 32.

<sup>2</sup> Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin hazırlanma süreci ile düzenlediği maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kuralları hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Ulrich Sieber, “*Bilgi Toplumunda Ceza Hukuku ve Dijitalleşme – Bilişim Suçları*”, Çeviren: Prof. Dr. Feridun Yenisey – Av. Damla Zaimoğlu, *Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2021, s. 265 vd. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

engellenmesi veya bozulması, TCK m. 244/2’de bir bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi ve var olan verilerin başka yere gönderilmesi, TCK m. 245’te banka ve kredi kartı üzerinde işlenen fiiller ve nihayet TCK m. 245/A’da bilişim suçlarının işlenmesi için üretilen yasak cihaz veya programlar üzerinde işlenen fiiller suç olarak öngörülmüştür<sup>3</sup>.

Çalışmamızın konusunu TCK m. 244/1’de düzenlenen “*Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme veya Bozma Suçu*” oluşturmaktadır. Esasen TCK m. 244’ün genel ve soyut tanımını verdiği suç tipleri “*seçimlik hareketli suçlar*”dan<sup>4</sup> olup, buna karşın teknolojinin ilerlemesiyle doğru orantılı olarak, bu suçların işlenmesinin sayısız yöntemi de ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, hükmün birinci ve ikinci fıkralarında birbirlerinden farklı suç tipleri düzenlenmektedir. Birinci fıkrada doğrudan bilişim sistemi üzerinde işlenen fiiller suç olarak öngörülmüşken, ikinci fıkrada ise sistemin içerisindeki verilere yönelik çeşitli fiiller seçimlik hareketli suç kapsamında düzenleme alanı bulmuştur. Çalışmamızda, yalnızca birinci fıkrada düzenlenen bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiilleri ile bu suç tipinin uygulamada sık görülen örnekleri üzerinde durulacaktır.

## II. BİLİŞİM ALANINDA SUÇLAR

### A) BİLİŞİM SUÇU KAVRAMI

Doktrinde kimi zaman birbirinin yerine de sıkça kullanılan “*bilişim suçları*” veya “*bilgisayar suçları*” ile ilgili ortak bir tanımlama yapılamamış, birçok yazar bu suçlara kendince bir sınır çizmiştir<sup>5</sup>. Çalışmamızın kapsamı bakımından bu tartışmaların tamamını buraya alamamakla birlikte<sup>6</sup>, son

<sup>3</sup> Mülga 765 sy. TCK’ndaki bilişim alanında suçlar düzenlemesi ve sistematigi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **Ketizmen**, s. 58 vd.; **Murat Volkan Dülger**, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara, 2014, s. 219-310.

<sup>4</sup>**Olgun Değirmenci**, “*2004 Türk Ceza Kanunu’nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Ankara, 2005, s. 205.

Ayrıca seçimlik hareketli suçlarla ilgili Bkz. **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: I, İstanbul, 1987, s. 361 (C. I); **Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, 2019, s. 138 vd.

<sup>5</sup> **Berrin Bozdoğan Akbulut**, “*Bilişim Suçları*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, Sayı: 1-2, Cilt: 8, Konya, 2000, s. 550.

<sup>6</sup> Tartışmalar için Bkz. Bayraktar ve diğerleri, s. 221 vd.; **Mehmet Can Karagöz**, *Bilişim Sistemleri Teorisine Giriş ile Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu*, İstanbul, 2020, s. 83 vd.; **Ketizmen**, s. 32-54; **Levent Kurt**, *Tüm*

tahlilde bilişim suçları, verilerin bilişim temelli olarak ve otomatik bir biçimde işlenmesi, saklanması, tasnif edilmesi, terkihi ve iletilmesi ile ilgili ve bilişim alanı içerisinde işlenen, bir bilgisayara veya bilgisayar ağına yahut bir bilişim sisteminin bir kısmına ya da tamamına yönelik olarak veya onları araç olarak kullanarak icra edilen ve ceza normunda suç olarak düzenlenmiş fiiller olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>.

Bilişim suçlarını “*bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar*” ve “*bilişim alanındaki suçlar*” olarak ikiye ayırmamız mümkündür. İlk gruptaki suçlar “*geleneksel*” ya da “*klasik*” suçlar olarak adlandırılabilir, yani bilişim sistemi haricinde yollarla da işlenebilen, ancak somut olayda bir bilişim sistemi aracılığıyla işlenmiş suçlardır. Örneğin; e-posta yoluyla veya sosyal medya kanalları üzerinden işlenen tehdit veya hakaret suçu, yine bilgisayar veya İnternet siteleri üzerinden işlenen cinsel taciz, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme gibi suçlar bu grupta sayılabilir. Yukarıda sayılan suçlar farklı yöntemlerle de işlenebilirlerse de, bilişim sistemleri araç olarak kullanılarak işlenmeleri halinde bilişim suçlarının inceleme alanına girmektedirler. Teknolojik olanakların müthiş bir hızla artması ve gelişmesi, buna bağlı olarak da siber suçluluğun sınırlarının ciddi bir şekilde genişlemesi ile birlikte, günümüzde kasten insan öldürme suçuna kadar hemen her suç tipi bilişim yoluyla işlenebileceği için, bu gruptaki suçların sınırını çizmek veya bunları tasniflemek mümkün değildir<sup>8</sup>.

İkinci gruptaki suçlar ise, TCK’da sınırlı sayıda düzenlenen ve ilk gruptaki suçlara göre teknik özellikler arzeden, başka bir deyişle davranış ve sonuç aşamalarının tamamı kural olarak bilişim alanında gerçekleşip sona eren suçlardır. 5237 sy. TCK’da bu suçlar, 243 ila 246. maddeler arasında, “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlığıyla düzenlenmiştir<sup>9</sup>.

Çalışmamızın konusunu oluşturan, “*bilişim sisteminin işleyişini bozma veya engelleme suçu*” da bu ikinci grupta incelenmesi gereken, TCK m. 244/1’de düzenlenen ve işleniş bakımından ilk gruptaki suçlardan farklı özellik arzeden bir bilişim suçudur.

Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Ankara, 2005, s. 49-53; **Hasan Sınar**, İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul, 2001, s. 69-78.

<sup>7</sup> **Kurt**, s. 53; **Muharrem Özen/İhsan Baştürk**, Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku, Ankara, 2011, s. 90-91.

<sup>8</sup> **Ali Osman Özdilek**, Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku, İstanbul, 2006, s. 112.

<sup>9</sup> Bunlara, kanun tarafından sınırlı sayıda öngördükleri için “*dar anlamda bilişim suçları*” da denilmektedir. Bkz. **Özen/Baştürk**, s. 113.

## B) GENEL OLARAK BİLİŞİM ALANINDA SUÇLAR ve 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN SİSTEMİ

Bilişim alanında suçlar, Mülga 765 sayılı TCK'da “*mal aleyhine cürümler*” kapsamında değerlendirilmiş ve ayrı bir bapta düzenlenmiş olup<sup>10</sup>, 5237 sayılı TCK ile “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlığıyla, Kanunun Üçüncü Kısmı olan “*Topluma Karşı Suçlar*” arasında düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da, özel kısmın sistematığı olan hukuki konu esasından vazgeçilerek bu suçların ayrı bir bab altında düzenlenmesi, söz konusu düzenlemeyi yapan 1991 tarihli 3765 sayılı değişiklik kanunun gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “*Yabancı kanunlardan bir kısmı, bilişim alanındaki suçları ayrı bir bölümde toplayarak ilgili suç bölümlerine yerleştirmektedirler. Kanunda ise bu suçların uygulamada kolaylık sağlamak üzere ayrı bir bölümde düzenlenmesi tercih edilmiştir.*”<sup>11</sup>

5237 sayılı TCK'da ise, Alman ve İtalyan ceza kanunlarında hâkim olan anlayış kabul edilerek, “*Bilişim Alanında Suçlar*” üçüncü kısmın onuncu bölümünde “*Topluma Karşı Suçlar*” ana başlığı altında düzenlenmiş ve yapılan tasnifte, ceza kanununda esas alınan hukuki konu ölçütü nazara alınmıştır<sup>12</sup>.

İtalyan Ceza Kanunu'na (“*İCK*”) bakıldığında, bilişim alanında suçların hukuki konularına göre tasnif edildiği ve farklı başlıklarda düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, TCK m. 243'te düzenlenen “*bilişim sistemine girme (yetkisiz erişim)*” suçu, İCK m. 615 ter'de “*Özel Hayata Hukuka Aykırı Müdahale*” (*Interferenze illecite nella vita private*) hükmünden hemen sonra düzenlenmekte ve başkasının “*enformatik veya telematik*” sistemine giren

<sup>10</sup> Özen/Baştürk, s. 111.

Ayrıca düzenleme ve nedenleri hakkında bkz. Kubilay Taşdemir/ Ramazan Özkepir, Mala Karşı Suçlar, Ankara, 1993, s. 507.

Değişikliğin yapıldığı dönemde, bilgisayarın giderek gündelik yaşamın bir parçası durumuna geldiği ve bu nedenle yeni suç türleri ortaya çıktığı, özellikle özel kuruluşların bilgisayar sistemlerine girilerek bu kuruluşların ticari bilgilerinin elde edilmesi ve kullanılması gibi durumlar söz konusu olduğundan, TCK'da bilişim suçları konusunda yasal bir düzenleme yapılması gerekliliğinin ortaya çıktığı söylenmiştir. Bkz. Faruk Erem, “*Bilgisayar Suçları ve TCY*”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 4, Ekim 1991, s. 436-437.

<sup>11</sup> TBMM Tutanak Dergisi, 6.6.1991, Dönem 18, Yıl 4, C. 61, Birleşim 119-131, s. 17, Sayfa Sayısı 513, Aktaran Yılmaz Yazıcıoğlu, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle Bilgisayar Suçları, İstanbul, 1997, s. 212.

<sup>12</sup> Ketizmen, s. 60.

kimsenin üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörmektedir<sup>13</sup>. Buna karşın, çalışmamızın da konusunu oluşturan “*sisteme veya veriye müdahale*” fiili, İCK’nin malvarlığı aleyhine suçlar kısmında, “*Mala Zarar Verme*” (*Danneggiamento*) suçundan hemen sonra gelmek üzere, 635 bis maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükme göre ise, enformatik ve telematik sistemlerin, programların, verilere zarar verilmesi, bozulması, tamamen ya da kısmen kullanılamaz hale gelmesi halinde fail cezalandırılmaktadır<sup>14</sup>.

Alman Ceza Kanunu’nda da mala zarar verme suçunda eşyaya maddi etkide bulunulmasının yeterli olduğu, örneğin işlem kabiliyetinin bozulmasının bu suçun varlığına yeteceği, bunun dışında fiziki yapısının bozulmasının gerekmediği anlayışı kabul edilerek, sisteme ve veriye müdahale suçu malvarlığına karşı suçlar arasında sayılmaktadır<sup>15</sup>.

Bu anlayışla yapılan düzenleme sonucu, “*Bilişim Alanında Suçlar*” 5237 sy. Kanun’un 243, 244, 245 ve 245/A maddelerinde düzenlenmiştir. Ne var ki, hukuki konu ölçütüne göre tasnifte Alman ve İtalyan ceza kanunlarını nazara alan kanun koyucu, bu suçları “*Topluma Karşı Suçlar*” arasında düzenlemiştir. Bu suçların hukuki konusuyla ilgili tartışmaya aşağıda ayrıca değinilecektir. Ancak bu kategorik tartışmalardan bağımsız olarak bahsi geçen suçları tasnif edecek olursak, TCK, “*Bilişim Alanında Suçlar*”ı şu suçlar olarak sınırlandırmaktadır: “*Bilişim Sistemine Girme (Yetkisiz Erişim)*”, “*Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme ve Bozma*”, “*Bilişim Sistemindeki Verilere Müdahale (Verileri Bozma, Yok Etme, Değiştirme, Erişilmez Kılma, Sisteme Veri Yerleştirme ve Var Olan Verileri Başka Bir Yere Gönderme)*”, “*Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Yarar Sağlama*”, “*Veri Nakillerini Sisteme Girmeksizin Teknik Araçlarla İzleme*”, “*Yasak Cihaz ve*

<sup>13</sup> “Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni.” İCK’da bilgisayar veya bilişim yerine, bilişim alanındaki suçlarla ilgili “enformatik veya telematik” (informatico o telematico) terimleri kullanılmaktadır. “Enformatik terimi, enformasyon kelimesinin otomatik kelimesiyle birleşmesinden ortaya çıkmaktadır. Bu haliyle, elektronik hesaplama makineleri yardımıyla enformasyonun otomatik olarak temsil edilmesi, iletilmesi, dönüştürülmesi ve hesaplanmasını ifade etmektedir. Enformatik araçlarının iletişim kurarak birbirine bağlanması ise, telematik terimini ortaya çıkarmaktadır. Her iki terimin bir araya gelmesi ise ‘telekomünikasyon ve enformatik’ terimini ortaya çıkarmaktadır” Bkz. **Salvatore Resta**, *Computer Crimes Tra Informatica e Telematica*, Cedam, 2000, s. 7.

<sup>14</sup> “Chiunque distrugge, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui, ovvero programmi, informazioni o dati altrui, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni.”

<sup>15</sup> **Hans-Heinrich Jescheck**, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, 2007, s. 108-109.

*Programlar Üzerinde İşlenen Fiiller” ve “Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanımı”.*

### III. BİLİŞİM SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİNİN ENGELLENMESİ VEYA BOZULMASI SUÇU

#### A) GENEL OLARAK

TCK'nın 244. maddesinin birinci fıkrasında “*bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” denilmekte, ikinci fıkrasında ise “*bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmüyle sistemdeki veriler üzerinde işlenen bazı fiiller suç olarak düzenlenmektedir.

Yasal düzenlemeden görüleceği üzere, TCK m. 244 “*sisteme ve veriye müdahale*” şapkası altında, birçok fiili suç kapsamına almaktadır. Bu bağlamda, failin bir bilişim sisteminin işleyişini engellemesi veya bozması (sisteme müdahale), bununla beraber bilişim sisteminin içerisindeki verileri bozması, yok etmesi, değiştirmesi, erişilmez kılması, bunun yanında sisteme veri yerleştirmesi yahut mevcut verileri başka bir yere göndererek sisteme zarar vermesi (veriye müdahale) ayrı ayrı suç sayılmaktadır.

Madde gerekçesine göre “*Maddenin birinci fıkrasında bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma, sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme, erişilmez kılma, değiştirme ve yok etme fiilleri, suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece sistemlere yöneltilen ızzar fiilleri özel bir suç hâline getirilmiştir. Aracın fizik varlığı ve işlemlerini sağlayan bütün diğer unsurları, söz konusu suçun konusunu oluşturmaktadır.*” Bu gerekçeden ve kanun koyucunun eğiliminden hareketle, öngörülen bu hükümlerle, günümüz dünyasında kişilerin hemen her işini yaptıkları bilgisayar ve bilişim sistemlerinin sağlıklı bir şekilde işlemlerinin ve gerek bu sistemlerin gerekse de sistem içerisinde yer alan verilerin bütünlüğünün korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Nitekim, kanunun yapıldığı dönemde, sosyo-ekonomik yapı içerisinde faaliyetlerin ağırlıklı olarak bilgisayar sistemleri aracılığıyla veri işleme şeklinde gerçekleştirilmeye başlanması ve günden güne bu işlemlerin yoğunlaşması, verilerin gizliliğine ve içeriğine ilişkin koruma yanında, mevcut verilerin varlığının, bütünlüğünün ve erişilebilirliğinin de korunmasını gündeme

getirmiştir<sup>16</sup>. Bu nedenle, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatın yanında, özellikle bilişim sistemlerinin ve verilerin bütünlüğünün korunması amacıyla TCK m. 244 düzenlenmiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, TCK m. 244'te “*bilişim sistemi*” ve “*sistemin içerisindeki veriler*” olmak üzere iki ayrı koruma alanı söz konusudur. Bu koruma sisteminde Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin esas alındığını söylememiz doğru olacaktır. Zira, Siber Suç Sözleşmesi'nde de bilişim sistemine ve verilere müdahale hususu baz alınmış, veriye müdahale 4., sisteme müdahale ise 5. maddede düzenlenmiştir. Siber Suç Sözleşmesi'nin “*Veriye Müdahale*” (*Data interference*) başlıklı 4. maddesine göre “*Her bir taraf devlet, bir kimsenin bilgisayar verisine hakkı olmadığı halde, bilerek ve isteyerek zarar verme, silme, bozma, değiştirmeye ya da ortadan kaldırma fiilleri işlemesini suç olarak düzenlemek üzere gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı ve gerekli diğer önlemleri almalıdır.*” Sözleşme'nin “*Sisteme Müdahale*” (*System interference*) başlıklı 5. maddesinde ise şu düzenleme yer almaktadır: “*Her bir taraf devlet veri yükleyerek, aktararak zarar vererek, silerek, bozarak, değiştirerek veya müdahale ederek bilgisayar sisteminin kullanımında hakkı olmadığı halde bilerek ve isteyerek bilgisayarın sisteminin çalışmasını sekteye uğratma fiilini ulusal kanununda suç olarak düzenlemeli ve gerekli diğer düzenlemeleri yapmalıdır.*<sup>17</sup>”

Sözleşmenin bilişim sistemine müdahale fiillerini düzenleyen 5. maddesine bakıldığında, suçun oluşumu için bilgisayar sisteminin fiziken zarar görmesinin aranmadığı, sistemin işleyişinin ciddi bir biçimde engellenmesinin veya bozulmasının yeterli olacağı, bu bağlamda da bilişim sisteminin maddi varlığını oluşturan donanımına yönelik fiziksel müdahalenin kapsam dışı bırakıldığı ifade edilmiştir<sup>18</sup>. Siber Suç Sözleşmesi'ndeki bu düzenleme ile ilgili tartışmalara ilerleyen bölümlerde ayrıca değinilecektir.

TCK m. 244'de de, Siber Suç Sözleşmesi'ne paralel bir biçimde, bilişim sistemine müdahale ile veriye müdahale fiilleri birbirinden ayrılmış ve hükmün birinci fıkrasında bilişim sistemine müdahale, ikinci fıkrasında ise sistem içerisindeki veriye müdahale fiilleri ayrı ayrı suç olarak düzenlemiştir.

Ceza hukuku mevzuatımızda bilişim sistemine ve veriye müdahaleye ilişkin ilk düzenleme, 3756 sy. Kanun ile 765 sy. TCK'ya eklenen 525/b

<sup>16</sup> **Ketizmen**, s. 112.

<sup>17</sup> Sözleşmenin maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerine ilişkin bkz. **Sieber**, s. 265-278.

<sup>18</sup> **Ketizmen**, s. 114-115.



maddesinin birinci fıkrasıdır. Bu ilk düzenlemeye göre, “Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.” Dönmezer’e göre, sisteme ve veriye müdahaleye dair yapılan bu düzenlemenin sebebi, bilgisayarın dokunulmaz olması gerekliliği ile beraber sistemin ve içeriğin de uygun bir şekilde işlev ve hizmet görmesidir. Bu şekilde, öncelikle malikin veya bilgisayar sistemini kullanan kişinin yararı korunmaktadır<sup>19</sup>. Yazıcıoğlu’na göre de, bu düzenleme ile kişilerin bilgisayar sistemleri ve içerikleri üzerindeki mülkiyet hakları korunmaktadır<sup>20</sup>. Bunun dışında, ayrıntılarda kimi farklılıklar olmakla beraber, Türk doktrinindeki yazarların büyük bir kısmı, 765 sy. Mülga TCK m. 525/b ile kişinin malvarlığının korunduğu hususunda mutabıktırlar<sup>21</sup>.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sy. TCK’nın 244. maddesi ile, 765 sy. TCK m. 525/b yürürlükten kalkmış ve sisteme ve veriye müdahale fiilleri, “Topluma Karşı Suçlar” ana başlığının altında, 244. maddede iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, mülga kanunun aksine, 5237 sy. TCK bakımından sisteme ve veriye müdahale fiillerine ayrı ayrı ceza verileceği ve sisteme müdahalenin, veriye müdahaleye göre daha ağır bir cezayla karşı karşıya kalınacağı anlamı taşımaktadır.

## B) SUÇUN HUKUKİ KONUSU

### 1. Genel Olarak Suçların Tasnifi ve Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme veya Bozma Suçunun Hukuki Konusu

Suçlar, soyut ve akli bakımdan çok farklı şekillerde tasnif edilmiştir. Bu tasnif, manevi unsura, failin saikine, suçluya, failin sıfatına, pasif süjeeye, verilecek cezaya, maddi konuya yahut hukuki konuya göre yapılabilmektedir. Hangi kriterin seçileceği, tasnifi yapan kimsenin güttüğü amaca göre

<sup>19</sup> Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 2001, s. 622.

<sup>20</sup> Yazıcıoğlu, s. 259.

<sup>21</sup> Bu görüşler ve farklılıklar için Bkz. Ketizmen, s. 117-118.

değişebilmektedir. Belirli bir amaç yönünden mükemmel görünen bir tasnif, farklı bir amaç esas alındığında yetersiz addedilebilir<sup>22</sup>.

Çok uzun zamandır doktrinde hâkim olan görüş, özel kısmın sistematığının ve netice olarak da suçların tasnifinin, ancak özel suç tiplerinin hukuki konularının farklılığı kriterine istinaden inşa edilebileceği yönündedir. Gerçekten de bir ceza normunun anlamı ve kapsamının doğru bir şekilde tespiti, ancak hukuki konusunun, bir başka deyişle hangi menfaati koruma altına aldığına tespiti ile mümkündür<sup>23</sup>. Bu bakımdan, kanaatimizce de doğru olan, suçların tasnifinin hukuki konu ölçütüne göre yapılmasıdır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, hukuki konu ölçütüne göre suç tasnifi yapan İtalyan Ceza Kanunu'nun 635 bis maddesinde malvarlığına karşı suçlar arasında, "Mala Zarar Verme" suçunun hemen sonrasında düzenlenen sisteme ve veriye müdahale suçları, Alman ve Fransız ceza kanunlarında da aynı şekilde hüküm altına alınmıştır. Bununla beraber, hukuki konu ölçütüne göre yapılan bu ayırım, klasik mala zarar verme suçlarıyla karşılaştırıldığında tartışmalara da yol açmaktadır<sup>24</sup>.

Bu bakımdan değerlendirildiğinde, mala zarar verme suçu 5237 sy. TCK'nın 151. maddesinde düzenlenmekte olup, buna göre "*Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hâle getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*" Dolayısıyla, bir suçun mala zarar verme suçuyla aynı hukuki konuya sahip olduğu kanaatine varmak için, suçun üzerinde işlendiği maddi konusunun "*taşınır veya taşınmaz bir mal*" olduğunun tespiti gerekir. Donanım olarak bilgisayarın taşınır bir mal niteliğinde olduğuna şüphe yoktur. Esas tartışma, bilgisayarın verilerini de içerisinde bulunduran ve elle tutulur bir maddi varlığa sahip bulunmayan yazılım kısmıyla ilgilidir.

ABD'de, özellikle federe devletlerin ceza mevzuatlarında, ekonomik değeri olan veri de mal olarak kabul edilmekte ve veriye müdahale de malvarlığına karşı bir suç olarak düzenlenmektedir. İkinci bir yaklaşım ise, verinin somut bir varlığı olmadığından hareketle, veriyi mal olarak kabul etmemektedir. Bu yaklaşıma göre, verinin içerisinde saklandığı taşınır mal

<sup>22</sup> Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970, s. 45-47 (**Cürümlerin Tasnifi**). Ayrıca suçların tasnifi bakımından uygulanan kriterlere ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 47-87.

<sup>23</sup> Dönmezer/Erman, C. I, s. 344 vd.; Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Ankara, 1987, s. 248 vd.; Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 81-82.

<sup>24</sup> Ketizmen, s. 121.

(bilgisayar, bilgisayarın sabit diski vb.), taşıdığı veri ile birlikte bir işleve ve değere sahip olup, veriye veya sisteme müdahale sonucunda bu işleve zarar verildiğinden, bu şekilde mala zarar verme suçu oluşmaktadır<sup>25</sup>.

Hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin, çıkacak sonuç aynıdır. Bilişim sistemi ve bu sistemin yazılım unsuru veya içerisindeki veriler soyut varlıklarıyla bir mal niteliği taşımaları da, bu soyut varlıklara müdahale edildiğinde, bunların saklandığı somut donanım da işlevini yitireceğinden, bir başka deyişle sisteminin işleyişi engellenmiş bir bilgisayarın veya içerisindeki verilere zarar verilmiş bir sabit diskin hiçbir değeri ve işlevi kalmayacağından, bu halde de mala zarar verme suçu meydana gelecektir. Bu itibarla, sisteme ve veriye müdahale suçları da, mala zarar verme suçu ile aynı hukuki konuya sahip suçlardır.

## **2. TCK m. 244'te Düzenlenen Suçun Hukuki Konusu**

765 sy. TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Kanunun 525/b maddesinde düzenlenen bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçunun hukuki konusunun mala zarar verme suçu ile aynı olduğuna ilişkin, doktrinde neredeyse bir mutabakat bulunduğunu daha önce ifade etmiştik.

Ancak, bu hüküm 5237 sy. TCK'nın 244 maddesi ile ilga edilmiştir. Bazı yazarlarca, TCK m. 244 ile beraber bu suçların hukuki konularının değiştiği ve veri ve yazılımlardan oluşan soyut varlıkların yanında, somut nitelik arzeden donanım unsurunun da korunması nedeniyle, suçun hukuki konusunun karma nitelik gösterdiği söylenmiştir<sup>26</sup>.

Bunun yanında bazı yazarlarca, düzenlenen bu suç ile öncelikle mülkiyet hakkının koruma altına alındığı savunulmaktadır. Zira hükmün koruma sağladığı alan, hem fizik, hem de soyut kavramları kapsamaktadır<sup>27</sup>. Öyle ki, kimi yazarlar bu görüşü daha da ileriye taşıyarak, TCK'nın 244. maddesi ile getirilen düzenlemenin, mala zarar verme suçunun özel bir şekli olduğunu ifade etmektedirler<sup>28</sup>.

Kanaatimizce de, söz konusu suçların hukuki konusunun, 5237 sy. TCK'nda malvarlığına karşı suçlar kapsamında çıkarılarak "Topluma Karşı Suçlar" kısmının altında düzenlenseler ve soyut varlıklara müdahalenin söz konusu olması nedeniyle klasik mala zarar verme suçlarıyla birebir

<sup>25</sup> Ketizmen, s. 123-124.

<sup>26</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara, 2004, s. 231.

<sup>27</sup> Kurt, s. 161-162.

<sup>28</sup> Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara, 2005, s. 187.

örtüşmeler de, veri ve programlara müdahale durumunda, bunları içeren donanımın da işlevini kaybedecek olması nedeniyle, mala zarar vermenin hukuki konusuyla paralellik taşıdığını kabul etmek gerekmektedir. Ne var ki, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçu ile korunan tek hukuki yararın bireyin malvarlığı değeri olduğu da söylenemez. Bununla beraber, söz konusu düzenleme ile kişilerin bilişim sistemlerine olan güvenlerinin de korunduğu, dolayısıyla bu norm ile birden çok hukuki değer koruma altına alındığını söylememiz mümkündür<sup>29</sup>.

### C) SUÇUN MADDİ UNSURU

Ceza hukukunda suç, her şeyden önce bir fiilden ibarettir. Bu fiilin oluşumu için de, yapma veya yapmama biçiminde dış dünyada somutlaşacak bir davranışın söz konusu olması gerekir. Ancak, insan davranışının ceza hukuku bakımından dikkate değer olarak kabul görmesi için, bir sonucunun olması, yani olgular dünyasında somut bir değişiklik meydana getirmesi ve elbette bunların da arasında birbirleriyle bağını ispatlayacak bir nedensellik bağının mevcut bulunması gerekir. İşte davranış, sonuç ve nedensellik bağından oluşan bu bütüne “*maddi unsur*” adı verilmektedir<sup>30</sup>.

TCK m. 244/1’in düzenlemesi uyarınca “*Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Buna göre, ilgili suç seçimlik hareketli bir suç olup, bu seçimlik hareketler “*bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi*” ve “*bir bilişim sisteminin işleyişinin bozulması*”dır. Bu maddedeki “*engelleme*”, bilişim sisteminin çeşitli yollarla geçici olarak durdurulması<sup>31</sup>, söz gelimi, sistemin olması gerekenden daha yavaş çalışması, işlevini kendinden beklendiği gibi yerine getirememesi, veri alışverişi yapamaması, veri işleme hızının düşmesi gibi halleri ifade etmektedir<sup>32</sup>. Hükümdeki “*bozulma*”yı ise, sistemin veri işleme faaliyetini hiçbir şekilde yapamayacak hale getirilmesi<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Bayraktar ve diğerleri, s. 255; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s. 975. Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçunun hukuki konusuna ilişkin tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. İrem Geçmez, Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçları (TCK m. 244), Ankara, 2020, s. 76-79.

<sup>30</sup> Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, 2003, s. 220-221; Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 193; Toroslu/Toroslu, s. 131.

<sup>31</sup> Dönmezer, s. 623; Geçmez, s. 82.

<sup>32</sup> Bayraktar ve diğerleri, s. 259.

<sup>33</sup> Ketizmen, s. 129.

olarak anlamak mümkündür. Sistemin işleyişinin daimî veya geçici olarak yahut belirli bir süre için veya sürekli olarak çalışmaması suçun oluşumu için önemli değildir. Engelleme veya bozulma kısa süreli de olsa TCK m. 244/1'deki suç meydana gelecektir<sup>34</sup>.

Bilişim sistemleri nazara alındığında, bu sistemlerin esas özelliklerini klavyesi, monitörü, faresi gibi fiziksel varlıklarını oluşturan *donanımından* çok, işlemcisi, verileri, programları, sunucusu gibi soyut varlıklarını ihtiva eden *yazılım* unsuru belirlemektedir. Ancak, bahsi geçen yazılım unsurunun doğru bir biçimde çalışması, örneğin verilerin işlenmesi ya da saklanması, donanım unsurunun da işlevini yerine getirmesini sağlamaktadır. İşte birbirine bağlı olarak işleyen bu süreç, kanun koyucu tarafından "*bilişim sisteminin işleyişi*" olarak formüle edilmiştir<sup>35</sup>.

Bilişim sistemi hem somut hem de soyut varlıkları ifade ettiğinden ve bunların işlemesi birbirine bağlı olduğundan, bunlardan birisine yapılan müdahale diğer unsuru da temelden etkilemektedir. Bu itibarla, sistemin maddi varlığını oluşturan donanıma yönelik fiziksel saldırılar da bu madde kapsamında olup, bunun şartı ise bahsi geçen fiziksel saldırının amacının bilişim sisteminin işleyişine yönelmesidir<sup>36</sup>. Buradan hareketle, bilişim sisteminin işleyişine yönelmeyen donanıma yönelik fiziksel saldırılar, TCK m. 244/1 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Örneğin, sistemin işleyişini engelleme amacı gütmeyen bir bilgisayara fiziksel saldırıda bulunan fail TCK m. 244/1'den değil, TCK m. 151'deki "*Mala Zarar Verme*" suçundan sorumlu olacaktır<sup>37</sup>. Bu bağlamda, sisteme müdahale suçunun maddi unsurunu, bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesine yönelmiş, o bilişim sisteminin donanımına veya yazılımına yapılan saldırılar olarak tanımlamak mümkündür. Bunun yanı sıra, söz konusu fiilin meydana getiriliş şekli de suçun oluşumu açısından önemsizdir. Suçu oluşturan fiiller direkt olarak bilişim sistemine saldırıda bulunmak suretiyle işlenebileceği gibi, dolaylı yollarla, söz gelimi sisteme veri iletim ağı yoluyla virüs yazılımı gönderilerek de işlenebilir. Her iki durumda da failin TCK m. 244/1 uyarınca ceza sorumluluğu doğacaktır<sup>38</sup>.

Bu fiil, teknolojik gelişmelerin artmasına paralel bir biçimde, sınırsız sayıda yöntemle gerçekleştirilebilir. Örneğin, bir web sayfasına erişim, genel olarak o web sayfasını barındıran sunucu bilgisayara (*hosting*) bağlantı

<sup>34</sup> Bayraktar ve diğerleri, s. 260.

<sup>35</sup> Ketizmen, s. 133.

<sup>36</sup> Kurt, s. 165.

<sup>37</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 963; Geçmez, s. 85.

<sup>38</sup> Dülger, s. 403.

kurulması ve sunucuda bulunan web sayfasının içeriğinin yer aldığı verinin kopyalanması anlamına gelmektedir. Web sayfasının yer aldığı sunucu ise, belli bir zaman diliminde, ancak belli sayıda bağlantı sağlayabilecek ve veri kopyalamasına izin verebilecek bir kapasiteye sahiptir. Sunucunun bu kapasitesine de “bant genişliği” adı verilmektedir. İşte, bu sunucunun birim zamandaki işlem kapasitesinin aşılmasını sağlayacak şekilde ve bu amaçla sistemle bağlantı kurulması yönünde gönderilecek çok sayıda talep, sistemin taleplere cevap verememesini ve kilitlenmesine sebep olacaktır. Bu durumda web sayfasına erişim sağlanamayacak ve söz konusu bilişim sisteminin işleyişi engellenecektir<sup>39</sup>.

Konuyu açıklığa kavuşturmak amacıyla bir örnek daha vermemiz yerinde olacaktır: Kurum işlerini yürütmek üzere yüklenmiş bir yazılımı kullanan bir kurum bilgisayarını düşünelim. Kurum içi bir ağ vasıtasıyla bu bilgisayar kurum içerisindeki diğer bilgisayarlarla veri iletişimini sağlamakta, yaptığı işlemleri iletmekte olsun. Söz konusu kurum bilgisayarının bir bilişim sistemi olduğu hususunda hiçbir şüphe yoktur. Bu bilişim sistemi, kendini çalıştıran bir işletim yazılımına (örneğin, *Windows işletim sistemine*) sahiptir. Aynı zamanda da, kurum içi faaliyetlerini yürütebilmek için kurum tarafından yazdırılan bir programı kullanmaktadır. Kullanılan bu program da bilişim sisteminin soyut bir unsurudur. Saldırganlar, ağ üzerinden sisteme ulaşırsalar, ana bilgisayara yüklü halde bulunan kurum yazılımının kodlarını değiştirirler ve bu değişiklik sebebiyle söz konusu bilgisayarı kullanan memur iş yapamaz, evrak gönderemez ve veri transferi yapamaz hale gelse, bu durumda bilişim sisteminin bozulması söz konusu olacaktır. Failler, yazılımın kodlarını değiştirerek sistemin işleyişini bozmaktadırlar. Bu durumda kurum yazılımı ile işlem yapamayan memurun, bilgisayarda yüklü diğer işletim sistemi Windows üzerinden müzik dinliyor ya da film seyredebiliyor olması, suçun oluşumuna etki etmeyecektir. Aynı örnekte, faillerin kurumun uygulama programına değil, bahsi geçen bilgisayarı hedef aldıklarını düşünelim. Failler bilgisayarda kurulu bulunan işletim sistemine ait bir kısım dosyayı tahrip etseler, bu kez de sistem dosyaları tahrip olduğundan bilgisayar çalışmayacaktır. Tekrar çalışabilmesi içinse, işletim sisteminin baştan kurulması gerekecektir. Burada da bilişim sisteminin bozulmasından bahsetmek gerekmektedir. Bu arada hiç dokunulmayan kurumun diğer bilgisayarlarının veya kurum yazılımının çalışıyor olması, suçun oluşumuna etki etmeyecektir. Aynı şekilde, fail sistemin işleyişini engellemek için fiziki

<sup>39</sup> Ketizmen, s. 134-135.

olarak bilgisayarları kırsa da, yine bilişim sisteminin işleyişini bozma suçu meydana gelecektir<sup>40</sup>.

Bunun dışında, sistemin engellenmesi ve bozulmasına yönelik sonsuz sayıda örnek verilebilir. Bu şekilde tamamen yazılıma yönelik yapılacak saldırılar da, örneğin sistemin engellenmesine yönelik olarak bir bilgisayarın işlemcisi, anakartı gibi donanımına verilecek fiziksel zararlar da, TCK m. 244/1'in maddi unsurunu oluşturacaktır. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, ister donanıma fiziksel zarar verilsin ister yazılım unsuruna müdahale edilsin, fiil ile bilişim sisteminin işleyişine zarar verilmesi amaçlanmış ve bu sonuç meydana gelmişse, TCK m. 244/1'deki suçun maddi unsuru; buna karşın bilişim sistemine yönelik bir amaç güdülmeksizin donanıma yapılacak fiziksel müdahalelerde ise TCK m. 151'deki "*Mala Zarar Verme*" suçunun maddi unsuru meydana getirilmiş olacak ve fail bu hüküm uyarınca cezalandırılacaktır.

Suçun maddi unsurunu oluşturan bir diğer husus ise "*sonuç*"tur. Sonuç, hareket veya ihmalden kaynaklanan ve doğalcı anlamda dış dünyada bir etki yaratan her türlü davranış olarak tanımlanabilir<sup>41</sup>. Bu tanımdan hareketle dış dünyada bir sonuç meydana getiren suçlara "*sonuç suçları*", dış dünyada herhangi bir etki doğurmayan suçlara ise "*sonuçsuz suçlar*" veya "*sırf hareket suçları*" adı verilir. TCK m. 244/1'de düzenlenen suçun neticesinde bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması sonucu meydana geldiğinden, bu suçların "*sonuçlu suçlar*" kapsamında olduğu kuşkusuzdur.

Sonuçlu suç ve sırf hareket suçu ayırımından başka, suçun sonuçları bakımından yapılan bir başka ayırım "*zarar suçu*" ile "*tehlike suçu*" ayırımıdır. Suçun tamamlanması anı esas alınarak failin suçu oluşturan fiilinin hukuken korunan varlık veya menfaati zarara uğrattığı, tahrip ettiği veya azalttığı suçlara "*zarar suçları*", buna karşılık, korunan varlık veya menfaati yalnızca tehlikeye soktuğu suçlara "*tehlike suçları*" adı verilmektedir<sup>42</sup>. Örneğin, kasten insan öldürme (TCK m. 81) veya kasten yaralama (TCK m. 86) suçları birer zarar suçuken; suçu ve suçluyu övme (TCK m. 215), tehdit (TCK m. 106) veya inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama (TCK m. 176) gibi suçlar hukuken korunan menfaat açısından sadece tehlike yarattığından birer tehlike suçudur. Doktrinde bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçunun tehlike suçu mu yoksa zarar suçu mu olduğu hususunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak bu tartışmalara

<sup>40</sup> Kurt, s. 165-166.

<sup>41</sup> Toroslu/Toroslu, s. 141.

<sup>42</sup> Antolisei, s. 264-265; Toroslu/Toroslu, s. 144.

girmeksizin belirtmeliyiz ki<sup>43</sup>, TCK m. 244/1'deki suçun meydana gelmesi için, tipik fiildeki “*bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması*” neticesinin oluşması zorunlu olduğundan ve dolayısıyla norm ile korunan hukuki menfaat zarara uğradığından, söz konusu suç bir zarar suçudur.

## D) SUÇUN MANEVİ UNSURU

TCK m. 21 uyarınca “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” iken, m. 22'ye göreyse “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*” Bu hükümler bağlamında TCK'nın manevi unsur sistemine göre, suçun varlığı için kural olarak kastın bulunması gereklidir. Buna karşın, kasıt olmaksızın da bir kimsenin cezalandırılacağı, bunun için o kimsenin taksirle hareket etmesi gerektiği, ancak failin taksir nedeniyle cezalandırılabilmesi için, ilgili suçu düzenleyen kanun hükmünde taksire ilişkin açık hükmün bulunması gerektiği öngörülmektedir<sup>44</sup>.

Bu itibarla, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçunun manevi unsurunun kasıt olduğu hususunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. TCK m. 244 bakımından taksirli sorumluluk hali düzenlenmediğinden, bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. O halde, sisteme müdahale suçu nedeniyle cezalandırılabilmesi için, failin hedef bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>.

Burada önem arzeden husus, yukarıda da açıkladığımız üzere, failin mutlaka “*bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozma*” sonucuna yönelmesi ve bu kasıtle hareket etmesi gerekliliğidir. Bu açıklamanın özel kasit olarak düşünülmemesi gerekir. Zira kanun koyucu 244/1. maddede herhangi bir özel amaç yahut saik aramadığından, suçun meydana gelmesi için genel kasit yeterli olacaktır<sup>46</sup>. Bilişim sisteminin işleyişine yönelmeden, yalnızca maddi zarar vermek için bir bilgisayarın donanımına saldıran, örneğin bilgisayarın ana kartını kıran failin fiilinde bilişim sisteminin

<sup>43</sup> Bu tartışmalar için bkz. **Geçmez**, s. 85-86.

<sup>44</sup> **Toroslu/Toroslu**, s. 229; **Hafizoğulları/Özen**, s. 276.

<sup>45</sup> **Değirmenci**, s. 205; **Kurt**, s. 175.

<sup>46</sup> **Geçmez**, s. 96.



işleyişini engelleme veya bozma kastı değil mala zarar verme kastı bulunduğundan, fail TCK m. 244/1 değil, mala zarar verme suçunu düzenleyen TCK m. 151 nedeniyle sorumlu olacaktır.

#### D) SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

Suçta etki eden nedenler adı verilen durumların somut olayda bulunması halinde, nitelikli suçtan söz edilir. Bu bakımdan, suçta etki eden neden, suçun ağırlığını etkileyen, bir başka deyişle suçun daha ağır veya hafif hale gelmesi ve dolayısıyla suçun basit şekline ait cezanın değişmesi sonucunu doğuran yahut aktif süjenin suçta eğiliminin belirtilerini ortaya koyan nedendir<sup>47</sup>.

TCK m. 244'ün üçüncü fıkrasında suçun nitelikli haline yer verilmiştir. Buna göre;

*“Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

Üçüncü fıkradaki bu ağırlaştırıcı neden, birinci fıkradaki sisteme müdahale ve ikinci fıkradaki veriye müdahale fiillerinin bir kamu kurum ya da kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesinin daha vahim sonuçlar doğurabileceğinden bahisle, verilecek cezayı yarı oranında artırmaktadır. Doktrinde bu hususun ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin sebebini, kişisel bilgisayarlara müdahale sonucu ortaya çıkan zarar ile kamu kurum veya kuruluşlarının bilgisayar sistemlerine müdahale sonucu ortaya çıkan zarar arasında büyük farklar olmasına dayandıran yazarlar bulunmaktadır<sup>48</sup>.

TCK'nın 244. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, ayrı bir suç olarak *“haksız çıkar sağlama”* fiili düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

*“Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”*

Her ne kadar bu fiil ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ise de, hükümde öngörülen sonucun ortaya çıkması birinci veya ikinci fıkrada sayılan fiillere bağlandığından, bu suçta da kısaca değinmemiz gerekmektedir. Bu hükümde, yine sisteme veya veriye müdahale fiillerinin işlenerek kişilerin bundan haksız yarar sağlaması üzerine, bunun başka bir suçta vücut vermemesi halinde, cezanın ağırlaştırılacağı söylenmektedir. Söz konusu düzenlemenin

<sup>47</sup> Toroslu/Toroslu, s. 279.

<sup>48</sup> Bkz. Dülger, s. 243.

bir “*tali norm*” niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Kanun koyucunun bu hükümde bahsi geçen “*başka bir suç*”tan kastı, büyük ölçüde dolandırıcılık, hırsızlık veya güveni kötüye kullanma gibi suçlardır. Örneğin, TCK m. 157’de dolandırıcılık suçunun oluşumu bakımından hile unsuru öngörüldüğünden, eğer bilişim sistemleri aracılığıyla kişinin kendisi veya başkasına haksız yarar sağlamasında bir hile kullanması durumunda dolandırıcılık suçu, hile kullanmaksızın söz konusu fiili gerçekleştirmesi durumunda ise TCK m. 244/4’teki haksız çıkar sağlama suçu meydana gelecektir.

Ne var ki, bir kişiye karşı hile yapılmaksızın bilişim sistemlerinin kullanılarak haksız yarar sağlanmasının nasıl tespit edileceği yahut bir başka deyişle hile ile bilişim sistemlerinin kullanılmasıyla haksız çıkar sağlanmasının uygulamada nasıl ayırt edileceği tartışma konusudur. Bu husus, 765 sayılı Mülga TCK’nın 525/b maddesinin yürürlükte olduğu dönem de tartışmalara konu olmuş ve Yargıtay tarafından birçok kez birbirinden farklı kararlar verilmiştir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, “*Sanık ...’nın, müdür yardımcısı ...’nin başka bir amaçla verdiği şifreyi haksız olarak kullanmak suretiyle, mevduat sahiplerinin hesaplarında vade başı ve vade sonu bilgileri ile faiz oranlarını değiştirerek, oluşturduğu faiz farkını, Nazmiye adına açtığı menkul hesabı ile Sabri adına açılan vadesiz hesaba ve kendi adına açtığı vadesiz tasarruf ve menkul hesaba aktarmak, bir kısmını da nakden çekmek suretiyle inceleme tarihi itibariyle ... lirayı haksız olarak mal edindiği...*” fiilin dolandırıcılık olduğu kanaatine varmış<sup>49</sup>; bir başka kararında ise “*... Hizmetli olarak çalıştığı bankanın bilgisayar sistemine girerek usulüne uygun açılmış bir maaş kredi limitli bankomat hesabının kredi limitini yükseltmek ve ayrıca kendi adına usulsüz olarak bankomat 7/24 hesabı açmak suretiyle haksız yarar sağladığı oluşa uygun olarak kabul edilen sanığın eyleminin TCK’nın 525/b maddesinin 1. Fıkrasındaki suça uygun bulunduğu*” gerekçesiyle, benzer bir fiili sisteme müdahale suretiyle haksız yarar sağlamak olarak değerlendirmiştir<sup>50</sup>. Oysa her iki kararda da, herhangi bir kimse yönünden hile söz konusu olmayıp, söz konusu fiiller, bilişim sisteminin kullanılması ile kişilerin kendilerine haksız yarar sağlamalarından ibarettir. Kanun koyucunun anladığı anlamdaki “hile” ile bilişim sistemlerini iyi kullanan failerin fiilleri arasındaki ayrım halen net bir şekilde çizilebilmiş olmayıp, failin ceza sorumluluğunu belirleyecek kadar

<sup>49</sup> Yargıtay CGK, 11.3.2003, E. 2002/11-329, K. 2003/29.

<sup>50</sup> Yargıtay 11. CD, 2.12.1997, E. 1997/5052, K. 1997/6536.

önemli olan bu hususa ilişkin yargıda ve doktrinde bir mutabakat sağlanmış değildir<sup>51</sup>.

Suçta etki eden nedenler arasında, suçun terör amacıyla işlenmesinin de sayılması gerekmektedir. Bu nitelikli hal TCK'da değil, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda ("TMK") düzenlenmiştir. TMK'nın 4. maddesinde "aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır" denilerek, bu suçlar arasında TCK'nın 244. maddesi de sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre, bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiili bir terör örgütünün faaliyetleri kapsamında ve TMK'nın 1. maddesinde tanımlanan "terör amacı" çerçevesinde işlenirse, terör suçu sayılacaktır<sup>52</sup>.

Bu suçun terör suçu sayılması halinde, muhakemesi ve infazında TMK'daki hükümler uygulama alanı bulacağı gibi, ayrıca TMK'nın 5. maddesi uyarınca, tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında arttırılacak ve bu suretle tayin olunacak cezalarda gerek o fiil için gerekse de her nevi ceza için belirlenmiş cezanın yukarı sınırı aşılabilecektir.

## E) SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### 1. Teşebbüs

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde teşebbüs şu şekilde düzenlenmiştir: "Kişi işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur"

Teşebbüse gerçek anlamda karakterini veren husus, söz konusu tanımdaki "elverişli hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamama" ölçütüdür. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun maddi

<sup>51</sup> Buna ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler için Bkz. **Ketizmen**, s. 168-175.

<sup>52</sup> TMK'nın 1. maddesinde "terör" şu şekilde tanımlanmış olup, bu nitelikli halin meydana gelmesi için bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiili ancak bu kapsamda işlenirse terör suçu olduğu kabul edilecektir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

unsuru, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama ancak suç elinde olmayan nedenlerle tamamlayamama, manevi unsur ise suç işleme kastıdır. Bu itibarla, teşebbüs derecesinde kalmış bir suçun cezalandırılabilmesi için teşebbüsün kurucu unsurlarının tamamının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bununla beraber şunu da söylememiz gerekir ki, teşebbüs bakımından önem arzeden husus failin suç kararının dış dünyaya yansımaları ve algılanabilir biçimde bir davranışta somutlaşmasıdır, aynı zamanda hazırlık hareketleri aşamasından çıkıp icra hareketleri kapsamına girmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, cezalandırılabilir teşebbüsü tespit etmek için yalnızca faildeki suç işleme kastını ve maddi unsurunu değil, failin suç işleme kastının dış dünyaya yansımaları ve icra hareketi şeklinde tezahür eden davranışını incelemek gerekmektedir<sup>53</sup>.

Bir suçta teşebbüsün söz konusu olabilmesi için önemli koşullardan biri de, suçu meydana getiren icra hareketlerinin bölünebilir olmasıdır. Bu açıdan neticesi harekete bitişik suçlar yönünden, başka bir deyişle failin hareketi gerçekleştirir gerçekleştirmez tamamlanan suçlar yönünden teşebbüs söz konusu olmazken, icra hareketleri parçalara bölünebilir suçlara teşebbüs mümkündür<sup>54</sup>. Sonuçlu suçları meydana getiren icra hareketleri kural olarak bölünebilir olduklarından, bu suçlara teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçuna da teşebbüs mümkündür. Buna göre, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması sonucunu gerçekleştirmeye yönelik hareketlerin tamamlanamadığı veya hareket tamamlanmış dahi olsa tipik fiilde öngörülen sonucun meydana gelmediği hallerde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecek ve faile verilecek ceza TCK'nın 35. maddesine göre tatbik edilecektir<sup>55</sup>.

TCK'nın 36. maddesinde 'Gönüllü Vazgeçme' kurumu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır.*"

<sup>53</sup> **Giuseppe Bettiol**, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1976, s. 535; **Ferrando Mantovani**, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2001, s. 455; **Gürkan Özocak**, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, 2018, s. 64-65 (**Suçta Teşebbüs**).

<sup>54</sup> **Mantovani**, s. 465-466; **Özocak**, *Suçta Teşebbüs*, s. 224.

<sup>55</sup> **Bayraktar ve diğerleri**, s. 266.

Buna göre, TCK m. 36, gönüllü vazgeçme durumunda faile o suçtan ceza verilmeyeceğini, ancak fiilin tamam olan kısmı bir suça vücut veriyorsa, failin o suçtan cezalandırılacağını öngörmektedir. Örneğin, bir kimsenin evine hırsızlık maksadıyla giren fail, hırsızlık suçunu işlemeyen fiilini sonlandırır, TCK m. 36 uyarınca hırsızlık suçundan sorumlu olmayacak, ancak vazgeçme anına kadarki fiilleri neticesinde TCK m. 116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu meydana geldiğinden yalnızca bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır<sup>56</sup>. Gönüllü vazgeçmenin bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiilleri yönünden de uygulama alanı bulacağı açıktır. Söz gelimi, sistemin işleyişini engelleyici bir davranışta bulunmak üzere bir bilişim sistemine giren, ancak sonrasında bu davranışından vazgeçen fail TCK m. 244/1'e teşebbüsten cezalandırılmayacak, ancak o ana kadarki fiili TCK m. 243'te düzenlenen bilişim sistemine girme suçuna vücut verdiği için, TCK m. 243/1'den sorumlu olacaktır<sup>57</sup>.

Burada TCK'nın 244. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen "*haksız çıkar sağlama*" suçuna ayrıca değinmemiz gerekmektedir. Bu suç da bir zarar suçu olduğundan, 244. maddenin birinci fıkrasındaki fiili icrasının tamamlanamadığı veya icrası tamamlanmasına karşın dördüncü fıkrada suçun oluşumu için öngörülen haksız çıkarın sağlanamadığı hallerde, bu suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Ancak bunun için failin kastının yalnızca birinci fıkradaki neticeyi gerçekleştirmek değil, aynı zamanda haksız çıkar sağlamayı da kapsamaması gerekecektir<sup>58</sup>. Bununla birlikte, fail birinci fıkradaki fiili tamamlar ve fakat haksız çıkar sağlamaktan gönüllü olarak vazgeçerse, 36. madde düzenlemesi uyarınca TCK m. 244/4'teki suçtan sorumlu olmayacak, yalnızca o ana kadar gerçekleştirdiği TCK m. 244/1'deki fiilinden dolayı cezalandırılacaktır.

<sup>56</sup> Doktrinde, TCK m. 36'daki "*icra hareketleri sonrası gönüllü vazgeçme*" düzenlemesi eleştirilmiş ve düzenlemenin kusur sorumluluğu ilkesi ile çeliştiği söylenmiştir. Örneğin, fail öldürme kastıyla bir kişiyi bıçaklamış, ancak daha sonra pişman olarak o kimsenin ölmesini engellemiştir. Burada, TCK'nın düzenlemesine göre, icra hareketleri sonrası gönüllü vazgeçme vardır ve fail cezalandırılmaz. Ancak, tamamlanan kısım yaralama suçunu meydana getirdiğinden, fail yaralama suçundan cezalandırılacaktır. Ne var ki, bu olayda failin kastı yaralama değil, öldürmedir. Bu durumda, yaralama kastı olmaksızın hareket eden bir kimsenin fiili için yaralamadan ceza verildiği takdirde, kanun gerekçesinde kesin bir şekilde reddedilen objektif sorumluluk esasına göre karar verilmiş olacağı söylenmiştir. Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 343.

<sup>57</sup> **Geçmez**, s. 101.

<sup>58</sup> **Bayraktar ve diğerleri**, s. 266-267.

## 2. İştirak

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından önceden işbirliği yapılarak gerçekleştirilmesine iştirak adı verilmektedir<sup>59</sup>. Esasen ceza kanunlarında öngörülen suç tipleri, bazı istisnai haller dışında, tek bir kişi tarafından işlenmeleri göz önünde bulundurulmuş olarak düzenlenmektedirler. Ne var ki, somut olayda, tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan ve dahası ceza normunda da bu şekilde düzenlenmiş olan suç tiplerinin birden fazla kişinin katkısı veya etkisi ile işlenmesi mümkündür. İştirake ilişkin kurallar, bir kişi tarafından işlenebilen bu suç tiplerinin, birden fazla kişinin katılması, etkide veya yardımda bulunması suretiyle işlenmeleri durumunda, bu suçun işlenmesine iştirak eden diğer ortakların ceza sorumluluklarının nasıl belirleneceği meselesini düzenlemektedir<sup>60</sup>.

Suçta iştiraki düzenleyen ceza normları TCK'nın dördüncü bölümünde 37 ilâ 40. maddeler arasında yer almaktadır. Buna göre, Türk ceza hukukunda suçta iştirakin türleri temelde iki kategoride düzenlenmiş olup, bunlar “*faillik*” ve “*suç ortaklığı*” şeklinde adlandırılabilir. Birinci kategori olan “*faillik*” TCK'nın 37. maddesinde *doğrudan faillik*, *müşterek faillik* ve *dolaylı faillik* olarak üçe ayrılmıştır. Doğrudan fail ile bu faille birlikte hareket ederek fiil üzerinde hakimiyet kuran müşterek fail ve bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle suçun işlenmesini sağlayan dolaylı fail, kanuni tanımda öngörülen cezanın tamamından sorumludur. Suç ortaklığı ise, *azmettirme* ve *yardım etme* olarak iki alt başlıkta incelenebilir. Azmettirme, TCK'nın 38. maddesi uyarınca, bir kimsenin aklında o suçu işlemek olmamasına rağmen o suçu işlemesini sağlayan ortak olarak, işlenen suçla ilgili kanun hükmünde belirlenen ceza ile cezalandırılır. Buna karşın TCK'nın 39. maddesinde yardım etme, iştirakin diğer türlerine göre suçta daha az yoğunlukta bir katılma olarak öngörülmüş olup; buna göre, “*bir kimseyi suç işlemeye teşvik etmek*”, “*suç işleme kararını güçlendirmek*”, “*fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek*”, “*suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek*” veya “*fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak*” yahut “*suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak*” şeklinde vuku bulmakta ve yardım etmek

<sup>59</sup> Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, 2009, s. 23; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, İstanbul, 1987, s. 481 (C. II).

<sup>60</sup> Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 499. YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

suretiyle bir suçta iştirak edene, suç tipini düzenleyen normdaki ceza miktarından belli oranlarda indirim yapılarak ceza verilmektedir<sup>61</sup>.

TCK m. 244/1’de düzenlenen suçun iştirak halinde işlenmesi mümkündür. Bu suç iştirak açısından herhangi bir özellik göstermemektedir. Örneğin, bir kimsenin bilişim sisteminin işleyişini bozucu bir virüsün gönderilmesini fiilini müşterek olarak işleyen kimseler TCK m. 37 uyarınca müşterek fail olarak cezalandırılacaklar, bir kişinin bu fiili işlemek hiç aklında yokken onu bu fiili işlemeye azmettiren, örneğin ikna eden yahut para veren kimse TCK m. 38 uyarınca azmettirici olarak aynı ceza sorumluluğuna sahip olacak, bu fiili işleyen failin fiili işlemesini kolaylaştıran, onu teşvik eden veya yol gösteren kimse ise TCK m. 39 uyarınca yardım eden sıfatıyla cezalandırılacaktır.

### 3. İçtima

Ceza hukukunda somut olayda işlenen suç sayısını, dış dünyada meydana gelen sonuç belirlemektedir. Buna göre, kanuni tanıma uygun olarak gerçekleştirilen her sonuç, kural olarak, ayrı ve bağımsız bir suçta vücut vermekte olup, fail hareketi ile ne kadar sonuç meydana getirmişse o kadar suç işlemiş olmakta ve her bir suç yönünden ayrı ayrı cezalandırılmaktadır<sup>62</sup>. Ne var ki, bazı durumlarda, fail tarafından gerçekleştirilen fiil birden çok kanun hükmünü yahut farklı fiiller birden çok kez aynı kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir. Bu durumlara ceza hukukunda “suçların içtimalı” veya “suçların kaynaşması” adı verilmektedir<sup>63</sup>.

Ceza hukuku açısından “*fil*” hareket ile neticenin birlikte ele alınmasını ifade etmektedir. Bu nedenle somut olayda failin hareketinin tekliği veya çokluğu fiilin tekliği yahut çokluğu bakımından bir etki doğurmayacak, ortaya çıkan doğalcı anlamdaki neticeye göre fiil sayısı belirlenecektir<sup>64</sup>. Ceza hukukunda kanun koyucu bazı hallerde birden çok ihlali tek suç saydığı ve faile tek bir ceza verilmesini emrettiği içtima halleri öngörmüş olup, bu içtima halleri *bileşik (mürekkep) suç*, *zincirleme (müteselsil) suç* ve *fikri içtima* olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>61</sup> Suça iştirakin türleri ve buna ilişkin görüşler hakkında detaylı açıklama için bkz. Aydın, s. 130 vd.; Demirbaş, s. 503 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, s. 482 vd..

<sup>62</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 403; Hafızoğulları/Özen, s. 376.

<sup>63</sup> Demirbaş, s. 540.

<sup>64</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 403.

Bileşik suç TCK'nun 42. maddesinde düzenlenmiş olup, “*biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir.*” Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen bilişim suçları yönünden bileşik suçtan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, çalışmamızın konusunu oluşturan bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiili yönünden ele alınacak ilk içtima kurumu zincirleme suçtur. Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.*” Bu açıklamaya göre zincirleme suçu, kasıttan ayrı olarak, failin kurguladığı bir suç işleme planı dahilinde, aynı suçu aynı kişiye karşı birden çok kez gerçekleştirmesi olarak tanımlamak mümkündür<sup>65</sup>. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi*” de zincirleme suç kapsamında sayılmakta ve faile bu hüküm uyarınca tek bir ceza verilmektedir.

TCK'nun 244/1. maddesinde düzenlenen bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiilinin zincirleme suçun konusu olması mümkündür. Nitekim bu fiil, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla kez işlendiğinde zincirleme suç söz konusu olacak ve TCK m. 43 uyarınca faile tek suçtan dolayı verilecek ceza arttırılacaktır. Ne var ki burada “*tek suç işleme kararının icrası*”nın doğru bir şekilde değerlendirilmesi ve tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer failin icra hareketleri arasında tek bir suç işleme kararından söz edilemeyecek denli uzun aralıklar mevcutsa, zincirleme suç söz konusu olmayacak ve faile her bir fiilinden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir<sup>66</sup>. Aynı şekilde, bu suç tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlendiğinde de TCK'nın 43. maddesindeki zincirleme suç hükmü uygulama alanı bulacaktır.

İçtima bakımından ele alınması gereken bir diğer kurum ise fikri içtimadır. TCK'nın 44. maddesinde öngörülen fikri içtima hükmü uyarınca, “*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*” Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için sonuç odaklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre, failin fiili ile ortaya çıkan sonuç tek ise fiilin de

<sup>65</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 381.

<sup>66</sup> Dülger, s. 410.



tek olduğu, buna karşın sonuç birden fazla ise fiilin de sonuç sayısı kadar olacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla dış dünyada meydana gelen tek bir somut değişiklik halinde “*tek fiil*” söz konusu olduğundan fikri içtimanın uygulanabileceği, ancak dış dünyada birden fazla somut neticenin meydana gelmesi halinde ortada sonuç sayısı kadar fiil olacağından fikri içtimadan bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz<sup>67</sup>. Buna göre, fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için fail tarafından olgular dünyasında meydana gelmiş tek bir fiil gerçekleştirilmesi ve bu tek fiil ile birden farklı ceza normunun aynı anda ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Örneğin, başkasına ait bir özel belgenin yok edilmesi olayında, fail tek bir fiil ile hem mala zarar verme (TCK m. 151), hem de belgeyi yok etme (TCK m. 208) suçunu işlemektedir<sup>68</sup>. Bu örnekte, failin dış dünyaya yansıyan iradesi tek olduğundan ve doğalcı anlamda tek bir sonuç meydana geldiğinden, faile her iki ceza normu nedeniyle ceza verilmemekte ve fikri içtima hükmü dolayısıyla bu suçlardan cezası daha ağır olan uygulanmaktadır.

Bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiilini işleyen fail, bu fiili ile aynı zamanda başka bir ceza normunu da ihlal ediyorsa, fikri içtimadan söz etmek mümkündür. Örneğin, fail bilişim sisteminin işleyişini bozmak amacıyla doğrudan bir donanıma saldırıyor, bunu parçalıyor ve bu sayede bilişim sisteminin işleyişini bozuyorsa, tek bir fiil ile TCK'nun 244/1. maddesindeki suç ile 151. maddesindeki mala zarar verme suçu oluşacaktır. Bu durumda, TCK m. 44 uygulanacak ve iki suçtan daha ağır ceza öngörülen TCK m. 244/1'deki bilişim sisteminin işleyişinin bozulması suçundan faile ceza verilecektir<sup>69</sup>.

Somut olayda bir fail tarafından birden fazla bilişim suçu da işlenebilir. Örneğin, bir fail sisteme girmeksizin veri nakillerini izlerken bir süre sonra sistemin içine girerek sistemin işleyişini engelleyebilir veya bilişim sisteminin işleyişini bozmak için bir virüs üreten bir fail sonrasında bu virüsü kullanarak gerçekten sisteme zarar verebilir. Bu durumlarda failin tek bir fiilinden değil birden çok fiilinden bahsetmek gerekeceğinden ceza hukukunda “*gerçek içtima*” dediğimiz husus söz konusu olacak ve faile iki

<sup>67</sup> Aynı görüşte bkz. **Erem**, s. 363; **Dönmezer/Erman**, C. II, s. 416; **Toroslu/Toroslu**, s. 369; **Mustafa Özen**, “*Ceza Hukukunda Fikri İçtima*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 73, 2007, s. 139-140.

<sup>68</sup> **Toroslu/Toroslu**, s. 370.

<sup>69</sup> **Geçmez**, s. 106. Bu durumda, mala zarar verme suçu ile bilişim sisteminin işleyişinin bozulması suçunun farklı hukuki konulara sahip olduğunu, dolayısıyla iki suçla farklı menfaatlerin ihlal edildiğini, aralarında genel – özel norm ilişkisinden bahsedilemeyeceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Dülger**, s. 411.

suç fiilinden ayrı ayrı ceza verilecektir. Yukarıdaki örneklerden ilkinde fail TCK m. 243/4 ve m. 244/1'de, ikincisinde ise TCK m. 244/1 ile m. 245/A'da düzenlenen suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

## E) UYGULAMADA SIK GÖRÜLEN BİLİŞİM SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİNİ ENGELLEME VEYA BOZMA SALDIRILARI

Bilişim suçları ve bu suçların işlenmesinde kullanılan yöntemler, teknolojik gelişme alanları genişledikçe, buna paralel olarak gelişmekte, çoğalmakta ve farklılaşmaktadır. Bu nedenle bu saldırıları sınıflandırmamız veya sınırlandırmamız pek mümkün görünmemektedir<sup>70</sup>. Bunun yanı sıra, bilişim suçlarında ve saldırılarda kullanılan teknik yöntemler birden farklı aşamada da gündeme gelebilmektedir. Söz gelimi, bilgisayar virüsleri hem sisteme sızma hem de izlerin yok edilmesi aşamalarında kullanılabilir<sup>71</sup>. Bu nedenle bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması saldırılarını tek tek saymak mümkün değilse de, çalışmamızın bu bölümünde uygulamada çok sık görülen hizmet aksatma ve bilişim sistemine müdahale saldırı türlerinden *DoS ve DDoS saldırıları*, *tavşanlar (rabbits)* ve *SPAM*'ler üzerinde durulacaktır. Bunun yanı sıra, klasik bir siber saldırı türü olan *hacking* yöntemiyle, ayrıca *Botnet* veya *Phishing* gibi saldırı metotlarıyla da bir bilişim sisteminin güvenlik duvarı aşılarak sistemin ele geçirilmesi ve bunun ardından sistemin içerisinden işleyişinin engellenmesi veya bozulması da mümkündür<sup>72</sup>. Ne var ki bu bölümde, doğrudan sistemin hizmetini aksatmaya yönelik ve buna özgülenen saldırı türlerinden söz edilecektir.

### 1. DoS ve DDoS Saldırıları

TCK m. 244/1 bağlamında, bilişim sistemine müdahale fiillerinin en sık görülen yöntemi DoS (*Denial of Service*) ve DDoS (*Distributed Denial of Service*) saldırılarıdır. DoS saldırısı, kısaca, belli bir sunucunun belli bir şekilde hizmet bekleyen kullanıcılara hizmet verememesini sağlamak

<sup>70</sup> Siber saldırı yöntemlerinin tarihçesi ve bunlara ilişkin sosyo kültürel araştırmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Mesut Orta**, *Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması, Muhafazası, Değerlendirilmesi, Sunulması*, Ankara, 2015, s. 87 vd.

<sup>71</sup> **Karagöz**, s. 98.

<sup>72</sup> Diğer siber saldırı yöntemleri hakkında açıklama için bkz. **Dülger**, s. 120 vd.; **Orta**, s. 101 vd.; **Mustafa Altınkaynak**, *Uygulamalı Siber Güvenlik ve Hacking*, 5. Baskı, İstanbul, 2018, s. 5 vd.

amacıyla, o bilgisayarın işlem yapmasını engellemek, bir başka deyişle hedef bilgisayarı bilişim sisteminin içerisine girmeksizin kilitlemektir. DoS işlemi, birden çok sayıda bilgisayar üzerinden yapıldığında, yani “*dağıtık*” (*distributed*) bir şekilde gerçekleştirildiğinde ise ortaya DDoS saldırısı çıkmaktadır<sup>73</sup>. Uygulamada en sık görülen bilişim sistemine müdahale fiillerinden biri DDoS saldırısıdır.

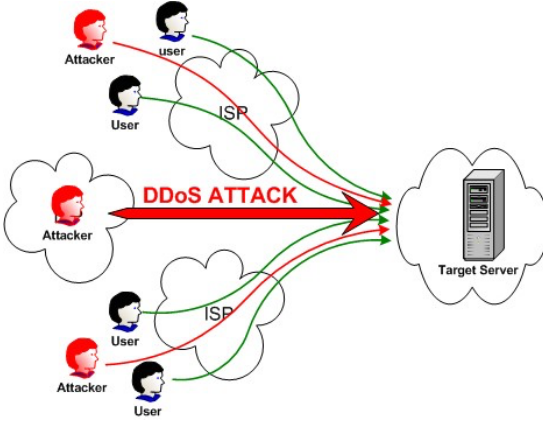
DDoS saldırısında, saldırgan, *hacking* yoluyla daha önceden ele geçirmiş ve hazırlamış olduğu birçok makina üzerinden veya BOT IP’ler üzerinden, seçmiş olduğu hedef sistemin trafiğini arttırarak, o sistemin işleyemez hale gelmesini sağlamaktadır. Saldırganın *hacking* yoluyla ele geçirmiş olduğu ve görünürde hedef bilgisayarların sistemlerine saldıran bu makinalara “*zombi*” adı verilir. *Zombiler* esasen saldırganın daha önce bir açığını bularak ele geçirdiği (*hacklediği*) ve saldırı sırasında kullanmak üzere içlerine program yerleştirdiği bilgisayarlardır. Bir başka deyişle, *zombiler* saldırının merkezinde bulunan, ancak saldırı fiilinden haberdar dahi olmayan ve güvensiz olduğu için saldırgan tarafından ele geçirilmiş makinalardır. *Zombi* programları, genellikle güvenliği zayıf olan sistemlere yerleştirilmektedir.

Saldırgan tarafından *zombiler* üzerinde kurulan programlar (*daemon*) belirli bir kaynaktan gelecek DDoS komutlarını dinlemekte ve bu yolla hedef sisteme saldırıları gerçekleştirmektedir. Binlerce sisteme yerleştirilen bu programlar, bilgisayarlara uzaktan kontrol (*remote*) olanağı vermekte, böylece saldırganın bu bilgisayarlar üzerinden istediği *server*’a (*sunucu*) istediği sayıda veri göndererek o *server*’ı çalışamaz hale getirmesine olanak sağlamaktadır<sup>74</sup>.

İfade ettiğimiz gibi saldırgan, bu *zombi* bilgisayarları veya BOT IP’leri kullanarak hedef olarak belirlediği sisteme (bilgisayara ya da *hosta*) aynı anda giriş yapmaya çalışmakta ve bu yolla kapasitesinin çok üzerinde istek gelen sistem tamamen kilitlenerek çalışamaz hale gelmektedir. Örneğin, barındırma hizmeti veren bir firmadan belirli bir bant genişliği edinen ve buna göre azami olarak aynı anda iki bin kişinin girebileceği bir web sitesine, aynı anda ikiyüz bin kişinin girmeye çalıştığı ve girmeye çalışırken bu ikiyüz bin kişinin ayna anda komut yolladığı durumda, bu web sitesine ulaşılması mümkün olmamaktadır. İşte DDoS saldırısında, aynı anda binlerce kişinin belli bir sisteme sürekli giriş yapmaya çalışması gibi, bu işi otomatize eden bir yazılımla hedef sistem kilitlenmekte ve çalışamaz duruma getirilmektedir.

<sup>73</sup> Karagöz, s. 110.

<sup>74</sup> Gürkan Özocak, “DDoS Saldırısı ve Failin Cezai Sorumluluğu”, Bilişim 2012 – 29. Uluslararası Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı, Ankara, 2012, s. 24 (DDoS Saldırısı).



Şekil 1. DDoS Saldırı Şeması<sup>75</sup>

Yukarıdaki şemadan da görülebileceği üzere, DDoS saldırısında hedef sunucuya (*target server*), aynı anda çok sayıda istek gelmekte olup, sistemin kaynakları (*CPU, Stack, band vs.*) bu yoğun istekleri karşılayamadığı durumda, sisteme gerçek kullanıcılar (*user*) tarafından da erişilmesi imkânsız hale gelmektedir. Sistemin kilitlenmesi durumu, *zombi* bilgisayarların çokluğuna ve gelen isteklerin yoğunluğuna bağlı olarak, saatler sürebilmekte olup, sisteme gelen yükün azalıp sisteme girişin kabul edilebilir seviyeye inmesine kadar devam edebilmektedir.

Koordineli ve sistematik bir biçimde yapılan bu işlem, hem saldırının yoğunluğunun artmasına, hem de gerçek saldırganın kimliğinin gizlenmesine yol açmaktadır. Zira, saldırılar *zombi* bilgisayarlar üzerinden yapıldığından, saldırı yapan bilgisayara ulaşılmak istenildiğinde *zombi* bilgisayarların IP adresleriyle karşılaşmakta ve teknik olarak saldırıya katılmayan gerçek saldırganı ulaşmak mümkün olmamaktadır. Saldırı tek bir IP adresi üzerinden yapıldığında bir *Firewall* (*güvenlik duvarı*) bunu rahatlıkla önleyebilecekken, daha çok sayıdaki IP adresinden saldırı yapılması, *log* taşması nedeniyle *Firewall* servislerini durdurmakta ve *Firewall*'un devre dışı kalmasına neden olmaktadır. İşte DDoS saldırılarını, tek bir IP adresi üzerinden gelen DoS saldırılarından ayıran en önemli fark buradan kaynaklanmaktadır. DDoS saldırılarında, saldırgan çok sayıdaki *zombi* bilgisayarı veya IP'yi hedef sisteme yönlendirdiğinden *Firewall* devre dışı kalmakta ve saldırının

<sup>75</sup> Özocak, DDoS Saldırısı, s. 25.  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

yoğunluğuna bağlı olarak önlenmesi kimi zaman imkânsız hale gelmektedir<sup>76</sup>.

DDoS saldırısında, hedef sisteme aynı anda çok sayıda bilgisayar üzerinden istek gönderildiğinden, sistem kilitlenmekte ve çalışamaz hale gelmektedir. Böylece, saldırgan esasen sistemin içine girmeksizin veya herhangi bir veriye müdahale etmeksizin, yalnızca sisteme erişilmesini engellemektedir. Bu itibarla, DDoS saldırısının, TCK m. 244/1 kapsamında “*bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi*” suçuna vücut verdiği şüphesizdir.

Ne var ki, uygulamada esas sorun, yukarıda açıkladığımız *zombilerin* ceza sorumluluğu bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü, somut olaya bakıldığında, TCK m. 244/1’deki suçun maddi unsuru görünüşte *zombi* bilgisayarlar tarafından, iştirak halinde meydana getirilmektedir. Zira, bu bilgisayarlar hedef bilişim sistemine çok sayıda istek göndererek sistemin kilitlenmesine ve işleyişinin engellenmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle uygulamada “delilden faile gidilmesi” prensibi uygulandığında, ulaşılan sonuç *zombi* bilgisayarların IP adresleri veya doğrudan BOT IP’ler olmaktadır<sup>77</sup>. Ancak bunlar yalnızca saldırgan tarafından yönlendirilen ve ceza hukuku açısından “*longa manus*” (*uzun el*) adı verilebilecek araçlar olup, bunlara ceza verilemeyeceği gibi, bunlar üzerinden faile ulaşmak da çoğu kez mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, DDoS saldırılarında mevcut delillerden veya suçun neticelerinden yola çıkılarak asıl failin tespit edilmesi oldukça zordur.

## 2. Tavşanlar (Rabbits)

Tavşan adı verilen yazılımlar, son derece çabuk üreyebilen ve içine girdikleri bilişim sisteminin içinde işlemciye anlamsız ve sürekli komutlar vererek işlemcinin bilişim sisteminin normal işleyişini sağlayan komutları vermesini engelleyen veya yavaşlatan ve sistemin daha yavaş çalışmasına sebep olan, sonunda da sistemi çalışmaz hale getirerek kilitleyen yazılımlardır<sup>78</sup>.

Tavşanlar bir kez sistemin içine girdikten sonra faaliyete geçebilmeleri için ayrıca bir komuta yahut dışarıdan bir müdahaleye ihtiyaç duymayan

<sup>76</sup> DDoS saldırı yöntemleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. **Özocak**, DDoS Saldırısı, s. 24-26.

<sup>77</sup> Zombi sistemlerinin oluşturduğu bu sisteme BotNet (Bot Ağı) da denilmektedir. Bkz. **Karagöz**, s. 111.

<sup>78</sup> **Dülger**, s. 114.

kötücül yazılımlardır. Bunlar sisteme girip çalışmaya başladıktan sonra işlemciye sürekli yük bindirmekte, diskte yer alan tüm alanı doldurmakta ve bir süre sonra sistemi tamamen işlemez hale getirmektedirler. Bu özellikleriyle sisteme içeriden ve kendiliğinden DDoS saldırısı yapıyormuş gibi bir çalışma prensibine sahiptirler<sup>79</sup>.

Günümüzde tavşan yazılımları, bir sistemin işleyişini yavaşlatmak ve bozmak amacıyla olduğu kadar, işlemcinin sahibinden farklı komutlar vererek o kimseyi küçük düşürmek veya başkalarıyla onun adına iletişime geçiyormuş izlenimi vermek, bu yolla fidye almak vb. birçok farklı amaçla kullanılabilir<sup>80</sup>.

### 3. SPAM'ler

Spam sözcüğü esasen ABD menşeli Hormel Foods Corporation'ın ürettiği gıdalarla ilgili bir kısaltmadır ve "*spiced pork and ham*" (*baharatlı domuz ve jambon*) ibaresinin baş harflerinden oluşmaktadır<sup>81</sup>. Ne var ki Spam, bilişim dünyasında istem dışı gönderilen e-postalara verilen genel bir isim olarak benimsenmiş ve zamanla bir siber güvenlik sorunu haline gelmiştir.

E-posta ile iletişim hayatımıza girdiği ilk günden itibaren, kullanım kolaylığı ve sınırsızlığı ile hayatımızın vazgeçilmezlerinden olmuşsa da, bu durum özellikle yığın halinde gönderilen e-postalar nedeniyle yavaş yavaş bir sorun haline de gelmiştir. İstenmeyen e-postalar, bir süre sonra kişilik haklarına müdahale noktasına gelmiş ve yaygın hak ihlalleri arasında yerini almıştır<sup>82</sup>. Zira bir kimsenin e-posta kutusuna gelen binlerce e-postanın hangisinin gerçek veya gerekli hangisinin gereksiz (*spam*) olduğunu tespit etmek son derece güç olup, bu gereksiz e-postaların şikâyet edileceği bir kurum da bulunmamaktadır. Bazı firmaların veri tabanlarındaki bazen yüzbinleri hatta milyonları bulan e-postaları satmaları, bilgisayar korsanlarının (*hacker*) yaptıkları aktif ya da pasif aramalarla elde ettikleri veriler, site içerisinde veya farketmeden onay verilen çerezler aracılığıyla e-

<sup>79</sup> Karagöz, s. 112.

<sup>80</sup> Örneğin, yakın tarihte Rusya merkezli ortaya çıkan '**Kötü Tavşan**' (Bad Rabbit) isimli bir tavşan yazılımının, 'Adobe Flash Player' güncellemesi görünümü sahte bir yazılımla (virüs ile) kullanıcıların bilgisayarlarına sızdığı, bu yolla sistemi ele geçirdiği ve verilerin teslim edilip sistemin eski hale getirilmesi için sistemin sahibinden bu yolla fidye istendiği tespit edilmiştir. Bkz. <https://www.cnnturk.com/teknoloji/bilgisayarlar-da-yeni-tehdit-kotu-tavsan?page=5> (erişim tarihi: 31.07.2023)

<sup>81</sup> Dülger, s. 117.

<sup>82</sup> Orta, s. 100.

posta adresi tarayan ve kaydeden yazılımlar gibi sorunlar da istenmeyen e-postaların çoğalmasına sebebiyet vermektedir<sup>83</sup>. Buna dair ABD başta olmak üzere çeşitli ülkelerde yasama çalışmaları yapılmaktadır<sup>84</sup>.

Spam ile ilgili en önemli sorunlardan birisi, İnternet trafiğini olumsuz yönde etkilemesi ve özel olarak e-posta trafiğini kilitlenecek noktaya getirmesidir. Öyle ki, bir süre sonra gerçek e-postaların spam olanların arasında bulunması dahi mümkün olmamakta, böylece sorun haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması noktasına kadar gitmektedir. Spam e-postaların hizmet veya İnternet yahut e-posta akışını yavaşlatmak ya da aksatmak amacıyla gönderilmesi halinde ise, bu fiilin artık TCK'nın 244/1. maddesi bağlamında bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçuna vücut vereceği açıktır<sup>85</sup>.

#### IV. SONUÇ

Son yıllarda ciddi anlamda gelişme ve ilerleme gösteren teknolojik devinim ve buna paralel olarak artan bilgisayar kullanımı ile beraber, toplumun yaşayış biçimi ve dolayısıyla suç ve suçluluğun zemini de değişmiştir. Bu bağlamda, “klasik suçlar” olarak adlandırılan suçların yanı sıra, “bilişim suçları” adı verilen bir grup suç da ülkelerin ceza kanunlarında kendine yer bulmaya başlamıştır.

Toplumun ve teknolojik olanak ve ihtiyaçların gelişmesiyle doğru oranda artış gösteren bilişim suçları, hali hazırdaki klasik suçlardan kategorik olarak farklı suçları kapsamamış, bilakis bu suçların bilişim sistemlerinin sosyo-ekonomik dönüşüm içerisinde ceza hukukuna etkisi ortaya çıkmış, bu bakımdan bu suçlar bir ihtiyaç olarak ceza kanunlarında düzenlenirken, bir yanda gerek kategorik, gerekse pratik sebeplerle kimi sorunlar ve tartışmalar yaratmıştır<sup>86</sup>.

Çalışmamızın kapsamını aşan bu tartışmalar bir yana bırakıldığında, ilk defa 1991 tarihli 3765 sayılı Kanunla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na giren bilişim suçları, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243-246 maddeleri arasında, “Topluma Karşı Suçlar” arasında, Kanunun Üçüncü Kısmınının 10. Bölümünde “Bilişim Alanında Suçlar” başlığıyla düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeyle, “Bilişim Alanında Suçlar” “Yetkisiz Erişim”, “Sisteme Müdahale”, “Veriye Müdahale (Değiştirme,

<sup>83</sup> Karagöz, s. 112.

<sup>84</sup> Bu yasama çalışmaları hakkında bilgi için bkz. Dülger, s. 118; Orta, s. 101.

<sup>85</sup> Geçmez, s. 41; Karagöz, s. 112.

<sup>86</sup> Ketizmen, s. 243.

*Bozma, Yok Etme, Erişilmez Kılma)*”, “*Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Yarar Sağlama*” ve “*Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanımı*” olarak öngörülmüştür.

Çalışmamızın konusunu oluşturan “*Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme veya Bozma Suçu*”, 5237 sy. TCK’nun 244/1. maddesinde düzenlenmiştir. Seçimlik hareketli bir suç olarak öngörülen TCK m. 244/1, hem “*bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi*”, hem de “*bilişim sisteminin işleyişinin bozulması*” fiillerini kapsamaktadır. Bu fiillerin, bilgisayarın donanımına yapılan fiziki müdahaleleri kapsamadığı, yalnızca yazılımlara yönelik müdahaleleri kapsadığı görüşleri ortaya atılmaktaysa da, kanımızca “*bilişim sisteminin engellenmesi veya bozulması*” amacıyla ve bu sonuç irade edilerek bir bilgisayarın fiziki donanımına yönelik gerçekleştirilen saldırıların da TCK m. 244/1 bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bunun yanında, sisteme müdahale suçunun uygulamada en sık görülen yöntemi DoS ve DDoS saldırısı olarak adlandırılan saldırı (*hacking*) yöntemidir. Bu yöntemde, failler, hedef olarak belirledikleri bilişim sisteminin hiçbir şekilde içine girmeksizin, daha önce güvenlik zafiyetinden faydalanarak ele geçirdikleri ve *zombi* adı verilen yüzlerce, hatta binlerce bilgisayarı yahut BOT kaynakları hedef sisteme yönlendirerek ve bu sisteme çok sayıda istek göndererek, sistemin bunlara cevap verememesine ve çalışamaz hale gelmesine sebep olmaktadır. Görünüşte saldırıyı yapan *zombi* bilgisayarlar olduğundan ve yapılacak incelemede *zombilerin* IP adreslerine ulaşılabildiğinden, esas saldırganın ulaşmak neredeyse imkânsız olmakla beraber, saldırganın fiilinin TCK m. 244/1 bağlamında sisteme müdahale olduğu tartışmasızdır. Bunun yanı sıra, uygulamada *tavşan* (*rabbit*) yazılımlar veya *spam* gibi yöntemlerin de kullanıldığı ve ayrıca çok sayıda *hacking* yöntemi kullanılarak gerçekleştirilen farklı siber saldırı türleriyle de karşılaşıldığı görülmektedir.

Özellikle bilişim sisteminin işleyişine yönelik veya hizmet aksatma amacı güden saldırılarda TCK m. 244/1’in uygulanması söz konusu olacağı açıktır. Ne var ki, siber suçlulukla mücadelede ceza sorumluluğunun belirlenmesi kadar, siber risklerin önceden tespit edilmesi, bilişim sistemlerini siber saldırı risklerinden koruyucu tedbirlerin alınması, özellikle enerji, ulaştırma, telekomünikasyon, finans gibi önemli ve kritik hizmet veren sektörlerde bilişim sistemlerin bu tür saldırılardan korunabilmesi için belirli hukuki ve teknik gereksinimler belirlenmesi gibi önleyici tedbirlerin öngörülmesi de elzemdir. Ülkemizde bu yönde çeşitli çalışmalar yapılmakta ve elektronik haberleşme gibi bazı sektörlerde buna dair ikincil düzenlemeler bulunmakta ise de, genel olarak güçlü bir mevzuatın bulunduğunu söylemek güçtür.



## V. KAYNAKÇA

**Ali Karagülmez**, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara, 2005.

**Ali Osman Özdilek**, Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku, İstanbul, 2006.

**Berrin Bozdoğan Akbulut**, “*Bilişim Suçları*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, Sayı: 1-2, Cilt: 8, Konya, 2000, s. 545-555.

**Devrim Aydın**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, 2009.

**Faruk Erem**, “*Bilgisayar Suçları ve TCY*”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 4, Ekim 1991.

**Faruk Erem**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Ankara, 1987.

**Ferrando Mantovani**, Diritto Penale, Parte Generale, Padova, 2001.

**Francesco Antolisei**, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, 2003.

**Giuseppe Bettiol**, Diritto Penale, Parte Generale, Padova, 1976.

**Gürkan Özocak**, “*DDoS Saldırısı ve Failin Cezai Sorumluluğu*”, Bilişim 2012 – 29. Uluslararası Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı, Ankara, 2012, s. 23-29.

**Gürkan Özocak**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2018.

**Hans-Heinrich Jescheck**, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, 2007.

**İrem Geçmez**, Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçları (TCK m. 244), Ankara, 2020.

**Hasan Sınar**, İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul, 2001.

**Kubilay Taşdemir/ Ramazan Özkepir**, Mala Karşı Suçlar, Ankara, 1993.

**Köksal Bayraktar/Zeynel T. Kangal/Ali Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Fulya Eroğlu/Vesile Sonay Evik/Ali Kemal Yıldız/Eylem Aksoy Retornaz/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Asuman Aytekin İnceoğlu**, Özel Ceza Hukuku, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar – Bilişim Alanında Suçlar, Cilt VIII, İstanbul, 2021.

**Levent Kurt**, Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Ankara, 2005.

**Mehmet Can Karagöz**, Bilişim Sistemleri Teorisine Giriş ile Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu, İstanbul, 2020.

**Mesut Orta**, Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması, Muhafazası, Değerlendirilmesi, Sunulması, Ankara, 2015.

**Muammer Ketizmen**, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara, 2008.

**Muharrem Özen/İhsan Baştürk**, Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku, Ankara, 2011.

**Murat Volkan Dülger**, Bilişim Suçları, Ankara, 2004.

**Murat Volkan Dülger**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara, 2014.

**Mustafa Altınkaynak**, Uygulamalı Siber Güvenlik ve Hacking, İstanbul, 2018.

**Mustafa Özen**, “*Ceza Hukukunda Fikri İçtima*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 73, 2007, s. 132-145.

**Nezhat Toroslu/Haluk Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2019.

**Nezhat Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970.

**Olgun Değirmenci**, “*2004 Türk Ceza Kanunu’nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Ankara, 2005

**Salvatore Resta**, Computer Crimes Tra Informatica e Telematica, Cedam, 2000.

**Sulhi Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 2001.

**Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, İstanbul, 1987.

**Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, İstanbul, 1987.

**Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.

**Ulrich Sieber**, “*Bilgi Toplumunda Ceza Hukuku ve Dijitalleşme – Bilişim Suçları*”, Çeviren: Prof. Dr. Feridun Yenisey – Av. Damla Zaimoğlu, Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku, Ankara, 2021.

**Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018.

**Yılmaz Yazıcıoğlu**, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle Bilgisayar Suçları, İstanbul, 1997.

**Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.



# **<sup>H</sup> TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ İLE ÖZELLİKLE TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ KARARINA İTİRAZ YARGILAMASINDA İCRANIN GERİ BIRAKILMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER (SON DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE)**

*(THOUGHTS ON SUSPENSION OF EXECUTION IN THE CONSUMER ARBITRATION COMMITTEE AND ESPECIALLY IN THE OBJECTION PROCEEDİNG TO THE DECISION OF THE CONSUMER ARBITRATOR COMMITTEE (IN THE FRAMEWORK OF LATEST CHANGES))*

**Dr. ÖĞr. Üyesi nder TOPAL\* \*\***

## **Z**

*Tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği aynı zamanda, hakem heyetinin gerçekteŐirdiĐi faaliyetin, faaliyet sonucunda vereceği kararın ve kararın icrasının hukuki nitelendirilmesinde de etkili olmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle, tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği, bu bağlamda tüketici mahkemesi ile arasındaki ilişkiye, tüketici hakem heyeti kararına karşı itiraz ve kesin hüküm niteliğine yer vereceğiz.*

*Ancak çalışmamız açısından özellikle üzerinde duracağımız husus, tüketici hakem heyeti kararlarının icrası bağlamında icranın durdurulması/geri bırakılmasıdır.*

*Tüketici hakem heyetlerinin, mahkeme olup olmadıkları tartışmalı olmakla birlikte, kararları 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında (TKHK) m. 70/2-c.2 uyarınca ilamların mahkeme ilamları ile aynı icra prosedürüne tabi kılınmıştır. İlamlı icra bağlamında kesinleşmeden icrası mümkün olan ilamlar açısından icra takibinin durması/durdurulması için İcra ve iflas*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 30.10.2023. İlk hakem raporu tarihi: 09.11.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 15.12.2023. Onaylanma Tarihi: 19.12.2023.

\* Dr. ÖĞr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1065-3884.

**Esere Atıf Şekli:** nder Topal, “Tüketici Hakem Heyeti İle zellikle Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz Yargılamasında İcranın Geri Bırakılması zerine Düşünceler (Son Değişiklikler Çerçevesinde)”, YHFĐ, C.XXI, 2024/1, s. 293-335.

*Kanunu (İİK) m. 33-33/a, m. 36 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 381 çerçevesinde icranın geri bırakılması veya icranın durdurulması kararının getirilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda anılan düzenlemelerin tüketici hakem heyeti kararı icrasında uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulacaktır.*

*Esas olarak TKHK m. 70/3'de yer alan düzenleme çalışmamız açısından önemlidir. Buna göre tüketici mahkemesinde itiraz yargılamasında tüketici hakem heyeti kararının icrasının, talep edilmesi şartıyla tüketici mahkemesi tarafından "tedbir yoluyla" durdurabileceği hüküm altına alınmıştır. "Tedbir" kavramının hangi anlamda kullanıldığının tespiti için, hakem kararına itirazın hukuki niteliğinin tespiti gereklidir. Hakem kararına itirazın hukuki niteliğine ilişkin olarak, itirazın kanun yolu mu, ihtiyati tedbir mi yoksa diğer geçici hukuki koruma tedbirlerinden mi olduğu noktasında varılacak sonuç, "tedbir" kavramının da hangi anlamda kullanıldığının ortaya koyulmasını sağlayacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Tüketici hakem heyeti, Tüketici mahkemesi, İtiraz, İcranın geri bırakılması, Tedbir.*

### **ABSTRACT**

*There is no consensus in the doctrine regarding the legal nature of the consumer arbitration committee. Various opinions are put forward in the doctrine on this issue. The legal nature of the consumer arbitration committee is also effective in the legal qualification of the activity carried out by the arbitration committee, the decision it will give as a result of this activity, and the enforcement of the decision. In this direction, first of all in our study; we will include the legal nature of the consumer arbitration committee, its relationship with the consumer court in this context, the nature of objection and final judgment against the decision of the consumer arbitration committee.*

*However, what we will focus on in our study is the suspension/postponement of execution in the enforcement of consumer arbitration committee decisions.*

*Although it is controversial whether consumer arbitration committees are courts or not, their decisions are subject to the same enforcement procedure as court judgment in accordance with Article 70/2-c.2 of the Consumer Protection Law No. 6502 (CPL). In order to suspend the enforcement proceedings in terms of judgments that are possible to be executed without being finalized in the context of execution by judgment, a decision to suspend the execution must be made within the framework of Articles 33-33/a and 36*

*of the Execution and Bankruptcy Law (EBL) and Article 381 of the Code of Civil Procedure (CCP). In our study, we will focus on the applicability of the mentioned regulations in the execution of the decision of the consumer arbitration committee.*

*Essentially, the regulation in CPL article 70/3 is important for our study. Accordingly, it has been ensured that the enforcement of the decision of consumer arbitration committee in the objection proceedings at the consumer court can be suspended by the consumer court "by way of precaution". In order to determine in what sense the concept of "caution" is used, it is necessary to determine the legal nature of the impeachment of award. Regarding the legal nature of the impeachment of award, the conclusion to be reached as to whether the objection is a legal remedy, interim injunction or other temporary legal protection measures will reveal the meaning in which the concept of "caution" is used.*

**Keywords:** Consumer arbitration committee, Consumer court, Objection, Suspension of execution, Caution.

\*\*\*

## GİRİŞ

Yıllardır tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği oluşmamıştır. Doktrinde görüş ayrılıklarının bulunması tüketici hakem heyeti açısından bazı kurumların ortaya koyulması açısından farklılık oluşturmaktadır. Örneğin, tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği aynı zamanda, hakem heyetinin gerçekleştirdiği faaliyetin, faaliyet sonucunda vereceği kararın ve kararın icrasının hukuki nitelendirilmesinde de etkili olmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikli olarak tüketici hakem heyetinin hukuki niteliğine, bu bağlamda tüketici mahkemesi ile arasındaki ilişkiye, tüketici hakem heyeti kararına karşı itiraza ve tüketici hakem heyeti kararının kesin hüküm niteliğine yer vereceğiz.

Bu açıklamalardan sonra tüketici hakem heyetine kararlarının icrası bağlamında İcra ve iflas Kanunu (İİK) m. 33-33/a, m. 36, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 381 çerçevesinde icranın geri bırakılması, icranın durdurulması ve özellikle TKHK m. 70/3 uyarınca "tedbir yoluyla" icranın durdurulabilmesi üzerinde duracağız.

## I. Tüketici Hakem Heyetinin Hukuki Niteliği ve Tüketici Mahkemesi ile Arasındaki İlişki

### A. Hukuki Nitelik

Tüketici hakem heyeti Türk hukukunda uyuşmazlık çözümünde görev alan bir makamdır. Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği konusunda doktrinde uzun yıllardır tartışma bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, tüketicinin daha basit ve hızlı işleyen bir uyuşmazlık sürecini kullanarak korunması ve yargı organlarının iş yükünü azaltmak amacıyla öngörülen hakem heyetleri, tüketici mahkemeleri yanında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur<sup>1</sup>. Ancak, bu görüşteki yazarların bir kısmı tüketici hakem heyetlerini mecburi tahkim olarak da kabul etmektedir<sup>2</sup>. Diğer görüş ise tüketici hakem heyetinin mecburi bir tahkim olduğunu kabul etmekle birlikte, onun yargı makamlarına başvurudan önce başvurulması zorunlu bir idari başvuru yolu olduğunu ileri sürmektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş 3. Baskı*, Ankara, 2013, s. 837; Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m. 35/A)”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı*, Ankara, 2004, s. 843-856, s. 846; Ulukapı, Ömer, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)”, *SÜHFD*, Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye Armağan, S. 1-2, 1996, Konya, 1996, s. 77-101, s. 79-80; Pekcanitez, Hakan, “Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 3, Temmuz 1996, s. 40-58, s. 41-42; Tutumlu, M. Akif, *Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri*, Ankara, 2006, s. 37; Ildır, Gülgün, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Ankara, 2003, 23 vd.; Şimşek, Ayşe Neşe, *Medeni Usul Hukukunda Tüketicinin Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2004, s. 29; Sugurtekin-Özkan, Meral, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *MIHDER*, C. 1, S. 2, 2005, s. 353-369, s. 357; Çelik, Yusuf, *Tüketici Hakem Heyetleri*, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Kırıkkale, 2018, s. 82-83. Doktrinde bir görüş, tüketici hakem heyetinin niteliği konusunda, tahkim ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolu arasındaki tercihte, alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna yakın olduğunu ileri sürmüştür (Erişir, Evrim, “Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerinde Gider ve Vekalet Ücreti”, 4. Tüketici Hukuku Kongresi Makale, Bildiri ve Ses Çözümleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, (Editör: Tokbaş, Hakan/Üçışık, H. Fehim), Bilge, Yayınevi, Ankara 2015, s. 470-492, s. 479).

<sup>2</sup> Özbek, *Uyuşmazlık Çözümü*, s. 839; Tutumlu, Sorun, s. 26, 39; Ildır, s. 137; Şimşek, s. 29.

<sup>3</sup> İlhan, Cengiz, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, 2006, s. 297-298; Kulaklı, Emrah, *Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri*, <http://www.odakhukuk.com/tr/files>, Erişim Tarihi: 25.04.2023, s. 1-44, s. 4.



Yine, diğer bir görüşe<sup>4</sup> göre, tüketici hakem heyetine başvurunun ihtiyari olmaması ve tüketici hakem heyetinde yer alan hakemleri seçme konusunda tarafların bir rolünün bulunmaması nedeniyle, tüketici hakem heyetine başvuru HMK anlamında tahkim değildir. Dolayısıyla HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri tüketici hakem heyetinde uygulama alanı bulamayacaktır. Öte yandan, TKHK m.68 anlamında tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olması aynı zamanda devlet mahkemelerine başvuru yolunu da tamamen kapattığı için heyetin faaliyetinin dar anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Anılan görüşe göre TKHK'nın tüketici hakem heyetine ilişkin hükümlerine bakıldığında, heyetin faaliyeti devlet mahkemelerine benzetilmiş, kendine özgü bir yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yoludur ve mevzuatta görülen boşlukların doldurulmasında devlet mahkemelerindeki yargılamaya ilişkin hükümlerden yararlanılabilir.

Doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe<sup>5</sup> göre belirli bir miktarın altında kalan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetine

---

<sup>4</sup> Budak, Ali Cem, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayıl, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, İzmir, 2015, s. 77-103, s. 79-80.

<sup>5</sup> Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara, 2011, s. 28-29; Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt II, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 355; Ermenek, İbrahim, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2013, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan, Ankara, 2013, s. 563-631, s. 571-572, s. 580; Atalı, Murat, “6502 sayılı Kanun'un Tüketici sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 397-418, s.412; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 24. Baskı, Ankara, 2013, s. 780; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 821; Kuru, Baki/Aydın, Burak, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 696; Kuru, Baki/Aydın, Burak, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1865; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 758; Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 2616; Ekşi, Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 2. B., Beta, İstanbul, 2019, s. 25-28; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 4, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5390; İstanbul Kültür Üniversitesi, *Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu Metinler Kitabı (24-25 Kasım 2011)*, İstanbul 2011, s. 33; Yılmaz, Ejder/Yardım, Ertan, Milli Şerh, Aristo, İstanbul, 2016, s. 1100; Topal, Önder, *YUHF Vol. XXI No.1 (2024)*

başvurunun zorunlu olması, heyetin tarafların haklılığını ve sunmuş oldukları delilleri gözeterek önüne getirilmiş olan uyuşmazlığı tarafları da bağlayıcı bir şekilde bir kararla çözmesi ve ayrıca vermiş olduğu kararın da icra edilmesi açısından ilâmların yerine getirilmesine ilişkin hükümlere tâbi olması nedeniyle tüketici hakem heyetine başvuru, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değil, mecburi tahkim yoludur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının özellikleri, gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde tarafların yargıya başvuru hakkının bulunmasıdır<sup>6</sup>. Tüketici hakem heyetleri ise bünyesinde bu özellikleri barındırmamaktadır.

Öte yandan, tüketici hakem heyetleri yargı organlarının iş yükünü azaltmak amacıyla kurulmuş alternatif çözüm yollarından biri değildir; zira alternatif çözüm yollarının amacı yargı organlarının (mahkemelerin) iş yükünü azaltmak değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında amaç taraflar arasında ortaya çıkmış olan küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlığın adli bir soruna dönüşmeden çözülmesidir<sup>7</sup>. Mahkemelerin iş yükünün azalması ancak etkin bir biçimde işleyen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir sonucu olabilir. Bu yüzden alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargı organlarının alternatifi, yargı organları ile rekabet içinde olan ve yargı sisteminin yerine ikame edilmeye çalışan bir süreçler bütünü olmayıp, yargının yanında yer alan ona yardımcı olan ve

---

"Tüketici Uyuşmazlıklarında İspat ve Delil", *MÜHFD*, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 191-232, s. 212-213, <https://www.jurix.com.tr/article/4651>, Erişim Tarihi: 25.11.2021; Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 466; Korkut, Makbule Serra, Medeni Usul Hukuku Esasları Çerçevesinde Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tüketici Hakem Heyetleri, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) İstanbul, 2018, s. 78; Konuralp, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2011, s. 90; Özsöker, Gökberk, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Tüketici Hakem Heyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 33. Doktrinde bir görüş, tüketici hakem heyetinin mecburi tahkime yaklaştığını ifade ederek, mecburi tahkimin Anayasal dayanağının olmaması ve bu kapsamda Anayasa Mahkemesi ve kanun koyucuyu net tavır alamamasını eleştirmektedir [Taşpınar Ayvaz, Sema, "Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği", Kadir Has Üniversitesi İstanbul Barosu Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, (Editör: M. Ertan Yardım), Seçkin, Ankara 2018, s. 43-50, s. 47 vd.]. Aksi görüş için bkz. Yeşilova, Bilgehan, "6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 107-143, s. 114.

<sup>6</sup> Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 4.

<sup>7</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s. 4; Pekcanitez, Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektif Dergisi*, S. 5, 2005, s. 12-16, s. 15.

onunla yan yana yürüyen, uyuşmazlık çözümünde etkin ve barışçıl hukuksal koruma yöntemleri bütünüdür<sup>8</sup>.

Tüketici hakem heyeti idari bir kurum da değildir<sup>9</sup>. Bu kapsamda yukarıda yer verilen ikinci görüşün ifadelerinin kendi içerisinde de tutarlı olmadığını söylemek gerekir. Zira hakem heyetleri hem mecburi tahkim kurumu hem de idari bir kurum olarak kabul edilmektedir. Aşağıda da yer vereceğimiz üzere tahkim, uyuşmazlıklar bağlamında bir yargılama makamıdır, idari bir kurum değildir. Tüketici hakem heyeti idari bir kurum olarak kabul edilseydi heyetin kararlarına karşı adli yargı teşkilatı içerisinde yer alan ve özel bir mahkeme sıfatına sahip tüketici mahkemesine değil idari yargı içerisinde yer alan idare mahkemesine karşı itiraz yoluna gidilirdi. Zira idari kurumların kararına karşı başvurulacak yer idari yargıdır. Kanun koyucu da bu düşüncede olsaydı tüketici hakem heyeti değil idari yargı kuruluşlarını kanunda açıkça zikrederdi. Bunun dışında tüketici hakem heyetinin idari bir kurum olarak kabul edilmesi halinde, kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulursa hakem heyeti itiraz sonucu bir taraf olacak ve itirazın incelenmesinin sonucuna göre vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine mahkûm edilebilecektir<sup>10</sup>.

Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği konusunda Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda açıkça bir belirleme yapmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa m. 141 çerçevesinde yargı görevinin yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanabilmesi için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesinin yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğini sağlanması bakımından gerekli görülebileceğini ifade etmektedir<sup>11</sup>. Anayasa Mahkemesi kararında tüketici hakem heyetinin tüketici hakem heyetlerini alternatif uyuşmazlık çözüm yolu

<sup>8</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s. 4, 7.

<sup>9</sup> Aynı yönde Ermenek, s. 580.

<sup>10</sup> Ermenek, s. 580. Hakem heyetinin yapmış olduğu işlemin idari işlem olmadığı yönünde eleştiriler için bkz. Ermenek, s. 575-579.

<sup>11</sup> “Anayasa’nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değerler altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur.....açıklanan nedenlerle İtiraz konusu kural, Anayasa’nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir” 1 Temmuz 2008 tarih ve 26923 sayılı R.G. de yayımlanan T. 20.03.2008, E. 2006/78, K. 2008/84, Anayasa Mahkemesi Kararı.

olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise tüketici hakem heyetinin mahkeme olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek başvurunun reddine karar vermiştir<sup>12</sup>. Zira, yüksek mahkeme, bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için kuruluş, görev, yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini; *yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve bu görevi yerine getirecek olan kimselerin hâkimlerden oluşması, bunların atanmaları, hak ve ödevleri, emekliye ayrılmasının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması gerektiğini* kıstas olarak kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi için mahkeme kavramının değerlendirilmesi gereklidir. Mahkeme kavramı dar ve geniş anlamda mahkeme şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Dar anlamda mahkeme kavramı ile “Devlet tarafından görevlendirilmiş olan ve yargılamam yapıp hüküm vermekle yetkilendirilmiş kuruluşlar”<sup>13</sup> ifade edilir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi dar anlamda mahkeme kavramı çerçevesinde tüketici hakem heyetini ele almış ve onun dar anlamda

<sup>12</sup> “Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmasının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir. Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirler. Bu nedenlerle başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti “mahkeme” niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir” 27.12.2007 tarih ve 26739 sayılı R.G. de yayımlanan T. 31.05.2007, E. 2007/53, K. 2007/61, Anayasa Mahkemesi Kararı. Yine bkz. “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluşmaktadır. Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirler. Bu nedenlerle başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti “mahkeme” niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.” (Anayasa Mahkemesi, T. 31.05.2007, E. 2007/53, K. 2007/61, 27 Aralık 2007 tarih ve 26739 sayılı R.G., <http://www.resmigazete.gov.tr>, Erişim: 06.11.2021).

<sup>13</sup> Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 76. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

mahkeme olmadığına isabetle karar vermiştir. Ancak tüketici hakeme heyetinin geniş anlamda mahkeme kavramı çerçevesinde de değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Geniş anlamda mahkeme kavramı ile “bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine sahip önlerine gelen hukuki uyuşmazlık ve hukuka aykırılık iddiaları ile istemler hakkında, belirli usullerle ilkeler çerçevesinde yargılama yapıp karar alan tüm kurum ve kuruluşlar”<sup>14</sup> ifade edilmektedir. Geniş anlamda mahkeme kavramının içerisine tahkim yargılamasında görev alan hakem mahkemelerinin ve dolayısıyla tüketici hakem heyetinin de girdiğini söylemek gerekir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere tüketici hakem heyeti, mecburi tahkim yoludur.

Tüketici hakem heyetlerinin yapmış olduğu incelemenin yargılama faaliyeti olup olmadığı noktasında tespit yaparken mecburi tahkim yargılamasının göz önünde bulundurulması gerekir.

Mecburi tahkimde uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvuru özel bir kanun hükmü ile öngörülmekte ve hakem/hakemler de görevlendirildiği uyuşmazlık bakımından bir mahkeme gibi yargılama yapıp karar vermektedir<sup>15</sup>. Bu sebeple hakeme/hakemlere, hakem mahkemesi de denmektedir. Bu bağlamda tüketici hakem heyetinin de mecburi tahkim olarak gerçekleştirmiş olduğu faaliyet yargısal bir faaliyettir<sup>16</sup>. TKHK'nın amacı tüketici ilişkilerinin zayıf tarafı olan tüketiciyi korumaktır<sup>17</sup>. Tüketicilerin korunmasını sağlamak için de Kanun belli miktarların altındaki konularda, tüketicinin, haklarının ihlal edildiğini düşünmesi halinde fazla emek ve masraf harcamadan tüketici hakem heyetine başvurabileceğini öngörmüştür. Zaten tüketici hakem heyetinde görülecek olan uyuşmazlıklar sadece belli bir miktarın altında oldukları için tüketici mahkemesinde görülecek olan uyuşmazlıklardan farklıdır. Bir başka ifadeyle tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesinin görev alanı miktar farkı dışında birbiriyle

<sup>14</sup> Tanrıver, Usul, s. 78.

<sup>15</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 779.

<sup>16</sup> Anayasa mahkemesi ise tüketici hakem heyeti hakkında yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlenmediklerini ileri sürmektedir (Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 20.03.2008, E. 2006/78, K. 2008/84, 1 Temmuz 2008 tarih ve 26923 sayılı R.G., <http://www.resmigazete.gov.tr>, Erişim: 06.11.2021).

<sup>17</sup> TKHK'nın amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir (TKHK m. 1).

örtüşmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca tüketici hakem heyetinin uyuşmazlık hakkında bir karar verebilmek için delil incelemesi ve değerlendirmesi yapması, verdiği kararların tarafları bağlaması ve anılan kararların icra edilebilirliği açısından ilâmların icrası hükümlerine (TKHK m. 70) göre icra edilecek olması tüketici hakem heyetinin yargılama faaliyeti yaptığını açıkça ortaya koymaktadır<sup>19</sup>.

Öte yandan ihtiyari tahkime ilişkin olarak HMK m. 428'de dava ve cevap dilekçesinin hakem kuruluna sunulabileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlıkların hakem kurulu tarafından incelenebilmesi için dava dilekçesinin hakem kuruluna sunulması, yani dava açılması gerektiği sonucuna varabiliriz. Bu nedenle de ihtiyari tahkimde bir davadan söz edilmesi kaçınılmazdır. İhtiyari tahkimde durum bu şekildeyken mecburi tahkimde, dolayısıyla tüketici hakem heyetinde bir davadan söz edebiliriz. Tüketici hakem heyetinde yapılan incelemenin bir yargısal faaliyet olduğunu, yani tüketici hakem heyetinde de dava açılabilirliğini rahatça söyleyebiliriz. Zira mecburi tahkimi öngören özel kanun hükümlerinde açıklık bulunmayan hallerde ihtiyari tahkime ilişkin HMK m. 407-444 hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde mecburi tahkime uygulanır<sup>20</sup>. TKHK m. 83/1'de bu durumu destekler tarzdadır. Yani tüketici hakem heyetini ilişkin olarak TKHK m. 83/1 atfıyla ihtiyari tahkime ilişkin olan HMK m. 407-444 hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Özet olarak tüketici hakem heyeti belli usuller çerçevesinde somut olaya soyut kuralı uygulayarak yargılama faaliyeti yapmaktadır<sup>21</sup> ve başka kanunun görev alanına girdiği açık bir

<sup>18</sup> Ermenek, s. 581, 605.

<sup>19</sup> Taşpınar Ayvaz, Sema, "Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorular", Tüketici Hukuku Konferansı (05-06 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, Editör: Aksoy, Hüseyin Can), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 292; Topal, s. 216.

<sup>20</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 780; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 822. İhtiyari tahkime ilişkin hükümlerin mecburi tahkim olan hakem heyetine uygulanmasının sağlıklı sonuçlar doğurmayacağı yönünde bkz. Ermenek, s. 598. Ayrıca ihtiyari tahkimde kullanılacak delillere ilişkin olarak HMK'da da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK m. 432'de taraflardan birinin hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım talep edebileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Dolayısıyla hakem yargılamasında da genel (HMK hükümlerinin) hükümlerin uygulanacağı söylenebilir.

<sup>21</sup> Doktrinde benzer nedenle bir görüş tüketici hakem heyetine yapılan başvuruların, uygulamada şikayet olarak nitelendirilse de, dava niteliğinde olduğunu, hakem heyetinin faaliyetinin maddi anlamda yargılama faaliyeti olduğunu, hakem heyeti kararlarına karşı başvuru itiraz yolunun ise bir kanun yolu olduğunu ve hakem heyeti tarafından çözülen uyuşmazlıkların adli yargı alanına girdiğini ileri sürmektedir. Bizde bu görüşe aynen katılmaktayız (Ermenek, s. 588).

şekilde belirtilmeyen (örneğin İİK m. 154/3) ve TKHK'da öngörülen sınırın altında kalan *davalara* tüketici hakem heyetinde bakılır<sup>22</sup>.

Tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği ve yargılama faaliyeti noktasında doktrinde ortaya çıkan bu tartışmaları sona erdirmek amacıyla tüketici hakem heyetini konu alan müstakil bir kanunun hazırlanıp yürürlüğe konması gerektiği kanaatindeyiz.

## B. Tüketici Mahkemesi Arasındaki İlişki

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu ve belirli bir miktar veya değer in altındaki uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyeti, üstündeki uyuşmazlıklarda ise tüketici mahkemesi yargılama yapıp uyuşmazlığı karara bağlayacaktır.

7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>23</sup> m. 13 ile TKHK m. 68 değişikliği yapılmadan önce, TKHK m. 68 ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği<sup>24</sup> m. 6'da tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemelerinin görevli olacakları uyuşmazlıklar bağlamında parasal sınır belirlenmişti<sup>25</sup>. 7392 sayılı Kanun ile TKHK m. 68'de yapılan değişiklikle hangi tüketici hakem heyetinin hangi parasal sınırlardaki tüketici uyuşmazlığında görev alacağı konusunda anılan hükmün ortaya çıkardığı karışıklık sona erdirilmiştir. Buna göre "*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla; değeri otuz bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur*"<sup>26</sup>. Anılan hüküm çerçevesinde artık il ve ilçe merkezlerinde bulunan tüketici hakem

<sup>22</sup> Ermenek, s. 605; Topal, s. 217.

<sup>23</sup> 01.04.2022 sayılı ve 31796 tarihli R.G.

<sup>24</sup> 27.11.2014 tarih ve 29188 sayılı R.G.

<sup>25</sup> Anılan düzenlemeler çerçevesinde tüketici uyuşmazlıkları bağlamında 2022 yılı için, "10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri, -büyükşehir statüsünde olan illerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, -Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, -Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir". (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68'inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6'ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ<sup>25</sup> m. 4).

<sup>26</sup> 7392 sayılı Kanunun 13'ncü maddesiyle yayımı tarihinden altı ay sonra (1.10.2022) yürürlüğe girmek üzere bu maddede değişiklikler yapılmıştır.

heyetlerine göre bir parasal sınır belirlenmesinden vazgeçilmiş; sadece tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi arasında bir parasal sınır belirlenmiştir.

Bugün (2023 yılı) itibariyle artık 66000 TL'nin altındaki uyuşmazlıkların tüketici hakem heyetinin, bu miktar ve üzerindeki uyuşmazlıklar ise tüketici mahkemesinin görev alanına gireceği isabetli bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bu değer üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacaktır (TKHK m. 68/1).

Yukarıda da ifade edildiği üzere tüketici hakem heyeti zorunlu tahkim organı olarak tüketici uyuşmazlıkları bağlamında görevli kılındığı uyuşmazlıkları belirli bir yargısal faaliyet gerçekleştirerek karara bağlamak zorundadır. Hakem heyeti kendi görev ve yetkisi dışındaki uyuşmazlıklar, özellikle tüketici mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bağlamında yapılan başvuruları karara bağlayamaz (TKHK m. 68/2, THHY m. 6/5). Tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi arasındaki ilişki uyuşmazlık konusunun miktar ve değerine göre tayin edilmiş bir görev ilişkisidir<sup>27</sup>.

7293 sayılı Kanun ile TKHK m. 66/1'de de değişiklik yapılmıştır. 7293 sayılı Kanun m.12 ile değişiklik yapılmadan önce TKHK m. 66/1'e göre "*Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir*"<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 405. Atalı, Murat, "Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri", Kadir Has Üniversitesi- İstanbul Barosu Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (Editör: Yardım, M. Ertan) Ankara 2018, s. 69- 84, s. 82.

<sup>28</sup> Anılan Kanun ile değişiklik yapılmadan önce TKHK m. 66/1, m. 68/1 ve THHY m. 6 çerçevesinde tüketici hakem heyetleri arasında bir görev ilişki kurulmuştur. 7293 sayılı Kanun ile TKHK m. 66 ve m. 68'de değişiklik yapılmadan önce ve yapılan değişiklikler yürürlüğe girmeden önceki durum şu şekilde izah edilebilir: Parasal sınırlar dikkate alınarak il ve ilçe tüketici hakem heyetleri arasında da bir görev ilişkisi oluşturulmuştur. Görev kuralları kamu düzeninden olduğu için kendisine başvuru tüketici hakem heyeti görevsiz olduğu kanaatindeyse her zaman, görevli tüketici mahkemesini veya hakem heyetini belirleyerek başvuruyu sahibine resen iade eder (THHY m.6/5). Taraflar da başvuru hakem heyetinin görevsiz olduğu kanaatindeyse her zaman, yani uyuşmazlık hakkında karar verilene kadar görevsizlik itirazında bulunabilirler. Devlet mahkemelerinde görev kuralları dava şartları arasında sayılmıştır (HMMK m. 114/1-c). Tüketici hakem heyetine başvuru konusunda da görev hususunun dava şartı, doktrinde ileri sürüldüğü üzere "başvuru şartı"(Korkut, s. 100) olarak kabul etmek gerekir. Zira TKHK m. 83/1 atfıyla genel hükümleri ihtiva eden HMK'nın ilgili hükümleri uygulanma alanı bulabilir [Doktrinde de tüketici hakem YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)]



7293 sayılı Kanun m.12 değişik TKHK m. 66/1'e göre "*Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla tüketici hakem heyetleri oluşturmakla görevlidir. Tüketici hakem heyetlerinin yetki alanı ile iş bölümü Bakanlıkça belirlenir*". Anılan hükmün yürürlüğe girmesiyle birlikte tüketici hakem heyetleri arasında mevcut görev ilişki son bulmuş; yeni düzenlemeyle yetki ilişkisine dönüşmüştür. Bir başka ifadeyle, 7392 sayılı Kanun m. 13 ile değişik TKHK m. 68/3 ile hem tüketici hakem heyetleri arasındaki görev ilişkisi sonlandırılmış ve hem de yönetmelikle düzenlenen yetkiye ilişkin hükümlere kanunda yer verilmiştir<sup>29</sup>.

Tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi olmakla birlikte, hakem heyetinin kararlarına tüketici mahkemesinde itiraz bağlamında aralarındaki ilişkiyi görev kuralları ile ortaya koymak mümkün değildir. Bu sebeple bu husus aşağıda ayrıca ele alınacaktır<sup>30</sup>.

## II. Tüketici Hakem Heyeti Kararları ve İcrası

Tüketici hakem heyetleri görev alanına giren uyuşmazlıklar bağlamında yapacağı inceleme neticesinde talebin kısmen veya tamamen kabulüne ya da reddine karar verecektir. Tüketici hakem heyetinin görev veya yetkiye ilişkin olarak, görevli ve yetkili hakem heyetini veya tüketici mahkemesini (hatta uyuşmazlığın niteliğine göre diğer genel veya özel mahkemeleri) göstererek başvuruyu reddetmesi/iade etmesi (THHY m. 6/5) aslında usule ilişkin bir karar konumundadır. Ancak tüketici hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına girerek vereceği kısmen veya tamamen kabul ya da ret kararı ise esasa ilişkin bir karardır<sup>31</sup>.

Öte yandan tüketici hakem heyeti önüne gelen uyuşmazlık, heyetçe karar verilinceye kadar çözümlenir ve uyuşmazlığın çözümlendiğinin ispatına ilişkin bilgi veya belgelerin hakem heyetine iletilirse, tüketici hakem heyeti

---

heyetinin, kendi görev sınırını aşan bir uyuşmazlık önüne geldiği zaman HMK m. 115'e kıyasen "başvurunun reddine" karar verilmesi gerektiğini ifade edilmektedir (Budak, s. 85-86; Özbek, Mustafa Serdar, "Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlamsız İcra Takibi Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararının Tahlili", *MIHDER*, S. 2, 2015, s. 39-69, s. 48)].

<sup>29</sup> Yeni düzenlemeye göre "*Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvurular o ilçe kaymakamlığına yapılabilir. Yapılan bu başvurular, kaymakamlıklarca gereği yapılmak üzere Bakanlıkça belirlenen yetkili tüketici hakem heyetine iletilir*" (TKHK m. 68/3).

<sup>30</sup> Bkz. aşa. III-B.

<sup>31</sup> Kara, İlhan, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 644.

uyuşmazlığın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verecektir (THHY m. 22/8).

Tüketici hakem heyeti tarafların talepleriyle bağlıdır. Fakat, başvuru tarihinde uyuşmazlık konusunun miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmaması halinde, başvuran tüketicinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyuşmazlık miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi halinde, hakem heyeti taleple bağlı olmaksızın, talepten fazlasına veya daha azına karar verebilir (THHY m. 22/1). Görüldüğü üzere, medeni yargılama hukukunda hakim olan taleple bağlılık ilkesi ve bu ilkenin istisnasına anılan hüküm çerçevesinde yer verilmiştir.

Tüketici hakem heyetlerinin kararları<sup>32</sup> verildiği uyuşmazlıklar bağlamında hüküm ifade eder ve tarafları da bağlar (TKHK m. 70/1, THHY m. 22/5-6).

Hakem heyeti kararları tarafları bağladığı için bunların yerine getirilmesi de gerekir. Bu kapsamda taraflar hakem heyetince verilen kararın gereğini iradeleri ile yerine getirmez ise alacaklı cebri icra organlarının yardımına başvurabilir. Bu kapsamda İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. TKHK m. 70/2 ve THHY m. 26 da bu durum açıkça hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre "tüketici hakem heyeti kararı, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun **ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine** göre yerine getirilir". Görüldüğü üzere

<sup>32</sup> 7392 sayılı Kanun m. 14 ile yapılan değişiklik ile TKHK m. 70/1'de yer alan il ve ilçe tüketici hakem heyeti ayrımı diğer değişikliklerle (TKHK m. 66, m. 68) bağlantılı olarak kaldırılmıştır.

tüketici hakem heyeti kararlarının ilâmlar gibi ilâmlı icraya<sup>33</sup> konu olacağı düzenlenmektedir<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Tüketici hakem heyeti kararlarının ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre icra edileceğine ilişkin düzenleme çerçevesinde doktrinde tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bir başka ifadeyle, anılan hüküm kapsamında doktrinde tüketici hakem heyeti kararının ilâm mı ilâm niteliğinde bir belge mi olduğu konusunda tartışmalar ortaya çıkmıştır. Doktrinde bir görüş tüketici hakem heyeti kararlarının ilâm vasfına sahip olduğunu kabul ederken (bu görüş için bkz. Atalı, Hakem Heyeti, s. 407; Ermenek, s. 581-582), diğer bir görüş ise, bunların ancak ilâm niteliğinde belge olduğunu kabul etmektedir [bu görüş için bkz. Erişir, Evrim, “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Editör: İnceoğlu, Murat, Makaleler-Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 43-122, s. 98; Tanrıver, Arabuluculuk, 28-29; Budak, s. 94; Yeşilova, s. 127; Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 900; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 384; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2021, s. 402; Tutumlu, Sorun s. 71]. Aslında tüketici hakem heyeti kararının icrası bağlamında bu tarz bir ayırımın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Durum sadece icranın durulması açısından dikkate alınabilir. Zira, ilâmların icraya konulması halinde İİK m. 33, m. 33/a, m. 36 ve HMK m. 381 çerçevesinden icranın geri bırakılması veya icranın durdurulması istenebilir. Fakat ilâm niteliğinde belgelerin icraya koyulması halinde, ortada mahkemeden alınmış bir ilâm söz konusu olmadığı için sadece İİK m. 33-33/a çerçevesinde icranın geri bırakılması talep edilebilir. Bunun haricinde İİK m. 36 ve HMK m. 381 çerçevesinde icranın durdurulması istenemez. Ancak bu durumu tüketici hakem heyetleri bağlamında ele aldığımızda, tüketici hakem heyetleri kararlarına itiraz yargılamasında icranın durdurulması ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla İİK hükümlerine gerek kalmadan zaten TKHK m. 70/3 bağlamında icranın durdurulması sağlanabilir. Bu husus çalışmamızın esas konusunu teşkil ettiği için aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır (Bkz. aşa IV-E). Tüketici hakem heyeti kararları için HMK m. 381'in uygulama alanı bulup bulmayacağı ise hakem heyeti kararlarının kesin hüküm teşkil edip etmemesine göre değişecektir. Bu hususta aşağıda ayrıca değerlendirilecektir (Bkz. III-C ve IV-D).

<sup>34</sup> Kararların icrası başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer husus ise, tüketici hakem heyetinin görev alanına giren bir uyuşmazlık için mutlaka tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olmadığıdır. Bir başka ifadeyle, anılan sınırlar içinde kalan alacak için tüketici doğrudan doğruya ilâmsız icra takibi yoluna da başvurabilir. Dolayısıyla uyuşmazlığın miktar itibarıyla tüketici hakem heyetinin görev alanına girmesi, söz konusu uyuşmazlık bağlamında ilâmsız icraya başvurmaya engel değildir (TKHK m. 68/1). Zira hak arama özgürlüğünün somut kullanım biçimlerinden birini dava açmak oluştururken diğerini ise takip yapmak oluşturmaktadır. Bu sebeple alacaklı hak arama özgürlüğü çerçevesinde tüketici hakem heyetine başvurabileceği gibi, başvurmadan doğrudan ilâmsız icra takibi de başlatılabilir. Yargıtay, 6/12/2017 tarihli ve 7063 sayılı Kanunun 11'inci maddesiyle TKHK m. 68/1'de değişiklik yapılarak, tüketici hakem heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bağlamında, doğrudan ilâmsız icra takibi yapılamayacağı içtihat olarak geliştirmişti. Temel hak ve hürriyetler arasında yer alan hak arama özgürlüğü, özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak,

### III. Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz ve Kararın Kesin Hüküm Niteliği

#### A. Genel Olarak

Tüketici hakem heyeti kararlarının kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği sorunu, özellikle yargılamanın yenilenmesinde büyük önem ifade etmektedir. Dolayısıyla tüketici hakem heyetinin yapısal olarak hukuki niteliğini ve bu çerçevede verilecek kararların kesin hüküm niteliği taşıyıp taşımadığını tam olarak tespiti gerekecektir.

Kesin hüküm maddi anlamda kesin hüküm ve şekli anlamda kesin hüküm şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Fakat maddi anlamda kesin hükmün ön şartı şekli anlamda kesinleşmedir (HMK m. 303/1). Şekli anlamda kesin hüküm, “mahkemelerin henüz kesinleşmemiş olan (hem usûli hem de esasa ilişkin) nihaî kararlarına karşı gidilebilecek olan hukukî yolların tüketilmesini, artık işlerlik kazandırılabilir herhangi bir kanun yolunun kalmamasını ve kararın değiştirilmezliği” ifade eder<sup>35</sup>. Maddi anlamda

ölçülülük ilkesi çerçevesinde ancak kanunla sınırlanabilir. Yargıtay'ın uygulaması, içtihat yoluyla temel hak ve hürriyeti sınırlama anlamına geldiği için Anayasa'ya aykırılık teşkil etmekteydi. 7063 sayılı Kanunun m. 11 ile TKHK m. 68/1'de yapılan isabetli değişiklik ile bu uygulamaya son verilmiştir.

<sup>35</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar *Ayvaz/Hanağası*, Usul, s. 681; Kuru/Aydın, *El Kitabı*, s. 1481; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 654; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 840; Kuru/Aydın, Usul, s. 554; Önen, Ergun, İnşai Dava, Ankara, 1981, s. 174; Akkan, Mine, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı 2009, İzmir, 2010, s. 3-61, s. 4; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, *Medeni Güzel Sanatlar Matbaası*, Ankara, 1960, s. 365; Gürdoğan, Burhan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, s. 13 vd.; Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, Cilt. V, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2001, s. 4981; Bilge, Necip, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, İkinci Basım, Ankara, 1967, s. 598-599; Bilge, Necip/Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 1711 Sayılı Kanuna göre Yeniden Yazılmış Üçüncü B., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 687-688; Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. ŞTİ., İstanbul, 1975, s. 677; Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. B., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 693; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Akara, 2021, s. 561-562; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, Usul, s. 651; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 330; Önen-Yargılama, s. 327; Karıslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. B., 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. B., *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

kesin hükme ilişkin HMK m. 303’de bir tanım yer almamakta; kesin hükmün sadece unsurları sayılmaktadır. Maddi anlamda kesin hüküm, “mahkemelerin yargısal kararlarına tanınan kanunî gerçeklik vasfıdır”<sup>36</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 303’üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan şartların bulunması halinde maddi anlamda kesinleşmeden söz edilebilir. Anılan hükme göre “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir*”. Maddi anlamda kesin hüküm için: “1-Her iki davanın taraflarının aynı olması, 2-her iki davanın dava sebeplerinin aynı olması ve 3- ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunu (dava konularının) aynı olması gerekir”<sup>37</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, tüketici hakem heyeti kararları ve tarafları da bağlar ve sadece verildiği uyuşmazlıklar bağlamında hüküm ifade eder (TKHK m. 70/1, THHY m. 22/5-6). Tüketici hakem heyeti kararına karşı TKHK m. 70/3-6 çerçevesinde tüketici mahkemesinde gidilebilecek itiraz kurumu düzenlenmiştir. Tüketici hakem heyeti kararına itirazın hukuki

---

Empati Matbaacılık, İstanbul, 2012, s. 603; Atalı, Murat, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, onikilevha, İstanbul, 2017, s. 2055; Rosenberg, Leo/Schwab, Karl/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 863.

<sup>36</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 683; Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 1486; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 657; Kuru/Aydın, Usul, s. 556; Önen-İnşai Dava, s. 174; Akkan, s. 5; Çenberci, Mustafa, “Hukuk Davalarında Kesin Hüküm”, *AD, C. 55, S. 9-12, 1964, s. 1132-1177, s. 1138*; Gürdoğan, s. 29; Bilge/Önen, s. 689; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 556; Kuru, Cilt V, s. 4986; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 38; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, Usul, s. 650, 651; Bilge, s. 600; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.563. Kesin hüküm adli gerçeği ifade eder (Berkin, M. Necmeddin, Medeni Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 174; Postacıoğlu-Usul, s. 677; Üstündağ, Yargılama, s. 694; Postacıoğlu, İlhan E., /Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 772).

<sup>37</sup>Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 656-662; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 683-688; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 847-850; Kuru/Aydın, Usul, s. 557-560; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 564; Üstündağ-Yargılama, s. 696 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 557 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, Usuli s. 654-655; Karlı, s. 607; Önen-Yargılama, s. 330-333; Berkin, s. 174; Bilge, s. 601-606; Bilge/Önen, s. 690-696; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 365-366; İyilikli, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 171; Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2062 vd.; Meriç, Nedim, “Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları”, *MIHDER, S. 2, 2007, s. 377-434, s. 392*.

niteliği çerçevesinde, anılan kararların kesin hüküm niteliği konusunda bir sonuca varılabileceği kanaatindeyiz. Bu sebeple öncelikli olarak tüketici hakem heyeti kararına itirazın hukuki niteliği sonrasında ise anılan kararların kesin hüküm niteliği üzerinde durulacaktır.

## B. Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz

Tüketici hakem heyeti kararına itiraz TKHK m. 70/3-6'da düzenlenmektedir. Anılan düzenlemelerde genel olarak, tüketici hakem heyeti kararının taraflara tebliğinden itibaren onbeş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilecekleri, itirazın kararın icrasını durdurmayacağı, ancak talep edilmesi halinde hakimin kararın icrasını tedbir yoluyla durdurabileceği ve itiraz üzerine tüketici mahkemesinin verebileceği kararlarla ilgili düzenlemeler öngörülmüştür. Kanun koyucunun tüketici hakem heyetlerine ilişkin hükümleri yeterince açık olmadığı için, itirazın hukuki niteliğinin ne olduğu anlaşılamamaktadır.

İtiraz kurumunun hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Doktrinde bu hususta tartışmanın ortaya çıkmasının temel sebeplerini hakem heyetinin hukuki niteliğindeki tartışmaların ve kanuni düzenlemelerin oluşturduğu kanaatindeyiz.

Tüketici hakem heyeti kararına tüketici mahkemesinde itirazın hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş bunun dava olduğu<sup>38</sup>; diğer bir görüş ise kanun yoluna benzer nitelikte olduğunu<sup>39</sup> ileri sürmektedir. Öte yandan doktrinde ileri sürülen bir başka görüş ise, tüketici hakem heyeti kararına karşı tüketici mahkemesinde itirazın dava olduğunu ve uygulamanın da bu şekilde geliştiğini ifade etmekte ancak, itirazın kanun yollarının da özelliklerini içinde barındırdığı için müstakil bir dava olarak değil, bilakis özel düzenlemesi olan bir dava olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>40</sup>.

TKHK m. 70/6'da "*Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan **itiraz davalarında**, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nisbi tarife üzerinden vekâlet*

<sup>38</sup> Yeşilova, s. 133.

<sup>39</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 407 vd.; Tanrıver, Usul, s. 208; Atalı, Yargılama, s. 77; Erişir, Çözüm, s. 54. Karş. Topuz, Gökçen, Tüketici Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 87; Budak, s. 97. İtirazın kanun yolu olduğu yönünde bkz. Ermenek, s. 618 vd..

<sup>40</sup> Tutumlu, Mehmet Akif, Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 207 vd..

*ücretine hükmedilir*" hükmü yer almaktadır. Anılan hükmün lafzına bakıldığında itirazın açıkça bir dava olduğu zikredilmiştir. Fakat bu hüküm diğer hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde itirazın doğrudan bir dava olduğunu söylemek güçtür. Ancak itirazın doğrudan kanun yolu olduğunu da kabul etmek doğru olmayacaktır. Kanun yolu kavramı, hukuksal çare kavramının içerisinde yer alan bir kavramdır. Bu sebeple itirazın kanun yolu olup olmadığının tespiti için kanun yolu kavramı ile neyin kastedildiğinin de bilinmesi gerekir. Bu yüzden hukuksal çare kavramından yola çıkılması gerekmektedir.

Hukuksal çare kavramı kendi içinde geniş anlamda ve dar anlamda hukuksal çare şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Benzer şekilde kanun yolu kavramı da kendi içerisinde geniş anlamda ve dar anlamda kanun yolu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda hukuksal çare, "bir hakkın gerçekleştirilmesi, icrası için kendisine başvurulmuş her türlü usuli olanaktır"<sup>41</sup>. Dar anlamda hukuksal çare ile geniş anlamda kanun yolu kavramları aynı kavramlardır. Bu kavramlar (dar anlamda hukuksal çare/geniş anlamda kanun yolu), "mahkemelerin her türlü yargısal kararlarının gözden geçirilmesini, düzeltilmesini, gerekiyorsa yeniden bir yargılama yapıp yeni bir hüküm verilmesini sağlamaya yönelmiş bulunan tüm usûlî olanakları" ifade etmektedir<sup>42</sup>. Dar (ve teknik) anlamda kanun yolu ise "mahkemelerin henüz şekli anlamda kesinleşmemiş olan nihaî kararlarının bir üst derece mahkemesince gözden geçirilmesini (denetlenmesini), gerekiyorsa düzeltilmesini ve yeniden bir yargılama yapıp hükme bağlanmasını amaçlayan usûlî olanakları" ifade eder<sup>43</sup>. Dolayısıyla başvuru yapılan kanun yolunun, dar (teknik) anlamda kanun yolu olması için<sup>44</sup>: "1-Müracaat edilen yolun, uyuşmazlığı bir üst derece mahkemesine taşıyıcı bir etki doğurması (aktarıcı etki); 2-Müracaat edilen yolun, verilmiş olan nihaî kararın şekli anlamda kesinlik kazanmasını önleyici bir etki doğurması (erteleyici etki)" şeklinde iki özelliğin kümülatif olarak bir arada

<sup>41</sup> Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara, 1977, s. 39, dn. 7; Tanrıver, Cilt II, s. 41.

<sup>42</sup> Arslan, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 8; Tanrıver, Cilt II, s. 42-43; Bilge, Necip, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 3; Akil, Cenk, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 34; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, *Usul*, s. 657; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 603.

<sup>43</sup> Akil, s. 35; Tanrıver, Cilt II, s. 42-43; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, *Usul*, s. 657.

<sup>44</sup> Arslan, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 9-10; Tanrıver, Cilt II, s. 42.

bulunması gerekir<sup>45</sup>. Anılan özellikleri taşımayan bir hukuki yol, dar anlamda kanun yolu olarak ifade edilemez.

Bu kavramlar çerçevesinde itirazın hukuki niteliğinin tespiti yapılacak olursa, öncelikli olarak itirazın geniş anlamda hukuksal çare içerisinde yer aldığı söylenebilir. Bunun haricinde itirazın dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu içerisinde yer alıp almadığı hususunda bir karar verilebilmesi için tüketici hakem heyetinin mahkeme olarak kabul edilip edilmediği noktasında kabul edilen görüş önem ifade etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere<sup>46</sup> tüketici hakem heyetleri, geniş anlamda mahkeme, hakem mahkemesidir. Dolayısıyla tüketici hakem heyeti kararına itiraz da dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu içerisinde değerlendirilebilir.

Ancak tüketici hakem heyeti kararına itirazın dar anlamda kanun yolu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü, hemen yukarıda ifade edildiği üzere, dar anlamda kanun yolundan söz edebilmek için aktarıcı ve erteleyici etkinin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Tüketici hakem heyeti kararına itiraz, tüketici mahkemesine yapılmakta ve tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi arasındaki ilişki esasen görev ilişkisidir<sup>47</sup>. Ancak itirazda, dar anlamda kanun yolu kavramı çerçevesinde tüketici mahkemesinin, tüketici hakem heyetine göre üst derece mahkemesi olduğu, kanuni düzenlemeler çerçevesinde söylenemez. Fakat dar anlamda kanun yolunun erteleyici etkisi bağlamında, TKHK m. 70/5'de yer alan "*Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir*" hükmü çerçevesinde itirazın erteleyici etkisi olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka ifadeyle, tüketici hakem heyeti kararının, yani zorunlu tahkim olarak hakem mahkemesinin kararının şeklen kesinleşmesinin ertelendiği söylenebilir.

Her ne kadar itiraz dar anlamda kanun yolu olarak nitelendirilemese de kanun koyucu adeta HMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümleri örnek olarak

<sup>45</sup> Alangoya, Yavuz, "Yargılama Hukukumuzda Bir "Sorun"", *İBD* C. 83, S. 3, Mayıs/Haziran 2009, s. 1189-1195, s. 1189; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 869-870; Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 2158; Akil, s. 35; Meraklı Yayla, Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 26 vd.; Konuralp, Haluk/Hanağası, Emel, "Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf", *MIHDER*, S. 1, 2007, s. 13-28, s. 23-25; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, Usul, s. 658; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 9-10.

<sup>46</sup> Bkz. yuk. I-A.

<sup>47</sup> Bkz. yuk. I-B.



TKHK m. 70/3-6 hükümlerini düzenlemiştir<sup>48</sup>. Öte yandan kanun koyucu tüketici hakem heyetine doğrudan bu vasfı vermese bile, onun kararlarını yargı kararı gibi, itiraz edilecek tüketici mahkemesini de kanun yolu mahkemesi gibi kabul etmekte, görevlendirmektedir<sup>49</sup>. Zira, itiraz üzerine tüketici mahkemesinin yapacağı inceleme neticesinde vereceği karar türlerine bakıldığında (TKHK m. 70/4) temyiz ve istinaf hükümlerine (HMK m. 353/1-b, m. 370) paralel düzenlemelerin olduğu açıktır.

TKHK m. 70/4 bağlamında, itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği kararlar; itirazın reddi (doktrinde ileri sürüldüğü üzere onama kararı), düzelterek onama ve itirazın kabulü (doktrinde ileri sürüldüğü üzere tüketici hakem heyeti kararının bozulması) kararlarıdır<sup>50</sup>.

-Tüketici hakem heyeti kararının kanuna ve usule uygun olması halinde tüketici mahkemesinin nasıl karar vereceği TKHK m. 70/4'te düzenlenmemiştir. İtirazın hukuki niteliğine göre bir sonuca gidilebilir. Bu durumda itirazın doktrinde ileri sürüldüğü gibi dava olduğu kabul edilirse, anılan tüketici mahkemesinin davanın reddine karar vermesi gerekecektir. Fakat, itirazın kanun yoluna benzediği kabul edilirse, tüketici mahkemesinin, temyiz yargılaması bağlamında onama, istinaf yargılaması bağlamında başvurunun esastan reddi kararı vermesi gerekecektir. Doktrinde anılan durumda tüketici mahkemesinin onama kararı vermesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>51</sup>. TKHK m. 70'nin 4'üncü ve 6'ıncı fıkraları kendi içerisinde tutarlı olmasa da esas olarak HMK'nın kanun yollarına paralel düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple TKHK'nın kendi içinde tutarlılığının sağlanması anlamında tüketici hakem heyeti kararının kanuna ve usule uygun olması halinde tüketici mahkemesinin, istinaf modeli kabul edilecekse başvurunun esastan reddine (HMK m. 353/1-b,1), temyiz modeli kabul edilecekse onama kararı vermesi (HMK m. 370/1) gerekir<sup>52</sup>. İtiraz yargılamasında tüketici mahkemesine bir görev tayin edilecekse, bunun istinafa benzer olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple TKHK m. 70'de yer alan kuralların da

<sup>48</sup> Budak, s. 97.

<sup>49</sup> Budak, s. 97.

<sup>50</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 408.

<sup>51</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 408; Topuz, s. 179; Budak, s. 97.

<sup>52</sup> İstinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesinin, başvurunun esastan reddi karar vermesi durumunda, bu karara, temyiz incelemesi söz konusu olmadığı için onama kararı denilmesi teknik anlamda doğru değildi (Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 321-322; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2270).

istinafa göre revize edilmesi veya doğrudan HMK'nın istinaf hükümleri atf yapılması gerekir.

-İtiraza başvurulması üzerine tüketici mahkemesi, itiraz edilen tüketici hakem heyeti kararının, esastan kanuna uygun olması ve fakat kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı itirazın kabul edilmesi gerektiği veya kanuna uygun olmayan duruma ilişkin olarak yeniden yargılama gerektirmediği takdirde evrak üzerinde, kararı değiştirerek veya düzelterek onama kararı verebilir (TKHK m. 70/4, c.1, karş. HMK m. 370/2). Yine yazı, hesap, tarafların kimliklerine ve ticari unvanlarına ait yanlışlıklarla ile diğer açık yanlışlıklara ilişkin olarak TKHK m. 70/4, c.2 hükmü (karş. HMK m. 370/3) uygulanacaktır. Tüketici hakem heyeti kararı usule ve kanuna uygun olur ve fakat gösterilen gerekçe doğru kabul edilmezse, anılan gerekçe değiştirilerek veya düzelterek onanacaktır (TKHK m. 70/3, c.3, karş. HMK m. 370/3). Görüldüğü üzere, tüketici mahkemesine, temyiz mercii Yargıtay'a ait olan görevler verilmiştir. TKHK m. 70/4'de yer verilen üç ihtimalde tüketici mahkemesi düzelterek onama kararı vermekte ve bu kararlar da tüketici hakem heyeti kararı kesinleşmektedir (TKHK m. 70/5). Somut düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, itiraz yargılamasının istinafa benzer nitelikte düzenlenmesi ve bütün maddelerin kendi içinde tutarlı olması bağlamında, TKHK m. 70/4'ün de HMK m. 353/1-b,2'ye benzer şekilde kaleme alınması uygun olacaktır.

-Tüketici hakem heyeti kararının hukuka aykırı olması halinde nasıl bir karar verileceği hususu da TKHK m. 70'de düzenlenmemiştir. Ancak TKHK m. 70/6'da yer alan "*kararın iptali*" ibaresinden tüketici mahkemesinin anılan durumda iptal kararı vereceği anlaşılmaktadır. Fakat gerekçeye bakıldığında da "iptal" değil "bozma"<sup>53</sup> kavramı kullanılmaktadır. Doktrinde de tüketici mahkemesinin bozma kararı vereceği ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Ancak, tüketici mahkemesinin tüketici aleyhine tüketici hakem heyetinin kararını bozması,

<sup>53</sup> Bkz. "*Dördüncü fıkrada, itiraz olunan kararın, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde tüketici mahkemesine, kararı değiştirerek ve düzelterek onayabilme yetkisi verilmiştir..... Altıncı fıkrada, uygulamada THH kararlarına karşı itiraz edilmesi durumunda şayet mahkeme THH kararını bozarsa tüketiciler 500-600 TL'lik vekâlet ücreti ödemek zorunda kalmaktadır*", <https://sayilikanuncom.files.wordpress.com/2019/11/9253c-6502-sayc4b1lc4b1-tc3bcketicinin-korunmasc4b1-hakkc4b1nda-kanunun-gerekc3a7esi.pdf>, Erişim Tarihi: 02.12.2021.

<sup>54</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 409; Ermenek, s. 620; Topuz, s. 179; Erişir, Çözüm, s. 93; Yeşilova, s. 133. Tüketici mahkemesinin bozma kararı veremeyeceği yönünde bkz. Budak, s. 97.

yani iptal etmesi halinde nasıl bir durumun ortaya çıkacağı belli değildir<sup>55</sup>. Doktrinde bir görüş<sup>56</sup> anılan durumda tüketicinin menfaatleri doğrultusunda hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede, tüketici mahkemesinin, itiraz üzerine tüketici hakem heyetinin kararını usulden hukuka aykırı bulması halinde, kararı bozarak, kanuni terim ile iptal ederek, yetkili ve görevli mahkemeye göndermesi; tüketici hakem heyeti kararını, esas bakımında hukuka aykırı bulması ve değiştirerek veya düzelterek onayamaması halinde, hakem kararını iptal edip işin esasına girerek nihai ve kesin bir karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Anılan görüş, tüketici mahkemesine istinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesinin sahip olduğu misyonu yüklemektedir. Kanaatimizce, TKHK m. 70/4 çerçevesinde bir yeknesaklık sağlanmak isteniyorsa, HMK'nın istinafa ilişkin hükümlerine paralel düzenleme yapılmalı, ya da anılan hükme son verilerek, tüketici mahkemesinin, istinaf mahkemesin vereceği kararları verebileceği, (hatta bütün kararları dosya üzerinden de verebileceği) yönünde bir düzenlemeye yer verilmelidir. Aksi halde, tüketici mahkemesindeki itiraz yargılaması bağlamında, ileri sürülen görüşün de benimsenmesi halinde istinafa, TKHK m. 70/4 hükmü gereğince temyize benzeyen, yani karma bir durumun ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Öte yandan itiraz yargılaması bağlamında, tüketici hakem heyetinin yeniden esas hakkında karar verilebileceğinin kabul edilmesi, aslında meslekten hakimlerin yer almadığı tüketici hakem heyetlerinin kararlarında bulunan eksiklerin tüketici lehine giderilmesini sağlayacak niteliktedir. Yoksa, Yargıtay gibi sadece bozma kararı verip dosyayı tekrar tüketici hakem heyetine göndermektense, usul ve esas bakımından hukuka aykırı olan kararın, bu alanda özel görevli olan tüketici mahkemesi tarafından yeniden karara bağlanması isabetli olacaktır. Ancak yeniden esas hakkında karar verme noktasında, mevcut istinaf hükümleri yetersiz kalabilir. Zira, ilk derece mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılama gibi bir faaliyet tüketici hakem heyetinde gerçekleştirilmemektir. Bu durumda, tüketici mahkemesinin yeniden yargılama yapmasını sağlayacak, özellikle tarafların tüketici hakem heyetinin niteliğinden dolayı sunamadığı delilleri burada sunmasına olanak tanınacak düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Yine, tüketici mahkemesinin itiraz üzerine vereceği

<sup>55</sup> Karş. Budak, s. 97.

<sup>56</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 409.

<sup>57</sup> Atalı, Hakem Heyeti, s. 409; Ermenek, s. 620. Doktrinde bir başka görüş ise, bozma kararından sonra tüketici mahkemesinin yeniden esas hakkında karar vermesi gerektiğini ileri sürmektedir (Topuz, s. 179).

karar kesin olacağı için özellikle yeniden yargılama yapılması bağlamında tüketici hakem heyetinin görevlendirilmesi hak ihlallerinin ortaya çıkmasının önlenmesi açısından önemlidir. Özetle, itiraz yargılamasında tüketici mahkemesine bir görev tayin edilecekse, bunun istinafa benzer olması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç itibarıyla, itiraz, dar ve teknik anlamda kanun yolunun bir kısım özellikleri taşıyan, dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu, en geniş anlamda hukuksal çare türüdür.

### C. Tüketici Hakem Heyeti Kararının Kesin Hüküm Niteliği

Tüketici hakem heyetinin kararlarının şekli anlamda kesin hüküm ile maddi anlamda kesin hüküm<sup>58</sup> gücüne sahip olup olmadığının tespiti noktasında, heyetin hukuki niteliği konusunda kabul edilen görüş önemlidir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere<sup>59</sup>, tüketici hakem heyeti belli usuller çerçevesinde somut olaya soyut hukuk kuralı uygulayarak ve yargılama faaliyeti yaparak, uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı şekilde karar veren ve kararları ilâmların icrasına ilişkin hükümler çerçevesinde icra edilen mecburi tahkim yoludur; hakem mahkemesidir. Tüketici hakem heyeti tarafından verilen karar tarafları bağlamakta ve bu karara karşı ancak tüketici mahkemesine itiraz yoluna gidilebilmektedir. Hukuki nitelik bağlamında itirazın, dar ve teknik anlamda kanun yolunun bir kısım özellikleri taşıyan, dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu, en geniş anlamda hukuksal çare türü olması<sup>60</sup> nedeniyle tüketici hakem heyeti kararlarının şekli anlamda kesin hüküm gücüne sahip olacağı söyleyebilir<sup>61</sup>. Tüketici hakem heyeti tarafından verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğunun, özellikle maddi anlamda kesin hükmün müspet etkisi gereğince kabul edilmesi gerekir. Zira maddi anlamda kesin hükmün etkisi hem *ne bis in idem* (tekrar yargılama yasağı) hem de çelişkili karar verilmesi yasağını kapsamaktadır<sup>62</sup>; bu noktada Devlet mahkemeleri ile

<sup>58</sup> Kavram tanımlamaları ve maddi anlamda kesin hükmün şartları için bkz. yuk. III-A.

<sup>59</sup> Bkz. yuk. I-A.

<sup>60</sup> Bkz. yuk. III-B.

<sup>61</sup> Bu kapsamda, tüketici hakem heyetinin kararına karşı süresi için tüketici mahkemesinde itirazda bulunulmazsa veya bulunulup da itiraz reddedilirse tüketici hakem heyetinin kararı şekli anlamda kesinleşmiş olacaktır (Namlı, Mert. Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 163)

<sup>62</sup> Schwab, Karl H./Walter, Gerhard. Schiedsgerichtsbarkeit, 7., überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck Helbing & Lichtenhahn, München, 2005, Kapital 21, Kn. 5, [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchwabWalterKoSchGerBK%5F7%2FMonoYÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 \(2024\)](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchwabWalterKoSchGerBK%5F7%2FMonoYÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024))

tüketici hakem heyeti (hakem mahkemesi) kararları arasında bu farklılığın ortaya çıkarılmasını gerektirecek bir sebep de söz konusu değildir. Öte yandan tüketici hakem heyeti tarafından gerçekleştirilen yargısal faaliyette de amaç taraflar arasındaki uyumsuzluğun bütün bir gelecek için, bir daha dava konusu olmayacak şekilde sona ermesidir. Bu sebeple tüketici hakem heyeti kararlarına maddi anlamda kesin hüküm gücü tanımamak aslında hem hukuki barışa ve güvenliğe zarar verebilir hem de bu yola başvurmak gereksiz emek, zaman ve para kaybına sebep olabilir<sup>63</sup>.

Yine, mecburi tahkime ilişkin özel kanunlarda hüküm (veya hükümlerde açıklık) bulunmayan hallerde ihtiyari tahkime ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde mecburi tahkime uygulanacağı; TKHK m. 83/1'in de bu durumu destekler tarzda olduğunu ifade ettik<sup>64</sup>. İhtiyari tahkime ilişkin HMK m. 443'de yargılamanın yenilenmesi düzenlenmiş ve anılan hüküm, yargılamanın yenilenmesini düzenleyen HMK m. 374 vd. hükümlerine yollama yapmıştır. Yargılamanın yenilenmesi yoluna ancak maddi anlamda kesin hükümlerin ortadan kaldırılması için gidilir. Bu sebeple özellikle ihtiyari tahkimde hakem kararları açısından yargılamanın yenilenmesi düzenlenmesi ile kanun koyucunun hakem kararlarına maddi anlamda kesin hüküm gücü tanıdığı söylenebilir<sup>65</sup>. TKHK m. 83/1 atfı ile mecburi tahkim yolu olan tüketici hakem heyeti kararları açısından da aynı sonucu kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz<sup>66</sup>. Zaten ihtiyari tahkim bağlamında hakem kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği doktrininde<sup>67</sup> genel

---

%2Fcont%2FSchwabWalterKoSchGerBK%2EMono%2EM22%2ET0%2Ehtm Erişim Tarihi:14.04.2023; Münch, Joachim, Münchener Kommentar zum ZPO, Band 3, 6. Auflage 2022, München, 2022, §1055, Kn. 10, [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO\\_6\\_Band3%2FZPO%2Fcont%2FMuekoZPO%2EZPO%2Ep1055%2EglIII%2Egl2%2Ehtm](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO_6_Band3%2FZPO%2Fcont%2FMuekoZPO%2EZPO%2Ep1055%2EglIII%2Egl2%2Ehtm)Erişim Tarihi: 14.04.2023.

<sup>63</sup> Karş. Erdoğan, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 90.

<sup>64</sup> Bkz. yuk. I-A.

<sup>65</sup> Erdoğan, s. 90.

<sup>66</sup> Bu yönde bkz. Atalı, Hakem Heyeti, s. 407, 412; Ermenek, s. 617; Namlı, 163; Korkut, s. 166. Aksi görüş için bkz. Yeşilova, s. 128, 135; Erişir, Çözüm, s. 80; Namlı, s. 163. Karş. Budak, s. 94-95. Yargıtay da bir kararında şekli veya maddi anlamda kesin hükümden bahsetmeksizin, kesinleşmiş tüketici hakem heyeti kararından sonra dava açılıp dinlemeyeceğine vurgu yapmıştır (19. HD., 14.6.2016, 3070/10683: KIİB; Benzer yönde bkz. 13. HD., 3.12.2015, 34399/35341: KIİB).

<sup>67</sup> Pekantez/Yeşilirmak, s. 2594; Erdoğan, s. 89-91; Kuru/Aydın, Usul, s. 709; Arslan, Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği" *ABD*, S. 5-6, 1988, s. 722-737, s. 733; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., yetkin Yayınları, Ankara, *YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)*

olarak kabul edilmektedir. İhtiyari tahkim bağlamında bu kabul edilirken mecburi tahkim açısından kabul etmemek mümkün değildir<sup>68</sup>.

Sonuç itibariyle tüketici hakem heyeti kararları maddi anlamda kesin hüküm vasfını taşımaktadır. Bu kararların ortadan kaldırılması açısından da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi davasına bakan tüketici hakem heyeti, (TKHK m. 83/1'in HMK m. 443'e, HMK m. 443'ün de HMK m. 374 vd.na atıf yapması nedeniyle) HMK m. 381 çerçevesinde icranın durdurulması kararı verebilir.

#### IV. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarının İlamlı İcrasında İcranın Durdurulması ve İcranın Geri Bırakılması

##### A. Genel Olarak

Alacaklının ilâm ya da ilâm niteliğindeki bir belgeye dayanarak icra dairesine vereceği takip talebi ile ilâmli icra takibin başlatmış olacaktır. Usulüne uygun şekilde düzenlenmiş olan takip talebini alan icra dairesi usulüne uygun şekilde bir icra emri düzenleyip borçluya gönderir. İcra emrini alan borçlu, özellikle para borcuna ilişkin ilâmli icrada, ya borcunu yedi gün içinde ödeyecek ya da ilâmli icranın konusuna göre (ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeye) İİK m. 33-33/a, İİK m. 36 veya HMK m. 381 çerçevesinde icranın durdurulması veya icranın geri bırakılması kararı getirip aleyhine cereyan eden takibi durduracaktır. Borçlu borcunu ödemez ve icranın durdurulması veya icranın geri bırakılması kararı getiremezse, para alacakları açısından, alacaklının talebi ile borçlunun borcuna yetecek miktarda malvarlığı değeri üzerine haciz koyulup, takibe devam edilecektir. Borçlu iflâsa tabi şahıslardan ise, alacaklı borçlunun doğrudan doğruya iflâsını da isteyebilir (İİK m. 37).

2014, s. 879; Özbay, İbrahim, "Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi" Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 281-304, s. 281; Üstündağ, Saim. "Hakemlerin İsrar Hakkı Var mıdır", *Yasa Hukuk İctihat ve Mevzuat Dergisi*, C. 1, S. 177, Y. 1996, s. 217-233, s. 217; Üstündağ, Saim, *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim*, İstanbul, 1968, s. 93; Gürdoğan, s. 38-39. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun da dolaylı olarak hakem kararlarının kesin hüküm etkisini kabul ettiği yönünde bkz. Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul, 1973, s. 26.

<sup>68</sup> Ancak tüketici hakem heyeti kararı açısından kabul edilecek kesin hüküm etkisinin nitelik ve içerik itibariyle nasıl olacağı ayrıca tartışılabilir. Ancak bu husus inceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığı için değerlendirilmeyecektir.

İlâmlı icra takibinin durdurulması için borçlunun elinde İİK çerçevesinde üç imkan da bulunmaktadır. Borçlu, eğer kanun yoluna başvurmuş ve fakat kesinleşmeden icrası mümkün olan bir karar nedeniyle aleyhine icra takibi başlatılmış ise, İİK m. 36 çerçevesinde icra mahkemesinden icranın durdurulması kararı alabilecektir. Ancak İİK m. 36 çerçevesinde icranın durdurulması kararı sadece kanun yolu caiz mahkeme/hakem kararları açısından caiz bir imkandır. Bunun haricinde, borçlu İİK m. 33-33/a çerçevesinde itfa, imhâl veya zamanaşımı sebebiyle icra mahkemesinden de icranın geri bırakılması kararı alabilir. İİK m. 33-33/a'ya istinaden icranın geri bırakılması kararı hem ilâm hem de ilâm niteliğindeki belgeye bağlı ilâmlı takiplerde işlerlik kazanabilir. Yine maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılmasında başvurulan bir imkan olan yargılamanın yenilenmesi davasında da HMK m. 381 çerçevesinde icranın durdurulması kararı alınabilir. Anlaşılacağı üzere, yargılamanın yenilenmesi davasında icranın durdurulması kararının alınabilecek olması sadece maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip mahkeme veya hakem kararları açısından işlerlik kazanacaktır.

Bunların haricinde tüketici hakem heyeti kararlarının ilâmlı icrasında, hakem kararına karşı tüketici mahkemesinde itiraz yoluna gidilmesi doğrudan icrayı durdurmaz. Fakat itiraz yargılamamasına bakan hâkimden talep edilmesi halinde, *icra tedbir yoluyla* durduralabilir (TKHK m. 70/3). TKHK m. 70/3 son cümlede yer alan söz konusu hükmün İİK m. 33-33/a, m. 36 ve HMK m. 381 ile karşılaştırılarak değerlendirilmesi, yeni kanuni düzenlemeler de dikkate alınarak yapılacaktır. Ancak öncelikli olarak İİK m. 33-33/a ve m. 36 ile HMK m. 381 çerçevesinde tüketici hakem heyeti kararlarının icrasında icranın durdurulması veya icranın geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği üzerinde duracağız.

## B. İİK m. 33-33a Çerçevesinde İcranın Geri Bırakılması<sup>69</sup>

İİK m. 33-33/a çerçevesinde düzenleme altına alınan “icranın geri bırakılması” kurumu ilâmlı icra takiplerinin durdurulması için takip hukukunda öngörülmüş bir hukuksal çaredir. İcranın geri bırakılması, borçlunun, ilâmlı icraya konu kılınan ilâmın verildiği davadan sonra, ancak icra emrinin tebliğinden önce ortaya çıkan zamanaşımı, itfa veya imhal

<sup>69</sup> İİK m. 33-33/a hükümleri, çalışma konumuzu ilgilendirdiği oranda ele alınacak olup ayrıntısına girilmeyecektir.

sebeplerine dayanarak, icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde veya icra emrinin tebliğinden sonra ortaya çıkan aynı sebeplere dayanarak her zaman, anılan sebepleri kanunda sınırlı sayıda gösterilen belgelerden biri ile belgeleyerek icra mahkemesinden talep ettiği bir hukuksal korumadır.

Tüketici hakem heyeti kararının ilâmlı icraya konu olması durumunda, yani hakem kararı aleyhine olan kendisine karşı ilâmlı icra takibi başlatılan borçlu İİK m. 33-33/a maddesinde ifade edilen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda, anılan hükümde gösterilmiş olan şartlar ve prosedür çerçevesinde icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını isteyebilecektir. Söz konusu hükümlere hem ilâma hem de ilâm niteliğindeki belgelere dayanan ilâmlı icra takiplerinde işlerlik kazanabilen hükümlerdir.

### C. İİK m. 36 Çerçevesinde İcranın Durdurulması (Tehir-i İcra)

İİK m. 36 bağlamında icranın durdurulması, İİK m. 33-33/a çerçevesinde icranın geri bırakılmasından tümüyle farklı olduğu için, bu kısım için “icranın durdurulması, tehir-i icra” kavramlarının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

İİK m. 36’da öngörülen prosedür ve şartlar çerçevesinde icranın durdurulması talep edilmesi ve bu yönde karar verilmesi hukuki niteliği itibariyle geçici hukuki himaye tedbiridir<sup>70</sup>. İlamlı icraya konu kılınmış bir hükme karşı kanun yoluna başvurulmuş olması durumunda borçlu, teminat karşılığında (İİK m. 36’da 7343 sayılı Kanun m. 5 ile değişiklik yapıldıktan sonra) icra mahkemesinden icranın durdurulması kararı alabilmek için icra dairesinden kendisine süre verilmesini talep edecektir. Bir başka ifadeyle kanun yoluna başvurmuş olan borçluya icra emri gönderilmesi üzerine, o, icranın durdurulması hakkında bir karar getirinceye kadar kendisine uygun bir süre verilmesini icra dairesinden talep edecektir<sup>71</sup>. Talep üzerine icra dairesi, alacağın tamamın mukabilinde (kanunda ifade edilen türden) teminat karşılığında uygun bir süre verir<sup>72</sup>. Borçlu, kabul edilebilir bir nedenden

<sup>70</sup> Kuru/Aydın, Usul, s. 483; Kuru/Aydın, El Kitabı, 1314; Erişir, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, onikilevha yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 291; Hasırcı, Hakan, İflasın Takipleri Etkisi, onikilevha, İstanbul 2021, s. 110.

<sup>71</sup> İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) Art. 315’de istinafa başvurunun icrayı durduracağı, Art. 325’de şikâyete ve Art. 331’de ise temyize başvurmanın icrayı durdurmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

<sup>72</sup> Borçlunun başvurusuna rağmen icra dairesi süre vermezse, “bir hakkın yerine getirilmemesi” sebebiyle süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulabilir (Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 2. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 408)



dolayı icra dairesince verilen süre içinde icranın durdurulması kararı getirememişse icra dairesi yeniden süre verebilir. Kendisine süre verilen borçlu, icra mahkemesine başvurarak icranın durdurulmasını ister. Kendisinden icranın durdurulması talep edilen icra mahkemesinin nasıl bir yol izleyeceği hususunda Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 7343 sayılı Kanun m. 5 ile İİK m. 36’da getirilen esas değişiklik önceden kanun yolu mahkemesinden istenilen icranın durdurulması kararının artık icra mahkemesinden istenecek olmasıdır. Bu şekilde bir değişikliğin yapılmasının altında yatan sebep İİK m. 36 çerçevesinde icranın durdurulması kararının kanun yolu mahkemesinden istenmesi hem bölge adliye mahkemesi hem de Yargıtay açısından ilave iş yükü oluşturması; borçlunun veya vekilinin özel takibini gerektirmesi nedeniyle zaman ve emek kaybına neden olması; işlemlerin süreye tabi olması nedeniyle aksamalara ve mağduriyetlere neden olabilmesidir<sup>73</sup>. Belirtilen gerekçelerle icranın durdurulması kararının bölge adliye mahkemesinden ve Yargıtay’dan değil de icra mahkemesinden talep edilebilecek olmasının ilk bakışta daha pragmatist olduğu düşünebilir. Zira iş yükü altında olan kanun yolu mahkemelerinin dosyayı inceleyip icranın durdurulması hakkında karar vermesi, icra mahkemesinin bu konuda dosya inceliyor karar vermesine nazaran daha fazla zaman alacaktır. Ancak kanun yolu mahkemesi kendi görev alanına giren bir dosyaya ilişkin yöneltilen icranın durdurulması (icranın geçici durdurulması) talebi hakkında dosya üzerinden yapacağı ilk inceleme neticesinde, talebin dosya kapsamında haklı olduğuna kanaat getirirse icranın durdurulmasına, haksız olduğuna kanaat getirirse talebin reddine karar verecektir. Bir başka ifadeyle, değişiklikten önce kanun yolu mahkemesi icranın durdurulması geçici hukuki himaye tedbiri hakkındaki kararı, salt bu talebi baz alarak vermemekte; kanun yolu incelemesine gelmiş dosyanın içeriğini inceleyerek vermektedir. Aslında talebin haklılığı bağlamında esas olan kanun yolu talebinin haklı olup olmadığıdır. Kanun yolu talebinin, kanun yoluna başvuru sebepleri nezdinde yapılacak ilk incelemede haklılığı yönünde bir düşünce hasıl olursa, o zaman kanun yolu mahkemesi icranın durdurulmasına karar verebilir. Öte yandan bir ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan hüküm kanun yolu mahkemesince incelenmekte, dosya kapsamında kanun yolu talebinin ve dolayısıyla durdurma talebinin haklılığına anlaşılırsa icranın durdurulmasına

<sup>73</sup> Uyar, Talih, “24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı ‘İcra Ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, <https://web2.e-baro.web.tr/uploads/38/02%20ERMEN%C4%B0/av.talih%20uyar.pdf>, Erişim Tarihi: 25.04.2023, s. 7. Ayrıca bkz. Hükümet Gereğesi.

karar verilmektedir. Yine değişiklikten önce İİK m. 36'da açık düzenleme olmasa da kanun yolu mahkemeleri icranın durdurulması talebi hakkında kararlarını, geçici hukuki himaye tedbiri olması sebebiyle, kanun yolu dosyası üzerinde, acele bir şekilde genel kanun yolunun incelemesine ilişkin (HMK m. 341 vd.) hükümler çerçevesinde verebilmekteydi. Ancak değişiklikten sonra icra mahkemesinin nasıl karar vereceğini noktasında tereddütlerin ortaya çıkabileceğini söylemekte fayda vardır:

Öncelikli olarak icra mahkemesine, İİK m. 33-33/a da olduğu gibi hangi sebeplerle, hangi süre içinde ve hangi belgelerle başvuracağına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. İİK'nın icra mahkemesini görevlendirdiği düzenlemelere genel olarak bakıldığında, icra mahkemesi belirli istisnaların dışında sınırlı bir inceleme yapan, hatta belge üzerinden inceleme yapan bir ilk derece mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İİK m. 36 çerçevesinde yapacağı incelemeyi belge üzerinden yapmayacaktır; zira buna ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel olarak inceleme yetkisi bu şekilde sınırlı olan bir mahkemeye, icranın durdurulması noktasında görev verilmesinin mevcut düzenlemeler bağlamında sorunlara sebep olacağı kanaatindeyiz. İcranın durdurulması talebi hakkında icra mahkemesi İİK m. 18 çerçevesinde ivedi şekilde incelemesini yapıp karar verecektir.

İcra mahkemesinin, icranın durdurulması talebinin kabulü veya reddi hakkında karar verebilmesi için hangi hususları esas alacağı da belli değildir. Bu durumda, dosya kapsamında talepte bulunanın dosya kapsamında haklılığını esas almalıdır denilirse bir ilk derece mahkemesi kararının (ilâmlı icraya konu olan kararı veren mahkemenin kararının) başka bir ilk derece mahkemesi, yani icra mahkemesi tarafından geçici olarak denetlenmesi söz konusu olur ki, bunun kabulü mümkün değildir. Zira dereceli yargı sistemimizde, ilk derece mahkemesi kararları kural olarak üst derece yargı yerlerince, yani kanun yolu mahkemelerince denetlenebilir. Öte yandan kanun yolu incelemesinde asıl inceleme ve karar bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'a bırakılmışken, icranın durdurulması geçici hukuki himaye tedbiri kararını ilk dereceye ve hatta dar bir inceleme yetkisi olan icra mahkemesine bırakmak uygulamada sorunlara yol açacaktır<sup>74</sup>. Ancak eğer ilk derece yargılamasının bir pratiklik yapılmak isteniyorsa doktrinde Özkes'in<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Özkes, Muhammet, "İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İİK m. 36) 7343 S. K. İle Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar", *YBHD*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, S. 2., Y. 7, s. 57-78, s. 65-67.

<sup>75</sup> Bkz. Uyar, s. 9.

de ifade ettiği üzere, en azından icranın durdurulması kararının kararı veren mahkemeden talep edilmesi daha isabetli olacaktır.

İİK m. 36/5,c.2’de yer alan hükme göre teminatın iadesinin hakkındaki kararı, bozmadan sonra esası inceleyecek mahkeme karar verecektir. İcranın durdurulması hakkındaki talebi inceleme görevinin icra mahkemesine verilmesi ile bozmadan sonra teminatın geri verilmesi hakkındaki kararı verme görevinin esası inceleyecek mahkeme verilmesi hususları kendi içerisinde bir çelişki oluşturmaktadır. Zira, teminat karşılığında icra mahkemesince icranın durdurulması kararı verilecekse, kanunun sistematığına uygun olacak şekilde, bozmadan sonra teminatın iadesi hakkındaki kararı da icra mahkemesinin vermesi gerekirdi.

Mevcut değişiklik çerçevesinde icranın durdurulması talebini karar bağlama görevinin icra mahkemesine verilmesi, aslında her başvurunun, icra mahkemesince, amacı aşar tarzda ya hep reddine ya da hep kabulüne karar verilmesi şeklinde bir uygulamaya yol açabilir. Zira, icra mahkemesi, içerik itibariyle görev alanına girmeyen bir konuda örneğin, 5.000.000 €’luk bir ticari davadan alınan bir karara istinaden başlatılmış olan ilâmlı icra takibinin durdurulması için, borçlu tarafından İİK m. 36 kapsamında kendisine başvurursa nasıl bir karar verecektir? Söz konusu ticari dava dosyasını inceleyip tarafların taleplerinin haklı olup olmadığını nasıl ve neye göre tespit edecektir? İşte bu gibi durumlarda, icra mahkemesi, uzmanlık alanın dışında kalan konularda ya hep hükmü veren ilk derece mahkemesinin kararına uygun olarak kendisi de icranın durdurulmasına karar verecek (ki genel uygulamanın bu yönde oluşacağı kanaatindeyiz) ya da hep icranın durdurulması kararının reddine karar verecektir.

7343 sayılı Kanun m. 5 ile İİK m. 36’da yapılan değişikliğe ilişkin bu açıklamalardan sonra, İİK m. 36’nın uygulamasının nasıl olacağı hakkındaki açıklamalara devam edecek olursak; icra mahkemesi icranın durdurulması kararı hakkında vereceği karara göre cereyan eden ilâmlı icranın akıbeti belli olacaktır. İcra mahkemesinin icranın durdurulmasa karar vermek zorunda olmayıp bu hususta takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>76</sup>. Eğer icra mahkemesi icranın durdurulması hakkında karar verirse kanun yolu incelemesi sonuçlanıncaya kadar icra takibi durur. Ücreti ilgililer tarafından verilirse icra mahkemesince icranın durdurulması hakkındaki karar hükmü veren mahkemeye ve icra dairesine en uygun vasıtalarla bildirilir. Ancak icra mahkemesi icranın durdurulması talebi hakkında ret kararı verirse, icra

<sup>76</sup> Görgün/Börü/Kodakoğlu, İcra, s. 408.

dairesince teminat karşılığında icranın durdurulması kararı getirilinceye kadar durdurulmuş olan ilâmlı icra takibine kaldığı yerden devam edilir.

Bölge adliye mahkemesince başvurunun kesin olarak esastan reddine karar verilmesi veya Yargıtay'ca hükmün onanması hâlinde alacaklının talebi üzerine herhangi bir işleme gerek kalmaksızın teminata konusu para ise, para alacaklıya ödenecek; fakat teminat konusu mal veya hak ise, malın türüne göre icra dairesince paraya çevrilecek ve elde edilen para alacağına karşılık olmak üzere alacaklıya ödenecektir. Bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararına karşı temyiz yolunun açık olması hâlinde, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın durdurulması kararının etkisi devam edecektir (İİK m. 36/6). Bu son durumda 7343 sayılı Kanun ile İİK m. 36'da değişiklik yapılmadan önce uygulamada sorunların ortaya çıkması üzerine getirilmiştir. Değişiklikten önce, madde metnin bölge adliye mahkemesi tarafından başvurunun esastan reddi üzerine derhal teminata konu paranın alacaklıya ödeneceğine ilişkin bir ifade yer almaktaydı. Uygulamada bazı icra daireleri de bunun aynen uygulamaktaydı ve özellikle istinaf sonrası bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvuracak tarafın icranın durdurulması yoluna başvuru imkanını ortadan kaldırmaktaydı. Yapılan değişiklik ile anılan sorun giderilmiş oldu.

Kanun yoluna başvurmuş ve aleyhine ilâmlı icra takibi başlatılmış olan borçlunun icra mahkemesinden icranın durdurulmasını talep edebileceğine ilişkin İİK m. 36 hükmünün tüketici hakem heyetleri açısından uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulması gerekir. Görüldüğü üzere İİK m. 36 hükmü sadece kesinleşmemiş ve aleyhine kanun yoluna gidilmiş olan mahkeme kararları için uygulanabilir; ilâm niteliğindeki belgelere dayanan ilâmlı icra takibinin durdurulması açısından işlerlik kazanamaz. Tüketici hakem heyeti kararlarına dayanılarak yapılan ilâmlı icra takiplerinde doğrudan İİK m. 36'nın uygulanması söz konusu değildir. Zira, tüketici hakem heyeti kararlarına karşı gidilebilecek olan kanun yolu<sup>77</sup> özel olarak TKHK m. 70'de düzenlenmiştir. TKHK m. 70'de yer verilen hukuksal çare türü doğrudan İİK m. 36'nın esas aldığı HMK'da yer verilen kanun yollarından istinaf ve temyiz değildir. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. III-B.

<sup>78</sup> Bkz. aşağıda III-E.

#### **D. HMK m. 381 Çerçevesinde İcranın Durdurulması<sup>79</sup>**

HMK m. 381 bağlamında borçluya tanınan icranın durdurulmasını talep hakkı, niteliği gereği geçici hukuki himaye tedbiridir. Zira bir maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip bir karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak, o kararın ilâmlı icra hükümleri çerçevesinde yerine getirilmesine engel olmayacağı gibi başlamış olan ilâmlı icra takibinin de kendiliğinden durmasına yol açmaz. Ancak, yargılamanın yenilenmesi davasına bakan mahkeme, dava veya hükmün niteliğine ve diğer hâllere talepte yargılamanın iadesi talebinde bulunan kimseden, yani takip borçlusundan teminat alınmak şartıyla icranın durdurulması kararı verebilir (HMK m. 381).

Görüldüğü üzere HMK m. 381’de düzenlenen icranın durdurulması kararı ancak yargılanmanın yenilenmesi yoluna gidilmesinde, yargılamanın yenilenmesi davasına bakan mahkemeden istenir ve karara bağlanır. Bu sebeple tüketici hakem heyetinin kararlarının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olup olmadığı önem ifade eder. Zira yargılamanın yenilenmesi yoluna ancak maddi anlamda kesin hükümlerin ortadan kaldırılması için başvurulmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere<sup>80</sup> tüketici hakem heyeti kararlarının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğu ve bunlara karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla kesinleşmiş tüketici hakem heyeti kararına istinaden başlatılan ilâmlı icra takibinde, borçlu, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurup, yargılamanın yenilenmesi davasına bakacak olan tüketici hakem heyetinden HMK m. 381 kapsamında icranın durdurulmasını, anılan hükümdeki şartlar çerçevesinde talep edebilir.

#### **E. TKHK m. 70/3 Çerçevesinde Tedbir Yoluyla İcranın Durdurulması**

TKHK m. 70/3’de düzenlenen itiraz kurumunun hukuki niteliğinden yola çıkarak anılan hükümde düzenlenen “tedbir” yoluyla icranın durdurulması hususu açıklanabilir.

Bu kapsamda hakem kararına itirazın hukuki niteliği bakımında kanun yolu olduğunun kabul edilmesi durumunda, TKHK m. 70/3’de yer alan "tedbir" kavramının İİK m. 36’da yer alan icranın durdurulması kavramına paralel bir kavram olduğu söylenebilir. Bu çerçevede anılan iki hükmün

<sup>79</sup> HMK m. 381 hükmü çalışma konumuzu ilgilendirdiği oranda ele alınacak olup ayrıntısına girilmeyecektir.

<sup>80</sup> Bkz. yuk. III-C.

karşılaştırılması yapılır ve problem tespiti halinde çözüm önerilerinde bulunulur. Fakat hakem kararlarına itirazın kanun yolu niteliğinde olmadığı kabul edilirse "tedbir" kavramının salt ihtiyati tedbir mi yoksa diğer geçici hukuki koruma tedbirlerinden mi olduğu üzerinde durulabilir. Tespiti yapılacak duruma göre ya İİK m. 36'daki prosedürün ya da HMK m. 389 ve devamındaki ihtiyati tedbire ilişkin prosedürün uygulanması önerilecektir.

İtiraz, istinaf ve temyiz gibi dar anlamda bir kanun yolu değildir. İtiraz merciinde tüketici mahkemesi yer almaktadır. Yukarıda,<sup>81</sup> TKHK m. 70'de yer alan kuralların istinafa göre revize edilmesi veya doğrudan HMK'nın istinaf hükümleri atıf yapılması yönünde değişiklik yapılması önerisinde bulunduk. İtiraz merciinde tüketici mahkemesinin bulunması, itirazın geniş anlamda kanun yolu olmasına engel teşkil etmeyecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere<sup>82</sup> itiraz, dar ve teknik anlamda kanun yolunun bir kısım özellikleri taşıyan, dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu, en geniş anlamda hukuksal çare türüdür. Bu kapsamda anılan hükümde geçen "tedbir" kavramı yerinde kullanılmış bir kavram değildir. Yapılacak kanun değişikliğinde "tedbir yoluyla" ifadesinin kanun metninden çıkarılması ve İİK m. 36'ya benzer bir düzenlemenin kanuna eklenmesi veya İİK m. 36 hükmüne atıf yapılarak uygulamada karmaşıklığa son verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla TKHK m. 70/3'de icranın tedbir yoluyla da olsa taleple durdurulabilmesinin İİK m. 36'da yer alan icranın durdurulması (tehir-i icra) prosedürüne paralel bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz<sup>83</sup>. Bu sebeple, tüketici hakem heyeti kararına istinaden başlatılan bir ilâmlı icra takibinde, karara karşı tüketici mahkemesinde itiraz yoluna gidilmişse, itiraz yargılamasında borçlu icranın durdurulmasını talep edebilir ve bu durumda İİK m. 36'daki prosedürün işlerlik kazanabilir. Dolayısıyla İİK m. 36 çerçevesinde icra mahkemesinin gerçekleştireceği işlemleri tüketici mahkemesi gerçekleştirecektir.

İİK m. 36 yukarıda ifade ettiğimiz üzere<sup>84</sup> bir geçici hukuki himaye tedbiridir ve fakat prosedürü özel olarak düzenlemiştir (HMK m. 406/2). İcranın geri bırakılması/tehir-i icra özel geçici hukuki koruma olması sebebiyle, özel düzenleme İİK m. 36 uygulanır. Bu sebeple, HMK'nın geçici

<sup>81</sup> Bkz. yuk. III-B.

<sup>82</sup> Bkz. yuk. III-B.

<sup>83</sup> Bu yönde bkz. Erişir, Çözüm, 99; Erişir, Gider ve Vekalet, s. 482; Tutumlu, THH, s. 288; Yardım, Ertan, "Tüketici Hakem Heyeti Kararlarının Yerine Getirilmesi", 5. Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 19- 20-21 Kasım 2015, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 589-610, s. 606.

<sup>84</sup> Bkz. IV-C.

hukuki koruma tedbirlerine ilişkin hükümler, özellikle ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin (HMK m. 389 vd.) uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>85</sup>. TKHK m. 70/3’de yer alan düzenleme de İİK m. 36’daki gibi özel bir geçici hukuki koruma tedbiridir ve bu tedbirin uygulanmasında HMK m. 389 vd. maddeleri değil; İİK m. 36’daki prosedürün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Özetle TKHK m. 70/3 bağlamında icranın durdurulmasını talep halinde İİK m. 36’daki prosedür bağlamında tüketici mahkemesinin karar verecek olması, İİK m. 36 çerçevesinde icra mahkemesinin karar verecek olmasında daha isabetlidir. En azında itiraz yargılamasında tüketici mahkemesi, icranın durdurulması talebi karşısında, itiraz yoluna başvurunun haklılığını muhtemel görürse ve icranın durdurulmasını talep edenin menfaati karşı tarafından üstünse icranın durdurulmasına karara vermelidir.

İİK m. 36’daki prosedüre ilişkin açıklamalar, tüketici hakem heyeti nezdinde burası için de aynen geçerlidir.

## **SONUÇ**

Tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği, tüketici mahkemesi ile arasındaki ilişki, kararlarının hukuki niteliği ve kararlarının icrasında icranın durdurulması-geri bırakılması veyahut “tedbir yoluyla” icranın durdurulması hususunda aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

1-Belirli bir miktarın altında kalan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olması, heyetin tarafların haklılığını ve sunmuş oldukları delilleri gözeterek önüne getirilmiş olan uyuşmazlığı tarafları da bağlayıcı bir şekilde bir kararla çözmesi ve ayrıca vermiş olduğu kararın da icra edilmesi açısından ilâmların yerine getirilmesine ilişkin hükümlere tabi olması nedeniyle tüketici hakem heyetlerinin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değil, mecburi tahkim yoludur. Bir başka ifadeyle tüketici hakem heyeti geniş anlamda mahkeme, hakem mahkemesidir.

2- Tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi arasındaki ilişki uyuşmazlık konusunun miktar ve değerine göre tayin edilmiş bir görev ilişkisidir.

<sup>85</sup> Geçici hukuki korumalara ilişkin HMK m. 389-406 hükümlerinin, özel geçici hukuki korumalara doğrudan değil, ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2452; Kuru/Aydın, Usul, s. 481; Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 1320; Yılmaz, Şerh, s. 5383.

3-7392 sayılı Kanun m. 13 ile değişik TKHK m. 68/3 ile hem tüketici hakem heyetleri arasındaki görev ilişkisi sonlandırılmış ve hem de yönetmelikle düzenlenen yetkiye ilişkin hükümlere kanunda yer verilmiştir.

4- Tüketici hakem heyeti kararına itiraz, dar ve teknik anlamda kanun yolunun bir kısım özellikleri taşıyan, dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu, en geniş anlamda hukuksal çare türüdür. Kanun koyucu adeta HMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerini esas alarak TKHK m. 70/3-6 hükümlerini düzenlemiştir. İtiraz üzerine tüketici mahkemesinin yapacağı inceleme neticesinde vereceği karar türlerine bakıldığında (TKHK m. 70/4) temyiz ve istinaf hükümlerine (HMK m. 353/1-b, m. 370) paralel düzenlemelerin olduğu açıktır.

5- Tüketici hakem heyeti, mecburi tahkim yoludur; hakem mahkemesidir. Tüketici hakem heyeti tarafları bağlayıcı kararına karşı, dar ve teknik anlamda kanun yolunun bir kısım özellikleri taşıyan, dar anlamda hukuksal çare ve dolayısıyla geniş anlamda kanun yolu, en geniş anlamda hukuksal çare türü olan itiraz yoluna gidilebilmesi anılan kararın şekli anlamda kesin hüküm gücüne sahip olacağı söyleyebilir.

Öte yandan tüketici hakem heyeti kararını maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğunun, özellikle maddi anlamda kesin hükmün müspet etkisi gereğince kabul edilmesi gerekir. Zira maddi anlamda kesin hükmün etkisi hem *ne bis in idem* (tekrar yargılama yasağı) hem de çelişkili karar verilmesi yasağı kapsamakta; bu noktada Devlet mahkemeleri ile tüketici hakem heyeti (hakem mahkemeler) kararları arasında bu farklılık ortaya çıkarılmasını gerektirecek bir sebep de söz konusu değildir.

Yine tüketici hakem heyeti tarafından gerçekleştirilen yargısal faaliyette de amaç taraflar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için, bir daha dava konusu olmayacak şekilde sona ermesidir. Bu sebeple tüketici hakem heyeti kararlarına maddi anlamda kesin hüküm gücü tanımamak aslında hem hukuki barışa ve güvenliğe zarar verebilir hem de bu yola başvurmak gereksiz emek, zaman ve para kaybına sebep olabilir.

Hüküm bulunmayan hallerde ihtiyari tahkime ilişkin hükümlerin mecburi tahkime uygulanabilecek olması ve HMK m. 443'ün atfıyla HMK m. 374 vd.. hükümlerine yollama yapılması sebebiyle de tüketici hakem heyeti kararının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğu söylenebilir.

6-Tüketici hakem heyeti kararının ilâmlı icrasında borçlu, İİK m. 33-33/a uyarınca icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını isteyebilecektir.

7-İİK m. 36 hükmü sadece kesinleşmemiş ve aleyhine istinaf veya temyiz kanun yoluna gidilmiş olan mahkeme kararları için uygulanabilir. Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı gidilebilecek olan hukuksal çare türü özel



olarak TKHK m. 70'de yer almakta ve anılan düzenleme doğrudan istinaf ve temyiz olmadığı için, İİK m. 36 hükmü burada uygulanmayacaktır.

8- Tüketici hakem heyeti kararı maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğundan bu karara istinaden başlatılan ilâmlı icra takibinde, borçlu, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurup, yargılamanın yenilenmesi davasına bakacak olan tüketici hakem heyetinden HMK m. 381 kapsamında icranın durdurulmasını talep edebilir.

9- TKHK m. 70/3'de icranın tedbir yoluyla da olsa taleple durdurulabilmesinin İİK m. 36'da yer alan icranın durdurulması (tehir-i icra) prosedürüne paralel bir düzenleme olduğu ve İİK m. 36'daki prosedürün bu durumda kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda TKHK m. 70/3'de yer alan "tedbir yoluyla" ifadesinin kanun metninden çıkarılması ve İİK m. 36'ya benzer bir düzenlemenin kanuna eklenmesi veya İİK m. 36 hükmüne atıf yapılarak uygulamada karmaşıklığa son verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## **KAYNAKÇA**

Akil, Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Akkan, Mine, "Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği", *DEÜHFD*, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı 2009, İzmir, 2010, s. 3-61.

Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Alangoya, Yavuz, "Yargılama Hukukumuzda Bir "Sorun"", *İBD C. 83, S. 3*, Mayıs/Haziran 2009, s. 1189-1195.

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.

Arslan, Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği" *ABD*, S. 5-6, 1988, s. 722-737.

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, 1977. (Yargılamanın Yenilenmesi).

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Usul).

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (İcra).

Atalı, Murat, "6502 sayılı Kanun'un Tüketici sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 397-418. (Hakem Heyeti).

Atalı, Murat, "Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri", Kadir Has Üniversitesi- İstanbul Barosu Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (Editör: Yardım, M. Ertan) Ankara 2018, s. 69- 84. (Yargılama).

Atalı, Murat, Pekcanıtez Usul, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, onikilevha, İstanbul, 2017. (Pekcanıtez Usul).

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Akara, 2021.

Berkin, M. Necmeddin, Medeni Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.

Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, İkinci Basım, Ankara, 1967.

Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.

Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna göre Yeniden Yazılmış Üçüncü B., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Budak, Ali Cem, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayıl, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, İzmir, 2015, s. 77-103.

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.

Çelik, Yusuf, Tüketici Hakem Heyetleri, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Kırıkkale, 2018.

Çenberci, Mustafa, Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, AD, C. 55, S. 9-12, 1964, s. 1132-1177.

Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. B., Beta, İstanbul, 2019.

Erdoğan, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Erişir, Evrim, "Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerinde Gider ve Vekalet Ücreti", 4. Tüketici Hukuku Kongresi Makale, Bildiri ve Ses Çözümleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

2015, (Editör: Tokbaş, Hakan/Üçışık, H. Fehim), Bilge, Yayınevi, Ankara 2015, s. 470-492. (Gider ve Vekalet).

Erişir, Evrim, “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Editör: İnceoğlu, Murat, Makaleler-Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 43-122. (Çözüm).

Erişir, Evrim, Geçici Hukuki korumanın temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, onikilevha yayıncılık, İstanbul, 2013. (Tedbir).

Ermenek, İbrahim, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2013, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL’a Armağan, Ankara, 2013, s. 563-631.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 2. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. (İcra)

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 10. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Usul)

Gürdoğan, Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960.

Hasırcı, Hakan, İflasın Takipleri Etkisi, onikilevha, İstanbul, 2021.

Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara, 2003.

İlhan, Cengiz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2006.

İstanbul Kültür Üniversitesi, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu Metinler Kitabı (24-25 Kasım 2011), İstanbul 2011, s. 33; Yılmaz, Ejder/Yardım, Ertan. Milli Şerh, Aristo, İstanbul, 2016.

İyilikli, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Kara, İlhan, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2015.

Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. B., Empati Matbaacılık, İstanbul, 2012.

Konuralp, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2011.

Konuralp, Haluk/Hanağası, Emel, “Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf”, *MİHDER*, S. 1, 2007, s. 13-28.

Korkut, Makbule Serra, Medeni Usul Hukuku Esasları Çerçevesinde Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tüketici Hakem Heyetleri, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) İstanbul, 2018.

Kulaklı, Emrah, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri, <http://www.odakhukuk.com/tr/files>, Erişim Tarihi: 25.04.2023 s. 1-44.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Cilt. V, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2001. (Cilt V).

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2013.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016. (İcra)

Kuru, Baki/Aydın Burak, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (El Kitabı).

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.

Kuru, Baki/Aydın, Burak. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (Usul).

Meraklı Yayla, Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Meriç, Nedim, "Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", *MİHDER*, S. 2, 2007, s. 377-434.

Münch, Joachim, Münchener Kommentar zum ZPO, Band 3, 6. Auflage 2022, München, 2022, §1055, Kn. 10, [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO\\_6\\_Band3%2FZPO%2Fcont%2FMuekoZPO%2EZPO%2Ep1055%2EgIII%2EgI2%2EhtmEr](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO_6_Band3%2FZPO%2Fcont%2FMuekoZPO%2EZPO%2Ep1055%2EgIII%2EgI2%2EhtmEr) işim Tarihi: 14.04.202.

Namlı, Mert, Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Basım, İstanbul, 2014.

Önen, Ergun, İnşai Dava, Ankara, 1981. (İnşai Dava)

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbası, Ankara 1972. (Yargılama).

Özbay, İbrahim, "Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi" Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 281-304.

Özbek, Mustafa Serdar, "Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlamsız İcra Takibi Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararının Tahlili", *MİHDER*, S. 2, 2015, s. 39-69.

Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2013. (Uyuşmazlık Çözümü).

Özekes, Muhammet, “İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İİK m. 36)7343 S. K. İle Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *YBHD*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, S. 2., Y. 7, s. 57-78.

Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Pekcanitez Usul).

Özsöker, Gökberk, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Tüketici Hakem Heyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Pekcanitez, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, *Hukuki Perspektif Dergisi*, S. 5, 2005, s. 12-16.

Pekcanitez, Hakan, “Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 3, Temmuz 1996, s. 40-58.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Postacıoğlu, İlhan E. /Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. ŞTİ., İstanbul, 1975.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2010.

Schwab, Karl H./Walter, Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit, 7., überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck Helbing & Lichtenhahn, München, 2005, Kapital 21, Kn. 5, <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchwabWalterKoSchGerBK%5F7%2FMono%2Fcont%2FSchwabWalterKoSchGerBK%2EMono%2EM22%2ET0%2Ehtm> Erişim Tarihi:14.04.2022.

Sugurtekin-Özkan, Meral, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *MİHDER*, C. 1, S. 2, 2005, s. 353-369.

Şimşek, Ayşe Neşe, Medeni Usul Hukukunda Tüketicinin Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2004.

Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Makalelerim II (2006-2010), Ankara, 2011, s. 28-29.

Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. (Arabuluculuk)

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Usul).

Tanrıver, Süha. Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. (Cilt II).

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007. (Derdestlik).

Taşpınar Ayvaz, Sema, "Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorular", Tüketici Hukuku Konferansı (05-06 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, Editör: Aksoy, Hüseyin Can), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 292

Taşpınar Ayvaz, Sema, "Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği", Kadir Has Üniversitesi İstanbul Barosu Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, (Editör: M. Ertan Yardım), Seçkin, Ankara 2018, s. 43-50.

Topal, Önder, "Tüketici Uyuşmazlıklarında İspat ve Delil", *MÜHFD*, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 191-232, <https://www.jurix.com.tr/article/4651>, Erişim Tarihi: 25.11.2021.

Topuz, Gökçen, Tüketici Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Tutumlu, M. Akif, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, 2006. (Sorum).

Tutumlu, Mehmet Akif, Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019. (THH).

Ulukapı, Ömer, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)", *SÜHFD*, Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye Armağan, S. 1-2, 1996, Konya, 1996, s. 77-101.

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Uyar, Talih, "24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı "İcra Ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Getirdiği Yenilikler", <https://web2.e-baro.web.tr/uploads/38/02%20ERMEN%C4%B0/av.talih%20uyar.pdf>, Erişim Tarihi: 25.04.2022.

Üstündağ, Saim, "Hakemlerin Israr Hakkı Var Mıdır", *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, C. 1, S. 177, Y. 1996, s. 217-233.

Üstündağ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1968.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. B., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000. (Yargılama).

Yardıı, Ertan, “Tüketici Hakem Heyeti Kararlarının Yerine Getirilmesi”, 5. Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 19- 20-21 Kasım 2015, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

Yeşilova, Bilgehan, “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 107-143.

Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m. 35/A)”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı*, Ankara, 2004, s. 843-856.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 4, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Şerh).

Zevkliler, Aydın/Özel, *Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.





**<sup>H</sup> SUÇA SÜRÜKLENEN 12-15 YAŞ GRUBU ÇOCUKLAR  
HAKKINDA VERİLEN KISA SÜRELİ HAPİS CEZASININ  
“KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRILMA” (TCK M. 50/1-f)  
SEÇENEK YAPTIRIMINA ÇEVİRİLMESİNİN ASGARİ ÇALIŞMA  
YAŞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(THE ASSESSMENT OF ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTION TO  
SHORT-TERM IMPRISONMENT AS "LABOUR FOR PUBLIC BENEFIT"  
(TPC art. 50/1-f) FOR GROUP OF AGE IN BETWEEN 12 AND 15  
CHILDREN DRAGGED TO CRIME WITH REGARD TO AGE LIMIT OF  
LABOUR)*

**Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU\*\* \*\*  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül EKİN\*\* \*\***

**ÖZ**

*Çocuklar; henüz fiziksel ve ruhsal gelişimlerini tamamlamamış olmaları, bağımlılıkları, korunmaya ve eğitime olan ihtiyaçları nedeniyle yetişkinlere nazaran farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Bu hususta, iç hukukumuzda ve tarafı olduğumuz bazı uluslararası sözleşmelerde birçok hükme yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerden bazıları da çocuğun çalıştırılma yaşına ilişkindir.*

*Türk Ceza Kanunu m. 50/1-f’de yer alan düzenlemede, kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” seçenek yaptırımına çevrilebileceği öngörülmüştür. Yargıtay, söz konusu seçenek yaptırımın 12-15 yaş grubundaki çocuklar hakkında*

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 14.11.2023. İlk hakem raporu tarihi: 22.11.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 16.01.2024. Onaylanma Tarihi: 19.01.2024.

\* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7075-8763.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0659-6648.

**Esere Atf Şekli:** Namık Kemal Topçu-Ayşegül Ekin, “Suça Sürüklenen 12-15 Yaş Grubu Çocuklar Hakkında Verilen Kısa Süreli Hapis Cezasının ‘Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma’ (TCK m. 50/1-f) Seçenek Yaptırımına Çevrilmesinin Asgari Çalışma Yaşı” Bakımından Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 337-397.

uygulanamayacağını, zira 4857 sayılı İş Kanunu m. 71'deki düzenlemenin (On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır) buna engel olduğunu kabul etmektedir.

Bu çalışmada, iç hukukumuzda ve tarafı olduğumuz bazı uluslararası sözleşmelerde çocuğun çalıştırılma yaşına ilişkin hükümlerin, suça sürüklenen 12-15 yaş grubundaki çocuklar hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının "kamuya yararlı çalıştırılma" seçenek yaptırımına çevrilmesine engel teşkil edip etmediği hususu ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Suça sürüklenen çocuk, 12-15 yaş grubu çocuklar, Seçenek yaptırımlar, TCK m. 50, Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma, Cezanın amacı, Çocuk işçi, Çocuk çalışması, İş Kanunu m. 71.

### **ABSTRACT**

Children are subject to different provisions compared to adults due to their incomplete physical and mental development, their dependency, and their need for protection and education. In this regard, it is seen that many provisions are included in our domestic law and some international conventions to which we are a party. Some of these provisions are related to the age of child labour.

Article 50/1-f of the Turkish Penal Code stipulates that the short-term imprisonment sentence imposed on a person may be converted into the alternative sanction of "labour for public benefit". The Court of Cassation accepts that the said alternative sanction cannot be applied to children aged 12-15, as the regulation in Article 71 of the Labour Law No. 4857 (It is forbidden to employ children under the age of fifteen) prevents this.

In this study, the issue of whether the provisions regarding the age of labour of the child in our domestic law and in some international conventions to which we are a party constitute an obstacle to the conversion of the short-term imprisonment sentence imposed on the child dragged into crime to the alternative sanction of "labour for public benefit" is addressed.

**Keywords:** Child Dragged to Crime, Alternative Sanctions, Article 50 of TPC, Labour for public benefit, Purpose of Punishment, Child Labour, Child Work, Labour Law Article 71.

\*\*\*

## GİRİŞ

Türk Ceza Kanununda çocuk, “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmıştır (TCK m. 6/1-b). Çocuklar, yetişkinler gibi bedeni ve ruhi olarak tam ve olgun bir şekilde davranmamakta ve bu da onların bu durumlarının, ceza sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmasını gerektirmektedir. Yaş ilerledikçe kişinin algılama ve irade yeteneğinin gelişmesi; yaşın, kişinin bedeni ve ruhi gelişimi üzerinde etkili olması nedeniyle TCK m. 31’de, çocukların ceza sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

TCK m. 31’de, yaşı küçüklüğünde kusur yeteneğinin hiç bulunmaması ya da kısmen bulunması dikkate alınarak üç farklı yaş dönemi kabul edilmiştir: 0-12, 12-15 ve 15-18. Söz konusu düzenlemeye göre fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumlulukları bulunmamakta olup; bu çocuklara sadece güvenlik tedbiri uygulanabilir. On iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar bakımından ise işlediği fiil bakımından algılama ve irade yeteneği yeterince gelişmiş olan çocuklara indirim yapılmak suretiyle ceza verilmekteyken, algılama veya irade yeteneği yeterince gelişmemiş olan çocuklara ceza verilmemekte ve fakat güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. On beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış çocukların ise ceza sorumluluklarının mevcut olduğu kabul edilmekte ve fakat cezalarında indirimde gidilmektedir.

TCK m. 50’de yer düzenlemede, yargılama sonucunda verilen kısa süreli hapis cezasının (1 yıl veya daha az süreli) belirli koşullar altında seçenek yaptırımlara çevrilebileceği öngörülmüştür. Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş, olan çocuklar bakımından ise bu çevirme zorunlu tutulmuştur (TCK m. 50/3).

TCK m. 50/1’de sayılan seçenek yaptırımlardan bir tanesi de *kamuya yararlı bir işte çalıştırılmadır* (m. 50/1-f). Düzenlemede, gönüllü olması şartıyla, sanığın, mahkûm edildiği kısa süreli hapis cezasının yarısından bir katına kadar süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırılabileceği öngörülmektedir.

Çocukların çalışması insanlık tarihi boyunca var olan, zaman içinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkan bir sorundur. Çocukların çalıştırılmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatımızda çok sayıda düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 173-174; İş

Kanunu m. 71; 138 ve 182 Sayılı ILO Sözleşmeleri bu düzenlemelere örnek gösterilebilir.

Bu çalışmada, iç hukuktaki ve uluslararası sözleşmelerdeki bu düzenlemeler dikkate alındığında, suça sürüklenen 12-15 yaş grubundaki çocuklar hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” seçenek yaptırımına çevrilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

Özellikle Yargıtay kararlarında suça sürüklenen çocuk hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” seçenek yaptırımına çevrilmesinin İş Kanunu m.71 gereğince mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bu bakımdan 12-15 yaş grubundaki çocukların “çocuk işçi” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, İş Kanununun kişiler bakımından uygulanma alanı irdelenecektir.

Daha sonra öncelikle yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğuna etkisi, TCK m. 31’de öngörülen sistemin özellikleri, seçenek yaptırımlara çevirme kurumu, kamuya yararlı işte çalıştırılma seçenek yaptırımı ve İş Kanunu kapsamında çocuk ele alınacaktır.

## **I. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ (TCK m. 31)**

### **A. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ-KUSURLULUK İLİŞKİSİ**

Kusurluluğu etkileyen sebepler; ortada haklı görülmeyen, toplum düzeni ile bağdaşmayan, tasvip edilmeyen, haksız bir niteliği haiz ve bu suretle suç teşkil eden bir fiil olmasına rağmen, failde bulunan ve fiilin işlenişine etki eden bazı durumlar nedeniyle failin cezalandırılmamasının ya da faile daha az ceza verilmesinin daha uygun görüldüğü sebeplerdir<sup>1</sup>. Yaş küçüklüğü, kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak TCK m. 31’de düzenlenmiştir.

Yaşı küçüklüğü durumunda kişinin kusur yeteneğinin hiç bulunmaması ya da kısmen bulunması söz konusudur. Yaş küçüklüğünün kusur yeteneğini ortadan kaldırması veya azaltıcı bir etkide bulunmasının sebebi, yaş ilerledikçe kişinin algılama ve irade yeteneğinin gelişmesi; yaşın, kişinin bedeni ve ruhi gelişimi üzerinde etkili olmasıdır. Bu bağlamda çocuklar, yetişkinler gibi bedeni ve ruhi olarak tam ve olgun bir şekilde

<sup>1</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 454 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2022) 312 vd.

davranmamakta ve bu da onların bu durumlarının, ceza sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmasını gerektirmektedir.<sup>2</sup>

## **B. TCK M. 31’DE ÖNGÖRÜLEN SİSTEM**

Türk Ceza Kanununda çocuk, “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmıştır (TCK m. 6/1-b). TCK m. 31’deki düzenleme incelendiğinde suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğinin bulunduğu tespit edilmesi halinde hakkında indirimli olarak cezaya hükmolunacağı; kusur yeteneğinin bulunmadığının tespit edilmesi halinde ise güvenlik tedbirine hükmolunacağı kabul edildiği görülmektedir. Bu bağlamda yasa koyucu, TCK m. 31’de yer verdiği düzenlemede, yaşı küçüklüğünde kusur yeteneğinin hiç bulunmaması ya da kısmen bulunmasını dikkate alarak üç farklı yaş dönemi kabul etmiştir: 0-12; 12-15; 15-18.

### **1. 0-12 Yaş Dönemi**

TCK m. 31/1’deki düzenlemeye göre fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumlulukları bulunmamaktadır.<sup>3</sup> Bu yaş aralığındaki çocuğun hangi suçu işlerse işlemiş olsun kusur yeteneğinin bulunmadığı, normatif olarak mutlak suretle kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu yaş grubunda bulunan çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam veya sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneklerinin bulunup bulunmadığı araştırılmayacaktır. **Bu yaş kategorisindeki çocuklara ceza verilebilmesi mümkün olmadığı için**<sup>4</sup> çocuk hakkında TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırıma çevirme gibi bir durum da söz konusu

<sup>2</sup> Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 370.

<sup>3</sup> Yaşın tespitinde çocuğun doldurduğu yaş dikkate alınır. Belirli bir yaşı doldurmuş sayılabilmesi için ay, gün ve saat hesabıyla o kadar yaşı tam olarak yaşaması gerekir. Bu bağlamda on iki yıl yaşayıp on üçüncü yaşından gün almamış olan çocuk, bu fıkra kapsamında kabul edilir.

<sup>4</sup> Bu yaş grubundaki çocuklar hakkında soruşturma evresinde üzerine atılı suç bakımından yeterli şüphenin mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde Cumhuriyet savcısı, çocuk hakkında CMK m. 172/1 hükmü uyarınca “kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle” kovuşturmaya yer olmadığına karar verecek ve fakat çocuk hakkında çocuk hakiminden güvenlik tedbirinin uygulanmasını talep edebilecektir (TCK m. 31/1; ÇKK m. 15/3; ÇKK m. 26/3).

olamayacaktır. Bu bağlamda **bu yaş grubundaki çocuklar, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.**

## 2. 12-15 Yaş Dönemi

TCK m. 31/2'deki düzenleme, 12-15 yaş grubuna ilişkindir.<sup>5</sup> TCK m. 31/2'deki düzenlemeye göre fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından somut olayda işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.<sup>6</sup>

Yapılan bu değerlendirme sonucunda somut olayda işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olmadığı kanaatine ulaşırsa, çocuk hakkında, kusurunun bulunmaması dolayısıyla CMK m. 223/3-a uyarınca cezaya hükmolunmayacak ve fakat hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır.<sup>7</sup> Dolayısıyla **bu durumda ceza verilmesi söz konusu olmadığı için** çocuk hakkında TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırıma çevirme gibi bir durum da söz konusu olamayacaktır. Bu bağlamda **bu nitelikteki çocuklar da bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.**

## 3. 15-18 Yaş Dönemi

TCK m. 31/3'teki düzenleme, 15-18 yaş grubuna ilişkin olup,<sup>8</sup> yasa koyucu, bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneğinin bulunduğunu kabul

<sup>5</sup> On iki yıl yaşayıp da on üçüncü yaşından gün almış olanlar ile on beş yıl yaşayıp da on altı yaşından gün almamış olan çocukları kapsamaktadır.

<sup>6</sup> Bu yaş grubundaki çocuğun algılama ve irade yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin bu değerlendirme davaya bakan mahkeme tarafından takdir edilecektir. Bu hususun tespiti, konusu uzmanlık gerektiren bir alana ilişkin olduğundan (CMK m. 63/1); mahkemenin, bu hususta karar verirken hem çocuğun somut olayda işlediği suç bakımından algılama ve irade yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin "uzman raporu" aldırması hem de çocuğun içinde yaşadığı sosyal çevre, arkadaş ortamı, aile ve eğitim durumu gibi faktörleri gösteren "sosyal inceleme raporu" aldırması gerekmektedir (ÇKK m. 35; Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/1-f, m. 20/2, 4, 7; Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliği m. 8/11).

<sup>7</sup> Burada güvenlik tedbirinin uygulanması mahkemenin takdirine bırakılmamış olup, zorunlu tutulmuştur.

<sup>8</sup> On beş yıl yaşayıp da on altıncı yaşından gün almış olanlar ile on sekiz yıl yaşayıp da on dokuzuncu yaşından gün almamış olan çocukları kapsamaktadır.

etmiştir.<sup>9</sup> Bununla birlikte yasa koyucu, bu çocukların kusur yeteneğinin, yetişkinler gibi gelişmiş olmadığını da normatif olarak kabul etmiş ve bu çocuklar hakkında verilecek cezada TCK m. 31/3’te belirtilen oranda indirim yapılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla bu gruptaki çocuklara indirimli de olsa **ceza verilmesi söz konusu olduğu için**, verilecek cezanın, şartları mevcutsa, TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırıma çevrilmesi de mümkündür. **Bu yaş grubundakiler de çocuk olarak kabul edilmekle birlikte, Yargıtay tarafından 15 yaş üzerinde oldukları için seçenek yaptırımın uygulanmasına dahil edildiklerinden, bu gruptaki çocuklar çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.**

## **II. SEÇENEK YAPTIRIMLARA ÇEVİRME**

### **A. GENEL OLARAK**

Seçenek yaptırımlar, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nin<sup>10</sup> “Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlıklı 62. maddesinde yer alan düzenlemede şu şekilde tanımlanmıştır: *Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar; suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak, hükümlülerin toplum içinde belli koşullar altında denetime tabi tutularak bazı yükümlülükler konulmak suretiyle hürriyetlerinin belli şekilde kısıtlanmasını öngören kısa süreli hapis cezası yerine verilen kamusal yaptırımlardır.*

Ceza hukukunun yaptırımları, cezalar ve güvenlik tedbirleridir (TCK m. 45). Cezalar ise hapis cezası ve adli para cezasıdır. TCK m. 50’de yer alan düzenlemede, ceza hukukunun yaptırımlarından olan hapis cezasına, kısa süreli olması kaydıyla, seçenek yaptırımlar öngörülmektedir. Dolayısıyla **mahkeme, sanık hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmetmek yerine, bu yaptırımın yerine geçecek şekilde TCK m. 50’de sayılan yaptırımlardan birine hükmedebilecektir.** Bu bağlamda bu seçenek

<sup>9</sup> Bu bağlamda 12-15 yaş grubundaki çocuklarda olduğu gibi burada çocuğun kusur yeteneğinin mevcut olup olmadığı yani somut olayda işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.

<sup>10</sup> RG.10.11.2021, S.31655.

yaptırımlar, kısa süreli hapis cezalarının yerine uygulanabilecek, “ikame yaptırım”<sup>11</sup> niteliğindedir.

Özellikle vurgulamak gerekir ki TCK m. 50’de sayılan seçenek yaptırımlar, ağırlıkları itibariyle kısa süreli **hapis cezasının muadili olmayıp, hapis cezasından daha hafif nitelikteki yaptırımlardır.**<sup>12</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlıklı 50. maddesinde, kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla *kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya*, çevrilebileceği öngörülmüştür.

TCK m. 50’de sayılan bu seçenek yaptırımlar öğretide üç ayrı kategoriye ayrılarak incelenmektedir: “onarıcı adalet yaptırımları”, “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” ve “adli para cezası”.<sup>13</sup> Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımını, bu kategorilerden **toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları** kapsamındadır.

## B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Kısa süreli hapis cezasına alternatif olarak öngörülen bu seçenek yaptırımların bir “ceza hukuku yaptırımı” olduğu hususunda bir tereddüt

<sup>11</sup> Mehmet Maden, “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2012) 83.

<sup>12</sup> Maden, “Hapis Cezası”, 155.

<sup>13</sup> Maden, “Hapis Cezası”, 2,3,72,76,77.



bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu yaptırımların hukuki niteliğinin ne olduğu hususunun öğretilerde tartışmalı olduğu görülmektedir. Öğretilerde bazı yazarlar bu yaptırımların “ceza” niteliğinde<sup>14</sup> olduğunu kabul etmekteyken bazı yazarların “tedbir” niteliğinde<sup>15</sup> olduğunu kabul ettikleri görülmektedir. Ağırlıklı olarak kabul gören görüşe göre ise söz konusu seçenek yaptırımlardan **adli para cezası “ceza” niteliğindedir** diğerleri **“tedbir” niteliğindedir**.<sup>16</sup> <sup>17</sup> TCK m. 50/5-7’de yer alan düzenlemeler dikkate alındığında **yasa koyucunun yaklaşımının, bu son görüş doğrultusunda olduğu** görülmektedir.

### C. AMACI

TCK m. 50’de yer alan düzenlemenin amacını anlayabilmek için, öncelikle cezanın amacının ne olduğuna kısaca değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Suç işleyen failin cezalandırılması gerektiği yönünde genel kabul bulursa da

<sup>14</sup> Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2010, 473; Soner Hamza Çetin, “*Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar*”, (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2011) 61-64.

<sup>15</sup> Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 639; Zafer, *Türk Ceza Hukuku*, 361.

<sup>16</sup> Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 588; Maden, *Hapis Cezası*, 96-104; Mehmet Burak Uzun, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar” (Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi, 2009), 19-21; Necati Nursal ve Selcen Ataç, *Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation)* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006), 376; Ali Rıza Çınar, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 37; Ahmet Çolak, “*Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2022) 107-108; Öğretilerde Soyaslan da bu görüşte olmakla birlikte Yazar, adli para cezası dışındaki tedbirlerin teknik anlamda güvenlik tedbirlerinden de farklı bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmektedir. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020) 594; Öğretilerde Özbek vd.’ne göre ise söz konusu seçenek yaptırımlar içerisinde ceza ve tedbir niteliğinde olan yaptırımlar olduğu gibi bu iki kategoriye de girmeyen ve ceza hukukunun bu iki izli yaptırım sistemi içerisinde üçüncü izi oluşturan yaptırımların olduğunu kabul etmektedir. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 608.

<sup>17</sup> Yargıtay’ın da bu görüşü kabul ettiği görülmektedir: “TCK’nin 50/6. maddesinde bulunan “yaptırım” ibaresininin, 01.03.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 26.02.2008 tarihli ve 5739 sayılı Kanununun 4. maddesi ile “tedbirin” olarak değiştirilmesi ile, sözü edilen maddenin birinci fıkrasının “a” bendi uyarınca hapis cezasının paraya çevrilmesi seçenek yaptırım, diğer bentlerde düzenlenen hususların ise seçenek tedbir niteliğinde olduğu...”, Y12. CD, 29.06.2021, E. 2019/11561, K.2021/5295.

faile verilecek cezanın infazı ile neyin amaçlandığı konusunda çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Zira cezanın toplumun varlığı için gerekli olması, onun ne amaçla uygulandığını ortaya koymaya yetmemektedir.<sup>18</sup> Cezanın belirlenmesine ve infazına ilişkin düzenlemeler, bir cezanın tayini ve infazından beklenen amaçlar temelinde kaleme alınmakta olup söz konusu amaçlar da kabul edilen suç politikası temelinde belirlenmektedir.

Cezanın amacının ne olduğuna ilişkin görüşleri de **temelde iki ayrı grupta** toplamak mümkündür. Bunlardan birincisinde cezanın amacı, geçmişte gerçekleştirilen bir kötülüğü ödetmedir. İkincisinde ise cezanın amacı, gelecekte suç işlenmesinin önüne geçmektir. Bunların yanında bu iki amacın bir arada uygulanmasını öngören bir görüş de mevcuttur. Klasik okul taraftarlarınınca ileri sürülen bu görüşler, “**mutlak adalet teorisi**”, “**nisbî teori**” ve “**karma teori**” olarak ele alınacaktır.<sup>19</sup>

**Mutlak adalet teorisinde** ceza, herhangi başkaca bir amacı veya yararı olduğu için değil, sırf adaletli olduğu; diğer bir deyişle adaletin gereği olduğu için vardır. Mutlak adalet teorisi savunucuları, cezanın topluma fayda sağlayıp sağlamamasıyla ilgilenmez. Cezanın amacı, bizatihi kendisidir. İhlal edilen hakkı tekrar tesis edecek olan cezanın çekilmesiyle kefaret ödenmiş olur. Bu amaç, fail ve toplumun geri kalanı için gelecek endişesi taşımaz. Bu anlamda tekerrür veya yeni bir suç işlenmesinin önlenmesi hedeflenmez. Cezanın uygulanması zaten bir amaç olup, ayrıca amaçlar aramak yersizdir. Bu teori açısından, cezada toplumsal bir fayda amaçlanmış değildir.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, (2001): 337.

<sup>19</sup> Cezanın amacına ilişkin görüşler, sadece Klasik Okul tarafından ileri sürülen bu teorilerle sınırlı değildir. Bunun dışında Pozitivist Okul, Üçüncü Yol Okulu, Yeni Sosyal Savunma Okulu vs. tarafından da cezanın amacına yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bununla birlikte mevzuatımızda kabul edilen yaklaşım dikkate alındığında burada sadece bu üç teoriye ilişkin açıklama yapılması yeterli görülmüştür. Diğer okullara ilişkin görüşler için bkz. Sulhi Dönmezer, “Pozitivist Nazariyede Cezai Mesuliyetin Esası”, *İstanbul Barosu Mecmuası*, 6, (1944): 349 vd.; Devrim Aydın, “Ceza Hukukunda Okullar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 6/15, (2011): 49 vd.; Pıralı Çağrı Şensoy, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler 5237 Sayılı TCK’nın Temel İlkeleri İle Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Hükümlerinin Yaklaşımı*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 67 vd.

<sup>20</sup> Mutlak adalet teorisine ilişkin tüm bu açıklamalar için bkz. Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 42, 91; Özgür Küçüktaşdemir “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 27/113 (2014) : 74; Şensoy, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler*, 42 vd.; Richard Honig, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, Çev. M. Yavuz Abadan, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2, (1936): 422 vd.; Oktay Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 27-28; Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, 337-340; Pınar Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

**Nisbî ceza teorisine** göre ise cezalandırma bir amaç olarak değil, araç olarak ele alınmalıdır ve bu amaç müstakbel suçların önüne geçilmesi ile toplumsal faydanın sağlanmasıdır. Ceza, suçlu üstündeki önleme etkisi ile suçluyu (özel önleme), toplumu oluşturan bireyler üstündeki etkisiyle de toplumu suç işlemekten alıkoyacaktır (genel önleme).<sup>21</sup> Genel önleme, suçlunun cezalandırılmasıyla diğer vatandaşların korkutulması, diğer vatandaşlara suç işlerlerse aynı cezaya çarptırılacakları korkusu verip sosyopsikolojik bir tesir yaratarak potansiyel suçluların suçtan caydırılmasını amaçlar.<sup>22</sup> Özel önleme ise suç işlemiş failin başka suçları işlemesini engellemeyi amaçlamaktadır. Buna göre ceza, suç işleyen kişinin toplum bakımından zararsız hale getirilmesini amaçlamalıdır. Ceza, suçluyu ıslah etmek suretiyle, suç işlemesine engel olmalıdır. Islah olmuş biçimde topluma yeniden kazandırılan kişi, yeniden topluma karıştığında cezasından ders alacak ve aynı fiili tekrar işlemeyecektir.<sup>23</sup>

Bugün hâkim olan görüş, klasik okulun son teorisi olan **karma teoridir**. Karma teori mutlak adalet teorisi ile toplumsal fayda teorisinin diyalektiğidir. Bu itibarla cezalandırmanın meşruiyetini hem adalette hem de faydada bulmaktadırlar. Karma teoride ceza hem mutlak adalet teorisi gibi bireye odaklanmakta hem de nisbî teori gibi toplumu önemsemektedir. Bu teoriye göre ceza, kefaret amacını taşımalıdır; bu amaç bir kenara bırakılamaz.

---

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 16/Özel Sayı (2014): 4919-4922; Zafer, *Ceza Hukuku*, 6.

<sup>21</sup> Nisbî teoriye ilişkin bu açıklamalar için bkz. Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 28; Mustafa Güven, “Nasıl Bir İnfaz Sistemi”, *Yargıtay Dergisi*, 19/1-2 (1993): 57; Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 42,92; Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, 4922, 4930-4932; Zafer, *Ceza Hukuku*, 6; Honig, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair” 417; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 60, Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953) 29.

<sup>22</sup> Genel önleme amacına ilişkin bu açıklamalar için bkz. Özbek, *İnfaz Hukuku*, 44, 93; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 32; Yasemin Işıktaç “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 71/1 (2013): 627; Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku” 59; Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi” 345-347; Demirbaş, *Ceza Hukuku*, 62.

<sup>23</sup> Özel önleme amacına ilişkin bu açıklamalar için bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku*, 62; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 44, 93; Işıktaç, “Ceza Adaleti” 627; Şensoy, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler*, 59; Honig, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, 418-420; Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku” 61; Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, 4922-4924; Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, 341-345.

Cezanın insanileştirilmesi de bu amaçtan vazgeçmek için yeterli değildir. Bununla birlikte özel ve genel önleme de cezanın amacı olmalıdır. Failin ıslahı amacı, faili tekrar suç işlemekten korumaya yöneliktir. Cezanın başkalarına ibret teşkil etme özelliği ise genel önleme amacının gerçekleştirilmesi anlamındadır.<sup>24</sup>

**Kanun koyucunun yaklaşımına** gelince; TCK m. 3'te yer alan düzenlemede suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımın işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olacağı ifade edilmiş, 61. maddede ise cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar arasında “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı” ve “kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı” zikredilmiştir. Bununla birlikte TCK m. 1'de yer alan düzenlemede ceza kanununun amaçları arasında suç işlenmesinin önlenmesine açıkça yer verildiği görülmektedir. Yine 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun “İnfazda temel amaç” başlıklı 3. maddesi “*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suca karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır*” şeklindedir. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında kanun koyucu bakımından cezanın amacının “ödetme ve önleme” olduğu ve bu bağlamda karma görüşün kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Görüleceği üzere kanun koyucunun benimsediği yaklaşımda, **cezanın infazının sadece bir değil birden fazla amacı** mevcuttur. Öğretide de ifade edildiği üzere **bu durum, bu amaçları gerçekleştirecek birçok ceza türünün varlığını da gerektirmektedir.**<sup>25</sup> İşte TCK m. 50'de sayılan **seçenek yaptırımlar da bu amaca hizmet etmektedir.** Cezanın infazındaki temel amaçlardan birinin “**ıslah ve topluma yeniden kazandırma**” olduğu dikkate alındığında, hapis cezasına seçenek yaptırımların bulunması,

<sup>24</sup> Karma teoriye ilişkin bu açıklamalar için bkz. ; Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, 347-348; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 29-33; Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 94; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 64; Taner, *Ceza Hukuku* 32; Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, 89; Zafer, *Ceza Hukuku*, 6; Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, 4922; Şensoy, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler*, 66.

<sup>25</sup> Çetin, “Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar”, 8.

**cezaların bireyselleştirilmesine ve bu doğrultuda suçlunun ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması amacına doğrudan hizmet edecektir.**<sup>26</sup>

Bu amaca yönelik olarak özellikle de suç işleme tecrübesi bulunmayan bir tesadüfi suçlunun ceza infaz kurumuna konulmasının, **sair mahkumlarla girdiği etkileşim sonucunda suç işleme metotlarını öğrenmesine ve bulunduğu ortam itibarıyla işlemiş bulunduğu suçu kendi dünyasında normalleştirmesine** yol açabileceği, bunun da **cezanın ıslah amacıyla bağdaşmayacak** sonuçlar doğuracağı ileri sürülmekte olup; bu tür suçluların toplumun içerisinde ona olumlu anlamda örnek olacak ve tavsiyelerde bulunacak bireylerin içerisinde cezasının infaz edilmesinin, **cezaevinin bu olumsuz etkilerini ortadan kaldıracağı** isabetli olarak ifade edilmektedir.<sup>27</sup> Burada, diğer haksızlıklara kıyasen “daha hafif” nitelikteki haksızlıkları işleyen bir kişiyi işlediği fiile karşılık kanunda öngörülen hapis cezasının infazı için cezaevine göndermek yerine, ona yönelik alternatif yaptırımlar tatbik etmek suretiyle onu bu hapis cezasının infazının olumsuz etkilerinden korumak söz konusudur.<sup>28</sup>

Yine bir birey için **kişiliğini olgunlaştırma**, asli vazife olarak nitelendirildiğinde, cezanın infazının duvarlarla çevrili cezaevinde değil de toplumun içerisinde çektirilmesi, cezanın amacıyla da paralellik arz edecek,<sup>29</sup> bunun yanında cezanın toplum içerisinde çektirilmesi, toplum nezdinde “**cezaevine girmiş-çıkışmış**” olmanın **bu kişi üzerinde yaratacağı olumsuz sonuçlara** da sebebiyet vermeyecektir.<sup>30</sup>

**Özetle;** hapis cezasına seçenek yaptırımlar, bir bireyselleştirme aracı olarak, cezanın ıslah ve yeniden topluma kazandırma amacına hizmet eden ve suçluyu cezaevinin olumsuz etkilerine maruz kalmasını engellemeyi amaçlayan bir niteliğe sahiptir.

<sup>26</sup> Zafer, *Ceza Hukuku*, 359; Fatih Selami Mahmutoglu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 1247; Çetin, “Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar”, 43.

<sup>27</sup> Maden, “Hapis Cezası”, 67; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Turhan Kitabevi, 2007) 864 vd.

<sup>28</sup> Maden, “Hapis Cezası”, 75.

<sup>29</sup> Maden, “Hapis Cezası”, 64-65.

<sup>30</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku*, 864 vd.

## D. KOŞULLARI

Mahkemece hükmolunan cezanın TCK m. 50'de sayılan seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi için genel itibariyle şu hususlara dikkat edilmesi gerekir:

- İlk olarak hükmedilen sonuç cezanın, **kısa süreli hapis cezası** (TCK m. 49/2) yani bir yıl ya da daha az süreli hapis cezası olması gerekir. Bu koşulun istisnası TCK m. 50/4'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre şayet basit taksirle işlenen bir suçun varlığı söz konusu ise, hükmolunan ceza bir yıldan daha fazla olsa bile seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilebilir.

- Ceza hukukunun yaptırımları “ceza” ve “güvenlik tedbiri”dir. Cezalar ise “hapis cezası” ve “adli para cezası”dır (TCK m. 45). Seçenek yaptırımlar, bu yaptırımlardan sadece “hapis cezasına” karşılık bir seçenek olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda **adli para cezası veya güvenlik tedbirine hükmolunan bir sanık hakkında**, seçenek yaptırımların tatbiki mümkün değildir.

- Seçenek yaptırımlara çevirme, ceza vermekteki amaca ulaşılmasını sağlayan cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından birisidir.<sup>31</sup> Bu bağlamda seçenek yaptırıma çevirirken, tercih edilen seçenek yaptırımın, **bireyselleştirme amacına hizmet etmesi** gerekir.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Zafer, *Ceza Hukuku*, 359.

<sup>32</sup> “...bb- Kısa süreli hapis cezalarının TCK'nın 50/1. maddesinin d bendinde sözü edilen "belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma" seçenek yaptırımına çevrilebilmesi için çevrilen seçenek yaptırımın işlenen suçla bir şekilde bağlantılı olması, başka deyişle suç işlemeye yönelen sosyal, psikolojik veya çevresel etkenlerle sanık arasındaki bağı ortadan kaldırarak yeniden suç işlemesini önlemeye yönelik yasal amacın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Nitekim Resmi Gazete'nin 18.04.2007 tarih ve 26497 sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 38/3. maddesi uyarınca belirli yerler ve etkinlikler; "sanık veya hükümlünün suç işlemesinde, suça yönelmesinde veya zararlı alışkanlıklar edinmesinde ya da bağımlılık yapan maddeler kullanmasında; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da sanık veya hükümlünün yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler veya etkinliklerdir." biçiminde tanımlanmıştır.

İncelenen dosyada, suça sürüklenen çocuklara işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarından dolayı hükmedilen 10 ay hapis cezasının işlenen suçla bağlantısı olmayacak ise yukarıda açıklanan amaçlarla bağdaşmayacak şekilde, TCK'nın 50/1-d maddesi uyarınca 5 ay süreyle pazar yerlerine gitmekten yasaklanma cezasına çevrilmesine karar verilmesi...”, Y22.CD, 15.09.2015, E. 2015/3883, K.2015/4326, Erişim Tarihi: Temmuz 05, 2023, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr).

- Mahkeme, sanık hakkındaki hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirip çevirmeme hususunda **takdir yetkisine** sahiptir. Hâkim bu takdir yetkisini; suçlunun kişiliğini, sosyal ve ekonomik durumunu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve suçun islenmesindeki özellikleri dikkate alarak kullanacaktır.

- Şayet işlenen suçun niteliğine, failin durumuna veya yargılamanın özelliğine dayalı olarak mevzuatımızda **“seçenek yaptırıma çevirme” yasağı** bulunuyorsa, bu durumda TCK m. 50’de sayılan koşullar mevcut olsa bile sanık hakkında bu madde hükmü uygulanamayacaktır (Örn. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231/7).

- Sanığın sabikasının olup olmaması, 50. maddenin tatbiki bakımından bir koşul olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte **hâkimin takdirine dayalı olan seçenek yaptırımlara çevirme**, şayet daha önceden hapis cezasına mahkumiyetten sabıkası bulunmayan sanık hakkında hükmolunan ceza otuz gün ve daha az süreli hapis cezasıysa veya daha önceden hapis cezasına mahkumiyetten sabıkası bulunmayan sanık fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunmaktaysa, **hâkimin takdirine bırakılmamış olup zorunlu kılınmıştır** (TCK m. 50/3).<sup>33</sup>

- Mahkeme, TCK m. 50’de sayılan seçenek yaptırımlardan hangisinin tercih edileceği hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte şayet **suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörülmuş ve sanık hakkında hapis cezasına hükmedilmişse**, bu ceza artık TCK m. 50’de sayılan seçenek yaptırımlardan olan adli para cezasına çevrilemeyecektir (TCK m. 50/2). Bununla birlikte elbette ki bu durumda mahkemenin, hükmettiği hapis cezasını, TCK m. 50’de sayılan sair seçenek yaptırımlardan birine çevirmesi mümkündür.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> “...3- ) Suç tarihinden önce adli sicil kaydı bulunmayan ve fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmadığı anlaşılan suça sürüklenen çocuk hakkında tayin edilen kısa süreli hapis cezasının, 5237 Sayılı TCK.nun 50/3. maddesi gereğince, TCK.nun 50/1. maddesindeki seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,...”, Y8.CD, 10.12.2018, E. 2018/5155, K.2018/14751; Benzer nitelikte Y2.CD, 13.04.2021, E. 2020/20936,K. 2021/8166, Erişim Tarihi: Temmuz 05, 2023 <https://lib.kazanci.com.tr>.

<sup>34</sup> “...2- Mala zarar verme suçunun seçimlik ceza öngördüğü de dikkate alınarak, 5237 sayılı TCK’nın 50/2. maddesine göre, suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmeyeceğinin belirtildiği, aynı Kanun’un 50/3. maddesine göre de, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanların mahkum

- Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımın infaz edilmesi halinde **asıl mahkûmiyet**, hapis cezası değil seçenek yaptırımdır (TCK m. 50/5).

- Seçenek yaptırıma çevrilen cezaya ilişkin hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde **seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde**, infaz hâkimliği kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle **yerine getirilememesi durumunda** ise infaz hâkimliğince tedbir değiştirilir (TCK m. 50/6-7). Ancak çevrilen ve fakat süresinde infaz edilmeyen seçenek yaptırım adli para cezası ise, bu ceza tekrardan hapis cezasına çevrilemeyecek ve CGTİHK'nın adli para cezasının infazına ilişkin hükümleri (m. 106) uygulanacaktır.

### III. BİR SEÇENEK YAPTIRIM OLARAK “KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRILMA”

#### A. GENEL OLARAK

**TCK m. 50/1'de** sayılan seçenek yaptırımlardan bir tanesi de *kamuya yararlı bir işte çalıştırılmadır* (m. 50/1-f). Düzenlemede, gönüllü olması şartıyla sanığın, mahkûm edildiği kısa süreli hapis cezasının yarısından bir katına kadar süreyle **kamuya yararlı bir işte çalıştırılabileceği öngörülmektedir.**

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma, sadece ülkemizde değil **diğer birçok modern hukuk sisteminde** öngörülen bir yaptırım olup; söz konusu yaptırımın Eski Yunan, Mısır, Roma ve Osmanlı hukuk sistemlerinde de uygulandığı görülmektedir.<sup>35</sup>

*edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrileceğinin hüküm altına alındığı dikkate alınarak, suçta sürüklenen çocuk hakkında somut olayda, hapis cezası tercih edildikten sonra, belirtilen hükümler çerçevesinde, tayin olunan kısa süreli hapis cezasının, aynı maddenin birinci fıkrasında yazılı adli para cezası dışında diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...*”, Y15. CD, 11.02.2015, E.2013/32764, K.2015/15229, Erişim Tarihi: Temmuz 05, 2023, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net).

<sup>35</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz. Musa Kaya, “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/3, (2016): 259 vd.; Kaya Göktepe, “Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 37, (2019):228 vd.; Ayvaz, Cebre, “Kamuya YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



Bu seçenek yaptırımın tatbik edilmesiyle güdülen amaç; **kısa süreli hapis cezasına çarptırılan suç işleyen kişinin bu hapis cezasının olumsuz etkilerinden korunması, iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasıdır.**<sup>36</sup> Kişi, kamuya yararlı bir işte ücretsiz<sup>37</sup> çalışmak suretiyle **topluma verdiği zararı geri ödeyecektir.**<sup>38</sup> Nitekim bu husus, Denetimli Serbestlik Hizmetler Yönetmeliğinde (DSHY)<sup>39</sup> şu şekilde ifade edilmiştir: “*Kamuya yararlı bir işte çalıştırma; toplumsal katılım ile hükümlünün iyileştirilmesini ve topluma kazandırılmasını amaçlayan, hükümlünün topluma verdiği zararı kamu hizmetinde ücretsiz çalışarak geri ödemesini ve bu şekilde kamu düzeninin sağlanmasını esas alan bir seçenek yaptırımdır*”, (DSHY m. 65/1).

Yararlı Bir İşte Çalışma Yaptırımı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 10, (2012): 699 vd.; Mustafa Ruhan Erdem, “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, (2001): 210 vd; Burhan Alıcı, “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV/3, (2011): 140 vd.; Füsun Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Yargı Reformu Özel Sayısı/10, (1996):684 vd.

<sup>36</sup> Dönmezer ve Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 4; Vehbi Kadri Kamer, “5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma”, *Adalet Dergisi*, 33, (2008), 43; Nursal ve Ataç, *Denetimli Serbestlik*, 386.

<sup>37</sup> Öğretide, kamuya yararlı bir işte çalıştırma sonucu ücret verilmesinin çoğu hükümlü için cezadan çok mükafat olacağı; hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalıştırılması topluma verdiği zararı karşılamaya yönelik olduğu için ücret ödenmemesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Hüseyin İnce, *Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar*, (Ankara: Seçkin 2007) 204.

<sup>38</sup> Dönmezer ve Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 4; Alıcı, “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, 132; Haluk Çolak ve Uğur Altun “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 67, (2006): 213; Kamer, “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma”, 43.

<sup>39</sup> RG.10.11.2021, S.31655.

Bu seçenek yaptırımın “**gönüllü olma**” şartına bağlı kılınması,<sup>40</sup> bu yaptırımın, sanık hakkında hükmolunan **hapis cezasına ikame niteliğindeki bir ceza hukuku yaptırımı** olma niteliğini değiştirmemektedir.<sup>41</sup>

5237 sayılı TCK m. 50’de düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalıştırılma; suç işleyen bir kişi hakkında hükmedilen hapis cezasına ikame yaptırım niteliğinde olan, cezanın ıslah ve ödetme amacına hizmet eden, verilen cezanın toplum içerisinde çektirilmesini sağlayan, gönüllülük koşuluna dayalı, ücrete dayalı olmayan bir seçenek yaptırım niteliğinde olup; bu nitelikleri gereği, **mevzuatımızın muhtelif maddelerinde yer alan suç işleyen kişinin çalıştırılmasına ilişkin sair düzenlemelerden** (örn. 5237 sayılı TCK m. 51/4-b; 5271 sayılı CMK m. 231/8-b; 5271 sayılı CGTİHK m. 105/4, 107/7) **farklıdır.**

Söz konusu seçenek yaptırımın infazı, **denetimli serbestlik müdürlüğünce** yerine getirilmektedir (DSHY m. 62/2). İnfazın ne şekilde gerçekleştirileceği, Yönetmeliğin 50, 51, 52 ve 65. maddesinde belirtilmiştir.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> “...Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesinde, gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte ücret ödenmeksizin çalıştırılmaya karar verilebileceği belirtilmesine rağmen, sanığın rızası da alınmadan yazılı şekilde sanığın Emet Belediyesi'nde ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilmesi...”, Y8. CD, 05.10.2006, E.2006/1616, K.2006/16026, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>41</sup> Çetin, “Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar”, 207; Bu seçenek yaptırımın gönüllü olma şartına dayalı olması, cezanın amacına daha çok hizmet etmesini sağlayacaktır. Nitekim öğretilerde de bu seçenek yaptırımın gönüllülük esasına dayalı olmasının, hükümlünün rehabilitasyonunun başarısına hizmet edeceği ifade edilmiştir. Bkz. Alıcı, “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, 147; Roxın Claus, “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?”, içinde Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, ed. ve çev. Yener Ünver, (Ankara 66: Seçkin Yayıncılık, 2006); Bu hususta ayrıca bkz. Nursal ve Ataç, *Denetimli Serbestlik*, 385 vd.

<sup>42</sup> *İş birliği protokolü*

*MADDE 50 – (1) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılma ile gözetim altında ücret karşılığında çalıştırılma yükümlülükleri kapsamında yükümlü çalıştıracak olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu yararına hizmet üreten özel kuruluşlarla, yükümlünün çalıştırılması, çalışılacak işin nitelikleri, çalışma süresinin belirlenmesi ve diğer hususlarla ilgili protokol imzalanır. İş birliği protokolünü müdür ile kurum yetkilisi imzalar.*

*(2) İş birliği protokolünde; kurumun adı, hizmetlerin türü, çalışma saatlerinin müdürlük ve kurumun ortak kararı ile belirleneceği, takip çizelgesinin iş yerindeki yükümlünün çalışmasından sorumlu kişi tarafından doldurulacağı, protokolün yürürlük süresi, protokolün sona ereceği haller, cinsiyet ve çocuk/yetişkin ayrımı da dikkate alınarak çalıştırılabilecek yükümlü sayısı, iş yerinin yükümlüye veya çocuğa iş güvenliği ve sağlığı ile işin yapılması için gerekli olan araç ve gereçleri sağlayacağı, işveren ve diğer çalışanlar* YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

tarafından yükümlünün insan haklarına ve kişilik haklarına saygı gösterileceği gibi bilgiler yer alır.

(3) Denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından muhtaç durumda olduğu tespit edilen yükümlülerin, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılma yükümlülüğünü yerine getirirken mutad vasıta ile yaptıkları yol giderleri müdürlük bütçesinden, işe giderleri ise çalıştırıldıkları kurum bütçesinden ilgili mevzuat hükümleri kapsamında karşılanabilir. Bu husus, iş birliği yapılacak kurum ile görüşülür ve iş birliği protokolünde belirtilir.

*Hizmetler listesi*

MADDE 51 – (1) Hizmetler listesi; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu yararına hizmet üreten özel kuruluşların, yükümlüleri hangi işlerde ne kadar süreyle çalıştırabileceklerine dair bilgilerin bulunduğu listedir.

(2) Hizmetler listesi kamu kurum ve kuruluşları ile kamu yararına hizmet üreten özel kuruluşların yetkilileriyle görüşmeler yapılarak hazırlanır. Yükümlülerin toplum içinde kamuya yararlı işlerde çalıştırılmasıyla ilgili olarak kurum yetkilileri bilgilendirilir.

(3) Hizmetler listesinde; çalışmanın yapılacağı yerleşim yeri, işin türü, çalışmanın sürekli olup olmadığı, çalışma saatleri ile çalışma süresine ilişkin bilgiler yer alır. Hizmetler listesinde kurumun adı belirtilmez.

(4) Hizmetler listesi, her yıl Ocak ayının ikinci haftasına kadar yargı çevresindeki ilgili kurumlardan hükümlüleri ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alınarak oluşturulur.

*Çalışma protokolü*

MADDE 52 – (1) Hakkında kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılma yükümlülüğü veya gözetim altında ücret karşılığında çalıştırılma yükümlülüğü verilen yükümlülerin kurumda işe başlatılmalarından önce müdürlüğün, iş yerinin ve yükümlünün görev ve sorumluluklarının yer aldığı çalışma protokolü, denetimli serbestlik personeli, yükümlü ile iş yeri temsilcisi arasında imzalanır.

(2) Çalışma protokolünde; yükümlünün çalıştırılacağı işin türü, mahiyeti ve süresi, uyması gereken güvenlik tedbirleri, yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda yapılacak işlemler, iş yerinde kime karşı sorumlu olduğu, iş güvenliği ve sağlığı için gerekli önlemlerin işveren tarafından alınacağı gibi bilgiler yer alır.

(3) Gözetim altında çalışma protokolünde yukarıdaki bilgilere ek olarak iş, vergi ve sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin yükümlülüklerin işverenler tarafından yerine getirileceği, yükümlülere ücret ödeneceği bilgisine yer verilir.

(4) Çalışma protokolü, yükümlünün dosyasında saklanır.

*Kamuya yararlı bir işte çalıştırma*

MADDE 65 – (1) Kamuya yararlı bir işte çalıştırma; toplumsal katılım ile hükümlünün iyileştirilmesini ve topluma kazandırılmasını amaçlayan, hükümlünün topluma verdiği zararı kamu hizmetinde ücretsiz çalışarak geri ödemesini ve bu şekilde kamu düzeninin sağlanmasını esas alan bir seçenek yaptırımdır.

(2) Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, kamu kurum veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşta yerine getirilir. Çalıştırılacak iş belirlenirken; hükümlünün iyileştirilmesi, kamuya verilen zararın ödetilmesi, hükümlünün becerileri, mağdurun ve toplumun güvenliği ve çalışmanın ceza niteliğinde olduğu dikkate alınır. Çalıştırılacak gün ve saatler, hükümlünün işi, aile yaşamı veya eğitimi dikkate alınarak belirlenir.

Yönetmeliğe göre çalıştırılacak iş belirlenirken; hükümlünün iyileştirilmesi, kamuya verilen zararın ödetilmesi, hükümlünün becerileri<sup>43</sup>, mağdurun ve toplumun güvenliği ve **çalışmanın ceza niteliğinde olduğunun**<sup>44</sup> dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır (DSHY m. 65/1).

Söz konusu Yönetmeliğin 65. maddesinde, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın, **kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşta** yerine getirileceği ifade edilmiştir (DSHY m. 65/1). Öğretide bu seçenek yaptırıma; taksirle işlenen bir trafik suçu karşılığında trafik kazası mağdurlarının tedavi edildiği bir hastanede çalıştırma<sup>45</sup>, okuma yazma

(3) Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında iki saat çalışma bir gün sayılır. Hükümlü günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on dört, en çok kırk saat çalıştırılır. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazı, toplam ceza süresinin iki katını geçemez.

(4) Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının yerine getirilmesinde; hükümlünün durumu, çalıştırılacağı kurum ya da kuruluş haricinde kimseyle paylaşılamaz. Kurum ya da kuruluş yetkilileri, hükümlünün işa olmaması ve dışlanmaması için suç bilgilerini diğer çalışan ve kişiler ile paylaşamaz. Bu konuda kurum ya da kuruluş yetkilileri bilgilendirilir.

(5) Suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında hükümlünün çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınır. Hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenir. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilir.

(6) Hükümlüler, bireysel olarak veya bir görevlinin nezaretinde grup halinde çalıştırılabilirler. Hükümlülerin grup halinde çalıştırılması durumunda, çalışma yapılan yerde veya grupların başında denetim bürosunda görevli yeteri kadar denetimli serbestlik memuru bulundurulabilir.

(7) Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı yerine getirilirken hükümlülerin, Genel Müdürlük tarafından belirlenen reflektör yeleği giymeleri sağlanır.

<sup>43</sup> Örneğin sürücü ehliyeti olmayan bir kişinin bir kamu kurumunda şoför olarak çalıştırılmayacağı gibi. Bu hususta ayrıca bkz. Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004), 197.

<sup>44</sup> "...günümüz dünyasında çok değerli olan kişinin vaktinin, normal çalışılan ve okula gidilen saatler dışında alınması bir nevi ceza olarak karşımıza çıkmaktadır", Alıcı, "Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası", 132; "Ortada, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak getirilen cezaların veya kanunun ifadesiyle yaptırımların cebriliğini gideren bir durum bulunmamaktadır", Zeki Hafızoğulları, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", *Ankara Barosu Dergisi*, 65/1, (2007): 81; Öğretide Maden'e göre de kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı, "ceza" olarak görülme elverişli bir yaptırımdır Maden, "Hapis Cezası", 104; Öğretide İnce de bu seçenek yaptırımın ceza niteliğinde olduğunu ifade etmektedir İnce, *Kısa Süreli*, 172.

<sup>45</sup> Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 4.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

öğreten bir kursta öğretici olarak görev yaptırma<sup>46</sup>, ağaç diktirme, kamu kurumunda temizlik işinde çalıştırma<sup>47</sup>, yol bakımı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait binaların boyanması ya da onarımı, bahçe düzenlemesi, park ve bahçe temizliği<sup>48</sup> vb. örnekler verildiği görülmektedir.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırıma çevrilen cezaya ilişkin hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine **başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde**, infaz hakimliği kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün **elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda** ise infaz hakimliğince tedbir değiştirilir (TCK m. 50/6-7).

## **B. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR HAKKINDA UYGULANMASI**

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımı, yetişkin suçlular hakkında uygulanabileceği gibi **ceza sorumluluğu bulunan suçta sürüklenen çocuklar hakkında da uygulanabilir**. Bu husus, DSHY m. 65/5'te yer alan düzenlemede de açıkça belirtilmiştir: “*Suçta sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında hükümlünün çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınır. Hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenir. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilir*”.

Bununla birlikte bu çalışmanın konusunu teşkil etmesi hasebiyle burada, **suçta sürüklenen çocuklara bu seçenek yaptırımın tatbiki bakımından ceza hukuku mevzuatımızda herhangi bir asgari yaş sınırının öngörülüp öngörülmediğinin incelenmesi gerekmektedir**.

<sup>46</sup> Bkz. TCK m. 50 Gerekeşi, Cumhur Şahin ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, (Ankara: TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2007) 160 – 161.

<sup>47</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku*, 784.

<sup>48</sup> Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2010), 556.

Konuya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun incelendiğinde, bu hususta **herhangi bir asgari yaş sınırının öngörülmediği** anlaşılmaktadır.

18.04.2007 tarihinde yürürlüğe giren<sup>49</sup> Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının yerine getirilmesi” başlıklı 48. maddesinin 9. fıkrasına göre “**Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalışması yasaktır. Ancak böyle bir karar verilmişse, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerine; eğitimini sürdürenler ise okullarına devamına engel olmayan, hafif işlerde çalışabilir. Bu konuda 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 71, 85 ve 87 nci madde hükümleri uygulanır**”. Görüleceği üzere söz konusu Yönetmelikte, **kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımının 15 yaşından küçük çocuklar hakkında tatbik edilemeyeceği açıkça öngörülmüştür**. Bununla birlikte bu Yönetmelik, 05.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren<sup>50</sup> Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği ile **mülga** olmuştur.

05.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin “Kamu hizmeti cezası” başlıklı 66. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında ise ceza sorumluluğu olan çocuklara bu yaptırımın tatbiki bakımından **herhangi bir asgari yaş sınırının belirtilmediği** görülmektedir.<sup>51</sup> Bununla bu Yönetmelik de 10.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren<sup>52</sup> Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği ile **mülga** olmuştur.

**Şu anda yürürlükte olan** 10.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma” başlıklı 65. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında da ceza sorumluluğu

<sup>49</sup> RG.18.04.2007, S.26497.

<sup>50</sup> RG.05.03.2013, S.28578.

<sup>51</sup> Madde 66/5: “Suça sürüklenen çocuklar hakkında kamu hizmeti cezası kararı verilmişse, kamu hizmeti cezasının infazında hükümlünün çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınır. Hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenir. On sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar çalışılan her iki saat bir gün sayılır. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilir”.

<sup>52</sup> RG.10.11.2021, S.31655.

olan çocuklara **bu yaptırımın tatbiki bakımından herhangi bir asgari yaş sınırının belirtilmediği** görülmektedir.<sup>53</sup>

Ceza mevzuatımızdaki düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte **uygulamada Yargıtay’ın**, 12-15 yaş grubundaki suça sürüklenen çocuk hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının, TCK m. 50/1-f’de belirtilen “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” seçenek yaptırımına çevrilemeyeceğini, zira bunun, 4857 sayılı İş Kanunu m. 71’deki düzenlemeye (On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır) aykırılık teşkil edeceğini kabul etmektedir.

“...4-) Suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükümde; 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesi dikkate alındığında 12-15 yaş aralığında olan suça sürüklenen çocuk hakkında gönüllü de olsa kamuya yararlı işte çalışma seçenek yaptırımına hükmedilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...”, (Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 09.05.2018, E. 2016/5927 K. 2018/6688 T.) <https://lib.kazanci.com.tr>.

\*\*\*

“...1- Suç tarihinde 14 yaşını ikmal etmemiş suça sürüklenen çocuğa hükmolunan kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın 4857 sayılı İş Yasasının 71/1. maddesine aykırı biçimde 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesinde düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımına dönüştürülmesi,

2- 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 11 ve 5237 sayılı TCK'nın 31. maddeleri uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin; 12 yaşını doldurmamış çocuklar ile aynı maddenin ikinci fıkrasına göre işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş 12-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında uygulanması olanağının bulunduğu gözetilmeyerek, ceza sorumluluğu bulunan suça sürüklenen çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 5/1-a, b, c. maddesi uyarınca danışmanlık, eğitim ve sağlık tedbirine hükmolunması,

<sup>53</sup> Madde 65/5: “Suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında hükümlünün çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınır. Hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenir. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilir”.

### 3- Kabule göre de;

*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesinde, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımına karar verilebileceği belirtilmesine rağmen, suçta sürüklenen çocuktan gönüllü olup olmadığı sorulmadan ve çalışma süresi belirlenmeden yazılı şekilde karar verilmesi,...”, (Y13.CD, 06.11.2012, E. 2012/1350, K. 2012/23115)*

Az önce de ifade ettiğimiz üzere ceza sorumluluğu bulunan çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımının tatbiki bakımından **ceza hukuku mevzuatımızda herhangi bir asgari yaş sınırı öngörülmemektedir**. Ceza hukuku mevzuatımızda bu husustaki tek düzenleme 18.04.2007 tarihinde yürürlüğe giren<sup>54</sup> Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının yerine getirilmesi” başlıklı 48. maddesinin 9. fıkrası olmakla birlikte bu düzenleme de 05.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren<sup>55</sup> Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği ile **mülga** olmuştur. **Bu bağlamda 12-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında bu seçenek yaptırımın uygulanmasında ceza hukuku mevzuatı bakımından bir engel bulunmamaktadır**. Nitekim Yargıtay’ın da ceza sorumluluğu bulunan 12-15 yaş grubundaki suçta sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımının tatbik edilemeyeceğini kabul etmesine gerekçe olarak ceza hukuku mevzuatını değil, **4857 sayılı İş Kanunu m. 71/1’de yer alan düzenlemeyi (On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır)** gösterdiği görülmektedir. Dolayısıyla çalışmanın bundan sonraki kısmında, Yargıtay’ın bu gerekçesi, iş hukuku bağlamında değerlendirilecektir.

## IV. ÇALIŞMA HAYATI VE ÇOCUK

### A. ÇOCUK KAVRAMI

Çocukluk, insanın doğumundan başlayarak, ergenlik dönemine kadar geçen süreçte toplumlara, kültürel ve sosyal çevreye, tarihe göre değişken yapıda olan, hayata karşı güçsüz ve savunmasız durumda bulunmaları

<sup>54</sup> RG.18.04.2007, S.26497.

<sup>55</sup> RG.05.03.2013, S.28578.

YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



nedeniyle özel korumayı gerektiren bir dönem olarak ifade edilebilir.<sup>56</sup> Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde çocukluk dönemi, bebeklik ile ergenlik arasındaki gelişme dönemi olarak belirtilmiştir.<sup>57</sup> Çocukluk döneminin insanın bedensel ve ruhsal olarak en etkili ve hızlı gelişimin gösterdiği dönem olması nedeniyle, çocuğun bu dönemde elde edeceği tüm kazanımları yetişkin bir birey olarak toplumdaki konumunda önem arz etmektedir.<sup>58</sup>

Gerek öğretilerde gerekse uluslararası ve ulusal mevzuatta çocuk kavramına ilişkin farklı tanımlamalar yer almaktadır. “*Kimli veya kimsesiz, varlıklı veya varlıksız, suçlu veya suçsuz, beden veya ruh yahut düşünce yönünden arızası olması veya olmaması gibi kişisel özellikleri ve nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın sağ ve tam doğduğu andan reşit olduğu ana kadarki devrede bulunan (insan yavrusu) gerçek kişi*”dir.<sup>59</sup> Başka bir tanımda ise, “*Yetişkin dünyasına bağımsız bir şekilde entegre olana kadar, fiziksel, ruhsal ve zihinsel gelişimleri açısından yetişkin korumasına ihtiyacı olan birey*”dir.<sup>60</sup>

Türk Medeni Kanunu’nun<sup>61</sup> 11. maddesinde **erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla** başladığı düzenlenmiştir. Devamındaki maddelerde de küçük olarak kastedilen kişiler on sekiz yaşın altındaki kişilerdir.<sup>62</sup> Bu durumda Medeni Kanun’a göre **çocukluk, doğumla başlayan, yasal olarak**

<sup>56</sup> Çocuk kavramına ilişkin detaylı bilgi için; Rana Serozan, *Çocuk Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 2; Barış Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 21; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel Sayı (2013): 481; Feriha Bilge Tanrıbilir, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011) 50.

<sup>57</sup> “Türkçe Sözlük”, *Türk Dil Kurumu*, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2023, <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>58</sup> Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, 23.

<sup>59</sup> Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968), 10.

<sup>60</sup> Gerry Rodgersi and Guy Standing, *Child Work, Poverty and Underdevelopment*, (International Labour Office, 1981), 160.

<sup>61</sup> RG.08.12.2001, S.24607.

<sup>62</sup> Türk Medeni Kanunu’nda çocuk ve küçük kavramları tanımlanmamıştır. Ancak çocuklarla ilgili birçok düzenleme mevcuttur. Tankut Centel, “Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, Kemal Oğuzman’a Armağan, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi*, (1997): 182-183; Remzi Demir, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/2, (2019): 274.

**ergin olma yaşı sayılan on sekiz ile biten dönem** denilebilecektir.<sup>63</sup> Çocuk Koruma Kanunu<sup>64</sup> 3/1-a maddesinde daha erken yaşta ergin olsa bile, **on sekiz yaşını doldurmamış kişi** çocuk olarak tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin<sup>65</sup> 1. maddesinde ise çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, **on sekiz yaşına kadar herkesin çocuk sayılacağını** kabul edilmiştir. Bu bağlamda Çocuk Koruma Kanununda yer alan **çocuk tanımının** Sözleşmeye göre daha kapsamlı olduğunu söylemek mümkündür.

Hukuksal olarak bebeklikten on sekiz yaş dönemini kapsayan süre küçük olarak tanımlanmakla birlikte, bu dönemde ihtiyaç, yetenek ve kapasite bakımında farklılıklar bulunduğundan çocuklar ve gençler olmak üzere gruplandırma yapılması gerekmektedir.<sup>66</sup> Nitekim uluslararası ve ulusal mevzuatta bu dönemlerin belirlenmesinde genel olarak **yaş kriteri** esas alınmış ve yaş gruplarına göre farklı yaptırımlar öngörülmüştür.<sup>67</sup> Bu yaş ayrımlarının başlangıç ve bitişine ilişkin ülkelerde farklı uygulamaların olması, çocuk ve gençlerin temel hukuki haklarının belirlenmesinde yeknesaklığı sağlamamaktadır.<sup>68</sup> Ülkelerde farklı yaş kriterinin belirlenmesinde kültür, toplumsal farklılıklar, eğitim, sosyal yaşam, geçim kaygısı gibi birçok sebebin etkili olduğu kanaatindeyiz.

## B. ÇOCUK İŞÇİ KAVRAMI

İnsanlık tarihi boyunca yoksul ailelerin çocukları başta olmak üzere çocuklar hep çalışmak zorunda kalmışlar, çocukların çalışması hayatın olağan akışı içinde normal karşılanmıştır.<sup>69</sup> Sanayi devrimi ile çocuk işçilerin çalışmaları farklı boyutlara ulaşmış, ucuz işgücü kabul edilen, güçsüz, itiraz

<sup>63</sup> Kanun evlenme ile ya da mahkeme kararı ile kazanılan reşit olma hariç reşit olma yaşını on sekiz yaşın tamamlanması olarak düzenlemiştir. Detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 69 vd.

<sup>64</sup> RG.15.07.2005, S.25876.

<sup>65</sup> “Çocuk Haklarında Dair Sözleşme”, *UNİCEF*, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme>.

<sup>66</sup> Kadriye Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından)*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), 81-82; Tanrıbilir, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, 50; İnan, *Çocuk Hukuku*, 4 vd.; Zakir Avşar ve Eren Ögütoğulları, “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği ile Mücadele Stratejileri”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2/1 (2012): 3 vd.

<sup>67</sup> Hande Bahar Aykaç “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 116 (2016): 338.

<sup>68</sup> Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, 82.

<sup>69</sup> Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, 2.

etmeyen çocuklar çalışan olarak tercih edilmiştir.<sup>70</sup> Dolayısıyla sanayi devrimi süreci ile daha belirgin şekilde çocuk işçi kavramının da ortaya çıktığı söylenebilecektir.<sup>71</sup> Yoksulluk, adaletsiz gelir dağılımı, ekonomik krizler, ailelerin çocuklarının kısa sürede meslek sahibi olmalarını istemeleri, yetişkinlere göre daha az maliyetli ve problemlili olmaları, düzensiz göçler, eğitimsizlik gibi etkenler çocuk işçiliğinin nedenleri arasında sayılabilecektir.<sup>72</sup>

Çocuk işçi sorunu tüm dünya için tehdit oluşturmakla birlikte, uluslararası kuruluşların çabaları neticesinde çocuklar son zamanlarda çalışma hayatında daha az yer almış, özellikle çocukların tehlikeli işlerde çalışmaları azalmıştır.<sup>73</sup> Özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü'nün çocuk işçiliğine karşı kabul ettiği sözleşmeler, tavsiye kararları ve eylem planları çocuk işçiliği

<sup>70</sup> Ünal Narmanlıoğlu, “İş Hukukunda Çocukların Korunması” Seyfullah Edis’e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, (2000): 670-671; Ercüment Özkaraca ve Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak Ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 20/1 (2014): 357; Fevzi Demir, “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/Özel Sayı (2010): 547 vd.; Adnan Tuğ ve Ulaş Baysal, “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan II, Editör, Doç. Dr. Süleyman Başterzi, (İstanbul: 2011), 1869; Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, 2-3.

<sup>71</sup> Çalışan çocuk ve gençlerin korunmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. İlke Gürsel, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 74 (2016): 415 vd.; Çocuk işçiliğinin sebeplerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ayşe Gül Kökkılınç, *Çocuk İşçinin İş İlişkisi* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2023), 2 vd.; Didem Yardımçioğlu, “Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Yeni Bir Adım: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Direktif Önerisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28/48 (2023): 227; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2020) 486; Mustafa Çöpoğlu, “Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14, (2018): 370 vd.; Gökçalp, “Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma”, 128; Avşar ve Öğütoğulları, “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği İle Mücadele Stratejileri”, 12; Salih Barışık, Tarık Ege ve Türker Şimşek, “Türkiye’de Çocuk İşçiliği ve Ekonomik Etkileri”, *C.Ü.İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 17/2, (2016):165 vd.; Cem Kılıç “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Uluslararası Programı-IPEC)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1-2, (2001): 52 vd.; Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, 26.

<sup>72</sup> Çocuk işçiliği tarihçesi ve sebeplerine ilişkin bkz. Levent Şahin, Geçmişten Günümüze Çocuk İşçiliği, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, II, (2012), 103-118, 104 vd.

<sup>73</sup> Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, 61.

sorununa yönelik ülkelerin gerekli düzenlemeleri yapmalarını zorunlu kılmıştır.<sup>74</sup>

Çalışan çocuk kavramı çocuk işçi ve çocuk çalışması kavramlarını içinde barındıran üst bir kavramdır. Çocuk çalışması ise, çocuğun eğitimi, fiziksel, zihinsel, duygusal, ahlaki ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkilemeyecek çalışmalar olarak ifade edilebilecektir.<sup>75</sup> Çocuk işçiliği okula alternatif olarak başkalarının menfaatine (aile haricinde) ücret karşılığında olurken, çocuk çalışması çoğunlukla okul eğitimi ile devam eden, bazen aile içinde olan, daha küçük boyutta ücretsiz yapılan çalışmalardır.<sup>76</sup>

Çocuk işçi, İş Kanununun iş sözleşmesi tanımına uygun olarak, **belirli bir yaşın altında bulunan (çocukluk döneminde) ve belli bir ücret karşılığında, işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getiren kişi** olarak tanımlanabilecektir.<sup>77</sup> Çalışan çocuklar, çalışma olarak kabul edilen faaliyetlerde bulunan, çocuk işçi kavramının da dahil olduğu birçok çalışma şeklinde yer almaktadırlar.<sup>78</sup> Çalışan çocuk ile çocuk işçi arasındaki en

<sup>74</sup> Benzer yönde Sürdürülebilir Kalkınma 2030 Gündemi hedefleri doğrultusunda, 2025 yılına kadar, tarımda çocuk işçiliğinin sona erdirilmesi, zorla çalıştırma, insan kaçakçılığı, modern kölelik gibi kötü durumlar öncelikli olmak üzere çocuk işçiliğinin önlenmesi ve sonlandırılmasına ilişkin eylemlerin artırılmasına dair bkz. Durban Call to Action on the Elimination of Child Labour, 5<sup>th</sup> Global Conference on the Elimination of Child Labour, Durban 15-20 May 2022, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2022 [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/genericdocument/wcms\\_845907.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/genericdocument/wcms_845907.pdf)

<sup>75</sup> Ertan Kahramanoğlu, *Türkiye’de Çalışan Çocuklar Sorunu ve Çözüm Yolları*, (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler Yüksekokulu ve Friedrich-Naumann Vakfı Yayınları, 1996), 7-8.

<sup>76</sup> Çöpöglü, “Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, 369.

<sup>77</sup> TİSK’e göre çocuk işçi “Sosyoekonomik konumları gereği esnaf ve sanatkârlar yanında, sanayi işkolunda, tarım sektöründe, marjinal çalışma alanında maddi kazanç elde etmek ya da meslek edinmek amacıyla üretime katılan 18 ve daha küçük yaştaki kimselerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Ceylan Aydın Uzun, *Çocuk İşçiliği, Sorular ve Yanıtlar*, (Ankara: Türk Metal Sendikası, Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları-63, 2020) 11; Ece Güneş Kara, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk İşçi Kavramı Ve Çocukların Korunması”, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019) 11, Erişim Tarihi: Nisan 04, 2023 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>; Sevda Berigel ve İlhan Eroğlu, “Türkiye’de Çocuk İşçiliğinin Dinamikleri”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Ekonomi & Siyaset Özel Sayısı (2019): 42; Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, 24.

<sup>78</sup> İncinur Büyüksungur, “Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçilerin Hakları” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022) 5, Erişim Tarihi: Nisan 04, 2023, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>; Çocuk kavramı ve bunun iş hukukundaki yansımaları için Bkz. Didem Yalçıntaş, “Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması”, (Yüksek Lisans Tezi, YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

önemli fark, çocuk işçilerin iş sözleşmesi ile işveren arasında bağ kurulmak suretiyle bağımlı bir iş ilişkisinin olmasıdır.<sup>79</sup> Çalışan çocukların çalışma amaçları da farklı olabilir. Örneğin çıraklık sözleşmesi ile bir meslek ve sanatın öğrenilmesi için çalışan kişilere çırak, bir meslek konusunda aldıkları teorik bilgiyi uygulama ile pekiştirmek için çalışan kişilere stajyer denilmektedir.<sup>80</sup> Çıraklık sözleşmesi ile çalışan çıraklar ve bir iş sözleşmesi olmaksızın eğitim amaçlı çalışan stajyerler işçi olarak kabul edilmeyecektir.<sup>81</sup> Çocuk çalışması ile çocuk işçiliğinin arasındaki temel fark ise, iş sözleşmesine dayanarak çalışma veya işverene bağımlı çalışmanın çocuk çalışmasında yer almamasıdır.<sup>82</sup>

4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>83</sup> 8/1. maddesinde iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Özellikle bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olduğu açıktır.<sup>84</sup> Asgari çalışma yaşına ilişkin İş Kanunu'nun kişiler bakımından uygulama alanına ve iş sözleşmesinin temel unsurlarına aşağıda yer verilecektir.

## V. ASGARİ ÇALIŞMA YAŞI BAKIMINDAN KORUNMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

### A. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Galatasaray Üniversitesi, 2018), 3 vd., Erişim Tarihi: Nisan 04, 2023, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

<sup>79</sup> Büyüksungur, “Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçilerin Hakları” 5.

<sup>80</sup> Çıraklık için detaylı bilgi için bkz. Fatih Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, (Konya: Mimoza Yayınları, 1994) 36-37; Stajyerlik konusunda detaylı bilgi için bkz. Sedef Koç Tangün, “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, *Sicil*, 40, (2018): 133 vd.

<sup>81</sup> Gökalp, “Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma” 128.

<sup>82</sup> Çöpoğlu, “Türkiye’de Çocuk İşçiliği” 369.

<sup>83</sup> RG.10.06.2003, S.25134.

<sup>84</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020) 225; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 7; Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, III/19, (2010): 63; Nuri Çelik, Nurşen Canıklıoğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuk Dersleri*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), 169 vd.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2017), 59 vd.; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 163 vd.

## 1. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi, 26 Eylül 1924 tarihinde imzalanan çocuk hakları konusunda uluslararası düzeyde ve çocukları koruyucu nitelikte olan ilk sözleşmedir.<sup>85</sup> Söz konusu bildirme bizzat Atatürk tarafından 1931 yılında onaylanarak ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Çocukların maddi ve manevi olarak korunması, beslenmesi, hastalık halinde tedavisi, istismara karşı önlemler alınması, felaket durumunda öncelikli yardım edilmesi gibi konularda yükümlülüklerin yer aldığı bir bildirmedir.<sup>86</sup>

Birleşmiş Milletler tarafından 17 Eylül 1956 tarihinde imzalanan, çocuk haklarına ilişkin ikinci önemli adım olan Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmesinde, özellikle kötü koşullarda olan çocuk işçiliğini engelleyici hükümler yer almaktadır.

Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, 20 Kasım 1959 tarihinde genişletilerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi kabul edilmiştir. Bildiride çocuk işçiliğine ilişkin önemli düzenlemeler yer almaktadır. Çalışmamızın konusuna ilişkin olarak çocukların asgari çalışma yaşı ile ilgili Bildirinin 9. maddesinde çocukların uygun bir minimum yaş sınırına ulaşmadan önce çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir. Böylece sözleşmeyi imzalayan ülkeler çocuklar için çalışma hayatında uygulanacak asgari çalışma yaşını ve şartlarını oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>87</sup>

20 Kasım 1989 tarihinde ise, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisinin temel ilkeleri esas alınarak, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi imzalanmış, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemizde ise 9 Aralık 1994'te onaylanarak 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>88</sup> Çocuklara ilişkin temel hakların yer aldığı Sözleşmede, çocuk işçiliğine ilişkin de düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle çocukların çalışmasında asgari yaş, çalışma süresi ve şartları hususlarında taraf ülkelerin gerekli önlemleri alması ifade edilmiştir.<sup>89</sup> Sözleşmenin 32. maddesinde çocuk işçiliğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, ancak asgari yaş

<sup>85</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku*, 23; Büyüksungur “Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçilerin Hakları” 26; Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, s.95.

<sup>86</sup> “Geneva Declaration of the Rights of the Child”, *United Nation Documents*, Erişim Tarihi: Nisan 24, 2023, <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

<sup>87</sup> Büyüksungur “Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçilerin Hakları”, 27; Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, 98.

<sup>88</sup> RG.22184, S.27.01.1995; 20 Kasım günü Çocuk Hakları Günü olarak kutlanmaktadır. “Çocuk Hakları”, *Vikipedia*, Erişim Tarihi: Nisan 04, 2023, [https://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk\\_hakları](https://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk_hakları).

<sup>89</sup> Büyüksungur “Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçilerin Hakları”, 29.  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

belirlenmesi yapılmamış, çocukların çalışmasına ilişkin asgari çalışma yaşının belirlenmesi taraf olan devletlere bırakılmıştır.

03 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinde de çocuk ve genç işçilerin korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Çalışmamızın konusu olan asgari yaş sınırına ilişkin Sözleşmenin 8. maddesinde çocuk işçiliğinin önlenmesine dair üye devletler tarafından asgari çalışma yaşı belirlenmesi zorunluluğu belirtilmiştir.

## **2. Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa Birliği Düzenlemeleri**

Avrupa Konseyi tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilen ve 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından bazı çekinceler konularak 1989 onaylanmıştır. Daha sonrasında Şartta bulunan eksikliklerin giderilmesi için 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı imzalanmış ve 1999 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>90</sup> Söz konusu Şartta akit devletlerin çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının on beş olmasını sağlama sorumlulukları bulunduğu belirtilmiştir.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 5547 sayılı Kanun ile 27 Eylül 2006 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır.

### **<sup>91</sup> Madde 7- Çocukların ve gençlerin korunması hakkı**

Akit Taraflar, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

- 1- Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15 olmasını sağlamayı;
- 2- Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı
- 3- Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;
- 4- 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;
- 5- Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;
- 6- Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;
- 7- 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;
- 8- 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı;
- 9- Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

9 Aralık 1989'da AB Konseyi tarafından kabul edilen Topluluk Çalışanlarının Temel Sosyal Hakları Şartı'nda genç kişilerin daha lehine olan kurallar saklı kalmak üzere, asgari çalışma yaşının, asgari okulu bitirme yaşının altında ve her durumda on beş yaşın altında olamayacağı belirtilmiştir.

### 3. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Düzenlemeleri

Birinci Dünya savaşından sonra yoksulluğun dünya barışını tehdit eden bir unsur olduğu düşünülmüş ve bunun sonucunda Versay Barış Antlaşmasıyla Milletler Cemiyetine bağlı olarak 1919 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü kurulmuştur.<sup>92</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaçları ve temel ilkeleri ILO Anayasasının<sup>93</sup> başlangıç kısmında ve 1944 yılında kabul edilen Philadelphia Bildirgesinde<sup>94</sup> belirtilmiştir. Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütüne 09.07.1932 tarihinde üye olmuştur.<sup>95</sup> ILO, Türkiye tarafından 27.05.1946 tarihinde onaylanmıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü, sosyal adaletin kurulması ve yoksulluğun önlenmesi, tam istihdamın sağlanması, hayat seviyesinin yükseltilmesi, ortak refahın sağlanması ve diğer çalışma koşullarına ilişkin gelişmelerden herkesin eşit şekilde yararlanması için ulusların bir araya gelerek çalışma yaşamının düzenlenmesinde iş birliği yapmaları amacıyla kurulmuştur.<sup>96</sup> Birleşmiş Milletler Kuruluşu olan Örgüt, çalışma hayatına ilişkin standartların oluşmasını amaçlamaktadır.<sup>97</sup>

10- Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı; taahhüt ederler. "Milletlerarası Andlaşma", *Resmî Gazete*, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>.

<sup>92</sup> Tankut Centel, *Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri*, (İstanbul: Mess Yayınları, 2004) 1 vd.

<sup>93</sup> ILO Anayasası 1919 yılında kabul edilmiş daha sonra 1922, 1945, 1946, 1953, 1962, 1972 ve 1997 yıllarında alınan kararlarla 7 kez tadil edilmiştir.

<sup>94</sup> Filadelfiya'da 26. toplantısını yapan Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaç ve hedefleri ve üyelerinin siyasetlerinden esinlenmiş ilkeler ile ilgili kabul etmiştir.

<sup>95</sup> Ali Güzel, *ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku*, (Ankara : İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1997), 33.

<sup>96</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 83; Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması*, 16.

<sup>97</sup> Kara, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Çocuk İşçi Kavramı ve Çocukların Korunması", 99-100.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



Örgütün çalışma hayatına ilişkin birçok normu bulunmakla birlikte çalışmamızın kapsamı asgari çalışma yaşı ile ilgili olduğundan, bu konuda önem arz eden ve Türkiye'nin onaylamış olduğu 138 No'lu Asgari Yaş Sözleşmesi ve 182 No'lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesine değineceğiz.<sup>98</sup>

a. 138 No'lu Asgari Yaş Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü, 6 Haziran 1973 tarihindeki toplantıda, istihdama kabulde asgari yaş konusunda yapılan bazı önerileri kabul ederek, **çocukların çalıştırılmasına tamamen son vermek amacıyla, sınırlı sayıdaki ekonomik sektöre uygulanabilen ve zamanla mevcutların yerine geçecek genel ve tek bir asgari yaş sınırı** kabul etmiştir.<sup>99</sup> Asgari yaşa ilişkin kapsamlı bir uluslararası tanım yapan Sözleşme, gelişmekte olan ülkeler için yenilikçi şekilde esnek ve aşamalı bir yöntem benimsemiştir.

Sözleşmenin 1. maddesinde üye ülkelerin, çocuk işçiliğini etkin bir şekilde ortadan kaldırmayı, istihdama ve çalışmaya kabul için asgari yaşın giderek gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanyacak bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika takip etmeyi kabul ettiğini belirtmiştir. Böylece **asıl amacın çocuk işçiliğinin kaldırılması olduğu belirtilmiş, taraf devletlerin asgari çalışma yaşının çocukların gelişimine uygun şekilde uygulamasını sağlamayı** hedeflemiştir. Sözleşmenin devamında 2. maddede ise **on beş yaştan aşağı olmamak üzere asgari çalışma yaşının zorunlu eğitimin bittiği yaş olarak belirtilmiş, ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan devletler için ise asgari yaşın on dört olabileceği** ifade edilmiştir.<sup>100</sup>

Sözleşmenin 3. maddesinde, **genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaş on sekizin altında olmayacağı** düzenlenmiştir. Ancak

<sup>98</sup> <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>, Erişim Tarihi, Temmuz,13,2023.

<sup>99</sup> “Türkiye Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri”, *Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı*, Erişim Tarihi: Temmuz 13, 2023, <https://www.csgb.gov.tr/media/1332/tuerkiye-tarafindan-onaylanan-ilo-soezlesmeleri.pdf>.

<sup>100</sup> Sözleşmede yer alan “Child Labour” kavramının Türkçe 'ye “Çocuk İşçi” olarak yanlış çevrildiği, çevirinin asıl karşılığının “Çalışan Çocuk” olması gerektiği, bu nedenle hem bağımlı hem de bağımsız çalışma ilişkisi için geçerli olduğuna dair bkz. Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, 95.

**ulusal mevzuat söz konusu genç kişilerin sağlığı, güvenliğinin ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşuluyla on altı yaşından itibaren istihdamlarına veya çalışmalarına izin verebileceği** belirtmiştir.

Sözleşmenin 4. maddesinde sınırlı istihdam ve çalışma kategorilerinin bu sözleşmenin uygulama alanı dışında tutulabileceği düzenlenmiştir. Devamında 5. maddede ise, ekonomisi ve idari yapısı yeterince gelişmemiş bir üye devletin başlangıç aşamasında bu sözleşmeyi sınırlayabileceğini, ancak Sözleşme hükümlerinin her hâlükârda “madencilik ve maden çıkarımı, imalat, inşaat, elektrik, gaz ve su, temizlik hizmetleri, ulaştırma, depolama ve haberleşme, düzenli olarak ücretli işçi istihdam etmeyen ve yerel tüketim amacıyla üretim yapan küçük ölçekli aile işletmeleri dışında kalan ticari amaçlı üretimde bulunan diğer tarım işletmeleri ve plantasyonlar” işleri için uygulanacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin 7. maddesinde, **ulusal mevzuat 13-15 arası yaşlardaki kişilerin, sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermesi ihtimali bulunmayan ve okula devamlarını, yetkili makamın onayladığı mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya derslerden yararlanmalarını engellemek koşuluyla hafif işlerde çalışmalarına veya istihdamlarına izin verilebileceği** düzenlenmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü, 138 Sayılı bu Sözleşmeyi kabul ettikten sonra 146 sayılı Asgari Çalışma Yaşına İlişkin 146 Sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir. Çocuk işçiliğinin etkin bir şekilde ortadan kaldırılması, istihdama kabul için asgari yaşın zamanla artırılması gerekliliğinden söz edilmiş, Sözleşmeyi onaylayan ülkelerin ulusal mevzuatlarında düzenlemeler yapma yükümlülükleri yeniden vurgulanmıştır.

b. 182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü 182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesini 17 Haziran 1999 tarihinde kabul etmiştir.<sup>101</sup> Türkiye söz konusu sözleşmeyi 25 Ocak 2001 tarihinde kabul etmiştir.<sup>102</sup> Sözleşmeyi onaylayan her üye ülkenin acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin

<sup>101</sup> “182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi”, ILO, Erişim Tarihi: Temmuz 14, 2023, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377311/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm).

<sup>102</sup> RG.03.02.2001, S.24307.

yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri alacağı belirtilmiştir. Bu **Sözleşmenin amaçları bakımından “çocuk” terimi on sekiz yaşın altındaki herkese uygulanacağı** düzenlenmiştir.

## B. ULUSAL DÜZENLEMELER

### 1. Anayasa

1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, sosyal ve ekonomik haklar başlığını taşıyan üçüncü bölümünde çalışma hayatı ile ilgili birçok hükme yer verilmiştir. Anayasanın 50. maddesinde yer alan “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*” hükmü ile çocukların yaşına uymayan işlerde çalıştırılmayacağı açıkça vurgulanmıştır. Ancak Anayasada açıkça çocukların çalışma yaşına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa hükmü gereğince Devletin küçüklerin çalışma hayatında özel olarak korunmasını sağlama ödevi bulunmaktadır.<sup>103</sup>

### 2. 4857 Sayılı İş Kanunu

İş Kanunu'nda en az çalışma yaşı 71. maddede “*On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış<sup>104</sup> olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimine devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimine devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin*

<sup>103</sup> Özkaraca ve Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar”, 364.

<sup>104</sup> 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3. maddesinde mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsadığı, 7. maddesinde İlköğretim; 1 inci maddede belirtilen amacı gerçekleştirmek için kurulmuş dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumu olduğu düzenlenmiştir. (RG 12.01.1961, S.10705)

*almak şartıyla çalıştırılabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.<sup>105</sup> İş Kanunu’nda çocuk işçi ve genç işçinin tanımı yapılmamış, yaş aralıkları belirtilmiştir.

Bu şekilde tanımlanan çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması sırasında uyulması gereken ilgili kanun hükümleri, uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeler ve ilgili yönetmelik hükümleri dikkate alınarak işyerinde adil ve makul koşullarda çalışma ortamının sağlanmasına katkı sağlamaktadır.<sup>106</sup>

Asgari çalışma yaşı ile ilgili diğer düzenlemeler, İş Kanunu m.53’de “*Ancak onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.*”; m.72’de “*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalıştırılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalışması yasaktır.*” ; m.73’de “*Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır.*” şeklindedir.

### 3. İş Kanunu Kapsamın Dışında

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>107</sup>, 854 sayılı Deniz İş Kanunu<sup>108</sup> ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu’nda<sup>109</sup> çocukların çalışmalarına ilişkin asgari yaş düzenlemesi bulunmamaktadır. Deniz iş hukuku bakımından, gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan ve Deniz İş Kanunu kapsamında olan gemiadamları<sup>110</sup> ilgili yönetmelikte<sup>111</sup> gemici olmak için on altı yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak (m 6/1-a), yağcı olmak için on altı yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak (m 16/1-a) şeklinde asgari yaşın on altı olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>105</sup> Başta Asgari Yaşa İlişkin 138 Nolu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi olmak üzere, uluslararası mevzuat ile uyumlu hale gelmiştir. Tankut Centel, “*Sekiz Yıllık Temel Eğitim ve Asgari Çalışma Yaşı*”, Turhan Esener’e Armağan, (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Türk Milli Komitesi, 2000) 293.

<sup>106</sup> Adil ve makul koşullarda çalışma ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ali Ekin, *Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013) 2 vd.

<sup>107</sup> RG.04.02.2011, S.27836.

<sup>108</sup> RG.29.04.1967, S.12586.

<sup>109</sup> Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, RG.20.06.1952, S.8140.

<sup>110</sup> Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere “gemiadamı” denir. (DİK. m.2/B)

<sup>111</sup> Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği, RG.10.02.2018, S.30328.

Türk Borçlar Kanunu’nda çalışanların yaşına ilişkin sadece yıllık ücretli izin süresinin belirlenmesinde on sekiz yaşından küçük işçilerin en az üç hafta ücretli yıllık izin haklarının olduğuna dair düzenleme bulunmaktadır (TBK m. 422). On sekiz yaş altı olarak belirtilmekle birlikte asgari çalışma yaşı belirtilmemiştir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun<sup>112</sup> “on iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnudur.” hükmü gereğince asgari çalışma yaşının on iki olduğu belirtilmiştir (Um. Hıf. K. m.173). Umumi Hıfzıssıhha Kanununun yaklaşık olarak doksan üç yıl önce kabul edilen bir kanun olması hasebiyle ulusal ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu olmadığını söylemek gerekmektedir.<sup>113</sup>

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda<sup>114</sup> ise çocuk işçi ve genç işçi kavramlarına yer verilmemiştir. Onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış olan çalışanlar genç çalışan olarak tanımlanmıştır (m. 3/e).<sup>115</sup>

<sup>112</sup> RG.06.05.1930, S.1489.

<sup>113</sup> En az çalışma yaşı olan 12 yaşın altındakilerin çocuk, 12-18 arasındaki kişilerin genç işçi olarak tanımlanması, yönünde görüş için bkz. Öz Seçer, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, *Legal İHSGHD*, 28, (2010): 1428; Umumi Hıfzıssıhha Kanununun güncel ulusal ve uluslararası düzenlemelere paralel hale getirilmesi gerekliliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, 229; Özkaraca ve Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak Ve Sınırlamalar”, 372; Anayasa’nın 90. Maddesi gereğince 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaş Sözleşmesi’nin tüm işçiler için uygulanmasının görüşüne ilişkin bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, 513; Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında söz konusu yaş sınırının uygun olmadığı yönünde bkz. Fuat Bayram, “AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, *Legal İHSGHD*, 13, (2007): 72.

<sup>114</sup> RG.30.06.2012, S.28339.

<sup>115</sup> Kanunun gerekçesinde mesleki eğitim dışında olan çocuk işçilerin istihdamının kısıtlanması amacı güdüldüğünden çocuk çalışan tanımına bilinçli olarak yer verilmediği, çocuk işçi için İş Kanununun getirdiği kısıtlamaları çerçevesinde çalışmaya izin verilen işlerde çalışanlarda bu Kanunun kapsamı dışında mütalaa edilemeyeceği, bunun yanında genç çalışan tanımının, daha önce İş Kanununda yer aldığı şekilde ve Avrupa Birliğinin 2 Haziran 1994 tarihli ve 94/33 sayılı Direktifine uygun düzenlendiği belirtilmiştir. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi*, Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2023. <https://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf>.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>116</sup> İş Kanunu'nun 71. maddesine dayanılarak hazırlanmış, İş Kanunu'nda tanımı yapılmamış olan çocuk işçi ve genç işçi kavramları 4. maddede "Tanımlar" başlığı altında açıkça tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre çocuk işçi, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişiyi; genç işçi ise 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişidir.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun<sup>117</sup> 12. maddesinde ise, kanunî istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçüklerin çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir.

## **VI. TÜRK CEZA KANUNU 50/1-f MADDESİNDE DÜZENLENEN KAMUYA YARARLI İŞTE ÇALIŞTIRMA SEÇENEĞİNİN 4857 SAYILI İŞ KANUNU BAĞLAMINDA ASGARİ ÇALIŞMA YAŞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. Genel Olarak**

İş hukuku kapsamında yer alan çocuk işçilerin asgari çalışma yaşına dair ulusal ve uluslararası düzenlemeler özellikle çocukların korunması bakımından önem arz etmektedir. Çocuk işçi kavramında da belirttiğimiz üzere, çocuk işçi ve çalışan çocuk kavramlarının ayrı düşünülmesi gerekmektedir. Çocuk işçi denildiğinde, iş sözleşmesinin temel unsurlarının var olduğu bir çalışma şekli akla gelmelidir. Çalışan çocuk kapsamına ise, iş ilişkisi olmadan yapılan çalışmalar dahil olabilecektir.

Türk Ceza Kanunu m. 50/1-f'de yer alan düzenlemede, kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının "kamuya yararlı bir işte çalıştırılma" seçenek yaptırımına çevrilebileceği öngörülmüştür. Yargıtay birçok kararında, söz konusu seçenek yaptırımın 12-15 yaş grubundaki çocuklar hakkında uygulanamayacağı yönünde görüş bildirmiş, 4857 sayılı İş Kanunu m. 71'deki düzenlemeye atıf yaparak on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğundan bahisle seçenek yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> RG.06.04.2004, S.25425.

<sup>117</sup> RG. 14.07.1934, S.2751.

<sup>118</sup> Y17.CD, 26.02.2020, E.2020/1378, K.2020/2856; Y17.CD, 26.06.2019, E.2019/7088, K.2019/9764; Y17.CD, 11.09.2018, E. 2018/71552, K.2018/10375; Y17.CD, 09.05.2018, E. YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

Söz konusu kararlarda gerek atıf yapılan Kanunun uygulama alanı bakımından, gerek kabul etmesi halinde kamuya yararlı bir işte çalıştırılacak olan 12-15 yaş grubundaki çocuğun çalışma esnasındaki statüsü bakımından hatalı değerlendirme yapıldığı kanaatindeyiz.

Çalışmamızın konusu olan Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen kamuya yararlı işte çalıştırma seçenek yaptırımının 12-15 yaş grubundaki çocuklara uygulanıp uygulanmayacağına tartışmasında, bu çocukların hukuki durumunu değerlendirmek gerekmektedir. Yargıtay kararlarında her ne kadar İş Kanunu 71. maddeye atıf yapılarak bu çocuklar, çocuk işçi gibi düşünülse de kamuya yararlı çalışmaların iş hukuku kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine dair temel konulara değinmek uygun olacaktır.

Öte yandan bu şekilde çalışan çocukların aslında “çalışan çocuk” şeklinde bile değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim bu çocukların çalışmak gibi bir amaçları olmadığı, kamuya yararlı bir iş olarak tanımlanan faaliyetin mahkeme tarafından hükmedilen cezanın karşılığı olduğu söylenebilecektir. Cezanın karşılığı olan çalışmanın çocuk tarafından yapılması halinde küçük boyutta ücretsiz yapılan, okul eğitimi ile devam edebilen, çocuğun fiziksel, zihinsel, duygusal, ahlaki ve sosyal gelişimine olumsuz etkisi olmayıp bilakis olumlu katkıları olan “çocuk çalışması” olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz.

## B. İş Sözleşmesinin Temel Unsurları Bakımından

İş Kanunu “Tanım ve Şekil” başlıklı m. 8/1 uyarınca “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. İş hukuku öğretisinde iş sözleşmesinin iş, ücret ve bağımlılık temel unsurları olarak kabul edilmiştir.<sup>119</sup> Aynı yönde Türk Borçlar Kanunu m. 393’te “Hizmet

2016/5927, K.2018/6688; Y13.CD, 06.11.2012, E. 2012/13501, K.2012/23115, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

<sup>119</sup> Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, 1976) 61; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2018) 77-78; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2018) 81-82; Süzek, *İş Hukuku*, 133; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca *İş Hukuku Dersleri*, 167 vd.; Turhan Esener, *İş Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevinç Matbaası, 1978), 127; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 37; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 69; A.

*Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünün “*Genel Hizmet Sözleşmesi*” başlığını taşıyan birinci ayrımında, “*Hizmet sözleşmesi; işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olduğu düzenlenmiştir.<sup>120</sup>

İş Kanunu’nda zaman unsuruna yer verilmemişse de TBK “*belirli veya belirli olmayan süreyle*” ifadesi ile aslında işin bir zaman diliminde yapılacağını işaret etmiştir.<sup>121</sup> Doktrinde de iş, ücret, bağımlılık unsurlarının yanı sıra zaman unsurunun da yer alması gerektiği görüşü de mevcuttur.<sup>122</sup> Yargıtay kararlarında da zaman unsuru “...belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında edim yerine getirilmektedir” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>123</sup>

İş sözleşmesinden söz edebilmek için bir iş görme ediminin varlığı gerekmektedir. İşçinin işveren menfaatine bir iş yapması veya hizmet vermesi iş görme edimi olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>124</sup> İş görme edimi olumlu yönde davranışlardan oluşmaktadır. Bir şeyi yapmaktan kaçınma, yapmama, katlanma gibi durumlar iş olarak kabul edilemez.<sup>125</sup> Ekonomik olarak iş sayılabilecek her türlü bedensel, zihinsel, sanatsal, bilimsel, teknik vb. çalışmalar iş görme ediminin konusunu oluşturabilecektir.<sup>126</sup>

Murat Demircioğlu, Tankut Centel ve Hasan Ali Kaplan, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 67 vd.; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020) 15. Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 95.

<sup>120</sup> İş Kanunu’nda “*iş sözleşmesi*”, Türk Borçlar Kanunu’nda “*hizmet sözleşmesi*” olarak ifade edilmişse de iki terim arasında hukuki anlamda farklılık bulunmamaktadır. Muharrem Emre Ulusoy, *Ev Hizmetlerinde Bireysel İş İlişkileri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 147 vd.

<sup>121</sup> Zaman kavramı iş sözleşmesinin belirlenmesinde bağımsız bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı bir ölçüt taşıdığı yönünde Süzek, *İş Hukuku*, 223.

<sup>122</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, *İş Hukuku*, 330 vd.

<sup>123</sup> Y10.HD, 31.3.2021, E.2019/5785, K.2021/4358; HGK, 12.11.2019, E.2017/624, K.2019/1177.

<sup>124</sup> Başkasının bir ihtiyacının karşılayan faaliyet için iş gören kimse her türlü vasıta veya hayvandan faydalanabileceği yönünde bkz. Narmanlıoğlu *İş Hukuku*, 166; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 95.

<sup>125</sup> Kural olarak çalışma konusunun aktif bir insan emeği olması gerektiği, ancak mutlak olarak aktif hareketin de gerekmediği, örneğin fotomodelin poz vermesinin bu şekilde olduğu yönünde bkz. M. Fatih Uşan, Ersin Erdoğan ve Canan, Erdoğan, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması*, (Ankara: İntes Yayınları, 2021), 87.

<sup>126</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017) 535; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Ankara: Adalet YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



Diğer önemli ve zorunlu unsur ise ücrettir. İş görmeyen karşılığında başka bir ifade ile emeğin karşılığında ödenen ücret İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir.<sup>127</sup> İş Kanunu 32/1 maddede “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan<sup>128</sup> ve para ile ödenen tutar” şeklinde tanımlanmıştır. Ücret iş sözleşmesinin kurucu unsurlarındandır.<sup>129</sup> Bu bağlamda, hatır için veya ahlaki amaçla ücretsiz yapılan çalışmalar iş sözleşmesinin kapsamında değerlendirilemeyecektir.<sup>130</sup> Taraflar arasında ücretin belirlenmemiş olması yapılan iş sözleşmesinin ücret unsurunun olmadığı anlamına gelmeyecektir.<sup>131</sup> İş Kanunu 39. maddede, bu kapsamda olsun veya olmasın iş sözleşmesi ile çalışan her türlü işçinin alması gereken en az ücret olarak

Yayınevi, 2017) 426; Zeynep Aslı Özkan, “İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu” (Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, 2019) 4; Çocuğun iş görme edimini yerine getirmesi ile ilgili sorunlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yalçıntaş, “Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması”, 38 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 223.

<sup>127</sup> İşçinin çalışmasının karşılığı olmaksızın ücrete hak kazanıldığı durumlar, iş arama izni (İş K. m. 27, TBK m.421), hafta tatili (İş K. m. 46; TBK m.421), yıllık ücretli izin (İş K. m. 57; TBK m. 425), ulusal bayram ve genel tatiller (İş K. m. 47), mazeret izinleri (İş K. ek m.2), zorlayıcı nedenler (İş K. m 24/III, m. 25/III) olarak örneklendirilebilir.

<sup>128</sup> Üçüncü kişiler olarak “müşteriler” tarafından da ücret ödemesi yapılabilir. Buna ilişkin İş K. m. 52/1’de “Yüzde usulünün uygulandığı otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzer yerler ile içki içilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerden “yüzde” usulünün uygulandığı müesseselerde işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimlerle müşterilerin hesap pusulalarına “yüzde” eklenerek veya ayrı şekillerde alınan paralarla kendi isteği ile müşteri tarafından işverene bırakılan yahut da onun kontrolü altında bir araya toplanan paraları işveren işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödemek zorundadır” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>129</sup>Yargı kararlarında ücret unsuru olmadan yapılan çalışmanın vekalet sözleşmesine dayanabileceği, “... İş sözleşmesinde işçi işveren için belirli veya belirsiz süreli olarak çalışır. Vekâlet sözleşmesinde ise vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. İş sözleşmesinin varlığı ücretin ödenmesini gerektirir. Oysa vekâlet için ücret zorunlu bir öge değildir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz.” Y9. HD, 14.05.2013, E.2011/11902, K.2013/14430; Süzek, *İş Hukuku*, 224.

<sup>130</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 224; Kübra Doğan Yenisey ve Mahmut Kabakcı, *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017) 33; HGK.9.5.2007, E.2007/12-247, K. 2007/262 K.; Y9.HD. 26.5.2008, E.2008/17096, K.2008/12749; Y9. HD. 8.6.2017, E. 2015/10941, K. 2017/9978.

<sup>131</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 224; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 16.

asgari ücret uygulaması düzenlenmiştir.<sup>132</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 401. maddesinde de sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde, işverenin işçiye asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödeme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. İş sözleşmesinin unsuru olan ücretin sözleşmenin kurulmasında yer alması yeterli olup, miktarının belirlenmesi zorunlu değildir.<sup>133</sup> Ücretin miktarının belirlenmediği iş ilişkisinde işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, iş niteliği, işyerinin özellikleri, emsal işçiler, örf ve adetler dikkate alınarak emsal ücret belirlenebilecektir.<sup>134</sup>

İş K. 32/4 maddesinde “emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz” şeklinde belirtildiği üzere işçiye ödenecek ücret kural olarak nakden olmalıdır.

Son olarak iş sözleşmesinin belirleyici ve zorunlu unsuru bağımlılıktır.<sup>135</sup> İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan iş sözleşmesinin tanımında “bağımlı olarak iş görme” ifadesi, Türk Borçlar Kanunu'nda “işçinin işverene bağımlı olarak” ifadesi yer alsada da gerek İş Kanunu'nda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda bağımlılıktan ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. Öğretide ise iş sözleşmesinin önemli unsuru olan bağımlılığı ekonomik, teknik ve hukuki/kişisel bağımlılık olarak nitelendirilmiştir.<sup>136</sup> Çalışma ilişkilerinde çalışanın hukuki statüsünün tespitinde bağımlılık unsuru önem arz

<sup>132</sup> Madde 39- İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.

<sup>133</sup> Doğukan Küçük, *Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023) 135.

<sup>134</sup> Y9.HD, 28.01.2010, E.2008/14699, K.2010/1530, Erişim Tarihi: Nisan 15, 2023, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

<sup>135</sup> Bu yönde AYM Kararı, 336-29,26-27.9.1967; RG, 19.10.1968, S.13031, Erişim Tarihi: Nisan 15, 2023 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf> 15.07.2023; İş sözleşmelerinde bağımlılık unsuruna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016) 98 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 225; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, *İş Hukuku*, 168 vd.; Ekonomi, *İş Hukuku*, 73-74; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 61-62; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, 167 vd., Bağımlılık unsuruna ilişkin Y10.HD, 14.06.2023, E. 2023/6131, K.2023/6852; Y10.HD, 27.04.2023, E.2022/3497, K.2023/4598; HGK 26.04.2023, E. 2022/1065, K. 2023/361, Y9.HD, 5.4.2023; E. 2023/1806, K. 2023/4941, Y10.HD, 8.3.2023, E.2023/2188 E, K.2023/2169.

<sup>136</sup> Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, 68; Doğan Yenisey ve Kabakçı, *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku* 2017, 34; Ekmeççi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 17; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 2020, 96; Süzek, *İş Hukuku*, 225; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 330 vd.; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 59 ve 60.

etmektedir. Bağımlı çalışanların işçi olarak kabul edilmesi halinde, çalışan iş ve sosyal güvenlik hukuku kapsamında değerlendirilecektir.<sup>137</sup>

Ekonomik bağımlılığın nedeni işçinin hayatını sürdürebilmek için işverenin ödeyeceği ücrete ihtiyacı bulunmasıdır. Bu bakımdan ekonomik bağımlılık kişinin işçi olarak kabul edilmesinde bir ölçüttür. Ancak işçinin işverenden aldığı ücret haricinde başkaca bir gelirin olması veya işçi olarak kabul edilmeyen bir iş yapılması halinde ödenen ücret gibi durumlar çalışanın işçi olarak belirlenmesinde temel ölçüt olarak kabul edilemeyecektir.<sup>138</sup> Teknik bağımlılık ise, işçilerin iş görme edimini yerine getirirken kullandığı araç gereçler, kullanılacak yöntemler, işverenin teknik olarak verebileceği emir ve talimatlar olarak ifade edilebilecektir.<sup>139</sup> İş görme edimini yerine getirirken işin niteliğinin teknik destek gerektirmemesi halinde teknik bağımlılıktan söz edilemeyecektir. Bu bakımdan teknik bağımlılıkta işçi niteliğinin tespitinde temel ölçüt olamayacaktır.<sup>140</sup>

Bağımlılık unsurundan iş sözleşmesi için asıl anlaşılması gereken kişisel, hukuki bir bağımlılıktır.<sup>141</sup> Nitekim işçi işverenin otoritesi altında çalışacak, onun emir ve talimatlarına göre iş görecektir, bu işi ifa ederken kişiliği ön planda olacaktır.<sup>142</sup> İşçi iş görme borcunu yerine getirirken işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında olup, işveren işçiye verdiği emir ve talimatlar ile işçiyi kişisel bağımlılığı altında tutmaktadır.<sup>143</sup> İş görme sözleşmelerine örnek gösterilebilecek iş sözleşmeleri, eser sözleşmeleri ve vekalet sözleşmelerini birbirinden ayıran en önemli unsur bağımlılıktır.<sup>144</sup> İş sözleşmesinin unsuru olan hukuki/kişisel bağımlılık diğer sözleşmeden ayıran temel esastır.<sup>145</sup>

<sup>137</sup> Küçük, *Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları*, 138.

<sup>138</sup> Ekonomik bağımlılığın, kişisel/hukuki bağımlılığın tespitinde ikinci ölçüt olabileceği yönünde Süleyman Başterzi, “Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuk Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 17, (2010): 180.

<sup>139</sup> Başterzi, “Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuk Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, 180.

<sup>140</sup> Küçük, *Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları*, 197 vd.

<sup>141</sup> Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 80; Sümer, *İş Hukuku*, 38; Bağımlılık unsuruna ilişkin HGK, 3.5.2023, E.2023/583; K.2023/419.

<sup>142</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 225.

<sup>143</sup> İşverenin yönetim hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sevgi Dursun Ateş, *İşverenin Yönetim Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 115 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 226.

<sup>144</sup> Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, 63.

<sup>145</sup> İş görme bakımından hukuki/kişisel bağımlılığın olmadığı, teknik ve ekonomik bağımlılığın bulunduğu bir avukat ve müvekkili arasında vekalet ilişkisinin ağır bastığı

Ekonomik ve teknik bağımlılık tek başına belirleyici olmayıp, kişisel ve hukuki bağımlılığın tespitine yarayan ek kriterler ile değerlendirilmelidir.<sup>146</sup>

İş ilişkisinin tarafları olan işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi hukuki hiyerarşiyi kaçınılmaz kılmaktadır. Ancak işçinin gönüllü olarak bu hukuki hiyerarşiyi kabul etmiş olması, taraflar arasında eşitlik ilkesinin olmamasının meşru zeminini oluşturmaktadır.<sup>147</sup> Bağımlılık unsuru mutlak anlamda değildir. İşin niteliğine veya işçinin uzmanlığına göre bağımlılık unsurunun etkisi değişmektedir. İşçinin iş görme ediminin niteliğinin arttığı veya esnek çalışma yöntemlerinin uygulandığı hallerde bağımlılık unsuru daha az olacaktır.<sup>148</sup>

İş sözleşmesinin temel unsurlarından **iş görme, ücret ve bağımlılık unsuru** kamuya yararlı bir işte çalıştırılma durumunda söz konusu olmayacaktır. **Nitekim kamuya yararlı bir işte çalışan kişi, mahkeme tarafından hükmedilen cezasının karşılığında ikame olarak bir işle meşgul olacak ve karşılığında ücret almayacaktır.**<sup>149</sup> Aynı şekilde bu çalıştırılma durumunda işçi-işveren arasında bulunan **kişisel ve hukuki bir bağımlılıktan** da söz edilemeyecektir. İlk bakışta iş görme unsuru kamuya yararlı bir işte çalıştırılmada var gibi gözükse de iş sözleşmesinin unsuru olan iş görmeye, ekonomik anlamda bir beklenti karşılığında yapılan iş kastedildiğinden, söz konusu **çalıştırılmada iş görme unsurunun da olmadığı** açıktır.

---

yönünde Y9.HD, 13.7.2009, E.876, K.20602, karar metni ve incelemesi için bkz. Başterzi, “Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuk Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, 175 vd.; Eser sözleşmesinde kişisel ve hukuki bağımlılığın olmadığı yönünde bkz. Y9HD, 26.10.2015, 30228/29979, Gaye Burcu, Yıldız, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015”, (İstanbul, 2017) 23-26.

<sup>146</sup> Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, 101 vd.

<sup>147</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 226.

<sup>148</sup> Nitelikli işçi, niteliksiz işçi, işveren vekili, hukuk danışmanı, doktor ve bilgisayar programcısının işlerini yerine getirirken işverene bağımlılıkları farklıdır. Ayrıca bağımlılık unsuru olduğu sürece işçinin işini evde veya tele çalışma gibi esnek yöntemleri ile yerine getirebilecektir. Sümer, *İş Hukuku*, 38; Süzek 226-227; Esnek çalışma yöntemlerinde bağımlılık unsurunun daha esnek bir yardımcı ölçüt olarak değerlendirileceği yönünde bkz. Süleyman Başterzi, *İş İlişkisinin Kurulması, Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009*, (Ankara, 2011) 8 vd.

<sup>149</sup> 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 105. maddesinde açıkça “ücretsiz olarak” bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılacağı açıkça belirtilmiştir.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununun 14/2. maddesinde yer alan “*Kamu yararına çalışma yaptırımının infazında 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” düzenleme de çalışmamızın konusunu destekler niteliktedir. Nitekim 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 44. maddesiyle eklenen hükmün gerekçesinde, sigortalılık hükümlerinin uygulanmamasının gerekçesi olarak **kamuya yararlı bir işten çalıştırılan hükümlülerin bu çalışmalarının hizmet akdine dayanmaması, çalışma karşılığında hükümlülere ücret ödenmemesi ve bu cezanın denetimli serbestlik kapsamında infaz şekli olması** sebep olarak gösterilmiştir.<sup>150</sup> Gerekçede ve Genelgede belirtildiği üzere, **söz konusu çalışmaların hizmet akdine dayanmaması ve çalışma karşılığında ücret unsurunun olmaması gerekçesi ile sosyal güvenlik hukukunun dışında tutulmuştur.** Kamuya yararlı bir işte çalışma halinde **hizmet akdi olmayacağı ve ücret ödenmeyeceği düzenlemeleri de bu çalışmaların iş hukuku kapsamında düşünülmeceğinin** göstergesidir.

İş sözleşmesinin unsurlarından ücret ve bağımlılığın hiç olmadığı, iş görmenin ise ekonomik bir karşılık olmadan yapılması nedeniyle kamuya yararlı bir faaliyetin iş hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceği, iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği tartışmasıdır.

### C. İş Kanunda İşçi Kavramı Bakımından

İş Kanunu m. 2/1’de işçi kavramı bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Madde tanımından da anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesi ile çalışma ve gerçek kişi olma unsurları işçi olabilmenin iki temel unsurudur. İşçi sayılmak için kişinin bedenen veya fikren çalışması, işin niteliği, işçinin vasıflı olması veya olmaması, işyerindeki işçi sayısı gibi

<sup>150</sup> “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyon Raporu”, *Türkiye* *Büyük Milletmeclisi*, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf>; Aynı yönde Sosyal Güvenlik Kurumunun 2013/11 sayılı Genelgesinde ceza infaz kurumu bünyesinde çalışan tutuklu ve hükümlülerin, 5510 sayılı Kanun 5/1-a maddesi kapsamında kısmen sigortalı oldukları belirtilmiş, kamuya yararlı bir işte çalışan hükümlüler açısından ise hizmet akdi koşulları yerine gelmediği belirtilerek bu kişilerin sigortalı sayılmadıkları belirtilmiştir. “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Mevzuat Listesi” *Kayısı*, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/22620739>.

unsurlar önem arz etmemektedir.<sup>151</sup> İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işverenin özgür iradeleri ile kabul ettikleri iş sözleşmesinin varlığı halinde işçi sıfatının kazanılması söz konusu olacaktır.<sup>152</sup> Bu bakımdan iş sözleşmesi niteliğine sahip olmayan eser, vekalet, çıraklık<sup>153</sup>, adi şirket gibi sözleşmelerle çalışan kişiler işçi değildirler. Yine iş sözleşmesine dayanmayan yardım, hatır gibi amaçlarla veya aile yardımlaşması kapsamında yapılan işlerde çalışanlarında işçi sıfatları bulunmamaktadır. Tutuklu, hükümlü, askerlik yapanların faaliyetlerindeki, idare hukuku kapsamında olan memurların ve idari sözleşme ile çalışan sözleşmeli personellerin ve eğitim gören stajyerlerin<sup>154</sup> çalışmalarındaki statüleri işçi olarak kabul edilmeyecektir.<sup>155</sup> Cezaevlerinde veya çocuk ıslahevlerinde yapılan çalışmalar, işçi veya işveren olarak tarafların serbest iradesi ile olmayıp kamusal bir yükümlülükten kaynaklandığından, faaliyet gösteren kişi işçi sıfatına sahip olamayacak, yapılan çalışma da iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir.<sup>156</sup> Gönüllülük esasının hâkim olduğu, toplum menfaati gözetilen kadın ve çocukların, yaşlıların, engellilerin, çevrenin korunması, sağlık ve eğitim hizmetleri, afet ve acil durumlar gibi hallerde yapılan faaliyetlerde bu çalışmanın iş hukuk kapsamında olup olmadığı ise tartışmalıdır<sup>157</sup>.

Kamusal yükümlülük kapsamında çalışmamızın konusu olan TCK m. 50/1’de sayılan seçenek yaptırımlardan **kamuya yararlı bir işte çalıştırılma durumunda da bu yaptırımın muhatabı kişilerin işçi sayılmaları, İş Kanunu kapsamında değerlendirilmeleri mümkün değildir.** Kamuya yararlı bir işte çalışan kişi, geçimini sağlama kaygısı olmaksızın sadece cezai bir uygulama ile karşı karşıyadır. Belirttiğimiz üzere iş sözleşmesinin unsurlarını taşımayan, işçi-işveren arasında geçmeyen bir çalışmanın tarafı işçi kabul edilmeyecektir. Kamuya yararlı bir işte çalışma ifadesindeki “bir işte” kısmında anlaşılması gerekenin İş Kanunu kapsamında bir işten ziyade

<sup>151</sup> Demircioğlu, Centel ve Kaplan, *İş Hukuku*, 36; Süzek, *İş Hukuku*, 134.

<sup>152</sup> Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 2.

<sup>153</sup> Çıraklık sözleşmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Uşan *Çıraklık Sözleşmesi*, 36 vd.

<sup>154</sup> Stajyer çalışmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tangün, *Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı*, 132 vd.

<sup>155</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 133; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 2.

<sup>156</sup> Hatice Duygu Özer ve Dilek Dulay Yangın, “Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal’a Armağan, 25/2 (2019): 749; Süzek, *İş Hukuku*, 133; Sümer, *İş Hukuku*, 15.

<sup>157</sup> “Gönüllülük sözleşmesi” önerisine yönelik detaylı bilgi için bkz. Doğan Yenisey ve Kabakcı, *Gönüllü Emegi ve İş Hukuku*, 27 vd.

özellikle çocuklar için bir faaliyet vs. gibi “çocuk çalışması” olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İşçi ve işveren arasındaki ilişkiden doğan sözleşmenin, özel hukuk sözleşmesi olması hasebiyle kanuna, ahlaka, kamu düzenine ve emredici hükümlere aykırılı olmamak üzere **özgür irade ile düzenlenebileceğinden** sözü edilebilecektir. Başka bir ifade ile, **tarafklar çalışıp çalışmamakta, çalışma koşullarının detaylarında anlaşılma anlaşmamakta** serbesttir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırılmada ise, her ne kadar **mahkeme tarafından kişinin bu çalıştırılmayı kabul edip etmediği sorulsa da ve irade kişide olsa da belirlenen seçenek yaptırımın içeriği, şartları, konusu vs. gibi hususlarda çalıştırılacak kişinin iradesi veya keyfiyeti** bulunmamaktadır. Denetimli Serbestlik Yönetmeliği gereğince hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenecek, bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilecektir. Ama nihayetinde **son karar mahkemede** olacaktır. Aynı gerekçe ile tutuklu ve hükümlülerin çalışmaları da İş Kanunu kapsamında değerlendirilmeyip, tutuklu ve hükümlüler işçi kabul edilmemektedirler.<sup>158</sup> Belirttiğimiz hususlara istinaden, **İş Kanunu 71. madde hükmünün uygulanmasına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır.**

Öte yandan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin madde 40/4’de “*Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır.*” düzenlemesine göre **çocukların cezai bir yaptırımla karşılaşması halinde onların esenliklerine başka bir ifade ile rehabilite edilmelerine hizmet edecek çözümler bulunması** önem arz etmektedir. Bu bakımdan 12-15

<sup>158</sup> Tutuklu ve Hükümlü Çalışması konusunda detaylı bilgi için bkz. Fatih Uşan, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tutuklu ve Hükümlü Çalışması”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2, (2011): 1436 vd.; Özer ve Dulay Yangın, “Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”, 732; Taliye Akbıyık, “Tutuklu ve Hükümlülerin Çalışmasının Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69/4 (2020):1591.

yaşındaki çocukların çocuk işçi olarak değerlendirilmeksizin, **hapis cezasının infazı için cezaevine girmesi yerine kamuya yararlı bir işte çalışması belirttiğimiz Sözleşmenin işaret ettiği şekilde çocuk yararına olacağı düşüncesindeyiz.**

#### D. İş Kanununun Kapsamı Bakımından

İş kavramının genel tanımı İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ekonomik değer taşıyan, başka bir kişinin ihtiyacını gideren ve bu kişiye fayda sağlayan her türlü faaliyet iş olarak kabul edilmektedir. İş hukuku kapsamında bir işten söz edebilmek için, çalışanın kendi iradesiyle isteğiyle çalışması gerekmektedir. Yapılan iş kanuni bir zorunluluk, kamu mükellefiyeti olarak yapılmaktaysa, söz konusu işin iş hukuku kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

İş Kanununun m. 1'de Kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamlarına ilişkin hak ve sorumlulukların düzenlediği, 4. maddede sayılan istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>159</sup> Kapsam dışında kalan işler deniz ve hava taşıma işleri, tarım ve orman işleri, aile ekonomisi içinde kalan tarımla ilgili yapı işleri, el sanatları işleri, ev hizmetleri, çıraklar, sporcular, rehabilite edilenler, esnaf ve sanatkâr işyerleridir.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> Madde 1 - Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir. Bu Kanun, 4'üncü Maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.

<sup>160</sup> Madde 4 -Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;

- a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,
- b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
- c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
- d) Bir ailenin üyeleri ve 3'üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
- e) Ev hizmetlerinde,
- f) (...) <sup>160</sup> çıraklar hakkında,<sup>(4)</sup>
- g) Sporcular hakkında,
- h) Rehabilite edilenler hakkında,
- i) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde.

Şu kadar ki;

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



İş Kanununun m.4’te sayılan ve kapsam dışında kalan işlerde, İş Kanunu’nda boşluk bulunan hallerde Türk Borçlar Kanunu’nun “hizmet sözleşmeleri” (m.393 vd.) başlığı altındaki genel hükümler uygulanacaktır.

İş Kanunu 10/1. maddesinde nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denildiği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmayacak maddeler belirtilmiştir.<sup>161</sup> Devamında süreksiz işlerde belirtilen maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Söz konusu seçenek yaptırım Yargıtay kararlarında olduğu gibi İş Kanunu’na atıf ile İş Kanunu kapsamında değerlendirilirse, **İş Kanununun diğer hükümlerinin de uygulanması gerekeceği gibi anlamsız sonuçlar doğabilecektir.** Bu bakımdan **kamuya yararlı bir işte çalışan çocukların öncelikle çocuk işçi sayılmaması, sonrasında istihdam amacı taşımadığından ve kamu mükellefiyeti nedeni ile faaliyette bulunacaklarından çalışan çocuk olarak bile kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.**

## SONUÇ

Çalışmamızda Yargıtay’ın kararlarında ceza sorumluluğu bulunan 12-15 yaş grubundaki suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımının tatbik edilip edilemeyeceğini kabul etmesine gerekçe olarak 4857 sayılı İş Kanunu m. 71/1’de yer alan düzenlemeyi esas alması değerlendirilmiştir.

- a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,
- b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,
- c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,
- d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,
- e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,
- f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,

Bu Kanun hükümlerine tabidir.

<sup>161</sup> Bu Kanunun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6 ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz.

Türk Ceza Kanunu m. 50/1-f'de yer alan düzenlemede, kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” seçenek yaptırımına çevrilebileceği, ikame ceza niteliğindedir. Kısa süreli hapis cezası yerine uygulanmaktadır. Amacı, kısa süreli hapis cezasına çarptırılan suç işleyen kişinin bu hapis cezasının olumsuz etkilerinden korunması, iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasıdır. Toplumsal katılım ile hükümlünün iyileştirilmesi önem arz etmektedir. Ceza mevzuatımızda 12-15 yaş grubunun kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımının uygulanmasına dair bir engel bulunmamaktadır. **Ceza sorumluluğu olan 12-15 yaş grubundaki bir çocuk cezaevine girebiliyorsa, bu çocuğun evleviyetle kamuya yararlı bir işte çalıştırılabilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.**

Denetimli serbestlik ile ilgili, 18.04.2007 tarihinde yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği ve 05.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği ile mülga olmuştur.

Şu anda yürürlükte olan 10.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma” başlıklı 65. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında da ceza sorumluluğu olan çocuklara bu yaptırımın tatbiki bakımından herhangi bir asgari yaş sınırının belirtilmediği görülmektedir. İlgili maddede, hükümlünün kamu hizmetinde ücretsiz çalışarak topluma verdiği zararı geri ödeyeceği ve bu şekilde kamu düzenini sağlanmanın esas olduğu belirtilmiştir. **İş sözleşmesinin en temel unsuru ücret ödemenin kamuya yararlı bir işte çalıştırılma halinde olmadığı açıktır.** Bu bakımdan da Yargıtay kararlarının İş Kanunu’nu gerekçe göstermesi yerinde değildir.

Söz konusu Yönetmeliğin 2. fıkrasında kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın, kamu kurumu veya kamuya yararlı bir işte hizmet veren bir özel kuruluşta yerine getirileceği düzenlenmiştir. 5. fıkrafta ise suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında hükümlünün çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınacağı, hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak işin, çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenmesi düzenlenmiştir. Görüleceği üzere mülga yönetmeliklerde on beş yaş ile ilgili düzenleme olmasına rağmen, mevcut yönetmelikte on sekiz yaşından küçük denilerek, 12-15 yaş grubu için özel bir kısıtlama yapılmamıştır. Bu bağlamda, **12-15 yaş grubunda bulunan bir çocuğun işlediği bir suç neticesinde hüküm alması ve**

**seçenek yaptırım olarak kabul etmesi halinde** kamuya yararlı bir işte **çalıştırılmasını engelleyen bir düzenleme** bulunmamaktadır. Öte yandan özellikle çocuğun bedensel ve zihinsel durumu ve Anayasanın hiç kimsenin gücüne ve yaşına uymayacak işlerde çalıştırılmayacağı ilkesi dikkate alındığında, bu yaş grubundaki çocukların kamuya yararlı derneklerde görme engelli çocuk bireylerin faydalanabilmesi için sesli kitap okuma uygulaması, bir takım el becerileri ile yapılabilecek faaliyetlerde bulunması (boncuk bilezik yapımı vs.), zarar vermeyecek hayvan bakımında görev alması (kuş, kedi, köpek vs.) gibi ifa edilmesi nispeten kolay işler yaptırılması mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Zira Yönetmeliğin 3. fıkrasında kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında, iki saat çalışmanın bir gün sayılacağı, hükümlünün günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on dört, en çok kırk saat çalıştırılacağı ve kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazı, toplam ceza süresinin iki katını geçemeyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme doğrultusunda çocuğun 12-15 yaş grubunda olması sebebiyle en alt sınırın dikkate alınması (günde 2 saat gibi) çocuk lehine olacaktır.

Öte yandan 12-15 yaş grubunun çocuk işçi olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Nitekim **seçenek yaptırım ile çalıştırılan çocuk ikame ceza ile muhatap iken, çocuk işçi ekonomik anlamda fayda sağlayabilmek için** çalışmaktadır. Çocuk işçinin yaptığı iş görme ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen işlerdir. 12-15 yaş grubundaki bu çocukların yaptığı işlerin ekonomik bir boyutu bulunmamaktadır.

Halen yürürlükte olan Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 173. maddesinde asgari çalışma yaşının 12 olduğu belirtilmiştir. Öğretide söz konusu maddenin, ulusal ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu olmadığını kabul edilmektedir. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu olması istenen hususun çocuk işçiliği bakımından olduğu, çocukların 15 yaş altında işçi sıfatıyla çalışmasının engellenmesinin olduğu söylenebilecektir. Bu çocuklar kamuya yararlı bir işte çalıştırılması halinde belirli bir süreyle sınırlı olmak üzere ve istihdam amacı olmaksızın çalışacaklarından, çocuk işçiden daha geniş anlamda **“çalışan çocuk”** olarak bile değerlendirilse sonuç değişmeyecektir. Bu bakımdan 12-15 yaş grubundaki suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırılma çocuk işçiliği veya çalışan çocuk gibi düşünülmemelidir. Öte yandan uluslararası birçok düzenlemede 12-15 yaş çocuklarının hafif işlerde çalışabileceği belirtilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, aslında bu düzenlemeler çocukların istihdamı

anlamındaki çalışmalarını kastetmektedir. **“Kamuya yararlı bir iş” derken istihdam sağlamak amaçlı bir iş anlaşılmalıdır.**

Yargıtay’ın kararlarında ceza sorumluluğu bulunan 12-15 yaş grubundaki suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçeneği yaptırımının tatbik edilebileceği, verilen kararlarda İş Kanunu’na yapılan atfın yerinde olmadığı, bu gruptaki çocukların çalıştırılmasının, çocuk işçilerin yaptığı işler gibi düşünülmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksine **bu gruptaki çocukların topluma kazandırılmasında ve iyileştirilmesinde kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçeneği yaptırımının neticesinde çocuk lehine çok daha iyi sonuçlar elde edileceğini** düşünmekteyiz. 12-15 yaş grubundaki çocukların, yaşlarına uygun faaliyetler yaparak cezalarını çekmelerinin sağlanması aslında tüm yasal düzenlemelerin ortak noktası olan çocukların korunması düşüncesi ile de aynı yöndedir.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununda kamu yararına bir işte çalıştırılanların sosyal güvenlik sisteminin dışında tutulmasının gerekçesi olarak hizmet akdine dayalı bir sözleşme olmaması, ücret ödenmemesi, bu çalışmanın bir infaz şekli olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede **bu çalışmaların iş hukuku kapsamında düşünülmeceğinin** göstergesidir.

TCK m. 50’de sayılan yaptırımlar, kısa süreli hapis cezasının **muadili değil, ağırlıkları itibariyle hapis cezasından daha hafif nitelikteki yaptırımlardır.** Bu bağlamda bu çocuğun daha ağır nitelikte bir yaptırım olan hapis cezasının infazı için cezaevine girebileceğini ancak **daha hafif nitelikte bir yaptırım olan kamuya yararlı bir işte çalıştırılmayacağını** söylemek makul değildir.

Bu amaca yönelik olarak özellikle de suç işleme tecrübesi bulunmayan bir tesadüfi suçlunun ceza infaz kurumuna konulmasının, sair mahkumlarla girdiği etkileşim sonucunda suç işleme metotlarını öğrenmesine ve bulunduğu ortam itibariyle işlemiş bulunduğu suçu kendi dünyasında normalleştirmesine yol açabileceği, bunun da cezanın ıslah amacıyla bağdaşmayacak sonuçlar doğuracağı ileri sürülmekte olup; **bu tür suçluların toplumun içerisinde ona olumlu anlamda örnek olacak ve tavsiyelerde bulunacak bireylerin içerisinde cezasının infaz edilmesinin, cezaevinin bu olumsuz etkilerini ortadan kaldıracığı isabetli olarak ifade edilmektedir.**

Cezanın toplum içerisinde çektirilmesi, toplum nezdinde **“cezaevine girmiş-çıkış”** olmanın bu kişi üzerinde yaratacağı olumsuz sonuçlara da sebebiyet vermeyecektir.

## KAYNAKÇA

Akbıyık, Taliye “Tutuklu ve Hükümlülerin Çalışmasının Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 69/4 (2020): 1569-1607.

Alıcı, Burhan. “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. XV/3 (2011): 131-164.

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Turhan Kitabevi, 2007.

Avşar, Zakir ve Ögütoğulları, Eren. “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği ile Mücadele Stratejileri”. *Sosyal Güvenlik Dergisi*. 2/1 (2012): 9-40.

Aydın Uzun, Ceylan. *Çocuk İşçiler, Sorular ve Yanıtlar*. Ankara: Türk Metal Sendikası, Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları-63, 2020.

Aydın, Devrim. “Ceza Hukukunda Okullar”. *Ceza Hukuku Dergisi*. 6/15 (2011): 47-57.

Aykaç, Hande Bahar. “Hukuksal Açıda Çocuk ve Genç İşçiliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2016): 335-386.

Bacaksız, Pınar. “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan. 16/Özel Sayı (2014): 4917-4941.

Bakırcı, Kadriye. *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.

Başterzi, Süleyman. *İş İlişkisinin Kurulması, Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009*. Ankara: 2011.

Başterzi, Süleyman. “Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuk Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 17, (2010): 175-198.

Bayram, Fuat. “AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, *Legal İHSGHD*, 13, (2007):51-96.

Berigel, Sevda ve Eroğlu, İlhan. “Türkiye’de Çocuk İşçiliğinin Dinamikleri”. *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*. Ekonomi&Siyaset Özel Sayısı (2019): 39-56.

Bozkurt, Gümrükçüoğlu Yeliz. “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15/Özel Sayı, (2013): 481-546.

Büyüksungur, İncinur. “Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçilerin Hakları”. *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022.

Cebre, Ayvaz. “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalışma Yaptırımı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 10 (2012): 687-718.

Centel, Nur. “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan. (2001): 337-372

Centel, Tankut. “Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, Kemal Oğuzman’a Armağan, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi*, (1997):181-192.

Centel, Tankut. “Sekiz Yıllık Temel Eğitim ve Asgari Çalışma Yaşı”, Turhan Esener’e Armağan, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Türk Milli Komitesi*, (2000): 293-303.

Centel, Tankut. *Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri*. İstanbul: Mess Yayınları, 2004.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı. “Türkiye Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri.” Erişim Tarihi: Temmuz 13, 2023, <https://www.csgeb.gov.tr/media/1332/tuerkiye-tarafindan-onaylanan-ilo-soezlesmeleri.pdf>.

Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat ve Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuk Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2022.

Çetin, Soner Hamza. “Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar”. *Doktora Tezi*, Yeditepe Üniversitesi, 2011.

Çınar, Ali Rıza. *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

Çolak, Ahmet. “Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”. *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2022.

Çolak, Haluk ve Altun Uğurtan. “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 67, (2006): 163-229.

Çöpoğlu, Mustafa. “Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14, (2018):357-398.

Demir, Fevzi. “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12/Özel Sayı (2010): 547-548.

Demir, Remzi. “Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/2 (2019): 271-303.

Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Demircioğlu, A. Murat, Centel, Tankut ve Kaplan, Hasan Ali. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.

Doğan Yenisey, Kübra ve Kabakcı, Mahmut. *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.

Doğan, Sevil. *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.

Dönmezer, Sulhi. “Pozitivist Nazariyede Cezai Mesuliyetin Esası”. *İstanbul Barosu Mecmuası*. C/6, (1944).

Durban Call to Action on the Elimination of Child Labour, 5'th Global Conference on the Elimination of Child Labour, Durban 15-20 May 2022, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/documents/genericdocument/wcms\\_845907.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/documents/genericdocument/wcms_845907.pdf)

Dursun Ateş Sevgi. *İşverenin Yönetim Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Egemen Erdal. “Dünyada ve Türkiye’de Çalışan Çocuklar (Çocuk İşçiler)”. *İstanbul Barosu Dergisi*. 81/2 (2007): 529-539.

Ekin, Ali. *Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Ekmekçi, Ömer ve Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları: 2020.

Ekonomi, Münir. *İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku*. İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, 1976.

Erdem, Mustafa Ruhan. “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”. *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*. Ankara: 2001.

Erdoğan, Oktay. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.

Esener Turhan. *İş Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevinç Matbaası, 1978.

Eyrenci, Öner, Taşkent Savaş ve Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.

Gökalp, Özge Tuçe. “Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma”. *Electronic Journal of Vocational Colleges*. 2/1, (2012):125-135.

Göktepe, Kaya. "Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 37 (2019): 227-269.

Gürsel, İlke. “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı. 74 (2016):415-464.

Güven Ercan ve Aydın Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2020.

Güven, Mustafa. “Nasıl Bir İnfaz Sistemi”. *Yargıtay Dergisi*. 19/1-2,1993.

Güzel, Ali. *ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı. ILO Normları ve Türk İş Hukuku*. Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1997.

Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2010.

Hafizoğulları, Zeki. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”. *Ankara Barosu Dergisi*, 65/1, (2007): 78-109.

Honig, Richard. “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”. Çeviren M. Yavuz Abadan, *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 2, (1936): 413-416.

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377311/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm).

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>.

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbm m22137025ss1255.pdf>.

ILO, “182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi.” Erişim Tarihi: Temmuz 14, 2023,

Işıқтаç, Yasemin. “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 71/1, (2013): 526-638.

İnan, Ali Naim. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968.

İnce, Hüseyin. *Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



Kahramanoğlu, Ertan. *Türkiye’de Çalışan Çocuklar Sorunu ve Çözüm Yolları*. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler Yüksekokulu ve Friedrich-Naumann Vakfı Yayınları: 1996.

Kamer, Vehbi Kadri. “5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma”. *Adalet Dergisi*. 33 (2008): 32-40.

Kara, Ece Güneş. “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk İşçi Kavramı Ve Çocukların Korunması” *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi, 2019.

Kaya, Musa. “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20/3 (2016): 257-296.

Kaysis, “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Mevzuat Listesi.” Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023. <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/22620739>.

Kazancı, “İçtihat Bilgi Bankası.” Erişim Tarihi: Temmuz 05, 2023, <https://lib.kazanci.com.tr>.

Kılıç, Cem. “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Uluslararası Programı-IPEC)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1-2, (2001):49-63.

Kılıç, Şebnem. “Türk Hukukundaki Çocuk İşçi Tanımının Uluslararası Standartlara Uygunluğu”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 13/165-166, (2018): 123-162

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2022.

Koç Tangün, Sedef. “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”. *Sicil*. 40, (2018): 132-144.

Kökkılınç, Ayşe Gül. *Çocuk İşçinin İş İlişkisi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2023.

Küçük, Doğan. *Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Küçüktaşdemir, Özgür. “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 27/113 (2014), 57-98.

LegalBank, “Mahkeme Kararları.” Erişim Tarihi: Temmuz 05, 2023, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net).

Maden, Mehmet. “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”. *Doktora Tezi*, Gazi Üniversitesi, 2012.

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Karadeniz, Serra. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı Muhittin ve Baysal Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2018.

Narmanlıoğlu, Ünal. “İş Hukukunda Çocukların Korunması”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını Seyfullah Edis’e Armağan*. (2000): 669-681.

Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.

Nursal, Necati ve Ataç, Selcen. *Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir Saibe. *Kişiler Hukuk (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Özer, Hatice Duygu ve Yangın, Dilek Dulay. “Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal’a Armağan. 25/2 (2019): 727-756.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Özkan, Zeynep Aslı. “İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu”. *Yüksek Lisans Tezi*, Yaşar Üniversitesi, 2019.

Özkaraca Ercüment ve Ünal Canan, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak Ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan. 20/1 (2014): 355-410.

Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Resmi Gazete, “Milletlerarası andlaşma.” Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2023.

Rodgersi, Gerry ve Standing, Guy. *Child Work, Poverty and Underdevelopment*. International Labour Office, 1981.

Roxin, Claus. “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?”. *İçinde Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, ed. ve çev. Yener Ünver, (2006): 55-70.

Seçer, Öz. “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, *Legal İHSGHD*, 28, (2010):1425-1453.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.

Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

Sinerji, “Mevzuat & İctihat Programı.” Erişim Tarihi: Temmuz 05,2023, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr).

Sokullu Akıncı, Füsün. “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları”. *Yeni Türkiye Dergisi*, Yargı Reformu Özel Sayısı. 2/10 (1996): 679-689.

Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.

Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. III/19, (2010): 63-73.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

Şahin, Barış. *Çocuk İşçilerin Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Şahin, Cumhur ve Özgenc, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*. Ankara: TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2007.

Şahin, Levent. Geçmişten Günümüze Çocuk İşçiliği, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, II, (2012):103-118.

Şensoy, Pirali Çağrı. *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler 5237 Sayılı TCK'nın Temel İlkeleri İle Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Hükümlerinin Yaklaşımı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.

Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

Tuğ, Adnan ve Baysal, Ulaş. *İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması*. Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan II, Editör, Doç. Dr. Süleyman Başterzi, İstanbul: 2011.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.

Türk Dil Kurumu, “Türkçe Sözlük.” Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2023, <https://sozluk.gov.tr>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyon Raporu.” Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023,

Türkiye Büyük Millet Meclisi. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı.” Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2023. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf>

Ulusoy, Muharrem Emre. *Ev Hizmetlerinde Bireysel İş İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

UNICEF, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme.” Erişim Tarihi: 7 Temmuz, 2023. <https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme>.

United Nation, “Geneva Declaration of the Rights of the Child.” Erişim Tarihi: Nisan 24, 2023. <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

Uşan, Fatih. “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tutuklu ve Hükümlü Çalışması”, Prof. Dr.Nuri Çelik’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 2, (2011): 1436-1473.

Uşan, Fatih. *Çıracılık Sözleşmesi*. Konya: Mimoza Yayınları, 1994.

Uşan, M. Fatih, Erdoğan, Ersin ve Erdoğan, Canan. *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması*. Ankara: İntes Yayınları, 2021.

Uzun, Mehmet Burak. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar”. *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Dumlupınar Üniversitesi, 2009.

Vikipedia, “Çocuk Hakları.” Erişim Tarihi: Nisan 4, 2023, [https://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk\\_hakları](https://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk_hakları).

Yalçıntaş, Didem. Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Galatasaray Üniversitesi, 2018.

Yardımcıoğlu, Didem. “Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Yeni Bir Adım: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Direktif Önerisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2023): 225-276.

Yargıtay, “Yargıtay Karar Arama.” Erişim Tarihi: Haziran 19, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Yıldız, Gaye Burcu. *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015*. İstanbul:2017.

Yükseköğretim Kurulu, “Tez Merkezi.” Erişim Tarihi: 4 Nisan, 2023, *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.



**# İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI BANKA TEMİNAT  
MEKTUBU BEDELİNİ ÖDEYEN BANKANIN MUHATABA  
YÖNELİK İADE TALEBİ VE HUKUKİ DAYANAĞI**  
*İlk Talepte Ödeme Kaydının Mahiyeti Hakkında Düşünceler*

*(THE CIRCUMSTANCES UNDER WHICH A BANK MAY RECLAIM  
PAYMENTS BASED ON A LETTER OF GUARANTEE [AT FIRST  
DEMAND] FROM AN ADRESSEE AND THEIR LEGAL BASIS*  
*Thoughts for The Legal Character of The Clause about Payment upon  
First Demand)*

**Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA \*\***  
**Arş. Gör. Yasemin KALKANCI \*\***

**ÖZ**

*Garantör banka, teminat mektubu muhatabının haksız tazmin talepleriyle karşılaşabilir. Teminat mektubu ilişkisinin hukukî niteliği, böyle bir “haksızlığın” yerli yerinde tavsifini gerektirir. Ne var ki; ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları bakımından dahi bankanın, haksız veya dürüstlük kuralına aykırı tazmin taleplerine karşı çeşitli gerekçelerle ve bilhassa “likit” delillere dayanarak ödemediğine imtina edebileceği kabul edilir. Bu imkânı bulamamış bankanın ise ödemediğine başka bir yolunun kalmayacağı, aşikârdır. Şu hâlde bankanın ödemekten kaçamadığı teminat mektubu bedeli yönünden kontrgaranti yanında ve hatta ondan da evvel bu kez muhataba müracaat edip edemeyeceği; bunun sebebi ve kapsamı; bu*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 30.10.2023. İlk hakem raporu tarihi: 04.12.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 09.01.2024. Onaylanma Tarihi: 18.01.2024.

\* Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6599-450X.

\* Arş. Gör., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0225-4632.

**Esere Atıf Şekli:** Bilgehan Yeşilova & Yasemin KalkanCI, “İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Banka Teminat Mektubu Bedelini Ödeyen Bankanın Muhataba Yönelik İade Talebi ve Hukukî Dayanağı İlk Talepte Ödeme Kaydının Mahiyeti Hakkında Düşünceler”, YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 399-475.

durumda lehtar ile muhatap arasında bir sıra olup olmadığı konuları, çalışmanın ana temasını teşkil etmektedir.

Müşterisine gayri nakdi kredi sağlayarak ticari faaliyetine destek olan ve alacaklıya da şahsi teminat sağlayarak onu ticaret yapmaya teşvik eden bankanın, bu kez kendi faaliyetine devam edebilmesi için yapmak zorunda kaldığı ve fakat sonradan "haksız" olduğu da anlaşılan kaybını gidermesi gerekir. Bankanın, bilhassa muhataba yönelteceği söz konusu talebin hukukî sebebinin tespiti önem arz eder. Söz gelimi; sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak ödenen bedelin iadesi, kimi şartların tahakkukuna bağlıdır. Bu hâlde, muhataba müracaat etmeden evvel garantörün, örneğin elindeki kontrgarantiyi öncelikle tüketmesinin gerekip gerekmediği, yanıtı özellikle aranan sorulardan olmuştur.

İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları, uygulamada sıklıkla tercih edildiğinden; bu mektup türü temel alınarak hukuki sorunlara çözüm aranmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Banka Teminat Mektubu, İlk Talepte Ödeme, Garanti Sözleşmesi, Sebepsiz Zenginleşme, Likit delil.

### **ABSTRACT**

*The guarantor/bank may face unfair compensation demands of the addressee of the letter of guarantee. The legal nature of the letter of guarantee relationship requires a proper description of such "unfairness". However, it is accepted that even for letters of guarantee whose payment is demanded upon first request, the bank may refrain from payment for various reasons, especially based on "liquid" evidence of unjustified or dishonest claims. It is obvious that a bank that cannot find such evidence will have no other option but to pay. In a case like this, the question of whether the bank can apply to the addressee for an amount larger than that provided by the counter-guarantee (or even before that for the amount that it cannot avoid paying), the situations in which this might be possible, and, finally, whether there is a conflict between the beneficiary and the addressee, constitute the main themes of the study.*

*The bank, supporting its commercial activities by providing a non-cash loan to its customer and encouraging the creditor to do business by providing personal guarantees, must in this case compensate for the loss that it had to suffer in order to continue its activities, even if this is later understood to be "unjustified". It is important to determine the legal reason for the request that the bank will make to the addressee. For instance, the refund of the amount paid on the basis of unjust enrichment depends on the fulfilment of certain*



conditions. Whether the guarantor, for example, should first consume the security in his possession before applying to the addressee is one of the questions that is especially important.

Since letters of guarantee with payment at the first request are frequently preferred in practice, solutions must be found to legal problems that can arise with this type of letter.

**Keywords:** Bank Letter of Guarantee, Payable Upon First Request, Guarantee Agreement, Unjust Enrichment, Liquid evidence.

\*\*\*

## I- GİRİŞ YERİNE – SORUNUN TAKDİMİ

### 1- Genel Olarak

1. Bankanın mektup metninde mündemiç ve [yaygın kabule göre] soyut borç ikrarı niteliğinde olmayan ödeme taahhüdü, mektup metniyle tarif edilip düzenlenmiş bir riskin gerçekleşmesine bağlıdır. Olağan şartlar altında muhatap; öngörülen risk gerçekleştiğinde bankaya başvuracak ve banka da derhâl (?) [=anlaşıldığı şekliyle; tanzim etmiş olduğu mektubun içerdiği kurallar dâhilinde ve belki de *çabucak, süratle*] ödemede bulunacaktır. Bununla birlikte; risk gerçekleşmeden önce (i) ya da riskin gerçekleşme ihtimâli sona erdikten sonra (ii) ödeme talebinde bulunulması, pratik olarak mümkündür. Risk henüz gerçekleşmemişken (veya kalmamışken) ödeme talebinde bulunulması hâlinde, bankanın ödemedi kaçınabileceği savunulmakla birlikte; bu hakkın ileri sürebilmesi, neredeyse ittifakla “*likit?*” olarak ifade edilen türden delillerin varlığına bağlanmıştır. Şu hâlde, ödemedi imtinaa imkân verecek nitelikte kanıtlara [onlar her ne ise] sahip olmayan banka, belki de kendisi için en sorunsuz gördüğü yolu seçip müşterisi ile aralarındaki ilişkiye güvenerek riziko gerçekleşmemişse de (veya gerçekleşmeyecek olsa da) ödeme yapmak zorunda kalacaktır.

2. Hâl böyle olsa da; risk gerçekleşmeden/gerçekleşmeyecekken ödeme yapmak zorunda kalan bankanın, zararını müşterisinden giderememe ihtimâli de vardır. Bu durumda, bankanın artık ödeme yaptığı muhataba yönelip yönelemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Esasen bu mesele; elde bir kontrgarantinin bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, bankanın muhataba *ilk elden-doğrudan* müracaatı tercih etmiş olmasıyla da gündeme

gelebilir. Bu sırada yapılan ödemenin; -sıklıkla görüldüğü üzere- “*ilk talepte ödeme kaydı*” altında gerçekleşmiş olmasının, riskin gerçekleşmediğinin (veya gerçekleşmeyeceğinin) ispatı üzerine haksız yere ödenen bedelin iadesinin istenmesine engel teşkil edip etmeyeceğinin etraflıca tetkiki gerekir: Bankanın, *sebepsiz zenginleşme* hükümleri çerçevesinde iade talep edebileceğini düşünmek mümkündür. Zira koşulları karşılandığında; bankanın gerçekleştirdiği ödeme, kazandırıcı işlemin karşı tarafı için sebepsiz zenginleşme teşkil edebilmekte ve bankanın iade istemi de *sebepsiz zenginleşmenin iadesi* sebebine dayanabilmektedir. Bankanın haksız fiil hükümleri çerçevesinde muhataba başvurup başvuramayacağı ise, çalışma konusunun dışındadır. Çalışmada; uygulamada da sıklıkla kullanılan “*ilk talepte ödeme kayıtlı*” banka teminat mektupları esas alınmıştır. Teminat mektubunun, ayrıca vadeye bağlı olması hususuna temas edilmeyecektir.

3. Banka teminat mektupları ve özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı olanlar hakkında sıklıkla zikredildiği için dile adeta pelesenk olan ve zikredildikçe zihinlerde gitgide yerleşik fikre dönüşen kimi söylemleri, tekrardan ele almakta fayda vardır. Bu anlamda; özellikle ilk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektupları yönünden, İstanbul BAM 14. HD’sinin 17.3.2022, 2019/2430-282 sayılı kararında<sup>1</sup> geçen

“Teminat mektubunu düzenleyen banka, muhataba, teminat mektubu bedelini, ilk talep anında ve hiçbir def’i ve itiraz ileri sürmeksizin ödemeyi garanti etmiş, *yani kayıtsız ve şartsız ödeme taahhüdünde bulunmuştur.*”  
[vurgu eklenmiştir]

sonucuna ne ölçüde varılabilir? Garantörün, garanti sözleşmesinin tarafı olmakla kimi savunma sebeplerini ileri sürmekten alıkonduğu ne kadar sabit ve tartışmasız ise; aynı ölçüde yine bizzat tarafı olduğu [garanti] akdin(in) tabii olduğu hükümler dairesinde borcunu ifadan imtina edebilecek olduğu da, aynı ölçüde sahih ve yaygın kabul gören bilgilerdendir. Bu sırada, bilhassa banka teminat mektupları özelinde; “*ilk [yazılı] talep üzerine derhâl yapılacak ödemenin*” asli işlevinin ve giderek hukukî mahiyetinin tespitinde yaşanan güçlük, anlaşılan o ki, uygulamada çoğu hâlde birbirleriyle uyumsuz söylemlerin dile getirilmesine yol açmaktadır. Yine anılan kararda geçen, söz gelimi

“...davacı bankanın davalı muhataba yaptığı ödeme, kayıtsız şartsız banka teminat mektubunun dayanağı olan garanti sözleşme ilişkine uygun olup, avansın hakedişlerle kapatıldığına dair iddiayı davacı ileri süremeyeceğinden, özetle banka teminat mektubunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir riski garanti ettiği, bankanın teminat

<sup>1</sup> Bu hükmü *aynen* onayan karar için bkz. 11. HD., T. 24.03.2022, E. 2020/5369, K. 2022/2400, (Yayımlanmamıştır).  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

mektubu ile ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin ödeme taahhüdünde bulunduğu için *rizikonun doğup doğmadığını incelemeksizin (!)* ödemede bulunacağı, bankanın tazmin taleplerine karşı ancak *kendisine ait (?)* defileri ileri sürebileceği dikkate alındığında, davacının [bankanın] garanti sözleşmesine dayanarak davalıdan [muhataptan] bir alacak talep etmesi mümkün değildir...” [vurgu eklenmiştir]

şeklindeki gerekçe yanında,

“Banka ancak bazı sınırlı hallerde teminat mektubu bedelini ödemekten kaçınabilirdi; Teminat senedi nakde çevrilmeden önce, lehtar tarafından, borcun ödendiğine, muhatabın garanti edilen alacağının sona erdiğine dair *likit deliller ibraz edilmişse*, örneğin noter onaylı bir ibraname ibraz edilmişse, banka ödeme yapmamalıdır. *Bunun dışında banka, lehtarın soyut itiraz ve defilerine rağmen ödemeyi yapmalıdır.*” [vurgu eklenmiştir]

biçimindeki kanaat bakımından da çokça sorunun sorulması gerekir. Aynı esnada, bir de

“Diğer taraftan, davacının ödemesi garanti sözleşmesinin bir gereği olduğundan ve muhatabın lehtara bir avans ödemesi yaptığı da ihtilafsız olduğundan, davalının sebepsiz zenginleştiğinden de söz edilemez. *Ancak, banka tarafından lehtar hakkında açılacak dava ve takibin semeresiz kalması ve aciz vesikası alınması halinde, bankanın muhatap aleyhine, şartları varsa, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepte bulunabileceği düşünülebilir.* (Reisoğlu, a.g.e, s. 367’de 579 nolu dipnot.) Dipnotta, Tandoğan ve Kahyaoğlu’nun benzer görüşü savunduğu belirtilmektedir” [vurgu eklenmiştir]

sonucuna varıldığında; somut olaya nazaran tazmininin talep dahi edilemeyeceği iddia edilen avans teminat mektubunun, banka tarafından neden önce tazmininin gerektiği ve onca şartın ardından bu kez yapılan ödemenin nasıl geri istenebileceği konularında, yanıtlanmayı bekleyen başka sorular ortaya çıkmaktadır. Banka teminat mektubu ilişkisinin içerdiği ve kısaca “*ilk talepte ödeme*” şeklinde tarif edilebilecek akdî kaydın hedefi ve neye hizmet ettiği tam olarak belirlenmeden, söz gelimi; “*likit delil*” kavramı üzerinden varılan sonuçları da tatminkâr bulmak hayli zorlaşmaktadır. Bankanın bu türden bir kayıt sayesinde mi yoksa bu kayıt olmadan ve fakat yine teminat mektubu ilişkisinde ayrıca hükme bağlandığı için mi [ki bu son hâlde, eldeki “*ilk talepte ödeme kaydının*” işlevinin artık yeniden tarifi gerekecektir] asıl borç ilişkisi mevcut ve geçerli olmasa bile [ve bu arada yazılı hususların risk kavramıyla arasındaki bağlantı da kurularak] muhataba ödemede bulunacak olduğu<sup>2</sup> [bağımsızlık-soyutluk ayrımı?]; anılan kaydın, kurulan akdî ilişki içindeki işlevini de derinden etkilemektedir.

4. Atfen zikredilen ve kendi içindeki uyumunun ziyadesiyle şüpheli olduğu görüş ve kanaatlere, başka vesilelerle de denk gelinmektedir. Ana

<sup>2</sup> Barlas, N.: Türk Hukuk Sisteminde Banka Mektupları, İstanbul 1986, s. 46, 47.

kural ve istisnaları üzerinden tarif edilmeye çalışılan hukukî sonuç bakımından banka; bir başka olayda bu kez cesaretle tazmin talebini reddetmiş olacak ki, muhatap bir alacak davası açmış ve bunun üzerine bankanın teminat mektubu bedelini ödemekten kaçınmasını haklı kılacak nedenlerin tahkikine çalışılmıştır<sup>3</sup>. Oysa değinilen ilk kararda (§3), yapılan ödemenin muhataptan istirdadı için bu kez banka tarafından bir alacak davası açılmıştı. Bu kapsamda,

“...Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir. *Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır.* Birincisi, banka, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan defileri ileri sürerek ödemeden kaçınabilecektir. İkinci istisna da, lehdarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halidir. *Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile (MK.m.2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın "ilk talepte" kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilmesi gerekir.* İlk talepte ödeme kaydını havi banka garantilerinde banka, lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır. *Örneğin, lehtar, asıl ilişkiden doğan borcunu ödemediğini ispat eden belgeleri bankaya ulaştırmış ve bankadan teminat mektubunun serbest bırakılmasını istemiş ve bu arada muhatap teminat mektubunu iade etmek yerine bankadan ödeme talebinde bulunmuş ise, banka ödemededen kaçınmalıdır. Çünkü, bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşikardır.* Hukuk düzenleri de hakkın kötüye kullanılmasını korumazlar.” [vurgu eklenmiştir]

5. Banka teminat mektupları, [kabul edildiği şekliyle] garanti sözleşmesinin özel bir türü *-kefalet benzeri garanti sözleşmesi-* olarak; muhatabın mektup metniyle tarif edilmiş riskinden ileri gelen zararının, tazminini güvence altına almaktadır. Bu zararın garantörce tazminini isteyebilmek için elbette ki, önce mektup metninde tarif edilmiş tehlikenin gerçekleştiği ispatlanmalıdır. Tam da bu sırada teminat mektubu metninde geçen *“ilk talepte ödeme yükümünün”* garantör bankaya, bilhassa usûl hukukuyla alâkalı olarak aslında tarafı olduğu akdin genel kurgusu içinde yer almayan başka ne gibi külfetleri yüklediğini araştırmak gerekir. Böyle bir akdî kaydın sonuçları, ele alınıp tartışılmışsa da niteliği üzerinde *-en azından bir de usulî açıdan-* durulduğunu söylemek güçtür. Gerçi, bu türden bir kaydı

<sup>3</sup> 11. HD., T. 25.10.2010, E. 2009/3511, K. 2010/10747, (KazancıBB).  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

haiz banka teminat mektubuna karşın garantör bankanın ancak ne gerekçeyle ödemedi kaçınabileceği [*likit delil, dürüstlük kuralına aykırı başvurular?*]<sup>4</sup> veya yine aynı içerikteki bir teminat mektubuna dayalı tazmin talebinin - mümkünse ve bilhassa- kim tarafından ihtiyati tedbir yoluyla durdurulabileceği<sup>5</sup> de etraflıca çalışılan meselelerden olmuştur. Bu sırada, evvelâ semantik açıdan neye delalet ettiği belirsiz; gerekliliği bir yana kurumsal karşılığını da Türk usûl hukukunda bulmanın güç olduğu “*likit delil*” [kesin delil?<sup>6</sup>] kavramının (§21) en azından fikir düzleminde rahatlıkla kullanılıp tüketildiği görülmektedir.

## 2- Çözümüne Çalışılan Hukukî Problem

6. Meselenin yol açtığı usulî tartışmalara, aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilecek olmakla birlikte; çalışma içerisinde, sınırları kesin hatlarla çizili bir hukukî problem üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Ana temayı teşkil eden hukukî problem, *imkânı [elinde likit delili?] olsaydı ödemekten, pekâlâ imtina edebileceği bir teminat mektubu bedelini muhataba ödeyen [ödemek zorunda kalan] bankanın bu tutarı, sıklıkla görüldüğünün aksine kontrgarandan değil de bu kez doğrudan ve ödemeyi yaptığı muhataptan geri isteyip isteyemeyeceğidir.*

7. Risk olgusu, [yaygın kabule göre] banka teminat mektubunun ve dolayısıyla garantör bankanın yükümlülüğünde mündemiç olmakla birlikte; banka teminat mektuplarıyla alâkalı *bağımsızlık* fikrinin ve bu sırada “*ilk talepte ödeme*” kaydının özenle ele alınması beklenir.

- a. Gerçekten de temel borç ilişkisi ile ona paralel olan banka teminat mektubu ilişkisinin iki ayrı hukukî ilişkiyi meydana getirmesine karşın, bu kez garanti edilen “*risk*” nedeniyle yine de birbirlerinden tümüyle kopuk ve ayrı olduğu söylenebilir mi?
- b. Söz gelimi, garantör banka, *temel borç ilişkisi* dışında bu kez doğrudan kendisiyle alâkalı *risk* konusundaki maddi gerçek ne

<sup>4</sup> Kaya, A.: İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Makalelerim-I, İstanbul 2012, s. 246 vd.

<sup>5</sup> Erişir, E.: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 133 vd.

<sup>6</sup> Örneğin bkz. Reisoğlu, S.: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. B., Ankara 2003, s. 287-288, dn. 536.

- olursa olsun*; mektup bedelini *her hâlikârda* ödemekle mi yükümlüdür? Eğer öyle ise banka bu nedenle mi kimi tazmin taleplerinden, ancak ve sadece “*dürüstlük kuralına aykırı oldukları*” için kaçınılabilmektedir?
- c. Yoksa banka teminat mektupları, [(b) bendinin aksine] bankayı sadece *riskin doğup doğmadığını incelenmeksizin* [=ispatını da beklemeksizin] *mi* ödemekle yükümlü kılmaktadır ve gerek (b) gerekse bu bentte sözü geçen sonuçları yaratan da “*ilk talepte ödeme*” kaydı mıdır?
- d. Şu hâlde mademki, garantör bankanın *gereğinde* mektup bedelini ödemekten kaçınmasına cevaz verilmektedir; o hâlde kullanılacak savunma sebeplerinin kaynağı nereden gelmektedir?
- i. Garantörce temel borç ilişkisine ait savunma sebeplerinin tüketilememesinin sebebi; acaba “*ilk talepte ödeme*” klozu dışında, nedeni yahut kaynağı önemsenmeksizin mektup metninde tarif edilen “*riskin*” tazmininin ayrıca ve zaten taahhüt edilmiş olması olabilir mi?
- ii. Peki, bankanın bu sırada, tarafı olduğu akdin bir unsuru olan “*riskle*” alâkalı savunma sebeplerinden peşinen feragat etmiş olduğuna nereden ulaşıyoruz?
1. *ilk talepte ödeme kaydından* mı?
2. banka teminat mektubu metninde geçen başkaca ibarelerden mi?
- iii. Yoksa “*ilk talepte ödeme kaydı*”, temel borç ilişkisine ait savunma sebeplerinden peşinen mahrum kalan bankayı, tarafı da olduğu akdin kendisine yüklediği mektup bedelini ödeme borcunun koşul vakıyası olan *riskle* alâkalı savunma sebeplerini bu kez sadece *-ve olması gerektiğinin aksine-* ispat külfeti altına mı sokmaktadır?

8. Şimdi bu soruları, bir örnek üzerinden somutlaştırmaya çalışalım: Pratikte de görülebileceği üzere; avans teminat mektuplarının “*ilk talepte ödeme kaydının*” gölgesinde ve ona sığınılarak amacı dışında [yani örneğin verilen avans iade edilerek ödenmiş olmasına rağmen veya kimi zaman elde olmayan kesin teminat mektubunun yerine ve o işlevle] tazmin taleplerine konu edilmesi hâlinde,

- a. Garantör banka, avans teminat mektubuna konu risk her ne ise onun tecelli edip etmediğini önemsemeksizin ve maddi gerçek ne

- olursa olsun akdî taahhüdü gereği tazmin talebini karşılamak zorunda mıdır?
- i. Bankayı ödemededen kurtaracak olan yegâne savunma sebebi, dürüstlük kuralına aykırı istemler midir?
  - ii. Şayet öyle ise ayrıca geçerli görülen kısıt gereği “*likit deliller*”, esasen dürüstlük kuralına aykırı istemlerin ispatı için mi aranmaktadır?
  - iii. Bu hâlde bankanın bir vesileyle ödemek zorunda kaldığı bedeli, muhataptan geri isteyebilmesi, mümkün müdür? Mümkünse banka, yine *likit* delillerle mi kısıtlıdır?
- b. Yoksa garantör banka, aynı tazmin talebi karşısında, ilk talepte ödeme kaydı nedeniyle bu kez *sadece* riskin tecelli edip etmediğinin muhatapça ispatını aramaksızın derhâl borcunu ifayla mı yükümlüdür?
- i. Riskin gerçekleşmediğinin ispatı kendisine ait olmak üzere; bankanın, aksini ispat hakkı bakımından herhangi bir delil kısıtı [örneğin *likit delil*?] söz konusu mudur?
  - ii. Bu kısıt, *ilk talepte ödeme kaydının* hangi niteliğinden ileri gelmektedir?
  - iii. Bu hâlde de ödenen bedelin muhataptan iadesi mümkün müdür? Şayet mümkünse yine “*likit delil*” kısıtına mı tabi olunacaktır?

9. Aynı soruların, söz gelimi kesin teminat mektubuna konu işin tamamlanıp alacaklısına teslim edildiği bir hâlde; muhatabının elinde kalan (kesin) teminat mektubunun tazmininin talep edilmesi üzerine de sorulması mümkündür. Bu durumda da garanti edilip güvencesi verilen riskin artık kalmamasına karşın yukarıda yazılı hangi şık nedeniyle anılan tazmin talebinin gereğinin yerine getirileceğine bir yanıt bulmak gerekir. Şu hâlde, kısaca ve özetle

- a. Riskin muhatap ile lehtar arasındaki ilişkiden neşet eder hâli, onun bu kez garanti sözleşmesi bağlamında, garantörce hiçbir surette gözetilmemesine neden olabilir mi? Bu sonuca, “*ilk talepte ödeme*” kaydı mı yol açmaktadır?
- b. Yoksa muhatabın isteğinin “*ilk talepte*” yerine getirilecek olması, banka nezdinde, sadece riskin *tetkiki* bakımından kimi [usulî] kısıtları beraberinde mi getirmektedir?

10. Çalışma konumuza geri döndüğümüzde; odak noktamız, teminat mektubuna ilişkin bedeli muhatabına ödeyen bankanın, teminat mektubunun haksız olarak paraya çevrildiğinin anlaşılmasıyla birlikte bu durumu, doğrudan muhataba karşı ileri sürüp ödediği bedeli muhataptan istirdadının mümkün olup olmadığıdır. Sorunun, garantör bankanın muhatabın tazmin talebinin ifasından imtinanın mümkün olup olmadığıyla ve bunun olası gerekçeleriyle yakından ilgisi vardır. Şayet bankanın tazmin talebinin ifasından peşinen ve her nasılsa kaçınılabilmesinin mümkün olduğu, kabul edilebilirse o hâlde, her nasılsa ödenmek zorunda kalınanın geriye istenebilmesini de mümkün görmek gerekir. Tam da bu sırada, “ilk talepte ödeme kaydının” yol açtığı sonuçların gerek tazmin talebinin ifası gerekse istirdadı sırasında, özenle ele alınması beklenir.

11. Yukarıda da değinilen ve çalışmanın ana temasını teşkil eden soru yönünden, öğretide Reisoğlu'nun meseleyi ele alış şekline, bilhassa temas etmek gerekmiştir. Buna göre<sup>7</sup>:

*“Teminat mektubunda yer alan ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü gereği acaba, risk doğsa da doğmasa da bankanın ilk önce ödemesi ve ancak eğer muhatabın tazmin talebi haksızsa -riskin doğmamasına rağmen veya başka bir borç için ödeme talebinde bulunulmuşsa- geçerli bir nedene dayanmayan ödemeyi bankanın sebepsiz zenginleşme davası ile geri istemesi görüşü savunulabilir mi?*

*Kanımızca, buna olumsuz cevap vermek gerekir. ...; garanti vereni ilk önce muhataba, borçlu olmadığı bir ödemede bulunmaya zorlama, daha sonra da ödediği meblağı sebepsiz zenginleşme davası ile geri alabileceğini kabul etme garanti sözleşmesinin niteliğine ve genel hukuk prensiplerine ters düşeceği gibi, usul ekonomisi açısından da kabul edilemez.” [vurgu eklenmiştir]*

12. Savunulan görüşün tam olarak anlaşılıp amacının yerli yerinde tetkik ve tayini bakımından; şu ikinci kısmın da nakli zorunludur:

*“...Garanti sözleşmesi ile bankanın ödeme yükümlülüğü, ancak garanti edilen riskin doğması halinde söz konusudur. Bankanın ilk talepte ödemeyi kabul etmesi hiçbir şekilde garanti sözleşmesinin bu esaslı unsurunu değiştirmemektedir. Burada hakların birleşmesi söz konusudur. Banka ödediği miktar için bir yandan kontrgarana, diğer yandan garanti sözleşmesi nedeniyle muhataba başvurma hakkına sahiptir. Muhatap garanti sözleşmesine aykırı hareket ettiğinden -sözleşmeye göre talep hakkı olmadığı halde teminat mektubu meblağını bankadan tahsil ettiğinden- bu durumun bankaca ispatı halinde Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre paranın iadesi gerekecektir.*

*“Buna karşılık bankanın lehtardan alacağını tahsil edememesi, bir aciz vesikası ile kesinlik kazanması ve banka ile muhatap arasındaki garanti*

<sup>7</sup> Reisoğlu, Mektuplar, s. 67.



sözleşmesinin geçersiz olması halinde banka yönünden fakirleşme gerçekleşecek ve banka muhataba karşı bu tarihten itibaren bir yıl içinde (BK. 66) sebepsiz zenginleşme davası ile ödediği meblağın iadesini isteyebilecektir. Keza banka ile lehtar arasında bir kontrgaranti olmaması veya bunun geçersiz kılınması halinde de muhataba ödeme ile birlikte fakirleşme halinin ortaya çıktığı söylenebilir. Aynı görüş Tandoğan, (Hukuki mahiyet), sh. 827. Kahyaoğlu, sh. 85”<sup>8</sup> [vurgu eklenmiştir]

13. Öğretide bu şekilde dile getirilenler karşısında, esasen ilk kısımda olumsuz bir biçimde yanıtlanan meselenin, garantör bankanın muhataba sebepsiz zenginleşme hukukî sebebiyle müracaat edilebilmesi olmadığı anlaşılmaktadır. Tam aksine ve savunulduğu şekliyle; bankaların, ilk talepte ödeme kayıtlarının gölgesinde ileri sürülen haksız tazmin taleplerine boyun eğmeye mecbur bırakılmasına karşı çıkılarak “önce öde sonra dava et [kimin dava edilebileceği sorusu bir yana] (§22)” prensibinin usul ekonomisi açısından mantığı sorgulanmaktadır. Dolayısıyla ilk talepte ödeme kaydı içerseler de banka teminat mektuplarının, bankaya asla sorgusuz sualsiz ve kayıtsız şartsız bir ödeme yükümü yüklenmediği; garanti ettiği riskten doğmayan tazmin taleplerine -ilk talepte ödeme kaydının elverdiği nispettekarşı durulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

14. Öte taraftan, yazılı kanaat içinde bu kez “birleşen haklar” üzerinden varılan sonucun dikkat çekici bir kısıt içerdiği görülmektedir. Buna göre bankanın ödediği bedelin iadesi için muhataba başvurmadan evvel, sebepsiz zenginleşme hukukî sebebinin -edim zenginleşmesi çerçevesinde<sup>9</sup>- aradığı “fakirleşme” koşul vakıasının karşılanmasıyla ilgili bir sıralamayı takip etmesi beklenmektedir. Zira savunulduğu şekliyle; bankanın evvela kontrgarana müracaatı aranmakta ve alacağın ancak bu yolla tahsil edilemediğinin aciz vesikası ile kesinlik kazanmasının ardından, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade davasının açılmasına cevaz verilmektedir. Oysa birleşen haklara dayandığı savunulan taleplerde “hem/hem” bağlacı yerine “bir yandan/diğer yandan” şeklinde dile getirilen imkân bakımından bu kez

<sup>8</sup> Reisoğlu, Mektuplar, s. 367, özellikle bkz. dn. 579. Karş. § 52.

<sup>9</sup> Sebepsiz zenginleşmede fakirleşmenin gerekliliği noktasında, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Konuya ileride değinilecektir. Bununla birlikte, teminat mektubuna bağlı olarak yapılan ödeme; edim dışı zenginleşmeye değil, ancak edim zenginleşmesine yol açabilir. Zira mektup muhatabı, mektup ilişkisi dâhilinde yer alan edimin ifası neticesinde zenginleşecektir. Prensip olarak, edim zenginleşmelerinde; zenginleşmenin, fakirleşme hilafına gerçekleşmesi beklenmektedir. Edim zenginleşmesine dair bkz. Öz, T.: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 36 vd.; Kocayusuşpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme), Cilt 3, 7. B., İstanbul 2016, s. 325 vd.

“fakirleşme” koşul vakiasının karşılanması için “öncelikle kontrgarana müracaat edilmesi” zorunlu olmadığı hâlde, bu kez açıklayıcı dipnotta, bir kontrgaranti varsa [ki genelde olur] öncelikle bu imkânın tüketilmesi ve giderek aciz vesikasının temini; şayet yok [ve geçersiz olması halinde] ise ancak o zaman muhataba yapılan ödeme ile fakirleşmenin ortaya çıkacağı savunulması, kaçınılmaz olarak çalışmanın sıklet merkezini, muhataba yönelik bir sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulup bulunulamayacağından; bunun koşullarına ve bilhassa fakirleşme şartının nasıl veya ne şekilde karşılanacağı meselelerine kaydırmıştır.

15. Değinilen bu munzam şart, adeta “kesin hükmün unsur etkisini” andırmaktadır. Bu etki, maddi hukuka ilişkin bir sonucun koşul vakiasının bir hükmün varlığına bağlanmasıdır. Eş deyişle bu hâlde hukukî ilişki, bir başka hukukî ilişki hakkında verilen hükme dayandırılmaktadır. Lâkin bu etkinin ortaya çıkışı; hükmün kendisi yönünden ne kadar tesadüfî ise de bu kez taraflarca veya kanun koyucu eliyle özel olarak öngörülmelidir<sup>10</sup>. Unsur etkisi konusunda, açık kanuni düzenlemelere denk gelinmektedir. Örneğin, TTK m. 1476/IV hükmünde, sigortalının sigortacıya karşı açacağı davada, sigortalı aleyhine kesinleşmiş olan tazminattan söz edilmektedir. Sigortacıya karşı yapılacak başvurunun koşul vakiası [=unsuru], sigortalı aleyhine verilen hükmün kesinleşmiş olmasıdır. Benzer yönde bir başka sonuç, bu kez TBK m. 585’de düzenlenmiştir. Buna göre; alacaklının adi kefilî takibi, evvela asıl borçlu hakkında yapılan takibin sonuçsuz kalarak aciz vesikasına bağlanmasıyla mümkündür. Eş deyişle; adi kefile yönelik istemin koşul vakiası, borçlunun takibi ve o takibin sonuçsuz kalmasıdır. Lâkin bu türden sonuçların doğumu için açık bir kanun hükmüne veya taraflarca önceden kararlaştırılmış olmasına ihtiyaç vardır.

16. Öğretilen varılan (§12) ve neredeyse TBK m. 585 hükmünü çağrıştıran bu sonucun, banka teminat mektupları yönünden normatif bir temelinin olmadığı açıktır. Banka teminat mektubu ilişkisinin tarafları arasında, böyle bir akdî düzenlemenin olması pek mümkündür; lâkin beklenen bir durum da değildir. Şu hâlde, garantör bankaca ödenen bedelin muhataptan istirdadında aranan sıralamanın ve aciz vesikasıyla somutlaşan tahdidin, kanunî bir temelinin olmaması ve akdî bir temelinin bulunmasının da pek mümkün gözükmemesi karşısında, ancak sebepsiz zenginleşme bağlamında ve olsa olsa fakirleşme koşul vakiasının yorumu sırasında bir yerinin ve öneminin

<sup>10</sup> Deren-Yıldırım, N.: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin hükmün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 55-57.

olacağı gözetilmiş; çalışmanın odak noktasının bu mesele üzerine teksifi uygun bulunmuştur.

## II. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

17. Üç köşeli bir hukukî ilişki içerisinde yer alan ve banka teminat mektubunun metniyle somutlaşan teminat sözleşmesinin tarafları, esasen banka ile lehine mektup düzenlenen muhataptır [=lehtar?]<sup>11</sup>. Mektubu düzenleyen banka ile lehinde mektup tanzim edilen kişi arasında, *şahsi nitelikli teminat ilişkisi* bulunur<sup>12</sup>. Banka teminat mektubu, öğretilerde; kefalet sözleşmesi<sup>13</sup>, hükümlerine göre değişkenlik gösteren bir sözleşme<sup>14</sup> ve *sui*

<sup>11</sup> Bu üç köşeli hukukî ilişkinin tarafları; asıl borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı, borçlu ve bu ilişkiden tamamen bağımsız olan bankadır. *Tekinalp*, Ü.: Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 510, 511; *Doğan*, V.: Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 42-46; *Tandoğan*, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 852; *Yener Coşkun*, H.: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012, s. 87. Alacaklı ve borçlu arasındaki “*temel borç ilişkisi*”, borçlu ile banka arasındaki “*karşılıklı ilişki*” ve banka ile muhatap arasındaki “*teminat ilişkisi*”; banka teminat mektubunun düzenlenmesini sağlayan üç köşeli hukukî ilişkiyi oluşturur. Türkiye’deki uygulamaya göre; temel ilişkinin alacaklısı, lehinde banka teminat mektubu düzenlenen kişi olarak karşımıza çıkmakta olup bu kişiye “*Muhatap*” denmektedir. Bankanın da müşterisi olan, temel ilişkinin borçlusu ise; “*Lehtar*” olarak anılmaktadır. Teminat ilişkisinde banka; garanti veren taraf, yani “*Garantör*”dür. Oysa 2010 yılında güncellenen Talep Garantilere İlişki Bir Örnek Kurallar (URDG758) uyarınca; borçluya “*Amir*” ve alacaklıya da “*Lehtar*” denilmektedir.

<sup>12</sup> *Barlas*, N.: Banka Teminat Mektupları, Makalelerim, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 33; *Tekinalp*, s. 513; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 83, 90; *Kuntalp*, E.: Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bundan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 288; *Doğan*, V.: Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi, Banka Teminat Mektupların İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu-URDG758) Makaleler (Ed. Ekşi, N.), İstanbul 2011, s. 133.

<sup>13</sup> Banka teminat mektupları, kefalet sözleşmesi niteliğindedir. *Reisoğlu*, S.: Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, 1. Kısım, Ankara 1962, s. 164; *Reisoğlu*, S.: Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 102. İsviçre doktrininde, aynı dönemde banka kati teminat mektupları, kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. *Tandoğan*, H.: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959, s. 35, dn. 129.

<sup>14</sup> Banka teminat mektuplarını, genel olarak bir hukukî niteliğe hasretmek doğru değildir. Her somut vakıa, ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bankanın ödeme taahhüdü, asıl borç ilişkisinin varlığı ve geçerliliğine bağlı olduğu durumlarda, kefil olma taahhüdü, aksi durumda ise garanti taahhüdü olarak nitelendirilmelidir. *Tandoğan*, H.: Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961)

*generis* sözleşme<sup>15</sup> olarak nitelendirilmiştir. 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararıyla, Yargıtay; banka teminat mektuplarının hukukî niteliği konusunda, bunların *üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi* olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>16</sup>. Çalışmamızda, banka teminat mektubunun, kefalet benzeri garanti sözleşmesi niteliği taşıdığı esas alınmıştır<sup>17</sup>. Bu yolla lehinde mektup düzenlenen kişinin, mektupla garanti edilen riskin gerçekleşmesi üzerine doğan zararlarının teminat mektubundaki miktarla sınırlı<sup>18</sup> kalarak

Bildiriler-Tartışmalar, 1. Kısım, Ankara 1962, s. 804; *Tandoğan*, Mukavele, s. 32. Aynı yönde bkz. *Tekinay*, S. S./*Akman*, S./*Burcuoğlu*, H./*Altop*, A.: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 236; *Omağ*, S.: *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti ve Hükümleri*, BATİDER 1971/2, s. 330; *Doğan*, Mektuplar, s. 13, 14. Teminat metnine göre farklı nitelendirilebilirse de; genellikle uygulamada, garanti sözleşmesi niteliğinde düzenlenirler. *Başara*, İ.: *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği*, TBBĐ, 2009/83, s. 312. Banka teminat mektupları; kefalet, garanti ya da her iki sözleşme türünü ihtiva eden, karma nitelikli sözleşmedir. *Barlas*, Mektuplar, s. 44; *Barlas*, Teminat, s. 37, 38. Aynı yönde bkz. *Taşpolat Tuğsavul*, M.: *Banka Teminat Mektupları*, İBD, 2009/1, s. 319, 320.

<sup>15</sup> *Akyazan*, S.: *Banka Teminat Mektupları*, BATİDER 1969/1, s. 27; *Akyazan*, S.: *Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar*, BATİDER 1974/3, s. 571; *Kaya*, Sorun, s. 235; *Durmaz*, B.: *Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı*, İstanbul 2016, s. 92; *Gümüş*, M. A.: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 508. *Karş.* Banka teminat mektuplarının, *sui generis* mahiyette oluşuna dair görüşün, çözümünü zorlaştırdığı yönünde bkz. *Çevik*, K.: *Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku*, Ankara 2009, s. 346.

<sup>16</sup> İçBK, 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, (Legalbank). Bu kararın, sadece gümrüklere verilen teminat mektubunda geçerli olması gerektiğine ilişkin bkz. *Somuncuoğlu*, Ü.: *Bir Yargıtay İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları*, BATİDER 1975/1, s. 169.

<sup>17</sup> Genellikle; banka teminat mektuplarıyla somutlaşan ve garanti sözleşmesinin de bir alt türünü teşkil eden sözleşme, *kefalet benzeri garanti sözleşmesidir*. *Tandoğan*, Cilt 2, s. 805; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 36.

<sup>18</sup> *Tandoğan*, Mahiyet, s. 799; *Akyazan*, S.: *Teminat Mektuplarında Zamanaşımı*, BATİDER 1975/1, s. 3; *Akyazan*, Sorunlar, s. 571; *Teoman*, Ö.: *Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 12* (Ed. *Veziroğlu*, S./ *Karan*, H.), Ankara 1995, s. 111; *Reisoğlu*, Mukavele, s. 93; *Kaya*, Sorun, s. 240; *Tuncel Yazoğlu*, F.: *Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar Banka Kredilerine Özgü Kanun Yolları*, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 48, 49; *Canbolat*, F.: *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler*, Ankara 2009, s. 103, 117. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 11 uyarınca komisyondan tahsil edilecek vergi nedeniyle mektupla üstlenilen riskin üst limitinin açık ve net bir biçimde ortaya konması gerekir. *Ekici*, A./*Durukanoğlu*, N.: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)*, İstanbul 2016, s. 89. Genellikle banka teminat mektuplarında; risk gerçekleşince ödenecek, götürü bir miktar belirlenir. *Oğuzman*, M. K./*Öz*, T.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, Vedat Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 434. Uygulamada mektup bedeli, götürü olarak ya da üst limit verilerek belirlenir. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

karşılanması, mümkün olur. Banka teminat mektubuyla garanti edilen *risk*, mektupta yazılı olayın *-borçlunun temel ilişkideki edimi gibi*<sup>19</sup>- muhatap için ekonomik anlamda olumsuz nitelikteyse gerçekleşmesi; olumlu nitelikteyse gerçekleşmemesidir<sup>20</sup>.

18. Banka teminat mektupları, ödeme talebi yönünden *ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları*<sup>21</sup> ve *şartlı teminat mektupları*<sup>22</sup> olmak üzere iki gruba ayrılarak incelenir<sup>23</sup>. Uygulamada, çoğunlukla *ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları* tercih edilmektedir<sup>24</sup>. İlk

---

*Develioğlu, H. M.*: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 178; *Yener Coşkun*, s. 41.

<sup>19</sup> Banka teminat mektuplarında banka, lehdarın muhataba olan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi riskini üstlenir. *Arkan, S.*: Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER 1992/4, s. 61; *Canbolat, F.*: Banka Garantisinin veya Banka Garantisinden Doğan Alacağın Haczi Sorunu, BATİDER 2008/4, s. 158. Banka, lehdarın borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sonucu muhatabın zararını, mektup tutarı ile sınırlı olarak taahhüt eder. *Yener Coşkun*, s. 35. Banka, edimin yerine getirilmediği durumlarda ortaya çıkacak zararı karşılamayı taahhüt eder. *Somuncuoğlu, Ü.*: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri, Hukuk Köprüsü 2014/7, s. 265.

<sup>20</sup> *Reisoğlu, S.*: Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 6 (Ed. Başgül, M./Konuralp, H.), Ankara 1989, s. 69; *Reisoğlu, Mektuplar*, s. 38, 57; *Arkan, Durum*, s. 63; *Barlas, Mektuplar*, s. 26; *Doğan, Mektuplar*, s. 337, 338; *Çetin, A./Dinç, Y.*: Türkiye’de Teminat Mektupları-Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 2013/9, s. 70; *Başara*, s. 305.

<sup>21</sup> *Ekici/Durukanoğlu*, s. 414; *Tekinalp*, s. 514, 516; *Doğan, Mektuplar*, s. 63-69; *Kahyaoğlu, E. C.*: Banka Garantileri, İstanbul 1996, s. 19-21.

<sup>22</sup> *Reisoğlu, Mektuplar*, s. 138-143; *Kahyaoğlu, s. 21-22*. Şartlı banka teminat mektuplarında, bankanın ödeme borcunun hüküm ifade etmesi için; lehine mektup düzenlenen alacaklının, mektupta belirtilen şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini ispat etme mecburiyeti vardır. *Ekici/Durukanoğlu*, s. 415. Genellikle bu kaydı ihtiva eden teminat mektuplarında; riskin gerçekleştiğini ispat etmekle yükümlü olan alacaklı açısından güvensizlik yahut belirsizlik yaratmamak adına, ayrıca ispat faaliyetinde kullanılacak belgeler de metin içinde tespit edilir. *Doğan, Mektuplar*, s. 28, 69, 70. Bu yönde ayrıca *bkz.* 19. HD., T. 23.03.2017, E. 2016/14309, K. 2017/2401, (KazancıHukuk).

<sup>23</sup> *Doğan, Mektuplar*, s. 63; *Yener Coşkun*, s. 63-73.

<sup>24</sup> *Arkan, Durum*, s. 62; *Ekici/Durukanoğlu*, s. 40; *Develioğlu*, s. 53; *Kahraman, Z.*: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s. 141; *Durmaz, İbrahim*, s. 147; *Canbolat, İmkânlar*, s. 55. Milli ve milletlerarası ticari ilişkilerde kullanılan banka teminat mektuplarında, “*ilk talepte ödeme kaydı*”; genellikle tercih edilmektedir. 2011 yılında yayınlanan bir eserde, banka teminat mektuplarının yaklaşık olarak %80-90 oranla ilk talepte ödeme kaydını ihtiva ettiği ifade edilmiştir. *Doğan, Mektuplar*, s. 26; *Yasan, M.*: İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları, EÜHFD, 2012/1, s. 38.

talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarında, alacaklının ödemeyi talep hakkının doğduğuna -yani rizikonun gerçekleştiğine- ilişkin beyanının ayrıca ispat edilmesi gerekmez bankadan ödeme talep edebileceği kabul edilir<sup>25</sup>. Kısacası, bu türden teminat mektuplarında; *önce öde sonra dava et* [kimin kimi dava edebileceğine ilişkin belirsizlik bir yana?] (§22) prensibinin geçerli olduğu ifade edilir<sup>26</sup>.

19. Banka teminat mektubu metniyle somutlaşan garanti sözleşmesi, muhatabın, asıl borçlu yani lehtarla olan ilişkisinden -*asıl borcun varlığından, geçerliliğinden ve dava edilebilirliğinden*- tamamen bağımsızdır ve mektup borçlusu bankanın, müşterisi ile mektup muhatabı arasındaki ilişkiden (örneğin eser sözleşmesinden) kaynaklanan def'i ve itirazları -*kural olarak*<sup>27</sup>- öne süremeyeceği kabul edilir<sup>28</sup>. Zaten, banka teminat mektuplarının bu özelliği, onların ticari hayatta sıklıkla tercih edilmesini sağlamıştır. Ne var ki, bizzat garanti sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları sebebiyle de bankanın, ödemedi kaçınabileceği göz ardı edilmemelidir<sup>29</sup>. Zira banka teminat mektubuyla, *belirli* bir riskin garanti altına alındığı kabul edildiğinden<sup>30</sup>; mektup metniyle somutlaşan hukukî işlem de artık hukuken

<sup>25</sup> *Tekinalp*, s. 514, 516, 533; *Arkan*, Durum, s. 62; *Aral*, F.: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (Ed. Ünal, M.), Ankara 2006, s. 131; *Kahyaoğlu*, s. 19; *Doğan*, Mektuplar, s. 64, 255; *Doğan*, Mücbir, s. 133, 134; *Develioğlu*, s. 55; *Durmaz*, İbrahim, s. 188, 189; *Yener Coşkun*, s. 161; *Kapanıcı*, K. B.: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s. 121, 122. İlk yazılı talep kaydının varlığı neticesinde banka; karşı koyma şansı olmadan, asıl borçlunun onayını aramadan ve harici bir işlem ya da protesto keşidesi yapmadan derhal ödemeyi taahhüt eder. *Tuncel Yazoğlu*, s. 37; *Yasan*, s. 39, 40. Söz konusu durum; yükümlülük değil, külfettir. *Tandoğan*, Cilt 2, s. 854.

<sup>26</sup> *Arkan*, Durum, s. 63; *Kaya*, Sorun, s. 235, 236; *Aral*, Mektuplar, s. 131; *Doğan*, Mektuplar, s. 26, 66; *Ekici/ Durukanoglu*, s. 30; *Develioğlu*, s. 298; *Yener Coşkun*, s. 269. Karş. § 64, dn. 204.

<sup>27</sup> Bankanın üstlendiği riskin, temel ilişkiyle ilgili olduğu ve temel ilişkinin, bu riski doğrudan etkilediği durumlarda; bankanın def'i ve itirazı, temel ilişkiden kaynaklanabilir. *Bkz. Arkan*, Durum, s. 80, 81; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 64; *Kahyaoğlu*, s. 73-75; *Yener Coşkun*, s. 136; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 199, 343.

<sup>28</sup> *Tekinalp*, s. 514; *Doğan*, Mektuplar, s. 22, 256; *Doğan*, Mücbir, s. 134; *Develioğlu*, s. 54; *Kaya*, Sorun, s. 218; *Canbolat*, Sorun, s. 157, 158; *Canbolat*, İmkânlar, s. 56, 57; *Aral*, Mektuplar, s. 136; *Başara*, s. 306, 315. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri için *bkz. Acar, Ö.*: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 38, 43, 44.

<sup>29</sup> *Akyazan*, Sorunlar, s. 569; *Canbolat*, İmkânlar, s. 79, 80; *Develioğlu*, s. 371.

<sup>30</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 38, 52, 93, 231, 292; *Reisoğlu*, Şartsız, s. 69; *Durmaz*, İbrahim, s. 166; *Durmaz*, B.: Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinin Banka Tarafından Şekil ve Kişi Bakımından İncelenmesi, Banka ve Finans Hukuku Dergisi (Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

*sebebe bağlı* bir nitelik arz etmektedir<sup>31</sup>. Bankanın ödeme borcu, temel ilişkiden *bağımsız bir teminat sebebine dayanmaktadır*<sup>32</sup>. Hâl böyle iken; bankanın ödeme taahhüdünde, *soyut borç ikrarı niteliği de görülmez*<sup>33</sup>. Bankanın borcu soyut olmadığı için kendine ait def'ileri ve itirazları, muhataba karşı ileri sürmesi mümkündür<sup>34</sup>. Şu hâlde, ilk talepte ödeme taahhüdünün varlığı hâlinde dahi *-garanti sözleşmesinin bir unsuru olarak kabul edilen-* riskin gerçekleşmediği hususu, pekâlâ bir savunma sebebi olarak ileri sürülebilmektedir<sup>35</sup>.

20. Banka teminat mektuplarında güvence altına alınan risk gerçekleştikten sonra muhatap, ya [pek beklenmese de] temel borç ilişkisinin borçlusuna [yani lehtara] ya da doğrudan bankaya yönelerek risk nedeniyle doğan zararlarının giderilmesini ister<sup>36</sup>. Muhatabın, bankaya başvurmak için önce lehdarı dava ya da takip etmesi ve davasının ya da takibinin faydasız kalmasını beklemesi, pek tabii ki gerekmez<sup>37</sup>. Bu bağlamda, kefalet benzeri garanti sözleşmesi niteliğindeki banka teminat mektubunda mündemiç *riziko*, örneğin garanti edilen edimin ifa edilmemesiyle hâsıl olduğundan; rizikoya bağlanan borcun ikincil nitelikte olduğu söylenebilirse<sup>38</sup> de pratikte, bu kez

---

Armağan, 2. Cilt), 2019/32, s. 2751; *Kostakoğlu*, C.: Son Değişikliği İle Bankalar Kanunu Şerhi, 5. Baskı, İstanbul 2004, s. 930.

<sup>31</sup> *Yener Coşkun*, s. 47. Aynı yönde *bkz. Reisoğlu*, Mektuplar, s. 52, 53, 292; *Canbolat*, Sorun, s. 158.

<sup>32</sup> *Canbolat*, İmkânlar, s. 57, 58; *Aral*, F.: Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki, BATİDER 2007/2, s. 189; *Yener Coşkun*, s. 47.

<sup>33</sup> *Reisoğlu*, Şartsız, s. 69; *Tekinalp*, s. 512; *Aral*, İlişki, s. 191; *Arkan*, Durum, s. 61; *Barlas*, Mektuplar, s. 66; *Doğan*, Mektuplar, s. 105; *Doğan*, Mücbir, s. 140; *Develioğlu*, s. 84, 136; *Gümüş*, s. 504; *Yener Coşkun*, s. 43; *Tuncel Yazoğlu*, s. 62; *Durmaz*, İbraz, s. 148; *Canbolat*, Sorun, s. 158, 160, 161; *Canbolat*, İmkânlar, s. 57; *Kapancı*, İlişkiler, s. 115, 122; *Songur*, D. G./ *Ceylan*, Ç.: Banka Teminat Mektubu-Hukuki Niteliği ve Çeşitleri, AntBÜHFD, 2014/4, s. 164.

<sup>34</sup> *Yener Coşkun*, s. 47.

<sup>35</sup> *Reisoğlu*, Şartsız, s. 75; *Kostakoğlu*, s. 930, 931.

<sup>36</sup> Aynı yönde *bkz. Omağ*, s. 336. Alacaklının seçimlik hakkı söz konusudur. *Doğan*, Mektuplar, s. 399, 340.

<sup>37</sup> *Tandoğan*, Cilt 2, s. 857, 858; *Taşpolat Tuğsavul*, s. 303, 306. Aynı yönde *bkz. Kaya*, Sorun, s. 235. Garanti sözleşmesi yönünden *bkz. Yenice*, A. Ö.: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul, 2009, s. 101; *Özen*, B.: Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 24; *Kapancı*, İlişkiler, s. 115.

<sup>38</sup> Soyut borç ikrarından farklı olarak; garanti sözleşmesinden doğan ödeme talebi, “*ikincil*” niteliktedir. *Tekinalp*, s. 512. Birinci borçlunun borcunu ifa etmemesi koşuluna bağlanmış olan borç, sözleşmeye dayalı “*ikincil*” bir borçtur ve garanti sözleşmesi ya da üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğini taşır. *Eren*, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara

ilk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektubu sayesinde kendiliğinden ve yine sanki *birincil* hâle geldiği görülmektedir<sup>39</sup>. Zaten ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının, ticari hayatta sıklıkla kullanılıp tercih edilmesindeki en büyük etkenlerden biri de bu şekilde bir işlev göerek ticari hayatı hızlandırmasıdır. Hiç şüphesiz ki, bir diğer etken de “*derhâl*” (?) ödeme yükümlülüğü nedeniyle, alacaklıya yüksek güven temin etmesidir. Bütün bu nedenlerle riskin gerçekleştiği iddiası ile ödeme talep edildiğinde; hiçbir surette riskin ispatı için beklenmeksizin bedelin ödenmesi, banka teminat mektuplarına duyulan güvenin sarsılmaması ve ticari hayattaki işlevlerini koruyabilmesi için önemlidir<sup>40</sup>. Olağan şartlarda muhatap, öngörülen risk gerçekleştiğinde bankaya başvuracak; banka da temel ilişkiden kaynaklanan savunma sebeplerini ileri sürmeksizin derhâl ödemede bulunacaktır<sup>41</sup>. Ne var ki, ilk talepte ödeme kaydı sayesinde hızlıca ve anında ödeme yapılması gerektiğini bilen ve bunun da böyle olmasını isteyen alacaklının/muhatabın, bu kez risk gerçekleşmemişken (veya ortadan kalmışken) de ödeme talebinde bulunması mümkündür ve bu durum, çalışma konumuzu teşkil eden problemin kaynağıdır<sup>42</sup>.

2020, s. 1331, 1332; Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde; bir sonuç taahhüt edilerek, üçüncü kişiye ait edimin yerine getirilmemesi üzerine olacaklar garanti altına alınmaktadır. Bu edimin yerine getirilmemesi ile risk gerçekleşir. Risk gerçekleşmeden, garanti verenin sorumluluğuna gidilemez. *Bu durum, garanti verenin “ikincil” sorumluluk taşıdığını gösterir.* Özen, Kefalet, s. 11, 12. Aynı yönde bkz. Kapanacı, İlişkiler, s. 117; Atasoy, K.: Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, AndÜHFD, 2019/1, s. 114. *Oysa karşı.* Üçüncü kişinin edimini konu edinen garanti sözleşmelerinde dahi garanti verenin borcu, “*tali*” değildir. Tandoğan, Cilt 2, s. 857, 858; Garanti sözleşmesinde garantörün ifa yükümlülüğü, zarar ortaya çıkınca belirlenmektedir. Bu nedenle de; garanti verenin yükümlülüğü, “*birincildir*”. Reisoğlu, Münasebet, s. 159; Reisoğlu, Mukavele, s. 156; Garanti sözleşmesinde üçüncü kişi; muaccel borcunu yerine getirmedeğinde, garanti verene “*derhal*” başvurulabilir. Reisoğlu, S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 124, 129.

<sup>39</sup> Kayak, S.: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul 2010, s. 196, 197.

<sup>40</sup> Tandoğan, Cilt 2, s. 859.

<sup>41</sup> Arkan, Durum, s. 64.

<sup>42</sup> İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının, paraya çevrilmesinin keyfi olarak talep edildiği yönünde bkz. Tandoğan, Cilt 2, s. 865; Türk Eximbank, banka teminat mektubu getirene ihracat kredisi sağlamaktadır. Sisteme yöneltilen eleştiri için bkz. Geçer, T.: Eximbank “Teminat Mektubu” Toplama Bankası Mı?, Uluslararası Ticaret ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 2017/2, s. 84, 85. Türk Eximbank’ın “Teminat Mektuplarının Nakde Çevrilmesi Sigortası” programına dair bkz. Çetin/ Dinç, s. 82. Dünya ticaretinde değişik kuruluşlarca arz edilen “Teminat Mektuplarının Nakde Çevrilmesi Sigortası”nın, teminat mektuplarının haksız talep edilmesine karşı güvenceye sağladığı yönünde bkz. Yeşilyaprak, M.: Yurtdışı Teminat Mektuplarının Nakde Çevrilmesi Sigortası İhracata Etkisi ve Uygulama Örneklerinin Değerlendirilmesi, Hitit ÜSBED, 2018/3, s. 2497 vd.

YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



21. Bu bağlamda, banka teminat mektuplarının ve bilhassa ilk talepte ödeme kaydı içerenlerin hukukî niteliği konusunda, öğretilerde derin ve keskin bir ayrılığın olduğu görülmektedir. Ne var ki, asıl şaşırtıcı olan husus, baskın çoğunluk görüşü karşısında (§19, 20, 25, 31) azınlıkta kalan görüşün bu kez çoğunluk görüşü içinde dile getirilen kimi argüman ve nitelendirmelere kaynaklık teşkil etmesidir. Buna neden ihtiyaç duyulduğuna dair tatminkâr bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Söz gelimi, “*ilk önce öde, sonra dava et*” prensibi, azınlık görüşü içinde zikredildiği gibi, çoğunluk görüşü içinde de kendisine yer bulabilmektedir. Öte taraftan garanti sözleşmesinin *bağımsızlığının* soyutluğa evrilip evrilmediği, ayrımın düğüm noktasını teşkil etmektedir. Zira azınlık bakımından “*ilk talepte ödeme kaydı*”, ilişkiyi artık soyutluk kisvesine büründürmekte ve “*risk*” üzerinden dahi bir bağın temel ilişkiyle kurulmasına imkân tanımamaktadır<sup>43</sup>. Aslında böylece “*önce öde, sonra dava et*” ilkesinde geçen davanın davalısının kim olduğu da görece açıklık kazanmaktadır. Zira bu hâlde -yani azınlık görüşü içinde- bağımsızlık, soyutluk mahiyetini taşıdığından; bankanın ödemek zorunda olduğu/kaldığı bedelin haksızlığından hareketle bu bedeli muhataptan istirdatı mümkün olmayıp “...*banka ilk talepte ödeme yapmalı, kontrgaranti nedeniyle garanti amirine* [=lehtar], *garanti amiri de eğer şartları varsa sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği lehtara* [=muhatap] *riucu etmelidir.*” Bu sırada soyutluğun

<sup>43</sup> Banka teminat mektuplarının bu kez İİK m. 68/I hükmü bağlamında *kayıtsız şartsız borç ikrarı* içeren; dolayısıyla *itirazın kesin kaldırılmasına* yeter mahiyette belge teşkil edip etmediği hakkında bkz. Kiraz, Ö. T.: İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 128, dn. 108. Bu meselenin ilk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektuplarının *hukukî mahiyetiyle* de doğrudan bir ilgisinin olduğunu düşünmek, gerekmez. Zira velev ki, çoğunluğun kabul ettiği üzere muhatabın talep hakkının *riskin* gerçekleşmesine bağlı olduğu kabul edilse dahi eldeki banka teminat mektubunun yine de İİK m. 68/I anlamında belge olarak kabulü ve dolayısıyla takip borçlusu bankanın [ödemeye emrine] *itirazının kesin olarak kaldırılması* gerektiği sonucuna ulaşmak, mümkündür (*Karş. Barlas*, s. 76; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 344). Bankanın ödeme emrine *itirazının “riskin tecelliği etmediğine, dolayısıyla borçlu bulunmadığına”* ilişkin olması durumunda, *itirazın kesin kaldırılması* yargılaması sırasında artık bankanın bu *itirazını*, yine İİK m. 68/I anlamındaki belgelerle ispatı beklenir (ayrıca bkz. Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, İstanbul 1988, s. 340). Esasen aksi düşüncenin kabulünün bu türden (!) banka teminat mektuplarını, “*bono*”dan da zayıf bir statüye tabi tutacak olması bir yana, bilhassa aşağıda (III, 2) “*ilk talepte ödeme kaydının*” olası usûlî sonuçları hakkında yapılacak tartışmalar karşısında, teminat mektubu metniyle bankanın yükümlendikleriyle de tutarlı olmayacağı, anlaşılmaktadır. Riskin -çoğunluk görüşü içinde- oynadığı mühim rol göz ardı edilmemekle birlikte bu türden banka teminat mektuplarının *itirazın kesin kaldırılmasına* yarayan belgelerden olup olmadığı şeklindeki son derece özellikli sorunun cevabı bakımından; “*riskle alakalı itirazların*”, ancak yine İİK m. 68/I anlamında belgelerle ileri sürülmesi beklenir.

ifade edildiği şekliyle bir “*ispat soyutluğu*” olarak görülmesi, söz konusu dahi değildir. *Hâl böyle olmakla birlikte* soyutluk derecesindeki bağımsızlık durumunda dahi bankanın teminat mektubu bedelini ödemekten kaçınılması mümkündür. Tazmin talebinin kötüye kullanılması durumunda yani hakkın kötüye kullanılması hâlini belirleyen şartların tahakkukuyla bankanın ödemeden imtinaı da mümkündür. Bu hâlde “*risk*”, artık teminat mektubuna dayalı talebin koşul vakıası olmadığından; “*haksız talep*” ile “*hakkın kötüye kullanılması*” arasında kesin ve açık bir fark vardır. İşte, tam da bu sırada, talebin haksız olmasından öte açıkça, aşikâr surette kötüye kullanıldığıнын tespiti bakımından -*kanımızca sözü edilen aşikârlığın karşılığı olarak*- “*likit*” delil kavramına sınımlanmaktadır. Bu son kavramın neye delalet ettiğine ait bir tanıma ulaşılamamakla birlikte; örneklendirilmek suretiyle tasvir edildiği görülmektedir<sup>44</sup>.

22. Öte taraftan risk unsuruna yapılan açık ve tereddütsüz göndermenin, soyut borç ikrarı derecesindeki anlayışla bir arada bulunması, mümkün değildir. Lâkin ilginçtir, gerek “*likit delil*”; gerekse “*hakkın kötüye kullanılması mahiyetindeki talep*” şeklindeki kullanım biçimlerinin, bu kez kısaca “*risk*” fonksiyonunu savunan çoğunluk görüşü içinde de kendine yer bulabilmiş olması, dikkat çekicidir<sup>45</sup>. Buna gerek var mı ve varsa neden? Riskin hâsıl olmadığı bir hâlde tazmin talebi, haksızdır. Bu hâlde söz konusu talebin ayrıca hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olup olmadığına bakılmasının bir yeri ve gereği olabilir mi? Ne var ki, ilk talepte ödeme kayıtlarının taraflar arasındaki ilişkide, banka nezdinde işleri güçleştirdiğinde de tereddüt yoktur. Lâkin bu kayıt, banka yönünden acaba neye mâl olmaktadır? “*Soyut borç ikrarına nazaran*” bu kez “*ispat soyutluğu*” şeklinde tasvir edilen bu durum, gerçekte nedir? Şu hâlde varılacak sonuç bakımından “*likit delil*” kavramına hâlâ bir ihtiyaç duyulabilir mi?

23. Banka teminat mektubunun temel borç ilişkisinden olan tabî bağımsızlığına [fer’iliğin karşıtı olarak] karşın bu kez riziko üzerinden ve yine temel borç ilişkisiyle arasında kurulan bağda ilk talepte ödeme kaydı, bazı özellikli sonuçlara yol açmaktadır ki, bunun en genel tasviriyle (*a*) soyut borç ikrarına mı yoksa (*b*) sadece ispat hukuku ve bilhassa külfeti yönünden kimi usulî neticelere mi yol açtığına, açıklıkla karar verilmesi beklenir. Baskın görüşün, [*Alman hukukundakine eş mahiyette bir*] soyut borç ikrarı niteliğini benimsemediği, anlaşılmaktadır<sup>46</sup>. Lâkin bu hâlde, neden hâlâ

<sup>44</sup> Kaya, Sorun, s. 221, 228, 235, 239.

<sup>45</sup> Reisoğlu, Mektuplar, s. 287, 294.

<sup>46</sup> Örneğin bkz. Reisoğlu, Mektuplar, s. 292.

hakkın kötüye kullanılmasından bahsedildiği veya likit delilden söz edildiğini de sorgulamak gerekir. Hâl böyle iken; azınlıktaki görüş içinde geçen “*likit delil*” tabirinin de teknik bir kavram olmadığını, sadece bir durumu tasvir etme/vurgulama amacı güttüğünü savunmak, pek mümkündür. Tabirin çıkış noktasını, *kanımızca* temel ilişkiye yabancı garantör bankanın tazmin talebine yönelik hakkın *açıkça, aşikâr* surette kötüye kullanıldığını ispat edebilmesinin mümkün olup olmadığına aramak gerekebilir. Şu hâlde ispat yükü altında bırakılan bankaya *-yükümlendiği soyut borç ikrarının bir gereği olarak-* hem ispatlanacak vakıa hem de kullanılacak deliller bakımından [*bilhassa serbest delil sisteminin geçerliği olduğu Alman hukuku bağlamında*] ağır bir tahdit *-tasdikli ve onaylı belge, mahkemede edilen ikrar- getirilmektedir*<sup>47</sup>. Yani banka, artık sadece muhatabın haksızlığını ispatlayarak borcundan kurtulamamaktadır. Kısacası, azınlık görüşün konumu açık ve kesin iken; çoğunluğun “*riski*” talep için bir koşul vakıa hâline getirip bu kez “*ilk talepte ödeme kaydının*” uzantısı olarak gördüğü “*ispat soyutluğu*” ile ne neticeye varabileceği üzerinde yoğunlaşmak, gerekir.

24. Bu bağlamda, meselenin çözümü sırasında muhatapça teminat mektubu bedelinin ödenmesi talep edildiğinde; günlük pratiğin içinde bankanın ne yapması/yapmaması gerektiği üzerinden meselenin tarifine çalışılması da sağlıklı değildir. Zira banka, ilk talepte de olsa teminat mektubu bedelini ödemeyebilir. Bu sırada bankanın kendisince bir nedeni, dayanağı olabilir veya olmayabilir; yani eldeki gerekçeler varit ve tatminkâr bulunabilir veya bulunmayabilir. Söz konusu kaydın, pratikte ne gibi neticelere yol açtığına veya açması gerektiğinin tayininden ziyade bilhassa muhatapça bankaya karşı bir alacak davası açıldığında; anılan sözleşme hükmünün kimin, neyi ispat etmesi gerektiğinin tayininde nelere yol açabileceğinin üzerinde durulması, çok daha gerçekçi ve yerinde olacaktır. Garantör bankayı, gündelik hayat içinde söz konusu kaydın varlığına rağmen mektup bedelini derhâl ödemeye icbar edecek bir düzenek elde olmadığına göre sorunun cevabını, açılacak bir alacak davası sırasında bilhassa ispat yükünün dağılımı üzerinden vermek gerekir. Zaten pratikte de peşinen bunu hesap edip öngörmesi gereken garantörün, ilk talep üzerine ödemeyi gerçekleştirip gerçekleştirimeyeceğine karar vermesi beklenir.

<sup>47</sup> Ayrıca bkz. *Kaya*, Sorun, s. 238.

### III. BANKA TEMİNAT MEKTUBUNDA “*RİSKİN*” İŞLEVİ VE İLK TALEPTE ÖDEME KAYDININ MAHİYETİ

#### 1- *Riskin İşlevi*

25. Teminat mektubu metniyle somutlaşan [kefalet benzeri] garanti sözleşmesi kurulduğunda; banka, *üstlenme borcu* altına girer ve risk gerçekleştiğinde *mektup bedelini ödeme yükümlülüğünü* taşır. Anılan türden sözleşmenin konusu, temel ilişki kaynaklı bir riskin garanti altına alınması olduğundan; garanti borcunun risk ile olan fonksiyonel bağı, sözleşmenin bağımsız olma özelliğine rağmen devam eder<sup>48</sup>. Zira teminat mektubu, [*baskan kabule göre*] soyut bir borç ikrarı içermediğinden; mektuptan doğan borcun hukuka uygun olarak ileri sürülebilmesi için her halükârda riskin gerçekleşmiş olması gerekir<sup>49</sup>. Hatta ilk talepte ödeme kaydı dahi riskin gerçekleşmesine yönelik bu bağıllığı değiştirmeye yetmez. Bir başka anlatımla; riskin gerçekleştiğinin ispatı beklenmeksizin ödemenin talep edilmesiyle, sözleşmenin “*bağımsızlık*” özelliği daha da kuvvetlendirilmiş olmakla birlikte risk olgusuyla arasındaki bağ, hiçbir zaman kesilmemiştir<sup>50</sup>. Zaten garanti sözleşmesinde rizikonun konusunu, sözü edilen ve gerçekleşmesi şüpheli görülen olay oluşturmaktadır<sup>51</sup>. Bu sırada; mektupla “*risk*” üzerinden temel ilişkiye yapılan yollamanın fonksiyonu, esasen teminatın konusu belirlemektedir<sup>52</sup>.

26. Bir görüşe göre garanti verenin rizikonun gerçekleşmesine bağlı olan ödeme borcu<sup>53</sup>, *geciktirici şarta bağlanmıştır*<sup>54</sup>. *Sirmen* ise kefalet ve garanti

<sup>48</sup> *Kapancı, İlişkiler, s. 343.*

<sup>49</sup> *Reisoğlu, Mektuplar, s. 231; Tekinalp, s. 512; Arkan, Durum, s. 61, 62; Canbolat, İmkânlar, s. 58, 80; Durmaz, İbrahim, s. 163, 187, 188; Develioğlu, s. 36, 102; Kapancı, İlişkiler, s. 120, 122.*

<sup>50</sup> *Arkan, Durum, s. 81. Risk doğmadığı sürece garanti verenin ödeme borcu doğmaz. Oğuzman/Öz, s. 431; Devlioğlu, s. Garanti, s. 103, 104, 346. Karş. Kaya, Sorun, s. 245.*

<sup>51</sup> *Pulaşlı, H.: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s. 13.*

<sup>52</sup> *Aral, Mektuplar, s. 138.*

<sup>53</sup> Aynı yönde bkz. “*Riskin doğmuş olması, bankanın borcunun doğumu için ön şarttır*”. *Doğan, Mektuplar, s. 401. Bankanın ödeme borcu, ödeme talep edildiğinde doğar. Reisoğlu, Mektuplar, s. 232; Canbolat, Sorun, s. 163, 164. Garanti verenin ödeme borcu, riskin gerçekleşmesi ile doğar ve muaccel olur. Gümüüş, s. 502, 516, 517. Garanti sözleşmelerinde, risk doğmadıkça garanti verenin sorumluluğu da doğmaz. Özen, Kefalet, s. 15.*

<sup>54</sup> Garanti sözleşmesinde garanti verenin edim yükümlülüğü, geciktirici şarta bağlanmıştır. Yükümlülüğün doğması için, riskin gerçekleşmesi gerekir. *Canbolat, İmkânlar, s. 103. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt müessesesini, garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul eden Oğuzman/Öz de fiilin gerçekleşmemesi yüzünden doğacak zararların giderileceğinin YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

sözleşmelerinin şarta bağlı olmadığını ve -gerçekleşip gerçekleşmeyeceği henüz bilinmeyen bir olaya bağlanmış olsa bile- kefilin borcu ile garanti yükünün, sözleşmenin kurulduğu anda doğduğunu ifade etmiştir<sup>55</sup>. Yazara göre teminat amaçlı sözleşmelerde yer alan “şart”, borcun doğumuna değil; borcun kapsamına ya da ödeme anına -yani borcun ifasına- ilişkin olup kanunun ya da sözleşmenin niteliği gereğidir<sup>56</sup>. Eş deyişle hukukî sonucun varlığının şu ya da bu tarzda olması -yani borcun konusu, kapsamı ya da ifa zamanı-, gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlandığında; teknik anlamda şart oluşmaz<sup>57</sup>. Yazar, garanti ve kefalet sözleşmesine benzer gördüğü sigorta sözleşmesinde, sigortacının tazminat ödeme borcunun da şarta bağlı olmadığını belirtmiş ve sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşısında sigortacının sigorta tazminatı ya da bedeli isteme hakkının yer aldığını; sözleşmenin kurulmasıyla birlikte pirim ödeme ve sigortacının tehlikeyi üstlenme borcunun doğduğunu; ancak sigortacının borcunu ödemesinin, tehlikenin gerçekleşmesine bağlı olduğunu vurgulamıştır<sup>58</sup>. Bununla birlikte, sigorta sözleşmesi, tam iki tarafa borç yüklerken; banka teminat mektuplarıyla somutlaşan garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yüklemektedir.

taahhüt edilmesi ile borcun geciktirici şarta bağlandığı ifade edilmiştir. *Oğuzman/ Öz*, s. 418; 430. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde, taahhüt geciktirici şarta bağlıdır. Şartın gerçekleşmesiyle borçlandırıcı işlemin o zamana kadar askıda olan hüküm ve sonuçları doğar. Tazmin borcu da muaccel hale gelir. *Yüce*, M. B.: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 104. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü, garanti sözleşmesinin bir türü olarak gören yazara göre fiili taahhüt edenin borcu, geciktirici şarta bağlanmış bir tazmin borcudur. *Yüce*, M. B.: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Rücu, DEÜHFD, 2020, C. 11, Özel Sayı: 2009, s. 1436. Diğer bir görüşe göre; garanti sözleşmesinde geciktirici şart teşkil eden olay, muhatabın beklediği bir olayın ya da riskin gerçekleşmesidir. İlk talepte ödemeli mektupta ödeme, talep edilmesi şartına bağlandığından; sözleşme, şarta bağlanmıştır. *Atasoy*, s. 114; Bağımsız garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, geciktirici şarta bağlı borçtur. Bununla birlikte; garanti verenin borcunun bağlı olduğu şart, iradi şart olarak kabul edilemez. İlk talepte ödeme kayıtlı garanti sözleşmesinde, “*karmaşık şarta*” bağlı borç doğmaktadır. Zira garanti borcunun doğumu, asıl borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesine bağlıdır. *Develioğlu*, s. 36, 103, 104.

<sup>55</sup> *Sirmen*, L.: Türk Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 39.

<sup>56</sup> *Sirmen*, s. 39-41.

<sup>57</sup> *Sirmen*, s. 40, 41; Yazara göre; bu durumda, sözleşmeye aykırılığa dair genel hükümlere de başvurulabilir.

<sup>58</sup> *Sirmen*, s. 39. Son olarak ayrıca bkz. *Yeşilova Aras*, E.: Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/2, s. 665 vd.

Bu sırada teminat ilişkisine girmek suretiyle müşterisine *gayri nakdi*<sup>59</sup> *kredi*<sup>60</sup> sağlayan banka, söz konusu teminat ilişkisinin kurulmasıyla müşterisinden karşılanmak üzere *komisyona*<sup>61</sup> hak kazanmakta olup bankanın aldığı bu komisyon ücreti, verdiği teminatın karşılığı değil; müşterisine gayri nakdi kredi sağlamak üzere sunduğu (sorumluluk taşımak şeklindeki) hizmetin bedelidir.<sup>62</sup> Kaldı ki, söz konusu müesseselerde karşı karşıya gelen taraf menfaatlerinin farklılığına da dikkat çekmek gerekir. Bu bağlamda, *Tandoğan ve Reisoğlu*'nun da belirttiği üzere sigorta edenin tehlikeyi üstlenmesi; bir teşebbüse sevk etmekten ziyade sigorta primine hak kazanmak içindir. Oysa tek tarafa borç yükleyen garanti akdi; istisnaen ivazlı olsa dahi bu ivaz, sigorta primindeki gibi müşterek zarara iştirak niteliği taşımamaktadır<sup>63</sup>. Zira mektupla lehine taahhütte bulunulan alacaklının, garanti taahhüdü karşısında sinallagmatik bir taahhüdü bulunmaz<sup>64</sup>. Buna ek olarak sigorta sözleşmesinde, sözleşme bedelini yani primi ödeyen taraf ile sigortada yararlanan taraf [çoğu hâlde] aynı olabileceken; banka teminat mektubunun sağladığı teminattan yararlanan kişi ile komisyonu ödeyen kişinin her zaman farklı olduğu da görülmektedir.

<sup>59</sup> Bankalarca verilen teminat mektupları, gayri nakdi kredi sayılmaktadır. Aynı yönde *bkz. Tekinalp*, s. 224, 509; *Çevik*, s. 344-349; *Kostakoğlu*, s. 929; *Kırca*, İ.: Teyitli (Bloke) Çek-Gayri Nakdi Kredi İlişkisi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan (Ed. Engin, B. İ.), Cilt 2, İstanbul 2010, s. 1236; *Barlas*, Teminat, s. 32; *Teoman*, s. 111; *Yener*, M. D.: Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 11, 50-53; *Güney*, A.: Banka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 80, 81; *Çetin/ Dinç*, s. 77.

<sup>60</sup> Bankanın müşterisine sağladığı kredi ise sorumluluk kredisidir. *Tekinalp*, s. 224, 509; *Çevik*, s. 345; Aynı yönde *bkz. Özen*, B.: Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 32, dn. 53.

<sup>61</sup> *Tuncel Yazoğlu*, s. 69; Kredi karşılığı alınacak olan komisyon bedeli, kredi açma sözleşmesi kapsamında hüküm altına alınır. *Yener*, s. 33, 50; *Gürses*, D.: Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016, s. 21, 22, 296; Komisyon, garanti sözleşmesi kapsamında yer almaz. *Tekinalp*, s. 515.

<sup>62</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 121; *Yener*, s. 53; *Barlas*, Mektuplar, s. 8; Banka, hizmetinin karşılığı olarak komisyon alır. *Kılıçoğlu*, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2018, s. 740; Komisyon, garanti sözleşmesi içeriğinde değildir. *Doğan*, Mektuplar, s. 23; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 817.

<sup>63</sup> *Tandoğan*, Mukavele, s. 43, 44; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 846, 847; Aynı yönde *bkz. Reisoğlu*, Mukavele, s. 124-126; Ayrıca *bkz. Arık*, F.: Başkasının Fiilini Taahhüt ve Garanti Mukavelesi, AÜSBFD 1955/2, s. 49.

<sup>64</sup> *Develioğlu*, s. 96, 97; *Kaya*, Sorun, s. 230. Aynı yönde *bkz. Yener Coşkun*, s. 135; Bankanın aldığı komisyon, garanti sözleşmesinin bir unsur değildir, *Doğan*, Mektuplar, s. 21, 44.

27. *Aral*'a göre de garanti alacağının şarta bağlı olması, bu alacağın kaynaklandığı garanti sözleşmesini de şarta bağlı hâle getirmemektedir<sup>65</sup>. *Tandoğan*, garanti sözleşmesinde garantörün borcunun şarta bağlı olmadığını; garanti sözleşmesi kurulduğunda rizikonun garantöre intikal ettiğini; tehlikenin karşılanması yükümlülüğünden söz edildiğinde; bunun garanti sözleşmesinin hüküm bulması anlamına geldiğini ve fakat sözleşmenin hüküm bulmasının da esasen gelecekte gerçekleşecek şüpheli bir olaya bağlanmadığını; şüpheli olayın “*tehlike*” değil de tehlikenin konusunu oluşturan olay olduğunu ifade etmiştir<sup>66</sup>. *Gümüş*, garanti sözleşmesinde riskin asıl sözleşmeden ayrı bir anlaşmaya dayanmadığını; asıl sözleşmenin içeriğine dâhil olduğunu ve bu nedenle de teknik anlamda koşul sayılmayacağını ifade etmiştir<sup>67</sup>. *Kahraman* da garanti sözleşmesinin, geciktirici koşul olmadan kurulabileceğini ancak risk unsuru olmaksızın kurulamayacağını ifade ederek *Gümüş*'ün görüşüne katılmıştır<sup>68</sup>.

28. Banka teminat mektuplarında garanti altına alınan riskin işlevinin tespit edilebilmesi için şarta bağlı işlemin açıklanmasında fayda bulunur. Teknik anlamda şart, sözleşme taraflarının iradî olarak hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını ya da hüküm ve sonuçlarının gelecekte gerçekleşecek şüpheli bir olaya bağlamasını sağlayan sözleşmesel kayıt veya şüpheli olay olarak tanımlanmaktadır<sup>69</sup>. Geciktirici şarta bağlı hukuki işlemde kaynaklanan taahhüdün verildiği an bağlayıcı olduğu kabul edilse de ancak şartın gerçekleşmesi ile sonuçlarını gösterdiği ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Hem borcun *doğumunu* geciktirici şartın gerçekleşmesine bağlayan yazarlar<sup>71</sup> hem

<sup>65</sup> *Aral*, F.: Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukuki İlişki, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan (Ed. Ünal, M.), Ankara 2009, s. 185.

<sup>66</sup> *Tandoğan*, Mukavele, s. 41, 42; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 845; Aynı yönde *bkz. Kahyaoğlu*, s. 43.

<sup>67</sup> *Gümüş*, s. 502 ve özellikle 507. Ayrıca *yazar*, teknik anlamıyla koşula bağlı olan bir hukuki işlemde alacağın koşul gerçekleşmeden doğacağını, garanti sözleşmesinde ise risk gerçekleşmeden alacağın doğmayacağını ifade etmiştir.

<sup>68</sup> *Kahraman*, s. 154, 176.

<sup>69</sup> Ayrıntısı için *bkz. Akıntürk*, T.: Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, AÜHFD, 1971/3-4, s. 224; *Pulaşlı*, s. 7, 8; *Sirmen*, s. 30.

<sup>70</sup> *Eren*, s. 1301; *Kılıçoğlu*, s. 973; *Pulaşlı*, s. 143; *Von Tuhr*, A. (Çev. Edege, C.): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983, s. 747.

<sup>71</sup> *Oğuzman/ Öz*, s. 520, 521; *Öz*, Zenginleşme, s. 85, 98; *Sirmen*, s. 135. Aynı yönde *bkz. Günal*, A. N.: Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti), Ankara 1996, s. 36, dn. 72; *Olgac*, S.: Sebepsiz İktisap, Olgac Matbaası, Ankara 1977, s. 31; *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 58, 332; *Serozan*, Zenginleşme, s. 678; *Develioğlu*, s. 346.

de borcun *doğumunu* hukuki işlemin kurulmasına, *hüküm ve sonuçlarını ise şartın gerçekleşmesine bağlayan yazarlar*<sup>72</sup>, şartın henüz gerçekleşmediği dönemde, hukuken etkili bir borçtan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedirler. Henüz şartın gerçekleşmediği askı döneminde, şarta bağlanmış hak, *beklenen hak*<sup>73</sup> niteliği taşır<sup>74</sup>. Zira şarta bağlı yapılmış bir taahhüt, şart gerçekleşene kadar ne alacaklıya talep hakkı verir ne de borçluya ifa yükümlülüğü yükler<sup>75</sup>.

29. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt konusunu inceleyen *Kayak*; taahhütten kaynaklanan sorumluluk, riskin gerçekleşmesi şartına bağlansa da söz konusu şartın teknik anlamından ziyade kanunî nitelikte bir şart olacağını ve şartın gerçekleşmesine kadar dar anlamda borcun doğumunun “bekler” nitelikte olacağını ifade etmiştir<sup>76</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanuni anlamda şart; öngörülen hukukî sonucun doğumu için kanunen aranılan unsur olarak karşımıza çıkar ve unsur gerçekleştiğinde işlem baştan itibaren geçerli olur<sup>77</sup>. Ancak kanunî şartlar da geciktirici nitelikte olabilirler ve tıpkı teknik anlamda şartta olduğu gibi askı durumuna sebebiyet verebilirler<sup>78</sup>. Teknik anlamda şartın askı durumuyla alâkalı hükümlerinin, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kanuni şarta uygulanması da mümkündür<sup>79</sup>. Kanunî şart ile ilgili açıklamalara, banka teminat mektupları yönünden bakıldığında; farklı bir sonuç çıkmamakta, şart gerçekleşene kadar bankanın mektup bedelini ödeme borcundan bahsedilemeyeceği görülmektedir.

30. Kanaatimizce, kefalet benzeri garanti sözleşmesi; *sui generis* bir sözleşmedir. *Sui generis* sözleşme olan ve teminat mektubu metniyle somutlaşan garanti sözleşmesiyle ilgili bir uyuşmazlık çıktığında; uyuşmazlığın çözümü için, ilk olarak sözleşmenin kendisine

<sup>72</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 330 vd. ve özellikle s. 333; *Eren*, s. 1301, 1306; Ancak şartın gerçekleşmesinin imkânsız olduğu durumda ödeme yapıldığı vakit, borcun mevcut olmamasından bahsedilebilir. *Reisoğlu*, S.: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, s. 140, 148.

<sup>73</sup> Beklenen haklara dair bkz. *Nomer*, H.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002, s. 85 vd.; *Pulaşlı*, s. 144, 145.

<sup>74</sup> *Eren*, s. 1303; *Sirmen*, s. 131 vd.; *Pulaşlı*, s. 152, 161; *Oğuzman/ Öz*, s. 521.

<sup>75</sup> *Von Tuhr* (Çev. *Edege*), s. 747; *Eren*, s. 1301, 1303; *Sirmen*, s. 135, 136; *Pulaşlı*, s. 146, 161, 162; *Oğuzman/ Öz*, s. 521.

<sup>76</sup> *Kayak*, Taahhüt, s. 157-159.

<sup>77</sup> *Akıntürk*, s. 222, 223, 227-229; *Sirmen*, s. 84-86; *Pulaşlı*, s. 84, ve özellikle 89; Kanuni şartın, geçmişe etkili olmasına ilişkin bkz. *Nomer*, s. 97.

<sup>78</sup> *Sirmen*, s. 84; Aynı yönde bkz. *Akıntürk*, s. 228, 229.

<sup>79</sup> *Akıntürk*, s. 229; Kanunda konu ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığında; istisnaen de olsa, kıyasen uygulama yapılabilir. *Sirmen*, s. 86; Aynı yönde bkz. *Nomer*, s. 98.



başvurulmalıdır<sup>80</sup>. Uyuşmazlığın çözümünde sözleşmenin yetersiz kaldığı durumda, öğretici; hâkimin tarafların farazi iradelerini tespit etmeye çalışarak karar vermesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>81</sup>. Bununla birlikte kanaatimizce de hâkim, garanti sözleşmesine uygulamak için Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine bakmalı; çözüm bulamadığında TMK m. 1 uyarınca örf ve âdet hukukuna başvurmalı; buradan da olumlu sonuca ulaşamazsa hukuk yaratmalıdır<sup>82</sup>. İşte bu noktada, özellikle bankanın borcunun riskin gerçekleşmesine bağlı olması sebebiyle ve garanti sözleşmesinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde koşula bağlı sözleşmelere dair TBK m. 170 vd. hükümlerine başvurulması mümkün gözükmemektedir.

31. Bununla birlikte, bankanın borcunun şarta bağlı olup olmamasından bağımsız olarak; riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bilemeyecek durumda olan bankanın *ödeme yükümlülüğünden* bahsedebilmek için, her hâlde muhatabın alacağını talep edebilmesi gerekir. Alacaklının mektuptan kaynaklanan *alacak hakkını* bankaya yöneltebilmesi için de, önce riskin gerçekleşmiş olması gerekir<sup>83</sup>. Lâkin bu sırada; bankanın mektup bedelini

<sup>80</sup> Develioğlu, s. 73.

<sup>81</sup> Develioğlu, s. 73.

<sup>82</sup> Borçlar hukukunun genel kurallarının uygulanması gerektiğine dair bkz. *Yener Coşkun*, s. 53.

<sup>83</sup> Ödeme talebinde bulunma hakkı, riskin gerçekleşmesine bağlıdır. *Durmaz*, İbrahim, s. 150; Alacaklının talep hakkının doğması için; riskin gerçekleşmesi, öncelikli koşuldur. *Yener Coşkun*, s. 270; Alacak, müstakbel ve doğumu belirli olayın gerçekleşmesine bağlanmıştır ve risk gerçekleşince alacak doğar. *Barlas*, Mektuplar, s. 85; Risk gerçekleşince alacak doğar. *Arkan*, Durum, s. 62; Tazmin talebinden önce muhatabın *müstakbel* bir alacağı bulunmaktadır. *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 211; *Canbolat*, Sorun, s. 162, 164; Alacak, lehdarın borcunu ifa etmemesi ile doğar. *Omağ*, s. 340; Alacak, riziko gerçekleşince doğar ve muaccel olur. *Gümüş*, s. 517; Alacak, riziko gerçekleşince muaccel olur. *Kılıçoğlu*, s. 741; *Tuncel Yazoğlu*, s. 73; Alacağın doğması için, riskin gerçekleşmiş olması gerekir. Muaccel hale gelmesi için riskin gerçekleşmiş olmasının yanında, ayrıca ödemenin de talep edilmiş olması gerekir. *Kaya*, A.: İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, Makalelerim-I, İstanbul 2012, s. 263, 276; Alacaklı, geciktirici şarta bağlı alacak hakkına sahiptir. Söz konusu alacak hakkı, riskin ve sözleşmedeki diğer şartların gerçekleşmesi ile muaccel olur. *Develioğlu*, s. 74, 75; Ödeme talebinde bulunulabilmesi için, riskin gerçekleşmesi gerekir. Bu durum, hem *kurucu* hem de *geciktirici* nitelikte bir şarttır. Garanti sözleşmesinde ödeme talebinde bulunulmadıkça, alacak doğmaz ve muaccel olmaz. *Canbolat*, İmkânlar, s. 124, dn. 305, 126; Alacak, usule uygun ve zamanında yapılan tazmin talebi ile muaccel olur. *Aral*, Garanti, s. 194; *Karş.* Alacak, mektup tarihinden itibaren muacceldir. *Akyazan*, Zamanaşımı, s. 5.

ödeyebilmesi için, riskin gerçekleşmesi de tek başına yeterli olmaz<sup>84</sup>. Bankanın ödeme borcunun muaccel olması için, ayrıca *usule uygun bir ödeme talebinde* bulunulması gerekir<sup>85</sup>. Aksi hâlde, yani borcun muacceliyeti için usule uygun bir ödeme talebi aranmadığı takdirde; bankayı, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini sürekli kontrol etmekle ve şartın gerçekleşmesine rağmen ödeme talebinde bulunmayan alacaklıya ödeme yapmakla yükümlü tutmak gerekir ki, bu durumun en azından ticaretin olağan akışına uygun düştüğünün söylenmesi, mümkün olmasa gerek.

## 2- İlk Talepte Ödeme Kaydının Olası Usulî Sonuçları

32. Banka teminat mektuplarının içerdiği ve kısaca “ilk talepte ödeme” şeklinde tasvir edilebilecek kayıtlar hakkında usulî bir bakış açısı getirme çabası, aslında çalışmanın odağındaki meselelerden değildir. Öte taraftan, bu sözleşme kaydının banka teminat mektubunun hukukî niteliği ve bilhassa bankanın muhataba karşı yüklendiği borçla alâkalı savunma sebepleri üzerinde derin etkilerinin olduğu da aşikârdır. Yine çalışma içerisinde geçen ve öğretilde dile getirilen üç farklı husus, anılan kaydın bir kez de usulen ve bilhassa ispat sözleşmeleri yönünden tetkikini adeta zorunlu kılmıştır. Bunlardan ilki, muhatabın tazmin talebinin rizikonun gerçekleştiği konusunda bir karine teşkil ettiğine ilişkin söylemdir (§64)<sup>86</sup>. İkincisi ise bu kayıtlarla hâsıl olan sonucun, “*soyut borç ikrarına*” nazaran aslında sadece bir

<sup>84</sup> *Kaya*, Tedbir, s. 263, 276; *Doğan*, Mektuplar, s. 401; *Canbolat*, Sorun, s. 163, 164; *Canbolat*, İmkânlar, s. 132; *Durmaz*, İbrahim, s. 175, 176.

<sup>85</sup> *Doğan*, Mektuplar, s. 401; *Kahyaoğlu*, s. 68; *Durmaz*, İbrahim, s. 168, 175, 176; Uygun ödeme talebi ile bankanın garanti borcu muaccel hale gelir ve ödeme yükümlülüğü doğar. *Canbolat*, İmkânlar, s. 132, 135; Bankanın ödeme yükümlülüğü, ödeme talep edildiğinde doğar. *Aral*, Garanti, s. 194; Garanti verenin borcu, risk gerçekleşince muaccel hale gelse de garanti verenin sorumlu olması için kendisine başvurulmuş olması, gerekir. *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 346. Oysa *karş.* Muacceliyeti sağlayan, ödemenin talep edilmesi değil; talep ile riskin gerçekleştiğinin varsayılmasıdır. *Yener Coşkun*, s. 166; Lehtar taahhüdünü yerine getirmediğinde, bankanın ödeme borcu, muaccel olur. *Omağ*, s. 337; Risk gerçekleşince, bankanın borcu muaccel olur. *Develioğlu*, s. 462; *Kahraman*, s. 174, 176, 346; Garanti verenin ödeme borcu, riskin gerçekleşmesi ile doğar ve muaccel olur. *Gümüş*, s. 502, 516, 517; Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde, vaad edenin borcu, sözleşme kurulduğunda doğar. Ancak taahhüt, geciktirici şarta bağlı olduğundan; şart gerçekleşince, borç da muaccel olur. *Yüce*, Sözleşme, s. 101, 103, 104.

<sup>86</sup> İlk talepte ödeme kaydı; risk gerçekleşmeden ödemeye dair bir yükümlülük değil, zarar varlığına ilişkin “*zarar karinesi*” getirir. *Bkz. Arkan*, Nitelik, s. 62; *Yüce*, Sözleşme, s. 113; *Gümüş*, s. 517. Ayrıca *bkz. dn. 155, 203, 244.*

“*ispat soyutluğu*” olduğuna ilişkin çıkarımdır<sup>87</sup>. Üçüncüsü ise böyle bir kayıtlı yüklendiği borç nedeniyle bankanın [haksızlığın da ötesinde] *ancak* dürüstlük kuralına aykırı istemler karşısında ve şayet elinde de “*likit deliller*” var ise ödemekten imtina edebileceğidir<sup>88</sup>.

33. Öğretide, ispat sözleşmeleriyle ilgili olarak takip edilen sistematik içinde yapılan ve çalışma konumuzla da yakından alakalı ayırım<sup>89</sup>, esasen *vakıaları çekişmesiz duruma getiren sözleşmeler (a) ile ispat yükü sözleşmeleri (b)* şeklinde olmakla birlikte bunların yanında bir üçüncü ayırım olarak delil sözleşmelerinden (c) de söz edilmektedir.

34. Vakıaları çekişmesiz duruma getiren sözleşmelerin (a) yine çalışmamızı ilgilendirebilecek olan alt türleri, *ikrar*<sup>90</sup> (i) ve *karine/varsayım sözleşmeleri*<sup>91</sup> (ii) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. “*İkrar sözleşmelerinin*” caizliği hayli tartışmalıdır. Lâkin bu türden sözleşmeler özelinde, iki sonucun iç içe geçtiği görülmektedir. Buna göre; ilgilinin inkâr olanağı peşinen elinden alınırken eş zamanlı olarak sözleşme konusu vakıanın doğruluğu, yine baştan kabul edilmekle artık ispatına gerek kalmamaktadır. Kısacası, ikrar sözleşmesiyle sözleşmeye konu vakıanın aksinin ispatına ne gerek ne de imkân bulunmaktadır. Şayet sözleşmeye konu vakıanın aksinin ispatına hâlâ imkân var ise eldeki de artık bir “*ispat yükü sözleşmesi*” olmaktadır<sup>92</sup>. İkrar sözleşmesinin, konusu olan vakıanın aksinin ispatına elvermeyen sonucu; dahası bunun ihtilâfin çıkmasından evvel, peşinen kararlaştırılmış olması;

<sup>87</sup> *Karş. Kaya*, Sorun, s. 227-228. Benzer bir tartışma, borcun sebebini göstermeyen borç tanımalarında (TBK m. 18), *alacaklının alacağını ispatlamak zorunda olmamasına* ilişkin görüşler arasında da geçerlidir. İsviçre hukukundan mülhem ortaya konan görüşler, yine üç tanedir. *İlkinde*, anılan hüküm, ispat yükünü karşı tarafa geçiren bir kanuni karine olarak kabul edilmektedir. *İkincisinde* ise mevcut durumun, kanuni bir karineye değil; sadece tanınan borcun varlığı hakkında *fiili bir karineye* dayandığı ileri sürülmektedir [İlk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları için de elde olmayan normatif temel dikkate alındığında; *olsa olsa* bu türden bir karinenin varlığı iddia edilebilir]. Üçüncü ve son görüş, borç tanımalarını, bir ispat sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Şu hâlde tanınan borcun varlığı ve geçerliliğiyle ilgili olarak alacaklı tarafça hiçbir şeyin ispatına gerek olmayacaktır, ayrıntısı için *bkz. Karlı*, Ö.: Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması, İstanbul, 2008, s. 87-89; *Yılmaz*, G.: Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta’lili, ABD 2020/4, s. 9, dn. 15. *Karş.* Bu hâlde geçerli görülen “*ispat soyutluğu*” için ayrıca *bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 140.

<sup>88</sup> *Kaya*, Sorun, s. 252 vd.

<sup>89</sup> *Taşpınar*, S.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 113 vd.

<sup>90</sup> *Taşpınar*, s. 131.

<sup>91</sup> *Taşpınar*, s. 156.

<sup>92</sup> *Taşpınar*, s. 133. Ayrıca *bkz. Wagner*, G.: Prozeßverträge, Tübingen 1998, s. 697.

kısacası tarafın “*iddia*” karşısında kullanabileceği savunma sebeplerinden olan “*inkârı*” böylece kullanmamayı yani “*inkâr etmemeyi*” taahhüt etmesi, usûl sözleşmelerine ait gerek *belirlilik* gerekse *öngörülebilirlik* ilkeleri yönünden titizlikle ve şüpheyle sorgulanmasına<sup>93</sup> yol açmıştır ki, banka teminat mektuplarında, bilhassa ilk talepte ödeme kayıtları yoluyla böyle bir sonucun mu hedeflendiği üzerinde ihtiyatla durmak gerekir. Hemen belirtelim, bu yöndeki bir sözleşme kaydının [*kabule göre*<sup>94</sup>] *soyut borç ikrarı* şeklindeki sonucunun ispat yükünün yer değiştirmesinin ötesinde<sup>95</sup> bu kez belirli bir olayın peşinen tespit edilerek -eldeki *ikrar gereği*- aksinin de *iddia edilememesine* yönelik olup olmadığının çok daha özenle -ve *kanımızca şüpheyle*- ele alınması beklenir.

35. Bu başlık altında, ikrar sözleşmelerine göre daha ılımlı; mütevazı sonuçları olan “*karine sözleşmelerini*”, belki biraz daha ön plana çıkarmak gerekebilir<sup>96</sup>. Gerçi, öğretilerde, bu sözleşmelerin de kararlaştırılan karinenin türüne göre aslında ya “[*şartlı ikrar*” ya da “[*aksinin ispatı mümkün*] *ispat yükü*” sözleşmeleri mahiyetinde olduğu ifade edilmiştir. Bu sözleşmelerin özünde de bir olayın ikrarı yer almaktadır. Lâkin *karine* kurgusu içinde taraflar, artık [a] olayının ikrarını, [b] olayının ispatına bağlamaktadırlar. Yani taraflar, aslında [b] olayının ispatı üzerine [a] olayını *inkâr etmemeyi* taahhüt etmektedirler<sup>97</sup>. Şu hâlde örneğin banka teminat mektupları yönünden; tazmin talebinin bizzat kendisinin “[*komşu*” vakıa olarak?] rizikonun gerçekleştiği hususunda bir “*karine*” teşkil ettiğinden bahsedildiğinde; acaba gerçekten de elde bir *karine* mi bulunmaktadır? Soruyu bir kez daha sormaya çalışalım: İlk talepte ödeme kayıtları nedeniyle tazmin talebine boyun eğilirken; bir koşul vakıa olan “*rizikonun gerçekleştiği*” [a] konusunda, bankayı buna ikna eden hangi başka/komşu vakıanın [b] muhatapça ispatı aranmaktadır? Esasen “*karine*” tabiri konusunda geliştirilen dile kolay söylem, pek çok kez *karineler* özelinde “*kendinden sonuç çıkartılan olay*” ile “*ulaşılacak sonuç*” arasındaki farkın göze ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>98</sup>. Oysa tazmine hak kazanmak şeklindeki sonucun doğumu için “*rizikonun gerçekleşmiş olması*” [a]

<sup>93</sup> Taşpınar, s. 139.

<sup>94</sup> “*Soyutluğun*” mahiyeti ve sınırları hakkında bkz. Kaya, Sorun, s. 228 vd.

<sup>95</sup> Taşpınar, s. 126. Ayrıca bkz. Wagner, s. 645, 646.

<sup>96</sup> Ayrıca bkz. Umar, B./ Yılmaz, E.: İsbat Yükü, 2. Baskı, İstanbul 1980, s. 170-171. Karş. dn. 86, 202, 243.

<sup>97</sup> Taşpınar, s. 157.

<sup>98</sup> Karakaş, F. T.: Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, AÜHFED, 2013/3, s. 732, 733.

yönündeki “*sanıya*” ulaşmak bakımından karine kurgusu içinde bir başka komşu vakıaya [b] daha ihtiyaç bulunur. Karine sözleşmesi de zaten [b] olayının ispatı hâlinde, [a] vakiasının ikrarına [inkâr edilmemesine] yöneliktir. Hâl böyle iken, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları bakımından tazmin talebi sırasında, muhataptan ne rizikonun gerçekleştiğinin ne de bu sonucu doğuracağı peşinen kabul edilmiş bir başka komşu vakianın *ispatı* (!) aranmaktadır ki, tazmin talebinde bulunulmuşsa “*riziko da gerçekleşmiştir*” şeklindeki sanı, aslında bir başka komşu vakianın ispatı nedeniyle değil; bizzat taraflar arasındaki sözleşmenin kendisinden ileri gelmektedir.

36. Olayları çekişmesiz kılan sözleşmelerin dışında, elde bir de “*ispat yükü sözleşmeleri*” (b) bulunmaktadır<sup>99</sup>. Öğretide, bu türden sözleşmeler, aslında *geniş anlamda* ikrar sözleşmeleri olarak da görülebilmektedir<sup>100</sup>. Zira taraf, burada da peşinen bir olayın doğruluğunu [=inkâr etmemeyi] kabul etmektedir. Ne var ki, bu türden sözleşmelerin olduğu gibi ikrar sözleşmeleri içinde değerlendirilmesi de mümkün değildir; zira karşı tarafın aksini ispat hakkı bulunur<sup>101</sup>. Gerçekten de taraf, bir yandan inkâr etmemeyi taahhüt etmişken öte yandan her hâlükârda aksini ispat edebilme hakkına da sahiptir. Taraf, sözleşme konusu vakianın aksini ispat edemezse bu kez taşıdığı ispat yükünün gereğini yerine getiremediği için değil; o vakıayı [*peşinen*] ikrar (!) etmiş olduğu için ilgili sonuca mahkûm edilir<sup>102</sup>.

37. İlk talepte ödeme kayıtlarının banka teminat mektupları üzerinde nasıl bir etki yarattığı konusunda, bir kez de yapılan bu açıklamalar ışığında meseleyi tartışmak gerekebilir:

- a. Banka teminat mektubuyla kurulan akdî ilişkinin temel borç ilişkisinden *bağımsızlığı* [ki garanti sözleşmesi niteliğinde

<sup>99</sup> Umar/Yılmaz, s. 14-16. İspat yüküyle ilgili meselelerin (TMK m. 6) maddi hukuk yanında usûl hukukuyla da alâkalı olduğu, yadsınamaz (HMK m. 190, bilhassa *Hükümet Gereğesi*). Ne var ki, baskın görüş, *ispat yüküne* dair ve olması gerekenden sapılması sonucunu doğuran sözleşmelerinin esasen bir maddi hukuk müessesesi -*sözleşmesi*- mahiyetinde olduğu görüşündedir (hepsi yerine şimdilik bkz. Wagner, s. 697, dn. 430, 431, 698).

<sup>100</sup> Bu bağlamda, ispat yükü sözleşmelerinin maddi hukuka mı yoksa usûl hukukuna mı ait olduğu tartışması, ziyadesiyle bu türden sözleşmelerin caiziyeti ve denetimiyle alâkalıdır. Taşpınar, s. 173 vd.

<sup>101</sup> Ayrıca bkz. Wagner, s. 697; Dickhoff, V.: Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß, Erlangen 1940, s. 16, 57 vd.

<sup>102</sup> Taşpınar, s. 177. Aynı yönde bkz. Wagner, s. 697; bilhassa Knecht, O.: Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Freiburg 1937, s. 38, 68.

- görülmele bu sonuç kendiliğinden gerçekleşmektedir], ilk talepte ödeme kayıtlarıyla mı sağlanmaktadır<sup>103</sup>? (Hayır)
- b. Bir vesileyle sağlanan *bağımsızlık* sebebiyle muhatabın tazmin talebi karşısında garantör bankanın,
- i. muhatap ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisinden ileri gelen savunma sebeplerinden *kesin* mahrum olması yanında
  - ii. bu kez, tazmin talebinin temelini teşkil eden ve banka ile muhatap arasında akdedilmiş [garanti] sözleşme(sin)den ileri gelen savunma sebeplerine dayanmaktan da men edildiği söylenebilir mi? (Hayır)
- c. Yukarıdaki soruya (b, ii) verilecek yanıtın olumsuz olması durumunda, aşağıdaki savunma sebeplerinden *hangisinin veya hangilerinin* banka tarafından kullanılmasına cevaz verilmektedir?
- i. Bizzat garanti sözleşmesinden kaynaklananlar, (Evet)
  - ii. Garanti sözleşmesinin tarafı olan bankaya ait olup da muhataba karşı kullanılacak *kişisel savunma* sebepleri, (Evet)
  - iii. [*Temel borç ilişkisiyle alâkalı olmakla birlikte*] Rizikonun gerçekleşmediği yönündeki savunma sebepleri (*çoğunlukça da kabul edildiği üzere; azınlık görüş yönünden ise hakkın açıkça kötüye kullanılmış olması şartıyla*, Evet)

38. Banka ile muhatap arasındaki akdi ilişkinin hükümleri arasında yer alan “*ilk talepte ödeme*” kaydının nasıl bir işlev gördüğü meselesi, ilginç olduğu kadar; çalışma konumuzun odağında yer alan ve bankanın *ödememesi gerektiği hâlde o sırada (!) ödemek zorunda kaldığı* bedeli, bu kez doğrudan muhataptan geri alıp almayacağı sorusu için de önem arz etmektedir. Zira en genel anlamıyla ödenmesi gerekmeyen bir bedelin ödenmiş olması durumunda, gerçekten de bankanın bu bedeli “neden/hangi gerekçeyle” ödememesi gerektiğinin dikkatle ele alınması gerekir. Söz gelimi, bankanın bu sırada lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiden hareketle kimi savunma sebeplerine dayanmasını beklemiyoruz. Öte taraftan bankanın bu kez doğrudan tarafı olduğu akdin kendinden kaynaklanan veya muhataba karşı kullanabileceği *şahsi* kimi savunma sebeplerini tüketebilmesine de cevaz verilmiştir<sup>104</sup>. Bu iki sahanın arasında, adeta gri alanda kalan mesele ise banka

<sup>103</sup> Karş. Barlas, Mektuplar, s. 47.

<sup>104</sup> Kaya, Sorun, s. 229.

teminat mektubuyla güvence altına alınan [ve aslında -çoğunluğun kabulüne göre- garanti sözleşmesinin bir unsuru olan] tehlikenin/rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin de taraflar yani bankayla muhatap arasında bir çekişme konusu olup olamayacağıdır.

39. “*Tehlike*” yahut “*riziko*” olarak görülüp tarif edilen olayın, esasen muhatap ile lehtar arasındaki ilişkiye ait ve orasıyla ilintili olduğu konusunda tereddüt yoktur. Görünen o ki, “*ilk talepte ödeme kaydı*” bu sırada derin bir etkiye yol açarak *ya* rizikodan da bağımsız/soyut bir borç ikrarını içeren akdi ilişki kurmakta<sup>105</sup> ya da riziko konusunda tarafları arasında *sadece* bir ispat yükü sözleşmesi [=ispat soyutluğu<sup>106</sup>?] tesis etmektedir. Banka ile muhatap arasında, “*ilk talepte ödeme kaydı*” sayesinde temel borç ilişkisinin yanında *rizikodan da bağımsız* soyut bir borç ikrarının inikad edip etmediği meselesi, sözleşmenin yorumuyla alâkalı olup öğretilerdeki çoğunluk ve azınlık arasındaki derin görüş ayrılığının da kaynağıdır. İlginç olan husus velev ki, bu soruya verilecek olumlu yanıtla birlikte, artık elde bir garanti sözleşmesinin [*riskten ari bir garanti sözleşmesi?*] kalıp kalmayacağıdır. Soyut borç ikrarının bulunmadığı ve fakat anılan kaydın saf bir “*ikrar sözleşmesine*” delalet ettiğinin ileri sürülmesiyle de aslında işlevsel açıdan aynı neticeye varılmaktadır<sup>107</sup>. Bu sırada, bilhassa azınlık görüşü içinde, dürüstlük kuralına aykırı istemler önem kazanmakta ve haksızlığın ötesinde artık hakkın da aşikâr surette kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti, o da ancak “*likit*” olarak tesmiye edilen delillerle ispatlanmış olmak kaydıyla bankanın tazmin talebinden imtinana elvermektedir. Şu hâlde bankanın yazılı türdeki sorumluluğundan kurtulabilmesine, ancak “*likit deliller (?)*” vasıtasıyla izin verilmektedir. Bu tabirin, her türdeki haksızlığın değil; ancak hakkın kötüye kullanımının (a) *açıkça*, *aşikâr* düzeyde olduğunu; (b) *tek başına yani başkaca bir tahkikata gerek bırakmadan* ispata elverişli nitelikteki delilleri işaret ettiği şeklindeki bir açıklamanın meseleye biraz daha ışık tuttuğu söylenebilir<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Kaya, Sorun, s. 227.

<sup>106</sup> Karş. Kaya, Sorun, s. 221.

<sup>107</sup> Ayrıca bkz. Taşpınar, s. 126.

<sup>108</sup> Karş. Kaya, Sorun, s. 236-237. “*Likit*” tabirinin kullanıldığı bir başka hâl, İİK m. 67/II hükmü gereğince itirazın iptali davasında, borçlunun haksızlığına karar verildiğinde; aleyhinde ayrıca hükmedilecek olan “*icra inkâr*” tazminatıyla alâkalıdır. Bu durumda, takip konusu alacak “*likit*” ise [ki bu sıfat, artık alacak için geçerlidir] itirazın iptali yanında borçlu ayrıca icra inkâr tazminatına mahkûm edilir. Likit alacaklarda, alacağın gerçek miktarını belirlemek için gerekli bütün unsurlar, bizzat borçlu tarafından *bilinmektedir* veya *bilinebilecek durumdadır*. Eş deyişle; alacağın miktarının tayini için ne tarafların

YUHFD Vol. XXI No.1 (2024)

40. Hâl böyle iken, temel borç ilişkisinden olan bağımsızlık dışında; “*ilk talepte ödeme kaydının*” teminat sebebinden [=riziko] de soyutluğu değil ama sadece tarafları arasında [çoğunluğun kabulüne göre] bir *ispat soyutluğunu* getirdiğinin kabulü<sup>109</sup>, bu kayıtla birlikte [olması gerekenin aksine, HMK m. 190/I] artık bankanın tazmin talebinin koşul vakıası olan rizikonun *gerçekleşmediğini* [dolayısıyla talebin -sadece- *haksız* olduğunu] ispatlaması gerektiği sonucuna yol açmaktadır. Yani aynı sözleşme kaydının yorumu sırasında, tarafları arasında esasen bir *ikrar veya karine sözleşmesinin* bağitlandığına dair herhangi bir ipucuna ulaşılamadığı sürece şimdilik tarafları arasında sadece bir “*ispat yükü sözleşmesinin*” olduğunu ileri sürmek, pekâlâ mümkündür.

41. Bu hâlde bankanın elinde yine “*likit*” seviyede bir delil bulunmasının gerekip gerekmediği, kanımızca tartışmalı bir meseledir. Zira yukarıda, bankanın -*riziko temelinde*- sadece (!) dürüstlük kuralına aykırı istemler karşısında ödemededen imtina edebileceği görüşü ileri sürülürken; hem bu hâlin “*aşikâr*” hem de bunu ortaya koyan delillerin “*likit*” düzeyde olması gerektiği aranmıştı<sup>110</sup>. Oysa ispat yükü sözleşmeleri yönünden [bir başka deyişle

---

anlaşmasına ne de mahkeme kararına gerek duyulur (*Kuru B.*: İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, İstanbul 1988, s. 304-305; *Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.*: İcra ve İflâs Hukuku, 8. B., Ankara 2022, s. 225). Şu hâlde, ilk talepte ödeme kayıtları bakımından söz konusu tabiri ele aldığımızda; [bu tabirde ısrar edilecek olursa] *kanımızca “likit”* delil için de delile konu vakıanın *bilindiğini* veya *bilinebilecek* durumda olduğunu göstermesinden hareketle bir sonuca pekâlâ ulaşılabilir.

<sup>109</sup> *Karş. Kaya*, Sorun, s. 220-221, 226-227.

<sup>110</sup> *Kaya*, Sorun, s. 235, 237; Doktrinde *likit* delillerin neler olabileceği yönünde, değişik görüşler bulunmaktadır. *Tekinalp*’e göre *likit delil*, bankanın ya da müşterisinin yorumunu ve değerlendirmesini gerektirmeyecek şekilde garanti alanın ödeme talebinin haksız olduğunu gösteren delillerdir. *Tekinalp*, s. 533; *Reisoğlu*’na göre ise, lehtar tarafından düzenlenmiş belgelerin *likit delil* olması mümkün değildir. *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 288, 289; *Arkan*’a göre; bu delillerin, bankanın ileride açılacak bir davada ispat yükünü üstlenmesini temin edecek derecede güçlü olması gerekir. *Arkan*, Durum, s. 83, 84; Banka teminat mektubunun hükümsüzlüğünü ya da güvence altına alınan riskin sona erdiğini tespit eden mahkeme kararı ya da ödeme talebinin haksızlığını ya da talep hakkının kötüye kullanıldığını, kuşkuya yer bırakmayacak ölçüde ortaya koyan resmi dairelerin yazılı belgeleri; *likit delil* olarak değerlendirilebilmektedir. *Tuncel Yazoğlu*, s. 55; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 288, 289; *Arkan*, Durum, s. 83, 84; *Tunç Yücel*, s. 12; Yine; mektup bedelini talep hakkının kötüye kullanılmasına engel olmak için alınabilmiş bir *ihtiyati tedbir kararı* (*Reisoğlu*, Şartsız, s. 76; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 294, 304; *Kaya*, Tedbir, s. 263, 269; *Arkan*, Durum, s. 82; *Barlas*, Mektuplar, s. 72; *Doğan*, Mektuplar, s. 360, 361; *Durmaz*, İbraz, s. 229), bankaya *ödemeden kaçınma hakkı* sağlar. *Arkan*, Durum, s. 64, 82; Alınan tedbir kararının, *likit delil* teşkil edeceği yönündeki görüş için bkz. *Tunç Yücel*, M.: Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



çoğunluk görüşü yönünden] de ayrıca “*likit delile*” ihtiyaç duyulup duyulmayacağı hakkında bir sonuca ulaşmak gerekir. Esasen böyle bir tabirin *kesin/takdiri* delil ayrımı içinde (HMK m. 189/III, 192) kendine kolaylıkla bir yer bulması, güçtür<sup>111</sup>. Bu bağlamda “*ilk talepte ödeme kaydı*” gereğince ispat yükünü üzerine alan bankanın kullanabileceği deliller hakkında, bir de “*delil sözleşmesiyle*” mi bağlı olduğu sorulabilir (HMK m. 193). Bu son soruya verilecek olası bir olumlu cevabın, delil sözleşmesinin kanunî unsurları nazarında galip ihtimâl olduğu inancında değiliz. Kaldı ki, bankanın [muhatap ile lehtar arasındaki] tarafı da bulunmadığı bir ilişkiyle alâkalı olarak “*rizikonun gerçekleşmediğinin*” ispatı konusunda karşılanması zaten ağır sayılabilecek bir yükün altında, bu kez kullanabileceği deliller konusunda da birtakım kısıtlara [“*aşikârlık*” tahdidi de varit olmadığına göre] *neden* tabi tutulmuş olabileceğine, ihtiyatla yaklaşmak gerekir<sup>112</sup>. Dolayısıyla bilhassa çoğunluk görüşü içerisinde, kesin delil/takdir delil ayrımı yanında neden bir de “*likit delil*” ayrımına ihtiyaç duyulduğu hakkında, tatminkâr bir gerekçeye ihtiyaç vardır. Öte taraftan, temel borç ilişkisine yabancı garantör bakımından; muhataba karşı rizikonun gerçekleşmediğinin ispatı için geçerli “*kesin delil*” kısıtının (HMK m. 200) dışında olası başka usulî tahditlerin kaynağı hakkında, elde yeteri kadar veri olduğunu söylemek de mümkün gözükmemektedir.

42. Gelgelelim, “*ilk talepte ödeme*” kaydına yaslanmış ispat yükü sözleşmesinin son derece özellikli bir başka usulî sonucu daha gündeme gelebilecektir. Bankanın kuvvetle muhtemel yaşayacağı ispat imkânsızlığı karşısında, bu kez muhataba *açıklama ödevinin*; *somutlaştırma yükünün* veya *karşı delil ikame yükünün* yüklenmesi suretiyle ispat yükünün hafifletilmesine, kolaylaştırılmasına imkân tanınıp tanınmayacağına<sup>113</sup> bir yanıt bulmak gerekir. Kanımızca buna verilecek cevap olumsuzdur.

---

Bir İnceleme, BaÜHFD, 2013/107, s. 14; *Kahyaoğlu*, s. 78; *Karş.* Tedbir kararları, her zaman likit delil niteliğinde olmamaktadır. *Kaya*, Sorun, s. 255; Aynı yöndeki endişelerin değerlendirmesi için *bkz. Tekinalp*, s. 536, 537; Bunların dışında; borçlunun belgelendirmedeği yalın iddialarını bankaya yöneltmesi, bankanın ödemesini engelleyemeyecek ve ilk talepte ödeme kayıtlı mektuptan doğan derhâl ödeme borcu yerine getirilecektir. *Doğan*, Mektuplar, s. 468; Ödeme talebinin haksızlığı ile ilgili yapılacak değerlendirmede, müşterinin/lehtarın değerlendirmeleri göz önünde tutulmaz. *Tekinalp*, s. 527, 533; Aynı yönde *bkz. Tuncel Yazoğlu*, s. 64.

<sup>111</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 287 vd.

<sup>112</sup> *Karş.* dn. 117.

<sup>113</sup> Ayrıntısı için *bkz. Atalay O.*: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vaktaların İspatı, İzmir 2001, s. 123 vd.

Sözleşmeyle iradi olarak bu yükü yüklenmiş olan bankanın, yabancı olduğu bir ilişkiye ait meselenin [=riziko] aksinin ispatı sırasında çekeceği güçlük, ne bilinemez ne de öngörülemezdir. Banka özelinde çekilen güçlüğü paylaşılması bakımından muhataptan bir yardım beklenmesi, *kanımızca* söz konusu sözleşme kaydının içeriğindeki ikrarın varlığıyla ve işleviyle çelişir. Dolayısıyla burada ispat yükünün *-sair tüm usulî sonuçlarıyla birlikte-* yegâne taşıyıcısının garantör banka olduğunu, kabul etmek gerekir.

43. Bir önceki sorumuza geri döndüğümüzde; çoğunluk görüşü içinde -*hâlâ böyle bir kavrama ihtiyaç olup olmadığı bir yana-* “*likit delil*” tabirine tatminkâr düzeyde örnekler verilebildiğini de söylemek güçtür. Söz konusu tabir, tasvir edilebildiği hâlde somut olarak tahdit edilememiştir. Kimi kez, mahkeme kararından veya resmî belgelerden söz edilmişse de bu ölçüde bir kısıtın genel kabul gördüğünü söylemek güçtür. Esasen Türk usul hukuku içinde “*likit delil*” tabirine bir yer bulmanın mümkün [ve gerekli] olup olmadığı sorusuna bir yanıt bulmadan *likit delilin -hele azınlık görüşün gerekçelerinden hareketle-* tasvirine çalışılması, izahı kolay olmayan bir husustur. Söz gelimi yukarıda ele alınan ikinci emsal kararda (§4), ödeme vakıasının “*belgelerinin*” lehtarca bankaya ulaştırılmasından söz edilmektedir. Söz konusu ödeme belgelerinin, *-her nasıl olacaksa?* - resmi olmasından *-en azından bu kararda-* söz edilmiş değildir. Riziko koşul vakıasının gerçekleşmediği/sona erdiği hususunda, hiç şüphesiz ki, muhatap aleyhinde ancak bu yönde talebi bulunan muhataptan *sadır* olmuş delillerin kullanılması gerektiğine; tereddüt duymamak gerekir. Yani söz gelimi, avans teminat mektubuna konu avansın lehtarca muhataba ödendiği; dolayısıyla avansın iade edilmemesine yönelik rizikonun kesinkes ortadan kalktığı bir hâlde, ödeme makbuzlarının [bunu tevsik eden sair senetlerin] muhataptan *sadır* olması gerekir. Lâkin bu hâlin tevsikini *-bırakın mahkeme kararına-* bir resmî belgeye dayandırmak için gerekli -akdî yahut kanunî- normatif kaynağı nereden bulacağımız sorusunun yanıtı, meşkûktür. İlginçtir, bankanın elinde hiçbir senedin olmadığı ihtimâlde *-başta neye güvenilerek ödemededen imtina edildiği bir yana-*, tıpkı lehtarla muhatap arasında yaşanabilecek olası bir çekişmenin çözümü sırasında kullanılabileceği gibi bankanın yine avansın lehtarca ödenmiş olduğunun; dolayısıyla rizikonun sona ermiş bulunduğu ispatı için muhatapın ticari defterlerine dayanmasını da (HMK m. 222/V) nasıl ve ne gerekçeyle engelleyebiliriz? Bir başka sıra dışı durumu da burada örnek olarak vermek mümkündür: Yine aynı olayda, bankanın taşıdığı ispat yükü gereğince sığındığı ve kullandığı yegâne kesin delilin “*yemin*” olmasına teorik olarak nasıl mâni olabiliriz? İspat yükü sözleşmesi gereğince elde muhatap lehinde bir *ikrarın* olduğu nasıl tartışmasız ise de bunun aksinin

ispatına cevaz tanındığı da aynı ölçüde çekişmesizdir. Bu sözleşme kaydının tabîi sonucu olarak olası ispat güçlüğü'nün giderilebilmesi için olağan hâlde başvurulabilecek hiçbir usulî metodun burada tüketilemeyeceği sonucuna da ulaşmış bulunuyoruz. Lâkin bundan başka, *-elde ayrıca bir delil sözleşmesi olmadığı takdirde-* Türk usul hukukunda geçerli, kanunî ayırmadan uzaklaşılmasını gerektiren bir neden de göremiyoruz. Öte taraftan bilhassa çoğunluk görüşü nazarında; rizikonun sona erdiği/kalmadığı/gerçekleşmediği konusunda, hakkın ayrıca kötüye kullanılmış olmasına bir sonuç bağlanmadığına göre *“likit delil”* tabirine neden ihtiyaç bulunsun<sup>114</sup>? Kaldı ki, anılan likiditenin daha ziyade, delile konu vakıyyla bir ilgisinin bulunduğu<sup>115</sup> ve ona dayalı tazmin talebinin [beklenenin aksine ve sanki azınlık görüşüne itibar edercesine] hakkın açıkça kötüye kullanılması suretiyle ileri sürüldüğünü göstermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bütün bu nedenlerle rizikonun [sadece] sona erdiği/kalmadığı konusunda, akdetmiş olduğu ispat yükü sözleşmesiyle birlikte bankanın *-temel hukuki ilişkinin tarafı olmamakla birlikte-* rizikoya ait mevcut ikrarının aksine borçlu olmadığı'nın ispatı bakımından geçerli *“kesin delil”* tahdidinin *“likit delil”* yerine<sup>116</sup> kullanılmasının gerektiği ve yetiştğini ileri sürmekteyiz.

*Likit* delil yerine kullanılması tarafımızca önerilen *“kesin delil”* tabirinin kanunî istisnaları yanında; yerine göre *“takdiri delilleri”* de içerip içermeyeceği, esasen bir başka tartışmanın konusudur. Başlı başına çalışma konusu olabilecek bu meselenin, burada kesinleşme çözümüne çalışılacak değildir. Ne var ki, risk, şayet bir hukuki işleme delalet ediyorsa kesin delil tahdidinin kendiliğinden işlerlik kazanacağında tereddüt etmemek gerekir. Mesele, aksi hâlde sorunun cevabının ne olacağıdır. Banka teminat mektubu metninin örneğin *“geçici teminat mektuplarında”* yazıldığı gibi, *“ihalenin adı geçene yapıldığı usulüne uygun olarak bildirildiği ve kesin teminat vermesi ve sözleşme yapması istenildiği halde kesin teminat vermediği ve sözleşme yapmadığı ve ilgili yasa ve tüzük ile işe ait şartname hükümlerine uygun hareket etmediği takdirde, ...”* şeklinde kalem alındığı bir durumda, rizikonun gerçekleşmediği zira örneğin kesin teminatın verildiği veya sözleşmenin akdedildiği konularının birer hukuki işlem olarak kesin delillerle ispatı gerekirken; bu kez şartname hükümlerine aslında uygun davranıldığı konusunda aynı berraklıkta meseleye yaklaşmak mümkün olamayabilecektir. Yine *“kesin teminat mektubu”* olarak anılan bir başka teminat mektubu metnine göre *“Kanunlar ile ilgili yönetmelik, esasları ile sözleşmesi hükümlerine göre kısmen veya tamamen yerine getirmediği takdirde...”* biçiminde tarif edilen risk, içeriğinde her

<sup>114</sup> Karş. dn. 121, 123.

<sup>115</sup> Karş. dn. 108.

<sup>116</sup> Karş. Reisoğlu, Mektuplar, s. 287, 288.

zaman bir hukuki işlemi barındırmayabilir. Bu nedenle *kanımızca* ana kuraldan ayrılınmamalı; kesin/takdiri delil ayrımı için geçerli kıstas ve istisnaları her ne ise ona sadık kalınarak delillerin caiziyetine karar verilmelidir. *Hâl böyle iken*; aynı metinlerde geçen “... (...) ile (ilgili kamu kurumu...) arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyumsuzluk ve bunun akıbet ve kanuni sonuçları dikkate alınmaksızın, yukarıda yazılı tutarı ilk yazılı talebiniz üzerine derhal ve gecikmeksizin idarenize nakden ve tamamen...” şeklindeki ibarenin, bu kez deliller bağlamında da bir tahdit içerdiğinin ve dolayısıyla bir delil sözleşmesi teşkil ettiğinin kabulü, HMK m. 193 hükmünün açık içeriği karşısında hayli tartışmalıdır. Yazılanların [azlığın görüşüne göre] bir soyut borç ikrarı veya saf bir ikrar sözleşmesi teşkil ettiği sonucuna varılmadığı her hâlde, yani olağan şartlar altında, riske konu vakianın bir hukuki işlem olmasına göre kesin/takdir delil ayrımına tabi olmaktan başka bir sonuca üstünlük tanımak güçtür.

#### IV. RİSKİN GERÇEKLEŞMEYECEĞİ KESİNLEŞTİKEN SONRA YA DA RİSK GERÇEKLEŞMEDEN ÖNCE ÖDEMENİN TALEP EDİLMESİ

44. İlk talepte ödeme kaydı sebebiyle teminat ilişkisi, *neyi anlattığı; bu nedenle yerinde bir biçimde kullanılıp kullanılmadığı bir yana* ve fakat yaygın bir şekilde ifade edildiği üzere “*önce öde sonra dava et*” prensibine göre biçimlenmişse de ödeme yükümlülüğünün riskin gerçekleşmesine olan bağlılığı hiç değişmemektedir<sup>117</sup>. Yani alacaklının mektuptan kaynaklanan alacak hakkını talep edebilmesi için hâlâ riskin gerçekleşmiş olması gerekir. Oysa söz konusu kayıt sayesinde muhatap da talep aşamasında, riskin gerçekleştiğini ispat etme zorunluluğundan kurtulmaktadır. Tam da bu sırada alacaklı [=muhatap], risk henüz gerçekleşmemişken<sup>118</sup> (a) veya riskin gerçekleşmeyeceği kesinleştikten sonra<sup>119</sup> (b) mektup bedelinin tahsili için bankaya başvurduğunda; *haksız bir ödeme talebinde* bulunmaktadır<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> *Reisoğlu*, Şartsız, s. 69; *Arkan*, Durum, s. 75; *Kostakoğlu*, s. 930-932; *Develioğlu*, s. 346; *Canbolat*, İmkânlar, s. 79, 80. *Karş. Kaya*, Sorun, s. 245. Ayrıca bkz. §§ 18, 21.

<sup>118</sup> *Karş.* Riskin gerçekleşmediği dönemde yapılan ödeme talebi de hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. *Develioğlu*, s. 346, 380.

<sup>119</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 292; *Yener Coşkun*, s. 275, 276; Riskin gerçekleşme ihtimali sona ermişse bu durumda talep, hakka dayanmaz. *Develioğlu*, s. 345, 346, 380.

<sup>120</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 292; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 200, dn. 882; *Karş.* Riskin gerçekleşmemesi hâlini, genel olarak hakkın kötüye kullanılması kapsamında inceleyen görüşler için bkz. *Doğan*, Mektuplar, s. 66-68, 336, 337; *Durmaz*, İbrahim, s. 43; İlk talepte ödeme kayıtlı mektuplarda, haksız talebin reddi için, ayrıca talebin hakkın kötüye kullanılarak ileri sürülmüş olması gerekir. *Kaya*, Sorun, s. 245; Riskin, henüz *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

Mektupla garanti edilen riskin henüz gerçekleşmemiş veya hiç gerçekleşmeyecek olması, bankanın bizzat garanti sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebeplerindedir<sup>121</sup>. Ancak bu sırada öne sürülebilecek ve riske dair/riskle alâkalı hususlar da garanti sözleşmesinin bağımsızlığını zedelememelidir. Söz gelimi, *-riskin doğumuna yol açan ve fakat bu kez lehtarın sığındığı; ona özgü-* temel ilişkiden kaynaklanan borcun zamanaşımına uğradığı veya ifasının sonradan objektif olarak imkânsızlaştığı; kötü ifa edildiği, sona erdiği ya da hak düşürücü sürenin dolduğu; takas; borçlunun borcunun olmadığı; ölümü yahut iflâsı, mücbir sebep veyahut beklenmeyen hâl gibi nedenler ileri sürülemez<sup>122</sup>. Buna karşın ilk talepte ödeme kaydının varlığına rağmen bankanın, vadesinden sonra mektup bedelinin talep edildiği; ödeme talebinin bir başka bir borca dayandığı; garanti altına alınan riskin gerçekleşmediği ya da sona erdiği; mektubun yetkisiz kişilerce imzalandığı; mektubun ahlâka, adaba ve kamu düzenine aykırı olduğu; mektuba dayalı talep hakkının zamanaşımına uğradığı; teminat mektubunun sahte olduğu; hata ve hile ile tanzim edildiği gibi nedenler ileri sürerek ödemedenden kaçınması da mümkündür<sup>123</sup>. İşte bu durumda, bankanın ödemedenden kaçınma hakkı; teminat mektubuyla somutlaşmış garanti sözleşmesinden kaynaklanan def'i ve itirazlardan ileri gelmektedir<sup>124</sup>. Ne var ki, kabule göre riskin henüz gerçekleşmediği ya da

gerçekleşmemiş olduğu durum ile gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığı durumu; “*amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması*” olarak değerlendiren görüş için bkz. *Canbolat, İmkânlar*, s. 258-265.

<sup>121</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 61, 64; *Reisoğlu*, Şartsız, s. 74; Aynı yönde bkz. *Barlas*, Mektuplar, s. 66; *Barlas*, Teminat, s. 40; *Tekinalp*, s. 534; *Arkan*, Durum, s. 79; *Acar, F./Kul*, E.: Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi, *İÜHFİM*, 2020/3, s. 1368, 1369; *Karş. Kaya*, Sorun, s. 244.

<sup>122</sup> Bkz. İçBK, 13.12.1967, K. 1966/16, K. 1967/7, (Legalbank); İçBK, 11.06.1969, E. 1996/4, K. 1969/6, (Legalbank); HGK, 19.04.1995, E. 1995/11-124, K. 1995/408, (Legalbank); *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 57-59; *Reisoğlu*, Şartsız, s. 72; *Doğan*, Mektuplar, s. 347; *Doğan*, Mücbir, s. 141; *Yener Coşkun*, s. 246; *Acar/ Kul*, s. 1367, 1368; Banka, alacaklı ile müşteri arasındaki borç ilişkisini temel alan döviz rejimine dair def'iyi de ileri sürememektedir. *Tekinalp*, s. 534; Aynı yönde bkz. *Arkan*, Durum, s. 70; *Kaya*, Sorun, s. 245, 251.

<sup>123</sup> Sebeplere dair bkz. HGK, 03.07.1981, E. 1979/1-1941, K. 1981/560, (Legalbank); *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 291; *Arkan*, Durum, s. 70-75; *Tekinalp*, s. 534; *Barlas*, Mektuplar, s. 66, 67; *Barlas*, Teminat, s. 39, 40; *Kahyaoğlu*, s. 77; *Develioğlu*, s. 368; *Yener Coşkun*, s. 249-268; *Acar/ Kul*, s. 1368; *Yasan*, s. 42.

<sup>124</sup> *Arkan*, Durum, s. 71. Aynı yönde bkz. *Yener Coşkun*, s. 249; *Yasan*, s. 42, 43.

sona erdiği durumda, bankanın ödeme yükümlülüğünün kalkması için *ödeme talebinin haksızlığının* banka tarafından ancak [neye işaret ettiği hakkında aksi yönündeki görüşlerimiz saklı kalmak üzere (§ 41, 43)] *likit* delillerle ortaya konması beklenmektedir<sup>125</sup>.

45. Doktrinde<sup>126</sup> ve yargı kararlarında<sup>127</sup>, alacaklının *ödemeyi talep etme hakkını kötüye kullanmasının* hukuken korunmayacağı ve bankanın bu yöndeki savunma sebebinin de ileri sürebileceği, kabul edilmiştir. Zira bankanın, mektup bedelini talep hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek ödemedi kaçınılması, garanti sözleşmesinin kendisinden kaynaklanmaktadır<sup>128</sup>. Oysa garanti akdinin riskle olan bağıllığı, bağımsızlığına karşın hâlâ devam ettiğinden; temel ilişkiyi etkileyen kimi durumlardan<sup>129</sup> garanti verenin borcu ve bu borcun bağlı tutulduğu *risk* de zaten etkilenebilmektedir<sup>130</sup>. Kaldı ki, bankanın mektup bedelini ödeme borcu, temel borç ilişkisiyle tam bir ekonomik bir bütünlük içindedir<sup>131</sup>. Ne

<sup>125</sup> *Tandoğan*, Cilt 2, s. 858-859; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 287-289; Garanti yükümlülüğü etkilenmişse, riskin sona erdiği savunması; likit deliller öne sürülerek yapılabilecektir. *Yener Coşkun*, s. 265, 266; Riskin doğmadığı ya da sona erdiği durumda; tedbir kararı alınmışsa ya da likit deliller öne sürülmüşse, banka ödeme talebini reddeder. *Öcal*, C.: Banka Teminat Mektupları, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları (28-29.04.2012), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan-Cilt 2 (Ed. Belen, H./ Altay, İ.), İstanbul 2014, s. 200; *Yasan*, s. 42; Riskin henüz gerçekleşmemiş olduğu durum ile gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığı durumu, “*amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması*” olarak değerlendiren görüşe göre; amaca aykırılığın, *likit* delillerle banka tarafından ispat edilmesi gerekir. *Canbolat*, İmkânlar, s. 268, 269.

<sup>126</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 294; *Tekinalp*, s. 527; *Arkan*, Durum, s. 80, 81; *Kaya*, Sorun, s. 246; *Kaya*, Tedbir, s. 269; *Doğan*, Mektuplar, s. 67, 68, 399; *Durmaz*, İbrahim, s. 43; *Develioğlu*, s. 340; *Yener Coşkun*, s. 268.

<sup>127</sup> İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında; ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı biçimde haksız olduğunu bilen bankanın, ödeme yapmaktan kaçınma hakkı bulunur. HGK, 28.11.2007, E. 2007/11-852, K. 2007/892, (Legalbank).

<sup>128</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 294; Çoğunda öyle olduğu yönünde *bkz. Develioğlu*, s. 348.

<sup>129</sup> *Arkan*, Durum, s. 80, 81; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 64; *Kahyaoğlu*, s. 73-75; *Yener Coşkun*, s. 136; *Kapancı*, İlişkiler, s. 199, 343.

<sup>130</sup> Temel ilişkiden kaynaklanmakla birlikte, bankanın ödeme borcunu etkileyen savunma sebepleri şunlardır: Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle yöneltilmesi; temel ilişkideki bazı geçersizliklerin mektubu etkilediği durumlar ve temel ilişkinin sulh ve ibra ile ortadan kalktığı durumlar. *Kahyaoğlu*, s. 73-75; *Acar/ Kul*, s. 1369; Sulh veya ibraya rağmen ödeme talebinde bulunmayı, mektup metninden kaynaklanan def'i ve itiraz kapsamında değerlendirilen görüş için *bkz. Yener Coşkun*, s. 272-275.

<sup>131</sup> Garanti sözleşmesi ve temel borç ilişkisi arasındaki “*ilişki ağına*” yönelik *bkz. Develioğlu*, s. 55, 121.

var ki, [yaygın kabule göre] hakkının kötüye kullanıldığı likit delillerle sabit olduğunda; bankanın [kanımızca *evleviyetle* -ve bununla da sınırlı olmaksızın-] ödemeyi reddetme yükümlülüğü bulunur<sup>132</sup>. Muhatabın riskin gerçekleşmesine kusuruyla neden olması; muhatabın ifa yardımcısının riskin gerçekleşmesine yol açması; temel ilişkinin muvazaalı veya TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olması hâllerinde yahut muhatabın ifa yerine edim anlaşmasına<sup>133</sup>, ibraya veyahut takas beyanına *rağmen* ödeme talep etmesi gibi durumlarda, ödeme talebinin haksızlığından maada pekâlâ *kötüye kullanıldığından* da bahsedilebilecektir<sup>134</sup>. Bu sırada muhatabın riskin gerçekleşmesine kusuruyla neden olduğu bir durumda, talep hakkının kötüye kullanılması nedeniyle ödeme talebinden kaçınmanın<sup>135</sup> haklı görülebilmesi için alacaklının riskin gerçekleşmesine ancak *ağır kusuruyla* neden olması gerekir<sup>136</sup>. Kaldı ki bu hâlde muhatabın riskin gerçekleşmesine kusuruyla yol açması ihtimâli de teminat kapsamına alınmamış [=risk olarak tarif edilmemiş] olmalıdır<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> *Tekinalp*, s. 527; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 287, 290; *Arkan*, Durum, s. 77, 82; *Durmaz*, İbrahim, s. 164, 175; *Doğan*, Mektuplar, s. 66-68, 336, 337; *Acar/ Kul*, s. 1374; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 200; Aşıkâr olma ölçüsü için *bkz. Kaya*, Sorun, s. 246, 271; *Kaya*, Tedbir, s. 270. *Canbolat*, İmkânlar, s. 233. Bankanın salt şüphesi yetmemekte, kötüye kullanımın açıkça anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca *bkz. Tunç Yücel*, s. 11.

<sup>133</sup> *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 344.

<sup>134</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 294-299; İhale için geçici teminat mektubunun alınması ya da hiç ihale yapılmadan mektup bedelinin istenmesi, asıl borcun ifa edildiğine ya da geçersiz olduğuna dair mahkeme ya da hakem kararının olması gibi nedenlerin, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirileceğine dair *bkz. Acar/ Kul*, s. 1372.

<sup>135</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 295, 296; *Arkan*, Durum, s. 81; *Durmaz*, İbrahim, s. 165; *Karş.* Banka, bu durumu muhataba karşı ileri süremez. Zira bankanın; ilk talepte, itiraz etmeden ödeme yapması gerekir. *Omağ*, s. 337.

<sup>136</sup> Garanti alanın hafif kusuru hâlinde ise; garanti verenin, ödemedenden sorumluluğu sona ermez. *Tandoğan*, Cilt 2, s. 883; *Reisoğlu*, Mukavele, s. 170, 171; *Yener Coşkun*, s. 276, 277; *Doğan*, Mektuplar, s. 487; *Kahraman*, s. 171, 172.

<sup>137</sup> *Tandoğan*, Cilt 2, s. 856, 857; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 296; *Reisoğlu*, Mukavele, s. 171; *Barlas*, Mektuplar, s. 67, 72. *Karş.* Bu sırada yapacağı değerlendirmede banka, muhataptan kusursuzluğunu ispat edebileceği delilleri getirmesini isteyebilmeli; deliller getirilmediğinde de ödemedenden kaçınma hakkını kullanabilmelidir. *Arkan*, Durum, s. 81, 82.

46. Ödeme talebinden evvel *likit* (?) delillerin bankaya ulaştırılabilmesi<sup>138</sup> ve böylece haksız veya hakkın kötüye kullanılması mahiyetindeki ödeme taleplerine baştan mâni olunabilmesi, hem kontrgarantiye dayalı rücu ilişkisi kapsamında sorumlu olan borçlu/lehtar hem de banka için önemlidir. Zira söz gelimi likit delillere rağmen yine de ödeme yapan banka, rücu hakkını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı gibi<sup>139</sup> koşulları varsa borçlunun bu nedenle uğradığı sair zararlarını da tazmin etmesi gerekecektir<sup>140</sup>. Öte taraftan ödemedi haksız olarak kaçınan bankanın, bundan dolayı alacaklı<sup>141</sup> ve hatta borçlu nezdinde doğacak muhtemel zararları ödemekle yükümlü olabileceği de unutulmamalıdır. Bankanın, ödeme talebinin haksız olduğunu ispat edebilmesi gerekir<sup>142</sup>.

## V. BANKANIN SEBESİZ ZENGİNLEŞMEYE DAYANARAK MUHATAPTAN İADE TALEBİ

47. Öğretide, bankanın ödemiş olduğu haksız, sebepsiz bedelin muhataptan iadesi meselesi, *sebepsiz zenginleşme* hükümleri çerçevesinde değerlendirmiştir<sup>143</sup>. Koşulları karşılandığı takdirde bankanın yaptığı ödeme, işlemin karşı tarafı için sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğinden; bankanın iade isteminin de *sebepsiz zenginleşmenin iadesi* hukukî sebebine dayanması mümkündür.

48. Bankanın iade talebinin hukukî sebebi konusuna geçmeden önce, bir hususa peşinen değinmekte fayda vardır: İade talebinin hukuki dayanağı, *taşınırlarda tasarruf işleminin illî olup olmamasına göre* değişiklik göstermektedir. Tasarruf işleminin soyut olduğu düşünüldüğünde (a); borçlandırıcı işlemdeki sakatlık, tasarruf işlemi doğrudan

<sup>138</sup> Tekinalp, s. 533; Arkan, Durum, s. 83; Reisoğlu, Mektuplar, s. 290; Kaya, Sorun, s. 256.

<sup>139</sup> Arkan, Durum, s. 83; Reisoğlu, Mektuplar, s. 288; Reisoğlu, Şartsız, s. 75; Doğan, Mektuplar, s. 256, 337; Kahyaoğlu, s. 28.

<sup>140</sup> Develioğlu, s. 349.

<sup>141</sup> Muhatabı oyalayan ve tedbir için fırsat sağlayan banka; muhatapın, bu nedenle uğrayacağı zararlarından sorumludur. Tandoğan, Cilt 2, s. 871.

<sup>142</sup> Reisoğlu, Şartsız, s. 79; Reisoğlu, Mektuplar, s. 69, 70; Barlas, Mektuplar, s. 76.

<sup>143</sup> Tekinalp, s. 534; Reisoğlu, Şartsız, s. 78; Tandoğan, Cilt 2, s. 892; Omağ, s. 337; Somuncuoğlu, İnceleme, s. 169, 170; Barlas, Mektuplar, s. 83; Doğan, Mektuplar, s. 474; Kahyaoğlu, s. 102; Canbolat, İmkânlar, s. 271, 272; Develioğlu, s. 338, 390; Gümüş, s. 517; Yener Coşkun, s. 285.



etkilemeyeceğinden; mülkiyetin geçişine engel olmaz. Bu durumda iade, sebepsiz zenginleşmeye dayanır. Tasarruf işleminin illî olduğu düşünüldüğünde ise (b) borçlandırıcı işlemdeki sakatlık tasarruf işlemi de etkileyerek mülkiyetin geçişine mâni olur; iade ise istihkak sebebine dayanır. Ancak bu hâlde dahi ifa edilen edim, *para* olduğunda; mülkiyet, TMK m. 776 uyarınca karışma ile geçeceğinden; iade, artık edim dışı sebepsiz zenginleşme temelinde olacaktır. Dolayısıyla risk gerçekleşmemişken (§58, a, i, ii; b) bankanın muhataba yaptığı ödemenin iadesi de paranın mülkiyeti karışma ile muhataba geçtiği için edim dışı sebepsiz zenginleşmeye dayanacaktır. Bununla birlikte, doktrinde yer alan bir görüşe göre edim dışı zenginleşmelere TBK m. 77 (EBK m. 61)'nin uygulanabileceği; edim yoluyla gerçekleşen zenginleşmelerin dahi sınırlı bir kısmına uygulanabilen TBK m. 78 (BK m. 62)'in ise uygulanamayacağı, ifade edilmelidir<sup>144</sup>.

### 1. Muhatabın Zenginleşmesinin Hukuken Korunmaması

49. Teminat mektuplarında muhatap alacaklının taahhüdü, ancak rizikonun meydana gelmesine bağlı olarak mektup tutarını talep edebileceği yönündedir<sup>145</sup>. Bankanın icabı olan teminat mektubu metnini alan ve mektup şartlarını inceleyen alacaklı/muhatap, mektup metnini benimsediğinde; tarafları arasında kurulduğu kabul edilen garanti sözleşmesi<sup>146</sup> gereğince ancak rizikonun meydana gelmesi *şartına* (!) bağlı olarak -mektup tutarıyla sınırlı şekilde- ödeme talep edebileceğini kabul etmiş sayılır. Yani alacaklının mektuptan kaynaklanan *alacak hakkını* bankaya yöneltebilmesi için riskin gerçekleşmiş olması gerekir<sup>147</sup>. Bu nedenle de risk doğmadan ya da sona

<sup>144</sup> Oğuzman/ Öz, s. 355, dn. 140 ve s. 388; Öz, Zenginleşme, s. 82, dn. 32 ve s. 140, 141, 191, 192. Bu bağlamda, aşağıda özellikle § 58 vd.'nda yapılacak ayırım ve buna bağlı olarak bilhassa TBK m. 78 hükmüne uygun olarak varılacak sonuçların da, burada ileri sürülen görüş çerçevesinde bir kez daha ele alınması gerekebilecektir.

<sup>145</sup> Arkan, Durum, s. 62.

<sup>146</sup> Teoman, s. 112; Reisoğlu, Mektuplar, s. 99; Barlas, Mektuplar, s. 53; Barlas, Teminat, s. 32; Doğan, Mektuplar, s. 114; Ekici/ Durukanoğlu, s. 401; Develioğlu, s. 74; Kostakoğlu, s. 930; Taşpolat Tuğsavul, s. 319, 320; Canbolat, İmkânlar, s. 59.

<sup>147</sup> Reisoğlu, Mektuplar, s. 211, 231; Arkan, Durum, s. 62; Canbolat, Sorun, s. 162-164; Canbolat, İmkânlar, s. 59; Barlas, Mektuplar, s. 85; Develioğlu, s. 74, 75. Aynı yönde bkz. Kaya, Sorun, s. 250; Kaya, Tedbir, s. 263.

erdiği hâlde mektup bedelini tahsil etmek için bankaya başvuran alacaklı, esasen haksız ödeme talebinde bulunmuş olur<sup>148</sup>. Yine temel ilişkideki ifaya dair gelişmelerin de bankanın borcunu etkilemesi mümkün olduğundan; yöneltilecek ödeme talebi, *yeri geldiğinde* TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması *da* teşkil edebilmektedir (§45).

50. Bankanın riskin gerçekleşmemiş veya sona ermiş olması nedenine dayanarak *haksız ya da hakkın kötüye kullanımı* niteliğindeki ödeme talebini yerine getirmekten kaçınması mümkündür. Ne var ki, o sırada elinde, kaçınmayı haklı ve mümkün kılacak delili olmayan bankanın üstelik ilk talepte ödeme kaydı [ve içeriğindeki ikrarı] karşısında derhâl ödeme yapması da kuvvetle muhtemeldir. Oysa *-kabule göre-* likit delille de somutlaşmış kaçınma sebebinin ödemedikten sonra bankanın eline ulaşmasıyla ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği ya da haksız olduğu, ancak söz konusu ödemedikten sonra öğrenilmiş olacaktır<sup>149</sup>. Şu hâlde karşı taraf, hukukun korumadığı, haklı olmayan bir sebeple malvarlığını arttırmış ve TBK m. 77 vd. uyarınca *sebepsiz zenginleşmiştir*. Zaten sebepsiz zenginleşme kurumundaki amaç da haklı sebebe dayanmayan malvarlığı fazlasının iadesini sağlamaktır<sup>150</sup>. Ödeme talebinin haksızlığını<sup>151</sup> veya hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğini<sup>152</sup>, ödeme yaptıktan sonra öğrenen bankanın sebepsiz zenginleşmenin iadesi davasını açabileceği kabul edilmelidir.

51. Riskin gerçekleşmediğinin ispat edilmesi suretiyle ödenen bedelin iadesinin istenmesinde, *-usûli sonuçları bir yana-* ilk talepte ödeme kaydının

<sup>148</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 292.

<sup>149</sup> Bir görüş; ödemedikten sonra ibraz edilen tedbir kararının, banka açısından anlam taşımayacağını ifade etmiştir. *Durmaz*, İbraz, s. 150.

<sup>150</sup> *Serozan*, R.: Sebepsiz Zenginleşmeler, İstanbul Şerhi -Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu- Genel Hükümler (Ed. Serozan, R./ Öz, T./ Acar, F./ Gökyayla, E./ Develioğlu, M.), Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 616; *Serozan*, Yoksullaşma, s. 2499; *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 331.

<sup>151</sup> *Reisoğlu*, Mukavele, s. 105, dn. 91; Borçlanılmamış edimin ifası sebebi [TBK m. 78 (EBK m. 62)] yönünden *bkz. Barlas*, Mektuplar, s. 83, dn. 258; *Barlas*, Teminat, s. 43; Aynı yönde *bkz. Develioğlu*, s. 338; Bankaların, yanlışlıkla gerçekleştirdiği fazla ödemenin; TBK m. 78 (EBK m. 62) uyarınca borç olmayan şeyin ifası sayıldığına ilişkin *bkz. Kayar*, I.: Bankaların Yaptıkları Fazla Ödemelerin Hukuki Niteliği ve İadesi Sorunu, BATİDER 1997/1, s. 71.

<sup>152</sup> Hakkın kötüye kullanımı teşkil eden talebin sahibi olan muhatap, (bankaya) bedeli iade etmelidir. *Develioğlu*, s. 349.

varlığı da bir engel teşkil etmez<sup>153</sup>. Buna karşın *Canbolat*, ilk talepte ödeme kaydı nedeniyle bankanın ödemesinin sebepsiz zenginleşme çerçevesinde geriye istenemeyeceğini; zira garantiden doğan borcun ödeme nedenini oluşturan olayın, sebepsiz zenginleşmenin iadesi kapsamında “*haklı bir nedene dayanmama*” niteliği göstermediğini; ödemenin geçici de olsa haklı bir nedene dayandığını ve bankanın, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade davasını açabilmesi için ihtirazı kayıt koyarak ödeme yapması gerektiğini belirtmiştir (*karş.* §74)<sup>154</sup>. Oysa söz konusu kayıt [yani ilk talepte ödeme kaydı], yaygın kabule göre mutlak nitelikte bir ödeme yükümlülüğü yüklememekte; yine yaygın bir biçimde dile getirildiği şekliyle *ya* zararın varlığına bir “*karine?*” teşkil etmekte<sup>155</sup> *ya da* bir “*ispat soyutluğu*” yaratmaktadır (kaldı ki *karş.* §40 vd.). İlk talepte ödeme kaydının fonksiyonu, muhatabın ispata gerek kalmadan ödemeyi talep edebilmesi olup söz konusu kayıt sayesinde sözleşme, sebepten yoksun kılınmamıştır<sup>156</sup>. Derhâl ödeme yükümlülüğü altındaki banka, -olağan şartlar altında- önce ödemeyi gerçekleştirip daha sonra ödediği bedeli, lehtar olan müşterisinden tahsil etmeye çalışacaksa da bu, ödeme yükümlülüğünün riskin gerçekleşmesiyle olan bağlılığını değiştirmez<sup>157</sup>. Hâl böyle iken; bankanın, garanti borcunu etkilemeyecek nitelikteki ve tarafı da olmadığı temel ilişkiden kaynaklanan sebeplerle ödediği bedeli, sebepsiz zenginleşmenin iadesi yoluyla geri

<sup>153</sup> İlk talepte ödeme kaydının varlığına rağmen, geri alma davasının açılabilmesi ve tazmini istenen zararın mektup kapsamında olup olmadığına, dava kapsamında bakılabileceği yönünde *bkz.* *Tandoğan*, Cilt 2, s. 864; *Somuncuoğlu*, İnceleme, s. 169, 170.

<sup>154</sup> *Canbolat*, İmkânlar, s. 272, dn. 447.

<sup>155</sup> *Gümüş*, s. 517; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 200; *Yüce*, Sözleşme, s. 113. Bu sırada risk gerçekleşmiş “*sayılır*”. *Kahyaoğlu*, s. 27. *Karş.* § 32 vd.

<sup>156</sup> *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 122; *Canbolat*, İmkânlar, s. 80.

<sup>157</sup> *Arkan*, Durum, s. 75; *Reisoğlu*, Şartsız, s. 70, 71; *Kostakoğlu*, s. 930-932; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 122, 343. Bankanın ödeme borcunu fer’i nitelikte gören ve teminat mektubunu kefalet çerçevesinde açıklayan görüşe göre ilk talepte ödeme kaydı ile banka, talep anındaki itiraz hakkından feragat etmektedir (*ikrar etmiş olmak?*). Ancak bu feragat, asıl borçluya ait itirazların dava ile ileri sürülmesini engellemez. Bu kayıt ile banka, itiraz hakkını saklı tutar (*aksini ispat hakkı?*). Ödeme yapan banka, ödemenin haklı sebebe dayanmadığını iddia ederek muhataptan dava yolu ile ödemenin iadesini talep edebilir. Bu istirdat davası, sebepsiz zenginleşme hukuki temelini haizdir. *Somuncuoğlu*, İnceleme, s. 169, 170.

istememesi de mümkün değildir<sup>158</sup>. Zira garanti ilişkisinin temel ilişkiden olan bağımsızlığı sebebiyle banka; temel ilişkiden kaynaklanan savunma sebeplerini öne süremeyeceği<sup>159</sup> gibi, bu sırada alacaklının garanti sözleşmesi bağlamındaki zenginleşmesinin haksız olduğu da söylenemez<sup>160</sup>.

## 2. İade Talebinin Bankanın Sebepsiz Zenginleşmesine Yol Açmaması

52. Mektup muhatabının malvarlığında gerçekleşen fazlalaşma, bankanın kendi edimini -her ne kadar sakat olsa da- ifa etmesi sebebiyle oluşmuştur. Bu nedenle sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi, ancak edim sonucu zenginleşme nedeniyle bu iki taraf arasında gerçekleşir<sup>161</sup>. İadeye konu olabilecek sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmesi için bir tarafın malvarlığındaki eksilme hilâfına, diğer tarafın malvarlığında fazlalaşma meydana gelmelidir<sup>162</sup>. Yani bankanın ödediği bedeli sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade hükümleri kapsamında talep edebilmesi için ödemeyi alan kişinin ödeme ile bankanın hilâfına zenginleşmiş olması gerekir.

53. Doktrinde, ödenen mektup bedelinin lehtardan tahsil edilemediği ve bu durumun aciz vesikasıyla kesin olarak ortaya konduğu veya kontrgarantinin var olmadığı ya da geçersiz olduğu ihtimâllerinde yahut da garanti sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, bankanın fakirleştiği ve bankanın sebepsiz zenginleşme davası ile ödemenin iadesini talep edilebileceği ifade edilmiştir<sup>163</sup>. Oysa riskin gerçekleşmemesine veya riskin sona ermesine rağmen, ilk talepte ödeme kaydı sebebiyle muhataba ödeme yapıldığında;

<sup>158</sup> *Arkan*, Durum, s. 68, 69; *Aral*, Garanti, s. 196; *Karş.* Asıl borçlunun kusuruna dayanmayan, sonraki imkânsızlık nedeniyle borcun ifa edilemediği durumda, yine de ödemeyi gerçekleştiren banka ödediği bedeli, daha sonra muhataptan isteyebilir. *Somuncuoğlu*, İnceleme, s. 169, 170.

<sup>159</sup> *Tekinalp*, s. 534; *Arkan*, Durum, s. 61; *Kostakoğlu*, s. 930; *Öcal*, s. 199.

<sup>160</sup> *Arkan*, Durum, s. 68, 69.

<sup>161</sup> Teminat mektubuna bağlı yapılan ödeme, edim yoluyla zenginleşmeye yol açabilir. Zira muhatap, mektup ilişkisi dâhilinde yer alan edimin ifası neticesinde zenginleşmektedir. *Karş.* § 48.

<sup>162</sup> *Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop*, s. 733, 734; *Von Tuhr* (Çev. Edege), s. 415; Aynı yönde bkz. *Günel*, s. 14; *Olgaç*, s. 5, 6; *Uluslan*, İ.: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 8, 9; *Bussy*, A. (Çev. Gürsoy, K. T.): İsviçre-Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap), Ankara 1948, s. 53; *Öz*, Zenginleşme, s. 46; *Reisoğlu*, İktisap, s. 105, 106; *Oğuzman/ Öz*, s. 333; *Eren*, s. 982.

<sup>163</sup> *Tandoğan*, Mahiyet, s. 827 (tebliğe ait müzakereler); *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 367, dn. 579. *YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

muhatap, daha o anda haksız yere zenginleşmiştir. Doktrinde, sebepsiz zenginleşme için fakirleşmenin şart olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır<sup>164</sup>. Sebepsiz zenginleşmenin tespiti için fakirleşme şartı aranırken<sup>165</sup>; fakirleşme yönünden dikkat edilen husus, malvarlığı eksilen tarafın öncelikle bu eksikliği giderme çabasına girip çabasının sonuçsuz kaldığını belgelendirmesi değildir. Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebinin varlığı sorgulandığında, fakirleşmenin tespiti bakımından bu kıstaslara bakılmaz. Eş deyişle; malvarlığı azalan kişinin, illâ bu azalmayı telafi etmeye çalışması ve bu çabasının sonuçsuz kaldığını ispatlaması beklenmez. Yani, bu kişinin fazladan bir çabayla söz konusu eksikliği gidermeye çalışması ve ancak giderememiş olması aranmaz. Böylece fakirleşmenin varlığı değerlendirilirken; bankanın illâ kontrgarantiye başvurup tahsil etme çabasına girmiş olmasının şart olmadığı, ifade edilmelidir. Ayrıca konumuz, sebepsiz zenginleşme için fakirleşmeyi bir şart olarak görmeyen görüş<sup>166</sup> çerçevesinde değerlendirildiğinde de; sebepsiz zenginleşmenin tespiti için evvelce kontrgarantiye başvurmak suretiyle zararın telafisi çabasına girilip girilmediği, yine incelenen bir husus olmayacaktır.

54. Mektup bedelini ödeyen banka, olağan şartlarda, mektup bedelini lehtar olan müşterisinden tahsil eder. Müşterisiyle [=lehtarla] bir nevi *karşılık ilişkisi*<sup>167</sup> içinde olan banka; kontrgaranti sayesinde, ödediği miktarı verilen kontrgarantiden doğrudan tahsil etme imkânına sahiptir<sup>168</sup>. Bankanın müşterisiyle arasında geçerli bir kontrgaranti ilişkisi bulunmadığı hâllerde de

<sup>164</sup> Bkz. *Kocayusufoğlu/Hatemil/Serozan/Arpacı*, s. 311-315, 326; *Serozan*, Zenginleşme, s. 616-620, 644; *Oğuzman/Öz*, s. 332-337; *Öz*, Zenginleşme, s. 36-45; *Eren*, s. 975-982.

<sup>165</sup> *Oğuzman/Öz*, s. 332, 333; *Öz*, Zenginleşme, s. 40-45; *Reisoğlu*, İktisap, s. 105-109.

<sup>166</sup> Haksız zenginleşme kurumu; davacının yoksullaşmasını telafi etmeyi değil, davalının haksız zenginleşmesinin tasfiyesini amaçlar. Davacının herhangi bir yoksullaşması (zararı) olmasa bile, davalının zenginleşmesi tasfiye edilmelidir. *Kocayusufoğlu/Hatemil/Serozan/Arpacı*, s. 311-315; *Serozan*, Zenginleşme, s. 616-620; Aynı yönde bkz. *Eren*, s. 976-978.

<sup>167</sup> *Tekinalp*, s. 511; *Gürses*, s. 253-255; *Doğan*, Mektuplar, s. 101; *Kahyaoğlu*, s. 25; *Canbolat*, İmkânlar, s. 67; *Durmaz*, İbrahim, s. 130.

<sup>168</sup> *Doğan*, Mektuplar, s. 469; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 854, 872.

aralarındaki hukuki ilişkinin mahiyetine<sup>169</sup> göre lehtar olan müşterisine yönelmesi, yine mümkündür. Bu sırada, yani tarafların aralarında sözleşmesel bir ilişkinin varlığından bahsedilemediği durumlarda, vekâletsiz iş görme<sup>170</sup>, sebepsiz zenginleşme<sup>171</sup> ve EBK m. 51 (TBK m. 61)<sup>172</sup> sebeplerinin değerlendirilmesi gerekmiştir<sup>173</sup>. Öte taraftan, kontrgarantinin veya rücu mümkün kılan sair hukukî sebeplerin varlığı, bankanın bu kez doğrudan

<sup>169</sup> Banka ile temel ilişkinin borçlusu arasındaki hukukî ilişkinin, vekâlet ilişkisi olduğu yönünde *bkz. Tekinalp*, s. 531; *Aral*, İlişki, s. 192; *Aral*, Garanti, s. 193; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 816, 817; *Doğan*, Mektuplar, s. 100; *Canbolat*, İmkânlar, s. 68; Ayrıca *bkz. Tuncel Yazoğlu*, s. 42; *Gürses*, s. 143; *Karş. Develioğlu*, s. 420; *Yener*, s. 2, 8; Taraflar arasındaki ilişkinin, atipik garanti verme taahhüdü olduğu yönünde *bkz. Yener Coşkun*, s. 18; Taraflar arasında, teminat mektubu temin etme sözleşmesi bulunmaktaysa da; eser veya vekâlet sözleşme hükümlerinin, somut olaya uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerektir. Atipik bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. *Kahyaoğlu*, s. 26.

<sup>170</sup> *Tandoğan*, H.: Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehbara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında, BATİDER 1970/4, s. 657-659; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 875-878; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 363-365; *Tekinalp*, s. 531; *Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop*, s. 737, dn. 5; *Omağ*, s. 339; *Oğuzman/ Öz*, s. 435; *Yenice*, s. 118, 119; *Yüce*, Sözleşme, s. 155, 156; *Kayak*, Taahhüt, s. 266; *Kayak*, S.: 6098 Sayılı Kanunun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, BATİDER 2015/4, s. 56, 57; *Gümüş*, s. 518; *Karş. Barlas*, Mektuplar, s. 82, *Barlas*, Teminat, s. 42; *Kahyaoğlu*, s. 101; *Develioğlu*, s. 424; *Taşpolat Tuğsavul*, s. 314.

<sup>171</sup> Koşulları elverdiği ölçüde *bkz. Tandoğan*, Rücu, s. 659, 660; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 878, 879; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 362; *Omağ*, s. 339; *Kahyaoğlu*, s. 101, 102; *Doğan*, Mektuplar, s. 472, 473; *Oğuzman/ Öz*, s. 435, 436; *Yenice*, s. 117; *Kayak*, Değerlendirme, s. 56, 57; *Gümüş*, s. 518. *Karş. Tekinalp*, s. 530; *Barlas*, Mektuplar, s. 81, 82; *Barlas*, Teminat, s. 41, 42; *Develioğlu*, s. 338, dn. 1292, s. 425; *Yüce*, Sözleşme, s. 155.

<sup>172</sup> Koşulları elverdiği ölçüde *bkz. Tandoğan*, Rücu, s. 660, 661; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 879-881; *Sungurtekin*, M.: Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, TBBB, 1990/4, s. 551; *Reisoğlu*, Mukavele, s. 168; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 365; *Omağ*, s. 339, 340; *Taşpolat Tuğsavul*, s. 314; *Yenice*, s. 116, 117; *Karş. Barlas*, Mektuplar, s. 82, 83; *Barlas*, Teminat, s. 42, 43; *Kahyaoğlu*, s. 101; *Develioğlu*, s. 421; *Tekinalp*, s. 530; *Gümüş*, s. 518; *Yüce*, s. 155; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 416-418; *Kapanıcı*, K. B.: Müteselsil Sorumluluk, İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu-Genel Hükümler (Ed. Serozan, R./ Öz, T./ Acar, F./ Gökyayla, E./ Develioğlu, M.), Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 479-481; *Yüce*, Sözleşme, s. 155; *Kayak*, Taahhüt, s. 269; *Acar*, s. 55.

<sup>173</sup> *Tandoğan*, Cilt 2, s. 819; *Sungurtekin*, s. 551; *Demircioğlu*, H. R.: Kontrgarantiye Başvurulamayan Hallerde Teminat Mektubunu Ödeyen Bankanın Lehbara Rücu Meselesi, *Terazi Hukuk Dergisi* 2009/31, s. 69; *Atasoy*, s. 127-130. *Karş. Barlas*, Mektuplar, s. 79-83; *İçBK*, T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6 (Legalbank).

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

haksız ödeme talebinde bulunan muhataba yönelmesini engellemediği gibi<sup>174</sup>, tam aksine “*hakların birleşmesi*” durumunu meydana getirmektedir<sup>175</sup>.

55. Görüldüğü üzere, bankanın muhataba karşı iade talebinde bulunabilmesi için önce -varsa- kontrgarantiye başvurmasının gerekli olup olmadığı sorusu değerlendirildiğinde; bunun esasen fakirleşmenin varlığı ya da yokluğuyla ilgili bir mesele olmadığı görülmektedir. Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi çerçevesinde, fakirleşmenin dikkate alınması gerektiğini belirten görüş<sup>176</sup> ile aksini ileri süren görüş<sup>177</sup> arasındaki çekişme bir yana; iadesi talep edilen şeyin hiçbir zaman yeni bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesi gerektiği, gözden uzak tutulmamalıdır. Eş deyişle özenli olunması gereken husus, muhataba yönelecek olan bankanın kaybettiği meblağı, evvelce başka bir yoldan -kontrgaranti<sup>178</sup> gibi- *tahsil etmemiş olmamasıdır* (!). Dolayısıyla rücu ilişkisi çerçevesinde, lehtar olan müşterilerden kontrgaranti yoluyla alacağını tahsil etmiş olan bankanın bir kez de muhataba yönelik sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi, artık caiz değildir.

<sup>174</sup> *Barlas*, Mektuplar, s. 83; *Barlas*, Teminat, s. 43; *Arkan*, Durum, s. 75 ve özellikle dn. 55.

<sup>175</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 366, 367; *Yener Coşkun*, s. 185.

<sup>176</sup> *Tandoğan*, H.: Yürürlüğünün Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, BATİDER 1976, Cilt 8, Sayı 4, s. 40; *Von Tuhr* (Çev. *Edege*), s. 131; Fakirleşme olmadığında, iade talep edilecek bir dava hakkı da olmayacaktır. Bununla birlikte, fakirleşenin zararı göz önüne alınmaz. *Bussy* (Çev. *Gürsoy*), s. 52; Aynı yönde *bkz.* *Öz*, Zenginleşme, s. 36, 40; *Öz*, T.: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları (28-29.04.2012), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan-Cilt 3 (Ed. Belen, H./ Altay, İ.), İstanbul 2014, s. 25-29; *Oğuzman/ Öz*, s. 333, 336; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 749, 750; İade talebine sadece zenginleşme hilafına fakirleşme yaşamış olan kişi sahiptir. Fakirleşme, iade miktarının belirlenmesinde işlev görür. *Reisoğlu*, İktisap, s. 108, 109.

<sup>177</sup> *Eren*, s. 979; *Serozan*, Zenginleşme, s. 617-620, 635; 690; *Serozan*, R.: Edim Sürecine İkiyden Çok Kişinin Katıldığı Durumlarda Haksız Zenginleşme Kökenli Tasfiyenin Kimler Arasında Gerçekleşeceği Sorunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999/1-2, s. 892 vd.; *Serozan*, R.: “Sebepsiz İktisap”Ta Yoksullaşma Ögesine Yer Var Mıdır?, MÜHFHAD, 2016/3, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan-Cilt 3 (Ed. Antalya, G. / Topuz, M.), s. 2500; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 313 vd.

<sup>178</sup> Bankalar genellikle kontrgaranti alır. *Tandoğan*, Mahiyet, s. 801; *Tekinalp*, s. 532; *Doğan*, Mektuplar, s. 261; *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 395; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 500-505; Bankanın müşterisine açtığı teminat mektubu kredisi çerçevesinde imzalanan kredi sözleşmesi, kontrgarantidir. Bu kapsamda; gayrimenkul ipoteği, üçüncü kişiden alınacak kefalet, menkul kıymet rehni, nakit blokesi gibi güvenceler söz konusu olabilecektir. *Ekici/Durukanoğlu*, s. 44, 115; *Yener*, s. 51; *Kılıçoğlu*, s. 739, 740.

Kısaca ve özetle; risk gerçekleşmeden ödeme yapmış bulunan bankanın sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi, edim zenginleşmesi oluşturmadığı sürece ayakta kalır. Bankanın, ister kontrgaranti üzerinden lehtara isterse banka teminat mektubundan kaynaklanan borcun ifasının sakatlığı; *-aslında doğmamış olması-* nedeniyle sebepsiz zenginleşme talebiyle mektup muhatabına başvurması, mümkündür ve caizdir. Bu, hakların birleşmesidir.

## VI. ZENGİNLEŞMENİN İADESİNİ TALEP EDEN BANKANIN HUKUKİ DAYANAĞI

56. Riskin gerçekleşmesi ile taahhüt arasındaki bağlantının tespiti, her açıdan önem arz eder. Bu bağlantı, şart temelinde incelendiğinde; garanti borcunun *sözleşmenin akdedilmesiyle*; ödeme borcunun ise *riskin gerçekleşmesiyle* doğacağı; mektup bedelinin de *talep edildiğinde* muaccel olacağı kabul edilebilir. Hatta rizikonun, *teknik anlamda şart teşkil etmediğinden* yola çıkıldığında dahi<sup>179</sup> sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebinin mümkün olacağı ifade edilmelidir. Zira teminat mektubu ile soyut bir borç ikrar edilmediğinden; mektuptan doğan alacağın talep edilebilmesi için her hâlükârda riskin gerçekleşmiş olması gerekir<sup>180</sup>. Böylece risk gerçekleşmemişken yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak geri alınabilir. Mektuptan kaynaklanan alacak hakkının *doğumunu* riskin gerçekleşmesine bağlayan görüşler<sup>181</sup> ile *adeta muacceliyetini* [=talep edilebilirliğini] riske bağlayan görüşlerin<sup>182</sup> ortak noktası, talep anında *mutlaka* riskin gerçekleşmiş olmasıdır. Oysa haksız veya hakkın kötüye kullanılması suretiyle talepte bulunulduğunda; ödemedi kaçınmayı sağlayacak kanıtları elinde olmayan bankanın hele ilk talepte ödeme kayıtlı mektup bedelini ödemesi, yüksek ihtimâldir. Bu durumda, risk henüz

<sup>179</sup> Garanti sözleşmelerindeki riskin, şart niteliğinde olmadığını ileri süren görüş; borcun kaynağı olan taahhüdün geçerli olarak kurulmasından riskin gerçekleşmesine kadar bir *beklenen hakkın* varlığından bahsetmektedir. *Kahraman*, s. 174, 176.

<sup>180</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 211, 231; *Tekinalp*, s. 512; *Arkan*, Durum, s. 62; *Kapanıcı*, İlişkiler, s. 120, 122; *Durmaz*, İbrahim, s. 148, 149; *Yener Coşkun*, s. 47, 151.

<sup>181</sup> *Barlas*, Mektuplar, s. 85; *Arkan*, Durum, s. 62; *Kaya*, Tedbir, s. 263, 276.

<sup>182</sup> *Tandoğan*, Cilt 2, s. 892, 893; *Develioğlu*, s. 74, 75; *Kahyaoğlu*, s. 68; *Kılıçoğlu*, s. 741; *Yüce*, Sözleşme, s. 101, 103, 104.



gerçekleşmemişken ödenmiş mektup bedelinin iadesi, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde talep edilmelidir<sup>183</sup>. Zira haklı sebebe dayanmaksızın ödemeyi bankadan alan muhatabın zenginleşmesinin, geçerli bir sebebe dayanmadığının kabulü gerekir<sup>184</sup>.

57. Bağlantıyı, şart temelinde aradığımızda; somut olayın, niteliği itibariyle kanunî şart formülüne ne ölçüde oturduğu tartışmalıdır<sup>185</sup>. Bununla birlikte her hâlükârda, risk gerçekleşmemişken ödemenin talep edilemeyeceği; ancak risk gerçekleşince ödemenin talep edilebileceğinde de tereddüt yoktur. Öte taraftan, “*risk*” içermeyen bir teminat mektubunun mümkün olamayacağından bahisle; mektupla garanti altına alınan riskin teknik anlamda şart teşkil edip etmediği de, tartışmadan uzak değildir. Gerçi, garantörün ödeme yükümlülüğünün doğumu, gerçekten de gelecekte gerçekleşmesi şüpheli olan bir olaya bağlıdır. Lâkin bu durumun, teknik anlamda şart teşkil etmesi de beklenmeyebilir. Zira şarta dair kanuni düzenlemenin, doğrudan işletilmesine ihtiyaç yoktur. Aradaki bağlılık, sadece edimin ifa edileceği anın tespitine yarayan<sup>186</sup>, zamansal bir bağlılıktır. Kısacası, banka teminat mektuplarında bankanın borcuna şarta ilişkin hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması da pekâlâ kabul edilebilir<sup>187</sup>.

58. Bu durumda; bankanın risk henüz gerçekleşmemişken veya riskin gerçekleşme ihtimâli sona ermişken ödeme yapmış olması hâli, çeşitli ihtimâllere göre ayrı ayrı ele alınmalıdır.

- a. Bankanın (nadiren de olsa) risk *henüz* gerçekleşmemişken yaptığı ödemenin iadesini talep edebilmesinin mümkün olup olmadığı durumu [üç farklı senaryoya göre]:

<sup>183</sup> *Gümüş*, s. 517; Borçlu yükümlülüğünü yerine getirdiğinde ya da yerine getirebileceği süre devam ettikçe muhatabının gerçeğe aykırı beyanına dayanarak ödeme yapan bankanın, EBK m. 62 kapsamında iade davası açması mümkündür. *Tandoğan*, Cilt 2, s. 892.

<sup>184</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 369; Aynı yönde *bkz. Barlas*, Mektuplar, s. 83; *Barlas*, Teminat, s. 38, 43.

<sup>185</sup> *Bkz.* III, 1, § 25 vd.

<sup>186</sup> Teminat amacıyla yapılan sözleşmelerde ve sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerde, borçlu açısından belirsizlik; borcun doğumuna ilişkin değil, borcun kapsamına ya da ödeme zamanına ilişkindir. *Sirmen*, s. 40.

<sup>187</sup> Ayrıntısı için *bkz.* III, 1 § 25 vd.

- i. Ödemenin iadesinin, risk *henüz gerçekleşmemişken* talep edilmesinin mümkün olup olmadığı. (1. *İhtimal*)
  - ii. Ödemenin iadesinin, risk *gerçekleştikten sonra* talep edilmesinin mümkün olup olmadığı. (2. *İhtimal*)
  - iii. [*Rizikonun gerçekleşeceği beklentisi üzerine yapılan*] Ödemenin iadesinin, *riskin gerçekleşme ihtimâli sona erdikten sonra* talep edilmesinin mümkün olup olmadığı. (3. *İhtimal*)
- b. Bankanın (sıklıkla görüldüğü üzere) riskin gerçekleşme ihtimâli *sona erdikten sonra* yaptığı ödemenin iadesini talep edebilmesinin mümkün olup olmadığı durumu. (4. *İhtimal*)

59. Bankanın risk henüz gerçekleşmemişken *-askı döneminde-* yaptığı ödemenin iadesini talep edebilmesinin mümkün olup olmadığı (a), geciktirici şarta bağlı borcun doğum anını tespit eden görüşlere göre farklılık gösterir: Şart gerçekleşmeden *borcun doğmayacağı* savunulduğunda ( $\alpha$ ); ifa edilen şeyin iadesi, şart gerçekleşene kadar mümkün olup ödemenin hataen yapıldığının ispat edilmesi suretiyle TBK m. 78 (EBK m. 62)'de yer alan *borçlanılmamış edimin ifası sebebine* dayanır<sup>188</sup>. Bu ayrımı, banka teminat mektuplarına uyguladığımızda ve risk gerçekleşmeden borcun doğmayacağı savunulduğunda; mektup bedelinin iadesi, risk gerçekleşene kadar mümkün olacak ve banka, ödemeyi *hataen* yaptığını ispat etmek suretiyle TBK m. 78 (EBK m. 62) uyarınca *borçlanılmamış edimin ifası sebebine* dayanarak muhataptan sebepsiz zenginleşmesinin iadesini talep edebilecektir<sup>189</sup>. Yani bu durumda cevabımız; 1. *ihimâl* için olumlu, 2. *ihimâl* içinse olumsuz olacaktır. Bu sırada, düşünülmesi gereken bir diğer husus ise riskin henüz gerçekleşmediğinin *bilinmesine* rağmen ve fakat *gerçekleşeceği inancıyla* ödemenin yapılmasıdır (3. *ihimâl*). Geciktirici şartın henüz gerçekleşmediğinin *bilinmesine* rağmen ve fakat şartın *gerçekleşeceği*

<sup>188</sup> Öz, Zenginleşme, s. 85, 98; Oğuzman/ Öz, s. 358, 523; Serozan, Zenginleşme, s. 678; Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 58, 332; Olgaç, s. 31; Günel, s. 36, dn. 72; Şart gerçekleşmeden borç ilişkisi kurulmuş olsa da; şart gerçekleşince, alacak hakkı doğar. Bu nedenle, şart gerçekleşene kadar EBK m. 62'ye dayanılır. Von Tuhr (Çev. Edege), s. 420, dn. 34, s. 747, 748, 760.

<sup>189</sup> Günel, s. 36, 37, 46; Von Tuhr (Çev. Edege), s. 420, dn. 34, s. 748, 760; Şart gerçekleşince; zenginleşme de geçerli sebebe kavuşmuş olur. Zira ifanın zamanından önce gerçekleştirilmiş olması, tek başına iade talebini haklı kılmaz. Öz, Zenginleşme, s. 83, 85, 86, 98; Oğuzman/ Öz, s. 358, 366.

*inancıyla* ifade bulunulmuşsa; ancak şart da kesin olarak gerçekleşmediğinde veya imkânsızlaştığında ya da şartın gerçekleşmesi için gereken zaman dolduğunda, TBK m. 77 (EBK m. 61) uyarınca *gerçekleşmeyen sebebe* dayanılarak söz konusu [haksız] zenginleşmenin iadesi talep edilebilecektir<sup>190</sup>. Zira gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşmelerde, kazandırmanın yapıldığı sırada borç olmamasına rağmen zenginleşmenin bir sebebi bulunurken; kazandırmanın bağlandığı beklenti boşa çıktığı anda kazandırma, baştan itibaren sebepsiz kalmaktadır<sup>191</sup>. Şu hâlde; sebepsiz zenginleşme talebinde bulunacak tarafın -yani bankanın-, riskin gerçekleşeceğine dair *beklentisini* ve bu beklentinin gerçekleşmediğini yani boşa çıktığını ispat etmesi gerekir<sup>192</sup>. Bu durumda cevabımız; 3. *ihtimâl* için de olumludur.

60. Borcun *hüküm ifade etmesinin* şarta bağlandığı savunulduğunda ise ( $\beta$ ), iade talebi, ancak şart gerçekleşmediğinde mümkün olup talep TBK m. 77 (EBK m. 61) uyarınca *gerçekleşmeyen sebebe* dayanır<sup>193</sup>. Bu ayrımı, banka teminat mektuplarına uyguladığımızda ve borcun hüküm ifade etmesinin riskin gerçekleşmesine bağlandığı ileri sürüldüğünde; riskin gerçekleşme ihtimâli sona erdiğinde iade talebi mümkün olacak ve talep, TBK m. 77 (EBK m. 61) uyarınca *gerçekleşmeyen sebebe* dayanacaktır. Yani bu durumda cevap; 3. *ihtimâl* için olumlu olacak, ancak 1. ve 2. *ihtimâller* için olumsuz olacaktır. Bununla birlikte *kanaatimizce* bankanın risk henüz gerçekleşmemişken yaptığı ödemenin iadesini, risk hâlâ gerçekleşmemişken de talep edebilmesi, yerinde olur. Bu hâlde TBK m. 78 (EBK m. 62) uyarınca *borçlanılmamış edimin ifası sebebine* dayanılarak iade istenebilmesi, engellenmemelidir. Aksi düşüncenin kabulü, riskin gerçekleşme ihtimâlinin sona ermesine kadar haksız olsa dahi iade konusu kazanımın iadesinin

<sup>190</sup> Öz, Zenginleşme, s. 85, dn. 39, s. 99; Oğuzman/ Öz, s. 364, 365, 523; Von Tuhr (Çev. Edege), s. 428, 429; Kılıçoğlu, s. 670.

<sup>191</sup> Oğuzman/ Öz, s. 358, özellikle dn. 148; Öz, Zenginleşme, s. 99.

<sup>192</sup> Sebepsiz zenginleşme temelindeki açıklamaları için bkz. Oğuzman/ Öz, s. 366; Öz, Zenginleşme, s. 100; İfanın yapıldığının, ifanın gelecekteki sebebinin ve bu sebebin gerçekleşmediğinin ispatı gerekir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 741.

<sup>193</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 333, 740; Eren, s. 988, 1306. Ancak şartın gerçekleşmesi imkânsızken ödemenin yapıldığı durumda; borcun, mevcut olmamasına rağmen ödendiğinden bahsedilebilir ve bu durumda, BK m. 62 (TBK m. 78) uyarınca iadesi istenebilir. Reisoğlu, İktisap, s. 139, 140, 148.

istenememesine yol açar. Bu nedenle 1. *ihimâl* için de olumsuz sonucun benimsenmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Eş deyişle; vadesi gelmemiş borç için yapılan tediyenin, esasen söz konusu ödemenin mevcut ancak muaccel olmayan bir borç için yapılmış olması nedeniyle talep edilememesine<sup>194</sup> benzeyen bu aksi sonuca, kuşkuyla yaklaşılmalıdır. Teminat mektuplarında bankanın riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini ve gerçekleşecekse ne zaman gerçekleşeceğini, vadede geçerli olan kanaat ölçüsünde bilemeyeceği, unutulmamalıdır. Riskin gerçekleşmesinin beklenmesi ile vadenin yarattığı bekleme hâlini bir tutmak, yerinde olmaz. Şu hâlde, vadesi gelmeyen borcu yanılarak ödeyen kişi ile riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini veya ne zaman gerçekleşeceğini bilmeyen ve yükümlendiği kayıt gereği derhâl, taleple birlikte ödemeyi gerçekleştirmiş bankanın hukuken bir tutulmaması gerekir. Hâl böyle iken, yukarıda da değinildiği üzere bu kez riskin o sırada [=talep anında] gerçekleşmediğinin *bilinmesine* (!) rağmen gelecekte gerçekleşeceği inancıyla ifade bulunulmuş olması hâlinde ise risk ancak kesin olarak gerçekleşmediğinde veya riskin gerçekleşmesi gereken zaman dolduğunda ya da risk imkânsızlaştığında; TBK m. 77 (EBK m. 61) uyarınca *gerçekleşmeyen sebebe* dayanılarak bedelin iadesi talep edilebilecektir (3. *ihimâl*).

61. 4. *ihimâlde* [*çokça da görülebileceği üzere*] banka, riskin gerçekleşme ihtimâli sona erdikten sonra ödeme yapmak zorunda kalmaktadır. Riskin gerçekleşme ihtimâli ortadan kalkmış olmasına rağmen ödeme yapan banka, bu ödemenin iadesini, TBK m. 78 (EBK m. 62)' de yer alan *borçlanılmamış edimin ifası sebebine* dayanarak, ödemenin *hataen yapıldığını ispat ederek* talep edebilmelidir. Bu nedenle 4. *ihimâl* için verdiğimiz yanıt da olumlu yöndedir.

62. Mektubun sahte olması gibi garanti ilişkisinin yokluğundan ileri gelen iade talepleri de TBK m. 78 (EBK m. 62) kapsamında ileri sürülebilir<sup>195</sup>. Buna karşın, mektubun yetkisiz kişilerce imzalanmış olması, bankanın hataya düşmüş ya da hilenin etkisi altında kalınmış olması gibi nedenlerin ileri sürüldüğü durumlarda ise; TBK m. 78 (EBK m. 62) uyarınca iade talebinden bahsedilebilmesi için, başlangıçta geçersiz olan ilişkinin talep anında da

<sup>194</sup> Oğuzman/ Öz, s. 359.

<sup>195</sup> Temel ilişkinin yokluğundan ileri gelen sebepsiz zenginleşmenin iadesi taleplerine dair bkz. Oğuzman/Öz, s. 357; Öz, Zenginleşme, s. 84, 85.

düzelmemiş olması gerekir<sup>196</sup>. Zira zenginleştirici ifanın, fakirleşenin özgür iradesine -işlemin iptaline sebebiyet verecek şekilde irade fesadı olmadan- dayanmaması hâlinde; borcun geçersizliği bilinse dahi yapılan kazandırma, sebepsiz zenginleşmeye konu edilebilecektir<sup>197</sup>. Söz gelimi, kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararına dayanılarak ödemeyi yapan bankanın, sonradan verilen hükmün değişmesiyle sebepsiz zenginleşmeye dayanarak mektup bedelinin iadesini istemesi -istisnaî de olsa- mümkündür<sup>198</sup>. Bununla birlikte; mektuptan doğan alacağın zamanaşımına uğradığı durumlarda ödenen bedelin iadesi, TBK m. 78/II uyarınca artık istenemez.

63. Bir diğer konu da; banka teminat mektubu ile garanti altına alınmış *rizikonun* TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmasıdır. Bu durumlar söz konusu olduğunda da teminat mektubu geçersiz olacak<sup>199</sup> ve muhatabın bankadan almış olduğu ödeme, *geçerli bir hukukî sebepten yoksun* kalacaktır. Zira bankanın borcunun hüküm ifade etmesi, riske bağlı olduğundan; şartın varlığı olmadan sözleşmenin ayakta tutulması da mümkün olmaz. Bu kapsamda değerlendirilen konunun, TBK m. 81 hükmünde geçen engele takılmayacağı da söylenmelidir. Zira TBK m. 81 hükmü çerçevesinde; sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebine engel teşkil edecek hukuka ve ahlâka aykırılık, kazandırma işleminin saikindedir<sup>200</sup>. Banka teminat mektubu bedelinin muhataba ödenmesi işlemindeki saik ise, temel ilişkiden bağımsız bir teminat sağlama sebebidir.

<sup>196</sup> Oğuzman/ Öz, s. 357.

<sup>197</sup> Serozan, Zenginleşme, s. 680; Reisoğlu, İktisap, s. 152-158. Örneğin; hapis hakkı tehdidi altında kalarak yapılan kazandırmalar, bu kapsamda düşünülebilir. Öz, Zenginleşme, s. 91; Oğuzman/ Öz, s. 362.

<sup>198</sup> Mahkemenin verdiği kesin hükmün sonradan değişmesi durumu, EBK m. 62'ye dayanan ancak hata unsurunun aranmadığı bir iade talebine vücut verebilir. Öz, Zenginleşme, s. 91; Bu hâlde, EBK m. 61'e dayanılarak iade talep edilebileceği yönünde bkz. Reisoğlu, İktisap, s. 130.

<sup>199</sup> Reisoğlu, Mektuplar, s. 291; Arkan, Durum, s. 71; Yener Coşkun, s. 39.

<sup>200</sup> Öz, Zenginleşme, s. 118; Öz, İlişkiler, s. 8, 9; Oğuzman/ Öz, s. 374; Eren, s. 1014.

## VII. BANKANIN ÖDEMEYİ HATAEN YAPTIĞININ VEYA GERÇEKLEŞMEYEN YA DA SONA EREN SEBEBE İNANDIĞININ TESPİTİ

### 1. Hatanın ve Beklentinin Aranacağı Aşama: Ödeme Talebinin İncelemesi

64. Teminat mektubu bedelini ödeme borcunun *soyut bir borç ikrarı* olmadığı kabul edildiğinde; riskin gerçekleştiğini ispat yükü, TMK m. 6 (HMK m. 190/I) uyarınca kural olarak alacaklının omuzlarındadır<sup>201</sup>. Eş deyişle ve olağan şartlar altında, riskin gerçekleştiğini alacaklı ispat etmeli; banka da buna mukabil, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemelidir<sup>202</sup>. Oysa öğretilerde, sıkça kullanılan “*ilk talepte ödeme*” kayıtlı banka teminat mektuplarının, zararın varlığı hususunda [adeta?] *karine* teşkil ettiği ileri sürülmektedir (*karş.* §32 vd.)<sup>203</sup>. Şu hâlde, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarında; riskin gerçekleştiğine dair ispat yükünün alacaklının omuzlarından alınarak, bundan böyle *aksinin ispatının* (“*karine*” düşüncesine üstünlük tanındığında, HMK m. 190/II), bankaya yüklendiği söylenebilir<sup>204</sup>. Yani ödeme talebinin reddiyle kendisine karşı dava açılmış bankanın, örneğin *riskin gerçekleşmediğini veya gerçekleşme ihtimâlinin*

<sup>201</sup> Arkan, Durum, s. 62; Barlas, Mektuplar, s. 76, 86; Gümüş, s. 504; Yener Coşkun, s. 160.

<sup>202</sup> Tekinalp, s. 526.

<sup>203</sup> Kapancı, İlişkiler, s. 200; Risk, *gerçekleşmiş sayılır*. Kahyaoğlu, s. 27; İlk talepte ödeme kaydı, zararın varlığına ilişkin “*zarar karinesi*” getirmektedir. Bkz. Arkan, Nitelik, s. 62; Yüce, Sözleşme, s. 113; Gümüş, s. 517. *Karş.* § 32.

<sup>204</sup> Barlas, Mektuplar, s. 76; Bu husus, “*önce öde sonra dava et*” prensibinin bir sonucudur. Doğan, Mektuplar, s. 26, 27, 63; Aynı yönde bkz. Oğuzman/ Öz, s. 431. *Karş.* § 32 vd. Anılan prensibin böyle bir sonuca yol açtığı görüşüne ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Zira “*ödenmemesi gerekenin, ileride iadesi de mümkünken her hâlde öncelikle ödenmesinin gerektiği*” şeklindeki bir çıkarımı, hele çoğunluk görüşü nazarında savunmak, güçtür (*karş.* § 11). Kaldı ki, eldeki kaydın böyle bir işlevi gördüğünü iddia etmek de kolay değildir. Çalışmamızda ileri sürüp tartışmaya açtığımız üzere; “*aksini ispat hakkı saklı kalmak üzere hasıl olan ikrarın*”, her halükârda bir ödeme mecburiyetini içerdiği de (*karş.* dn. 43) tartışmalıdır. Oysa anılan prensibin, bu kez azınlık görüşü içinde özel bir yerinin ve değerinin olduğu da kuşkusuzdur (*karş.* § 21). Zira ödemedenden imtina, bu hâlde fevkalade mahdut hâllerde mümkün iken; açılacak dava da esasen ödenenin *rücuuna* -iadesine değil- ilişkin olacaktır.

sona erdiğini ya da riskin mektup alacaklısının kusuru ile gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir<sup>205</sup>.

65. Bankanın, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve varsa ödeme talebine bağlanmış sair ek şartların<sup>206</sup> sağlanıp sağlanmadığını kontrol etmesi; bu kapsamda bir *değerlendirme* yürütmesi gerekir<sup>207</sup>. İlk talepte ödeme kaydının da etkisiyle bankanın öğretilde, risk olgusuna ilişkin *şekli bir incelemeyle* yetinmesi; riskin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için esas hakkında *-maddi gerçeğe dair-* inceleme yapmak hak ve yetkisine sahip olmadığı [*oysa aksini iddia ederek dava açabildiği hâlde?*] ileri sürülmüştür<sup>208</sup>: Şeklen yapılacak inceleme çerçevesinde de; sahtecilik, imza kontrolü ve temsilin yetkili olup olmadığı<sup>209</sup> yönünde denetimler gerçekleştirilir<sup>210</sup>. Yani banka, talebin şekil şartlarına uyup uymadığını; süresinde talep edilip edilmediğini; talep eden kişinin yetkili bulunup bulunmadığını; talep edilen miktarın mektupta belirtilen sınırdaki ve para cinsinde olup olmadığını inceler<sup>211</sup>. Böyle bir değerlendirmenin hangi süre içinde tamamlanması gerektiği hakkında, elde bir düzenleme yoktur<sup>212</sup>. Ticari hayatın gerektirdiği makul süre içinde incelemenin tamamlanması gerektiği

<sup>205</sup> *Reisoğlu*, Şartsız, s. 79; *Canbolat*, İmkânlar, s. 79; *Kostakoğlu*, s. 932; *Yasan*, s. 44. Karş. 19. HD., T. 23.03.2017, 2016/14309, K. 2017/2401 (KazancıHukuk).

<sup>206</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 158, 25-256; *Kahyaoğlu*, s. 59; Ödeme taahhüdü, akreditif açılması, ithalat izni ya da döviz transfer izninin alınması gibi sair geciktirici şartlara bağlanabilir. *Arkan*, Durum, s. 65, 66; Riskin gerçekleştiğinin, üçüncü bir kişinin hazırlayacağı belgeye dayandırılması da söz konusu olabilir. *Doğan*, Mektuplar, s. 72.

<sup>207</sup> Gereklî belgeler sunulmadığında ya da sunulan belgeler uygun olmadığında; banka, ödemeye yetkili olmaz. *Yener Coşkun*, s. 146; Mektuptaki şartlara uygun olmayan ödeme talebi ile gerçekleştirilen ödemenin; bankayı, kontrgaranti ilişkisinde sıkıntıya sokacağına ilişkin bkz. *Arkan*, Durum, s. 72.

<sup>208</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 250, 287, 288, 292; *Tandoğan*, Cilt 2, s. 892; *Tekinalp*, s. 514, 527; *Arkan*, Durum, s. 62; *Kaya*, Sorun, s. 244; *Doğan*, Mektuplar, s. 64, 255; *Doğan*, Mücbir, s. 134; *Develioğlu*, s. 335; *Kahyaoğlu*, s. 19, 63; *Canbolat*, İmkânlar, s. 79; *Durmaz*, İbrahim, s. 151, 238; *Yener Coşkun*, s. 161; *Yasan*, s. 43; *Songur/ Ceylan*, s. 168, 170.

<sup>209</sup> *Canbolat*, İmkânlar, s. 137; *Durmaz*, İbrahim, s. 173.

<sup>210</sup> Bankanın inceleme yükümlülüğünün, şekli kimlik araştırmasından ibaret olacağına ilişkin bkz. *Kahyaoğlu*, s. 19, 27; *Yener Coşkun*, s. 161; *Canbolat*, İmkânlar, s. 77.

<sup>211</sup> *Durmaz*, İbrahim, s. 151; *Aral*, İlişki, s. 195; *Aral*, Garanti, s. 194.

<sup>212</sup> *Doğan*, Mektuplar, s. 412; *Durmaz*, İbrahim, s. 239-241.

ileri sürülmektedir<sup>213</sup>. Şu hâlde bankanın, muhatabın talebini, sadece şeklen bir değerlenmeye tabi tutacak olması nedeniyle ve ancak *açıkça* (?) bir uygunsuzluk tespit etmesi hâlinde ödemededen kaçınması mümkün olabilecektir<sup>214</sup>.

66. Riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bankanın esaslı bir araştırma yapabileceğinden bahsetmenin, derhâl ödeme yükümlülüğü yükleyen ilk talepte ödeme kaydının konuluş amacıyla<sup>215</sup> bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir<sup>216</sup>. Yani banka, ödeme talebiyle birlikte riske dair beyanı değerlendirip derhâl ödemede bulunacak; beyanın gerçekliği yönünden kendi kendine araştırma yapmayacaktır<sup>217</sup>. Kaldı ki, risk üzerinde yapılacak bir araştırma, bankanın esasen taraf olmadığı bir borç ilişkisine dair ifayla alâkalı pek çok meseleyle ilk defa yüz yüze gelmesine yol açacaktır. Bu durumun, taraflar arasında daha fazla uyuşmazlığa sebep olma ve ticareti yavaşlatma

<sup>213</sup> *Canbolat*, İmkânlar, s. 238; İlk talepte ödeme kaydının varlığı hâlinde makul süre, incelemenin derhâl yapılacağı bir süre olarak anlaşılmalıdır. *Doğan*, Mektuplar, s. 414, 415; *Doğan*, V.: Banka Teminat Mektupları Hakkında MTO'nun Birörnek Kuralları, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 397. Ayrıca *bkz. Durmaz*, İbraz, s. 239, 240; *Aral*, Garanti, s. 194.

<sup>214</sup> Bankanın inceleme yükümlülüğünün kapsamı, *sunulan* belgelerin incelenmesindeki yükümlülük paralelinde, mahiyeti uygun düştüğü ölçüde düşünülebilir. Bankaların sunulan belgeleri inceleme yükümlülüğü için *bkz. Arkan*, Durum, s. 68; *Doğan*, Mektuplar, s. 408 vd.; *Ekici/Durukanoğlu*, s. 240, 245. *Karş. dn. 216*.

<sup>215</sup> Teminat mektubunda ilk talepte ödeme kaydının kullanılmasıyla banka, alacaklı ve borçlu arasındaki temel borç ilişkisinden biraz daha bağımsızlaşarak ileride doğabilecek uyuşmazlıkların muhatabı olmaktan ve şeklen incelemenin yeterli olması nedeniyle ağır araştırma yükümlülüğü altında kalmaktan kurtulmayı; alacaklı da uğrayacağı zararları kolaylıkla ve kesin olarak tazmin etmeyi amaçlamaktadır. *Doğan*, Mektuplar, s. 65; *Yener Coşkun*, s. 161.

<sup>216</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 287; *Yener Coşkun*, s. 161. Bu bağlamda; bankayla muhatap arasında kalan ilişki yönünden talebin derhâl, süratle, son derece şekli bir inceleme ve değerlendirmenin ardından kabul edilerek ödenmesi vb. yaklaşımların, söz konusu kaydın mahiyeti hakkında, hukukî olmaktan çok *fiili bir durumu ve tercihi ifade ettiği kanaatindeyiz*. Zira banka, anılan kayda rağmen hiçbir gerekçeye sığınmadan da talebin ifasından kaçınabilir. Bankayı derhâl ve cebren ifaya zorlayacak hiçbir metot (*karş. İİK m. 68/1*), kural olarak elde yoktur. Buna karşın böyle bir durumda, muhatabın açacağı alacak veya bankanın açmak zorunda kalacağı menfî tespit davalarında (İİK m. 72), *kimin; neyi; nasıl ispatlayacağı* meselelerini ise anılan "*ilk talepte ödeme kaydının*" hukukî mahiyetiyle çok daha yakından ilgili ve giderek onun tabii sonuçları olarak görmek gerekir. Zaten anılan bu sorulara verilecek *olası* cevaplar, bankanın bu kez talep üzerine takınacağı tutumu belirleyecektir.

<sup>217</sup> *Reisoğlu*, Mektuplar, s. 158, 287, 292; *Arkan*, Durum, s. 62; *Develioğlu*, s. 341; *Songur/Ceylan*, s. 170.



ihтимâli düşünülduğünde; riskin gerçekleştiği ya da sona erdiği olgusunun ancak bankaya ayrıca bildirilmiş olmasının aranması ve bankanın bu bilgi üzerinden ödeme talebini değerlendirmesi daha yerinde olabilir. Gerçekten de ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarında, bankanın muhatapça ek bir belgenin [=ödemeye yöntemi olan akreditifteki fatura, taşıma belgesi ya da konşimento gibi] sunulmasını beklemeksizin; sadece talep edilmesiyle mektup bedelini derhâl ödeyeceğine dair borç altına girdiğinin kabul edilmesi, onun ticari ilişkilerde sıklıkla başvurulmuş bir garanti yöntemi olmasına yol açmıştır.

67. Hâl böyle iken; riske dair olguları araştırma külfeti olmadığı kabul edilen<sup>218</sup> bankanın ödeme yükümlülüğünün, hâlâ riskin gerçekleşmesine bağlı olduğu<sup>219</sup> da unutulmamalıdır. Şu hâlde bankanın, riske dair eline geçen veriler *-pek muhtemeldir ki, şimdilik sadece riskin gerçekleştiğine ilişkin muhatabın tazmin talebinin içindeki yalın beyanı*<sup>220</sup> ve yine *şayet mümkün olduysa kendisine ulaştırılan mukabil “likit?” deliller-* kapsamında yine de bir *değerlendirme faaliyetinde* bulunması beklenir. Pek çok kez riskin gerçekleştiği gerekçesiyle ödeme talep eden muhatabın salt bu beyanına dayanılarak ödeme yapıldığından; bu sırada talepte bulunan muhatabın hiç olmazsa *riske ilişkin* beyanının varlığı aranmaktadır<sup>221</sup>. Alacaklı muhatabın riske dair beyanının ödeme talebinin içinde yer alması önemlidir<sup>222</sup>. Zira muhatabın risk doğmamış ya da sona ermişken mektup bedelini, aksi yöndeki yazılı beyanla yine de talep etmesi, söz konusu ödeme talebini haksız kılar<sup>223</sup>. Değerlendirmesi sonucunda [eğer mümkünse] riskin gerçekleşmediği sonucuna varan bankanın, *ödemeden kaçınması*, temel borç ilişkisine değil;

<sup>218</sup> Tekinalp, s. 516; Durmaz, İbrahim, s. 163; Kaya, Sorun, s. 244; Doğan, Mektuplar, s. 69.

<sup>219</sup> Aynı yönde; Reisoğlu, Mektuplar, s. 53, 231; Arkan, Durum, s. 68; Doğan, Mektuplar, s. 200; Kostakoğlu, s. 930, 931; Karş. Kaya, Sorun, s. 228.

<sup>220</sup> Arkan, Durum, s. 62; Reisoğlu, Mektuplar, s. 253; Durmaz, İbrahim, s. 150, 188; Durmaz, İnceleme, s. 2750; Canbolat, İmkânlar, s. 129.

<sup>221</sup> Aynı yönde bkz. Reisoğlu, Mektuplar, s. 250, 286; Reisoğlu, Şartsız, s. 74; Arkan, Durum, s. 62; Kostakoğlu, s. 930, 931; Durmaz, İbrahim, s. 148, 150; Durmaz, İnceleme, s. 2750; Yener Coşkun, s. 151; Karş. Talepte bulunan alacaklının riskin gerçekleştiğini beyan etmesine, gerek yoktur. Aral, Garanti, s. 190, dn. 35, 191.

<sup>222</sup> Reisoğlu, Mektuplar, s. 250, 286; Arkan, Durum, s. 62; Tuncel Yazoğlu, s. 62; Ekici/Durukanoğlu, s. 414; Canbolat, İmkânlar, s. 129.

<sup>223</sup> Kaya, Sorun, s. 250; Reisoğlu, Mektuplar, s. 292.

tarafı olduğu garanti sözleşmesine ve borcunun doğmadığına ilişkin savunmasına [inkârına] dayanacaktır.

68. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 52 uyarınca bankaların verecekleri kredi sebebiyle yüzleşecekleri riskleri ölçmek, kredi alanların mali güçlerini düzenli olarak değerlendirmek, bu hususta gerekli bilgi ve belgeleri temin etmek zorunda olduğu; kredi müşterilerinin de [=lehtar] bu kapsamda konsolide veya konsolide olmayan tarzda istenilen bilgi ve belgeleri bankalara vermekle yükümlü bulunduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, mektup metninin, yani aslında garanti sözleşmesinin şartlarının Milletlerarası Ticaret Odası tarafından en son 2010 yılında yenilenen Talep Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar (URDG 758)<sup>224</sup> göz önünde tutularak tasarlanması da mümkündür<sup>225</sup>. Lâkin bu kuralların, örneğin Türk bankalarınca verilen teminat mektuplarında uygulanması için elbette mektup metninde söz konusu kurallara atıfta bulunulmalı ve böylece kurallar, garanti ilişkisinin bir parçası hâline getirilmelidir<sup>226</sup>. Bu bağlamda, URDG 758 m. 6 uyarınca garantörün sadece ödeme talebiyle birlikte ibrazı mecburi tutulan *-mühendis raporu veya ödenmemiş fatura gibi-* belgeler üzerinden ve fakat ayrıca malın teslim edilip edilmediğine, hizmetin sağlanıp sağlanmadığına veya işin yerine getirilip getirilmediğine bakmaksızın işlem yapacağı düzenlenmiştir. Söz konusu durumları ispat edecek belgelerin garanti metninde de yazıldığı gibi istenmesiyle garantörün, bu belgeleri ve içeriklerini, *garanti metnindeki şartlar çerçevesinde* şeklen incelemesi yetiştir<sup>227</sup>. Anılan Kuralın bu kez 27.

<sup>224</sup> 1978 yılında Milletlerarası Ticaret Odası tarafından Akdi Teminatlarla İlişkin Bir Örnek Kurallar (*Uniform Rules for Contract Guarantees-URCG 325*) çıkarılmış, ancak daha sonra bu kurallar gözden geçirilmek suretiyle 1992 yılında Talep Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar (*Uniform Rules for Demand Guarantees-URDG 458*) yayınlanmış ve söz konusu kurallar 2010 yılında revize edilmiştir. (<https://iccwbo.org/>).

<sup>225</sup> Tandoğan, Cilt 2, s. 865; Mektup metninde yer alacak şekilde URDG 458'e veya URDG 758'e ilişkin kuralların uygulanmasının hâlâ mümkün olduğu yönünde bkz. Ekici/Durukanoğlu, s. 206; Canbolat, İmkanlar, s. 52; Özalp, A.: ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URDG758, Banka Teminat Mektupların İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu-URDG758) Makaleler (Ed. Ekşi, N.), İstanbul 2011, s. 77, 78; URDG 458'in uygulanacağına dair atıf olsa dahi bu kurallar, ancak Türk hukuku ile farklı düzenleme getirmediği ölçüde uygulanabilecektir. Somuncuoğlu, Ü.: Bir Bankanın Somut Genel Kredi Sözleşmesinde Teminat Mektupları ve Akreditiflerle İlgili Bazı Hükümlerin İncelenmesi, Hukuk Köprüsü 2014/7, s. 230.

<sup>226</sup> Tekinalp, s. 512; Ekici/Durukanoğlu, s. 206; Aynı yönde bkz. Kahyaoğlu, s. 58.

<sup>227</sup> Özalp, s. 15, 30.

maddesine göre ise garantör, ibraz edilen belgede yer alan imzanın şeklinden, yeterliliğinden, doğruluğundan, gerçek ya da sahte olup olmadığından sorumlu değildir<sup>228</sup>.

69. Görüldüğü üzere; 5411 s. K m. 52 uyarınca ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu düzenleyerek müşterisine gayri nakdi kredi veren bankanın, müşterisi olan lehtardan bu kredinin bağlı olduğu risklere ilişkin bilgilendirme ve belge talep edebilmesi, mümkündür. Risk olgusuna dair müşterisinden belge isteyecek olan bankanın, bu belgelerin mahiyetini belirleme yetkisinin de olduğu açıktır. İhtimâl odur ki; URDG 758 Kurallarının dahi mektupla somutlaşan garanti sözleşmesinin kapsamına girmesi mümkündür. Ne var ki, ödemenin talep edilmesinin ertesinde, bankanın yapacağı değerlendirmenin de tarafları arasındaki işin ve ticari hayatın gerektirdiği makul süre içinde bitmesi önemlidir. Anılan kayıtları haiz teminat mektuplarının “ilk talepte ödeme kayıtlı” olanlara nazaran muhatapları nezdinde sağlayacağı konforun, bu ek şartlarla azalacağı; dolayısıyla da ticari ilişkilerde, bu türden kayıtları içeren teminat mektuplarının kullanılma ihtimâlinin düşük olacağı ifade edilmelidir.

## **2. Ödeme Talebini İnceleyen Bankanın Hataya Düştüğünün Ya Da Beklentisinin Boşa Çıktığının Kabul Edilebilmesi**

70. Borçlanmadığı edimi ifa ettiğini iddia edenin, TBK m. 78 (EBK m. 62) gereğince *ifada hataya düştüğünü* ispat etmesi gerekir<sup>229</sup>. Ödemenin iadesini isteyen kişi, borçlu olduğuna inanarak gerçekleştirdiği tasarruf işlemi sırasında, bu konuda bir tür *saik hatasına* düştüğünü; söz konusu hataya düşmeseydi alacaklıya ödeme yapmayacağını ispat etmelidir<sup>230</sup>. Sebepsiz

<sup>228</sup> Ekşi, N.: ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URDG758, Banka Teminat Mektupların İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu-URDG 758) Makaleler (Ed. Ekşi, N.), İstanbul 2011, s. 121, 122.

<sup>229</sup> Öz, Zenginleşme, s. 88, 100, 112; Oğuzman/ Öz, s. 360; Olgaç, s. 39; Von Tuhr (Çev. Edege), s. 427; Bussy (Çev. Gürsoy), s. 67; Reisoğlu, İktisap, s. 159, 160; Eren, s. 990, 991; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 744; Sirmen, s. 135.

<sup>230</sup> Söz konusu saik hata, EBK m. 24/1 (TBK m. 32)'den farklı bir anlam taşımaktadır. Bu durumdaki saik hatası, ifası amaçlanan borç ilişkisinin geçerliliği ile ilgili olarak tasarruf işleminin yapılması esnasında aranacak hatalardan olup temel hatası olması

zenginleşmeye dayanan söz konusu iade talebinin ileri sürülmesi için hatanın, mazur görülebilir nitelikte olması da beklenmez<sup>231</sup>. Buna karşın; zenginleşmenin iadesinin TBK m. 77 (EBK m. 61) uyarınca gerçekleşmeyen sebebe dayanılarak talep edilebileceği durumda, ya *boşa çıkan beklentinin* veya bu *beklentinin gerçekleşmediğinin* ispatlanması gerekir<sup>232</sup>.

71. Bankanın TBK m. 78 (EBK m. 62) hükmüne dayalı iade talebinde bulunabilmesi için ödemenin saikte hataya düşülmesi üzerine gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi gerekir. Böylece sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebiyle muhataba yönelmek isteyen banka, [ilk talepte ödeme kaydı nedeniyle] ödeme talebine dair gerçekleştirmek zorunda kaldığı sathi inceleme sonucunda, riskin gerçekleştiğine ve ödeme yükümlülüğünün doğduğuna inandığını; söz konusu değerlendirme sonucu ödeme yaparken de esasen *saiikte hataya düştüğünü* ispatla yükümlü olacaktır. Bununla birlikte; ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları bakımından banka, aksini düşünmesine imkân verecek bilgi ve belgenin talep anında kendisine sunulmadığı her hâlde, borcunu [=mektup bedelini] *ikrarı veçhile*<sup>233</sup> ödemek zorundadır. Dolayısıyla bu hâlde, saikte düşülen hatanın ispatı için ayrıca bir çaba içine girilmesi beklenmez. Esasen bu durumun, İİK m. 72/VII uyarınca cebri icra tehdidi altına yapılmak zorunda kalınan ödemenin istirdadına ziyadesiyle benzediğini düşünmek de mümkündür. Anılan kayda mündemiç ve onun hukukî niteliğini belirleyen/özünü teşkil eden *ikrar*, [talep anında] bankanın bir yandan [tarafı olmadığı ilişkiden neşet eden] riske dair araştırma imkân ve kabiliyetini kısıtlarken öte yandan ödemenin bir saikin çok

---

gerekmediğinden; *fakirleşen tarafın, hataya düşmeseydi kazandırıcı işlemi gerçekleştirmeyeceğini söylemesi yeterlidir*. Öz, Zenginleşme, s. 88, 89, 91; Oğuzman/Öz, s. 360, 361; Aynı yönde *bkz. Reisoglu*, İktisap, s. 160-162; Saiikte hataya ilişkin örnekler için *bkz. Von Tuhr* (Çev. Edege), s. 424; Hukukî hata da olabilir. Eren, s. 990; Günal, s. 48.

<sup>231</sup> Hatanın mazur görülebilir ölçüde olması gerektiğini ileri süren görüşlerin, artık geçerliliğini yitirdiği ile ilgili *bkz. Öz*, Zenginleşme, s. 90; Aynı yönde *bkz. Reisoglu*, İktisap, s. 163, 164; Oğuzman/ Öz, s. 361; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 744; Baskın görüşün bu olduğu yönünde *bkz. Serozan*, Zenginleşme, s. 680; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 58, 332; Çıtak, B.: Federal Mahkemenin Bir Kararı Dolayısıyla, AÜHFD, 1964/1, s. 580; Karş. Mazur görülebilirlik ölçüsünün aranması gerektiği yönünde *bkz. Von Tuhr* (Çev. Edege), s. 424, 425.

<sup>232</sup> Oğuzman/ Öz, s. 366; Öz, Zenginleşme, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 741; Reisoglu, İktisap, s. 140.

<sup>233</sup> Bilhassa *bkz. § 36 vd.*

YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

ötesindeki gerekçelerle yapılmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla da ikrar gereği [o sırada] yapılmak zorunda kalınan ödemenin istirdadı için tıpkı İİK m. 72/VII’de olduğu gibi, artık saikte düşülen hatanın ispatına ihtiyaç duyulmamalıdır.

72. Bankanın, TBK m. 77 (EBK m. 61) hükmüne dayanması hâlinde ise riskin sonradan gerçekleşeceğine dair *boşa çıkmış da olsa bir beklentisinin olduğunu* ve bu *beklentisinin gerçekleşmediğini*, ispat etmesi gerekir. Bununla birlikte riskin sonradan gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak bilinmesine rağmen yapılan ödemelerin iadesinin talep edilmesi de mümkün değildir<sup>234</sup>.

73. Risk olgusuna ilişkin sathi [*elde olan, daha doğrusu olmayan veriler, bilgi ve belgeler kadar*] bir inceleme yapmak suretiyle talebin uygun olup olmadığına karar vermek zorunda kalan banka, riskin gerçekleştiğine dair ödeme talebi sırasında ileri sürülenleri [ki, genelde sadece yalın bir beyanı] ve [mümkün olduyorsa] kendisine ulaştırılan “*likit?*” delilleri değerlendirecektir. Bankanın bu değerlendirme faaliyeti kapsamında göstereceği özenin, uluslararası alanda faaliyet gösteren kredi kuruluşlarının göstereceği özen çerçevesinde olması beklenir<sup>235</sup>. Bir görüşe göre; bankanın özen yükümlülüğü, *basiretli tacirin göstereceği özen çerçevesindedir*<sup>236</sup>. Eş deyişle bankanın ancak belge uzmanlarından beklenebilecek düzeydeki özen derecesi çerçevesinde bir inceleme yükümlülüğüne tabi olması beklenmeyeceği gibi<sup>237</sup> dar kapsamlı incelemeyle fark edilemeyecek sahtecilikten sorumlu tutulması da söz konusu değildir<sup>238</sup>. Bankanın, göstereceği özenin makul derecede olması yeterlidir<sup>239</sup>.

74. Ödeme talebindeki haksızlığın ya da hukuka aykırılığın, [yaygın kabule göre] “*likit*” olarak nitelendirilen türden delillerle peşinen ortaya konamadığı bir durumda, bankanın değerlendirmesi, sadece ödeme talebi

<sup>234</sup> Bu hâlde, TBK m. 78 (EBK m. 62) hükmüne kıyasen dahi iadenin istenemeyeceğine dair bkz. *Oğuzman/ Öz*, s. 366, dn. 189.

<sup>235</sup> *Develioğlu*, s. 337; *Yener Coşkun*, s. 161.

<sup>236</sup> *Tandoğan*, Cilt 2, s. 431; Aynı yönde bkz. *Kahyaoğlu*, s. 113; *Durmaz*, İbrahim, s. 148; *Yasan*, s. 56.

<sup>237</sup> *Doğan*, Mektuplar, s. 256.

<sup>238</sup> *Doğan*, Mektuplar, s. 256; *Canbolat*, İmkânlar, s. 137; *Durmaz*, İbrahim, s. 175.

<sup>239</sup> İbrahim edilen belgelere dair bkz. *Doğan*, Mektuplar, s. 408; *Durmaz*, İbrahim, s. 151.

üzerinden olacaktır. Bu çerçevede bankanın riskin tecelli edip etmediğine dair ancak ve sadece bir “şüphesinin”<sup>240</sup> bulunduğundan söz edilebilir. Şüphenin varlığında ifanın, ihtirazı kayıt konmak suretiyle yapılması da mümkündür<sup>241</sup>. Bir görüşe göre bankanın ihtirazı kayıt koymadan bedeli ödemesi hâlinde, borç mevcut olmasa dahi ödeme talebindeki haksızlıktan haberdar olduğu kabul edilmeli ve sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebine cevaz verilmemelidir<sup>242</sup>. Buna karşın, ödeme talebini şeklen değerlendirmek zorunda kalan bankanın, riskin gerçekleştiğine ya da sona erdiğine dair incelemesinin, [pek çok kez geçerli olduğu üzere] yalnızca muhatabın talep esnasındaki beyanıyla<sup>243</sup> sınırlı olacağı göz önünde tutulmalıdır. Zira ilk talepte ödeme kayıtlı bir banka teminat mektubu ilişkisinde, [kabule göre] “önce öde sonra dava et” ilkesinin; *kanımızca ise ispat yükü sözleşmesinde mündemiç ikrarın*<sup>244</sup> yarattığı tazyik altında [lâkin aksini iddia ve ispat hakkı da saklı tutulmuş vaziyette] ödeme yapacak olan banka, esasen riske dair gerçekleri bilmeden/bilmesine de imkân olmadan, yani riskin talep anında doğup doğmadığına ilişkin bir ihtimâl hesabı yapıp bu konuda bir kanaate varamadan [varması da gerekmeden] ödeme yapmaktadır. Riskin gerçekleştiğine dair muhatabın beyanının maddi gerçeği yansıtıp

<sup>240</sup> Bu bağlamda; “*ne olur ne olmaz*” diyerek yapılan ödemelerin durumu, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; borcun geçerliliğine dair şüphenin varlığına rağmen gerçekleştirilen ifa, iade talebine sebebiyet vermez; diğer bir görüşe göre şüphenin, hata kapsamında bir bilmeme olgusu olarak değerlendirilip iade talebine dayanak teşkil etmesi, mümkündür. Başka bir görüşe göre ise; ifayı gerçekleştiren tarafın borcun geçersizliğine önem atfetmediği anlaşılabilirliğinde, iade talebi mümkün olmaz. Son görüş ise; borçlu olduğuna inansa da bundan emin olmayarak ifade bulunan kişinin iade isteyebileceğini; borçlu olmadığına inanan, ancak bu konuda emin olmadan ifade bulunanın ise iade isteyemeyeceğini ifade etmektedir. *Bkz. Öz, Zenginleşme, s. 90, 91; Oğuzman/Öz, s. 361, 362; Tek başına şüphenin varlığı, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebine yol açmaz. Serozan, Zenginleşme, s. 681.*

<sup>241</sup> *Von Tuhr (Çev. Edege), s. 425; Oğuzman/ Öz, s. 362; Aynı yönde bkz. Eren, s. 991; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 338; Serozan, Zenginleşme, s. 681.*

<sup>242</sup> *Develioğlu, s. 338.*

<sup>243</sup> Muhatap, ödemeyi talep ettiğinde; aynı zamanda, riskin gerçekleştiğine dair zımnen de olsa beyanda bulunmuş olur. Zira garanti sözleşmesinin mahiyeti gereği; banka, risk gerçekleştikten sonra ve ödeme talep edildiğinde bedeli ödemeyi taahhüt etmiş; alacaklı da bunu kabul etmiştir. *Canbolat, İmkânlar, s. 268.*

<sup>244</sup> *Karş.* Banka açısından ödemenin talep edilmiş olması, riskin gerçekleştiği yönünden karine teşkil etmektedir. *Tuncel Yazoğlu, s. 61.* Ödeme talep edildiğinde, riskin gerçekleştiği varsayılır. *Yener Coşkun, s. 169.*

yansıtmadığını bil(e)mese de banka, bu beyan üzerine *-ve aksini elverir mahiyette deliller elinde olmadığı sürece-* ikrarı gereği ödeme yapmak zorundadır. İhtirazı kayıt konusundaki olası ısrar, ilk talepte ödemeye ilişkin kaydın mahiyeti hakkında uygun bulduğumuz ispat yükü sözleşmesinde mündemiç ikrarın *aksi ispatlanabilir* olan özelliği sayesinde zaten karşılanmaktadır. Zira eldeki ilişkiye gömülü aksini ispat hakkı, esasen peşinen dermeyan edilmiş ihtirazı kayıttan başka bir şey değildir. Öte taraftan, eldeki aynı ispat yükü sözleşmesi; özünde barındırdığı *-aksi ispatlanabilir olsa da-* “*ikrar*” sonucu nedeniyle bu kez bankayı, teknik olarak bir şüphe içinde dahi bırakmadan ödemeye adeta mecbur etmektedir.

75. Ödeme talebindeki haksızlığın peşinen ortaya konulmuş olmasına rağmen; bankanın yapmış olduğu ödeme, borç olmayan bir şeyin ödenmesi niteliğinde olup *artık* bilerek ve istenerek yapılan ödeme olarak kabul edilebilir ve bankanın bundan böyle sebepsiz zenginleşme talebi ile muhataba yönelme ihtimâli ortadan kalkar<sup>245</sup>. Zira nitelikli özen yükümlülüğü olan bankanın evvelce sunulan deliller ölçüsünde, ödemede hataya düştüğü artık söylenemez.

76. [Henüz] [G]erçekleşmeyen sebebe dayanan iade talebinde ise; mektup bedelini ödeyen bankanın, hukuken korunan bir beklentisinin olduğunu ve fakat takiben bu beklentinin boşa çıktığını ispat etmesi gerekecektir. Bu hâlde; eldeki delile rağmen bankanın riskin gerçekleşeceğine dair beklenti taşıdığının kabulü için, yine aynı güçte bir delilin varlığını aramak gerekir. Ödeme anında bankanın, beklentisinin gerçekleşmeyeceğini kesin olarak bilmiyor olması da şarttır.

77. Bankanın, alacaklının kusurunu ispatı gerekmez. Zira haklı neden olmaksızın zenginleşen kişinin kusurlu olması, iade talebi için aranan bir unsur değildir<sup>246</sup>. Ancak riskin gerçekleşmediğini bilmesine rağmen, mektup bedelini talep eden alacaklının bu davranışının bankaca tespit edilmesi, iade borcunun kapsamının belirlenmesi açısından önem arz eder. Bu sırada, basiretli tacir olarak kabul edilen bankanın inceleme yükümlülüğü

<sup>245</sup> TBK m.78 (EBK m. 62) kapsamındaki açıklama için *bkz. Kahyaoğlu*, s. 86; *Yener Coşkun*, s. 289.

<sup>246</sup> *Serozan*, Zenginleşme, s. 617; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 748; *Güenal*, s. 2, 6; *Reisoğlu*, İktisap, s. 163, 164; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 372.

kapsamında yapacağı değerlendirmede, özensiz olması sebebiyle müşterisine vereceği zararları, kendi aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde tazmin etmesi gerekecektir<sup>247</sup>.

## VIII. SONUÇ

1. Alacaklının [muhatabın], ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektubuna dayanarak risk gerçekleşmediği hâlde haksız olarak ya da hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunması karşılaşılan problemlerdendir.

2. *Ağırlıklı görüş doğrultusunda*; risk gerçekleşmemişken bankanın, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları için bir ödeme borcunun bulunduğu bahsedilemez. Akdin inikadıyla bankanın “*riski garanti etme*” yükümlülüğü başlar; garanti edilen risk [*her ne ise*] gerçekleştiğinde de bankanın bu kez “*garanti etme yükümlülüğünden kaynaklanan ödeme borcu*” doğar. Ödeme talebi üzerine de, bankanın ödememeden doğan sorumluluğu gündeme gelir.

3. İlk talepte ödeme kaydının varlığı, *-yine yaygın kabule göre-* banka teminat mektuplarını illetten mücerret yapmaz. Bu türden banka teminat mektuplarının [*Alman hukukundakine eş nitelikte bir*] soyut bir borç ikrarını da haiz olmadığı savunulur. İlginçtir, bu diskuru dile getiren çoğunluk görüşü, aksi hâlde geçerli [*azınlık görüşündeki*] kimi sonuçlardan da derinden etkilenmiş ve onları da benimseyerek kendi görüşlerine dâhil etmiştir. Oysa bankanın ödeme taahhüdü, kısaca *riskin gerçekleşmesine* bağlıdır. Dolayısıyla, riskin gerçekleşmediği/sona erdiği bir hâlde talep edilen ödeme *haksızdır*. Aksi yöndeki talebin ifasından kaçınmak bakımından; aynı talebin ayrıca ve ancak *hakkın açıkça kötüye kullanılması mahiyetinde* olmasını beklemek, esasen azınlıktaki görüşe ait bir çıkarımdır (*karş. §45*) ve bunun, bu kez çoğunluk görüşü içinde de kendisine bir yer bulabilmiş olmasını faydalı bir fazlalık olarak görmek, çoğu hâlde güçtür.

4. Aynı şekilde, *likit* delil terminolojisinin iktibası da dikkat çekicidir (§41-44). Bu tabir, esasen azınlıktaki görüş içinde kendisine yer bulmuş olup, *olsa olsa* ödemedi kaçınmak bakımından talebin dayanağı olan hakkın *aşikâr* surette kötüye kullanıldığının ispatı için aranan delilin [*çekişmeli vakıayı*] temsile elverişliliğini [*temsili niteliğini*] anlatabilir. Gerçi, bu tabirle yani *likiditeyle* anlatılmak istenenin, delile konu vakıayla mı yoksa aynı

<sup>247</sup> Sözleşmeden doğan koruma yükümlülüğüne dayanılarak zararın tazmin edilebileceğine dair bkz. Doğan, Mektuplar, s. 68.  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)



delilin, konusu olan vakıayı temsil gücüyle mi [*örneğin, ayrıca tahkike gerek bırakmayacak vasıfta olmak gibi*] ilgili olduğu konusunda da pürüzsüz bir sonuca varmak mümkün olamamıştır. Ne var ki, daha ilginç olan husus; aynı tabirin bu kez riski, ödeme talebinin koşul vakıası olarak gören [çoğunluk] görüş(ü) içinde de kendisine yer bulabilmiş olmasıdır.

5. Söz konusu sözleşme kaydının hukukî mahiyeti hakkında, meseleye farklı bir açıdan yaklaşmak ve çoğunluk görüşü içinde kalarak bu kaydın olası sonuçlarına değinmek uygun bulunmuştur. Anılan kaydın, esasen bir “*ispat yükü sözleşmesi*” olarak değerlendirilmesini mümkün kılan ve çoğunluk görüşü içinde yer alan kimi nedenler bulunmaktadır: Bunların başında, ödeme talebinin bizzat kendisine, riskin gerçekleştiğine dair *karine* sonucunun yüklenmiş olması gelmektedir. Yine bu kapsamda dillendirilen “*ispat soyutluğunun*” olası işlevi hakkında, daha isabetli sonuçlara varmanın da mümkün olabileceği düşünülmüştür. Her iki türdeki betimlemenin ortak özelliği olan aksini ispat imkânı, elde olanın saf bir “*ikrar sözleşmesi*” olarak kabulüne engeldir. Buna göre çareyi, “*ispat yükü sözleşmelerinde*” aramak kaçınılmaz olmuştur. Bu kurgu, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarının işlevine de uygun düşmektedir. Özetle muhatap, talebinin koşul vakıası olan riskin gerçekleştiğini ispattan kurtulmakta; garantör banka ise kendisinin dışında tecelli eden; bu nedenle de bilemeyeceği *risk* koşul vakıasının gerçekleşmemiş olduğu durumda, aksini ispat ederek ödediğini geri alabilmekte; daha iyi ihtimâlde ise peşinen ödemekten imtina ederek açılacak alacak davasında ispat yükünü taşımaktadır. Öte taraftan, bir kez de azlığın görüşü içinde kalınarak ilk talepte ödeme kaydının “*soyut bir borç ikrarına*” mı yoksa esasen saf bir “*ikrar sözleşmesine*” mi delalet ettiği hakkında, ayrıca bir çaba içinde olunmamıştır. Zira mesele, sözleşmenin yorumuyla alâkalıdır. Ne var ki, bir ihtimâl bunun ikrar sözleşmesine elverdiği kabul edilecek olursa dahi dürüstlük kuralına aykırı istemler yönünden getirilen istisnanın bu hâlde de varit olması, işten bir değildir. Zira *belirlilik* ve *öngörülebilirlik* özelliklerini kaybetmiş bir usul sözleşmesine boğun eğilmesi beklenmemelidir. Kısacası, çoğunluk görüşü bağlamında, *ilk talepte ödeme kaydının hukukî mahiyetinin artık bir ispat yükü sözleşmesi olduğu yönündeki görüş ve kanaatimiz dile getirilerek çoğunluk görüşü içinde değinilen ve aslında teknik olmaktan çok bir durumu tasvir ettiğini kabul ettiğimiz kimi çıkarımlara* [metin içinde yer yer kullanılmaya devam edilse de] (§44) *dayanak bulunmaya çalışılmıştır*.

6. Bu bağlamda, “*likit*” delil tabirinin azlığın görüşü içinde, özel bir yeri ve anlamı olduğu hâlde çoğunluk görüşü içinde de kendine bir yer

bulabilmiş olması, şüpheyle karşılanmış ve çalışma içinde de çoğunluğa atfen yine yer yer dile getirilen bu tasvire, ihtiyatla yaklaşmıştır. “*Likit*” tabiriyle hukukumuzda ilk defa karşılaşılıyor değildir. Lâkin bu ibarenin ispat hukukumuzda ne normatif ne de terminolojik bir karşılığı vardır. Şu hâlde ödemeden imtina eden veya yapmak zorunda kaldığı ödemenin istirdadını isteyen bankanın zaten ispat yükü sözleşmesiyle yüklendiği “*ispat yükü*” dışında taahhüt ettiği başka bir usûlî yük mü vardır? Oysa yaşayacağı olası ispat güçlükleri karşısında, bankanın *olağan şartlar altında* istifade edebileceği başkaca usulî çarelere bu kez de sığınıp muhataptan yardım alması zaten beklenmez. Lâkin bundan maada, kullanabilecek deliller bakımından da bir kısıtın geçerli olduğuna, elde bir delil sözleşmesi de bulunmadığı dikkate alındığında; ihtiyatla yaklaşılmalıdır. İspat yükü gibi *somutlaştırma* ve *delil ikame yükünü* de münhasıran sırtlanmış bankanın örneğin riskin sona erdiği ve ödeme talebinin buna rağmen yapıldığı konusunda gösterebileceği deliller bakımından kesin/takdir delil ayrımına itibar etmekten başka bir ihtimâl bulunamamıştır. Esasen çoğunluk görüşü içinde, azınlık görüşü içindeki gibi bir savunmayı karşılayacak *düzeyde* delile ihtiyaç da yoktur. Çoğunluk görüşü bakımından da hakkın kötüye kullanılmasıyla ödemeden kaçınılabileceği durumlar, gündeme gelebilir. Lâkin azınlık görüşünün aksine bankanın yegâne sığınabileceği savunma sebepleri de bununla sınırlı değildir. Riskin olmadığı her hâlde, ödemeden imtina edilebilir. Dolayısıyla neyi anlattığından bağımsız olarak “*likit delil*” tabirine, çoğunluk görüşü içinde yer verilmesini beklemek ne gerekir ne de buna “*kesin delil*” ayrımının geçerli olduğu bir usul sisteminde imkân vardır. “*Kesin delil*” kısıtının dışında ayrıca bir de “*likit delil*” ölçütünün esas alınmasını -haklılığı bir yana- zorunlu kılan hiçbir kanuni veya akdi temele de rastlanmamıştır. Hele çekişme, soyut borç ikrarına karşın hakkın açıkça kötüye kullanılmasından riskin olmadığı/kalmadığı seviyesine indiği andan itibaren; deliller arasında bir *likidite* arayışına girmek de gerekmez. Kaldı ki, Türk usul hukuku sistemi içinde var olan “*kesin delil*” ayrımı, bu ihtiyacı yeri geldiğinde ziyadesiyle karşılamaktadır. Kısacası çoğunluk görüşü bakımından, *likit* delil tabirine gerek duyulmaksızın “*kesin delil/takdiri delil*” ayrımına göndermede bulunulması, kanımızca gerekir ve yetiştir.

7. Risk gerçekleşmeden önce ya da riskin gerçekleşme ihtimâli sona erdikten sonra “*ilk talepte ödeme kayıtlı*” tazmin talebiyle karşılaşan banka, kendisi için en risksiz gördüğü yolu seçip ödemeyi yapacaktır. Takiben banka, ödediği bedeli pek çok kez kontrgaranti çerçevesinde müşterisinden tahsil etmeyi deneyecektir. Lâkin bankanın buna da zorunlu olup olmadığı, çalışmanın meşgul olduğu ana meselelerdendir. Yani bankanın ödediği

bedeli, yine muhataptan geri alıp alamayacağına ve şayet mümkünse, bu kez de bir sıranın bulunup bulunmadığına bir yanıt aranmıştır. Anılan kayda karşın, mektup bedelinin ödenmesinden imtina edilebileceğine dair hiçbir şüphenin olmadığı bir yerde; bankanın, bu kez yapılan ödeminin iadesi bakımından varsa ve öncelikle kontrgarantiyi tüketmesi *gerektiği* konusunda yaratılan sıralamanın olası teorik temelleri, çalışmanın da ana temasını teşkil etmiştir. Bu sırada, görülmüştür ki, çoğunluk görüşüne atfen dile getirilen “*önce öde sonra dava et*” ilkesinin olası sonuçları bakımından da bir belirsizlik iklimi hâkimdir. Azlığın görüşüne göre böyle olması kaçınılmazdır. Lâkin bu tabirin, bu kez çoğunluk görüşü içinde de gerçekten bir yeri ve işlevi olabilir mi? *Zira sona ermiş risk karşısında, bankanın ödediğini muhataptan alabilmesine çeşitli gerekçelerle cevaz verilebiliyorsa aynı gerekçeler, söz konusu talepten peşinen imtinaa da yetişmez mi?*

8. Çoğunluk görüşü içinde mektup bedelinin ödenmesini talep hakkı, garanti altına alınmış riskin gerçekleşmesine bağlıdır. Şu hâlde, risk gerçekleşmemiş ya da kalmamışken; ilk talepte ödeme kaydının ardına saklanarak ödeme talebinde bulunan muhatabın bu zenginleşmesinin hukuken korunması beklenemez. Bankanın yapılan beyan temelinde, riskin gerçekleşme ihtimâline ilişkin hiçbir kanaat geliştiremeden ve tam aksine peşinen etmiş olduğu ikrara uygun olarak ödeme yapma ihtimâli, hayli yüksektir. Kaldı ki, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında banka; garanti sözleşmesinin kendisine ait hususlar yanında, bu kez *risk* olgusu bakımından ancak eldeki veriyle, bilgiyle ve varsa belgeyle sınırlı, bu nedenle de tabiatı gereği sathi bir incelemeyle yetinmek zorunda kalmaktadır.

9. Bankanın muhataba yönelteceği istirdat talebinin hukukî sebebinin tespiti kapsamında, *sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi* incelenmelidir. Bankanın, ödediği bedeli sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade hükümleri kapsamında geri talep edebilmesi için; ödemeyi alan kişinin, ödeme ile bankanın hilâfına zenginleşmiş olması gerekir. Bu bağlamda, fakirleşmenin mevcut olup olmadığı noktasında aranılan husus; malvarlığı eksilen tarafın bu eksilmesini giderme çabasına girmesi ve hatta bu çabasının sonuçsuz kaldığını belgelendirmesi değildir. Yani malvarlığı azalan kişinin illâ bu azalmayı telafi etmeye çalışması ve bu çabasında sonuçsuz kalması, hatta bir de bunu tartışmasız hâlde getiren bir belge ile ispat eder hâlde getirmesi beklenmez. Bankanın *ister* kontrgaranti üzerinden kendi müşterisine *isterse* teminat mektubundan kaynaklanan borcun ifasının sakatlığı *-aşlında doğmamış olması-* nedeniyle sebepsiz zenginleşme talebiyle mektup muhatabına başvurması mümkündür. Burada, hakların *birleşmesinden*

bahsedilir. Bu sırada, “*iade olunan şeyin*” hiçbir zaman yeni bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesi gerektiği göz önünde tutulduğunda; muhataba yönelecek olan bankanın, kaybettiği meblağı başka bir yoldan -kontrgaranti gibi- *tahsil etmemiş olmasının* (!) gerektiği açıktır. Böylece sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebi ile kontrgarantinin tahsili arasında, öncelik-sonralık ilişkisinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

10. Çalışma içerisinde, riskin gerek henüz gerçekleşmediği askı döneminde gerekse gerçekleşme ihtimâlinin sona erdiği, kalmadığı hâlde yapılmak zorunda kalınan ödemelerin iadesine ilişkin olarak farklı teorik nedenler ve görüşler uyarınca çeşitli sonuçlara varılmıştır. Bankanın risk henüz gerçekleşmemişken -askı döneminde- ya da riskin gerçekleşme ihtimâli ortadan kalkmışken yapmış olduğu ödemenin iadesini, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep etmesi mümkündür. Böylece iade talebi, [risk gerçekleşmemişken yapılan ödemelerde] risk gerçekleşene kadar mümkün olacak ve TBK m. 78 (EBK m. 62) uyarınca borçlanılmamış edimin ifası sebebine dayanacaktır. Bununla birlikte; ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları bakımından bankanın aksini düşünmesine imkân verecek bilgi ve belgenin talep anında kendisine sunulmadığı her hâlde, borcunu [=mektup bedelini] *ikrarı veçhile* ödemek zorunda olduğunu da [*adeta* İİK m. 72/VII] kabul etmek, gerekir. Dolayısıyla bu sırada, ne saikte düşülen hatanın ispatı için ayrıca bir çaba içine girilmesi ne de ödemenin bir ihtirazı kayıt altına yapılması beklenmelidir.

## KAYNAKÇA

**Acar, F./Kul, E.:** Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi, İÜHFMD; 2020/3, s. 1351-1386.

**Acar, Ö.:** Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.

**Akıntürk, T.:** Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, AÜHFMD; 1971/3-4, s. 219-247.

**Akyazan, S.:** Banka Teminat Mektupları, BATİDER, 1969/1, s. 16-33. (Anılış: Teminat).

**Akyazan, S.:** Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, BATİDER, 1974/3, s. 567-579. (Anılış: Sorunlar).

**Akyazan, S.:** Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, BATİDER, 1975, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-13. (Anılış: Zamanaşımı).

**Aral, F.:** Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (Ed. **Ünal, M.**), Ankara 2006, s. 131-145. (Anılış: Mektuplar).

**Aral, F.:** Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukuki İlişki, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan (Ed. **Ünal, M.**), Ankara 2009, s. 185-199. (Anılış: Garanti).

**Aral, F.:** Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki, *BATİDER*, 2007/2, s. 189-200. (Anılış: İlişki).

**Arık, F.:** Başkasının Fiilini Taahhüt ve Garanti Mukavelesi, *AÜSBFD*, 1955/2, s. 45-75.

**Arkan, S.:** Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2003, s. 983-991. (Anılış: Nitelik).

**Arkan, S.:** Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, *BATİDER*, 1992/4, s. 59-84. (Anılış: Durum).

**Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.:** İcra ve İflâs Hukuku, 8. B., Ankara 2022.

**Atalay O.:** Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

**Atasoy, K.:** Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, *AndÜHFD*, 2019/1, s. 101-134.

**Barlas, N.:** Türk Hukuk Sisteminde Banka Mektupları, İstanbul 1986. (Anılış: Mektuplar)

**Barlas, N.:** Banka Teminat Mektupları, Makalelerim, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 31-47. (Anılış: Teminat).

**Başara, İ.:** Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, *TBBD*, 2009/83, s. 302-317.

**Bussy, A. (Çev. Gürsoy, K. T.):** İsviçre-Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap), Ankara 1948.

**Canbolat, F.:** Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009. (Anılış: İmkânlar).

**Canbolat, F.:** Banka Garantisinin veya Banka Garantisinden Doğan Alacağın Haczi Sorunu, *BATİDER*, 2008/4, s. 157-178. (Anılış: Sorun).

**Çetin, A./Dinç, Y.:** Türkiye'de Teminat Mektupları-Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 2013/9, s. 67-92.

**Çevik, K.:** Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, Ankara 2009.

**Çıtak, B.:** Federal Mahkemenin Bir Kararı Dolayısıyla, *AÜHFD*, 1964/1, s. 579-583.

**Demircioğlu, H. R.:** Kontrgarantiye Başvurulamayan Hallerde Teminat Mektubunu Ödeyen Bankanın Lehbara Rücu Meselesi, Terazi Hukuk Dergisi 2009/31, s. 61-70.

**Deren-Yıldırım, N.:** Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996.

**Develioğlu, H. M.:** Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.

**Dickhoff, V.:** Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß, Erlangen 1940.

**Doğan, V.:** Banka Teminat Mektupları, 4. B., Ankara 2011. (Anılış: Mektuplar).

**Doğan, V.:** Banka Teminat Mektupları Hakkında MTO'nun Birörnek Kuralları, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 385-404.

**Doğan, V.:** Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi, Banka Teminat Mektupların İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu-URDG758) Makaleler (Ed. Ekşi, N.), İstanbul 2011, s. 133-153. (Anılış: Mücbir).

**Durmaz, B.:** Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinin Banka Tarafından Şekil ve Kişi Bakımından İncelenmesi, Banka ve Finans Hukuku Dergisi (Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan, 2. Cilt), 2019/32, s. 2741-2766. (Anılış: İnceleme).

**Durmaz, B.:** Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı, İstanbul 2016. (Anılış: İbraz)

**Ekici, A./Durukanoğlu, N.:** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), İstanbul 2016.

**Ekşi, N.:** ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URDG758, Banka Teminat Mektupların İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu-URDG 758) Makaleler (Ed. Ekşi, N.), İstanbul 2011, s. 107-133.

**Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. B., Ankara 2020.

**Erişir, E.:** Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

**Geçer, T.:** Eximbank "Teminat Mektubu" Toplama Bankası Mı?, Uluslararası Ticaret ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 2017/2, s. 81-86.

**Gümüş, M. A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, 3. B., İstanbul 2014.

**Günal, A. N.:** Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti), Ankara 1996.

**Güney, A.:** Banka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2012.

**Gürses, D.:** Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016.

**Kahraman, Z.:** Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.

**Kahyaoglu, E. C.:** Banka Garantileri, İstanbul 1996.

**Kapancı, K. B.:** Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014. (Anılış: İlişki).

**Kapancı, K. B.:** Müteselsil Sorumluluk, İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu-Genel Hükümler (Ed. **Serozan, R./Öz, T./Acar, F./Gökyayla, E./Develioğlu, M.**), Cilt 1, 2. B., İstanbul 2018, s. 425-496. (Anılış: Sözleşme).

**Karakaş, F. T.:** Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, AÜHFD, 2013/3, s. 729-760.

**Karlı, Ö.:** Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması, İstanbul 2008.

**Kaya, A.:** İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, Makalelerim-I, İstanbul 2012, s. 261-281. (Anılış: Tedbir).

**Kaya, A.:** İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Makalelerim-I, İstanbul 2012, s. 227-259 (Anılış: Sorun).

**Kayak, S.:** 6098 Sayılı Kanunun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, BATİDER, 2015/4, s. 15-71. (Anılış: Değerlendirme).

**Kayak, S.:** Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul 2010. (Anılış: Taahhüt).

**Kayar, I.:** Bankaların Yaptıkları Fazla Ödemelerin Hukuki Niteliği ve İadesi Sorunu, BATİDER 1997/1, s. 65-82.

**Kılıçoğlu, A. M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. B., Ankara 2018.

**Kırca, İ.:** Teyitli (Bloke) Çek-Gayri Nakdi Kredi İlişkisi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan (Ed. **Engin, B. İ.**), Cilt 2, İstanbul 2010, s. 1235-1242.

**Kiraz, Ö. T.:** İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, 2. B., Ankara 2006.

**Knecht, O.:** Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Freiburg 1937.

**Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpaci, A.:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme), Cilt 3, 7. B., İstanbul 2016.

**Kostakoğlu, C.:** Son Değişikliği İle Bankalar Kanunu Şerhi, 5. B., İstanbul 2004.

**Kuntalp, E.:** Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bundan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 264-280.

**Kuru B.:** İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, İstanbul 1988.

**Nomer, H.:** Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002.

**Oğuzman, M. K./Öz, T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 14. B., İstanbul 2018.

**Olgaç, S.:** Sebepsiz İktisap, Ankara 1977.

**Omağ, S.:** Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti Ve Hükümleri, BATİDER, 1971/2, s. 25-342.

**Öcal, C.:** Banka Teminat Mektupları, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları (28-29.04.2012), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan-Cilt 2 (Ed. **Belen, H./Altay, İ.**), İstanbul 2014, s. 195-209.

**Öz, T.:** Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61-66, İstanbul 1990. (Anılış: Zenginleşme).

**Öz, T.:** Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları (28-29.04.2012), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan-Cilt 3 (Ed. **Belen, H./Altay, İ.**), İstanbul 2014, s. 16-37. (Anılış: İlişkiler).

**Özalp, A.:** ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları- URDG758, Banka Teminat Mektupların İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu-URDG758) Makaleler (Ed. **Eksi, N.**), İstanbul 2011, s. 1-79.

**Özen, B.:** Kefalet Sözleşmesi, 4. B., İstanbul 2017. (Anılış: Kefalet).

**Özen, B.:** Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017.

**Öztek, S.:** İflasın Ertelenmesi Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, İKÜHFD, 2016/1, s. 403-412.

**Pulaşlı, H.:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.

**Reisoğlu, S.:** Garanti Mukavelesi, Ankara 1963. (Anılış: Mukavele).

**Reisoğlu, S.:** Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. B, Ankara 2003. (Anılış: Mektuplar).

**Reisoğlu, S.:** Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 6 (Ed. **Başgül, M./ Konuralp, H.**), Ankara 1989, s. 67-91. (Anılış: Şartsız).

**Reisoğlu, S.:** Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, 1. Kısım, Ankara 1962, s. 147-179. (Anılış: Münasebet).

**Reisoğlu, S.:** Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961. (Anılış: İktisap).

**Reisoğlu, S.:** Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013. (Anılış: Kefalet).

**Serozan, R.:** Edim Sürecine İkidenden Çok Kişinin Katıldığı Durumlarda Haksız Zenginleşme Kökenli Tasfiyenin Kimler Arasında Gerçekleşeceği



Sorunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999/1-2, s. 875-901.

**Serozan, R.:** “Sebepsiz İktisap”Ta Yoksullaşma Öğesine Yer Var Mıdır?, MÜHFHAD, 2016/3, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan-Cilt 3 (Ed. **Antalya, G./Topuz, M.**), s. 2497-2504. (Anılış: Yoksullaşma).

**Serozan, R.:** Sebepsiz Zenginleşmeler, İstanbul Şerhi -Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu- Genel Hükümler (Ed. **Serozan, R./Öz, T./Acar, F./Gökyayla, E./Develioğlu, M.**), Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 611-720. (Anılış: Zenginleşme).

**Sirmen, L.:** Türk Hukukunda Şart, Ankara 1992.

**Somuncuoğlu, Ü.:** Banka Teminat Mektupları Ve Kontrgaranti Sözleşmeleri, Hukuk Köprüsü 2014/7, s. 265-268.

**Somuncuoğlu, Ü.:** Bir Bankanın Somut Genel Kredi Sözleşmesinde Teminat Mektupları ve Akreditiflerle İlgili Bazı Hükümlerin İncelenmesi, Hukuk Köprüsü 2014/7, s. 229-234.

**Somuncuoğlu, Ü.:** Bir Yargıtay İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, BATİDER, 1975/1, s. 165-176. (Anılış: İnceleme).

**Songur, D. G./Ceylan, Ç.:** Banka Teminat Mektubu-Hukuki Niteliği ve Çeşitleri, ABÜHFD, 2014/4, s. 149-177.

**Sungurtekin, M.:** Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, TBBD, 1990/4, s. 543-567.

**Tandoğan, H.:** Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959. (Anılış: Mukavele).

**Tandoğan, H.:** Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehbara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında, BATİDER, 1970/4, s. 655-662. (Anılış: Rücu).

**Tandoğan, H.:** Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, 1. Kısım, Ankara 1962, s. 793-819 (Anılış: Mahiyet).

**Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. B., Ankara 2010. (Anılış: Cilt 2).

**Tandoğan, H.:** Yürürlüğünün Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, BATİDER, 1976/4, s. 1-60.

**Taşpınar, S.:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

**Taşpolat Tuğsavul, M.:** Banka Teminat Mektupları, İBD, 2009/1, s. 302-335.

**Tekinalp, Ü.:** Banka Hukukunun Esasları, 2. B., İstanbul 2009.

**Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993.

**Teoman, Ö.:** Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 12 (Ed. **Veziroğlu, S./Karan, H.**), Ankara 1995, s. 107-119.

**Tuncel Yazoğlu, F.:** Banka Kredi Sözleşmeleri Ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar Banka Kredilerine Özgü Kanun Yolları, 2. B., Ankara 2018.

**Tunç Yücel, M.:** Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından Bir İnceleme, BaÜHFD, 2013/107, s. 7-24.

**Ulusan, İ.:** İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.

**Umar, B./Yılmaz, E.:** İsbat Yükü, 2. B., İstanbul 1980.

**Von Tuhr, A. (Çev. Edege, C.):** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983.

**Wagner, G.:** Prozeßverträge, Tübingen 1998.

**Yasan, M.:** İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları, EÜHFD, 2012/1, s. 27-63.

**Yener, M. D.:** Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008.

**Yener Coşkun, H.:** Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçlar, İstanbul 2012.

**Yenice, A. Ö.:** Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009.

**Yeşilova Aras, E.:** Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/2, s. 663-682.

**Yeşilyaprak, M.:** Yurtdışı Teminat Mektuplarının Nakde Çevrilmesi Sigortası İhracata Etkisi Ve Uygulama Örneklerinin Değerlendirilmesi, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2018/3, s. 2494-2511.

**Yılmaz, E.:** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, Ankara 2001.

**Yılmaz, G.:** Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili, 2020/4 ABD.

**Yüce, M. B.:** Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007. (Anılış: Sözleşme).

**Yüce, M. B.:** Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Rücu, DEÜHFD, 2020, Cilt 11, Özel Sayı: 2009, s. 1435-1453. (Anılış: Rücu).



# **<sup>H</sup> ELEŞTİREL IRK FEMİNİZMİ: KÖKENLER, ANALİTİK KATKILAR VE GÜNCEL ENDİŞELER**

(CRITICAL RACE FEMINISM: ORIGINS, ANALYTICAL CONTRIBUTIONS, AND CURRENT CONCERNS)

**Dr. Öğr. Üyesi Elif Çağla YILDIZ\* \*\***

## **ÖZ**

*Bu makale 1990'lı yıllarda gelişen Eleştirel Irk Feminizmini kökenleri, karakteristikleri, öne çıkan analitik araçları ve kimi yakın tarihli gelişmeler karşısındaki tutumuyla birlikte ele almayı amaçlamaktadır. Güncel bir betimleyici çalışma olarak planlanan araştırmada öncelikle Eleştirel Irk Feminizminin Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Eleştirel Irk Teorisi ve Feminist Hukuk Teorisi gibi öncü hareketlerle ilişkisi incelenmiştir. Bu hareketlerle ortak yanları ele alındıktan sonra teorinin ortaya çıkmasına gerekçe oluşturan farklı özellikleri ve kesişimsellik ile anti özcülük gibi temel analitik katkıları üzerinde durulmuştur. Öncelikle eleştirel ırk feministlerinin hem Irkçılık Karşıtı Harekete hem de Feminist Hukuk Teorisine getirdikleri özcü eleştiriye temellenen anti özcülük teması ele alınmıştır. Bu bağlamda eleştirel ırk feministlerinin, ezilen özne olarak beyaz olmayan erkeklerin deneyimlerinin öne çıktığı ırkçılık karşıtı söyleme ve temel özne olarak beyaz kadınların deneyimlerinin baz alındığı Feminist Hukuk Teorisine getirdikleri eleştirilere yer verilmiştir. Ardından eleştirel ırk feministlerinin, bu öncü eleştirel yaklaşımların ihmal ettiği beyaz olmayan kadınların özgül deneyimlerini açıklamak için başvurduğu kesişimsellik kavramı üzerinde durulmuştur. Eleştirel Irk Feminizminin önde gelen analitik araçları ele alındıktan sonra yakın tarihli bazı gelişmeler karşısındaki tutumu incelenmiştir. Bu bağlamda, COVID-19 pandemisi, Black Lives Matter Hareketi ve üniversiteye girişlerde pozitif ayrımcılık uygulamasını iptal eden*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 02.11.2023. İlk hakem raporu tarihi: 29.11.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 29.12.2023. Onaylanma Tarihi: 02.01.2024.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9703-1249.

**Esere Atf Şekli:** Elif Çağla Yıldız, “Eleştirel Irk Feminizmi: Kökenler, Analitik Katkılar Ve Güncel Endişeler”, YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 477-504.

*ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararı gibi güncel gelişmelere ilişkin Eleştirel Irk Feminizmi analizlerine yer verilmiştir. Böylelikle hukuk biliminde 1970'li yıllarda başlayan eleştirel geleneğin günümüzdeki temsilcilerinden biri olan Eleştirel Irk Feminizminin, genel ve güncel bir tasvirinin ortaya konulması amaçlanmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Eleştirel Irk Feminizmi, kesişimsellik, anti özcülük, Eleştirel Irk Teorisi, Feminist Hukuk Teorisi.*

### **ABSTRACT**

*This article aims to examine Critical Race Feminism along with its origins, characteristics, prominent analytical tools, and approaches to some current issues. To this end, the research, which is planned as an up-to-date descriptive study, first examines the relationship of Critical Race Feminism with several pioneering movements such as Critical Legal Studies, Critical Race Theory, and Feminist Legal Theory. After discussing its shared characteristics with these movements, and the different features that justified its emergence, the main analytical contributions offered by Critical Race Feminism such as intersectionality and anti-essentialism are presented. First, the theme of anti-essentialism, which is based on the critique of essentialism that critical race feminists directed both at anti-racist discourse and Feminist Legal Theory is discussed. In this context, critical race feminists' critique of the anti-racist discourse in which the experiences of men of color stand out, as well as the critique they directed at the feminist jurisprudence where the experiences of white women are taken as a basis are presented. This is followed by the examination of the concept of intersectionality, which critical race feminists use to address the specific experiences of women of color that former critical approaches have ignored. Following the examination of Critical Race Feminism's leading analytical tools, its approach to several current issues is scrutinized. In this context, the insights that critical race feminists offered into the COVID-19 pandemic, the Black Lives Matter movement, and the U.S. Supreme Court decision that ended affirmative action in college admissions are explored. In this way, the article aims to present a general and updated description of Critical Race Feminism, which is one of the current representatives of the critical legal tradition that started in the 1970s.*

**Keywords:** *Critical Race Feminism, intersectionality, anti-essentialism, Critical Race Theory, Feminist Legal Theory.*

\*\*\*

## I. GİRİŞ: ELEŞTİREL IRK FEMİNİZMİNİN KÜNYESİ

Hukuk biliminde 1970’li yıllarda şekillenmeye başlayan eleştirel gelenek çeşitli hareketlerle günümüze uzanan bir devamlılık yakalamıştır. Amerikan Hukuki Realizminin belirsizlik tezinden ilham alan eleştirel gelenek ilk olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları tarafından hayata geçirilmiş, temelde hukukun nesnelliği ve tarafsızlığına ilişkin liberal varsayımlara bir karşı çıkış olarak vücut bulmuştur. Eleştirel Hukuk Çalışmaları ile başlayan bu süreç, 1980’li yıllarda gelişen Eleştirel Irk Teorisi ve Feminist Hukuk Teorisi gibi hareketlerle sürdürülmüş, varlığını günümüzde de devam ettiren bu iki hareket hukuk biliminde eleştirel geleneğin canlı tutulmasına katkı sağlamıştır.

Bahsedilen eleştirel geleneğin en güncel temsilcilerinden olan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan Eleştirel Irk Feminizmi ise 1990’lı yıllarda ortaya çıkmıştır. 1960’larda pozitif ayrımcılığın yararlanıcısı olan ve gittikçe büyüyen bir beyaz olmayan kadınlar grubu, hukuk mesleği ve akademisindeki pozisyonlara erişmeye başlamış, 1990’lar başına gelindiğinde söz konusu kadınların sayısı birkaç yüze ulaşmıştır. Bunlardan bazıları kendileri ve asla yüksek öğrenimin faydalarından yararlanamayacak daha az varıl kız kardeşleri için çalışmaya başlamış, böylelikle Eleştirel Irk Feminizmi ortaya çıkmıştır.<sup>1</sup>

Eleştirel Irk Feminizmi kendisinden önce varlık gösteren bir dizi eleştirel hukuk bilimi hareketinden, özellikle de Eleştirel Hukuk Çalışmalarından, Eleştirel Irk Teorisinden ve Feminist Hukuk Teorisinden etkilenmiştir. Dahası, bugün Eleştirel Irk Feminizmi kapsamında çalışmalar yürüten Angela Harris, Kimberlé Crenshaw, Mari Matsuda ve Margaret Montoya gibi pek çok isim Eleştirel Hukuk Çalışmalarına zamanında sempati duymuş, Eleştirel Irk Teorisinin ise bizzat parçası olmuştur. Ancak Eleştirel Irk Feminizminin kökenindeki teorilerle ilişkisi bu hâllerle sınırlı değildir. Harekete ismini veren, Eleştirel Irk Teorisinin kurucu figürlerinden Richard Delgado olmuştur. Adrien Katherine Wing’in belirttiği üzere, Eleştirel Irk Feminizmi terimi ilk kez Richard Delgado tarafından *Critical Race Theory: The Cutting Edge* başlıklı antolojinin birinci cildinde kullanılmıştır.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Adrien Katherine Wing, ‘Introduction’ in Adrien Katherine Wing (ed), *Critical Race Feminism: A Reader* (2nd edn, New York University Press 2003) 2.

<sup>2</sup> Adrien Katherine Wing, ‘Critical race feminism (Chapter 9)’ in Karim Murji and John Solomos (eds), *Theories of Race and Ethnicity: Contemporary Debates and Perspectives* (Cambridge University Press 2014) 162-163.

Eleştirel Irk Feminizmi terimi bilinçli bir şekilde seçilmiş olup hareketin hem Eleştirel Irk Teorisiyle hem de Feminist Hukuk Bilimiyle bağlantılarına işaret etmektedir.<sup>3</sup> Öte yandan Eleştirel Irk Teorisine ve Feminist Hukuk Bilimine ilgi duyan eleştirel ırk feministleri, zamanla iki hareketin de beyaz olmayan kadınların perspektifini ihmal ettiği kanaatine ulaşmıştır. Beyaz olmayan kadınların, beyaz kadınlarla ve beyaz olmayan erkeklerle tamamen aynı sorunları paylaştığını varsayan bu iki hareketin söz konusu eksikliği<sup>4</sup> Eleştirel Irk Feminizminin ayrı bir hareket olarak ortaya çıkışını gerektirendiren temel etkenlerden olmuştur. Dorothy Roberts'ın özetlediği üzere, eleştirel ırk feministleri, beyaz olmayan kadınların yaşamlarında ve hukuk kurumlarında ırkçılık ile cinsiyetçilik arasındaki ilişkiyi ifşa ederek ana akım feminist teoriyi revize etmeye yönelmişlerdir. Eleştirel ırk feministleri ana akım feminizme birincil tahakküm alanı olarak cinsiyete odaklandığı yönünde eleştiri getirmiş, ırk üzerinde durarak Feminist Hukuk Biliminde kadınların yaşamlarındaki tarihsel, ekonomik ve sosyal çeşitliliği dikkate alan yeniden yapılanmaya ilham vermişlerdir.<sup>5</sup> Beyaz olmayan kadınların deneyim ve mücadelelerinin beyaz olmayan erkekler ve beyaz kadınlar pahasına marjinalleştirildiğini ileri süren hareket, beyaz olmayan kadınların özgün deneyimlerine odaklanmayı amaçlamıştır. Feminizmin beyaz temalı olduğunu, ırkçılık karşıtı söylemin ise çoğunlukla beyaz olmayan erkeklerin sorunlarına yöneldiğini, ancak beyaz olmayan kadınların özgün deneyimlerinin dikkate alınmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu kadınların hayatlarının her boyutunu etkileyen iktidar yapılarını keşfedecek bir hukuk teorisi arayan Eleştirel Irk Feminizmi, beyaz olmayan kadın akademisyenlerin konu üzerine çalışmalar üretmesiyle ortaya çıkmıştır.<sup>6</sup> Özetle, yirminci yüzyılın son on yılında filizlenmeye başlayan Eleştirel Irk Feminizmi literatürü; geleneksel feminizme ırk, Eleştirel Irk Teorisine ise cinsiyet perspektifi getirmeyi amaçlamıştır. Bu amaçlarla yola çıkan hareket dahilinde çalışan hukukçu bilim insanları arasında Kimberlé Crenshaw, Angela Harris, Adrien Katherine Wing, Dorothy Roberts, Mari Matsuda, Lani

<sup>3</sup> Wing (n1) 4.

<sup>4</sup> Adrien Katherine Wing, 'Critical Race Feminism' in Miriam E David and Marilyn J Amey (eds), *The SAGE Encyclopedia of Higher Education* (SAGE Publications 2020) 319.

<sup>5</sup> Dorothy E Roberts, 'Critical race feminism' in Robin West and Cynthia Grant Bowman (eds), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence* (Edward Elgar Publishing 2019) 113.

<sup>6</sup> Adrien Katherine Wing and Caroline Pappalardo, 'Critical Race Feminism: A Different Approach to Feminist Theory' in Dragica Vujadinović, Antonio Álvarez del Cuavillo and Susanne Strand (eds), *Feminist Approaches to Law: Theoretical and Historical Insights* (Springer 2023) 54.



Guinier, Berta Hernández-Truyol ve Margaret Montoya gibi isimler yer almaktadır.<sup>7</sup>

Eleştirel Irk Feminizminin anti özcülük ve kesişimsellik gibi temel temalarını ve güncel gelişmeler karşısındaki duruşunu ele almadan önce hareketin akademik kökenlerini oluşturan Eleştirel Hukuk Çalışmalarına, Eleştirel Irk Teorisine ve Feminist Hukuk Teorisine değinmenin yerinde olacağı düşünülmüştür. Bu teorileri ele almanın, incelenen hareketin sadece soyağacını çıkarma bakımından değil, aynı zamanda bu teorilerle ortaklaştığı ve farklılaştığı noktalar üzerinden özelliklerine dair daha fazla detay sunma açısından yararlı olacağı düşünülmüştür.

## **II. KÖKENLER**

1990’larda ortaya çıkan Eleştirel Irk Feminizmi, önceden belirtildiği üzere, eleştirel geleneğin güncel mirasçılarından biri olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Eleştirel Irk Teorisi ve Feminist Hukuk Teorisi gibi öncü hareketlerle ilişkilidir. Ancak Eleştirel Irk Feminizminin akademik öncüleri bu hareketler olsa da kökenlerini bu hareketlerin de öncesine götüren bağlantılar söz konusudur. Hareketin çıkış noktasının, diğer bir deyişle Eleştirel Irk Teorisine cinsiyet ve Feminist Hukuk Teorisine ise ırk perspektifi getirme amacının köklerinin 19. yüzyılda yaşamış siyah feministlerin çabalarına dayandırıldığı görülür. Bu bağlamda öne çıkan figürlerden biri Sojourner Truth’tur. Pek çok feminist ırk teorisyeninin tarihsel bir öncü veya hareket noktası olarak 19. yüzyılda yaşamış olan kölelik karşıtı feminist aktivist Sojourner Truth ile Eleştirel Irk Feminizmi arasında tarihsel bir bağlantı kurduğu görülür. Eleştirel ırk feministlerinden Roberts, Truth’un 1851 yılında Ohio’daki Kadın Hakları Toplantısında yönelttiği “Ben kadın değil miyim?” (“Ain’t I a woman?”) sorusuyla beyaz kadınların deneyimine dayalı kadınlık nosyonlarının evrenselliğini sorgulayan ve kadınların özgürleşmesi için cinsiyetçilik kadar ırkçılığa da son verilmesi gereğine işaret eden feminist bir teori oluşturma girişimine katkı sunduğuna işaret eder.<sup>8</sup> Kimberlé Crenshaw ise *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex* başlıklı makalesinin “Biz kadın değil miyiz?” (“Ain’t We Women”) şeklindeki alt başlığında, Truth’un sorusuna göndermede bulunur.<sup>9</sup> Crenshaw

<sup>7</sup> Wing (n 4) 319.

<sup>8</sup> Bkz. Roberts (n 5) 112.

<sup>9</sup> Bkz. Kimberlé Crenshaw, ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics’ *YUFD Vol. XXI No.1 (2024)*

bu metninde siyah kadınların yaşadığı adaletsizlikleri betimlemek için Sojourner Truth'un yanı sıra Anna Julia Cooper'a da atıfta bulunmuştur. Sojourner Truth kadın hareketinde siyah kadınların dışlanmasına ışık tutarken Anna Julia Cooper siyah özgürleşme hareketinde siyah kadınların siyah erkekler tarafından silinmesine dikkat çekmiştir.<sup>10</sup> Bu feminist figürler, Eleştirel Irk Feminizminin selefti olan iki harekette eksik gördüğü ırk ve cinsiyet perspektiflerini bir araya getirişinin tarihsel öncüleri olarak görülmeye müsaittir.

Eleştirel Irk Feminizmi 19. yüzyıl siyah kadın aktivizminin yanı sıra 20. yüzyıl siyah feminizminde öne çıkmış Patricia Hill-Collins, Angela Davis, bell hooks, Audre Lorde ve Alice Walker gibi hukukçu olmayan siyah kadınların çalışmalarından da etkilenmiştir. Wing, 1970'li yıllarda aktif olan bu kadınların beyaz olmayan kadınları ilgilendiren sorunları ele alan incelemeleri dolayısıyla eleştirel ırk feministlerinin saygısını kazanmış olduğunu ifade eder.<sup>11</sup>

Eleştirel Irk Feminizminin akademik kökenlerine bakıldığında, kendisinin de dahil olduğu bir dizi hareketi içeren, varlık süresi kırk yılı aşmış bir eleştirel gelenekle karşılaşılır. Bahsi geçen eleştirel hukuk bilimi hareketlerinin ilki, 1970'lerde ABD'de ortaya çıkmış olan Eleştirel Hukuk Çalışmalarıdır (Critical Legal Studies).<sup>12</sup> Pek çok üyesi 1960'lardaki öğrenci hareketlerinin sol siyasetine yakınlık duymuş olan Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Wisconsin Üniversitesi'nde 1977 yılında düzenlenen küçük bir konferansla birlikte şekillenmeye başlamış olup hukuki realizm, Marksizm, yapısalcılık ve postyapısalcılıktan etkilenmiştir.<sup>13</sup> Hukukun doğası ve ahlakla ilişkisi gibi geleneksel hukuk felsefesi sorunlarıyla ilgilenmeyen Eleştirel Hukuk Çalışmaları, hukuksal kategorilere atfedilen belirliliği sorgulamıştır.<sup>14</sup> Hukukun ve hukuk eğitiminin muhafazakar doğasını eleştiren hareket, hukukun tarafsız olduğu düşüncesini yapıbozuma uğratarak varsılların ve güç

---

in Adrien Katherine Wing (ed), *Critical Race Feminism: A Reader* (2nd edn, New York University Press 2003) 30.

<sup>10</sup> Antonio Duran and Susan B Jones, 'Chapter 41: Intersectionality', *Encyclopedia of Critical Whiteness Studies in Education* (Brill 28 Nov 2020) 311.

<sup>11</sup> Bkz. Adrien Katherine Wing, 'Global Critical Race Feminism: Post 9-11 Afghanistan' (2002) 10 WASH. U. J. L. & POL'Y, 24.

<sup>12</sup> William A Edmundson, 'Introduction' in Martin P Golding and William A Edmundson (eds), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell Publishing 2005), 3-4.

<sup>13</sup> Guyora Binder, 'Critical Legal Studies' in Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2nd edn, Wiley-Blackwell 2010), 267.

<sup>14</sup> Edmundson (n 12) 3-4.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

sahiplerinin çıkarına olacak şekilde tasarlandığını ortaya koymuştur.<sup>15</sup> Eleştirel Hukuk Çalışmaları, ABD’de önde gelen bazı hukuk fakültelerinde dikkat çekmiş,<sup>16</sup> bu ilginin temel sebebi hareketin azınlıkları ve kadınları baskılayan yasaların tarafsızlığını sorgulaması olmuştur.<sup>17</sup> Bununla birlikte, pek çok ilerici hukukçu Eleştirel Hukuk Çalışmalarına ilgi duymuş olsa da kimileri analizlerinin ırk ve cinsiyet tartışmalarını ihmal ettiğini ileri sürmüş,<sup>18</sup> zamanla Eleştirel Hukuk Çalışmalarının sınıf odaklı analizini ırk ve cinsiyet temelinde genişletmek isteyen Eleştirel Irk Teorisi ve Feminist Hukuk Teorisi ortaya çıkmıştır.

Eleştirel Hukuk Çalışmalarını etkilendikleri hareketlerden biri olarak gören eleştirel ırk feministleri, sadece bu harekette eksik buldukları unsurlara değil ondan devraldıkları mirasa da işaret ederler. Eleştirel Irk Feminizminin önde gelen isimlerinden Wing, Eleştirel Hukuk Çalışmalarından dokunulmaz ve objektif hukuk ideallerine -yüzyıllardır kadınları ve beyaz olmayan insanları ezen yasalara- meydan okumayı devraldıklarını ifade eder. Ancak Eleştirel Irk Feminizmi dahilindeki bilim insanları, öncülerinden biri olarak kabul ettiği bu hareketi kadınların ve beyaz olmayanların kimliklerini yeterince temsil edemediği gerekçesiyle eleştirmiştir. Eleştirel Irk Feminizmine göre hukuk sadece adaletsiz sınıf hiyerarşilerini değil aynı zamanda ırk ve cinsiyet hiyerarşilerini sürekli kılan bir aygıt olarak da işlemektedir.<sup>19</sup> Wing tıpkı Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi hem muhafazakar tutuculuklara hem de hukuki liberalizme eleştiri getirdiklerini, hukukun yansız, nesnel ve belirli olduğu görüşüne karşı çıktıklarını belirtir. Eleştirel Irk Feminizmi de Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi yapıbozumcu metodolojiye başvurmaktadır, ancak bu yolla hukukun sadece sınıf hiyerarşilerini değil, aynı zamanda ırk ve cinsiyet hiyerarşilerini de sürdürmeye hizmet ettiğini açığa çıkarmakla ilgilenmektedir.<sup>20</sup>

Eleştirel Irk Feminizminin köklerinin dayandığı bir diğer hareket Eleştirel Irk Teorisidir. 1980’lerde hukuk akademisinde ortaya çıkan Eleştirel Irk Teorisinin temelleri 1970’li yıllarda atılmıştır. 1970’ler ortasında ABD’de bir grup hukukçu, aktivist ve bilim insanı 1960’lardaki Sivil Haklar Hareketinin yarattığı ilerlemelerin hız kestiğini fark etmiş; Derrick Bell, Alan Freeman ve Richard Delgado gibi ilk teorisyenler ırkçılığın güçlenmeye başlayan daha

<sup>15</sup> Wing (n 4) 319.

<sup>16</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 54.

<sup>17</sup> Wing (n 1) 4.

<sup>18</sup> Wing (n 4) 319.

<sup>19</sup> Wing (n 2) 163.

<sup>20</sup> Wing (n 1) 4.

gizli formlarıyla mücadele için yeni teori ve stratejilerin gerekli olduğu üzerinde durmaya başlamıştır.<sup>21</sup> Eleştirel Irk Teorisinin 1980'li yıllarda akademik bir hareket olarak ortaya çıkması ise Bell ve Delgado gibi bilim insanlarından ve aynı zamanda Eleştirel Hukuk Çalışmalarından etkilenen bir grup beyaz olmayan genç araştırmacının girişimiyle gerçekleşmiştir. 1960'lardaki Sivil Haklar Hareketi kendileri için yürütülmüş olan bu gençler, 1970'li yılların sonlarından itibaren yüksek öğrenime kabul edilmeye başlamıştı. Bu genç araştırmacılar nesli, ırksal entegrasyonun gerilediğine tanıklık etmiş ve bu gelişmeler doğrultusunda Sivil Haklar Kampanyasının toplumsal dönüşümü sağlamadaki başarısızlığının nedenlerini araştırmaya yönelmişti. Eleştirel Irk Teorisinin mimarları, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının hukuki muhakemenin temel işlevinin ideolojik olduğu tezinden etkilenmekle birlikte, Amerikan hukukunu anlamak için ırkçılığın merkez bir kategori olarak ele alınmamasını eleştirmişlerdi. 1989'da Madison, Wisconsin'deki çalıştayla birlikte hem Eleştirel Hukuk Çalışmalarından hem de geleneksel sivil haklar doktrininden kesin bir şekilde ayrılışını ilan eden<sup>22</sup> Eleştirel Irk Teorisi, hukuki muhakemenin ve hukuk kurumlarının ırksal hiyerarşinin sürdürülmesinde oynadığı rolü ifşa ederek sistematik eleştirisiyle meşgul olmuş, ırkçılığı Amerikan ideallerinden geçici bir sapma olarak görmek yerine onun ABD kültürü ve kurumlarında yerleşik olduğunu ileri sürmüştür.<sup>23</sup> Irkçılığı bireysel ön yargıdan ziyade yapısal bir sorun olarak gören Eleştirel Irk Teorisi<sup>24</sup> bu ırkçılığın beyaz olmayan insanların gündelik deneyiminde kendini gösteren sıradanlığı ile gizli formlarına dikkat çekerek hukuk önünde eşit muameleye ilişkin şekli eşitlik anlayışını ve renk körlüğünü eleştirmiştir.<sup>25</sup> Söz konusu eşitlik anlayışının ve renk körlüğünün gizlediği ırkçılık formlarının istihdam, servet, toplumsal hareketlilik, eğitim ve ceza hukuku alanlarında beyaz olmayanlar aleyhine yarattığı eşitsizlikler eleştirel ırk teorisyenlerinin dikkat çektiği meselelerden olmuştur.<sup>26</sup> Teori bünyesindeki bilim insanları eğitim ve istihdamda pozitif ayrımcılık, nefret suçu, idam cezası, ırkçı profillemeye gibi çeşitli konularda çalışmalar yaparak<sup>27</sup>

<sup>21</sup> Richard Delgado and Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction* (New York University Press 2001) 4.

<sup>22</sup> Angela P Harris, 'Critical Race Theory' in Reza Banakar and Max Travers (eds), *Law and Social Theory* (2nd edn, Hart Publishing 2013) 147-150.

<sup>23</sup> Roberts (n 5) 112.

<sup>24</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 55.

<sup>25</sup> Delgado and Stefancic (n 21) 7, 10-11.

<sup>26</sup> Bkz. ibid 10-11.

<sup>27</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 55.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

geleneksel hukuk stratejilerinin sosyal ve ekonomik adaleti sağlama yeterliliğini sorgulamışlardır.<sup>28</sup>

Eleştirel İrk Feminizminin Eleştirel İrk Teorisiyle olan ilişkisinde de diğer öncülerıyla olan ilişkisinde olduğu gibi ortak ve ayrışan noktalar dikkat çeker. Kimi ortak eğilimlere işaret eden Wing, Eleştirel İrk Feminizminin öncülerinden devralarak sürdürdüğü mirasa işaret eder. Eleştirel İrk Feminizmi de ırkçılığın normalden geçici bir sapma olmayıp Amerikan toplumunun sıradan bir parçası olduğunu ve ırkın biyolojik bir gerçeklik olmayıp hâkim grubun ihtiyaç ve taleplerini karşılayacak şekilde toplumsal olarak inşa ve yeniden inşa edildiği tezlerini kabul etmektedir. Bunun yanı sıra Wing, hukukun ırksal hiyerarşileri çözmek için gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli olmadığı; sosyoloji, tarih, siyaset bilimi, ekonomi gibi diğer disiplinlerin katkısına ihtiyaç duyduğunu belirterek Eleştirel İrk Teorisinin disiplinler arası yaklaşımının Eleştirel İrk Feminizminde de görülebileceğine işaret eder. Bunun yanı sıra Eleştirel İrk Feminizminin de öncüsü gibi praksise önem verdiğini ifade eden Wing, beyaz olmayan ilerici bilim insanlarının fildişi kule akademisyenliği modelini benimseme lüksü olmadığına dikkat çekerek STK çalışmaları, hukuk reformu, siyasal aktivizm gibi praksis türlerinin Eleştirel İrk Feminizmi için önemine işaret eder. Öte yandan sayılan bazı ortak noktaların yanı sıra, Eleştirel İrk Feminizmini Eleştirel İrk Teorisinden ayrı bir hareket olarak ortaya çıkmaya sevk etmiş farklılıklar da vardır. Eleştirel ırk feministleri, Eleştirel İrk Teorisinden oldukça faydalanmış olsalar da teorinin beyaz olmayanların karşılaştığı muameleyi özcüleştirmediği yönünde eleştiriler getirmişlerdir.<sup>29</sup> Eleştirel İrk Feminizmine göre eleştirel ırk teorisyenlerinin pek çoğu, azınlıkları erkek olarak varsaymıştır.<sup>30</sup> Bu teori temelinde sunulan belirli perspektifler, beyaz olmayan kadınların deneyimini aynı gruptan erkeklerin deneyimiyle eşit farz etmiştir.<sup>31</sup> Beyaz olmayan kadınların ayrımcılık deneyiminin beyaz olmayan erkeklerin deneyiminden farklılaştığına dikkat çeken Eleştirel İrk Feminizmi, bu açıdan Eleştirel İrk Teorisine cinsiyet perspektifinden bir müdahale olarak görülmektedir. Bu müdahale ile amaçlanan beyaz olmayan kadınların beyaz olmayan erkeklerin yüzleştigiinden farklı türlerde ayrımcılıkla yüzleşebileceği gerçeğidir.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Wing (n 1) 4.

<sup>29</sup> Wing (n 2) 164.

<sup>30</sup> Wing (n 11) 24.

<sup>31</sup> Wing (n 1) 7.

<sup>32</sup> Wing (n 2) 164.

Eleştirel Irk Feminizminin faydalandığı bir diğer ekol Feminist Hukuk Teorisidir. Feminist Hukuk Teorisinin ortaya çıkışı, pek çok bilim insanının Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Eleştirel Irk Teorisine ilgi duyduğu dönemde kadınların da giderek artan bir oranda hukuk hocaları olarak akademide yer almaya başlamasıyla yakından ilişkilidir. 1960'lı yılların hukukçu olmayan ikinci dalga feministleri ve onları takip eden figürler pek çok hukukçu feministi etkilemişti. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının ve geleneksel hukuk biliminin ihmal ettiği cinsiyete odaklanarak hukuku bu perspektiften ele alan Feminist Hukuk Bilimi,<sup>33</sup> ataerkil sistem dahilindeki cinsiyetçi baskıya işaret etmiştir.<sup>34</sup>

Feminist Hukuk Biliminden etkilenen eleştirel ırk feministleri de analizlerinde cinsiyete ve toplumsal cinsiyete odaklanırlar.<sup>35</sup> Ancak pek çok eleştirel ırk feministi Eleştirel Irk Teorisine getirdikleri eleştiriye benzer şekilde, Feminist Hukuk Teorisine de özcülük ithamında bulunmuş, beyaz orta sınıf kadının deneyiminin norm kabul edilmesine eleştiri getirmiştir. Wing, ana akım feminist harekette tüm kadınların deneyimlerinin özcüleştirildiğine dikkat çekmiş, beyaz olmayan kadınların çeşitli deneyimlerinin beyaz orta sınıf kadınların deneyimiyle aynı kategoride varsayılmasına işaret etmiştir. Eleştirel ırk feministlerine göre ana akım feminizm, beyaz üstünlüğünün beyaz olmayan kadınlar üzerinde yarattığı tahakküme ilgi göstermemiştir.<sup>36</sup> Ancak Feminist Hukuk Biliminin bu ihmaline karşı Eleştirel Irk Feminizmi, Roberts'ın da belirttiği üzere, kadınların hayatını ve sosyal statüsünü etkileyen iç içe geçmiş birden çok baskı sistemini dikkate almıştır.<sup>37</sup> Beyaz olmayan kadınların özgün deneyimlerini gizleyen özcü yaklaşıma karşı feminizme ırk perspektifinden bir müdahalede bulunan Eleştirel Irk Feminizmi, beyaz olmayan kadınların beyaz kadınlarından ayrılan özgün deneyimlerini açığa çıkarmaya yönelmiştir.<sup>38</sup> Eleştirel Irk Feminizmi böylelikle, Feminist Hukuk Teorisini tüm kadınların deneyimiyle daha uyumlu ve kadınların ikincilliğinin çeşitli formlarına daha etkin bir şekilde karşı koyabilecek duruma getirerek dönüştürmeye yönelmiştir.<sup>39</sup> Eleştirel ırk feministleri olarak Wing, feminizme ırkı enjekte ettiklerini, geleneksel

<sup>33</sup> Wing (n 4) 319.

<sup>34</sup> Wing (n 2) 165.

<sup>35</sup> Wing (n 11) 24.

<sup>36</sup> Wing (n 1) 7.

<sup>37</sup> Bkz. Roberts (n 5) 112.

<sup>38</sup> Wing (n 2) 165.

<sup>39</sup> Roberts (n 5) 112.

feminizme bütün kadınların beyaz olduğunu varsaydığı gerekçesiyle eleştiri getirdiklerini belirtmiştir.<sup>40</sup>

### **III. TEMEL TEMALAR**

#### **A. Anti Özcülük**

Eleştirel İrk Feminizminde önde gelen temalardan biri anti özcülüktür. Eleştirel ırk feministleri gerek Feminist Hukuk Teorisinde gerek Irkçılık Karşıtı Harekette/Eleştirel İrk Teorisinde ezilen temsili olarak öne çıkarılan öznelerin (sırasıyla beyaz kadınların ve beyaz olmayan erkeklerin) tüm gruba mal edilen deneyimlerinin beyaz olmayan kadınların deneyimlerini görünmez kıldığını ileri sürerek iki teoriyi de özcülükle eleştirmişlerdir.

Eleştirel İrk Teorisine getirilen özcülük eleştirisi, beyaz olmayan kadınların deneyiminin beyaz olmayan erkeklerin deneyimiyle eşit varsayıldığı tezinden hareket etmiştir. Eleştirel ırk feministleri, beyaz olmayan kadınların deneyiminin beyaz olmayan erkeklerinkinden önemli ölçüde farklılaştığına işaret ederek Eleştirel İrk Teorisine cinsiyet temelli bir müdahalede bulunmuş,<sup>41</sup> bu müdahaleyle beyaz olmayan kadınların aynı gruptan erkeklere göre farklı türlerde ayrımcılıkla yüzleşebileceği gerçeğine dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda eleştirel ırk feministleri tarafından, ayrı bir analiz gerektiren kadın sağlığı, ev içi şiddet, hamilelik gibi sorunlara işaret edildiği görülmektedir.<sup>42</sup>

Eleştirel İrk Feminizmi dahilinde anti özcülük açısından öne çıkan metinlerden biri Angela Harris'in "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory" başlıklı çalışmasıdır. Harris bu çalışmasının girişinde "ırk özcülüğüne" değinerek monolitik bir "siyah deneyimi" varsayılmasını eleştirmekle birlikte, çalışmasının başlığından da anlaşılacağı üzere, temelde "cinsiyet özcülüğü"ne odaklanarak detaylı özcülük eleştirilerini daha ziyade Feminist Hukuk Teorisine yöneltmiştir. Harris'e göre egemen kültürde olduğu gibi, Feminist Hukuk Teorisinde de "bütün kadınlar" adına konuşma hakkı iddia edenler, çoğunlukla beyaz, heteroseksüel ve sosyoekonomik açıdan ayrıcalıklı insanlardır. Bu kişilerin "kadınlar" hakkında anlattığı

<sup>40</sup> Bkz. Wing (n 11) 24.

<sup>41</sup> Wing (n 1) 7.

<sup>42</sup> Wing (n 2) 164.

hikayeler –evrensellik iddialarına rağmen- beyaz, heteroseksüel ve sosyoekonomik açıdan ayrıcalıklı kadınlara hastır.<sup>43</sup>

Harris’e göre feminist teorideki özcülüğün iki özelliği siyah kadınların görmezden gelinmesine yol açmıştır. İlk olarak, cinsiyet özcülüğünde esas alınacak kadın figürü arayışında ırk meseleleri ayrı bir söyleme ait görülerek paranteze alınmıştır. Bunun yanı sıra Harris’e göre, feminist özcülerin “ırk” meselesini ortadan kaldırmasıyla aslında sadece siyah kadınlar ortadan kalkmış, dolayısıyla beyaz kadınlar kadın timsali olarak öne çıkmışlardır.<sup>44</sup>

Harris, Feminist Hukuk Teorisindeki cinsiyet özcülüğünün bahsedilen iki özelliğinin de Catharine MacKinnon’ın tahakküm teorisinde gözlemlenebileceğini belirtir. Ona göre MacKinnon’ın tahakküm teorisi özcüdür. MacKinnon’ın toplumsal yapıda hakiki değişimlere rağmen kadınların konumunun değişmediğine dikkat çeken “en alt katın en alt kat olduğu” yönündeki ifadesi, eril tahakkümün her kadın tarafından aynı deneyimlenmediği kanaatinde olan Harris tarafından eleştirilmiştir. Harris’e göre MacKinnon’ın teorisinde erkeklerin ayağı ırktan, sınıftan veya üretim tarzından bağımsız olarak kadınların boğazındadır. MacKinnon’ın ırk faktörünü ihmal, Harris’e göre, temel bir feminizm olduğunu ileri sürüp bu feminizmi “kadınları kadın olarak analiz eden ve diğer bazı grupların alt kümesi olarak görmeyen feminizm” olarak tanımlamasında da kendini gösterir. Harris, MacKinnon’ın zaman zaman hâkim söylemin özcülüğüne işaret ettiğine, kadınların içinde bulunduğu tikel şartları reddetmediğine dikkat çeker ancak MacKinnon bu tikellikleri detaya inmeden, paranteze alarak veya dipnotlara yerleştirerek geçiştirmiştir. Harris’e göre feminist özcülüğün ikinci özelliği ırkın paranteze alınışının bir sonucu olarak ortaya çıkar. Irkın dipnotlarda veya parantezlerde detaysız bir şekilde anılması sonucunda Feminist Hukuk Teorisinde esas alınan kadın figürü, beyaz kadın olarak belirlemektedir: “MacKinnon, hâkim kültür gibi, kadınlar arası farklılıkların altında öz bir ‘kadın’ olduğunu -dolayısıyla ‘kadınların’ deneyimlerini betimlerken ırk, sınıf, cinsel yönelim gibi meselelerin rahatlıkla görmezden gelinebileceğini veya dipnotlara sürgün edilebileceğini varsayar. Ancak MacKinnon, bu öz kadınlığın nasıl olduğu sorusuna yanıt ararken beyaz kadınlığı yeniden keşfedip onu evrensel hakikat olarak sunar. Tahakküm teorisinde siyah kadınlar da beyaz kadındır.”<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Angela P Harris, ‘Race and Essentialism in Feminist Legal Theory’ in Adrien Katherine Wing (ed), *Critical Race Feminism: A Reader* (2nd edn, New York University Press 2003) 34.

<sup>44</sup> ibid 36.

<sup>45</sup> ibid 35-36.



Harris, MacKinnon'ın ırk, sınıf gibi unsurlara parantez içlerinde veya dipnotlarda değinmesini “nüans teorisi” olarak adlandırır. Ona göre MacKinnon özcülük problemine nüans teorisiyle yaklaşarak farklı kadınların farklı deneyimleri olduğu düşüncesine duyarlı olduğunu göstermekte ve böylelikle kendisini “tüm kadınlar” hakkında genellemeler ileri sürme hakkına sahip görmektedir. Nüans teorisi Harris'e göre tüm kadınların ortaklığını varsayarken beyaz orta sınıf kadın modelinin dışına taşan farklılıklar birer “bağlam” veya “miktar” (magnitude) meselesi, başka bir ifadeyle nüans hâline getirilerek önemsizleştirilirler. Harris'e göre nüans teorisinin asıl sorunu siyah kadınları “farklı” olarak tanımlamasıyla beyaz kadınların norm hâline gelmesidir. Böylelikle siyah kadın olmak genel durumun bir “bağlam”ı hâline gelir. Harris'e göre nüans teorisinin siyah kadınları “farklı” olarak tanımlaması sonucunda başka bir nüans olarak “miktar” kendini gösterir. Harris, MacKinnon'ın metinlerinde kadınlara yönelik kullanıldığında “siyah” ifadesinin bir pekiştirici olarak kullanıldığına dikkat çeker: “Bir şeyler herkes için (yani beyaz kadınlar için) kötü gidiyorsa, siyah kadınlar için çok daha kötü gidiyordur. Suskun ve cefakâr bizler, bir şeylerin ne kadar kötü olduğuna dair ekstrem bir örnek olarak sayfaya (çoğunlukla dipnotlara) acele bir şekilde yerleştiriliriz.” MacKinnon'ın beyaz olmayan kadın deneyimlerini beyaz kadın deneyimlerinin “biraz daha kötüsü” olarak karakterize ettiği eleştirisi, eril güzellik standartları değerlendirmesine yöneltmiştir. MacKinnon erkek üstünlüğüne dayalı bir sistemin “kadın”ı nasıl inşa ettiğini betimlerken modern sanayi toplumunun kadını uysallık, yumuşakbaşlılık, pasiflik, sevecenlik, savunmasızlık, çocuksuluk, yetersizlik, evcillik gibi özelliklerle donattığını öne sürmüştür. Ona göre bu modele hiç uyum sağlamayan; yumuşak başlı, zayıf ve yetersiz oldukları takdirde hayatta kalamayacak olan siyah kadınlar veya işçi sınıfı kadınlar eril standartlar gereği “daha az” dişiliğe sahip görülürler. Harris'e göre MacKinnon, siyah kadınların eril güzellik standartlarını karşılamada “daha” dezavantajlı olduklarını iddia ederken “miktar” veya “nicelik” cinsinden nüansa dikkat çekmişse de siyah kadınlar bu standartlardan niceliksel olarak değil, niteliksel olarak sapmaktadır. Bunun nedeni, güzellik ideolojisinin sadece toplumsal cinsiyetle değil aynı zamanda ırkla da ilgili olmasıdır.<sup>46</sup> Güzellik standartları toplumsal cinsiyet kadar ırk tarafından da inşa edildiği için siyah kadınların bu konudaki “hüsranı” beyaz kadınların “hüsrânının” nicelik olarak daha yoğun bir hâli değildir. Beyazlık bir güzellik standardı olarak tanımlandığı için niteliksel olarak bunun dışında olan

<sup>46</sup> ibid 37-38.

siyahların söz konusu ölçütleri karşılaması imkansızdır.<sup>47</sup> Harris'in eleştirisi, eril tahakküm karşısında beyaz kadın deneyimini esas alan ve sadece cinsiyete odaklanan feminist özcülüğün ırk ve sınıf gibi kategorileri ihmal ettiğinde beyaz olmayan kadınların deneyimlerini bağlam veya nicelik olarak nasıl merkezden uzaklaştırdığını ortaya koyar.

Sonuç olarak, Eleştirel Irk Feminizmi kapsamındaki anti özcülük teması, Harris'in MacKinnon üzerinden getirdiği feminist özcülük eleştirisinde en ayrıntılı formlarından birini almıştır. Feminist Hukuk Teorisindeki kadın varsayımını eleştiren Harris, teorisinin önde gelen isimlerinden MacKinnon'ın tahakküm teorisinde olduğu gibi, beyaz kadının norm varsayılmasına karşı çıkmıştır. Harris'e göre özcü feminist yaklaşımda "tıpkı bizim gibi, yalnızca biraz farklı" olarak kabul edilen beyaz olmayan kadınlar marjlara sürülmüşlerdir. Ancak bu kadınlar feminist özcülükte varsayıldıkları üzere farklı renkte beyaz kadınlar, diğer bir deyişle "kadın + renk" değildirler. Harris'e göre feminist özcülük siyah kadınlara sadece hakaret etmemiş, aynı zamanda kadınların hikayelerini dinlemeye yönelik feminist metodun sözünü de yerine getirmemiştir.<sup>48</sup>

Feminist özcülükte beyaz olmayan kadınların renginin norm varsayılan (beyaz) kadın kimliğine eklenmiş bir detay olarak görülmesi, Eleştirel Irk Feminizmi tarafından kimlik meselesinde de ele alınmıştır. Özcülüğün beyaz dışı renkleri bir detay olarak gören bu varsayımına karşı eleştirel ırk feministleri, holistik bir yaklaşımla beyaz olmayan kadınların kimliğinin bir bütün olarak görülüp ele alınması gereğine dikkat çekmişlerdir. Wing bu kimlik anlayışı için "çarpımsal kimlik" kavramını kullanmıştır. Çarpımsal kimlik tezine göre, beyaz olmayan bir kadını "beyaz bir kadın + beyaz olmayan bir deri rengi" veya "beyaz olmayan bir adam + kadın cinsi" olarak tanımlamak mümkün değildir. Beyaz olmayan kadınlara karşı ayrımcılığın doğası analiz edilirken bu kadınların kimlikleri bütünsel bir teklik oluşturacak şekilde ele alınmalıdır.<sup>49</sup> Bir kimliği oluşturan ırk, cinsiyet, sınıf gibi kategoriler birbirlerinden izole bir şekilde anlaşılamazlar, bu kategoriler kimlik dahilinde birbirleriyle çarpım ilişkisine girerler.<sup>50</sup> Wing, beyaz olmayan kadınların kimliğinin toplama işlemine indirgenmesine itiraz ederek bu kadınların ırk artı cinsiyet toplamından ibaret olmadığına işaret eder. Beyaz olmayan bir kadın "ırk x cinsiyet x diğer kategoriler" olarak çarpımsal düzlemde görülmelidir. Birden fazla kimlik kategorisinin bir insanda bir

<sup>47</sup> Roberts (n 5) 115.

<sup>48</sup> Harris (n 43) 38-39.

<sup>49</sup> Wing (n 1) 7.

<sup>50</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 59.

araya gelişini toplama değil çarpma işlemi üzerinden düşünmeyi öneren Wing'e göre, kimlikleri bugün ırk perspektifinden yarın cinsiyet perspektifinden incelemek isabetli değildir. Kimlikleri bütün olarak düşünüp birbirlerine etkileşimleri temelinde analiz etmek gerekir. Wing'e göre 20. yüzyıl hukukundaki başarısızlık tek bir kimlik kategorisini, mesela ırkı veya cinsiyeti temel alarak bu kategoriden kaynaklanan ayrımcılık formunu bir bireyin karşılaşılabileceği tek sorun olarak analiz etmekten kaynaklanmıştır. Bu doğrultuda geliştirilen lineer çözümler sorunların kompleks doğasına işaret dahi edememiştir.<sup>51</sup>

Wing'in çarpım ilişkisi olarak kavramsallaştırdığı, kimliği oluşturan çeşitli kategoriler arasındaki etkileşime dikkat çeken bir başka kavram Eleştirel Irk Teorisinin temel ve en bilinen analitik araçlarından biri olan kesişimsellik nosyonudur.

## **B. Kesişimsellik**

İlk kez Kimberlé Crenshaw tarafından kavramsallaştırılan kesişimsellik teriminin kökleri esasında siyah feminist harekete dayanmaktadır. Crenshaw sayesinde akademik literatürde bir kavram olarak kendine yer bulmuş olan kesişimselliğin kaynağını siyah feminizminin uzun tarihinde ve beyaz olmayan kadın aktivizminde bulmak mümkündür. Bu bağlamda, siyah feminizminde ve aktivizminde öne çıkmış olan Sojourner Truth, Anna Julia Cooper ve Maria Stewart gibi figürlerin, terimin sıklıkla gözden kaçırılan öncüleri olarak anıldığı görülmektedir. Crenshaw'un terimi telaffuz ettiği çalışmasının da atıfta bulunduğu Sojourner Truth; kadın hareketinde siyah kadınların dışlanmasına ışık tutarken, Anna Julia Cooper siyah özgürleşme hareketinde siyah kadınların aynı gruptan erkekler tarafından yok sayılmasına dikkat çekmiştir. Bu iki feminist figür Crenshaw'un kesişimselliği tahayyülü açısından önemli rol oynamış, ikisi de marjinalleştirilmiş birden fazla kimliği sebebiyle toplumun siyah kadınları farklı şekillerde etkileme biçimlerinin önde gelen örneklerini teşkil etmiştir. Bunun yanı sıra Boston'da siyah kadınların haklarını savunarak 1831'de bu mesajı taşıyan bildirimler yayımlayan Maria Stewart da kesişimsel kuramlaştırmannın belgeli en erken örneklerinden biri olarak anılmaktadır.<sup>52</sup>

Crenshaw'un birden fazla çalışmasında ele aldığı kesişimsellik, yazar tarafından çeşitli anlamlarda kullanılmıştır. Kesişimsellik bir yandan kimlikle

<sup>51</sup> Wing (n 11) 30.

<sup>52</sup> Duran and Jones (n 10) 310-311.

ilişkili bir kavramdır. Bu açıdan terim, Crenshaw'ın belirttiği üzere ırk ve cinsiyet gibi kimlik kategorileri arasındaki çeşitli ilişkileri ifade eder.<sup>53</sup> Crenshaw bu bağlamda beyaz olmayan kadınların kesişimsel kimliğine değinerek söz konusu kimliğin tek boyutlu bir kimlik algısına sahip olan ırkçılık karşıtı ve feminist hareketlerde ihmal edilmesine dikkat çeker. Beyaz olmayan kadınlar, hem kadın hem de beyaz olmayan bir topluluğun üyesi olarak kesişimsel kimliklerinden dolayı sadece ırka işaret eden ırkçılık karşıtı harekette ve sadece cinsiyete işaret eden feminist söylemde marjinalleştirilmişlerdir. Crenshaw bu açıdan hem ırkçılık karşıtı hareketin hem de feminist hareketin kimlik siyasetinin grup içindeki farklılıkları sıklıkla ihmal etmeye yönelik genel sorunundan mustarip olduğunu, böylelikle iki grup dahilinde de deneyim farklılıklarının ihmal edildiğini öne sürmüştür. Kadına yönelik şiddet örneği üzerinden ilerleyen Crenshaw, kesişimsel kimliğin beyaz olmayan kadınların şiddet deneyimini karmaşıktığına dikkat çekerek pek çok kadının deneyimlediği şiddetin çoğu zaman ırk veya sınıf gibi diğer kimlik kategorileri tarafından da belirlendiği gerçeğinin kimlik siyaseti tarafından ihmal edildiğini belirtmiştir. Feminist harekette veya ırkçılık karşıtı siyasette gözden kaçırılsa da, beyaz olmayan kadınların yüzleştiği şiddet deneyimleri tıpkı ayrımcılık deneyimleri gibi ırk ve cinsiyet kesişiminden etkilenmektedir. Crenshaw'a göre bu deneyimlerin ırk veya cinsiyet boyutlarına ayrı ayrı bakılarak tam anlamıyla kavranması mümkün değildir. Irk ve cinsiyetin kesişimi kadına karşı şiddetin çeşitli veçhelerini şekillendirmektedir.<sup>54</sup>

Crenshaw kesişimsellik terimini ayrıca patriarka ve ırkçılık gibi birleşen tahakküm sistemlerine karşı beyaz olmayan kadınların şiddet gibi belirli bağlamlarda ortaya çıkan özgül kırılğanlığını betimlerken kullanır.<sup>55</sup> Dolayısıyla kesişimsellik aynı zamanda ikincillğe yol açan kimlik kategorilerinin kesişiminin sebep olduğu özgül kırılğanlıktır. Birleşen tahakküm sistemlerinin yol açtığı tikel kırılğanlığı ev içi şiddet örneği üzerinden detaylandıran Crenshaw, ırk ve cinsiyetin kesişiminde yer alan siyah kadınların konumuna dikkat çeker. Ona göre siyah kadınların reeldeki şiddet deneyimleri ve bu sorunlarını çözmeye yönelik öneriler nitelik olarak Beyaz kadınların durumunda söz konusu olan deneyim ve önerilerden farklıdır. Los Angeles'taki siyah, Latin ve Asyalı kadınların kaldığı çeşitli sığınma evlerinde yaptığı saha çalışması sırasında Crenshaw, mağdur

<sup>53</sup> Bkz. Kimberlé Crenshaw, 'Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color' (Jul., 1991) Vol 43 No. 6 Stanford Law Review, 1265.

<sup>54</sup> ibid 1242-1244.

<sup>55</sup> Bkz. ibid 1265-1266.

kadınların deneyimlediği bu yapısal kesişimselliğin dinamiklerini gözlemlediğini ifade eder. Kesişen çeşitli tahakküm yapıları bu kadınların şiddet deneyimini karmaşıklaştırmıştır. Crenshaw pek çok vakada koruma talep eden darp mağduru kadınların büyük bir bölümünün işsiz olduğuna veya düşük ücretler karşılığı vasıfsız işlerde istihdam edildiğine dikkat çekerek patriarka ile birleşen yoksulluğa işaret eder. Bu bağlamda Crenshaw, beyaz olmayan kadınların kaldığı sığınma evlerinin sadece kadınların yüzleştiği şiddetle değil aynı zamanda onları sığınma evine getiren istismarcı ilişkilere alternatif yaratma kabiliyetlerini engelleyen diğer tahakküm formlarıyla da yüzleşmesi gerektiğine dikkat çeker. Örnek olarak, pek çok beyaz olmayan kadının yoksulluğun, çocuk bakımı sorumluluğunun ve mesleki yeterliliklerden yoksunluğun külfeti altında olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Cinsiyete ve sınıfa dayalı ezilmenin sonucu olan bu külfetler, beyaz olmayan kadınların çoğu zaman yüzleştiği ırk ayrımına dayalı istihdam ve barınma pratikleriyle birleşmektedir.<sup>56</sup>

Crenshaw'a göre çeşitli tahakküm sistemlerinin kesişimi sonucu oluşan şiddet deneyimlerinin özgüllüğü, şiddet sorununa müdahale aşamasında dikkate alınmalıdır. Irk, cinsiyet ve sınıf gibi tahakküm yapılarının birleştiği durumlarda müdahale stratejileri, mağdur kadınlarla aynı sınıftan veya aynı ırksal özgeçmişten olmayan kadınların deneyimine temellenmemelidir. Aksi hâlde bu müdahaleler, ırkı ve sınıfı nedeniyle farklı engellerle karşılaşan kadınlara sınırlı ölçüde yardımcı olacaktır. Bu bağlamda Crenshaw'un, eşlerinden şiddet gören göçmen kadınlar için 1990 yılında Göç ve Vatandaşlık Yasası'nda yapılan değişikliği örnek gösterdiği görülür. Crenshaw'a göre, ABD vatandaşları veya bu ülkede kalıcı oturma sahipleriyle evlenenlerin oturma talep edebilmesi için iki yıl evli kalma ve eşle birlikte başvuru yapma şartı getiren hükme eşinden şiddet gören göçmen kadınlar için muafiyet getiren değişiklik, yapısal kesişimselliğin yol açtığı kırılabilirliği ihmal etmiştir. Göçmen kadınların sınır dışı edilme korkusuyla ev içi şiddete boyun eğmesi sorununa çözüm getirmeyi amaçlayan değişiklik istenen sonucu vermemiş, pek çok göçmen kadın, özellikle de beyaz olmayan göçmen kadınlar, fiziksel şiddete karşı kırılabilirliğini muhafaza etmiştir. Bunun sebebi, göçmen kadınların önemli bir kısmının muafiyet için şart koşulmuş olan polis, sağlık personeli, psikolog, okul görevlisi ve sosyal hizmet uzmanı gibi yetkililerce düzenlenmiş raporlara ve belgelere erişiminin sınırlı oluşudur. Buna ek olarak, kültürel engeller kadınların fiziksel şiddeti bildirmesine ve bu şiddetten uzaklaşmasına engel olmaktadır. Kimi göçmen

<sup>56</sup> ibid 1245-1246.

kadınlar birkaç neslin bir arada yaşadığı geniş ailelerde barınmakta olup özel telefon görüşmeleri yapamamakta, evden ayrılamamakta ve kamusal alandaki telefonları anlayamamaktadır. Hukuki statülerine ilişkin bilgiye eşlerinden bağımsız bir şekilde erişimi olmayan göçmen kadınlar eşlerinin sınır dışı ettirmeye yönelik temelsiz tehdidi sonucunda şiddete karşı savunmasız kalmaya devam etmektedir. Dil bariyeri İngilizce bilmeyen göçmen kadınların şiddete karşı kırılganlığını artıran bir başka yapısal sorundur. Şiddete karşı destek hizmetlerinden faydalanma imkanını sınırlayan bu tür engeller sadece sığınma evlerine dair bilgiye değil, aynı zamanda bu evlerin sağladığı güvenliğe de erişimi sınırlamaktadır. Bazı sığınma evleri İngilizce konuşmayan kadınları iki dilli personel veya kaynak yokluğu nedeniyle geri çevirmektedir.<sup>57</sup>

Crenshaw'a göre tüm bu örnekler, çeşitli tabiiyet yapılarının kadınların ev içi şiddet deneyiminde nasıl kesiştiğini göstermektedir. Kesişimsel tabiiyet, çoğu zaman kendini dayatan bir zorluğun önceden mevcut olan kırılganlıklarla birleşerek başka bir güçsüzleşme boyutu yaratmasının sonucudur. Kalıcı oturma amaçlayan göçmen eşlere zorluk yaratmak için tasarlanmış bir politika, hâlihazırda diğer tahakküm yapılarıyla tabiiyet altına alınmış kişilerin güçsüzlüğünü artırmıştır. Göçmen kadınların ev içi şiddete karşı kırılganlığını hesaba katmakta başarısız olan Göç ve Vatandaşlık Yasası, bu kadınları aynı anda hem eşlerinin istismarına hem de ülkenin göç karşıtı politikalarının etkisine maruz kaldıkları bir pozisyona mahkûm etmiştir. Çözüm olarak ev içi şiddet mağdurları için getirilen muafiyetse, beyaz olmayan kadınların kesişimsel konumu dikkate alınmadığında belirli problemlere cevap için girilen teşebbüslerin ne kadar etkisiz kalacağını ortaya koymuştur. Gözden kaçırılan kültürel kimlik ve sınıf etkenleri, fiziksel şiddet gören göçmen bir eşin muafiyetten faydalanma ihtimalini etkilemiştir. Muafiyet şekli olarak tüm kadınlara uygun olsa da şartları onu bazı kadınlar için erişilmez kılmıştır. Toplumsal, kültürel veya ekonomik açıdan ayrıcalıklı olan göçmen kadınlar muafiyetin gerektirdiği koşulları karşılamalarını sağlayan kaynakları bir araya getirmeye daha muktedirken, bu koşulları karşılamada en sınırlı imkânlarla sahip olanlar ekonomik ve sosyal açıdan marjlerde yer alan, çoğunlukla beyaz olmayan kadınlardır.<sup>58</sup>

Crenshaw, kimlik kategorileri ve tahakküm yapıları arasındaki etkileşime işaret etmek için kullandığı kesişimsellik teriminden ırkçılık karşıtı ve feminist hareketlerde beyaz olmayan kadınların marjinal konumunu

<sup>57</sup> ibid 1246-1249.

<sup>58</sup> ibid 1250.

betimlemek için de faydalanmıştır.<sup>59</sup> Crenshaw'a göre kadınların deneyimlerini politikleştirmeyi amaçlayan feminist çabalar ve beyaz olmayanların deneyimlerini politikleştirmeye uğraşan ırkçılık karşıtı gayretler, odaklandıkları konuların birbirini dışladığı varsayımıyla hareket etmiştir. İrkçilik, feminist harekette nadiren gündeme alınmış; cinsiyetçilikse ırkçılık karşıtı pratiklerde oldukça seyrek bir düzeyde kendine yer bulmuştur.<sup>60</sup> Beyaz olmayan erkeklerin ırkla ilgili, beyaz kadınların ise cinsiyetle ilişkili deneyimleri genellikle tüm bir beyaz olmayanlar ve kadınlar grubunun çıkarlarını tanımlamış, aynı ölçüde de sınırlandırmıştır. Crenshaw'a göre beyaz olmayan erkeklerin deneyimlediği hâliyle ırkçılık, genelde ırkçılık karşıtı stratejilerin parametrelerini belirlemiştir. Beyaz kadınların deneyimlediği cinsiyetçilik ise kadın hareketinin temelini oluşturmuştur. Beyaz olmayan kadınların, ırkçılığı her zaman beyaz olmayan erkeklerle aynı şekilde tecrübe etmediği, cinsiyetçiliği de her zaman beyaz kadınlarla aynı biçimlerde deneyimlemediği gerçeği, ırkçılık karşıtı ve feminist hareketler tarafından ihmal edilmiştir. Crenshaw'a göre bu söylemlerin ırk ve cinsiyetin kesişimlerine işaret etmedeki başarısızlığının en ciddi politik sonuçlarından biri, "beyaz olmayan insanların" veya "kadınların" menfaatlerini ileri sürdükleri ölçüde her iki söylemin de zımnen diğerinin geçerliliğini reddetmesidir. Feminizmin ırk etkenini sorgulamada gösterdiği başarısızlık, direniş stratejilerinin genellikle beyaz olmayan insanların ikincilliğini üretme ve güçlendirme riskini barındırmasına neden olmuştur. Aynı şekilde ırkçılık karşıtı hareketin patriarkayı sorgulamaya tabi tutmaması, kadınların ikincilliğini sıklıkla yeniden üretmesi anlamına gelmektedir. Bu karşılıklı ihmal, beyaz olmayan kadınlar için zor bir politik ikilem teşkil etmiştir. Bu iki analizden birini benimsemek beyaz olmayan kadınlar için ast konumlarının temel bir boyutunu inkar anlamına gelmekte olup onları tamamen güçlendirecek politik bir söylemin gelişmesini imkânsız kılmaktadır.<sup>61</sup>

Crenshaw, beyaz olmayan kadınları güçlendirecek bir söylemin gelişimini engelleyen politik kesişimselliğin bir dışavurumu olarak, beyaz olmayan topluluklarda ev içi şiddetin politikleştirilmesini önleme çabalarına işaret etmiştir. Bu çabalar genellikle topluluğun bütünlüğünü koruma teşebbüslerine dayanmış, ırkçılık karşıtı söylemdeki bazı kesimler feminizmin beyaz olmayan topluluklar dahilinde yeri olmadığını belirterek

<sup>59</sup> ibid 1265.

<sup>60</sup> ibid 1242.

<sup>61</sup> ibid 1252.

ele aldığı meseleleri harekette bölünmeye yol açacak nitelikte görmüştür. En ekstrem formunda bu retorik, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin beyaz olmayan topluluklarda bir sorun olduğunu inkar etmiş ve cinsiyete dayalı tahakkümü politikleştirmeye yönelik her türlü çabayı topluluğun sorunu olarak görmüştür.<sup>62</sup> Crenshaw, Afro-Amerikan siyasetinde çete şiddeti, cinayet ve siyah failin siyah bir mağdura karşı işlediği diğer suçlar gitgide daha fazla tartışılmakta iken ev içi şiddetin de bu suçlardan biri olarak ele alınmamasını cinsiyete ve iktidara dair ataerkil düşüncelerle ilişkili görür. Ona göre ev içi şiddet sorununun beyaz olmayan topluluklarda örtbas edilme nedenlerinden biri de beyaz olmayan halkların çoğu zaman aleyhlerindeki ırkçı çarpıtmaları pekiştirecek meselelerden kaçınma endişesidir. Bu endişeye karşı topluluk içi sorunların kabulünün de bir gereklilik olduğunu hatırlatan Crenshaw ev içi şiddetin ırkçılık karşıtlığı adı altında örtbas edilmesinin çok ciddi bedelleri beraberinde getirdiğini ifade eder. Azınlık toplumlarında şiddete ilişkin bilgi olmadığında ev içi şiddetin ciddi bir problem olarak ele alınması ve çözülmesi mümkün değildir.<sup>63</sup>

Beyaz olmayan kadınların yaşadığı ev içi şiddet sorunu, sadece ırkçılık karşıtı hareketin politik gündeminden dışlanmış değildir. Crenshaw, bu kadınların yaşadığı ev içi şiddet sorununu gizlemeye hizmet edenin sadece ırk temelli öncelikler olmadığını belirtir. Feminist hareketteki politik öncelikler de azınlık deneyimlerini çoğunlukla dışlayabilmektedir. Crenshaw örnek olarak beyaz topluluk dahilindeki ev içi şiddet farkındalığını artırma stratejilerine dikkat çeker. Fiziksel şiddetin bir azınlık problemi olduğuna dair yaygın varsayımı eleştiriyle başlayan bu stratejilerde, eş şiddetinin ayrıca beyaz toplulukta da meydana gelebileceği, fiziksel şiddetin ırksal, etnik, dini, ekonomik ve eğitim durumuna ilişkin sınırları aştığı ileri sürülmüştür. Hatta birkaç yorumcu fiziksel şiddetin sadece bir yoksul veya azınlık toplumu sorunu olmadığı mesajını, her ırk ve sınıfı eşit bir şekilde etkilediği mesajına dönüştürmüştür. Crenshaw bu yorumların, ev içi şiddetle özdeşleştirilen topluluklara ilişkin stereotip engelini esasında neden kaldırmaya yöneldiğine açıklık getirir. Ona göre bu stratejiler, azınlık topluluklarındaki ev içi şiddet sorununu ele almaktan ziyade beyaz orta ve üst sınıf topluluklardaki ev içi şiddeti ifşa etmek amacıyla stereotip engelini kaldırmakla ilgilenmiştir. Kadına karşı şiddeti politikleştirme çabaları, daha ziyade şiddetin sadece “ötekilerin” evinde meydana geldiği inancına meydan okumakla ilgilenmiş, bu stratejiyi benimseyenler kasıtlı olarak yoksul ve siyah kadınların

<sup>62</sup> ibid 1253.

<sup>63</sup> ibid 1255-1257.



ihtiyaçlarını dışlama niyetinde olmasa da görünürde evrenselci çağrılarını hâkim toplumsal grupların dikkatini yine hâkim grupların ev içi şiddet deneyimlerine odaklamaya yönelmiştir.<sup>64</sup>

Crenshaw'un, kadına yönelik şiddet konusunda yasal aksiyona yönelen siyasetçilere de sorunu aynı şekilde siyaset alanına taşıdıkları gerekçesiyle eleştiri yönelttiği görülür. Ona göre ABD'de Kadına Karşı Şiddete İlişkin Yasa'nın ardındaki politikacıların sorunu siyaset gündemine alma yöntemleri, yalnızca hâkim gruptan kadınların maruz kaldığı şiddeti politikleştirmekle ilgilenmiştir. Örnek olarak yasayı savunan senatör David Boren'in sözlerine dikkat çeken Crenshaw, kadına yönelik şiddet suçlarının sadece yoksul mahallelerdeki ara sokaklarda değil aynı zamanda ülkedeki tüm şehirlerde ve kırsal alanlarda meydana geldiğine işaret eden senatörün konuşmasını ev içi şiddetin varsayılan mağduru olarak "öteki"yi ortadan kaldıran ve beyaz elitleri harekete geçiren politik bir çağrı olarak değerlendirmiştir. Ona göre söz konusu ifadelerde açığa vurulan strateji, sadece beyazların ev içi şiddet sorununu politikleştirmeye yönelmiş; beyaz kadınların mağdur olarak odak noktası hâline gelmesine imkân verirken sorunun bir azınlık sorunu olarak düşünüldüğü sürece devam etmesine müsaade eden ihmal alışkanlığını bozmakla ilgilenmemiştir. Crenshaw'a göre azınlık kadınların şiddet deneyimi kadına karşı şiddeti politikleştirme çabalarında yok sayılmış, beyaz kadınların deneyimleri esas alınmıştır. Yasanın ardındaki siyasetçiler ev içi şiddet mağduru her kadının sorununa işaret edecek mevzuatı ve kaynağı temin ettiklerine inansalar da aile içi şiddet mağduru kadınlarla empati kurmayı ancak "öteki" kadınların durumlarını görmezden gelerek başarabilmişlerdir. Crenshaw, bir azınlık sorunu olarak anlaşıldığında şiddetin önemsiz görüldüğü gerçeğinin nedenleri politika yapıcılar tarafından sorgulanmadıkça, beyaz olmayan kadınların kaynaklardan ve çözüme yönelik ilginin dağılımından eşit pay almasının olası olmadığına işaret eder.<sup>65</sup>

Crenshaw'un "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine" başlıklı çalışmasında da hem ırkçılık karşıtı siyasetin hem de feminist hareketin ayrımcılık karşıtı gündemlerinin tek boyutluluğunu ve beyaz olmayan kadınları dışlayışını eleştirdiği görülür. Buna göre, ırkçılık karşıtı siyaset siyahların baskılanmasının sadece ırka temellendiğinde önem arz ettiği, feminist hareket ise kadınlara karşı baskının sadece cinsiyete dayandığında ilgiye değer

<sup>64</sup> ibid 1259-1260.

<sup>65</sup> ibid 1260.

olduğu yaklaşımından uzaklaşmalıdır. İki hareketin praksi de yaşadığı zorlukların kaynağına bakılmaksızın önemsenmesi gereken insanların yaşam durumlarına ve fırsatlarına odaklanmalıdır. Eğer siyahları ırksal tahakkümden özgürleştirecek hakiki çabalar ortaya konulacaksa siyah topluluğunun ihtiyaçlarını yansıttığını iddia eden teori ve stratejiler cinsiyetçilik ve patriarka analizini içermelidirler.<sup>66</sup> Benzer şekilde feminist hareket de beyaz olmayan kadınların taleplerini ifade etmeyi umuyorsa ırk analizini barındırmalıdır.

Son olarak Crenshaw kesişimselliği temsil kapsamında ele alır. Temsili kesişimsellik olarak analiz ettiği bu olgu kapsamında Crenshaw, popüler kültürde beyaz olmayan kadın imgelerinin inşasında ırk ve cinsiyetin kesişimine odaklanmıştır. Ona göre temsil tartışmaları, popüler kültürde beyaz olmayan kadın imgelerinin üretiminde söz konusu kesişimin rolünü ihmal etmiştir. Temsili kesişimsellik doğrultusunda hem bu imgelerin yaygın ırk ve toplumsal cinsiyet anlatılarının bir araya gelmesi yoluyla üretilme biçimleri hem de ırkçı ve cinsiyetçi temsillere yönelik çağdaş eleştirilerin beyaz olmayan kadınları marjinalleştirmesi, bu kadınların kesişimsel menfaatlerini ihmal etme eğilimi ele alınmalıdır.<sup>67</sup>

#### **IV. GÜNCEL GELİŞMELER KARŞISINDA ELEŞTİREL IRK FEMİNİZMİ**

Günümüzde de araştırmalarını, analizlerini ve faaliyetlerini sürdürmekte olan eleştirel ırk feministleri; Black Lives Matter hareketi ve COVID-19 pandemisi gibi yakın tarihli gelişmeler karşısında geliştirdikleri perspektifler doğrultusunda hareket etmiş, bu perspektifler temelinde çeşitli değerlendirmelerde ve eylemlerde bulunmuşlardır. Bunun yanı sıra eleştirel ırk feministlerinin, zamanında eksiklerine işaret etmiş olsalar da kendilerini mirasçısı olarak gördükleri Irkçılık Karşıtı Hareket ve Eleştirel Irk Teorisi gibi oluşumların kazanımlarını hedef alan güncel risklere dikkat çektikleri de görülmektedir. Kendilerini hala parçası olarak gördükleri Eleştirel Irk Teorisine yöneltilen alternatif sağ saldırılarını gündemlerine taşıyan eleştirel ırk feministleri, son olarak ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin üniversiteye girişte pozitif ayrımcılık politikasını iptal eden kararını ele alarak ırkçılık karşıtı mücadelenin mirasını tehlikeye atan güncel gelişmeler üzerinde durmuşlardır.

<sup>66</sup> Crenshaw (n 9) 30, 31.

<sup>67</sup> Crenshaw (n 53) 1282-1283.

Eleştirel ırk feministlerinin Black Lives Matter hareketine yaklaşımı, temelde özcülük karşıtı ve kesişimsel bir perspektifin gerekliliği üzerinde durmuştur. Eleştirel ırk feministleri siyah kadınların yaşamının da değerli olduğunu kabul etmeden polis şiddeti ve Black Lives Matter hareketi hakkında toplumsal analizler yapılamayacağına işaret etmiştir. Eleştirel Irk Feminizmi bünyesindeki kimi bilim insanları, Black Lives Matter hareketinde ve polis şiddetine dair toplumsal tartışmalarda siyah kadınların deneyimlerinin görünmezliği sorununu gündeme getirmiştir. Wing ve Pappalardo siyah kadınlara karşı polis şiddetinin ana akım medya tarafından giderek artan bir ihmalle haber konusu yapılmamasına işaret ederek bu ihmalin siyah kadınlar öldürülürken toplumun sessiz kalmasına yol açtığı üzerinde durmuştur.<sup>68</sup> Crenshaw'un kurucularından olduğu ve yönettiği The African American Policy Forum ise 2015'te #SayHerName kampanyasını başlatarak silahsız siyah erkeklerin polis tarafından öldürülmesine karşı başlatılan kampanyalarda polis şiddetinin görmezden gelinen kadın kurbanlarına dikkat çekmiştir.<sup>69</sup>

COVID-19 pandemisi kesişimsel yaklaşımla ele alınan bir diğer gelişme olmuştur. Wing ve Pappalardo, sistematik ayrımcılığın sonucu olarak ABD'de beyaz olmayan kadınların, pandeminin yol açtığı sosyal ve ekonomik aksamanın zorluklarını en ağır şekilde göğüsleyen kesim olduğuna vurguda bulunmuştur. 2020 yılının mart ayındaki ilk dalgası esnasında yedi binin üzerinde Amerikalının işini kaybetmesine yol açan pandemi, özellikle beyaz olmayan kadınların yoğun olarak istihdam edildiği sektörleri etkilemiştir. Pandemi sırasında işini kaybedenlerin yüzde altmışı kadinken, durgunluktan en fazla zarar gören iş kolları beyaz olmayan kadınların yüksek oranda çalıştığı konaklama, çocuk bakımı, eğlence ve perakende sektörleri olmuş; restoranlar, barlar, oteller ve dükkanlar sosyal izolasyon ve mesafeden oldukça etkilenmiştir. Pandeminin yarattığı ekonomik durgunluktan finansal açıdan en yüksek düzeyde etkilenen beyaz olmayan kadınlar, tüketiciyle yüz yüze gelinen işlerdeki yoğun istihdamlarından ötürü tıbbi riske de yüksek oranda maruz kalmıştır. Yüz yüze mesai yapması beklenen bu kadınlar, çoğu zaman sağlık sigortası veya ücretli hastalık izni sağlanmadığı için geçimleri ve sağlıkları arasında seçim yapmak durumunda bırakılmıştır. Wing ve Pappalardo'nun dikkat çektiği bir başka nokta, pandeminin, yapısal kesişimselliğin yol açtığı ekonomik kırılganlıkları sebebiyle beyaz olmayan kadınlara getirdiği ekstra ekonomik külfetler olmuştur. Genellikle erkeklerin

<sup>68</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 60.

<sup>69</sup> Roberts (n 5) 115.

kadınlardan daha fazla servete sahip olduğunu belirten yazarlar, ırkın bu eşitsizliği artırdığını belirterek yapısal kesişimsellik kaynaklı ekonomik etkilere işaret etmişlerdir. 2015 tarihli bir çalışmanın verilerinden yararlanan yazarlar, bekar beyaz erkeklerin ortalama 28.000 dolar, bekar beyaz kadınların ise 15.000 dolar servete sahip oluşuna değinerek bekar siyah kadınlara gelindiğinde bu ortalamanın 200 dolara, bekar Latin kadınlar içinse 100 dolara kadar düştüğünün altını çizmişlerdir. Yazarlara göre pek çok beyaz olmayan kadın tek bir finansal krize dahi dayanabilecek maddi duruma sahip değilken COVID-19 pandemisi onlar için yıkıcı sonuçları olan sayısız sosyal ve ekonomik krize sebep olmuştur. Bu kadınlar, marketlerin ve aşevlerinin gitgide daha fazla kaynak yetersizliği çektiği bir dönemde artan bir gıda güvencesizliği sorunuyla karşılaşmışlardır. Göçmen kadınlar ise kaynaklara sınırlı erişimleri ve finansal, sosyal veya tıbbi destek talep etmelerini engelleyen dil bariyerleri sebebiyle ek zorluklar yaşamıştır. Koronavirüs pandemisinin fiziksel ve sosyal izolasyon sebebiyle artırdığı ev içi şiddet tehlikesi ise bu şiddete pandemi öncesinde de daha yüksek oranlarda maruz kalan beyaz olmayan kadınların durumunu iyiden iyiye güçleştirmiştir. COVID-19 pandemisinin özellikle istihdam, ekonomik kırılganlık ve ev içi şiddet gibi alanlarda beyaz olmayan kadınlar açısından özgül etkilerine dikkat çeken Wing ve Pappalardo, iyileştirici önlemlerin beyaz olmayan kadınların kesişimselliğini dikkate almasını önermiş; genel nitelikteki çözüm politikalarının bu kadınları dışlama tehlikesine işaret etmişlerdir.<sup>70</sup>

Eleştirel ırk feministlerinin son zamanlarda gündemini meşgul eden diğer meseleler mirasçısı oldukları hareketleri, bu hareketlerin kazanımlarını ve dolaylı olarak kendilerini hedef alan eylemler olmuştur. Bunlardan biri, Eleştirel Irk Teorisine yönelen alternatif sağ hareketin saldırıları olmuştur. Özellikle Donald Trump'ın 2016'daki başkanlık kampanyasında normalden fazla görünürlük kazanan ve görüşlerini daha büyük bir kitleye yayma fırsatı edinen alternatif sağ hareket (alt-right),<sup>71</sup> Trump iktidarının zayıfladığı dönemde muhafazakar medyada görüşlerine başvurulmuş uzmanlar, cumhuriyetçi kongre üyeleri ve daha sonra bizzat Trump aracılığıyla Eleştirel Irk Teorisine karşı hızla yayılan saldırılara ön ayak olmuştur. Wing ve Pappalardo söz konusu saldırıyı, Black Lives Matter hareketinin ivme kazanmasına ve George Floyd'un öldürülmesinden sonra gelen ulusal muhasebeye verilen bir karşılık olarak değerlendirmiştir. Yazarlara göre

<sup>70</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 62-64.

<sup>71</sup> Blair Taylor, 'Chapter 3: Alt-Right' *Encyclopedia of Critical Whiteness Studies in Education* (Brill, 28 Nov 2020) 20.  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

ABD’de ırksal adaletsizlik ve eşitsizliğe ilişkin tartışma ve farkındalık süreci, bu değişim isteklerini bastırmaya ve statükoyu korumaya yönelik “beyaz” bir geri tepmeyle karşılaşmıştır. Söz konusu geri tepmenin Trump’ın 2020 seçimlerini kaybetmesi sonrasında da devam ettiğine dikkat çeken yazarlar, Eleştirel Irk Teorisinin ve dolayısıyla Eleştirel Irk Feminizminin ırka odaklanmaları sebebiyle karşıtları tarafından ulusu bölmekle suçlandığına işaret etmiştir. Bu saldırıların özellikle eğitim alanındaki olumsuz etkilerine odaklanan Wing ve Pappalardo, bazı ABD eyaletlerinde Eleştirel Irk Teorisinin okul müfredatlarında yasaklanmasını beraberinde getiren yasal düzenlemelerin çıkarılışını örnek göstermişlerdir. Eleştirel Irk Feminizmi de dahil olmak üzere Eleştirel Irk Teorisinin diğer dalları bünyesinde üretilen fikirleri de baskılayacak nitelikte olan bu düzenlemeler, yazarlara göre okulların sadece “beyaz” tarihini öğretmesine yönelik isteği yansıtmaktadır. Wing ve Pappalardo, üniversite kampüslerine sirayet ederek gergin bir hava yaratan bu saldırıları Eleştirel Irk Feminizminin geleceği açısından tehlikeli görmekle birlikte kamuoyunda Eleştirel Irk Teorisi ve Eleştirel Irk Feminizmi lehine büyük bir ilgi ve merak uyandırmasına olumlu yaklaşmışlardır. Eleştirel ırk teorisyenlerinin, teoriye ve güncel ırkçılığı anlamak için teorinin nasıl faydalı olabileceğine dair bilgi vermeleri yönünde büyük bir taleple karşılaşması,<sup>72</sup> sonuç olarak saldırıların kamuoyunda beklenmedik bir ilgi de yaratarak teorinin görünürlüğünü artırması pozitif bir gelişme olarak değerlendirilmiştir.

Son zamanlarda eleştirel ırk feministlerinin endişeyle karşıladıkları bir başka gelişme ırkçılık karşıtı mücadelenin kazanımlarında yaşanan çarpıcı bir gerileme olmuştur. ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin 29 Haziran 2023’te üniversiteye kabullerde pozitif ayrımcılık politikasını geçersiz kılan kararı, pozitif ayrımcılık sayesinde beyaz olmayan kadınların deneyimlerini araştırma ve gündeme getirme imkanına erişebilmiş eleştirel ırk feministlerini yakından ilgilendirmiştir. Kararı ele alanlardan biri Crenshaw olmuştur. Crenshaw, renk körlüğüne dönüş olarak gördüğü bu gerilemenin ileride doğuracağı olumsuz ve adil olmayan sonuçlara işaret etmiştir. Ona göre işleyen çok ırklı bir demokrasinin ayırt edici özelliklerinden olan pozitif ayrımcılığın üniversitelere kabulde etkisiz kılınması oldukça zararlı sonuçlar doğuracak; siyah Amerikalıların kendilerini işsiz, hapiste ya da ölü bulma ihtimalini artıracaktır. Crenshaw kararın sadece servet ve statüye erişimde ırksal adaletsizliği pekiştirici etkisiyle ilgilenmez. Ona göre yüksek öğrenim kurumlarına daha az azınlık adayın kabul edilmesi daha az sayıda beyaz

<sup>72</sup> Wing and Pappalardo (n 6) 67-68.

olmayan doktor, avukat, eğitimci ve yasa koyucu anlamına gelecek; bu durum siyah Amerikalıların yaşam kalitesini önemli ölçüde etkileyecektir. Siyah müvekkilliği kendileri için daha adil sonuçlar yaratabilecek siyah avukatlardan, siyah öğrencileri üniversiteye girme olasılıklarını artıran siyah öğretmenlerden yoksun bırakacaktır. Crenshaw bunun yanı sıra pozitif ayrımcılık gibi ötekileştirilenlerin maruz kaldığı tarihsel yanlışları düzeltmeye yönelik politikaları beyazlar aleyhine aksiyonlar olarak lanse eden geleneksel muhafazakar siyasete eleştiri getirir. Pozitif ayrımcılık karşılığında da kendini gösteren, demokratik ilerlemenin beyaz Amerikalılar için bir darbe olduğu fikri, Crenshaw'a göre 2021'de Kongre Binası'na yapılan saldırıda da başkanlık seçimleri sürecinde de aşındırıcı bir yalan olarak rol oynamaya devam etmiştir. Çok ırklı bir demokrasiye zarar veren tüm bu gelişmelere karşı Crenshaw renk körü söylemlerin renklere bağlı sorunları çözmede hiçbir işe yaramadığını hatırlatarak, muhafazakar siyasetin konuşulmamasını tercih ettiği meseleleri konuşmaya devam etmenin gereğine vurguda bulunur.<sup>73</sup>

## SONUÇ

Bu çalışma dahilinde soy ağacı, temel tezleri ve günümüze yakın bazı ilgili gelişmeler karşısındaki duruşu ışığında ele alınan Eleştirel Irk Feminizminin, 1970'li yıllarda hukuk akademisinde gelişmeye başlayan eleştirel geleneğin mirasçılarından olduğunu, kesişimsellik ve anti özcülük gibi temel analitik kavramlarla eleştirel hukuk düşüncesine katkı sunduğunu ve bu araçlara başvurarak analiz ettiği güncel gelişmelerle günümüzde eleştirel hukuk geleneğini yaşatan oluşumlardan biri olduğunu söylemek mümkündür. Eleştirel Irk Teorisi ve Feminist Hukuk Teorisi gibi öncülerinin sırasıyla ihmal ettiği cinsiyet ve ırk kategorilerine işaret eden ve bu kategorileri kimliklerinde birleştiren beyaz olmayan kadınların ırkçılık ve cinsiyetçilik gibi tahakküm yapılarının kesiştiği deneyimlerine dikkat çeken eleştirel ırk feministleri, bu kadınların özellikle şiddet ve ayrımcılık deneyimlerinin karmaşıklığı üzerinde durarak tek boyutlu çözüm politikalarının kapsayıcılık ihtiyacını vurgulamışlardır.

Temel kavramsal araçlarıyla COVID-19 pandemisi ve Black Lives Matter Hareketi gibi yakın tarihli gelişmeleri de analiz eden eleştirel ırk feministleri, beyaz olmayan kadınların kesişimsel kimlikleri sebebiyle pandemi

<sup>73</sup> Bkz. Kimberlé Crenshaw, "I Worked With Anita Hill to Fight Clarence Thomas' Confirmation. Our Worst Fears Came True." (Politico, June 30 2023) Date Accessed 16 September 2023 <<https://www.politico.com/news/magazine/2023/06/30/anita-hill-clarence-thomas-supreme-court-affirmative-action-00104387>>

döneminde yaşadığı zorluklara ışık tutmuş, özellikle istihdam ve ev içi şiddet söz konusu olduğunda karşılaştıkları karmaşık güçlüklerin çözüm aşamasında dikkate alınmasını önermişlerdir. Black Lives Matter Hareketi ise polis şiddetinin görmezden gelinen siyah kadın mağdurları bağlamında incelenmiş, harekette özcü eğilimlerle geri plana atılan kadın mağdurlar için kampanyalar başlatılmıştır. Son olarak öncü hareketlerinden olan Eleştirel Irk Teorisine yönelik alternatif sağın saldırılarını ele alan eleştirel ırk feministleri, muhafazakar siyasetin hedef aldığı ırkçılık karşıtı mücadelenin pozitif ayrımcılık gibi kazanımlarının kaybıyla derinleşecek olan ırksal adaletsizlik sorununa dikkat çekmişlerdir. Öncellerinden ayrılarak kendisine çizmiş olduğu yolda varlık gösterse de ortak sorunlar karşısında kimi zaman onlarla aynı yörüngede birleşen Eleştirel Irk Feminizmi, toplumsal adaleti tehlikeye atan çeşitli gelişmelere karşı eleştirel hukuk geleneğini canlı tutan güncel hareketlerden biri olarak önemini korumaktadır.

## Bibliyografya

Binder G, 'Critical Legal Studies' in Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2nd edn, Wiley-Blackwell 2010).

Crenshaw K, 'Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color' (Jul., 1991) Vol 43 No. 6 Stanford Law Review, 1241-1299.

Crenshaw K 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics' in Adrien Katherine Wing (ed), *Critical Race Feminism: A Reader* (2nd edn, New York University Press 2003).

Crenshaw K, "I Worked With Anita Hill to Fight Clarence Thomas' Confirmation. Our Worst Fears Came True." (Politico, June 30 2023) Date Accessed 16 September 2023 <<https://www.politico.com/news/magazine/2023/06/30/anita-hill-clarence-thomas-supreme-court-affirmative-action-00104387>>

Delgado R and Stefancic J, *Critical Race Theory: An Introduction* (New York University Press 2001).

Duran A and Jones SB, 'Chapter 41: Intersectionality', *Encyclopedia of Critical Whiteness Studies in Education* (Brill 28 Nov 2020).

Edmundson WA, 'Introduction' in Martin P Golding and William A Edmundson (eds), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell Publishing 2005).

Harris AP, 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theory' in Adrien Katherine Wing (ed), *Critical Race Feminism: A Reader* (2nd edn, New York University Press 2003).

Harris AP, 'Critical Race Theory' in Reza Banakar and Max Travers (eds), *Law and Social Theory* (2nd edn, Hart Publishing 2013).

Roberts DE, 'Critical race feminism' in Robin West and Cynthia Grant Bowman (eds), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence* (Edward Elgar Publishing 2019).

Taylor B, 'Chapter 3: Alt-Right' *Encyclopedia of Critical Whiteness Studies in Education* (Brill, 28 Nov 2020).

Wing AK, 'Global Critical Race Feminism: Post 9-11 Afghanistan' (2002) 10 WASH. U. J. L. & POL'Y, 19-39.

Wing AK, 'Introduction' in Adrien Katherine Wing (ed), *Critical Race Feminism: A Reader* (2nd edn, New York University Press 2003).

Wing AK, 'Critical race feminism (Chapter 9)' in Karim Murji and John Solomos (eds), *Theories of Race and Ethnicity: Contemporary Debates and Perspectives* (Cambridge University Press 2014).

Wing AK, 'Critical Race Feminism' in Miriam E David and Marilyn J Amey (eds), *The SAGE Encyclopedia of Higher Education* (SAGE Publications 2020).

Wing AK, and Pappalardo C, 'Critical Race Feminism: A Different Approach to Feminist Theory' in Dragica Vujadinović, Antonio Álvarez del Cuvillo and Susanne Strand (eds), *Feminist Approaches to Law: Theoretical and Historical Insights* (Springer 2023).



# II ASSESSMENTS ON THE UKRAINE-RUSSIA WAR IN THE AXIS OF INTERNATIONAL LAW AND ECOCIDE CRIMES

Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT

Çev. Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT\* \*\*

Çev. Ahmet ÇİTKÖYLÜ\* \*\*

## ***Translators' note***

*The article titled "Uluslararası Hukuk ve Ekokırım Suçlar Ekseninde Ukrayna-Rusya Savaşına İlişkin Değerlendirmeler (Assessments on the Ukraine-Russia War in the Axis of International Law and Ecocides Crimes)" was published in Yeditepe University's Journal of Law Faculty, 2023 – Volume: 20, Issue: 2. The author analyzes ecocide crimes in the context of the Ukraine-Russia War within international law. The author asserts that armed conflicts and weapons not only lead individuals, societies, and states to disaster but also expose the planet and its ecosystem to irreparable damage and destruction. Furthermore, the author explains that the inadequacies of international law in protecting nature, or in other words, the planet and its ecosystem, are evident. Therefore, the author argues that it is necessary to define "Ecocide Crimes" and establish new and effective regulations accordingly. In conclusion, the author emphasizes the importance of giving the planet legal personality, recognizing the planet's right to self-determination, and advocating for the creation of a "Universal Declaration of the Rights of the Planet." These issues, according to the author, should now be discussed by the international community in light of the Ukraine-Russia War, underscoring the urgent need for such considerations.*

---

<sup>II</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.12.2023. İlk hakem raporu tarihi: 07.12.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 11.12.2023. Onaylanma Tarihi: 11.12.2023.

\* Doç. Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7489-9029.

\* Öğrenci, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

**Eserin Atf Şekli:** Kutluhan Bozkurt, çev. Kutluhan Bozkurt & Ahmet Çitköylü, "Assessments On The Ukraine-Russia War In The Axis Of International Law And Ecocide Crimes", YÜHFD, C.XXI, 2024/1, s. 505-523.

**Keywords\***: *Ukraine-Russia War, International Law and Ecocide, Ecocide Crimes in the Context of Armed Conflicts and War, Planet's Right to Self-Determination, Universal Declaration of the Rights of the Planet.*

\*\*\*

## INTRODUCTION

Towards the end of 2021, Western media and intelligence sources showed satellite and intelligence photographs of Russian military activity on the border with Ukraine, which were published in the press. Russia was increasing and massing its military forces along the border.<sup>1</sup>

The seriousness and magnitude of the event could be seen in the photographs of this Russian activity on the border with Ukraine<sup>2</sup>. On February 24, Russia recognized the sovereignty of two regions in Ukraine, Donetsk and Lugansk (Dombast & Lohans), which declared their independence by asserting the right to self-determination as part of the separatist movement in Ukraine. At the invitation of these new republics, Russia also launched military action against Ukraine in order to demilitarize Ukraine and protect the rights of Russian citizens in Ukraine.<sup>3</sup>

It is estimated that the main aim of the military intervention was to seize strategic urban areas, especially Kiev, in a short period of time - no more than a few weeks - and also to expand the occupation by controlling the Black Sea coast of Ukraine and to control it from the sea<sup>4</sup>. However, Russia's projections

---

\* This title was written by the author

<https://asia.nikkei.com/Politics/Ukraine-war/Satellite-images-reveal-how-Russia-s-Ukraine-invasion-unfolded>

<https://www.timesofisrael.com/satellite-photos-provide-birds-eye-view-of-unfolding-ukraine-crisis/>

<https://t24.com.tr/haber/rusya-nin-ukrayna-yi-iscgali-neden-simdi,1017501>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56746772>

<https://asia.nikkei.com/Politics/Ukraine-war/Satellite-images-reveal-how-Russia-s-Ukraine-invasion-unfolded> <https://www.timesofisrael.com/satellite-photos-provide-birds-eye-view-of-unfolding-ukraine-crisis/> 2.

<sup>2</sup> ibid.

<sup>3</sup> Kutluhan Bozkurt, Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku, Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayınevi 2022, pp. 214-215.

<sup>4</sup> ibid.

did not work out and faced unexpected resistance. Although nearly 17 months have passed since Russia began its military campaign, Ukraine's resistance is still ongoing.

When Russia's military intervention is analyzed from the perspective of international law as well as political science, sociology and history, we see that Ukraine responded to Russia for exercising its "right of self-defence" in accordance with Article 51 of the United Nations (UN) Charter, and the armed conflict grew into a war<sup>5</sup>. The fact that this war has caused harm to people and humanity, humanitarian law, as well as harm to nature and the planet, i.e. biological, chemical and cultural destruction shows that the issue is of international law concern.

## ***II-Jus ad Bellum – Jus in Bello***

The debate on whether wars that occur as a result of political and historical conflicts on the world stage can be analyzed within the scope of international law and discipline it seeks to establish has been going on for the last few centuries. It is important to recall that the concept of "just war" has been used for a long time and even dates back to the Roman Empire. If we examine the concept of war from the perspective of international law and the discipline created by it, it is necessary to recognize that war also has a law, that is, its conduct and its consequences should also be examined from a legal perspective, and that it is the subject and subject matter of law, taking into account its historical process.<sup>6</sup>

In international law, two different concepts have been used since Roman law for the law of war, i.e. the law of armed conflict: pre-war law, "jus ad

---

<sup>5</sup> Kutluhan Bozkurt, Rusya-Ukrayna Savaşında Diplomatik Çözüm Seçeneği ve Ukraynalı Sığınmacıların Durumunun AB Düzenlemeleri Kapsamında Değerlendirilmesi, Rusya-Ukrayna Savaşının Siyasi ve Hukuki Yansımaları, Konferans, Yakın Doğu Üniversitesi, <https://neu.edu.tr/yakin-dogu-universitesinde-duzenlenen-konferansta-rusya-ukrayna-savasinin-siyasi-ve-hukuki-yansimalari-ele-alindi/> 2022, see also; Kutluhan Bozkurt, Uluslararası Hukuk Açısından Ukrayna-Rusya Savaşına İlişkin Notlar, Hukuk Bülteni, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2022 <https://okan.edu.tr/index.php/hukuk/sayfa/8120/uluslararasi-hukuk-acisindan-ukrayna-rusya-savasina-iliskin-notlar/>

<sup>6</sup> Yücel Acer & İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2015, p. 323. See, Bozkurt, 2018/1, Martin Dixon, A Textbook on International Law, 2007, pp. 309-340. See also; Alina Kaczorowska, Public International Law, Fourth Edition, pp.688-740, Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Edition, p. 286-314, Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 14. Edition, pp. 515-647.

bellum", and the law applicable in the event of war, "jus in bello"<sup>7</sup>. In pre-war law, the issue to be considered is whether the state resorting to armed force would be in conformity with international law<sup>8</sup>. It is important to note that the UN Charter explicitly and separately regulates the "(non-)resort to force"<sup>9</sup> and this treaty must be taken into account by the member states of the UN. As for the law applicable in the event of war, the legal definition and nature of the rules to be applied are crucial.<sup>10</sup>

The main difference between the two concepts can be briefly stated as follows: In "jus in bello", there are regulations and rules regarding the types of chemical and/or biological "weapons" prohibited for use and the "warfare techniques" in which they are used<sup>11</sup>. In addition, the "International Humanitarian Law" regulations, which are becoming increasingly widespread and applied at the international level, should not be ignored in relation to the concept in question.<sup>12</sup>

The most devastating effects of armed conflicts (and wars) are seen on people, especially civilians. The Geneva Conventions of 1949 and the 1977 Protocols, which are international regulations in the context of the international law of armed conflict, contain protective provisions for civilians.

Both legal instruments contain provisions that prohibit civilians from being subjected to arbitrary and unlawful acts. In fact, it is recognized as a norm of international law that civilians cannot be subjected to displacement, especially arbitrary displacement, except in military or exigent

<sup>7</sup> Dixon, 2007, s 310, Sean D. Murphy, Principles of International Law, 2012, s. 491-527. See also; Ayşe Nur Tütüncü, İnsancıl Hukuka Giriş, 2019.

<sup>8</sup> Uluslararası hukukta kuvvet kullanımı için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, in: Uluslararası Hukuk I, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2013, pp.122-136.

<sup>9</sup> In particular, Article 51 of the UN Charter, self-defence, should be taken into account. It should be noted that the UN Charter, Article 2(4), also prohibits "acts of resort to force or the threat of force" with two explicit exceptions. Chapter VII of the UN Statute is entitled "Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression". Especially Articles 39 and 40 clearly regulate these issues. In the meantime, it should be emphasized that the Briand-Kellog Pact, 26.08.1926, gains importance as a document declaring war illegal. See, Dixon, 2007, p. 311.

<sup>10</sup> The main international regulations to be taken into account are the La Haye Conventions of 1899 and 1907, the Geneva Conventions of 1949 (which consist of 4 conventions) and the two Additional Protocols of 1977.

<sup>11</sup> For the distinction between Jus Ad Bellum and Jus in Bello, see also; Tütüncü, 2019.

<sup>12</sup> Bozkurt, 2018/1.

circumstances<sup>13</sup>. Notwithstanding the aforementioned, such acts have also been observed during the armed conflict between Russia and Ukraine, which has turned into a war; therefore, the international community has witnessed the relevance of this situation to international law, in particular international criminal law<sup>14</sup>. As it can be understood, due to such situations, the importance and development of international criminal law in international relations and society is gradually approaching a new level.<sup>15</sup>

As a result of the armed conflict (war) between Ukraine and Russia, millions of Ukrainian refugees have been forced to seek asylum in Ukraine's neighbours, mainly in European Union (EU) member states such as Romania, Poland, Slovakia, Hungary and even Turkey. On the other side of the coin, Russian citizens living in Ukraine have sought refuge in Russia. As a result of the migration of millions of people, the EU, faced with a massive wave of asylum seekers, granted temporary protection status to a large number of Ukrainian asylum seekers.<sup>16</sup>

It should be noted that with the decision of the EU Parliament, followed by the Commission's positive opinion and the Council's acceptance of the next steps between the EU and Ukraine, Ukraine gained the "candidate country status" for EU membership on June 22, 2022, which paved the way for full membership negotiations, in an unusual speed in the formation, development and enlargement processes of the EU.<sup>17</sup>

### **III-Destruction of the Environment (Nature) by Armed Conflicts and Wars and International Law**

The destruction caused by wars and armed conflicts to human beings and humanity is mostly considered under humanitarian law in international law. In addition, the effects of wars not only on human beings, but more broadly on the environment - here it would be more appropriate to use the

---

<sup>13</sup> Sur, 2017, p. 304.

<sup>14</sup> Kutluhan Bozkurt, Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku, Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayınevi, 2022, p. 217.

<sup>15</sup> Gönenç Hacıoğlu, Küresel Adalet, Emperyalizm ve Uluslararası Yargılamalar, Terskule, 2022, p. 9.

<sup>16</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en)

<sup>17</sup> <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220227IPR24205/invasion-of-ukraine-meps-call-for-tougher-response-to-russia>

<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine/>

term "nature" - and even on other non-human living beings, are far greater than estimated or known. Unfortunately, these destructions and damages are not brought to the forefront.

In addition to the loss of life as a result of the war between Ukraine and Russia, the *Kahovka Dam* in Ukraine was attacked and damaged, which caused serious environmental damage to the ecosystem in the region<sup>18</sup>. Due to the extent of the destruction, this attack can be considered as an ecocide crime<sup>19</sup>. It would be useful to examine international law studies in this field in order to make better evaluations of the destruction caused by wars and armed conflicts in the ecosystem and ecocide crimes.

### 3.1. Main International Regulations in the Framework of the Law of Armed Conflicts

In the context of armed conflicts and humanitarian law, we should first consider the Geneva Convention of 1864<sup>20</sup> and the subsequent convention adopted in 1899 at the La Haye Conference<sup>21</sup>. Subsequently, 12 Protocols<sup>22</sup> on the laws of war were established at the La Haye Conference in 1907. In 1925, the "Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare"<sup>23</sup> was adopted, which includes protective regulations for the environment as well as

<sup>18</sup> <https://www.bbc.com/turkce/articles/c97959vqv21o>

<sup>19</sup> Erwan Rivault, Mark Poynting & Rob England, Ukraine dam: Satellite images reveal Kakhovka canals drying up, BBC News, June 22, 2023. <https://www.bbc.com/news/world-europe-65963403>

<sup>20</sup> It should be mentioned that this convention of 1864 is known as the 1st Geneva Convention, "Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field". This convention was later modified by the Geneva Conventions of 1906, 1929 and 1949 respectively, or rather, the later conventions replaced this convention respectively. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gc-1864>

<sup>21</sup> At this conference, La Haye Convention No. II on land wars and La Haye Convention No. III on the application of the 1894 Geneva Convention to naval wars were adopted. See, Acer & Kaya, 2015, p. 352.

<sup>22</sup> <https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907>

The main areas of regulation in these protocols are the rules on land warfare, the status of neutrality, the status of merchant ships, the rules of naval warfare, submarine mines, etc.

<sup>23</sup> <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925>

human beings. This regulation was followed by another Geneva Convention dated 1929.<sup>24</sup>

The Protocol adopted in 1925 banned the use of poisonous gases and bacteriological weapons, which indirectly took an important step towards the protection of the environment and ecological balance in addition to humanitarian protection. It should be noted that, although the protection of the environment and nature did not emerge as a concept at the time the Protocol was adopted, it can be seen as the pioneer of legal regulations on the prohibition of weapons that can cause severe damage to the environment.

The new foundations of armed conflicts within the perspective of international law were established after the World War II; in this regard, the "Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" adopted in 1948 and the Geneva Conventions<sup>25</sup> signed in 1949 and entered into force in 1950 were adopted. Nevertheless, no regulations were issued for the protection of the environment and nature/ecosystems during this period.

However, Articles 35 and 36<sup>26</sup> of Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 should be evaluated within the scope of our study. In particular, when we examine paragraph 3 of Article 35<sup>27</sup>, it is seen that "*It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment*". This regulation clearly shows that the natural environment is included within the scope of protection, as it is "intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment". It should be noted that the protection of the environment and the ecosystem were not considered separately in the 1950s, i.e. the damage

---

<sup>24</sup> This convention is known as the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gc-pow-1929>

<sup>25</sup> These Conventions are related to 4 separate conventions: Convention I on the "Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field", Convention II on the "Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea", Convention III on the "Treatment of Prisoners of War" and finally Convention IV on the "Protection of Civilian Persons in Time of War". See, [https://www.redcross.org/content/dam/redcross/atg/PDF\\_s/International\\_Services/International\\_Humanitarian\\_Law/IHL\\_SummaryGenevaConv.pdf](https://www.redcross.org/content/dam/redcross/atg/PDF_s/International_Services/International_Humanitarian_Law/IHL_SummaryGenevaConv.pdf)

<sup>26</sup> For the relevant articles see, Melike Batur Yamaner ve diğerleri, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42.

<sup>27</sup> This article regulates the "Basic Rules" section of the Methods and Means of Warfare Chapter.

caused by armed conflicts to the environment in addition to humanitarian destruction. Nevertheless, this Article is quite progressive and significant.

Article 36, under the heading "New Weapons", states that<sup>28</sup> "*A High Contracting Party shall be under the obligation to determine whether the use of a new weapon, means or method of warfare is prohibited in all or some circumstances by this Protocol or by any rule of international law binding on the High Contracting Party concerned*". Although there is no direct reference to the protection of the environment and the ecosystem, since this article imposes an "obligation" to determine the prohibitions on new weapons, it can be considered with a broad interpretation that the new weapons used or to be used in armed conflicts may constitute an area of obligation regarding whether they are prohibited or not in the context of the previous article, Article 35, paragraph 3.

Whether Articles 35 and 36 are the legal basis for the crime of ecocide is open to discussion, and also the controversy on ecocide and crimes related to it did not yet exist at the time of their drafting. Nevertheless, there is a need for qualified studies and judicial decisions on the applicability of Articles 35 and 36 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions to crimes of ecocide.

Developing technology has changed armed conflicts, wars and even warfare techniques, and as a result of their new qualities, the necessity to make new regulations in international law has emerged. Although not directly aimed at the protection of the environment, the 1954 convention and protocols regulating the "Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict"<sup>29</sup> are worth examining.<sup>30</sup>

The regulation in question is narrow and limited in terms of provisions directly related to the protection of the environment and the ecosystem; moreover, this regulation aims to protect cultural heritage and assets. Nevertheless, this regulation draws attention to the protection of the environment and habitat in which cultural assets are located. In other words, it can be assumed that the regulation in question is an international regulation that can be considered very narrow in the context of ecocide crimes.

<sup>28</sup> See also; Yamaner, p. 205

<sup>29</sup> <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/09/K-Silahli-Catisma-KV-Kor.-1954-Lahey-2.-Protokol-1999.pdf>

<sup>30</sup> This regulation is known as the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict  
*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*



Two additional protocols<sup>31</sup> were signed in addition to the 1949 Geneva Conventions in 1977. These regulations, which were made in the context of new conditions and developments, are aimed at protecting victims, whereas the protection of the environment and the ecosystem is not considered within the scope of the protocols.

### **3.2. Council of Europe Regulation, Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law**

Apart from the regulations on armed conflicts and the law of war examined under the previous heading, many conferences on the protection of the environment have been held directly or indirectly and many regulations/texts have been prepared as a result of these conferences<sup>32</sup>. The focus of this study is the ecocide crimes in armed conflict and war. Since these international regulations will be the subject of another study, they will not be included in this article. In addition to all these, the regulation adopted by the Council of Europe in Strasbourg in 1998 is extremely important and should not be ignored: Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law.<sup>33</sup>

In this regulation prepared by the Council of Europe, criminal law and its principles are emphasized to protect the environment. Although it has been signed and ratified by a limited and small number of countries, it should be noted that the Convention for the Protection of the Environment through

---

<sup>31</sup> Additional Protocol No. I is entitled "Protection of Victims of International Armed Conflicts" and Additional Protocol No. II is entitled "Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts".

<sup>32</sup> The emergence of environmental awareness at the international stage can be traced to the 70s. The 1972 United Nations Conference on the Human Environment was a turning point. Later in 1972, the United Nations Environment Programme was established. It should be underlined that the right of human beings to live in an environment consisting primarily of a healthy and balanced combination of air, water and soil has begun to be included in international regulations, in the basic texts of the Council of Europe, OSCE and the European Union, and in conventions aiming to protect nature. See, İbrahim Ö. Kaboğlu & Nihan Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 4. Baskı, 2021, p. 30. See also; Metin Feyzioglu, Giriş, p. 8, Nükhet Yılmaz Turgut, *Çevreyi Koruyucu Uluslararası Sözleşmelerin Yadsınamaz Önemi*, TBB, *Uluslararası Çevre Koruma Sözleşmeleri* 2014, pp. 11-14.

<sup>33</sup> <https://rm.coe.int/168007f3f4#:~:text=the%20unlawful%20possession%2C%20taking%2C%20damaging,wild%20flora%20and%20fauna%20species.&text=by%20one%20of%20it%20nationals,fall%20under%20any%20territorial%20jurisdiction.> For an evaluation of this convention, see, Nazmiye Özenbaş, *Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyula Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları*, *International Conference on Eurasian Economies* 2013, pp. 924-931.

Criminal Law is one of the new generation of regulations. The military and armed interventions initiated by Russia turned into a war and the assessment of crimes against the environment and ecosystem in the region is carried out within the scope of this convention, as Ukraine has been a party to this convention since January 24, 2006. Russia left the Council of Europe in March 2022 after its military intervention<sup>34</sup>.

Nevertheless, it is important that Ukraine is still a member of the Council and that it takes initiatives in this regard and/or that the Council initiates inquiries, at the request of other members of the Council, into Russia's interventions in the region, including environmental crimes and even ecocide.

It should be expected that the European Court of Human Rights (ECtHR), as the Supreme Judicial Body of the Council of Europe, will be able to establish case law on applications that may be addressed to it, primarily in the context of transboundary conventions, in connection with Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) regulating the "Right to Life" and Article 8 regulating the "Protection of Private Life". In this context, whether or not Turkey is a party to the 1998 Convention is not important due to the transboundary nature of the provision in question. In fact, even though Turkey is not a party to the Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law, in an application to the ECtHR, in the *Öneryıldız* judgment<sup>35</sup>, the Convention was taken into account in the interpretation of Article 2 of the ECHR. In this context, it can be seen that the ECtHR, in terms of the protection of the environment and the ecosystem, uses transboundary regulations and the jurisprudence it has established as a basis for its judgments and even makes them the center of its legal debates<sup>36</sup>. In addition, we need to take into account the existence of transboundary judgments of the ECtHR due to this judgment and similar ones.

It should be expected that the 1998 Convention will enter the legal debate in a possible application to the ECtHR in connection with the armed conflict between Ukraine and Russia. Notwithstanding all this, there is one overriding legal issue that remains to be resolved: Russia is not a member of the Council of Europe as of March 2022 and does not recognize the jurisdiction of the ECtHR, in other words, it has left the jurisdiction of the ECtHR. Therefore,

---

<sup>34</sup> <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>

<sup>35</sup> *Öneryıldız v. Turkey*. Application No. 48939/99 (2004).

<sup>36</sup> In the *Taşkın* judgment, the ECtHR interpreted and evaluated the Aarhus Convention, to which Turkey is not a party, within the scope of Article 8 of the ECHR and established a case law. See, *Taşkın and Others v. Turkey*. Application No. 46117/99 (2004) par. 99.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

in the event of a possible application or applications, the ECtHR must first resolve this issue and then decide whether to focus on the merits of the application.

### 3.3 Rome Statute and Ecocide, Applicability of the Statute to Ecocide Crimes

It is clear that the existence of "environmental law" based regulations in the context of international law is of course important for the protection of the environment and the ecosystem, however, it is also obvious that international law regulations are extremely inadequate in the framework of armed conflicts and the existence of problems and dangers<sup>37</sup>. Nevertheless, current regulations cannot be ignored and the Rome Statute is also worth examining within the scope of this study.

The Rome Statute is known as the statute that constitutes the legal basis for the establishment of the International Criminal Court in 1998 in Rome at a United Nations-organized conference<sup>38</sup>. In other words, the Rome Statute is known as the Statute Establishing the International Criminal Court<sup>39</sup>. According to the Statute, the International Criminal Court is a supreme court<sup>40</sup>, complementary to national courts<sup>41</sup> (Art. 1 of the Statute<sup>42</sup>), because it has the task of prosecuting persons accused of the most serious crimes and offenses of an international character.

Article 8 of the Statute regulates the heading "War Crimes". Sub-heading iv of paragraph 2, sub-paragraph b of this Article states that "*Launching an attack with the knowledge that it will cause injury or death to civilians or damage to civilian objects, and will cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment, which is excessive compared to the concrete and direct military advantages anticipated*"<sup>43</sup>. Looking at the situation in Ukraine within the framework of this regulation, it can be

<sup>37</sup> Kutluhan Bozkurt, Uluslararası Hukuk ve AB Düzenlemeleri Kapsamında Çevre Kirliliği ve Çevrenin Korunması ve Türkiye'deki Durumun Değerlendirilmesi, in Nihan Yancı Özalp, 27. Dönem TBMM ve Çevre Çalıştay 1 Sonuç Raporu, 2021.

<sup>38</sup><https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uluslararasi-ceza-mahkemesi-ucm28022020101834>.

<sup>39</sup> *ibid.*

<sup>40</sup> *ibid.*

<sup>41</sup> *Complementarity principle*

<sup>42</sup><https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uluslararasi-ceza-mahkemesi-ucm28022020101834>.

<sup>43</sup> [http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf)

foreseen that the armed conflicts there will damage the environment both in the near and long term. Both the destruction and pollution caused by the weapons used, the attacks on the nuclear power plants<sup>44</sup> in the country, which put the nuclear power plants at risk and have the potential to initiate nuclear devastation, and the attacks on hydroelectric power plants<sup>45</sup> actually fit into the category of crimes defined in Article 8, paragraph 2, subparagraph b, heading iv of the Rome Statute.

Article 8 of the Statute does not define the crime of ecocide; sub-heading iv of paragraph 2, subparagraph b of paragraph 2 of the relevant article only states "Intentionally launching an attack in the knowledge". Therefore, it is insufficient to include and cover the environmental disasters that occur in armed conflicts, as well as the severe destruction of the ecosystem. Article 5 of the Statute<sup>46</sup>, under the heading "Crimes falling within the jurisdiction of the Court", includes the categories of "a) *The crime of genocide*; (b) *Crimes against humanity*; (c) *War crimes*; (d) *The crime of aggression*". Despite all these, there is no title or category of "ecocide crimes" within these crime types.<sup>47</sup>

Although there is no such heading, there is a possibility that the conflicts in Ukraine may be considered under the headings of "crimes against humanity" and "war crimes" for attacks and destruction that may cause ecocide. However, it is highly probable that an attempt to include attacks on the environment, nature and the ecosystem in these two crime types would lead to a differentiation of the purpose of the regulation of these crime types and the legal situation to be protected (the relevant clauses specifically include other types of crimes<sup>48</sup>), creating a difficult situation to be implemented with the adoption of such a regulation.

Another possibility that needs to be discussed at this point is whether a new *Jus Cogens*<sup>49</sup> rule should be created within the scope of *Jus Cogens* -

<sup>44</sup> Ukraine has 4 nuclear power plants and 15 reactors. The *Zaporizhzhia* nuclear power plant is known as the largest in Europe.

<sup>45</sup> The attack and destruction of the Kakhovka Dam has been a serious ecological disaster. For information and images of the scale of the disaster, see, Erwan Rivault, Mark Poynting & Rob England, Ukraine dam: Satellite images reveal Kakhovka canals drying up, BBC News, June 22, 2023. <https://www.bbc.com/news/world-europe-65963403> see also; <https://www.bbc.com/turkce/articles/c97959vqv21o>

<sup>46</sup> Article 5 of the Rome Statute

<sup>47</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

<sup>48</sup> The relevant paragraphs do not directly define "environmental and ecocide crimes".

<sup>49</sup> Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties refers to *Jus Cogens* regulations. Accordingly; "*A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

mandatory rules - that includes a definition of ecocide crimes<sup>50</sup> against the environment and ecosystem<sup>51</sup>. In terms of international law, the most practical and effective solution would be to create a new peremptory norm that includes armed conflicts and environmental disasters caused by war, destruction of the ecosystem, global warming and climate change, and which is linked to ecocide crimes.

#### IV-The Ukraine-Russia War on the Axis of Crime

There is no doubt that armed conflicts and wars have severe impacts, damages and consequences on humans, especially civilians. The real face of these catastrophes is shown by the intense loss of life, injuries, forced migration-asylum situations, material losses, damages and other tragedies. Of course, the negative effects of armed conflicts and wars are not limited to these. The effects of environmental disasters caused by the weapons used and the physical, chemical, biological, radioactive and ecological destruction, devastation and damage caused by destroyed military and civilian sites can last for many years<sup>52</sup>. Ukraine has once again demonstrated that armed conflicts and wars cause permanent and even catastrophic damage to nature, more precisely to the planet and its ecosystem. These acts against the

---

*peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."* UN Information Centre UNIC-Ankara UNIC Turkey, Vienna Convention on the Law of Treaties, 22 May 1969. See also: [https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin\\_view.php?editid1=438](https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438)

<sup>50</sup> It should be noted that in the context of international law and regulations, there is not yet a generally accepted definition of ecocide, its elements and a consensus on which acts are included in ecocide crimes. In fact, the concept of ecocide is still in its developmental stage and has been voiced by climate activists. It is possible that the definition and regulation of ecocide crimes will be accepted in the near or medium term. See, Kutluhan Bozkurt, Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi, İklim Krizi ve Hukuk, in: İklim Krizi ve Hukuk, Editörler: Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt, Duygu Kulaç, Legal Yayınevi, 2022, p. 179.

<sup>51</sup> Bozkurt, 2022, s. 179.

<sup>52</sup> At this point, it is useful to remember the ecological, chemical and biological disasters caused by the oil refineries and facilities destroyed and burned during the Gulf War in the 90s. On this issue, see, Abdullah Toukan, The Gulf War and The Environment: The need for a Treaty Prohibiting Ecological destruction as a Weapon of War, The Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 15, No. 2 (Summer 1991), pp. 95-100. <https://www.jstor.org/stable/45289999>

ecosystem should not be seen as a simple environmental crime or pollution. Because the destruction and damage are directly directed against nature, in other words, the planet and its ecosystem, the determination of the type of crime becomes important, and even the definition, determination and acceptance of ecocide crime becomes of great importance. In addition, it becomes crucial to mobilize international public opinion to give the planet a personality, to give the planet the right to self-determination<sup>53</sup>, and ultimately to draft a "Universal Declaration of Planetary Rights" for the protection of the planet.<sup>54</sup>

The regulations and existing violations that should be taken into account in the context of ecocide crimes in Ukraine and in the axis of international law can be listed as follows: (i) - violations related to "environmental crimes" under Articles 35 and 36 of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Convention, (ii) violations under the Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law and/or possible applications to the ECtHR in connection with violations of "the right to life, the right to privacy and other potentially relevant rights" under the ECtHR, (iii) violations related to Article 8 and partially Article 5 of the Rome Statute, and finally (iv) possible violations under the Jus Cogens Rules. It should be noted that even though these violations constitute environmental crimes within the scope of the relevant regulations, these acts against the planet and its ecosystem can actually be included in ecocide crimes, but they cannot turn into "ecocide crimes" due to the lack of international regulations.

In order to protect the planet and its ecosystem, it is clear that there is a need for an internationally, universally and generally accepted definition of "ecocide crimes" that includes not only armed conflicts and wars but also acts that lead to global warming and climate change.<sup>55</sup>

## V-Conclusion and Evaluation

<sup>53</sup> The Planetary Right to Self-Determination.

<sup>54</sup> Kutluhan Bozkurt ve Yasemin Özbilgin, İklim Mültecileri: İklim Adaleti Perspektifinde İklimle Bağlı Göç Hareketleri ve Uluslararası Hukuk Bağlamında Yeni Düzenleme Gerekliği, in: İklim Adaleti, Editörler: Şükrü Karatepe ve diğerleri İdealKent Yayınları, 2023 pp. 397- 418. See also; Kutluhan Bozkurt, Uluslararası Hukuk Bağlamında Ekokırım (*Ecocide*) Suçlara İlişkin Değerlendirmeler, Bildiri Özeti, 12-13 Nisan 2023 İklim Sempozyumu, Özyeğin Üniversitesi 2023.

<sup>55</sup> In fact, there is a need for a reshaping of international law and international criminal law and a restructuring that will embrace all the rights and nations of the world equally. For an important study on this issue, see, Gönenç Hacaloğlu, Küresel Adalet, Emperyalizm ve Uluslararası Yargılamalar, 2022.

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)*

The effects of armed conflicts and wars have different impacts in different areas and leave lasting consequences. To think that these events only cause loss of life and property, injuries and destruction of military zones and civilian settlements risks overlooking the different aspects of the problem. In a very different way, the damages caused by the weapons used, the heavy pollution, which is difficult to compensate, created by the destroyed areas are directed towards nature, more precisely the planet, affecting all living beings on the planet, including humans, animals and plants; moreover, this effect carries the risk of lasting for generations, which shows how wide the scope of destruction is.

The armed conflict launched by Russia's military intervention and attempted invasion of Ukraine has now turned into a war. This has resulted in the displacement of millions of people to third countries, the loss of many lives, the injury of thousands of people, the destruction of military sites and civilian settlements (houses, hospitals, schools) and hydroelectric power plants, which have been publicized internationally. It is clear that the parties should have responsibilities towards the environment, or more accurately nature/planet, as the destruction and damages resulting from conflicts are directed towards nature, the planet and its ecosystem. However, it is also seen that international law is extremely inadequate and ineffective in terms of regulations for the protection of nature and the planet in armed conflicts and states of war.

The destruction of nature and its ecosystem in the event of armed conflicts and war should either be regulated as a separate type of crime, "Crimes Against the Planet", or recognized as a special type of crime under the heading of ecocide crimes, as it is an important goal for the protection of the existence and balance of the planet. For this purpose, it seems to be a solution option to include the definition of "Crimes against the Planet" within the definition and scope of Jus Cogens, which regulates the mandatory rules of international law, and/or to add the definition of "Crimes against the Planet" as the last paragraph under Article 5 of the Rome Statute or to include it as a special paragraph under the title of "War Crimes" regulated in Article 8 of the same Statute.

The definition, determination and acceptance of the crime of ecocide is of great importance for the protection of the rights of the planet on which we all live and which gives us life. For this reason, it should be seen as an important recommendation and aim for the international community, states, international organizations and citizens of the planet to prepare a "Universal

Declaration of the Rights of the Planet" in order to give our planet a personality, to give the planet the right to self-determination and consequently to protect the planet.

To conclude, it should not be forgotten that our planet is much more in need of peace, solidarity, an international, new generation, equality-based and functional justice system and practice than it is in need of armed conflicts, wars, armaments, environmental and ecological disasters and forced migrations. The legal assurance of this justice for our planet should also be seen as a debt owed to the planet by the civilization that the planet created and gave life to.

## **SOURCE**

### **Books, Book Chapters and Articles**

Acer Y & Kaya İ, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2015

Bozkurt K ve Özbilgin Y, İklim Mültecileri: İklim Adaleti Perspektifinde İklimle Bağlı Göç Hareketleri ve Uluslararası Hukuk Bağlamında Yeni Düzenleme Gerekliği, in: İklim Adaleti, Editörler: Karatepe Ş ve diğerleri İdealKent Yayınları, 2023

Bozkurt K, Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku, Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayınevi 2022

Bozkurt K, Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku, Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayınevi, 2022

Bozkurt K, Rusya-Ukrayna Savaşında Diplomatik Çözüm Seçeneği ve Ukraynalı Sığınmacıların Durumunun AB Düzenlemeleri Kapsamında Değerlendirilmesi, Rusya-Ukrayna Savaşının Siyasi ve Hukuki Yansımaları, Konferans, Yakın Doğu Üniversitesi, <https://neu.edu.tr/yakin-dogu-universitesinde-duzenlenen-konferansta-rusya-ukrayna-savasinin-siyasi-ve-hukuki-yansimalari-ele-alindi/>

Bozkurt K, Uluslararası Hukuk Açısından Ukrayna-Rusya Savaşına İlişkin Notlar, Hukuk Bülteni, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2022 <https://okan.edu.tr/index.php/hukuk/sayfa/8120/uluslararasi-hukuk-acisindan-ukrayna-rusya-savasina-iliskin-notlar/>

Bozkurt K, Uluslararası Hukuk Bağlamında Ekokırım (Ecocide) Suçlara İlişkin Değerlendirmeler, Bildiri Özeti, 12-13 Nisan 2023 İklim Sempozyumu, Özyeğin Üniversitesi 2023



Bozkurt K, Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi, İklim Krizi ve Hukuk, in: İklim Krizi ve Hukuk, Editörler: Üzeltürk ST, Bozkurt K, Kulaç D, Legal Yayınevi, 2022

Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Düzenlemeleri Kapsamında Çevre Kirliliği ve Çevrenin Korunması ve Türkiye'deki Durumun Değerlendirilmesi, in Özalp NY, 27. Dönem TBMM ve Çevre Çalıştay Sonuç Raporu, 2021

Dixon M, A Textbook on International Law, 2007

Feyzioğlu M, Giriş, Uluslararası Çevre Koruma Sözleşmeleri TBB, 2014  
Hacaloğlu G, Küresel Adalet, Emperyalizm ve Uluslararası Yargılamalar, Terskule, 2022

Kaboğlu İÖ & Özalp NY, Çevre Hakkı, 4. Baskı, 2021

Kaczorowska A, Public International Law, Fourth Edition 2010

Murphy SD, Principles of International Law, 2012

Özenbaş N, Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları, International Conference on Eurasian Economies 2013

Pazarıcı H, Uluslararası Hukuk, 14. Bası, 2015

Rivault E, Poynting M & England R, Ukraine dam: Satellite images reveal Kakhovka canals drying up, BBC News, June 22, 2023  
<https://www.bbc.com/news/world-europe-65963403>

Sur M, Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, 2018

Toukan A, The Gulf War and The Environment: The need for a Treaty Prohibiting Ecological destruction as a Weapon of War, The Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 15, No. 2 (Summer 1991)

Turgut NY, Çevreyi Koruyucu Uluslararası Sözleşmelerin Yadsınamaz Önemi, TBB, Uluslararası Çevre Koruma Sözleşmeleri, 2014

Tütüncü AN, İnsancıl Hukuka Giriş, 2019

Tütüncü AN, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, In: Uluslararası Hukuk I, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2013

Yamaner MB ve diğerleri, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42

### **International Treaties, Agreements, Conventions, Protocols and Additional Protocols, Statutes**

1864 Geneva Convention I, "Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Field Armies"

Geneva Conventions of 1906, 1929 and 1949

La Haye Convention No. II

The 1894 Geneva Convention as Applied to Irregular Warfare

La Haye Convention No. III

Convention I "Improving the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Forces in the Field"

Convention No. II "Improvement of the Condition of Members of the Armed Forces Injured, Sick and Shipwrecked at Sea"

Convention No. III "Treatment of Prisoners of War"

Convention IV on the Protection of Civilian Persons in Time of War"

Additional Protocol No. I, "Protection of Victims of International Armed Conflicts"

Additional Protocol No. II, "Protection of Victims of Armed Conflicts of a Non-International Character"

1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

Vienna Convention on the Law of Treaties 22 May 1969, UN Information Center UNICAnkara UNIC Turkey

United Nations Conference on the Human Environment

Aarhus Convention

Convention for the Protection of the Environment through Criminal Law

Rome Statute

### **ECtHR Decisions**

Öneryıldız v. Turkey. Application No. 48939/99 (2004)  
Taşkın and Others v. Turkey. Application No. 46117/99 (2004) par.99

### **Links**

[https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en)

<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220227IPR24205/invasion-of-ukraine-meps-call-for-tougher-response-to-russia>

<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine/>

<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gc-1864>

<https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907>

<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925>

<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gc-pow-1929>

[https://www.redcross.org/content/dam/redcross/atg/PDF\\_s/International\\_Services/International\\_Humanitarian\\_Law/IHL\\_SummaryGenevaConv.pdf](https://www.redcross.org/content/dam/redcross/atg/PDF_s/International_Services/International_Humanitarian_Law/IHL_SummaryGenevaConv.pdf)

<https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/09/K-Silahli-Catisma-KV-Kor.-1954-Lahey-2.-Protokol-1999.pdf>

<https://rm.coe.int/168007f3f4#:~:text=the%20unlawful%20possession%20C%20taking%20damaging,wild%20flora%20and%20fauna%20species.&text=by%20one%20of%20its%20nationals,fall%20under%20any%20territorial%20jurisdiction>

<https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uluslararasi-ceza-mahkemesi-ucm28022020101834>

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uluslararasi-ceza-mahkemesi-ucm28022020101834>

[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf)

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

[https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin\\_view.php?editid1=438](https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438)

<https://www.jstor.org/stable/45289999>

<https://asia.nikkei.com/Politics/Ukraine-war/Satellite-images-reveal-how-Russia-s-Ukraine-invasion-unfolded>

<https://www.timesofisrael.com/satellite-photos-provide-birds-eye-view-of-unfolding-ukraine-crisis/>

<https://www.bbc.com/news/world-europe-65963403>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56746772>

<https://www.bbc.com/turkce/articles/c97959vqv21o>

<https://www.timesofisrael.com/satellite-photos-provide-birds-eye-view-of-unfolding-ukraine-crisis/>

<https://t24.com.tr/haber/rusya-nin-ukrayna-yi-iscali-neden-simdi,1017501>