

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
32

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2024

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Dekan | Dean

Prof. Dr. Berrin AKBULUT

Baş Editör | Editor-in-Chief

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

hsumer@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi M. Emre ULUSOY

meulusoy@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ

enes.eksi@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN
emsalguldogan@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK
gfeyzakendir@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT
ntozyilmaz@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Murat AÇIL
muratacil@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Yasemin TÜRK MENOĞLUI
yaseminavci@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep Sena ÖZAYDIN
zeynep.acar@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammet Emin ORDU
muhammet.ordu@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

<p>Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk Faculty of Law, Yeditepe University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Mustafa Akkaya Faculty of Law, East. Mediterranean University Famagusta, North Cyprus</p>
<p>Prof. Dr. Mustafa Aksu Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay Faculty of Law, Antalya Bilim University Antalya, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Şahin Akıncı Faculty of Law, İstanbul Comm. University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Mehmet Altunkaya Faculty of Law, Akdeniz University Antalya, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Ömer Anayurt Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Zekeriyya Arı Faculty of Law, Bursa Uludağ University Bursa, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Ramazan Arslan Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Murat Atalı Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Yavuz Arar Faculty of Law, İbn Haldun University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Leyla Ateş Faculty of Law, Altınbaş University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Mustafa Avcı Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Murat Aydoğdu Faculty of Law, Dokuz Eylül University İzmir, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Rıza Ayhan Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University Tekirdağ, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Faruk Bilir Personal Data Protection Authority Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Halil Cin Faculty of Law, Ufuk University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Hayrettin Çağlar Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Serkan Çınarlı Faculty of Law, İzmir Bakırçay University İzmir, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Abdullah Dinçkol Faculty of Law, Doğuş University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Vahit Doğan Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Ayhan Döner Faculty of Law, Erzincan B.Y. University Erzincan, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Fikret Eren Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Ali Erten Faculty of Law, Bilkent University Ankara Turkey</p>

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Uluşan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenc
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhur Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Haziran 2024

Publication Date: June 2024

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler, iThenticate intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.

Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program iThenticate. Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayımlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünüme alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

Research Articles

- ANA HATLARIYLA İSLAM HUKUKUNDA BAĞY SUÇU** **505-534**
The Offence Of Rebelling In Islamic Law With The Main Lines
Burak TAŞ
- İŞE GİRİŞ AŞAMASINDA VE İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI
SÜRESİNDE İŞÇİYE ALKOL VE UYUŞTURUCU
TESTLERİNİN UYGULANMASININ KOŞULLARI VE
SINIRLARI** **535-578**
Conditions and Limits of Alcohol and Drug Tests Administered
to Employees at The Time of Recruitment and During The
Course of Employment
Merve KUTLU MUTLUER
- MEVSİMLİK GÖÇEBE TARIM İŞÇİLERİNİN SOSYAL
GÜVENLİK HAKLARININ GÜRCİSTAN ÖRNEĞİ ÜZERİNE
İNCELENMESİ** **579-597**
Examination on Instance of Georgia of Social Security Rights of
Seasonal Nomadic Agricultural Workers
Nihan Gizem KANTARCI ATEŞ
- KİRA BEDELİ ARTIŞINA İLİŞKİN HUKUKİ
SINIRLAMALAR KARŞISINDA KİRA BEDELİNİN
UYARLANMASI DAVASININ DEĞERLENDİRİLMESİ** **599-632**
An Analysis on Adjustment Case for Increasing The Rent in The
Presence of Legal Limitations on Rent Increase
Özlem SARI FİDAN
- PROTAGORAS'IN AVUKAT PARADOKSUNUN
MANTIKSAL VE HUKUKSAL ANALİZİ** **633-648**
Logical and Legal Analysis of Protagoras' Lawyer Paradox
Burçin AYDOĞDU

**DO ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS
AND EMPLOYMENT DISPUTES FIT LIKE A HAND AND
GLOVE? ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN
INDIVIDUAL EMPLOYMENT DISPUTES** 649-678

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve İş Uyuşmazlıkları
Uygun Bir Tercih Midir? Bireysel İş Anlaşmazlıklarında AUÇY
Mustafa NALBANT

**A CONCEPTUAL APPROACH ON DISASTER RESPONSE
MANAGEMENT AND THE LEGALITY OF DISASTER
RESPONSE: A CASE STUDY ON FEBRUARY 6
KAHRAMANMARAS EARTHQUAKES IN TURKIYE AND
PRESIDENTIAL DECREES UNDER THE STATE OF
EMERGENCY** 679-716

Afet Müdahale Yönetimi ve Müdahalenin Yasallığı Üzerine
Kavramsal Bir Yaklaşım: Türkiye’de 6 Şubat Kahramanmaraş
Depremleri Örneği ve Olağanüstü Hal Kapsamındaki
Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
Hasan ÖĞREDİK / Tekin AVANER / Mehmet Metin UZUN

**FARKLI NEVİDEN FİKRİ İÇTİMAIN HÜKÜM FIKRASINA
YANSIMASI** 717-739

Reflection of Ideal Concurrence of Different Types of Offences
on Operative Part of the Judgment
Ahmet KILIÇ

**UZLAŞTIRMACININ UYMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU
ETİK İLKELER** 741-778

Ethical Principles That The Conciliator Is Obligated To Comply
With
Uğur AŞKIN / Korhan YEĞRİM

**SULH CEZA HÂKİMLİKLERİ TARAFINDAN 5651 SAYILI
KANUNUN 9. MADDESİ KAPSAMINDA VERİLEN
KARARLARA ANAYASA MAHKEMESİNİN HAK İHLALI
YAKLAŞIMI** 779-809

The Constitutional Court's Approach To Decisions Taken By
Criminal Judgeships Of Peace Under Article 9 Of The Law No.
5651 As A Violation Of Rights

Aytaç ÇETİNKAYA

**KİRA UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI
ARABULUCULUK VE TİCARİ DAVA ŞARTI
ARABULUCULUK ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**

811-860

The Litigation Condition On Mediation In Rental Disputes and
The Effects of The Commercial Litigation Condition On
Mediation

Aytekin ÇELİK / Hakkı Mert DOĞU

**GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI
UYGULAMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ VE BAZI
ÖNERİLER**

861-900

A Critical Look At The Practice Of Security Investigation And
Archive Research And Some Suggestions

Muhammed Ali AYDIN

**MADENİ PARALARIN CEZA VE KABAHAHLER HUKUKU
ARACILIĞIYLA KORUNMASI**

901-947

Protection of Coins through Criminal and
Misdemeanor Law

Şerif Ahmet ÖZTÜRK

**ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN ATANMA
USULÜNÜN DENGE VE DENETLEME MEKANİZMASI
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

949-975

Evaluation of the Appointment Procedure of Senior Public
Administrators in Terms of the Checks and Balances Mechanism

Cansu Büşra ÖLMEZ

**NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA
YETKİSİ VERİLMESİ VE KONUNUN TAŞINMAZ
MÜLKİYETİNİN DEVRİNDE BORÇLANDIRICI İŞLEM-
TASARRUF İŞLEMİNİN AYRILIĞI (AYRILIK SİSTEMİ)
NOKTASINDA İNCELENMESİ**

977-1004

Giving The Authority to Notary Public To Make A Real Estate Sale Contract And Examining The Subject In Terms Of The Separation Of The Debtor Transaction And Disposal Transaction (Separation System) In The Transfer Of The Property Ownership
Asena SİNANOĞLU

TAŞINMAZ REHNİ KAPSAMINDAKİ EKLENTİNİN HACZİ (İİK m. 83/c) 1005-1060

The Seizure Of Attachment Under Pledge Of Immovable Property (Article 83/c of the EBL)
Meltem ERCAN ÖZLER

THE NATURE AND PROBLEMS OF THE ROYAL PREROGATIVE IN THE ENGLISH LEGAL SYSTEM 1061-1095

İngiliz Hukuk Sisteminde Kraliyet İmtiyazının Mahiyeti ve Problemleri
Nurullah GÖRGEN

HAKEMLERİN TERAZİSİ & DEVLETİN KILICI: DEVLET YARGISININ ULUSLARARASI TİCARETİN ÖZNELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN MİKROEKONOMİK YAPISI 1097-1156

Scales Of The Arbitrators& Sword Of The State: Microeconomic Structure Of State Judiciary's Impact On The Subjects Of International Arbitration
Yasin Uğur DİNÇ

NFT'LEŞTİRİLMİŞ ESERLERDEN KAYNAKLANAN MALİ HAK İHLALLERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ Mİ GÖREVLİDİR? 1157-1200

Als The Civil Court For Intellectual And Industrial Property Rights Competent In Disputes Related To Financial Rights Infringements Arising From NFTized Works?
Seyhan SELÇUK

**DİSTENMEYEN GEBELİK VE İSTENMEYEN YAŞAM
DAVALARINDA HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA
İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME: 22.03.2022 TARİHLİ
YARGITAY HGK KARAR İNCELEMESİ**

1201-1230

Fan Evaluation On The Legal Responsibility Of The Physician In
Wrongful Birth And Wrongful Life Claims: 22.03.2022 Dated
Decision Review Of The Court Of Cassation
Cannur ERCAN

Araştırma Makaleleri
Research Articles

ANA HATLARIYLA İSLAM HUKUKUNDA BAĞY SUÇU

Arş. Gör. Dr. Burak TAŞ*

Öz

Bağy suçu, İslam hukuk tarihinde önemli bir yer işgal etmiştir. Kamu otoritesine karşı çıkılarak işlenen siyasi nitelikteki bu suç, aynı zamanda Allah'a da karşı çıkma olarak yorumlanmaktadır. Bu yönüyle koruduğu hukuki değer önem kazanmaktadır. Bağy suçu mezhepler arasında oldukça tartışmalı hususlar içermektedir. En temel tartışma bu suçun had ve tazir suçu niteliğinde olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu tartışmaya bağlı olarak diğer önemli tartışma ise bu suçun uzlaşmaya elverişli olup olmadığıdır. Çalışmada suçun unsurları tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsuru temelinde incelenmiştir. Suçun özel görünüş biçimleri; teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından değerlendirilmiştir. Nihayetinde suçun yaptırım ve muhakemesi de irdelendikten sonra sonuca ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

• İslam Hukuku • Had • Tazir • Tipiklik • Uzlaşma

* Araştırma Görevlisi Doktor, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Bolu, Türkiye | Res. Ass., Bolu Abant İzzet Baysal University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Bolu, Türkiye.

✉ tas.burak@outlook.com • ORCID 0000-0001-6481-1580.

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TAŞ, Burak: "Ana Hatlarıyla İslam Hukukunda Bağy Suçu" SÜHFD, C.32, S.2, 2024, s. 505- 534.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE OFFENCE OF REBELLING IN ISLAMIC LAW WITH THE MAIN LINES

Abstract

The offence of rebelling has occupied an important place in the history of Islamic law. This political offence, committed in opposition to public authority, is also interpreted as opposing Allah. In this respect, the legal value protected by this offence gains importance. The offence of rebelling includes highly controversial issues among the sects. The most basic debate focuses on whether the nature of this offence is a hadd or a tazir crime. Depending on this debate, another important one is whether this offence is suitable for reconciliation. In the study, the elements of the offence were examined on the basis of the material and moral elements of typicality and the element of illegality. Special appearance forms of offence was evaluated in terms of attempt, participation and joinder of offences. Finally, after examining the sanction and procedure of the offence, it was reached the conclusion.

Key Words

• Islamic Law • Hadd • Tazir • Typicality • Reconciliation

GİRİŞ

Bağy suçu genel olarak kamu otoritesine karşı gelme şeklinde işlenen isyan suçudur. İslam hukuk tarihinde birçok kez işlendiği vakalar bulunmaktadır. Bu vakalar üzerinden mezhepler arasında suçun niteliği başta olmak üzere birçok husus tartışmalıdır. Suçun had veya tazir niteliği tartışmasına bağlı olarak suçun sulhe (uzlaşma) açık olup olmadığı tartışmanın odağını oluşturmaktadır.

İslam hukukunda bağy suçuyla ilgili literatürde birçok eser bulunmaktadır.¹ Bu suç çeşitli yönleriyle incelemeye tabi tutulmuştur. Bu

¹ Bu konuda birçok yüksek lisans ve doktora tezi bulunmaktadır (ARSLANTÜRK, İsmail Sami, Kur'an'da Bağy Kavramı, Kırklareli Üniversitesi Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırklareli, 2023; OKKA, Sevinç, İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Devlete İsyân (Bağy) Suçu, Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1997; ABDULLAHOĞLU, Kamil, İslam Hukuku Açısından Devlete İsyân (Bağy) Suçu ve Hukuki Sonuçları, Marmara Üniversitesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995; KARADAĞ, Meryem, İslam Hukukundaki Değişim Olgusunun Fürû-i Fıkha Yansıması: Devlete İsyân Suçu (Bağy) Örneği, Uludağ Üniversitesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2022; YILDIRIM DEMİR, Saliha, İslam Osmanlı Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Ufuk Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı

çalışmada ise bağy suçu, literatürdeki zenginlik karşısında ana hatlarıyla incelemeye tabi tutulmuştur. Çalışmaya özgünlük katması noktasında suçun hukuki niteliği ve buna bağlı olarak bu suçta uzlaşma kurumunun görünümü hususlarına odaklanılmıştır. Nitekim literatürde bu suçta uzlaşma hususunda yeterli değerlendirme yapılmamıştır.

Çalışmada öncelikle bağy suçu ile ilgili genel bilgiler verilip suçun niteliği tartışılacaktır. Ardından suçun unsurları tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile suçun hukuka uygunluk unsuru üzerinden incelenecektir. Suçun özel görünüş biçimleri bakımından suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı ortaya koyulacaktır. Suçun iştirak halinde işlenip işlenemeyeceği ve iştirak özelinde suçun niteliği irdelenecektir. Suçun içtima halinde ne şekilde işlenebileceğine de değinilecektir. Son olarak suçun yaptırımı ve muhakemesi incelenecektir. Suçun sulhe (uzlaşma) uygun olup olmadığı tartışmasına bu başlıkta yer verilecektir.

I. BAĞY SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Bağy kelimesi etimolojik anlamda talep etme, arama, isteme, zulmetme, haktan ayrılma, haddi aşma kavramlarını ifade etmektedir.² Fıkıh terminolojisinde ise bu terim; kamu otoritesine karşı harekete geçme, Allah'a karşı gelme, dinin sınırlarını aşma (*ta'addi*) şeklinde

Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021; **KAMAR**, Mehmet Murat, Türk ve İslâm Hâkimiyyet Telâkkileri Çerçevesinde İsyân Suçu, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019 ...). Bunlar dışında birçok İslam Hukuku ders kitaplarında, monografilerde konu incelenmiştir (**AKALIN**, İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Fecr Yayınları, Ankara, 2016; **ÇOLAK**, Abdullah, İslam Ceza Hukuku, Hikmetevi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2021; **YAPRAK**, Emin, İslam Hukukunda İsyân, Ravza Yayınları, İstanbul, 2010; **KAHVECİ**, Nuri, Ana Hatlarıyla İslâm Ceza Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2019; **AVCI**, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018 ...).

² **KAHVECİ**, s. 111; **ÇOLAK**, s. 127; **YAPRAK**, Emin, İslam Hukukunda İsyân, Ravza Yayınları, İstanbul, 2010, s. 81; **ABOU EL FADL**, Kkhaled, Rebellion and Violence in Islamic Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 32; **MOLLA HUSREV** (Çev. Arif **ERKAN**), Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkıhı Cilt II, Eser Neşriyat, İstanbul, 1979, s. 50.

yorumlanmaktadır.³ Bağy kelimesinin, Kur'ân'da iki ana kullanımı söz konusudur.⁴ İlk kullanımda “Allah'ın rızasını kazanmak için farzları yapıp nafıleye yönelmek” anlamına gelir. İkincide “Allah'ın koyduğu sınırlara riayet etmeyip batıla yönelmek veya şüphelilere uzanmak” anlamına gelir.⁵ Bu yönüyle bu kavram Kur'an'da; ezâ ve zulüm gibi yapılması haram olan bir şeyi isteme ve fesada sevk olma, adaletten yüz çevirme ve taşkınlık yapma anlamlarında kullanılmaktadır.⁶ Allah'a karşı gelme, dinî hükümleri umursamama, isyan; haddi aşmak suretiyle haksızlık ve düşmanlık vasıtasıyla haram yemeye, azgınlığa ve öldürmeye sevk eden tasvip edilmeyen davranışların bütünü olarak tarif edilmiştir.⁷

Bağy suçu siyasi nitelikte bir suçtur.⁸ Bağy genel olarak meşru devlet başkanına karşı gayrimeşru ayaklanma olarak tanımlanabilir.⁹ Kendi kanaat ve içtihatlarına göre (te'vil) yanlış yolda olan meşru devlet başkanına başkaldıran, onu devirmek, düzeni değiştirmek veya ayrı bir devlet

³ **el-MAVSİLİ**, Abdullah b. Mahmûd (Çev. Celâl Yeniçeri), el-İhtiyâr, Metni el-Muh-tar li'l-Fetva, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 543; **ABOU EL FADL**, s. 48; **KAH-VECİ**, s. 111;

İran İslam Ceza Kanunu'nda da isyan, bir dereceye kadar Allah'a karşı savaşmanın bir parçası olarak ele alınmaktadır. İran İslam Ceza Kanunu'nun dokuzuncu bölümü 297. maddesinde bağy suçu ve cezası şu şekilde düzenlenmiştir: “İran İslam Cumhuriyeti devletine karşı silahlı isyan yürüten her grup harbi sayılır ve silah kullandıkları takdirde, üyeleri ölüm cezasına çarptırılır.” **HELLER**, Kevin Jon/**DUBBER**, Markus D.(Ed.), **TELLENBACH**, Silvia, “Iran”, The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford Law Books, Stanford University Press, California, 2011, s. 321, 344.

⁴ **ARSLANTÜRK**, s. 6.

⁵ **ISFAHÂNÎ**, Ebü'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal Râğıb (thk. Safvan DÂVÛDÎ): *Müfredâtu Elfâzi'l-Kur'ân*, Beyrut: Dârü's-Şâmiye, 1418/1997, s. 136. Aktaran **ARSLANTÜRK**, s. 6.

⁶ **MAVSİLİ**, s. 543.

⁷ Bkz. Şûrâ 42/42, Kasas 28/76, Hucurat 49/9. **KAPLAN**, Abdurrahim, “Kur'anda Bağy Kavramının Anlam Alanı”, Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 1795.

⁸ **EBÛ ZEHRA**, Muhammed (Çev. İbrahim TÜFEKÇİ), İslam Hukukunda Suç ve Ceza Cilt I (el-Cerime ve'l-Ukûbe fî Fıkh'l-İslâm), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 152.

⁹ **AVCI**, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 433; Benzer yönde **UDEH**, Cilt 4, s. 192; Mezhepler bazında çeşitli tanımlar için bkz. **YAPRAK**, s. 82-83; **ARTUK**, M.Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M.Emin/**ÇAKIR**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 113.

kurma isteği ile ayaklanan, başlarında lideri bulunan insan ve silah gücüne sahip Müslümanlara ise bâğî (çoğulu buğat) denir.¹⁰

Siyasi saikli bağy fiilinin varlığı için bu fiilin örgütlü, kitlesel nitelikte, hükümete karşı ve hükümeti devirmeye yönelik olması gerekmektedir.¹¹ Hucurat suresinin 9. ayetinin mealinde “Eğer müminlerden iki grup birbiriyile kavğaya tutuşursa hemen aralarını düzeltin; ikisinden biri diğerinin hakkına tecavüz etmiş olursa -Allah’ın emrine geri dönünceye kadar- haksızlığa sapanlara karşı savaşın; dönerlerse aralarındaki anlaşmazlığı adaletle çözüme bağlayın ve herkese hakkını verin. Allah hakkı yerine getirenleri sever.” buyrulmuştur. Bu ayetin içeriğinde zulüm olmaksızın sebepsiz yere devlete başkaldıran gruplarla devlet arasındaki savaş kastedilmemektedir.¹² Toplum içerisinde birbiri ile savaşan iki grubun arasındaki anlaşmazlıklar ve kavgalardan, bunlara karşı güçlü çoğunluğun, halkın geri kalanlarının adalet ve hakkaniyet ölçüleri içinde tarafları anlaşdırma, aralarını bulma ve gerekirse güce başvurarak haksızlığı önleme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Devlete baş kaldıran, hukuka boyun eğmeyen âsi gruplar (buğat), halkın geri kalanına karşı da haksız yere savaş ilân etmiş oldukları ve zarar verdikleri için fakihlerce bu âyetin kapsamında değerlendirilmişlerdir.¹³

Ayette söz edilen savaş, bağy suçu işlenip sona erdikten sonra uygulanacak olan ceza değildir.¹⁴ Saldırımı bertaraf etmek maksadıyla buğat itaat edinceye kadar savaşılır; nitekim itaat eden topluluğa karşı

¹⁰ **HALEBİ**, İbrahim (Çev. Ahmed Davudoğlu), Mülteka-l-Ebhûr (Mevkûfât)- Mevkufat Mülteka Tercümesi, Sağlam Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 42; **ERTURHAN**, Sabri, İslam Ceza Hukuku, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 277; İsyân edenler ise klasik fıkıh literatüründe “ehl-i bağy” olarak adlandırılır. İsyancıların işgal ettikleri ve hakimiyetleri altına aldıkları bölge ise “darü'lbağy” olarak adlandırılmaktadır. **KAHVECİ**, s. 113; **ÇOLAK**, s. 127; **KARAMAN**, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku Cilt I, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991, s. 133; **AYDIN**, Melikşah, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti’nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 2023, s. 39.

¹¹ **ERTURHAN**, s. 277.

¹² **AVCI**, Genel Hükümler, s. 433.

¹³ **KARAMAN**, Hayreddin/**ÇAĞRICI**, Mustafa/**DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi/**GÜMÜŞ**, Sadrettin, Kur’an Yolu Tefsiri Cilt:5, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2020, s. 92-93.

¹⁴ **AVCI**, Genel Hükümler, s. 433.

savaşmak haramdır.¹⁵ Burada savaşın ya da mücadelenin amacı Müslüman isyancıları korkutarak içinde buldukları sapkın yoldan onları kurtarmaktır.¹⁶

II. BAĞY SUÇUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

İslam hukuku literatüründe bağy suçunun had ya da tazir niteliği tartışmalıdır.¹⁷ İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bağy had suçları arasında değerlendirilmektedir.¹⁸ Ancak had suçlarında geçerli olan bazı ilkelerin bağy suçunda mevcut olmadığı savunulmaktadır. Had suçlarında verilecek naslarla ceza belirlenmiştir ve bu cezaların uygulanması zorunludur. Had suçları tadadi değil tahdididir.¹⁹ Bağy suçunda ise ne tür bir cezanın uygulanacağı hususu belli değildir.²⁰ Hapis cezası uygulanması gerektiğini savunan müellifler olduğu gibi ölüm cezası uygulanması gerektiğini savunan müellifler de bulunmaktadır.²¹

Klasik kaynaklarda bağy suçunun niteliğinin had olarak değerlendirildiğiyle ilgili genel bir kabul olsa da aksi yönde görüşler de mevcuttur. Klasik kaynaklara bakıldığında ilk dönem İslâm hukukçularının bağy suçunun hukuki niteliği konusunda açık bir kanaat sergilemedikleri

¹⁵ AVCI, Genel Hükümler, s. 433.

¹⁶ ÇOLAK, s. 128.

¹⁷ TORAMAN, Cüneyt, “Ceza Hukukunda “Kanunsuz Suç Olmaz, Kanunsuz Ceza Olmaz” Prensibinin, Müslüman Toplumlarda İzdüşümü”, Uluslararası Hukukçular Birliği İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 2 içinde, Lale Yayıncılık, Antalya, 2017, s. 121; YURTSEVEN, Yılmaz, “Suç Ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukuku’nda Örfî Hukukun Yeri Ve Osmanlı Uygulaması”, Uluslararası Hukukçular Birliği İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 2 içinde, Lale Yayıncılık, Antalya, 2017, s. 343.

¹⁸ UDEH, Cilt 3, s. 479; ZAKARIYAH, Luqman, Legal Maxims in Islamic Criminal Law: Theory and Applications, Brill’s Arab and Islamic laws series ; 9, Leiden/Boston, 2015, s. 111; WASTI, Tahir, The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan Volume 2, Brill Publishing, Leiden/Boston, 2009, s. 33 dn. 87.

¹⁹ AVCI, Genel, s. 40-41.

²⁰ Bağy suçunda uygulanacak cezanın tam anlamıyla belirli olmaması nedeniyle ta’zir olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 194.

²¹ AYDIN, Melikşah, “İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 2, Yıl 2015, s. 50

görülmektedir.²² Bağy suçunu had gerektiren suçlar kapsamında değerlendirilen bir görüşte²³ bu suçun Kur'an ve hadislerde bir yaptırımının doğrudan öngörülmemiş olması, Hanefi fıkhında bağyilerin zorunlu olmadıkça öldürülmemeleri, kaçanların kovalanmamaları ve mallarının ganimet olarak kabul edilemeyeceği gerekliliği yaklaşımı bağy suçunun had kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklinde görünse bile kamu otoritesine isyan ederek ihlal edilen korunan hukuki değer in doğrudan toplum düzenine yönelik olması gibi sebeplerle bağy in had kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁴

Bir görüşe göre, bazı fakihlerin bağy suçunu "Kitâbu'l-hudûd", "Kitâbü's-siyer" veya "Kitâbü'l- cihâd" bölümlerinde veya müstakil başlıklar altında ele almalarının, bu suçun hukuki niteliğinin had olduğu hususunda bir birliğin bulunmadığını ifade etmektedir.²⁵ Hz. Peygamber'in (s.a.v.) bağy hususunda "... Ümmet im toplu halde bulunurlarken kim onların aleyhine isyan ederse hepiniz kılıçla, isyan eden nerede, kim olursa olsun boynunu uçurunuz."²⁶ ve "Kim eli ile karşısındaki imama biat eder ve kalbî bağlılıklarını bildirirse Allah'ın emrine itaat ettiği sürece ona itaat etsin. Bir başkası ortaya çıkar, devlet başkanına muhalefet eder, reislik iddiasında bulunursa onun boynunu uçurunuz."²⁷ hadisleri karşısında ayette doğrudan ölüm cezasından önce sulhun emredilmiş olması, asilerle savaşa devlet başkanının karar verecek olması gibi gerekçelerle bu suçun ta'zir niteliği taşıdığı ifade edilmiştir.²⁸

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Devlet aleyhine işlenen suçlarda devletin ve sistemli toplum yapısının bekasının korunması amaçlanmaktadır.²⁹ Bu kapsamda toplumun

²² AKALIN, İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Fecr Yayınları, Ankara, 2016, s. 158.

²³ KAHVECİ, s. 111; MALEKIAN, Farhad, Principles of Islamic Criminal Law, Brill, Leiden – Boston, 2011, s. 345; ÇOLAK, s. 129.

²⁴ Bkz. KAHVECİ, s. 111-112.

²⁵ MAŞALI, Münteha, Mukayeseli Hukukta Ölüm Cezası ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Emin Yayınları, Bursa 2011, s. 197.

²⁶ Müslim, İmâre 59.

²⁷ Müslim, İmâre 46.

²⁸ MAŞALI, s. 201.

²⁹ AKALIN, s. 167; TORAMAN, s. 139.

birlik ve beraberliğine yönelik kamu düzeninin korunması, bu düzeni korumada etkin konuma sahip olan kamu otoritesinin sağlam ve sürekli biçimde var olmasına bağlıdır. Devletin siyasi, idari ve adli yapısına karşı işlenen suçlarda devletin egemenlik (hakimiyet) hakkı da korunmaktadır.³⁰ Somutlaştırmak gerekirse Osmanlı Devleti'nde padişahı devirip yerine şehzadeyi geçirmeye teşebbüs edilmesi padişahın tahtına ve egemenlik hakkına tecavüz olarak kabul edilmiş; meşru bir ülü'l-emrin aleyhine bir suç teşkil ettiği için bağı olarak değerlendirilmiştir.³¹

Genel olarak İslam Hukuku literatüründe bu suçta korunan hukuki değer devlet başkanının hayatta olması, egemenlik ve yönetme hakkı-yetkisi olarak değerlendirilmektedir.³² İslam hukukunda devlet başkanının şahıs varlığı toplumun birliği ve bekası için oldukça önemlidir. Günümüz suç teorisinde devlete karşı suçlarda devlet başkanının yaşama hakkı, egemenliği ve yönetme hakkı-yetkisi korunan hukuki değer olarak değerlendirilemez. Nitekim korunan hukuki değer mağdurun şahsından ayrı bir nitelik arz eder. Günümüz hukuk teorisi ile okunduğunda bu suçta devlete karşı bir suç olarak korunan hukuki değer, siyasi iktidar düzeninin (merkezi hükümetin) devamlılığının korunmasına ilişkin toplumun menfaati olarak ifade edilebilir.

IV. BAĞY SUÇUNUN UNSURLARI

Bağy suçunda tipikliği Hucurât suresinin 9. ayeti oluşturmaktadır.³³ İlave olarak Nisâ suresinin 59. ayetinin ilk cümlesi de tipikliğin diğer bir yönünü ihtiva etmektedir: *“Ey iman edenler! Allah'a itaat edin, peygambere itaat edin, sizden olan ülü'l-emre de.”*³⁴

³⁰ AKALIN, s. 167.

³¹ AVCI, Özel Hükümler, s. 486;

Erken modern dönem Osmanlı isyanlarının yorumlanmasındaki sorunlar ve Osmanlı isyanları üzerine literatürün analizi ve değerlendirilmesi hakkında bkz. GÜNDOĞDU, Birol, “Problems in the Interpretations of Ottoman Rebellions in the Early Modern Period: An Analysis and Evaluation of Existing Literature on the Ottoman Rebellions between 1550 and 1821”, The Journal of Ottoman Studies, LI (2018), s. 459-485,

³² AKALIN, s. 167-168.

³³ KARAMAN, Cilt I, s. 133.

³⁴ “Ülü'l-emr, “emir sahipleri, emir verme selâhiyeti taşıyan ve bu konumda olanlar yani âmirler” demektir. Bunlardan maksadın kimler olduğu konusunda “devlet başkanı, onun veya

Hadis kaynaklarında da bağy fiili yasaklanmıştır. Hz. Peygamber (s.a.v.) “Başa geçen idareciye bey’at edip ona gönülden bağlanan kimse gücü yettiğince ona bağlı kalsın. Sonradan bir başkası çıkıp da o idareciye karşı muhalefet ederse, derhal onun da boynunu vurun.”³⁵, “Bize silah çeken bizden değildir”³⁶ buyurarak bu suçun unsurlarından söz etmektedir.³⁷

A. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURU

1. Fiil

Bağy suçunda fiil unsuru, elverişli hareketlerle devlet otoritesine karşı isyanda bulunulmasıdır. Bu isyanın silahlı ve zor kullanmaya yönelik³⁸ organize bir çarpışmayı ihtiva etmesi gereklidir.³⁹ Nihayetinde fiilin cebir ve şiddet içermesi, organize nitelik arz etmesi, silahlı bir niteliğe sahip olması, organize durumunun süreklilik arz etmesi ve fiilen ayaklanma gerekmektedir.⁴⁰ Bağy suçu ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenebilir. Hanefilere göre bağy fiilinin unsurları bu şekilde olmakla birlikte Malikilere göre cebir (kuvvet kullanma) şartı bağy suçunda zorunlu

toplumun yetki verdiği yöneticiler ve kumandanlardır”, “âlimlerdir” gibi çeşitli anlayışlar ve rivayetler vardır. “...sizden olan emir sahiplerine itaat edin” buyurulduğuna göre bunların belli kişiler ve makam sahipleri olduğu, iman ve dünya görüşü itibarıyla müslüman olanlardan seçildiği veya tayin edildiği, meşrû buyruklarında bunlara itaat etmenin Allah emri ve dinin gereği olduğu anlaşılmaktadır. İslâm dini, gerek kamu hayatında ve gerek özel hayatta bazı sıfat ve özellikleri taşıyan kimselere itaat edilmesini, onların buyruklarının yerine getirilmesini ve söylediklerine uyulmasını istemiştir. Başkan, aile reisi, komutan, ana-baba, bilmeyenlere göre bilenler (âlimler) bunlardandır ve ülü’l-emr kavramına bunların tamamı dahil bulunmaktadır. Kamu hayatındaki ülü’l-emr ya halife gibi ümmetin seçmesi ve biatıyla belirlenir –onun tayin ettiği yüksek dereceli memurlar da dolaylı olarak ümmetin belirlediği ülü’l-emr olurlar– ya da bir makamın tayinine gerek bulunmadan, taşıdıkları üstün vasıflarla bu yetkiyi elde ederler. Bu üstün vasıflar “İslâm, ilim ve adalet”tir. Bilmeyenler, müslüman, âdil (kâmil ahlâk sahibi) ve âlim olan kimselere danışmak (fetva sormak) ve aldıkları cevabı uygulamak mecburiyetindedirler. Yöneticiler de –bilmedikleri konuları– bilenlere sormakla yükümlüdürler. Bu açıdan bakıldığında birinci derecede ülü’l-emr “âlimlerdir”, ikinci derecede ülü’l-emr ise “yöneticiler, âmirler ve kumanda mevkiinde olanlar”dır.” Kur’an Yolu Tefsiri Cilt: 2, s. 86-89.

³⁵ Müslim İmâre, 59-60.

³⁶ Müslim Fiten, 16.

³⁷ AVCI, Özel Hükümler, s. 485.

³⁸ UDEH, Cilt 4, s. 192; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 113.

³⁹ ÇOLAK, s. 127; ERTURHAN, s. 281; AVCI, Özel Hükümler, s. 482.

⁴⁰ AVCI, Özel Hükümler, s. 482; AYDIN, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti’nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü”, s. 39.

bir unsur değildir.⁴¹ Hanbelilere göre devlet başkanına karşı güç sahibi bir grubun ayaklanması yeterli olmakta; fiil örgütlü olmasa bile toplu suç tanımına uymaktadır.⁴²

Bağy suçunda cebir unsurunun belirli bir yoğunlukta olması gerekir. Hükümete pasif itaatsizlik hukuksal anlamda isyan olarak değerlendirilemez. Benzer şekilde, hükümete veya devlete yönelik her yoğun muhalefete isyan denilemez, çünkü isyan terimi yüksek yoğunlukta cebri ve hükümete karşı gelmeyi ifade eder.⁴³ Belirli bir düzeyde kalan ve devlet otoritesinin devamlılığına tehlike oluşturmaya elverişli fiillerde bulunmayan kişiler kolayca etkisiz hale getirilebilecek nitelikteyse bağy suçu değil hırabe suçu gündeme gelir.⁴⁴

Bağy suçu örgütlü suçlardandır. Buna örnek olarak Hz. Ali (r.a) tarafından, kendisine suikast düzenleyen ve tek başına hareket eden İbn Mülcem'in fiilinin bağy değil adi suç olarak değerlendirilmesi gösterilir.⁴⁵ Maliki ve Haricilere göre bağy suçunun bir kişi tarafından dahi işlenebileceği görüşü, bağy suçunun doğası gereği silahlı ve örgütlü bir yapıda olması ve organize biçimde işlenebilmesi sebebiyle eleştirilmektedir.⁴⁶

Hanefi mezhebinde bağy suçunun icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebileceği savunulmuştur. Örneğin devlete karşı bir yükümlülük olan vergi verme borcunu yerine getirmeme toplu bir nitelikte ise ihmali davranışla işlenen bağy suçu oluşacaktır.⁴⁷ Ancak bu fiilde silah kullanılması gerektiği görüşü kabul edildiğinde silah kullanmadan ihmali davranışla bağy suçunun işlenmesi mümkün gözükmemektedir. Vergi vermeme şeklindeki ihmali davranışa yönelik devlet

⁴¹ AYDIN, "İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası", s. 60.

⁴² AVCI, Özel Hükümler, s. 483.

⁴³ TABASSUM, Sadia, "Combatants, not Bandits: The Status of Rebels in Islamic Law", International Review of the Red Cross, Cilt 93, Sayı 881, 2011, s. 3.

⁴⁴ EBÛ ZEHRÂ, Muhammed (Çev. İbrahim TÜFEKÇİ), İslam Hukukunda Suç ve Ceza Cilt II (el-Cerime ve'l-Ukûbe fî Fıkhı'l-İslâm), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 60; ERTURHAN, s. 281.

⁴⁵ ERTURHAN, s. 281.

⁴⁶ ERTURHAN, s. 281.

⁴⁷ BEHNESİ, el-Mevsua, I/257'den aktaran: AVCI, Özel Hükümler, s. 486.

güçlerinin cebrine karşı silahlı ve örgütlü girişim söz konusu olursa bağy suçundan söz edilebilecektir.

2. Fail

Bağy suçunun faili Müslümanlardır.⁴⁸ Bu suç çok failli suçlardandır ve tek kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir.⁴⁹ Bu yönüyle zorunlu iştirak ilişkisi söz konusudur. İslâm topraklarında bulunup İslâm hukuku altında yaşamayı kabul eden gayr-i müslimlerin (zimmet ehli) kendi başlarına bu tür bir fiili işlemeye kalkışması bağy suçu kapsamında değil düşmanla harp kapsamında değerlendirilir.⁵⁰

Bu suçun faillerinin silahlı ve belirli bir güce sahip olması gerekir.⁵¹ Faillerin belli bir güce sahip olması gerekliliği hususunda Malikiler farklı bir yoruma dayalı olarak buğatın suçun oluşumu için belirli bir güce sahip olmaları gerekmediği kanaatindedir.⁵² Ancak suçun işlenmiş sayılabilmesi için hareketin elverişli olması gerekir. Faillerin belirli bir gücü haiz olmaması, elverişsizlik sonucunu doğurmaktadır. Nitekim bu suç yoğun bir cebirle işlenmektedir.

Bağy suçunun kaç kişiyle işlenebileceği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.⁵³ Hanefiler en az dört veya on kişinin bir arada bulunması ile bağy suçunun işlenebileceğini savunur.⁵⁴ Malikiler faillerin belirli bir sayıda olmalarının suçun oluşumu için önem arz etmediği görüşündedirler.⁵⁵ Bu görüşe göre bir kişi bile bağy suçu ile korunan hukuki

⁴⁸ SAID ES-SAGIRCI, Esad Muhammed, Delilleriyle Hanefi Fıkhı, I, s. 821;

Ayette yer alan "Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle çarpışarlarsa..." ifadesi de bu suçun ancak Müslümanlar tarafından işlenebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. AKALIN, s. 189.

⁴⁹ AKALIN, s. 189.

⁵⁰ AKALIN, s. 189.

⁵¹ ERTURHAN, s. 281; KAHVECİ, s. 122;

Güç sahibi olma İslam Hukuku literatüründe "menea" sahibi olma şeklinde ifade edilmektedir. AVCI, Özel Hükümler, s. 487.

⁵² KAHVECİ, s. 122-123.

⁵³ En az on ve bir kavle göre dört kişiden müteşekkil bir kuvvete malik olan kimseye "sahibi menea" denir. BİLMEN, III, s. 344.

⁵⁴ AYDIN, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü", s. 42.

⁵⁵ KAHVECİ, s. 122-123.

değeri ihlal etmeye elverişli hareketlerde bulunuyorsa; toplumun düzenini, huzur ve güvenliğini ihlal ediyorsa bu suçun faili olarak değerlendirilebilecektir. Ancak organize bir yapılanma bağı suçunun doğası kapsamında zorunluluk arz etmektedir. Güç sahibi bir topluluk isyanı ile kamu düzeni bozulabilmektedir. Bu noktada bu suçun örgütlü yapısı, birden fazla kişinin varlığını gerektirmektedir.

3. Mağdur

Bağy suçunda mağdur doğrudan devlet olarak değerlendirilmektedir.⁵⁶ Bağy suçunda her ne kadar gerçek mağdur devlet başkanı olarak kabul edilse de onun siyasî bakımdan sahip olduğu vasıf, mağdur olarak devletin kabul edilmesine sebebiyet vermiştir.⁵⁷ Günümüzde de devlet başkanına yönelik bu fiiller suç kapsamına alınmış hatta bazı mala karşı suçlar ve hakaret suçları dahi, suçtan zarar gören (geniş anlamda mağdur) olması hususu göz önünde bulundurularak, millete ve devlete karşı işlenen suçlar içinde değerlendirilmiştir.⁵⁸

Mağdur araştırması yapılırken suçun maddi konusu üzerinden değerlendirme yapmak gerekmektedir.⁵⁹ Suçun maddi konusunun ait olduğu kişi veya kişiler suçun mağduru olarak değerlendirilmelidir.⁶⁰ Bağy suçunun maddi konusunu teşkil eden hükümetin ait olduğu kişi devlet değil devleti oluşturan insan topluluğunun tamamıdır. Bu nedenle bu suçun mağduru isyan edilen toplumda yaşayan herkes olarak değerlendirilmelidir. Ancak İslâm toplumlarında devlet başkanının rolü göz önüne alındığında devlet başkanının ve devletin mağdur olarak değerlendirilmesi kabul edilebilir niteliktedir.

4. Konu

Bağy suçunun maddi konusu kamu otoritesi, hükümet veya iktidar olarak değerlendirilebilir. İsyân edilen kamu otoritesinin de meşru olması

⁵⁶ AKALIN, s. 163.

⁵⁷ AKALIN, s. 163.

⁵⁸ AKALIN, s. 168.

⁵⁹ Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2021, s. 116.

⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 116.

gerekmektedir.⁶¹ Fakihlerin çoğunluğuna göre meşru olmayan kamu otoritesine isyan etmek bağy kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁶² Adil olmayan devlet yöneticisine isyan fiilinin bağy kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ise tartışmalıdır.⁶³ Adil olmak ile meşru olmak farklı kavramlardır. Meşru olmayan devlet başkanı adil değildir ancak adil olmayan devlet başkanı meşru olabilir. Örneğin devleti İslam hukuku ile yönetmeyen bir devlet başkanı meşru kabul edilmeyecektir. Yasama, yürütme ve yargı erkinin kullanımında İslâm hukuku hükümlerine dayanan ancak kendi işlerinde adil davranmayan bir devlet başkanı için de adil değildir denilebilir. Her iki durumun hükmü farklıdır. Hanbeliler devlet yönetimine itaati zorunlu kabul ettikleri için kendilerince te'vil ederek adalet sahibi olmasa bile devlet yönetimine karşı çıkma fiilini bağy olarak değerlendirmektedir.⁶⁴ Nitekim devlet başkanı meşru ancak adil değildir. Devlet başkanının fillerinin toplumun mahvına yol açacak nitelikte olması, görevini ağır biçimde savsaklaması, halkın can ve mal güvenliğini tehlikeye sokması gibi olağanüstü sebepler söz konusuysa adil olmamanın meşruiyeti de ortadan kaldıracağını savunmak makul olacaktır. Ebu Hanife'ye göre ise fasık, adil olmayan devlet başkanının bu sıfatı batıldır ve devlet başkanına karşı isyan gereklidir.⁶⁵

Adil-meşru devlet başkanı ayırımına örnek vermek gerekirse Kabakçı Mustafa isyanında (1807) III. Selim'in adaletten saptığı te'vili söz konusudur.⁶⁶ Ancak III. Selim Osmanlı Devleti'nin monarşi geleneğine uygun olarak tahta çıkmıştır ve hanedan soyundandır. Kayıtlarda III. Selim'in adaletten saptığına yönelik veri de söz konusu değildir.⁶⁷ Burada III. Selim'in adil olmadığını düşünen buğatın meşru bir devlet başkanına karşı çıkışlarından söz edilecektir.

⁶¹ EBÛ ZEHRA, s. 153.

⁶² KAHVECİ, s. 122.

⁶³ EBÛ ZEHRA, s. 152.

⁶⁴ KAHVECİ, s. 113.

⁶⁵ OKKA, s. 31.

⁶⁶ YURTSEVEN, Yılmaz, "Devlete İsyân Suçu Bağlamında "Kabakçı Mustafa" İsyânı ya da "Statuko ve Yeni"nin Çatışması", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 494.

⁶⁷ YURTSEVEN, s. 494.

Adaletten ayrılıp fasık olan, üstlendiği görevi yerine getirmekten aciz olan devlet başkanının meşruiyetini kaybettiği hususunda görüşler bulunmaktadır.⁶⁸ Adil olmayan, halka zulmeden devlet otoritesine karşı mücadele, bu otoritenin gayrimeşru hale geldiği kabulü ile bağı (isyan) niteliğinde değerlendirilemeyecektir.⁶⁹ Bunun temelinde adil olmayan devlet başkanının meşruiyetini yitirdiği düşüncesi yatmaktadır.⁷⁰ Bu halde devlet başkanı fasık olarak kabul edildiğinde dahi toplumda kargaşanın çıkıp kamu düzeninin bozulmaması adına silahlı karşı çıkışın gerekli olup olmadığı noktasında görüş farklılıkları mevcuttur.⁷¹ Burada devlet başkanına karşı çıkmamanın zorunluluk arz edip etmediği hususunda genel bir kanıya ulaşılmamıştır.

Konusuna göre bu suç soyut tehlike suçu olarak değerlendirilebilir. Burada devlet otoritesinin devamlılığı noktasında kamu düzeninin bozulması tehlikesinin varlığı, bağı suçunun cezalandırılması için yeterlidir. Tehlikenin somut olarak meydana gelmesine gerek yoktur.

5. Netice

Bağı suçunda cebir ile siyasi otoriteye karşı hareket edilmesi, tipikliğin gerçekleşmesi için yeterlidir. Burada bir neticenin doğması veya bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır. Ancak yine de zararın doğması mümkündür. Bu kapsamda bağı suçu sırf hareket (neticesiz) bir suç olarak değerlendirilebilir. Bu suç içinde neticeli suçların örneğin öldürme ve yaralama fiillerinin işlenmesi mümkündür. Ancak bu husus bağı suçunun neticeli bir suç olduğu anlamına gelmeyecektir.

Cebir ile siyasi otoriteye karşı hareket edilmesi sonucu bir neticenin doğması aranmadığından nedensellik bağı araştırmasına gerek

⁶⁸ **AYDIN**, Türk Hukuk Tarihi, s. 193; **AYDIN**, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağı) Suçunun Görünümü", s. 39-40.

⁶⁹ **BİLMEN**, Cilt 3, s. 411; **ÖZEL**, Ahmet, "Darülbağı", Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 8, İstanbul 1993, s. 514.

⁷⁰ **ZORLU**, S. Emre/**ZORLU**, Süheyla, "Rebellion Crime in the Islamic and Ottoman Law", 16 September 2015, 19th International Academic Conference, Florence, ISES, 2015, s. 920.

⁷¹ **AYDIN**, Türk Hukuk Tarihi, s. 193.

bulunmamaktadır.⁷² Sırf hareket suçu olan bağy suçunun elverişli hareketlerle işlenmesi cezalandırma için yeterli olacaktır.

B. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Kalkışmada bulunan bağlilerin isyan etmeye yönelik kastları bulunmalıdır.⁷³ Bu suçun oluşumunda kast zorunlu bir unsur olmakla birlikte ayrıca siyasi saik de aranmaktadır.⁷⁴ İsyân kastıyla kamu düzenine ve meşru hükümete yönelik saik bulunmalıdır.⁷⁵ Bu suçta aranan siyasî saik ayaklanan topluluğun devlet yönetim makamına kendilerinin, mevcut yönetimden daha layık olduklarına ilişkindir.⁷⁶

Siyasi saik burada te'vil kapsamında değerlendirilmektedir. Te'vil ise *"naslarda yer alan bir lafza taşıdığı muhtemel mânalardan birini tercih edip yükleme anlamında terim"* olarak tanımlanabilir.⁷⁷ Te'vil söz konusu olmadığında bağy suçundan değil hırsabe suçundan söz edilebilecektir. Hükümete karşı başkaldırı amacının bulunmayışı hırsabe suçunu bağyden ayırmaktadır.⁷⁸ Bu kapsamda siyasi saik iki suçu birbirinden ayırmaya yarayan temel kriterdir.⁷⁹ Te'vil, bağy suçunun manevi unsuru noktasında işlev görmektedir.

Hanefilere göre buğatın kendilerine göre haklı bir gerekçeye yani te'vile dayanmaları gerekmektedir. Bu gerekçenin objektif olması şart olmayıp sübjektif yani isyancıların te'vil inancıyla hareket etmeleri yeterlidir.⁸⁰ Hz. Ali (r.a)'nin Hz. Osman(r.a)'nın katilini bildiği halde ve onları

⁷² Nedensellik ilişkisi ve illiyet bağı, neticeli suçlar için geçerlidir. Sırf hareket suçlarında, suçun kanuni tanımında somut bir netice aranmadığından hareketin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olacaktır. Böylece nedensellik ilişkisini nasıl kurulacağı sorunu yaşanmamaktadır. ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 251.

⁷³ UDEH, Cilt 4, s. 192; YAPRAK, s. 115.

⁷⁴ AYDIN, "İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası", s. 55; KAHVECİ, s. 122.

⁷⁵ AYDIN, "İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası", s. 59.

⁷⁶ ERTURHAN, s. 284.

⁷⁷ YAVUZ, Yusuf Şevki, "Te'vil", Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 41, s. 27

⁷⁸ BARDAKOĞLU, s. 463.

⁷⁹ AVCI, Özel Hükümler, s. 491.

⁸⁰ Devlet başkanının meşru olmayan yöntemle başa geldiği yahut görevinin gereklerini yerine getirmediyi iddia etmek örnek olarak gösterilebilir (ERTURHAN, s. 284).

cezalandırarak güce sahip olmasına rağmen onlara kısas uygulamadığına yönelik iddialarına karşı Hz. Ali (r.a)'ye isyan edilmesi bu kapsamda te'vil örnek gösterilmektedir.⁸¹ Nitekim böyle bir te'vil ile isyan edilmesi, devlet başkanının otoritesinin dışında sayılmış olur. Ancak İslam hukukunda kısas ve diğer cezalar ancak devlet başkanının otoritesinin bulunduğu durumlarda söz konusudur.⁸²

Fakihlerin çoğunluğunu oluşturan Cumhura göre bilmeme cezayı düşürmez. Çünkü bağı müslümandır ve İslam'ın ahkamı ile bağlıdır ve isyancılar adil İslam devlet başkanının otoritesi altında sayılır. Bağının isyan etmesi ile İslam devlet başkanının otoritesi sakıt olmuş, ortadan kalkmış olmaz. Kuşkusuz mallara ve canlara verilen zarar hangi halde olursa olsun caiz değildir. Böylesi zararlar Kur'an, sünnet ve fakihlerin icması ile yasak olarak değerlendirilen hususlardandır. Bağy cürümü ile sabit ve mevcut olan düzene isyan etmek şer'an sabit olan kuralı ortadan kaldırmaz.⁸³

Buğatın isyan kastıyla devlet başkanını devirme veya siyasi düzeni değiştirme amacı bulunmamaktaysa suç oluşmuş sayılamaz. İsyân kastı olmaksızın sadece devlet kurumları veya yöneticileri protesto edilmekteyse bağy suçundan söz edilemeyecektir.⁸⁴ Devlet yönetiminde söz sahibi olan üst düzey yöneticilerin azlini istemek ve azli için faaliyette bulunmak, isyan kastı taşımadığı müddetçe bağy sayılmayacaktır.

Tev'il bağy suçununun manevi unsurunda saiki teşkil etmektedir. Günümüz suç teorisinde saik içeren suçların olası kastla işlenmesi kabul

İslam'ın temel değerleri ve dayanaklarının kişilerin veya grupların kendi anlayışlarına dayalı olarak te'vil edilemeyeceği, bu işlemin objektif kriterler doğrultusunda yapılacağı görüşü hakkında bkz. **KAHVECİ**, s. 112.

⁸¹ **BARDAKOĞLU**, Ali, "Eşkiya", Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 11, s. 463; **ERTURHAN**, s. 284; Benzer yönde bkz. **TABASSUM**, s. 18.

⁸² **EBÛ ZEHRA**, Cilt II, s. 204.

⁸³ **EBÛ ZEHRA**, Cilt II, s. 204.

⁸⁴ **AYDIN**, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü", s. 42.

edilmemektedir.⁸⁵ Bağy suçunun taksirle işlenmesi de kabul edilmemektedir.⁸⁶

C. HUKUKA AYKIRILIK

Hukuka aykırılık unsuru Araf Suresinin 33. ayetinde açıkça düzenlenmiştir: “Allah... haksız yere bağyi haram kıldı.”⁸⁷ Bu ayetten de yönetimin haksızlığı ve zulmü sebebiyle ortaya çıkan isyan dolayısıyla kişilerin cezalandırılmayacağı anlaşılmaktadır. Mecelle’nin 58. maddesinde de genel bir ilke olarak ortaya konan “*Raiyye yani tebe’a üzerine tasarruf maslahata menuttur*” ifadesiyle tebaa ile ilgili kamu tasarruflarının kamu yararına dayanmasına bağlı olduğu belirtilmiştir.

İslam hukukunun genel mantığında her bireyin, idarecileri ve devlet politikalarını eleştirme hakkının dokunulmaz olması esastır. Devlet yöneticileri kendilerini eleştiren tebaayı bile devlete isyan ettiği noktasında değerlendirmemişlerdir. Bu kapsamda meşru usullerle devletin başına gelmiş olan devlet başkanının yine meşru usullerle yönetimden uzaklaşmasını istemek de eleştiri hakkının sınırları içindedir.⁸⁸ Nitekim usulüne uygun şekilde gerçekleştirilen siyasi muhalefet, “*emr-i bilmaruf nehy-i anilmünker*” niteliğinde hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.⁸⁹

Devletin yürütme erkinde görev alan yöneticilerin istifa etmesi veya görevden el çektirilmesine yönelik protesto eylemleri de eleştiri hakkı sınırları içinde kaldığı ölçüde fiil hukuka uygun olacaktır.⁹⁰ Cebir (zor kuvvet) unsuru bulunmayan siyasi faaliyetler meşru muhalefet sınırları içerisinde değerlendirilmektedir.⁹¹

Resmi ideolojiden farklı düşünceye sahip olup da grup teşkil etmeyenler veya toplandıkları halde başkaldırmayanlar ifade özgürlüğünden

⁸⁵ GÖKPINAR, Mahmut, “Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, 2008, s. 223.

⁸⁶ AYDIN, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti’nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü”, s. 42.

⁸⁷ AVCI, Özel Hükümler, s. 492.

⁸⁸ AYDIN, “İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası”, s. 50.

⁸⁹ ERTURHAN, s. 278; AVCI, Özel Hükümler, s. 492.

⁹⁰ KAHVECİ, s. 123-124; AYDIN, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti’nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü”, s. 42.

⁹¹ AVCI, Özel Hükümler, s. 480.

yaralanırlar. Salt karşıt düşüncede olanların her bir araya gelmesinde suç kastı aramak makul olmayacaktır. Nitekim suç işleme kastıyla bir araya gelmekle karşıt düşüncüyü beyan etmek için bir araya gelmek farklıdır.⁹² Tasarrufların maslahata menû olduğu bir toplumda bireylerin hür irade beyanında bulunabilmelerine ve ifade özgürlüğüne engel olunmaması esastır.⁹³ Önemli olan kamu düzenin sağlanması ile hak ve özgürlükler arası dengenin korunması gereğidir. Bu denge bozulduğunda bunun yeniden tesisi için inisiyatif alınabilecektir. İslam hukuku uygulamasında, kamu düzenini bozucu nitelikte olan ve toplum için zararlı nitelikteki görüşlerin propagandası yapıldığında önce uyarı yoluna gidilir. İleri gidenlere tazir uygulanır, isyan edenler ise savaşa yola getirilir gerekirse öldürülür.⁹⁴

V. BAĞY SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

İmam Malik, İmam Şafi, Ahmet b. Hanbel ve Zahirilere göre buğat, fiilen güç kullanmaya başlayınca icra hareketleri başlamış sayılır ve failer bu suça teşebbüs etmiş kabul edilir.⁹⁵ Bu aşamadan önceki hareketler hazırlık hareketi olarak değerlendirildiği için cezalandırılmazlar.

İslam hukukunda bazı görüşler; isyan hazırlığında olan kişilerin yakalandıklarında fiillerinden vazgeçinceye kadar hapsedilmeleri gerektiğini savunmaktadır.⁹⁶ Sadece aralarında isyan edeceklerini söylemeleri ancak isyan hareketine kalkışmamış olmaları halinde bu kişilere karşı tarrazda bulunulamayacaktır.⁹⁷ Nitekim icra aşamasına geçemeyen isyana yönelik davranışlar hazırlık hareketi kapsamında değerlendirilecektir. Tasavvur aşamasında kalan davranışların takibi yapılamayacaktır.⁹⁸

⁹² AKALIN, s. 195.

⁹³ AKALIN, s. 195.

⁹⁴ AVCI, Özel Hükümler, s. 486.

⁹⁵ AVCI, Özel Hükümler, s. 495; AVCI, Genel Hükümler, s. 189.

⁹⁶ BİLMEN, Cilt 3, s. 413; AYDIN, "İslam Hukukuna Göre İsyana (Bağy) Suçu ve Cezası", s. 55.

⁹⁷ BİLMEN, Cilt 3, s. 413.

⁹⁸ BİLMEN, Cilt 3, s. 413.

Hanefi görüşünde fiili bir güç kullanılmasa dahi siyasi saikle örgüt kurma yoluyla icra hareketlerinin başladığı kabul edilmelidir. İcra hareketlerine başlanması ancak tamamlanamaması halinde fiil teşebbüs halinde kalmış olacaktır. Nitekim isyan hazırlığında olan kişilerin silah kullanılarak eyleme kalkışmalarını beklemek zarar doğma ihtimalini artıracaktır.⁹⁹

Bağy suçuna teşebbüste İslam Ceza Hukukunun genel hükümlerine göre tazir cezası verilecektir. Osmanlı Devleti'nde bu suça teşebbüs edenlere tazir nevinden kalebentlik cezası verildiği uygulamalara rastlanmaktadır.¹⁰⁰

B. İştirak

Bağy suçu çok failli, toplu suçlardandır. Örgütlü suçlar da çok failli suçlar kategorisinde yer almaktadır.¹⁰¹ Bağy suçu birden fazla kişinin aynı amacın gerçekleşmesini hedeflediği yakınsama suçudur.¹⁰²

Müşterek faillik dışında bağy suçuna azmettirme ve yardım etme şeklinde katılma mümkündür. Yardım kapsamında değerlendirme yapıldığında isyancılara silah satmanın caiz olmadığı; çünkü bunun buğatin fiillerine yardım etmek niteliğinde olduğu örnek olarak gösterilmektedir.¹⁰³ Silah satmak veya vermek isyan fiilinin icrasını kolaylaştırmaya yönelik maddi yardım kapsamında değerlendirilir.¹⁰⁴ Yardım fiilinin haksızlık içeriği bizzat fail olmaktan daha az olduğu için yardım eden şerikin faille aynı cezayla cezalandırılmaları ceza adaletine uygun olmayacaktır.

Hanefî ve Malikilere göre tev'île dayalı olarak isyancılardan zimmîlerden yardım istemesi ve bunların da yardım etmesi halinde Müslüman bağîler gibi cezalandırılırlar.¹⁰⁵ İsyancılardan yardım talebine

⁹⁹ UDEH, IV, s. 212; AVCI, Özel Hükümler, s. 496.

¹⁰⁰ AVCI, Özel Hükümler, s. 496.

¹⁰¹ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/DENİZ, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 932.

¹⁰² Detaylı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2022, 592 vd.

¹⁰³ ERTURHAN, s. 280.

¹⁰⁴ BİLMEN, Cilt 3, s. 413.

¹⁰⁵ ERTURHAN, s. 280.

karşılık veren harbîler de savaş hükümlerine tabi olacaktır.¹⁰⁶ Burada zimmîlerin maddi veya manevi yardımı müşterek faillik olarak değerlendirilmektedir.

C. İçtima

Bağy suçunda içtima konusunda önem arz eden husus görünüşte içtima ve fikri içtimadır. Görünüşte içtima ilişkisinde aynı fiile karşı uygulanabilecek birden fazla suç tipi söz konusu olup, fiile bu suç tiplerinden yalnızca birisi tek başına uygulanabilir niteliktedir. Suçlar görünüşte çoktur, gerçekte fiile yalnızca bir suç tipi uygulanır. Fikri içtimada fiil tek olup birden fazla farklı suçun işlenmesi söz konusudur. Hukuki anlamda teklik arz eden fiil, farklı suçların fiil unsurunu teşkil etmektedir.

Hanefi, Hanbeli ve Malikilerin içinde bulunduğu İslam hukukçularının çoğunluğuna göre isyancıların yol kesme ve hırsızlık gibi suçları had kapsamı dışında tutulmuştur.¹⁰⁷ Bu görüş, buğatın isyan fiili sırasında işledikleri ve isyan hareketinin örgütsel yapısı ile organik olarak bağlı olan yol kesme ve hırsızlık gibi suçların geçitli suç ilişkisi kapsamında bağy içinde eridiği sonucuna ulaşılmaya sebep olmaktadır.

Görünüşte içtima ilkesi kapsamında bu suçlardan ayrıca cezaya hükmolunması gerekmeyecektir.¹⁰⁸ Bir normun, diğer bir normun koruduğu hukuki değeri ortak bir biçimde koruması ve tek bir ceza öngörmesi yoluyla diğer normları tüketmesi (kapsamına alması) halinde tüketen-tüketilen norm ilişkisinden söz edilecektir. Bağy fiilini işleme kapsamında yol kesme, hırsızlık, kamu malına zarar verme, halkın mallarına el koyma, vergi alma, devletin güvenlik güçlerine karşı koyma fiilleri geçitli suç yahut tüketen tüketilen norm kapsamında ayrı bir cezaya muhatap kılınamayacaktır.¹⁰⁹ Bağy suçunun unsuru içerisinde değerlendirilmeyen fiiller gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaktır. Bağy suçunun

¹⁰⁶ UDEH, IV, s. 234.

¹⁰⁷ KAHVECİ, s. 119.

¹⁰⁸ ÜNAL, Mustafa, "İslâm Hukuku ve Mer'î Hukukta Mukayeseli Olarak Görünüşte İçtima-Fikri İçtima Ayrımı", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2023, s. 621.

¹⁰⁹ AVCI, Mustafa, "İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, Cilt 1, Sayı 1, 2021, s. 25.

organize yapısı altında işlenen yol kesme ve hırsızlık suçları doğal anlamda birden fazla olsa da hukuki anlamda teklik arz etmektedirler. Ancak tüketen-tüketilen norm kapsamında kaldıkları için birden fazla farklı suç teşkil etmezler. Bu nedenle de fiil teklik arz etse de aralarında fikri içtima ilişkisi kurulamayacaktır.

Bağy suçu kapsamında insan öldürme fiillerinden faillere isyan yaştıktan sonra ayrıca ceza verilmez. İnsan öldürme suçu bakımından da gerçek içtima uygulanmayacaktır. Bunun için pişmanlık gösterip devlete itaat göstermeleri gerekir.¹¹⁰ Nitekim buğatın, mağdurun kanı helaldir te'viline dayalı olarak öldürme fiili işlemleri kisasın uygulanmasına engel teşkil eden bir şüphe olarak değerlendirilir.¹¹¹ İçtima ilkeleri açısından değerlendirildiğinde esasında insan öldürme fiilleri ile bağy teklik arz etmediği ve aralarında korunan hukuki değer yönünden ortaklık bulunmadığı için fikri içtima ve görünüşte içtimadan söz etmek mümkün olmayacak, gerçek içtima kuralı uygulanacaktır. Ancak burada ayrı bir te'vile dayalı fiil ve kısısta şüphe gibi sebeplerle gerçek içtima uygulanmamaktadır.

İlave olarak bağy fiilinin icra hareketi başlamadan veya isyan bastırıldıktan sonra işlenen yol kesme, hırsızlık, yaralama ve öldürme gibi fiillerin bağy ile içtima etmeyeceğini belirtmek gerekmektedir.¹¹² Bu suçlar adi suç sayılacak ve gerçek içtima uygulanacaktır. Aynı şekilde bağy suçunun organize yapısı içinde işlenmeyen zina gibi adi suçlar da gerçek içtima kapsamında cezalandırılacaktır.¹¹³

VI. YAPTIRIM ve MUHAKEME

Bağy suçunun yaptırımını ile ilgili olarak sabit bir ceza öngörülmediği görülmektedir.¹¹⁴ İsyancıların mücadelesinin şiddetine göre ceza değişmekle birlikte isyancılar devlet yönetimine karşı koyacak ve kamu

¹¹⁰ AVCI, Özel Hükümler, s. 499.

¹¹¹ AKŞİT, Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Kültür Basın Yayın Birliği, İstanbul, 1976, s. 102.

¹¹² AVCI, "İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima", s. 24.

¹¹³ AVCI, "İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima", s. 25.

¹¹⁴ HAMİDULLAH, Muhammed (Çev. KUŞÇU, Kemal), İslâm'da Devlet İdaresi, Nur Yayınları, Ankara, 1979, s. 282; KUSHA, Hamid, The Sacred Law of Islam, Routledge, New York, 2017, s. 61.

düzenini bozacak bir güce sahip değillerse yakalanan isyancılar tövbe edip pişmanlık duyana kadar hapsedilebilecektir.¹¹⁵ İsyancılar bahsedilen güce sahipse devlet tarafından isyan sebepleri araştırılır ve bu sebepleri doğuran sorunlar çözülmeye çalışılır.¹¹⁶ İlave olarak Osmanlı Devleti uygulamasında buğata sürgün cezası verildiği de görülmüştür.¹¹⁷

Bağy suçunun faileri neticede Müslüman oldukları için öldürülmemeleri yönünde genel bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁸ Ancak Ebu Hanife (r.a)'ye göre buğatın tekrardan birlik olup faaliyet sürdüreceklere bir örgüt söz konusu ise buğata ölüm cezası verilmelidir. Bağy suçunun cezalandırılmasında temel amaç suç faillerini öldürüp fiili bastırmak değil, isyan fiilinden isyancıları vazgeçirmektir. Bu nedenle suç faillerinin öncelikle meşru yönetime itaat etmeleri beklenir. İsyancılar fiilen çarpışmaya başlamadan onlarla çarpışma yoluna girilmesi tercih edilmez.¹¹⁹ İslam hukukunda buna delil olarak ise Hz. Ali (r.a)'nin Hâricilere hitaben "*Siz başlamadıkça biz sizinle savaşa girmeyiz.*" sözü gösterilmektedir.¹²⁰

Savaş halinde kadınların öldürülmemesi kural olmakla birlikte Hanefilere göre kamu otoritesine karşı kalkışmada bulunan kadınların bu kalkışmanın bastırılması anında veya mücadele sırasında öldürülmemelerinde beis bulunmamaktadır; ancak kadın sağ olarak ele geçirilmişse öldürülmesi caiz olmayacak, fakat isyan sonlanana kadar hapsedilmeleri mümkün olabilecektir.¹²¹ Teşvik ve tahrikçi olarak savaşa katılan kadınlar ise esir alınamayıp öldürülemeyecektir.¹²² İsyan fiili bakımından isyancıları araç olarak kullanan dolaylı fail kadının hükmü açık değildir. Burada

¹¹⁵ HALEBİ, s. 43.

¹¹⁶ KAHVECİ, s. 116.

¹¹⁷ Bkz. AVCI, Özel Hükümler, s. 489, 490.

¹¹⁸ ERTURHAN, s. 284.

¹¹⁹ Tev'il kaynaklı ancak hatalı olan görüşlere dayalı olarak propaganda durumunda önce isyandan dönmeleri ve devlete itaat etmeleri hususunda İslami bilgiler anlatılır. Ancak görüşlerinden dönmezlerse ta'zir olunurlar. ERTURHAN, s. 284; ABOU EL FADL, s. 34.

¹²⁰ EBÛ ZEHRA, s. 151.

¹²¹ KAHVECİ, s. 117.

¹²² ERTURHAN, s. 280; AKALIN, s. 263-264.

genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmadığı için kamu otoritesine karşı kalkışmada bulunan fail arkasındaki kadınların bu kalkışmanın bastırılması anında veya mücadele sırasında öldürülmeleri caiz olacaktır.

Yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı meşru mazeret sayılır ve bu tür bir siyasî suçta yer alan çocuklar ve akıl hastaları cezalandırılmazlar.¹²³

Hanefi mezhebinde isyanın devlet otoritesi ve kamu düzeni bakımından çok yakın bir tehlike arz etmesi ve müdahale edilmemesi durumunda isyanın bastırılmama tehlikesi söz konusu ise çarpışmanın devletin kolluk gücü tarafından da başlatılabileceği savunulmaktadır.¹²⁴

Hucurât suresinin 9. ayetinden “*haksızlığa sapanlara karşı*” mücadele etmeden önce sorunun sulh yoluyla çözülmesi gerekeceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim Nisâ suresinin 59. ayetinde Allah, “*Ey iman edenler! Allah’a itaat edin, peygambere itaat edin, sizden olan ülü’l-emre de. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz -Allah’a ve âhirete gerçekten inanıyorsanız- onu, Allah’a ve peygambere götürün. Bu, elde edilecek sonuç bakımından hem hayırlıdır hem de en güzeldir.*”¹²⁵ buyurmaktadır. Hucurât Suresinin 9. ayetinde de sulhe yaklaşmayıp isyana devam eden tarafın sulhe zorlanması emredilmiştir.¹²⁶ Halbuki uzlaşmanın (sulh), had suçlarında uygulanmasının caiz olmadığı kabul edilmektedir.¹²⁷ Günümüz ceza hukukunda da sulh-uzlaşma (uzlaştırma) ancak şikâyete tabi suçlarda veya şikâyete tabi olmasa bile tahdidi olarak sayılan suçlarda mümkündür (CMK m. 253).¹²⁸ Ancak ayette suç öncesi uzlaşmadan bahsedilir. Ayette mütemadi olarak işlenen ve kesintiye uğramayan bağy suçundan söz edilmektedir. Anlaşmazlık çıkmışsa cebre başvurmadan önce konunun insani bir şekilde sona erdirilmesi emrolunmuştur. Had suçlarında suç sonrası uzlaşma mümkün değildir. Hz. Peygamber (s.a.v.) had cezası gerektiren bir suç

¹²³ AKALIN, s. 186; Kahveci, çatışmayan çocukların öldürülmeyeceğini ifade etmekle birlikte Hanefilerden bazılarının çatışan çocukların da öldürülemeyeceğini ifade eden görüş olarak Zuhayli’ye atıf yapmıştır. Bkz. KAHVECİ, s. 119.

¹²⁴ BİLMEN, ISTİLÂHÂT, III, s. 414’dan aktaran ERTURHAN, s. 285.

¹²⁵ Kur’an Yolu Tefsiri Cilt 2, s. 86-89.

¹²⁶ AYDIN, “İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası”, s. 52.

¹²⁷ AVCI, Genel Hükümler, s. 35-36, 288.

¹²⁸ ZAFER, s. 706.

işlendiğinde konu kovuşturma organlarına intikal ettikten sonra artık cezalandırmanın vacip olacağını buyurmuştur.¹²⁹ Buğatla verecekleri bir delle uzlaşmak da caiz görülmemektedir.¹³⁰ Bu açıdan bağı suçunun had niteliği ile uyuşmayan bir hususu da bulunmamaktadır.

Bağylerinde ısrar edenlerle mücadele etmek vaciptir. Ancak bu ısrarlarında devam etmeyip Allah'ın emrine dönenlere karşı mücadeleden vazgeçilmesi ve artık takip edilmemeleri gerekecektir.¹³¹

İsyancılarla yapılan mücadele sırasında elde edilen isyancılara ait mallar, savaş ganimeti gibi kabul edilmez; ele geçirilen mallar muhafaza altına alınır ve isyan bastırılıp kamu düzeni sağlandıktan sonra isyancılara geri verilir.¹³² İslam hukukunda devletin isyancılara olan bu yaklaşımının, aslında kamu düzeninin yeniden tesisi noktasında faillerin sosyal hayata tekrar dönüp devletine tekrar itaat etmelerinin sağlanmasına yönelik olduğu söylenebilir.

Dört mezhebin ortak görüşüne göre buğatın çatışma anında verdikleri zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunmamaktadır; nitekim böyle bir zorunluluk buğatın devlet otoritesine itaatini güçleştirecektir.¹³³ Ancak ellerindeki mevcut malların iadesi gerekir ve çatışma dışında telef ettikleri malı tazmin etmeleri beklenir.¹³⁴

Sahabe arasında bağı ehline karşı savaşıma yahut mücadele etmenin hukuka uygunluğu hususunda icmâ oluşmuştur; örneğin Hz. Ebubekir (r.a) zekât vermeyenlere karşı savaşmışken Hz. Ali (r.a) de Cemel, Sıffin ve ehl-i Nehrevâna karşı savaşmış, mücadele etmiştir.¹³⁵

¹²⁹ AVCI, Mustafa, "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2017, s. 48.

¹³⁰ AVCI, Özel Hükümler, s. 502.

¹³¹ MÂVERDÎ, el-Hâvi'l-kebir, XIII, 100'den aktaran, ERTURHAN, s. 279.

¹³² KAHVECİ, s. 118.

Günümüz ceza hukukunda, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükümlenacağı ifade edilmiştir (TCK m. 54/1).

¹³³ AVCI, Özel Hükümler, s. 505.

¹³⁴ AVCI, Özel Hükümler, s. 505.

¹³⁵ ERTURHAN, s. 280.

Devlet başkanının bağı suçu neticesinde öldürülmesi halinde verilecek cezanın niteliği önem arz etmektedir. Bir görüşe göre devlet başkanının öldürülmesi toplumda büyük bir fesada sebebiyet vereceği için artık öldürme kısas olmaktan çıkar ve devlet başkanının yakınlarının kısas talebi olmasa da katile taziren ölüm cezası verilmelidir.¹³⁶ Siyaseten katl kurumu burada işlerlik kazanabilecektir.

Buğatın isyanlarından vazgeçip devlete itaat etmeye geri dönmelelerinden sonra yeni bir te'vile dayalı olarak harekete geçmeleri durumunda bağı suçunda tekerrürden söz edilebilecektir.¹³⁷ Had suçlarında tekerrür cezayı artıran bir sebep değildir.¹³⁸ Nitekim ilahi irade tarafından belirlenen haddin tatbikinde herhangi bir değişim öngörülmemiştir.¹³⁹ Bağı had olarak kabul edildiğinde tekerrürün cezayı ağırlaştırılması mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

İslam hukuku literatüründe bağı suçunun had ya da tazir niteliği tartışmalıdır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bağı had suçları arasında değerlendirilmektedir. Ancak had suçlarında geçerli olan bazı ilkelerin bağı suçunda mevcut olmadığı görülmektedir. Bağı suçunda ne tür bir yaptırımın uygulanacağı belli olmadığı için tazir niteliğinde olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.

İslam Hukuku literatüründe bu suçta korunan hukuki değer devlet başkanının hayatta olması, egemenlik ve yönetme hakkı-yetkisi olarak değerlendirilmektedir.¹⁴⁰ İslam hukukunda devlet başkanının şahıs varlığı toplumun birliği ve bekası için oldukça önemlidir. Günümüz suç teorisinde devlete karşı suçlarda devlet başkanının yaşama hakkı, egemenliği ve yönetme hakkı-yetkisi korunan hukuki değer olarak değerlendirilemez. Nitekim korunan hukuki değer mağdurun şahsından ayrı bir nitelik arz eder. Günümüz hukuk teorisi ile okunduğunda bu suçta devlete

¹³⁶ İBN TEYMİYYE, es-Siyasetü'ş-Şer'iyye, s. 105'ten aktaran: AVCI, Özel Hükümler, s. 483.

¹³⁷ AVCI, Özel Hükümler, s. 495-495.

¹³⁸ AKALIN, s. 183.

¹³⁹ AKALIN, s. 183.

¹⁴⁰ AKALIN, s. 167-168.

karşı bir suç olarak korunan hukuki değer, siyasi iktidar düzeninin (merkezi hükümetin) devamlılığının korunmasına ilişkin toplumun menfaati olarak ifade edilebilir.

Bağy suçunda fiilin elverişli şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. İcrai hareketlerle işlenebilen bir suçtur. Bağy suçunun icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebileceğine yönelik görüş bulunmaktadır. Buna örnek olarak devlete karşı bir yükümlülük olan vergi verme borcunu yerine getirmeme toplu bir nitelikte ise ihmali davranışla işlenen bağy suçu oluşacaktır. Bağy suçunda silah kullanılması gerektiği görüşü kabul edildiğinde silah kullanmadan ihmali davranışla bağy suçunun işlenmesi mümkün gözükmemektedir.

Bağy suçu çok failli bir suçtur. Örgütlü yapısı itibariyle iştirak hükümlerinde özel durumlar söz konusu olmaktadır. Zimmilerin isyana yardımı müşterek faillik olarak kabul edilmektedir. İçtima bakımından ise bağy ile gerçekleşen ve isyan fiili ile bağlantılı fiiller geçitli suç olarak değerlendirilmektedir. Teşebbüs açısından ise mütemadi bir suç olması ve soyut tehlike suçu niteliğinde olması sebebiyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması her zaman mümkün olmamaktadır.

Had suçları uzlaşmaya elverişli değildir. Ancak Hucurât suresinin 9. ayetinde ise uzlaşma ile ilgili veriler bulunmaktadır. Bu durum bağy suçunun had suçu olarak kabul edilmesinin önünde bir engel olarak düşünülebilir. Ayetten “*haksızlığa sapanlara karşı*” mücadele etmeden önce sorunun sulh yoluyla çözülmesi gerekeceği sonucu çıkmaktadır. Nisâ suresinin 59. ayetinde benzer yönde bir hüküm söz konusudur. Hucurât Suresinin 9. ayetinde sulhe yaklaşmayıp isyana devam eden tarafın sulhe zorlanması emredilmiştir. Ancak uzlaşmanın (sulh), had suçlarında uygulanması mümkün değildir. Günümüz ceza hukukunda da sulh-uzlaşma ancak şikâyete tabi suçlarda veya şikâyete tabi olmasa bile tahdidi olarak sayılan suçlarda mümkündür (CMK m. 253). Ancak ayette suç öncesi uzlaşma söz konusudur. Ayette mütemadi olarak işlenen ve kesintiye uğramayan bağy suçundan söz edilmektedir. Anlaşmazlık çıkmışsa cebre başvurmadan önce konunun sulh edilerek sona erdirilmesi emrolunmuştur. Had suçlarında suç sonrası uzlaşma mümkün değildir. Bu açıdan bağy suçunun had niteliği ile uyuşmayan bir hususu bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- ABOUEL FADL**, Kkhaled: *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- AKALIN**, Adnan: *İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu*, Fecr Yayınları, Ankara, 2016.
- AKŞİT**, Cevat: *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, İstanbul, 1976.
- ARTUK**, M.Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M.Emin/**ÇAKIR**, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020.
- AVCI**, Mustafa: "İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, Cilt 1, Sayı 1, 2021, ss. 1-30.
- AVCI**, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- AVCI**, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- AVCI**, Mustafa: "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 2017, ss. 11-71.
- AYDIN**, Mehmet Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2021.
- AYDIN**, Melikşah: "İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, Yıl 2015, ss. 49-77.
- AYDIN**, Melikşah: "Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy) Suçunun Görünümü" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2023, ss. 35-70.
- BARDAKOĞLU**, Ali: "Eşkîya", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, Cilt 11, İstanbul 1995.
- ÇOLAK**, Abdullah: *İslam Ceza Hukuku*, Hikmetevi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2021.
- EBÛ ZEHRA**, Muhammed (Çev. İbrahim TÜFEKÇİ): *İslam Hukukunda Suç ve Ceza Cilt I (el-Cerime ve'I-Ukûbe fî Fıkhî'l-İslâm)*, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- EBÛ ZEHRA**, Muhammed (Çev. İbrahim TÜFEKÇİ): *İslam Hukukunda Suç ve Ceza Cilt II (el-Cerime ve'I-Ukûbe fî Fıkhî'l-İslâm)*, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.

- ERTURHAN**, Sabri: İslam Ceza Hukuku, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020.
- el-MAVSİLİ**, Abdullah b. Mahmûd (Çev. Celâl Yeniçeri): el-İhtiyâr, Metni el-Muhtar li'l-Fetva, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2013.
- GÖKPINAR**, Mahmut: "Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, 2008, ss. 198-234.
- GÜNDOĞDU**, Birol: "Problems in the Interpretations of Ottoman Rebellions in the Early Modern Period: An Analysis and Evaluation of Existing Literature on the Ottoman Rebellions between 1550 and 1821", The Journal of Ottoman Studies, LI (2018).
- HALEBİ**, İbrahim (Çev. Ahmed Davudoğlu): Mülteka-l-Ebhûr (Mevkûfât)- Mevkufat Mülteka Tercümesi, Sağlam Yayınevi, İstanbul, 2013.
- HAMİDULLAH**, Muhammed (Çev. Kemal KUŞÇU): İslâm'da Devlet İdaresi, Nur Yayınları, Ankara, 1979.
- HELLER**, Kevin Jon/**DUBBER**, Markus (Ed. TELLENBACH, Silvia): "Iran", The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford Law Books, Stanford University Press, California, 2011.
- ISFAHÂNÎ**, Ebû'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal Râğıb (thk. Safvan DÂVÛDÎ): *Müfredâtu Elfâzi'l-Kur'ân*, Beyrut: Dârü'ş-Şâmiye, 1418/1997.
- KAHVECİ**, Nuri: Ana Hatlarıyla İslâm Ceza Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2019.
- KAPLAN**, Abdurrahim: "Kur'anda Bağy Kavramının Anlam Alanı", Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2020, ss. 1790-1810.
- KARAMAN**, Hayreddin: Mukayeseli İslam Hukuku Cilt I, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991.
- KARAMAN**, Hayreddin/**ÇAĞRICI**, Mustafa/**DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi/**GÜMÜŞ**, Sadrettin: Kur'an Yolu Tefsiri Cilt:5, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2020.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2021.
- KUSHA**, Hamid: The Sacred Law of Islam, Routledge, New York, 2017.
- MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami/**DENİZ**, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

- MALEKIAN**, Farhad: *Principles of Islamic Criminal Law*, Brill, Leiden – Boston, 2011.
- MAŞALI**, Münteha: *Mukayeseli Hukukta Ölüm Cezası ve İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Emin Yayınları, Bursa 2011.
- MOLLA HUSREV (Çev. Arif ERKAN)**: *Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkıhı Cilt II*, Eser Neşriyat, İstanbul, 1979.
- OKKA**, Sevinç: *İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Devlete İsyân (Bağy) Suçu*, Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1997.
- ÖZEL**, Ahmet: *“Dârülbağy”*, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, Cilt 8, İstanbul 1993.
- ÖZGENÇ**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 2022.
- TABASSUM**, Sadia: *“Combatants, not bandits: the status of rebels in Islamic law”*, *International Review of the Red Cross*, Cilt 93, Sayı 881, 2011, ss. 1-19.
- TORAMAN**, Cüneyt: *“Ceza Hukukunda “Kanunsuz Suç Olmaz, Kanunsuz Ceza Olmaz” Prensibinin, Müslüman Toplumlarda İzdüşümü”* (ss. 118-153), *Uluslararası Hukukçular Birliği İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 2 içinde*, Lale Yayıncılık, Antalya, 2017.
- ÜNAL**, Mustafa: *“İslâm Hukuku ve Mer’î Hukukta Mukayeseli Olarak Görünüşte İçtima-Fikri İçtima Ayrımı”*, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2023, ss.613-636.
- WASTI**, Tahir: *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan Volume 2*, Brill Publishing, Leiden/Boston, 2009.
- YAPRAK**, Emin: *İslam Hukukunda İsyân*, Ravza Yayınları, İstanbul, 2010.
- YAVUZ**, Yusuf Şevki: *“Te’vil”*, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, Cilt 41, İstanbul 2012.
- YURTSEVEN**, Yılmaz: *“Devlete İsyân Suçu Bağlamında “Kabakçı Mustafa” İsyânı ya da “Statuko ve Yeni”nin Çatışması”* *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, ss.479-497.
- YURTSEVEN**, Yılmaz: *“Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukuku’nda Örfî Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması”* (ss. 332-351), *Uluslararası Hukukçular Birliği İslam Ceza*

Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 2 içinde, Lale Yayıncılık, Antalya, 2017.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

ZAKARIYAH, Luqman: Legal Maxims in Islamic Criminal Law: Theory and Applications, Brill's Arab and Islamic laws series ; 9, Leiden/Boston, 2015.

ZORLU, S. Emre/**ZORLU**, Süheyla: "Rebellion Crime in the Islamic and Ottoman Law", 16 September 2015, 19th International Academic Conference, Florence, ISES, 2015.

İŞE GİRİŞ AŞAMASINDA VE İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNDE İŞÇİYE ALKOL VE UYUŞTURUCU TESTLERİNİN UYGULANMASININ KOŞULLARI VE SINIRLARI

Dr. Öğr. Üyesi Merve KUTLU MUTLUER*

Öz

İşçiye işe giriş aşamasında veya iş ilişkisinin devamında uygulanan alkol ve uyuşturucu testleri işverenin işçinin kişilik haklarına müdahalesinin bir görünümlü olarak karşımıza çıkmaktadır. İşverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, verimliliğin artırılması, işyerinde gerekli düzen ve disiplinin sağlanması gerekçeleri ile işçilere alkol ve uyuşturucu testleri uygulamak istemektedir. Bu testlerin uygulanması, işçinin vücut bütünlüğüne ve dolayısıyla özel yaşamına saygı hakkına yönelen bir müdahale oluşturmaktadır. İşçiye yapılmak istenen alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin meşru bir amaç yani hukuka uygunluk sebebi bulunmalı, işçinin rızası alınmalı ve testin gerçekleştirilmesinde ölçülülük ilkesine uygun davranılmalıdır. İşveren hem işe giriş hem de iş ilişkisinin devamı süresince işçiden istenecek alkol ve uyuşturucu testlerinde işçinin kişilik haklarını zedeleyecek müdahalelerden kaçınmak ve onurunun kırılmaması için gerekli önemleri almakla yükümlüdür.

Anahtar Kelimeler

- Alkol Testi • Uyuşturucu Testi • İşçinin Kişilik Haklarının Korunması
- İşverenin Koruma ve Gözetme Yükümlülüğü • İş Sağlığı ve Güvenliği

* Dr. Öğr. Üyesi. Anadolu Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labour and Social Security Law Department, Eskişehir, Türkiye.

✉ mervekutlu@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-8327-6496.

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KUTLU MUTLUER, Merve: "İşe Giriş Aşamasında ve İş İlişkisinin Devamı Süresinde İşçiye Alkol ve Uyuşturucu Testlerinin Uygulanmasının Koşulları ve Sınırları" SÜHFD, C.32, S.2, 2024, s.535-578.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

CONDITIONS AND LIMITS OF ALCOHOL AND DRUG TESTS ADMINISTERED TO EMPLOYEES AT THE TIME OF RECRUITMENT AND DURING THE COURSE OF EMPLOYMENT

Abstract

The administration of alcohol and drug tests to employees at the time of hire or during the course of employment may constitute an infringement upon the personal rights of the employee. Employers may seek to administer such tests on the grounds of ensuring occupational health and safety, increasing productivity, and maintaining the necessary order and discipline in the workplace. The implementation of these tests constitutes an infringement upon the worker's right to bodily integrity and therefore the right to privacy. In order for the administration of such tests to be legally permissible, a legitimate purpose must be established, the employee's consent must be obtained, and the principle of proportionality must be upheld. In the alcohol and drug tests to be requested from the employee both during the recruitment and during the course of employment, the employer is obliged to avoid actions that may infringe upon personal rights of the employee and to take the necessary measures to prevent humiliation.

Keywords

- Alcohol Test • Drug Test • Protection of Personal Rights of the Employee
- Employer's Obligation to Protect Employees • Occupational Health and Safety

GİRİŞ

İşverenin işçinin kişilik haklarına müdahalesinin bir görünümü de işçiye uygulanan alkol ve uyuşturucu testleridir. İşverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, verimliliğin artırılması, işin kusursuz bir şekilde görülmesi ve işyerinde gerekli düzen ve disiplinin sağlanması gerekçeleri ile işçilere işe giriş aşamasında veya iş ilişkisinin devamı süresince alkol ve uyuşturucu testleri uygulamak istemektedirler.¹ Bu testlerin uygulanması işçinin vücut bütünlüğüne ve dolayısıyla özel yaşamına saygı hakkına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Anayasa m. 17'de "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut

¹ DAVIDSON, Dan, "Employee Testing: An Ethical Perspective", Journal of Business Ethics, 7(3), 1988, s. 212; ILO, "Management of Alcohol and Drug-Related Issues in the Workplace: An ILO Code of Practice", 1996, https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9221094553_EN/lang--en/index.htm (Erişim Tarihi: 11.01.2024).

bütünlüğüne dokunulamaz” hükmü yer almaktadır. Herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu da Anayasa m. 20’de özel olarak düzenlenmiştir. Özel hayata saygı hakkına ilişkin hukukumuz bakımından önem arz eden bir diğer düzenleme de AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m. 8’dir. Buna göre, herkes özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. AİHS m. 8 kişilerin özel yaşamı, aile yaşamı, konut ve haberleşmeye ilişkin haklarını korumaktadır. Bununla birlikte özel yaşama saygı hakkı mutlak bir hak değildir. AİHS m. 8/2’de “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu*” olabileceği düzenlenmiştir.²

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 23. ve 24. maddeleri uyarınca da herkes kişiliğinin korunmasını isteme ve hukuka aykırı bir müdahale olduğunda buna karşı korunmasını talep etme hakkına sahiptir. Kişinin vücut bütünlüğü ve dolayısıyla özel yaşamı anayasa ile korunan temel bir değerdir ve bu korumanın iş ilişkisinde ve işyerinde de uygulanacağına şüphe yoktur. İşçinin kişilik haklarına ve özel yaşamına saygı hakkının iş ilişkisinde korunmasının hukuki dayanağı işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcudur.³ İşverenin işçiyi koruma borcunun kapsamına işçinin kişiliğinin korunması, işçinin psikolojik ve cinsel tacize karşı korunması, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması girer. Pozitif hukukta 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 417/1 ile işveren işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur. İşçinin özel yaşamına saygı hakkı da işverenin işçinin kişiliğini

² Özel yaşama saygı hakkı 1982 Anayasasında tek bir madde ile karşılanamamaktadır. AİHS m. 8’de belirtilen hak Anayasamızda, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti gibi hakları da kapsayan bir hükümdür.

³ ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2022, s. 379; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2017, s. 170, 366; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2022, s. 695 vd; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2019, s. 425 vd.

korumasının bir gereği ve sonucudur.⁴ Yine TMK m. 24/2'de "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça*" kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olacağı düzenlenmiştir.

İşçinin alkol ve uyuşturucu madde tesirinde olması iş sağlığı güvenliği bakımından sakıncalar doğurabileceği gibi çalışma düzenini de bozabilecek bir durumdur. Belirtilen sebeplerle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2-d maddesi ile "*işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması*" halinde işverene haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) m. 28/1'de işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmenin ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmanın yasak olduğu açıkça belirtilmiştir. İşçiye uygulanabilecek alkol ve uyuşturucu testlerinin sınırlarının belirlenmesi iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin korunması için zorunludur.

İşçiye yapılması istenen alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin önkoşul meşru bir amaç yani hukuka uygunluk sebebinin bulunmasıdır. Meşru bir amaç bulunmaksızın yapılacak her müdahale hukuka aykırı sayılacaktır. Bununla birlikte testin yapılabilmesi işçinin önceden alınmış rızasının varlığına muhtaçtır. Aynı zamanda işveren testin gerçekleştirilmesinde ölçülülük ilkesine uygun davranılmak zorundadır.⁵ Test sonucu ortaya çıkan işçinin sağlığına ilişkin kişisel verilerinin de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) uyarınca korunması müdahalenin hukuka uygun olmasının bir diğer koşuludur.

⁴ AYDINLI, İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS, 2005, s. 21-22; SÜZEK, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 830; SEVİMLİ, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s. 28.

⁵ ÇETİN, Evra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, İstanbul 2015, s. 192-193; GÜRSEL, İlke, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016, s. 327-331; ÜNAL, Canan, İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler, Centel, Tankut (Editör) İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar-III, İstanbul 2018, s. 288-289.

Çalışmamızda alkol ve uyuşturucu kullanıma ilişkin mevzuatımızdaki hukuki düzenlemeler ele alınıp işe giriş aşamasında veya iş ilişkisinin devamında işçiye alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanabilmesinin koşulları ve sınırları detaylı olarak incelenecektir. Bununla birlikte AİHM'nin işçilere alkol ve uyuşturucu testleri uygulanabilmesine ilişkin içtihatlarına ve bunlara ilişkin eleştirilere de yer verilecektir.

I. ALKOL TÜKETİMİ VE UYUŞTURUCU KULLANIMINA İLİŞKİN MEVZUATIMIZDAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

Hukukumuzda işçilerin alkol tüketimi ya da uyuşturucu kullanımı işyeri kavramı ile birlikte ele alınarak düzenlenmiştir. İSGK m. 28/1'de işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmenin ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmanın yasak olduğu açıkça belirtilmiştir. Söze konu maddenin ikinci fıkrasında da işyeri eklentilerinde ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine işverenin sahip olduğu düzenlenmiştir. İlgili hükümde ayrıca işin veya işyerinin niteliği gereği alkollü içki kullanma yasağının geçerli olmadığı haller de yer almaktadır. Buna göre, alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilenler, kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde görevinin gereği alkollü içki içmek ve müşterilerle birlikte alkollü içki tüketme yükümlülüğünde bulunan işçiler bakımından alkollü içki kullanma yasağı uygulama alanı bulmayacaktır. (m. 28/3)

İSGK m. 28 hükmünde belirtilen işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmenin ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanma yasağına aykırılığının yaptırımı ise İş Kanunu m. 25/2-d bendinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri çerçevesinde işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan durumlardır. Bir başka ifade ile işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak geldiğinin veya işyerinde bu maddeleri kullandığının tespiti halinde işveren bildirim sürelerine uymaksızın iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Burada dikkat edilmelidir ki, İş Kanunu m. 25/2-d'de iki ayrı durumu

düzenlenmektedir. Bunlardan ilki işçinin işyerine sarhoş⁶ yahut uyuşturucu madde alarak gelmesidir. Bu durumda işçinin işyeri dışında salt alkol almış olması⁷ ve bunun tespiti iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için yeterli bir sebep değildir.⁸ Bir başka ifade ile işyeri dışında alınan alkol, sarhoşluğa yol açmışsa sarhoş olarak işyerine gelmek İSGK m.28 ile yasaklanmıştır. Öğretide, işyerine alkollü gelmenin yasaklanmadığı ancak işin niteliğinin gerektirdiği hallerde işverenin kanundaki hükümden daha katı bir düzenleme yapabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür.⁹ Bununla birlikte işçinin işyerine alkol tüketerek gelmesinin somut olayın özelliğine göre disiplin cezalarına veya geçerli sebeple feshe¹⁰

⁶ Uyuşturucu ve sarhoşluk kavramlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz.; **BAY-SAL** Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul 2019, s. 85, 86.

⁷ Bununla birlikte işyerinde alkol kullanımı iş mevzuatı dışında ayrı bir kanun ya da ikincil mevzuat hükmü ile yasaklanmış olabilir. 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu trafiğe çıkan sürücülerin “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmelerini*” mutlak olarak yasaklamıştır. Ohalde iş sağlığı ve güvenliği açısından alkol kullanımı özel bir kanun hükmü ile yasaklanmışsa yasağa aykırılık halinde işveren açısından haklı sebeple fesih hakkı doğacağına kuşku yoktur.

⁸ **BAYSAL**, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 85; **ELBİR**, Nazlı, Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020, s. 304-305; **OCAK**, Saim/ÖZER, Hatice Duygu/DUMAN, Barış/YILMAZ, Dursun, Yargı Kararları Işığında Geçerli Sebeple Feshe İlişkin İşçi Davranışları, Ankara 2022, s. 334-337; **ÖZDEMİR**, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, s.443; **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 203; **TUNÇOMAĞ**, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 229; **UŞAN**, Fatih/ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 172; **YAMAKOĞLU**, Efe, Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Tarafklarının Fesih Hakkına Etkisi, İstanbul 2020, s. 137; Yargıtay da aynı görüştedir. “*Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 84. maddesinde öngörülen yasaklara aykırılık aynı yasanın 25/11. maddesi uyarınca işverenin fesih hakkını doğuran haklı bir sebep oluşturur. Bu madde hükümlerine göre işçinin işyerine uyuşturucu madde alarak gelmesi yasak olmasına rağmen alkollü içki almış olarak gelmesi yasak değildir. İşyeri dışında alınan alkol sarhoşluğa yol açmışsa, bu şekilde işyerine, bir başka anlatımla sarhoş gelmek yasaktır. Bu nedenle alkollü içki almış olmakla birlikte sarhoşluk belirtileri göstermeyen işçinin işyerine gelmesi İş Kanunu m. 25/II-d kapsamında bir haklı neden olarak kabul edilemez.*” Y.9 HD, 12.12.2005 E. 2005/36147 K. 2005/39144, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

⁹ **ÖZDEMİR**, s.447-448.

¹⁰ Alkol kullanımının hastalık seviyesinde bağımlılık boyutuna ulaşması halinde ise işçinin iş sözleşmesi sağlık sebeplerine dayalı olarak haklı nedenle feshedilebilir.

sebeplere olabileceği de belirtilmektedir.¹¹ İşçinin alkollü bir şekilde işyerine geldiği durumlarda bu durumun işyerinde olumsuzluklara sebep olup olmadığına bakılarak değerlendirme yapılması ve olumsuz etkinin tespiti için iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebileceği de öğretide öne sürülmüştür.¹²

İş Kanunu m. 25/2-d’de düzenlenen ikinci durum ise işçinin işyerinde alkol alması ya da uyuşturucu madde almasıdır. Burada işçinin işyerinde alkol tüketmesi ya da uyuşturucu madde kullanması işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğması için yeterlidir. Bu halde işçinin aldığı alkol miktarı veya sarhoş olup olmaması önem taşımamaktadır.¹³ Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesine göre de işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Bununla birlikte öğretide bu feshin m. 25/1-a gereği işçinin işçiye düşkünlüğü nedeniyle hastalık veya sakatlığa uğraması ve devamsızlıkta bulunması kapsamında mı yoksa m. 25/1-b ‘ye göre alkol bağımlılığının bir hastalık kabul edilerek raporlu geçen sürelerin bildirim süresini altı hafta aşması haline göre mi değerlendirme yapılacağı tartışmalıdır. Konunun m. 25/1-b kapsamında değerlendirileceğine ilişkin görüş için bkz.; **BAYSAL**, Ulaş, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara, 2011, s. 81; **MAKAS**, Recep, “Yargıtay Kararları İşçilerde İşçinin Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Davranması ve İş Sözleşmesinin Feshi” Sicil, 47, 2022, s. 84-85. Alkol bağımlılığı sebebi ile işçinin hastalığa dayalı yetersizliği sebebi ile iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebileceğine ilişkin görüş için bkz.; **KESER**, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2016, s. 285-286.

- ¹¹ **CİVAN**, Orhan Ersun, İşçinin Yan Yükümlülükleri, İstanbul 2021, s. 129.
- ¹² **OCAK/ÖZER/DUMAN/YILMAZ**, s. 334. İşin niteliği gereği alkol kullanımının sarhoşluk boyutuna varmasa bile sınırlandırması gereken tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde işverenin yönetim hakkı kapsamında düzenlemeler yapabileceğine ilişkin görüş için bkz.; **BAYSAL**, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 92. Hukukumuzda işverenin alkol konusunda işyerinin özelliklerine göre ölçütler getirebileceğine ilişkin görüş için bkz.; **ÖZDEMİR**, s. 447. Fransız hukukunda ve Türk hukukunda işverenin işyerinde alkol tüketimine ilişkin düzenlemeler getirebilmesi ve bu ölçütlere ilişkin bkz.; **ÖZDEMİR**, s.447 vd.
- ¹³ **CİVAN**, 127; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 700; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 864; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 625; **EKMEKÇİ**, Ömer/**YİĞİT**, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2020, s. 690 vd; **ÖZDEMİR**, s. 443-444; **ARSLAN ERTÜRK**, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, s. 80-85.

TBK işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanmasını İş Kanunu'nun aksine ayrı bir bentte düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TBK 435. maddesinde "*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir*" hükmü yer almaktadır. İlgili maddede haklı neden kavramı "*dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar*" olarak tanımlanmıştır. O halde işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanmasının TBK bakımından da haklı nedenle fesih sebebi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı şekilde 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu bakımından da işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanmasının haklı nedenle fesih sebebi olduğu açıkça düzenlenmemektedir. Bununla birlikte Deniz İş Kanunu m. 14'de "*Gemiadamının işveren veya işveren vekiline karşı, kanuna, hizmet akitlerine sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi*" ve "*Gemiadamının işveren veya işveren vekiline karşı denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi*" bentlerinin gemiadamının gemiye sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da gemide bu maddeleri kullanmasını iş sağlığı ve güvenliği gereği haklı nedenle feshedilebileceği öğretide haklı olarak belirtilmektedir.¹⁴ Basın İş Kanunu'nda da işçinin işyerine sarhoş ya da uyuşturucu kullanarak gelmesi veya işyerinde alkol ya da uyuşturucu alması haklı nedenle fesih sebebi olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Basın İş Kanunu m. 11/3'de "*Vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevkutenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve harekette*" bulunmasını işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı veren bir sebep olduğu düzenlenmiştir. O halde Basın İş Kanunu bakımından da somut olayın özelliğine göre işçinin işyerine sarhoş ya da uyuşturucu kullanarak gelmesi veya işyerinde alkol tüketmesi ya da uyuşturucu madde kullanması haklı nedenle fesih sebebi sayılabilecektir. Öğretide İSGK'nın 28. maddesinin tüm çalışanlar bakımından geçerli olduğu ve böylece açık bir hüküm yer alması dahi işçinin işyerine sarhoş ya da uyuşturucu kullanarak gelmesi veya işyerinde alkol ya da

¹⁴ CİVAN, s. 128 dp.28.

uyuşturucu alması haklı nedenle fesih sebebi sayılabileceği de haklı olarak belirtilmiştir.¹⁵

II. İŞÇİYE İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNDE ALKOL VE UYUŞTURUCU TESTLERİNİN UYGULANMASININ KOŞULLARI

A. Alkol ve Uyuşturucu Testlerinin Uygulanabilmesinin Önkoşulu: Meşru Amaç

İşverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerinde verimliliğin artırılması, işyerinde çalışma düzeninin sağlanması ve işin görülmesini düzenlemek gerekçeleri ile alkol ve uyuşturucu testleri uygulamak istemektedir.¹⁶ Ancak işçiye alkol ve uyuşturucu testleri uygulanabilmesinin önkoşulu meşru bir amaç yani hukuka uygunluk sebebinin bulunmasıdır. İşçiden alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılmasını istemesine ilişkin öne sürülen hukuka uygunluk sebeplerinden birisi işçinin verimliliğidir. Buna göre, işveren işyerinde verimliliği arttırmak ve işin kusursuz bir şekilde görülmesini sağlamak için işçiden alkol kullanımı ve uyuşturucu tüketimine ilişkin testlere katlanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu gerekçenin işçiye alkol ve uyuşturucu testi uygulanmasını hukuka uygun kılıp kılmayacağı cevaplanmaya değer bir sorudur. Bir görüşe göre, işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği edimi yerine getirmesine ilişkin yeterliliğini koruduğu noktasında işverenin bilgi edinme hakkı vardır.¹⁷ Ancak, alkol ve uyuşturucu testleri bu maddelerin kullanılıp kullanılmadığına ilişkin kandaki düzeylerinin saptamasına ilişkindir. Bu sebeple kişinin bu maddelerin ne kadar etkisi altında olduğunun kesin bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, alkol veya uyuşturucu kullanımının performans üzerindeki etkisini değerlendirebilecek bir test yoktur.¹⁸ Bu sebeple işçinin performans düşüklüğünün işçiden alkol ve uyuşturucu testi istenmesi hususunda hukuka uygunluk sebebi

¹⁵ CİVAN, s. 128.

¹⁶ DAVIDSON, s. 212; ILO, Management Code, s. 32.

¹⁷ CRANFORD, Michael, "Drug Testing and the Right to Privacy: Arguing the Ethics of Workplace Drug Testing" Kluwer, 17, 1998, s. 1807; ISBİSTER, Douglas, "Justifying Employee Drug Testing: Privacy Rights Versus Business Interests" Dalhousie Journal of Legal Studies, 26(5), 1996, s. 269.

¹⁸ SEVİMLİ, s. 166.

olamayacağı ve bu sebeple özel hayata saygı hakkına haksız bir müdahale olacağı belirtilmiştir.¹⁹

İşçilere uygulanacak alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin genel kabul edilen hukuka uygunluk sebebi iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıdır.²⁰ Hukukumuzda alkol ve uyuşturucu tüketiminin sınırlanmasına ilişkin düzenlemelerin temel amacı da işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıdır. Alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanabilmesinin önkoşulu işverenin korunmaya değer bir menfaati olmasıdır. Bu menfaat de iş sağlığı ve güvenliğidir. İşyerinde alkol tüketimi veya uyuşturucu madde tesiri altında olma hem işin niteliği hem de diğer işçiler veya işçinin muhatap olabileceği üçüncü kişilerin sağlığı ve güvenliği için önemli sakıncalar doğurabilecektir. İşte bu sebeple işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacıyla ölçülü olması kaydıyla denetimler gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir.²¹ Fransız Hukuku'nda da bu testlerin iş güvenliğini sağlama amacıyla ve sadece tehlikeli olarak sınıflandırılacak işlerde çalışanlarla sınırlı olarak uygulanabileceği kabul edilmektedir.²² Bu konuda Fransız Danıştay'ının 1998 yılında verdiği bir kararda²³ açıkça belirtildiği üzere alkol ve uyuşturucu testleri sadece tehlikeli işlerde çalışan işçilere uygulanabilecektir. Karara konu somut olayda işyeri iç yönetmeliklerinde yer alan bir hükümle işçinin işyerine alkollü olarak gelmesi veya alkol tüketmesi yasaklanarak şüphe halinde alkol testinin uygulanacağına ilişkin hüküm yer almaktadır.²⁴ Fransız Danıştay'ı alkol testine ilişkin hükmün sadece belirli işleri gören işçilere ilişkin düzenlenebileceğini

¹⁹ CRAIG, John DR, Privacy and Employment Law, Londra 1999, s. 189

²⁰ CRANFORD, s. 1807; ISBİSTER, s. 269; SEVİMLİ, s. 167.

²¹ BAYRAM, Fuat, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 270; Sevimli, s. 163 ve 167; WAQUET, Philippe, L'Entreprise et les Libertés du salarié : Du salarié-citoyen au citoyen-salarié Paris, 2003, s. 17-18.

²² AUZERO, Gilles/BAUGARD, Dirk/DOCKÈS, Emmanuel, Droit du Travail, 33.ed, Paris, 2020, s.951; PESKİNE, Elsa/WOLMARK, Cyril, Droit du Travail, 13.ed, Paris 2020, s. 192 vd; LOKİEC, Pascal, Droit du Travail, 2.ed, Paris, 2019, s. 181.

²³ CE, 8 Juillet 1998, n. 71484 [https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007722749/\(Erişim Tarihi: 11.01.2024\)](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007722749/(Erişim Tarihi: 11.01.2024)).

²⁴ Benzer şekilde Alman hukukunda da işverenin işyerinde alkol kullanımı konusunda düzenlemeler yapabileceği kabul edilmektedir. Bu hususta tartışmalar ve kararlar için bkz.; BAYSAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 88-89.

aksinin işçinin kişilik hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil edeceğine kararında yer vermiştir. Fransız İş Kodu L.1121’de “*kişilik hakları ile bireysel ve toplu özgürlüklere ilişkin görülen işin doğası gereği haklılaştırılmayan veya ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmayacak, hiçbir müdahalenin öngörülemezliği*” hükmü yer almaktadır. Bu bent Fransız Danıştay’ının 1980 yılında verdiği Corona kararından esinlenerek İş Koduna alınmıştır. Fransız Danıştay’ı karara konu olayda işyeri iç yönetmeliğinde yer alan “*yönetim, şüpheli vakaları alkol testine gönderme hakkını saklı tutar ve bu testi yaptırmayı reddetmesi halini sarhoşluk durumunun dolaylı olarak kabulü*” sayılacağına ilişkin hükmünü değerlendirmiştir. Fransız Danıştay’ı bu hükümlerin, yalnızca tehlikeli işlerde çalışan işçiler açısından haklı gösterilebileceğini belirtmiştir.²⁵ Somut olayda ise işverenin işyerinde iş güvenliği sağlama yetkisine dayanarak yaptığı bu düzenleme tüm işçileri kapsamakta ve kişilik haklarına müdahalenin hukuka uygunluk kabulü için gerekli koşulları sağlamadığına karar vermiştir. Fransız hukukunda Yüksek Mahkemeye göre de işçilerin bireysel ve toplu özgürlüklerini kısıtlayıcı hükümler “*işin doğası gereği haklı gösterilemeyecek*” nitelikte ise düzenlenmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlü işverenin tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışanlar için alkol kullanımına ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler yapılabileceği hukukumuzda da kabul edilmelidir.²⁶

O halde, iş sağlığı ve güvenliğinin gerektirdiği hallerde işçiden alkol ve uyuşturucu testi istenebileceği ilke olarak kabul edilebilecektir.²⁷ Bir başka ifade ile işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünden dolayı alkol veya uyuşturucu testine başvurmak istemesinin meşru bir amaca yöneldiği ve böylece hukuka uygun kabul edilmesi

²⁵ CE, 1 Fevrier 1980, n. 063601 <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007722749/>(Erişim Tarihi: 11.01.2024).

²⁶ BAYSAL, İş Sağlığı ve Güvenliği s. 90; ÖZDEMİR, s.450 vd. Katıldığımız görüşe göre hukukumuzda Fransız hukukunda olduğu gibi, işverenin alkol ve uyuşturucu testlerini işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlemesinde büyük yarar vardır. Bknz.; ÖZDEMİR, s.451.

²⁷ ÇETİN, 194; SEVİMLİ, 167; BAYRAM, 270; UGAN ÇATALKAYA, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019 s. 329; Uncular, Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014, s. 83; AUZERO/BAUGARD/DOCKÈS, s. 951; PESKİNE/WOLMARK, s. 192; LOKİEC, s. 181.

gerektiği söylenebilir. Ancak bu testlerin istenebilmesinin önkoşulu yapılan işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliği açısından risk yaratmasıdır. Otomobil, otobüs, lokomotif veya uçak taşıtları ile yolcu taşıma, inşaat işleri, güvenlik hizmetleri, sağlık hizmeti sunulması, silah taşınan işler ya da tehlikeli kimyasallara maruz kalınabilecek laboratuvarlarda görülen işler tehlikeli işlere örnek gösterilebilir. Belirtilmelidir ki, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için uygulanan alkol ve uyuşturucu testlerinin muhatapları tüm işçiler değil, risk oluşturan işi gören işçilerdir.²⁸ Belirli işçiler açısından işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla işçinin alkol ve uyuşturucu testlerine katlanması bir yan yükümlülük olarak kabul edilebilecektir.²⁹ Tüm işçilerin işin niteliği ayırt edilmeksizin teste tabi tutulmasında işverenin hukuken korunmaya değer bir menfaati olduğundan bahsedilemez. Burada özel hayata saygı hakkına müdahalede bulunabilmek için geçerli bir hukuka uygunluk sebebi yoktur. Tüm işçilerin işin niteliği ayırt edilmeksizin teste tabi tutulması işçinin kişilik haklarına hukuka aykırı bir müdahaledir. Eğer alkol ve uyuşturucu testinin uygulanması için hukuka uygunluk sebebi yoksa, müdahale hukuka aykırı olacağından artık burada ölçülülüğün değerlendirilmesine de gerek kalmayacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta alkol ve uyuşturucu testinin uygulanabileceği işçiler belirlenirken yapılacak değerlendirmede işyerinde görülen işin değil, o işyerinde çalışan işçinin gördüğü işin niteliği dikkate alınmak zorundadır. Bir başka ifade ile işyerinde tehlikeli iş sınıfına girebilecek bir iş görülmekle birlikte, işçi iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk yaratmayacak bir işte çalışıyorsa bu işçiden alkol ve uyuşturucu testine girilmesinin istenmesi kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale olacaktır. Yine işyerinde işyeri iç yönetmeliği ile tehlikeli işlerde çalışıp çalışmama ayırt etmeksizin tüm işçilere periyodik olarak alkol ve uyuşturucu testi istenebileceğine ilişkin düzenlemeler tehlikeli sayılmayacak işlerde çalışan işçiler bakımından izlenen amacı aşan nitelikte ve ölçüsüz bir uygulama olacağı kabul edilmelidir.³⁰ İş sağlığı ve güvenliği

²⁸ ÇETİN, s. 194; SEVİMLİ, s. 167.

²⁹ CİVAN, s. 130.

³⁰ UGAN ÇATALKAYA, s. 328.

bakımından risk taşımayan bir işte çalışan işçiden alkol ve uyuşturucu madde kullanımı sebebi ile performans düşüklüğü yaşadığından şüphe edilse bile alkol ve uyuşturucu testi istenemez. Aksinin kabulü işverene kolları dahi tanınmayan bir yetkinin tanınması anlamına gelecek ve işçinin özel hayatına saygı hakkına hukuka aykırı bir müdahale teşkil edecektir.³¹ İşçinin performans düşüklüğü, işe geç gelmesi veya alkol sorunundan kaynaklanan devamsızlık benzeri olguların belirli koşullarla İş Kanunu'nda ayrı olarak fesih sebebi olarak düzenlendiği de unutulmamalıdır.

Alkol ve uyuşturucu testlerine yönelik haklı bazı eleştiriler de bulunmaktadır. Öncelikle bu testler testin yapıldığı andaki verilere göre, herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda alkol alındığı veya uyuşturucu madde kullanıldığını belirlemekten öteye geçmez.³² Vücut sistemine ve kullanılan teste göre alkol saptama süreleri değişebilir. Alkol, kullanılan tespit testine göre vücudumuzda 6-72 saat arasında kalabilir. Vücutta kaldığı süre ortalama olarak kan testinde 6 saat, nefes testinde 12 ila 24 saat, idrar testinde ise 12 ila 24 saat (daha gelişmiş test yöntemleriyle 72 saat veya daha fazla), tükürük testi ile 12 ila 24 saat ve saç kökü testi için 90 gündür.³³ Yine uyuşturucu maddeler de kullanım miktarına göre vücudumuzda aylarca kalabilmektedir. Örneğin; kullanım miktarına göre değişiklik göstermekle beraber marihuananın psikoaktif bileşeni olan THC'in vücutta kaldığı süre tükürükte 24 saate kadar saptanabilir ve kanda 12 saate kadar, tükürük testi ile 24 saate kadar, idrar testinde bir aya kadar ve son olarak saçta 90 gün olarak belirlenmiştir.³⁴ Bu sebeple testlerin işçinin alkol ve uyuşturucu madde tesirinde işyerine geldiği veya işyerinde bu maddeleri tükettiği ya da performansını etkilediğine ilişkin

³¹ SEVİMLİ, s. 167, 171; Sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz; KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014.

³² DAVIDSON, s. 215; ILO, s. 32.

³³ WAGENER, Dan, "How Long Does Alcohol Stay in Your System" <https://americanaddictioncenters.org/alcoholism-treatment/how-long-in-system> (Erişim Tarihi: 11.01.2024).

³⁴ WAGENER, Dan, "How Long Does Marijuana (Weed) Stay in Your System?" <https://americanaddictioncenters.org/marijuana-rehab/how-long-system-body>, (Erişim Tarihi: 18.01.2024)

bir sonuç vermesi mümkün değildir.³⁵ Aynı zamanda bu testlerin detaylı ve gelişme tarama yöntemleri kullanıldığında reçeteli ilaçların (xanax, ritalin, vb.) kullanımı ya da belirli bitki çaylarının fazla tüketimi hallerinde uyuşturucu madde kullanımı sonucu verebileceği de belirtilmiştir³⁶. Bu testler sonucu işçinin işyeri ve çalışma saatleri dışında alkol veya uyuşturucu madde kullandığının tespiti ve bu sonucun işverene bildirilmesi, işçinin özel yaşamına saygı hakkının ihlaline neden olacaktır. Alkol ve uyuşturucu testleri işçinin vücut bütünlüğüne ve dolayısıyla özel yaşamına saygı hakkına yönelen bir müdahale oluşturduğundan ve belirtilen haklı eleştiriler sebebi ile de hukuka uygunluk sebepleri oldukça dar yorumlanmalı ve bu testlere istisnai hallerde başvurulmalıdır. Kanaatimizce Fransız hukukunda olduğu gibi yalnızca iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılabilecek işte çalışan işçilerden alkol ve uyuşturucu testi istenebileceği ilke olarak kabul edilmelidir.

B. İşçinin Rızası

Öncelikle işçinin alkol ve uyuşturucuna testine tabi tutulması kişilik haklarına bir müdahale teşkil eder. Bu sebeple işçinin rızasının alınması zorunludur. Gerçekten de Türk Hukuku bakımından TMK 23. maddesine göre ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. KVKK m. 6/3 uyarınca da işçilerin alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulabilmesi için açık rızasının alınması gerekir. İşverenler uygulamada bu testlere tabi olacak işçileri, testlerin türünü ve bu testler sonucu uygulanabilecek disiplin cezalarını genel işlem koşulu niteliğinde iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlemektedir.³⁷ Bununla birlikte işveren işçi ile bireysel iş sözleşmesi yaparak alkol veya uyuşturucu testlerine tabi tutulmasına ilişkin hükümler üzerinde de anlaşılabilir. Bireysel iş sözleşmesinin kabulü halinde açık rızasının varlığına ilişkin şüphe olmayacaktır.

³⁵ ÇANKAYA, Yiğitcan, İş İlişkinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği, İstanbul, 2021, s. 162; ILO, s. 32-33; SEVİMLİ, s. 171.

³⁶ DAVIDSON, s. 215. Detaylı değerlendirmeler için ayrıca bkz. ÇANKAYA, s.162 vd.

³⁷ Hukukumuzda işverenin alkol konusunda işyerinin özelliklerine göre ölçütler getirebileceğine ve bunların Fransız hukukunda olduğu gibi işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenebileceğine ilişkin görüş için bkz.; ÖZDEMİR, s. 447.

İşçilerin alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulabilmesine ilişkin hükümler genel işlem koşulu niteliğinde iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenmişse burada hem TBK m. 27 hem de 6098 sayılı TBK m. 20-25 hükümleri ile öngörülen denetimler uygulama alanı bulacaktır. TBK m. 27 gereği işçi iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk yaratmayacak bir işte çalışıyorsa bu işçiden alkol ve uyuşturucu testine girilmesinin istenmesi kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale olacağından bu hüküm geçersizdir. TBK m. 21'e göre genel işlem koşulu niteliğinde bir hükmün bağlayıcılık kazanmasının iki koşulu vardır. Bunlar, işveren tarafından işçiye iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlenen alkol ve uyuşturucu testine ilişkin açıkça bilgi verilmesi, öğrenme imkânı sağlanması ve işçinin bu hükümleri kabul etmesidir.³⁸ Kanaatimizce TBK m. 21'de aranan unsur işverenin işçiye iş sözleşmesi ve işyeri iç yönetmeliklerinde genel işlem koşullarının kullanıldığına ilişkin bir uyarıda bulunması ve bu koşulları öğrenme imkânını sağlamasıdır.

İşverenin tüm genel işlem koşullarını işçiye açıklaması beklenebilir nitelikte değildir. Ancak burada, alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin ayrı bir işyeri iç yönetmeliği varsa, işverenin buna ilişkin özel bir uyarı yapması gerektiği kanaatindeyiz. İşveren yürürlükteki, tüm işyeri iç yönetmelikleri için makul bir süre tanıyarak işçiye öğrenme imkânı tanıması zorunludur. O halde işyerinde alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin özel bir işyeri iç yönetmeliği varsa özel bir uyarıda bulunması zorunludur. İşveren, genel işlem koşulu niteliğinde iş sözleşmeleri ve işyeri iç yönetmeliklerine ilişkin işçiye öğrenme imkânı tanımuşsa, bu halde diğer işyeri iç yönetmelikleri bağlayıcılık kazanamaz. İşyeri iç yönetmeliklerinin içeriğini öğrenme imkânı sağlanması koşulu ile anlatılmak istenen bu hükümlerin işçinin hâkimiyet alanına ulaşmasıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre işverenin işçiye genel işlem koşullarının okunması veya bu koşullara etki etme olanağını sağlaması zorunluluğu yoktur.³⁹ İşverence işçiye

³⁸ YILDIZ, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, s. 25.

³⁹ AYDOĞDU, Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi, Ankara 2018, s. 169-170; Karşı görüşe göre; her bir genel işlem koşulu için ayrı bilgilendirme yapılması gerekmektedir.; KUNTALP, Erden: "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları" Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHAİ, 2011, s. 94-95; KUTLU MUTLUER, Merve, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri, Ankara 2022, s. 95.

öğrenme imkânı sağlanarak makul bir süre verilmesi yeterlidir. Makul sürenin belirlenmesinde somut olayın özelliğine göre değerlendirilme yapılması doğru olacaktır. O halde işveren, alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin hükümler genel işlem koşulu niteliğinde ise işçiye bu konuda bir uyarıda bulunarak bu koşulları öğrenmesi için makul bir zaman tanımalıdır. Aksi halde TBK m. 21 gereği alkol ve uyuşturucu testine ilişkin bu hüküm yazılmamış sayılacaktır.

İşverenin toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmelikleri ile işçilerin belirli aralıklarla rutin olarak alkol veya uyuşturucu testine girmesini öngören düzenlemeler yapıp yapamayacağı cevaplanmaya değer bir başka sorudur. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik bir menfaati olmadıkça bu soruya vereceğimiz cevap olumsuz olmalıdır.⁴⁰ İşçinin gördüğü işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliği açısından bir risk bulunmadığı hallerde toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmelikleri ile işçilerin belirli aralıklarla rutin olarak alkol veya uyuşturucu testine girmesini öngören düzenlemeler TBK m. 27 gereği kişilik haklarına aykırılık teşkil eder. TBK m. 27’de öngörülen genel denetim, tüm sözleşme hükümlerine uygulanır ve kişilik haklarına aykırılık teşkil eden düzenlemelerin tabi olduğu yaptırım ilgili madde de belirtildiği üzere kesin hükümsüzlüktür.

Fransız Hukukunda cerrahi müdahale gerektirmeyen testlerin belirli koşulların sağlanması halinde işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Fransız hukukunda işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlenecek konular İş Kodu ile sınırlandırılmıştır. İş Kodu işverenin işyeri iç yönetmelikleri ile çalışma koşullarını düzenleme yetkisini işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacı ile oldukça sınırlandırmıştır. İş Kodu’na göre işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenecek konular; iş sağlığı güvenliğine ilişkin hükümler ve disiplin hükümleridir. Cerrahi müdahale gerektirmeyen alkol ve uyuşturucu testlerin de iş güvenliği hükümleri kapsamında olduğu ve böylece işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlenebileceği kabul edilmektedir.⁴¹ Fransız Yargıtay’ı da

⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz; **BAYSAL**, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 92.; **CİVAN**, s. 129.

⁴¹ **LOKİEC**, s. 181; Detaylı bilgi için bkz; **AUVERGNON**, Philippe, Drogues illicites et travail salarié, Dr Soc, 2015, s. 449 vd; **KUTLU MUTLUER**, s. 42 vd; **ÖZDEMİR**, s. 447.

işçinin yaptığı işin gereği olarak işyerinde çalışan kişiler, araç ve gereçler, iş sağlığı güvenliği bakımından risk oluşturması halinde ve işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenmesi koşulu ile alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir.⁴²

Fransız Yargıtay'ının yakın zamanda verdiği ve somut olayda belirli işte çalışanlar için öngördüğü sıfır alkol politikasına ilişkin değerlendirmeleri de konumuz bakımından önem taşımaktadır. Somut olayda otomotiv ekipman imalatı yapan bir işyerinde işyeri iç yönetmeliği ile belli kategorideki işçilerin alkol tüketimini tamamen yasaklayan bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre makine operatörleri, elektrikçiler ve tamirciler gibi belirli çalışanlar için alkole sıfır tolerans politikası uygulanacağını işyeri iç yönetmeliklerinin ekinde düzenlemiştir. Burada belirtmekte fayda vardır ki, Fransız İş Kodu'nda işyerinde belirli alkollü içeceklerin tüketilmesine izin verilmektedir (Bunlar; şarap, bira, elma şarabıdır). İşveren L. 4121-1 gereği işçiyi gözetme borcunun gerekliliklerini sağlama ve önlemler alma imkanına sahiptir. Fransız İş Koduna göre, işyeri iç yönetmeliklerinin yürürlüğe girmeden önce iş müfettişi tarafından idari bir denetimden geçmesi zorunludur. Somut olayda iş müfettişi İş Kodu'nda yer alan hükmü de göz önüne alarak bu hükmün işyeri iç yönetmeliklerinden çıkarılmasına karar vermiş ve işveren de buna itiraz etmiştir. Dava Fransız Yargıtay'ının önüne geldiğinde mahkeme, işin niteliği gereği işçinin alkol tüketmesi diğer işçiler veya üçüncü kişiler için yüksek tehlike oluşturacaksa her türlü alkol tüketiminin yasaklanabileceğine hükmetmiştir. Fransız Yargıtay'ı aynı zamanda işçinin gördüğü işin niteliği gereği işyerinde alkol etkisi altında olması iş sağlığı ve güvenliği açısından risk yaratabileceği durumlarda sıfır alkol politikasının işyeri dışında da alkol tüketimini sınırlandırabileceğini veya yasaklayabileceğini belirtmektedir.⁴³ Sonuç olarak, Fransız Yargıtay'ı, yalnızca tehlikeli

⁴² Cass Soc. 24 Février 2001, n. 01-47000; Cass Soc 31 Mars 2015, n. 13-25436 <https://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim Tarihi: 11.01.2024). Alkol testlerinin geçerli sayılabilmesi için testlerin koşulları ve işçinin itiraz imkanının işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenmesi gerekir. Bknz.; ÖZDEMİR, 450.

⁴³ Cass Soc 08 Juillet 2019, n. 420434 <https://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim Tarihi: 11.01.2024).

Fransız Danıştay'ının önüne gelen bir uyuşmazlıkta işyerinin kafeteryasında ve öğle saatinde alkollü içecek tüketimini yasaklayan bir işyeri iç yönetmelik hükmünü

işlerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği açısından korunmasının meşru amacını gerçekleştirmek için alkol yasağının işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlendiğini ve müdahalenin ölçülü olduğuna karar vermiştir. Buna göre, işveren görülen işin iş sağlığı ve güvenliği açısından risk yaratması halinde alkole sıfır tolerans politikası uygulama hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Hukukumuzda ise İş Kanunu m. 25/II-d hükmü işyerinde alkol tüketimi veya uyuşturucu kullanımı halinde işverence haklı nedenle derhal sözleşmenin feshedebileceği şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁴ İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü gereği işyerinde doğacak olası riskleri elimine etmek için alkol kullanımına ve buna ilişkin disiplin cezasını belirleme yetkisi vardır.⁴⁵ Ancak belirtmekte fayda vardır ki, işverenin işyerinde düzenlemeler ile özel hayatında alkol almamayı yasaklaması mümkün değildir. Kişinin karar verme özgürlüğünün ihlali niteliğindeki düzenlemeler hem genel ahlaka aykırılık hem de kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir.⁴⁶ Bu sebeple işçilerin mesai saatleri dışında alkol alması veya almamasına ilişkin hükümler de hem ahlaka hem de kişilik haklarına aykırı olduğu için toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenemeyecektir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta işçinin özel hayatında alkol almasının yasaklanamayacağı ve bu sebeple alkol testine tabi tutulamayacağı hususlarına işaret etmiştir. Kararda işçinin özel hayatının ve karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmayacağı “Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin izin günü dinlenirken alkol alması olağan bir durumdur. Davacı, işe geldiğinde

işçinin kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale olarak görülmüştür. Bu kararda da Danıştay iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacıyla ve belirli nitelikte işte çalışanlar için bu yasağın uygulanabileceğini kararda belirtmiştir. CE, 12 Novembre 2012, n. 349365 <https://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim Tarihi: 17.01.2024). Karar ilişkin değerlendirmeler e eleştiriler için ayrıca bknz.; ÖZDEMİR, s. 447.UGAN ÇATALKAYA, s. 330.

⁴⁴ SÜZEK, s. 700; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 864; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 625; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 242.

⁴⁵ Bununla birlikte, işverenin işin niteliğine göre daha esnek bir uygulama tercih edebileceği ve işyerinin sosyal tesis vb. kısımlarında alkollü içkiye izin verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte bu konudaki ölçütlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulunda karara bağlanması gerektiği de ileri sürülmüştür. ÖZDEMİR, s. 449.

⁴⁶ BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 139-140.

işveren temsilcileri tarafından alkol muayenesine tabi tutulmuştur. İşyerine sarhoş olarak geldiği anlaşılmayan ve izinli iken alkol aldığı bilinen davacının, davalı işverence böyle bir harekete maruz bırakılması, iyi niyetli bir davranış olarak düşünülemez. Bu davranışın korunması hakkaniyete uygun değildir. Fesih haksız olduğu gibi, böyle bir tutum karşısında geçerli de kabul edilemez” şeklinde belirtilmiştir.⁴⁷

Tartışılması gereken bir başka husus da işverenin toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliklerinde mevcut bir düzenleme bulunmadığı hallerde işçinin alkol veya uyuşturucu madde tesiri altında olduğundan şüphelenilmesi halinde işçinin bu teste katlanma yükümlülüğünden bahsedilip bahsedilmeyeceğidir. Bir başka ifade ile gördüğü iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlike arz eden bir işte çalışan işçinin alkol veya uyuşturucu madde tesirinde olduğundan şüphelenilmesi halinde işçinin alkol veya uyuşturucu testine girme zorunluluğu olup olmadığıdır. Genel gözlem yöntemleri ile işçinin davranışları, konuşma güclüğü ya da alkol kokusu bulgularına dayanılarak alkol yasağına uyup uymadığı tespit edilebilir. Aynı şekilde uyuşturucu madde tesiri altında olup olmadığı da davranışlarının gözlenmesi suretiyle belirlenebilir. İşte bu hallerde işveren işçiye durumun açığa kavuşturulması için alkol veya uyuşturucu testine girmesini teklif edebilir. İşyerinde alkol tüketimi veya uyuşturucu madde tesiri altında olma hem işin niteliği hem de diğer işçiler veya işçinin muhatap olabileceği üçüncü kişilerin sağlığı ve güvenliği için tehlike arz edebilir. Katıldığımız görüşe göre, burada işverenin testin masraflarını karşılamak koşulu ile işçinin alkol veya uyuşturucu madde tesiri altında olup olmadığının tespiti için teste girmesini talep etmesinde işçinin bu teste girmesi sadakat borcunun gereği bir yan yükümlülük olarak karşımıza çıkabilir.⁴⁸ İşverenin bu halde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için meşru bir menfaati vardır. Ancak her ne kadar işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacıyla belirli koşullarla işçiden alkol ve uyuşturucu testine girmesini isteyebileceği kabul edilse de işverenin işçiyi bu testlere zorlaması mümkün değildir.⁴⁹ Bununla birlikte işçinin bu

⁴⁷ Y. 9. HD, 12.12.2005, E. 2005/36147 K. 2005/39144 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

⁴⁸ BAYSAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 96; CİVAN, s. 130.

⁴⁹ ÖZDEMİR, s.451.

talebi reddetmesi, işten el çektirilmesini haklı kılar.⁵⁰ Bu halde kanaatimizce somut olayın özelliğine göre işçinin test yaptırmaktan kaçınması haklı veya geçerli nedenle fesih sebebi olabilecektir.

C. AİHM'in Alkol ve Uyuşturucu Testlerinin Uygulanabilmesine İlişkin Yaklaşımı

AİHM'in işçilere uygulanan alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin iki önemli kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan ilki olan Madsen/Denmark⁵¹ davasına konu olan somut olayda başvuru, gemicilik şirketi olan Scandinavian Seaways'de (DFDS) yolcu asistanı olarak çalışmıştır. Başvurucunun çalıştığı DFDS iş sözleşmesi devam ederken gemi çalışanlarının yetkililer veya gemi kaptanı tarafından talep edilmesi halinde alkol testine girmek zorunda olduğuna yönelik bir düzenleme yapmıştır. Bununla birlikte, tüm işçilerin yılda en az bir kez de önceden kendilerine bildirilmeksizin alkol ve uyuşturucu madde kullanımını gösteren bir teste tabii tutulmak zorunluluğunda oldukları da düzenlemede yer almaktadır. Bununla birlikte işçilerin görev başındayken sarhoş edici ilaç ya da uyarıcı madde altında olmaları da mutlak olarak yasaklanmıştır. Bu hükümlere aykırı davranışın yaptırımı da iş sözleşmesinin derhal feshi olduğu düzenlemede yer almaktadır. Yapılan bu düzenlemenin tüm işçilere sunularak okuduklarına dair yazılı beyanları alınmıştır. Başvurucunun üyesi olduğu sendika bu düzenlemeleri ve özellikle de tüm işçilerin yılda en az bir kez önceden kendilerine bildirilmeksizin uygulanacak alkol ve uyuşturucu testine ilişkin uygulamayı onaylamadıklarını işverene bildirmiş, ancak işveren düzenlemede herhangi bir değişiklik yapmamıştır. Akabinde başvurucudan herhangi bir şüpheye dayanmaksızın idrar örneği verilmesi istenmiş ve yapılan idrar testi sonucu başvuru alkol ya da uyuşturucu kullandığına ilişkin herhangi bir bulguya rastlanılmamıştır. Başvuru, işverence kontrol önlemi olarak belirli periyotlarla işçilerden rastgele idrar örneği alınmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle ulusal yargı makamlarına başvurmuşsa da işçinin temel haklarına ilişkin bu müdahale hukuka aykırı bulunmamıştır.

⁵⁰ ÖZDEMİR, S.451.

⁵¹ AİHM, Madsen/Denmark, 07.11.2022, Başvuru No. 58341/00 (AİHM, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

Nihayetinde başvurucu uygulamanın AİHS m. 8'in ihlali olduğu ve bu müdahalenin hukuka ve demokratik toplumun gereklerine uygun olmadığı iddiası ile AİHM'ne başvurmuştur.

Wretlund/Sweden⁵² davasına konu somut olayda, başvurucular nükleer bir santralde temizlik görevlisi olarak çalışmaktadır. 1991 yılında, işveren ve dört sendika arasında uyuşturucu testlerine ilişkin bir düzenleme üzerinde mutabakata varılmıştır. Buna göre, işe başvuran tüm adayların, işe alınmadan önce sağlık muayeneleri kapsamında bir uyuşturucu testine tabi tutulmak yükümlülüğünde oldukları kabul edilmiştir. 1993 yılında, hâlihazırda çalışmakta olan işçilerin alkol ve uyuşturucu testlerine girmesi işverence teklif edilmiş ve üç sendika tarafından kabul edilmiştir. Başvurucunun üyesi olduğu sendika bu düzenlemeyi kabul etmemiş ancak işveren yine de tüm işçilerin uyuşturucu ve alkol testlerinden geçmesi gerektiğine karar vererek buna ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Yine başvurucunun üyesi olduğu sendika ile işveren sendikası arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde işçilerin alkol ve uyuşturucu testine gireceğine ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Bu düzenlemeden sonra işverence işçilerden alkol ve uyuşturucu testlerine girmesi talep edilmiş ve başvurucu teste girmeyi reddetmiştir. Başvurucu işyerinde rastgele alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulmalarının AİHS m. 8 kapsamında özel hayata saygı hakkına hukuka aykırı bir müdahale olduğu ileri sürülmüştür. Somut olayda başvurucunun nükleer santralde radyasyona maruz kalabileceği tehlikeli olarak belirlenmiş alanlara giriş izni bulunmadığı da belirtilmiştir. İş mahkemesi başvurucunun her ne kadar alkol testine girme zorunluluğu bulunmasa da nükleer santralin yasal olarak yüksek güvenlik standartlarına tabi olması sebebi ile işverenin işyerinde hastalık ve kazaları önleyici tedbirler alma yükümlülüğünde olduğundan işçilerinin uyuşturucu testine girme zorunluluğu bulunduğunu kabul etmiştir. İş mahkemesi sonuç olarak işverenin uyuşturucu testi istemesinde meşru bir çıkarının olduğuna ve AİHS m. 8'in ihlal edilmediğine karar

⁵² AİHM, Wretlund/Sweden, 09.03. 2004, Başvuru No. 46210/99 (AİHM, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

vermiştir. Bunun üzerine başvuru özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile AIHM'ne başvurmuştur.

Mahkeme her iki davada da işçilere uygulanan zorunlu alkol ve uyuşturucu testlerinin AIHS m. 8 kapsamında olduğunu ancak hukuken öngörülmuş kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan ve demokratik toplumda gerekli müdahaleler olduğu sonucuna ulaşmıştır. AIHM her iki davada da sonuç olarak başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Her iki kararda da AIHM Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına giren bir müdahale olduğunu kabul etmişse de bunları hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme kararlarında hukuka uygunluk nedeni olarak kamu güvenliği ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını göstermiştir. Madsen davasında mahkeme gemide yolcu asistanı olan başvuruçunun alkol veya uyuşturucu madde tesirinde bulunması halinde kamu güvenliği ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından tehlike yaratacağını belirtmiştir. Mahkeme testlerin meşru amaca yöneldiğini kabul ederken Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1991 tarihli "*Denizcilik Sektöründe Uyuşturucu ve Alkol Kullanımına İlişkin Kararına*" ve 1993 tarihli "*Denizcilik Sektöründe Dünya Çapında Uyuşturucu ve Alkol Testine İlişkin Temel İlkeleri*"'ne atıfta bulunmuştur. Wretlund/Sweden davasında da mahkeme başvuruçunun işinin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın başvuruçunun nükleer santralde çalışıyor olmasını uyuşturucu testinin uygulanması bakımından yeterli bulmuş ve müdahalenin meşru amaca yöneldiğine karar vermiştir. Başvuruçunun nükleer bir santralde temizlik görevlisi olarak çalıştığı ve işyerinde radyasyona maruz kalabileceği alanlara giriş izni bulunmadığına ilişkin gerekçesi AIHM tarafından "işverenin uyuşturucu testine tabi tutulacak işçiler arasında ayırım yapmasının pratik olmadığı" gerekçesiyle değerlendirilmemiştir.

İşyerinin niteliği işçilere uygulanacak alkol ve uyuşturucu testleri bakımından müdahalenin hukuka uygun meşru bir amaca yönelip-yönelmediğinin belirlenmesinde tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Daha öncede belirtildiği üzere işçinin alkol veya uyuşturucu testine tabi tutulabilmesi değerlendirilirken işyerinin değil, işin niteliği belirleyicidir. Detaylı olarak önceki bölümlerde ele alındığı üzere alkol ve uyuşturucu testinin muhatabı işyerinde çalışan tüm işçiler değil iş sağlığı ve güvenliği

bakımından risk oluşturan işleri gören işçilerdir. Madsen/Denmark davasında başvuru yolcu asistanı olarak çalışmış ve işinin niteliği gereği geminin işletilmesinde görev almamıştır. Geminin işletilmesinde görev almayan iş sağlığı ve güvenliği bakımından herhangi bir risk oluşturmayan bir işte çalışan başvurucuya alkol ve uyuşturucu testi uygulanmasında işverenin meşru bir çıkarı yoktur. Aynı şekilde, Wretlund/Sweden davasında da mahkeme işinin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmamış başvurucunun nükleer santralde çalışıyor olmasını alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılması bakımından yeterli görmüştür. Oysa işçilere alkol ve uyuşturucu testi uygulanabilmesinin önkoşulu işçinin gördüğü işin niteliği gereği bu maddeler tesirinde bulunmasının iş sağlığı ve güvenliği veya diğer işçiler ya da üçüncü kişiler bakımından bir tehlike doğurmasıdır. AIHM'in kararlarında bu hususu değerlendirmemesi oldukça önemli bir eksikliktir. AIHM'in işyerinin faaliyet konusuna bakılarak işçilere alkol ve uyuşturucu testi uygulanabileceği ve bu sebeple başvurucuların özel hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine ilişkin kararlara katılmıyoruz. Aynı zamanda her iki kararda da yer alan "işverence farklı kategorideki işçiler için değerlendirme yapmasının pratik olmaması"nın işçinin özel hayatına müdahale edilebilmesi için meşru bir amaç olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin öğretilere öne sürülen görüşe katılmaktayız.⁵³ İşverenin farklı kategorideki işçiler için değerlendirme yapmasının pratik olmaması, işçilerin AIHS kapsamında özel hayata saygı hakkına yönelen müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde göz önüne alınacak bir ölçüt değildir. Aksine işveren işçinin kişiliğinin korunması ve kişilik haklarını zedeleyecek müdahalelerden kaçınmak için gerekli önemleri almakla yükümlüdür. Wretlund/Sweden davasında mahkeme somut olayda testin diğer işçiler yokken yapıldığı, test sonucunun sadece belirli kişilerle paylaşılması hususlarının da göz önüne alınarak işçinin özel hayatına saygı hakkı ile işverenin çıkarları, kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında adil bir şekilde kurulduğuna da ayrıca yer vermiştir. Davada uygulanan uyuşturucu testinin sadece belirli bir uyuşturucu (esrar) kullanımı ile sınırlandırıldığı da göz önüne alındığı belirtilmiştir. Kanaatimizce, işçinin alkol veya

⁵³ ÇETİN, s. 200; UGAN ÇATALKAYA, s. 329.

uyuşturucu testine tutulabilmesinin önkoşulu işçinin gördüğü işin niteliğinin iş sağlığı ve güvenliği bakımından bir risk teşkil etmesidir. İşçinin gördüğü işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliği bakımından bir risk teşkil etmediği bir başka ifade ile müdahalenin meşru amaca yönelmediği tespit edildiğinde bir sonraki aşama olan ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesi gerekmecektir. Testin diğer işçiler yokken yapılması, test sonucunun sadece belirli kişilerle paylaşılması ve testin kapsamının belirli bir tip uyuşturucu kullanımı ile sınırlandırılması müdahalenin meşru amaca yöneldiği kabul edilen testlerde müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde incelenecek hususlardır. Bu sebeple alkol ve uyuşturucu testinin yapılmasına ilişkin meşru bir amaç bulunmak zorunda olup; testin diğer işçiler yokken yapılması, test sonucunun sadece belirli kişilerle paylaşılması veya testin kapsamının belirli bir tip uyuşturucu kullanımı ile sınırlandırılmasına yönelik hususları özel hayata saygı hakkına yönelen bir müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getirmeyecektir.

D. Alkol ve Uyuşturucu Testlerinin Uygulanması ve Sonuçlarına İlişkin Temel İlkeler ve İşverenlerin Yükümlülükleri

Alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanmasında işverenin belirli yükümlülükleri vardır. Alkol ve uyuşturucu testinin uygulanmasında ölçülülük ilkesinin dikkate alınması ve işçinin onurunu kırııcı uygulamalardan kaçınılması bir zorunluluktur. Ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak yapılacak alkol veya uyuşturucu testinde işçinin vücut bütünlüğüne en az müdahale eden yöntemin seçilmesi gerekir. Örneğin; alkol testinde kan örneği yerine nefes ölçümü yapılması; uyuşturucu testinde idrar örneğinin kan örneğine veya saç numunesine tercih edilmesi söz konusu olabilir. Yine her üç yöntemin de eşit ve güvenilir sonuç vermesi halinde işçiye tercihte bulunması imkânı da sunulabilir.⁵⁴ Aynı zamanda kan, idrar ve saç testlerinin eşit ve güvenilir sonuç vermesi halinde işçinin daha hızlı sonuç verecek testi tercih etmesine imkan tanınması gerekir. Testler uygulanırken işçinin onurunu kırııcı muamelelerden kaçınılması gerekir.

⁵⁴ SEVİMLİ, s. 164; UGAN ÇATALKAYA, s. 329.

İdrar testi uygulamasında idrar örneği verilirken kişinin izlenmesinin onur kırıcı nitelikte olduğu da belirtilmektedir.⁵⁵

Alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanmasının bir diğer koşulu da işverenlerin işçileri test ve prosedüre ilişkin konular açısından önceden bilgilendirmesidir.⁵⁶ Bununla birlikte test sonucuna ilişkin değerlendirme yalnızca yetkin sağlık personeli tarafından yapılmalı⁵⁷, işçi ile görüşülerek test sonucuna ilişkin de bilgi verilmelidir. Haklı olarak belirtildiği üzere işçinin test sonucuna ilişkin makul bir açıklaması olabileceği için işçi ile görüşme, test sonucunun değerlendirmesinde oldukça önemlidir. Örneğin; işçinin yasal olarak kullandığı ilaçları bildirmesi test sonucunun sağlık personeli tarafından yorumlanmasında değişikliğe yol açabilecektir.⁵⁸ İşçinin test sonucuna ilişkin makul bir açıklaması olduğunda artık işverene test sonucunun negatif olduğunun bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu testlerin ruhsatlı laboratuvarlarda yapılması ve sonuçların değerlendirilmesinde yetkin sağlık personelinin gizlilik ilkesine riayet edilerek değerlendirilmesi de gerekir.⁵⁹ Uyuşturucu testlerinin gerçekleştirilmesi için işçiden saç, kan, tükürük, idrar gibi biyolojik örnek alınması gerekmektedir. Bu sebeple biyolojik örneklerin sadece doktor tarafından ve tıbbi gizlilik ilkesi göz önüne alınarak uygulanması bir zorunluluktur.⁶⁰ Öğretide işveren vekili tarafından alınacak bir numune ile testin uygulanacağına ilişkin bir işyeri iç yönetmelik hükmünde hem tıbbi gizliliğin ihlali hem de sonuçların güvenilir olmayacağı gerekçesiyle işçinin kişilik haklarına ölçsüz bir müdahale teşkil edeceği haklı olarak belirtilmiştir.⁶¹ Test yapılırken mümkün oldukça en güvenilir sonuca ulaşmayı

⁵⁵ CRAIG, s. 177.

⁵⁶ SEVİMLİ, s. 167.

⁵⁷ ÖZDEMİR, 451.

⁵⁸ SEVİMLİ, s. 168.

⁵⁹ ÜNAL, s. 289; ILO, "Coming clean: Drug and alcohol testing in the workplace" https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/WCMS_082253/lang--en/index.htm (Erişim Tarihi: 11.01.2024)

⁶⁰ UGAN ÇATALKAYA, s. 329-330.

⁶¹ UGAN ÇATALKAYA, s. 329-330.

sağlayacak yöntemler tercih edilmelidir. Aynı zamanda işçiye bu testlere itiraz edebilme veya ikinci bir görüş de talep edebilme imkânı da tanınmalıdır.⁶²

Alkol ve uyuşturucu testleri sonucu işçilerin sağlığına ilişkin kişisel verilerin işlenmesi bu konudaki hukuki düzenlemelere riayet edilmesini de gerekli kılar. Kişisel veri kavramı hukukumuzda KVKK m. 3/1-d’de “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. KVKK m. 6/1 hükmü gereğince de işçilerin sağlığına ilişkin veriler özel nitelikli kişisel verilerdir.⁶³ KVKK gereğince özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için ilgilinin açık rızasının alınması şarttır.⁶⁴ TBK m. 419 kişisel verilerin işlenmesine ilişkin mevzuatımızda yer alan önemli bir hükümdür. TBK m. 419’a göre işveren, işçiye ait kişisel verileri “*ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde*” kullanabilecektir. İlgili hükme göre, işveren, işçiye ait kişisel verileri ancak iki halde işleyebilecektir. Bunlar; işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifasının zorunlu olması halleridir. Verilerin işlenmesinde KVKK’da öngörülen ilkeler gözetilmek zorundadır. Öğretide TBK m. 419’un iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesinde özel hüküm olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵ Böylece bu hüküm tüm iş ilişkilerine

⁶² LOKIEC, s. 183; ÖZDEMİR, 450.

⁶³ İşverenler iş ilişkisi kurulmadan önce veya iş ilişkisinin devamında işçinin sağlığına ilişkin veriler konusunda bilgi sahibi olmak için belirli testler ya da bilgileri içeren formların doldurulmasını işçilerden sıklıkla istemektedir. İşçinin sağlık durumuna ilişkin bilgi içeren belgeler veya formlar, hamilelik durumu ya da engellilik hâline ilişkin bilgiler, alkol veya uyuşturucu testi sonuçları, işçinin iş ilişkisinin devamında işe uygunluğunun saptanması için yapılan sağlık muayene sonuçları hastalıkları, ameliyatları, aşı durumu, kan grubu, daha önceden geçirdiği hastalıkları hepsi işçinin sağlığına ilişkin verilerdir. İşçinin sağlığına ilişkin veriler kişisel veridir. Bknz.; Anayasa Mahkemesi, 01.02.2017, 2014/19081,; Anayasa Mahkemesi, 25.10.2017, 2014/14189.

⁶⁴ AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, s. 173; SEVİMLİ, s. 162; ÜNAL, s. 289.

⁶⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu" Kübra Doğan Yenisey ve Seda Güneş Emrağ (Editörler) İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul, 2017, s. 37; SEVİMLİ, Ahmet K., "İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi İçin Verdiği Rızanın Hukuki Değeri" Toprak İşveren, 116, 2017, s.9; ÜNAL, s. 266.

uygulanacaktır.⁶⁶ Bununla birlikte, işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifasının zorunlu olması halleri bakımından öğretilerde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bir görüşe göre, maddede yer alan “işe ilişkin olma” kavramı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecektir. Bu görüşe göre TBK m. 419 işverence işlenecek veriler işe ilişkin olmalıdır, aksi halde verilerin işlenmesi diğer hukuka uygunluk sebepleri olsa dahi mümkün olmayacaktır. Öğretilerde TBK m. 419 hükmünün hukuka uygun sebeplerinin uygulamasını sınırlandırdığı da belirtmiştir. Bu görüşe göre verilerin işlenebilmesi için işçinin rızası tek başına hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez. İşçinin rızası ancak söze konu verilerin işlenmesinde işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olması halinde mümkündür.⁶⁷ Yine öğretilerde TBK m. 419/1’de yer alan işçinin kişisel verilerinin işlenmesinde işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifasının zorunlu olması hususlarının hukuka uygunluk sebebi olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, bu unsurların KVKK’da yer alan veri işleme ilkelerinin iş ilişkisine yansımaları olduğu bir başka ifade ile “ölçülülük ilkesinin somutlaşmış” hali olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür.⁶⁸ İş ilişkisinde işçinin verilerinin işlenmesinin amacının sınırı “iş ile ilgili olma” olarak belirlenmiştir.⁶⁹ O halde işçinin sağlığına ilişkin kişisel verilerinin işlenmesinde işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifası zorunlu değilse, hukuka uygun kabul edilmeyecektir. Sonuç olarak yapılan alkol ve uyuşturucu testleri sonucu elde edilen veriler işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifası ile sınırlı olarak işlenebilecektir. Aynı zamanda işverene bu testler sonucunda elde edilen verilerden sadece işçinin gördüğü işle ilgili ölçüde bilgi verilmesi gerekir. Hekimlerin

⁶⁶ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 37; GÜRSEL, s. 171; MANAV, A. Eda, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(2), 2015, s. 104-105; OKUR, Zeki, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011, s. 78-79.

⁶⁷ SEVİMLİ, Rıza, s. 9-10; ÖZTÜRK, Berna, İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu, İstanbul 2021, s. 385.

⁶⁸ ÜNAL, s. 268.

⁶⁹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 36; MANAV, s. 104; OKUR, s. 78 vd.

sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde bu testler sonucu elde edilen diğer veriler işverenle paylaşılmamalıdır.⁷⁰

Somut bir şüphenin varlığında sadece tek veya belirli işçilere alkol ve uyuşturucu testi uygulanmak istemesi hali ise daha dikkatle ele alınması gereken bir konudur. Öncelikle bu halde işçinin alkollü olduğu ya da uyuşturucu madde tesiri altında bulunduğuna ilişkin somut ve ciddi bir şüphenin varlığı gerekli ve zorunludur. Test, yetkin bir sağlık personeli tarafından yapılmalı ve sonucu da işçinin gördüğü işi etkileyip etkilemediği hususları değerlendirilerek işverene iletilmelidir. Bu halde de işçinin onurunun kırılmaması için gerekli önlemler alınmalı, özellikle diğer işçiler ile bu durum paylaşılmamalı, işçinin de test ve sonuçları hakkında detaylı olarak aydınlatılması gereklidir.⁷¹

E. İşçinin Alkol ve Uyuşturucu Testinden Kaçınması ve Bunun Hukuki Sonuçları

Yürürlükte olan ve meşru amaca yönelmiş düzenlemelere rağmen, işveren işçiyi alkol ve uyuşturucu testi yapmaya zorlayamaz. Ancak bu hallerde işçi testi yaptırmaktan kaçınırsa bu durum işçinin aleyhine yorumlanabilir. Öğretide bu halde işçi işten el çektirilebileceği, hatta m. 25/2-1 gereği işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi gerekçesiyle iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebileceği ileri sürülmüştür.⁷² Somut olayın özelliğine göre işçinin test yaptırmaktan kaçınmasının geçerli nedenle fesih sebebi olacağı da öğretide belirtilmiştir.⁷³

Yargıtay'ın işyerinde yürürlükte bulunan bir işyeri iç yönetmeliği düzenlemesine rağmen işçinin alkol ve uyuşturucu testinden kaçınmasına ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın konuya ilişkin önemli bir kararında işçi bir havayolu şirketinde kabin memuru olarak

⁷⁰ CANIKLIOĞLU, Nurşen, Hastalığın ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s. 267-269; ILO MANAGEMENT CODE parag 8.6.1; ILO "ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work" https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113783.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2024); SEVİMLİ, s. 131.

⁷¹ UGAN ÇATALKAYA, s. 330.

⁷² CİVAN, s. 133; GÜRSEL, s. 329; SEVİMLİ, s. 265.

⁷³ CİVAN, s. 133.

çalışmakta ve işveren işçinin iş akdini alkol ve psikoaktif madde kontrolü prosedürüne aykırı davrandığı gerekçesi ile İş Kanunu m. 25/2-e ve h bentleri gereğince feshine karar verilmiştir. Somut olayda işçi yıllık izinde iken işveren tarafından telefon ile aranarak hakkında psikoaktif madde kullandığına ilişkin bir şikayet olduğu ve bu sebeple idrar testi yaptırması gerektiği kendisine söylenmiştir. İşçi hastaneye giderek gerekli testi yaptırmış ve sonuçta psikoaktif maddeye rastlanılmamıştır. Akabinde işçiden detaylı tetkik için saç testi örneği istenmiş, ancak davacı randevu tarihinde hastaneye gitmemiş ve iki gün sonra işyerine geldiğinde saçını örnek alınamayacak kadar kısa kestirdiği tespit edilmiştir. Davalı işveren davacının saçının çok kısa kestirmesi sebebi ile örnek alınamadığını, bu sebeple Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SHGM)'nin Alkol ve Psikoaktif madde kontrollerine ilişkin Talimatı gereği test sonucunun pozitif olarak kabul edildiğini ve iş sözleşmesi haklı nedenle feshedildiği gerekçesi ile davalı işçi tarafından açılan işe iade davasının reddedilmesi talep etmiştir. İlk derece mahkemesi dosyada davacının uyuşturucu madde kullandığına ilişkin bir delil bulunmadığını, işverenin talebi üzerine yapılan idrar tahlilinin negatif çıktığını, davacının yazılı savunmasında da uyuşturucu madde kullanmadığını beyan ettiğini göz önüne alarak feshin haklı nedenle feshedilemeyeceği, feshin geçerli neden düzeyinde bulunduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, geçerli nedenle fesihle davacının davranışlarından kaynaklanan sebepten ileri geldiği ve önceden uyarı koşulunun da yerine getirilmediğini belirttikten sonra davacının işe iade talebini kabul etmiştir. Yargıtay ise, davalı işverenin Alkol ve Psikoaktif Madde Kontrolü Prosedürüne aykırı davrandığına dair hakkında yeterli şüphe bulunan davacıyı çalıştırmaya devam ettirmesinin davalı işverenden beklenemeyeceğini ve iş sözleşmesinin devamının işveren için çekilmez hale geldiğini kabul etmiş ve feshin şüphe feshi şartlarını taşıdığı ve geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından işe iade talebinin reddine nihai olarak karar vermiştir.⁷⁴

Yargıtay'ın önüne gelen alkol ve uyuşturucu madde testinden kaçınmaya ilişkin benzer bir uyuşmazlıkta davacı işçi havayolu şirketinde

⁷⁴ Y. 9. HD, 26.11.2018, E. 2018/2820, K. 2018/21316 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

ikinci pilot olarak çalışmakta iken işveren havayolu şirketi uçuş öncesi makul şüphe gerekçesi ile Alkol ve Psikoaktif Madde Kontrolü Prosedürüne uygun olarak kendisinden alkol testi yaptırtmasını istemiştir. Davacı işçi kendisini iyi hissetmediğini beyan ederek havaalanından ayrılmış ve doktor raporu alarak uçuşa katılamayacağını bildirmiştir. Davalı işverence işçi hakkında tutanak tutulmasına rağmen işçi söze konu günde alkol testini yaptırtmamıştır. Davacı işçi ertesi gün alkol kontrolüne dair rapor sunmuştur. İlk derece mahkemesi kararında dosya kapsamından davacının uçuş öncesi alkol aldığına ilişkin makul bir şüphe bulunmakla birlikte davacının alkol aldığına dair kesin bir delil bulunmadığı ve işverence iş akdinin feshedilmesinde haklı neden bulunmadığı ancak geçerli nedenin oluştuğuna kanaat getirmiş ve davanın reddine karar vermiştir. Bölge Adliye Mahkemesi istinaf incelemesinde *“iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli, objektifolay ve vakialara dayanan güçlü bir şüphenin kanatlanamadığına”* işaret ederek işe iade talebinin kabulüne karar vermiştir. Yargıtay incelemesinde ise, Bölge Adliye Mahkemesinin feshin geçersizliğine ilişkin kararını isabetli bulmakla birlikte sadece iş güvencesi tazminatının miktarını değiştirmiştir.⁷⁵

Her iki kararda da işyerinin iş sağlığı ve güvenliği bakımından taşıdığı önem nedeniyle alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanmasına ilişkin Alkol ve Psikoaktif Madde Kontrolü Prosedürü olarak belirtilen bir düzenleme bulunmaktadır. Yürürlükte olan bu düzenleme hukuki niteliği gereği işyeri iç yönetmeliğidir. Yürürlükte ve geçerli olan işyeri iç yönetmeliği hükmüne dayanarak makul şüphe halinde alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, işçinin geçerli bir sözleşme hükmü ile kabul edilen alkol ve uyuşturucu testinden daha sonradan kaçınması halinde işçinin aleyhine sonuç doğurması gerektiği kanaatindeyiz.⁷⁶ Bu sebeple Yargıtay'ın söze konu ilk kararında bu husustan hareketle verdiği karar isabetlidir. Gerçekten de işçinin saçlarını detaylı tetkik yapılamayacak kadar kısa kestirmesi test yapmaktan kaçınması anlamına gelir. Somut olayda, işçinin alkol veya uyuşturucu

⁷⁵ Y. 9. HD, 06.02.2018, E. 2017/19650, K. 2018/1684 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024); Y. 9. HD, 04.11.2019, E. 2015/27947, K. 2019/18950 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

⁷⁶ Aynı yöndeki görüş için bkz; CİVAN, s. 134.

kullandığı kesin olarak ispatlanmamışsa da testten kaçınması bu maddeleri kullandığına ilişkin şüphe oluşturduğu ve bu sebeple feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Kanaatimizce ikinci kararda da aynı sonuca ulaşılması gerekirdi. Yargıtay ise Bölge Adliye Mahkemesinin “iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli, objektif olay ve vakialara dayanan güçlü bir şüphenin kanıtlanamadığına” ilişkin tespitine katılmıştır. Somut olayda yürürlükte ve geçerli olan işyeri iç yönetmeliği hükmünün varlığına rağmen alkol testinden kaçınma söze konudur. Davacı işçi somut olayda alkol testi uygulamasından kendisini iyi hissetmediğini beyan ederek kaçınmışsa da bu durumun ertesi gün sunduğu raporda boğaz ağrısına dayandığı görülmektedir. Aynı şekilde işçinin sunduğu alkol testi de ertesi gün yapıldığı için söze konu günde alkollü olmadığı ispat edilememiştir. İşin niteliği gereği pilotun alkol veya uyuşturucu madde kullanmasının yolcuların ve diğer uçuş personelinin hayatlarını tehlikeye atacağı açıktır. İşverenin makul şüphe halinde alkol ve uyuşturucu testi istemesi ve bunun sonucuna göre pilotun uçuşuna izin vermemesi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün sonucudur. AİHM kararlarında işçinin özel hayatına saygı hakkı ile işverenin çıkarları, kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında adil bir denge kurulması gerektiği belirtilmektedir. Söze konu somut olayda da kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gereği alkol kullandığına ilişkin şüphe oluşmuştur ve fesih geçerli bir nedene dayanmaktadır. İsbetle belirtildiği üzere işin niteliği kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla işçilere uygulanacak alkol ve uyuşturucu testinden kaçınmaları veya dolanmaya çalışmalarının önüne geçilmesi gerekir.⁷⁷ Bu sebeple Yargıtay’ın belirtilen kararına katılmıyoruz.

İş Kanunu m. 25/2-d bendine göre işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması gerekmektedir. İş Kanunu m. 25/2-d gereği iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için işçinin sarhoş ya da uyuşturucu madde tesiri altında olduğunun alkol ya da uyuşturucu testi ile ispatlanmasının gerekip

⁷⁷ CİVAN, s. 134.

gerekmediği cevaplanması gereken önemli bir sorudur. Öğretide isabetle belirtildiği üzere alkol veya uyuşturucu madde kullanımına ilişkin yasağa uymayan işçinin söze konu testlere tabi tutulması yasağa uymadığının belirlenmesi için bir zorunluluk teşkil etmez.⁷⁸ Burada alkol ve uyuşturucu kullanıldığına ilişkin makul şüphe yaratan olguların varlığının yeterli sayılması gerekir. Genel gözlem yöntemleri ile işçinin görevini yerine getirme sırasındaki davranışları, konuşma güçlüğü ya da bozukluğu, donuklaşma ya da alkol kokusu bulgularına dayanılarak alkol yasağına uyup uymadığı tespit edilebilir. Aynı şekilde uyuşturucu madde tesiri altında olup olmadığı da davranışlarının gözlenmesi suretiyle belirlenebilir. Yargıtay da kararlarında somut olayın özelliğine göre alkol tüketimi ve uyuşturucu madde kullanımına ilişkin bilgi ve belgelerin esas alınabileceği, tanık beyanları ile genel gözlemlere dayanılarak sonuca varılabileceğini belirtmektedir.⁷⁹

İşçinin işyerinde vardiya müdürü olarak çalıştığını ve diğer şirket çalışanları ile birlikte dışarıdan alkollü içecek sokarak işyerinde tükettiğine ilişkin uyuşmazlıkta davacı işçi mahkemece toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davacının içki içtiğini işverenin herhangi bir doktor raporu veya alkol testi ile belgelemediğini ve bu sebeple feshin haksız olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay ise kararında, somut olayda davacının restoranda çalıştığı sırada diğer iki işçi ile birlikte restorana dışarıdan alkollü içecek sokarak içtiğinin tüm dosya kapsamı ve tanık beyanları ile sabit olduğunu ve bu durumun haklı nedenle derhal fesih hakkı doğurduğuna karar vermiştir.⁸⁰ Her ne kadar kararın gerekçesinde alkol testine ilişkin bir değerlendirme yapılmamışsa da, Yargıtay tüm dosya kapsamı ve tanık beyanları ile işyerinde alkol tüketildiğinin sabit olduğuna kararında yer vererek, alkol ve uyuşturucu testinin haklı

⁷⁸ SEVİMLİ, s. 172.

⁷⁹ Bknz. Y. 22. HD, 09.02.2016, E. 2016/30559, K. 2016/2829 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024). Y. 9. HD, 22.01.2018, E. 2018/23985, K. 2018/1041 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024). Y. 9. HD, 13.01.2021, E. 2021/7697, K. 2021/656 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

⁸⁰ Y. 22. HD, 09.02.2016, E. 2016/30559, K. 2016/2829 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

nedenle derhal fesih hakkının doğması için bir gereklilik olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.

Yargıtay'ın bir başka kararında işveren işçinin iş sözleşmesini işyerine alkollü olarak geldiği gerekçesi ile haklı nedenle feshetmiştir. İşveren iş akdinin davalı şirket adına kayıtlı ve davacıya iş için tahsis edilen araçla davacının trafik denetimi sırasında alkollü olarak yakalandığı ve sürücü belgesinin alındığının öğrenildiğini, davacıya tahsis edilen aracın işyeri kavramı içinde olduğunu, davacının sarhoş olarak işe geldiğinden İş Kanunu'nun 25/II-d maddesi gereği haklı nedenle feshedildiğini ileri sürmüştür. Dosya kapsamında işçinin davacının alkollü işe gelmemesi hususunda daha önceden birkaç kez uyarılmasına rağmen davacının alkollü araç kullandığı ve fesihten daha önceki bir tarihte trafik çevirmesinde alkollü araç kullanması sebebi ile sürücü belgesine geçici olarak el konulduğu anlaşılmaktadır. Davacı işçi ise, davalı şirketin fesih gerekçesinde sabah işyerine alkollü olarak geldiğini iddia ettiği, ancak bir kişinin alkollü olup olmadığının sadece kan testi ve nefes ölçüm yöntemi ile anlaşılabilirliğini belirtmiştir. Yargıtay ise kararında “*Dosyaya intikal eden bilgi ve belgeler ile yukarıda belirtilen tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde, davacının fesihten daha önceki bir tarihte alkollü araç kullanmasından ötürü sürücü belgesinin geçici olarak alınması, fesih tarihinde tanık beyanlarına göre alkollü olduğunun anlaşılması karşısında davacı işçinin iş akdinin davalı işveren tarafından haklı nedenle*” feshedildiğine hükmetmiştir. Yargıtay somut olayın özelliklerine göre alkol tüketimi ve uyuşturucu madde kullanımına ilişkin bilgi ve belgelerin esas alınabileceği, tanık beyanları ile genel gözlemlere dayanılarak sonuca varılabileceğine hükmetmiştir.⁸¹

Yargıtay'ın önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta da çocuk bezi bölümünde operatör olarak çalışan bir işçinin işyerinde uyuşturucu içtiği gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshedildiğine ilişkin iddia bulunmaktadır. Somut olayda, savcılığın talimatı üzerine davacının kan örneklerinin alındığı ve yapılan soruşturma sonucunda davacının kanında uyuşturucuya rastlanmamış olduğu kararda yer almaktadır. Bölge Adliye

⁸¹ Güvenlik görevlisi işçinin gece nöbetinde alkol alması ve işini yerine getirmemesi sebebiyle yapılan feshe ilişkin Yargıtay'ın tanık beyanlarına dayanarak olayın sabit hale geldiğine ilişkin kararı için bkz; Y. 9. HD, 22.01.2018, E. 2018/23985, K. 2018/1041 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

Mahkemesi incelemesinde işçinin çalışma süresi içinde makina başında olmadığını görüldüğünü ve vardiya amiri tarafından uyuduğunun tespit edildiğini, tanık beyanlarına göre de *“bonzai içtiği, kafasının yerinde olmadığı, sigaranın ucuna uyuşturucu maddeyi takıp içtiği, iki tane uyuşturucu sigarası olduğu”* şeklinde sözler sarf ettiği yer almaktadır. Bununla birlikte, işçinin iş arkadaşları tarafından hastaneye götürüldüğü ancak araçtan inmediği belirtildikten sonra, kanında halk arasında bonzai olarak bilinen sentetik uyuşturucu sınıfından olan ADB–FUBINACA maddesinin tespit edildiği de yer almaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi *“olaya ilişkin tutanakta imzası bulunan çalışma arkadaşlarının tutanak içeriğini doğruladığı, tanık anlatımları ve olayların oluş şekline göre fesih sebebinin sabit olduğu ve iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı”* na karar vermiştir. Yargıtay da *“dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının da kan örneğinin alındığı; fakat kanında uyuşturucu maddeye rastlanmadığı anlaşılmıştır. Her ne kadar kanında uyuşturucu madde çıkmamış ise de dosya kapsamındaki diğer delillerden işyerinde uyuşturucu madde kullandığı veya kullanmış halde işyerine geldiği anlaşılan davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı ve işe iade davasının reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı”* sonucuna ulaşmıştır.⁸² Öncelikle bu uyuşmazlıkta kan testinin yapıp yapılmadığına ilişkin çelişki bulunmaktadır. Ancak Yargıtay işçinin kanında uyuşturucu madde çıkmasa dahi, diğer delillerin ve tanık ifadelerinin değerlendirilerek de haklı nedenle feshe ilişkin sonuca ulaşılabilceğine hükmetmiştir.

O halde Yargıtay somut olayın özelliklerine göre alkol tüketimi ve uyuşturucu madde kullanımına ilişkin bilgi ve belgelerin esas alınabileceği, tanık beyanları ile genel gözlemlere dayanılarak sonuca varılabileceğini isabetli olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay işyerinde içki tüketilmesi veya uyuşturucu madde kullanılmasında titizlikle değerlendirme yapılması gerektiğini ve buna ilişkin delil sunulması gerektiğini de belirtmektedir. Yargıtay’ın 2021 yılında verdiği bir kararda işçinin işyerinde içki içtiğine ilişkin bir tutanak ve güvenlik kamera kayıtlarından elde edilen bir fotoğraf bulunmaktadır. Dinlenen tanıklardan biri sadece bir kez davacının elinde bir poşet ile alkolü lavaboya

⁸² Y. 9. HD, 07.03.2022, E. 2022/1022, K. 2022/2850 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

götürdüğünü ve lavaboya bırakıp döndüğünü, temizlikçilerin haber verdiklerini ve kameradan alkolü koyan kişinin davacı olduğunu gördüklerini kendisinin davacının içki içtiğini görmediğini beyan etmiştir. Dinlenen bir başka tanık ise, somut olayda güvenlik biriminin davacının içki içtiğini tespit ettiğini kendisinin davacının içki içtiğini görmediğini bildirmiştir. İlk derece mahkemesi işverenin haklı fesih olgusunu ispatlayamadığı gerekçesiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı sonucuna varmış ancak Bölge Adliye Mahkemesi dosya kapsamında sabit görülen içki içme eylemi nedeniyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğine hükmetmiştir. Yargıtay ise, “*Bölge Adliye Mahkemesi tarafından varılan bu sonuç eksik incelemeye dayalıdır. Şöyle ki; dosyada mevcut 07.06.2015 tarihli tutanak ve fotoğraflar birlikte değerlendirildiğinde davacının işyerinde içki içtiğine ilişkin doğrudan bir görüntünün olmadığı, bir fotoğrafta davacının işyeri tuvaletine beyaz bir poşetle girdiğinin iddia edildiği ve diğer fotoğraflarda da poşetin içindeki içkilerin fotoğrafının bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu poşetteki içki kutularının davacı tarafından tuvalete konulduğuna ve bu suretle davacı ile fesih konusu olay arasında nedensellik bağı olduğuna ilişkin net bir sonuca varılamamaktadır. Bu nedenlerle dosya kapsamındaki kamera kayıtlarına ilişkin ... üzerinde gerekirse bilirkişi marifetiyle inceleme yapılarak ve dosyadaki diğer delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilerek karar verilmesi*” gerekliğine hükmetmiştir.⁸³

III. İŞÇİYE İŞE GİRİŞ AŞAMASINDA ALKOL VE UYUŞTURUCU TESTLERİNE UYGULANMASI

Öğretide işe giriş aşamasında işçiye alkol ve uyuşturucu testleri uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Türk İş Hukuku öğretisinde işçinin işin niteliğine göre iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla işçiden işe giriş aşamasında alkol testi istenebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar bu testin işin gereği işte alkol ya da uyuşturucu kullanmasının risk yaratan işçiler bakımından istenebileceğini ileri sürmektedir.⁸⁴ Öğretide bir görüşe göre, işe giriş aşamasında işçilere alkol veya uyuşturucu testi yapılması mümkün değildir. Bu görüşe

⁸³ Y. 9. HD, 13.01.2021, E. 2021/7697, K. 2021/656 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

⁸⁴ SEVİMLİ, s. 167; YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 163.

göre, iş ilişkisinin devamı süresince de işçiye uyuşturucu testi yapılması mümkün değildir. Bir başka ifade ile uyuşturucu testine işe giriş aşamasında veya iş ilişkisinin devamında başvurmak mümkün olmamakla birlikte alkol testi de sadece iş ilişkisinin devamı süresince işçiye uygulanabilir. Bu görüşe göre TBK m. 419 gereği alkol ve uyuşturucu testleri işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olması halinde yapılırsa hukuka uygundur. Alkol tüketimine ilişkin yapılan test ise yalnızca testin yapıldığı zamandaki alkol seviyesini ölçmektedir. Bu sebeple de uygulanan alkol testinin işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu şartları taşıyıp taşımadığını belirlemesi mümkün değildir. Bu sebeple her ne kadar hukukumuzda yasaklanmasa da işe giriş sırasında alkol testi uygulamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Belirtilen gerekçelerle işçilere alkol testi ancak iş ilişkisinin devamı süresince uygulanabilir.⁸⁵

Türk iş hukuku öğretisinde bir görüş ise işe giriş aşamasında işçiden uyuşturucu testi istenmesinin de yapılacak işin niteliğinin iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerekli olması halinde hukuka aykırı olmadığını savunmaktadır.⁸⁶ Öğretideki diğer görüş ise gerek işe alımda gerekse iş ilişkisinin devamında işyerinde uygulanan uyuşturucu testlerinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, işe giriş ve iş ilişkisinin devamı süresince uyuşturucu kullanımına ilişkin yapılacak testlerin ölçülülük ilkesi yanında TBK m. 419/1’de belirtilen kişisel verilerin işlenmesi koşulu olan işe yatkınlığı belirleyemeyeceği gibi iş sözleşmesinin ifası amacını sağlamaya uygun ve gerekli de bir araç değildir. Bir başka ifade ile uyuşturucu testinin işçinin işe yatkınlığını belirlemesi mümkün olmadığından TBK m. 419/1’de belirtilen işçilerin kişisel verilerin işlenmesi koşulunu sağlaması mümkün değildir. Bununla birlikte uyuşturucu testi yalnızca iş sözleşmesinin ifası için bir zorunluluk oluşturuyorsa uygulanabilecektir.⁸⁷ Kanaatimizce işçinin işe alımı sırasında alkol testi istenemeyeceğine ilişkin görüş ilgili testin yalnız yapıldığı zamandaki alkol seviyesini ölçmesi sebebi ile haklılık arz etmektedir. Bu sebeple de işe

⁸⁵ ÜNAL, s. 290 vd.

⁸⁶ SEVİMLİ, s. 67; YILDIZ, s. 163.

⁸⁷ ÜNAL, s. 290 vd.

giriş sırasında uygulanan alkol testinin işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olma şartını taşıdığından bahsedilemeyecektir. Aynı zamanda iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçiden alkol testi istenmesi işçinin özel yaşamına saygı hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil edecektir. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçiden alkol testi istenmesinde meşru bir amaç olmadığından, kişilik haklarına müdahale edilmesi de söz konusu değildir. Uyuşturucu testleri bakımından ise işçiden işe giriş sırasında uyuşturucu testi istenmesi hususunda yapılacak işin niteliği bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerekli olması halinde bu testlerin yapılması hukuka aykırı olmadığına ilişkin öğretiyi görüşüne katılıyoruz. Haklı olarak ifade edildiği üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 28’de uyuşturucu kullanma yasasını mutlak olarak düzenlenmiştir.⁸⁸ İşyerinde çalışan tüm işçilerin değil, sadece işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlike arz edecek işlerde istihdam edilen işçilerden uyuşturucu testi istenebilecektir. Bu testlerin uygulanabilmesinin ön koşulu da bu testlere ilişkin hükümlerin iş sözleşmeleri ve işyeri iç yönetmelikleri ile sınırlarının belirlenmesidir. Bu yaklaşımımız AİHS 8. maddesi ve AİHM içtihatları ile de uyumluluk arz etmektedir. Şöyle ki, AİHM, AİHS m. 8’in uygulanmasında işverenin meşru menfaatleri ile işçinin kişilik hakkı arasında denge kurularak bir sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir. Öyle ki AİHS m. 8’de sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hallerinde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale edilebileceğini kabul etmektedir. İş sağlığı ve güvenliğinin korunması açısından önem arz eden işlerde çalışan işçilerden uyuşturucu testi istenmesi maddede açıkça belirtilen başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına hizmet etmektedir. İşveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini de sağlamak yükümlülüğünde olduğundan, ölçülülük ilkesini göz önüne alarak belirli işlerde çalışan işçilerden uyuşturucu testi talep etmesi kabul edilebilecektir.

⁸⁸ CİVAN, s. 135.

SONUÇ

İşe giriş sırasında veya iş ilişkisinin devamı süresince uygulanan alkol ve uyuşturucu testleri işçinin kişilik haklarına ve özel hayatına müdahale teşkil eden uygulamalardır. İşverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçilerin verimliliğinin artırılması, işyerinde gerekli düzen ve disiplinin sağlanarak işin görülmesi gerekçeleri ile alkol ve uyuşturucu testlerini işçilere uygulamak istemektedir. Kişinin vücut bütünlüğü ve özel yaşamına saygı hakkı anayasal düzeyde korunan temel haklardır. İşçinin kişilik haklarına ve özel yaşamına saygı hakkının iş sözleşmesi bağlamında korunmasının hukuki dayanağı işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcudur. Pozitif hukukta TBK m. 417/1 ile somutlaşan işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamına işçinin kişiliğini koruma, işçinin psikolojik ve cinsel tacize karşı korunması ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması da girer. İşveren işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir sonucu olarak işçinin kişilik haklarını zedeleyen müdahalelerden kaçınmak zorundadır. Hukukumuzda İSGK m. 28/1'de işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak mutlak olarak yasaklanmıştır. İSGK m. 28 hükmünde belirtilen söze konu yasağa aykırılığın yaptırımını ise İş Kanunu m. 25/2-d bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri çerçevesinde işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan durumlardır.

İşçilere iş ilişkisinin devamı süresince uygulanacak alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin hukuka uygunluk sebebi iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıdır. İşyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmenin ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanma yasağının temel amacı işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıdır. İşyerinde alkol tüketimi veya uyuşturucu madde tesiri altında olma iş güvenliğini, diğer işçiler veya işçinin muhatap olabileceği üçüncü kişilerin sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atabilir. İşte bu sebeple işverenin iş sağlığı ve güvenliğini meşru amacına yönelik ölçülü olması kaydıyla ve sadece tehlikeli işlerde çalışan işçilerden alkol ve uyuşturucu testi isteyebileceği kanaatimizce kabul edilmelidir. Alkol ve uyuşturucu testlerinin işin

niteliğine göre ayırım yapılmaksızın tüm işçilerden istenmesinde meşru bir amaç olduğundan bahsedilemeyecektir. Burada işyerinin faaliyet konusu değil, işçinin gördüğü işe ilişkin iş sağlığı ve güvenliği açısından risk yaratıp yaratmayacağına göre bir değerlendirme yapılmak zorundadır. İşçinin alkol ve uyuşturucu testine tabi tutulması kişilik haklarına bir müdahale teşkil ettiğinden işçinin rızasının alınması da zorunludur. Bu sonuç Türk Hukuku TMK m. 23 ve KVKK m. 6/1 hükmünün de gereğidir. İşçilerin alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulabilmesine ilişkin hükümler genellikle genel işlem koşulu niteliğinde iş sözleşmeleri, işyeri iş yönetmelikleri ile düzenlenmektedir. Bu hükümlerin geçerli olması öncelikle 6098 sayılı TBK m. 27 ve genel işlem koşullarına ilişkin TBK m. 20-25 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak işçiye uygulanacak alkol veya uyuşturucu testinde işçinin vücut bütünlüğüne en az müdahale eden yöntemin tercih edilmesi gerekir. Aynı zamanda işçi test öncesinde ve sonrasında yetkin sağlık profesyonelleri tarafından bilgilendirilmek zorundadır. Bununla birlikte, işçiye test sonucuna ilişkin yardım alabilme imkanı tanınmalı ve işçi bu testlere itirazda bulunabilmeli veya ikinci bir görüş de talep edebilmelidir.

Her ne kadar işverenin bir sözleşme hükmüne dayanarak veya iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacıyla belirli koşullarla işçiden alkol ve uyuşturucu testine girmesini isteyebileceği kabul edilse de işverenin işçiyi bu testlere ilişkin zorlaması mümkün değildir. Bununla birlikte, işçinin geçerli bir sözleşme hükmü ile önceden kabul ettiği alkol ve uyuşturucu testinden daha sonradan kaçınması halinde işçinin aleyhine sonuç doğurması gerektiği kanaatindeyiz. Bu hallerde işçinin alkol veya uyuşturucu kullandığı kesin olarak ispatlanmamışsa da testten kaçınması bu maddeleri kullandığına ilişkin şüphe oluşturarak ve feshin geçerli nedene dayandığının kabul edilmesini gerektirmektedir. İşe giriş aşamasında istenebilecek alkol ve uyuşturucu testlerinde ise ayırım yapılması gerekir. İş ilişkisine giriş aşamasında işçiden alkol testi istenmesi testin yapıldığı zamandaki alkol seviyesini ölçmekte ve işçinin işe yatkınlığıyla veya işin ifası ile ilgili bir veri sunmamaktadır. Aynı zamanda iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçiden alkol testi istenmesi işçinin özel yaşamına saygı hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil eder. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçiden alkol testi istenmesinde meşru bir amaç

olduğundan da bahsedilmesi mümkün değildir. İşçiden işe giriş sırasında uyuşturucu testi istenip istenemeyeceği hususunda ise işin niteliği bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, görülecek işin niteliği iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk doğurabilecek nitelikte ise bu testlerin yapılması işçiden istenebilecektir. Yine işyerinde çalışan tüm işçilerin değil, sadece işin niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlike arz edecek işlerde çalışan/çalışacak işçilerden bu testler istenebilecektir.

İşçilere işe giriş aşamasında veya iş ilişkisinin devamında uygulanmak istenen alkol ve uyuşturucu testleri işçinin kişilik haklarına müdahalenin özel görünüm şekillerinden birisi olarak uygulama da birçok soruna neden olmaktadır. Kanaatimizce alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanabilmesine ilişkin ilkeler kanun ile düzenlenmeli ve kişilik haklarına müdahalenin sınırları çizilmelidir. Alkol ve uyuşturucu testlerinin uygulanmasına ilişkin ilkeler belirlenirken de AİHM içtihatlarında haklı olarak belirtildiği üzere, işçinin özel hayatına saygı hakkı ile işverenin çıkarları, kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan Ertürk**, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- Auvergnon**, Philippe, Drogues illicites et travail salarié, Dr Soc, 2015.
- Auzero**, Gilles/**Baugard**, Dirk/**Dockès**, Emmanuel, Droit du Travail, 33.ed, Paris, 2020.
- Aydın**, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.
- Aydınlı**, İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS, (2005), s. 21-42.
- Aydoğdu**, Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi, Ankara 2018.
- Başpınar**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Bayram**, Fuat, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Baysal**, Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul, 2019. (İş Sağlığı ve Güvenliği)
- Baysal**, Ulaş, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle Sözleşmesinin Feshi, Ankara, 2011.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu" Kübra Doğan Yenisey ve Seda Güneş Emrağ (Editörler) İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul, 2017, s. 19-101.
- Caniklioğlu**, Nurşen, Hastalığın ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002.
- Civan**, Orhan Ersun, İşçinin Yan Yükümlülükleri, İstanbul 2021.
- Craig**, John DR, Privacy and Employment Law, Londra 1999.
- Cranford**, Michael, "Drug Testing and the Right to Privacy: Arguing the Ethics of Workplace Drug Testing" Kluwer, 17, 1998, s. 1805-1815.

- Çankaya**, Yiğitcan, İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği, İstanbul, 2021.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nursen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca** Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2022.
- Çetin**, Evra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, İstanbul 2015
- Davidson**, Dan, "Employee Testing: An Ethical Perspective", Journal of Business Ethics, 7(3), 1988, s. 211-217.
- Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2020.
- Elbir**, Nazlı, Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2017.
- Gürsel**, İlke, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016.
- Isbister**, Douglas, "Justifying Employee Drug Testing: Privacy Rights Versus Business Interests" Dalhousie Journal of Legal Studies, 26(5), 1996, s. 255-270.
- ILO** "Coming Clean: Drug and Alcohol Testing in the Workplace" https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/WCMS_082253/lang--en/index.htm (Erişim Tarihi: 11.01.2024).
- ILO**, "ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work" International Labour Office, Geneva, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113783.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2024).
- Karabağ Bulut**, Nil, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014.
- Keser**, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2016.
- Kuntalp**, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları" Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHAЕ , 2011, s. 81-102.

- Kutlu Mutluer**, Merve, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri, Ankara 2022.
- Lokiec**, Pascal, Droit du Travail, 2.ed, Paris, 2019.
- Makas**, Recep, “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Davranması ve İş Sözleşmesinin Feshi” Sicil, 47, 2022, s. 76-97.
- ILO**, “Management of Alcohol and Drug-Related Issues in the Workplace: An ILO Code of Practice”, 1996, https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9221094553_EN/lang--en/index.htm (Erişim Tarihi: 11.01.2024).
- Manav**, A. Eda, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(2), 2015, s. 95-136.
- Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2022.
- Ocak**, Saim/**Özer**, Hatice Duygu/**Duman**, Barış/**Yılmaz**, Dursun, Yargı Kararları Işığında Geçerli Sebeple Feshe İlişkin İşçi Davranışları, Ankara 2022.
- Okur**, Zeki, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011.
- Özdemir**, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014.
- Öztürk**, Berna, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, İstanbul 2021.
- Peskine**, Elsa/**Wolmark**, Cyril, Droit du Travail, 13.ed, Paris 2020.
- Sevimli**, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.
- Sevimli**, Ahmet K, “İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi İçin Verdiği Rızanın Hukuki Değeri” Toprak İşveren, 116, 2017, s. 4-11. (Rıza)
- Sümer**, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.
- Süzek**, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2019.

Tunçomağ, Kenan/**Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018.

Ugan Çatalkaya, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019.

Uncular, Selen, İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014.

Uşan, Fatih/**Erdoğan**, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021.

Ünal, Canan, İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler, Centel, Tankut (Editör) İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar-III, İstanbul 2018, s. 261-318.

Yamakoğlu, Efe, Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, İstanbul 2020.

Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Yıldız, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.

Waquet, Philippe, L'Entreprise et les Libertés du salarié : Du salarié-citoyen au citoyen-salarié Paris, 2003.



MEVSİMLİK GÖÇEBE TARIM İŞÇİLERİNİN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARININ GÜRCİSTAN ÖRNEĞİ ÜZERİNE İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Gizem KANTARCI ATEŞ**

Öz

Mevsimlik göçebe tarım işçileri, her yıl çeşitli topraklara göç ederek tarım sektöründe çalışan ve çoğunlukla geçici işlerde istihdam edilen önemli bir iş gücünü oluşturur. Çalışmada mevsimlik göçebe tarım işçilerinin kavramsal olarak statüsünün ne olduğu, hangi mevzuat kapsamına dahil oldukları, özellikle Gürcistan'dan gelen mevsimlik göçebe tarım işçilerinin sosyal güvenlik haklarının neler olduğu sorularına cevaplar aranmıştır. İlk bölümde mevsimlik göçebe tarım işçileri kavramsal olarak ele alınmıştır. Kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde yapılan düzenlemeler belirtilmiştir. Devamında bazı ülkelerde (Almanya, Fransa, Hırvatistan ve Avustralya) mevsimlik göçebe tarım işçilerinin sosyal güvenlik hakları genel olarak incelenmiştir. Türkiye'ye mevsimlik tarım işçisinin çoğunlukla Gürcistan'dan gelmesi nedeni ile, Türkiye-Gürcistan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi denetlenmiştir. Sonuç kısmında ise mevsimlik göçebe tarım işçileri için ülkeler arası sosyal güvenlik anlaşmalarının yapılması, bu işçilerin

* Bu çalışma İstanbul Bilgi Üniversitesi'nde, 5-6.11.2021 tarihinde "İnsana Yakışır İş: Mevsimlik Tarımdaki İşgücünün Çalışma, İstihdam ve Yaşam Koşulları" konulu MİGA 2021 Konferansı'nda sunulan tebliğin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

* Dr. Öğr. Üyesi. Nuh Naci Yazgan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Kayseri, Türkiye | Asst. Prof., Nuh Naci Yazgan University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labor and Social Security Law Department, Kayseri, Türkiye.

✉ avnihankantarci@gmail.com • ORCID 0000-0001-6937-1254.

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KANTARCI ATEŞ, Nihan Gizem: "Mevsimlik Göçebe Tarım İşçilerinin Sosyal Güvenlik Haklarının Gürcistan Örneği Üzerine İncelenmesi" SÜHFD, C.32, S.2, 2024, s. 579- 597.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



sendikalaşmalarının sağlanması sosyal yönden daha fazla koruma sağlayacağı tespitlerine varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

•Mevsimlik Göçebe Tarım İşçisi •Mevsimlik İş •Çalışma İzni •Sosyal Güvenlik Hakkı •Serbest Dolaşım İlkesi

EXAMINATION ON INSTANCE OF GEORGIA OF SOCIAL SECURITY RIGHTS OF SEASONAL NOMADIC AGRICULTURAL WORKERS

Abstract

Emigrant to several lands every year, seasonal nomadic agricultural workers are making an important workforce working the farm sector and are employed mostly in temporary jobs. This study researched answers to these questions what was the conceptual status of seasonal nomadic agricultural workers, which scope of legislation was included, and also especially what were the social security rights of seasonal nomadic agricultural workers who came from Georgia? In the first chapter seasonal nomadic agricultural workers have been tackled as conceptual. In international agreements and laws regulations have been researched. In some countries (Germany, Croatia, France, Australia) social security rights of seasonal nomadic agricultural workers generally have been researched. Because of coming from Georgia mostly of seasonal agricultural workers to Türkiye, the Türkiye-Georgia Social Security Agreement has been inspected. Consequently, for these workers to be made international social security agreements, being union members will a more protection as a society.

Keywords

•Seasonal Nomadic Agricultural Workers •Seasonal Job •Work Permit •Social Security Right •Principle to Freedom of Movement

GİRİŞ

Mevsimlik iş, sözlükte “bir mevsim süresince, bir mevsim için mevsimden mevsime iş” olarak ifade edilmiştir. Hukuki olarak mevsimlik iş yılın belirli döneminde yapılan veya tüm yıl çalışılmasına rağmen belirli dönemlerde yoğunlaşan işlerdir. Genelde turizm, inşaat ve tarım işleri başta olmak üzere belirli sezon diliminde gerçekleşmektedir. İşin geçici olması ve aynı zamanda ağır koşullarda gerçekleşmesi nedenleri çoğunlukla göçebe işçiler tarafından yapılmaktadır. Göçmen işçiler ile mevsimlik göçebe tarım işçileri

arasındaki en temel fark, mevsimlik işçilerin geçici süreyle gittikleri ülkede kalmaları, göçmen işçilerin ise sürekli ikamet etmek için gitmeleridir. Özellikle ekim, dikim ve hasat zamanı göç yoğunluğu artmaktadır.

Çalışmada mevsimlik göçebe tarım işçilerinin kavramsal olarak statüsünün ne olduğu, hangi mevzuat kapsamına dahil oldukları, özellikle Gürcistan'dan gelen mevsimlik göçebe tarım işçilerinin sosyal güvenlik haklarının neler olduğu sorularına cevaplar aranmıştır. Bu bağlamda makalenin amacı Gürcistan'dan Karadeniz bölgesine gelen mevsimlik tarım işçilerinin sosyal güvenlik haklarını tespit etmek ve mevsimlik işlerde sosyal güvenlikle ilgili diğer ülkelerde nasıl uygulamalar olduğunu kıyaslayarak sonuç ve değerlendirmeye ulaşmaktır. Bu konu, ilgili doğrudan başka çalışmanın bulunmaması nedeni ile tercih edilmiştir. Makale literatüre mevsimlik göçebe tarım işlerinin hukuki statüsünün tespiti, çalışma izin koşulları ve Gürcü işçilerin mevsimlik işlerdeki sosyal güvenlik haklarının neler olduğunun belirlenmesi konularında katkı sağlayacaktır.

Mevsimlik tarım işçilerinin geçici süreli çalışmaları nedeni ile kayıt altına alınmaları konusunda işverenlere kolaylık sağlanması devlet ekonomisine ve istihdama katkı sağlayacaktır. Bu şekilde insana yaraşır çalışma koşulları ile sosyal devlet anlayışının gelişimine olumlu şekilde etki edecektir.

Sosyal devlet ilkesinin en temel unsurlarından birisi insana yaraşır koşullarda çalışma hakkına sahip olunmasıdır. Bununla birlikte geçici işlerde çalışan mevsimlik göçebe işçilerin çoğunlukla ağır şartlarda ve kayıt dışı olmalarının önüne geçilmesi, çalışılan hizmet sürelerinin sosyal güvenlik yönünden menşei ülkelerinde de kabul edilmesini sağlayan bir sistemin geliştirilmesi temennisine varılmıştır.

Çalışma üç başlık altında incelenmiştir. İlk kısımda mevsimlik göçebe tarım işçileri kavramsal yönden incelenmiştir. Bu kişilerin hukuki statüsü, kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde yapılan düzenlemeler belirtilmiştir.

İkinci kısımda bazı ülkelerde (Almanya, Fransa, Hırvatistan ve Avustralya) mevsimlik göçebe tarım işçilerinin sosyal güvenlik hakları

incelenmiştir. Çalışmanın ana konusunu oluşturan Türkiye'ye mevsimlik tarım işçilerinin büyük bir kısmının Gürcistan'dan gelmesi nedeni ile, Türkiye-Gürcistan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi denetlenmiştir.

Sonuç ve değerlendirmeler başlığında ise mevsimlik göçebe tarım işçileri için ülkeler arası sosyal güvenlik sözleşmeleri yapılması, bu işçilerin sendikalaşmalarının sağlanması sosyal yönden daha fazla koruma sağlayacağı tespitlerine varılmıştır.

I. MEVSİMLİK GÖÇEBE TARIM İŞÇİLERİ

Çalışmanın bu bölümünde mevsimlik göçebe tarım işçileri kavramsal olarak incelenmiş ve sonrasında bu kişilerle ilgili özel yasal düzenlemeler ve hangi mevzuat kapsamına dahil olduğu tespit edilmiştir. Devamında ise bu kişilerle ilgili çalışma izin ve muafiyeti denetlenmiştir.

A. Kavramsal Yönden İnceleme

Kavramsal olarak göç, bir yerden başka bir yere, çalışma ve yaşam şartlarını daha iyi konumlandırma amacı ile yapılan nüfus hareketidir. Göç, iklim değişikliği, siyasi, coğrafi ve en temelde ekonomik nedenlerle yapılmaktadır. Bu nüfus hareketinin en nihai öznesini ise *göçmenler* oluşturur¹. Arendt istenmeyen ya da niteliksiz işlerde istenen kişiler olarak göçmenleri “yeryüzünün posası” ifadesi ile tabir etmiştir². Göçmenler vatandaşın yapmayı tercih etmediği, daha ağır ve istenmeyen, vasıfsız iş olarak ifade edilen işlerde çalıştırılmaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan mevsimlik göçebe tarım işçisi ise belirli mevsim ve dönemde, kendisine ait olmayan tarımsal işletmelerde sulama, hasat, ekip dikme, yetiştirme işlerinde çalışmak amacıyla işverene bağlı ve günlük, haftalık ya da aylık ücret karşılığı menşei ülkesinden başka bir ülkede geçici süreli çalışan gerçek kişidir³. 1408/71 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü;

¹ LEE, Everett S., A Theory of Migration <https://link.springer.com/content/pdf/10.2307/2060063.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

² ARENDT, Hannah (Çeviren: Şener, Bahadır Sina): Totalitarizmin Kaynakları-2 Emperyalizm, İstanbul 2020, s. 256.

³ YILDIRIM, Mücahit/ KARAKOYUN, OKAN: “Mevsimlik Tarım İşçiliği Üzerine Bir Araştırma, Samsun İlçesi Örneği”, 19 Mayıs Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S. 2, 2023, s. 61-81.

mevsimlik işçileri ikamet ülkesinden başka bir üye devlette, 8 aylık süreyi geçmemek üzere belirli mevsimlik işte çalışmak için giden kişi olarak tanımlamıştır. Tüzükte mevsimlik iş için her yıl mevsime göre tekrar etme şartı yer almıştır⁴. Göçmen işçiler ile mevsimlik göçebe işçilerin temel ayrımı, göçmen işçilerin bir bölgeye sürekli ve kesintisiz şekilde yerleşme amacıyla gitmelerine karşın mevsimlik göçebe tarım işçilerinin çoğunlukla gezici olmaları ve belirli mevsim döneminde çalışma amacı ile gitmeleridir.

Mevsimlik iş ise, yılın belirli aylarında düzenli şekilde tekrar etmekte veya tüm yıl yapılan çalışma belirli dönemlerde yoğunlaşmaktadır. Özellikle gıda, inşaat, turizm, plajlar, oteller, eğlence yerleri, ormancılık gibi iş kolunda yapılan işlerde mevsimlik iş sözleşmesi yapılmaktadır. Çalışmada tarım sektörü ile ilgili yapılan mevsimlik işler inceleme konusu yapılmıştır. Mevsimlik iş sözleşmesi çalışma izin muafiyeti ya da süreli çalışma iznine göre belirli süreli şekilde yapılabilir⁵.

B. Mevzuatta Yapılan Düzenlemeler

Mevsimlik göçebe tarım işçileri spesifik bir alan olması, farklı kanun ve sözleşmelerde düzenlemeler içermesi nedeniyle konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından yapılan kanuni düzenlemeler bu başlık altında ayrıca denetlenmiştir.

İlk olarak Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne ilişkin Avrupa Sözleşmesi incelenecektir. Bu sözleşme Türkiye tarafından onaylanmıştır⁶. Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasında göçmen işçi kapsamından “*mevsimlik işçiler, mevsimlik göçmen işçiler, bir sözleşmeye taraf ülkesinde mevsim özellikleri dolayısıyla belli bir süre veya belli bir iş için yapılmış sözleşme esaslarına göre ücretli iş verilmiş diğer bir sözleşmeye taraf vatandaşlar*”, çıkartılmıştır. Bu sözleşmeye göre örneğin Gürcistan’dan Türkiye’ye gelen çay işçileri, mevsimlik iş için geçici olarak gelmeleri nedeni ile göçmen işçi kapsamı dışındadır.

⁴ Council Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council, 14.6.1971, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31971R1408> (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

⁵ SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2020, s. 41.

⁶ RG., 27.1.1981, S. 17233.

İkinci olarak daha yeni tarihli olan Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme incelenecektir. Bu sözleşme de Türkiye tarafından onaylanmıştır⁷. Sözleşme ilkinde kıyasla daha geniş kapsamlı ve güncel tarihlidir. Sözleşmenin 2. maddesinin b bendinde mevsimlik işçileri de göçmen işçi olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla bu sözleşmeye göre örneğin Gürcü mevsimlik tarım işçileri göçmen statüsü kapsamına dahil edileceği sonucuna ulaşılır.

Üçüncü olarak Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen “Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Mevsimlik İşçi Olarak Giriş ve Kalış Koşulları” hakkında 2014/36 sayılı tüzük incelenecektir. Tüzükteki genel kabul görüşü, üçüncü ülke vatandaşı mevsimlik tarım işçisi ile ev sahibi işçiye eşit muamele yapılması yönündedir⁸.

Dördüncü olarak 97 ve 143 Sayılı ILO Sözleşmesi, göçmen işçilere ilişkin olup göçmen işçilerinin çalışma koşullarını koruması ve kayıt dışı çalışmanın önüne geçilmesi amaçlı olup mevsimlik tarım işçilerini de kapsamına almaktadır⁹. Bu sözleşmeler henüz Türkiye’de onaylanmamıştır.

Son olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 4’te tarımsal faaliyette bulunanların sigortalı sayılacağı belirtilmiştir. Aynı Kanun Ek Madde 5’te “tarım veya orman işlerinde süreksiz şekilde hizmet sözleşmesi ile çalışan kişilerin sigortalılığı ile ilgili ayrıca düzenleme yapılmıştır¹⁰.

⁷ Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme için bkz., <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/GocmenIscilerinVeAileFertlerininHaklarınınKorunmasınaDairSozlesme.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2024)

⁸ Directive 2014/36/EU of The European Parliament and of the Council, 26.2.2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0036&qid=1630926407546> , (Erişim Tarihi: 11.01.2024).

⁹ Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975, (No. 143), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO (Erişim Tarihi 13.09.2023).

¹⁰ RG., 16.6.2006, S. 26200.

C. Çalışma İzin ve Muafiyeti

Sosyal güvenlik, sosyal devlet olma ilkesinin en temel yapı taşlarından birisidir. Sosyal güvenliğin amacını, çeşitli nedenlerle geçici ya da kalıcı şekilde çalışamayacak duruma düşen kimselerin, bu nedenle muhtaç kalmaları ve insana yaraşır yaşam standardını sağlayabilmeleri için gelir sunmayı amaçlamaktadır¹¹. Bu bağlamda sağlık, işsizlik, yardımları ile yoksulluğu ortadan kaldırmayı amaçlar. Anayasa'nın 60. maddesi ile sosyal güvenlik hakkı koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 12. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerle ilgili yabancı ve vatandaş ayırımının yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Bir işverene bağlı olarak çalışan mevsimlik göçebe tarım işçileri, sosyal güvenlik konusunda 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Bu kişilerin işe başlamadan önce işverenleri tarafından kuruma bildirilmesi gerekmektedir¹². Yabancı uyruklu mevsimlik tarım işçilerinin ise Bakanlık tarafından muafiyet belgesi alması gerektiği düzenlenmiştir. Uluslararası İş Gücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 48/g'de mevsimlik tarım işçileri için "genel müdürlük tarafından belirlenen mevsimlik tarım işleri için çalışacak yabancı işçiye 6 aya kadar çalışma izin muafiyeti" verileceği düzenlenmiştir¹³. Gürcistan uyruklu mevsimlik tarım işçilerinin ise Karadeniz bölgesinde yapılacak olan çalışmaları için çalışma izin muafiyeti alınmasını zorunlu kılmaktadır¹⁴. Tebliğde çalışma izni muafiyeti ile bir takvim yılında 90 gün süreyle çalışabilecekleri düzenlenmiştir. Uluslararası Koruma veya Geçici Koruma statüsü kapsamındaki mevsimlik tarım işlerinde çalışacak yabancı uyruklu işçiler için de benzer şekilde çalışma izin muafiyeti almaları gerektiği düzenlenmiştir. Gürcü uyruklu mevsimlik tarım işçilerinden farklı olarak bu gruptaki kişiler için muafiyet süresi 1 yıl

¹¹ TUNCAY, Can / EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2017, s.5.

¹² DEMİR Müslim: "Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sosyal Güvenlik Haklarına İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015, s. 177-178.

¹³ RG., 02.02.2022, S. 31738.

¹⁴ <https://www.csgb.gov.tr/ui/gm/calisma-izni/calisma-izni-muafiyeti/mevsimlik-tarim-ve-hayvancilik-islerinde-muafiyetler/gurcistan-uyruklu-yabancilar/> (Erişim Tarihi: 16.10.2023).

olarak düzenlenmiştir¹⁵. Gürcü uyruklu işçilerle, geçici koruma statüsü kapsamındaki işçilere farklı muafiyet süresi tanınmasının sebebi çay ve fındık tarımının mevsimlere göre belirli dönemlerle sınırlı olmasıdır. Ayrıca geçici koruma statüsünün uygulamada kitleler halinde akın eden işçilere verilmesi, geçici korumanın mevzuatta ne kadar süre için olduğunun açıkça düzenlenmemiş olması nedenleri ile farklı düzenlendiği sonucuna ulaşılır. Benzer şekilde Mevsimlik İşçi Olarak Çalışmak Amacıyla Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Giriş ve Kalış Koşulları Hakkında 2014/36 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü m. 12’de 90 günü aşmayan mevsimlik işlerde çalışılması yönünde düzenleme yapmıştır¹⁶.

Yabancıların sosyal güvenlik hakları ile ilgili Türkiye tarafından Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması” konusunu içeren 118 sayılı ILO Sözleşmesi onaylanmıştır¹⁷. 2014/36 sayılı Avrupa Birliği Tüzük (m. 46) ‘da üçüncü ülke vatandaşı mevsimlik işçilere 883/2004 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü m. 3’te sayılan uzun ve kısa vadeli sigorta kollarından olan sosyal güvenlik dalları konusunda eşit muamele yapılması düzenlemiştir¹⁸. Aynı maddenin devamında, mevsimlik işçiliğin geçici olması nedeni ile aile ve işsizlik yardımları konusunda eşit muameleden hariç uygulama yapılabileceği belirtilmiştir.

II. ÜLKELERE GÖRE MEVSİMLİK GÖÇEBE TARIM İŞÇİLİĞİ

Dünyanın pek çok yerinde tarım işçiliği uluslararası göçebe işçiler tarafından yapılmaktadır. 2019 yılında toplamda uluslararası göçmen sayısının yaklaşık %7’si tarım işlerinde istihdam edilmiştir¹⁹. Ülkeler mevsimlik göçebe tarım işçiliği ile ilgili farklı uygulamalar söz konusu

¹⁵ <https://www.csgb.gov.tr/uigm/calisma-izni/calisma-izni-muafiyeti/mevsimlik-tarim-ve-hayvancilik-islerinde-muafiyetler/gecici-koruma-saglanan-yabancilar/> (Erişim Tarihi: 16.10.2023).

¹⁶ Directive 2014/36 EU, 28.3.2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex%3A32014L0036> (Erişim Tarihi 10.01.2024).

¹⁷ RG., 9.6.1973, S. 14559.

¹⁸ Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council, 29.4.2004, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2004/883/oj> (Erişim Tarihi 16.09.2021).

¹⁹ ILO Global Estimates on International Migrant Workers Results and Methodology, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_808939.pdf (Erişim Tarihi 11.01.2024).

olabilmektedir. Çalışmada aşağıda bazı ülkelerle ilgili uygulama sistemlerinden bahsedilmiştir.

Almanya ve Fransa özellikle ikinci dünya savaşı sonrası yeniden üretime geçebilmeleri konusunda misafir işçi uygulaması ile yabancı işçi kabul etmektedir. Bu ülkelerde mevsimlik yabancı tarım işçi istihdamı için işgücü piyasası testi ile birlikte ihtiyacı tamamlamak için yeterli sayıda menşei ülke işçisinin işe alınamayacağını ispatlanması aranmaktadır²⁰.

Almanya’da işsizlik ödeneğinden faydalanabilmeleri için 12 ay süre ile ülkede kesintisiz istihdam gerekmektedir. Mevsimlik işçilerin sadece mevsime göre istihdam edilmeleri nedeni ile işsizlik sigortasından faydalanma imkanları bu düzenlemeye göre olmayacaktır²¹. Almanya’da çalışan mevsimlik işçiler eğer kendi ülkelerinde sigortalı değillerse, emeklilik sigortası katkı payını ödeme zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak mevsimlik işçilerin emeklilik hakkına sahip olamaması bununla birlikte ödenen emeklilik katkı payını toplu olarak geri almaları hem çok prosedür gerektirmekte hem de genellikle olumlu şekilde sonuç vermemektedir²².

Emsal bir davada Alman uyruklu Bay Meints, ikameti Almanya’da iken, Hollanda’da bir çiftlikte tarım işçisi olarak çalışmıştır. İşverene ait arazinin kaybedilmesi üzerine sözleşmesi sona ermiştir. Almanya’dan işsizlik maaşı almakta iken Hollanda’da iş kaybına bağlı tazminat talep etmiştir. İkametinin Hollanda’da bulunmaması nedeni ile talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine mahkemeye yapılan başvuru sonucunda tazminat talebinin işsizlik talebinden farklı olduğu, bu ödemenin “sosyal avantaj” niteliğinde olduğunu ve 12 ay içinde eski işvereni tarafından tekrar işe alındığı durumda tazminat talebinin geri ödenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. 1612/68 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü m. 7/2’de

²⁰ **CASTLES** Stephen: “Guestworkers in Europe: A Resurrection?”, *International Migration Review*, C. 40, S. 4, 2006, s. 741-766.

²¹ **BERTOZZI**, Stefano, Opening Europe's doors to unskilled and low skilled workers: A practical handbook 2010 https://migrant-integration.ec.europa.eu/sites/default/files/2010-12/doc1_17394_242941332.pdf, (Erişim Tarihi: 11.01.2024).

²² **BRICKENSTEIN**, Christine: “Social protection of foreign seasonal workers: from state to best practice”, *Comparative Migration Studies*, C. 3, S. 2, 2015, s. 1-18.

sosyal avantaj, tarım işçilerine işlerini kaybetmeleri halinde tek seferde yapılan ödeme olarak düzenlenmiştir. Bu ödemeye hak kazanabilmek için işçi olmanın yeterli olduğu, özetle göçmenlik statüsünün bir öneminin bulunmadığını belirtilmiştir. Mahkeme tarafından ele alınan bir diğer husus ise ikamet etme şartının gerekli olup olmamasıdır. Serbest dolaşım hakkının, sürekli çalışan işçi ile mevsimlik tarım işçileri arasında bir ayrıma sebebiyet verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Orantılılık ilkesi ve objektif esaslı sebeplerin varlığı halinde ayrıma gidilebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle, davacı işçinin sırf başka bir üye devlette ikamet etmesinin, ona ayrımcılık yapılma sebebi olmaması gerektiğine vurgu yapılmıştır²³.

Bu görüşe göre Avrupa Adalet Divanı Kararı ile işçiler arasında eşitlik, ayrımcılık yasağı ve serbest dolaşım ilkesi “sosyal avantaj” konularında tüzüğe göre öncelikle uygulanabilecektir. Devletlerin sırf kendi ülkelerinde ikamet etmedikleri gerekçesi ile sosyal avantaj yardımlarını ödemekten kaçınmaları, bu ilkeler doğrultusunda hak kazanmaya engel oluşturmayacaktır.

Fransa’da göçebe mevsimlik işçiler vatandaşlarla sosyal güvenlik yönünden eşit haklara sahiptir. Bu nedenle belirli şartları yerine getirdiklerinde hem emeklilik hem de işsizlik ödeneğinden faydalanabilmektedirler. İkili sosyal güvenlik anlaşmalarına göre kazandıkları emeklilik haklarını kendi ülkelerinden de talep edilebilmektedir. Örneğin Fas ve Tunus Fransa’ya en çok mevsimlik işçi gönderen ülke olup bu yönde ikili sosyal güvenlik anlaşmaları bulunmaktadır²⁴.

Avustralya ve Yeni Zelanda’da da mevsimlik göçmen tarım işçileri çalışma vizelerini belirli şartlarda aldıkları için istedikleri işvereni seçmemekte ya da değiştirememektedir. Bu uygulama onların işçi

²³ Case C-57/96, 27.11.1997, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0057> (Erişim Tarihi: 18.10.2021).

²⁴ **HOLZMANN**, Robert/ **POUGET**, Yann: “Social Protection for Temporary Migrant Workers: Conceptual Framework, Country Inventory, Assessment and Guidance A Study prepared for the Global Forum of Migration and Development”, file:///C:/Users/lenovo/AppData/Local/Temp/gfmd_mexico10_contr_sp_for_temporary_migrant_workers_oct2710_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

hakları konusunda işverenle pazarlık edebilmelerinden ya da işyerini değiştirmekten çoğu kez alıkoymaktadır²⁵. Avustralya’da işçilerin maaşlarının %9’u emeklilik fonu için ödenmekte olup, mevsimlik işçiler lehine herhangi bir istisna tanınmamaktadır. İşçiler ancak ülkeden ayrılırken toplu olarak emeklilik katkı paylarını talep edebileceklerdir. Yaşlılık aylığı için en az 10 yıl ikamet şartı olması nedeni ile mevsimlik işçilerin bu haktan faydalanmaları oldukça düşük ihtimaldir²⁶.

Hırvatistan’da yapılan bir araştırmada mevsimlik göçmen tarım işçilerinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştıkları tespit edilmiştir. Hırvatistan Yabancılar Kanunu m. 126’ya göre en çok 6 ay süre ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapıldığı bu nedenle sosyal güvenliğe erişimin daha kısıtlı olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak sağlık sigortasından bu kişilerin faydalandıklarını, ancak ikili sosyal güvenlik anlaşması olan ülkelerde özellikle daha önceden zorunlu sağlık sigortası olmayan işçilerin ortopedik protez gibi bazı sağlık hizmetlerinden faydalanamayacakları ifade edilmiştir. Ayrıca kayıt dışı çalışan işçilerin acil durumda sağlık hizmetinden faydalanabilecekleri bununla birlikte diğer durumlar için ancak ödeme ve sigorta koşulu ile hizmet alabileceklerine yer verilmiştir²⁷.

Emsal bir davada Avrupa Adalet Divanı, göçmen mevsimlik tarım işçisi olan davacının işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için o ülkede ikamet etmesi gerektiğine karar vermiştir. Benzer şekilde 2014/36 sayılı AB tüzüğü de mevsimlik işin geçici olmasına bağlı olarak işsizlik yardımı konusunda vatandaşlarla farklı muamele yapılabileceğini belirtmiştir²⁸.

Mevsimlik göçebe tarım işçileri, belirli mevsimde istihdam edilmeleri nedeni ile işsizlik ve emeklilik gibi sosyal güvenlik haklarından çoğunlukla faydalanamamaktadır. Bir işçinin sırf belirli mevsimde çalışıyor olması onu tüm dönem çalışan işçilerden farklı

²⁵ BRICKENSTEIN, s. 1-18.

²⁶ HOLZMANN/ POUGET.

²⁷ SCHOUKENS, Paul /PIETERS Danny: “Illegal labour migrants and access to social protection”, European journal of social security, C. 6, S. 3, 2004, <https://doi.org/10.1177/138826270400600303> (Erişim Tarihi 16.09.2021).

²⁸ Case C-228/07, 11.09.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0228> (Erişim Tarihi: 17.10.2021).

muameleye uğramasına sebep olmamalıdır. Bu işçilerin sendikalaşmaması, çalışma izni ya da muafiyetinin belirli işverene yönelik olması ve bu nedenle işveren seçim imkanlarının kısıtlılığı onları daha zor koşullarda istihdama itmektedir.

III. TÜRKİYE-GÜRCİSTAN SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİ

Türkiye'ye her yıl, belirli mevsimlerde özellikle sınır komşularından göçebe tarım işçileri çalışmak için gelmektedir. Çalışma Karadeniz bölgesine yoğun giriş yapan Gürcü işçiler yönünden daraltılarak incelenmiştir. Türkiye ile Gürcistan arasında Türkiye-Gürcistan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi 11.12.1998 tarihinde imzalanmış ve 20.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁹.

A. Sözleşmenin İncelenmesi

Sözleşmenin kapsamında m. 2/ (a.1) "tarım işçileri dahil, hastalık, analık, iş kazaları ve meslek hastalıkları, malullük, yaşlılık ve ölüm" sigortası belirtilmiştir. Bu şekilde tarım işçilerinin diğer işçiler gibi kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından faydalanabilecektir. Aynı maddenin a.3 fıkrasında, tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için "malullük, yaşlılık ve ölüm" sigortası kabul edilmiştir. Böylece hem bağımlı çalışan tarım işçileri hem de tarımda kendi adına bağımsız çalışan kişiler uzun vadeli sigorta kollarından faydalanabilmektedir.

Sözleşmenin 6. maddesinde "bu sözleşmenin 7. ve 8. maddelerine aykırı olmadığı takdirde, bir taraf ülkesinde çalışan şahıs bu faaliyetle ilgili olarak yalnız çalıştığı ülke mevzuatına tabi olur" düzenlemesi ile Türkiye'de çalışan Gürcü uyruklu işçinin, Türk mevzuatına tabi olacağını belirtmiştir. Sözleşmenin 7. ve 8. maddelerinde ise özetle taraf ülkelerden biri tarafından, diğer taraf ülkeye 24 aydan kısa süreli iş için yapılan görevlendirmelerde veya kendi adında bağımsız çalışan kişinin geçici süre ile bu işi diğer taraf ülkesinde yapması durumunda gönderen tarafın mevzuatının uygulanacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin 10 ve 13. maddesi; hastalık ve analık, malullük, yaşlılık ve ölüm yardımları ile ilgilidir. Düzenlemeye göre işçinin bu yardımlara

²⁹ RG., 7.6.2003, S. 25131.

ihtiyaç duyduğu zamanlarda, bir taraftaki ilgili kurum diğer taraftaki sigortalılık sürelerini, aynı zaman dilimine denk gelmemiş olması koşulu ile dikkate alabilecektir.

Sözleşmenin 14. maddesinde sürelerin birleştirilmesine sınırlandırma getirilmiş ve açıkça sadece 12 aydan uzun vadeli sigortalı çalışanların bu haktan faydalanabilecekleri belirtilmiştir. Aksi halde örneğin Türkiye’de 12 aydan kısa süreli çalışmak için sosyal yardım öngörülümüşse sadece o yardımın uygulanabileceğini ve sürelerin birleştirilmeyeceği belirtilmiştir.

Sözleşmenin 16. maddesinde bir işçinin çalıştığı taraf ülkede iş kazası geçirmesi ya da meslek hastalığına yakalanması durumunda sigortalı olduğu tarafın mevzuatından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Diğer taraf ülkesine geçici olarak gittiğinde ya da ikametini aldığı anda yardımlardan gittiği ülkede de yararlanmaya devam edecektir. Kişinin sosyal yardımından ikameti şartı dışında faydalanabileceğine ilişkin bu madde serbest dolaşım ilkesine de uyumludur. Bu şekilde işçiler, istedikleri yerde çalışabilecek ve sosyal haklardan gittikleri ülkede de faydalanmaya devam edebilecektir.

Sözleşmenin 21. maddesi işsizlik sigortası ile ilgilidir. Türkiye’de sigortalı çalışan Gürcü uyruklu işçinin, bu haktan faydalanması konusunda Türk mevzuatına bakılacağı ve bu yardımın tespitinde diğer taraf ülkede (Gürcistan’da) geçen sigortalılık sürelerinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Sözleşme iki ülke arasında mevsimlik çalışan işçilerin haklarının korunması açısından önem arz etmektedir. Sözleşmede mevsimlik işçilerin sosyal güvenlik haklarına erişebilmeleri için 12 ay ve daha uzun süreyle çalışma koşulu getirilmiştir. Mevsimlik tarım işçilerinin çalışma sürelerinin çoğunlukla daha kısa olmaları nedeni ile birçok sosyal güvenlik hakkından yeterince faydalanmaları zorlaşmaktadır.

B. Hizmet Sürelerinin Tespiti

Türkiye-Gürcistan ikili sözleşmesinde inceleme konusu yapılan bir diğer husus çalışma süreleridir. Bu bağlamda taraf ülkenin birisinde mevsimlik tarım işçisi olarak çalışılan kişinin, diğer taraf ülkeye döndüğünde hizmet süresinin nasıl değerlendirileceği sorusu gündeme

gelecektir. Gürcistan ile yapılan ikili sözleşmede Geçici Hükümler başlığı madde 30'da yapılan düzenlemede; sözleşme yürürlük tarihinden önce tamamlanan sigorta sürelerinin bir yardım hakkının tespiti için dikkate alınacağı belirtilmiştir. Buna göre hizmet sürelerinin kendi taraf ülkelerinde de benzer şekilde çalışmış gibi kabul edileceği tespitine varılmıştır.

Bugünün globalleşen dünyasında, sınır kavramı çok daha geniş yorumlanmaktadır. Uluslararası mevsimlik tarım işçiliği, tarım işlerinde istihdamda önemli bir yer bulmaktadır. Bu doğrultuda ikili sözleşmenin bulunmadığı ülke çalışanları için hizmet sürelerinin nasıl değerlendirileceği sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin Karadeniz bölgesine çay toplamak için Afrika'dan gelen mevsimlik tarım işçilerinin hizmet süreleri nasıl değerlendirilecektir? İkamet ülkesi dışında çalışan işçilerin çalışma süreleri, gelecekte emekli olmaları gibi sosyal güvenlik haklarından faydalanılması hususunda değerlendirmeye esas alınması gerekliliği üzerine kurgulanmıştır. Bu şekilde çalışılan sürelerin menşei ülkelerinde yok sayılması çoğunlukla uygulamada kabul gören bir sistemdir. Sosyal devlet olma ilkesi ise en temel hak olan sosyal güvenlik hakkını güvence altına almaktadır. Avrupa Birliğinin ilk kurucu anlaşmalarından birisi olan Maastricht Anlaşması 1992 yılında imzalanmıştır. Anlaşmada açıkça serbest dolaşım ilkesi doğrultusunda sosyal güvenlik hukuku yönünde, hizmet sürelerinin dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır³⁰. Evrensel hukuk kuralları her ne kadar bu bağlamda farklı ülkelerde çalışma sürelerinin dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmiş olsa da bugün hala ülkeler arası sosyal güvenliğe ilişkin hizmet sürelerini kayıt altına alacak bir uygulamaya henüz tam anlamıyla geçilmemiştir. Çalışma koşulları ağır olan ve genelde ucuz işçiliğin öznesi mevsimlik göçebe tarım işçilerinin hizmet sürelerinin kendi ülkelerinde de benzer şekilde kabul edilmesi temennisine varılmıştır.

³⁰ Consolidated Versions of the Treaty on European Union and Treaty on the Functioning of the European Union, 26.10.2012, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:EN:PDF>, (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

SONUÇ

Mevsimlik göçebe tarım işçileri, her yıl binlerce kilometre uzaklıktaki topraklara göç ederek tarım sektöründe çalışan ve genellikle geçici işlerde istihdam edilen önemli bir iş gücünü oluşturur. Bu gruptaki kişiler geçici süreyle çalıştıkları için çoğunlukla sosyal güvenlik haklarına erişimleri oldukça sınırlıdır. Uluslararası iş gücü için serbest dolaşım ve eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, insana yakışır çalışma koşulları etrafında toplanmaktadır. Sosyal devlet olma ilkesi gereği insanların hayat standartlarının belirli seviye altına düşmemesi sosyal sigortanın önemine dikkat çekmektedir. Sosyal yardımlar ise bireysel bir hak haline dönüşmüştür³¹.

Mevsimlik göçebe tarım işçileri dünyada her geçen gün sayısı artan periyodik göç dalgası oluşturmaktadır. ILO verilerine göre 2019 yılında toplam göçmen nüfusunun %7'lik kısmını tarım işçileri oluşturmaktadır. Yapılan işin geçici süreli olması, kayıt dışı istihdamın yaygınlığı gibi nedenlerle mevsimlik göçebe tarım işçileri yeterli düzeyde korunmamaktadır. Göçmen işçilerin korunması amacı ile düzenlen 97 ve 143 sayılı ILO sözleşmeleri çok az ülke tarafından kabul edilmiştir. Türkiye'de Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kabul edilmiş ve bu sözleşme ile mevsimlik işçiler de göçmen statüsüne dahil edilmiştir.

Türkiye açısından mevsimlik göçebe tarım işçileri için kayıt dışı istihdamın önüne geçilmesi amacı ile çalışma izni muafiyetinin kabul edilmesi yerinde bir düzenlemedir. Özellikle çalışmada tartışma konusu edilen Karadeniz bölgesi gibi, mevsim ve tarım arazilerine uygun özel düzenlemeler ile daha fazla bölgede avantaj sağlayacaktır. Mevsimlik göçebe tarım işçilerinin geçici süreyle gelmeleri nedeni ile diğer işçilerden farklı şekilde kayıt altına alınma prosedürleri konusunda kolaylık sağlanması kayıtlı istihdam sayısını artıracaktır.

Avrupa Birliği Tüzüğünde mevsimlik göçebe işçilerle ilgili yapılan düzenlemelerde yaşlılık aylığı ve işsizlik ödeneği konusunda farklı muamele yapılabileceği belirtilmiştir. Konuya ilişkin emsal bir mahkeme kararında Avrupa Adalet Divanı tüzükten farklı olarak sosyal avantaj

³¹ BAŞBUĞ, Aydın: Sosyal Devlet 2023, 1. Bakı, Ankara 2016, s. 61.

içerikli yardımlarda işçilerin korunması gerekliliğine vurgu yaptığı incelenmiştir.

Küreselleşen dünyanın ağır koşullardaki işgücü istihdamını göçmenler, onların en zayıf halkasını ise mevsimlik göçebe tarım işçileri oluşturmaktadır. Bu gruptaki kişilerin korunması, insana yakışır koşullarda çalışabilmeleri için ülkeler arasında ikili sosyal güvenlik anlaşmalarının yapılması oldukça önemlidir. Çalışmada inceleme konusu yapılan Gürcistan-Türkiye sosyal güvenlik sözleşmesi ile taraf ülkelerdeki mevsimlik tarım işçilerinin korunduğu, hizmet sürelerinin diğer taraf ülkede kabul edildiği gözlemlenmiştir. Ayrıca bu gruptaki kişilerin çalışma izni muafiyeti kapsamına dahil olduğu, bu durumun kayıtlı istihdam sayısında artış oluşturacağı tespitlerine varılmıştır. Mevsimlik göçebe tarım işçilerinin sendikalaşmaları, işveren ile pazarlık yapabilmeleri açısından önem arz edecektir.

KAYNAKÇA

- ARENDA**, Hannah (Çeviren: Şener, Bahadır Sina): Totalitarizmin Kaynakları-2 Emperyalizm, İstanbul 2020.
- BAŞBUĞ**, Aydın: Sosyal Devlet 2023, 1. Bakı, Ankara 2016.
- BERTOZZİ**, Stefano, Opening Europe's doors to unskilled and low skilled workers: A practical handbook 2010 https://migrant-integration.ec.europa.eu/sites/default/files/2010-12/doc1_17394_242941332.pdf, (Erişim Tarihi: 11.01.2024).
- BRICKENSTEIN**, Christine: "Social protection of foreign seasonal workers: from state to best practice", Comparative Migration Studies, C.3, S. 2, 2015, s. 1-18.
- Case C-228/07, 11.09.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0228> (Erişim Tarihi: 17.10.2021).
- Case C-57/96, 27.11.1997, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0057> (Erişim Tarihi: 18.10.2021).
- CASTLES** Stephen: "Guestworkers in Europe: A Resurrection?", International Migration Review, C. 40, S. 4, 2006, s. 741-766.
- Council Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council, 14.6.1971, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31971R1408> (Erişim Tarihi: 10.01.2024).
- Consolidated Versions of the Treaty on European Union and Treaty on the Functioning of the European Union, 26.10.2012, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 15.12.2023)
- DEMİR** Müslim: "Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sosyal Güvenlik Haklarına İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015, s. 177-194.
- Directive 2014/36 EU, 28.3.2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex%3A32014L0036> (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, ETS No.093,<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680077323>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

HOLZMANN, Robert / POUGET, Yann: "Social Protection for Temporary Migrant Workers: Conceptual Framework, Country Inventory, Assessment and Guidance A Study prepared for the Global Forum of Migration and Development", file:///C:/Users/lenovo/AppData/Local/Temp/gfmd_mexico10_contr_sp_for_temporary_migrant_workers_oct2710_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

<https://www.csgb.gov.tr/uigm/calisma-izni/calisma-izni-muafiyeti/mevsimlik-tarim-ve-hayvancilik-islerinde-muafiyetler/gurcistan-uyruklu-yabancilar/> (Erişim Tarihi: 16.10.2023).

<https://www.csgb.gov.tr/uigm/calisma-izni/calisma-izni-muafiyeti/mevsimlik-tarim-ve-hayvancilik-islerinde-muafiyetler/gecici-koruma-saglanan-yabancilar/> (Erişim Tarihi: 16.10.2023).

ILO Global Estimates on International Migrant Workers Results and Methodology, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_808939.pdf (Erişim Tarihi 11.01.2024).

LEE, Everett S., A Theory of Migration <https://link.springer.com/content/pdf/10.2307/2060063.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975, (No. 143), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO; (Erişim Tarihi 13.09.2023).

Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100>

:0::NO:12100:P12100 INSTRUMENT ID:312242:NO (Erişim Tarihi 16.09.2023).

Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council, 29.4.2004, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2004/883/oj> (Erişim Tarihi 16.09.2021).

SCHOUKENS, Paul /PIETERS Danny: “Illegal labour migrants and access to social protection”, European journal of social security, C. 6, S. 3, 2004, <https://doi.org/10.1177/138826270400600303> (Erişim Tarihi 16.09.2021).

SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2020.

TUNCAY, Can /EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2017.

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/GocmenIscilerinVeAileFertlerininHaklarininKorunmasinaDairSozlesme.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2024)

Türkiye-Gürcistan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, https://www.csqb.gov.tr/media/80555/digm_sga_gurcistan.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

YILDIRIM, Mücahit/ KARAKOYUN, Okan: “Mevsimlik Tarım İşçiliği Üzerine Bir Araştırma, Samsun İlçesi Örneği”, 19 Mayıs Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S. 2, 2023, s. 61-81.



KİRA BEDELİ ARTIŞINA İLİŞKİN HUKUKİ SINIRLAMALAR KARŞISINDA KİRA BEDELİNİN UYARLANMASI DAVASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem SARI FİDAN*

Öz

Son yıllarda ülkemizde yaşanan enflasyon kira sözleşmelerini önemli ölçüde etkilemiş ve kira bedellerinde kısa sürede büyük artışlar yaşanmıştır. Konut kirası sözleşmelerindeki mevcut kiracıları bu artıştan koruyabilmek adına geçici bir düzenlemeyle yıllık artış %25 ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamanın katı bir şekilde uygulanması ise emsal kira bedelleri ile mevcut kira bedelleri arasında büyük bir uçurumun oluşmasına sebep olmuştur. TBK m. 344/III uyarınca kira tespit davası ile emsal kira bedelinin belirlenebildiği hâllerde bu sorun çözülebilmektedir; fakat tespit davası 5 yıllık sürede açılabilmediğinden, daha öncesinde yaşanan sorunlarda etkili değildir. Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi tutulması da bu uyuşmazlıkları bir ölçüde giderebilmektedir. Zira tarafların anlaşması şartıyla arabulucu kira artışını farklı bir oranda belirleyebilmektedir. Fakat arabuluculuğa rağmen anlaşmazlığın çözülmemesi de olasıdır. Böyle bir durumda taraflar arasında bozulan edim dengesinin sağlanabilmesi adına uyarılma davasına başvurulması akla gelmektedir. Bu çalışma ile mevcut hukuki düzenlemeler karşısında TBK m. 138'in uygulanıp

* Dr. Öğr. Üyesi. Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, Kütahya, Türkiye
| Asst. Prof., Kütahya Dumlupınar University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Public Administration, Legal Sciences Department, Kütahya, Turkey.

✉ ozlemsarifidan@gmail.com • ORCID [0000-0002-9101-6096](https://orcid.org/0000-0002-9101-6096).

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: SARI FİDAN, Özlem: "Kira Bedeli Artışına İlişkin Hukuki Sınırlamalar Karşısında Kira Bedelinin Uyarlanması Davasının Değerlendirilmesi" SÜHFD, C.32, S.2, 2024, s.599- 632.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



uygulanamayacağı hususunda kapsamlı bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

•Kira Bedeli •Kira Bedelinin Belirlenmesi •Kira Bedelinin Uyarlanması •Aşırı İfa Güçlüğü •Uyarlama

AN ANALYSIS ON ADJUSTMENT CASE FOR INCREASING THE RENT IN THE PRESENCE OF LEGAL LIMITATIONS ON RENT INCREASE

Abstract

The high inflation in Türkiye in recent years has significantly affected lease agreements, with huge increases on rents in a short time. To protect current lessees from such increases, the Turkish government has put into force a temporary regulation, which stipulates that the annual rent increase should be limited to 25 % in residential leases for a certain period of time. The mandatory application of this regulation causes a large gap between actual rents and imputed rents. This issue can be normally solved by filing a case for determining the rent pursuant to Article 344/III of the Turkish Code of Obligations (TCO) in cases where imputed rents can be determined; however, as the case for determining the rent can be only filed after 5 years from the conclusion of the lease agreement, this provision only applies to lease agreements concluded earlier than five years. Disputes arising from lease agreements are also subject to compulsory mediation, which can resolve such disputes to some extent. Because the mediator may determine a higher amount than the rent increase stipulated by the said regulation, provided that the parties agree on it. Nevertheless, the dispute, may not be resolved by means of mediation. In this case, the parties may take action by filing an adjustment case to restore the imbalance between the considerations of them. The present study aims to make a comprehensive analysis on whether or not TCO Article 138 can be applied in the presence of current regulations.

Keywords

• Rent • Determination of Rent • Adjustment of the Rent • Hardship in Performance • Adjustment

GİRİŞ

Ülkemizde son yıllarda görülen olağanüstü bir enflasyon sebebiyle Türk parasının yabancı para karşısında değer kaybetmesi, mal ve hizmetlerde büyük oranda ve süreklilik arz eden zamların ortaya çıkmasına ve alım gücünün önemli ölçüde düşmesine neden olmuştur. Bu şekilde

sürekli artan fiyatlar, birikimini TL olarak yapan ve gelirini TL olarak elde eden pek çok kişiyi olumsuz yönde etkilemiştir. Konut ve çatılı işyeri kiralarında ise bu olumsuz durumdan hem kiracılar hem de kiraya verenler etkilenmiş ve bu kişiler arasında çok sayıda uyuşmazlığın ortaya çıktığına şahit olunmuştur.

Kira bedeli artışı konusundaki meselelere kiracılar açısından bakıldığında, kiraya verenlerin hukuki sınırlamalara rağmen yüksek oranlarda kira artışı talep ettikleri görülmüştür. Özellikle barınma ihtiyacını karşılamak ve bulunduğu sosyal çevreden uzaklaşmak istemeyen kiracıların, kiraya verenle husumet yaşamamak adına bu artışları büyük ölçüde kabul etmek zorunda kalmaları söz konusu olmuştur. Her ne kadar kanunda belirtilen oranları aşan miktardaki kira artışları dava edilebilir olsa da kiraya veren ile uyuşmazlık içerisinde olmak kiracılar tarafından çok fazla tercih edilmemiştir. Ayrıca mevcut kira bedeline yüksek oranda zam yapılsa dahi kısa sürede kira fiyatlarının yeniden yükselmesi, kiracıların geçimlerini sağlayabilmeleri konusunda büyük endişeler duymalarına sebep olmuştur. Zira kira artış oranının gelirlerindeki artıştan daha yüksek olması kiracıların alım gücünü düşürmüştür.

Kira bedeli artışı konusundaki meseleler kiraya verenler açısından değerlendirildiğinde ise yüksek enflasyonun bulunduğu ülkede mal ve hizmetlerdeki fiyat artışlarına yönelik tek sınırlama konut kirası sözleşmelerinde olmuştur. Başka herhangi bir gruptan böyle bir fedakârlık beklenmemiştir. Dolayısıyla diğer mal ve hizmetlerin fiyatları %25'in çok üzerinde artarken ve ÜFE-TÜFE oranları da oldukça yüksek iken, konut kiralarındaki kiraya verenlerin belki de tek gelir kaynağı olan kira alacaklarındaki bu sınırlama onların alım gücünü büyük ölçüde etkilemiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu sınırlamalara rağmen kiraya verenler tarafından daha yüksek oranda kira artışı talep edildiği ve kiracılarca da kabul edildiği de olmuştur. Fakat yalnızca %25'lik artış oranını kabul eden ve gerekirse kiraya veren ile uyuşmazlık hâlinde olmayı göze alan kiracılar da olmuştur. Bu durum ise kira bedelinin emsal kira bedellerinin çok altında kalmasına sebep olmuştur. Bu çalışma ile TBK m. 138'e dayalı kira bedelinin uyarlanması davasının, kira hukukuna ilişkin mevcut düzenlemeler karşısında uygulanabilirliği ve şartları detaylı bir şekilde değerlendirilecektir.

I. KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRA ARTIŞINA İLİŞKİN MEVCUT DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Modern hukuk sistemlerinde son yüzyılda etkili olan liberal devlet anlayışından daha sosyal bir hukuk anlayışına geçilmesi eğilimi, Türk Borçlar Kanunu'nun kanunlaştırılması aşamasında da etkili olmuş ve bu anlayış daha ziyade kefalet, hizmet ve kira gibi sözleşmelerde kendini göstermiştir. Kira sözleşmelerinden ise özellikle konut ve çatılı işyeri kiralarında, kiracıların sözleşmenin zayıf tarafı olduğu kabul edilmiş ve bu sözleşmelerdeki kiracıları koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Mevcut kira sözleşmelerinde kira artışının belirlenmesini düzenleyen TBK m. 344 de bu yöndeki düzenlemelerden biridir. Söz konusu düzenleme ile kira artış oranı *"bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı"* ile sınırlandırılmıştır ve kira bedelinin yabancı para ile kararlaştırıldığı hâllerde ise beş yıl geçmedikçe artış yapılamayacağı kabul edilmiştir.

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin toplumun genelini ilgilendiren sözleşmeler olmaları sebebiyle, toplumsal düzenin sağlanması amacıyla, TBK m. 344'te yer alan bu sınırlamaların yanı sıra kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana da kira artışı konusunda Devletin ve Kanun koyucunun çeşitli müdahaleleri olmuştur. Özellikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kira bedelinin yabancı para ile kararlaştırılmasının belirli istisnalar dışında yasaklanması ve TBK'ya eklenen geçici madde ile konut kiralarında kira artış oranının yüzde yirmi beş ile sınırlandırılması bu yöndeki müdahalelerdir.

Kira artışı konusundaki TBK m. 344 ve sonraki dönemlerde gerçekleştirilen diğer sınırlamalar dikkate alındığında, esasında bir borçlar hukuku sözleşmesi olan ve irade özgürlüğü ilkesinin uyguladığı kira sözleşmelerinde, söz konusu özgürlüğün oldukça sınırlandırıldığı görülmüştür. Özellikle enflasyonist ortamlarda, toplumu böylesine ilgilendiren sözleşmelerde bu tür sınırlandırmalar ve Devletin çeşitli müdahaleleri, sosyal devlet ilkesi bağlamında bir anlamda uygun görülebilir. Fakat bu tür müdahalelerde tarafların menfaatleri arasında makul bir dengenin bulunması, bir taraftan aşırı bir fedakârlık beklenilmemesi de gerekmektedir. Zira Anayasa gereğince de temel hak ve hürriyetlerden biri olan

sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların, Anayasa ile çelişmeyerek, kanunla yapılması, ölçülü olması ve özgürlüğün özüne dokunmaması gereklidir¹.

Kira artışlarına yüksek enflasyon oranları elbette etki etmiştir; fakat artışların tek sebebi de bu değildir. Özellikle bu durumu fırsata çevirme eğilimindeki kişiler kira bedellerini gerçek fiyatlarının çok üzerinde (fahiş olarak) belirleyerek, diğer taşınmaz sahiplerinin de kiralarda artış yapmalarına sebep olmuşlar ve dolaylı olarak emsal kira bedeli fiyatlarının artmasına sebep olmuşlardır. Nitekim TÜİK'in 2023 yılı Aralık ayı verilerine göre yıllık TÜFE oranı %64,8 olarak hesaplanmışken; yıllık kira artış oranının ise %95 oranında olduğu görülmüştür. Bu oranlar değerlendirildiğinde, enflasyon oranlarının dahi üstünde kira artışı yapıldığı görülmektedir².

Kira bedellerindeki bu artış silsilesi konut ve işyeri kiralari piyasasını olumsuz yönde etkilemiş ve mevcut kiracıların kira sözleşmelerine yüklü zamlar yapılsa dahi söz konusu artış hızına yetişilebilmesi mümkün olmamıştır. İşte bu sebeplerle günümüzde, kiraya veren ve kiracılar arasında bugüne kadar görülmemiş surette kira bedeli anlaşmazlıkları ortaya çıkmaya başlamıştır.

II. KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNDE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ DÜZENLEMESİNİN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

A. Aşırı İfa Güçlüğü Düzenlemesinin Uygulanmasının TBK m. 344/III'ün ve Geçici m. 1'in (ve 2'nin) Dolanılması Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu

Konut kiralarna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu ek maddeye getirilen %25 oranındaki sınırlama, 5 yıllık sürelerle açılan kira tespit

¹ ALTAŞ, Hüseyin: "Kira Parası Artışlarının Sınırlanması", AÜHFHD, C. 49, S. 1, 2000, s. 106; SARI FİDAN: Özlem, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi", Y. 2023, S. 1, 2023, s. 375.

² Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=T%C3%BCketici-Fiyat-Endeksi-Aral%C4%B1k-2023-49657&dil=1> (Erişim Tarihi: 13.03.2024).

davası dışındaki tüm kira artışlarında uygulanabilecek niteliktedir. TBK m. 344/III gereğince hâkim tarafından kira bedelinin tespit edildiği durumlarda ise emsal kira bedelleri, hakkaniyet gibi esaslar temel alınacak olup, %25'lik sınırlama ve TÜFE oranı burada uygulanmamaktadır.

Kiraya verenin beş yıllık sürenin sonunda dava yoluyla kira bedelini zaten emsal kira bedeli oranına çıkarabilmesi mümkünken daha önceki bir zaman diliminde, hem de sosyal düzenin sağlanması amacıyla kira bedeli artışının %25 ile sınırlandırıldığı bir dönemde, kira bedelinin uyarlanmasını talep etmesi ne kadar doğru olur? Uyarlamaya izin verilmesi bu iki hükmün dolanılması diğer bir ifade ile kanuna karşı hile anlamına gelir mi? Uyarlamanın şartlarının değerlendirilmesinden önce bu soruların tartışılması ve cevaplandırılması gerekir.

1. Aşırı İfa Güçlüğü Düzenlemesinin Uygulanmasının TBK m. 344/III'ün Dolanılması Anlamına Gelip Gelmeyeceğinin Değerlendirilmesi

Aşırı ifa güçlüğü sebebiyle kira bedelinin uyarlanması talebinin, TBK m. 344/III'te yer alan kira tespit davası düzenlemesini dolanmak olup olmayacağının tespitinde, kanun koyucunun söz konusu düzenlemeleri koymaktaki amacının dikkate alınması gerekir. Zira TBK m. 344/III'te yer alan düzenleme ile tarafların beş yıllık kira dönemlerinin sonunda kira tespit davası ile kira bedelini emsal kira bedeli oranına getirebilmelerine zaten izin verilmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacı tespit edilerek, *"Bu düzenleme ile tarafların beş yıldan önce emsal kira bedelini talep edebilmeleri yasaklanmak mı istenmiştir?"* sorusunun cevaplanması gerekir.

TBK m. 344/IV'te kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği durumlarda kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı hususuna TBK m. 138'de yer alan *"Aşırı ifa güçlüğü"* düzenlemesi ile istisna getirilebileceği kabul edilmiştir³. Buradan her ne kadar Kanun koyucunun aşırı ifa güçlüğü düzenlemesini, kira bedelinin yabancı para olarak karşılaştırıldığı

³ Yargıtay'ın bugüne kadarki uygulamasına bakıldığında TBK m. 183'e dayalı uyarlama taleplerinin en çok geldiği sözleşmelerden birinin dövize endekli kira sözleşmeleri olduğu görülmüştür. Bkz. Y. 3. HD, 11.09.2019, E. 2017/14157, K. 2019/6526; Y. 3. HD, 11.09.2018, E. 2017/13096, K. 2018/8263; Y. 3. HD, 28.03.2019, E. 2017/6283, K. 2019/2753, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

hâller için öngördüğü görülsede de esasında Kanunun tasarılaştırıldığı dönemde bugünkü kadar büyük bir enflasyon ortamının bulunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır. Kanaatimizce Kanun koyucu TBK'nın kanunlaştırıldığı dönemde, olası enflasyon zamanlarında kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği kira sözleşmelerinde taraflardan birinin (özellikle de kiracının) aşırı ifa güçlüğü durumuna düşebileceğini öngörmüş; kira bedelinin Türk Lirası olarak belirlendiği kira sözleşmelerinde ise aşırı ifa güçlüğü durumunun yaşanabileceğini ise göz ardı etmiştir⁴. Dolayısıyla kanunda her ne kadar yalnızca kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği sözleşmeler açısından aşırı ifa güçlüğü hükümlerinin uygulanabileceğinden bahsedilmiş olsa da bundan kira bedelinin Türk Lirası olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğüne başvurulamayacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Aksine Kanun koyucunun o dönemki şartlardaki düşüncesinin, enflasyon dönemlerinde kira bedelinin taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde değer kaybetmesi hâlinde, beş yıldan önce de ona müdahale edilebileceği olduğu düşünülmektedir.

2. Aşırı İfa Güçlüğü Düzenlemesinin Uygulanmasının TBK Geçici m. 1'in (ve 2'nin) Dolanılması Anlamına Gelip Gelmeyeceğinin Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu'na 7409 sayılı Kanun ile eklenen geçici m. 1 ile 11 Haziran 2022 ile 1 Temmuz 2023 tarihleri arasında yenilenecek tüm konut kirası sözleşmelerinde kira bedeli artış oranı %25 ile sınırlandırılmıştır. Daha sonra ise TBK'ya 7456 sayılı Kanun ile eklenen geçici madde 2 ile yenilenen konut kirası sözleşmelerindeki %25'lik kira artış oranı sınırlamasının 1 Temmuz 2024'e kadar devam edeceği kabul edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'na geçici maddeler ile eklenen, yenilenen konut kira sözleşmelerindeki kira artış oranına ilişkin bu sınırlamaların amacının sosyal kaygılar olduğu ve dolayısıyla bu düzenlemelerin kamu

⁴ Bu düzenleme daha ziyade kiracılar düşünülerek ele alınmıştır. Nitekim kira bedeli yabancı para ile kararlaştırıldıktan sonra, yabancı paranın Türk lirası karşısında öngörülemeyecek oranda bir değer kazanması, kira bedeli ödeme yükümlülüğünün kiracı için oldukça ağır bir yük olmasına sebep olmaktadır. Bu hâlde kiracı beş yılın sonunu beklemeden aşırı ifa güçlüğü nedeniyle kira bedelinin uyarlanmasını talep edebilir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Ahmet M. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2022, s. 285.

düzeninin korunmasını hedeflediği görülmektedir. Bu düzenlemeler ile Devletin sosyal devlet ilkesinden hareket ettiği ve kiracıları yüksek zam oranlarından korumayı amaçladığı görülmektedir. Bu tür kaygılar ile kira artış oranı %25 ile sınırlanmışken, kiraya verenin TBK m. 138'e dayalı olarak kira bedelinin uyarlanması ve bu doğrultuda kira bedelindeki yıllık artışın %25'ten fazla olmasını talep etmesi kanuna karşı hile olmayacak mıdır? Kanaatimizce bu değerlendirmeyi yaparken TBK m. 138'in pek çok yönüyle ele alınması gerekir. Şöyle ki bu değerlendirilmenin yapılmasında Kanun koyucunun TBK m. 138'i koymaktaki amacının, TBK m. 138'in hukuki niteliğinin, korumayı amaçladığı menfaatlerin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 138'in gerekçesine göre, aşırı ifa güçlüğü başlıklı bu düzenleme, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen işlem temelinin çökmesine ilişkindir⁵. Buradaki aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temelinde TMK m. 2/I'de yer alan dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Adalet Komisyonu raporunda ise Alman Medeni Kanunu'nun 313'üncü (BGB § 313) maddesi temel alınarak oluşturulan bu düzenlemenin, yalnızca ifa güçlüğüne dayanan bir uyarlama talebini içerdiği; ifa güçlüğü dışındaki işlem temelinin çökmesine sebep olabilecek sebeplerin ise bu hükme dayalı olarak uyarlamaya sebep olamayacağı ifade edilmiştir⁶. Öğretideki hâkim görüşe göre de TMK m. 138'e dayalı olarak uyarlama istenilmesinin temelinde dürüstlük kuralının bulunduğu ve şartların değişmesi sebebiyle,

⁵ Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, politik, toplumsal, ekonomik vb. sebeplerle zamanla değişebilir. Bu ise edimler arası mübadele ilişkisinin bozulmasına neden olabilir. Böyle bir durumda, edimlerin aynen ifa edilmesinin gerektiğinin kabulü, ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi ve onun fonksiyonu olan işlem güvenliğini sağlamak yerine, deyim yerinde ise, haksız bir durumun güvenliğini sağlama fonksiyonu icra eder. Dolayısıyla denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bkz. **TOPUZ**, Seçkin: "Sözleşmenin İçeriğine Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu", SÜHFD, C. 19, S. 2, 2011, s. 287, 291.

⁶ TBK m. 138, İsviçre hukukunda da yer almayan ve Alman Medeni Kanunu'nun 313. Maddesi temel alınarak aşırı ifa güçlüğüne dayalı bir uyarlama hükmüdür. Aşırı ifa güçlüğüne dayanan bu düzenlemenin hukuki niteliğine ilişkin Alman hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **TUNÇOMAĞ**, Kenan: "Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler", İÜHFM, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 884-905.

aşırı ifa güçlüğüne düşen taraftan borcunu ifa etmesini beklemenin dürüstlük kuralına uygun olmayacağı kabul edilmektedir⁷.

Kanaatimizce sözleşme tarafları arasındaki dengenin korunmasını amaçlayan ve dürüstlük kuralı temelinde oluşturulan TBK m. 138 de TBK geçici m. 1 ve 2 gibi kamu düzenine ilişkin bir düzenlemedir. Hâl böyle olunca, şartları oluştuğunda TBK m. 138'e dayalı kira bedeli uyarılama talebinin ileri sürülmesinin, TBK geçici m. 1'i dolanmak olacağı da kabul edilemez. Ayrıca öğretide kanun koyucunun öngörülemeyen ve sözleşme dengesini bozan bir müdahalesi olursa uyarılamanın istenebileceği kabul edilmektedir⁸. Bu kapsamda Borçlar Kanunu'na geçici bir madde ile getirilen ve yenilenen kira sözleşmelerindeki kira artışlarını %25 ile sınırlayan düzenleme, sözleşme dengesini kiraya veren aleyhine bozabilecek nitelikte olduğu için bu sözleşmelerde uyarılama söz konusu olabilmelidir⁹.

⁷ **EREN**, Fikret/**DÖNMEZ**, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, m. 83-206, Ankara 2022, s. 2582; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977, s. 481-482; **ANTALYA**, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1-3, 2. Bası, Ankara 2019, s. 320; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 18. Bası, İstanbul 2020, s. 605; **İNCEOĞLU**, Mehmet Murat, Kira Hukuku, C. II, İstanbul 2014, s. 163; **TERCIER**, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2020, s. 346; **ARAT**, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 18; **TİLE**, Latif, Uyarılama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara, 2021, s. 228; **ÖZYAKIŞIR**, Özkan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Ankara 2019, s. 233; **ÇAVDAR**, Pelin/**KARACA**, Aybüke: "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", MÜHF - HAD, C. 23, S. 3, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, s. 621; Bir diğer görüşe göre ise işlem temelinin çökmesinin mutlaka TMK m. 1, 2 ya da TBK m. 480 kurallarından herhangi birine dayandırılması zorunlu değildir. Temelinde sözleşme adaleti düşüncesi bulunan işlem temelinin çökmesi kuramı, birden fazla kuraldan hukuki/toplu kıyas yoluyla üretilmiş genel bir hukuk ilkesidir. Bkz. **SEROZAN**, Rona/**BAYSAL**, Başak/**SANLI**, Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2022, s. 370, dn. 157.

⁸ **BAYSAL**, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Bası, İstanbul 2020, s. 257.

⁹ Türk Borçlar Kanunu geçici madde 1 ile getirilen ve yenilenen kira sözleşmelerinde kira artışını %25 ile sınırlayan düzenlemenin ölçsüz bir sınırlama niteliği taşıdığı ve kiraya veren ile kiracı arasında bulunması gereken adil dengeyi kiraya veren aleyhine makul karşılanamayacak bir oranda bozduğu yönünde bkz. **SARI FİDAN**, s. 372.

B. Aşırı İfa Güçlüğüne Dayalı Uyarılma Davasının Şartlarının Kira Sözleşmeleri Açısından Değerlendirilmesi

Aşırı ifa güçlüğü sebebiyle işlem temelinin çökmesi hâlinde, hâkimden sözleşmeye müdahale ederek edimler arasındaki dengeyi değişen şartlara uyarılması talep edilebilmektedir¹⁰. Bu nitelikteki davalar uygulamada “*uyarılma davası*” olarak ifade edilmektedir. Sözleşmenin uyarılmasında amaç, tarafların menfaatleri göz önünde bulundurularak, edimlerin ifasının beklenebilirliğinin yeniden sağlanmasıdır¹¹.

Kira bedelinin uyarılması hem kiracı hem de kiraya veren tarafından talep edilebilmektedir. Kiracı değişen şartlar sebebiyle kira bedelinin indirilmesi; kiraya veren ise artırılması için uyarılma talebinde bulunabilmektedir. Günümüze kadarki uygulamada kira bedelinin uyarılmasına ilişkin açılan davaların genellikle kira bedelinin yabancı para ile karşılaştırıldığı kira sözleşmelerindeki kiracılar tarafından açıldığına rastlanmıştır. Yakın zamandaki davalarda ise özellikle işyeri kiracılarının, Covid 19 sebebiyle ortaya çıkan idari yasaklar neticesinde kiralanan amaçlanan ölçüde kullanamamalarına bağlı olarak kirada indirim talebinde bulunduğu uyarılma davaları ağırlık göstermiştir¹².

Sözleşmenin değişen şartlara uyarılabilmesi, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi TBK’da da sıkı şartlara tabi tutulmuştur¹³. Nitekim

¹⁰ Edimler arasındaki dengenin bozulması sebebiyle TBK m. 138’e dayalı bir uyarılma talebinin söz konusu olabilmesi için mutlaka tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin mevcudiyeti gerekir. Bkz. **ANTALYA**, s. 317.

¹¹ **TOPUZ**, Seçkin, Türk- İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s. 322; **ÖZYAKIŞIR**, s. 249.

¹² Y. 3. HD, 01.11.2022, E. 2022/2200, K. 2022/8401; Y. 3. HD, 04.06.2021, E. 2021/3452, K. 2021/6001; Y. 3. HD, 23.11.2021, E. 2021/6159, K. 2021/11839; Y. 3. HD, 23.11.2021, E. 2021/6230, K. 2021/11840; Y. 3. HD, 04.06.2020, E. 2021/3452, K. 2021/6001, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

¹³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 13.06.2014 tarihli bir kararında bu sıkı şartlar detaylı bir şekilde ifade edilmiştir: “TBK m. 138 hükmüne göre; sözleşme taraflarından birinin hâkime yapacağı başvuru üzerine talep doğrultusunda bir karar verilebilmesi için aşağıdaki şartlar bulunmalıdır.

1) Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçları yüklenmesi istenemeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır. Şayet aşırı ifa güçlüğü sözleşme kurulduğu sırada da mevcut olup sadece taraflarca bilinmiyorsa, bu TBK m. 138 hükümlerine değil, şartları varsa yanılma (TBK m. 30 vd.) hükümlerine göre iptale konu

Yargıtay da uyarlamayı “*istisnai, tali ve yardımcı nitelikte*” kabul etmekte ve koşulların değiştiği her durumun uyarlamanın mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁴. TBK m. 138 gereğince uyarlama talep edilebilmesinin dört şartı bulunmaktadır. Bu şartlar şunlardır:

- Uyarlama talebinde bulunandan kaynaklanmayan olağanüstü bir durum mevcut olmalıdır.
- Uyarlama talebine konu olan olağanüstü durum, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum olmalıdır.
- Olağanüstü durum sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

olabilir. Sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğünün, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvın a veya ağır zararına yol açacak olması gerekmez. Maddede, “kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir” olması yeterli görül-müştür. Elbette bu değerlendirmede, karşı tarafın durumu da göz önüne alınacaktır.

2)Edimlerin dengesindeki değişiklik sözleşme yapılırken öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen (Savaş, ekonomik kriz, devalüasyon, tabii afetler, ithal ve ihrac konusunda getirilen yasak ve tahditler gibi) olağanüstü bir durumdan ileri gelmelidir. Bu husus da “Emprevizyon” olarak ifade edilebilir. Maddede her ne kadar “taraflarca öngörülmemeyen” denmişse de olağanüstü olgunun sözleşme kurulurken sadece aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf açısından öngörülemez olması yeterli sayılmalıdır. Aşırı ifa güçlüğüne düşenin bu durumu sözleşme yapılırken öngörmediğini ispat etmesi yetmez, bu durum onun için “öngörülmesi beklene-mez” olmalıdır. Kendi özensizliği veya dikkatsizliği sebebiyle bu olguyu öngörememişse, 138. maddeden yararlanamayacaktır.

3)Aşırı ifa güçlüğü yaratan olgu borçludan kaynaklanmamalıdır. Olgunun kendisinin borç-ludan kaynaklanmaması yanında, bunun aşırı ifa güçlüğü yaratması da borçludan kaynak-lanmamalıdır.

4)Edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır. Kural olarak ifada bulunduktan sonra aşırı ifa gü-çlüğünden söz ederek uyarlama veya sözleşmeden dönme yollarına başvurulamaz. Ancak, borçlu doğan haklarını saklı tutarak ifada bulunmuşsa, ifadan sonra da bu haklarını kullanabilecektir. Bu takdirde, uyarlamanın sonucuna göre veya sözleşmeden dönme halinde, ifa etmiş bulunduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kısmen veya tamamen geri iste-yebilecektir.” Bkz. Y. 13. HD, 13.06.2014, E. 2013/16898, K. 2014/18895, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

¹⁴ Y. 3. HD, 15.02.2017, E. 2017/1407, K. 2017/1427; Y. 6. HD, 12.05.2015, E. 2014/6666, K. 2015/4582; YHGK, 18.11.1998, E. 1997/13-810, K. 1998/835, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

• Borçlu borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak (ihtirazi kayıtla) ifa etmiş olmalıdır.

1. Uyarlama Talebinde Bulunandan Kaynaklanmayan Olağanüstü Bir Durumun Varlığı

a. Genel Olarak

Kanunda yer alan “*olağanüstü*” ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre TBK 138 ancak sosyal felaket boyutundaki olağanüstü hâllerde uygulanabilir¹⁵. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise sonradan ortaya çıkan durumun, toplumun tamamını etkileyen deprem, sel, salgın, hastalık, ekonomik kriz gibi bir felaket niteliği taşımasına gerek yoktur; yalnızca sözleşmenin tarafları bakımından olağanüstü nitelikte bir değişiklik yaşanması yeterlidir¹⁶.

Kanunda açıkça ifade edildiği üzere sözleşmenin ifasını etkileyecek olağanüstü durum sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmış olmalıdır;

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 607; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 84; KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Bası, Ankara, 2013, s. 140.

¹⁶ BAYSAL, s. 249, 254; ÖZYAKIŞIR, s. 239; ÇAVDAR/KARACA, s. 624; İNCEOĞLU, s. 167; TİLE, s. 131; TÜZÜNER, Özlem/ÖZ, Kerem: “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, ABD, Y. 2015, C. 73, S. 3, s. 459; KAYA, Ümmühan, Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz’a Armağan C. II, 2016, s. 1582; PAK, Elif, Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara 2020, s. 84. Hatta öğretide bu durum “sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliğin olağanüstü olmasına da gerek yoktur; işlem temeli oluşturan durumlara ilişkin beklenmedik (sürpriz) bir olay olması yeterlidir” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. KRAMER, Ernst A./BRUNO, Schmidlin, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Band VI/1/1, Bern 1986, Art. 18, N. 350-352, YILMAZ, Süleyman: “Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uygulama Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı”, AÜHFD, C. 59, S. 1, 2010, s. 138-139; YENİOCAK, Umut, Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları, 3. Bası, Ankara 2023, s. 162; GÖRMEZ, Mustafa, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, İstanbul 2019, s. 150; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 370-372.

eğer söz konusu durum sözleşmenin kurulduğu sırada zaten mevcutsa bu hükme dayanılması mümkün değildir¹⁷.

Sözleşmenin uyarlanabilmesi için, TBK m. 138’de vurgulandığı üzere, uyarlamayı gerekli kılan olağanüstü durum, uyarlamayı isteyen taraftan kaynaklanmamalıdır. Bu ifadenin uyarlamayı talep edenin kusurunun bulunmamasından ziyade, onun etki veya risk alanına ilişkin bir durumdan kaynaklanmaması gerektiği şeklinde anlaşılması daha uygundur¹⁸. Zira her sözleşmenin doğasında az ya da çok risk bulunur ve bu doğrultuda sözleşmenin tarafları sözleşmenin değişmesine ilişkin yasal ve sözleşmesel belirli riskleri üstlenirler. Bu kapsamda üstlenilen risk kapsamına giren değişikliklerin öngörülmesi ve katlanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹. Özellikle sözleşmenin doğası riske borçlunun katlanmasını haklı kılıyorsa, sözleşme kurulduktan sonra değişen şartlar sözleşmenin uyarlanmasını gerektirmez²⁰. Uyarlama için edim karşı edim

¹⁷ Böyle bir durumda olsa olsa saik hatasına düşüldüğü iddia edilebilir. Bkz. **İNCEOĞLU**, s. 167; **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, s. 370; **GÜMÜŞ**, s. 87-88; **ÖZYAKIŞIR**, s. 237; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 606; **YAVUZ**, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Bası, İstanbul, 2019, s. 308.

¹⁸ Bkz. **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, s. 370-371; **İNCEOĞLU**, s. 169; **ÖZYAKIŞIR**, s. 243; **GÜMÜŞ**, s. 85; **BAYSAL**, s. 289; **DOĞAN**, Gülmelihat: “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, TBB Dergisi, S. 111, 2014, s. 22; **AYBAY**, Memet Erdem: “Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz’a Armağan C. I, 2016, s. 335. Kusur olarak kabul eden görüşler için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 607; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2021, s. 415; **ARAL**, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2021, s. 304; **EREN/DÖNMEZ**, s. 2593; **ARAT**, s. 135; **TİLE**, s. 137 vd.; **KAPLAN**, s. 143. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kanunda yer alan “*kaynaklanmayan*” ifadesini pek çok kararında uyarlama talebinde bulunan kişinin kusurunun bulunmaması olarak kabul etmiştir. Bkz. YHGK, 12.11.2014, E. 2014/13-1614, K. 2014/900; YHGK, 27.01.2010, E. 2010/14-14, K. 2010/15, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Topuz’a göre de TBK m. 138’de yer alan “*kaynaklanmayan*” ifadesinden borçlunun kusurlu olmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak bunun kabulü isabetli değildir. Dolayısıyla “*kaynaklanmayan*” ifadesinin yerine “*borçlunun sorumlu tutulmadığı*” şeklinde bir ifade daha uygun olurdu. Bkz. **TOPUZ**, Sözleşmeye Müdahale, s. 272.

¹⁹ **BERNERKOMMENTAR/KRAMER**, Art 18, N. 334, **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, s. 371; **KAYA**, s. 1589-1590.

²⁰ Örnek olarak fiyatların çok değişken olduğu pazarlar veya spekülatif pazarlarda yapılan işlemler gösterilebilir. Bkz. **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s. 348; **GÜLEKLİ**, Yeşim: “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması

dengesinin yıkılması; mantık kuralları uyarınca bir riski borçluya bırakmanın artık mümkün olmaması gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bu şartı, taraflardan kaynaklanmayan bir “*dış olay*” ın bulunması gerektiği şeklinde ifade etmiştir²¹. Gerçekten de sonradan ortaya çıkan değişikliğin sözleşme dışı unsurlarda olması gerekli olup, sözleşmenin içeriğine dahil olan unsurlarda meydana gelen değişikliklerde TBK m. 138 uygulanmaz²².

b. Kira Sözleşmeleri Yönünden Değerlendirilmesi

Kira sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde ise uyarlamayı gerekli kılan durumun, uyarlamayı talep eden kiraya verenin ya da kiracının etki ve risk alanına ilişkin bir durumdan kaynaklanmaması gerekir. Yüksek enflasyona bağlı uyarlama talepleri bu yönüyle düşünüldüğünde enflasyon ne kiracıya ne de kiraya verene yüklenebilir bir durumdur. Dolayısıyla her iki tarafın da bu sebeple uyarlama talebinde bulunabilmesi mümkündür.

Kira bedelinin uyarlanması hususunda ülkemizde çoğunlukla enflasyon sebebi etkili olsa da bunun dışındaki durumlar da uyarlamaya sebebiyet verebilir. Örneğin kira bedelinin, kiralanan yerin değerinin ve bu bölgedeki kiraların sözleşmenin kurulmasından sonraki değişiklikler sonucunda düşük kalması da kira bedelinin uyarlanmasını gerektirebilir²³. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir okul kantininin kiralınması örneğinde, yayımlanan bir genelge ile okul kantinlerinde gazlı içecek, cips vs. satışının yasaklanması ve okul mevcudunda meydana gelen azalma

Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 15, S. 18, 2011, s. 51.

²¹ Bkz. YHGK, 05.10.2022, E. 2020/687, K. 2022/1259, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

²² Bu durumlarda ya ifa imkânsızlığı ya da borcun ifa edilmemesi durumu söz konusu olur. Kira bedelinin uyarlanması genellikle kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği hâllerde aşırı kur farkının oluşması, sonradan getirilen hukuki yasaklar, doğa olayları gibi dışarıdan kaynaklanan sebeplere dayandırılmaktadır. Bkz. **ÖZYAKIŞIR**, s. 238.

²³ **ANTALYA**, s. 318.

sebebiyle kantin cirosunun düşmesi, uyarılma nedeni olarak kabul edilmiştir²⁴.

2. Öngörülemezlik

a. Genel Olarak

Hâkimden uyarılma talebinde bulunulabilecek olağanüstü durumun, sözleşmenin kuruluş aşamasında, taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenemeyen bir durum olması gerekir. Kelime anlamı ile öngörü, bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma anlamına gelmektedir²⁵. Öngörülemezlik ise kişinin hayatın olağan akışında göz önüne almakla yükümlü olmadığı durumları ifade etmektedir²⁶. Öngörülemezliğin tespitinde objektif öngörülebilirliğin esas alınması gerektiği yönündeki görüşe göre, gerçekleşen risk kişinin ilgili olduğu iş çevresinde sözleşme kurulduğu sırada ortalama, makul ve dikkatli bir kişinin öngörebileceği nitelikte ise, sözleşmeye TBK md.138 gereğince herhangi bir müdahalede bulunulmaz²⁷.

Öngörülemezlik ilkesi sözleşmelerin uyarlanmasında en temel ve kilit noktayı oluşturmaktadır. Öngörülemezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde ne çok katı ne de çok esnek davranılması gerekir. Zira bu şartın tespitinde fazla esnek davranıldığında ahde vefa ve hukuki güvenlik ilkeleri fazlasıyla ihlal edilmiş olur; fazla katı bir tutum sergilendiğinde ise özellikle ticari ilişkiler büyük sekteye uğrar. Dolayısıyla hâkimin her istisnai olayı öngörülemez olarak kabul etmemesi, ancak öngörülemezlik için de katı sınırlar koymaması yerinde olur²⁸.

Taraflar sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkabilecek durumları öngörebiliyorlarsa bu durumda sözleşmenin uyarlanamayacağı esas alınmaktadır. Zira bu hâlde tarafların değişen şartlara ilişkin riskleri

²⁴ Y. 3. HD, 15.02.2017, E. 2017/1407, K. 2017/1427, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

²⁵ TDK Sözlüğü (sozluk.gov.tr), (Erişim Tarihi: 13.03.2024).

²⁶ ARAT, s. 106; KAYA, s. 1583; GÜLEKLİ, s. 48.

²⁷ ÇAVDAR/KARACA, s. 625; AYBAY, s. 329, 331.

²⁸ Öngörülemezliğe etki eden unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. BAYSAL, s. 270 vd.; KAYA, s. 1585 vd.

üstlenmiş oldukları kabul edilir ve mevcut sözleşme hükümleri değişen şartlarda da uygulama bulur²⁹. Özellikle sözleşmenin kuruluş aşamasında, taraflarca sözleşmeye eklenen uyarlama kayıtları, öngörülemezlik şartının oluşmadığı yönünde kararların verilmesine sebep olabilmektedir.

Taraflar, sözleşmenin kuruluşu esnasında öngörülebilir nitelikteki bir durumu öngörmemişler ise bu taraflara isnat edilebilir bir durum olduğu için uyarlama söz konusu olmaz³⁰. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bir durumun öngörülebilir olup olmadığının tespitinde dürüstlük ilkesi esas alınır. Şöyle ki normal şartlarda, dürüst ve makul bir insanın öngörebileceği veya öngörmesi gereken değişikliğin beklenmedik olduğu kabul edilemez³¹.

Öğretide haklı olarak, olağanüstü durumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin öngörülemezliğinden ziyade bu durumun sözleşmeye etkisinin öngörülemezliğinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla öngörülemezlik değerlendirmesi yapılırken, sözleşmenin kurulması anındaki koşullar dikkate alınarak, durumun öngörülemezliği değil, değişen durumun sözleşmeye etkisinin öngörülemezliğini aramak gerekir³². Buna göre sözleşme kurulduğu sırada, taraflarca uyarlamaya sebep olan olağanüstü durumun gerçekleşebileceği muhtemel görülse de sonuçlarının bu denli ağır olacağı tahmin edilemiyorsa yine de uyarlama talep edilebilir. Bu kapsamda hâkim nelerin öngörülebilir olup

²⁹ BERNERKOMMENTAR/KRAMER, Art 18, N. 340; KAYA, s. 1583.

³⁰ ARAT, s. 106; BAYSAL, s. 261-262; ÖZYAKIŞIR, s. 240. Roma hukukunda günümüze kadar ulaşan "hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak talep edemez (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)" ve "hak arayan kimsenin ellerinin pak olması gerektiği (*He who comes into equity must come with clean hand*)" ilkesi gereğince, sözleşme tarafları öngörmeleri gereken bir durumu hesaplayamamışlarsa, bu kendi kusurlarından kaynaklanır ve buna katlanmaları gerekir. Bkz. YILMAZ, s. 141. Taraflardan biri sözleşmenin kurulduğu anda borç ilişkisi bakımından önem taşıyabilecek bir tehlikeyi öngörebilecek durumda idi ise söz konusu rizikoyu zımni olarak üstlendiğinin kabul edilmesi gerekir. Bkz. GÜLEKLİ, s. 49.

³¹ ARAT, s. 107; YILMAZ, s. 141; ÖZYAKIŞIR, s. 242; OĞUZMAN/ÖZ, s. 607.

³² BERNERKOMMENTAR/KRAMER, Art. 18, N. 337; BAYSAL, s. 260; İNCEOĞLU, s. 170; ARAT s. 105; YILMAZ, s. 140; KAYA, s. 1583-1584; ÖZYAKIŞIR, s. 241-242; DOĞAN, s. 22; YENİOCAK, s. 160.

olmadığını değerlendirirken somut olayın tüm özellikleri ve tarafların menfaatlerini dikkate almalıdır.

Öngörülemezlik hususunda tartışmalı olan bir husus, özellikle ülkemiz gibi sıklıkla ekonomik krizlerin yaşandığı bir ülkede bu durumun ne zaman bir uyarlama sebebi olabileceğidir³³. Bir görüşe göre, para alacaklısı “*kronik enflasyon*” karşısında edimler arası dengenin bozulduğunu ileri süremez³⁴. Diğer bir görüşe göre “*periyodik ekonomik krizlerin*” yaşandığı bir ülkede çok uzun bir süre geçmedikçe, yeni bir krizin yaşanması öngörülemez sayılamaz ve döviz fiyatlarında uzun zamandır artışın olmaması da öngörülemez hâl olarak değerlendirilemez³⁵. Yargıtayın ise özellikle yabancı para borçlarında uyarlama konusundaki tutumunun değişiklik gösterdiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay özellikle 2001 yılında ekonomik kriz nedeniyle yapılan uyarlama talebini kabul etmiş³⁶; bundan sonraki dönemde ise Türkiye’de yabancı para üzerinde değişimlerin sıklıkla yaşandığı, bu nedenle de öngörülemezlik unsurunun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği gerekçesi ile uyarlamayı kabul etmemiştir³⁷.

³³ Enflasyon ve sözleşmelere etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞANAY, İsmail: “Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdın Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?”, Yargıtay Dergisi, C. I, S. 4, 1975, s. 23-46.

³⁴ Bkz. SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 371; GÜLEKLİ, s. 49-50.

³⁵ GÜMÜŞ, s. 88.

³⁶ 2001 yılında ülkemizde yaşanan ekonomik kriz hakkında bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/2001_T%C3%BCrkiye_ekonomik_krizi (Erişim Tarihi: 16.01.2024).

³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun daha sonraki dönemlerde ekonomik kriz nedeniyle talep edilen uyarlama istemlerine karşı tutumu, “Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır” şeklinde olmuştur. Bkz. YHGK, 12.11.2014, E. 2014/13-1614, K. 2014/900; YHGK, 14.09.2021, E. 2017/2308, K. 2021/994; YHGK, 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599; YHGK, 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12.11.2014 tarihli kararına ilişkin olarak “mütemadiyen ekonomik krizli Türkiye” bakış açısının, Türk Borçlar Kanunu’nun 138’inci maddesinin uygulama alanını amaca aykırı daralttığı ve uyarlamayı yalnızca savaş ve tabii afetlerle sınırladığı yönündeki eleştirisi için bkz. TÜZÜNER/ÖZ, s. 458 vd. Baysal’a göre de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararı konjonktürel bir karardır ve sadece o döneme özgü kabul edilmelidir. Aksinin kabulü Yargıtay kararı ile BK m. 138’in yürürlüğünün sınırlanması anlamına gelir, bu da mümkün değildir. Bkz. BAYSAL, s. 272. Aynı karara ilişkin diğer bir eleştirel değerlendirme için bkz. AYBAY, s. 344 vd.

Kanaatimizce ekonomik krizlerin ve sonuçlarının öngörülebilir olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılırken enflasyonun boyutuna da bakılmalıdır. Bu anlamda ülkemiz gibi enflasyonla mücadele içinde bulunan bir ülkede dahi belirli hâllerde enflasyon sebebine bağlı olarak uyarılama talepleri kabul edilebilir³⁸. Eğer beklenenin ya da tahmin edilebilecek olanın çok üstünde bir enflasyon gerçekleşmişse uyarılama taleplerinin yine kabul edilmesi gerekir³⁹. Nitekim günümüzde de özellikle 2021 yılının sonlarından itibaren başlayan ve hâlen devam eden süreçte enflasyonun çok yüksek oranlara ulaştığı görülmüştür⁴⁰.

b. Kira Sözleşmeleri Yönünden Değerlendirilmesi

Öngörülemezlik unsuru ve bu çerçevede mevcut enflasyon durumu kira sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde, özellikle 2021 yılında ve öncesinde akdedilen kira sözleşmelerindeki kira bedelleri, ilerleyen dönemlerde artırılmış olsa da emsal kira bedellerinin çok altında kalmıştır. Dolayısıyla bilhassa bu tarihlerde yapılan kira sözleşmelerinde öngörülemezlik şartının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Daha sonra yapılan sözleşmelerde ise temkinli yaklaşılmalı, somut olaya göre değerlendirme

³⁸ Taraflardan biri zımnın veya açıkça bir tehlikeyi üstlenmiş olsa dahi söz konusu tehlikenin gerçekleşmesi onun ekonomik yıkımına sebep olacak ise sözleşmenin yorumlanması yoluyla söz konusu kişinin böyle bir rizikoyu üstlenmeyi asla istemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır. Böylelikle riziko üstlenilmiş olsa dahi uyarılama söz konusu olabilmektedir. Bkz. **GÜLEKLİ**, s. 50.

³⁹ **TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi, Borçlar Hukuku, C. II, 5. Bası, İstanbul 1985.s. 1043-1044; **YILMAZ**, s. 143-144; **YENİOCAK**, s. 160; **BAYSAL**, s. 239. “*Ekonomi uzmanlarının bile tahmin edemeyeceği enflasyon oranlarının yaşandığı zamanlarda, sözleşen tarafların bunu da öngörebileceğini beklemek büyük haksızlık olur*”. Bkz. **ARAT**, s. 100; **TÜZÜNER/ÖZ**, s. 459. “*Ağır enflasyon*” hâlinde sözleşmenin uyarlanabileceği yönünde bkz. **EREN/DÖNMEZ**, s. 2582. Yabancı para borçlarında yaşanan dalgalanmalar ve devallüasyon konusundaki uyarılama talepleri ile ilgili olarak aynı yönde bkz. **İNCEOĞLU**, s. 170.

⁴⁰ Ülkemizde son dönemde yaşanan ekonomik krizin uyarılama imkânı vereceği konusunda şüphe duyulmaması gerektiği yönünde bkz. **BAYSAL**, s. 239. Esasında ülkemizde şu anda mevcut olan ekonomik kriz, 2018-2023 vd. ekonomik krizi olarak nitelendirilip ilk etkilerini 2018’de gösterse de enflasyonun çok yüksek oranlara ulaşması, Türk Lirasının yabancı para karşısında aşırı değer kaybetmesi ve krizin derinleşmesi esas olarak 2021 yılının sonlarında ekonomi politikalarında yaşanan değişikliklerle birlikte olmuştur. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye%27de_ekonomik_krizler#2018-23_d%C3%B6viz_ve_bor%C3%A7_krizi (Erişim Tarihi: 16.01.2024).

yapılmalı ve kesin bir kanaat gösterilmemelidir. Gerçekten de bir olayın öngörülemezliği değerlendirilirken, mutlaka hayatın normal akışına göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Öyle ki bazı dönemlerde öngörülemezliğin derecesi artarken, bazı dönemlerde ise azalır. Örneğin enflasyonist kriz başladıktan ve ağırlaştıktan sonra kurulan bir sözleşme ile enflasyonist kriz başlamadan önce kurulan bir sözleşme açısından para değerindeki dalgalanmaların öngörülemezliği aynı değildir⁴¹.

Ekonomik sıkıntıların hissedilmeye başlandığı bir dönemde yapılan bir sözleşmenin de bu sıkıntıların büyümesi sonucu ifa edilemez bir hâle gelmesi de mümkündür. Bu durumda ekonomik sıkıntının öngörülebilir olduğunu kabul etmek ve sözleşmenin mevcut şartlarda devam etmesi gerektiğini kabul etmek de bir bakış açısidir. Fakat bu durum, tarafların ekonominin sıkıntılı olduğu dönemlerde hiçbir borç ilişkisi içerisine girmemeleri gerektiği yönünde bir düşünceyi beraberinde getirir ve ticaret hayatının gerçekleriyle bağdaşmaz⁴². Dolayısıyla taraflar ekonomik sıkıntıları öngörmüş olsalar da sonuçlarının ağırlığını öngörememişler ise yine uyarılama düşünülebilir.

Günümüz kira sözleşmelerinde öngörülemezlik unsuru kapsamında enflasyon ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir durum da konut kiralarındaki artışları geçici bir süre için sınırlayan TBK geçici m. 1 ve geçici m. 2 düzenlemeleridir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanun koyucunun öngörülemez ve sözleşme dengesini bozan bir müdahalesi de uyarılama sebebi oluşturabilir⁴³. TBK geçici m. 1 ve 2 ile yürürlüğe giren ve konut kiralarındaki artışları %25 ile sınırlayan düzenlemeler de bu

⁴¹ **BAYSAL**, s. 270; **TEKİNAY**, s. 1043-1044. Normal şartlar altında taraflardan makul ve mantıklı bir kişinin göstereceği dikkat ve özeni göstermeleri beklenirken, olumsuz sonuçların doğmasının muhtemel olduğu kriz dönemlerinde taraflardan beklenen dikkat ve özenin ağırlığı da artacaktır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin yapıldığı zamanda rizikonun gerçekleşmesi ihtimali ne kadar yüksek ise, tarafların göstermesi gereken dikkat ve özen de bir o kadar yüksek olmalıdır. Bkz. **TİLE**, s. 136-137; **TOPUZ**, *Sözleşmeye Müdahale*, s. 212 vd. Yargıtay, ekonomik krizin üzerinden 3 yıl geçtikten sonra açılan uyarılama davasında, kira sözleşmesinin kiracı açısından çekilmez hâl aldığıının iddia edilemeyeceğinden hareketle davanın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Y. 11. HD, T. 27.04.2006, E. 2005/2289, K. 2006/4730, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

⁴² **KAYA**, s. 1584.

⁴³ **BAYSAL**, s. 257.

kapsamda değerlendirilebilir. Zira bu düzenlemeler özellikle enflasyonun mevcut olduğu bu dönemde sözleşme dengesini kiraya veren aleyhine bozabilecek niteliktedir. Öyle ki bu düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce, yenilenen konut kirası sözleşmelerindeki kira artışları hususunda üst sınır olarak TBK m. 344/I hükmü uyarınca, “tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı” dikkate alınmaktaydı. Bir enflasyon ölçütü olarak da kullanılan söz konusu oranın özellikle enflasyon dönemlerinde çok yüksek seviyelere ulaştığı bir gerçektir. Nitekim 2022 yılı ve sonrası için TÜİK verilerinden TÜFE yıllık oranlarına bakılarak da aradaki fark ve konut kirası sözleşmelerinde kiraya veren aleyhine yaşanan dengesizlik anlaşılabilir. Örneğin TÜİK verilerine göre 2022 yılı Eylül ayı için TÜFE yıllık oranı, %83,45 olarak hesaplanmıştır, devam eden süreçte de yine oldukça yüksek oranlar ile karşılaşmıştır⁴⁴. TBK geçici m. 1’in (ve sonrasında geçici m. 2’nin) yürürlüğe girmesi ile birlikte, tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranları her ne kadar çok yüksek rakamlara ulaşsa da konut kiralardaki artışlarda üst sınır %25 olmuştur.

Konut kiralardaki artışları geçici bir süreliğine %25 ile sınırlayan düzenlemelerden ilki olan TBK geçici m. 1, 11.6.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve hükümde bu artış sınırlamasının 11.6.2022 ila 1.7.2023 tarihi arasında yenilenen konut kirası sözleşmelerinde uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin 11.6.2022 tarihinden önce akdedilen konut kirası sözleşmeleri açısından öngörülemez nitelikte olduğu açıktır. Zira sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi kurdukları sırada böyle bir durumu öngörmeleri beklenemez. Fakat düzenlemenin bir yıl daha uzatılacağına konuşulduğu bir dönemde, örneğin 1.6.2023 tarihinde akdedilen bir kira sözleşmesinde öngörülmeme durumu bu kadar net değildir. Öyle ki kiraya verenin böyle bir durumda başlangıç kira bedelini, bir yıl sonraki %25’lik kira artış sınırlamasını da göz önünde bulundurarak yüksek bir oranda belirleyebilme ihtimali mevcuttur. Nitekim kira sözleşmesi kurulurken kira bedelinin

⁴⁴ 2024 Şubat ayı itibarı ile bu oran yıllık %67,07 olarak hesaplanmıştır. Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=T%C3%BCketici-Fiyat-Endeksi-%C5%9Eubat-2024-53623&dil=1> (Erişim Tarihi, 12.03.2024)

belirlenmesi (başlangıç kira bedeli) hususunda TBK m.344'te ve diğer hükümlerde bir sınırlandırma bulunmadığı için, tarafların ilk kez düzenlenen bir konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde kira bedelini "aşırı yararlanma"yı düzenleyen TBK m.28'e aykırı olmamak şartıyla serbestçe kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla böyle bir sözleşmede en azından yenilenecek ilk kira dönemi olan 1.6.2024 yönünden kira artışının %25 ile sınırlı olacağının öngörüldüğü veya öngörülmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak daha sonraki kira artış yıllarında bu sınırlama devam ettirilir ya da farklı bir sınırlama yürürlüğe girerse o zaman öngörülemezlik durumu yeniden söz konusu olabilir.

Konut kiralarında %25 oranındaki kira artış sınırlamasının devam ettirileceğinin henüz gündemde olmadığı bir dönemde, örneğin 1.9.2022 tarihinde akdedilen bir kira sözleşmesinde ise bir yıllık kira süresinin sonunda artışın devam ettirileceği durumunun öngörülüp öngörülemeyeceği hususu şüphelidir. Öyle ki tarafların bu sınırlamanın bir yıllık bir sınırlama olduğunu ve dolayısıyla süre sonunda sona ereceğini düşünmeleri de mümkün olmakla birlikte, yüksek bir enflasyon döneminde bulunduğu ve sınırlamanın devam ettirileceğini düşünmelerinin gerektiğinin kabulü de imkân dahilindedir. Birinci artış yılından sonraki yıllarda sınırlama devam ettirilir ise bu defa öngörülebilmek durumu daha da zayıflar. Bu gerekçelerle önüne gelen uyarılma taleplerinde hâkimin tüm hususları birlikte değerlendirerek bir karar vermesi gerekir. Nitekim öngörümezliğin öznel bir kapsamı olmayıp, somut olayın ve taraflar arasındaki ilişkinin özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda bir olayın öngörümezliğinin hayatın olağan akışı çerçevesinde ve tarafların menfaatlerinin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁶.

⁴⁵ ÖZYAKIŞIR, s. 193; SARI FİDAN, s. 349-350; KILIÇOĞLU, s. 281; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021, s. 255.

⁴⁶ BAYSAL, s. 270; TOPUZ, s. 323; DOĞAN, s. 21; GÖRMEZ, s. 156.

3. İfanın Dürüstlük Kuralı Gereğince Beklenemezliği

a. Genel Olarak

Aşırı ifa güçlüğü sebebiyle uyarılama talep edilebilmesi için gerekli bir şart da sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olay sebebiyle ifanın sözleşmede kararlaştırılan hâliyle yapılmasının dürüstlük kuralınca beklenememesidir⁴⁷. Gerçekten de sözleşme kurulduktan sonra şartlar öyle değişebilir ki taraflardan birinin edimini ifa etmesi, onun açısından sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülen duruma nazaran orantısız bir yüke yol açabilir. Tarafların bu sonucu istemiş olduklarının varsayılması ise dürüstlük kuralına uygun düşmez. Bu sebeple uyarılama talebinin söz konusu olduğu hâllerde, ifası güçleşen edim teorik olarak imkânsız değildir; ancak söz konusu edimin ifa edilmesi borçlu açısından ilk başta vadettiği ile ilgisi olmayacak ölçüde bir çaba veya masraf gerektirmektedir⁴⁸.

İfanın dürüstlük kuralı gereğince beklenemez sayılabilmesi için edimler arası dengenin önemli ölçüde bozulması gerekir. Edimler arası dengenin önemli ölçüde bozulmuş sayılması için meydana gelen dengesizliğin “ağır” ve “açık” olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹. Buna göre taraflardan birinin sözleşme kurulurken sahip olduğu beklentileri ile beklenmeyen olay sonrasındaki şartlar arasındaki farklılık o denli çarpıcı olmalıdır ki, bunu görmezlikten gelmek dürüstlük kuralına uygun

⁴⁷ Rösler bu şartı “ifanın makul olmaması” şeklinde ifade etmekte ve enflasyon gibi bir her iki tarafın da edimine etki edecek bir durum söz konusu olduğunda hâkimin sadece sözleşme dengesinin objektif açıdan bozulmasını değil, aynı zamanda sözleşmeden doğan ilişkilerin süresini ve bireysel şartları da göz önünde bulundurması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. RÖSLER, Hannes: “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, Çev. Tülay Aydın Ünver, İÜHFİM, C. 66, S.1, 2008, s. 357.

⁴⁸ FEYZİOĞLU, s. 468, 470; ANTALYA, s. 320; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİ-OĞLU, s. 343-344; ÇAVDAR/KARACA, s. 616-617; DOĞANAY, s. 44-45; BAYSAL, s. 240; TİLE, s. 33.

⁴⁹ FEYZİOĞLU, s. 471; EREN, s. 415; YILMAZ, s. 146-147; İNCEOĞLU, s. 171; ÇAVDAR/KARACA, s. 627; TİLE, s. 126-127; ARAT, s. 111. İfa güçlüğüne dayalı bir uyarılama söz konusu olabilmesi için sözleşmenin şartlarının önceden öngörülemeyen bir sebeple derin ve zarar verici bir şekilde değişmesi ve ayrıca taraflar arasındaki edim dengesinin aşikâr bir şekilde bozulması gerekir. Bkz. THILO, Emile: “Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not”, Çev. Bülent N. Esen, İÜHFİM, Y. 1935, C. 1, S. 3, 1935, s. 348.

düşmemelidir⁵⁰. Ancak sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen edimler arasındaki ağır ve açık dengesizliğin muhakkak borçlunun ekonomik mahvına veya onun sömürülmesine sebep olması gerekmez. Değişen şartlar sonrasında borçludan ifanın aynen istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık taşıması yeterlidir⁵¹.

Hangi durumlarda ifanın sözleşmede kararlaştırılmış olduğu şekilde yapılmasının dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez olduğu somut olayın koşullarına göre belirlenir. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen ve sözleşmenin koşullarında değişiklik yaratan olayın, edimler arasında objektif yönden ağır bir oransızlık oluşturarak eşitlik ve dengeyi önemli ölçüde bozmuş olması gerekir⁵². Burada hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵³. Fakat hâkim takdir yetkisini kullanırken, hukuki güvenliğin sağlanması adına benzer olaylarda farklı kararlar verilmemesine özen göstermeli ve hatta bu konuda bazı ölçütler geliştirmelidir⁵⁴.

b. Kira Sözleşmeleri Yönünden Değerlendirilmesi

Kira sözleşmelerinin enflasyon sebebiyle uyarlanması yönünden bu şart değerlendirildiğinde, aşırı ifa güçlüğüne dayanan bir uyarılmanın söz konusu olabilmesi için taraflar arasındaki edim dengesinin önemli ölçüde bozulmuş olması gerekir. Özellikle yakın döneme kadar kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği kira sözleşmelerinde bu durum kiracı açısından söz konusu olabilmekteydi. Günümüzde ise kira bedelinin belirli istisnalar dışında yabancı para ile belirlenmesinin yasaklanmasının da etkisiyle uyarılma ihtiyacının kiraya verenlerden geldiği görülmektedir. Bilhassa yukarıda da ifade edildiği üzere 2021 yılı ve öncesinde akdedilen konut kirası sözleşmelerindeki kira bedelleri, zamanla yasal sınırlamalara uygun bir şekilde artırılmış olsa da şu anda emsal kira

⁵⁰ “Uyarılmanın söz konusu olabilmesi için beklenmeyen olay sebebiyle yaşanan adaletsizlik borçluyu isyan ettirecek, ‘insaf bu kadarı da olmaz’ dedirtecek boyutlara ulaşmış olmalıdır”. Bkz. SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 371. TİLE’ye göre de taraflardan en az birinin eğer koşulların bu şekilde değişeceğini bilseydi, sözleşmeyi hiç veya bu şekilde yapmayacak olması hâlinde koşullarda ağır bir değişiklik söz konusu olur. TİLE, s. 146.

⁵¹ YILMAZ, s. 146-147; İNCEOĞLU, s. 171; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 309; ARAT, s. 114; OĞUZMAN/ÖZ, s. 606-607; ÇAVDAR/KARACA, s. 627; TİLE, s. 147.

⁵² DOĞAN, s. 24;

⁵³ BAYSAL, s. 191; İNCEOĞLU, s. 171.

⁵⁴ ÖZYAKIŞIR, s. 246.

sözleşmelerinin çok altında kalmıştır. Hatta bu tarihlerde kurulan konut kirası sözleşmelerindeki kira bedellerinin emsal kira bedelinin yarısına bile ulaşamadığı bir gerçektir. Bu hâllerde kiraya verenin sözleşmede kararlaştırılan miktar (ve daha sonra yapılan yasal artırımlar) ile kira sözleşmesine devam etmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklene-meyecek bir hareket olarak değerlendirilmeli ve kira bedelinin uyarlanması mümkün kabul edilmelidir.

Diğer yandan TBK geçici m. 1 ve 2 ile konut kiralardaki artışların %25 ile sınırlandırılması da uzun süredir devam eden konut kiralardaki kira bedellerinin emsal kira bedellerine göre çok düşük kalmasına sebep olmuştur. Bu durum ise zaten yüksek enflasyon sebebi ile alım gücünün düştüğü bir dönemde kiraya verenler için oldukça ağır bir yük oluşturmuştur. Dolayısıyla enflasyonun sonuçlarının da tek bir tarafa yüklenmesi ve ondan bu şartlar altında ediminin ifasına devam etmesinin beklenmesi, dürüstlük kuralına da uygun değildir.

İşyeri kiralarda ise %25'lik kira artış sınırlaması uygulanmamaktadır. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa yıllık kira artırımları TBK m. 344/II gereğince tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre olmuştur. TÜFE oranı ise bildiğimiz üzere enflasyon oranının tespitinde dikkate alınan oranlardan biridir. Bu anlamda yıllık TÜFE oranı ortalamasına uygun olarak yapılan kira bedeli artırımları ile bir anlamda enflasyona ayak uydurulmuş olur. Dolayısıyla işyeri kirası sözleşmeleri de enflasyondan etkilense ve özellikle de 2021 yılı ve öncesinde akdedilen sözleşmelerdeki mevcut kira bedeli ile emsal kira bedeli arasında birtakım farklılıklar olsa da bu tür sözleşmelerde çoğu zaman edimler arası dengenin aşırı bozulmasına sebep olabilecek nitelikte bir durum oluşmamıştır. Bu sebeple kanaatimizce her somut olayı ayrı olarak değerlendirecek olan hâkimin, işyeri kiralardaki kiraya verenlerin kira bedeli uyarlama taleplerine daha temkinli yaklaşması uygun olur⁵⁵.

⁵⁵ Enflasyonun çatılı işyeri kirası sözleşmelerine etkileri ve bu sözleşmelerde kira bedelinin belirlenmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. KÜÇÜKDAĞLI, Ayşegül: Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Yüksek Enflasyonun Etkisi, SÜHFD, C.31, S.3, 2023, s. 993-1037.

4. Borcun İfa Edilmemiş veya İhtirazi Kayıtlı İfa Edilmiş Olması

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi uyarınca aşırı ifa güçlüğü sebebiyle uyarılama talebinde bulunulabilmesinin son şartı, borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmasıdır⁵⁶. İhtirazi kayıtlı bulunma beyanı herhangi bir şekilde tabi olmasa da ispat sorunu yaşamamak adına uygulamada sıklıkla yazılı olarak yapılmaktadır. Buna karşılık, aşırı ifa güçlüğüne dayalı hakların saklı tutularak ifa edildiğine ilişkin bir ihtirazi kaydın, muhatap tarafından hiçbir şüpheye yer verilmeyecek şekilde anlaşılması gerekir⁵⁷.

b. Kira Sözleşmeleri Yönünden Değerlendirilmesi

Kanunda yer alan bu şarttan uyarılama taleplerinin ileriye etkili olarak yapılacağı; kural olarak ifa edilmiş olan edimlerin ise geri istenemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak ifa edilmiş olan edimlerin geri istenemeyeceği kuralının katı bir şekilde uygulanışı, özellikle kira sözleşmesi gibi sözleşmelerde çeşitli sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Zira kiracı açısından kira bedellerinin ödenmemesi kendisinin tahliyesine yol açabilmektedir. TBK m. 138'de bu tür ihtimaller de göz önünde bulundurulurken borçluya ifada bulunmasına rağmen uyarılmadan yararlanabilmesine imkân tanıyan bir ifadeye yer verilmiştir. Buna göre kiracı, kira bedellerini aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak ödemişse yine de uyarılmadan faydalanabilecektir.

⁵⁶ Kanun koyucu bu ifadeyle, borçlunun borcunu ifa etmiş olmasının ifanın güçleşmediği anlamına geleceğini kabul eden görüşlerden kısmen ayrılmıştır. Zira borçlu borcunu ifa etse dahi, bunu aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak yaptığını ifade etmişse yine de uyarılama imkânından yararlanabilecektir. Esasında bu düzenleme, TBK öncesi dönemde İsviçre ve Türk hukukunda ileri sürülen görüşlerin dikkate alınmasının bir sonucudur. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 84-85. TBK öncesi dönemde bu yöndeki görüş için bkz. **BURCUOĞLU**, Halûk: "Hukukta Uyarılama-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarılama", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, 1996, s. 63. Uyarılamanın şartlarından biri olan borcun henüz ifa edilmemiş veya aşırı ifa güçlüğünden doğan haklar saklı tutularak (çekinceli olarak) ifa edilmiş olma şartının gereksiz ve sınırlayıcı olduğu yönünde bkz. **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, s. 373, 380.

⁵⁷ **TİLE**, s. 190.

Aşırı ifa güçlüğüne dayalı uyarılmanın şartlarından biri olan borcun ifa edilmemiş olmasının kiracı açısından yaratmış olduğu zorluk, kiraya veren yönünden de benzer bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira aşırı ifa güçlüğüne sebep olabilecek bir durumun ortaya çıkması, kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan ve asli edim yükümlülüğü niteliğinde olan, kiralananı kira sözleşmesi süresince kiracının kullanımına elverişli bir şekilde bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmasına imkân vermez⁵⁸. Şöyle ki sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan, öngörülemeyen nitelikte ve edimler arasındaki dengeyi önemli ölçüde bozan bir durum sebebiyle kiraya veren, kiracıdan doğrudan tahliye talep edemez. Bu durumda kiraya verenin yapabileceği şey, ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak kiracıya karşı yüklenmiş olduğu asli edim yükümlülüğünü yerine getirmeye devam etmek ve hâkimden TBK m. 138 uyarınca kira bedelinin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmektir.

C. Aşırı İfa Güçlüğü Sebebiyle Hâkimin Kira Sözleşmesine Müdahalesi

Türk Borçlar Kanunu m. 138 gereğince, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle işlem temelinin çökmesi hâlinde, hâkimden sözleşmeye müdahale ederek edimler arasındaki dengeyi yeniden sağlaması talep edilmektedir. Buna göre hâkimin uyarılması sonucunda, değişen koşullar sebebi ile bozulan “sözleşme adaleti” yeniden tesis edilmiş olur⁵⁹. Hâkim, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına karar verirse, her iki tarafın da menfaatleri dikkate alarak sözleşmenin amaç ve anlamına en uygun düşen uyarılma şeklini seçmelidir⁶⁰.

Sözleşmelerin olabildiğinde ayakta tutulması esas olduğu için TBK m. 138’de uyarılma mümkünken, sözleşmenin dönme veya fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği kabul edilmiştir. Özellikle uyarılma davasının karşı tarafı, sözleşmeyi yeni şartlarla da ifaya hazır ve muktedir bulunduğunu ifade ederse, hâkim sözleşmenin feshine karar veremez. Zira hâkim

⁵⁸ Kiraya verenin (alacaklının) kira bedelinin uyarlanması istemi söz konusu olduğunda, kiraya veren kiralananın kullanılabilmesi edimini ifa etmeye devam edecektir. Alacaklının edimini ifa etmiş olması ifanın onun için güçleşmediği anlamını taşımamaktadır. Bkz. BAYSAL, s. 351.

⁵⁹ BAYSAL, s. 31; ÖZYAKIŞIR, s. 233.

⁶⁰ EREN, s. 415; EREN/DÖNMEZ, s. 2597.

bu davada aynı zamanda tarafların talepleri ile de bağlıdır⁶¹. Buna göre hâkim, TBK m. 138’de ifade edilen şartlar gerçekleştiğinde sözleşmenin öncelikle uyarlanmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmelidir. Uyarılama mümkün değilse ancak o hâlde son çare olarak sözleşmenin feshine ya da sözleşmeden dönülmesine karar verebilir⁶².

Kira sözleşmeleri yönünden bakıldığında, TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğüne dayalı bir kira bedelinin uyarlanması davasının açılabilmesi için TBK m. 344/III’te ifade edilen kira tespit davalarında olduğu gibi beş yıl gibi bir süre sınırı bulunmamaktadır. Dolayısıyla şartların oluşması hâlinde davanın her zaman açılabilmesi mümkündür.

Hâkim kira bedelini değişen şartlara uyarlarken pek çok hususa dikkat etmelidir. Sözleşmenin uyarlanmasının amacı, olağanüstü durumlar karşısında mağdur olan tarafın mağduriyetini gidermek olduğu için sözleşmenin uyarlanmasında ölçülülük ilkesi gözetilmelidir⁶³. Hâkimin sözleşme şartları ile olağanüstü koşulları birlikte değerlendirerek ve edimler arası dengeyi gözeterek tarafların amacına, dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun bir kira bedeli belirlemesi gerekir⁶⁴.

Yargıtay kira bedelinin uyarlanması hususunda zamanla çeşitli ölçütler oluşturmuştur. Öyle ki Yargıtay’a göre, öncelikle resmi kurumlar-dan enflasyonun oran ve seyri araştırılmalı ve kiralananın niteliği, kullanım alanı, konumu, bölgedeki kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticaret değişiklikleri, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar, döviz kurlarındaki ani ve aşırı iniş ve çıkışlar ile ülkeyi sarsan ciddi ekonomik kriz veya doğal afetlere bağlı ödeme

⁶¹ EREN, s. 416; EREN/DÖNMEZ, s. 2597.

⁶² OĞUZMAN/ÖZ, s. 608; ARAT, s. 195; TİLE, s. 268; TOPUZ, Sözleşmeye Müdahale, s. 301; YÜKSEKDAĞ, Sinan, Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü Hallerinin Kira Sözleşmeleri Üzerinde Etkileri, 2. Bası, Ankara 2023, s. 179. “İfanın beklenemezliğinin dereceleri sonuçlar bakımından etkilidir. Sözleşmenin uyarlanarak da olsa ifası beklenemez ise sözleşme sona erdirilir. Demek oluyor ki, durum değişikliğine rağmen ifanın mağdur taraftan beklenemeyeceği sonucuna ulaşıyorsa, işlem temelinin çöktüğü kabul edilecektir. Bu aşamadan sonra ifanın, sözleşmenin uyarlanması yoluyla beklenebileceği sonucuna ulaşıyorsa, sözleşme uyarlanacak, bu olmuyorsa sözleşme sona erdirilecektir. Yaptırımlar arasındaki bu hiyerarşi BK m. 138’de de öngörülmüştür”. Bkz. BAYSAL, s. 297.

⁶³ BAYSAL, s. 412, 416; GÖRMEZ, s. 183.

⁶⁴ İNCEOĞLU, s. 176; GÜMÜŞ, s. 90; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 261; ARAL/AYRANCI, s. 309; KAPLAN, s. 149; GÖRMEZ, s. 184; YÜKSEKDAĞ, s. 169.

esaslarının yeniden düzenlenmesini gerektirecek olayların varlığı uzman bilirkişilerce keşif yapılarak araştırılıp değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda sözleşmedeki menfaat dengesinin uyarılama talep eden aleyhine katlanılmayacak derecede bozulduğunun kabul edilmesi halinde, kiracının sorumlu olacağı kira bedelinin yeniden belirlenmesi gerekir. Bu belirleme yapılırken objektif iyiniyet, hak ve nesafet kurallarına uygun hareket edilmesi gerekir⁶⁵.

Esasında TBK m. 344/III'e dayalı kira tespit davası ile TBK m. 138'e dayalı olarak açılan kira bedelinin uyarlanması davaları benzer amaçlar taşısa da tamamen aynı davalar değildir⁶⁶. Hâkim uyarılama

⁶⁵ Y.3. HD, 7. 07.09.2021, E. 2021/5067, K. 2021/7930; Y. 3. HD, T. 28.04.2021, E. 2021/2702, K. 2021/4815, Y. 3. HD, T. 17.11.2020, E. 2020/2910, K. 2020/6680; Y. 3. HD, T. 12.11.2019, E. 2017/14562, T. 2019/9074; Y. 6. HD, T. 23.03.2016, E. 2015/6627, K. 2016/2276; Y. 3.HD, T. 30.05.2012, E. 2012/8973, K. 2012/13817, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Yargıtay'ın 07.11.2018 tarihli bir kararında kira bedelinin uyarlanması davasında dikkate alınacak hususlar ise daha detaylı olarak şu şekilde açıklamıştır: *"Uyarılama davalarında da uygulanması gereken 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Y.İ.B.K. ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre "hak ve nesafet" ilkesi uyarınca kira bedelinin tespitinde öncelikle tarafların tüm delilleri varsa emsal kira sözleşmeleri aslı veya onaylı örnekleri dosyaya alınmalı, kiralananın niteliklerine göre üç kişilik (inşaat-mimar, mülk bilirkişileri) bilirkişi kurulu oluşturularak bilirkişi marifetiyle kiralanan taşınmaz ve taraf emsalleri tek tek görülüp incelenmeli, res'en de emsal araştırılmalı, bilirkişilerce gerekli ölçüm ve inceleme yapıp böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı (konumu, çevresi, niteliği, kullanım şekli, kira başlangıç tarihi, kira süreleri vb.) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırılmalı, emsal kira bedellerinin niçin uygun emsal olup olmadığı somut gerekçelerle açıklanmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parası belirlenmeli, hakimce bu kira parası dikkate alınmak suretiyle hak ve nesafete; özellikle tarafların kira sözleşmesinden bekledikleri amaçlarına uygun makul bir kira parasına hükmedilmelidir. Bunun için, dava konusu yerin serbest koşullarda yeniden boş olarak kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parası bilirkişilerce usulünce saptanmalı, bilirkişi raporu mahkemece somut gerekçeler ışığında res'en değerlendirilmeli, buna göre hak ve nesafete uygun kira parası hakim tarafından saptanmalıdır. Bilirkişilerce bu belirleme yapılırken benzer yerlerin kira sözleşmeleri incelenmeli (re'sen emsal araştırması yapmak ya da taraflardan emsal göstermeleri istenmek suretiyle) dava konusu yerle ayrı ayrı karşılaştırılarak kira parasına etki eden hususlar üzerinde de durulmalıdır". Y. 3. HD, 7.11.2018, E. 2017/5251. K. 2018/11197, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Kira bedelinin uyarlanması davalarında dikkate alınması gereken hususlar hakkında ayrıca bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 260 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 304 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 305-306; PAK, s. 105 vd.; YÜKSEKDAĞ, s. 170 vd.*

⁶⁶ YHGK'ya göre: *"Her iki dava arasında bir yakınlık olmasına karşın belirgin farklar bulunmaktadır:*

davalarında, kira tespit davalarında doğrudan dikkate aldığı, örneğin taşınmazın cinsi, yüzölçümü, bulunduğu mevki, emsal taşınmazların kira bedelleri gibi hususları ancak yardımcı kaynak olarak değerlendirilebilir. Ayrıca kira bedellerinin fahiş olarak belirlendiği günümüzdeki gibi bir enflasyon ortamında tek başına bu hususların dikkate alınması da tehlike oluşturabilecektir. Bu nedenle kira bedelinin değişen koşullara uyarlanması davalarında hâkim sözleşme koşullarını ve olağanüstü değişikliklere neden olan objektif koşulları birlikte değerlendirerek, tarafların amacına, dürüstlük kuralına, hakkaniyet ölçülerine uygun bir miktar belirler. Gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurabilir. Yüksek enflasyon sebebiyle açılan uyarlama davalarında, ÜFE-TÜFE gibi oranlar enflasyonun ağırlığının belirlenmesinde önemli kriterlerdir. Fakat uzun süredir önemli artışlar yapılmayan kira sözleşmelerinde bu oranlar dahi yetersiz kalabilmektedir. Dolayısıyla hâkimin her somut olaya ve edimler arasındaki dengesizliğin boyutuna göre bir değerlendirme yapması uygun olur.

a) Uyarlama davaları tartışmalı olmakla birlikte genellikle uzun süreli kira sözleşmelerinde söz konusu olduğu hâlde, kira tespit davaları bir yıl süreli sözleşmelerinde devreye girer.

b) Uyarlama davaları açıldığı tarihten itibaren derhal etkili olur. Bu nedenle daha önceki tarih için uyarlama istenemez. Kira tespit davaları ise kira sözleşmesinin sonundan, yeni dönem başından itibaren hükmünü ifade eder, yeter ki kira sözleşmesinin bitiminden en az on beş gün öncesine kadar dava dilekçesi veya kira bedelinin tespitinin isteneceğine dair bildiri (ih-tar) kiracıya ulaştırılsın.

c) Salt kira parasının tespitine ilişkin davalarda izlenen (örneğin sadece taşınmazın cinsi, yüzölçümü, bulunduğu mevki, emsal taşınmazların kira bedelleri gibi) yöntem uyarlama davalarında ancak yardımcı kaynak olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle kira parasının günün koşullarına uyarlanması davalarında hâkim, gerek sözleşme koşullarına, gerekçe olağanüstü değişikliklere neden olan objektif koşulları birlikte değerlendirerek, tarafların amacına, dürüstlük kuralına, hakkaniyet ve insaf ölçülerine uygun bir miktar belirleyecektir.

d) Sözleşmede kira parası döviz olarak belirlenmişse, kira tespit davalarında Türk Lirası, uyarlama davalarında ise yine aynı cins döviz olarak kira parasının saptanması cihetine gidilecektir.

e) Uyarlama davalarında, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan (intibak) kaydı dikkate alınır. Buna karşın, kira tespit davaları, kamu düzeni ile olan yakın ilişki nedeniyle sözleşmede kira parasının belirlenmesine ilişkin taraflarca kararlaştırılan (yöntem) mahkemeyi bağlamaz". Bkz. YHGK, 05.10.2022, E. 2020/687, K. 2022/1259, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

SONUÇ

Ülkemizde son yıllarda yaşanan ve olağanüstü bir boyuta ulaşan enflasyon, günlük yaşamı önemli ölçüde etkilemiştir. Enflasyonun etkisinin en çok hissedildiği sözleşmelerden biri ise kira sözleşmeleri olmuştur. Nitekim pek çok vatandaş kiracı ya da kiraya veren olarak enflasyonun etkilerinden payını almıştır. Bu dönemde kiracıları koruyabilmek adına Devlet'in de sosyal devlet rolüyle kira sözleşmelerine önemli müdahaleleri olmuştur. Kira bedelinin belirli sınırlamalar dışında yabancı para ile belirlenmesinin yasaklanmasının yanı sıra konut kiralarında yıllık kira artışının belirli bir süre için %25 ile sınırlandırılması Devlet'in enflasyonla mücadele adına kira sözleşmelerine yapmış olduğu kısıtlamalar olmuştur. Fakat Devlet'in bu müdahaleleri, kira sözleşmesinin tarafları arasındaki uyumsuzlukları sona erdirmemiş; hatta bu dönemde özellikle konut ve işyeri kiralarında, kiraya veren ve kiracılar kira artışları sebebiyle sıklıkla karşı karşıya gelmişlerdir. Kiracı ve kiraya verenler arasındaki husumetlerin artışı, kira sözleşmelerinde dava öncesi zorunlu arabuluculuğun da kanunlaştırılmasını hızlandırmıştır. Günümüzde kira uyumsuzlukları sebebiyle dava açılabilmesi için tarafların öncelikle arabulucuya başvurmaları gerekmektedir. Arabuluculuk kurumu, kira uyumsuzluklarının çözümünde önemli bir etki göstermiş ve pek çok uyumsuzluğun da va öncesinde çözümüne ulaşılmıştır. Fakat yine de arabulucuların çözemediği ve mahkemelere ulaşan çok sayıda kira uyumsuzluğu olmuştur. Bu dönemde özellikle süre şartı gerçekleşmediği TBK m. 344/III uyarınca kira tespit davası açamayan kiraya verenlerin TBK m. 138'e dayalı olarak kira uyarlama davası açıp açamayacakları hususu tartışılmıştır.

Kiraya verenler tarafından emsal kira bedelinin tespit edilebilmesi adına, TBK m. 344/III'te ifade edilen beş yıllık süre dolmadan, benzer sonuçların alınabildiği m. 138'e dayalı kira bedelinin uyarlanması davasının açılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Zira Kanun koyucunun TBK m. 344/III'ü oluşturmaktaki amacının, aşırı ifa gücüne dayalı uyarlama taleplerine engel olmak olmadığı düşünülmektedir. Benzer şekilde Devlet'in sosyal devlet rolüyle, TBK geçici m. 1 ile getirdiği %25 oranındaki kira artış sınırlamasının da aşırı ifa gücüne bağlı uyarlama davası açılmasına engel olmayacağı kabul edilmektedir. Zira her iki

düzenleme de kamu düzenine ilişkindir ve birbirlerinin uygulanmasına engel nitelik taşımamaktadırlar.

Son yıllarda yaşanan olağanüstü enflasyon gerekçe gösterilerek, TBK m. 138 uyarınca kira sözleşmesinin uyarlanmasının istenmesi, uyarılmanın şartları açısından değerlendirildiğinde çoğu zaman mümkün görünmektedir. Özellikle enflasyonun zirve yaptığı 2021 sonlarından önce akdedilen konut kirası sözleşmelerinde, uyarılmanın şartlarından kilit noktayı oluşturan öngörülemezliğin mevcut olduğu açık bir şekilde görülebilmektedir. Sonraki yıllarda akdedilen kira sözleşmelerinde ise enflasyon ve sonuçları konusundaki öngörülemezlik aynı derecede değildir.

Diğer yandan TBK'ya geçici m. 1 ve geçici m. 2 ile eklenen ve konut kiralardaki artışları belirli bir süre için %25 ile sınırlayan düzenlemelerin de uyarılma talep eden taraftan kaynaklanmayan, olağanüstü ve öngörülemez nitelikte düzenlemeler olduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda bilhassa geçici hükümlerden ilkinin yürürlük tarihi olan 11.6.2022'den önce akdedilen kira sözleşmelerinde uyarılma mümkün sayılmalıdır. Geçici düzenlemeler yürürlükte iken akdedilen kira sözleşmelerinde ise öngörülemezlik unsuru açısından hâkimin daha dikkatli hareket etmesi uygun olur.

Türk Borçlar Kanunu'na eklenen geçici düzenlemeler yalnızca konut kiralalarını kapsadığı, işyeri kiralalarında ise %25'lik kira artış sınırlama uygulanmadığı için işyeri kiralalarında bu hususun da dikkate alınması gerekir. Zira işyeri kiralardaki kira artışları TBK m. 344/I uyarınca "*tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre*" olmuştur. Böylelikle işyeri kiralalarında yıllık TÜFE oranı ortalamasına uygun olarak yapılan kira bedeli artırımları ile enflasyona uyum sağlanmıştır. Fakat yine de özellikle ekonomik krizin zirve yaptığı 2021 yılı ve öncesinde akdedilen işyeri kirası sözleşmelerinde mevcut kira bedeli ile emsal kira bedeli arasında önemli farklılıklar oluşabilmiştir. Dolayısıyla hâkimin bu tür kira sözleşmelerindeki kiraya verenlerin uyarılma taleplerine daha temkinli yaklaşması ve daha detaylı bir değerlendirme yapması gerekir.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ**, Hüseyin: "Kira Parası Artışlarının Sınırlanması", AÜHFD, C. 49, S. 1, 2000, s. 97-116.
- ANTALYA**, Gökhan: Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1-3, 2. Bası, Ankara 2019.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2021.
- ARAT**, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- AYBAY**, Memet Erdem: "Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)", MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz'a Armağan C. I, 2016, s. 324-348.
- BAYSAL**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Bası, İstanbul 2020.
- BURCUOĞLU**, Halûk: "Hukukta Uyarlama-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, 1996, s. 59-91.
- ÇAVDAR**, Pelin/**KARACA**, Aybüke: "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", MÜHF-HAD, C. 23, S. 3, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, s. 613-642.
- DOĞAN**, Gülmelahat: "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", TBB Dergisi, S. 111, 2014, s. 9-36.
- DOĞANAY**, İsmail: "Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdın Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?", Yargıtay Dergisi, C. I, S. 4, 1975, s. 23-46.
- EREN**, Fikret/**DÖNMEZ**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, m. 83-206, Ankara 2022.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2021.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977.
- GÖRMEZ**, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, İstanbul 2019.

- GÜLEKLİ**, Yeşim: “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 15, S. 18, 2011, s. 43-69.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- İNCEOĞLU**, Mehmet Murat: Kira Hukuku, C. II, İstanbul 2014.
- KAPLAN**, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Bası, Ankara, 2013.
- KAYA**, Ümmühan: Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz’a Armağan C. II, 2016, s. 1569-1593.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2022.
- KRAMER**, Ernst A./**BRUNO**, Schmidlin; Berner Kommentar: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Band VI/1/1, Bern 1986.
- KÜÇÜKDAĞLI**, Ayşegül: Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Yüksek Enflasyonun Etkisi, SÜHFD, C.31, S.3, 2023, s. 993-1037.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 18. Bası, İstanbul 2020.
- ÖZYAKIŞIR**, Özkan: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Ankara 2019.
- PAK**, Elif: Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara 2020.
- RÖSLER**, Hannes: “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, Çev. Tülay Aydın Ünver, İÜHFM, C. 66, S. 1, 2008, s. 353-364.
- SARI FİDAN**, Özlem: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, YBHD, S. 1, 2023, s. 345-380.
- SEROZAN**, Rona/**BAYSAL**, Başak/**SANLI**, Kerem Cem: Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2022.

- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2020.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi:** Borçlar Hukuku, C. II, 5. Bası, İstanbul 1985.
- THILO, Emile:** “Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not”, Çev. Bülent N. Esen, İÜHFMD, C. 1, S. 3, 1935, s. 344-351.
- TİLE, Latif:** Uyarılama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara, 2021.
- TOPUZ, Seçkin:** “Sözleşmenin İçeriğine Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, SÜHFD, C. 19, S. 2, 2011 (TOPUZ, Sözleşmeye Bağlılık).
- TOPUZ, Seçkin:** Türk- İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, (TOPUZ, Sözleşmeye Müdahale).
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** “Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler”, İÜHFMD, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 884-905.
- TÜZÜNER, Özlem/ÖZ, Kerem:** “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, ABD, C. 73, S. 3, 2015, s. 421-470.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Bası, İstanbul 2019.
- YENİOCAK, Umut:** Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarılama Davaları, 3. Bası, Ankara 2023.
- YILMAZ, Süleyman:** “Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uygulama Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı”, AÜHFMD, C. 59, S. 1, 2010, s. 131-172.
- YÜKSEKDAĞ, Sinan:** Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü Hallerinin Kira Sözleşmeleri Üzerinde Etkileri, 2. Bası, Ankara 2023.
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021.



PROTAGORAS'IN AVUKAT PARADOKSUNUN MANTIKSAL VE HUKUKSAL ANALİZİ

Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU®

Öz

Protagoras'a mal edilen paradoks iki kişi arasındaki bir sözleşme mahkemeye götürüldüğünde doğacak olan ikilime ilişkindir. Bir sözleşmenin hüküm doğurması, mahkeme tarafından verilmesi muhtemel bir kararın varlığına bağlıken o mahkemenin vereceği karar da söz konusu sözleşmenin içeriğine bağlı olduğu takdirde doğacak olan çatışma ilk çağ mantık metinlerinde bir ikilem örneği olarak verilmiştir. Bununla birlikte aydınlanma çağı ve sonrasında mahkeme kararı normatif açıdan sözleşmeden üstün tutularak söz konusu hikayenin bir ikilem oluşturmadığı ileri sürülmüştür. Bu çalışma Protagoras'a izafe edilen bu hikayedeki ikilemi mantıksal açıdan analiz edip Leibniz tarafından ileri sürülen antitezini özetledikten sonra bu paradoksu modern hukuk açısından ele alacak ve son olarak, hikayedeki çatışmanın varlığının ön kabulüyle ilk çağ hukuk anlayışında sözleşmenin mahkeme kararıyla aynı güçte oluşu ve bunun modern hukuk için geçerli olup olmayabileceği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Protagoras • Avukatlık • Sözleşme • Normlar Hiyerarşisi • Mahkeme Kararı

* Dr. Öğr. Üyesi. Kırklareli Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Kırklareli, Türkiye | Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Public Law, Philosophy and Sociology of Law Department, Kırklareli, Türkiye.

✉ burcinaydogdu@klu.edu.tr • ORCID 0000-0002-5313-5676.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** AYDOĞDU, Burçin: "Protagoras'ın Avukat Paradoksunun Mantıksal ve Hukuksal Analizi", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s.633-648.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



LOGICAL AND LEGAL ANALYSIS OF PROTAGORAS' LAWYER PARADOX

Abstract

The Protagoras paradox concerns the dilemma that arises when a contractual dispute is taken to court. The dilemma that arises as a court's verdict depends on the content of a contract, while the contract's effect depends on the court's potential verdict, is given as an example of dilemma in ancient logic texts. Though, during and after the age of enlightenment, court verdicts were considered normatively superior to the contract, and it was argued that such story was not a dilemma. This study, after logically analyzing the dilemma attributed to Protagoras and summarizing the Leibniz's antithesis, dissects this paradox from the perspective of modern law. With the presupposition of the existence of the conflict in the story, it finally argues the possibility that the contracts, in the ancient understanding of law, had the same force as the court verdicts and the same can be suggested in certain viewpoints for the modern law.

Keywords

Protagoras • Advocacy • Contract • Hierarchy of Norms • Verdict

GİRİŞ

Aulus Gellius'un M.S. 2. Yüzyılda aktardığı¹ bir paradoks şöyledir: Protagoras² Euathlos adlı bir öğrenciyle sözleşme kurar. Sözleşmeye göre Protagoras ona iyi bir avukat³ olmayı öğretecektir. Karşılığında öğrencisi ona ders ücretinin yarısını peşin ödeyecektir. Diğer yarısını ise ilk davasını kazandığında ödeyecektir. Öğrenci dersleri tamamlar ancak kazandığı bir dava olmaz. Bunun üzerine Protagoras, öğrencisine dava açar ve ders ücretinin ikinci yarısını talep eder. Davayı açarken Protago-

¹ NAUTA, Lodi: "Lorenzo Valla And Quattrocento Scepticism", Vivarium, Cilt 44 Sayı 2, 2006, s. 390.

² Aulus Gellius'tan yaklaşık 7 yüzyıl önce yaşamış bir filozoftur. Zamanının en ünlü sofistlerinden ve hatiplerinden biridir. Paradoksa konu edilen olayın gerçekten yaşanmış olup olmadığı bilinmemekle birlikte bunun, mantık derslerinin bir parçası olarak Protagoras tarafından yaratılmış bir kurgu olma olasılığı yüksek görülmekte, kuşaklar boyu aktarılarak Aulus Gellius ve onun çağdaşları tarafından kayda geçirildiği tahmin edilmektedir. Bunun gerçekten yaşanmış olup olmadığı ve kimler arasında yaşandığına dair muhtelif iddialar vardır. Bkz. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm: *Logico-Philosophical Puzzles in the Law: Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law*, Hollanda, 2013, s. 88.

³ İlk çağda avukatlık büyük oranda hatipliğe dayanıyordu.

ras'ın ileri sürdüğü mantıksal sav şudur: Davayı Protagoras kazanırsa mahkeme kararı gereği Euathlos ona parayı ödeyecektir. Eğer davayı Protagoras kaybeder de Euathlos kazanırsa bu sefer ilk davasını kazanmış olacağı için sözleşme gereği Protagoras'a parayı ödeyecektir. Dolayısıyla Euathlos ne yaparsa yapsın bu parayı ödemek zorunda kalacaktır.

Protagoras'ın öğrencisi Euathlos ise buna karşıt bir mantıksal sav ileri sürer: Eğer davayı Euathlos kazanırsa, mahkemenin kararı gereği hiçbir ödeme yapmasına gerek olmayacaktır. Eğer Euathlos davayı kaybederse hiç dava kazanmamış olduğu için sözleşmenin şartı gereği Protagoras'a ödeme yapmaktan muaf olacaktır. Dolayısıyla Protagoras ne yaparsa yapsın Euathlos'u ödeme yapmaya zorlayamayacaktır.

Bu paradoks bir ikilem örneği olarak antik çağdan beri literatüre girmiş olmakla birlikte Leibniz tarafından geçersiz bir ikilem sayılmış ve bunu bir ikilem olmaktan çıkararak hukuki bir çözüm üretilmiştir. Belirtmek gerekir ki bu tespit kendi zamanlarının hukuk sistemi ve hukuk anlayışı çerçevesinde geliştirilmiş tespitlerdir. Bununla birlikte bu hikayede çözümsüz bir ikilem mevcut olduğunu iddia edenler, paradoks üzerinde, ikilemi muhafaza edecek şekilde değişiklik yapanlar olmuştur. Bu mantık problemine hukuk gözünden getirilen eleştirilere ilaveten Protagoras'ın açtığı davanın bir filozofa ve eğitimciye yakışmadığı yönünde etik eleştiriler de mevcuttur. Tüm bu eleştirilere rağmen paradoksun anlamlı olduğu halen savunulabilir ancak bunun için önce paradoksa yöneltilen eleştirileri ortaya koymak gerekir.

I. AVUKAT PARADOKSUNUN MANTIKSAL ANALİZİ

Paradoksu anlatan Aulus Gellius, yargıçların davadan çekilmeleri gerektiğini çünkü yargıçlar davaya dair ne karar verirlerse versinler yanlış olacağını yazmıştır.⁴ Aulus Gellius'un paradoksu mantıksal açıdan ele aldığı bellidir. Zira bu paradoksta basit yapıcı ikilemler mevcuttur ve bunlar birbirleriyle bağdaşmadıkları için her iki taraf da iki ihtimalde haklı çıkacak gibi görünmektedir.

⁴ NAUTA, s. 391.

A. Basit Yapıcı İkilem

Mantık bilimi açısından bu paradoks, birbiriyle örtümeyen iki ikilemi çatıştırma iddiasını taşıyan bir paradokstur.⁵ Eğer iki önermeden biri mutlaka doğru değerini, öbürü mutlaka yanlış değerini alacaksa ve bu iki önermeden aynı vargıya ulaşıyorsa önermelerden hangisi doğru olursa olsun her halükarda aynı vargıya ulaşılabileceğinin anlaşıldığı hallerde ikilem adı verilir. İkilemlerde, öncül niteliğindeki iki önerme birbirine alternatif görünmesine rağmen vargıları kaçınılmaz bir biçimde aynı olacağı için bu iki önermenin hangisinin doğru hangisinin yanlış değeri alacağına önemi kalmamaktadır.

Örneğin dersini çalışmayan A eğer final sınavına girerse bütünlemeye kalacaktır. Final sınavına girmese de bütünlemeye kalacaktır. Dolayısıyla final sınavına girip girmemesi fark etmeksizin A, bütünlemeye kalacaktır.

Protagoras'a izafe edilen paradoksta da Protagoras'ın görüşüne göre eğer Protagoras açtığı davada haklı ise parayı alacaktır. Eğer açtığı davada haksız ise de parayı alacaktır. Dolayısıyla Protagoras'ın açtığı davada haklı ya da haksız olmasının bir önemi yoktur. Protagoras parayı alacaktır. Devamında, öğrencisi Euathlos da benzer bir ikilem kurmaktadır. Ona göre de Protagoras açtığı davada haksız ise Euathlos para ödemeyecektir. Protagoras açtığı davada haklı ise de Euathlos para ödemeyecektir. Dolayısıyla, Protagoras'ın haklı ya da haksız olmasının bir önemi yoktur; Euathlos ona para ödemeyecektir.

Dolayısıyla paradoks mantık parametreleriyle şöyle özetlenebilir:

P= Protagoras davasında haklıdır

Q=Protagoras davasında haksızdır

Bu ikisinden biri mutlaka doğrudur, öbürü mutlaka yanlıştır
($P \vee Q = 1$)

R=Protagoras ders ücretine hak kazanır

S=Protagoras ders ücretine hak kazanmaz

⁵ SION, Avi: Paradoxes and Their Resolutions, İsviçre 2017, s. 184-187; SMITH, Kelly G.: "An Analysis of the Dilemma of Protagoras and Euathlus and the Librarian's Paradox", Episteme, Cilt 1 Sayı 1, 1990, s. 2.

Bu ikisinden biri mutlaka doğru, öbürü mutlaka yanlıştır ($R \vee S=1$)

Protagoras'ın savı: $P \vee Q, P \Rightarrow R, Q \Rightarrow R$

$\Rightarrow R=1$ ($\Rightarrow S=0$)

Euathlos'un savı: $P \vee Q, P \Rightarrow S, Q \Rightarrow S$

$\Rightarrow S=1$ ($\Rightarrow R=0$)

Oysa $R \vee S=1$ olması için ya R 'nin ya da S 'nin 0 olması gerekir. Bu da karşı karşıya gelen bu ikilemi paradoks haline getirmektedir. Her ikisinin savında da vargı doğru değeri alan birer önerme olduğu için, tarafların ikilemleri yapıcı ikilem şeklinde sınıflandırılmaktadır.

B. Paradokstaki Mantıksal İkilemin Deontik Mantıkla Çürütülmesi

Bu paradoksu, önce Lorenzo Valla (1406-1457), daha sonra G. W. Leibniz (1646-1716) çürüttüğünü iddia etmiştir. Her ikisi de meseleyi salt retorik açıdan ele almaktansa deontik mantığa yani serbest-yasak olan, izne tâbi olanla izne tâbi olmayanı inceleyen modal mantık dalına başvurmuşlardır.

1. Lorenzo Valla'nın Çözümü

Lorenzo Valla, tartışmada Protagoras'ın haklı olduğunu, Euathlos'un ise haksız olduğunu savunmuştur. Zira alacağını talep eden Protagoras'ın seçim hakkı vardır: isterse sözleşmeye dayanarak isterse de mahkeme hükmüne dayanarak alacağını talep etme tercihi Protagoras'a aittir. Ancak Protagoras tercihini yaptıktan sonra artık öncelik Protagoras'ın argümanına ait olacak ve Euathlos'un öbür enstrümana başvurarak kendini savunma imkanı kalmayacaktır.⁶

2. G. W. Leibniz'in Çözümü

Leibniz'in doktora tezi bu türden birtakım ikilem içeren paradoksların çözümü hakkındadır. Meseleyi kendi yaşadığı zamanın hukuk sistemine ve hukuk anlayışına göre değerlendiren Leibniz mantıksal problemi, yargılama hukukuna başvurarak çözmüştür.

Leibniz'in tespitine göre böyle bir sözleşme yapılması mümkün olmakla birlikte bu sözleşmeye dayanarak mahkemeye başvuran kişi

⁶ LEIBNIZ, s. 88; SION, s. 192-193.

mahkemeye başvurduğu anın koşullarıyla değerlendirilir. Protagoras mahkeme başvurduğunda henüz Euathlos'un kazanmış olduğu bir dava yoktur. Dolayısıyla mahkeme somut olayı döngüsel değerlendirmeyecek, vereceği kararın sonucunun sözleşme ilişkisini nasıl etkileyeceğini göz önüne almayacak, doğrudan doğruya sözleşmede koşulmuş olan şartın yerine gelmemiş olduğunu tespit ederek Protagoras'ın davasını reddedecektir. Protagoras ancak bu ret kararını aldıktan sonra ikinci bir dava açarsa ve o davada hem sözleşmeyi hem de kendisi için olumsuz, Euthlos için olumlu sonuçlanmış olan ilk mahkeme kararının ilamını dosyaya sunarsa o zaman davayı kazanacaktır çünkü o zaman itibarı ile sözleşmede koşulan 'öğrencinin dava kazanması' koşulu yerine gelmiş olacaktır. Tıpkı ilk mahkeme önüne gelen davada vereceği kararın sözleşme üzerinde etkisini incelemeyeceği gibi ikinci mahkeme önüne gelen davada da yargıç ilk mahkeme kararını ebediyen geçerli saymayıp kendisine başvurulduğu andaki koşulları değerlendirerek bu sefer Protagoras'ın davasında haklı olduğuna karar verecektir.⁷

Dolayısıyla Leibniz'e göre Protagoras'ın ikilemi şu şekilde çözülür:

İlk davada: $P \vee Q, P=0, Q=1 \Rightarrow R=0, S=1$

İkinci davada: $P \vee Q, P=1, Q=0 \Rightarrow R=1, S=0$

C. Mantıksal İkilemin Korunması

O zaman itibarı ile uygulanan hukuka başvurularak çözülmesi mümkün olsa da bazı otoriteler bu hikayenin paradoksal yapısını koruyabilmek için ufak rötuşlar yapmayı deneyerek ikilemler arası çatışmayı diri tutmaya çalışmışlardır.

Bir yorumu göre⁸ Euathlos'un durumunu sadece borçlar hukuku açısından değil hakkaniyet açısından da ele alan bir mahkeme Protagoras'ın açtığı davada Euathlos lehine karar verdiği anda Euathlos'un borcunu kendi eliyle muaccel hale getirmiş olacağını ve bunun Euathlos'un sözleşmeyi kabul ederkenki iradesi açısından beklenmedik bir durum oluşturacağını düşünerek borcu muaccel hale getirmemek uğruna Protagoras'ın davasını kabul edebilir. Bununla birlikte söz konusu mahke-

⁷ LEIBNIZ, s. 88-89.

⁸ CLARK, Michael (Çeviren: Ahmet Fethi): Paradokslar Kitabı, İstanbul 2009, s. 130-131.

me, Protagoras'ı haklı bulmak suretiyle sözleşmeden doğan borca sözleşme hükümleri gereği muacceliyet kazandırmaktan kaçınırken söz konusu borcu hükmen muaccel hale getirecektir. Dolayısıyla mahkeme hakkaniyetle hareket ederek Euathlos'u para ödemekten kurtarmak yönünde bir iradesi olsa bile ne karar verirse versin buna engel olamaması bir paradoks oluşturacaktır.

Burada yaratılmak istenen ikilemlere benzetilen bir vaka da 1946'da Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşanmıştır.⁹ Ohio yasalarına göre yasadışı kürtaj yapan da yaptıran da suçludur ve dava konusu kürtaj suçunun tek delili, kürtajı yaptıran kadının tanıklığıdır. Öte yandan Ohio ceza muhakemesine göre, bir davada suçlu bulunan bir kişinin tanıklığı başka hiçbir delille desteklenmediği takdirde bir başka kişiyi mahkum etmek için yeterli sayılmamaktadır.

Söz konusuda vakada mahkeme şu ikileme düşmüştür: kürtaj operasyonunu yapan kişinin suçu, kürtajı yaptıran kişinin tanıklığıyla kanıtlanmaktadır. Ancak onun suçu kanıtlandığında onun, kürtaj yaptığı kişinin de suç ortaklığı kendiliğinden aşikar olmaktadır. Buna dayanarak kürtaj yapılan kişinin de suçlu olduğu tespit edildiğinde bu sefer kürtaj operasyonunu yapan kişiye yönelik suçlama, delil yetersizliğinden dayanaksız kalıp düşmektedir. Mahkeme, Protagoras'ın paradoksuna da atıf yaparak problemi çözmüştür. Her ne kadar tanığın suçluluğu tanığın beyanının yeterli delil olmasının önünde engel gibi görünse de tutarlı biçimde hüküm kurabilmek için söz konusu vakada, ilk başta suçlu olmadığı göz önüne alınarak, tanıklığı yeterli delil sayılmıştır.¹⁰

II. AVUKAT PARADOKSUNUN HUKUKİ ANALİZİ

Paradoks, bir sözleşme ile bir mahkeme kararının birbiriyle çelişen hükümlerinden dolayı taraflar arasındaki ilişkiye dair bir sonuca varılamamasına ilişkindir.¹¹ Bu yönüyle paradokstaki hukuk kaynaklarını ele almakta fayda vardır.

⁹ State v. Jones davası, 80 Ohio App. 169.

¹⁰ CLARK, s. 131.

¹¹ SMITH, s. 3.

A. Normlar Hiyerarşisinde Mahkeme Kararının Yeri

Hans Kelsen'in hukuk teorisine göre her hukuk sistemi, o hukuk sisteminin uygulandığı toplumun olanı değil olması gerekeni gösteren kurallara bire bir uymasalar bile onları belli bir öncelik sıralamasına göre meşru ve bağlayıcı saymasına dayanır. Bu normlar hiyerarşisine göre anayasa, yasalar ve düzenleyici işlemler gibi yazılı kaynaklardan sonra mahkeme kararları hukukun normatif kaynaklarındandır. Türkiye'nin güncel hukukunda birinci dereceden mahkemenin kararı sadece o davanın tarafları arasında bağlayıcılık taşır.

Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisi sıralamasında sözleşmeler yer almamaktadır çünkü sözleşme toplumun bütününe ya da belli bir kamusal kurumu vs. bağlayan hukuki düzenlemeler değil sadece taraflarını bağlayan hukuk enstrümanlarıdır. Dolayısıyla paradokstaki tarafların her ikisinin de ikilemi ikilem değildir; mahkeme kimin haklı olduğuna karar verirken sözleşmenin hükümleri mahkeme üzerinde hiçbir bağlayıcı etkiye sahip olamaz.

B. Normatif Hukuk Kaynağı Olarak Sözleşme

Normlar hiyerarşisinde yer verilmese de sözleşmeler birer hukuk kaynağıdır. Normlar hiyerarşisinde yer verilmemesinin gerekçelerinden biri sözleşmelerin Anayasa, yasa ve yürütme organının düzenleyici tasarrufları gibi soyut, genel olmayıp sadece taraflarını bağlayıcı nitelikte olmalarıdır. Oysa yönetmelik gibi bazı düzenleyici işlemler de genel olmayıp tek bir kurum hakkında olabilmektedir. Hatta, soyutluk ve genellik kuralına rağmen belli bir ya da birden çok kişi hakkında çıkarılmış yasalar da mevcuttur.¹² Ayrıca işçi sendikalarının tarafı olduğu toplu iş sözleşmelerinin, sözleşmenin düzenlenmesinde ve imzalanmasında bulunmayan çok sayıda insanı bağlayabilmesi, sözleşmelerin de genel, soyut nitelikte olmasının mümkün olduğu göstermektedir. Dolayısıyla,

¹² Şekli yasa anlayışı buna imkan tanımaktadır. Örneğin Atatürk'ün kızkardeşi Makbule Atadan'a aylık bağlanması için çıkarılan 25 Şubat 1945 tarihli ve 5186 sayılı yasa, özel yetenekli belli sayıda çocuğun yurt dışında özel eğitim görmesi için çıkarılan 7 Temmuz 1948 tarihli ve 5245 sayılı yasa bu tür yasalardandır. Bkz. **ARAÇ, İbrahim/İBA, Şeref**: "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama Ve Norm Koyma Tekniği Ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 58 Sayı 2, 2003, s. 43.

normlar hiyerarşisinde bulunan tüm enstrümanların soyut ve genel olduğu söylenemeyeceği gibi her sözleşmenin somut bir olaya özgü ve sadece sözleşmeyi kuran tarafları bağlayıcı olduğu da söylenemez. Özellikle devletler arası hukukta uluslararası sözleşmeler başlıca hukuk kaynağıdır.¹³

İnsanların doğa durumundaki kaotik halini uluslararası ilişkilere benzeten Thomas Hobbes'un ve devlet olmasa bile insanların birbirlerinin mülkiyet hakkını gözetemediğini ileri süren John Locke'un da dahil olduğu sosyal sözleşme kuramcılarına göre¹⁴ sözleşme devlet yokken, dolayısıyla modern anlamıyla hukuk yokken bile var olan çok temel bir hukuk kaynağıdır. Seküler hukukun meşruiyetinin temellerini atan Hugo Grotius da bir devletin egemen olmadığı yerde bile insanlar arasında geçerli olan ahde vefa ilkesinin hukukun temellerini atmak açısından yol gösterici olduğunu ileri sürerek dolaylı yoldan hukukun temelinde sözleşmesel ilişkinin ilkeleri olduğunu belirtmiştir.¹⁵ Benzer bir biçimde Sokrates, mahkeme tarafından haksız bir biçimde idama mahkum edildiğinde bile bu kararın yerine getirilmesinden kaçınmamasını, Atina şehri ile kendisi arasında mevcut olduğunu var saydığı sözleşmeye dayandırmıştır. Mahkemede kendisine yöneltilen suçlamaları reddeden ve mahkemeye uzlaşmaya bile yanaşmayan Sokrates imkanı varken Atina'yı terk ederek idam cezasından kurtulması teklifini geri çevirirken bu tutumunu mahkeme kararının bağlayıcılığıyla açıklamamıştır. Atina'da doğmuş, büyümüş ve Atina'da kendini bulmuş bir insan olarak işine gelmediği zaman şehrin, haksız bile olsa yasalarından kaçmanın Atina ile arasında bir nevi ahde vefasızlık, karşılıklılığı gözetmeme sayılacağı için bu teklifi geri çevirmiştir.¹⁶ Dolayısıyla sözleşme yasalardan önce

¹³ **İŞIKTAÇ**, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 202-204.

¹⁴ **FABRE**, Cécile (Çeviren: Mehmet Fatih Deniz): "Toplumsal Sözleşme", *Felsefe Arşivi*, Cilt 1 Sayı 48, 2018, s. 124.

¹⁵ **GÖZLER**, Kemal: "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", *Muhafazakar Düşünce Dergisi*, Cilt 4 Sayı 15, 2008, s. 82.

¹⁶ **KUMDERELİ**, Merve: *Sokrates Açısından Felsefe-Toplum Çatışması*, Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 118.

gelebilen ve yeri geldiğinde yasalardan daha ağır basabilen hukuk kaynaklarıdır.

C. Değerlendirme

Hukukun seküler meşruiyet kaynaklarına inildiğinde sözleşmelerin hem mahkeme kararlarından hem de yasalardan daha temel bir hukuk kaynağı olduğu görülmekteyse de normlar hiyerarşisi, esaslı, eski, temel nitelikte olmak üzerine değil olması gerekeni göstermek açısından üstünlük göz önüne alınarak tespit edilmiştir ve gerek Leibniz'in yaşadığı çağda gerekse günümüzde sözleşmeler, çok köklü hukuk kaynağı olsalar da normlar hiyerarşisinde yer alan kaynakları sarahaten ya da zımnen ilga etmek gücüne sahip olmadığı gibi bu enstrümanların emredici hükümlerine karşı koyacak güce de sahip değildir. O nedenle Leibniz'in önermesi kendi çağı açısından da günümüz hukuku açısından da doğrudur. Söz konusu paradoks, salt mantıksal açıdan bakıldığında birbiriyle örtüşmeyen iki ikilem içeriyor gibi görünse de hukuk açısından bu tartışma çözümsüz değildir. Bununla birlikte sözleşmeler de tamamen yok sayılabilecek hukuk kaynakları değildir. Normlar hiyerarşisinde yer almasa da sözleşmeler insan topluluklarının hukuku yaratmaya giden yolda soyut ve nesnel normlar koymalarında yol gösterici olmuştur. Bazı otoritelere göre, toplum sözleşmesi adıyla normlar hiyerarşisinin en üstündeki hukuk kaynağı olan anayasanın bile temelini teşkil etmektedir.¹⁷

III. AVUKAT PARADOKSUNUN ETİK VE SEMANTİK ANALİZİ

A. Protagoras'ın Paradokstaki Tutumuna Yönelik Etik Eleştiriler

İnsanlar arasındaki ilişkilerdeki tek düzen kurucu ölçüt hukuk değildir. Bazı davranışlar hukuka uygun olsa da etik açısından yanlış olabileceği gibi bazı davranışlar da hukuka aykırı oldukları halde etik açıdan doğru görülebilirler.

Protagoras'ın öğrencisi Euathlos'a dava açması, hukuki açıdan ilk aşamada haksız ikinci aşamada haklı bulunacağı yukarıda anlatılmıştı.

¹⁷ TUNAYA, Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. bası, İstanbul 1975, s. 83.

Dolayısıyla Protagoras'ın sözleşmeyi mahkemeye götürmesi ennihayetine ona hukuki yarar sağlayacak bir davranış olduğu için Protagoras'ın dava açma hakkını kullanmasının genel itibarla hukuka uygun olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Protagoras'ın bu tutumu etik açıdan eleştiriyi karşılamaktadır.

Protagoras ile öğrencisi arasında ders ücretinin ikinci yarısının öğrencinin kazanacağı ilk davadan sonra ödenmesinin kararlaştırılmış olmasının sebebi, öğrencinin maddi durumunun iyi olmamasıdır. Öğrencisi bu sözleşmeyi yaparken Protagoras'ın bu duruma karşı sergileyeceği anlayışa ve merhamete başvurmuştur. Protagoras'ın sözleşmeyi o haliyle kabul etmesi de hem kendi öğretmenliğine duyduğu güveni hem de öğrencisini maddi açıdan sıkboğaz etmeme yönünde sergilediği iyi niyeti göstermektedir.

Anlaşmaya rağmen Protagoras'ın sırf öğrencisinden para tahsil edebilmek için bu davayı açması, karşı tarafta oluşan beklentiye aykırıdır. Öğretmenle öğrenci arasındaki ilişki günümüzdeki burs ilişkisine benzemektedir. Sözleşmelerindeki şart ise öğrenci edindiği bu beceri sayesinde para kazanmadan kendisinden para istenmeyeceği izlenimini yaratmaktadır. Protagoras'ın bu yolla talepte bulunup ikinci davada da olsa ücreti tahsil edecek olması ise bu beklentiyi yıkmaktadır. Dolayısıyla Protagoras'ın, üstelik öğrencilerine erdemli olmayı öğretme iddiasını taşırken¹⁸, hukuki açıdan olmasa bile ahlaki açıdan dürüstçe davranmadığı söylenebilir. Özellikle o dönemde sofistlerin bu dersleri para karşılığı vermesinin bile kınandığı düşünülürse¹⁹, Protagoras'ın davranışının eleştiriyeye çok açık olduğu anlaşılabilir.

B. Avukat Paradoksuna Semantik Bakış: Sözleşmenin Mahkeme Kararından Üstün Hukuk Kaynağı Olabilmesi

Paradoksların amacı insanların bilmece misali belli bir cevaba ulaşması değildir. Paradokslarlar fiziksel dünyada mümkün olan herhangi bir hususun aslında imkansız olduğunu ispat etmek için de değil-

¹⁸ ÇELEN, Gökhan: "Atina Polisi'nde Sınıf Mücadelesi: Sofist Düşünürlerin Konumlandırılması", Sofist dergisi, Sayı 4, Nisan 2022, s. 87-88.

¹⁹ ŞAR, Güvenç: "Sofistler: İyinin ve Kötünün Ötesinde", Sofist dergisi, Sayı 4, Nisan 2022, s. 22-23.

dir. Paradoksların amacı sorgulamaktır. Elealı Zenon'un Akhilleus-kaplumbağa paradoksu bunun tipik örneğidir. Zenon, dünyanın en hızlı insanı olan Akhiellus'un bir kaplumbağaya bir adım avans verdiği takdirde ona asla yetişemeyeceğini iddia eder. Zira Akhilleus bir adım atıp kaplumbağaya yetiştiğinde kaplumbağa birkaç santimetre ilerlemiş olacaktır. Akhilleus tekrar kaplumbağaya yetiştiğinde kaplumbağa birkaç milimetre de olsa mesafe kat etmiş olacaktır. Maddenin küçüklüğünün sınırı olmadığına göre Akhilleus kaplumbağaya her yetiştiğinde kaplumbağanın onu geride bırakması mümkündür. Dolayısıyla Akhilleus kaplumbağayı hiç geçemeyecektir. Bu paradoksla Zenon gerçekten bir insanın bir kaplumbağayı geçemeyeceğini iddia etmemiştir. Zenon'un bu paradoksu, ya maddenin küçüklüğünün bir sınırı olması gerektiğini ya da maddenin küçüklüğünün sonsuza gittiğini göstermek için kullanılmıştır.²⁰ Buna dayanarak maddenin gerçekliği irdelenmiştir. Dolayısıyla paradoksları sadece aktardıkları hikayenin argümantatif içeriklerine indirgemek doğru değildir. Hatta paradoksların bir öğretiyi çürütme ya da o öğretiyi desteklemek için üretilmiş argümanlardan ibaret görmek de çok doğru değildir. Paradoksları miras bırakan kültürün arkasında çok derin bir kuşkuculuk vardır. O nedenle paradoksları insanların akıl, mantık yetilerini alıştıklarından farklı biçimde çalıştırmaya zorlayan, alışılmış kabullere ve kurumlara eleştirel bakmayı öğreten enstrümanlar olarak da ele almak gerekir.²¹

Protagoras'a izafe edileninkine benzeyen ve Sokrates'e yakıştırılan ikilemler bir paradoks da şöyledir: Sokrates'in bir köprüden geçmesi gereklidir. Ancak köprü'nün başına Platon dikilmiştir ve köprüden sadece doğru söyleyenlerin geçmesine izin vermekte, doğru söylemeyenlerin ise geçmesine izin vermemektedir. Bunun üzerine Sokrates "Köprüden geçmeme izin vermeyeceksin" der. Bu sözü Platon'u ikileme sokar çünkü köprüden geçmesine izin vermezse Sokrates'in sözü doğru çıkacaktır ve Platon, doğruyu söylemiş birinin köprüye geçmesine izin vermemiş durumuna düşürecektir. Ancak köprüden geçmesine izin verirse bu se-

²⁰ CAN, Mücella: "Presokratik Felsefede Duyum ve Algı Sorunu", FLSF dergisi, Sayı 32, 2021, s. 100.

²¹ AYGÜN, Ömer: "Yaygın Zenon Okumasının Bir Eleştirisi", Kaygı, Cilt 20 Sayı 1, 2021, s. 22-23.

fer Sokrates doğruyu söylemediği halde Platon onun köprüden geçmesine izin vermiş olacaktır. Dolayısıyla Platon ne yaparsa yapsın söylediği sözü yerine getirememiş olacaktır.²²

Akhilleus-kaplumbağa paradoksu bir atletin bir kaplumbağayı geçemeyeceğini ispat etmediği gibi köprü paradoksu da köprü başında duran kişinin sonsuz bir döngüye gireceğini ispat etmez. Her ikisinin de amacı mantığın sınırlarını zorlamaktır. Böylelikle insanların dil ve mantık yoluyla kurduğu dünyanın her zaman fiziksel dünya kadar tutarlı bir biçimde işlemeyeceğini göstermiş olurlar. O yüzden paradokslara insan kavrayışının kusurlarını ortaya koyan birer zihin jimnastiği gözüyle bakılabilir. Dolayısıyla avukat paradoksu, çözümü bulunması gereken bir problem değil eleştirel düşünceye bir katkı amacıyla kurulmuş bir hikayedir.²³

Protagoras'a izafe edilen avukat paradoksunda anlatılmak istenen böyle bir vaka ile karşılaşan mahkemenin sonsuz bir döngüye girip işlemez hale geleceği değildir. Leibniz çağındaki ve günümüzdeki mahkemeler önlerine böyle bir vaka geldiğinde deontik mantık yoluyla, normlar hiyerarşisini ve yargılama kurallarını göz önüne alarak ikilemlerin içinde çıkmayı başarabilecek durumdadır. Ancak bu paradoksun varlığının esas ifade ettiği, ilk çağda sözleşme ile mahkeme hükmünün aynı güçte olabildiğidir. Eğer bu ikisi aynı güçte görülmeseydi bu hikaye bir paradoks olarak kuşaklar boyu aktarılmaz ve mantık kitaplarında kendine yer bulmazdı. Paradoksu, cevabı bulunması gereken bir soru şeklinde ele almak yerine bu paradoksun hangi soruya verilmiş cevap olduğunu bulmaya çalışan biri şu soruyu bulabilir: "İki insan mahkemenin kararına mı yoksa kendi aralarındaki sözleşmeye mi daha büyük sadakatle yükümlüdür?" Aynı soruyu şu şekilde de sormak mümkündür: "İnsanların doğru davranması için bir otoritenin buyruğuna mı yoksa ahde vefaya mı daha çok ihtiyaç vardır?" Bu soru, insanlar nesnel ve soyut normlar koyup uygulayarak hukuku ortaya koyduğundan beri var olan bir sorudur.

²² ASHWORTH, E. Jennifer: "Will Socrates Cross the Bridge?: A Problem in Medieval Logic", *Franciscan Studies*, Cilt 36 Sayı 1, 1976, s. 75-76.

²³ SMITH, s. 12.

SONUÇ

Avukat paradoksu birbiriyle örtüşmeyen iki ikilem içerdiği için mantıksal açıdan zihin açıcı, mantık biliminin sınırlarını zorlayan ve sorgulatan nitelikte bir hikayedir. Bununla birlikte deontik mantık yoluyla çözülmesi, ikilemlerin örtüşmemesi probleminin giderilmesi mümkündür. Ne var ki söz konusu paradoksun amacı yargılama hukukunu kısır döngülerle işlemez hale getirmenin mümkün olduğunu ispat etmek değildir. Bu paradoksta vurgulanan esas nokta bir toplumsal yaşam düzeni olarak hukukun kaynağı olarak sözleşmenin, ahde vefanın da devlet yaptırımını kadar temel bir ölçüt olabileceğini hatırlatmaktır.

Özellikle, sözleşmenin birer tarafı olan iki kişi arasında sınırlı bir irade uyuşması olmanın ötesinde, toplumun bütününe mal edilebilecek toplum sözleşmesi gibi enstrümanlar düşünüldüğünde hukuk kaynağı olarak sözleşmenin önemi daha iyi anlaşılır. Kişiler devletin egemenliğini ve yargı erkini temsil eden mahkemelerin yetkisini tanımasaydı mahkeme kararları hüküm ifade etmezdi. Oysa bir sözleşmenin taraflar arasında hüküm ifade etmesi için salt o iki kişinin iradelerinin uyuşması ve ahde vefadan ayrılmamaları yeterlidir. Hatta iki hukuk öznesinin normlar hiyerarşisinin öngördüğü normlara aykırı bir sözleşme kurup ona kendi aralarında sadık kalmaları ve böylece hukukun buyrukları yerine kendi aralarındaki anlaşmayı ayakta tutmaları bile fiilen mümkündür.

Dolayısıyla avukat paradoksu sadece retorik, deontik mantık, meslek etiği ya da normatiflik eleştirisine kapı açan bir problem değildir. Bu paradoks bir bütün olarak toplumsal yaşam düzeni olarak ahlak ile hukukun rollerinin de temellerini sorgulamaya götürebilecek, doğru davranışın arkasındaki esas motivasyonun devletin fiili egemenliğinden ibaret olduğu kanısına eleştirel yaklaşmayı mümkün kılan bir argüman sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- ARAÇ**, İbrahim/İBA, Şeref: "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama Ve Norm Koyma Tekniği Ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 58 Sayı 2, 2003.
- ASHWORTH**, E. Jennifer: "Will Socrates Cross the Bridge?: A Problem in Medieval Logic", Franciscan Studies, Cilt 36 Sayı 1, 1976, s. 75-84.
- AYGÜN**, Ömer: "Yaygın Zenon Okumasının Bir Eleştirisi", Kaygı, Cilt 20 Sayı 1, 2021, s. 1-24.
- CAN**, Mücella: "Presokratik Felsefede Duyum ve Algı Sorunu", FLSF dergisi, Sayı 32, 2021, s. 91-108.
- ÇELEN**, Gökhan: "Atina Polisi'nde Sınıf Mücadelesi: Sofist Düşünürlerin Konumlandırılması", Sofist dergisi, Sayı 4, Nisan 2022, s. 69-100.
- CLARK**, Michael (Çeviren: Ahmet Fethi): Paradokslar Kitabı, İstanbul 2009.
- FABRE**, Cécile (Çeviren: Mehmet Fatih Deniz): "Toplumsal Sözleşme", Felsefe Arkivi, Cilt 1 Sayı 48, 2018, s. 123-135.
- GÖZLER**, Kemal: "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce Dergisi, Cilt 4 Sayı 15, 2008, s. 77-90.
- IŞIKTAÇ**, Yasemin: Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. Bası, İstanbul 2014.
- KUMDERELİ**, Merve: Sokrates Açısından Felsefe-Toplum Çatışması, Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- LEIBNIZ**, Gottfried Wilhelm: Logico-Philosophical Puzzles in the Law: Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law, Hollanda, 2013.
- NAUTA**, Lodi: "Lorenzo Valla And Quattrocento Scepticism", Vivarium, Cilt 44 Sayı 2, 2006, s. 375-395.
- SION**, Avi: Paradoxes and Their Resolutions, İsviçre 2017, s. 192.

SMITH, Kelly G.: "An Analysis of the Dilemma of Protagoras and Euthylus and the Librarian's Paradox", *Episteme*, Cilt 1 Sayı 1, 1990, s. 1-13.

ŞAR, Güvenç: "Sofistler: İyinin ve Kötünün Ötesinde", *Sofist dergisi*, Sayı 4, Nisan 2022, s. 11-30.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. bası, İstanbul 1975.

DO ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS AND EMPLOYMENT DISPUTES FIT LIKE A HAND AND GLOVE? ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN INDIVIDUAL EMPLOYMENT DISPUTES

Öğr. Gör. Mustafa NALBANT*

Abstract

There is a growing focus on resolving disputes through Alternative Dispute Resolution (ADR) methods in the world. This article explores ADR's role in settling employment-related disputes. It highlights the distinctive characteristics (sui generis) of employment disputes with particular focus on the power imbalance between parties and examine how ADR aligns with the that of employment disputes. It considers advantages and disadvantages of employing ADR within the realm of employment law by looking from the perspectives of both employers and employees.

Article reveals that the advantages and disadvantages of ADR are interconnected. Furthermore, a single advantage might also come with a disadvantage. These drawbacks mainly rely on the potential power imbalance. However, most disputes inherently involve some degree of power imbalance, and because mere power imbalance, completely disregarding ADR methods

* Öğretim Görevlisi, Doktora Öğrencisi, Nottingham Üniversitesi, Özel Hukuk, Nottingham, Birleşik Krallık | Teaching Associate, PhD Researcher, The University of Nottingham, Private Law, Nottingham, United Kingdom.

✉ mustafa.nalbant@nottingham.ac.uk • ORCID 0000-0001-7710-3188

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: NALBANT, Mustafa: "Do Alternative Dispute Resolution Methods and Employment Disputes Fit Like a Hand and Glove? Alternative Dispute Resolution in Individual Employment Disputes", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s.649-678.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

would not be reasonable unless parties are unable to seek their rights in courts or tribunals after attempting ADR.

Keywords

- ADR • Mediation • Arbitration • Employment Disputes • Power Imbalance

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI VE İŞ UYUŞMAZLIKLARI UYGUN BİR TERCİH MİDİR? BİREYSEL İŞ ANLAŞMAZLIKLARINDA AUÇY

Öz

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri (AUÇY) aracılığıyla uyuşmazlıkların çözme hususunda tüm dünyada artan bir eğilim vardır. Bu makale ise AUÇY'nin iş uyuşmazlıklarını çözümedeki rolünü araştırmaktadır. Bu amaçla, iş uyuşmazlıklarının kendine özgü yapısını inceler, özellikle taraflar arasındaki güç dengesizliğine odaklanır. AUÇY'nin iş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun olup olmadığını inceler. Bu bağlamda, bu uyuşmazlıkların çözümünde AUÇY'nin kullanılmasının avantajlarını ve dezavantajlarını işverenlerin ve çalışanların bakış açılarından değerlendirerek ele alır.

Bu AUÇY'nin avantajlarının ve dezavantajlarının birbiriyle bağlantılı olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle, bir avantajın aynı zamanda bir dezavantaj olarak tezahür edebileceğini belirtir. Bu dezavantajlar genellikle potansiyel güç dengesine dayanmaktadır. Ancak, çoğu anlaşmazlığın doğası gereği bir dereceye kadar güç dengesizliği içermektedir ve sadece güç dengesizliği nedeniyle, AUÇY yöntemlerini tamamen göz ardı etmek, tarafların sonrasında mahkemelere erişim hakkına sahip olduğu müddetçe, mantıklı olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler

- AUÇY • Arabuluculuk • Tahkim • İş Uyuşmazlıkları • Güç Dengesizliği

INTRODUCTION

Like taxes and death, disputes are an inevitable destiny of human beings.¹ This is a valid argument for any area of law. The central role of the law is to fairly resolve disputes to achieve just outcomes. However, where disputes involve people who are angry and aggrieved, the resolution of disputes is more difficult and displeasing. This situation is more prevalent in individual employment disputes where emotions run high, and the reputation and career of parties are at risk since personal matters

¹ BITTEL, Patrici: "Arbitration: Is This Where We Were Headed" *Alternative Dispute Resolution Employment Relations*, 3, 2001, pg.49.

are generally at the heart of these disputes.² Thus, the resolution of employment disputes via ADR (Alternative Dispute Resolution) mechanisms in areas such as unjust dismissal, discrimination and harassment cases requires further examination to understand to what extent ADR methods fit the resolution of employment disputes.³

There is an increasing emphasis on settlement through ADR methods and disputants are facing ADR methods sometimes as a part of employment litigation and sometimes as an independent and private proceeding before litigation.⁴ In this context, this article will examine the role of ADR in resolving employment disputes. Firstly, it will express reasons for an increase in the number of employment disputes and a need for ADR. Secondly, it will investigate the relationship between ADR and the distinct features of employment disputes. Thirdly, it will analyse the advantages and disadvantages of ADR in the context of employment law. Finally, it will look at the relationship between ADR and employment disputes from employers' and employees' perspectives, respectively.

I. THE REASONS FOR THE INCREASE IN INDIVIDUAL EMPLOYMENT DISPUTES AND ADR

According to ILO sources, there has been a widespread rise in the number of employment disputes across the world and this trend brings about some concerns such as excessive caseloads leading to delays, and limited access to resolution mechanisms.⁵ ADR might be a faithful servant to eliminate the shortcomings of employment litigation. On this basis, this section will investigate the reasons for the increase in employment

² **KALLIPETIS**, Michel: "Mediation in Employment Disputes" in **NEWMARK**, Christopher/**MONAGHAN** Anthony (editor): *Butterworths Mediators on Mediation Leading Mediator Perspectives on the Practice of Commercial Mediation*, Tottel Publishing, 2005, pg.183.

³ **EVANS** Frank, **SLOAN** Shadow: "Resolving Employment Disputes through ADR Processes", *South Texas Law Review*, 37, 1996, pg.745. **KALLIPETIS**, p.185.

⁴ **EBISUI**, Minawa/**COONEY**, Sean/**FENWICK** Colin: "Resolving Individual Labour Disputes: A General Introduction" **EBISUI**, Minawa/**COONEY**, Sean/**FENWICK** Colin (editor): *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ILO, 2016, pg. 24-25.

⁵ **INTERNATIONAL LABOUR OFFICE**, *Social Dialogue: Recurrent Discussion Under the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Report VI, International Labour Conference, 102nd Session Geneva, 2013, pg.34-35.

disputes at a global level. Indeed, these reasons indirectly constitute elements leading to ADR developments in the context of employment law.

The first reason is an ‘ongoing revolution’ in employment law. That is, the increasing diversity of the workforce, employment legislation producing new workplace rights, the strengthening of anti-discrimination laws, and the willingness of employees to bring a claim against employers.⁶ These factors might cause an increase in the number of employment disputes. For instance, in Turkey, whereas in 2004, the number of cases brought to the employment court was almost 190,000, the number was about 425,000 in 2014, and around 540,000 in 2018.⁷

Secondly, the components of employment disputes are getting increasingly complex. Massive changes in employment relationships reflect fundamental changes in our daily and work life. For instance, increased mobility and diversity have led to more conflicts in expectations and values among employees.⁸ Laura Gilbert, in this regard, claims that basic questions such as ‘what can I expect from my employer?’ and ‘is there anything I can do to ensure my position and the progress of my career in this company? If so, what?’ no longer have simple answers.⁹ Given that misperceptions in a workplace, such as what constitutes sexual harassment or when age constitutes a factor in discrimination cases, might fuel this fire.¹⁰

The third reason is economic crises and technological developments such as automation and on-demand working platforms. Throughout history, employers have struggled with economic crises having negative impacts on the production and growth rate of businesses. For instance, in the great recession of 2008 in Europe, many employees faced

⁶ **MCDERMOTT**, Patrick/ **BERKELEY**, Eliot: *Alternative Dispute Resolution in the Workplace*, Greenwood Publishing Group, 1996, xv.

⁷ **OZDEMİR**, Eda: “İs Mahkemelerinin İsleyisi ve Bireysel İs Uyumazlıklarının Alternatif Cozum Yontemleri” *Calisma ve Toplum*, 2015, pg.187. Ministry of Justice, Judicial Statistics (2018) pg.193. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2182019155518istatistik2018.pdf> (accessed 21.07.2023)

⁸ **EWING**, David: *Justice on the Job*, Harvard Business School Press, 1989, pg.19.

⁹ **GILBERT**, Laura: “Reducing the Litigious Climate in Organizations” *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999, pg.63.

¹⁰ **GILBERT**, pg.63.

unemployment since their contracts were ended or they were laid off.¹¹ Besides to economic crises, employers need to meet the necessities of technological development in the workplace so that they can compete with other companies.¹² On this basis, while automation refers to ‘a replacement of human labour by digitally enabled machines for many tasks within the production and distribution process’, an ‘on-demand working platform’ is digital working based on the use of algorithms incorporating encoded rules and automated monitoring.¹³ These developments might naturally affect the number of disputes because many employers might seek to either amend their workplace policies and employees’ contracts such as changing working hours or dismiss a large number of employees, causing an increase in the number of employment disputes.

The fourth element is that employment disputes are sometimes funded on a ‘no win no fee’ basis. No win no fee is known as a ‘contingency fee’ in the US. It means that a law firm will receive payment only if a client is awarded compensation; otherwise, if the case is not successful, the law firm would not be entitled to receive any fee.¹⁴ In this regard, it should be highlighted that the relationship between lawyer and individual is a contract of mandate, regulated by contract law principals, other than employment contract, regulated by employment law principals. In some circumstances, in the Turkish system, a lawyer bears even the court fee and other expenses if they believe that complainants are highly likely to win the case. This is why no win no fee, if it is available, may encourage employees to bring a claim against employers sometimes even over trivial matters.

In this regard, parties and governments ordinarily tend to seek to resolve employment disputes without getting involved in litigation. Even if a claim has been made, governments and courts encourage parties to

¹¹ **JUNANKAR**, Raja, “The Global Economic Crisis: Long-Term Unemployment in the OECD”, IZA Discussion Paper, No. 6057, pg.4.

¹² **SUZEK**, Sarper, *Is Hukuku*, 9th edn, Beta 2013, p.19.

¹³ **FERNÁNDEZ-MACÍAS**, Enrique: *Automation, Digitalisation and Platforms: Implications for Work and Employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, p.15.

¹⁴ **WALKER**, Bernard/Hamilton: “Representatives and Employment Rights Disputes: What Works and What Doesn’t?” *Journal of Industrial Relations* 54(5) (2012) pg.598.

resolve the dispute out-of-court.¹⁵ For instance, in *Thompson v. Reading Borough Council*, the parties were encouraged by the Employment Appeal Tribunal to use ADR mechanisms by suggesting that ACAS (Advisory Conciliation and Arbitration Services) conciliation is the best way to resolve disputes if parties are unable to agree on the matter in direct negotiation. If parties are already able to negotiate without the involvement of ACAS, this is better since using ACAS would incur extra expenditures.

II. THE DISTINCT CHARACTERISTICS OF INDIVIDUAL EMPLOYMENT DISPUTES AND ADR

Identifying the distinguishing features (*sui generis*) of employment law helps to better understand the relationship between employment disputes and ADR methods. The first difference is that the physical and mental efforts of employees are dedicated to the needs of the employer in exchange for a wage or payment in employment relationships.¹⁶ Mark Freedland and Simon Deakin identify this difference as a central feature of employment contracts and they call this relationship the ‘wage-work bargain’.¹⁷ Therefore, the employment contract needs to be protected by law and it differs from other areas of law such as contract law in terms of freedom of contract. It entails several principles in favour of employees, for example, maximum working hours and national minimum wage. That is, employers cannot pay remuneration lower than the national minimum wage and they cannot force employees to work longer than a statutory maximum of working hours. These principles restrict the freedom of contract in employment relations.

By contrast, the law also tends to protect the employer’s managerial prerogatives or freedoms. In other words, employment law takes account of the economic, technical, and financial choices of employers.¹⁸ For example, employment law regulates some circumstances such as continuing and unauthorised absence from work or committing a crime in a

¹⁵ GIBBONS, Michael: Better Dispute Resolution: A Review of Employment Dispute Resolution in Great Britain, Department of Trade and Industry, 2007, pg.31.

¹⁶ SISLI, Zeynep: “Bireysel İş Uyumazlıkları ve Yargısal Çözüm” The Journal of Ankara Bar Association, 2, 2012, pg.48-49.

¹⁷ FREEDLAND, Mark/DEAKIN, Simon: “The Exchange Principle and the Wage-Work Bargain” in FREEDLAND/Mark (Editor), The Contract of Employment, Oxford University Press, 2016, pg.53.

¹⁸ SUZEK, pg.18.

workplace in which the employer can terminate the employment contract without notification.¹⁹

Because a central matter of employment contracts is the fundamental rights of employees, arguments against ADR in the context of employment law are based on these rights. In this regard, it is asserted that the State, whose duty is to control and protect employees' rights, is the third party of employment contracts.²⁰ That is, States protect employment rights by creating employment laws and establishing institutions such as employment courts/tribunals so that any party of the relationship can effectively seek to assert their rights.

It is argued that an employee who prefers ADR might be seen to be voluntarily making their fundamental rights negotiable and relinquishing their legal rights when an alleged claim relies on the violation of a clear principle of employment law.²¹ However, ADR should not be construed as a process that undermines statutory provisions; rather, it should be viewed as an effort to resolve disputes outside of the courtroom unless there exists an obstacle to pursuing a claim in a court/tribunal.

Secondly, there is typically a power disparity in employment disputes and employers are regarded as the more powerful side of an employment relationship.²² The 'power' can shortly be described as 'the capacity to influence the behaviour of others, emotions and the course of events' and the power imbalance can be defined as a circumstance where one party is more powerful than another party.²³ However, power is not necessarily static. It means that if the circumstances change, the notion of power might change.²⁴ To exemplify, an employee might be a more powerful party in the relationship and the imbalance might be in an

¹⁹ Employment Act No 4857 (2003), Article 25.

²⁰ **SISLI**, pg.48-49.

²¹ **DOLDER**, Cheryl: "The Contribution of Mediation to Workplace Justice" *Industrial Law Journal* (2004) pg. 323. **YAGCIOGLU**, Kaan: "Yeni Is Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculugun Is Yargilamalarnasina Etkileri" *Dokuz Eylul University Law Faculty Journal*, 20(2), 2018, pg. 477.

²² **KALLIPETIS**, pg.195.

²³ **SPENCER**, David/ **BROGAN**, Michael: *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, pg.224. **BROWN**, Henry/ **MARRIOTT**, Arthur; *ADR: Principles and Practice*, 3rd edn, Sweet & Maxwell, 2011, pg.576-577.

²⁴ **BROWN/MARRIOTT**, pg. 577.

employee's favour as in a top-level football player's contract. In this case, there would be a need to discuss again the notion of power.²⁵

As for the types of power, there can be various types of power in a relationship and thus, the power should be understood in a broader term. According to David Spencer and Michael Brogan, while economic (resource) power refers to financial power and skill, information (negotiation) power alludes to education, position, and familiarity with the process.²⁶ Strategic power emerges when the weaker party has strong public support.²⁷ Having said that the disparity may always not have an impact on the resolution process since a party may have power but may choose not to use it or may be unable to use it.²⁸ In the realm of employment law, it seems that whereas economic (resources) power and information (negotiation) power, are generally in favour of employers, strategic power might be in employees' favour.

Employers generally possess economic power, which refers not only to their ability to engage with top lawyers and access more substantial resources than employees but also to their employees' immediate need for money, making the latter vulnerable to pressure to settle.²⁹ Employers typically also have information power as repeat players of employment relations, and thus, may be more likely to win compared to employees. According to empirical data, when an employer is a repeat player in employment disputes, employees have considerably less successful outcomes.³⁰ However, it should be highlighted that power disparity is not something specific to employment disputes and most cases include some degree of power imbalance. For instance, there might be a power imbalance between individuals in divorce cases, especially involving economic dependency, family disputes, or commercial disputes between franchisors and franchisees.

²⁵ DOLDER, pg.336.

²⁶ SPENCER/BROGAN, p.223-224.

²⁷ SPENCER/BROGAN, p. 224.

²⁸ SPENCER/BROGAN, p. 225.

²⁹ FISS, Owen; "Against Settlement" Yale Law Journal, 93(6), 1984, pg.1076.

³⁰ BINGHAM, Lisa "On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards" 29 McGeorge Law Review, 1998, pg.234.

In ADR proceedings where there is a great power disparity, the employer might dominate the process, the outcomes may largely reflect the employer's needs and interests.³¹ Against this, trade unions, representing a large number of employees in a workplace or an industry, might have the power to redress this power disparity because one of the functions of trade unions is to represent their members.³² This function involves giving legal advice and providing legal representation in courts.³³ In doing so, they can restore the imbalance in information power.

Besides the trade unions, in ADR mechanisms, neutral third-parties (i.e., mediators or arbitrators) can redress the power disparity but in this circumstance, there would be a dilemma. When neutrals endeavour to redress the imbalance, for instance, in evaluative mediation, a mediator might refer to case law or precedent, which is in favour of a weaker party, to redress information power imbalance, which might lead to an accusation of bias against them. In contrast, when neutrals remain passive in the ADR process, this might magnify the disparity.³⁴ Therefore, it would be more accurate to say that the responsibility of the mediator is not to change the power balance between parties, but instead, to ensure that any power imbalance does not have an impact on making the process unfair or unworkable.³⁵

Thirdly, employment disputes are associated with not only employees themselves but also the employees' families since an employee needs to afford the fundamental needs of their family. For example, in dismissal cases, it is normal that a dismissed employee is likely to experience depression, panic and a fear of the future for their family. A loss of a job is traumatic, and it is not easy to quantify and understand the trauma that the employee has suffered.³⁶ In a case of race discrimination or other form of discrimination, the alleged discriminatory practice of employers is

³¹ SPENCER/BROGAN, pg.225.

³² ILO, Labour Disputes Systems: Guidelines for Improved Performance, International Training Centre of the International Labour Organization, 2013, pg.8.

³³ EWING, K. "The Functions of Trade Unions" *Industrial Law Journal*, 34, 1, 2005, pg.3.

³⁴ DOLDER, p.336.

³⁵ BROWN/MARRIOTT, pg.579.

³⁶ MILLER, K: "How to Prepare for and Participate in an Employment Mediation" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1999, pg.51.

likely to injure the whole family of an employee. Thus, emotions such as anger and resentful expression might run high in employment disputes. Therefore, they might be more suited to be resolved by ADR methods because they enable parties to understand how the other side views the issue.

Fourthly, workplace interactions, personal values and behaviour, which are not present in many other civil disputes, are intangible issues in workplace disputes. To illustrate, while discrimination is insidious, discriminatory behaviour is typically subtle and such behaviours need to be proven by statistical or circumstantial evidence.³⁷ The damage may not always be visible in employment disputes. For example, the damage in a harassment case may be psychological and injurious to mental health which is not as obvious as physical injuries. Therefore, without supporting testimony, claimants would struggle to provide powerful evidence to prove their claims.³⁸ It must be warned that parties have to be cognisant of these pitfalls in proof before deciding to use ADR methods because there will be a more limited discovery procedure before the ET/court case and this limitation makes gathering information difficult to support the claim at the ADR stage.

III. ADR AND INDIVIDUAL EMPLOYMENT DISPUTES

ADR methods may arise from three sources; namely, an individual employment contract, a collective bargaining agreement (CBA), or legislation. Primarily, when pre-dispute ADR (arbitration) agreements emerged in individual employment contracts in the US, they were likened to 'yellow-dog contracts' by some critics because a powerless employee is compelled to sell their inalienable industrial birth-right to fulfil the basic requirements of life.³⁹ This is because these may include: waiving the statutory rights of employees and the right to a hearing, limiting discovery procedures, and reducing the right to appeal. Such agreements are now illegal in many European countries because they violate Article 6 of the ECHR (right to a fair trial).⁴⁰ For instance, in the UK, CEDR published a

³⁷ MILLER, pg.51.

³⁸ YUNGTUM, Jason, "Mediating Sexual Harassment Claims: If, When and How" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999, pg. 29.

³⁹ ESTREICHER, Samuel: "Pre-dispute Agreements to Arbitrate Statutory Employment Claims" *New York University Law Review*, 72, 1997, pg.1352.

⁴⁰ European Convention on Human Rights, Article 6.

sample model, which can be used to assist in drafting employment documentation. The model expresses that either party will not waive their respective statutory or contractual employment rights because the Employment Rights Act (ERA) 1996 prohibits inserting a clause precluding a person from bringing a claim to an Employment Tribunal and limiting statutory rights.⁴¹

Secondly, ADR proceedings may sometimes be based on CBAs.⁴² During the negotiation of the agreements, parties can determine how individual employment disputes can be resolved. An effective CBA can establish a framework protecting the rights and interests of employees and employers. Parties can also benefit from mediation before signing a CBA to set the ground for the agreement's terms, clear up misunderstandings, frame discussion, manage an agenda, discover new perspectives for discussion and secure fairness.

Ultimately, ADR methods may rely on national employment statutes and/or procedural laws and the approach of countries to ADR mechanisms may vary. Some countries might force the use of ADR methods by creating a 'pre-condition to action', such as Article 3 of the Turkish Employment Court Law (ECL). Another example is to encourage the use of ADR methods by providing monetary incentives for those using ADR methods such as section 69b of the German Court Fee Code. In the UK, a sanction can be imposed under Civil Procedural Rules for those not using ADR to resolve their disputes without any reason, despite a court's recommendation.⁴³

⁴¹ Employment Rights Act (1996) (ERA), section 203(1)(a)(b). Also, CEDR, 'Model Mediation Clauses and Mediation in Employment Policies', 2020, pg.9. <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/01/Model-Mediation-Clauses-and-Mediation-in-Employment-Policies.pdf> (accessed 1/11/2022)

⁴² This is a written, legally enforceable agreement for a certain period between employer(s) and a trade union representing employees. It includes the terms and conditions of employment relations and procedures for dispute resolution.

⁴³ Employment Court Law No.7016, Article 3; German Court Fee Code (Gerichtskostengesetz (GKG) Verordnungsermächtigung) (2004), section 69(b); Civil Procedure Rules (1998), Article 44.

A. Advantages and Disadvantages of ADR in Employment Disputes

The concerns and desires of parties might influence the outcomes of ADR proceedings. To discover these factors, 'empathy', requiring looking at matters from the perspective of another side, can be employed to comprehend the wants and needs of an opponent.⁴⁴ Hence, while analysing the values and motivations of ADR in employment disputes, it is significant to bear in mind the different perspectives being considered. On this basis, this section will first analyse the advantages and disadvantages of ADR in the context of employment disputes. Then, it will investigate them by looking from employers' and employees' perspectives.

The first advantage of ADR in the context of employment law is to preserve employment relations that are intensive and ongoing. According to an empirical study, the preservation of the employment relationship is one of the most outstanding reasons for choosing ADR techniques.⁴⁵ Bringing a claim to courts/tribunals may lead to irreparable damage in the relationship because turning back to a normal relationship may be almost impossible after hostile litigation.⁴⁶ By contrast, ADR methods are designed to restore and rebuild trust by keeping open the doors of communication between disputants, which tackles suspicion and hostility emerging in adversarial court systems.⁴⁷ On this issue, ADR adopts an approach of 'be hard on the problem and soft on the people'.⁴⁸ Hence, it has a function to contribute to parties' morale by developing mutual trust and respect between employees and employers by allowing them to have an active role in the process of dispute resolution. ADR methods except for arbitration switch the purpose of dispute resolution from determining one winner and one loser to trying to discover the underlying interests of both

⁴⁴ NOCE, Dorothy, "Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation" 1999 *Negotiation Journal* 15, 3, 1999, pg.283.

⁴⁵ VARMA, Arup/STALLWORTH, Lamont, "The Use of Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the Workplace: An Empirical Study" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000, pg.73.

⁴⁶ AYDIN, Bugra: "Bireysel İş Uyumazlıkları ve Tahkim" *Law Research Journal of Marmara University Law Faculty*, 21, 2, 2015, pg.841.

⁴⁷ LIEBERMANT, Jethro/HENRY, James, "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement" *University of Chicago Law Review*, 53, 1986, pg. 429.

⁴⁸ BASTIDE, Ernest: "ADR in the Workplace - An Arduous Journey" *LawNow* 27, 2003, pg.20.

parties. In doing so, ADR may develop cooperation rather than aggravating competition and thus, its concept may be regarded as a 'win-win' for all parties.⁴⁹

Among ADR methods, mediation can be the most effective way of repairing relationships in workplaces because mediation is less daunting and more inviting to participants.⁵⁰ By contrast, arbitration is more adversarial and thus, the healing function of ADR may not work.⁵¹ This advantage is of particular significance for disputes where an employee seeks reinstatement or re-engagement in their job since these remedies require a continuing relationship in the workplace.⁵²

Having said that for the healing function of ADR to be fulfilled, there must be good communication including respectful listening, obtaining and absorbing new information and advice, proposing a solution, representing parties' interests, and acting in good faith.⁵³ These may not be easy where, for instance, an employee suffers from workplace abuse because it may reduce their self-confidence and bring about negative emotional and behavioural effects leading to either remaining passive or reactive defiance rather than producing a powerful argument for a settlement. Therefore, such behaviour may undermine the ability of injured parties to advocate for themselves. Similarly, where there is great animosity among disputants, a quasi-criminal allegation such as fraud or libel, widespread and systematic unlawful treatment by co-workers or employers, or no interest of disputants for settlement, effective communication would be very unlikely.⁵⁴

The second advantage of ADR is that it can provide a cost-effective and time-saving process to resolve employment disputes. When

⁴⁹ VARMA/STALLWORTH, pg.71.

⁵⁰ CANBOLAT, Talat: "Is Hukuku Bakimindan Arabuluculuk" Arabulucugun Gelistirilmesi Uluslarasi Sempozyumu, Yildirim Bayezid Universitesi, 6-7 December, 2018, pg.99.

⁵¹ BENNETT, Tony, "The Role of Workplace Mediation: A Critical Assessment" Personnel Review 43, 5, 2004, pg.769.

⁵² SISLI (n17) 50.

⁵³ BALLARD, Allison/EASTEAL, Patricia: "(Alternative) Dispute Resolution and Workplace Bullying Some Pros and Cons From The Coalface" Alternative Law Journal, 41, 2, 2016, pg.106.

⁵⁴ BLAKE, Susan/ BROWNE, Julie/SIME, Stuart: A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution, 5th edn, Oxford University Press, 2018, 45.

disputants prefer to pursue their action in the courts/tribunals, the cost of litigation, even if the party is a defendant, may spiral regardless of the features and types of disputes because litigation may include, depending on the legal system, a court fee, the cost of a lawyer, expert witnesses, gathering documents, engaging in discovery and ultimately the award of compensation. If the case is lost, the losing party may have to pay the winning party's legal fees.⁵⁵ This calculation does not involve 'opportunity costs', which refers to the cost of the value that disputants place on the time saved by resolving conflicts promptly.⁵⁶ To illustrate, if a dispute is resolved sooner, an employee could secure a new job and commence work earlier, or an employer could hire a replacement. Based on this reasoning, reducing opportunity costs by resolving disputes in a short time is considered the primary advantage of ADR methods.⁵⁷In addition to the monetary costs of litigation, the parties may suffer from emotional costs such as stress and anxiety and the litigation process might worsen the existing animosity between them.⁵⁸

One of the factors making ADR cost-effective is that parties may not hire a lawyer and they can deal with their cases without representatives in ADR proceedings but some claim that mediation may not be an appropriate forum if disputants are not represented by lawyers.⁵⁹ Most applications made without a legal representative are likely to encounter considerable difficulties. According to research published in 1998, the success rate of applications made by employees without representation against represented employers was only 10%. When the position was reversed, applicants reached a 48% success rate.⁶⁰ In this circumstance, when parties are represented by lawyers, they normally have to bear the cost of hiring

⁵⁵ MCDERMOTT/BERKELEY, pg.xvi.

⁵⁶ LIPSKY, David/SEEBER, Ronald; "Resolving Workplace Disputes in the United States: The Growth of Alternative Dispute Resolution in Employment Relations" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000, pg.38.

⁵⁷ LIPSKY/SEEBER, pg.38.

⁵⁸ MCDERMOTT/BERKELEY, xix.

⁵⁹ YUNGTUM, pg.29. CICEK, Mustafa: *İs Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Seekin Yayincilik, 2018, pg.65

⁶⁰ GEORGE, Barbara: "Mandatory and Voluntary Arbitration of Workplace Disputes: A Comparative Analysis of U.S. & U.K. Systems" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000, pg.58.

a lawyer, which is one of the basic cost-saving elements in ADR proceedings.

Employment disputes need to be resolved as soon as possible. Excessive delay in the resolution of disputes may lead to irreparable damage to the employment relationship since ‘the longer a labour relations dispute is allowed to go on, the greater the risk of hostility, mistrust, and disaffection.’⁶¹ Thus, ‘justice delayed is justice denied’ is of particular importance for employment disputes.⁶² Therefore, for instance, in Turkish employment courts, the principles of acceleration are applied to disputes. It means that litigants do not give a second pleading letter, unlike in disputes in other areas of law, to shorten the duration of the litigation.⁶³

In this regard, ADR may offer a time-saving alternative to disputants. In ADR meetings, the direct involvement of parties can obviate difficulties since they are more familiar with the nuances of their disputes than their lawyers. Therefore, they can reply creatively and quickly to the proposals raised by their counterpart.⁶⁴ By doing so, ADR may resolve disputes in a short time without excessive delays. The advocates of ADR in the US argue that while arbitration is generally completed in months and the majority of mediation cases are settled on the first day, litigation may last for years.⁶⁵ For example, in Turkey, whereas mediation proceedings must be ended within a maximum of 4 weeks after application for mediation, the average duration of employment litigation was 629 days in 2018.⁶⁶ Nonetheless, it is worth noting that ADR mechanisms can also be used as a delaying tactic by parties. If parties cannot settle at the end of the ADR proceedings, this might typically create an extra expenditure and delay.

⁶¹ RAY, Douglas: “Sexual Harassment, Labor Arbitration and National Labor Policy” 1994 73 Nebraska Law Review, 73, 1994, pg.830.

⁶² GUZEL, Ali: “Is Mahkemesi Kanunu Tasarisi Taslagi Hakkinda Bazi Aykiri Dusunceler”, Work and Society Journal, 2016, 3, pg.1132.

⁶³ Civil Procedural Law No.6100 (2011) (CPL), Article 317(3).

⁶⁴ LIEBERMANT, pg.430.

⁶⁵ FAULKNER, Richard: “Employment Arbitration: Advanced Dispute Resolution for the Global Economy” Alternative Dispute Resolution in Employment Relations, 1, 1999, pg.58.

⁶⁶ Ministry of Justice, *Judicial Statistics* (2018) 144. <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2182019155518istatistik2018.pdf>> accessed 21 July 2023. Also, Employment Court Law, Article 3(10).

Thirdly, confidentiality is arguably another advantage of ADR. It might be particularly significant for employees and employers where the dispute is about vulnerable information since confidentiality provides a secure forum for embarrassing, sensitive, factual issues such as sexual harassment cases where the injured party may want to return to their job without the stigma attached to their career.⁶⁷ As for discrimination cases, discrimination in the workplace is not just wrong, it is also 'economic suicide' in a global economy.⁶⁸ Discrimination might be painful and insidious and therefore, 'it can permeate an organisation from the top down, or bubble up from underneath the surface'.⁶⁹ If employees believe that they are discriminated against based on disability, sex, age, race, religion or belief, sexual orientation (protected characteristics in the UK law), or other grounds, they intensely feel it but employers do not want to be labelled as bigoted, sexist or racist.⁷⁰ As a result, from a purely procedural standpoint, confidentiality might be key factor in obtaining successful outcomes in ADR proceedings in employment disputes.⁷¹

In addition, confidentiality typically involves a 'without prejudice' ADR process. It means that whatever is said during ADR proceedings is on a without prejudice basis which means that it must not be referred to in correspondence or at subsequent hearings.⁷² It can be ensured in different ways such as by prohibiting recording, destroying any notes taken during the proceeding or signing a confidentiality agreement before the beginning of the proceedings.⁷³

On the other hand, the confidentiality of ADR methods might pose an obstacle to evaluating whether the procedure is fairly managed, whether a less powerful party (employee) has been under pressure, and whether there is an irregularity in the process.⁷⁴ Moreover, it could lead

⁶⁷ WILBURN, Kay: "Employment Disputes: Solving them Out of Court" *Management Review*, 87, 3, 1998, pg.20.

⁶⁸ FAULKNER, pg.57.

⁶⁹ MILLER, pg.51.

⁷⁰ MILLER, pg. 47.

⁷¹ NELSON, Scott: "The EEOC's Mediation Program: A New Hope" (1999) *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999, pg.18.

⁷² ACAS, "Guidance on Settlement Agreements" December, 2018, pg.18.

⁷³ NELSON, pg.19.

⁷⁴ YAGCIOGLU, pg.478.

to a cover-up and thus, other colleague employees may face discrimination. For example, when the employer agrees in ADR meetings to pay more compensation than the amount paid to other employees who are in the same situation but want it not to be heard by other employees, confidentiality may serve this purpose. Besides these, if an employee wants to use the pressure of public opinion as a powerful weapon (strategic power), confidentiality prevents them from benefiting from publicity. For instance, an employee may want to use mass media for the public vindication of a reputation, which is frequently the primary objective of a libel action, but confidentiality might be an obstacle to doing so.

Fourthly, another advantage of ADR is that it may enable parties to choose expert neutral third-parties with expertise in employment law who have gained the trust of the disputants. As explained above, employment law is *sui generis* and all third-parties may not be suitable when they are not adequately familiar with employment law.⁷⁵ Even if they are sufficiently familiar with employment law, they sometimes need to have expertise in a particular area of employment law such as discrimination law. Otherwise, where the third-party does not have much experience in employment relations, disputants may be guided by ‘contract law principles’ instead of ‘employment law principles’.⁷⁶

The strength of the ADR processes also relies on the ability of expert third-parties to address ‘power imbalance’ between the employer and employee.⁷⁷ However, there might be a shortage of qualified third-parties with expertise in employment disputes and that shortage is considered as holding back the use of mediation.⁷⁸ This shortage may constitute another problem. To illustrate, even where the expert is found, they may, because of having a heavy workload, put pressure on the parties to reach an

⁷⁵ GEORGE, pg.52.

⁷⁶ HALEGUA, Aaron: “United States” EBISUI, Minawa/COONEY, Sean/FENWICK Colin (editor): *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ILO, 2016, pg.335. YENISEY, Kubra: ‘Is Yargısında Zorunlu Arabuluculuk (Mandatory Mediation in Employment Litigation)’ in YENISEY, Kubra (editor) *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu*, 2016, pg.176.

⁷⁷ BENNETT, pg.773.

⁷⁸ Employment Lawyer Association: “ADR and Employment Disputes”, 2017, pg.5. https://www.elaweb.org.uk/sites/default/files/docs/ELA%20ADR%20%20Employment%20Disputes%20report_November%202017.pdf (accessed 25.07.2023)

agreement.⁷⁹ Nevertheless, even where it is not possible to have an employment law expert, neutral third-parties would, at least, may ensure that disputants understand the ADR proceedings (negotiations, behaviours, discussions and outcomes) on the basis of being equals in that process.⁸⁰

Fifthly, ADR methods might give flexibility leading to innovative solutions that parties can benefit from.⁸¹ A possible disadvantage of the courts/tribunals is that a judge only has the power to make such orders as are available to them under the rules of the court/tribunal. By contrast, the outcomes in ADR are confined only by the creativity of disputants and their representatives within the employment law. That is, the power of decision-making in ADR has been removed from third-parties and transferred to the parties except when arbitration is used.

However, it does not mean there are no impacts of third-parties. They can offer remedies tailored according to the needs of a case.⁸² To illustrate, mediators, like the conductors of an orchestra, can influence the emphasis, tempo and other facets of negotiation by creating the right environment, keeping parties focused on the key issues, and raising relevant questions. In doing so, they can profoundly influence the outcome of ADR proceedings.⁸³ Ultimately, the outcomes of ADR may involve acknowledgement, apology, explanation, and credit including trust or guarantee.⁸⁴ On this issue, Allison Ballard and Patricia Eastal enumerate potential outcomes of ADR in employment disputes as follows:

‘apologies; the right to resign (rather than be terminated); reinstatement (rarely); a restorative letter to third parties if the target feels their reputation has been damaged by the employer; the provision of a statement of service or reference; transfer to another position; ‘agreed’

⁷⁹ HERON, Robert/VANDENABEEL, Caroline: Labour Dispute Resolution, ILO, 1999, pg.29.

⁸⁰ BENNETT, pg.773. SAHIN, Cagatay, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 2, pg.89-90

⁸¹ SILBERMAN, pg.1538.

⁸² BLAKE/BROWNE/SIME, pg.47.

⁸³ RICHBELL, David, “Evaluative Mediation” Arbitration, 73, 1, 2007, pg.38.

⁸⁴ BROWN/MARRIOTT, pg.35.

redundancy; an agreed departure announcement; and payment of career coaching'.⁸⁵

For instance, in discrimination cases, findings on legal rights alone might not be enough to resolve disputes since an employee, in addition to monetary awards, may put a value on a sincere, voluntary apology including the acknowledgement of wrongdoing by an employer.⁸⁶ This is because an apology may include a message of caring and eliminate the perception that an injured party is being ignored. Thus, it may have a crucial role in healing an injured relationship by restoring trust or mitigating harm.

Flexibility also means tailoring the process according to the needs of the case. This involves determining not only the time, duration and venue of ADR meetings but also who can attend. For instance, in a harassment case, whether the alleged harassers should attend the ADR meetings is a controversial issue because if they attend, their attendance would be likely to impede the freedom of the injured party to tell their story. In contrast, without their attendance, the neutral third-party only hears from the victim's perspective.⁸⁷ If third-parties invite only the representative of an alleged harasser, it will constitute an extra economic burden for the alleged defendant. Consequently, the third-party may prefer 'shuttle diplomacy' meaning that the alleged harasser and victim are separated and the third-party goes back and forth between disputants.⁸⁸ In this context, because of the lack of flexibility in arbitration, mediation might be a more suitable resort for such complex cases.

The final advantage of ADR in employment disputes is to encourage disputants to think about their disputes at the earliest stage of the proceedings. In *Brookfield Construction (UK) Limited v Mott MacDonald Limited*, the judge recommended the parties to endeavour to iron out minor differences between them, leaving only significant disputes (if any) to be dealt with by the court' by using ADR methods. This is because third-parties may help disputants to understand what the conflict is, in reality, about, to clarify and narrow the issues by explaining the strengths and

⁸⁵ BALLARD/EASTEAL, pg.108.

⁸⁶ GIBBONS, pg.35.

⁸⁷ YUNGTUM, pg.33.

⁸⁸ YUNGTUM, pg.36.

weaknesses of the cases, and potential outcomes in litigation. In doing so, they may bring realism to the expectations of the parties, which is an important element for settling.

An approach that encourages the parties to have realistic expectations may have the effect of decreasing the caseload in employment litigation by reducing the number of vexatious and meritless cases.⁸⁹ For instance, in the UK, in 2016-2017, approximately 50% of claims where ACAS conciliators were involved were withdrawn by claimants without reaching any settlement because of a lack of merits.⁹⁰ Even if parties bring their claim to a court/tribunal after ADR proceedings, this advantage would simplify and shorten the duration of the litigation. By contrast, this motivation can easily transform into a disadvantage since, where third-parties' explanations give weight to the weaknesses of a case and negative scenarios regarding outcomes of a court such as excessive judicial cost, employees might feel pressured to settle even if their claims have legal strength.

In some circumstances, the use of ADR may not be *appropriate* to resolve employment disputes. Initially, there might be jurisdictional issues compelling employers and employees into litigation and precluding them from ADR methods. To illustrate, there may be uncertainty as to the legal status of the claimant. In the UK, the case will depend on their status as an 'employee', 'worker', or being wholly 'self-employed'. This is because there might be a disguised employment relationship where employers may engage in various practices to avoid establishing formal employment relations not paying national minimum wages, social security, unemployment taxes etc. In this regard, one way of seeking to avoid formal employment relations is to treat an individual as an 'independent contractor' rather than a 'business's employee'.⁹¹ This means that such disputes would not be eligible for ADR proceedings.

Moreover, if a claimant seeks to establish a legal precedent, ADR might not provide a creative, flexible and beneficial solution because ADR

⁸⁹ DICKENS, Linda: "Employment Tribunals and Alternative Dispute Resolution" DICKENS, Linda (editor): *Making Employment Rights Effective Issues of Enforcement and Compliance*, Hart Publishing, 2012, pg.30.

⁹⁰ Acas, "Annual Report and Accounts 2016-17", 2017, pg.15. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/631785/acas-annual-report-2016-2017-print.pdf (accessed 30.10.2023)

⁹¹ HALEGUA, pg.313.

cannot deliver a precedent decision. Similarly, if parties seek an interim injunction or if either party believes they have a strong case, a court/tribunal might be more appropriate in terms of an effective solution.⁹² Also, ADR cannot deliver a public hearing - a day in court - and hence, it cannot provide 'justice' for a party seeking exoneration from a charge of discrimination or public affirmation that they were unfairly treated.⁹³ Furthermore, it cannot deliver a legal ruling, clarification or interpretation of employment terms.⁹⁴

1. ADR From Employers' Perspectives

The approach of employers to ADR may vary. On the one hand, employers might resist offering ADR techniques since they fear that any willingness to pursue ADR or any demand to compromise with employees might be regarded as a weakness and an invitation to frivolous claims.⁹⁵ Additionally, employers might see themselves as having the economic staying power to outlast a claimant employee in the legal battle in litigation.⁹⁶ In these circumstances, the probability of settlement might be less.

On the other hand, resolving employment disputes in a short time by using ADR methods might allow employers to make a more foreseeable business plan because ADR enables participants to avoid the legal uncertainty inherent in litigation.⁹⁷ In this regard, arbitration especially provides a greater degree of finality when compared to litigation because litigation frequently involves an appeal.⁹⁸ It should, however, be said that the greater finality might be a problem since the ability to overturn is limited in arbitration.⁹⁹ Mediation might be seen as disadvantageous for an employer who wants to make a more foreseeable business plan because it may add another layer before getting involved in litigation where a

⁹² **BLAKE/BROWNE/SIME**, pg.18.

⁹³ **DICKENS**, pg.40.

⁹⁴ **DICKENS**, pg.40.

⁹⁵ **SIMON**, Howard/**SOCHYNSKY**, Yaroslav, "In-house Mediation of Employment Disputes: ADR for the 1990s" (1995) 21(1) *Employee Relations Law Journal* 29, 30.

⁹⁶ **SIMON/SOCHYNSKY**, pg.33.

⁹⁷ **SIMON/SOCHYNSKY**, pg.29.

⁹⁸ **WILBURN**, pg.20.

⁹⁹ **SIMON/SOCHYNSKY**, pg.35.

settlement cannot be reached. But, if parties settle, the employer would be able to see the future more clearly.

ADR may also help to increase the productivity of an organisation. Employment disputes may reduce the productivity of dissatisfied employees when the conflicts are ignored due to the fear of the cost of litigation. This is because employees, who are dissatisfied because of an unresolved conflict with either co-workers or executives, might tend to work less effectively. Even if this problem is not apparently expressed and even if the employee seems calm on the surface, the cohesiveness of the group might be lost due to the passive-aggressive behaviour of the employee.¹⁰⁰ This may also poison the organisational climate since when an employee believes that they have been treated unfairly, they may think that 'the company does not care about me, so why should I work for them.'¹⁰¹ This is why, when the employee has not left the organisation, unresolved conflicts and unhealed relationships might undermine productivity. When an employee has left the organisation, the employer may have to pay for the hiring and even training costs of a new employee until the newly-hired employee learns the job.

In the UK, they may have to pay the cost of so-called 'gardening leave'¹⁰² to keep the employee away from the workplace during the notice period. All of these would undoubtedly impose an extra economic burden on employers.¹⁰³ At the end of the litigation, even if an employer ultimately wins, the profit of the organisation may be small and the harm inflicted by an employee or previous employee may be considerable and not repairable.¹⁰⁴ In this situation, just because of their cost-effective and less time-consuming features, ADR methods might be a fruitful alternative for employers.

¹⁰⁰ CONBERE, John: "Designing Conflict Management Systems to Resolve Workplace Conflicts" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000, pg.31.

¹⁰¹ CONBERE, pg.32.

¹⁰² It is a period of time after an employee leaves a job. In this period, the employee continues to be paid but is neither allowed to go to work nor to begin a new job. Some employers sometimes put gardening leave into the contract so that the employee cannot give private information from their previous employer to a new employer.

¹⁰³ CONBERE, pg.32.

¹⁰⁴ WILBURN, pg.18.

2. ADR From Employees' Perspectives

According to an empirical study in South Africa, a decrease in employment levels might be related to an increase in the number of employment disputes in litigation.¹⁰⁵ This is because inefficient judicial employment resolution mechanisms may discourage investors from creating more jobs.¹⁰⁶ In this context, ADR systems would indirectly be beneficial for employees since they might eliminate uncertainty, excessive delay and cost in litigation and thus, might encourage employers to create more jobs.

In contrast, employees may be highly sceptical as to the advantages of ADR because those threatened with disciplinary action or termination of employment would be suspicious of any proceedings that employees feel that they are under the control of the employer. Despite the cost-effective nature of ADR, employees may resist ADR methods since 'they fear it will be a low-cost 'fishing expedition' by the employer.'¹⁰⁷ Moreover, there might be some assertions that need to be proven by statistical evidence such as a claim of a decrease in the performance of an employee. In this case, the employee may be concerned because evidence, such as files, personnel records, or witnesses, who are often co-workers, are under the control of the employer and limited pre-case discovery procedures in any form of ADR might constitute a barrier to reach these materials for the weaker party.¹⁰⁸

The lack of legal aid in ADR methods might also create a deterrent effect for employees. In ADR techniques, an employee may not be entitled to legal aid.¹⁰⁹ In other words, if an employee is not a member of a trade union or if an employee is not able to bear the expense of a lawyer, they must conduct their case. When the lack of information power of

¹⁰⁵ **BHORAT, Haroon/JACOBS, Elne/WESTHUIZEN, Carlene Van Der** "Do Industrial Disputes Reduce Employment? Evidence from South Africa" Africa Growth Initiative Working Paper 6, 2013, pg.17. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/02-industrial-employment-south-africa-1.pdf> accessed (21.07.2023)

¹⁰⁶ **AYDIN**, footnote 5.

¹⁰⁷ **SIMON/SOCHYNSKY**, pg.32.

¹⁰⁸ **BUDD, John/ COLVIN, Alexander**, "Improved Metrics for Workplace Dispute Resolution Procedures: Efficiency, Equity, and Voice" *Industrial Relations*, 47, 3, 2008, pg.473.

¹⁰⁹ **GEORGE**, pg.58.

employees is considered, employees may typically have considerable hesitation in using ADR methods for resolving disputes.

CONCLUSION

As shown above, the pros and cons of ADR are two sides of the same coin. That is, any single advantage might include a disadvantage. Criticisms regarding the resolution of employment disputes via ADR mainly rely on power disparity between employees and employers. It means that because of the disparity, statutory protection may be lost, and confidentiality or limited discovery might constitute a problem for a weaker party when an employee chooses ADR techniques. However, as stated above, the majority of disputes involve somehow disparity and hence, just due to the power disparity in employment relations, abandoning ADR methods would not be sensible unless parties are unable to seek their rights in courts/tribunals after ADR proceedings. Therefore, where the drawbacks of ADR are expected to surpass its benefits, disputants should consider that ADR may not be an appropriate resolution mechanism for a specific dispute.

By contrast, employers and employees may enjoy the quicker, less expensive and disruptive features of ADR while resolving their disputes under the control of an expert third-party in a secure and confidential environment. ADR might sometimes do more than resolve employment disputes. Particularly, the healing function of ADR might be a cure for a damaged employment relationship that might be continued. In doing so, it might foster productive synergy in a company. Consequently, it is not difficult to say that in many cases the benefits of ADR outweigh the drawbacks. In addition to the pros of ADR, when the shortcomings of employment litigation such as complexity, bureaucracy, and excessive delay are added, it can be said that ADR and employment disputes may not fit like 'a hand and glove' but ADR methods are always worth considering.

BIBLIOGRAPHY

- ACAS**, "Annual Report and Accounts 2016–17", 2017.
- ACAS**, "Guidance on Settlement Agreements" December, 2018.
- AYDIN**, Bugra "Bireysel Is Uyusmazliklari ve Tahkim" Law Research Journal of Marmara University Law Faculty, 21, 2, 2015.
- BALLARD**, Allison/EASTEAL, Patricia: "(Alternative) Dispute Resolution and Workplace Bullying Some Pros and Cons From The Coalface" *Alternative Law Journal*, 41, 2, 2016.
- BENNETT**, Tony, "The Role of Workplace Mediation: A Critical Assessment" *Personnel Review* 43, 5, 2004.
- BHORAT**, Haroon/**JACOBS**, Elna/**WESTHUIZEN**, Carlene Van Der "Do Industrial Disputes Reduce Employment? Evidence from South Africa" Africa Growth Initiative Working Paper 6, 2013, pg.17. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/02-industrial-employment-south-africa-1.pdf> accessed (21.07.2023)
- BINGHAM**, Lisa "On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards" 29 *McGeorge Law Review*, 1998.
- BITTEL**, Patrici: "Arbitration: Is This Where We Were Headed" *Alternative Dispute Resolution Employment Relations*, 3, 2001.
- BLAKE**, Susan/ **BROWNE**, Julie/ **SIME**, Stuart: *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 5th edn, Oxford University Press, 2018.
- BROWN**, Henry/ **MARRIOTT**, Arthur; *ADR: Principles and Practice*, 3rd edn, Sweet & Maxwell, 2011.
- BUDD**, John/ **COLVIN**, Alexander, "Improved Metrics for Workplace Dispute Resolution Procedures: Efficiency, Equity, and Voice" *Industrial Relations*, 47, 3, 2008.

CANBOLAT, Talat: "İs Hukuku Bakimindan Arabuluculuk" Arabulucunun Gelistirilmesi Uluslarasi Sempozyumu, Yildirim Bayezid Universitesi, 6-7 December, 2018.

CEDR, 'Model Mediation Clauses and Mediation in Employment Policies', 2020, pg.9. <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/01/Model-Mediation-Clauses-and-Mediation-in-Employment-Policies.pdf> (accessed 1/11/2022)

CONBERE, John: "Designing Conflict Management Systems to Resolve Workplace Conflicts" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000.

DICKENS, Linda: "Employment Tribunals and Alternative Dispute Resolution" **DICKENS**, Linda (editor): *Making Employment Rights Effective Issues of Enforcement and Compliance*, Hart Publishing, 2012.

DOLDER, Cheryl: "The Contribution of Mediation to Workplace Justice" *Industrial Law Journal* (2004).

EBISUI, Minawa/**COONEY**, Sean/**FENWICK** Colin: "Resolving Individual Labour Disputes: A General Introduction" **EBISUI**, Minawa/**COONEY**, Sean/**FENWICK** Colin (editor): *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ILO, 2016.

EMPLOYMENT LAWYER ASSOCIATION: "ADR and Employment Disputes", 2017, pg.5. https://www.elaweb.org.uk/sites/default/files/docs/ELA%20ADR%20%20Employment%20Disputes%20report_November%202017.pdf (accessed 25.07.2023)

ESTREICHER, Samuel: "Pre-dispute Agreements to Arbitrate Statutory Employment Claims" *New York University Law Review*, 72, 1997.

EVANS Frank, **SLOAN** Shadow: "Resolving Employment Disputes through ADR Processes", *South Texas Law Review*, 37, 1996.

EWING, David: *Justice on the Job*, Harvard Business School Press, 1989.

EWING, K. "The Functions of Trade Unions" *Industrial Law Journal*, 34, 1, 2005.

FAULKNER, Richard: "Employment Arbitration: Advanced Dispute Resolution for the Global Economy" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999.

FERNÁNDEZ-MACÍAS, Enrique: *Automation, Digitalisation and Platforms: Implications for Work and Employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

FISS, Owen: "Against Settlement" *Yale Law Journal*, 93(6), 1984.

FREEDLAND, Mark/**DEAKIN**, Simon: "The Exchange Principle and the Wage-Work Bargain" in **FREEDLAND**/Mark (Editor), *The Contract of Employment*, Oxford University Press, 2016.

GEORGE, Barbara: "Mandatory and Voluntary Arbitration of Workplace Disputes: A Comparative Analysis of U.S. & U.K. Systems" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000.

GIBBONS, Michael: *Better Dispute Resolution: A Review of Employment Dispute Resolution in Great Britain*, Department of Trade and Industry, 2007.

GILBERT, Laura: "Reducing the Litigious Climate in Organizations" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999.

GUZEL, Ali: 'Is Mahkemesi Kanunu Tasarisi Taslagi Hakkinda Bazi Aykiri Dusunceler (2016) 3 *Work and Society Journal* 1131.

HALEGUA, Aaron: "United States" **EBISUI**, Minawa/**COONEY**, Sean/**FENWICK** Colin (editor): *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ILO, 2016.

HERON, Robert/**VANDENABEEL**, Caroline: *Labour Dispute Resolution*, ILO, 1999.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/631785/acas-annual-report-2016-2017-print.pdf (accessed 30.10.2023)

ILO, Labour Disputes Systems: Guidelines for Improved Performance, International Training Centre of the International Labour Organization, 2013.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, Social Dialogue: Recurrent Discussion Under the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, Report VI, International Labour Conference, 102nd Session Geneva, 2013.

JUNANKAR, Raja, "The Global Economic Crisis: Long-Term Unemployment in the OECD", IZA Discussion Paper, No. 6057.

KALLIPETIS, Michel: "Mediation in Employment Disputes" in **NEWMARK**, Christopher/**MONAGHAN** Anthony (editor): Butterworths Mediators on Mediation Leading Mediator Perspectives on the Practice of Commercial Mediation, Tottel Publishing, 2005.

LIEBERMANT, Jethro/ **HENRY**, James, "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement" University of Chicago Law Review, 53, 1986.

LIPSKY, David/**SEEBER**, Ronald; "Resolving Workplace Disputes in the United States: The Growth of Alternative Dispute Resolution in Employment Relations" Alternative Dispute Resolution in Employment Relations, 2, 2000.

MCDERMOTT, Patrick/ **BERKELEY**, Eliot: Alternative Dispute Resolution in the Workplace, Greenwood Publishing Group, 1996.

MILLER, K: "How to Prepare for and Participate in an Employment Mediation" Alternative Dispute Resolution in Employment Relations, 1999.

- MINISTRY OF JUSTICE**, Judicial Statistics (2018). <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2182019155518ististik2018.pdf> (accessed 21.07.2023)
- NELSON**, Scott: "The EEOC's Mediation Program: A New Hope" (1999) *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999.
- NOCE**, Dorothy, "Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation" 1999 *Negotiation Journal* 15, 3, 1999.
- OZDEMİR**, Eda: "İs Mahkemelerinin İsleyisi ve Bireysel İs Uyumazlıklarının Alternatif Cozum Yontemleri" *Calisma ve Toplum*, 2015.
- RAY**, Douglas: "Sexual Harassment, Labor Arbitration and National Labor Policy" 1994 *73 Nebraska Law Review*, 73, 1994.
- SAHİN**, Cagatay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması" *Yeditepe Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi*, 2018, 2.
- SIMON**, Howard/**SOCHYNSKY**, Yaroslav, "In-house Mediation of Employment Disputes: ADR for the 1990s" (1995) *21(1) Employee Relations Law Journal* 29, 30.
- SISLI**, Zeynep: "Bireysel İs Uyumazlıklari ve Yargisal Cozum" *The Journal of Ankara Bar Association*, 2, 2012.
- SPENCER**, David/ **BROGAN**, Michael: *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007.
- SUZEK**, Sarper, *İs Hukuku*, 9th edn, Beta, 2013.
- VARMA**, Arup/**STALLWORTH**, Lamont, "The Use of Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the Workplace: An Empirical Study" *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 2, 2000.

WALKER, Bernard/Hamilton: “Representatives and Employment Rights Disputes: What Works and What Doesn’t?” *Journal of Industrial Relations* 54(5) (2012).

WILBURN, Kay: “Employment Disputes: Solving them Out of Court” *Management Review*, 87, 3, 1998.

YAGCIOGLU, Kaan: “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamalarına Etkileri” *Dokuz Eylül University Law Faculty Journal*, 20(2), 2018.

YENISEY, Kubra: ‘İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk (Mandatory Mediation in Employment Litigation)’ in YENISEY, Kubra (editor) *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu*, 2016.

YUNGTUM, Jason, “Mediating Sexual Harassment Claims: If, When and How” *Alternative Dispute Resolution in Employment Relations*, 1, 1999.

A CONCEPTUAL APPROACH ON DISASTER RESPONSE MANAGEMENT AND THE LEGALITY OF DISASTER RESPONSE: A CASE STUDY OF FEBRUARY 6 KAHRAMANMARAS EARTHQUAKES IN TÜRKİYE AND PRESIDENTIAL DECREES UNDER THE STATE OF EMERGENCY

Hasan ÖĞREDİK*

Doç. Dr. Tekin AVANER**

Mehmet Metin UZUN***

Abstract

This article aims to critically analyze the legal and democratic framework of disaster response within the context of the Republic of Türkiye Presidential Decrees (PDs) issued during the state of emergency (SOE) declared following the earthquakes in Kahramanmaraş on February 6th. This research analyzed the

* Doktora Öğrencisi, Exeter Üniversitesi, Siyaset Bilimi, Exeter, Birleşik Krallık | PhD Candidate, University of Exeter, Politics, Exeter, United Kingdom.

✉ hasanogredik@hotmail.com • ORCID 0000-0002-1726-3128.

** Doç. Dr. Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Güvenlik Bilimleri Bölümü, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Gendarmerie and Coast Guard Academy, Faculty of Security Sciences, Department of Security Sciences, Commercial Law Department, Ankara, Turkey.

✉ tekinavaner@hotmail.com • ORCID 0000-0003-4014-0131.

*** Doktora Öğrencisi, Exeter Üniversitesi, Siyaset Bilimi, Exeter, Birleşik Krallık | PhD Candidate, University of Exeter, Politics, Exeter, United Kingdom.

✉ mu235@exeter.ac.uk • ORCID 0000-0002-2000-9585.

✉ **Atıf Şekli | Cite As:** ÖĞREDİK, Hasan/ AVANER, Tekin/ UZUN, Mehmet Metin: "A Conceptual Approach on Disaster Response Management and the Legality of Disaster Response: A Case Study of February 6 Kahramanmaraş Earthquakes in Türkiye and Presidential Decrees under the State of Emergency", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 679-716.

✉ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

PDs issued during the SOE in ten provinces using content analysis techniques. The published PDs' have been analyzed by dividing them into three groups: operational, organizational, and psychological response, and thus a conceptual approach to disaster response management has been put forward. It is concluded that actively pursuing legal remedies during disaster response enhances the effectiveness of interventions and provides a valid, democratic, and legal basis for processes, thereby optimizing disaster response and crisis management. As such, the article pointed out that the proactive policy in disaster intervention strategy during the Kahramanmaraş Earthquakes offered valuable lessons for handling future disasters.

Keywords

• Disaster Response Management • Presidential Decrees • Operational Intervention • Organizational Intervention • Psychological Intervention

AFET MÜDAHALE YÖNETİMİ VE MÜDAHALENİN YASALLIĞI ÜZERİNE KAVRAMSAL BİR YAKLAŞIM: TÜRKİYE'DE 6 ŞUBAT KAHRAMANMARAŞ DEPREMLERİ ÖRNEĞİ VE OLAĞANÜSTÜ HAL KAPSAMINDAKİ CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Öz

Bu makale, 6 Şubat'ta Kahramanmaraş'ta meydana gelen depremlerin ardından ilan edilen olağanüstü hal (OHAL) döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) bağlamında afet müdahalesinin yasal ve demokratik çerçevesini eleştirel bir şekilde analiz etmeyi amaçlamaktadır. Bu araştırma, içerik analizi tekniği kullanarak on ilde OHAL sırasında çıkarılan CBK'ları analiz etmiştir. Yayımlanan CBK'lar operasyonel, organizasyonel ve psikolojik müdahale olmak üzere üç gruba ayrılarak analiz edilmiş ve böylece afet müdahale yönetimine ilişkin kavramsal bir yaklaşım ortaya konmuştur. Afete müdahale sırasında aktif olarak yasal yollara başvurmanın, müdahalelerin etkinliğini artırdığı ve süreçler için geçerli, demokratik ve yasal bir temel oluşturduğu, dolayısıyla afete müdahaleyi ve kriz yönetimini iyileştirdiği sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, makale Kahramanmaraş Depremleri sırasında afet müdahale stratejisindeki proaktif politikanın gelecekteki afetlerin ele alınmasında değerli dersler sunduğuna işaret etmiştir.

Anahtar Kelimeler

• Afet Müdahale Yönetimi • Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri • Operasyonel Müdahale • Organizasyonel Müdahale • Psikolojik Müdahale

INTRODUCTION

Due to its geographical location, Türkiye is prone to frequent earthquakes, making it a hazardous seismic country. Indeed, on February 6, 2023, at 04:17, the southeastern regions of Türkiye were struck by earthquakes measuring 7.7 and 7.6 magnitudes, once again facing the reality of seismic events¹. These devastating earthquakes, which caused destruction in approximately ten provinces, claimed the lives of over 50,000 people and left more than 100,000 injured². These large-scale and destructive earthquakes, which affected more than 13 million people in total, tested Türkiye's crisis management capacity for disaster response. In this sense, the earthquakes centered in Kahramanmaraş became one of the most challenging and significant disaster response experiences under the Presidential government system since 2018. To restore the disrupted public order caused by the earthquakes and effectively combat the consequences of the disaster, a state of emergency (SOE) was declared for three months in 10 provinces on February 8, 2023³. Hence, over 20 presidential decrees (PDs) were issued during the SOE period for earthquake response. Therefore, the main purpose of this article is to provide an overview of the legal aspects of disaster response through the PDs announced between February 8 and April 30, 2023, under the Presidential government, and ultimately to demonstrate the reflexes of the Presidency in disaster response.

¹ INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES (IFRC), 'IFRC Launches International Emergency Appeals for CHF 200 Million to Respond to Deadly Earthquake in Türkiye and Syria: IFRC' (*IFRC launches international Emergency Appeals for CHF 200 million to respond to deadly earthquake in Türkiye and Syria*, 6 February 2023) <<https://www.ifrc.org/press-release/ifrc-launches-international-emergency-appeals-chf-200-million-respond-deadly>> accessed 8 August 2023.

² İletişim Başkanlığı, '06 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Asrin Felaketi' <<https://www.iletisim.gov.tr/images/uploads/dosyalar/Asrin-Felaketi-TR.pdf>> accessed 16 August 2023.

³ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 6785 on ' (8 February 2023) Official Gazette No: [32098], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230208-1.pdf> accessed 17 August 2023.

In the first section, the theoretical framework is presented by analyzing the stages of the disaster management process and discussing the changes in the perception of disasters up to the present day. In this context, we discuss the proactive and rights-based perspectives on disasters. In the second section, the benefits of utilizing legal instruments as PDs in disaster management are discussed, and the consequences of administrative and legal measures employed are examined. Based on this theoretical context, the legality of disaster response and the existence of democratic principles in disaster management is questioned. The third section has analyzed the state of emergency and the PDs issued during crisis management. Through content analysis, we evaluated the effectiveness of legal instruments utilized in disaster response and discussed the impact of modern and proactive policy changes on the perception of disasters and crisis management. In this regard, the announced PDs will be classified into three categories. The steps taken in the response will be analyzed through the PDs to identify the reflections of the proactive perspective on disasters and the rights-based approach in the field. In the fourth and concluding section, a comprehensive evaluation focuses on the findings and conclusions. Finally, the outcomes and impact of disaster response strategy under the Presidency are highlighted, and recommendations are provided regarding the necessary framework for conducting disaster response.

I. A BRIEF OVERVIEW OF CHANGES IN DISASTER APPROACH: TRANSITION FROM REACTIVE TO PROACTIVE UNDERSTANDING

A. Implications of Reactive and Proactive Disaster Perception and Rights-Based Perspective: Administrative and Legal Consequences

Administrative and legal ramifications have resulted from the evolution of the understanding of disaster management over time. Two primary understandings allow for the discussion of this shift and its effects: views on proactive and reactive disaster management⁴. The reac-

⁴ PEARCE L, 'Disaster Management and Community Planning, and Public Participation: How to Achieve Sustainable Hazard Mitigation' (2003) 28 Natural Hazards p. 213.

tive perception of disasters is intervention-based, considering “disasters as natural” situations that cannot be avoided or controlled⁵. Hence, in the reactive approach to disaster management, administration's responsibility is not recognized and resulting lack of accountability.

On the other hand, the proactive perception of disasters views them as “social phenomena” beyond being solely natural occurrences. It evaluates disasters as human-induced events, focusing on risk reduction⁶. Modern understanding rejects the concept of natural disasters and acknowledges that disasters are not purely natural events⁷. Lauta argued that disasters are often caused by human, societal, or governmental negligence, deficiencies, or triggered by natural movements or hazards. Therefore, disasters are not merely natural phenomena but rather a result of human and societal choices⁸. In essence, they are social phenomena assessing the capacity, resilience, and flaws of the government and society.

The proactive perception of disasters brings about an understanding that acknowledges the administrative and legal consequences of problems in disaster intervention and crisis management. In proactive disaster management, the administration does not view disasters as a compelling reason -vis major- or natural phenomena to avoid responsibility⁹. Instead, they take them seriously and are accountable for managing them¹⁰. The reactive approach to disaster management often blames divine, sacred, or natural causes, resulting in a mindset of fatalism that avoids accountability. The saying “earthquakes don't kill, buildings do”

⁵ LAUTA, K.C. *Disaster Law* (1st ed., Routledge 2014) p. 14-17.

⁶ *Ibid.*, p. 11-14 and see: UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION (UNDRR), ‘Yokohama Strategy and Plan of Action for a Safer World: guidelines for natural disaster prevention, preparedness and mitigation’ (UNDRR, 1994) 2, 6.

⁷ UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION, ‘Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction 2022: Our World at Risk: Transforming Governance for a Resilient Future’ (GAR) 2, 3.

⁸ KELMAN I, *Disaster by Choice* (Oxford University Press 2020) p. 17, 43, 79.

⁹ NOHUTCU A, ‘İdare Hukuku’ (28th edn, Savaş Yayinevi 2021) p. 529.

¹⁰ WELLS C, MORGAN D and QUICK O, ‘Disasters: A Challenge for the Law’ (1999) 39 *Washburn Law Journal* p. 39, 496.

in Turkish culture is a manifestation of this understanding. In short, disasters are not events that are veiled with divine, sacred, or natural phenomena to evade responsibility, and individuals have the right to claim their shortcomings in intervention and management¹¹.

The modern state aims to enhance the ability of individuals to withstand disasters and takes proactive measures to minimize risks to their rights and freedoms¹². Therefore, the earthquakes on February 6th have become a field to measure the extent to which the state, in another sense, the administration, ensures rights and freedoms and demonstrates its resilience or capacity. The perceptual shift in disaster management gives rise to a rights-based approach, imposing proactive and positive obligations on the administration. A rights-based approach to disaster management entails the state taking proactive steps to reduce the risk of disasters to safeguard individuals' rights and liberties and fortify society's resistance to them. A citizen's right to life necessitates taking proactive steps such as inspecting a building's earthquake resistance and planning for security issues that may arise after a disaster. It ensures that these rights are protected even during unforeseen situations. In other words, citizens have rights that hold the state responsible for effectively managing disasters. The approach also holds the state accountable to citizens in cases where necessary actions are not taken, and intervention plans are insufficient or inadequate. In disaster management, citizens hold rights, and the state must fulfill them. Indeed, citizens also have the authority to demand the redress of their violated rights if the administration fails to fulfill its positive obligations and cannot take necessary measures. The European Court of Human Rights (ECtHR) case law on disaster management states that states have positive obligations regarding disaster management and risk reduction activities to protect and ensure individuals' rights and freedoms¹³. As an

¹¹ Ibid., p. 14, 24, 36.

¹² ARONSSON-STORRIER M and DA COSTA K, "Regulating Disasters? The Role of International Law in Disaster Prevention and Management" (2017) 26 Disaster Prevention and Management: An International Journal p. 502-513.

¹³ *Oneryildiz v Turkey* App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 71, 89; *Budayeva v Russia*, App no 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 Judgment

example of protecting individual's right to life, measures like implementing early warning systems before a disaster, conducting search and rescue operations within 48 hours of an earthquake to save those trapped under debris, and deploying security patrols and requesting reinforcement teams to reduce security risks during a disaster situation should be taken¹⁴. Enhancing people's ability to withstand and recover from disasters is also necessary to uphold the rights and freedoms that they naturally possess. To put it succinctly, it is an inevitable outcome of people's rights and liberties.

The earthquakes on February 6th provide a suitable ground to examine the responsibilities imposed on the administration due to this perceptual shift in disaster management and to evaluate the legal and administrative steps taken by the administration in its intervention and response strategies. As such, the earthquakes in Kahramanmaraş have offered an opportunity to assess the practical implications of theoretical discussions and the government's intervention and crisis management efforts. However, it should be noted that the article is limited to the legal and administrative consequences of disaster interventions, excluding the measures that need to be taken and the actions that need to be performed before earthquakes occur. As a result, the paper focuses exclusively on the element of the intervention and is confined to the legal and administrative ramifications of disaster response.

B. Harmonizing Risk Reduction and Intervention: Exploring Legal Considerations

The process of disaster management is divided into several stages and levels¹⁵. Pre-disaster risk reduction measures and post-disaster intervention activities are thus two crucial stages into which the process can be divided. The proactive paradigm of disaster management priori-

20 March 2008 para 128, 175; *Özel and Others v. Turkey*, App Nos 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR 17 November 2015) para 173.

¹⁴ *Ibid.*, para 173, 174.

¹⁵ FARBER D, 'International Law and the Disaster Cycle' in David D Caron, Michael J Kelly and Anastasia Telesetsky (eds), *The International Law of Disaster Relief* (Cambridge University Press 2014) p. 9.

tizes the stages that focus on risk reduction rather than intervention¹⁶. It specifically seeks to increase people's ability to withstand and recover from disasters, as well as the state's ability to do so. As a result, it carries out the essential precautionary measures and endeavors to reduce all hazards before the occurrence of a disaster¹⁷. For example, it considers preventive activities that reduce the potential damages caused by an earthquake, such as urban planning that prevents vertical and interconnected construction or urban development plans with resilient infrastructure established outside fault lines. In the reactive approach, the stages of the disaster management process are seen as interrelated and interconnected¹⁸. The international community sets different frameworks, agreements, and objectives for issues like disaster risk reduction, climate change, and sustainable development. However, Kelman highlighted that these issues have intersections and should be designed to mutually support each other¹⁹. In this sense, creating intervention strategies in advance and utilizing efficient tools during the intervention phase are equally vital as the risk reduction phase in order to mitigate current risks and avert calamities²⁰. For example, conducting earthquake intervention drills periodically before an earthquake occurs, planning how search and rescue operations will be carried out in advance, identifying search and rescue teams in advance, and keeping alternatives ready are also measures to minimize risks in disaster intervention and reduce potential damages caused by disasters. Hence planning intervention policies, scenarios, and tools in advance is a crucial step towards mitigating disaster risks. It is important to be proactive and consider potential risks so that effective measures can be taken to prevent or min-

¹⁶ See: UNITED NATIONS INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER RISK REDUCTION (UNISDR), 'Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030' (18 March 2015) UN Doc A/CONF.224/CRP.1 para 3, 5, 7, 19(j), 23.

¹⁷ Ibid., para 19(a), 24(a)- (o).

¹⁸ CARTER N, Disaster Management: A Disaster Manager's Handbook (ADB, 2008) p. 49.

¹⁹ KELMAN (n 12) p. 254, 255.

²⁰ KADIOĞLU, M. 'Modern, bütünleşik afet yönetimin temel ilkeleri.' in Prof Dr Mikdat Kadioğlu, Doç Dr Emin Özdamar, Afet Zararlarını Azaltmanın Temel İlkeleri, (Japonya Uluslararası İşbirliği Ajansı/ JICA Türkiye Ofisi, Yayın No: 2, 2008) p. 9, 10.

imize damage. Therefore, it is imperative to prioritize disaster risk reduction through careful planning and preparedness²¹. In short, it is not possible to draw sharp boundaries between the risk reduction and intervention phases (fig 1). It should be emphasized that both stages support each other, complement each other, intersect, and ultimately, are intertwined processes²².



Figure 1: Harmonizing Intervention Strategy

Source: Authors

C. Legal Instruments in Disaster Intervention: Legitimacy and Legality of Disaster Response Management

The concept of the "state of exception" (*Ausnahmezustand*), according to political philosopher Carl Schmitt (1888-1985), is an exceptional condition that challenges political authority and reveals who truly holds that power or who is truly sovereign in each state. Schmitt characterizes power as the ability to declare a state of emergency or determine exceptional circumstances²³. Agamben's criticism highlights the potential misuse of such exceptional measures or their extension beyond their intended scope, which could lead to the erosion of civil liberties and the nor-

²¹ FARBER (n 19) p. 9-10.

²² Ibid.

²³ SCHMITT C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab tr, University of Chicago Press 2005).

malization of extraordinary powers even in non-crisis times²⁴. In a technical sense, the 'force of law' does not relate to the law itself, but to official orders authorized for execution by the executive authority, especially in exceptional circumstances. By emphasizing the disconnect between the efficacy of the law and its formal nature, this concept allows for the infusion of 'force of law' into actions that have no legal basis. For Agamben, this distinction between law and the 'force of law' is typical of the state of exception. Agamben's concept of *homo sacer* explains the relationship between sovereign power and bare life which refers to the life that is excluded from the political community and is exposed to the violence of the sovereign. The concept of force of law is used to describe the paradoxical nature of the law in the state of exception. Force of law is not the same as the content or the validity of the law, but rather its capacity to produce effects. It is what makes the law binding and authoritative, even when it is not applied or enforced. The force of law separates potentiality and actuality, possibility, and reality, in the sphere of human action. It is what creates bare life as the subject and object of sovereign²⁵.

Earthquakes are disasters that can cause massive destruction, displacement, and death. They can also trigger political and social crises, such as conflicts, riots, looting, corruption, and human rights violations. In such situations, governments may declare a state of emergency, which gives them extraordinary powers to deal with the crisis. However, these powers may also entail the suspension or restriction of civil liberties, democratic accountability, and legal protection for the citizens. In other words, the state of emergency may create a state of exception, where the normal legal order is suspended, and the sovereign decides on the state of emergency. Indeed, disasters that constitute exceptional circumstances are important in demonstrating how this power is utilized. As such beyond all these considerations, the democratic structure of intervention, which includes compliance with legal norms and the use of appropriate legal instruments, is also a factor in reducing risks and

²⁴ AGAMBEN G, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita* (Einaudi 1995).

²⁵ Ibid.

increasing effectiveness in disaster response²⁶. Employing suitable and effective legal instruments in disaster response can minimize risks such as legal disputes that may arise after the disaster and facilitate the fulfillment of the state's positive obligations in disaster management. It is necessary to design legal mechanisms accordingly and utilize them effectively in the intervention phase²⁷. In a constitutional state, the intervention phase naturally operates through legal and judicial means or is expected to do so. Therefore, it is essential for all processes and actions in the disaster response phase to be carried out within a legal framework. The grounding of decision-making and implemented policies in the legal framework of disaster management and their operation in accordance with legal principles and rules will enhance the binding nature and legitimacy of these decisions, giving the intervention a democratic function. In this regard, determining the roles and responsibilities of actors involved in the intervention and imposing legal obligations on them are more effective due to the binding nature of legal instruments²⁸.

It is evident that prompt and effective action during a disaster can be challenging, particularly if it results in major disturbances to public order and postponements of essential actions. Using the proper legal tools, like the state of emergency regime, is essential to ensuring that all parties to an intervention carry out their legal responsibilities. Additionally, any choices made during the process will have more legitimacy and enforceability as a result. Ultimately, the rules to be implemented during a state of emergency or the state of emergency law have the approval and consent of the "general will" through parliament and elections. Not disregarding the legal basis of intervention and managing the process with the prescribed appropriate instruments will give the intervention a democratic approach and legitimacy by obtaining the consent of the "general will" enshrined in the "social contract."

²⁶ **IFRC**, 'Policy Brief: Legal Frameworks for Effective and Integrated Disaster and Climate Risk Governance' (2022) p. 4.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ **IFRC**, Guidance on Law and Public Health Emergency Preparedness and Response (IFRC 2021) p. 23-26.

Overall, while it is not accurate to sharply separate the intervention phase from the risk reduction phase, they are intertwined and mutually supportive processes. However, conducting intervention with suitable legal and democratic instruments is crucial for ensuring accountability and the supremacy of the rule of law in disaster response²⁹. In this sense, the existence and legality of disaster management democracy can also be discussed. The next section will further delve into this topic, using the example of the Kahramanmaraş earthquakes.

II. THE STATE OF EMERGENCY REGIME IN TURKIYE AND DISASTER MANAGEMENT IN THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM: CLASSIFICATION OF STATE OF EMERGENCY AND PRESIDENTIAL DECREES IN DISASTER MANAGEMENT

In the Turkish legal system, the President can declare a State of Emergency (SoE) in the event of "natural disasters, dangerous epidemic diseases, severe economic crises, widespread violent incidents," or any of these reasons through Law no. 2935³⁰. As such, following the earthquakes on February 6th, an SoE was declared in 10 provinces for three months, starting from February 8th, 2023, to restore public order disrupted or interrupted by the "natural disaster" and effectively cope with the consequences of the disaster³¹. The relatively early or late declaration of the SoE after the earthquakes implies the establishment of a legal ground suitable for intervention, considering the legal and democratic aspects of the measures and steps to be taken that were not disregarded. In addition, a favorable environment was created to effectively use legal means in earthquake response, ensuring the speed and enforceability of decisions. In this sense, the earthquakes of February 6th marked the first experience of a SoE due to a natural disaster under the presidential government system. Thereof, many PDs were issued to address the aftermath of the earthquakes and make quick and effective decisions during

²⁹ Ibid., p. 25-26.

³⁰ Law on State of Emergency, Law Number: 2935 Date of Adoption : 25/10/1983, Official Gazette 27/10/1983 No: 18204 Art 1, 3.

³¹ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 6785 on ' (8 February 2023) Official Gazette No: [32098], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230208-1.pdf> . accessed 17 August 2023.

the process. The earthquakes served as a testing ground for the reflexes of the Presidency in re-establishing order disrupted by natural disasters and managing the process of disaster intervention. This article aims to thoroughly evaluate the SoE process through PDs a critical legal instrument for earthquake response and highlight the legal and democratic dimensions of intervention. During this process, more than 25 Presidential Decrees were published, and numerous regulations were implemented to heal the wounds caused by the earthquakes³².

When examining the published PDs, it is possible to classify SoE PDs into three categories. The classification will facilitate a better understanding and analysis of the legal dimension, effectiveness, and outcomes of intervention, providing a conceptual approach to intervention. In the context of the 6th Kahramanmaraş earthquake, interventions based on PDs are categorized into three types: operational, organizational, and psychological. First, operational intervention encompasses activities aimed at reducing the effects of disasters, especially in the field, and is one of the most important instruments in the initial intervention phase. Second, organizational intervention includes competencies and regulations related to the structural, institutional, and organizational aspects of intervention. Lastly, psychological intervention encompasses decisions related to guiding individuals and society, alleviating the burdens caused by the earthquake, communication, morale, and motivation. It can be considered the fundamental and grassroots intervention in the disaster management process since it manages the consequences of the disaster and supports and strengthens other intervention elements. Therefore, it is important to emphasize a disaster management process where psychological intervention is the foundation for other intervention elements. It should be noted that it is impossible to draw sharp boundaries between all these intervention elements, as the steps taken for each category support each other and aim towards the same goal.

³² For a full record of decree laws issued during the SoE, see appendix 'State of Emergency Decree Laws, Their Publishing in the Official Gazette and Their Content in Brief.'



Figure 2: Disaster Response Management Mandala /Cycle **Source:** Authors

A. Presidential Decrees in the Scope of Operational Intervention

Operational intervention refers to the mobilization of personnel and resources during or immediately after a disaster to address the consequences of the disaster quickly. Operational intervention forms the core of disaster response management and involves the ability to manage the process in real-time. Operational intervention plays a crucial role in minimizing the risks that may arise after a disaster and in protecting and ensuring the rights and freedoms of individuals, especially their life and property rights. This section will discuss the Presidential Decrees directly related to operational intervention.

One of the most important Presidential Decrees issued to combat and intervene in the consequences of earthquakes after the Kahramanmaraş earthquakes is the "Presidential Decree on Measures Taken Regarding Public Personnel within the Scope of the State of Emergency"³³. The decree, published on mid-February, nine days after the earthquakes, states that public personnel can be employed in the

³³ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 122 on ' (15 February 2023) Official Gazette No: [32105], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230215-2.pdf> . accessed 17 August 2023.

provinces where the state of emergency is declared, according to the needs of earthquake response. The decree facilitates the mobilization of human resources involved in disaster response and specifies that public employees will be assigned duties when necessary. As a result, it guarantees the availability of teams handling earthquake aftermath. By allowing the activation of existing public personnel, the decree aims to ensure their active participation in response efforts while preserving their social and financial rights. The decree aims to source human resources such as teams that will activate and mobilize equipment and materials, remove debris from the earthquake site, provide medical or psychological support to earthquake survivors, carry out logistical operations in earthquake-stricken areas, and ensure security, among other tasks. Assigning duties to public personnel in earthquake-affected areas, where many of them may be earthquake victims or have family members affected by the earthquake may pose challenges. The decree permits professionals from different fields, including doctors, police officers, operators, and drivers, to render assistance in areas affected by earthquakes. The fact that the decree does not include a provision regarding which provinces will send support to earthquake-affected areas indicates that such decisions are left to the administration's discretion. Including the provision granting the authority to assign public personnel to earthquake response in the third decree issued after the state of emergency underscores the importance of ensuring the availability of necessary personnel for operational intervention in the field and emphasizes the primary source required for operational intervention in disaster response management.

The second Presidential Decree in the context of a State of Emergency is the "Presidential Decree on Measures Taken in the Field of Health within the Scope of the State of Emergency"³⁴. The decree is one of the steps taken to meet the urgent medical needs of earthquake victims. The decree grants operating permits to pharmacists, opticians, prosthetics, dental clinics, and other similar establishments in locations

³⁴ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 121 on ' (12 February 2023) Official Gazette No: [32103], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230213-1.pdf> . accessed 17 August 2023.

deemed suitable by the governorship. It also allows exemptions for the tracking system of products to be obtained from pharmacies, prosthetic and hearing centers, and dental clinics in earthquake zones, according to procedures determined by the authorities. This decree aims to urgently address medical needs in earthquake-stricken areas and attempt to fulfill the material requirements for disaster intervention management after human resources. Reflective policymaking is essential to meet the urgent medical needs in earthquake-stricken areas and to activate affected establishments. Consequently, local medical facilities in earthquake zones that have been damaged or affected are mobilized, and the private sector in the earthquake zone is also assigned an active role in meeting urgent needs. When evaluated in terms of proactive disaster perception and rights-based approach, both decrees demonstrate administrative and legal steps taken with discretionary power by the government to fulfill their positive obligations in earthquakes and work towards the realization of the victims' rights to life and health in the first place.

Another important decree concerning operational intervention is the "Presidential Decree on Settlement and Construction within the Scope of the State of Emergency"³⁵. The decree establishes criteria for the temporary and permanent settlement of earthquake victims and takes measures accordingly. One of the most significant regulations in this decree is regarding the debris resulting from the earthquake. The relevant decree stipulates that the debris generated in earthquake zones should be disposed of in areas designated by the governorships, considering environmental sensitivity. It paves the way for debris that meets the necessary criteria in infrastructure and superstructure investments. Thus, operational measures are taken for cleaning the destruction caused in disaster areas and the potential use of debris in recycling and reconstruction when needed. It indicates that the cleanup of earthquake damage considers environmental conditions, and measures are taken to recycle and reuse debris in rebuilding. This decree is also important in including individuals' right to a clean environment and the precautions

³⁵ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 126 on ' (24 February 2023) Official Gazette No: [32114], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230224-9.pdf>. accessed 17 August 2023.

taken by the administration to protect this right. Unaffected public institutions in earthquake zones, such as schools, play a critical role in meeting the shelter and other needs of earthquake victims. It is evident that effectively utilizing and activating local and nationwide public institutions will accelerate the response to the consequences of the earthquake. In this regard, the "Presidential Decree on Measures Taken in the Field of Education within the Scope of the State of Emergency" stipulates that services such as meals and accommodation provided to earthquake victims in institutions affiliated with the Ministry of National Education will be provided free of charge and covered by the Ministry's budget³⁶. Additionally, it has been decided that the needs of earthquake victims will be met free of charge by the Ministry of Family and Social Services, and the Ministry's budget will cover the expenses. Thus, the existing public resources are activated and regulated according to the emergency. Efforts have been made to provide earthquake victims with access to public shelters and relevant institutions to meet their needs.

Considering the impact area of earthquakes, public resources alone cannot meet the needs of activities in the field. In this context, Presential Decree No. 128 has been issued to suspend the notification and declaration periods for associations operating in the SoE region and civil society organizations and associations that engage in activities to provide assistance to the region³⁷. Furthermore, the decree allows associations, including foreign associations with activity permits in Türkiye, to operate in the disaster area without considering their fields of operation. It also enables non-governmental organizations without activity permits in Türkiye to operate during the SoE with the permission of the Ministry of Interior, without requiring the administrative procedures stipulated by Article 5 of Law No. 5253³⁸. This decision removes admin-

³⁶ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 131 on ' (3 March 2023) Official Gazette No: [32121], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-13.pdf> accessed 17 August 2023.

³⁷ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 128 on ' (3 March 2023) Official Gazette No: [32121], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-10.pdf> accessed 17 August 2023.

³⁸ Law on Associations, Law Number: 5253, Date of Adoption : 4/11/2004 Official Gazette 23/11/2004 No: 25649 Article 5: "Associations may engage in international acti-

istrative barriers to enable local and foreign civil society organizations to work in the field and engage in relief activities, thereby expediting the intervention process. The decree also facilitates an increase in the number of personnel working in the field and the swift dispatch of personnel to the earthquake zone. Indeed, the decree demonstrates the effectiveness of simplifying the administrative procedures that civil society organizations would normally have to go through during normal times, indicating that resorting to legal instruments is more efficient and accelerates intervention in emergency situations. It also highlights that applying normal legal rules in disaster situations is unsuitable and causes intervention delays, suggesting that emergency management can be more easily handled through the SoE regime.

One of the significant problems in the SoE region is communication issues. Even though communication operators have over 11 million subscribers in the earthquake zone, serious communication problems were experienced in the first days of the earthquake³⁹. The communication problems following the earthquake indicate deficiencies in the infrastructure and emergency preparations of the operator companies for the disaster area. The uninterrupted and reliable communication during the initial response to the earthquake, such as enabling individuals to reach their families or conducting search and rescue operations, is critical operationally. In this context, Presidential Decree No. 140 grants communication tax exemption to earthquake victims and stipulates that if businesses waive the amount to be waived from earthquake victims'

vities or cooperation to realize the purposes set forth in their statutes, and may open representative offices or branches abroad, they may establish associations or supreme organizations abroad or join already established associations or organizations. The Ministry of Interior may establish foreign associations in consultation with the Ministry of Foreign Affairs. With the permission of the Turkish authorities, they may carry out activities or cooperate in Turkey, open representative offices or branches, establish associations or supreme organizations, or join established associations or supreme organizations."

³⁹ Habertürk, 'Kahramanmaraş Depreminde GSM Operatörlerine Ağır Eleştiriler! Turkcell, Vodafone ve Türk Telekom Yine Sınıfta Kaldı... - Deprem Haberleri - Teknoloji Haberleri' (Habertürk2 October 2023) <<https://www.haberturk.com/operatorler-yine-sinifta-kaldi-3564007-teknoloji>> accessed 22 August 2023.

bills, it will be reflected as tax revenue to the businesses⁴⁰. The decree also provides material and technical facilitations to businesses to ensure the continuity of communication. Despite efforts to satisfy the communication demands of earthquake victims, it is difficult to declare that the structural communication difficulties have been resolved. This decree also indicates that operational arrangements have been made in the field of individuals' right to uninterrupted communication. However, it cannot be ignored that there are significant structural and operational problems concerning individuals' right to communicate in emergencies. Without addressing the structural communication issues, it appears challenging for any operational measures to be successful. In this regard, earthquakes have shown that the scenario preparations of operator companies in the communication field before disasters were not functional. Additionally, it has revealed the need for nationwide efforts to identify the deficiencies in communication and telecommunications preparedness and response for effective solutions to be offered. The administration's ability to effectively manage the issue of people's right to communicate during emergencies should be questioned, as earthquakes have revealed that it is not meeting its positive commitments in this regard. It is difficult to state that the standards of a risk reduction-based strategy were followed in this context to preserve people's right to communicate before disasters, even while operational steps have been taken using a rights-based approach in the communication services context.

Additionally, Presidential Decree No. 142 outlines the steps for individuals to obtain ownership rights when seeking construction loans or housing for collapsed homes⁴¹. The decree introduces tax exemptions for credits and projects offered by international organizations. It is decided that the Disaster and Emergency Management Presidency can procure housing materials such as prefabricated buildings, containers, and tents,

⁴⁰ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 140 on ' (6 April 2023) Official Gazette No: [32155], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230406-5.pdf> accessed 16 August 2023.

⁴¹ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 142 on ' (13 April 2023) Official Gazette No: [32162], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230413-1.pdf> accessed 16 August 2023.

as well as vehicles, tools, and equipment to be used in mitigating the effects of the earthquake from abroad. Furthermore, imported goods of this nature are exempted from customs and other financial obligations. The decree takes steps to address the deficiencies in the field by procuring resources from external sources and providing administrative and legal facilitations in this regard. As a result, it makes it possible for the field to get supplies needed to quickly counteract the effects of the earthquake. However, the fact that the administrative procedures for procuring external resources were eased with this decree being issued two months after the earthquake indicates a delayed intervention in this regard.

Finally, a large portion of the actions performed as part of the operational response are meant to mitigate the effects of the earthquake. Making swift decisions and ensuring the timely delivery of supplies and services to the earthquake zone has been the main objective of all these efforts. The use of legal instruments had the additional benefit of expediting the response procedure.

B. Presidential Decrees in the Scope of Organizational Intervention

Organizational intervention encompasses disaster management's structural and institutional interactions and the tools and regulations that bring about these interventions. It involves preparing, organizing, and making decisions for the existing organization according to the requirements of disasters and emergencies. The first decree issued after the SoE is related to organizational intervention and is called the "Presidential Decree on Measures Taken in the Judiciary within the Scope of the State of Emergency" published on February 11, 2023. This decree suspends the statutes of limitations, forfeiture periods, mandatory administrative application periods, such as filing lawsuits, applications, objections, notices, to prevent individuals from losing their rights in the judicial process until April 6th⁴². The measure ensures that the judiciary

⁴² Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 120 on ' (11 February 2023) Official Gazette No: [32101], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230211M1-1.pdf> accessed 16 August 2023.

in the affected areas is prepared for emergencies and organizational measures are taken to prevent individuals from experiencing any loss of rights.

Secondly, the earthquake-stricken region is susceptible to criminal activities due to the post-disaster situation. Numerous complaints regarding theft and looting crimes have been received, leading to both judicial and administrative proceedings. According to official records as of February 28, Authorities arrested 201 suspects for theft, looting, and fraud in the region after identifying 312 suspects in 383 incidents⁴³. The related decree specifies that the detention period for individuals detained for theft and looting crimes in the declared emergency areas should not exceed four days, except for exceptional circumstances. Additionally, due to the difficulty of collecting evidence in the earthquake-affected area and the large number of individuals involved, Prosecutors are granted the authority to extend the detention periods by an additional three days. These measures aim to maintain public security and order in the region, protect the security rights of citizens, and take organizational measures to combat crimes effectively.

A regulation related to the direct organizational intervention following earthquakes and the fourth presidential decree issued after SoE concerns the assistance provided to earthquake victims by banks. The decree titled "Presidential Decree on Donations and Aid to be Made by Banks and Consolidated Supervised Institutions within the Scope of the State of Emergency," published on February 17, 2023, removes limitations on aid provided by certain institutions to earthquake victims. This regulation prevents potential difficulties that institutions may encounter during emergency aid activities and enables structural adjustments according to emergencies. It indicates that not only public resources but

⁴³ TRT Haber, 'Over 691 thousand Earthquake Victims Received Psychosocial Support' (www.trthaber.com28 February 2023) <<https://www.trthaber.com/haber/gundem/691-bini-askin-depremedeyepsikososyal-destek-verildi-749522.html>> accessed 18 August 2023.

also private resources, including banks, are involved in intervention efforts for earthquakes⁴⁴.

Furthermore, the "Presidential Decree on Measures Taken in the Field of Labor and Social Security within the Scope of the State of Emergency," published on February 22, 2023, serves as a good example of organizational intervention. According to this decree, the right to short-time work allowance has been activated to protect employers in the provinces where SoE is declared, and most importantly, termination of employment, except for certain exceptions, has been prohibited during the state of emergency. The decree aims to mitigate the economic damage caused by earthquakes and includes structural arrangements for preserving earthquake victims' social and financial rights⁴⁵.

Additionally, the "Presidential Decree on Settlement and Construction within the Scope of the State of Emergency" includes important measures not only in terms of operational considerations but also organizational interventions. According to this decree, the distances of earthquake victims' temporary and permanent settlements from the seismic zones and the ground structures will be determined by the Ministry of Environment, Urbanization, and Climate Change, and communicated to relevant institutions⁴⁶. The Disaster and Emergency Management Authority (AFAD) is authorized to commission all kinds of engineering works such as maps, surveys, and projects related to housing, workplaces, and infrastructure services from relevant ministries and institutions. Moreover, domestic and foreign individuals and institutions are permitted to build housing and workplaces for earthquake victims. The provision facilitates individuals and institutions who wish to contribute to housing needs for earthquake victims directly and eliminates struc-

⁴⁴ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 124 on ' (17 February 2023) Official Gazette No: [32107], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230217.pdf> accessed 16 August 2023.

⁴⁵ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 125 on ' (22 February 2023) Official Gazette No: [32112], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230222-7.pdf> accessed 16 August 2023.

⁴⁶ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 126 on ' (24 February 2023) Official Gazette No: [32114], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230224-9.pdf> accessed 16 August 2023.

tural obstacles they may encounter. Additionally, organizations responsible for constructing infrastructure such as electricity, water, natural gas, and communication networks in earthquake-stricken areas are required to prioritize these areas. This measure aims to expedite organizational interventions in the reconstruction process and grants priority rights to earthquake-stricken regions.

Another measure related to assistance allows trade associations, unions, cooperatives, and their boards of directors to provide material and financial aid to earthquake-stricken areas based on their decisions. Furthermore, it is decided that no fees will be charged for documents issued for local tradesmen within the SoE areas. The provision protects local artisans and craftspeople and gives trade groups and unions the ability to actively aid in mending the damage caused by earthquakes⁴⁷.

The earthquake affected the tradesmen caused significant damage to the agriculture, industry, and service sectors in the earthquake-stricken areas. Consequently, it was necessary to take economic and organizational measures in response to these damages. One of the measures implemented was the postponement of the board meetings of the regional development agencies located in the earthquake-stricken regions for a period of three months. During this period, the Ministry of Industry and Technology appointed a general secretary with the power to exercise the board's authority. Moreover, the decree granted regional development administrations and agencies outside the disaster area the ability to organize social and economic support programs for the affected region. They were also authorized to lease or purchase property for the disaster area's benefit. The decree allowed development agencies to make prompt decisions without requiring board approval, ensuring efficient management during the state of emergency. Additionally, it removed administrative and legal obstacles that could impede the contributions of development agencies from other regions, both financially and administratively.

⁴⁷ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 132 on ' (10 March 2023) Official Gazette No: [32128], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230310-1.pdf> accessed 16 August 2023.

The agricultural sector suffered significant losses in the earthquake-stricken areas. To ensure the continuity of the sector and mitigate economic costs at the national level, the decree determined that live animals and sugar for feed purposes would be provided as assistance to small ruminants, cattle, beekeeping, and poultry farmers affected by the earthquake. The decree also established the procedures and principles for implementing these assistance programs⁴⁸. The measures taken in the agricultural sector were crucial not only for the local sector but also for the overall functioning of the national economy. The regions where the state of emergency was declared accounted for approximately 16% of the country's agricultural areas and Gross Domestic Product (GDP) share⁴⁹. The aim of these measures was to prevent future economic losses and risks by supporting the agricultural sector in the affected regions. This decree serves as a concrete example, indicating that the steps taken during the emergency response phase also include risk reduction activities.

In the industrial sector, the earthquake had a significant impact, especially considering the presence of two important industrial hubs, Gaziantep and Adana, and the existence of 34 Organized Industrial Zones (OIZs) in the region. According to the data from the Ministry, 5,600 facilities were damaged in the region, and Adıyaman alone suffered 7 billion worth of damages⁵⁰. This posed a serious risk to the organizational continuity of the industrial sector in the region. To address this, Presidential Decree no.139 determined that areas suitable for establishing new industrial zones, considering earthquake risk criteria,

⁴⁸ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 135 on ' (12 March 2023) Official Gazette No: [32130], <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.135.pdf> accessed 16 August 2023

⁴⁹ **TUİK**, 'TÜİK - Veri Portalı' (data.tuik.gov.tr2022) <<https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Tarim-111>> accessed 18 August 2023.

⁵⁰ İletişim Başkanlığı, 'Sanayi ve Teknoloji Bakanı Varank, Deprem Bölgesinde Hasar Gören Sanayi Tesislerine İlişkin İncelemelerine Adıyaman'da Devam Etti' (www.iletisim.gov.tr March 2023) <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/yerel_basin/detay/sanayi-ve-teknoloji-bakani-varank-deprem-bolgesinde-hasar-goren-sanayi-tesislerine-iliskin-incelemelerine-adiyamanda-devam-etti> accessed 18 August 2023.

would be identified by the Ministry of Environment, Urbanization, and Climate Change and the Ministry of Industry and Technology⁵¹. These identified areas could be declared as industrial zones by a presidential decision. The decree also allowed domestic and foreign individuals and institutions to establish industrial workplaces for earthquake-affected industries. By transferring the responsibility of assistance to earthquake-affected industrialists to the Ministry of Industry and Technology, the decree facilitated inter-ministerial cooperation, ensured accurate information exchange, and enabled the reconstruction of the industrial organization in the region. The decision to assign the Ministry of Industry and Technology with the distribution of assistance to the industrial sector indicates the intention to utilize expert ministry for the proper utilization of aid. The decree also highlighted the construction of infrastructure and the provision of engineering and architectural works in industrial zones, which the Ministry of Industry and Technology would finance. Incentives were provided for the construction of prefabricated and container housing for earthquake-affected industrial workers. These measures aimed to minimize national industrial losses and contribute to the restoration of the affected sector at the local level. This decree also serves as a concrete example of risk reduction activities within the emergency management phase⁵². Thus, with the measures taken, efforts have been made to minimize the countrywide industrial losses in a structural sense and to revive the sectors that suffered local damage. In this regard, the relevant decree provides a concrete example of risk reduction activities in the disaster response management phase. Additionally, it has been decided that the government will cover insurance premiums for personnel working in private educational institutions for a period of three months. Financial incentives have also been granted for research, development, and technology zones in the SoE region, and earthquake-affected businesses have been exempted from repaying the support received from the Small and Medium Enterprises Development Organiza-

⁵¹ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 139 on ' (5 April 2023) Official Gazette No: [32154], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-8.pdf> accessed 16 August 2023.

⁵² Ibid., Article 1(a).

tion (KOSGEP). As a result, local enterprises have been supported in terms of their institutional continuity, and financial assistance has been provided to private businesses.

Consequently, administrative, and social organizations have been better prepared for the crisis scenario as a result of numerous actions made in the framework of organizational response. The long-term repercussions of the earthquake have been addressed and combated together with structural hurdles to the intervention.

C. Presidential Decrees in the Scope of Psychological Intervention

Psychological intervention plays a crucial role in disaster management, serving as the foundation for both organizational and operational interventions. It encompasses various dimensions such as communication, community direction, morale, and motivation. The administration's actions to lessen the burden and enhance people's well-being following a disaster, however, will be the sole focus of the article. Due to the need for separate research methods for aspects like communication and directing the community, the psychological dimension has been excluded. Psychological intervention is not only important for boosting morale, motivation, and alleviating the burden on individuals during interventions, but it also contributes to the success of organizational and operational interventions and the progress of interventions. Comprehensive Disaster Management Plans (CDMPs) examined so far are indirectly related to psychological intervention. They can be considered psychological interventions as they aim to enhance individual and community resilience against disasters and mitigate the individual costs brought about by earthquakes.

Psychological intervention includes elements that help overcome administrative and legal challenges that individuals may face after earthquakes and mitigate individual burdens. In this respect, psychological intervention allows for the legitimacy of decisions made in interventions by ensuring individual support and instilling the sense that the government stands by citizens during times of disaster. The first Comprehensive Disaster Management Plan directly related to psychological

intervention is the Presidential Decree on "Taking Certain Measures within the Scope of State of Emergency" published on March 3, 2023⁵³. The provisions contained in this decree are striking as they demonstrate the details of psychological intervention. As is known, in the chaos and panic caused by earthquakes, when individuals in vehicles want to leave the earthquake-stricken area or seek refuge in their vehicles, or when vehicles from other cities arrive for search and rescue, the traffic violations that would normally result in administrative sanctions are exempted. The provision indicates that traffic rule violations that would require administrative sanctions in normal circumstances will be disregarded, considering that earthquake victims or those providing assistance are committing these violations under the influence of panic and chaos in the disaster area. This situation acknowledges the humanitarian nature of the traffic violations committed by individuals in the psychological state of the moment and emphasizes that the normal legal regime cannot be enforced in disaster situations and that the actions of individuals affected by the chaos caused by the earthquake cannot be governed by the normal legal order. In this sense, it demonstrates the necessity of the proactive perception of disasters and the State of Emergency regime. Another example of psychological intervention is the decree concerning higher education measures. In this regard, Decree Number 129 is a manifestation of the social state concept in terms of meeting the needs of university students and preventing the financial burdens that may arise from earthquakes⁵⁴. Accordingly, university students residing in earthquake-prone areas, including foreigners, and even those studying outside the earthquake-stricken regions but whose families reside in these areas, will have their tuition fees and contributions for the spring semester covered by the government, and if already collected, they will be refunded. The most noteworthy aspect here is that the administration grants tuition fee exemptions to not only university students in the

⁵³ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 128 on ' (2 March 2023) Official Gazette No: [32121], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-10.pdf> accessed 20 August 2023.

⁵⁴ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 129 on ' (2 March 2023) Official Gazette No: [32121], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-11.pdf> accessed 20 August 2023.

earthquake-stricken areas but also to students who, although not residing in the disaster areas themselves, have family members residing there. The administration shows comprehensive support for students affected by disasters due to their family's situation, even if they are studying in other cities. This support includes potential material or moral losses the student may face because of their family's situation. In this sense, including foreign students indicates that assistance is provided to every student affected by the disaster, regardless of their citizenship, without discrimination. It indicates the scope and specifics of the social state's positive commitments or tasks and illustrates the government's efforts to extend its humanitarian hand to every vulnerable person impacted by the disaster.

Indeed, the most vulnerable groups in society who bear the burden of disasters due to pre-existing disadvantages are the elderly, the poor, and immigrants, among others. One of the most vulnerable groups in earthquake-prone areas is disabled individuals, who are also among the disadvantaged groups. The Presidential Decree on "Measures Taken in the Field of Social Services within the Scope of State of Emergency" eliminates the income requirement for providing care services for disabled earthquake victims residing in the disaster area or relocated to other provinces in special care centers nationwide⁵⁵. This ensures support for the care of disabled individuals, who are one of the most vulnerable groups in earthquakes and addresses the administrative challenges they may face. It is important to note that some vulnerable groups affected by disasters, such as the elderly, women, children, and immigrants, may not have access to social services, which is a shortcoming. To address this, social services should be expanded to include these disadvantaged groups⁵⁶.

Students are also an important group in society, as they receive free boarding and scholarships and contribute to shaping the communi-

⁵⁵ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 130 on ' (3 March 2023) Official Gazette No: [32121], <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=130&MevzuatTur=19&MevzuatTertip=5> accessed 20 August 2023.

⁵⁶ Ibid., Article 4.

ty's future. The decree mandates that students in the SoE area who receive these benefits should continue to receive free dormitory placement in the same city or other provinces, as well as ongoing financial support. This aims to support the education of future generations, who have a long-term impact on society's development. These decrees demonstrate that steps have been taken for disadvantaged individuals within the community, although there may be shortcomings in terms of coverage.

Making sure that earthquake victims can continue to enjoy the rights and privileges accorded to them without losing them—regardless of where they are relocated—is an additional example of psychological intervention. The provision prevents the loss of rights due to the displacement of earthquake victims. In their new places, earthquake victims will legally retain their status as such; that is, there won't be a location requirement for this status. In other words, earthquake victims will still have the same status as they did before they moved; that is, their new location will not be a prerequisite for their current status. In a sense, regardless of their location, earthquake victims are still considered as such, and they can benefit from the rights granted to them without requiring a specific location⁵⁷. This facilitates the migration of earthquake victims to other provinces to overcome the trauma and fear of the earthquake, allowing them to benefit from their granted rights in every province. In another decree, the electricity and natural gas debts related to buildings that were destroyed or heavily damaged in the earthquake have been waived. Additionally, facilitations have been made regarding the postponement of public debts and tax payments for individuals⁵⁸. Consequently, the government covers the additional subscription debts incurred by individuals due to the earthquake, thereby alleviating the financial burden on individuals.

⁵⁷ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 133 on ' (10 March 2023) Official Gazette No: [32128], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230310-2.pdf> accessed 20 August 2023.

⁵⁸ Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 127 on ' (3 March 2023) Official Gazette No: [32121], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-9.pdf> accessed 20 August 2023.

Overall, these measures highlight the efforts to support disadvantaged individuals within the community and demonstrate that these groups are being cared for although there may be some limitations in terms of coverage. Considering all interventions, using legal tools to intervene aided the process and allowed for speedy actor mobilization and engagement. As a result, through the active use of legal tools, the process's binding nature and effectiveness have been enhanced, and its legal foundation has been established.

CONCLUSION

On February 6, 2023, Türkiye faced one of the most devastating disasters in its history with the Kahramanmaraş earthquakes. SOE was declared after the earthquakes, which devastated around 10 provinces, and several PDs were issued to address the impact of the disaster. Earthquakes pose a great challenge to disaster response efforts, causing extensive and far-reaching damage. In this respect, it constitutes an important example to measure the disaster reflex in the presidential government system. It is a field where the reflections of disaster perception can be seen as well as the disaster response management process. Disasters are unpredictable and devastating events that require swift and effective responses from the authorities. However, such responses may also pose challenges to the legal and democratic framework of a country, especially when a state of emergency (SOE) is declared. This article aims to critically analyze the legal and democratic implications of disaster response in the context of the Republic of Türkiye, which faced a series of earthquakes in Kahramanmaraş on February 6th, 2023.

During a disaster, the normal functioning of society is disrupted, and exceptional measures need to be taken to ensure public safety. With limited time and resources, it might be challenging to intervene during a crisis through the regular judicial system. The state must use appropriate legal tools to establish legitimacy for judgments about binding intervention. During a state of emergency, it is crucial to ensure that any measures taken to combat a crisis are both effective and proportionate. It is equally important to consider the fundamental rights and freedoms of those affected by the disaster and ensure that any interventions are necessary and justified. In the crisis period, PDs are effective legal instru-

ments for agile and responsive action on matters of executive power. As such after the February 6 earthquakes in Kahramanmaras, SOE was declared to combat the effects of the earthquakes. The earthquake response process was carried out under the SOE regime. More than 25 PDs were issued during this period. Regarding nature and content, the PDs provide important insights into how using appropriate legal instruments in SOE improves the disaster response process. Hence, the procedure has been made more binding, more effective, and has a clear legal foundation thanks to the active use of legal mechanisms.

The phases of the disaster cycle, such as risk mitigation and reaction, are inextricably linked and, in the end, complementary to one another. This understanding allows for an evaluation of the disaster response management procedure following the earthquakes on February 6. It can also be said that the PDs issued with SOE declared after the earthquakes complement and support each other. In this context, PDs can be investigated under three broad categories: operational, organizational, and psychological intervention. The categorization will include a conceptual framework for disaster response, the legal dimension of PDs, and how each PD complements the others. The ability to manage and mitigate a disaster's effects on the ground constitutes operational intervention, which is the crucial and time-sensitive element of post-disaster response management. Organizational intervention is the capacity to enlist already-established institutions and actors in disaster response. Last but not least, psychological intervention includes decisions about easing individuals' burdens as a result of the disaster's difficulties, facilitating legal affairs and procedures, communication, morale, and motivation. Meanwhile, the foundation for organizational and operational intervention in disaster response management relies on psychological intervention. In short, all these phases of the response process are complementary and supportive of one another, and the PDs that were issued can be assessed in this context and serve as a practical illustration of how the management of disaster response works. The conceptual framework can be used as a reference when developing or putting into practice laws and policies for disaster management. Overall, the article examines the SoE period PDs in the context of legal aspects of the crisis

management strategy implemented during one of the most devastating catastrophes in the history of the Republic of Türkiye. It also emphasizes the necessity of a multidimensional approach to earthquakes, which are now considered a social phenomenon that should be addressed not only by geoscientists but also by an interdisciplinary approach.

The recent earthquakes in Türkiye marked the country's most catastrophic disaster since its shift to a presidential government system. The executive branch has implemented crisis management strategies to facilitate quick and efficient decision-making. Therefore, this study analyzed the crisis management policies of the SoE PDs that were issued following the Kahramanmaraş earthquakes and categorized them into three main dimensions: organizational, operational, and physiological context. The intervention methods are in an intertwined spiral and are complementary to each other in terms of disaster response. The formulation and implementation of legislation and policies about disaster response management can be guided by this conceptual framework. The policy and legal lessons learned from the devastating Kahramanmaraş earthquakes can provide valuable insights for handling potential future disasters. Further studies could delve into specific aspects of intervention policy and provide a more comprehensive analysis.

ANNEX

Date	PD Number	PD Decree Description
6th February 2023		Two earthquakes with magnitudes of 7.6 and 7.7 have occurred in Kahramanmaraş.
8th February 2023	6785	Decision to Declare State of Emergency in Adana, Adıyaman, Diyarbakır, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kilis, Malatya, Osmaniye, and Şanlıurfa Provinces
11th February	120	Measures Taken in the Judicial Field under the State of Emergency

2023		
13th February 2023	121	Measures Taken in the Health Field under the State of Emergency
15th February 2023	122	Measures Taken Regarding Public Personnel under the State of Emergency
	123	Establishment of Positions in Certain Public Institutions and Determination of Equivalent Positions
17th February 2023	124	Donations and Assistance to be Made by Banks and Consolidated Supervised Institutions under the State of Emergency
22nd February 2023	125	Measures Taken in the Labor and Social Security Field under the State of Emergency
24th February 2023	126	Settlement and Construction within the Scope of the State of Emergency
3rd March 2023	127	Measures to be Taken Regarding Public Procurements, Receivables, and Social Facilities under the State of Emergency
	128	Certain Measures under the State of Emergency
	129	Measures Taken in the Field of Higher Education under the State of Emergency
	130	Measures Taken in the Field of Social Services under the State of Emergency
	131	Measures Taken in the Field of Education under the State of Emergency

10th March 2023	132	Certain Measures under the State of Emergency
	133	Protection of Rights of Individuals Changing Their Place of Residence due to Earthquakes under the State of Emergency
12th March 2023	134	Regional Development and Investment Incentives within the Scope of the State of Emergency
	135	Measures Taken in the Field of Agriculture under the State of Emergency
	136	Industrial Workplaces within the Scope of the State of Emergency
21st March 2023	137	Exemption of Energy Consumption Fees within the Scope of the State of Emergency
31st March 2023	138	Certain Measures under the State of Emergency
5th April 2023	139	Amendment to the Presidential Decree on Measures Taken in the Judicial Field under the State of Emergency
6th April 2023	140	Electronic Communications Field and Inspection Services for Water Structures within the Scope of the State of Emergency
10th April 2023	141	Amendment to the Presidential Decree on Measures Taken in the Judicial Field under the State of Emergency
13th April 2023	142	Some Measures in the Field of Disaster and Emergency Management under the State of Emergency
20th April 2023	143	Investments in Renewable Energy Resource Areas

BIBLIOGRAPHY

AGAMBEN G, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita* (Einaudi 1995)

ARONSSON-STORRIER M and **DA COSTA K**, "Regulating Disasters? The Role of International Law in Disaster Prevention and Management" (2017) 26 *Disaster Prevention and Management: An International Journal*

Budayeva and others v. Russia App nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECtHR 29 September 2008)

CARTER N, *Disaster Management: A Disaster Manager's Handbook* (ADB, 2008)

FARBER D, 'International Law and the Disaster Cycle' in David D Caron, Michael J Kelly and Anastasia Telesetsky (eds), *The International Law of Disaster Relief* (Cambridge University Press 2014) 9.

Habertürk, 'Kahramanmaraş Depreminde GSM Operatörlerine Ağır Eleştiriler! Turkcell, Vodafone ve Türk Telekom Yine Sınıfta Kaldı... - Deprem Haberleri - Teknoloji Haberleri' (Habertürk2 October 2023) <<https://www.haberturk.com/operatorler-yine-sinifta-kaldi-3564007-teknoloji>> accessed 22 August 2023

IFRC, 'Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance' (2007)

IFRC, 'Policy Brief: Legal Frameworks for Effective and Integrated Disaster and Climate Risk Governance' (2022)

İletişim Başkanlığı, '06 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Asrin Felaketi' (İletişim Başkanlığı 2023) <<https://www.iletisim.gov.tr/images/uploads/dosyalar/Asrin-Felaketi-TR.pdf>> accessed 2022

İletişim Başkanlığı, 'Sanayi ve Teknoloji Bakanı Varank, Deprem Bölgesinde Hasar Gören Sanayi Tesislerine İlişkin İncelemelerine Adıyaman'da Devam Etti' (www.iletisim.gov.tr March 2023) <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/yerel-basin/detay/sanayi-ve-teknoloji-bakani-varank-deprem-bolgesinde-hasar-goren-sanayi-tesislerine-iliskin-incelemelerine-adiyamanda-devam-etti> accessed 18 August 2023

INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES (IFRC), 'IFRC Launches International

Emergency Appeals for CHF 200 million to Respond to Deadly Earthquake in Türkiye and Syria: IFRC' (IFRC launches international Emergency Appeals for CHF 200 million to respond to deadly earthquake in Türkiye and Syria, 6 February 2023) <<https://www.ifrc.org/press-release/ifrc-launches-international-emergency-appeals-chf-200-million-respond-deadly> > accessed 8 August 2023

KADIOGLU, M. 'Modern, bütünleşik afet yönetimin temel ilkeleri.' in Prof Dr Mikdat Kadioğlu, Doç Dr Emin Özdamar, Afet Zararlarını Azaltmanın Temel İlkeleri, (Japonya Uluslararası İşbirliği Ajansı/ JICA Türkiye Ofisi, Yayın No: 2, 2008)

KELMAN I, *Disaster by Choice* (Oxford University Press 2020)

LAUTA, K.C. *Disaster Law* (1st ed., Routledge 2014)

Law on Associations, Law Number : 5253, Date of Adoption : 4/11/2004
Official Gazette 23/11/2004 No: 25649

Law on State of Emergency, Law Number : 2935 Date of Adoption :
25/10/1983, Official Gazette 27/10/1983 No: 18204

M. Özel And Others v Turkey Apps nos. 14350/05, 15245/05 and
16051/05) (ECtHR 02 May 2016)

NOHUTCU A, '*İdare Hukuku*' (28th edn, Savaş Yayınevi 2021)

Oneryildiz v Turkey App No 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004)

PEARCE L, 'Disaster Management and Community Planning, and Public Participation: How to Achieve Sustainable Hazard Mitigation' (2003) 28 *Natural Hazards* 211

Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 120 on ' (11 February 2023)
Official Gazette No: [32101],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230211M1-1.pdf> accessed 16 August 2023

Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 121 on ' (12 February 2023)
Official Gazette No: [32103],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230213-1.pdf>
. accessed 17 August 2023

Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 122 on ' (15 February 2023)
Official Gazette No: [32105],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230215-2.pdf>
accessed 17 August 2023

- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 124 on ' (17 February 2023)
Official Gazette No: [32107],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230217.pdf>
accessed 16 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 126 on ' (24 February 2023)
Official Gazette No: [32114],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230224-9.pdf>
accessed 17 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 127 on ' (3 March 2023) Of-
ficial Gazette No: [32121],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-9.pdf>
accessed 20 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 128 on ' (3 March 2023) Of-
ficial Gazette No: [32121],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-10.pdf> accessed 17 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 129 on ' (2 March 2023) Of-
ficial Gazette No: [32121],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-11.pdf> accessed 20 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 131 on ' (3 March 2023) Of-
ficial Gazette No: [32121],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230303-13.pdf> accessed 17 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 133 on ' (10 March 2023)
Official Gazette No: [32128],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230310-2.pdf>
accessed 20 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 139 on ' (5 April 2023) Offi-
cial Gazette No: [32154],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-8.pdf>
accessed 16 August 2023
- Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 140 on ' (6 April 2023) Offi-
cial Gazette No: [32155],
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230406-5.pdf>
accessed 16 August 2023

Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 142 on ' (13 April 2023) Official Gazette No: [32162], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230413-1.pdf> accessed 16 August 2023

Presidency of Turkish Republic, 'Decree No. 6785 on ' (8 February 2023) Official Gazette No: [32098], <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230208-1.pdf> . accessed 17 August 2023

SCHMITT C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab tr, University of Chicago Press 2005)

TRT Haber, 'Over 691 Thousand Earthquake Victims Received Psycho-social Support' (www.trthaber.com28 February 2023) <<https://www.trthaber.com/haber/gundem/691-bini-askin-depremedeyeye-psikososyal-destek-verildi-749522.html>> accessed 18 August 2023

TUIK, 'TÜİK-Veri Portalı' (data.tuik.gov.tr2022) <<https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Tarim-111>> accessed 17 August 2023

UNITED NATIONS INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER RISK REDUCTION (UNISDR), 'Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030' (18 March 2015) UN Doc A/CONF.224/CRP.1

UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION (UNDRR), 'Yokohama Strategy and Plan of Action for a Safer World: guidelines for natural disaster prevention, preparedness and mitigation' (UNDRR, 1994)

UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION, 'Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction 2022: Our World at Risk: Transforming Governance for a Resilient Future' (UNISDR 2022) ISBN: 9789212320281

WELLS C, MORGAN D and QUICK O, 'Disasters: A Challenge for the Law' (1999) 39 Washburn Law Journal 496

FARKLI NEVIDEN FİKRİ İÇTİMAIN HÜKÜM FIKRASINA YANSIMASI

Arş. Gör. Dr. Ahmet KILIÇ*

Öz

Farklı neviden fikri içtima, ceza hukukuna ilişkin birçok hususta özellik arz eder ve ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu hususlardan biri hüküm fıkrasıdır. Türk hukukunda, farklı neviden fikri içtima ilişkisini oluşturan tüm suçların hüküm fıkrasında yer almasının gerekli olup olmadığı ve gerekliyse hüküm fıkrasının nasıl formüle edilmesi gerektiği kapsamlı şekilde değerlendirilmemektedir. Çalışmamızda, öncelikle bu konuya ilişkin Yargıtay kararları ile Türk ve Alman doktrindeki görüşlere yer verilmiş, ardından savunduğumuz görüş ifade edilerek bu görüşün sonuçları değerlendirilmiştir. Bu çalışmada savunduğumuz temel görüş; farklı neviden fikri içtima kapsamındaki tüm suçlar bakımından mahkûmiyet kararı verilmesi, ancak Türk Ceza Kanunu m. 44 gereği sadece en ağır cezayı gerektiren suça dayalı olarak bir cezanın belirlenmesi gerektiği yönündedir.

Anahtar Kelimeler

• Farklı Neviden Fikri İçtima • Görünüşte İçtima • Hüküm Fıkrası • Mahkûmiyet • Erime Sistemi

* Arş. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Res. Asst. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Ankara, Turkey.

✉ a.kilic@aybu.edu.tr • ORCID 0000-0002-4774-4985.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: KILIÇ, Ahmet: "Farklı Neviden Fikri İçtimain Hüküm Fıkrasına Yansıtılması", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 717-739.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

REFLECTION OF IDEAL CONCURRENCE OF DIFFERENT TYPES OF OFFENCES ON OPERATIVE PART OF THE JUDGMENT

Abstract

Ideal concurrence of different types of offences presents distinctive features and requires a separate evaluation in many aspects of criminal law. One of them is the operative part of the judgment. Regarding ideal concurrence in Turkish law, there is no comprehensive evaluation on whether it is necessary to include all offences in the operative part of the judgment and, if so, how the operative part of the judgment should be formulated. In this study, firstly, the related decisions of the Court of Cassation and the opinions in Turkish and German doctrine are presented. Subsequently, the view argued is expressed, and legal consequences of it are evaluated. The main view argued in this study is that conviction should be produced for all offences within the scope of ideal concurrence of different types of offences. However, as per Article 44 of the Turkish Penal Code No. 5237, one penalty must be determined based on the offence that provides the most severe penalty.

Keywords

• Ideal Concurrence of Different Types of Offences • Apparent Concurrence • Operative Part of the Judgment • Conviction • Absorption Principle

GİRİŞ

Fikri içtima, işlenen suçların türüne göre aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima olmak üzere ikiye ayrılır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) fikri içtimanın bu iki görünüm biçimi farklı maddelerde düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtima, TCK m. 44'te yer almaktadır. Bu kurumun şartlarını şu şekilde sıralamak mümkündür: fiilin tek olması, birden fazla farklı suçun işlenmesi, bu suçlar için cezalandırılabilirliğin tüm şartlarının gerçekleşmesi, suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisinin olmaması¹ ve farklı neviden fikri

¹ İki suç tipi arasında hem fikri içtima hem de görünüşte içtima ilişkisi olamaz. Bu nedenle Yargıtayın şu kararı yerinde değildir: "TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kaidelerinin objektif koşullarının "tek bir fiilin bulunması" ve "birden fazla kanun hükmünün ihlali"nden ibaret olduğu, sanığın, işlediği fiille birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermesi karşısında, hakkında eylemine temas eden en ağır hüküm olan 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği, kaldı ki 2863 sayılı Kanununun 65. maddesinin, 5237 sayılı TCK'nın 184. maddesine göre özel norm niteliği taşıması karşısında, "özel normun önceliği" ilkesi gereği de dikkate alınarak eylem 2863

içtimayı sınırlandıran özel bir kanuni düzenlemenin bulunmaması. Bu şartların gerçekleştiği hallerde fail, TCK m. 44'te erime sisteminin benimsenmesi nedeniyle sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu haller hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukukuna ilişkin birçok hususta özellik arz eder. Bu hususların başında, mahkûmiyet kararına ilişkin hüküm fıkrasının nasıl olması gerektiği gelir. Birçok hukuki sonuç için hüküm fıkrası belirleyici niteliktedir. Bu nedenle farklı neviden fikri içtima ilişkisi kapsamındaki en ağır cezayı gerektirmeyen suçun/suçların hüküm fıkrasında yer almasının gerekli olup olmadığı ve gerekliyse hüküm fıkrasının nasıl formüle edileceği tespit edilmelidir. Bu hususa ilişkin Türk doktrininde kapsamlı değerlendirmeler yapılmamaktadır ve Yargıtay içtihatları yeknesak değildir. Çalışmamızda öncelikle Yargıtay kararları ile Türk ve Alman doktrinindeki görüşlere yer verilecek, ardından savunduğumuz görüş ifade edilerek bu görüşün hukuki sonuçları incelenecektir.

Çalışmamız, farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde hüküm fıkrasının nasıl olması gerektiği ve bunun hukuki sonuçlarıyla sınırlıdır. Bu nedenle fikri içtima kurumu ayrıntılı şekilde açıklanmayacaktır. Ayrıca çalışmamızın konusu bakımında farklı neviden fikri içtima-görünüşte içtima ayrımı önem arz ettiği için yeri geldiğinde görünüşte içtimaa ilişkin değerlendirme de yapılacaktır.

I. YARGITAYIN MESELEYE İLİŞKİN KARARLARI

Farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde hüküm fıkrasının nasıl olması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları çeşitlilik arz etmektedir. En ağır cezayı gerektirmeyen suçun/suçların hüküm fıkrasında nasıl yer alması gerektiğine ilişkin yerleşik bir içtihadın olmadığı söylenebilir. Hemen ifade etmek gerekir ki, ele alınan içtihatlardaki farklı neviden fikri içtima tespitinin yerindeliği

sayılı Kanuna göre değerlendirilip, imar kirliliğine neden olma suçundan sanık hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi," (Yargıtay 12. CD, 06.04.2021, E. 2019/4989, K. 2021/3315.)

irdelenmemekte, içtihatların hüküm fıkrasına yönelik boyutu değerlendirmektedir.

Yargıtay Ceza Dairelerinin, farklı neviden fikri içtima kapsamındaki en ağır cezayı gerektirmeyen suç/suçlar için karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini ifade eden içtihatları vardır². Alt derece mahkemelerinin fikri içtima ilişkisini kabul etmesine

² “Sanık ...’in, mağdur ...’ya yönelik olarak tabancayla bir el ateş etmekten ibaret eyleminin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, sanığın eylemi neticesinde mağdur ...’nın isabet almadığı, mağdur ...’ın ise yüzünde sabit iz oluşacak şekilde yaralandığı olayda bir fillle birden fazla farklı suçun işlendiği, Ceza Genel Kurulunun 05.02.2019 tarih 2018/310 Esas 2019/62 Karar , 18.10.2018 tarih 2015/158 Esas 2018/444 Karar sayılı kararlarında da yer aldığı üzere somut olayda 5237 sayılı TCK’nun 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı neviden fikri içtimanın şartlarının oluştuğu anlaşıldığı halde; sanıklara, mağdur ...’a yönelik kasten yaralama suçuna göre daha ağır olan mağdur ...’ya yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesi, mağdur ...’a yönelik eyleminden ise karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulması yerine, yazılı biçimde TCK’nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü göz ardı edilmek suretiyle gerçek içtima kurallarına göre “mağdur ...’yı öldürme suçuna teşebbüsten”, kurulan mahkumiyet hükmünün yanında, ayrıca “mağdur ...’ı kasten yaralama’ suçundan da hüküm kurulması ... Bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 1. CD, 08.06.2021, E. 2020/4506, K. 2021/10120.)

“Orman alanından izinsiz olarak kestiği emvalleri araca yüklerken yakalanan sanık hakkında TCK’nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sadece en ağır cezayı içeren 6831 sayılı Yasanın 91. maddesinde düzenlenen kaçak orman emvali kesmek suçundan hüküm kurulması ile yetinilmesi gerekirken, 21.11.2015 tarihli tutanağa istinaden eylemin bölünmesi neticesinde ayrıca 6831 sayılı Yasanın 108. maddesinde düzenlenen kaçak orman emvali nakletmek suçundan da beraatine karar verilmesi, Yasaya aykırı, katılan ... İdaresi vekilinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden ve bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nun 322. maddesi uyarınca, Hüküm fıkrasından 2 numaralı bendin çıkartılması, yerine “sanık hakkında her ne kadar Orman Emvali Nakletme suçundan da kamu davası açılmış ise de bu eylemin TCK’nun 44. madde kapsamında kaçak orman emvali kesme suçu içerisinde kaldığı kabul edilerek bu suça ilişkin karar verilmesine yer olmadığına” ifadesinin eklenmesi ve diğer yönlerinin aynen bırakılması suretiyle hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, ... oy birliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 7. CD, 22.03.2022, E. 2021/19083, K. 2022/6489.)

“Sanık ...’nin av tüfeğini katılan ...’a doğrultarak “vururum lan seni” diyerek tehditte bulunduktan sonra katılanlar ... ve ...’a yönelik av tüfeğiyle havaya doğru bir el ateş etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin, silahla tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturduğu, ancak TCK’nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri uyarınca, daha ağır cezayı gerektiren silahla tehdit suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği kabul edilerek, sanık hakkında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirken, ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi, Kanuna aykırı, ... sanık... hakkında genel

rağmen hafif ceza öngören suç için başka bir karar verdiği hallerde, hüküm fıkrasına “karar verilmesine yer olmadığı” ibaresi ekleyerek düzelterek onama kararı da verilebilmektedir³. Ayrıca bileşik suçun olduğu hallerde de unsur haline gelen suç için bu kararın verilmesi gerektiğini kabul eden içtihatlar vardır⁴.

Yargıtay Ceza Dairelerinin en ağır cezayı gerektirmeyen suç/suçlar için verdiği bir diğer karar, *hüküm kurulmasına (verilmesine) yer olmadığı kararıdır*⁵. Bu kararın Yargıtay Ceza Daireleri tarafından daha fazla

güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu yönünden kurulan hükümde “ceza tertibine yer olmadığı” ibaresinin çıkarılarak yerine “karar verilmesine yer olmadığı” ibaresinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan HÜKÜMLERİN DÜZELTİLEREK ONANMASINA ... oy birliğiyle karar verildi. ” (Yargıtay 4. CD, 17.05.2021, E. 2020/4672, K. 2021/13886.)

³ “Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı yönünden; Sanığın TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri uyarınca, daha ağır cezayı gerektiren tehdit suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği kabul edilerek, sanık hakkında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirken, ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi, Kanuna aykırı, katılan ... vekilinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden bu nedenle HÜKMÜN BOZULMASINA, 5320 sayılı Kanun’un 8/1. madde ve fıkrası aracılığıyla 1412 sayılı CMUK’nın 322. Maddesi uyarınca bu aykırılık, yeniden yargılama yapılmasına gerek olmaksızın düzeltilebilir nitelikte bulunduğundan, temyiz edilen kararın açıklanan noktasının; tebliğnameye uygun olarak, hüküm fıkrasından “ceza verilmesine yer olmadığına” ibaresi çıkarılarak yerine “karar verilmesine yer olmadığı” ibaresinin eklenmesi suretiyle, sair yönleri usul ve Kanuna uygun olan HÜKMÜN DÜZELTİLEREK ONANMASINA, ... oy birliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 4. CD, 22.06.2022, E. 2022/8998, K. 2022/15970.)

⁴ Yargıtay 1. CD, 26.05.2014, E. 2014/2275, K. 2014/3245; Yargıtay 21. CD, 17.02.2016, E. 2015/5915, K. 2016/1398.

⁵ “Sanığın, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan mahkumiyetine dair hüküm fıkrasının, “Sanığın, inceleme dışı sanıklarla birlikte şikayetçinin konutunun önüne gelerek, av tüfeğiyle tehdit amaçlı ateş etmesi biçiminde gerçekleşen eylemlerinin, TCK’nın 106/2-a maddesinde tanımlanan silahla tehdit ve aynı Kanununun 170/1-c maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturduğu, bu durumda, TCK’nın 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren silahla tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesinin gerektiği, Mahkememizce de silahla tehdit suçundan sanığın cezalandırıldığı anlaşıldığından, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan açılan kamu davası hakkında ayrıca bir HÜKÜM KURULMASINA YER OLMADIĞINA,” şeklinde DÜZELTİLMESİNE, bozulan kararda yer alan diğer hususların olduğu gibi bırakılmasına, ... oybirliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 4. CD, 14.11.2019, E. 2019/6223, K. 2019/17969.)

tercih edildiği söylenebilir. Hüküm kurulmasına yer olmadığı kararına da görünüşte içtima ilişkisindeki dışlanan suç tipi (genel norm, tali norm, tüketilen norm) için başvurulduğu ifade edilmelidir⁶. Ayrıca bazı

“Orman alanından izinsiz olarak kestikleri emvalleri naklederken yakalanan sanıklar hakkında TCK’nun 44.maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sadece en ağır cezaı içeren 6831 sayılı Yasanın 91.maddesinde düzenlenen kaçak orman emvali kesmek suçundan hüküm kurulması gerekirken, 10.03.2015 tarihli tutanağa istinaden eylem bölünmek suretiyle ayrıca 6831 sayılı Yasanın 108. Maddesinde düzenlenen kaçak orman emvali nakletmek suçundan hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, Yasaya aykırı, ... olduğundan, hükmün ... BOZULMASINA, ... oy birliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 7. CD, 22.02.2022, E. 2021/15323, K. 2022/3260.)

“[S]anının av tüfeği ile bir kez ateş etmesi fiili ile maktul ...’e yönelik kasten öldürme, mağdur ...’a yönelik kasten yaralama suçlarını işlediğinin sabit olduğu ve eylemleri arasında hukuki kesinti bulunmadığı, bu bağlamda TCK’nin 44/1. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca sadece en ağır cezaı gerektiren maktul ...’u kasten öldürme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, mağdur ...’i yaralamaktan dolayı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan açılan dava nedeniyle hüküm kurulmasına yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mağdur ...’i kasten öldürmeye teşebbüs suçundan mahkumiyetine karar verilmesi ... Bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 1. CD, 22.03.2022, E. 2021/12856, K. 2022/2203.)

“Sanığın olay günü pantolonunu indirmiş vaziyette cinsel organını yoldan geçmekte olan reşit mağdureye göstererek peşinden gitmesi şeklinde sübuta eren eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 225. Maddesinde düzenlenen hayasızca hareketlerde bulunma ve aynı Kanununun 105/1. maddesinde yer alan cinsel taciz suçlarını oluşturup, tek eylemle birden fazla suçun işlenmesi nedeniyle sanık hakkında TCK’nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralı gereğince sadece cinsel taciz suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği ve mahkemece bu suçla ilgili ceza tayin edildiği gözetilerek alenen hayasızca hareketlerde bulunma suçundan hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bu suçtan da mahkumiyet kararı verilmesi” (Yargıtay 9. CD, 06.06.2022, E. 2021/7475, K. 2022/5346.)

Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 9. CD, 28.09.2022, E. 2021/19337, K. 2022/8370; Yargıtay 1. CD, 08.06.2021, E. 2020/4506, K. 2021/10120; Yargıtay 12. CD, 10.11.2020, E. 2019/13487, K. 2020/5849; Yargıtay 9. CD, 16.02.2022, E. 2021/27626, K. 2022/1319; Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 21.11.2018, E. 2015/1510, K. 2018/6917; Yargıtay 12. CD, 27.02.2019, E. 2018/8087, K. 2019/2692.

⁶ “TCK’nın “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma” başlıklı 179/3. maddesinde alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olan kişinin araç kullanma hâlinin suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suçun tehlike suçu olduğu, somut olayda ise bir kişinin yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun olduğu, Dairemizin yerleşik uygulamasına göre; her iki suçun birlikte işlendiği hallerde sanığın hangi suç nedeni ile cezalandırılacağı belirlenirken, suçlar için Kanunda öngörülen cezaların ağırlığının değil, zarar suçu-tehlike suçu kriterinin esas alınması gerektiği, buna göre; Sanığın, taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasının mümkün olduğu ahvalde,

kararlarda karar verilmesine yer olmadığı kararı ile hüküm kurulmasına yer olmadığı kararının aynı anlama geldiğini belirtilmektedir⁷.

En ağır cezayı gerektirmeyen suç için ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermek, Yargıtay Ceza Daireleri tarafından tercih edilen bir diğer yoldur⁸. Ancak en ağır cezayı gerektirmeyen suç için ceza verilmesine yer olmadığı kararının⁹ veya ceza tayinine yer olmadığı

sadece taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ancak kovuşturma şartı olan şikayetin gerçekleşmemesi ya da şikayetten vazgeçme nedeni ile taksirle yaralama suçundan cezalandırmanın mümkün olmadığı ahvalde ise, sanığın TCK'nun 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan cezalandırılmasının gerektiği somut olayda; sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırıldığı gözetildiğinde trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan "hüküm verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi yerine bu suçtan da mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup" (Yargıtay 12. CD, 16.06.2015, E. 2014/19271, K. 2015/10983.) Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 12. CD, 28.05.2019, E. 2017/10186, K. 2019/6756.

"TCK'nun 86. maddesi kapsamındaki kasten yaralama fiillerinin ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir unsuru olacağı ve ihaleye fesat karıştırma suçundan hüküm kurulduğunda kasten yaralama suçundan açılan kamu davasıyla ilgili hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hükümler tesisi" (Yargıtay 5. CD, 14.01.2021, E. 2020/394, K. 2021/114.)

⁷ Bkz. Yargıtay 12. CD, 29.03.2023, E. 2023/375, K. 2023/1015; Yargıtay 12. CD, 23.06.2022, E. 2022/1725, K. 2022/4972; Yargıtay 12. CD, 29.09.2022, E. 2020/6908, K. 2022/6077; Yargıtay 21. CD, 17.02.2016, E. 2015/5915, K. 2016/1398.

⁸ *"Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesi ile kanun koyucu "Erime sistemini" benimsemiş olup, POS tefeciliğinde failin suç yolunda gerçekleştirdiği bir kısım hareketlerle işlediği 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesine muhalefet suçu, kastının dönük olduğu tefecilik fiilindeki teklik nedeniyle, bu fiilin içinde erimektedir. Bu açıklamalar ışığında, 5464 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan da kamu davası açıldığı halde bu suçtan "Ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerektiği gözetilmeden bu suç yönünden hüküm kurulmadığı anlaşılmalı, zamanaşımı süresi içinde mahallinde her zaman hüküm kurulması mümkün görülmiştir." (Yargıtay 9. CD, 14.04.2021, E. 2020/9057, K. 2021/2294.)*

"Sanık ...'a yüklenen katılan ...'a karşı mala zarar verme suçundan kurulan hükme yönelik incelemede; Sanığın mala zarar verme eylemi ile kasten yaralama suçunu tek bir fiil ile işlediğinin ve TCK'nin 44. maddesi uyarınca mala zarar verme suçunun fikri içtima kapsamında olduğundan ayrıca cezalandırılmayacağı Mahkemece kabul edilmesi karşısında, mala zarar verme suçundan sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, kabul ile çelişki oluşturacak biçimde sanığın beraatine karar verilmesi" (Yargıtay 1. CD, 04.11.2020, E. 2020/1330, K. 2020/2728.)

Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 15. CD, 14.02.2018, E. 2015/2299, K. 2018/938; Yargıtay 1. CD, 28.09.2015, E. 2015/1171, K. 2015/4629.

⁹ Yargıtay 12. CD, 23.05.2017, E. 2016/810, K. 2017/4211; Yargıtay 8. CD, 27.10.2020, E. 2020/3329, K. 2020/17562.

kararının¹⁰ verilemeyeceğini ifade eden kararların da olduğu belirtilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı hüküm kurulmasıyla yetinilmesi gerektiğini kabul etmekte, diğer suç/suçlar için ceza verilmesine yer olmadığına veya hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesini yerinde bulmamaktadır¹¹. Ancak bu içtihadın Yargıtay Ceza Daireleri tarafından benimsendiği söylenemez. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu; karar verilmesine yer olmadığı kararının hüküm niteliğinde bir karar olmadığı için temyiz incelemesine konu edilemeyeceğini¹², ancak hüküm niteliğinde olmasa bile kanun yararına bozma yoluna konu edilebileceğini kabul etmektedir¹³.

II. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Türk doktrininde, söz konusu hususa ilişkin yüzeysel değerlendirmelerin yapıldığı söylenebilir. Bu nedenle Alman doktrinindeki görüşlere de bu başlık altında yer vermenin yol gösterici olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰ Yargıtay 12. CD, 24.03.2021, E. 2019/5470, K. 2021/3094.

¹¹ "5607 ve 4733 sayılı Kanun'lara muhalefet suçlarından açılan kamu davasında, sanığın iddianamelerde "bandrolsüz ve gümrük kaçağı sigaraları ticari amaçla bulundurmak ve satmak" şeklinde gösterilen ve Mahkemece de bu şekilde kabul edilen fiilinin hukuksal niteliği gözetildiğinde, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı Kanun'un 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren 4733 sayılı Kanun'un 8/4. maddesi gereğince hüküm kurulmasıyla yetinilmesi gerekirken, 5607 sayılı Kanun'un 3/5. maddesine muhalefet suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesinin sonuca etkili olmadığı kabul edilmelidir." (Yargıtay CGK, 11.02.2020, E. 2019/71, K. 2020/76.)

"Öte yandan, farklı neviden fikri içtima koşulların oluşması nedeniyle faile tek bir ceza verilmesi, ancak hükümde fikri içtima ilişkisi içinde bulunan suçlardan her birinin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir ise de ortada tek bir fiil bulunması nedeniyle sanık hakkında bu suçlardan cezası en ağır olan TCK'nın 134. maddesinin ikinci fıkrasından hüküm kurulmasıyla yetinilmeli, ayrıca diğer suçlardan hüküm kurulmasına yer olmadığına şeklinde karar verilmemelidir." (Yargıtay CGK, 09.05.2019, E. 2015/708, K. 2019/414.)

¹² Yargıtay CGK, 11.03.2021, E. 2019/457, K. 2021/103.

¹³ Yargıtay CGK, 08.03.2023, E. 2019/440, K. 2023/141.

Türk doktrinindeki bir görüş; fikri içtima ilişkisini oluşturan suçların hüküm fıkrasında yer alması, ancak TCK m. 44 gereği sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yine bu görüş, her bir suç için ayrı bir mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁴. Diğer görüş; tüm suçların işlendiğinin tespit edilmesi gerektiğini, bunun aynı zamanda mahkûmiyet anlamına geldiğini, ancak tek suçtan hükmün (sorumluluğun) açıklanması gerektiğini savunmaktadır¹⁵. Bir diğer görüş ise mahkûmiyete ilişkin hüküm fıkrasında fikri içtima kapsamındaki tüm suç tiplerinin gösterilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶. Ancak bunun nasıl olması gerektiği açıklanmamaktadır.

Alman doktrinindeki görüşlere geçmeden önce Alman Ceza Kanunu'ndaki (Alman CK) fikri içtima düzenlemesine değinmekte yarar vardır. Alman CK m. 52'de; fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde en ağır cezayı gerektiren suçta (norma) göre cezanın belirleneceği, diğer suç/suçlar için öngörülen cezanın alt sınır bakımından bağlayıcı olduğu ve diğer suç/suçlara dayalı olarak güvenlik tedbirine (ve feri cezaya) hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Böylece fikri içtima ilişkisi kapsamındaki tüm suçlar, fikri içtima kurumunun amacına uygun şekilde, cezanın ve/veya güvenlik tedbirinin belirlenmesinde etkin bir rol oynamaktadır¹⁷.

Alman doktrinindeki hâkim görüş, fikri içtima kapsamındaki tüm suçların hüküm fıkrasında yer alması gerektiği yönündedir. Buna göre tüm suç tipleri bakımından mahkûmiyet kararı verilmeli, ancak fikri içtima düzenlemesi gereği en ağır cezayı öngören suç esas alınarak ceza

¹⁴ **GÖKTÜRK**, Neslihan, Fikri İçtima, Ankara 2013, s. 269.

¹⁵ **ÖZEN**, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2023, s. 1104; **ÖZEN**, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 1134.

¹⁶ **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2023, s. 562; **İÇEL**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2023, s. 599; **DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2023, s. 603.

¹⁷ **LAUE**, Cristian, Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Auflage, München 2014, § 55, kn. 25.

belirlenmelidir¹⁸. Alman yargı kararlarının da bu yönde olduğu ifade edilmelidir¹⁹. Fikri içtima ilişkisi kapsamındaki tüm suç tiplerinin hüküm fıkrasında yer alması gerektiğini ifade eden kanuni bir düzenlemenin olmadığı da belirtilmelidir²⁰. Tüm suç tiplerinin hüküm fıkrasında yer alması, fikri içtimanın açıklama fonksiyonunun (*Klarstellungsfunktion*) gereği olarak kabul edilmektedir²¹. Yine bu bağlamda fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde kısmi beraat kararı verilemeyeceği, bir suçtan dolayı beraat kararı verilmesi gerekiyorsa bu suçun hüküm fıkrasında yer almaması gerektiği ifade edilmektedir²². Görünüşte içtima ilişkinin olduğu hallerde ise sadece dışlayan normun hüküm fıkrasında yer alması gerektiği kabul edilmektedir²³.

Alman hukukundaki hüküm fıkrasına ilişkin görüşün, Alman CK'daki düzenlemelerin bir gereği olduğu söylenebilir. Şöyle ki, Alman CK'da farklı neviden fikri içtima ilişkisini oluşturan tüm suçlara cezanın

¹⁸ **ROXIN**, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II*, München 2002, § 33, kn. 109; **JESCHECK**, Hans-Heinrich/**WEIGEND**, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 724; **BRINGEWAT**, Peter, *Die Bildung der Gesamtstrafe*, Berlin 1987, s. 47; **STERNBERG-LIEBEN**, Detlev/**BOSCH**, Nikolaus, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München 2019, § 52, kn. 2; **VON HEINTSCHEL-HEINEGG**, Bernd, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2*, 4. Auflage, München 2020, § 52, kn. 126; **GEPPERT**, Klaus, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB) - Zweiter und letzter Teil: Ideal-, Real- und Gesetzeskonkurrenz", *JURA*, 2000/12, s. 653; **LAUE**, § 55, kn. 36.

¹⁹ Bkz. **RISSING-VAN SAAN**, Ruth, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 4*, 13. Auflage, Berlin 2019, § 52, kn. 3; **STUCKENBERG**, Carl-Friedrich, *Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Band 7*, 27. Auflage, Berlin-Boston 2020, § 260, kn. 80; Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Drucksache IV/650, s. 192.

²⁰ **ROXIN**, § 33, kn. 109; **JESCHECK/WEIGEND**, s. 724.

²¹ **JÄGER**, Christian, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Auflage, Köln 2016, § 52, kn. 4; **RISSING-VAN SAAN**, § 52, kn. 3; **STERNBERG-LIEBEN/BOSCH**, § 52, kn. 2.

²² **JÄGER**, § 52, kn. 49; **ROXIN**, § 33, kn. 117; **VON HEINTSCHEL-HEINEGG**, § 52, kn. 127.

²³ **WARDA**, Günter, "Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre", *JuS*, 1964/3, 81-93, s. 92; **MITSCHE**, Wolfgang, "Gesetzeseinheit im Strafrecht", *JuS*, 1993/6, 471-475, s. 472; **VON HEINTSCHEL-HEINEGG**, Vor § 52, kn. 62; **JESCHECK/WEIGEND**, s. 733; **GEPPERT**, s. 656.

Bu yönde karar için bkz. BGH, 09.08.2016, 3 StR 466/15.

belirlenmesinde etkin bir rol verildiği için tüm suçlar hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği, bu durumun Türk hukuku için geçerli olmadığı dile getirilebilir. Ancak bu yorum yerinde olmayacaktır. Zira Alman CK'daki fikri içtimaa ilişkin evvelki düzenlemeler TCK'ya paralellik arz etmekteydi. Fikri içtima için kanunda yer alan tek sonuç, failin sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı hususuydu. Ancak Alman hukukunda, söz konusu dönemde de hüküm fıkrasına ilişkin yukarıda ifade edilen görüş kabul görmüştür²⁴. Yine söz konusu dönemde, daha hafif ceza öngören suçta dayalı çeşitli sonuçların (bu suç için öngörülen cezanın alt sınırının bağlayıcı olması ve ferî sonuçlar gibi) kanuni düzenleme olmamasına rağmen kabul edildiği ifade edilmelidir²⁵. Kabul edilmekte olan bu hukuki sonuçlara kanun değişikliğiyle bir dayanak oluşturulmuştur. Ancak hüküm fıkrasına ilişkin bir kanuni düzenlemenin yapılmadığı da ifade edilmelidir²⁶.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Fikri içtima kurumu, fiil tekliğine dayalı suç çokluğunun nasıl cezalandırılacağı sorusuna cevap verir. Bu kurumun varlığı, cezalandırılabilir birden fazla suçun varlığına bağlıdır. Kanun koyucunun cezalandırma bakımından benimsediği sistem; bu hususta bir değişikliğe neden olmaz, sadece cezanın belirlenmesinde hangi suçun ne ölçüde dikkate alınacağını tespit eder. Ayrıca fikri içtima ilişkisini oluşturan suçların, cezanın belirlenmesi dışındaki hususlarda bağımsızlığını koruduğu ifade edilmelidir.

²⁴ Bkz. **SCHÖNKE**, Adolf, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 5. Auflage, München-Berlin 1951, s. 268 vd.; **GEERDS**, Friedrich, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg 1961, s. 385; **MEYER**, Hugo/**ALLFELD**, Philipp, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9. Auflage, Leipzig 1934, s. 297; **WARDA**, s. 89.

Söz konusu dönemde, tüm suçların hüküm fıkrasında gösterilmesinin özellikle tekerrür bakımından önem arz ettiği belirtilmiştir. Bkz. **SCHÖNKE**, s. 269; **MEYER/ALLFELD**, s. 297.

²⁵ Bkz. RGSt 73, 148.

İçtihatların bu husustaki değişim süreci için bkz. **LAUE**, § 55, kn. 24.

Günümüzde ise bu sonuçların görünüşte içtima için de kabul edildiği; bu durumun, görünüşte içtima ile fikri içtimanın hüküm fıkrasının formülasyonu dışında aynı sonucu doğurmasına neden olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **STERNBERG-LIEBEN/BOSCH**, Vor § 52, kn. 103; **GEPPERT**, s. 656.

²⁶ Bkz. Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Drucksache IV/650, s. 191 vd.

TCK'da farklı neviden fikri içtima için erime sisteminin benimsenmiş olması ve TCK m. 44'ün gerekçesinde farklı neviden fikri içtima ile non (ne) bis in idem ilkesinin ilişkilendirilmiş olması, Türk hukukundaki görüşlerin şekillenmesinde etkili olmuştur. Bu nedenle görüşümüzü ifade etmeden önce bu hususların kısaca değerlendirilmesinde yarar vardır.

TCK m. 44'te benimsenen erime sistemi, en ağır cezayı gerektiren suçun içinde diğer suçların eridiğini ifade etmez²⁷. Bu sistem, bir suç için öngörülen ve somut içtima ilişkisinde en ağır olan cezanın suç çokluğu için yeterli olduğunu kabul eder²⁸. Yine bu sistemde hafif cezayı gerektiren suç, cezanın üst sınırına yaklaşmak için bir gerekçe teşkil edebilir²⁹. Erime sistemi fikri içtımın mutlak bir sonucu değildir. Kanun koyucu, bu sistemden vazgeçebileceği gibi bu sisteme istisna da getirebilir. Fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde suçların birbiri içinde eridiği kabulü, erime sisteminin behemehâl uygulandığı bir hukuk düzeninden hareketle yapılan yüzeysel ve hatalı bir değerlendirme olarak telakki edilebilir. Yine bu kabulün, her bir suçun ayrı ayrı cezalandırılmasını (TCK m. 212, m. 223/4, m. 109/6) ve en ağır cezada artırım yapılmasını (TCK m. 277/2, m. 297/1) öngören Türk hukukundaki özel norm niteliğini haiz içtima hükümlerini açıklayamayacağı kanaatindeyiz. Suçların birbiri içinde erimesi, görünüşte içtima kapsamında gündeme gelebilir. Bu nedenle fikri içtımın izahında ve hüküm fıkrasının formüle edilmesinde suçların birbiri içinde eridiği kabulünden hareket edilemez.

TCK m. 44'ün gerekçesinde, farklı neviden fikri içtımın ve erime sisteminin non (ne) bis in idem ilkesine dayandığı ifade edilmiştir. Fikri içtima ile non bis in idem ilkesi arasında bir ilişkinin olmadığı, gerekçedeki açıklamaların hatalı olduğu belirtilmelidir³⁰. Non bis in idem ilkesi; suçların içtımını bağlamında fiil tekliğine değil, ceza

²⁷ WARD, s. 88.

²⁸ MAYER, Hellmuth, Strafrechts Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953, s. 412.

²⁹ GEPPERT, s. 653; ROXIN, § 33, kn. 111.

³⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. KILIÇ, Ahmet, Suçların İçtımını Bağlamında Fiil Tekliği, Ankara 2023, s. 86 vd.

Aynı yönde görüş için bkz. GÖKTÜRK, s. 70.

muhakemesi bağlamında tek/aynı fiile dayanır. Her ne kadar çoğu olayda teklik-çokluk bakımından aynı sonuca varılsa da bu iki fiil kavramı arasında amaç ve kapsam farklılığı vardır. Ayrıca non bis in idem ilkesi, aynı fiil nedeniyle iki defa yargılama yapılmasını yasaklamaktadır. Bir yargılama sonucunda birden fazla cezaya hükmedilmesi, bu ilkeyi ihlal etmez. Yine bu nedenle erime sistemine istisna getiren ve yukarıda örnek kabilinden sayılan hükümlerin non bis in idem ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

Sonuç olarak farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde hüküm fıkrasının nasıl olması gerektiği, erime sistemine ve non bis in idem ilkesine bağlı değildir. Bu iki husustan hareketle yapılan hüküm fıkrasına ilişkin değerlendirmeler hatalı olacaktır.

Fikri içtima-gerçek içtima ayrımı; birden fazla suçun tek fiille işlendiği hallerin haksızlık ve kusur içeriğinin, bu suçların farklı fiillerle işlendiği hallere nazaran daha az olduğu kabulüne dayanır³¹. Cezanın belirlenmesinde hangi sistem kabul edilirse edilsin farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde, görünüşte içtimain aksine, içtima öğretisi anlamında fiilin haksızlık ve kusur içeriğinin karşılanabilmesi için gerçekleşen tüm suç tiplerinin değerlendirmeye dahil edilmesi gerekir. Farklı neviden fikri içtima ilişkisinde suçlar birbirini dışlayıcı nitelik arz etmez. Cezanın belirlenmesi aşamasını düzenleyen fikri içtima kurumu da suç tipleri arasında böyle bir ilişki tesis etmeyi amaçlamaz. Dolayısıyla farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde tüm suç tipleri, hangi sistemin benimsendiğinden bağımsız olarak hüküm fıkrasında yer almalıdır. Somut olayın haksızlık içeriği de tüm suçlara hüküm fıkrasında yer verilerek açıklanabilir³².

Türk pozitif hukukunda, bir suçun unsurlarının gerçekleştiğinin yargılama sonunda tespit edildiği hallerde üç ihtimal gündeme gelir: mahkûmiyet kararı, ceza verilmesine yer olmadığı kararı veya

³¹ RISSING-VAN SAAN, § 52, kn. 4; STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, § 52, kn. 1; JÄGER, § 52, kn. 4.

³² STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011, s. 339; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 52, kn. 109 vd.

görünüşte içtima kabulü nedeniyle suçun dışlanması³³. Unsurları gerçekleşen bir suç için bu seçeneklerden birinin tercih edilmesi gerekir. Davanın düşmesi ve reddi kararlarının, suçun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir tespit içermemesi nedeniyle³⁴ ayrı bir seçenek teşkil etmediği ifade edilmelidir. TCK m. 44'teki düzenleme, bu hususta yeni bir seçenek sunmadığı gibi fikri içtima kurumunun böyle bir amacı da yoktur. Farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde hüküm fıkrasının nasıl olması gerektiği bu kabulden hareketle tespit edilmelidir.

Farklı neviden fikri içtima ilişkisinden söz edilebilmesi için birden fazla suçun cezalandırılabilir olması ve bu suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunmaması gerekir. Bu duruma Türk pozitif hukukunda bağlanan sonuç, mahkûmiyet kararıdır. Ayrıca, aksi halde gerçek bir suç çokluğunun varlığı hükme yansımayacağı için fikri içtima kurumunun varlığı da bu kararın verilmesine bağlıdır. Bu nedenle farklı neviden fikri içtima kapsamındaki tüm suçlar için mahkûmiyet kararı verilerek bu suçların hüküm fıkrasında yer alması sağlanmalı³⁵; ancak fail, sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmalıdır. Buradan hareketle mahkûmiyet kararının iki aşamalı olduğu; ilk aşamada bir suç için cezalandırılabilirliğin tüm şartlarının gerçekleştiği ve mahkûmiyet kararı dışında bir hüküm vermenin mümkün olmaması nedeniyle mahkûmiyet kararının verildiği, ikinci aşamada ise cezanın belirlendiği söylenebilir. Erime sisteminin benimsenmesi halinde fikri içtima kurumu, ikinci aşamayı tüm suçlar için zorunlu olmaktan çıkarmaktadır. Farklı neviden fikri içtima ile görünüşte içtimanın hukuki sonuçlar bakımından ayrıldığı asıl nokta budur. Suçlar arasında

³³ Görünüşte içtima kabulü için kanuni düzenlemeye kural olarak ihtiyaç olmadığı gibi görünüşte içtimanın kapsamı kanuni düzenlemelerle sınırlı değildir.

³⁴ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2022, s. 861.

³⁵ Türk doktrinindeki bazı yazarlar tarafından ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bazı kararlarında fikri içtima ilişkisi kapsamındaki tüm suçların hüküm fıkrasında gösterilmesi gerektiği ifade edilmesine rağmen bunun nasıl olması gerektiği hususu ve bu duruma bağlanan sonuçlar açıklanmamaktadır. Eğer bu görüş daha hafif cezayı öngören suçun hüküm fıkrasında sadece zikredilmesiyle yetinileceğini ifade ediyorsa bunun herhangi bir anlamının ve sonucunun olmayacağı ifade edilmelidir.

görünüşte içtima ilişkisinin olduğu hallerde sadece dışlayan suç tipi (özel norm, asli norm, tüketen norm) hüküm fıkrasında yer alır. Zira dışlayan suç, somut olayın haksızlık ve kusur içeriğini tek başına karşılamaktadır³⁶. Farklı neviden fikri içtima-görünüşte içtima ayrımının temelini oluşturan bu durum, farklı neviden fikri içtima kabulünden önce görünüşte içtima değerlendirilmesinin tüketilmesini gerektirir. Suçlar arasındaki görünüşte içtima ilişkisi ise gerek duyulması halinde gerekçe kısmında tespit edilebilir.

Yargıtayın kararları değerlendirilecek olursa, öncelikle farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde hüküm fıkrasına ilişkin yerleşik bir içtihadın olmamasının önemli bir sorun teşkil ettiği vurgulanmalıdır. Ayrıca mahkemenin, farklı neviden fikri içtima-görünüşte içtima ayrımına gereken önemi vermediği kanaatindeyiz. İçtihatlardaki temel sorun, somut olaydaki içtima ilişkisinin hatalı tespit edilmesi değil, iki kurumun şartları ve sonuçları arasındaki farklılığa rağmen bu ayrımın çoğu zaman göz ardı edilmesi ve bu iki kurumun âdeta eşanlamlı kabul edilmesidir.

Hafif ceza öngören suç için karar verilmesine yer olmadığı veya hüküm kurulmasına yer olmadığı kararı verilmesinin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Bu iki karar, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223'te sayılan hüküm türleri arasında yer almamaktadır. Bu kararların anlam ve sonuçları ile kendi aralarındaki farklar belirsizdir. Yargıtayın da bu kararların hüküm niteliğinde olmadığını ve temyiz edilemeyeceğini kabul ettiği içtihatları vardır³⁷. Söz konusu kararlara görünüşte içtima ilişkisinin olduğu hallerde de başvurulması ayrı bir sorun teşkil eder. Zira böylece farklı neviden fikri içtima ile görünüşte içtimaa aynı sonuç bağlamaktadır. Ayrıca gerek olmamasına rağmen dışlanan normun hüküm fıkrasında yer almasına neden olunmaktadır.

En ağır cezayı gerektirmeyen suçlar için ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği yönündeki içtihatlar da yerinde

³⁶ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s. 732; ROXIN, § 33, kn. 170; JÄGER, Vor § 52, kn. 82; LAUE, § 55, kn. 4.

³⁷ Yargıtay CGK, 11.03.2021, E. 2019/457, K. 2021/103; Yargıtay 2. CD, 21.06.2022, E. 2022/1840, K. 2022/12872; Yargıtay 4. CD, 06.04.2022, E. 2021/36323, K. 2022/9498.

değildir. Bu kararın verilebileceği haller CMK m. 223'te tahdidi olarak sayılmıştır. Bu hallerin hiçbirine girmeyen fikri içtima bahsinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hem kanuna hem de fikri içtima kurumunun amacına aykırı olacaktır. Aslında savunduğumuz görüş ile ceza verilmesine yer olmadığı kararının sonuçları kısmen örtüşür. Şöyle ki, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, suçun oluştuğunu ancak failin cezalandırılmadığını ifade eder. Ancak fikri içtima ilişkisinin varlığı için birden fazla suçun cezalandırılabilir olması gerekir. Bu durumda söz konusu kararın verilmesi, fikri içtima ilişkisinin tespit edilmesinden sonra bir önceki aşamaya geri dönülerek fikri içtima ilişkisinin kabulü için olmaması gereken bir sonucun kabul edilmesi anlamına gelir. Böylece kendi içinde çelişen bir durum ortaya çıkar. Ayrıca ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkûmiyet kararı ile aynı sonuçları kural olarak doğurmadığı için bu kararın verilmesi halinde mahkûmiyet kararına bağlanan sonuçlardan haklı bir gerekçe olmaksızın vazgeçilmiş olur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurulmasıyla yetinilmesi gerektiğine ilişkin kararı da yerinde değildir. Bu içtihat, suç çokluğunun hüküm fıkrasına yansımaları engeller ve farklı neviden fikri içtima ile görünüşte içtima aynı sonucun bağlanmasına neden olur³⁸. Yukarıda da ifade edildiği gibi fikri içtima kurumu, bir suça ilişkin mahkûmiyet kararı verilmesini engellemeyi amaçlamamaktadır.

Savunduğumuz görüş; fikri içtima için aranan, cezalandırılabilirliğin tüm şartları gerçekleşmiş birden fazla suçun varlığı şartını anlamlı kılmaktadır. Zira her bir suç için cezalandırılabilirliğin tüm şartlarının gerçekleştiği ayrı ayrı tespit edilmesine ve suçlar birbirini dışlamamasına rağmen bu durumun hüküm fıkrasına mahkûmiyet kararı olarak yansımaması izah edilemez. Aksi kabul halinde şu soru gündeme gelmektedir: Mahkûmiyet kararı verilmeyecekse veya hüküm fıkrasına yansımayacaksa neden her bir suç

³⁸ Hukuki sonuçlar bakımından Türk hukukundaki genel eğilimin fikri içtima görünüşte içtima yaklaşmış, Alman hukukundaki genel eğilimin ise görünüşte içtima fikri içtima yaklaşmış söylenebilir.

için cezalandırılabilirliğin tüm şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmektedir?

IV. SAVUNDUĞUMUZ GÖRÜŞÜN SONUÇLARI

Savunduğumuz görüşün temel sonucu şu şekilde ifade edilebilir: Fail, fikri ictima kapsamındaki tüm suçlardan mahkûm olmuştur ve sadece mahkûmiyete (ve evleviyetle suçun işlenmesine) bağlı tüm hukuki sonuçlar doğar³⁹. Ancak fail, en ağır cezayı gerektirmeyen suçtan/suçlardan cezalandırılmadığı için bu suçtan/suçlardan hapis cezasına veya adli para cezasına mahkûm olmaya bağlanan sonuçlar doğmaz⁴⁰. Bu hususu bir örnekle açıklamakta yarar vardır: Tek fiille hem trafik güvenliğini tehlikeye sokma (TCK m. 179/2) hem de taksirle öldürme (TCK m. 85/1) suçunu işleyen fail, daha ağır cezayı gerektirdiği için TCK m. 85/1'deki suçtan cezalandırılır. Hemen ifade etmek gerekir ki, bu suçlar arasında görünüşte ictima ilişkisi yoktur⁴¹. Bu olayda fail hem trafik güvenliğini tehlikeye sokma hem de taksirle öldürme suçundan mahkûm edilmelidir. TCK m. 44 gereği failin sadece taksirle öldürme suçundan cezalandırılması, TCK m. 179/2'ye dayalı mahkûmiyet kararına engel teşkil etmez. Bu nedenle kasıtlı bir suçta sadece mahkûm olmaya bağlanan tüm hukuki sonuçları doğar. Örneğin:

1. Fail kasıtlı bir suçtan mahkûm olduğu için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun şartlarından birini (CMK m. 231/6-a) artık taşımamaktadır. Yine denetim süresi içinde bu fiil icra edilmişse CMK m. 231/11 gereği ilgili hükmün açıklanması gerekir.

2. Failin daha önce mahkûm olduğu hapis cezası ertelenmişse ve örnek olaydaki fiil denetim süresi içinde icra edilmişse ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilmesi gerekir. (TCK m. 51/7)

³⁹ Fikri ictima kapsamındaki en ağır cezayı gerektirmeyen suçta/suçlara cezai yaptırım dışında bağlanan sonuçların geçerliliğini koruduğunu ifade eden benzer yönde görüş için bkz. **ÖZEN**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1134.

⁴⁰ *Akbulut*, güvenlik tedbirlerinin uygulanması bakımından benzer bir ayrımı esas almaktadır. Ancak yazar, mahkûmiyet ve cezalandırmaya dayalı bir ayrım yerine suçun işlenmesi ve mahkûmiyete dayalı bir ayrımı esas almaktadır. Bkz. **AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2022, s. 935.

⁴¹ Bkz. **KILIÇ**, s. 44 vd.

3. Fail, TCK m. 6/1-h gereği itiyadi suçlu sayılabilir.
4. Hapis cezasının üst sınırına ilişkin şartın sağlandığı hallerde TCK m. 71/2 gereği ceza zamanaşımının kesilmesi gündeme gelebilir.

Ancak fail, kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası veya adli para cezasına mahkûm olmamıştır. Bu nedenle fail, örneğin, hapis cezasının ertelenmesine ilişkin TCK m. 51/1-a'daki şartı hâlâ sağlamaktadır.

Farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde tüm suçlardan mahkûmiyet kararı verilmesi adli sicili kaydı bakımından da özellik arz eder. Tek fiille işlenen tüm suçların adli sicil kaydında yer alması gerekir. Ancak kaydın; suçlar arasında farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğunu ve bu nedenle failin sadece bir suçtan dolayı cezalandırıldığını açıkça ortaya koyar nitelikte olması gerekir. Cezanın infazı ise cezanın belirlenmesinde esas alınan suç tipine göre yerine getirilmelidir.

Güvenlik tedbirleri bahsinin ayrıca ele alınması gerekir. Alman CK m. 52'de, daha hafif cezayı gerektiren suç için öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir. Benzer bir düzenleme TCK'da yer almamaktadır ve Türk doktrininde görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre bu yönde bir düzenleme olmadığı için daha hafif cezayı gerektiren suç için öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanamaz⁴². Diğer bir görüş ise hukuki sonuçlar bakımından yaptığımız ayrıma benzer bir ayrımı esas alarak bazı güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir⁴³.

Güvenlik tedbirleri bahsinde de yukarıda yapmış olduğumuz ayrımın esas alınabileceği kanaatindeyiz. En ağır cezayı gerektirmeyen suç için öngörülen bir güvenlik tedbiri için mahkûmiyet kararı (suçun işlenmesi) yeterli ise bu güvenlik tedbiri uygulanabilir. Örneğin, failin tek fiille kasıtlı ve taksirli iki suç işleyip TCK m. 44 gereği sadece taksirli

⁴² ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 839; KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, "Suçların ve Cezaların İçtimal", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan Cilt I, C.1, 2010, 813-846, s. 836.

⁴³ AKBULUT, s. 935.

suçtan cezalandırıldığı olayda kullanılan eşya, TCK m. 54/1 gereği müsadere edilebilir⁴⁴. Ancak hapis cezası veya adli para cezasına bağlı olan ve sadece daha hafif cezayı gerektiren suç için öngörülen bir güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu durum için ise TCK m. 53 örnek gösterilebilir.

Savunduğumuz görüşün önem arz ettiği bir diğer husus, mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra genel affın veya suç tipini yürürlükten kaldıran bir kanun değişikliğinin olduğu hallerdir. Örneğin, tek fiille A ve B suçlarının işlendiği, daha ağır cezayı gerektirdiği için failin A suçundan cezalandırıldığı olayda hükmün kesinleşmesinden sonra A suçunu düzenleyen kanun maddesi ilga edilebilir. Bu durumda B suçuna ilişkin mahkûmiyet kararı varlığını sürdürür ve B suç için bir ceza belirlenebilir. Bu sonuç, genel affın olduğu haller için de geçerlidir.

Farklı neviden fikri içtima ilişkisini oluşturan tüm suçlardan mahkûmiyet kararı verilmesi, ceza muhakemesi hukuku bakımından da önem arz eder. Sadece daha hafif cezayı gerektiren suçun bir koruma tedbirine ilişkin katalogta yer alması mümkündür. Bu durumda söz konusu koruma tedbiri uygulanabilir. Sadece daha hafif ceza öngören suçtan mağdur olan veya zarar gören kişi kamu davasına katılabilir⁴⁵.

Uzlaşma ve önödeme gibi muhakeme şartları, farklı neviden fikri içtima ilişkisinin olduğu hallerde tüm suçlardan mahkûmiyet kararı verilmesinin önem arz ettiği bir diğer husustur. Fikri içtima kapsamındaki suçlar söz konusu muhakeme şartları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴⁶. Örneğin, sadece hafif cezayı gerektiren suç uzlaşma kapsamında ise bu suç için uzlaşma yoluna başvurulmalıdır. Yine sadece en ağır cezayı gerektiren suçun uzlaşma kapsamında kaldığı ve tarafların uzlaştığı durumda hafif cezayı gerektiren suça dayalı

⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **GEDİK**, Doğan, Müsadere, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 207.

⁴⁵ **ZAFER**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2021, s. 631; **CENTEL/ZAFER**, s. 1003.

⁴⁶ Bkz. **ÖZEN**, Mustafa, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", TBB Dergisi, S. 73, 2007, 132-145, s. 144; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 558.

Bu hususta kanun koyucunun CMK m 253/3'teki gibi çeşitli suç çokluğu halleri için istisna hüküm ihdas edebileceği de ifade edilmelidir.

yargılama devam etmelidir. Bu kabul, fikri içtima kapsamındaki suçların cezanın belirlenmesi dışında bağımsızlığını korumasının ve her suç için mahkûmiyet kararı verilmesinin bir gereğidir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından da farklı neviden fikri içtima kapsamındaki suçların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Ancak farklı neviden fikri içtima ilişkisi, özellikle hapis cezasının sakıncalarını gidermek amacıyla ihdas edilmiş kurumların kapsamı katalog suçlarla belirlenmişse iki nedenle sorunlu bir alan haline gelebilir: söz konusu kurumun somut olayda uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddüt oluşabilir veya farklı neviden fikri içtima kapsamındaki sadece bir suç için bu kuruma başvurulması, kurumun amacına hizmet etmeyen bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilir. Farklı neviden fikri içtima için özel hüküm ihdas etmek, söz konusu sorunları giderici nitelikte olacaktır. Türk hukukunda da bu yöntemin yer yer tercih edildiği söylenebilir.

Hukuki sonuçlara ilişkin yukarıdaki açıklamalarda, erime sisteminin kabul edildiği TCK m. 44'teki düzenleme esas alınmıştır. Ancak bu açıklamaların, TCK m. 277/2 ve m. 297/1'de olduğu gibi fikri içtimada erime sisteminden vazgeçilen haller için de geçerli olduğu ifade edilmelidir.

SONUÇ

Farklı neviden fikri içtima ilişkisinin oluşabilmesi için birden fazla suç bakımından cezalandırılabilirliğin tüm şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Hem Türk pozitif hukukundaki düzenlemeler hem de fikri içtima kurumunun amacı, farklı neviden fikri içtima ilişkisini oluşturan tüm suçlar hakkında mahkûmiyet kararı verilmesini ve böylece tüm suçların hüküm fıkrasında yer almasını gerektirir. Ancak TCK m. 44'te erime sisteminin benimsenmesi nedeniyle sadece en ağır cezayı öngören suça dayalı olarak ceza belirlenmeli, diğer suç/suçlar için mahkûmiyet kararı vermekle yetinilmelidir. Bu kabulün temel sonucu şudur: Daha hafif ceza öngören suç/suçlar bakımından da mahkûmiyet kararı verildiği için bu suça/suçlara ilişkin sadece mahkûmiyete bağlı hukuki sonuçlar doğar. Ancak bu suç/suçlar bakımından bir cezaya hükmedilmemesi nedeniyle hapis cezası veya adli para cezası

verilmesine bağlı sonuçlar doğmaz. Bu durum, farklı neviden fikri içtima ile görünüşte içtimanın sonuçları arasındaki temel farkı oluşturur. Görünüşte içtima ilişkisinin olduğu hallerde sadece dışlayan suça dayalı mahkûmiyet kararı verilir, dışlanan suç hüküm fıkrasında yer almaz ve dışlanan suçun işlenmesine bağlanan hukuki sonuçlar doğmaz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2022.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2022.
- BRINGEWAT**, Peter: Die Bildung der Gesamtstrafe, Berlin 1987.
- CENDEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2022.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2023.
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Drucksache IV/650.
- GEDİK**, Doğan: Müsadere, 2. Baskı, Ankara 2016.
- GEERDS**, Friedrich: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961.
- GEPPERT**, Klaus: "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB) - Zweiter und letzter Teil: Ideal-, Real- und Gesetzeskonkurrenz", JURA, 2000/12.
- GÖKTÜRK**, Neslihan: Fikri İçtima, Ankara 2013.
- İÇEL**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2023.
- JÄGER**, Christian: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Auflage, Köln 2016.
- JESCHECK**, Hans-Heinrich/**WEIGEND**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- KARAKAŞ DOĞAN**, Fatma: "Suçların ve Cezaların İçtima", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan Cilt I, C.1, 2010.
- KILIÇ**, Ahmet: Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği, Ankara 2023.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2023.
- LAUE**, Cristian: Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Auflage, München 2014.

- MAYER**, Hellmuth: Strafrechts Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953.
- MEYER**, Hugo/**ALLFELD**, Philipp: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Auflage, Leibzig 1934.
- MITSCHE**, Wolfgang: "Gesetzeseinheit im Strafrecht", JuS, 1993/6.
- ÖZEN**, Mustafa: "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", TBB Dergisi, S. 73, 2007.
- ÖZEN**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZEN**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022.
- RISSING-VAN SAAN**, Ruth: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 4, 13. Auflage, Berlin 2019.
- ROXIN**, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II, München 2002.
- SCHÖNKE**, Adolf: Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Auflage, München-Berlin 1951.
- STERNBERG-LIEBEN**, Detlev/**BOSCH**, Nikolaus: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019.
- STRATENWERTH**, Günter/**KUHLEN**, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011.
- STUCKENBERG**, Carl-Friedrich: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Band 7, 27. Auflage, Berlin-Boston 2020.
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG**, Bernd: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2, 4. Auflage, München 2020.
- WARDA**, Günter: "Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre", JuS, 1964/3.
- ZAFER**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2021.

UZLAŞTIRMACININ UYMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU ETİK İLKELER

Uğur AŞKIN *

Korhan YEĞRİM **

Öz

Uzlaştırıcı, şüpheli veya sanık ile mağdur ya da suçtan zarar gören arasındaki uzlaştırma müzakerelerini yöneten, Cumhuriyet savcısının onayıyla görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişidir. Bu görevi üstlenen kişilerin uyması gereken etik ilkeler, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmektedir. Burada sayılan ilkelere uzlaştırıcıların görevlerini yerine getirirken uymaları zorunludur. Aksi halde uzlaştırıcının cezai, hukuki ve disiplin sorumluluğunu gerektirebilir.

Uzlaştırıcının uymakla yükümlü olduğu etik ilkeler; bağımsızlık ve tarafsızlık, görevini zamanında, etkin, verimli ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yerine getirme, taraflara saygılı ve nazik davranma, önyargılı olmama ve eşit davranma, tarafların vekilliğini ya da müdafiliğini üstlenmeme, menfaat

* Araştırma Görevlisi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye | Res. Ass, İnönü University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law. ✉
ugur.askin@inonu.edu.tr • ORCID : 0000-0002-3842-8745.

** Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye || Asst.,Prof., İnönü University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law ✉
korhan.yegrim@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-3231-0068.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AŞKIN, Uğur/ YEĞRİM, Korhan: "Uzlaştırıcının Uymakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 741-778.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

temin etmeme, kişilerin adalete olan inancını ve görevinin itibarını koruma şeklindedir. Etik ilkeler, uzlaştırma sürecinin başarılı şekilde sonuçlanmasını ve uzlaşmadan beklenen faydanın sağlanmasını temin eder.

Anahtar Kelimeler

- Uzlaştırıcı • Etik İlkeler • Yaptırım • Yükümlülük • Sorumluluk

ETHICAL PRINCIPLES THAT THE CONCILIATOR IS OBLIGED TO COMPLY WITH

Abstract

A conciliator is a lawyer or a person with a law degree who manages the conciliation negotiations between the suspect or the accused and the victim or the person harmed by the crime and is appointed with the approval of the public prosecutor. The ethical principles that the persons who undertake this task must comply with are regulated in Article 6 of the Regulation on Conciliation in Criminal Procedure. It is obligatory for the conciliators to comply with the principles listed here while fulfilling their duties. Otherwise, the conciliator may be held criminally, legally and disciplinarily liable.

The ethical principles that the conciliator is obliged to comply with are; independence and impartiality, fulfilling his/her duty in a timely, effective, efficient and honest manner, treating the parties with respect and kindness, not being prejudiced and treating them equally, not acting as an attorney or defender of the parties, not obtaining benefits, and the responsibility to protect the people's belief in justice and the reputation of the duty. Ethical principles ensure the successful conclusion of the conciliation process and the expected benefit of conciliation.

Keywords

- Conciliator • Ethical Principles • Sanction • Obligation • Responsibility

GİRİŞ

Klasik ceza adalet sistemleri suç işleyen faillerin yargılamasının uzun sürmesi, yaptırımların caydırıcı olmaması ve suçtan zarar görenin mağduriyetinin giderilmesinde eksikliklerin bulunması gibi çeşitli sebeplerle tatmin edici değildir. Bu sakıncaların giderilmesi amacıyla yapılan çalışmalar, suç ile mücadelede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntem-

lerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bunlardan biri de onarıcı adalet anlayışıdır¹.

Onarıcı adalet, suç ile mücadelede farklı yaklaşımlar sunan, suçtan doğrudan ya da dolaylı etkilenen kişilere çözüm sürecinde aktif rol alma fırsatı veren, mağdurların zararının giderilmesini ve faillerin sorumluluklarını kabul etmesini sağlayan alternatif bir çözüm yöntemidir². Ona-

¹ **Özbek**, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Cilt, 2, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2016; 1051; Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca 3.12.2002 tarihinde kararlaştırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı'nın 265'inci maddesinin gerekçesinde onarıcı adalet kavramının tanımlandığını görmekteyiz. Anılan gerekçeye göre; "Suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde onların yararlarını korumak amacını güden bir duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı görülüyor. Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de bugüne kadar mağdurlara karşı gösterilen özel dikkat sadece bazı adam öldürme, terör ve örgütlü suçlarda ve cezaların ertelenmesi gibi bazı kurumlar yönünden söz konusu olabiliyordu. Oysa bugün Batı ülkelerinde özel kanunlarla suç mağdurlarına veya ailelerine devletin tazminat ödemesi bile öngörülmektedir. XXI. Yüzyıl adalet sistemi, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır: Suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır. İşte böylece uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, hâkim veya Cumhuriyet savcısının ya da onların atayacakları bir uzlaştırmanın girişimleriyle çözmek hem adaleti sağlamak ve hem de mağduru tatmin etmektir. Böylece zarar giderilince fail ile mağdur arasında barış sağlanabilecektir. Gerçi uzlaşma dışındaki bir kısım yollarla da tazminatın sağlanması olanağı vardır. Ancak uzlaşma kurumunda zararın giderilmesi onarım yanında ayrıca bir moral unsurun da sağlanmasını olanaklı kılmaktadır. Uzlaşma böylece özel önleme işlevine yardım ettiği gibi genel olarak kamunun yararlarının korunmasını da sağlamaktadır. Uzlaşma ile fail işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olmaktadır. Failin ceza sorumluluğu saptanıp zararın giderilmesi için gereken de yapılmış bulunacağından hem adalet yerine getirilmiş olacak, fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanacak ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet edilecek ve ayrıca devlet, yaptırım uygulamak yönünden katlanacağı birçok masraftan da kurtulmuş olacaktır. Bu çeşit uygulamalara "onarıcı adalet" denilmektedir". TBMM 22'nci Dönem, 3'üncü Yasama Yılı, 698 Sıra Sayı numaralı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu; Onarıcı adalet aynı zamanda cezalandırıcı adalet anlayışına alternatif bir modeldir. Bkz. **Gökalp**, Özge Tuç: "Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2013, Sayfa: 21-30, s. 28.

² **Özbek**, Mustafa Serdar: *Onarıcı Adalet, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı

rıcı adalet yöntemleri; ceza arabuluculuğu olarak nitelendirilen mağdur-fail arabuluculuğu, barış halkaları olarak nitelendirilen görüşme grupları, grup toplantısı ve uzlaştırmadan ibarettir³. Bu yöntemlerden biri olan uzlaştırma, mağdur ile failin karşılıklı olarak ortak bir çözüm yolu bulabilmesi amacıyla önyargısız bir kişi aracılığıyla buluşmalarına olanak sağlayan süreçtir⁴. Uzlaştırma ile kovuşturmayla ve hapis cezasına alter-

ği, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 3; **Pelvan**, Neslihan: “Ceza Muhakemesinde Onarıcı Adalet Kapsamında Uzlaştırma Uygulaması”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 103, Mart 2018, Sayfa: 111-114, s. 111; **İşten**, İnanç/**Mert**, İbrahim Sani: “Uzlaştırma Kurumunun Etkinliğinin Artırılması: Uzlaştırma Sürecinde Karşılaşılan Hukuki ve İletişime İlişkin Problemler ile Çözümlerine İlişkin Nitel Bir Araştırma”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 11, Haziran 2018, Sayfa: 1-31, s. 5.

³ **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 6; **Şahin**, Cumhuriyet/ **Göktürk**, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin yayıncılık, 12. Baskı, Seçkin yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 26; Örneğin, mağdur-fail arabuluculuğunda suçun faili ile mağdurunu resmi bir uzlaştırmacı aracılığıyla orta bir noktada buluşmalarını sağlamak amacıyla iletişim kurmalarını sağlayan ve bu faaliyetin bir uzlaştırma programı olarak nitelendirildiği bir yöntemdir. Bkz. **Ertemür**, Hazal: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 24; **Tok**, Mehmet Can: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumu Hakkındaki Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler ve Uzlaştırmadan Başarısızlık Nedenleri”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 105, Ağustos 2018, Sayfa: 24-27, s. 24; **Aşkın**, Uğur/**Topuz**, Veysel/**Bilge**, Burak: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, *Adalet Yayınevi*, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 24; Failin fiilinden dolayı pişmanlık duyması ve hatasını telafi etme fırsatına kavuşması, mağdur ve failin anlaşılmasının uzmanlık eğitimi almış bağımsız ve tarafsız bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gibi haller bakımından uzlaştırma kurumu ile mağdur-fail arabuluculuğu benzerdir. Bkz. **Bakar**, Yunus Emre: *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 24.

⁴ Uzlaştırma, bazı suçlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların mahkeme sistemi haricinde çözümünü sağlamayı amaçlayan bir süreç olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Tok**, Uzlaştırma Kurumu Hakkındaki Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler ve Uzlaştırmadan Başarısızlık Nedenleri, s. 24; Uzlaştırmacı, uzlaştırmada yol gösterici konumda olup uzlaştırma sürecine ilişkin irade taraflara bırakılmıştır. Uyuşmazlığa ilişkin uzlaştırmacının çözüm getirebilmesi ancak taraflar karar verdiği zaman olanaklıdır. Bu sebeple uzlaştırma sürecinde taraflar aktif konumda, uzlaştırmacı ise pasif konumda bulunmaktadır. Bkz. **Atalay**, İbrahim Orkun: “Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yolu Olarak Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Anlamında Uzlaşma”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2004, Cilt:2, Sayı:20, Sayfa: 2207-2224, s. 2210.

natif çözüm sağlanır⁵. Böylece tarafların tatmin olması sağlanarak, uyuşmazlık kalıcı olarak giderilir⁶.

Uzlaştırmaya ilişkin ilk düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 73'üncü maddesinin sekizinci fıkrasında yer almaktadır. Benzer şekilde 5271 sayılı CMK'nın 253 ila 255'inci maddeleri arasında uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁷. Bunlar, uzlaştırmmanın maddi ceza huku-

-
- ⁵ **Çetintürk**, Ekrem: *Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, HD Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 28; **Çetintürk**, Ekrem: *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Uzlaştırma, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 71; **Dönmez**, Burcu: *Çocuk Yargılaması – Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuklara Özel Soruşturma ve Kovuşturma Kuralları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020, s.202; **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Eser**, Ferda/**Özşahinli**, Pakize Pelin: *100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmacının El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 21; **Değirmenci**, Olgun: “Uygulamacının 10 Sorusu Işığında Uzlaştırma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, s. 663; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2021, s. 726; **Göksu**, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 91.
- ⁶ Uzlaştırma kurumu ceza yargılamasında birçok amaca hizmet etmektedir. Esasında yargılama yapıp kesin hüküm ortaya çıkmadan zararın tazmin edilmesine yönelik bir rıza beyan edilmektedir. Bkz. **Ünal**, Ertuğrul: “Uzlaştırma ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1, Ocak 2018, Sayfa: 195-216, s. 208; Uzlaştırma ile mağdur korunduğu gibi yargılamanın uzun yıllar sürmesinin de önüne geçilerek yargıdaki iş yükü azaltılmaktadır. Ayrıca fail ile mağdur arasındaki husumet sona erdirilerek, kalıcı bir sosyal barış ortamı sağlanmaktadır. Bkz. **Şahin/Göktürk**, s. 47; Uzlaştırma aynı zamanda dava ekonomisini de sağlamaktadır. Bkz. **Yurtcan**, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara 2019, s. 793; **Dönmez**, s. 203; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 21; **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Gezer**, Sırma/**Saygılar**, Yasemin F./**Alan**, Esra/**Özaydın**, Özdem/**Erden Tütüncü**, Efser/**Altınok Villemın**, Derya/**Tok**, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2022, s. 60.
- ⁷ **Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 848; **Tok**, Uzlaştırma Kurumu Hakkındaki Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler ve Uzlaştırmmanın Başarısızlık Nedenleri, s. 24; **Ekici Şahin**, Meral/**Yemenici**, Kürşat: “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, Nisan 2018, Sayfa: 445-507, s. 447; **Değirmenci**, Olgun: *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 87; **Akbulut**, Berir/**Aksan**, Murat: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 22; **Gökalp**, s. 22; **Özbek**, Mustafa: “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 3, Eylül 2005, Sayfa: 289-321, s. 295; **Özbek**, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde

kuna mı yoksa şekli ceza hukukuna mı ait olduğu tartışmasını beraberinde getirmiştir⁸. Kanaatimizce, uzlaştırma hem maddi hem de şekli ceza hukukuna ait bir kurum olup karma niteliğe haizdir.

Uzlaştırma kapsamındaki bir suçun soruşturmasında uzlaştırma usulü uygulanmaksızın iddianame düzenlenmesi, CMK m. 174/1-c uyarınca iddianamenin iadesi sebebidir⁹. İddianame kabul edildikten sonra

Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 32, Aralık 2016, Sayfa: 7-28, s. 8; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 834.

- ⁸ Bir görüşe göre uzlaştırma şekli ceza hukukuna (CMK) ait bir kurumdur. Bkz. **Şahin/ Göktürk**, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 49; Aynı yönde **Ekici Şahin/Yemenici**, s. 454; Yargıtay Ceza Genel Kurulu da uzlaştırmanın bir usul hukuku kurumu olduğu sonucuna ulaşmıştır: “Soruşturma evresinde tarafların kabul etmemeleri sebebiyle sonuçsuz kalan uzlaştırmanın maddi ceza hukuku boyutunu ilgilendirmeyen, münhasıran uzlaştırma yöntemine yönelik olması sebebiyle usule dair olduğu konusunda kuşku bulunmayan değişikliğin, derhal uygulama ilkesinin zorunlu bir gereği olarak daha önce usulüne uygun olarak yerine getirilmiş olan uzlaştırma girişimine dair işlemlerin yenilenmesini gerektirmediği kabul edilmelidir” (YCGK, 25/10/2018, E.2018/4-394, K. 2018/478); Diğer bir görüşe göre uzlaştırma maddi ceza hukukuna ait bir kurumdur. Bkz. **Özgenç**, Nuri Berkay: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma*, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016, s., 247; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 851; Üçüncü görüşe göre ise, uzlaştırma hem maddi ceza hukukuna hem de şekli ceza hukukuna ait bir kurum olup karma niteliği haizdir. Bkz. **Değirmenci**, Uygulamacının 10 Sorusu Işığında Uzlaştırma, s. 664; Aynı yönde **Ünver/Hakeri**, s. 726; **Akbulut/Aksan**, s. 33; **Eriş**, A. Uğur: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 137, Temmuz 2018, Sayfa: 241-271, s. 246; Yargıtay eski içtihadında uzlaştırmanın hem maddi ceza hukukuna hem de şekli ceza hukukuna ait olduğunu kabul etmekteydi: “Suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasındaki çekişmeyi bir uzlaştırmacının girişimiyle kısa zamanda tarafların özgül iradeleriyle ve adli merciler daha fazla meşgul edilmeden sonuçlandırmayı amaçlayan uzlaştırmaların soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması” (Y.19. CD., 17/01/2018, E.2016/2580, K. 2018/228, www.kazanci.com.tr.).

- ⁹ **Şahin/Göktürk**, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 75; **Değirmenci**, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* s. 93; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 30; **Aşkın/Topuz/Bilge**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, s. 123; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 851; **Ünal**, s. 206; **Akbulut/Aksan**, s. 31; **Aşık**, Mustafa Aydın: *Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 48; **Tan**, Hülya: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020, **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, 308; **Ertemür**, s. 34; Yargıtay “sanık ... hakkında ise, katılanı “kendini toparla, akıllı ol, benim yaşım 60 olmuş beni cezaevlik yaptırma” diyerek tehdit ettiğiinden bahisle TCK'nın 106/1-2. cümlesi uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davasının açıldığı.... sanık ...'e yükletilen TCK'nın 106/1-2. cümlesinde düzenlenen tehdit suçu, suç tarihi itibarıyla CMK'nın 253/1-a bendin-

suçun uzlaştırma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, CMK m. 254 uyarınca mahkeme tarafından kovuşturma dosyasının uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekir. Ayrıca kovuşturmada suçun hukuki niteliğinin değişmesi, iddianame yerine geçen belge ile doğrudan mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir suçun varlığı ve kovuşturmada kanun değişikliği sebebiyle suçun uzlaştırma kapsamına girmesi hallerinde de mahkeme tarafından kovuşturma dosyasının uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekir (CMUY m. 22).

Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için bazı koşulların gerçekteşmesi gerekir. Öncelikle mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçekte ya da özel hukuk tüzel kişisi olması gerekir. Bu nedenle kamu hukuku tüzel kişilerine karşı işlenen suçlar uzlaştırma kapsamında değildir. İkincisi, işlenen suç uzlaştırma kapsamında olmalıdır¹⁰. Uzlaş-

deki düzenleme sebebiyle uzlaştırma kapsamındadır. Katılan ... 11/10/2017 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinde uzlaşmayı kabul etmediğini beyan etmiş, yine sanık ... 19/10/2017 tarihinde kolluk tarafından alınan ifadesinde uzlaşmak istemediğini belirtmiştir. Cumhuriyet savcısı yeterli şüphenin oluştuğunu kabul ederek kamu davası açmıştır. Ancak; Cumhuriyet savcısı sanığa isnat edilen suçun uzlaştırma kapsamında olması sebebiyle dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi ve büro tarafından görevlendirilecek uzlaştırmacının, taraflara uzlaşma teklifinde bulunması gerektiğini gözetmemiştir. Bu sebeple de taraflar arasında uzlaştırma işlemleri yöntemince yapılmamıştır. Mahkeme bu hususu gözetmemiş ve düzenlenen iddianameyi kabul etmiştir. Cumhuriyet savcısı tarafından yöntemince uzlaştırma usulü uygulanmaksızın dava açılması sebebiyle taraflar arasında uzlaştırma işlemlerinin, CMK'nın 254. maddesi uyarınca mahkeme tarafından yerine getirilmesi gerektiği gözetilmemiştir. Bu açıklamalar ışığında; uzlaştırma kapsamındaki tehdit suçundan, yöntemince uzlaştırma işlemleri yerine getirilmeden kurulan ve sanık ...'in, TCK'nın 106/1- 2. cümle, 62/1 ve 52/2. maddeleri gereğince 500,00 Türk lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına dair Çiftlik Asliye Ceza Mahkemesi'nin 16/02/2018 tarihli ve 2017/276 esas, 2018/74 Sayılı kararı" hukuka aykırı bulmuştur (Y.4.CD., 05/07/2018, 3836/13472, www.kazanci.com.tr.).

¹⁰ **Özbek**, Ceza Muhakemesi Kurumunda Uzlaştırma Kurumu, s. 8; **Akbulut/Aksan**, s. 125; Kabahatler kanununa giren bir fiilin işlenmesi ya da disiplin hukuku içerisinde yer alan bir fiil gerçekteştirilmesi halinde uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Bkz. **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 220; **Pelvan**, s. 113; Kanun koyucu kamu tüzel kişilerini bir tarafın devlet diğer tarafın birey olması sebebiyle eşitlik ilkesine açıkça aykırılıktan dolayı uzlaştırma kapsamı dışında tutmuştur. Bkz. **Bakar**, s. 61; **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 98; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 46; **Tan**, s. 48. **Demirel**, Nezihe Balcı: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 71; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 49.

tırmaya tabi suçlar yetişkinler ve suça sürüklenen çocuklar bakımından farklılık arz eder. Yetişkinlerde uzlaştırma kapsamındaki suçlar; cinsel dokunulmazlığa karşı işlenenler hariç olmak üzere şikayete tabi olanlar, CMK m. 253'te sayılan katalog suçlar ve özel kanunlarda düzenlenenlerden uzlaştırma kapsamında olduklarına ilişkin açık hüküm olan suçlar uzlaştırma kapsamındadır¹¹. Suça sürüklenen çocuklarda ise yetişkinler bakımından uzlaştırma kapsamındaki suçlara ek olarak üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar uzlaştırma kapsamındadır. Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli suç şüphesinin bulunması gerekir. Bu koşulların tamamının birlikte bulunmasıyla dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Sonrasında CMK'nun 253'üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca uzlaştırma bürosu tara-

¹¹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 840; **Şahin/Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 76; **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 88; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erdentütüncü/AltınokVillemın/Tok**, s. 60; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 125; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 853; **Yerdelen**, Erdal: *Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı*, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, *Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı*, 2. Baskı, Ankara 2018, s.57; **Tan**, s. 64; **Ünver/Hakeri**, s. 728; **Göksu**, s. 107; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 162 vd.; **İşten/Mert**, s. 9; **Ekici Şahin/Yemenici**, s. 464; **Metiner**, Erçağ/ **Köken**, Enes: "Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğine İlişkin Değerlendirmeler", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, s.225-249, s.232; **Çelebi**, Ümit: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Işığında Uzlaştırma", *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 103, Mart 2018, Sayfa: 64-67, s. 64; Uzlaştırma kapsamında yer alan ve şikâyete tabi olmayan basit hırsızlık suçu eleştiriye uğramıştır. Şöyle ki, kanun koyucu TCK m. 141'i CMK m. 100 bakımından tutuklamanın yapılabileceği katalog içerisinde saymıştır. Kanun koyucu yine TCK m. 141'i uzlaştırma kapsamında katalog liste içerisinde de belirtmiştir. Bu suç tutuklama bakımından kuvvetli suç şüphesi olduğunda tutuklamaya varacak kadar ciddi bir suç ve aynı zamanda da uzlaştırmaya tabi olacak özellikte bir suç olarak görülmüştür. Kanun koyucu kendi içerisinde çelişkiye düşmüştür. Olması gereken TCK m. 141'in tutuklama için belirtilen katalog suçlardan çıkarılması ve uzlaştırma kapsamında varlığını devam ettirmesidir. Bkz. **İnci**, Zekiye Özen/ **Sakarya**, M. Sevgi: "6763 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Uzlaştırma Uygulamalarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 141, Mayıs 2018, Sayfa: 101-114, s.105; Benzer görüş için Bkz. **Özbek**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumu, s. 9; Özel kanunlarda yer alan suç tipleri için de uzlaştırmaya gidilebilir. Örneğin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz başlıklı 71.maddesi ve teknolojik önlemleri etkisiz kılma madde başlıklı 72. maddesi şikayete tabi olup uzlaştırma kapsamındadır. Bkz. **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 46.

findan bir uzlaştırmacı görevlendirilir¹². Uzlaştırmacı, şüpheli veya sanık ile mağdur ya da suçtan zarar gören arasındaki uzlaştırma müzakerelerini yöneten, Cumhuriyet savcısının onayıyla görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişidir (CMUY m. 4/1-1)¹³.

Uzlaştırmacı, görevlendirildiği dosyada öncelikle taraflara uzlaştırma teklifinde bulunur. Uzlaştırma teklifinde bulunulandan herhangi biri üç gün içinde teklifi yapan uzlaştırmacıya kararını bildirmediği takdirde, uzlaştırma teklifi reddedilmiş sayılır (CMUY m. 30)¹⁴. Uzlaştırma teklifinin her iki tarafça kabul edilmesinden sonra müzakere aşamasına geçilir. Bu aşamada tarafların hukuka uygun bir edim üzerinde uzlaştırma durumlarına göre olumlu veya olumsuz uzlaştırma raporu hazırlanır¹⁵. Uzlaştırmanın sağ-

¹² Akbulut/Aksan, Uzlaştırma, s. 125; Işıka, Sertaç: “Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 151, Kasım 2020, Sayfa: 61-84, s. 68; Yerdelen, s.48; Ünver/Hakeri, s. 738; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 48; Pelvan, s. 113; Tok, Uzlaştırma Kurumu Hakkındaki Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler ve Uzlaştırmanın Başarısızlık Nedenleri, s. 26; Yenisey/Nuhoğlu, s. 868; Öztürk ve diğerleri, s. 63; Değerimenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 121; Ekici şahin/Yemenici, s. 472; Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, s.98; Uzlaştırma işlemlerine ilişkin düzenlemeler 6763 sayılı yasa ile değişikliğe uğramıştır. 6763 sayılı kanun sonrası uzlaştırma teklifi, müzakereleri, raporun hazırlanması gibi işlemleri salt uzlaştırmacı tarafından icra edilecektir. Cumhuriyet savcısı ya da adli kolluk görevlisi uzlaştırma işlemlerinde bulunamayacaktır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 844; Değerimenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 220; Epözdemir, Rezan: “Yeni Düzenlemeler Işığında Uzlaştırma Müessesesine Bakış”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2017, Cilt: 15, Sayı: 175, Sayfa: 3445-3468, s. 3465.

¹³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 859; Göksu, s. 105; Yurtcan, s. 797; Değerimenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 237; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 852; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 68; Demirel, s. 102; İşten/Mert, s. 13.

¹⁴ Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 146; Yenisey/Nuhoğlu, s. 860; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 846; Akbulut/Aksan, Uzlaştırma, s. 176; Uzlaştırma teklifi sadece suçun faili ya da mağduruna yapılmaz. Suçtan zarar gören de bir taraftır. Suçtan zarar gören hem gerçek kişi hem de özel hukuk tüzel kişisi olabilmektedir. Bkz. Yurtcan, s. 794.

¹⁵ Akbulut/Aksan, Uzlaştırma, s. 180; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 847; Yenisey/Nuhoğlu, s. 866; Müştekinin, şüpheliye tokat atmak yönündeki beyanı; müştekinin şüpheli şahsın yüzüne tükürmek isteğini ilişkin talepler; şüphelinin, müştekinin talebi doğrultusunda kapısına kadar gelerek “ben aptalım” şeklinde bağırmasının istenmesi; yaralama derecesinin kusur ve adli tıp raporu dikkate alındığında talep edilen tazminat miktarının oldukça fahiş kalması halleri hukuka aykırı edime örnek olarak verilmektedir. Bkz. Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s.

lanması halinde edimin def'aten yerine getirilmesi halinde soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığı, kovuşturmada ise davanın düşmesine karar verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde soruşturmada kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturmada ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir¹⁶.

I. UZLAŞTIRMACININ UYMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU ETİK İLKELER

A. Genel Açıklamalar

Fransızca bir kelime olan etik, “*çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü*” olarak tanımlanır¹⁷. Bu bağlamda etik, neyin doğru ya da yanlış olduğunu öğrenmeyi ve ardından doğru olanı yapmayı içerir. Davranış biliminin konusu olan etik, yerine getirdiğimiz görevlere ilişkin temel kuralları da düzenler¹⁸. Uzlaştırma sürecinde ve bazı hallerde sürecin sona ermesinden sonra da uzlaştırmacının uymakla yükümlü olduğu etik ilkeler bulunmaktadır. Nitekim Ceza Mu-

257; CMK'da yer almayıp Uzlaştırma Yönetmeliği m. 18/4'te yer alan edimin “hukuka ve ahlaka uygun” olması ibaresi eleştirilmektedir. Zira edimin hukuka uygun olması objektif nitelikte bir şart iken ahlaka uygun olması sübjektif niteliktedir. Uzlaştırmada belirlenen edimi C. savcısı ya da hâkim değerlendirirken kendi değer yargıları ile değerlendirecektir. Böylelikle edimin ahlaka aykırı ya da uygun olması kişiden kişiye farklılaşacaktır. Ayrıca eleştirilen diğer bir husus ise, bu durumun kanunla değil yönetmelikle düzenlenmesidir. Bkz. **İşten/Mert**, s. 13; **Çelebi**, s. 67.

¹⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 847; **Pelvan**, s. 113; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 868; **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Usulü s.1305; Uzlaştırmanın kamu hukuku bakımından sonuçları olduğu kadar özel hukuk alanında da sonuçları bulunmaktadır. Fail ile mağdur ya da suçtan zarar gören uzlaştırma süreci sonucunda uzlaşmaya karar vermişlerse özel hukukta da tazminat davası açamayacaklardır. Eğer daha önceden tazminat davası açmışlar ve devam eden bir dava söz konusu ise uzlaştırma neticesinde bu davadan da feragat etmiş addedileceklerdir. Bkz. **Şahin/Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 76; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 295; Uzlaşmanın kabul edilmemesi halinde savcılık soruşturma aşamasına, mahkeme ise yargılamaya kaldığı yerden devam edecektir. Bkz. **Çelebi**, s. 67; Bir başka görüşe göre ise, uzlaştırma müzakereleri soruşturma aşamasında başarısızlıkla neticelenmiş ise C. savcısı kamu davası açmak amacıyla iddianame düzenlemelidir. Bkz. **Gökalp**, s. 28.

¹⁷ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹⁸ **Krishnamurthy**, Prabhakar: *An Introduction to Ethics, Indian Institute of Information Technology (D&M)*, Guindy, 2011, s. 3.

hakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin (CMUY) 'Etik İlkeler' başlıklı 6'ncı maddesinde uzlaştırıcının uymakla yükümlü olduğu etik ilkeler açıklanmaktadır¹⁹. Bunlar, Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları (*European Code Of Conduct for Mediators*) temel alınarak belirlenmiştir²⁰.

Uzlaştırıcının uymakla yükümlü olduğu etik ilkeler; bağımsızlık ve tarafsızlık, görevini zamanında, etkin, verimli ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yerine getirme, taraflara saygılı ve nazik davranma, önyargılı olmama ve eşit davranma, tarafların vekilliğini ya da müdafiliğini üstlenmeme, menfaat temin etmeme, kişilerin adalete olan inancını ve görevin itibarını koruma şeklindedir²¹. Uzlaştırıcının belirtilen etik ilkelere uygun olarak görevini yerine getirmesi zorunludur (CMUY m. 6/1). Bu hususta uzlaştırma savcısının, uzlaştırma bürosunun veya uzlaştırıcının takdir yetkisi bulunmamaktadır.

B. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi, uzlaştırıcının rolü ve görevleri için en temel ilkelere biridir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, hem uzlaştırmanın bir ilkesi hem de uzlaştırıcının görevlerindedir. Bu ilke sayesinde uzlaştırıcının süreç üzerinde otoritesi sağlanır. Dolayısıyla uzlaştırıcı, tarafsızlık ve bağımsızlığına zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmalıdır²². Aksi halde taraflardan biri dezavantajlı duruma

¹⁹ **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 189; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 211; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 357; **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 252; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 80; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 41; **Tan**, s. 55.

²⁰ Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları, Avrupa Komisyonu'nun desteğiyle 2 Temmuz 2004 tarihinde Brüksel'de yapılan konferans sonucunda uygulamaya konulmuştur. Avrupa Etik Kuralları; arabulucuların yetkinliği, atanması, ücretleri, hizmetlerinin tanıtımı, bağımsızlık ve tarafsızlık ile arabuluculuk anlaşması, süreç ve anlaşmadan ibarettir. Tam metin için bkz. <https://www.kearns.co.uk/wpcontent/uploads/2017/06/European-code-of-conduct-for-mediators.pdf>, Erişim Tarihi: 14.01.2023.

²¹ **Yerdelen**, Erdal/ **Özbek**, Mustafa Serdar/ **Altuntaş**, Şeyda/ **Boz**, Burak/ **Erdem**, Dilek Özge/ **Yılmaz**, Berna Ayşen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 127; **Ertemür**, s. 129; **Demirel**, s. 107; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 70. **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 154.

²² **Weiler**, Eva/**Schlickum**, Gunter: *Praxisbuch Mediation*, München 2008, s. 9-10.

düşüğünü hissedeceği için, uzlaştırmacının olumlu sonuçlanması tehlikeye girer. Aynı zamanda uzlaştırmacının itibar kaybetmesine ve adalete olan güvenin sarsılmasına sebep olunur.

Bağımsızlık ilkesi, taraflar arasındaki uzlaştırma işlemlerine yasma, yürütme ve yargı organları ile üçüncü bir kişinin müdahale etmemesini ifade eder²³. Bu itibarla uzlaştırmacı, taraflardan ve kendisini görevlendiren makamdan bağımsız olarak görev yapar²⁴. Uzlaştırmacı bağımsızlığını etkileyebilecek, etkilediği düşünülebilecek veya çıkar çatışmasına yol açabilecek herhangi bir durum varsa, göreve başlamadan önce taraflara açıklamalıdır. Bu halde tarafların açık rızası varsa, uzlaştırmacı görevine devam etmelidir²⁵.

Uzlaştırma Yönetmeliği m. 31/2'de, uzlaşma sağlanabilmesi için birden fazla müzakere yapılabileceği, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebileceği ve Cumhuriyet savcısının uzlaştırmacıya müzakerelerin kanuna uygun yürütülmesi amacıyla talimat verebileceği düzenlenmiştir²⁶. Bu düzenlemenin bağımsızlık ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir²⁷. Bir görüşe göre, bu hüküm C. Savcısı ile uzlaştırmacının bilgi alışverişi yapma hususunda kısıtlanmaması,

²³ Akbulut/Aksan, s. 214; Bağımsızlık iç ve dış bağımsızlık olarak ikiye ayrılmaktadır. Dış bağımsızlık, bir görev üstlenen kişinin, kamusal yetkiyi kullanan kişi/kişiler veya devlet organları karşısında bağımsız olması anlamına gelmektedir. İç bağımsızlıkta ise, görev yapan kişinin aynı seviyede görevle iştigal eden ya da yatay seviyede bulunan kişilerce etki altına alınmaması manasına karşılık gelmektedir. Bkz. **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 360.

²⁴ **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 74; **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 242; **Özbek**, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Cilt, Ankara 2016, s. 1088; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 859; **Tan**, s. 56; Uzlaştırmacı avukat gerek makam yönünden gerekse de kişi yönünden bağımsızdır. Bkz. **Atalay**, s. 2215; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 360; Uzlaştırmacı avukat gerek makam yönünden gerekse de kişi yönünden bağımsızdır. Bkz. **Atalay**, s. 2215.

²⁵ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 127.

²⁶ Yönetmelik düzenlemesinde geçen talimat ifadesinin emir olarak algılanmaması gerektiği; uzlaştırmacının kurallara uyup uymadığı noktasında Cumhuriyet savcısının usule yönelik bir tavsiyesi olarak algılanmasına ilişkin görüş için bkz. **Tan**, s. 56.

²⁷ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 362.

geniş yorumlanması gerekir²⁸. Diğer görüşe göre, öngörülen bu düzenleme iddia makamının uzlaştırma kapsamının dışına çıkması, uzlaştırma kurumunun amacına ve masumiyet karinesine, tarafların özgür iradelerine müdahale teşkil etmektedir. Bu hüküm savcının doğrudan olmasa da dolaylı yoldan uzlaştırma müzakerelerine iştirak etmesine, müdahale etmesine yol açmaktadır. İddia makamı uzlaştırma savcısı olsa dahi, bu düzenleme uzlaştırma kurumu için oldukça tehlikelidir²⁹.

Kanaatimizce, Uzlaştırma Yönetmeliği m. 31/2’de yer alan talimat ifadesi emir şeklinde anlaşılmalıdır. Bağımsızlık ilkesini ihlal etmeden uzlaştırıcı, uzlaştırma savcısı ile iletişim halinde olmalı ve usule ilişkin konularda tavsiyelere uymalıdır. Zira bağımsızlık ilkesi aynı zamanda uzlaştırmanın mevzuata ve etik kurallara uygun davranmasını da gerektirir³⁰.

Tarafsızlık ilkesi, süreç içerisinde taraflara eşit davranılması ve kişisel herhangi bir bağın bulunmaması anlamına gelir³¹. Uzlaştırmanın tarafsızlığı iki unsurdan oluşur. Bir yandan uzlaştırmanın kişisel taraf-

²⁸ **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 86.

²⁹ **Ünal**, s. 209; Bir görüşe göre, Cumhuriyet savcısının vereceği talimat kanuna uygun ve kanuna aykırı talimat şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Bu görüş uyarınca, Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya kanuna uygun bir emir veya talimat vermişse bu hukuka uygun olacaktır ve bağımsızlığı zedelemeyecektir. Şayet kanuna aykırı bir emir veya talimat verilmişse bağımsızlığı zedeleyen bu emir ya da talimat hakkında Anayasa’nın 137. maddesinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Şöyle ki uzlaştırmanın, ceza hukuku bağlamında bir kamu görevlisi kabul edilen Cumhuriyet savcısından kısıtlı da olsa bir emir alma ilişkisinin mevcut olduğu söylenilebilir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu emir hukuka uygun bir emir değilse, uzlaştırıcı bu emri Cumhuriyet savcısına bildirmelidir ve eğer emir yazılı olarak yenilenirse uzlaştırıcı bu emri yerine getirmelidir. Ancak hukuka aykırı emir aynı zamanda suç teşkil etmekte ise uzlaştırmanın bu emri yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bkz. **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 362.

³⁰ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 127.

³¹ Uzlaştırıcıların tarafsızlığı ilkesinin kaynağı, Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları m. 2/2’de yer alan düzenlemedir. Buna göre; “Arabulucular her zaman taraflara karşı tarafsız davranmalı ve öyle görünmek için çaba göstermelidir. Arabuluculuk süreciyle ilgili olarak tüm taraflara eşit şekilde hizmet etmeye kararlı olmalıdır”.

sızlığı, diğer yandan sürece ilişkin tarafsızlığı söz konusudur³². Kişisel tarafsızlık, uyuşmazlığın taraflarından ve konusundan bağımsızlığı ifade eder. Bu itibarla uzlaştırmacı uyuşmazlık konusuyla kişisel veya mali olarak bağlantılı olmamalı ve herhangi bir taraf ile çok yakın ilişkisi bulunmamalıdır³³. Bu kapsamda uzlaştırmaya konu olan dosyada kendisinin zarar görmesi, tarafların biriyle arasında evlilik, vasilik, kayımlık veya kan ya da sıhri hısımlık ilişkisinin bulunması hallerinde uzlaştırmacının kişisel tarafsızlığı tehlikeye girer. Örnek niteliğindeki bu hallerde uzlaştırmacının dosyadaki görevini bırakması ya da görevden alınmayı talep etmesi gerekir³⁴. Benzer şekilde uzlaştırmacının edim miktarının yükseltmeye çalışması, edimsiz olarak gerçekleşecek uzlaştırmanın edimli olması yönünde mağduru zorlaması veya failin cezalandırılması gerektiği düşüncesini sürece yansıtması şeklindeki fiiller tarafsızlığını ihlal eder³⁵.

Uzlaştırmacının sürece ilişkin tarafsızlığı ise taraflara eşit mesafede bulunması, subjektiflikten, kişisellikten uzak ve nesnel davranması anlamına gelir³⁶. Uzlaştırmacının, görevlendirildiği dosyada iddia ya da

³² **Kracht**, Stefan: *Rolle und Aufgabe des Mediators– Prinzipien der Mediation*, in: Haft Fritjof / Gräfin von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Auflage, München 2009, § 12, kn. 25.

³³ **Kracht**, *Rolle und Aufgabe des Mediators– Prinzipien der Mediation*, kn. 25.

³⁴ **Özbek**, *Uzlaştırmacı Eğitim Kitabı*, s. 75; **Erdem/Eser/Özşahinli**, s. 80; Uzlaştırmacının tarafsızlığını sağlamak adına CMK'nın 22'nci maddesinde yer alan hâkimin davaya bakamayacağı durumlar ile hâkimin reddini gerektiren sebeplerin düzenlendiği 24'üncü madde uzlaştırmacı kişi bakımından da dikkate alınması yasal bir zorunluluktur. Bkz. **Demirel**, s. 105; **Değirmenci**, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* s. 366.

³⁵ **Akbulut/Aksan**, s. 215; **Özbek**, *Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, s. 75; Uzlaştırmacının, taraflardan birisinin menfaatini gözetmeye yönelik davranışlarda bulunması tarafsızlık ilkesine aykırılık teşkil eder. Bkz. **Epözdemir**, s. 3460.

³⁶ **Akbulut/Aksan**, s. 215; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 861; **Bakar**, s. 87; **Aşık**, *Uzlaştırma*, s. 70; Başka bir tanıma göre; uzlaştırmacılık görevi yapan kişinin taraflardan hiçbirisinin yanında olmaması anlamına gelmektedir. Bkz. **Aşkın/Topuz/Bilge**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, s. 189; **Ertemür**, s.129; **Çetintürk**, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, s. 535; **Tan**, *Uzlaştırma*, s. 58; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 319; Uzlaştırmacının tarafsız olmasına ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 19 Sayılı Tavsiye Kararında da; "Arabuluculuk tarafsız bir biçimde icra edilmelidir" şeklinde yer almıştır.

müdafa görevi bulunmamaktadır³⁷. Bu nedenle taraflardan birine uzlaştırma konusu uyuşmazlığa ilişkin tavsiye, telkin ve öneri de bulunmaz³⁸. Tarafsızlık, uzlaştırmanın her aşamada sürecin dışında kalması gerektiği anlamına gelmez. Tüm tarafların endişelerini ve bakış açılarını anlamaya çalışmalıdır. Hatta uzlaştırıcı gerektiğinde tarafların endişelerini gerekçelendirmelerine ve ifade etmelerine yardımcı olmalıdır³⁹.

Uzlaştırmanın tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine aykırı hareket etmesi veya görevini bu ilke doğrultusunda yerine getiremeyeceğinin anlaşılması halinde uzlaştırmanın reddi ve yasaklılığı söz konusu olur. Nitekim “uzlaştırmanın çekilmesi veya reddi” başlıklı CMUY m. 28’e göre; “*Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı hâller ile reddi sebepleri, uzlaştırıcı görevlendirilmesi ile ilgili olarak dikkate alınır*”⁴⁰. Bu itibarla uzlaştırıcı CMK m. 22’de düzenlenen hâkimin davaya bakamayacağı hâllerden birinin bulunması halinde, dosyayı uzlaştırma bürosuna iade etmesi gerekir⁴¹. Ayrıca Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya bunla-

³⁷ **Yıldırım**, Zeynep: “Türk Ceza Hukuku’nda Uzlaşma”, *Legal Hukuk Dergisi*, S:50, 2007, s. 468.

³⁸ “...Adı geçen uzlaştırıcının, görevini tarafsız olarak yerine getirmediği, uzlaşma dosyasının tarafı olan şüpheli ...’e uzlaşması konusunda baskı uyguladığı, uzlaşmayacağını belirttiği halde ısrar ettiği, adı geçenin özgür iradesini etkilemeye çalıştığı ve tarafı zorlayıcı bir yaklaşım sergilediği, savunmasında şüpheli ...’i bilgilendirdiğini, tarafın bu şartlarda uzlaşmak istemediğini belirttiği halde, adı geçene uzlaşma teklif formunu imzalatmadığı anlaşılmıştır. Belirtilen gerekçeler ile uzlaştırıcı hakkında uyarma yaptırımının uygulanmasına karar verilmiştir” (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Disiplin Kararı).

³⁹ **Kals**, Elisabeth/**Montada**, Leo: *Mediation, Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage*, 2. Auflage, Basel 2007, s. 47.

⁴⁰ Alman hukukunda, hâkim ve noterler için kanunla belirlenmiş olan dışlanma gerekçeleri uzlaştırıcılar için de geçerli olmasına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Nitekim Kracht şu görüştedir: “Bir yargıç için yasal bir dışlanma gerekçesi oluşturacak veya önyargı endişesi nedeniyle yargıcın reddini haklı gösterecek sebepler, uzlaştırıcının tarafsızlığına da aykırılık teşkil eder”. Bkz. **Kracht**, *Rolle und Aufgabe des Mediators–Prinzipien der Mediation*, kn. 37.

⁴¹ 5271 sayılı CMK’nın 22’nci maddesine göre; “*Hâkim; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayınlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi,*

rın müdafii, katılan veya vekili de uzlaştırmacının reddini isteyebilir. Aksi halde yasaklı uzlaştırmacının dosyada görev yapması, hukuka kesin aykırılık hallerindedir (CMK m. 289/1-b). Örneğin, uzlaştırmacı ile taraflardan biri arasında sonradan ortadan kalksa bile, evlilik, vesayet, kayımlık veya evlat edinme ilişkisinin bulunması veya uzlaştırmacının aynı davada tanık, bilirkişi, müdafii ya da vekil olarak görev yapması yasaklılık hallerindedir. Öte yandan uzlaştırmacının CMK m. 22’de sayılmayan herhangi bir sebeple tarafsızlığından şüphe edilmesi halinde CMK m. 24 uyarınca reddi istenebilir. Bunlar sınırlı sayıda olmayıp, somut olayın koşullarına göre değerlendirilir. Örneğin, uzlaştırmacının müzakere esnasında şüphelinin suçu işlediğinin kesin olduğu ve cezalandırılması gerektiği yönünde taraflara açıklamalar yapması, tarafsızlığından şüpheyi gerektireceği için reddi istenebilir.

Hakimler için geçerli olan tarafsızlığı şüpheye düşüren durumlar uygun düştüğü ölçüde uzlaştırmacılar için de uygulanır. Zira CMK m. 253/10’da, hâkimin davaya bakamayacağı durumlar ile reddi sebeplerinin uzlaştırmacılar hakkında da uygulanması gerektiği düzenlenmektedir. Bu itibarla uzlaştırmacının görevlendirildiği dosyadaki suçtan kendisinin zarar görmesi, sonradan kalkmış olsa bile tarafların biriyle arasında evlilik, vasilik, kayımlık, evlat edinme veya kan ya da sıhri hısımlık ilişkisinin bulunması, tarafların biriyle kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy ilişkisinin bulunması, tarafların biriyle üçüncü derece dahil kan hısımlığı veya evlilik sona ermiş olsa bile ikinci derece dahil kayın hısımlığının bulunması, aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapılması ve son olarak aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenilmesi hallerinde uzlaştırmacının tarafsızlığı ilkesi tehlikeye girer (CMK m. 22)⁴². Kanun tarafından gösterilmeyen ancak yargılamada

şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz”.

⁴² **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 75; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 80; Uzlaştırmanın tarafsızlığını sağlamak adına CMK’nın 22’nci maddesinde yer alan hâkimin davaya bakamayacağı haller ile hâkimin reddini gerektiren sebeplerin düzenlendiği 24’üncü madde uzlaştırmacı bakımından da dikkate alınması yasal bir zorunluluktur. Bkz. **Demirel**, s. 105; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 366.

hâkimin tarafsızlığını etkileyen şüphe sebepleri uzlaştırmacı için de geçerlidir (CMK m. 23). Örneğın nişanlılık ya da sözlülük, fiili birliktelik, yakın arkadaşlık ya da husumet uzlaştırmacının tarafsızlığını şüpheyeye düşürür⁴³.

Kanaatimizce, CMK m. 253/10 düzenlemesinin olmaması halinde bile, hâkimin tarafsızlığını şüpheyeye düşüren ve reddini gerektiren sebepler uzlaştırmacılar için de kıyas yoluyla uygulanabilirdi. Zira ceza muhakemesi hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümler dışında kıyas serbestisi bulunmaktadır.

Uzlaştırmacının tarafsızlığını şüpheyeye düşüren haller ya da reddini gerektiren sebepler var ise uzlaştırmacının görevlendirilmemesi gerekir. Uzlaştırmacı görevlendirilmesi Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin 12'nci maddesi uyarınca yapılmaktadır. Buna göre, uzlaştırma bürosuna gönderilen dosyanın uzlaştırmadan sorumlu C. savcısı tarafından incelenmesi neticesinde suçun uzlaştırma kapsamında kaldığının anlaşılması hâlinde uzlaştırmacı görevlendirilmesi Daire Başkanlığı tarafından belirlenen listeye göre ilgili C. savcısının onayıyla yapılmaktadır. C. savcısının, suçun uzlaştırma kapsamında kalıp kalmadığını incelemesi ile birlikte tarafsızlığı şüpheyeye düşüren sebepleri de incelemesi gerekmektedir. C. savcısının, şüphe sebepleri ya da red nedenlerini tespit etmesi halinde uzlaştırmacı görevlendirilmemelidir. Uzlaştırmacı atanması C. savcısının onayıyla gerçekleştiğinin için tarafsızlığı şüpheyeye düşüren hallerin ya da ret sebeplerinin de savcılık tarafından re'sen araştırılması gerekmektedir⁴⁴. şayet dosyaya görevlendirilmiş ise uzlaştırmacının dosyadan çekinmesi veya taraflarca red sebebinin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde red talebinde bulunulması gerekir⁴⁵.

Menfaat temin etmeme yükümlülüğünün düzenlendiğinin Uzlaştırma Yönetmeliğinin etik ilkeler başlıklı m. 6/1-e'de; uzlaştırmacının taraflar ile herhangi kişisel ya da iş ilişkisi içerisinde bulunamaması, uzlaştırmanın sonucuna yönelik doğrudan veya dolaylı mali ya da diğeri bir menfaat temin etmemesi gerektiğinin düzenlenmektedir. Burada sayılan

⁴³ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 223.

⁴⁴ Akbulut/Aksan, s. 208.

⁴⁵ Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 366.

hususlarında uzlaştırmacının tarafsızlığını sağlayan sebepler olarak dik-kate alınması gerekir.

Tarafsızlık ilkesi, kişilere yönelik olduğu kadar taraflar ile görüşülen mekânı da kapsamaktadır. Nitekim arabuluculukta tarafsızlık ilkesinin hem kişilere hem de mekâna yönelik olduğu ifade edilmektedir. Benzer şekilde mekâna yönelik tarafsızlık da uzlaştırmada uygulanmalıdır. Bu itibarla uzlaştırmacı, taraflar ile görüşmesini uygun bir ortamda ve tarafsız bir yerde gerçekleştirmelidir⁴⁶. Örneğin, müzakereleri gerçekleştirmek için mağdurun evine gidilirken, şüpheliyle adliye binasındaki uzlaştırma müzakere odasında görüşmelerin gerçekleştirilmesi mekânsal tarafsızlığı ihlal eder.

C. Görevini Zamanında, Etkin, Verimli ve Dürüstlük Kurallarına Uygun Bir Şekilde Yerine Getirme

Uzlaştırmacı, sunduğu hizmetin kalitesinin artırılması ve adaletin tesis edilmesi amacıyla görevini özenle yerine getirmelidir⁴⁷. Nitekim uzlaştırmacının görevini etkin, verimli ve zamanında yerine getirmesi etik ilkelerden biridir. Uzlaştırmacı, uzlaştırma süreci için gerekli olan zamanı belirlemeli, ihmali sebebiyle sürecin uzamasına sebebiyet vermemeli ve taraflara bildirim yükümlülüğünü vakit kaybetmeksizin yerine getirmelidir⁴⁸. Örneğin, uzlaştırmacı işlerinin yoğunluğu sebebiyle

⁴⁶ **Özmuncu**, Seda: "Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt.10, sa.1, ss.262-276, 2019, s. 273; **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 130.

⁴⁷ **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 192; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 216; **Ertemür**, s. 129; **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 76; Görevini özenle yerine getirme bağımsızlık ilkesinden kaynaklı bir yükümlülüktür. Bkz. **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 367; Bir görüşe göre, uzlaştırmacının etik ilkelere uymada özen göstermesi, bilinçli hareket etmesi ödüllendirilmelidir. Bu kişilere ayrı bir sistem oluşturulmak suretiyle daha çok dosyanın tevdi edilmesi sağlanmalıdır. Bkz. **Bakar**, s. 148; **Yıldırım**, s. 469; Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin 7'nci maddesine göre; "Avukatlar, uzlaşma sürecinde, 1136 sayılı Kanunun 34'üncü maddesinde belirtilen özen, doğruluk ve onur içerisinde görevlerini yerine getirmek zorundadırlar" (Resmî Gazete Tarihi: 14.04.2017, Resmî Gazete Sayısı: 30038).

⁴⁸ **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 253; **Akbulut/Aksan**, s. 216; Uzlaştırmacının görevini itina ile verimli ve zaman kaybetmeksizin yerine getirmesi uzlaştırma kurumundan da beklenen faydayı sağlayacak ve kurumu başarıya ulaştıracaktır. Bkz. **İçer**, s. 708.

uzlaştırma sürecine yeterli derecede vakit ayıramayacak ise bu görevi kabul etmemelidir. Aksi halde uzlaştırmacı görevini etkin, zamanında ve verimli şekilde yerine getiremeyeceği için etik ilke ihlaline sebep olabilir⁴⁹.

Uzlaştırmacılık gönüllü olarak yapılan bir kamusal faaliyet olup, görevin kanunda öngörülen süre içerisinde yerine getirilmesi gerekir⁵⁰. CMUY m. 17 uyarınca, uzlaştırmacı dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Bu süre içerisinde sonuçlandıramazsa durumu açıklayan bir dilekçeyle büroya başvurması hâlinde, bürodan sorumlu C. savcısının onayını almak koşuluyla uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir⁵¹.

Uzlaştırmacı evrakların bir örneği kendisine verildikten itibaren otuz gün içinde işlemleri tamamlayamadığı için ek süre talebinde bulunmaz veya ek sürelerle rağmen işlemleri tamamlayamaz ise görevini zamanında ve etkin şekilde yerine getiremediği için etik ilke ihlali söz konusu olur. Nitekim Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı belirtilen süreleri geçiren uzlaştırmacılar hakkında etik ilke ihlali sebebiyle disiplin soruşturması yürütmektedir.

Uzlaştırmacının taraflar ile etkin bir iletişim kurması, başarılı bir ilişki yönetimini sağlar. Karşılıklı kurulan özgün bir ilişki tarafların ara-

⁴⁹ **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 76; "...26.03.2019 tarihinde "Uzlaştırmacı Görevlendirme Tutanağı" ile teslim aldığı... Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı uzlaştırma dosyasında, uzlaşmanın tarağı olan ... 'ya uzlaştırma sürecinde herhangi bir bilgilendirme yapmaması ve uzlaşma teklifinde bulunmaması nedeniyle 22.05.2019 tarihli uzlaştırma raporunun reddine karar verildiği, akabinde uzlaştırma bürosu personellerince eksik hususların tamamlanması için kendisi ile iletişime geçildiğinde uzlaştırmacı ...'ın 22.05.2019 tarihli tutanaktan da anlaşılacağı üzere **dosyayı gelip teslim almadığı gibi eksik hususları da tamamlamadığı**, görevini etkin, zamanında ve verimli bir şekilde yerine getirmediği anlaşılmıştır. Belirtilen gerekçeler ile uzlaştırmacı hakkında uyarma yaptırımı uygulanmıştır" (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Disiplin Kararı).

⁵⁰ **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 283.

⁵¹ **Eriş**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Usulü, s. 1295; **Nuhoğlu**, s. 862; Uzlaştırmacı ek süreler ile birlikte toplamda 70 gün içinde uzlaştırmayı sonuçlandırmak zorundadır. Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 846; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 137; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 221.

larındaki uyuşmazlığın uzlaşısı ile sonuçlanmasına katkı sunar⁵². Görevin etkin yerine getirilmesi, adalete hizmet etme bilinciyle hareket edilmesi ve sunulan hizmet kalitesinin artırılması suretiyle gerçekleşir⁵³. Bu kapsamda uzlaştırmacının taraflar ile etkin bir iletişim kurması, başarılı bir müzakere yönetimini sağlar⁵⁴. Aynı zamanda uzlaştırmacının görevini etkin bir şekilde yerine getirmesi, uzlaştırmada belirlenen edime çeşitlilik kazandırır⁵⁵.

Görevin verimli yerine getirilmesi; uzlaştırmacının sessizliğin yönetilmesinde taraflara fırsat vermesi, sessiz kalma durumlarında müdahale yöntemlerine dikkat etmesi, taraflara açık uçlu sorular sorarak aldığı cevaplara ilişkin sabırla beklemesi ve aktif dinleme yapması ile yakından ilişkilidir⁵⁶. Örneğin, uzlaştırmacının taraflara kendilerini ifade etmeleri için hiç fırsat vermeden doğrudan uzlaştırma teklifini imzalatması görevini verimli şekilde yerine getirmediğini gösterir. Ayrıca bilgilendirme kapsamında tarafların süreç boyunca söyleyeceği sözlerin uzlaşma sağlanamaması halinde özel hukuk ya da kamu hukuku alanında hiçbir davada delil olarak kullanılamayacağını hatırlatılması, tarafların dürüst ve samimi olmaları gerektiğinin ifade edilmesi anlaşmazlığın uzlaşmaya dönüşmesine katkı sağlar⁵⁷.

Dürüstlük kuralı, hukukun bütün alanlarında uygulanabilen kanuni bir prensiptir⁵⁸. Dürüstlük kuralını düzenleyen TMK m. 2'ye göre; *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır"*. Bu itibarla dürüstlük kuralı, kişilerin borcunu yerine getirirken dürüst, namuslu ve makul şekilde hareket etmesi olarak

⁵² **Tayfun**, Recep, Uzlaştırmacı Eğitim Kitabı, Ankara 2018, s. 204; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 51.

⁵³ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 127; s. 133; **Göksu**, s. 111; **Ertemür**, s. 129.

⁵⁴ **Tayfun**, s. 204; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 51.

⁵⁵ **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 203.

⁵⁶ **Tayfun**, s. 220.

⁵⁷ **İnci/Sakarya**, s. 104; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 162; **Ünver/Hakeri**, s. 734.

⁵⁸ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 358; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 81; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 211.

tanımlanır⁵⁹. CMUY m. 6/1-a uyarınca, uzlaştırmacının görevini yerine getirirken dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak hareket etmesi gerekir⁶⁰. Uzlaştırma sürecine ilişkin tarafları aydınlatma yükümlülüğünü doğru şekilde yerine getirmeli, yanlış yönlendirmelerde bulunmamalıdır. Örneğin, uzlaştırma müzakere sürecinde tarafların kendisine bildirdiği edimleri değiştirmeden doğru bir şekilde diğer tarafa iletmelidir⁶¹. Aynı zamanda dürüstlük kuralı gereği uzlaştırma görevinin bir kısmını veya tamamını bir başkasına devretmemelidir⁶².

Uzlaştırmacının görevini dürüstlük kuralına uygun şekilde yerine getirmesi taraflarla olan ilişkilerde de kendini gösterir. Örneğin, uzlaştırmacının müzakereler esnasında öncelik tanımadan tarafları aynı anda görüşme odasına kabul etmesi, görüşme odasındaki oturma düzeninde bir tarafı daha ayrıcalıklı gösterecek konum belirlememesi, farklı zamanlarda taraflarla görüşme gerçekleştirmek ise diğer tarafın menfaatini ihlal edecek davranışlarda bulunmaması dürüstlük kuralının bir geređidir⁶³.

D. Taraflara Nazik ve Saygılı Davranma

şüpheli ya da sanığın ceza alma korkusu taşıması, mağdurun maddi ve manevi haksızlığa uğraması sebebiyle uzlaştırma her iki taraf için hassasiyet gerektiren bir süreçtir⁶⁴. Dolayısıyla uzlaştırma süreci

⁵⁹ **Yılmaz**, Süleyman/ **Yıldırım**, Abdülkerim: *Medeni Hukuk I*, Ankara 2021, s. 83.

⁶⁰ **Akbulut/Aksan**, s. 213; **Ertemür**, s. 129; Nitekim Uzlaştırma Yönetmeliği m. 1-a'ya göre; "Görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirir, tarafların ortak yararlarını gözetir, tarafların müzakerelerde yeterli ve eşit fırsatlara sahip olmasına özen gösterir".

⁶¹ **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 197; **İçer**, s. 708; **Tan**, s. 58; Uzlaştırmacının, şüpheli veya mağdurla yaptığı uzlaştırma müzakerelerinde diğer tarafa söylenmemesi gereken konular kararlaştırılmışsa karşı tarafa bu hususlar aktarılmalıdır. Aksi durumda dürüstlük kuralı ihlal edilir. Bkz. **Akbulut/Aksan**, s. 213.

⁶² **İçer**, s. 703; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 81.

⁶³ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 359.

⁶⁴ **Akbulut/Aksan**, s. 216; **Ertemür**, s. 129; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 71; **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 77; Uzlaştırmanın uygulanabilmesi için fail hakkında yeterli delile ulaşılması gerekir. Bu anlamda taraflardan biri, suç işlediği hususunda yeterli delil bulunan şüpheli ya da kovuşturma aşamasında ise sanık, diğer tarafta ise hakları ihlal edilmiş mağdur bulunmaktadır. Bu sebeple uzlaştırmacının taraflara saygılı ve nazik davranması sürecin akim kalmaması için oldukça

boyunca taraflara saygılı olmalı ve nazik davranmalıdır⁶⁵. Bu husus Uzlaştırma Yönetmeliği m. 6/1-c’de açıkça düzenlenmektedir. Taraflara nazik ve saygılı davranılmaması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, tarafların evrakları dahi okumalarına izin verilmemesi veya kaba davranılması söz konusu ilkeyi ihlal eder⁶⁶.

Bu ilke, uzlaştırmacının taraflara saygılı ve nazik davranmasının yanı sıra tarafların da birbirlerine saygılı olmasını gerektirir. Uzlaştırmacı, tarafların iyi niyetle ve birbirlerine saygılı olması gerektiğinin bilgilendirmesini yapmalıdır. Böylelikle tarafların birbirlerine yönelik empati kurmasıyla sürecin başından sonuna kadar ılımlı geçmesi sağlanır⁶⁷. Bu sebeple bahse konu ilke, aynı zamanda kanun koyucu tarafından uzlaştırmacı için öngörülmuş olan bir yükümlülüktür⁶⁸. Bu yükümlülüğün, uzlaştırma yönetmeliğinin 5’inci maddesinin sekizinci fıkrası gereğince uzlaştırma müzakerelerine geçilmeden önce başlangıç aşamasında taraflara açıklanması gerekir.

E. Önyargılı Olmama ve Eşit Davranma

Uzlaştırmacının, süreç içerisinde taraflara önyargılı olmaması gerekir. Şüpheli veya sanık hakkında henüz kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmadığı için masumiyet karinesi ihlal edilmemelidir⁶⁹. Bu sebeple

önemlidir. Bkz. **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 193.

⁶⁵ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 137; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 41; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 285; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 368; **Göksu**, s. 111; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 201.

⁶⁶ “...Sicil numaralı uzlaştırmacı ...’in uzlaştırmacı olarak görevlendirildiği ve tarafına 11.10.2019 tarihinde teslim edilen ... Cumhuriyet Başsavcılığının sayılı uzlaştırma dosyasında, *şüpheli sıfatına haiz ...’a, uzlaştırma işlemleri sırasında imza atacağı belgeleri okumasına izin vermediği, görevini yerine getirirken tarafa nazik davranmadığı, görevin saygınlığını ve kişilerin adalete olan güvenini zedeleyen davranışta bulunduğu* anlaşılmıştır. Belirtilen gerekçeler ile uzlaştırmacı hakkında uyarma yaptırımı uygulanmıştır” (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Disiplin Kararı).

⁶⁷ **İçer**, s. 708; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 23; **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 77; Bu etik ilke, uzlaştırma işlemlerinin rahat ve güvenli bir ortamda gerçekleştirilebilmesi için oluşturulmuş bir düzenlemedir. Bkz. **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 253.

⁶⁸ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 368.

⁶⁹ **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 194; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 369; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 217;

şüpheli veya sanığın uzlaşma teklifini kabul etmesi, suçu işlediğini kabul ettiği anlamına gelmez⁷⁰. Nitekim Uzlaştırma Teklif Formu'nun D bölümünün 12'nci maddesindeki; “*şüpheli ya da sanığın uzlaşma teklifini kabul etmesi ve uzlaştırma görüşmesi yapması suçu kabul ettiği anlamına gelmez*” ifadesiyle bu husus vurgulanmaktadır.

Uzlaştırmacının görevi, hâkim veya savcı gibi hareket ederek dosyada bulunan delilleri değerlendirmek suretiyle şüphelinin/sanığın suçu işleyip işlemediğini tespit etmek deđildir⁷¹. Uzlaştırmacı, fail ile mağdurun iletişim kurmasını sağlayarak anlaşmalarına yardımcı olur. Örneğin, şüphelinin uzlaşma teklifini kabul etmemesi halinde yargılama sonucunda ceza alacağının söylenmesi uzlaştırmacının ön yargılı olduğunu gösterir⁷².

Uzlaştırmacının süreç boyunca her iki tarafa eşit davranması gerekir⁷³. Nitekim Uzlaştırma Yönetmeliği m. 6/1-d'ye göre; “*Görevini yerine*

Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz, s. 138; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 40; **Ünal**, s. 206; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 32; **Bakar**, s. 87; Bu ilke, tarafsızlık ilkesinin sonucu niteliğindedir. Bkz. **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 254; **Aşık**, Uzlaştırma, s. 40.

⁷⁰ **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 32; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 217; **Ekici şahin/Yemenici**, s. 490; Kovuşturma aşamasında sanığın uzlaştırma teklifini kabul etmesi ve edimin ifasının ileri bir tarihe bırakılması, süreklilik taşması ya da taksidede bağlanması durumunda HAGB kararı verilir. Doktrinde bu karar eleştirilmektedir. Zira HAGB kararı yargılama yapılıp iki yıl ve daha az ceza verilmesi halinde söz konusu olan bir karardır. Buna karşılık uzlaştırmada herhangi bir yargılama yapılmamakta ve uzlaştırma teklifinin kabul edilmesi, suçun ikrar edildiği anlamına da gelmemektedir. Bu karar yargılama yapılmaksızın verildiği için, masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. **İnci/Sakarya**, s. 110.

⁷¹ **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 87; **İçer**, s. 708; Uzlaştırmada amaç, failin suçu işleyip işlemediğinin tespiti olmadığı için, buna ilişkin açıklamalar uzlaştırma raporunda yer almamalıdır. Bkz. **Bakar**, s. 117.

⁷² “Uzlaştırmacı olarak görevlendirildiği ... Cumhuriyet Başsavcılığımın ... sayılı uzlaştırma dosyasında, müşteki-şüpheli sıfatını haiz ... 'ya, karşı tarağın basit yaralama suçundan ceza almayacağını, kendisinin ise hakaret suçundan 1-4 yıl arası ceza alacağını söyleyerek müşteki şüphelinin suçluluğu hakkında ön yargılı davrandığı, kişilerin adalete olan güvenini zedeleyen davranışta bulunduğu, uzlaştırma işlemleri sırasında müşteki-şüpheliye nazik davranmadığı anlaşılmıştır. Belirtilen gerekçeler ile uzlaştırmacı hakkında uyarma yaptırımı uygulanmıştır” (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Disiplin Kararı).

⁷³ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 138; **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 254; **Göksu**, s. 111; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 217; **Er-**

getirirken taraflar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapamaz, itibar ve güveni sarsıcı davranışlarda bulunamaz". Bu düzenlemenin haricinde bireylerin kanun önünde eşit olması ve eşit muameleye tabi tutulması anayasal bir haktır⁷⁴. Eşitlik ilkesi her hal ve koşulda bütün kişilere eşit davranmak şeklinde anlaşılmalıdır⁷⁵. Bazı kişiler veya durumlar, kişiler arasında farklı davranışta bulunulmasını gerekli kılabilir. Örneğin, mağdurun çocuk olması halinde uzlaştırmacı daha hassas davranabilir. Bu durum yetişkin olan şüpheli açısından eşitlik ilkesini ihlal etmez. Buna karşılık eşit kabul edilen kişilere yönelik her farklı davranışın makul kabul edilmesi de doğru değildir⁷⁶.

Uzlaştırmacı eşit davranma yükümlülüğü kapsamında taraflara eşit sürede söz hakkı vermeli, tarafları dinlediğinde veya soru sorduğunda eşitliği bozucu davranışlardan kaçınmalıdır⁷⁷. Örneğin, müzakerelerin gerçekleşeceği yerde bir tarafı daha ayrıcalıklı gösterecek oturma düzeni belirlemesi, farklı zamanlarda taraflarla müzakerenin gerçekleştiği durumlarda ise bir tarafın menfaatini ihlal edecek davranışlar sergilemesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder⁷⁸.

dem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 319; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 369.

⁷⁴ Bu hak hem Anayasa'nın 10'uncu maddesinde; "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*" hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinde; "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*" şeklinde açıkça güvence altına alınmıştır.

⁷⁵ "*Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.*" Bkz. AYM, 17.03.2011, E. 2009/47, K. 2011/51.

⁷⁶ **Karan**, Ulaş: "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı*, S:32, 2015, s. 236.

⁷⁷ **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 78; **Akbulut/Aksan**, Uzlaştırma, s. 188.

⁷⁸ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 359.

F. Tarafların Vekilliğini veya Müdafiliğini Üstlenmeme

Avukatlar ve hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yanı sıra yeterince hukuk dersi almış lisans mezunlarının da uzlaştırıcı olabilmesi mümkündür. Bu itibarla tarafların vekilliğini veya müdafiliğini üstlenmemeye ilişkin etik ilke, yalnızca avukat olan uzlaştırmacılar için geçerlidir⁷⁹.

Avukatlar, uzlaştırıcı olarak görev yaptıkları dosyada taraflardan herhangi birinin vekilliğini veya müdafiliğini üstlenemez⁸⁰. Bu yasak, gerek kanuni düzenlemede gerekse de yönetmelikte yalnızca avukatları kapsamaktadır. Gerçekten uzlaştırıcı avukatın bürosunda çalışan diğer avukatlar ile avukatın kardeşi, eşi ya da kan ya da kayın hısımlarının belirli dereceye kadar olan akrabaları yasak kapsamında sayılmamıştır⁸¹. Kanaatimizce, bu kişilerinde kanun değişikliğiyle yasak kapsamına alınması gerekmektedir.

Avukat olan uzlaştırmacıların daha sonra aynı dosyada vekillik veya müdafilik görevi üstlenememesi zorunlu müdafilik veya vekillik hallerinin yanı sıra ihtiyari olarak avukatlık yapılmasını da engeller. Ayrıca bu yasak, ceza davalarıyla sınırlı olmayıp hukuk davalarını da kapsar⁸².

Tarafların vekilliğini veya müdafiliğini üstlenmeme yükümlülüğü, gizlilik ilkesinin ihlal edilmesini önler⁸³. Zira uzlaştırıcı, uzlaştırma süre-

⁷⁹ Akbulut/Aksan, s. 218; Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.372; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 11.

⁸⁰ Ertemür, s. 130; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 85; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt 2, s. 1088; Göksu, s. 111; Tan, Uzlaştırma, s. 59.

⁸¹ Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 11.

⁸² Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz, s. 139; Özbek, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 79; Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.373; Pelvan, s. 113; Akbulut/Aksan, Uzlaştırma, s. 218; Aşkın/Topuz/Bilge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 197; İnci/Sakarya, s. 110.

⁸³ Aşkın/Topuz/Bilge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 197; Özbek, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 79; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt 2, s. 1088; Yenisey/Nuhoğlu, s. 86; Gizlilik ilkesi, yalnızca uzlaştırma sürecinin gizli yürütülmesini değil aynı zamanda soruşturmanın da gizli yürütülmesini gerektirir. Bkz. Temiz Gül, Yağmur: Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 75; Uzlaştırıcı görevlendirildiği dosya ile ilgili uzlaştırma süreci boyunca gizlilik yükümlülüğüne riayet etmelidir. Ancak uzlaştırmacıya yapılan açıklamalar ve aktarılan bilgiler, suç işlen-

cinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür (CMUY m. 32). Uzlaştırıcıların daha sonra aynı uyuşmazlıkta avukat olarak görev alması, uzlaştırma sürecinde öğrendiği açıklamalar veya olgular ışığında müvekkillerini savunmalarına sebep olabilir. Bu durum uzlaştırma müzakerelerinin gizliliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Uzlaştırıcıların aynı uyuşmazlıkta vekillik veya müdafilik görevini üstlenmelerinin yasaklanmasıyla, bu tür tehlikelerin ortaya çıkması önlenir.

G. Menfaat Temin Etmeme

Uzlaştırıcı olarak görevlendirilen tarihten itibaren, uzlaştırma raporunun teslimine kadar olan süreçte tarafsızlığın korunması gerekir. Bunun için getirilen etik ilkelerden biri de menfaat temin etmeme yükümlülüğüdür. Gerçekten uzlaştırıcı, göreviyle ilgili hususlarda kendisine veya bir başkasına doğrudan veya dolaylı olarak menfaat temin edemez⁸⁴.

Menfaat temin etmeme yükümlülüğü Uzlaştırma Yönetmeliği m. 6/1-e’de; *“Taraflardan biriyle herhangi bir kişisel veya iş ilişkisinin bulunması, uzlaştırmanın sonucuna yönelik doğrudan veya dolaylı, malî veya diğer menfaatinin bulunması ya da taraflardan biri için uzlaştırma dışında bir yetkiyle görev yapması gibi bağımsızlığı veya taraflarla arasındaki menfaat çatışmasını etkileyebilecek ya da bu izlenimi verebilecek durumları açıklamadan görev yapamaz veya göreve devam edemez”* şeklinde düzenlenmektedir. Benzer şekilde aynı yönetmeliğin m. 6/1-g’de *“Tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacak şekilde kendisine veya bir başkasına doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir menfaat temin edemez”* şeklinde ifade edilmektedir.

mesine ilişkin ise gizlilik kapsamında değildir. Bkz. **Değirmenci**, Uygulamacının 10 Sorusu Işığında Uzlaştırma, s. 669.

⁸⁴ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 143; **Eriş**, “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma”, s. 255; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.374; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 83; **Ertemür**, s. 130; **Demirel**, s. 104; **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 79; **Göksu**, s. 112; **Ertemür**, s. 130; **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 195.

Uzlaştırıcacı, menfaat çatışmasını etkileyebilecek bir durumu öğrendiğinde tarafları bilgilendirmelidir. Bu husus taraflara açıklanmadan uzlaştırıcacı olarak göreve devam edilmemesi gerekir⁸⁵.

Uzlaştırıcının tarafsızlığını şüpheye düşüren sebebi taraflara açıklamasından sonra göreve devam etmesi hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, uzlaştırıcacı tarafsızlığını şüpheye düşüren sebebi taraflara açıklaması halinde bile görevine devam etmemesi gerekir. Mevzuatta yer almayan bu hususun Uzlaştırma Yönetmeliği'nde açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁶. Diğer bir görüşe göre, uzlaştırıcının menfaat çatışmasını taraflara bildirmesi üzerine 5271 sayılı CMK m. 25 uyarınca 7 gün içinde hâkimin reddi çerçevesinde uzlaştırıcacıyı reddedebilecekleri gibi uzlaştırıcının kendisi de dosyadan çekilebilir⁸⁷.

Kanaatimizce, uzlaştırıcacı ile dosyanın tarafları arasında menfaat ilişkisinin bulunması halinde öncelikle bu hususta tarafların bilgilendirilmesi gerekir. Sonrasında uzlaştırıcının reddi istenebileceği gibi uzlaştırıcacı kendisi de görevinden çekilebilir. Zira Kanun'da belirtilen hâkimin davaya bakamayacağı hâller ile reddi sebepleri, uzlaştırıcacı görevlendirilmesinde de dikkate alınır (CMUY m. 28). Dolayısıyla menfaat ilişkisinin varlığı halinde tarafların bilgilendirilmelerine rağmen karşı çıkılmaması halinde uzlaştırıcacı görevine devam edebilir.

Uzlaştırıcının menfaat temin etmeme yükümlülüğü, maddi ve manevi nitelikteki yararları kapsar. Temin edilecek menfaatin bizzat uzlaştırıcacıya sağlanması gerekmez. Örneğin, uzlaştırıcının uzak bir akrabasına menfaat temin edilmesi veya taraflardan birinin uzlaştırma-

⁸⁵ **Yerdelen/Özbek/Altuntaş/Boz/Erdem/Yılmaz**, s. 138; **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 254; **Ertemür**, s. 130; Taraflar açıkça uzlaştırıcının göreve devam etmesine rıza gösterse dahi uzlaştırıcacı görevine devam edememelidir. Bkz. **Erdem/Eser/Özşahinli**, s. 80.

⁸⁶ **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 196; **Metiner/Köken**, s. 228.

⁸⁷ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 374; Menfaat ilişkisinin varlığına rağmen uzlaştırıcının tarafları bilgilendirmesi ve taraflarında rıza göstermesi halinde bile, uzlaştırıcının görevine devam etmemesi gerekir. Bkz. **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 80.

cının oğlunu işe alması menfaat temin etmeme yükümlülüğünü ihlal eder⁸⁸.

Uzlaştırıcı, taraflardan birinin hatalı düşüncesinden yararlanarak menfaat temin edebilir. Örneğin, tarafların arabuluculuk ve uzlaştırma arasındaki farkı bilmemesinden kaynaklı olarak edim hususunda anlaşmaları durumunda uzlaştırıcıya, arabuluculukta olduğu gibi edimin belirli bir yüzdesini vermeleri gerektiğini düşünebilirler. Uzlaştırıcının bu hatadan faydalanarak menfaat temin etme girişiminde bulunması halinde hem etik ilke ihlali hem de kişinin hatasından yararlanmak suretiyle irtikâp suçu işlenmiş olur⁸⁹.

H. Kişilerin Adalete Olan İnancını ve Uzlaştırıcılık Görevinin İtibarını Koruma

Bu ilke sayesinde uzlaştırıcılık görevine duyulan saygı, itibar ve adalet sistemine duyulan güven korunmak istenmektedir⁹⁰. Adalet, bir işlemin hak ve hukuka uygun olmasını, işlemin icra edilmesinde hakkın gözetilmesini ifade eder⁹¹. Uzlaştırıcı sürekli bir kadroda bulunarak görevini yerine getirmese bile, adaletin yerine getirilmesine hizmet eden kamu görevlisi statüsündedir⁹². Dolayısıyla uzlaştırıcının bu ilkeye aykırı hareket etmesi, kendisine ve uzlaştırma kurumuna olan güvenin sarsılmasına, adalete olan inancın yitirilmesine sebep olur⁹³. Örneğin, taraflara verilen randevu saatlerine uyulmaması⁹⁴, uzlaştırıcının uz-

⁸⁸ Akbulut/Aksan, s. 218; Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.374.

⁸⁹ **Taner**, Fahri Gökçen/Öntan: "Yaprak, Uzlaştırıcının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu", *Journal of Penal Law and Criminology*, 2021; 9(1): 159-196, s. 182.

⁹⁰ **Gökçalp**, s. 24; **Eriş**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 255; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.375.

⁹¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi:17/01/2023.

⁹² **Akbulut/Aksan**, s. 218; **Bakar**, s. 133; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 36; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.153; **Taner/Öntan**, s. 169.

⁹³ **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 197; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.375; Uzlaştırıcının, taraflar ile çay bahçesinde, adliye koridorunda, kaldırımında, adliye kafeteryasında görüşmesi uzlaştırma kurumunun ciddiyetine zarar verir. Bkz. **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 194; **Demirel**, s. 104.

⁹⁴ "...15.06.2020 tarihinde "Uzlaştırıcı Görevlendirme Tutanağı" ile teslim aldığı ... Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı uzlaştırma dosyasında, müşteki sıfatına haiz ...'ye uzlaştırma kurumu hakkında bilgi verme ve uzlaşma teklifinde bulunmak için 27.02.2020 tari-

laştırma teklifi için taraflardan birinin adresine gitme mecburiyeti bulunmamasına rağmen gitmesi⁹⁵ veya dosyaya vakıf olmadan taraflarla iletişim kurulması sebebiyle sorulan soruların cevaplanamaması⁹⁶ halleri söz konusu etik ilkeyi ihlal eder.

Uzlaştırmacının reklam sayılabilecek davranışlarda bulunması hem uzlaştırma kurumunun saygınlığını hem de kişilerin adalete olan güvenini olumsuz etkiler⁹⁷. Bu sebeple uzlaştırmacı üstlendiği faaliyetin kamu görevi olduğunu özümsemeli, görevinin itibarını zedeleyici ya da kişilerin adalete olan inancını şüpheye düşüren fiillerden uzak durmalıdır⁹⁸.

II. ETİK İLKE İHLALİNİN YAPTIRIMI

hinde ... Adliyesi'nde görüşmek için randevu verdiği halde, belirlenen tarih ve saatte söz konusu görüşmeye gelmediği, tarafa bu konuda geri dönüşte yapmadığı, aynı gün uzlaştırma büro personelince saat 15:56'da arandığında yine cep telefonunun kapalı olduğunun anlaşıldığı, adı geçenin görevine gereken özeni göstermediği, görevinin saygınlığını ve kişilerin adalete olan güvenini zedeleyen davranış sergilediği, görevini etkin bir şekilde ve zamanında yerine getirmediği anlaşılmıştır. Belirtilen gerekçeler ile uzlaştırmacı hakkında uyarma yaptırımı uygulanmıştır" (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Disiplin Kararı).

⁹⁵ Erdem/Eser/Özşahinli, s. 195.

⁹⁶ "Uzlaştırmacının, « ... sicil numaralı uzlaştırmacı ...'in; uzlaştırmacı olarak görevlendirildiği ... Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı soruştırmaya ilişkin uzlaştırma dosyasında, tarafına teslim edilen uzlaştırma evrakını ayrıntılı ve eksiksiz bir şekilde incelemeyen, soruştırma konusu suçun niteliği, mahiyeti ve olayın oluş şekli hakkında bilgi edinmeden, başka bir ifade ile uzlaştırma evrakına vâkıf olmadan müştekiye iletişim kurduğu, müştekiye uzlaşma teklifi sırasında; uzlaştırmacının faydaları, sürecin gönüllülük, gizlilik ve tarafsızlığa dayanması gibi temel ilkeler, uzlaştırmacının ve tarafların rolü, uzlaştırma süreci, uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçları, uzlaşma sağlandığı takdirde uzlaştırma sürecinin ücretsiz olması gibi hususlarda bilgilendirmediği, dosya hakkında bilgi sahibi olmadan iletişim kurduğu için de müştekinin uzlaştırmaya yönelik sorularını cevaplayamadığı, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği, ayrıca söz konusu davranışıyla görevinin saygınlığını ve kişilerin adalete olan güvenini de zedelemiştir. Belirtilen gerekçeler ile uzlaştırmacı sicilinden ve listesinden çıkarılmasına karar verilmiştir" (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Disiplin Kararı).

⁹⁷ Özbeğ, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 80; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 82; Akbulut/Aksan, s. 218.

⁹⁸ Akbulut/Aksan, s. 218; Ertemür, s. 131; Göksu, s. 111; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 36; Eriş, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, s. 255; Bu etik ihlali, yalnızca adalete olan güveni değil, adli mercilere duyulan güveni de zedeler. Bkz. İçer, s. 710.

Uzlaştırmacının etik ilkelere uymaması halinde hukuki, cezai ve disiplin yaptırımları söz konusu olur. Etik ilkelere uyulmaması halinde Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, uzlaştırmacıyı sicilinden ve listesinden çıkarabilir. Bunun yerine ihlal edilen etik ilkenin türüne göre uzlaştırmacı hakkında uyarma cezası ya da 1 yıla kadar uzlaştırma sicilinden geçici çıkarma yaptırımı da uygulanabilir (CMUY m. 49)⁹⁹.

Etik ilkelere aykırı davranılması halinde sicilden veya listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma kararı da verilebilir. Uyarma kararının nasıl uygulanacağı CMUY m. 49/4'te açıklanmaktadır. Buna göre; etik ilkelere aykırı hareket edilmesi nedeniyle hakkında uyarma yaptırımı uygulanan uzlaştırmacı, öncelikle Daire Başkanlığına yazılı olarak uyarılır. Etik ilke ihlali sebebiyle uyarma kararının verilmesi halinde, uzlaştırmacının savunma verme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁰⁰. Uzlaştırmacı, Daire Başkanlığı tarafından yazılı olarak uyarılmasına rağmen, uyarıya uymaması halinde savunma vermek durumundadır. Uzlaştırmacı, yazılı savunmada bulunabilmek için kendisine yapılan yazılı bildirimden tebliğinden itibaren on günlük süre zarfında savunmasını vermelidir. Savunması alınan uzlaştırmacının sicilden ve listeden çıkartılmasına karar verilir ve bu karar ilgisine tebliğ edilir (CMUY m. 49/4)¹⁰¹. Tebliğden imtina eden veya bu süre içinde savunmada bulunmayan uzlaştırmacı savunma hakkından vazgeçmiş sayılır (CMUY m. 49/3)¹⁰².

Uzlaştırmacının etik ilkeleri ihlal etmesi halinde Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı'nca sicilden kalıcı olarak çıkarma yerine 1 yıla kadar geçici olarak sicilden çıkarma yaptırımı da uygulanabilir¹⁰³. Uzlaştırmacı

⁹⁹ Akbulut/Aksan, s. 196; Aşkın/Topuz/Bilge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 183; Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.154; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 89; Özbek, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı s. 80.

¹⁰⁰ Akbulut/Aksan, s. 197; Diğer görüşe göre, uyarma da bir disiplin yaptırımıdır. Bu sebeple uzlaştırmacıya uygulanan bu yaptırım için yazılı şekilde savunma alınması gerekir. Bkz. Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 347.

¹⁰¹ Aşkın/Topuz/Bilge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 199; Akbulut/Aksan, s. 196; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 196.

¹⁰² Özbek, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 80; İçer, s. 713; Akbulut/Aksan, s. 196; Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 89.

¹⁰³ Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 89; Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.346; Akbulut/Aksan, s. 196.

kendisine yapılan yazılı bildirimden itibaren on günlük süre içinde savunmasını vermek zorundadır. Bu süre içinde savunmada bulunmayan uzlaştırmacı savunma hakkında zımni olarak vazgeçmiş sayılır¹⁰⁴.

Etik ilke ihlali sebebiyle Daire Başkanlığı tarafından uzlaştırmacıya uygulanabilecek diğer disiplin yaptırımı ise uzlaştırmacı sicilinden ve listesinden kalıcı olarak çıkarmadır. Bunu gerektiren fiiller; uzlaştırmacı olabilmek için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilmek ya da sonradan bu şartları kaybetmek, uzlaştırma göreviyle bağdaşmayan tutum ve davranışlar sergilemek, kanunun öngördüğü yükümlülükleri önemli ölçüde veya sürekli yerine getirmemek, performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunmamak, etik ilkelere aykırı davranmak ve yenileme eğitimini tamamlamamaktır (CMUY m. 49/1)¹⁰⁵.

Uzlaştırmacı, kendisine uygulanan sicilden ve listeden çıkarma kararına karşı idari yargı yoluna başvurabilir¹⁰⁶. Kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemesinde iptal davası açabilir (İYUK m. 2). Yetkili mahkeme ise idari işlemin yapıldığı yer olan Ankara idare mahkemeleridir (İYUK m. 5).

Uzlaştırmacının etik ilke ihlali sebebiyle kalıcı olarak uzlaştırmacı sicilinden ve listesinden çıkarma yaptırımının yönetmelikle düzenlenmesi eleřtirilmektedir¹⁰⁷. Bu durumun Anayasamızın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir¹⁰⁸. Kanaatimizce, sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı özlük işleri içerisinde yer

¹⁰⁴ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 346.

¹⁰⁵ **Ertemür**, s. 128; **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s.339; **Akbulut/Aksan**, s. 196; **Erdem/Eser/Özşahinli**, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 89.

¹⁰⁶ **Aşkın/Topuz/Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 199; **Özbek**, Adalet Bakanlığı Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s. 80; CMUY m. 49'da öngörülen etik ilkelere aykırı davranma sebepleri esas itibariyle disiplin suçudur. Dolayısıyla bunların, belirlilik ilkesine uyularak kanunla düzenlenmesi gerekir. Bkz. **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 345.

¹⁰⁷ **Değirmenci**, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 340.

¹⁰⁸ Anayasamızın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir".

aldığı için, bu yaptırımın yönetmelik hükümleri ile değil kanunla düzenlenmesi daha isabetlidir.

Uzlaştırıcı iş yoğunluğunu göz önüne alarak uzlaştırma faaliyetlerine yeterince zaman ayıramayacağına, görevini zamanında ve etkin şekilde yerine getiremeyeceğine yönelik bir kanaate ulaşır ise, sicilden ve listeden çıkarılmayı kendisi isteyebilir. Bu şekilde sicilden ve listeden çıkartılan uzlaştırıcı, sınav şartları haricindeki şartları taşımak koşuluyla yeniden sicile kayıt yaptırabilir¹⁰⁹.

SONUÇ

Uzlaştırma, Anglo Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmakla birlikte giderek Kıta Avrupası hukukunda da yerini almaktadır. Onarıcı adalet anlayışının tezahürü olan uzlaştırma ile suçtan kaynaklanan mağduriyetler giderilmekte, yargının iş yükü azalmakta ve toplum barışının sağlanmasına önemli derecede katkı sağlanmaktadır. Bu yöntemde taraflar maddi veya manevi edim karşılığında ya da edimsiz olarak anlaşarak ve sürece aktif katılım sağlamak suretiyle uyuşmazlığı kendi iradeleri doğrultusunda çözmektedir.

Uzlaştırma süreci, uzlaştırıcının görevlendirilmesi ile başlayan, uzlaştırma teklifinin yapılması, her iki tarafın teklifi kabul etmesi, uzlaştırma müzakerelerinin yapılması ve sonucunda uzlaştırma raporu düzenlenmesi aşamalarını ifade eder. Taraflardan birinin veya her ikisinin uzlaştırma teklifini kabul etmemesi halinde, üst yazıyla dosya uzlaştırma bürosuna teslim edilir. Bu halde müzakere aşamasına geçilemediği için uzlaştırma raporu düzenlenmez. Soruşturmada uzlaşmanın sağlanması halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilirken, kovuşturmada davanın düşmesine hükmedilir.

Uzlaştırıcının, taraflar arasında bozulan iletişimi sağlama girişimi nitelik olarak kamusal faaliyettir. Dolayısıyla kamu görevlisi statüsünde olan uzlaştırıcı, uzlaştırma kurumunun saygınlığına ve adalete

¹⁰⁹ Erdem/Eser/Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, s. 89; Ertemür, s. 128; Aşkın/Topuz/Bilge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 188; Akbulut/Aksan, s. 196; Bu durumda olan uzlaştırıcılar için CMUY m. 48/2 ve 3'de yer alan koşullar aranır. Bkz. Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma s. 339.

olan güvenin zedelenmemesine özen göstermelidir. Bunun için Uzlaştırma Yönetmeliğinde belirtilen etik ilkelere riayet etmesi gerekir.

Avrupa Komisyonu tarafından Brüksel’de 2004 yılında gerçekleştirilen konferans sonucunda Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları oluşturulmuştur. Burada yer alan ilkeler temel alınarak, Uzlaştırma Yönetmeliği’nin 6’ncı maddesinde uzlaştırmacılara yönelik etik ilkeler belirlenmiştir.

Uzlaştırmacı süreç boyunca üçüncü kişiden telkin almamalı, görevinde bağımsız olmalıdır. Uzlaştırmacı, adaletin yerine getirilmesi ve uzlaştırma kurumunun istenilen başarıya ulaşması amacıyla gerekli dikkat ve özeni göstererek, taraflara saygılı ve nazik davranmak suretiyle dürüstlük kuralı çerçevesinde görevini ifa etmelidir. Ayrıca dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilebilmesi için yeterli suç şüphesinin aranması, şüphelinin suçu işlediğini kesin olarak göstermez. Bu sebeple uzlaştırmacı, masumiyet karinesini dikkate alarak önyargılı olmamalı ve taraflara eşit davranmalıdır.

Tarafların vekilliğini veya müdafiliğini üstlenmeme yükümlülüğü gizlilik ilkesinin görünüm şeklidir. Bu etik ilke sayesinde dosyada uzlaştırmacı olarak görev yapan kişiler sonradan taraflardan herhangi birinin avukatlığını üstlenemez. Bu yasak yalnızca dosyada görev alan uzlaştırmacılık yapan avukatlar için öngörölmüş olup, bu kişilerin bürosunda çalışan diğer avukatlar ile avukatın kardeşi, eşi ya da belirli derece akrabaları yasak kapsamında değildir. Bu durum söz konusu kural ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesini engellemektedir. Uygulamada dosyada uzlaştırmacı olarak görev yapan avukatların kendilerine bağlı ya da ortak çalışan diğer avukatlar aracılığıyla aynı dosyada avukatlık faaliyetlerini yerine getirdiği görölmektedir. Bu halde söz konusu etik ilke dolaylı yoldan ihlal edilmekle birlikte, uzlaştırma müzakerelerinde öğrenilen ve gizlilik kapsamında olan hususlarında iddia veya savunma kapsamında kullanılması ihtimali bulunmaktadır. Kanaatimizce, uzlaştırmacı olarak görev alınan dosyada tarafların vekilliğini veya müdafiliğini üstlenmeme yükümlülüğü, bu kişilerin bağlı veya ortak olduğu kişiler ile belirli derecede akrabalarını da kapsayacak şekilde genişletilmelidir.

Uzlaştırıcı, tarafların herhangi birinden doğrudan veya dolaylı olarak menfaat temin etmemelidir. Buradaki menfaat, maddi olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir. Bu etik ilkenin ihlali için uzlaştırıcının doğrudan kendisine menfaat temin etmesi gerekli olmayıp, üçüncü kişilere herhangi bir yarar sağlaması yeterlidir.

Uzlaştırıcının etik ilkeleri ihlal etmesi, hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunu doğurabilir. Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, ihlal edilen etik ilkenin türüne göre uzlaştırıcı hakkında uyarı, 1 yıla kadar uzlaştırma sicilinden çıkarma veya kalıcı şekilde uzlaştırma sicilinden ve listesinden çıkarma kararı verebilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin/ **AKSAN**, Murat: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- AŞIK**, Mustafa Aydın: *Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020.
- AŞKIN**, Uğur/**TOPUZ**, Veysel/**BİLGE**, Burak: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2020.
- ATALAY**, İbrahim Orkun: “Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yolu Olarak Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Anlamında Uzlaşma”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2004, Cilt:2, Sayı:20, Sayfa: 2207-2224.
- BAKAR**, Yunus Emre: *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2022.
- ÇELEBİ**, Ümit: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Işığında Uzlaştırma”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 103, Mart 2018, Sayfa: 64-67.
- ÇETİNTÜRK**, Ekrem: *Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, HD Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- ÇETİNTÜRK**, Ekrem: *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2017.
- DEĞİRMENCİ**, Olgun: *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2021.
- DEĞİRMENCİ**, Olgun: “Uygulamacının 10 Sorusu Işığında Uzlaştırma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019.
- DEMİREL**, Nezihe Balcı: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2022.
- DÖNMEZ**, Burcu: *Çocuk Yargılaması – Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuklara Özel Soruşturma ve Kovuşturma Kuralları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020.
- EKİCİ ŞAHİN**, Meral/**YEMENİCİ**, Kürşat: “6763 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, Nisan 2018, Sayfa: 445-507.
- EPÖZDEMİR**, Rezan: “Yeni Düzenlemeler Işığında Uzlaştırma Müessesesine Bakış”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2017, Cilt: 15, Sayı: 175, Sayfa: 3445-3468.

- ERDEM**, Mustafa Ruhan/**Eser**, Ferda/**Özşahinli**, Pakize Pelin: *100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmacının El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2017.
- ERİŞ**, A. Uğur: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 137, Temmuz 2018, Sayfa: 241-271.
- ERTEMÜR**, Hazal: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.
- GÖKALP**, Özge Tuçe: "Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2013, Sayfa: 21-30.
- GÖKSU**, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2022.
- IŞIKA**, Sertaç: "Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 151, Kasım 2020, Sayfa: 61-84.
- İNÇİ**, Zekiye Özen/**SAKARYA**, M. Sevgi: "6763 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Uzlaştırma Uygulamalarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 141, Mayıs 2018, Sayfa: 101-114.
- İŞTEN**, İnanç/**MERT**, İbrahim Sani: "Uzlaştırma Kurumunun Etkinliğinin Artırılması: Uzlaştırma Sürecinde Karşılaşılan Hukuki ve İletişime İlişkin Problemler ile Çözümlerine İlişkin Nitel Bir Araştırma", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 11, Haziran 2018, Sayfa: 1-31.
- KARAN**, Ulaş: "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı*, S:32, 2015.
- KALS**, Elisabeth/**MONTADA**, Leo: *Mediation, Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage*, 2. Auflage, Basel 2007.
- KRISHNAMURTHY**, Prabhakar: *An Introduction to Ethics, Indian Institute of Information Technology (D&M)*, Guindy, 2011.
- METİNER**, Erçağ/**KÖKEN**, Enes: "Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğine İlişkin Değerlendirmeler", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, s. 225-249.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Cilt, 2, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2016.

- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: *Onarıcı Adalet, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 2. Baskı, Ankara 2018.
- ÖZBEK**, Mustafa: “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 3, Eylül 2005, Sayfa: 289-321.
- ÖZBEK**, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 32, Aralık 2016, Sayfa: 7-28.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZGENÇ**, Nuri Berkay: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma*, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- ÖZMUMCU**, Seda: “Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, 2019, Sayfa: 262-276.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**GEZER**, Sırma/**SAYGILAR**, Yasemin F./**ALAN**, Esra/**ÖZAYDIN**, Özdem/**ERDEN TÜTÜNCÜ**, Efser/**ALTINOK VILLEMIN**, Derya/**TOK**, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2022.
- PELVAN**, Neslihan: “Ceza Muhakemesinde Onarıcı Adalet Kapsamında Uzlaştırma Uygulaması”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 103, Mart 2018, Sayfa: 111-114.
- KRACHT**, Stefan: *Rolle und Aufgabe des Mediators– Prinzipien der Mediation*, in: Haft Fritjof / Gräfin von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Auflage, München 2009.
- ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2021.
- TAN**, Hülya: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020.
- TANER**, Fahri Gökçen/**ÖNTAN**, Yaprak: “Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu”, *Journal of Penal Law and Criminology*, 2021; 9(1): 159-196.

- TEMİZ GÜL**, Yağmur: *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2021.
- TOK**, Mehmet Can: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumu Hakkındaki Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler ve Uzlaştırmanın Başarısızlık Nedenleri”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 105, Ağustos 2018.
- ÜNAL**, Ertuğrul: “Uzlaştırma ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1, Ocak 2018, Sayfa: 195-216.
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2021.
- WEİLER**, Eva/**SCHLICKUM**, Gunter: *Praxisbuch Mediation*, München 2008.
- YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2021.
- YERDELEN**, Erdal: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı*, 2. Baskı, Ankara 2018.
- YERDELEN**, Erdal/ **ÖZBEK**, Mustafa Serdar/ **ALTUNTAŞ**, Şeyda/ **BOZ**, Burak/ **ERDEM**, Dilek Özge/ **YILMAZ**, Berna Ayşen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- YILDIRIM**, Zeynep: “Türk Ceza Hukuku’nda Uzlaşma”, *Legal Hukuk Dergisi*, S: 50, 2007.
- YURTCAN**, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara 2019.

<https://www.kearns.co.uk>

SULH CEZA HÂKİMLİKLERİ TARAFINDAN 5651 SAYILI KANUNUN 9. MADDESİ KAPSAMINDA VERİLEN KARARLARA ANAYASA MAHKEMESİNİN HAK İHLALİ YAKLAŞIMI

Aytaç ÇETİNKAYA*

Öz

İnternet ortamında yapılan yayın sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler, kurum veya kuruluşlar içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına başvurmadan internet yayını kaldırılmasını ve/veya erişimin engellenmesini doğrudan sulh ceza hakiminden talep edebilmektedir. Kişilik hakkı ihlalini önlemede internet yayınının kaldırılması ve içeriğin çıkarılması hızlı ve etkili bir çözüm yolu olsa da nihayetinde bir koruma tedbidir. Kişilerin şeref ve itibarını ihlal eden içeriklerin ilk bakışta veya görünüşte haklılık varsa meşru olduğunu kabul ederek bu tedbirin verilmesi gerekmektedir. Bu tedbirin süresiz olması, çelişmeli yargı yoluna gidilmesinin zorunlu olmaması, temel hak hürriyetlerin kısıtlanmasında müdahalenin başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olması gerekirken tüm sitenin veya içeriğin engellenmesi, çatışan haklar olan ifade ve basın özgürlüğü ile kişilerin şeref ve itibarının korunması arasında adil bir dengenin kurulması demokratik toplum düzeni gerekliliği ve ölçülülük

* J. Hukuk Binbaşı, Jandarma Genel Komutanlığı Hukuk Hizmetleri Başkanlığı Disiplin Kurulları Şube Müdürü, Ankara, Türkiye. | G. Law Major, Gendarmerie General Command Disciplinary Committees Branch Manager, Ankara, Türkiye.

✉ acetinkaya2@jandarma.gov.tr • ORCID 0000-0002-0592-0952.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇETİNKAYA, Aytaç: "Sulh Ceza Hâkimlikleri Tarafından 5651 Sayılı Kanunun 9. Maddesi Kapsamında Verilen Kararlara Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Yaklaşımı", *SÜHFD*, C. 32, S. 2, 2024, s.779-809.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ilkelerine aykırılık teşkil etmekte bu sebeplerle de ifade ve basın hürriyetlerini ihlal eden bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler

• İlk Bakışta İhlal • Ölçülülük • Koruma Tedbiri • Kişilik Hakkı • Son Çare

THE CONSTITUTIONAL COURT'S APPROACH TO DECISIONS TAKEN BY CRIMINAL JUDGESHIPS OF PEACE UNDER ARTICLE 9 OF THE LAW NO. 5651 AS A VIOLATION OF RIGHTS

Abstract

Natural and legal persons, institutions, or organizations whose personal rights are violated due to the publication on the internet may request the removal of the internet publication and/or blocking access directly from the criminal judge of peace without applying to the content provider or hosting provider. Although the removal of the internet publication and removal of the content is a fast and effective solution to prevent the violation of personality rights, it is ultimately a protection measure. It is necessary to grant this measure by accepting that the content that violates the honor and reputation of individuals is legitimate if there is a prima facie or apparent justification. While this measure should be indefinite, it is not obligatory to go to the contradictory judicial remedy, the intervention should be the last resort and the lightest measure that can be taken in the restriction of fundamental rights and freedoms, the blocking of the entire site or content, the establishment of a fair balance between the freedom of expression and freedom of the press, which are conflicting rights, and the protection of the honor and reputation of individuals, constitutes a violation of the necessity of democratic social order and the principles of proportionality, and for these reasons, it emerges as a situation that violates the freedom of expression and freedom of the press.

Keywords

• Prima Facia • Proportionality • Protective Measure • Personality Rights • Ultima Ratio

GİRİŞ

Kişilik hakları hukuk düzeni tarafından korunan, kişi olmaktan kaynaklı sahip olunan değerlerin tümünü ifade etmekte olup mevzuatta tek tek sayılmamış ve hakkın zaman ve koşullara göre değişen ihtiyacına binaen esnek çerçevede ele alınmaktadır. Anayasamıza göre herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu haklar Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu kapsamında

hukuki, Türk Ceza Kanunu kapsamında ise ceza hükümleri doğrultusunda korunmaktadır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.9 çerçevesinde internet ortamında yapılan yayınlar nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenler üç farklı yönteme başvurabilecektir. Bu yöntemler uyar kaldır, sulh ceza hâkimine başvurma ve erişim sağlayıcı birliğine başvurmadır. Sulh ceza hâkimliğine yapılan başvurular sonucunda hâkimlikler içeriğin yayından çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilmektedir.

5651 sayılı Kanun m.1'de kanunun amacı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre kanun *“internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri”* belirlemek üzere hukuk düzeninde yerini almıştır. Ancak kişilik hakları ihlali suç olmayan hallerde de mümkün olup; 9. madde kapsamında verilen karar tedbir kararının da ötesine başlı başına müstakil bir düzenlemedir. Bir başka ifadeyle verilen bu karar sonunda kişilik hakları ihlal edilenler medeni hukuk veya ceza hukuku kapsamında bu karardan sonra bir dava açmak veya şikâyette bulunma yükümlülüğü mevcut değildir. Bu da verilen erişim engeli veya içeriğin çıkarılması kararını süresiz hale getirmekte ve kişilerin düşünciyi açıklama ve yayma hürriyeti ile basın hürriyetlerini ihlal edebilmektedir.

Çalışmada sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen bu kararlara yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa m.26 ile m.28 kapsamında verilen hak ihlalleri değerlendirilecektir.

Çalışmada kişilik hakkının ne olduğu, 5651 sayılı kanun m.9'un uygulama şekli, bireysel başvuruların hukuk düzenindeki yerinin açıklanmasına müteakip, Anayasa Mahkemesinin 5651 sayılı kanun m.9 kapsamındaki yaklaşımı değerlendirilecektir.

I. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.28'e göre kişilik çocuğun sağ ve tam olarak doğumuyla başlamaktadır. Kişiliğin başlangıcıyla birlikte kişilerin “insan” olmaktan ötürü bazı hakları mevcut olup bu haklara genel olarak kişilik hakları denilmektedir¹. Bu haklar kişinin maddi, manevi

¹ Doktrindeki farklı tanımlar için bkz. ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 87.

veya ekonomik bütünlüğünü üzerindeki mutlak haklardır². Mutlak olmamasından ötürü herkese karşı sürülebilin, vazgeçilemeyen ve kişiye bağlı haklardandır. Bir başka ifadeyle kişilik hakkının şahıs varlığı hakkı olması, mutlak olması, kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak olması ve feragat edilememesi bu hakkın özellikleridir³.

Bu haklar hukuk düzeni tarafından korunan, kişi olmaktan kaynaklı sahip olunan değerlerin tümünü ifade etmektedir⁴. Kişilik hakkı değeri parayla ölçülmeyen, manevi değere sahip haklardır⁵. Bir başka ifadeyle yaşam, vücut bütünlüğü, şeref, haysiyet, itibar, isim, ses, fotoğraf, mesleki, ticari gibi manevi değerlerdir.

5651 sayılı Kanun kapsamında kişilik hakkına yönelik yapılan saldırının tespiti, durdurulması ve üçüncü kişilere duyurulması maksadıyla açılan davada Yargıtay⁶ kişilik hakkı; *“kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerin tümüne”* denildiğini ifade etmiştir. Danıştay⁷ *“kişilik hakkı çeşitli kişisel değerlerden oluşan bir bütünlük arz eder. Kişilik hakkı bir şahsın kişiliğini oluşturan maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı bu değerlerdendir”* demek suretiyle benzer Yargıtay ile benzer değerlendirme yapmıştır.

Kişilik hakları kanunda tek tek sayılmayarak çerçeve olarak düzenlenmesi bu hakkın zamanının ihtiyacına göre değişen, soyut ve toplumun gelişimine yönelik olması isabetli olmuştur⁸. Danıştay da bir kararında

² YILMAZ, Süleyman/ YILDIRIM, Abdülkerim: Medeni Hukuk-1, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 136.

³ AKYASAN BİRSEN, Gönül: Sosyal Medyada Paylaşılan İçerik Nedeniyle Kişilik Hakkı İhlalleri, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 24-28.

⁴ KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE; Mustafa: Medeni Hukuk Bilgisi, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 189.

⁵ KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, Medeni Hukuk Bilgisi, s. 189.

⁶ Yargıtay HGK, 11.11.2021 tarih, E. 2017/4-2603, K. 2021/1389, (Kazanıcı, Erişim Tarihi: 10.11.2023).

⁷ Danıştay İDDK., 11.02.2016, E. 2015/4671, K. 2016/236, (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.11.2023).

⁸ AKYASAN BİRSEN, Sosyal Medyada Paylaşılan İçerik Nedeniyle Kişilik Hakkı İhlalleri, s. 18.

“Kanun koyucu kişilik haklarını oluşturan değerlerin sürekli değişen ve gelişen yansımalarını dikkate alarak sınırlandırma yoluna gitmemiş; kişisel değerlerden oluşan kişilik hakkı esnek bir çerçeve içinde ele alınmıştır” ifadelerine yer vererek benzer değerlendirmede bulunmuştur⁹.

Kişilik haklarımız başta Anayasamız olmak üzere birçok mevzuatta koruma altına alınmıştır. Anayasa m.12 ile 20 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.23 kişilik hakkını korum ve özel hayatın gizliliğini koruyucu pozitif hukuk kuralları içermektedir¹⁰.

Anayasa m.12'ye göre *“herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere”* sahiptir. Anayasa m.20 özel hayatın gizliliği, m.17 kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, m.25 düşünce ve kanaat hürriyeti kişilik haklarını doğrudan koruyan anayasal düzenlemelerden bazılarıdır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesi özel hayata saygı hakkı, 15. maddesi uyrukluk hakkı, 16. maddesi evlilik ve ailenin korunması ile 18 ile 19. maddesi fikir ve düşünceyi yayma hakları bildiride düzenlenen kişilik haklarının bazılarıdır¹¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi yaşama hakkı, 8. maddesi özel ve aile hayatına saygı hakkı, 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10. maddesi İfade özgürlüğü hakları sözleşmede düzenlenen kişilik haklarının bazılarıdır.

TMK m.23,24 ve 25 ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.58 özel hukuk alanında kişilik haklarını koruyan genel düzenlemelerdir.

TMK m.23 de *“kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramaz”* ifadesine yer verilerek kişinin rızası ile girdiği hukuki işlemlere karşı korumayı düzenlemiştir. M.24'te *“hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle*

⁹ Danıştay İDDK., 11.03.2020, E. 2019/2723, K. 2020/677, (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.11.2023).

¹⁰ **ATASOY**, Kemal: *“Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, 2016, s. 271.

¹¹ **BASKIN**, M. Onur: *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 68.

haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” hükümüne yer vermiş ve kişinin rızası dışındaki saldırılara karşı korumayı amaçlamıştır. Kişilik hakkının ihlal edildiğini veya edilebileceğini düşünen kişiler m.25’e göre hâkimden “saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine” ilişkin istemde bulunabilmektedir. Yine davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir¹².

TBK m.27 de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı yapılan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı düzenlenmiştir¹³. Bu düzenlemeden yola çıkaran kişilik haklarına aykırı yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Aynı kanunun 58. maddesinde “kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir” hükmü ile de kişilik hakkı ihlal edilen kişinin manevi tazminat isteminde bulunabileceği düzenlenmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.56’a göre “*haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse; Fiilin haksız olup olmadığının tespitini, haksız rekabetin men’ini, haksız rekabet sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını, kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini”* TBK m.58 kapsamında manevi tazminat olarak isteyebilir.

Tüzel kişilerin de kişilik hakları mevcuttur. Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerde kişilik haklarının korunması kapsamında gerçek kişilere uygulanan hukuki koruma tedbirlerinden yararlanabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki sağlık, duygu veya vücut bütünlüğü gibi sadece gerçek

¹² KAYA, Turgut: İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 64.

¹³ ATASOY, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, s. 274.

kişilere has kişilik hakları mevcut değildir¹⁴. Ancak korunması gereken hukuki yarar açısından aynı olduğu değerlendirilmektedir.

Kişilik hakkının korunması kapsamında diğer bir düzenleme çalışmanın konusunu oluşturan 5651 sayılı kanunun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini” de isteyebilmektedir.

II. 9. MADDENİN UYGULANMA ŞEKLİ

5651 sayılı kanunun 9. maddesinde internet ortamında kişilik hakları ihlal edilen kişilerin nereye ve nasıl başvuracağı düzenlenmiştir. Kanunda zaman içerisinde ek fıkralar eklenmek suretiyle değişiklikler yapılmış ve birden fazla başvuru yöntemi ve farklı usuller belirlenmiştir. İçeriğin yayından çıkarılması ile erişimin engellenmesi farklı kavramlardır. 5651 sayılı kanunun 2. maddesine göre erişimin engellenmesi “alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi” gibi kavramları ifade etmektedir. İçeriğin yayından çıkarılması ise “içerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını” ifade etmektedir.

Erişim engelleme ile ilgili internet sitesine sadece Türkiye sınırları içerisinde ulaşamayacaktır. İçeriğin yayından çıkarılması halinde ise bu içerik artık internet ortamından olmadığı için hiçbir yerden bu yayına ulaşamayacaktır¹⁵.

Bu iki kavram arasında teknik bazı farklılıklar mevcut olup 9. maddenin uygulanma şekli ve kapsamı alt başlıklar altında açıklanacaktır.

A. Uyar Kaldır

İnternet ortamında yapılan yayın sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler ile kurum veya kuruluşlar içerik sağlayıcısına eğer ona ulaşamazsa yer sağlayıcısına ulaşarak kişilik hakkının ihlal edildiğini

¹⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1983, s.290.

¹⁵ DEMEZ, İsmail: “Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişim Engellenmesi ve/veya İçeriğin Yayından Çıkarılmasında Görev ve Yetki Sorunu”, Bilişim Hukuku Dergisi, C.3, S.2, 2021, s. 340.

düşündüğü internet yayını kaldırılmasını talep edebilecektir. Bu başvurular içerik veya yer sağlayıcılar tarafından yirmi dört saat içinde cevaplandırılması gerekmektedir¹⁶. Ancak 2020 yılında kanuna 7253 sayılı kanun ile eklenen Ek madde 4 ile “Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıları , 9 uncu ve 9/A maddeleri kapsamındaki içeriklere yönelik olarak kişiler tarafından yapılacak başvurulara, başvurudan itibaren en geç kırk sekiz saat içinde olumlu ya da olumsuz cevap vermekle yükümlüdür” hükmü ile ihlal maddede belirtilen günlük erişimi bir milyondan fazla olan sosyal ağ sağlayıcıları açısından bu süreç kırk sekiz saat olarak uygulanacaktır¹⁷.

Uyar kaldır yönteminde süreler ihlalin gerçekleştiği andan itibaren değil içerik veya yer sağlayıcısının haber alma anından itibaren başlayacaktır. Bir başka ifadeyle uyarılan içerik veya yer sağlayıcı bu süreler içerisinde hareketsiz kalması durumunda sorumluluğu doğacaktır¹⁸.

B. Sulh Ceza Hâkimine Başvuru

İnternet ortamında yapılan yayın sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler ile kurum veya kuruluşlar içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına başvurmadan kişilik hakkının ihlal edildiğini düşündüğü internet yayını kaldırılmasını ve/veya erişimin engellenmesini doğrudan sulh ceza hakiminden talep edebilecektir. Sulh ceza hâkimi bu talebi dosya üzerinden inceleyerek yirmi dört saat içinde karara bağlayacaktır¹⁹. Sürenin yirmi dört saat tutulmasının kısa olduğu ile ilgili görüşler mevcuttur. Kısa olduğunu düşünenler hâkimin bu süreçte delilleri değerlendirmesinin güç olmasına dayanmaktadırlar²⁰. Karşit görüştekiler ise

¹⁶ IŞIK, Alper: “Anayasa Mahkemesi’nin 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımının Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.30, S.3, 2022, s.971.

¹⁷ DOĞAN, Aişe Sena: “Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesi Kapsamında Korunması”, Bilişim Hukuku Dergisi, C.2, S.2, 2020, s. 161.

¹⁸ AKKURT, Sinan Sami: Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 337.

¹⁹ IŞIK, “Anayasa Mahkemesi’nin 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımının Değerlendirilmesi”, s.972.

²⁰ GÖZLER, Kemal: “Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 sayılı Kanunun 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 1, Özel Sayı, 2014, s.1064.

internet ortamının yapısı gereği kişilik hakkının yirmi dört saat ihlal edilmesinin çok uzun olduğunu değerlendirmektedirler²¹.

Bu maddenin sulh ceza hâkimi tarafından uygulanmasında ilk bakışta ve kişilik hakkının apaçık delillerle ihlal edildiği hallerde bu kararın verilmesi gerektiği düşünülmektedir²². Aksi takdirde ifade hürriyeti ile adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir.

Sulh ceza hakiminden içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi istenebilmektedir. Bir başka ifadeyle başvuru içeriğin yayından çıkarılmasını erişimin engellenmesiyle birlikte, ayrı ayrı veya sadece birine başvurabilecektir.

İçeriğin yayından çıkarılması kararı 7253 sayılı kanun değişikliği gerekçesinden de belirtildiği üzere URL, yayın veya bölüm erişimi engelleyen erişim engelleme kararından ihlal niteliği taşımayan yayınlar açısından ifade hürriyeti açısından daha güvenli olduğu değerlendirilmektedir.

5651 sayılı kanun m.9/4'e göre hâkim erişim engellenmesine sadece "*kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak*" karar verebilmektedir. Zorunlu olmadıkça hâkim internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirirse gerekçesini de göstermek suretiyle sitedeki tüm yayına engelleme kararı verebilmektedir.

Sulh ceza hakiminin verebileceği diğer bir tedbir de 5651 sayılı kanun m.9/10'da düzenlenen "*ilişkilendirilmeme*" kararıdır. Bu hükme göre internet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilenler karara konu internet adresleri ile adının ilişkilendirilmemesine karar verilmesini talep edebilmektedir²³.

²¹ ÇIRAKOĞLU, Melikşah: 5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 34.

²² DOĞAN, "Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması", s.163; ÇIRAKOĞLU, 5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği, s.34.

²³ DOĞAN, "Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması", s.165; İŞİK, "Anayasa Mahkemesi'nin 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi", s.973.

C. Erişim Sağlayıcıları Birliğine Müracaat

5651 sayılı kanun m.9/9'a göre sulh ceza hâkimi tarafından bu madde kapsamında verilen içeriğin yayından çıkarılması ve erişim engellenmesi kararı kapsamında kişilik ihlaline konu yayın/içerik başka internet platformları veya adreslerinde yayınlanırsa kişilik ihlali ihlal edilen başvuru Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) başvurarak sulh ceza hâkimliğinin kararını bu adresler için uygulansın diye talep edebilecektir.

ESB 5651 sayılı kanun m.6/A içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Birlik koordinasyon maksadıyla görev yapmakta olup erişimin engellenmesi kararlarını erişim sağlayıcılar yerine getirecektir. ESB'nin içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kapsamında karar verme görev veya yetkisi bulunmamaktadır²⁴.

ESB 5651 sayılı kanun m.9/9 kapsamında harekete geçebilmesi için bir başka ifadeyle kişilik hakkı ihlal edilen kişinin talebini uygulayabilmesi için m.9 kapsamında verilmiş bir sulh ceza hâkimliği kararı, hâkim kararında ihlal edildiği tespit edilmiş kişilik ihlali yayınının aynısı olmalı ve bu yayın başka internet sitelerinde de yayınlanmış olma şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesine uyar kaldır sistemi ile Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne yapılan başvuru sistemi haricinde sulh ceza hâkimleri tarafından verilen erişim engelleme kararları hak ihlali sebebiyle yapılacak başvurulara konu olabilecektir.

III. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ

Anayasa m.148/3 göre herkes Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla, iç hukuk yollarını tüketmek şartıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmektedir. Bireysel başvuru hakkı ve kapsamı Anayasa m.148/3 ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.45 de düzenlenmiştir. Bireysel başvuru yolu ikincil nitelikte olağanüstü bir kanun yoludur²⁵.

²⁴ DEMEZ, "Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimim Engellenmesi ve/veya İçeriğin Yayından Çıkarılmasında Görev ve Yetki Sorunu, s. 384.

²⁵ EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2022, s.1189.

Bireysel başvuru hakkını gerçek ve tüzel kişiler kullanabilecektir. Gerçek kişiler açısından dil, din, ırk ayrımı yapılmamış olup yabancılarda bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Ancak belirtmek gerekir ki sadece Türk vatandaşlarına tanınan temel hak ve özgürlükler açısından bu kural geçerli değildir²⁶. Bir başka ifadeyle 6216 sayılı kanun m.46'a göre yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamayacaktır. Tüzel kişiler açısından ise Anayasada kamu tüzel kişilerinin başvuru yapamayacağı düzenlenmemişken 6216 sayılı kanun m.46'a göre kamu tüzel kişileri başvuramayacak, özel tüzel kişileri ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceklerdir.

Bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için AİHS kapsamındaki ve Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükten birinin ihlal edilme iddiası ve iç hukuk yollarının tüketilmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Anayasada güvence altına alınan düşünce ve kanaat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, özel hayatın gizliliği ve korunması ile basın hürriyeti 5651 sayılı kanun m.9 kapsamında güncel ve kişisel haklarının doğrudan ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilecek haklardandır²⁷. Bir başka ifadeyle içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişim engeli kararı verilmesi veya verilmemesi halinde kişiler Anayasa Mahkemesine yukarıda sayılan haklar kapsamında ihlal edildi iddiasıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerdir.

Anayasa m.153/son ve 6216 sayılı Kanun m.66/1'e göre Anayasa Mahkemesi kararları "*devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri*" bağlamaktadır. Ancak Anayasanın açık hükmüne rağmen özellikle bazı yargı organları farklı gerekçeler ileri sürerek yüksek mahkeme kararlarına direnmekte başka bir ifadeyle yüksek mahkeme kararlarını uygulamamaktadır²⁸. Son günlerde Milletvekili Şerafettin Can ATALAY²⁹ kararında da Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay

²⁶ GÜZEL, Mehmet Nuri: "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Mahkemenin Verdiği Kararlara Genel Bir Bakış", DÜHFD, C.27, S. 47, 2022, s. 494.

²⁷ KAYA, Seyithan: "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruya Konu Olan Haklar", EBYÜHFD, C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 69-83.

²⁸ KAHRAMAN, Mehmet/ŞAHİN, Muhammed: "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", Anayasa Yargısı, C.36, S.2, 2019, s.42.

²⁹ AYM., 28.03.2023, BN. 2021/9387, (Lexpera, Erişim Tarihi: 14.11.2023).

arasında görüş ayrılığı meydana gelmiş ve Anayasa Mahkemesi kararı uygulanmamıştır.

Yargılama hukukunda bir mahkeme kararına karşı herhangi bir kanun yolunun öngörülmemesi veya kanun yolunun tüketilmesine şekli anlamda mahkeme kararının kesinleşmesi denilmektedir³⁰. Anayasa mahkemesinin kararlarına karşı herhangi bir kanun yolu öngörülmemesi yüksek mahkemenin kararlarının şekli anlamda kesinliği konusunda kuşku yaratmamaktadır.

Maddi anlamda kesinliği konusunda ise Anayasa m.153/son “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” hükmü ile 6216 sayılı m.50/2’e göre “tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir” düzenlemesine göre mahkeme kararlarının bağlayıcılığı kuşkusuzdur³¹.

Yüksek mahkeme bir kararında³² “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesiyle işaret edilen yeniden yargılama kavramı, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan belli yönlerden farklılık taşımaktadır. Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele almaktadır. Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Ana-

³⁰ KAHRAMAN/ŞAHİN, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, s.45.

³¹ KARAKAŞ, Işıl: “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 33, 2016, s. 14.

³² AYM., 11.06.2018, BN. 2015/11961, (Lexpera, Erişim Tarihi: 14.11.2023).

yasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür" ifadelerine yer verip mahkeme kararlarının bağlayıcılığını vurgulamıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu hak ihlali kararında yüksek mahkemenin ortaya koyduğu ihlal kararını giderici yeniden yargılama yapmak zorundadır³³. 6216 sayılı kanun m.50'de açıkça düzenlendiği üzere "yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâller" müstesnadır.

Sonuç olarak Türk hukuk sisteminde yüksek mahkemenin ihlal kararları derece mahkemelerine sadece yol gösterici olmayıp, Anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılık ilkesi ve demokratik devlet düzenin korunması açısından bağlayıcı olup bu durum bir zorunluluktur³⁴.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

A. 2013/5653 N.B.B. Başvurusu

Ulusal ölçekte haber yapan bir gazetenin geçmiş yıllarda uyuşturucu madde kullanması ve yakalanması ile ilgili yapılan bir haberin gazetenin arşivinde olması ve kolay erişilebilir olması sebebiyle yapılan bir başvuruda erişimin engellenmesi kararı verilmemesi üzerine Anayasa Mahkemesine³⁵ yapılan bir bireysel başvuruda mahkeme Anayasa m.17 de koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile m.26 ile m.28 de koruma altına alınan basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü arasında denge sağlanması gerektiğini değerlendirmiştir.

Mahkeme değerlendirmesinde başvuruya konu haberlerin 1998 ve 1999 yılına ait olması ve arşiv niteliğinde ulaşılabilir olması, arşivin elektronik olarak içerik sağlayıcı tarafından saklanabileceği, bahse konu olayda haberin kolaylıkla ulaşılabilir olması, geleceğe ışık tutacak, tarihi, bilimsel veya istatistiksel olmaması, başvurucunun fenomen veya siyasi bir kişiliğe sahip olmaması, kişilerin unutulma hakkı³⁶ olması ve bu kap-

³³ ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2022, s.437.

³⁴ ÖZKAN, Gürsel: "Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansımaları", *Anayasa Yargısı*, C.37, S.1, 2020, s.234.

³⁵ AYM., 03.03.2016, BN. 2013/5653, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.11.2023).

³⁶ "Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak

samda da kamu yararının oluşmadığını belirtmiştir. Ayrıca internet ortamının sağladığı kolaylıklar sayesinde kişinin şeref ve itibarının korunabilmesi için ilgili habere erişimin engellenmesi gerektiğini saptamıştır. Bu maksatla da yüksek mahkeme bahse konu olayda ifade ve basın özgürlüğü ile kişinin bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir denge kurulmadığına karar vererek başvuruyu kabul etmiştir.

B. 2014/5232 Kemal Gözler Başvurusu

Akademik camiada bilinen bir yazarın yine bu camiada bilinen bir başka yazar hakkında kendi kitabından alıntı yapılması ve usulüne uygun atıf yapılmaması, usulsüz atfın ülke için kaygı verici boyutlara ulaştığını içeren ve İnternet üzerinden yayınlanan bir kitap yazması üzerine yazar hakkında 5651 sayılı kanun m.9 kapsamında kitabının bazı bölümleri için erişim engeli konulmuştur. Bu maksatla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuru üzerine yüksek mahkeme³⁷ m.26 da koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile m.27 de koruma altına alınan bilim özgürlüğünün farklı bir görünümü olan akademik özgürlüklerle bağlantılı olduğu konusunda değerlendirme yapmıştır. Mahkeme başvuru-rucunun anayasa ve idare hukuku alanında tanınan ve şöhret sahibi olması, yine erişim engelleme talebinde bulunan kişinin de akademik bir çalışma yayınlayarak bunun başka kişilerce okunacağı ve ağır eleştirilebileceğini öngörmesi gerektiği ve bu sebeple de daha fazla tahammül etmesi gerektiği hususuna değinmiştir. Erişim engeline konu olan kitabın dar bir akademik kitleye hitap etmesinin yanında kamu yararına ilişkin olması ve bilime katkısının yüksek olması vurgulanmıştır.

5651 sayılı kanununun 9. Maddesinin bir koruma tedbiri olması, daha sonra açılacak ceza veya hukuk davasına konu olabilecek konu hakkında bir başka ifadeyle çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasını zorlaştıran bir yol olması eleştirilmiştir. Bu maksatla İçeriğe erişimin engel-

yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır. Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.” Yargıtay HGK., 17.06.2015, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, (Kazancı, Erişim Tarihi: 13.11.2023).

³⁷ AYM., 19.04.2018, BN. 2014/5232, (Lexpera, Erişim Tarihi: 14.11.2023).

lenmesi kararı, internet ortamında yapılan yayının kişilerin şeref ve itibarlarına saldırı oluşturduğunu, ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta³⁸ anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hallerde mümkün olması hususuna da değinilmiştir.

³⁸ “Görüldüğü üzere erişimin engellenmesi talebi üzerine sulh ceza hakimi talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapmaktadır. Dolayısıyla ilgili yayın organı ve sorumlular, yapılan başvurudan haberdar olmamaktadır. Dahası aleyhlerine erişimin engellenmesi talep edilen İnternet sitesinin ilgilileri, duruşma açılmayacağı için nizalı davalardaki gibi duruşmada hazır bulunamamaktadır. Hâkim de kararını yirmi dört saat içinde vermek zorunda olduğu için karşı tarafa tebligatta bulunup diyeceklerini yazılı olarak sunmasını da karşı taraftan isteyememektedir. Karşı taraf da kendisini savunamamakta; hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamamakta ve bunlar hakkında yorum yapamamaktadır. 5651 sayılı Kanun’da öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dahil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır. Özet olarak hâkim, kararını dosya üzerinden, yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır. Bu sebeplerle genel olarak koruma tedbirlerinin ve özel olarak da başvuruya kanı İnternet yayımına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görünüşte haklılık veya “ilk bakışta” (*prima facia*) haklılık olarak nitelendirilebilir. Başka bir deyişle mevcut başvuruya konu erişimin engellenmesi kararının dayanağı olan 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde öngörülen sulh ceza hakiminin yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın, karşı tarafı dinlemeksizin, delil toplamaksızın, talepte bulunan tarafından kendisine sunulan delillerle sınırlı bir inceleme sonunda erişimin engellenmesine karar vermesi usulünün istisnai olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu usul ancak İnternet yayımının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebilir. Bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabilirdiği hallerde 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir. İlk bakışta ihlal doktrini, derece mahkemelerinin verecekleri İnternet’e erişimin yasaklanmasına ilişkin karara itirazda da uygulanır. Nitekim 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde bir İnternet sayfasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin bir tedbire itiraz yöntemlerine dair özel bazı hükümler bulunmakla birlikte itiraz incelemesi sonucunda verilen karar, çelişmeli yargılama sonucu verilen ve uyumsuzluğu esastan çözen bir karar değil, sulh ceza hakiminin erişimin engellenmesi kararının *prima facia* gerekliliği ile sınırlıdır. Böyle durumlarda “ilk bakışta ihlal doktrini” İnternet ortamında yapılan yayımlara karşı kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır.” AYM., 14.09.2023, BN. 2019/40078, (Kazancı, Erişim Tarihi: 14.11.2023).

C. 2014/5376 Recep Tayyip Erdoğan Başvurusu

Sosyal medya üzerinden bir içerik sağlayıcının başvuru hakkındaki paylaşımları hakkında sulh ceza hâkimi tarafından verilen erişim engelleme kararının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından yerine getirilmemesi sebebiyle Anayasa m.17 kapsamında kişilik hakkının (şeref ve İtibar) ihlal edilmesiyle ilgili başvuruda bulunmuştur. Oy çokluğu ile reddedilen başvuruda yüksek mahkeme³⁹ bireylerin arasındaki ilişkilerde müdahale yöntemi konusunda idarenin geniş takdir yetkisinin bulunduğu, kişilerin şeref ve itibarlarına saldırıların özel kişilerden gelmesi durumunda kamu gücü kullanan organların pozitif yükümlülüklerinin ne olduğunun belirlenmesinin çok kolay olmadığı, birey menfaati ile toplum menfaati arasında denge kurulması (*ölçülülük ilkesi*) gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu tarafından şikayete konu içerikler sosyal medya platformunda kullanıcı tarafından üretilen içerik olması, TİB tarafından yüksek mahkemeye gönderilen cevap yazısında sosyal medya platformundaki içeriklere teknik olarak URL bazlı erişim engellenmesinin yapılamaması ve bu içeriklerin ancak sosyal medya şirketleri tarafından kaldırılabilmesi ve TİB'in bu tarz durumlarda mahkeme kararlarını uygulanması amacıyla sosyal medya şirketlerine eposta atmak dışında herhangi bir işlem tesis etmediği, sosyal medya şirketinin bu içeriği kaldırmamakta direnmesi halinin varlığında sosyal medya şirketinin yayının tümünü engellenebileceği bu halin varlığı halinde dahi yurt dışından bu içeriklere erişilebileceğini belirtilmiştir. Ayrıca TİB söz konusu sosyal medya şirketlerinin ulusal mahkeme kararlarını uygulama konusunda ulusal ve uluslararası mekanizmalarını yetersizliği sebebiyle isteksiz davrandıklarının ve bir kısmının da uygulanmadığının altını çizmiştir.

Düşünce ve ifadeleri iletme konusundaki hızı ile bunları saklama süre ve kapasitesin klasik internet araçlarından farkı olması, bu sebeple de devletin iletişim ve teknoloji altyapısını geliştirmek, sosyal medya şirketleri ile ulusal ve uluslararası mekanizmaları kurmak ve geliştirmek ve hukuksal standartları sosyal medya üzerinden de sağlamak ve önlemleri almak devletin pozitif yükümlülüğüdür. Ancak bu pozitif yükümlülüğün bir sınırı temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak üçüncü kişilerce yapılan *imkân yükümlülüğü* olduğu, TİB'in de bu çabayı sarf ettiği, dosya kap-

³⁹ AYM., 28.01.2020, BN.2014/5376, (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.11.2023).

samında sunulan mevcut bilgi ve belgelere göre de 5651 sayılı kanun kapsamında devlete daha ağır yükümlülükler yüklenmesine gerek olmadığı sebepleriyle hak ihlali olmadığına karar vermiştir.

Başvuru kapsamında üyelerden birisi karşı oy kullanmış şeref ve itibarının korunması hususunda devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında daha fazla çaba göstermesi gerektiği, muhatap taraf işlediği isnat edilen suçların şikayete tabi olmaması, sosyal medya şirketine iletim yapılırken eksik kalınması, içeriklerin sahte olarak üretilmesinden bahsedilmemesi ve hukuka aykırı olarak iletişimin tespiti kayıtlarının paylaşılması, ilgili kamu organları ve sosyal medya şirketleri ile yeterli işbirliğine gidilmemesi sebepleriyle devletin kişilerin hak ve özgürlüklerini korumadaki pozitif yükümlülüğünde eksik kaldığını belirterek çoğunluğun aksi yöndeki görüşlerine katılmamıştır.

D. 2014/5552 Ali Kıdık Başvurusu

Bir internet haber sitesinden Türk Hava Kurumu ile ilgili yapılan ve başvurucaya ait olan köşe yazısına verilen erişim engeli verilmesi sebebiyle ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda⁴⁰ yüksek mahkeme gazetecinin ispat yükünün bir savcı kadar olmayacağı, internet haberciliğinin basın işlevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, Anayasa m.26 ifade özgürlüğü kapsamında içerik bakımından bir sınırlamanın getirilmediği bir başka ifadeyle siyasi, sanatsal, akademik veya ticari saikle de yapılabileceği, siyasetçilerin, kamuoyuna mal olmuş kişilerin veya kamusal yetkileri kullanan görevlilerin daha fazla eleştiriye katlanmak zorunda oldukları ancak Anayasa m26 ile m.28 in sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmediği siyasetçiler, tanınmış kişiler ve kamu görevlilerinin şöhret ve haklarının zarar görme ihtimali olduğu, bu maksatla meslek etik ve ahlakına saygı göstermeleri, gerçek ve güvenilir bilgi verecek şekilde iyi niyetli hareket etmeleri gerektiği değerlendirilmelerini yapmıştır.

Yüksek mahkeme ifade ve basın özgürlüğü ile kişilerin şeref ve itibarının korunması bir başka ifadeyle çatışan haklar arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Bahse konu başvuruya konu olan ve erişimi engellenen köşe yazısında Türk Hava kurumunun kötü yönetilmesi, zarara uğratılması, bazı kişilere haksız kazanç sağlanması ve kadrolara muhataba yakın kişilerin

⁴⁰ AYM., 26.10.2017, BN.2014/5552, (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.11.2023).

atanması hususlarının yer alması, iddialara ilişkin bazı belgelerin de paylaşılması, sulh ceza mahkemesi kararında köşe yazısında belirtilen hususlarla ilgili yargılama yapılmadığı ve kesinleşmiş mahkeme kararı olmadığı ve yazının haber verme sınırını aşarak kişisel görüşleri yansıtmayı ve küçük düşürücü yazı olması sebebiyle kişilik hakkı ihlali olduğunu belirterek erişimin engellenmesine karar vermiştir.

Yüksek mahkeme değerlendirmesinde ilk derece mahkemesinin erişim engelleme gerekçesinin muhatap aleyhine herhangi bir yargı kararının olmamasını, kişiler hakkında aleyhe yargı kararı olmaması halinde iddia içeren bir yayın/haber yapılamayacağını belirtmesini eleştirmiş ve bunun ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiğini, Türk Hava Kurumu'nun ülkenin en köklü kurumlarından olması, erişimi engellenen haber sitesinin özellikle havacılık alanını ilişkin olarak yayınlar yapması göz önünde bulundurulduğunda haber yapma ve iyi niyetli hareket etme hususlarının mevcut olduğu, 5651 sayılı kanun m.9 kapsamında erişim engelleme kararlarının çatışan haklar arasında ölçülü ve dengeli hareket etmeyi zorlaştırdığı bu tedbirin çekişmesiz bir yargı yolu olması sebebiyle ilk bakışta belirgin ve zararın ivedi giderilmesin zorunlu olduğu hallerde mümkün olması gerektiği ve mevcut olayda bir ceza soruşturma veya kovuşturması olmadan erişim engeli verilmesinin tedbiri tedbir olmaktan çıkarak sürekli hale getirmesi sebepleriyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

E. 2014/14965 Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. Başvurusu⁴¹

Borsa ve sermaye piyasasındaki gelişmeler ile ilgili olarak haber ve yayın yapan bir internet haber sitesinin spek hisse alım satımı ve borsada manipülasyon yapmasıyla ilgili yayınlanan bir habere getirilen erişim engeli ile ilgili yapılan başvuruda⁴², başvuru hakimliğin yeterli inceleme yapmadan, savunma alınmadan ve gerekçe gösterilmeden karar vermesinin ifade ve basın özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

⁴¹ Aynı tüzel kişi 13.10.2015 tarihinde başka bir başvuruda bulunmuş olup yüksek mahkeme aynı değerlendirmeleri yaparak ihlal kararı vermiştir. AYM., 03.07.2019, BN.2015/16499, (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.11.2023).

⁴² AYM., 16.02.2017, BN.2014/14965, (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.11.2023).

Muhatap tarafından başvurucuya ait internet haber sitesinde toplamda 25 haberin iftira ve kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğu gerekçesiyle başvurmuş ve sulh ceza hakimliği tarafından reddedilmiş, itirazda 25 haberin 18' ine erişim engeli verilmiştir.

Yüksek mahkeme muhalif olanlar da dahil herkesin düşüncelerini açıklayabilmesi ve bunu bir ikna çabası olarak kullanmasının çoğulcu demokrasinin bir gereği olduğu için basın ve ifade özgürlüğünün demokrasi açısından yaşamsal önemi belirtilmiştir. Sınırlamanın kişilerin şöhreti özel ve aile hayatlarının ihlali halinde zorunlu ve istisnai bir tedbir olduğu ve bu gerekliliğin toplumsal bir ihtiyacı karşılıyorsa amacına yönelik olması gerektiği (*ölçülülük ilkesi*) vurgulanmıştır.

Bununla birlikte yüksek mahkeme gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik haberlerin olgular temeline dayanması gerektiği, değer yargılarına yönelik olmaması bir başka ifadeyle subjektif değil objektif olması gerektiği, bu şekilde hareket edilmemesi halinde kişilerin ticari iş ve işlemlerinde büyük ve geri dönülmez zararlara yol açacağı hususu değerlendirilerek bu kapsamda sınırlamanın daha fazla olabileceği ifade edilmiştir.

Başvuruya konu olayda ilk derece mahkemesinin erişim engeli kararında haberin içeriğindeki ticari faaliyetlerdeki olguların asılsız olduğunun iddia edilmediği ve belirtilmediği, muhatap hakkında borsa üzerinde spekülasyon eylemleri sebebiyle iddianame hazırlandığı ve kamu davası açıldığı, hukuk mahkemesinde spekülasyon eylemlerinin ortaya konulduğu, mevcut yazının toplumsal tartışmaya katkı sağlayacak içeriğe sahip olması ve küçük yatırımcının manipülasyondan korunması için haber sitesinin somut olgulara dayanarak haber yaptığı ve toplumsal fonksiyona hizmet ettiği hususları birlikte değerlendirilerek Anayasa m.26 ve m.28 kapsamında ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine yüksek mahkemece karar verilmiştir.

F. 2014/15916 Aykut Küçükkaya Başvurusu

Ulusal bir gazetenin internet sitesinde ülke çapında faaliyet gösteren bir vakfın yönetim kurulu üyesi ve Başbakanın oğlu kişi hakkında "*Bilal'den eğitime ayar: Kızlı-erkekli olmasın*" başlıklı ve içerisinde bir toplantıda yapılan konuşmaların ses kayıtlarını da içeren videolu bir haberin kişilik haklarının iddia etmesi üzerine haber içerisindeki videoya verilen erişimin engeli kararında Anayasa Mahkemesi⁴³, Anayasa m.26' a göre

⁴³ AYM., 09.01.2020, BN.2014/15916, (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.11.2023).

ifade özgürlüğünü sınırlandırmanın gerekçelerinden birinin şöhret ve hakların korunması olduğunu, kamuoyunca tanınan kişilerin veya siyasetçilerin yapmış ve üstlenmiş oldukları görev gereği daha fazla eleştiriye katlanması gerektiği, içeriğe erişim engeli ile başvuruçunun ifade özgürlüğü ile muhatabın şeref ve itibarının korunması bir başka ifadeyle çatışan haklar arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerektiğinin vurgulamıştır.

Yüksek mahkeme internet ortamında işlenen suçlar ve kişilerin özel hayatı ile kişilik haklarının korunması kapsamında 5651 sayılı kanun m.9'un hızlı ve etkili bir çözüm yolu olduğunu ancak nihayetinde bir koruma tedbiri olduğunun altını çizmiştir. Bu sebeple de bu istisnai yolun sağlıklı uygulanabilmesi için kişilik haklarının ihlali ile basın ve ifade özgürlüğü arasındaki adil dengenin gözetilmesi gerektiğini bu maksatla da bireylere gerçek dışı bilgi veren ve haber yapan, kişilerin şeref ve itibarının ihlal eden içeriklerin ilk bakışta veya görünüşte haklılık varsa meşru olduğunu kabul etmektedir.

Bahse konu haberin ilk olarak muhalif bir partinin basın toplantısında dile getirilmiş olması, başka bir ifadeyle erişimi engellenen habere önce birçok ulusal haber sitesinde gündeme gelmesi, haberin içeriğinin değiştirilmemesi veya habere ekleme çıkama yapılmaması, video konusunun ülke çapında eski yıllarda kapatılan imam hatip ortaokullarının olması ve erişim engelleme talep eden kişinin eğitim alanında faaliyet gösteren Sivil Toplum Kuruluşlarından birinin yönetim kurulu üyesi olması ve imam hatip konusunda görüşlerinin toplumda karşılık bulması, Başbakan'ın oğlu olması sebebiyle haber yapma açısından kamuoyunda ilgi çekmesinin normal olduğu, bahse konu haber açısından ceza soruşturma veya kovuşturmasının açılmaması ve ilk derece mahkemesince erişim kararının yeterli gerekçelendirilmediği hususların yüksek mahkemece değerlendirilerek Anayasa m.26 ve m.28 ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

G. 2014/19685 C. K. Başvurusu

Türkiye yüz güzeli seçilen ve ölümü ulusal basında yer kaplayan mankenin, ölümü ile ilgili yapılan haberlerde mankenin başvuruçunun ajansında çalışması sebebiyle şüpheli ölüm olayı ile ilgili olarak başvuruçunun da tanık olarak dinlenmesi, mankenin ölme sebebinin aşırı doz uyuşturucu olması, ölen manken ile başvuruçunun ortak arkadaşlarının transseksüel olması ve ölen mankenin daha önceki yıllarda vefat eden eşinin de aşırı doz uyuşturucu sebebiyle ölmesi ile ilgili haberlerin yapılması

ve başvurucunun bu olaylarla ilgisi olmamasına rağmen arama motorlarında ismi ile ilgili yapılan aramalarda bu haberlerin listelenmesi sebebiyle şeref ve itibarının zedelendiğini iddia ederek içeriklere erişimin engellenmesini talep etmiş bu talep reddedilmiştir.

Yüksek mahkeme⁴⁴ internette yer alan haberlerin kişinin şeref ve itibari kapsamında olduğunu bu sebeple de Anayasa m.17 kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığı hususunda ihlalin olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini düşünmüştür⁴⁵. Somut olayda internet haberlerinin başvurucunun erişimin engeli talebinden yaklaşık on yıl sonra olması, 5651 sayılı kanun m.9 kapsamındaki tedbirin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olması ve zararın ivedi giderilmesi hususları olduğu hallerde uygulanabilecek bir koruma tedbiri olduğu, başvurucunun kişisel verilerinin kullanılması hususuyla ilgili bir şikayetin olmaması ve başvuru yollarını tüketmemesi sebepleriyle kişilik haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Karşı oy kullanan üyeler ise somut olayda kişilerin unutulma hakkının olduğu, Anayasa m.17 manevi bütünlük bağlamında şeref ve itibarın korunması ve m.20 kapsamında özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği, çoğunluğun görüşü olan başvuru yolunun tüketilmemesi hususunda ise haber arşivleri üzerinden başvurucunun şeref ve itibarının çok uzun zamandır ihlal edildiği ve ihlalin devam hukuk sistemimizde internet içeriğinin yayından çıkarılması sulh ceza hakimliklerine başvurulmak suretiyle yapıldığı ve başvurucunun da bu yolu kullandığı hatta itirazının da reddedildiği hususlarını değerlendirerek Anayasa m.17'nin ihlal edildiğini değerlendirmişlerdir.

H. 2016/14513 İ. D. ve Diğerleri Başvurusu⁴⁶

Başvurular; avukat eşin yine avukat olan eşini dövmesiyle ilgili haberin, sinema yönetmenin bir başka sinema yönetmeni ile evlilik dışı ilişkisi olmasıyla ilgili haberin, Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktayken beraat etmesine rağmen terör örgütü üyeliğinden rekor ceza aldı diye yapılan haberin, Milletvekili olan kişiyle ilgili "DEDAS CHP'yi de bağladı"

⁴⁴ AYM., 15.03.2018, BN.2014/19685, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.11.2023).

⁴⁵ Karşı oy kullanan üye başvurunun, çoğunluğun görüşü olan Anayasa m.17 kişinin maddi ve manevi varlığının ihlali değil Anayasa m.20 özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini düşünmüştür.

⁴⁶ 2018/15622, 2018/27671, 2019/13276, 2020/26969 ve 2021/15227 numaralı başvurular 2016/14513 numaralı başvuru ile birleştirilmiştir.

başlığı ile yapılan haberin, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan bir kurmay albay hakkında “darbeci”, “hain” başlığı ile ilgili yapılan haberin, sosyal medya fenomeniyle ilgili “M.A.PKK’lı şahsa ayar veriyor” başlığı ile yapılan haberin ulusal ölçekli gazetelerin internet sitelerinde yapılması sebebiyle kişilik haklarının ihlali ile verilen erişim engeli kararları ile ilgilidir.

Yüksek mahkeme⁴⁷ 5651 sayılı kanun m.9 kapsamındaki tedbirin özel hayata saygı hakkına açık bir şekilde saldırı olması ve bunun ilk bakışta tespiti halinde istisnai olarak uygulanabilecek bir tedbir olduğunu önceki kararlarında olduğu gibi vurgulamıştır.

5651 sayılı kanun m.9 kapsamında verilen koruma tedbirinin acil bir şekilde dosya üzerinden verilmesi, çekişmesiz yargılama süreci olması, iddiaların gerçek veya gerçek dışı olduğunun tespit olanağının zor olması, tedbirin süresiz olması hususlarını belirterek bu koruma tedbirinin, basın ve ifade özgürlüğünü açık olarak tehdit ettiğini belirtmiş ve yasa koyucunun düzenleme yapması gerektiğini değerlendirmiştir.

Yüksek mahkeme kişilik haklarına saldırı halinde açılan tazminat davalarında erişim engelleme kararlarının özel hukuk davası yoluyla ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunda Yargıtay tarafından son yıllarda verilen kararlara atıf yaparak 5651 sayılı kanunun yalnızca cezai sorumluluk ve yaptırım öngördüğü bu maksatla kişilik hakkı ihlali halinde hukuki veya cezai tedbire başvuruda seçimlik hakkın davacıya ait olduğunu belirtmiş ve davacının hukuka aykırılığın tespiti ve internet yayınının durdurulmasını ilk derece mahkemesinden isteyebileceği ve ilk derece mahkemesinin de işin esasına girerek hüküm kurabileceğini belirtilmiştir.

Ayrıca yüksek mahkeme şeref ve itibara yapılan saldırılarda 5651 sayılı kanun m.9 kapsamında sulh ceza hâkimliğine yapılan başvurunun, başvuru yollarının tüketilmesi açısından yeterli görmemektedir. AİHM kararları da bu yöndedir⁴⁸.

İ.2018/14884 Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu⁴⁹

Başvurular; “CHP’nin İstismar Araştırması Teklifine İ.K.dan Yanıt: Mümkün Değil” başlıklı haberin, “D. Kolejleriyle İlgili Şikayetler Artıyor Hem

⁴⁷ AYM., 28.12.2022, BN.2016/14513, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.11.2023).

⁴⁸ AİHM., 18.05.2021, BN. 30697/19, (HUDOC, Erişim Tarihi: 20.11.2023).

⁴⁹ 2019/3462, 2019/12282, 2019/14680, 2019/24541, 2019/39731, 2020/24330, 2020/24333 ve 2020/27928 numaralı başvurular 2018/14884 numaralı başvuru ile birleştirilmiştir.

Emekçilerin Parası Ödenmiyor Hem Velilerin" başlıklı haberin, *"Hasankeyf Taşına İhalesi İptal Edildi, Bakanlık Soruşturma Açtı"* başlıklı haberin, *"Ferhat Tepe Dosyası Neden Kapandı?"* başlıklı köşe yazısının, *"H.B.nin Başı Neden Belada?"* başlıklı haberin, *"V.K.den M.T.G.ye: Yunan Olmak da Ayıp Değil, Pontus da..."* başlıklı haberin, *"Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği Yönetim Kurulunun yazısı ile genel müdürlük görevine F.P.nin atanması"* ile ilgili haberlerin, *"Gıda Sahtekarlığından 15 Kez Ceza Alan Kişi Tarım Kredi Marketler'e Genel Müdür Olarak Atandı"* başlıklı haberin gazetelerin internet sitelerinde yapılması sebebiyle kişilik haklarının ihlali ile verilen erişim engeli kararları ile ilgilidir.

Yüksek mahkeme⁵⁰ bu başvuruyu pilot karar⁵¹ yapmış ve AİHM'nin yerleşik kararlarını değerlendirerek internet üzerinden yapılan engellenme kararlarının AİHS. m.10 da düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini, çevrimdışı uygulanana kuralların çevrimiçi kurallara da uygulanabileceğini ve internet üzerinden erişim engellenmenin fazla ve keyfi etkilerinin Türkiye'de tekrar gözden geçirilmesi tavsiye kararını⁵² değerlendirmiştir. Aynı bölümde İnsan Hakları Komiserinin 2017 tarihli bildirisinden bahsedilerek ülkemizdeki erişim engelleme tedbirinin yaygın kullanılması ve sulh ceza hakimlikleri tarafından eksik ve yetersiz inceleme yapılarak gerekçelendirilmeden tedbir kararının verilmesi eleştirilmiştir. AİHM. İçtihatları değerlendirilerek AİHS. Kapsamındaki hakların kısıtlanması için demokratik gereklilik ile orantılılık ilkelerine göre karar verilmesi gerektiği, bu maksatla çatışan hakların arasında adil bir denge kurulabilmesi için internet erişim kararlarında *"kamu menfaatine yönelik bir tartışmaya katkı, etkilenen kişinin şöhret derecesi, haberin konusu, ilgili kişinin önceki davranışları, yayının içeriği, şekli ve sonuçları"* kriterlerinin değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğinin belirtmiştir.

Yüksek mahkeme 5651 sayılı kanunun amacı konusunda da değerlendirme yaparak kanunun amacının internet ortamında suç ve suçlu ile mücadele olması ancak m.9'un kişilik hakları saldırı halinde suç olması halinde dahi tedbir verilmesini kanunun amacının gerçekleşmesi

⁵⁰ AYM., 27.10.2021, BN.2018/14884, (Lexpera, Erişim Tarihi: 22.11.2023).

⁵¹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.75'e göre yapısal sorun içeren başvurularda pilot karar usulü uygulanmaktadır. Bu başvuruda da pilot karar usulü benimsenmiş ve bu kararın resmî gazetede yayınlanmasından itibaren 1 yıl süreyle aynı hususları içeren başvurular ertelenmiştir.

⁵² AİHM., 01.12.2015, BN. 45226/10 ve 14027/11, (HUDOC, Erişim Tarihi: 22.11.2023).

açısından eleştirmiştir. Geçmiş kararlarında da belirttiği ve istikrar kazanan görüşünü yenileyerek 5651 sayılı kanun m.9 kapsamındaki koruma tedbirinin konuyla ilgili yeterli ve hukuki gerekçeyi içermemesi sebebiyle müdahalenin demokratik toplum düzeni gerekliliğini kapsamadığı, kanun koyucunun internet ortamında kişilik hakları ihlallerine etkili ve hızlı müdahale etmek amacıyla bu yolu benimsediğini, kişilik hakları ihlal edilen ile yayın hakkı arasında bir başka ifadeyle çatışan haklar arasında adil ve ölçülü bir dengenin kurularak karar verilmesi gerektiği, bu müdahalenin ilk bakışta açık bir şekilde belli olan kişilik hakkı ihlalinde sınırlı olarak işletilmesi gereken geçici bir koruma tedbiri olması gerekirken süresiz olması ve devamında da ceza veya hukuki bir dava açılmasına gerek olmaması hususlarını eleştirerek tekrar vurgulamıştır.

Müdahalenin çevrimdışı ortamlarda işlenen kişilik hakkı ihlallerinde 4721 sayılı kanun m.24,25 ve 6098 sayılı kanun m.58 kapsamındaki kişilik haklarını koruyan bu hükümlerin çevrimiçi ortamda da kullanılabileceğini hatırlatarak, yasa koyucunun 5651 sayılı kanun kapsamında da kalarak düzenleme yapabileceğini tavsiye etmiştir.

İlk derece mahkemelerinin internet yayını sebebiyle erişim engelleme taleplerine ilişkin kararlarında çelişmeli yargı yapılmadan karar verilmesi, gecikmeden ve süratle kişilik hakkı ihlalinin giderilmesi sebebinin ortaya konulmaması, çatışan haklar arasında adil dengenin kurulmaması ve kararlardaki genel geçer ifadeler eleştirilmiştir. Benzer hususların 5271 sayılı kanun m.268 kapsamındaki itiraz mercilerinin kararlarına da olduğu ilk bakışta ihlal doktrininin irdelenmediği, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarının dikkate alınmadığı hususu vurgulanmıştır.

Mevcut ve birçok başvuruda erişim engelleme kararlarından sonra ceza soruşturması veya kovuşturması olmaması ile müştekiler tarafından hukuk davası açılmaması bu koruma tedbirinin süresiz etkisi sebebiyle Anayasa m.26 ile m.28 kapsamında müdahalenin orantısız olması sebebiyle basın ve ifade özgürlüklerini ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

V. ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARI

Anayasa Mahkemesine 29/7/2020 tarihli ve 7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 5651 sayılı Kanun'un 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının Anaya-

saya aykırılığı ileri sürülerek 2020/76 sayılı esas numarasıyla 131 Milletvekilinin başvurusuyla iptal davası açılmıştır. Ayrıca 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2022/41 sayılı davanın aralarındaki hukuki irtibat bulunması nedeniyle E.2020/76 sayılı dava ile birleştirilmiştir⁵³.

5651 sayılı Kanun m.9 ile "*kişilik hakları*" internet üzerinden ihlal edilen kişilerin internet yayınına erişim engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. İptal davasına konu hususlar 5651 sayılı Kanun m.9/1'de düzenlenen "*internet ortamında yapılan yayın dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişiler ile kurum ve kuruluşların içerik sağlayıcısına, buna ulaşamamaları hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilecekleri gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurmak suretiyle içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilecekleri*", m.9/3'te düzenlenen "*sulh ceza hâkimine yapılan başvuru sonrasında hâkimin başvuruda bulunanın talebi doğrultusunda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebileceği*", m.9/5'te düzenlenen "*içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının doğrudan Birliğe gönderileceği*" ile yukarıda sayılan fıkralarda geçen "*...içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi...*" ibareleri dava konusu iptali istenen kurallardan birini oluşturmaktadır.

Dava konusu diğer bir husus; 5651 sayılı Kanun m.9/8'de yer alan "*Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği*", m.9/9'da yer alan "*hâkimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayımlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı*" hükümlerinde belirtilen "*Birlik tarafından kabulüne karşı itirazın, kararı veren hâkimliğe yapılacağı ve internet sitesindeki yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararlarında bu fıkra hükmünün uygulanmayacağı*" ile m.9/8'de yer alan "*...içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi...*" ibaresidir.

⁵³ AYM, 11.10.2023, E. 2020/76, K. 2023/172, (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.04.2024).

Dava konusu iptalin istenen son husus ise; 5651 sayılı Kanun m.9/10 da düzenlenen “internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebileceği ve kararda Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı” ile m.9/11’de düzenlenen “sulh ceza hâkiminin kararını maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumlularının, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı” fıkrasındaki “...içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları...” ibaresi oluşturmaktadır.

Yapılan başvuruda “içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararının hukuki niteliğinin belirsiz olduğu, bu kararların koruma tedbiri olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, nitekim herhangi bir suç veya ceza oluşturması bulunmamasına rağmen haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin talebi üzerine idari kolluk yetkisi bulunmayan sulh ceza hâkimliklerince bu yönde karar verilebileceği, bu yöntemin hukuk sistematığına aykırı olduğu, kurallarda bu yöntemin hangi esaslar kapsamında uygulanacağı hususunda belirliliğin bulunmadığı, kurallarla ifade ve basın özgürlüklerinin ölçüsüz biçimde sınırlandığı, kuralların birçok yönden belirsizlikler içerdiği, nitekim uygulanmaları sonucu bir tür sansür mekanizmasının ortaya çıktığı” hususları belirtilerek ilgili hükümlerin iptali istenmiştir.

Yüksek mahkeme dava konusu kuralların internet ortamında yapılan yayınların içeriğinin yayından çıkarılabilmesine ve/veya bu yayınlara erişimin engellenmesine imkân tanımak suretiyle ifade özgürlüğünü ve bu yayının internet haberciliği kapsamındaki bir yayın da olabileceği gözetildiğinde basın özgürlüğünü sınırladığını, Anayasa m.13’de Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlığı altında düzenlenen sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceği ve bu sınırlamaların sebeplerine, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğini ve pilot karar olarak uyguladığı Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri kararında 5651 sayılı Kanun m.9’un kanunilik ilkesine uygun olmadığını belirtmiştir. Yüksek mahkeme bu gerekçelerle 5651 sayılı Kanun m.9 kapsamında yapılan başvurularla ilgili hükümlerin tamamını Anayasa m.13’te düzenlenen Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, m.26’da düzenlene Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti ile m.28’de düzenlenen Basın Hürriyeti ne aykırı olduğunu belirterek iptal

etmiş ve Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir⁵⁴.

SONUÇ

Kişilik hakları ihlal edilenler medeni hukuk kapsamında hâkimden saldırının önlenmesini, saldırı son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti, maddî ve manevî tazminat isteyebilmektedir. Ceza hukuku kapsamında da suç duyurusunda bulunabilmektedir. İnternet teknolojisinin gelişmesiyle birçok suç ve hukuk ihlalleri internet ortamında da vücut bulmaktadır. İnternet ortamında yapılan ihlalin çok kısa sürede geniş kitlelere yayılması kişilerin şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin alınması için özel bir düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu maksatla 5651 sayılı kanununda yapılan değişiklikler ile m.9 kapsamında internet ortamında yapılan yayın sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler ile kurum veya kuruluşlar içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına başvurmadan kişilik hakkının ihlal edildiğini düşündüğü internet yayını kaldırılmasını ve/veya erişimin engellenmesini doğrudan sulh ceza hakiminden talep edebilecektir.

AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre kişilik hakkı ihlallerinde çevrimdışı uygulanan kuralların çevrimiçi kurallara da uygulanabilecektir. Bu maksatla AİHM internet üzerinden erişim engellemenin fazla ve keyfi etkilerinin Türkiye'de tekrar gözden geçirilmesi tavsiye etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı kanunun amacı konusunda değerlendirme yaparak kanunun amacının internet ortamında suç ve suçlu ile mücadele olması ancak m.9'un kişilik haklarına saldırı halinde bu eylemin suç olmaması durumunda dahi tedbir verilmesini kanunun amacının gerçekleşmesi açısından eleştirmiştir. Yüksek mahkeme kişilik hakları ihlallerinde yapılan müdahalenin çevrimdışı ortamlarda işlenen kişilik hakkı ihlallerinde 4721 sayılı kanun m.24,25 ve 6098 sayılı kanun m.58 kapsamındaki kişilik haklarını koruyan bu hükümlerin çevrimiçi ortamda da kullanabileceğini hatırlatarak, yasa koyucunun 5651 sayılı kanun kapsamında da kalarak düzenleme yapabileceğini tavsiye etmiştir.

Yüksek mahkeme 5651 sayılı kanun m.9 kapsamındaki koruma tedbirinin konuyla ilgili yeterli ve hukuki gerekçeyi içermemesi sebebiyle

⁵⁴ İptal kararı 10 Ekim 2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

müdahalenin demokratik toplum düzeni gerekliliğini kapsamadığı, kanun koyucunun internet ortamında kişilik hakları ihlallerine etkili ve hızlı müdahale etmek amacıyla bu yolu benimsediğini, kişilik hakları ihlal edilen ile yayın hakkı arasında bir başka ifadeyle çatışan haklar arasında adil ve ölçülü bir dengenin kurularak karar verilmesi gerektiği, bu müdahalenin ilk bakışta(prima facia) açık bir şekilde belli olan kişilik hakkı ihlalinde sınırlı olarak işletilmesi gereken geçici bir koruma tedbiri olması gerekirken süresiz olması ve devamında da ceza veya hukuki bir dava açılmasına gerek olmaması hususlarını eleştirmiştir.

Çatışan haklar arasında dengelemenin sağlanabilmesi için internet yayınının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı, hedef alınan kişinin kimliği, içeriğin yayımlanma şartları, kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı, internet yayınında yer alan ifadelerin olgusal temele dayalı olup olmadığı, yayında dile getirilen düşüncelere cevap verme olanağının bulunup bulunmadığı, yayının hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkileri, unutulma hakkı gibi hususların sulh ceza hakimliklerince değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Yüksek mahkeme müdahalenin ilk bakışta açık bir şekilde belli olan kişilik hakkı ihlalinde sınırlı olarak işletilmesi gereken geçici bir koruma tedbiri olması gerekirken süresiz olması ve devamında da ceza veya hukuki bir dava açılmasına gerek olmaması hususlarını kararlarında vurgulamıştır.

İlk derece mahkemelerinin internet yayını sebebiyle erişim engelleme taleplerine ilişkin kararlarında çelişmeli yargı yapılmadan karar verilmesi, gecikmeden ve süratle kişilik hakkı ihlalinin giderilmesi sebebinin ortaya konulmaması, çatışan haklar arasında adil dengenin kurulamaması ve kararlardaki genel geçer ifadeler eleştirilmiştir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerektiği ifade edilerek uygulamadaki erişim engellerinin tüm internet sayfasını kapsamaması ve süresiz olması kişilerin haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunduğunu, keyfi ve orantısız müdahalelere yol açtığını belirtmiştir.

Yüksek mahkeme birçok başvuruda erişim engelleme kararlarından sonra ceza soruşturması veya kovuşturması olmaması ile müştekiler tarafından hukuk davası açılmaması bu koruma tedbirinin süresiz etkisi

sebebiyle Anayasa m.26 ile m.28 kapsamında müdahalenin orantısız olması sebebiyle basın ve ifade özgürlüklerini ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafların başvurusu üzerine verilen ihlal kararına bağlı olarak 6216 sayılı kanun m.50 kapsamında yeniden yargılama kararı verildiğinde derece mahkemelerince ihlal halini ortadan nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesini hatırlatmış ve mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarını uygulamamasını eleştirmiştir.

Yüksek mahkeme Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. başvurusunu pilot karar yapmış ve yasama organına 5651 sayılı kanunun yukarıda belirtilen AİHM ve Anayasa Mahkemesi eleştirileri doğrultusunda kanun değişikliğini tavsiye ederek bu kapsamdaki başvuruları 1 yıl süreyle görüşmeyeceğine karar vermiştir.

Son olarak yüksek mahkeme 5651 sayılı Kanun m.9 kapsamındaki değişikliklerin tamamını Anayasa m. 13'te düzenlenen Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, m.26'da düzenlene Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti ile m.28'de düzenlenen Basın Hürriyeti ne aykırı olduğunu belirterek iptal etmiştir.

KAYNAKÇA

- AKKURT**, Sinan Sami: Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 3. Baskı, Ankara 2023.
- AKYASAN BİRSEN**, Gönül: Sosyal Medyada Paylaşılan İçerik Nedeniyle Kişilik Hakkı İhlalleri, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ANAYURT**, Ömer: Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2022.
- ATASOY**, Kemal: "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, 2016, s. 269-301.
- BASKIN**, M. Onur: Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Ankara 2021.
- ÇIRAKOĞLU**, Melikşah: 5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği, 1. Baskı, Ankara 2018.

- DEMEZ**, İsmail: “Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimim Engellenmesi ve/veya İçeriğın Yayından Çıkarılmasında Görev ve Yetki Sorunu”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C.3, S.2, 2021, s. 338-429.
- DOĞAN**, Aişe Sena: “Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesi Kapsamında Korunması”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C.2, S.2, 2020, s. 143-180.
- EREN**, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, 4. Baskı, Ankara 2022.
- ERLÜLE**, Fulya: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 2. Baskı, Ankara 2015.
- GÖZLER**, Kemal: “Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 sayılı Kanunun 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 1, Özel Sayı, 2014, s.1059-1120.
- GÜZEL**, Mehmet Nuri: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Mahkemenin Verdiğı Kararlara Genel Bir Bakış”, *DÜHFD*, C.27, S. 47, 2022, s. 491-531.
- IŞIK**, Alper: “Anayasa Mahkemesi’nin 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımının Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S.3, 2022, s.967-998.
- KAHRAMAN**, Mehmet/ŞAHİN, Muhammed: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C.36, S.2, 2019, s.37-61.
- KARAKAŞ**, Işıl: “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33, 2016, s. 13-17.
- KAYA**, Seyithan: “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruya Konu Olan Haklar”, *EBYÜHFD*, C. XXII, S. 1–2, 2018, s. 57-92.
- KAYA**, Turgut: *İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğı*, 1. Baskı, Ankara 2019.
- KAYIHAN**, Şaban/ ÜNLÜTEPE; Mustafa: *Medeni Hukuk Bilgisi*, 4. Baskı, Ankara 2017.

- KILIÇOĞLU**, Ahmet, "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1983, s.287-294.
- ÖZKAN**, Gürsel: "Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması", *Anayasa Yargısı*, C.37, S.1, 2020, s.193-236.
- YILMAZ**, Süleyman/ **YILDIRIM**, Abdülkerim: Medeni Hukuk-1, 2. Baskı, Ankara 2022.

KİRA UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK VE TİCARİ DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK*

Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU**

Öz

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na eklenen 18/B maddesiyle kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi dışında kalan kira uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme hem taşınır hem de taşınmazlara ilişkin kira uyuşmazlıklarını kapsamaktadır ve her türlü kira uyuşmazlığında gündeme gelmektedir. Türk Ticaret Kanunu m. 5/A çerçevesinde her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira sözleşmelerinden konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, menfi tespit, itirazın iptali ve istirdat davalarında arabulucuya

* Dr. Öğr. Üyesi. KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Konya, Turkey.

✉ aytekin.celik@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0002-4943-8156.

** Doç. Dr. KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Konya, Turkey.

✉ mert.dogu@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0003-4695-9623.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇELİK, Aytekin/ DOĞU, Hakkı Mert: "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 811-860.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

başvurulması dava şartıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/B ile söz konusu uyuşmazlıklarla beraber bu kapsama girmeyen diğer kira uyuşmazlıkları da dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir. Çalışmada her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk konusu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

• Kira Sözleşmesi • Kira Uyuşmazlıkları • Dava Şartı Arabuluculuk • Ticari Davalar • Özel Hukuk

THE LITIGATION CONDITION ON MEDIATION IN RENTAL DISPUTES AND THE EFFECTS OF THE COMMERCIAL LITIGATION CONDITION ON MEDIATION

Abstract

With the article 18/B added to the Law on Mediation in Civil Disputes, applying to a mediator before filing a lawsuit has been accepted as a condition for litigation in rental disputes other than the eviction of rented immovable properties through enforcement without a judgment. The regulation in question covers rental disputes regarding both movable and immovable properties and comes to the agenda in all kinds of rental disputes. Turkish Commercial Code of 5/A within the framework, it is a requirement to apply to a mediator in cases of receivables, compensation, negative determination, cancellation of objection and recovery cases in which the subject matter is a certain amount of money from lease agreements. Law on Mediation in Legal Disputes Art. With Article 18/B, along with the disputes in question, other rent disputes that are not within this scope are also included in the scope of mediation as a matter of litigation. In the study, the issue of litigation mediation in disputes regarding the lease agreement that concerns the commercial enterprises of both parties is discussed.

Keywords

• Lease Contract • Lease Disputes • Mediation Condition of Commercial Litigation • Commercial Litigations • Private Law

GİRİŞ

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'na eklenen 18/B maddesiyle kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi dışında kalan kira uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme hem taşınır hem de taşınmazlara ilişkin kira uyuşmazlıklarını kapsamaktadır. Bu kapsamda kira alacağı, kira bedelinin tespiti, uyarılama, kiralananın geri verilmesi, kiralananın gösterilmesi izin verilmesi ve güvence verilmesine ilişkin kira uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Buna karşılık kira bedelinin ödenmemesi ve kira süresinin sona ermesi sebebiyle taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almamaktadır.

TTK m. 5/A çerçevesinde her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira sözleşmelerinden konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, menfi tespit, itirazın iptali ve istirdat davalarında arabulucuya başvurulması dava şartıdır. HUAK m. 18/B ile söz konusu uyuşmazlıklara beraber bu kapsama girmeyen diğer kira uyuşmazlıkları da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

HUAK m. 18/B ile taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dışındaki tüm kira uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması, her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında HUAK m. 18/B ve dava şartına ilişkin genel hükümlerin mi yoksa ticari dava şartına ilişkin özel düzenlemelerin mi uygulanacağı hususunda bir tereddüde sebep olabilecektir. Aynı şekilde her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında ileri sürülen taleplerin bir kısmının TTK m. 5/A, bir kısmının da HUAK m. 18/B kapsamına girdiği durumlarda hangi arabuluculuk sürecinin uygulanacağı sorunuyla da karşı karşıya kalınabilecektir. Zira her iki dava şartı arabuluculuk süreci süre, arabulucunun ücreti, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması vb. konularda önemli farklılıklar içermektedir.

Bunun dışında kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin pek çoğunun kiracıyı korumak amacıyla emredici bir şekilde düzenlenmesi dava şartı arabuluculuk sürecinde üzerinde durulması gereken önemli konulardan birisidir. Özellikle konut kiralalarında kira artış oranını %25 ile sınırlandıran düzenlemenin arabuluculuk süreci sonunda tarafların

anlaşması halinde uygulanıp uygulanmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk konusunda açıklamalara yer verilecek devamında da söz konusu düzenlemelerin ticari dava şartı arabuluculuk üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

I. KİRA UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. Genel Olarak

Kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) Dördüncü Bölümünde 299 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Dördüncü bölüm üç ayrımdan meydana gelmektedir. TBK m. 299-338 maddelerinden müteşekkil birinci ayırım "Genel Hükümler" başlığını taşımaktadır. Her türlü kira sözleşmesine, kural olarak söz konusu genel hükümler uygulanabilir¹. İkinci ayırım, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır. Üçüncü ayırım ise ürün (hasılat) kirası düzenleme alanı bulmuştur.

TBK m. 299'da kira sözleşmesinin tanımı verilmiştir. Buna göre kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir².

¹ **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Birinci Cilt), 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 413; **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021, s. 195; **ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 6; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul 2012, s. 4-5; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022, s. 316; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 314.

² **HİĞİ**, Peter: Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, Zürich 1994, Vor. Art. 253-274g OR, N. 97; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 345; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 415; **GÜMÜŞ**, s. 30.

Kira sözleşmesi, rızai, kiracı ile kiraya vereni karşılıklı olarak borç altına sokan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³. Sözleşme kapsamında kiraya veren kira konusunu kullanıma hazır ve uygun bir biçimde kiracıya teslim etmeyi üstlenirken, kiracı da bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girmektedir⁴.

Kira sözleşmesinde kiraya verenin mutlaka kira konusu şeyin maliki olması gerekmez⁵. Bununla birlikte kira sözleşmesi kapsamında birden fazla kiracı veya birden fazla kiraya verenin bulunması mümkündür⁶.

B. Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Kapsamı

1. Kapsam İçerisine Giren Uyuşmazlıklar

7445 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 37 ile 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 18/A'dan sonra gelmek üzere m. 18/B eklenmiş ve maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk, 1 Eylül 2023 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlamıştır.

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa başvurulabilmesi için öncelikle ortada bir kira ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Kira ilişkisi aslında taraflar arasındaki kira sözleşmesinin var olmasıyla ortaya çıkacaktır. Bu açıdan taraflar arasında geçerli bir kira ilişkisinin varlığı aranmakta; geçerli bir kira ilişkisi söz konusu değilse, dava şartı arabuluculuğun da gündeme gelmesi mümkün olamamaktadır.

Kanun koyucunun düzenlemesine bakıldığında dava şartı arabuluculuk açısından geniş bir çerçevenin çizildiği sonucunu ortaya çıkaracaktır. Sadece konut ve çatılı işyeri kiralari değil; aynı zamanda konut ve çatılı işyeri kirası dışında kalan taşınmaz kiralari, taşınır kiralari,

³ EREN, s. 320; ARAL/AYRANCI, s. 317; GÜMÜŞ, s. 31; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 346; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 222.

⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 417; EREN, s. 321; ARAL/AYRANCI, s. 318.

⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 197; ARAL/AYRANCI, s. 325; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 347.

⁶ Birlikte kira hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., BAYRAM, Aziz Erman: "Birlikte Kira", Ankara Barosu Dergisi, 2019/1, s. 94 vd.

ürün kirası ve hayvan kirasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁷.

Kira uyumsuzluklarında dava şartı arabuluculuk açısından kira ilişkisinden kaynaklanan uyumsuzlıklardan bahsedildiğine göre kira alacağı, kira bedelinin tespiti, uyarılama, kiralananın geri verilmesi, kiralananın gösterilmesine izin verme, güvenceye ilişkin uyumsuzluklar bu kapsamda bazı örnekler olarak değerlendirilebilecektir⁸. Taraflar arasında kira ilişkisinin bulunduğu hâllerde, söz konusu uyumsuzluklar gündeme gelmişse dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunludur.

Kiraya verenin kira alacağı, kira sözleşmesinde belirlenen ve kiracı tarafından ödenmesi gereken bedel ya da bedeller olarak ortaya çıkmaktadır. Kira alacağına ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Benzer şekilde yenilenen kira dönemlerine ilişkin olarak belirlenecek kira artış oranı ile yeni dönem kira bedeli miktarlarında da bir uyumsuzluğun varlığı halinde arabuluculuk süreci gündeme gelecektir. Ayrıca kira sözleşmesinde kira bedelinin uyarlanması taleplerinde öncelikle dava şartı arabuluculuk söz konusu olacaktır. Uyarılama talepleri TBK m. 138'deki şartların varlığı halinde mümkündür⁹.

Kira sözleşmesinin bitimiyle, kiralananın kiracı tarafından geri verilmesi gerekir. Bu durum TBK m. 334'te düzenlenmektedir. Şayet kiracı, geri verme borcunu yerine getirmezse burada kira sözleşmesinin sona ermesinin sonucuna ilişkin bir uyumsuzlıktan bahsedilecek ve dava açılmadan önce uyumsuzluğun çözümü için arabuluculuğa başvurulması gerekecektir. Bununla birlikte geri verme borcu kapsamında kiracının kiralananın sözleşmeye aykırı kullanması durumunda kiraya verenin tazminat talep etmesi mümkündür. Bu durumda da dava şartı arabuluculuk söz konusu olacaktır.

Kira sözleşmesinde kiracının belli durumlarda kiralananın gösterilmesine katlanma borcu vardır. TBK m. 319/2'ye göre kiracı, bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya

⁷ Ayrıca bkz., YENİOCAK, Umut: Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarılama Davaları, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 151.

⁸ YENİOCAK, s. 152.

⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 585; GÜMÜŞ, s. 82-83.

veren ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlüdür¹⁰. Kiracının söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığa örnek oluşturur ve dava şartı arabuluculuğa tabidir.

Kira sözleşmesinin sona ermesi hususunda özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında tahliye sebepleri bakımından da değerlendirme yapmak mümkündür. Örneğin TBK m. 350/1’de kiraya verenin ihtiyacı sebebiyle kiralananın tahliyesine ilişkin dava açılmasına, belirli şartların sağlanması kaydıyla izin verilmektedir. Bu noktada tahliye davası açılmadan önce arabuluculuğa başvuru dava şartıdır. Aynı sonuca, diğer tahliye sebepleri açısından da ulaşmak mümkündür. Ayrıca kanaatimizce arabuluculuğa başvuru açısından TBK m. 355 açısından bir değerlendirme yapmak burada uygun olacaktır. TBK m. 355/1’e göre kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz. İhtiyaç sebebiyle tahliye için arabuluculuk sürecinde anlaşan taraflardan kiraya veren, daha sonradan bu kiralananı üçüncü kişiye kiraya vermişse, TBK m. 355/3 hükmü devreye girecektir. Buna göre kiraya veren, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür. İlgili tazminat davası, dava şartı arabuluculuğa tabidir.

Bu konuda tahliye sebepleri arasında sayılan ve TBK m. 352/1’de düzenlenen yazılı tahliye taahhüdü üzerinde de durulması gerekir. Maddeye göre kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir¹¹. Görüldüğü üzere burada diğer tahliye sebeplerinden

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., DOĞU, Hakkı Mert: “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2020, s. 310 vd.

¹¹ Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde yazılı tahliye taahhüdü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., SAĞLAM, İpek: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2023, s. 33 vd.; AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Öneriler”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2022, s. 952 vd.;

farklı olarak yazılı tahliye taahhüdünün varlığı halinde kiraya verenin icraya başvurmak ya da dava açmak suretiyle -iki seçenekli olacak şekilde- tahliyeyi gerçekleştirme imkânı söz konusudur. Kiraya verenin dava açmak suretiyle tahliyeyi gerçekleştirmek istemesi durumunda arabulucuya başvurulması dava şartıdır.

2. Kapsam Dışında Kalan Uyuşmazlıklar

Kanun koyucu kira uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında kalan durumu HUAK m. 18/B/a açık bir şekilde ifade etmektedir. Düzenlemeye göre kiralanan taşınmazların 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Kira bedelinin ödenmemesi ve kira süresinin sona ermesi sebebiyle ilamsız tahliye durumlarını ayrı ayrı incelemek gerekir.

a. Kira Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İlamsız Tahliye

Kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kiraya veren ilamsız icra yoluna başvurmak suretiyle kiracıya ödeme emri gönderebilir. Kiracı, kira sözleşmesine veya kira sözleşmesi dışındaki hususlara itiraz edebilir. Kiracı, imzaya ya da kira sözleşmesine itiraz ederse, itirazın kaldırılabilmesi için kiraya verenin elinde İİK m. 269/b'ye göre noter tarafından düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılmış bir kira sözleşmesinin bulunması gerekir¹². Eğer kiraya verenin elinde bu tür bir sözleşme varsa icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını¹³ isteyebilir. Bu durumda arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kiraya verenin elinde sadece kiracı tarafından imzalanmış bir kira sözleşmesi varsa (ya da kira sözleşmesi yazılı değilse), sulh hukuk mahkemesinde bir tahliye davası açılabilir¹⁴. Bu durumda ise dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur.

DOĞU, Hicret: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Tahliye Taahhüdü", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2021, s. 35 vd.

¹² ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2022, s. 395; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 383.

¹³ İtirazın kaldırılması talebi için ayrıca bkz., KELEŞ, Şanver: Kiralanan Taşınmazların İlamsız Tahliyesi, Ankara 2019, s. 340 vd.

¹⁴ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 395; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 383.

Kiracı, kira sözleşmesi dışında örneğin kira alacağına itiraz etmişse, kiraya veren icra mahkemesinden kiracının itirazının kaldırılmasını ve kiralananın tahliyesine karar verilmesini isteyebilir. Kiracının, itiraz sebeplerini İİK m. 269/c'deki belgelerle ispatlaması gerekir¹⁵. Şayet kiracı, İİK m. 269/c'de sayılan belgelerle borcun sona erdiğini veya borçlu olmadığını ispatlayamazsa, icra mahkemesince itirazın kaldırılmasına ve kiralananın tahliyesine karar verilir. Bu durumda dava şartı arabuluculuk gündeme gelmez.

b. Kira Süresinin Sona Ermesi Sebebiyle İlamsız Tahliye

Kira süresinin sona ermesi sebebiyle kiraya verenin ilamsız tahliye yoluna gidebilmesi için elinde bir kira sözleşmesi (İİK m. 272/1) veya yazılı tahliye taahhüdünün bulunması gerekir¹⁶.

Kiraya verenin elinde noter tarafından düzenleme veya onaylama şeklinde hazırlanmış bir kira sözleşmesi ya da yazılı tahliye taahhüdü varsa, kiracının tahliye emrine süresinde itiraz etmesi durumunda, icra mahkemesinden itirazın kaldırılması istenebilir¹⁷. Burada dava şartı arabuluculuk gündeme gelmez¹⁸. Kiraya verenin elinde bu belgeler yoksa sulh hukuk mahkemesinde dava açma yoluna gidebilir ve bu dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuk zorunludur.

C. Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Süreci

1. Sürecin Başlaması

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın taraflarından birisinin arabuluculuk bürosuna başvurusuyla başlar. Süreci kiraya veren veya kiracı başlatabilir. Kiraya veren veya kiracının arabuluculuk bürosuna başvurmasıyla birlikte hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri durur. Son tutanağın

¹⁵ GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 384.

¹⁶ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 389; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 277; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 384.

¹⁷ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 402.

¹⁸ SERT SÜTÇÜ, Selin: "Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralananın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar -Çözüm Önerileri)", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2023, s. 1509.

düzenlendiği tarihe kadar zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler işlemez (HUAK m. 18/15).

Kira sözleşmesinin tahliye sebeplerine dayalı olarak sona erdirileceği durumlarda dava açılabilmesi belli sürelerle bağlanmıştır. TBK’de düzenlenen bu süreler, arabuluculuk ve bununla bağlantılı olacak şekilde son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez. Örneğin TBK m. 350’ye göre gereksinim sebebiyle açılacak tahliye davalarında kiraya veren, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin sonundan başlayarak bir ay içerisinde dava açmalıdır. Sözleşme süresinin sona ermesinden iki gün sonra kiraya veren arabuluculuğa başvurmuşsa, dava açma süresi duracak ve taraflar anlaşmaya varamamışlarsa son tutanakta birlikte dava açma süresi kaldığı yerden devam edecektir.

2. Sürecin Sona Ermesi

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun söz konusu olduğu durumlarda arabuluculuk süreci tarafların anlaşmasıyla sona erebileceği gibi anlaşma dışındaki diğer bazı sebeplerle de sona erebilir.

Süreci sona erdiren sebepler; tarafların anlaşması, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun tespit edilmesi, taraflardan birisinin çekilmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi ve taraflardan birisinin ölümüdür (HUAK m. 17/1). Sürecin anlaşma dışındaki diğer sebeplerle sona ermesi halinde tarafların anlaşamadıkları kabul edilir¹⁹ (HUAK Yön m. 25/6).

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde sürecin ne şekilde sonuçlandırıldığı bir tutanak ile belgelendirilmesi gerekir. Uygulamada “son tutanak” olarak adlandırılan söz konusu belgede sürecin anlaşmayla veya anlaşmamayla sonuçlandırıldığı belirtilir²⁰. Son tutanak, arabulucu ve taraflarca (ya da kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından) imzalanır. Ancak son tutanağın taraflarca (ya da kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından) imzalanmaması halinde arabulucu bu durumun sebebini belirterek belgeyi tek başına imzalayabilir.

a. Sürecin Anlaşmayla Sona Ermesi

¹⁹ Sürecin anlaşma ve kısmi anlaşma dışında sona ermesi halinde anlaşmama son tutanağının düzenlenmesi gerekir (HUAK Yön. m. 25/6).

²⁰ Arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ve anlaşmama dışında sona erdiği durumlarda da sürecin nasıl sonuçlandırıldığı son tutanakta gösterilir.

Arabuluculuk süreci sonucunda kiraya veren ve kiracı uyuşmazlık konuları üzerinde kısmen veya tamamen anlaşmışlarsa sürecin anlaşmayla sona erdiği kabul edilir²¹ (HUAK Yön. m. 25/6). Arabuluculuk süreci sonunda tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaları halinde arabuluculuk süreci sona erer. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın anlaşmayla sonuçlandığı son tutanakta belirtilir.

aa. Anlaşmanın Şekli

Arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında yapılan anlaşma şekle tabi değildir²². Bu sebeple kiraya veren ve kiracının arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlık konularında kısmen veya tamamen anlaşmaya varmaları halinde yazılı bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi zorunlu değildir. Özellikle taraflar arasındaki anlaşmanın gizli kalması gereken durumlarda yazılı bir sözleşme yapılmayabilir²³. Ancak sözlü olarak yapılan bir anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmesi hiçbir şekilde mümkün olmaz. Bu açıdan sözlü olarak yapılan anlaşmanın arabulucu huzurunda yapılması da herhangi bir öneme sahip değildir.

Sözlü olarak yapılan anlaşmalarda tarafların borçlandıkları edimlerin ispatı konusunda da çeşitli zorluklarla karşılaşılabilir. Ancak tarafların anlaşmayla birlikte borçlandıkları edimini yerine getirdiği durumlarda anlaşmanın sözlü olarak yapılması olumsuz bir sonuç ortaya çıkarmayabilir. Örneğin taraflar arasındaki kira alacağından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta kiracının anlaşma sırasında belirli bir miktar parayı nakit olarak kiraya verene ödemesi halinde, yazılı bir anlaşma belgesi düzenlenmesine ihtiyaç duyulmayabilir. Zira söz konusu durumda

²¹ Sürecin anlaşma ve kısmi anlaşmayla sona ermesi halinde anlaşma son tutanağının düzenlenmesi gerekir (HUAK Yön. m. 25/6).

²² Aynı yönde bkz., **EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 108; BAŞ, Seda: "6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 178; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 344; DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2018, s. 372; BADUR, Emel: "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 18, 2021, s. 53. Bu hususta ayrıca bkz., Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023).**

²³ **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 108.**

tarafardan birisi ödemeyi nakit olarak aldığından diğer tarafın edimini yerine getirmemesine ilişkin bir risk söz konusu değildir. Ayrıca taraflar arasındaki anlaşma sözlü olarak yapılırsa bile son tutanakta tarafların anlaşığı ve anlaşıkları hususların belirtilmesi gerektiğinden, kendisine ödeme yapılan tarafın diğer tarafa bu konuda bir dava açabilmesi de mümkün değildir (HUAK m. 18/5).

Taraflarca arabuluculuk sürecinde anlaşılmış olmasına rağmen anlaşmanın sözlü olarak yapılmış olması ve tarafların anlaşıkları hususunun son tutanakta belirtilmesi sadece tarafların anlaşıp anlaşmadıkları ve hangi konularda anlaşmaya vardıkları konusunda önem taşır. Tarafların sözlü olarak yapılan anlaşmadaki edimlerini yerine getirmemeleri halinde arabuluculuk mevzuatı açısından başvurulabilecek herhangi bir yol bulunmamaktadır. Tarafların genel hükümler çerçevesinde anlaşmanın icrasını sağlamaları gerekir.

Kiraya veren ile kiracı arasında yazılı bir anlaşma belgesi düzenlenmeyen durumlarda tarafların anlaşıkları hususlar konusunda son tutanağa bakılması gerekir. Zira kanun koyucu arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonuçlandığı hususunun dışında son tutanağa hangi hususların yazılacağını taraflara bırakmıştır (HUAK m. 17/3). Bu çerçevede tarafların yaptıkları anlaşmayı son tutanakta da yazılı hale getirebilmeleri mümkündür. Kanaatimizce söz konusu durumda son tutanakta tarafların (veya avukatları ya da yetkili temsilcilerinin) imzasının da bulunması halinde yine yazılı bir anlaşma belgesinden söz edilir²⁴. Söz konusu belge arabulucu tarafından da imzalandığından bu belgenin de arabuluculuk anlaşma belgesi olarak kabul edilmesi gerekir.

Son tutanakta hem arabulucunun hem de tarafların (veya avukatları ya da kanuni temsilcilerinin) imzasının bulunması halinde tarafların uyuşmazlığı anlaşmayla sonuçlandırdıkları nitelikli yazılı şekilde hazırlanan bir tutanakla tespit edilmiş olur. Son tutanakta sürecin anlaşmayla sona erdiğinin dışında başka hangi hususlara yer verileceğine taraflarca karar verilir. Bu sebeple son tutanağa tarafların üzerinde uzlaştığı diğer hususların da yazılabilmesi mümkündür. Aslında son tutanağın temel fonksiyonu sürecin ne şekilde sonuçlandırıldığı

²⁴ Son tutanakta anlaşmanın kapsamına yer verilebileceği hususunda bkz., Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023). Aynı yönde bkz., İLHAN, Onur: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2020, s. 253-254; BADUR, s. 55.

konusunda Adalet Bakanlığı'nın ve tarafların bilgilendirilmesidir²⁵. Ancak söz konusu tutanak üzerinde taraflarca kararlaştırılan başka hususlara yer verilmesi belgenin taraflar açısından da önem taşımasını sağlayabilir. Özellikle taraflar arasında yazılı bir anlaşmanın söz konusu olmadığı durumlarda son tutanakta taraflarca kararlaştırılan hususların dikkate alınması gerekir. Ayrıca taraflar arasında yazılı bir anlaşma yapılan durumlarda da taraf iradelerinin yorumlanmasında yine son tutanakta kararlaştırılan hususlardan yararlanılabilir. Ancak söz konusu değerlendirmeler son tutanakta arabulucunun dışında tarafların veya avukatlarının ya da kanuni temsilcilerinin imzasının bulunması halinde söz konusu olabilir. Son tutanakta tarafların imzalarının bulunmaması halinde söz konusu belgeye sadece sürecin ne şekilde sonuçlandığı hususunda müracaat edilmesi gerekir.

Arabuluculuk süreci sonunda kiraya veren ve kiracının kendi aralarında yazılı bir anlaşma belgesi düzenlemeleri de mümkündür. Anlaşma belgesi, adi yazılı şekilde veya nitelikli yazılı şekilde yapılabilir. Taraf arasında adi yazılı bir anlaşma belgesi düzenlenmişse söz konusu belge arabulucu tarafından imzalanmadığından hiçbir şekilde ilam niteliğinde belge olarak kabul edilemez²⁶. Taraflarca yazılı bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve son tutanakta tarafların anlaştığı hususuna yer verilmesi sadece sürecin anlaşmayla sonuçlandığının ispatı ve anlaşılan konularda dava açılmaması açısından önem taşır. Anlaşmanın sözlü olarak yapılmasında olduğu gibi bu durumda da tarafların anlaşma belgesindeki edimlerini yerine getirmemeleri halinde arabuluculuk

²⁵ Arabulucu sürecin sona ermesi halinde tarafları son tutanak ve sonuçları hakkında bilgilendirir. Hazır olmayan taraf varsa onun da her türlü iletişim vasıtasıyla son tutanakla ilgili olarak bilgilendirilmesi gerekir. Ayrıca son tutanağın dava şartı arabuluculukta derhal, ihtiyari arabuluculukta ise bir ay içerisinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesi gerekir (HUAK m. 16/4).

²⁶ Adi yazılı olarak düzenlenen anlaşma belgesinin adi senet olarak nitelendirileceği ve adi senetlere ilişkin sonuçları doğuracağı hususunda bkz., **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 110; **DÜR**, s. 372. Badur, arabuluculuk süreci sonunda tarafların yazılı bir anlaşma belgesi düzenlemeleri halinde söz konusu belgenin geçerli olabilmesi için taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz., **BADUR**, s. 51. Ancak anlaşma belgesinin arabulucu ve taraflar tarafından imzalanması bir geçerlilik şartı değildir. Söz konusu belgenin arabulucu, taraflar ve avukatları tarafından imzalanıp imzalanmaması anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi ve bu belgenin ilam niteliğinde belge sayılması açısından önem taşımaktadır.

mevzuatı açısından başvurulabilecek herhangi bir yol bulunmamaktadır. Dolayısıyla kiraya veren ve kiracının genel hükümler çerçevesinde anlaşmanın icrasını sağlamaları gerekecektir²⁷.

Anlaşma halinde kiraya veren ve kiracı tarafından nitelikli yazılı şekilde bir anlaşma belgesi de düzenlenebilir. Bu çerçevede anlaşma belgesinin noter tarafından düzenlenmesi veya anlaşma belgesindeki imzaların noter tarafından onaylanması da mümkündür. Bu durumda bir belgenin noter tarafından düzenlenmesi veya onaylanmasına ilişkin hukuki sonuçlar söz konusu olur. Bir borç ikrarını içeren anlaşma belgesinin noter tarafından düzenlenmesi halinde anlaşma belgesi resmi senet niteliği kazanacağından ilam niteliğinde belge sayılır²⁸. Dolayısıyla söz konusu durumda anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması veya anlaşma belgesinin HUAK m. 18/4'te sayılan kişiler tarafından imzalanmış olması gerekmez.

Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sona erdiği durumlarda anlaşmanın sözlü, adi yazılı, nitelikli yazılı veya arabulucunun da katılımıyla yazılı bir şekilde yapılmış olmasının sonuçları birbirinden farklıdır. Bu sebeple arabulucunun sürecin anlaşmayla sonuçlandığı durumlarda anlaşma belgesinin düzenlenip düzenlenmemesinin hukuki sonuçları konusunda tarafları aydınlatması gerekir.

Kiraya veren ve kiracının arasındaki anlaşmanın kanun tarafından şekle bağlanmamasına rağmen tarafların yaptıkları anlaşmayı iradi olarak şekle bağlamaları mümkündür. Özellikle söz konusu anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılması veya söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi alınması amaçlanıyorsa taraflarca HUAK'ta belirtilen şartları taşıyan yazılı bir anlaşma belgesi düzenlenmesi kararlaştırılabilir. Ancak

²⁷ Söz konusu durumda ilamsız icraya başvurulması ve borçlu tarafından icra takibine itiraz edilmesi halinde alacaklının adi yazılı anlaşma belgesine dayanarak itirazın kaldırılmasını talep edebileceği hususunda bkz., **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 110.

²⁸ **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 110, 116. Söz konusu belgenin bir borç ikrarını içermemesi halinde ise itirazın kaldırılmasına yarayan bir belge niteliği taşıyacağı hususunda bkz., **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 116.

söz konusu durumda da yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olduğu söylenemez²⁹.

Taraflar arasındaki anlaşma her ne kadar şekle bağlanmamış olsa da yazılı bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve belgeye arabulucunun da imza atması söz konusu belgenin ilam niteliğinde belge olarak nitelendirilebilmesi açısından önem taşımaktadır. Ancak taraflar arasındaki anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilip verilmemesiyle anlaşmanın şekle bağlı olup olmaması birbirinden farklı konulardır.

İcra edilebilirlik şerhinin alınmasının zorunlu olduğu durumlarda anlaşmanın mutlaka yazılı olarak düzenlenmesi ve arabulucu ile taraflarca (ya da avukatları veya kanuni temsilcileri tarafından) imzalanması gerekir (nitelikli yazılı şekil). Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmaları halinde de icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur (HUAK m. 18/B/3). Bu sebeple kira uyuşmazlıklarında dava şart arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için yazılı olarak yapılması ve arabulucu ve taraflarca (veya avukatları ya da kanuni temsilcileri tarafından) imzalanması gerekir. Ayrıca söz konusu durumda icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu olduğundan arabulucu, taraflar ve avukatlarının (veya ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda arabulucu ve avukatlarının) anlaşma belgesini birlikte imzalamaları anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge niteliği kazandırmaz. Bu sebeple kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk süreci sonunda tarafların sözlü olarak anlaşmaları, arabulucunun imzalamadığı adi yazılı bir belge çerçevesinde anlaşmaları veya arabulucunun da imzaladığı bir anlaşma belgesi düzenlenmesine rağmen icra edilebilirlik şerhi alınmaması halinde geçerli bir anlaşma bulunmakla birlikte söz konusu anlaşma ilam niteliğinde belge olarak adlandırılmaz.

bb. Anlaşmanın İçeriği

HUAK ve ilgili mevzuatta arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varılması halinde anlaşmanın içeriğinin ne şekilde belirleneceğine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple anlaşmanın içeriğinin genel hükümlerdeki sınırlamalara uygun bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

²⁹ BADUR, s. 60-61.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda kiraya veren ve kiracı arasında yapılan anlaşma da niteliği itibarıyla bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Dolayısıyla söz konusu anlaşmanın içeriğinin de diğer sözleşmeler gibi kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbest bir şekilde belirlenebilmesi mümkündür (TBK m. 26). Bu çerçevede arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan anlaşmanın da diğer sözleşmeler gibi kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve konusunun da imkânsız olmaması gerekir³⁰ (TBK m. 27/1).

Söz konusu şartların dışında kira uyuşmazlıkları açısından özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. HUAK m. 18/B/2'ye göre kira uyuşmazlıkları sonucunda tarafların anlaşmaları halinde anlaşma belgesinin taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilerek düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin TBK m. 342/1'e göre konut ve çatılı işyeri kiralarda güvence miktarı üç aylık kira bedelini aşamayacaktır. Benzer şekilde TBK m. 346 hükmü gereğince kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez ve özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Bununla birlikte TBK m. 340 açısından da bir değerlendirme yapılabilir. TBK m. 340 konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde bağlantılı işlem yasağını düzenlemektedir³¹. Maddeye göre konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşma belgesinde kiracının kiralananı satın alma yükümlülüğüne³² ilişkin bir anlaşma maddesinin varlığı, şayet bu hususta kiracının bir yararı yoksa, HUAK m. 18/B/2'ye göre geçersiz

³⁰ Aynı yönde bkz., BAŞ, s. 179; KORKUSUZ, Refik/KORKUSUZ, Halit: "İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu", Adalet Dergisi, S. 64, 2020/1, s. 493.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., AYDIN ÖZDEMİR, Elif: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesi ile Bağlantılı İşlemler, Ankara 2018, s. 73 vd. Kira sözleşmelerinde bağlantılı işlemlerin tahkim açısından değerlendirilmesi için ayrıca bkz., ÇETİNEL, Tunahan: "İç (Millî) Tahkime Elverişlilik Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVI, S. 3, 2022, s. 440-441.

³² AYDIN ÖZDEMİR, s. 150.

olmalıdır. Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanunu m. 24 kapsamında belirtilen sınırlamaların da kira uyuşmazlıkları sonucunda tarafların anlaşmaları halinde dikkate alınması gerekir. Kanaatimizce TBK geçici m. 1 ile getirilen ve uygulaması geçici m. 2 ile devam eden konut kira artışı oranının en fazla %25 olabileceği hususundaki düzenleme de bu kapsama dahil edilmelidir.

Bunun dışında arabuluculuk faaliyeti sonucunda kiraya veren ve kiracı arasındaki anlaşmadan tarafların anlaşmışları ve anlaşmadıkları hususların açık bir şekilde belirlenebilmesi gerekir. Zira taraflar arasında ister yazılı isterse sözlü bir anlaşma yapılsın son tutanakta tarafların anlaşmışları ve (varsa) anlaşmadıkları hususlara mutlaka yer verilmesi gerekir. (HUAK m. 17/2). Aksi halde sürecin anlaşmayla sona erdiğinden söz edilemez. Bu kapsamda anlaşma belgesinde tarafların kira uyuşmazlığı konusunda anlaşmışları hususuna yer verilmesi yeterli değildir. Uyuşmazlık konusu olan hususun ve taraflarca anlaşılan hususların hem anlaşmada hem de son tutanakta açık bir şekilde ortaya konulması gerekir.

Ayrıca taraflar arasındaki anlaşmanın icrası için anlaşma içeriğinden kiraya veren ve kiracının edimlerinin açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Yargıtay da arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşılan hususlara ve tarafların bu kapsamda yerine getirmeleri gereken edimlere açık bir şekilde yer verilmesi gerektiğine karar vermiştir³³. Örneğin arabuluculuk süreci sonunda yeni döneme ilişkin kira bedelinin ne olduğu ve ödeme zamanları anlaşmada gösterilebilir.

Anlaşmanın içeriğinde tarafların edimlerine açık bir şekilde yer verilmesi bir anlaşma belgesinin düzenlendiği durumlarda söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi açısından da önem taşır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde söz konusu belge ilam niteliğinde belge niteliği kazanır (HUAK m. 18/2). Ancak anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olarak hüküm ve sonuç

³³ Söz konusu kararda tarafların kıdem tazminatı konusunda bir anlaşmaya vardıklarının belirtilmesinin yeterli olmadığı, anlaşma belgesinden kıdem tazminatının ödenmesi konusunda mı ödenmemesi konusunda mı anlaşmışlarının anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay'a göre aksi halde sürecin anlaşmayla sona erdiğinin kabul edilmemesi gerekmektedir. Bkz. Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023).

doğurabilmesi için içeriğinin ilam niteliğinde belge sayılmaya elverişli olması gerekir. Aksi halde söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün değildir³⁴.

Bu sebeple anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için bazı hususlara dikkat edilmesi gerekir. Anlaşma belgesinin içeriğinin her şeyden önce taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığa ilişkin olması gerekir. Zira tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri, sulh olamayacakları bir konuda arabuluculuk faaliyeti yürütülebilmesi mümkün değildir. Söz konusu durumda bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmüş ve taraflar arasında bir anlaşma sağlanmış olsa bile geçerli bir anlaşmadan söz edilemez. Ayrıca anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için cebri icraya elverişli olması da gerekir³⁵.

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamında taraflar arasında birden fazla uyuşmazlık söz konusu olabilir. Arabuluculuk süreci sonunda taraflar uyuşmazlık konularının tamamı üzerinde anlaşmaya varabilecekleri gibi bir kısmı üzerinde de anlaşmaya varabilirler. Bu durumda süreç kısmen anlaşma kısmen de anlaşmama şeklinde sonuçlanmış olur.

Arabuluculuk sürecinde taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece gizlilik ilkesi uygulanır (HUAK m. 4). Bu kapsamda süreç sonunda taraflarca yapılan anlaşmanın söz konusu ilke kapsamına girip girmediği hususunun da üzerinde durulması gerekir.

Doktrinde bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre sürecin anlaşmayla sonuçlandığı durumlarda taraflar arasında yapılan anlaşma gizlilik ilkesi kapsamında yer almamaktadır³⁶. Kanaatimizce taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece arabuluculuk sürecinin diğer aşamalarında olduğu gibi anlaşma aşamasında da gizlilik ilkesi uygulanır. Zira gizlilik ilkesi çerçevesinde yürütülen bir faaliyetin sonuçlarına yer verilen anlaşmanın (yazılı bir anlaşma yapılmışsa

³⁴ Aynı şekilde anlaşma belgesinin sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesine gerek olmaksızın ilam niteliğinde belge sayıldığı diğer durumlarda da belge içeriğinin ilam niteliğinde belge sayılmaya elverişli olmaması halinde belgenin ilam niteliğinde olması taraflara bir avantaj sağlamayacaktır.

³⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 356; DÜR, s. 376.

³⁶ KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 41; BADUR, s. 60.

anlaşma belgesinin) bu ilke kapsamında yer almaması, sürecin gizliliğini de anlamsız hale getirir. Özellikle tarafların kendi iradeleriyle anlaşmadaki edimlerini yerine getirdikleri durumlarda anlaşma belgesinin alenileştirilmesinde tarafların hiçbir menfaati bulunmamaktadır. Buna karşılık tarafların anlaşmayla kararlaştırılan edimlerini kendi iradeleriyle yerine getirmemeleri halinde cebri icra yoluyla söz konusu edimlerin yerine getirilmesinin talep edilmesi gerekir. Söz konusu durumda edimlerin cebri icraya konu edilmesi için taraflar arasındaki anlaşmaya müracaat edilmesi gerekir. Böylece arabuluculuk süreci dolayısıyla düzenlenen tüm belgelerin anlaşmanın icrası için kullanılabilmesi mümkündür. Bu çerçevede anlaşma belgesi de anlaşmanın icrası için kullanılabilir. İlgili durum anlaşma belgesinin içeriğinin gizlilik ilkesi kapsamına girmediği anlamına gelmez. Aksine bunun gizlilik ilkesinin bir istisnası olduğu Kanunda açıkça belirtilmiştir (HUAK m. 15/3). Bu kapsamda arabuluculuk sürecinden dolayı düzenlenen tüm belgeler ve anlaşma belgesi anlaşmanın icrası için gerekli olduğu ölçüde gizlilik ilkesi kapsamında yer almaz. Bu durumun dışında anlaşma belgesi de gizlilik ilkesi kapsamındadır. Özellikle tarafların edimlerini kendi iradeleriyle yerine getirdikleri durumlarda gizlilik ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir. Ancak taraflarca söz konusu hususun aksi kararlaştırılabilir.

cc. Anlaşmanın Geçerliliği

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların uyuşmazlık konularında anlaşmaya varmaları halinde bir borçlar hukuku sözleşmesinden söz edilir. Özellikle taraflar arasında bir anlaşma belgesinin düzenlendiği durumlarda söz konusu belgenin arabulucu tarafından da imzalanması ve ilgili belgenin bazı şartların gerçekleşmesi halinde ilam niteliğinde belge sayılması söz konusu sözleşmeyi diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden ayırmaktadır. Ancak bu durumda belgenin geçerliliği konusunda diğer sözleşmelerden farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmemektedir³⁷. Bu sebeple bir özel hukuk sözleşmesinin geçerli

³⁷ **ŞAHİN EMİR**, Asiye/**KAZMAZ TEPE**, Büşra: "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2018, s. 1498; **BAŞ**, s. 178. Y9. HD, E. 2022/11077, K. 2022/13780, T. 31.10.2022. Anlaşma belgesinin arabuluculuk süreci sonrasında düzenlenmiş olmasının söz konusu anlaşmanın maddi hukuka ilişkin geçerlilik ve şekil şartlarından muaf olduğu anlamına gelmeyeceği hususunda bkz., **ŞAHİN EMİR/KAZMAZ TEPE**, s. 1502-1503;

olması için aranan şartların tamamı arabuluculuk süreci sonunda taraflarca yapılan anlaşma için de aranır³⁸.

HUAK ve ilgili mevzuatta da taraflar arasındaki anlaşmanın geçerliliği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. HUAK ve ilgili mevzuattaki anlaşma belgesine ilişkin düzenlemeler anlaşmanın geçerliliği açısından değil ilam niteliğinde belge sayılması açısından önem taşımaktadır. Taraflarca süreç sonucunda yazılı bir anlaşma belgesi düzenlense bile söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi alınması kural olarak zorunlu değildir³⁹.

Anlaşmanın geçerliliği noktasında uygulamada en çok problem çıkaracak husus yeni dönem kira bedelinin ve kira bedelinin artış oranının tespiti açısından kendisini gösterecektir. TBK m. 344'te yeni dönem kira bedeli ve kira bedelinin artışına ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Ayrıca 7409 sayılı Kanun m. 4 ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu geçici m. 1 eklenmiş ve 11.6.2022 ile 1.7.2023 tarihleri arasında yenilenen konut kira sözleşmeleri bakımından kira artışlarına yönelik olan üst sınır, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık değişim oranlarının ortalaması yerine %25'lik sabit bir oran olacağı düzenlenmiştir⁴⁰. Geçici

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 344; **DÜR**, s. 372. Bu konuda ayrıca bkz., **KIYAK**, Emre, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 6, S. 21, 2015, s. 529. İş uyuşmazlıklarında düzenlenen anlaşma belgeleri açısından aksi yönde bkz., **CANBOLAT**, Talat (Editör): İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, Ankara 2018, s. 104; **ODAMAN**, Serkan: "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, s. 1763.

³⁸ Arabuluculuk anlaşmasının bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz., Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023). Bu hususta ayrıca bkz., **BAŞ**, s. 178, 179; **DÜR**, s. 372; **ŞAHİN EMİR/KAZMAZ TEPE**, s. 1498; **BADUR**, s. 67, **AKKAN**, Mine: "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, s. 16; **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, s. 344; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s. 182.

³⁹ Aynı yönde bkz., **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, s. 356.

⁴⁰ **MAKARACI BAŞAK**, Aşlı/**ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: "7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi", <https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/>, Erişim Tarihi: 7.10.2023; **TÜRKMEN**, Ahmet/**HUYSAL**: Süleyman Anıl, "6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25'lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları Üzerine

m. 2 ile birlikte de bu uygulama 01.07.2024 (bu tarih dahil) tarihine kadar uzatılmıştır. TBK m. 344/3 kapsam dışıdır.

Kanaatimizce arabuluculuk süreci sonunda tarafların, kanunla belirlenmiş olan yasal artış oranının üzerinde bir oran için anlaşabilmeleri mümkün değildir⁴¹. Kira artış oranını sınırlayan gerek TBK m. 344 gerekse geçici m. 1 (ve geçici m. 2) emredici hükümlerdir⁴². Nitekim geçici m. 2'nin dördüncü cümlesinde de "...Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir..." düzenlemesine yer verilmektedir. Aksi yönde bir görüşün ileri sürülmesi, kanunun emredici hükümlerine aykırı bir anlaşmanın varlığını kabul etmek olacaktır. Bilindiği üzere emredici hükümlerin aksine herhangi bir düzenleme yapmak mümkün değildir⁴³. Bu sebeple kiraya veren ve kiracı arasında kira artışı konusunda Kanunda düzenlenen sınırlamanın üzerinde bir anlaşmaya varılması halinde arabulucunun bu husustaki emredici düzenlemeler konusunda tarafları aydınlatması gerekir. Tarafların söz konusu bilgilendirmeye rağmen emredici hükümlere aykırı bir şekilde kira artış oranı üzerinde anlaşmaları halinde ise anlaşmadaki kira artış oranına ilişkin hükmün kısmi hükümsüz olarak kabul edilmesi ve anlaşmaya ilam niteliğinde belge olma özelliğini verecek sulh hukuk hakiminin bu duruma dikkat etmesi gerekir⁴⁴.

Konuya ilişkin doktrindeki aksi görüşe⁴⁵ göre ise kanun koyucu geçici düzenlemeler ile kiracıyı korumak amacıyla hareket etmiştir ancak kiracı serbest iradesiyle bu korumadan yararlanmak istemeyebilir. Bu durumda %25'lik artış oranının üzerinde bir oranın kararlaştırılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Söz konusu görüş emredici bir

Değerlendirmeler", <https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykirligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/#fn3>, Erişim Tarihi: 7.10.2023.

⁴¹ Benzer şekilde bkz., **YENİOCAK**, s. 152.

⁴² Aynı yönde bkz., **GANBARİ**, Muhammed Kiomers: "Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 4, 2023, s. 214-215.

⁴³ **EDİS**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 155; **AKYOL**, Şener: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006, s. 160.

⁴⁴ Kiracı ile kiraya veren arasında ortaya çıkan güç dengesizliğinin arabuluculuk sürecinde giderilip giderilemeyeceği hususunda ayrıca bkz., **ERMENEK**, İbrahim: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021, s. 63-64.

⁴⁵ **GANBARİ**, s. 223.

kural olarak değerlendirilen hükme aykırı hareket edilebileceğini belirtmekte ve kanaatimizce bu durumda da emredici kuralın kamu düzeninin sağlama fonksiyonunu zarara uğratmaktadır.

Tarafların %25'lik sınırı aşabilmek amacıyla arabulucuda bir ikale sözleşmesi yaparak kira sözleşmesini ortadan kaldırıp, akabinde yeni bir kira sözleşmeleri yapmaları durumunda da kanuna karşı hileden bahsetmek mümkün olabilecektir. Kanuna karşı hilede kanunun emredici bir hükmünün dolanılması söz konusudur⁴⁶.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da tarafların kendi aralarında bir anlaşmaya vardıktan sonra ilam niteliğinde belge elde etmek veya anlaşılan hususlarda dava açılmasının önüne geçmek amacıyla arabulucuya başvurmaları durumudur. Arabuluculuk anlaşma belgesinin esaslı unsurlarından birisi de belgenin arabuluculuk süreci sonrasında ortaya çıkmasıdır⁴⁷. Yargıtay da tarafların zaten kendi aralarında anlaştıkları bir hususta anlaşma belgesinin arabulucu tarafından imzalanması halinde kanuna uygun bir arabuluculuk sürecinin gerçekleştiğinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Söz konusu karara göre kanuna uygun bir arabuluculuk sürecinden söz edilebilmesi için sürecin tamamının kanuna uygun bir şekilde yürütülmüş olması gerekir. Aksi halde Yargıtay'a göre bir anlaşma belgesi düzenlense bile söz konusu belgenin iptal edilmesi gerekmektedir⁴⁸. Kanaatimizce söz konusu durumda iptal sadece belgenin arabuluculuk anlaşması niteliğine ilişkindir. Zira taraflar arasında yapılan söz konusu anlaşma, sözleşmelerin geçerliliğiyle ilgili diğer şartları taşıyorsa bir adi yazılı bir sözleşme olarak nitelendirilebilir. Ancak söz konusu sözleşmeye HUAK'ın anlaşmaya ve anlaşma belgesine bağlanan sonuçlarının uygulanabilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde söz konusu anlaşmaya HUAK m. 4'te düzenlenen gizlilik ilkesi de uygulanamaz.

Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşmanın geçersiz olduğu durumlarda söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmiş olsa bile geçerli bir anlaşmadan söz edilemez. Bir başka ifadeyle anlaşma

⁴⁶ DOĞU, Hakkı Mert: Kanuna Karşı Hile, İstanbul 2023, s. 51 vd.

⁴⁷ Aynı yönde bkz., BADUR, s. 59. Aksi yönde bkz., KIYAK, s. 528, dn. 11.

⁴⁸ Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, 31.10.2022, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023).

belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi söz konusu belgenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesine engel teşkil etmez⁴⁹. Anlaşma belgesinin iptalinin söz konusu olduğu durumlarda husumetin arabulucuya değil uyuşmazlığın diğer tarafına yöneltilmesi gerekir. Zira arabulucu anlaşmanın tarafı değildir⁵⁰.

dd. Anlaşmanın İlam Niteliğinde Belge Sayılması

Kiracı ve kiraya veren arasındaki anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için yazılı olarak yapılması ve arabulucu ve taraflarca veya avukatları ya da kanuni temsilcileri tarafından imzalanması gerekir⁵¹. Bu açıdan süreç sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin sadece taraflarca imzalanması anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılması açısından yeterli değildir.

Arabulucu ve taraflarca (ya da avukatları veya kanuni temsilcileri tarafından) imzalanan anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için kural olarak sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir. Ancak anlaşma belgesi taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanmışsa (sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek olmaksızın) ilam niteliğinde belge sayılır. Ticari dava şartı arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgeleri ise avukatlar ve arabulucu tarafından imzalanmışsa (sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek olmaksızın) ilam niteliğinde belge olarak kabul edilir (HUAK m. 18/4). Ancak söz konusu durumlarda anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için icra edilebilirlik şerhi alınmasının kanunen zorunlu olmaması gerekir.

Kira uyuşmazlıklarında anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için mutlaka sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik

⁴⁹ Aynı yönde bkz., **BADUR**, s. 178.

⁵⁰ Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023). Sadece anlaşma belgesinin sahteliğinin ileri sürüldüğü durumlarda arabulucuya husumet yöneltilebileceği hususunda bkz., Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023).

⁵¹ Taraflarca imzalanan ancak arabulucu tarafından imzalanmayan anlaşma belgesinin adi yazılı bir sözleşme niteliği taşıyacağı hususunda bkz., Y. 9. HD, 31.10.2022, E. 2022/11077, K. 2022/13780, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.12.2023). Anlaşma belgesi taraflardan sadece birisine borç yükleyse bile tüm taraflarca imzalanmalıdır. Bkz., **BADUR**, s. 62.

şerhi alınması gerekir⁵² (HUAK m. 18/B/3). Bu sebeple anlaşma belgesinin taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanmış olması kira uyuşmazlıklarında anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge vasfı kazandırmaz. Aynı şekilde ticari dava şartı kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında da avukatlar ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesi de ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmez.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilirken anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığı hususu da mahkeme tarafından resen incelenir⁵³.

Arabuluculuk süreci sonucunda tarafların anlaşması halinde söz konusu anlaşma şekle bağlı değildir. Söz konusu anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılması ve söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve HUAK'ta belirtilen diğer şartları sağlaması gerekir.

b. Sürecin Anlaşmama Şeklinde Sona Ermesi

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci tarafların anlaşması dışındaki çeşitli sebeplerle de sona erebilir. Bu açıdan süreci sona erdiren sebeplerden ilki arabulucunun taraflara ulaşamamasıdır. Arabulucunun görevlendirildikten sonra kiraya veren ve kiracıyla uygun iletişim vasıtalarını kullanarak iletişime geçmesi ve onları ilk oturuma davet etmesi gerekir (HUAK m. 18/A/7). Arabulucu, tarafların avukatı bulunsa bile kiraya veren ve kiracıyı arabuluculuk süreci konusunda bilgilendirmelidir. Arabulucunun tarafların iletişim bilgilerine ilişkin olarak yapacağı araştırmalar sonucunda kiraya veren ve/veya kiracıya ulaşamaması durumunda arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi gerekir. Aynı şekilde taraflara ulaşılmasına rağmen kiraya veren ve/veya

⁵² Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi, söz konusu belgeye ilam niteliği kazandırmaz. Bu sebeple tarafların anlaşmaya varmaları kesin hüküm teşkil etmez. Söz konusu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı kurallar uygulama alanı bulur. Bu hususta bkz., AYM, 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89, (RG, 25.01.2014, Sa. 28893).

⁵³ **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 110; **DÜR**, s. 383-384; **KORKUSUZ/KORKUSUZ**, s. 493. İcra edilebilirlik şerhi verilirken mahkemenin anlaşma belgesinin kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususunda da araştırma yapacağı hususunda bkz., AYM, 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89, (RG, 25.01.2014, Sa. 28893).

kiracının bizzat avukatları veya kanuni temsilcilerinin ilk toplantıya katılmaması halinde de arabuluculuk süreci sona erer (HUAK m. 18/A/10). Ancak söz konusu durum süreci sona erdiren diğer sebeplerden farklı olarak toplantıya mazeretsiz bir şekilde katılmayan taraf açısından bazı olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olur. Zira taraflar arasındaki kira uyuşmazlığına ilişkin olarak dava yoluna başvurulduğunda yargılama sonucunda toplantıya katılmayan taraf haklı çıksa bile yargılama giderlerini ödemek zorunda kalır. Aynı şekilde söz konusu kişi lehine vekalet ücretine de hükmedilemez. Her iki tarafın da usulüne uygun bir şekilde çağrıldıkları arabuluculuk ilk oturumuna katılmamaları halinde tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır (HUAK m. 18/A/11)⁵⁴.

Arabuluculuk sürecini sona erdiren diğer bir sebep ise kiraya veren ve/veya kiracının ilk oturuma katıldıktan sonra sürece devam etmeyeceğini arabulucuya ve diğer tarafa bildirmesidir (HUAK m. 17/1/c). Ayrıca taraflar sürece devam etmeyeceklerini arabulucuya bildirmemiş olsalar bile arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun tespit edilmesi halinde arabulucunun taraflara danışarak süreci sona erdirebilmesi mümkündür (HUAK m. 17/1/b). Kiraya veren ile kiracı arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi halinde de süreç sona erer (HUAK m. 17/1/d). Aynı şekilde taraflarca uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaya varılamaması halinde de süreç sona erecektir. Bunun dışında söz konusu sebeplerden hiçbirisi gerçekleşmemiş olsa bile dava şartı arabuluculuk için öngörülen süre dolmasına rağmen taraflar anlaşamamışsa tarafların sürece devam etme konusunda bir iradeleri bulunsa bile dava şartı arabuluculuk sürecinin sona erdirilmelidir. Bu durumda tarafların ihtiyari olarak arabuluculuk sürecine devam edebilmeleri mümkündür. Ancak dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşamama şeklinde sona erdirilmesi gerekir⁵⁵.

⁵⁴ Ancak söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 14.03.2024 tarihinde iptal edilmiştir. İptal kararı, kararın yayımlandığı tarih olan 18.04.2024 tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir. Söz konusu karar için bkz. AYM, 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, (RG, 18.04.2024, Sa. 32521).

⁵⁵ Kaya, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin değerlendirmelerinde sürecin TTK m. 5/A'da belirtilen süre içerisinde anlaşmayla sonuçlandırılmaması halinde başvurunun olumsuz sonuçlandırılmasının kabul edilmesi ve arabulucuya

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması dışındaki süreci sona erdiren tüm sebepler anlaşmama şeklinde ifade edilir. Sürecin anlaşmama şeklinde sona erdirildiği durumlarda da son tutanakta sürecin ne şekilde sona erdirildiğinin mutlaka belirtilmesi gerekir. Ayrıca sürecin taraflardan birisinin veya her ikisinin ilk oturuma katılmaması sebebiyle sona erdiği durumlarda son tutanakta mutlaka toplantıya katılmayan tarafın da belirtilmesi gerekir. Bu durumda son tutanakta toplantıya katılmayan tarafça ileri sürülmüş bir mazeret varsa bu hususa da yer verilmelidir. Ancak arabulucunun söz konusu mazeretin haklı olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapabilmesi mümkün değildir. Mazeretin haklı olup olmadığı söz konusu uyuşmazlıkla ilgili bir dava açıldığında mahkeme tarafından değerlendirilecektir.

II. TİCARİ DAVA NİTELİĞİNDEKİ KİRA UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. Genel Olarak

Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlendiği hususlardan bir diğeri de ticari davalardır⁵⁶. Ancak ticari davaları tamamında arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmemiştir. TTK m. 5/A'ya göre ticari davalardan konusu para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında dava açılmadan önce arabulucuya

başvurulması konusundaki dava şartının gerçekleşmiş sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre dava açma sürelerinin de bu tarihe göre belirlenmesi gerekmektedir. Bkz., ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2022, s. 61. Ancak HUAK m. 18/A/15'e göre dava şartı arabuluculukta son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar zamanaşımı süreleri durur ve hak düşürücü süreler işlemez. Dolayısıyla sekiz haftalık süre içerisinde tarafların anlaşmaması halinde arabulucunun süreci anlaşmama şeklinde sona erdirmesi ve sürecin anlaşmama ile sonuçlandığı hususuna son tutanakta yer vermesi gerekir. Kanunda belirtilen azami süre geçmiş olsa bile son tutanak düzenlenmemişse hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri durmaya devam eder. Aynı şekilde son tutanağın düzenlenmediği durumlarda sürecin anlaşmamayla sonuçlandığının belgelendirilmesi de mümkün olmadığından uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak dava açılması da mümkün değildir.

⁵⁶ Ticari uyuşmazlıkların çok taraflı olmaları ve karmaşık bir nitelik taşımalarından dolayı dava şartı arabuluculuğun ticari uyuşmazlıkların doğasına uygun olmadığı hususunda bkz., ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 62.

başvurulması dava şartıdır. Bu kapsama girmeyen ticari davalarda ise arabulucuya başvurulması dava şartı değildir.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuktan söz edilebilmesi için öncelikle ticari bir davanın bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir⁵⁷. Ticari dava konusu TTK m. 4'te düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda öncelikle söz konusu düzenlemenin dikkate alınması gerekir. Ancak söz konusu düzenlemenin dışında bazı özel kanunlarda da ticari dava konusunda düzenlemelere yer verilmiştir.

TTK ve diğer kanunlardaki düzenlemeler dikkate alındığında bir ticari davadan söz edilebilmesi için uyuşmazlığın “kanunda ticari dava olarak nitelendirilmesi” (mutlak ticari dava) veya “tarafardan her ikisinin ticari işletmesini ilgilendirmesi” (nispi ticari dava) gerekir. Ayrıca bir ticari işletmeyi ilgilendiren havale, saklama ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların da (yarı nispi ticari dava) ticari dava niteliğinde olduğu kabul edilmiştir (TTK m. 4/1).

Bu kapsamda bir ticari davadan söz edilebilmesi öncelikle uyuşmazlığın TTK veya bir başka kanunda ticari dava olarak nitelendirilip nitelendirilmediğinin araştırılması gerekir. TTK m. 4/1/a'ya göre TTK'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava niteliğindedir. Aynı şekilde TTK'da düzenlenmemelerine rağmen TTK m. 4/1/b-f'de belirtilen hususlardan kaynaklanan hukuk davaları da ticari dava olarak kabul edilmiştir⁵⁸. Ayrıca bazı uyuşmazlıklar TTK m. 4'te

⁵⁷ Söz konusu düzenleme ticari davalara ilişkin olduğundan çekişmesiz yargı işlerinde arabulucuya başvurulması dava şartı değildir.

⁵⁸ TTK m. 4/1/b-f gereğince ticari dava olarak nitelendirilen uyuşmazlıklar şunlardır:
 -Medeni Kanun'un, rehin karşılığında ödünç verme işleriyle uğraşanlar hakkındaki 962 ile 969. maddelerinden kaynaklanan davalar;
 -Borçlar Kanunu'nun, malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202-203'ten kaynaklanan davalar,
 -Rekabet yasağına ilişkin TBK m. 444-447'den kaynaklanan davalar,
 -Yayın sözleşmesine ilişkin TBK m. 487-501'den kaynaklanan davalar
 -Kredi mektubu ve kredi emri hakkındaki TBK m. 515-519'dan kaynaklanan davalar,
 -Komisyona ilişkin TBK m. 532-545'ten kaynaklanan davalar,
 -Ticarî temsilciler, ticarî vekiller ve diğer tacir yardımcıları hakkındaki TBK m. 547-554'ten kaynaklanan davalar;

belirtilmemesine rağmen diğer kanunlarda ticari dava olarak düzenlenmiştir⁵⁹. TTK'da düzenlenen, TTK m. 4/b-f'de belirtilen veya diğer kanunlarda düzenlenen söz konusu hususların ticari dava olarak nitelendirilmesi için uyumsuzluğun taraflarının tacir olup olmaması ve uyumsuzluğun tarafların ticari işletmelerini ilgilendirip ilgilendirmemesi herhangi bir önem taşımaz. Bu sebeple söz konusu ticari davalar, “mutlak ticari dava” olarak adlandırılmaktadır.

Mutlak ticari dava niteliğinde olmayan uyumsuzlukların ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için kural olarak tarafların her ikisinin de ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir (TTK m. 4/1). Ancak kanun koyucu havale, saklama ve fikir sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalarının ticari dava niteliğinde olabilmesi için taraflardan birisinin ticari işletmesini ilgilendirmesini yeterli görmüştür. Söz konusu istisnai durum bir kenara bırakılacak olursa mutlak ticari dava niteliğinde olmayan bir uyumsuzluğun ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir. Her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren bir uyumsuzluk kural olarak tarafların tacir olması sonucunu da doğurur⁶⁰.

-Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta (marka, patent vb.) düzenlenen hususlardan kaynaklanan davalar

-Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerden kaynaklanan davalar,

-Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan davalar.

⁵⁹ TTK m. 4'te düzenlenmemesine rağmen diğer kanunlardaki düzenlemeler sebebiyle ticari dava niteliği taşıyan bazı uyumsuzluklar şunlardır:

-İflâs davaları (İİK m. 154/3),

-Kooperatifler Kanunu'ndan kaynaklanan davalar (KoopK m. 99/I),

-Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun bazı maddelerinden kaynaklanan davalar (m. 62, 67),

-Finansal kiralama sözleşmelerinden doğan davalar (Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu m. 1, TTK m. 4/1-f),

-Tacirin konkordato isteğinin onayına ve konkordatonun feshine ilişkin davalar (İİK m. 283/3).

⁶⁰ Gerçek kişiler ile dernek ve vakıfların bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmeleri halinde söz konusu kişiler tacir sıfatını kazanır. Tarafların ticaret şirketi olduğu durumlarda ise zaten ticari işletmenin işletilip işletilmesinden bağımsız olarak tacir sıfatı ortaya çıkmaktadır. Ancak kamu tüzel kişileri, kamu

B. Ticari Dava Niteliğindeki Kira Uyuşmazlıkları

TTK'da düzenlenen hususlar, TTK m. 4/b-f'de yer verilen uyuşmazlıklar ve diğer kanunlardaki düzenlemeler dikkate alındığında kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların (mutlak) ticari dava niteliği taşıdığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Aynı şekilde taraflardan sadece birisinin ticari işletmesini ilgilendirmesi halinde ticari dava olarak kabul edilen (havale, saklama ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan) uyuşmazlıklar içerisinde de kira sözleşmesine yer verilmemiştir. Bu sebeple kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava niteliği taşıyabilmesi ancak her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi halinde mümkün olabilir⁶¹.

Kira sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için hem kiraya verenin hem de kiracının ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir. Uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi aynı zamanda tarafların tacir olması sonucunu da doğurur.

Kira sözleşmesinin bir ticari işletmeyle ilgili olup olmadığı hususunun tespiti, tacirin gerçek kişi veya tüzel kişi olmasına göre değişiklik gösterir. Gerçek kişi tacirler açısından kira sözleşmesinin ticari işletmeyle ilgili olduğunun söylenebilmesi için söz konusu sözleşmenin işletmenin faaliyetleriyle bağlantılı olduğunun ortaya konulması gerekir. Bu kapsamda işletmenin faaliyet konusu kira sözleşmesi yapılmasına ilişkin olabileceği gibi kira sözleşmesi işletmenin faaliyet konusunu kolaylaştıran bir nitelik de arz edebilir. Her iki durumda da ticari işletmeyi ilgilendiren bir durumdan söz edilir⁶². Dolayısıyla faaliyet

yararına çalışan dernekler ve gelirlerinin yarısından fazlasını kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlere harcayan vakıflar bir ticari işletme işletmeler dahi tacir sayılmazlar (TTK m. 16/2). Dolayısıyla söz konusu kişilerin ticari işletme işletmeleri halinde uyuşmazlık işletmeyi ilgilendirmesine rağmen bu kişilerin tacir sıfatından söz edilemez. TTK m. 4/1'te tarafların tacir olmasından söz edilmeyip "*her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan*" söz edilmesinden dolayı söz konusu kişilerin ticari işletmeleriyle ilgili uyuşmazlıklar diğer tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi halinde ticari dava niteliğindedir.

⁶¹ Aynı yönde bkz., **ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2019, s. 115-116.

⁶² Hem doğrudan hem de dolaylı olarak bağlantı kurulabilecek işlerin ticari işletmeyle ilgili olduğu hususunda bkz., **AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 18; **POROY**,

konusu araç kiralama olan bir ticari işletmenin bu amaçla yaptığı kira sözleşmeleri ticari işletmeyle ilgili olarak kabul edileceği gibi madencilik işiyle iştigal eden bir işletmenin personelinin barınması için bir taşınmaz kiralaması da ticari işletmeyle ilgili olarak kabul edilir. Ancak söz konusu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın ticari dava niteliği taşıyabilmesi için diğer tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir. Aksi halde bir ticari davadan söz edilemez.

Buna karşılık tüzel kişi tacirler açısından kira sözleşmesinin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığı hususunda bir araştırmanın yapılması gerekmez. Zira TTK m. 19/1'e göre tüzel kişi tacirlerin bütün fiil ve işlerinin ticari işletmeleriyle ilgili olduğu kabul edilir. Tüzel kişi tacirlerin söz konusu karinenin aksini ileri sürebilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple kira sözleşmesinin taraflarının her ikisinin de tüzel kişi tacir olması halinde mutlaka bir ticari davanın bulunduğu söylenebilir. Ancak tüzel kişi tacirler içerisinde dernek ve vakıflar konusunda farklı bir değerlendirme yapılması gerekir. Dernek ve vakıflar ticaret şirketlerinden farklı olarak tüzel kişilik kazandıklarında aynı zamanda tacir sıfatını kazanmazlar. Dernek ve vakıfların tacir sıfatını kazanabilmeleri tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi bir ticari işletmenin işletilmesine bağlıdır. Dolayısıyla dernek ve vakıfların gerçek kişi tacirler gibi ticari olmayan bir alanlarının da bulunması mümkündür. Ancak TTK m. 19/1'de söz konusu durum dikkate alınmamış tüzel kişi tacirlerin bir ayırım yapılmaksızın bütün borçlarının ticari işletmeyle ilgili olduğu kabul edilmiştir. Kanaatimizce ticari işletme işleten dernek ve vakıflarla ilgili olarak bu şekilde bir düzenleme yapılması doğru değildir. Kira sözleşmelerinin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığının tespitinde ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tıpkı gerçek kişi tacirler gibi düşünülmesi, kira sözleşmesinin doğrudan veya dolaylı olarak ticari

Reha/YASAMAN: Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2022, s. 101; YILDIRIM, Abdulkerim/AYTUĞAR, Bilge: "Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 2, 2020, s. 36; NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed: "Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı", Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 831, (Ticari İş); NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed: "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 307, (Tüketici); ARKAN, s. 73; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 20.

işletmeyle ilgili olup olmadığının araştırılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Kira sözleşmesinin her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi halinde bir ticari davadan söz edilir (TTK m. 4/1). Bir uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilmesi uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin tespiti açısından oldukça önemlidir. Zira ticari davalarda aksine hüküm bulunmadıkça asliye ticaret mahkemeleri görevlidir (TTK m. 5). Dolayısıyla TTK m. 4/1 çerçevesinde her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Ancak HMK m. 4/1/a'da kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi dışında kalan kira uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden dolayı her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi mi yoksa asliye ticaret mahkemesi mi olacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶³. Bu konuda Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ise her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu yönündedir⁶⁴. Hatta Yargıtay'ın kira sözleşmesinin teminatı olarak verilen kambiyo senetlerinden

⁶³ Ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarında ticaret mahkemelerinin görevli olduğu hususunda bkz., TUĞ, Mehmet Arif, "Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s. 1916; KOÇYİĞİT, Pınar: Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 108. TTK m. 5/1'deki "aksine hüküm bulunmadıkça" şeklindeki düzenlemeden dolayı ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarında HMK m. 4/1 çerçevesinde sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu hususunda bkz., ŞENER, Oruç Hami: Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Ankara 2021, s. 241; KILINÇ, Ayşe: "Güncel Yargı Kararları Işığında Ticari Dava Niteliğindeki Kira Sözleşmesi ile İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme", Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 8, S. 1, 2023, s. 43, 47. Nispi ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu hususunda ayrıca bkz., POROY/YASAMAN, s. 147; ARKAN, s. 118 dn 1.

⁶⁴ Y.20. HD, 24.06.2019, E. 2019/2148, K. 2019/4377; 3. HD, 20.6.2018, E. 2018/3276, K. 2018/6854; Y. 3. HD., 21.6.2018, E. 2017/8280, K. 2018/6898; Y. 3. HD, 26.6.2018, E. 2017/8767, K. 2018/7086; Y. 17. HD, 14.10.2019, E. 2016/6854, K. 2019/9341; Y. 20. HD, 04.02.2019, E. 2018/6462 K. 2019/558; Y. 23. HD, 05.12.2019, E. 2018/1293 K. 2019/5145, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.12.2023).

kaynaklanan uyuşmazlıkların dahi sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine ilişkin kararları bulunmaktadır⁶⁵.

Kanaatimizce her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin tespiti, HMK m. 4/1 ve TTK m. 5'teki düzenlemelerden hangisinin özel hüküm niteliğinde olduğunun ortaya konulmasına bağlıdır. Kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin HMK m. 4/1'deki düzenleme "Görev" başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemeleri arasındaki sınırı belirlemektedir. Bir başka ifadeyle HMK m. 4/1'te sulh hukuk mahkemelerinin görev sahasını sınırlayıcı bir şekilde belirlenmesi sadece asliye hukuk mahkemelerinin görev alanının belirlenmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla HMK m. 4/1'deki göreve ilişkin düzenlemeleri ancak sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıkları açısından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Ayrıca sulh hukuk mahkemeleri, asliye hukuk mahkemeleri gibi genel mahkemeler içerisinde yer almaktadır⁶⁶. Buna karşılık ticaret mahkemeleri ise özel mahkemelerdir. Bu sebeple her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren ve bu sebeple ticari dava niteliği taşıyan uyuşmazlıklarda HMK m. 4/1 çerçevesinde sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu söylenemez. Sulh hukuk mahkemelerinin kira uyuşmazlıklarına ilişkin görevi ancak hakkında özel hüküm bulunmayan uyuşmazlıklar açısından söz konusu olabilir. Bir başka ifadeyle HMK m. 4/1'deki düzenleme tüm kira uyuşmazlıkları açısından genel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple ticari dava veya tüketici işlemi niteliği taşıyan

⁶⁵ Y. 6. HD, 20.01.2015, E. 2014/3908, K. 2015/1516, (karararama.yagitay.gov.tr). Kambiyo senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkta görevli mahkemenin tespitinde taraflar arasındaki temel ilişkinin dikkate alınmasının hatalı olduğu, söz konusu uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu hususunda bkz., ŞENER, s. 39.

⁶⁶ KURU, Baki/AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 13; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 99; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 100, dn. 144; ŞENER, s. 4; KILINÇ, s. 42-43.

kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir⁶⁷.

HMK m. 4/1 çerçevesinde sadece özel hükümler çerçevesinde düzenleme konusu edilmeyen kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu söylenebilir. Söz konusu düzenleme tüketici işlemi, ticari dava vb. şekilde bir ayırım yapmaksızın tüm kira uyuşmazlıklarına ilişkin genel bir hüküm niteliğindedir. Aynı şekilde TTK m. 5'te de ticari davaların (aynı zamanda tüketici işlemi niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın) aksine hüküm bulunmadıkça ticaret mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme de bu niteliğinden dolayı tüketici davalarına ilişkin düzenlemelere göre genel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple TTK m. 4 çerçevesinde ticari dava olarak nitelendirilen bir uyuşmazlık tüketici işlemi niteliğinde ise bu hususta görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir. Aynı durum kira uyuşmazlıkları açısından HMK m. 4/1 ile TTK m. 5 arasında da söz konusudur. TTK m. 5'teki düzenleme HMK m. 4/1'deki düzenlemeye nazaran hem özel hüküm niteliğinde hem de sonraki tarihlidir⁶⁸. Bu sebeple kira uyuşmazlıklarının ticari dava niteliği taşıdığı durumlarda sulh hukuk mahkemelerinin değil asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilmesi gerekir⁶⁹.

⁶⁷ Aynı yönde bkz., Y. 3. HD, 20.6.2018, E. 2018/3276 K. 2018/6854; Y. 3. HD, 26.6.2018, E. 2017/8767 K. 2018/7086 ve 3. HD, 21.6.2018, E. 2017/8280 K. 2018/6898 sayılı kararlarına ilişkin karşı oy yazısı.

⁶⁸ HMK m. 4/1'deki düzenlemenin kabul tarihi 12.01.2011 olup söz konusu düzenlemenin de içerisinde yer aldığı HMK, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Buna karşılık 6102 sayılı TTK m. 5'teki düzenlemenin kabul tarihi 13.01.2011 olup söz konusu düzenlemenin de içerisinde bulunduğu TTK, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

⁶⁹ Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da bazı ticari davaların heyet olarak görülmesi zorunluluğudur. Örneğin değeri 1.000.000 TL'yi aşan uyuşmazlıkların heyetçe yürütülüp, sonuçlandırılması gerekir (5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 5/3). Ticari uyuşmazlıkların kendine özgü yapısından dolayı içerik ve sonuçları itibarıyla önem taşıyan bazı uyuşmazlıkların tek hâkim tarafından değil heyetçe yürütülmesi gerekmektedir. Bkz., 6545 sayılı Kanun m. 33 Gerekçesi. Bu hususta ayrıca bkz., ŞENER, s. 218, 219. Ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilmesi halinde uyuşmazlığın değeri 1.000.000 TL'yi aşıya bile tek hâkim tarafından çözüme kavuşturulacaktır. Ticari davalarda heyetçe karara bağlanması gereken uyuşmazlıklara tek hakim tarafından bakılması halinde kararın bu sebeple

Her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında ister asliye ticaret mahkemeleri isterse sulh hukuk mahkemeleri görevli olarak kabul edilsin ortada bir ticari dava bulunmaktadır⁷⁰. Ticari bir dava konusunda başka mahkemenin görevli olması söz konusu davanın ticari dava niteliğini ortadan kaldırmamaktadır⁷¹. Örneğin TTK'da düzenlenmesi sebebiyle tarafların ticari işletmesini ilgilendirmese bile ticari dava olarak kabul edilen sigorta sözleşmesi ve taşıma sözleşmesi tüketici işlemi niteliğindeyse söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Bu hususta tüketici mahkemesinin görevli olması uyuşmazlığın ticari dava niteliğini ortadan kaldırmamaktadır⁷². Ancak söz konusu durumda tüketici davasına ilişkin özel hüküm bulunmaması

bozulması gerektiği hususunda bkz., **BUDAK**, Ali Cem/**KARAASLAN**, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 50, 51; **ŞENER**, s. 223. Bu sebeple ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilmesi ticari uyuşmazlıkların niteliğiyle de bağdaşmamaktadır.

⁷⁰ Ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görülmesinin zorunlu olmadığı, ticari dava niteliği taşımalarına rağmen özel düzenlemeler çerçevesinde başka mahkemelerde görülmesi gereken uyuşmazlıkların da bu niteliklerini devam ettirecekleri hususunda bkz., **PASLI**, Ali: Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Süral Efeçinar, Ceyda/Yardımlı, M. Ertan (editörler), Ankara 2019, s. 16, 17, 24.

⁷¹ Ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olmasının davanın ticari niteliğini ortadan kaldırmayacağı hususunda bkz., **PASLI**, s. 24. Ticari dava niteliğindeki bir uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesinin uyuşmazlığın ticari dava niteliğini ortadan kaldırmayacağı hususunda bkz., **NARBAY/AKKUŞ**, Tüketici, s. 324, 325. Aksi yönde bkz., **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 306; **YARDIM**, M. Ertan: Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Süral Efeçinar, Ceyda/Yardımlı, M. Ertan (editörler), Ankara 2019, s. 98.

⁷² Buna karşılık Yargıtay bir kararında esasında TTK m. 4/1/f gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıyan kredi kart sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığı, tüketici işlemi niteliğinde olmasından dolayı ticari dava olarak kabul etmemiştir (Y.19. HD, 11.06.2020, E. 2020/439, K. 2020/976, (Lexpera, Erişim Tarihi: 21.12.2023). İşlemin tüketici işlemi niteliğinde olmasının uyuşmazlığın ticari dava olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyeceği ve bu uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu hususunda bkz., Ankara BAM, 19. HD, 03.05.2019, E. 856, K. 834 (Legalbank, Erişim Tarihi: 21.12.2023).

halinde ticari davalara ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle söz konusu durumda uyuşmazlığın ticari dava niteliği TTK m. 4 ve diğer kanunlardaki özel düzenlemelere göre belirlenir. Buna karşılık ticari davaların hangi mahkemelerde görüleceği TTK m. 5'te düzenlenmiştir. Ticari dava niteliği taşıyan bir uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi TTK m. 4 ve diğer kanunlardaki düzenlemelerin değil TTK m. 5'teki düzenlemenin istisnasını teşkil etmektedir. Bu sebeple her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılsa bile yine bir ticari davadan söz edilecektir.

C. TTK m.5/A Çerçevesinde Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamına Giren Kira Uyuşmazlıkları

TTK m. 5/A'ya göre ticari davalardan konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Bu kapsamda her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi sebebiyle ticari dava niteliği taşıyan ve konusu para olan kira uyuşmazlıklarına ilişkin olarak açılacak alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında arabulucuya başvurulması dava şartıdır⁷³. Buna karşılık söz konusu kapsama girmeyen diğer kira uyuşmazlıkları her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirse de TTK m. 5/A çerçevesinde dava şartı arabuluculuk söz konusu değildir.

D. HUAK m. 18/B/1/a Çerçevesinde Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamına Giren Kira Uyuşmazlıkları

Kira uyuşmazlıkları genel anlamda dava şartı arabuluculuk kapsamına 28.3.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun'la HUAK m. 18'e eklenen 18/B/1/a maddesiyle alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler dışında kalan tüm kira uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına girmektedir. Kira uyuşmazlıkları açısından söz konusu düzenleme TTK m. 5/A'ya nazaran oldukça geniş kapsamlıdır. Zira TTK m. 5/A'ya göre ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarından sadece konusu para olan tazminat, alacak, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları dava

⁷³ Aynı yönde bkz., PASLI, s. 24. Bu hususta ayrıca bkz., Y. 3. HD, 10.11.2022, E. 2022/6323, K. 2022/8692; Y. 3. HD, 30.03.2022, E. 2022/856, K. 2022/2901, (Lexpera, Erişim Tarihi: 21.12.2023).

şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Buna karşılık HUAK m. 18/B/1/a'ya göre konusu para olsun ya da olmasın kira sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu hususta sadece taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında bırakılmıştır.

E. HUAK m. 18/B/1/a Çerçevesinde Kira Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamına Alınmasının TTK m. 5/A'daki Düzenleme Üzerindeki Etkisi

Kira uyuşmazlıkları açısından arabuluculuk konusundaki ilk düzenleme TTK m. 5/A'dır. Söz konusu düzenleme doğrudan kira uyuşmazlıklarına ilişkin olmamasına rağmen ticari dava niteliği taşıyan ve konusu para olan tüm uyuşmazlıkları kapsadığından dolayı olarak ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarını da kapsamaktadır.

HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenlemenin 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra konusu para olan ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulacak iki ayrı dava şartı arabuluculuk süreci söz konusu olacaktır⁷⁴. Söz konusu arabuluculuk sürecinin ilki TTK m. 5/A'da düzenlenen ticari dava şartı arabuluculuktur. Diğeri ise HUAK m. 18/B/1/a'daki diğeri dava şartı arabuluculuk sürecidir. Her iki arabuluculuk prosedürü arasında kapsam içerisine giren uyuşmazlıklar, arabuluculuk süresi, anlaşmanın içeriği, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması ve arabuluculuk ücreti konularında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

1. Kapsam Açısından

TTK m. 5/A çerçevesinde kira sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta arabulucuya başvurulmasının dava şartı olabilmesi için öncelikle kira sözleşmesinin her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir. Bir başka ifadeyle söz konusu düzenleme sadece ticari dava niteliği taşıyan kira sözleşmelerinde uygulanabilir. Buna karşılık HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenleme ise ticari dava, tüketici davası vb. bir ayırım yapmaksızın tüm kira sözleşmelerinden kaynaklanan

⁷⁴ HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenleme, konusunun para olup olmasına ve uyuşmazlığın ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın (taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi dışında) tüm kira uyuşmazlıklarını kapsamına almaktadır.

uyuşmazlıklar açısından uygulama alanına sahiptir. Bunun dışında TTK m. 5/A'daki düzenleme sadece konusu para olan belirli davalar açısından uygulanabilir. Buna karşılık HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenleme ise konusunun para olup olmadığına bakılmaksızın her türlü kira uyuşmazlıkları açısından söz konusu olabilir. HUAK m. 18/B/1/a kapsamına girmeyen tek durum taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin uyuşmazlıklardır. Bu açıdan bakıldığında HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenleme, TTK m. 5/A'daki düzenlemenin uygulama alanını da kapsamaktadır. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında bu konudaki dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin mi yoksa ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin mi uygulanacağı sorunu gündeme gelmiştir. Zira HUAK m. 18/B'de kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin bazı özel düzenlemelere yer verilmekle beraber burada düzenlenmeyen hususlarda dava şartı arabuluculuğa ve niteliğe uygun düştüğü ölçüde ihtiyari arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Buna karşılık ticari dava şartı arabuluculukta ise öncelikle bu konudaki özel hükümler uygulanmalıdır.

Ticari dava niteliği taşıyan bir kira uyuşmazlığında taraflardan birisinin diğer taraftan birden fazla talepte bulunması halinde taleplerin TTK m. 5/A'ya göre dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediğinin araştırılması gerekir. Taleplerden tamamının kapsam içerisine girmesi halinde tüm talepler açısından dava şartı arabuluculuk prosedürünün işletilmesi gerekir. Aynı şekilde taleplerin tamamının kapsam dışında olması halinde de uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurulmalıdır. Ancak taleplerden bir kısmının dava şartı arabuluculuk kapsamı girdiği diğerlerin kapsam dışında kaldığı durumlarda uyuşmazlığın çözümü açısından arabuluculuğun dava şartı olup olmadığı hususunda bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre söz konusu durumda her bir talep için bağımsız bir şekilde hareket edilmesi, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan taleplerin arabuluculuk yoluyla diğer taleplerin ise mahkemeler tarafından çözümlenmesi gerekmektedir⁷⁵. Ancak uyuşmazlığın bir

⁷⁵ YAŞAR COŞKUN, Sevda/GÖNCÜ DÖNER, Munise Seray: "Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

kısımının arabuluculuk yoluyla bir kısmının ise mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulması isabetli bir çözüm yolu değildir. Arabuluculuğun kural olarak ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu ve dava şartı arabuluculuğun istisnai olduğu dikkate alındığında söz konusu durumda tüm talepler açısından dava şartı arabuluculuğun bulunmadığının kabul edilmesi gerekir. Nitekim bazı Yargıtay kararlarında da taleplerin yığılması halinde uyuşmazlığın tamamının mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir⁷⁶.

Kira uyuşmazlıkları açısından HUAK m. 18/B ile dava şartı arabuluculuğun düzenlenmesinden sonra söz konusu tartışma büyük ölçüde önemini kaybetmiştir. Zira kira uyuşmazlıklarında taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi dışındaki tüm uyuşmazlıklar artık dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Dolayısıyla ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda da arabulucuya başvurmadan dava açılması mümkün değildir. Ancak HUAK m. 18/B ile getirilen bu düzenlemeden sonra her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıklarına ilişkin alacak, tazminat, menfi tespit, itirazın iptali ve istirdat davaları ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında; diğer uyuşmazlıklar ise HUAK m. 18/B’de düzenlenen diğer dava şartı arabuluculuk kapsamına girmektedir. Ancak taraflar arasında hem TTK m. 5/A hem de HUAK m. 18/B kapsamına giren bir kira uyuşmazlığının bulunması halinde taraflar arasındaki kira uyuşmazlığına ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin mi yoksa HUAK m. 18/B’de düzenlenen diğer dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce söz konusu ihtimalde taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir kısmı ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiğinden uyuşmazlığın tamamının ticari dava şartı arabuluculuk prosedürü çerçevesinde çözüme kavuşturulması daha doğru olacaktır.

Dergisi, C. XXIV, S. 1-4, 2020, s. 112-113; **AKİL**, Cenk: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 41, 2020, s. 311-312; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 192; **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem (editör): Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı, Ankara 2023, s. 228. Uyuşmazlığın aynı zamanda hem arabuluculuk hem de dava konusu edilmesinin doğru olmayacağı hususunda bkz., **PASLI**, s. 25.

⁷⁶ Y. 3. HD, 22.06.2022, E. 2022/4456, K. 2022/6115, (Lexpera, Erişim Tarihi: 21.12.2023).

2. Arabuluculuk Süresi Açısından

TTK m. 5/A'ya göre ticari dava şartı arabuluculukta arabuluculuk sürecinin arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Söz konusu sürenin arabulucu tarafından iki hafta daha uzatılabilmesi mümkündür. Dolayısıyla ticari dava şartı arabuluculukta arabuluculuk sürecinin arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren en fazla sekiz hafta içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Buna karşılık kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğu düzenleyen HUAK m. 18/B'de arabuluculuk sürecinin yürütüleceği süre konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple kira uyuşmazlıklarının da içerisinde yer aldığı diğer dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekir.

HUAK m. 18/A/9'a göre dava şartı arabuluculukta arabuluculuk sürecinin arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Bu sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta daha uzatılabilmesi mümkündür. Dolayısıyla söz konusu uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren en fazla dört hafta içerisinde tamamlanması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere ticari dava şartı arabuluculuk ile diğer dava şartı arabuluculuk prosedürü açısından farklı süreler öngörülmüştür. Söz konusu sürelerin başlangıcı açısından her iki dava şartı açısından bir farklılık söz konusu değildir. Her iki dava şartında da sürelerin başlangıcı, arabulucunun görevlendirildiği tarihtir. Ancak sürecin sona ermesi ticari dava şartı arabuluculukta toplam sekiz hafta, diğer dava şartı arabuluculukta ise toplam dört hafta olarak belirlenmiştir. Sürecin ne zaman sona ereceği, hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin işlemesi açısından oldukça önem taşımaktadır. Zira dava şartı arabuluculukta hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri arabuluculuk bürosuna yapılan başvurudan son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar durmaktadır. Ticari dava niteliği taşıyan ve konusu para olan kira uyuşmazlıklarında TTK m. 5/A'nın uygulanması halinde hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin sekiz haftaya kadar durabilmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık söz konusu durumda diğer dava şartı arabuluculuğa ilişkin HUAK m. 18/A/9'un uygulanması halinde ise bu süreler en fazla dört hafta duracaktır. Dolayısıyla ticari dava niteliği taşıyan ve konusu para olan

kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinin TTK m. 5/A'ya göre mi yoksa HUAK m. 18/A/9'a göre belirlenmesi gerektiği sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimizce ticari dava niteliği taşıyan ve konusu para olan kira uyuşmazlıkları açısından TTK m. 5/A'daki düzenleme HUAK m. 18/A/9'a göre özel hüküm niteliğindedir. Zira HUAK m. 18/A/9'daki düzenleme arabuluculuk sürecinin yürütülebileceği süre konusunda özel bir düzenlemenin bulunmadığı tüm durumlarda uygulanabilecek genel bir hükümdür. Buna karşılık TTK m. 5/A ticari dava niteliğindeki konusu para olan kira uyuşmazlıkları açısından özel hüküm niteliğindedir. Ayrıca HUAK m. 18/B/1/a her ne kadar ticari dava niteliği taşıyan ya da taşımaya tüm kira uyuşmazlıkları açısından dava şartı arabuluculuk konusunda bir düzenleme getirirse de arabuluculuk sürecinin yürütülmesi konusunda özel bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme ancak sürecin yürütülmesi konusunda özel hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulabilir. Ayrıca kanun koyucunun HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenlemeyi yapma konusundaki amacı da kanaatimizce ticari dava niteliği taşımayan kira uyuşmazlıklarının da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmasıdır. Bu sebeple zaten TTK m. 5/A çerçevesinde dava şartı arabuluculuk kapsamına giren kira uyuşmazlıkları açısından farklı bir değerlendirme yapılması uygun olmayacaktır.

3. Anlaşmanın İçeriği Açısından

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerde süreç sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin içeriği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple ticari dava şartı arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin içeriği genel hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Buna karşılık kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin taşınmazlarla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilerek hazırlanması gerekmektedir (HUAK m. 18/B/2). Ticari dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin olarak bu konuda özel bir düzenleme yapılmadığından HUAK m. 18/B/2'deki söz konusu düzenlemenin ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında da uygulanması gerekir.

4. Anlaşma Belgesinin İlam Niteliğinde Belge Sayılması Açısından

Kira uyuşmazlıkları açısından “ticari dava şartı arabuluculuk” ve “diğer dava şartı arabuluculuk” arasındaki en önemli farklılık arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması halinde düzenlenecek olan anlaşma belgesinin ilam niteliği kabul edilebilmesi için aranan şartlar konusunda karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşması halinde düzenlenecek olan anlaşma belgesinin ilam niteliğinde sayılabilmesi için kural olarak sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmektedir. Ancak anlaşma belgesinin taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalandığı durumlarda anlaşma belgesinin ilam niteliğinde kabul edilebilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekli değildir. Ayrıca ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda sadece avukatlar ve arabulucunun anlaşma belgesini imzalamaları da anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge niteliği kazandırmaktadır (HUAK m. 18/4). İcra edilebilirlik şerhi aranmadan anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge niteliği kazandıran söz konusu durumlar “kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller” dışındaki uyuşmazlıklar açısından söz konusu olur.

Kira uyuşmazlıkları açısından bakıldığında HUAK m. 18/B/3’e göre tarafların anlaşmaları halinde anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge niteliği taşıyabilmesi için icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. Dolayısıyla kira uyuşmazlıklarına ilişkin dava şartı arabuluculukta tarafların, avukatlarının ve arabulucunun anlaşma belgesini imzalamış olmaları anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge niteliği kazandırmayacaktır. Söz konusu düzenleme TTK m. 5/A’da ticari dava şartı arabuluculuk konusunda anlaşma belgesinin ilam niteliği konusunda özel bir düzenleme yapılmadığından ticari dava niteliği taşıyan ve konusu para olan kira uyuşmazlıklarında da uygulanacaktır. Bu sebeple TTK m. 5/A kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında anlaşma belgesini avukatların ve arabulucunun imzalaması söz konusu belgeye ilam niteliğinde belge niteliği kazandırmayacaktır. Zira anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek olmadan ilam niteliğinde belge sayılmasına ilişkin HUAK m. 18/4’te söz konusu düzenlemenin “kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller” dışında uygulama alanı bulabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple TTK m. 5/A kapsamına giren kira

uyuşmazlıklarında da anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekmektedir.

5. Arabuluculuk Ücreti Açısından

Kira uyuşmazlıkları açısından “ticari dava şartı arabuluculuk” ve “diğer dava şartı arabuluculuk” açısından diğer bir farklılık ise arabuluculuk ücreti konusunda karşımıza çıkmaktadır. Tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda ihtiyari olarak arabuluculuk sürecini seçmeleri halinde veya arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu hallerde Arabuluculuk Asgari Ücret tarifesine uymak şartıyla arabuluculuk ücretinin taraflar ve arabulucu arasında serbestçe belirlenebilmesi mümkündür. Arabuluculuk ücretinin taraflarca belirlenmemesi halinde bu konuda asgari ücret tarifesi uygulanır.

Bunun dışında dava şartı arabuluculukta taraflara ulaşılamaması, tarafların katılmaması sebebiyle görüşme yapılamaması veya süreç sonunda tarafların anlaşamadığı durumlarda taraflarca arabulucuya ödenmesi gereken ücretin iki saatlik tutarı asgari ücret tarifesinin birinci kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanmaktadır. Asgari ücret tarifesinin birinci kısmında ise ticari uyuşmazlıklar ile diğer tür uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek olan saat başına ücret farklı şekilde düzenlenmiştir. 2023 yılı asgari ücret tarifesine göre söz konusu ücret iki tarafın yer aldığı ticari uyuşmazlıklarda 780,00 TL olarak belirlenmiştir. Buna karşılık kira uyuşmazlıklarının da içerisinde yer aldığı diğer tür uyuşmazlıklarda söz konusu ücret 480,00 TL olarak belirlenmiştir. Tarafların süreç sonucunda anlaşmaları halinde ise arabulucuya ödenecek olan ücreti asgari ücret tarifesinin altında olmamak kaydıyla serbest bir şekilde belirleyebilmeleri mümkündür. Söz konusu durumda da taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa arabuluculuk ücreti asgari ücret tarifesine göre ödenir. Bu durumda arabulucuya ödenecek olan ücret taraflarca üzerinde anlaşılan hususun konusunun para olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Uyuşmazlığın konusu para değilse yine tarifenin birinci kısmındaki ticari uyuşmazlıklar ve diğer uyuşmazlıklar açısından farklı şekilde belirlenen saatlik ücretler uygulanır. Buna karşılık üzerinde anlaşılan hususun bir miktar paranın ödenmesi olduğu uyuşmazlıklarda tarifenin ikinci kısmında yer alan ve anlaşılan miktara göre değişiklik gösteren oranlar uygulanır. Söz konusu

oranlar açısından uyuşmazlığın ticari dava niteliği taşıyıp taşımasına göre bir farklılık yaratılmamıştır.

Bu çerçevede ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek olan ücretin ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Zira arabuluculuk asgari ücret tarifesinde kira uyuşmazlıklarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık söz konusu tarifede ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda konusunun para olmadığı veya konusu para olsa bile taraflarca anlaşılabilen durumlara ilişkin olarak farklı bir ücret politikası belirlenmiştir. Bu sebeple ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında söz konusu düzenlemelerin uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

SONUÇ

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemeler çerçevesinde sona erer. Bu hususta sadece tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesinin kanunlardaki taşınmazlara ilişkin düzenlemelere uygun şekilde hazırlanması gerektiği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu sebeple kira uyuşmazlıklarında tarafların anlaşmaları halinde söz konusu anlaşmanın şekle bağlı olup olmaması ve geçerliliği konusunda genel hükümler uygulama alanı bulur. Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde yazılı bir anlaşmanın yapılması zorunlu değildir. Ancak söz konusu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için mutlaka anlaşmanın yazılı olarak yapılması ayrıca taraflar (bizzat, kanuni temsilci veya avukatları) ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir. Söz konusu anlaşmanın geçerli olabilmesi için de kamu düzenine, ahlaka, emredici hükümlere ve kişilik haklarına uygun olması gerekir. Bu sebeple kira sözleşmelerine ilişkin TBK ve diğer kanunlardaki emredici hükümler tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşması halinde de uygulanacaktır. Bu kapsamda TBK Geçici m. 1 ve Geçici m. 2’de düzenlenen %25 oranındaki kira artışına ilişkin sınırlama, tarafların anlaşması halinde de dikkate alınacaktır.

TTK m. 4’e göre her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira uyuşmazlıkları da ticari dava niteliğindedir. Ticari davalar aksine kanunda düzenleme yoksa asliye ticaret mahkemesinde görülür. Ancak

HMK m. 4/1'de kira uyuşmazlıkları konusunda sulh hukuk mahkemesinin görevli olarak kabul edilmesi, ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında görevli mahkeme konusunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bu konuda Yargıtay kararları görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu yönündedir. Kanaatimizce TTK m. 5, HMK m. 4/1'e nazaran özel hüküm niteliğindedir. Ayrıca TTK m. 5, HMK m. 4/1'e göre sonraki tarihlidir. Bu sebeple ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olarak kabul edilmesi gerekir.

HUAK m. 18/B ile kira uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak kabul edilmesinin TTK m. 5/A kapsamında zaten dava şartı arabuluculuk kapsamına giren kira uyuşmazlıkları açısından da değerlendirilmesi gerekir. TTK m. 5/A çerçevesinde her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren kira sözleşmelerinden konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, menfi tespit, itirazın iptali ve istirdat davalarında arabulucuya başvurulması dava şartıdır. HUAK m. 18/B ile kira uyuşmazlıklarında genel olarak dava şartı arabuluculuğun kabul edilmesinden sonra ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında HUAK m. 18/B ve dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemelerin mi yoksa TTK m. 5/A ve ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin özel düzenlemelerin mi uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında öncelikle HUAK m. 18/B'de düzenlenen özel hükümlerin, burada hüküm bulunmayan hallerde de dava şartına ilişkin genel düzenlemelerden önce ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin özel düzenlemelerin uygulanması gerekir. Bu kapsamda TTK m. 5/A kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk süresi ve arabuluculuk ücreti konusunda ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin uygulanması gerekir. Buna karşılık anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması hususunda HUAK m. 18/B'de özel bir düzenlemeye yer verilmesinden dolayı TTK m. 5/A kapsamına giren kira uyuşmazlıklarında da söz konusu düzenlemenin uygulanması gerekmektedir. Zira HUAK m. 18/B, bu hususta TTK m. 5/A'ya nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple ticari dava niteliği taşıyan kira uyuşmazlıklarında arabulucunun ve tarafların avukatlarının imzaladığı arabuluculuk belgesi ilam niteliğinde belge sayılmayacaktır. Bu hususta mutlaka mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 3. Baskı, İstanbul 2016.
- AKÇAAL**, Mehmet: “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Öneriler”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2022, s. 949-979.
- AKİL**, Cenk, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 41, 2020, s. 307-324.
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem (editör): Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı, Ankara 2023.
- AKKAN**, Mine: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasası ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, (Aralık 2018), 1-31.
- AKYOL**, Şener, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2022.
- ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2019.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2022.
- AYDIN ÖZDEMİR**, Elif: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesi ile Bağlantılı İşlemler, Ankara 2018.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2019.
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2022.

BADUR, Emel: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 18, 2021, s. 49-87.

BAŞ Seda: “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 176-189.

BAYRAM, Aziz Erman: “Birlikte Kira”, Ankara Barosu Dergisi, 2019/1, s. 89-154.

BUDAK, Ali Cem/**KARAASLAN**, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.

CANBOLAT, Talat (Editör): İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, Ankara 2018.

ÇETİNEL, Tunahan: “İç (Millî) Tahkime Elverişlilik Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVI, S. 3, 2022, s. 425-470.

DOĞU, Hakkı Mert: “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2020, s. 309-323.

DOĞU, Hakkı Mert: “Mesleki Faaliyet Gereği Kiraya Verilen ve Kiracının Özel Kullanımına Yarayan Taşınır Eşyalara İlişkin Kira Sözleşmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2021, s. 521-533.

DOĞU, Hakkı Mert: Kanuna Karşı Hile, İstanbul 2023.

DOĞU, Hicret: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Tahliye Taahhüdü”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2021, s. 33-48.

DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2018.

EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.

- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022.
- ERMENEK, İbrahim:** Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021.
- GANBARİ, Muhammed Kiomers:** “Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 4, 2023, s. 197-232.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet:** İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul 2012.
- HİĞİ, Peter:** Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Zürich 1994.
- İLHAN, Onur:** Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2020.
- KELEŞ, Şanver:** Kiralanan Taşınmazların İlamsız Tahliyesi, Ankara 2019.
- KILINÇ, Ayşe:** “Güncel Yargı Kararları Işığında Ticari Dava Niteliğindeki Kira Sözleşmesi ile İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 8, S. 1, 2023, s. 19-50.
- KIYAK, Emre:** “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 6, S. 21, 2015, s. 523-548.
- KOÇYİĞİT, Pınar:** Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.

KORKUSUZ, Refik/**KORKUSUZ**, Halit: “İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu”, Adalet Dergisi, S. 64, 2020/1, s. 481-506.

KURU, Baki/**AYDIN**, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.

MAKARACI BAŞAK, Aslı/**ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: “7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/>, Erişim Tarihi: 7.10.2023.

NARBAY, Şafak/**AKKUŞ**, Muhammed: “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 823-881, (Ticari İş).

NARBAY, Şafak/**AKKUŞ**, Muhammed: “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 301-334, (Tüketici).

ODAMAN, Serkan: “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, s. 1753-1766.

PASLI, Ali: Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan (editörler), Ankara 2019.

PEKCANITEZ, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.

SAĞLAM, İpek: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2023, s. 29-47.

SERT SÜTÇÜ, Selin: “Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar -Çözüm Önerileri)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2023, s. 1491-1516.

ŞAHİN EMİR, Asiye/**KAZMAZ TEPE**, Büşra: “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2018, s. 1481-1508.

ŞENER, Oruç Hami: Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Ankara 2021.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 333-379.

TUĞ, Mehmet Arif: “Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s. 1897-1921.

TÜRKMEN, Ahmet/**HUYSAL**, Süleyman Anıl: “6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25’lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler”, <https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykirliligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/#fn3>, Erişim Tarihi: 7.10.2023.

ÜLGEN, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2022.

YARDIM, M. Ertan: Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan (editörler), Ankara 2019.

YAŞAR COŞKUN, Sevda/**GÖNCÜ DÖNER**, Munise Seray, “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 1-4, 2020, s. 89-117.

YAVUZ, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Birinci Cilt), 11. Baskı, İstanbul 2022.

YENİOCAK, Umut: Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları, 3. Baskı, Ankara 2023.

YILDIRIM, Abdulkerim/**AYTUĞAR**, Bilge: “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 2, 2020, s. 31-62.

ZEVKLİLER, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021.



GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI UYGULAMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ VE BAZI ÖNERİLER

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Ali AYDIN*

Öz

7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu kapsamında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kamu görevine ataması yapılacak kişiler açısından mağduriyetlere yol açabilecek niteliktedir. Mağduriyetlere yol açabilecek uygulamalara söz konusu Kanun'un şeffaflık, bilgi edinme imkanı, nesnellik ve etkin itiraz ve başvuru yolları içermeyen sistemi sebep olmaktadır. Kamu görevlerine Anayasal düzene bağlı olmayan, terör örgütleriyle ilişkisi veya irtibatı bulunan kişilerin atanmasının kamu yararına uygun olmadığı açıktır. Ancak bir kişi hakkındaki olumsuz değerlendirmelerin somut verilere dayanması, keyfi ve sübjektif olmaması gerekir. İlgili kişinin ise hakkındaki raporda yer alan bilgi, fiil isnadı ve değerlendirmeleri inceleyebilmesi, isteği halinde izah getirebilmesi imkanına sahip olması ve son çare olarak etkin bir yargısal başvuru hakkına sahip olması gerekir. Bu çalışmada öncelikle Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu incelenmiş, sonrasında da uygulamayı iyileştirmeye yönelik önerilerde bulunulmuştur. Güvenlik soruş-

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Aydın Üniversitesi, Kamu Hukuk Bölümü, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Department of Public Law, Administrative Law Department, Istanbul, Türkiye.

✉ muhammedaliaydin@aydin.edu.tr • ORCID 0000-0002-6243-6083.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: AYDIN, Muhammed Ali: "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış ve Bazı Öneriler", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 861-899.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



turması ve arşiv araştırmasının hukuk devleti standartlarında yürütülmesi için değerlendirilmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

- Güvenlik Soruşturması • Arşiv Araştırması • Kamu Hizmetine Girme Hakkı
- Fişleme • İrtibat ve İltisak

A CRITICAL LOOK AT THE PRACTICE OF SECURITY INVESTIGATION AND ARCHIVE RESEARCH AND SOME SUGGESTIONS

Abstract

The security investigation and archive search is conducted under the Law No. 7315 on Security Investigation and Archival Research. The security investigation and archive search applied within this scope may lead to victimization for those who will be appointed to public office. It is clear that it is in the public interest to appoint people who are loyal to the constitutional order and who are not affiliated with terrorist organizations to public positions. However, assessments to the contrary about a person must be based on concrete data and must not be arbitrary. The person concerned must have the opportunity to examine the information, allegations and evaluations in the report, to explain them if he/she wishes, and to have an effective judicial remedy as a last resort. In this study, the Law on Security Investigation and Archival Research is first analyzed and then suggestions are made to improve the practice.

Keywords

- Security Investigation • Archival Research • Right to Enter Public Service • Plotting • Contact and Affiliation

GİRİŞ

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması, özel kanunları uyarınca güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulan kamu görevlileri için 30 Nisan 1964 tarihli, 4/685 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesinden beri uygulanmaktadır. 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe teşebbüsünden önce, 4045 sayılı 'Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun' ile 14.02.2000 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla kabul edilen 'Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği' yürürlükteydi. Bu Yö-

netmeliğin 8. maddesine göre; hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak olan kamu görevlileri gizlilik dereceli birim ve kısımlar ile askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılacak personellerden ibaretti. Sonraki süreçte Adalet Bakanlığı'nda memur olarak adliyelerde çalışacak personeller de bu kapsama dâhil edilmişti. Dolayısıyla kamu görevine atanacak kişiler hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması gizlilik gerektiren stratejik görevlere atanan personelle sınırlı olarak uygulanmaktaydı. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulmak bir istisna durumundaydı. Diğer bir deyişle bir kişinin aday olduğu kamu görevi devlet güvenliği ile ilgili veya gizlilik dereceli bir birimse bu kamu kadrosu niteliği gereği aday kişi hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasını gerektirmekteydi. Ana kural kamu görevlerine girişte herhangi bir güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulmamak yönündeydi. İstisnai olarak ise devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli, meslek grupları, birim ve kısımlarına girişte güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmaktaydı.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra ilan edilen OHAL döneminin sosyal psikoloji şartları içerisinde 3/10/2016 tarihli 676 sayılı OHAL KHK'nın 74. maddesi ile kamu görevlileri hakkındaki temel kanun olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'nin 48. maddesine eklemeye yapıldı. Bu düzenleme ile kamu görevine atanacak bütün kişiler için haklarında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması genel şart olarak öngörüldü. Daha sonra da bu OHAL KHK'sı TBMM'de görüşülerek yasalaştı ve olağan Anayasal dönemde de kalıcı bir hüküm haline geldi. Bu dönemde DMK m. 48-A-8. bendi uyarınca kamu görevine ilk defa gireceklere güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması zorunlu tutulmuş olmasına rağmen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kimlere ve nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemeler kanunda değil 14.02.2000 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla kabul edilen 'Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nde yer almaktaydı.

Anayasa Mahkemesi, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasına farklı bir cepheden yaklaştı ve anayasaya aykırılık gördü. Anayasa Mahkemesi 24/7/2019 tarihli ve E.:2018/73; K.:2019/65 sayılı kararı ile DMK'nun 48. maddesindeki bütün kamu görevlileri için öngörülen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması şartını iptal etti¹.

Anayasa Mahkemesi, bu raporlar ile kişisel verilerin toplandığını ve kişisel veri hakkının Anayasal bir hak olması nedeniyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl yapılacağına dair norm koyan düzenlemenin 14.02.2000 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla kabul edilen Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği olamayacağını, bu konunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini, iptal davasına konu olan DMK m. 48-A-8. bendinin ise güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına ilişkin gerekli düzenlemeleri içermediğini ifade etmiştir². Mahkeme, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının objektif, öngörülebilir ve önceden belirlenebilir güvencelere ve usullere tabi kılınmadığını, tamamen yetkili makamların talimatlarına bağlı olarak yapıldığını, bu haliyle de keyfiliğe açık bir durum yarattığını belirtmiştir³. Neticede Mahkeme, başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan

¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, K. 2019/65, T. 24/07/2019; "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda devlet memurluğuna atanmada esas alınacak kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına ve işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesi Anayasa'nın 13., 20. ve 128. maddeleriyle bağdaşmamaktadır."

² Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, K. 2019/65, T. 24/07/2019; "Kuralda güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılması memurluğa alımlarda genel şartlar arasında sayılmasına karşın güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin kuralla sadece güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması devlet memurluğuna alımlarda aranacak şartlar arasında sayılmıştır."

³ **KAHRAMAN**, Mehmet/ŞAHİN, Muhammed: "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı", ERÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 444.

düzenlemenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmış ve diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görmemiştir⁴.

Anayasa Mahkemesi devlet memurluğu için öngörülen bu yeni genel şartı iptal etmişse de iptal gerekçesi uygulamanın demokratik hukuk devleti ilkesiyle ne kadar bağdaştığından bahisle olmamıştır. Anayasa Mahkemesi, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılırken zorunlu olarak kişisel verilerin işlenecek olmasından bahisle bu soruşturma ve araştırmaların nasıl yapılacağı, hangi verilerin işleneceği, ne kadar süre saklanacağı gibi kişisel verilerin korunması ile ilgili hususlara dair düzenlemenin o tarihte olduğu gibi düzenleyici işlemle değil kanunla bir çerçeve çizilerek düzenlenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Kararda dava konusu kanun hükmünde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilen kullanılmasına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin sadece güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasını devlet memurluğuna alımlarda aranacak şartlar arasında sayılmasını Anayasa Mahkemesi yeterli hukuki güvencelerden yoksun bir kanuni düzenleme olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine önce 7.4.2021 tarihinde 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu yasalarmıştır. Sonrasında 3.6.2022 tarihinde Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece memur ve kamu görevlilerinin ilk defa veya yeniden atamalarında yeni bir dönem başlamıştır.

Memuriyete veya kamu görevine ilk defa veya yeniden atanacak herkese arşiv araştırması, milli savunma ve güvenlik alanları başta olmak üzere bazı görevlere atanacak kişiler için de ayrıca güvenlik soruşturması yapılması şartı öngörülmesi hiç şüphesiz devlete sızan ve devlet içerisinde yapılanan bir terör örgütünün 15 Temmuz 2016 tarihinde dar-

⁴ KAHRAMAN, s. 444.

be teşebbüsünde bulunmasının yarattığı toplumsal travma ve devlet kurumlarında sebep olduğu erozyonla ilgilidir⁵.

Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden kişiler olduğu da gözetildiğinde kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından bazı nitelikler aranması ve atama için diğer vatandaşların yükümlü tutulmadıkları seviyede anayasaya sadakat yükümlülüğünün öngörülmesinin idarenin takdir yetkisi kapsamında kaldığı ve kamu hizmetinin etkin, sağlıklı ve tarafsız bir biçimde yürütülmesi ile millî güvenliğin sağlanması amacına hizmet ettiği söylenebilir⁶. Devletin çalıştıracağı personelin güvenilirliğini sorgulaması kimi kurumlar ve görevler için zorunludur⁷. Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır⁸. Kanun koyucu memuriyete ve kamu görevlerine atanacak kişilerin anayasal düzene bağlılığını teminat altına almak için çözümü güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması zorunluluğunu genele yaymakta görmüştür. Bu uygulamanın bu kadar yaygın bir şekilde gerçekleştirilmesi devletin vatandaşlara potansiyel suçlu muamelesi yaptığı gibi bir izlenim oluşturmaktadır. Kanun koyucunun aşırı derecede yaygın bir güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasından en azından yakın bir zamanda vazgeçmeyeceği öngörüldüğünde 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu kapsamında gerçekleştirilen soruşturma ve araştırma uygulamalarının değerlendirilmesi, aksayan ve mağduriyet yaratan yönlerinin ortaya konulması ve bu olumsuz yönleri gidermek üzere iyileştirmeler önerilmesi Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti standartları açısından bir zaruret halini almıştır. Çünkü gü-

⁵ GÖÇGÜN, Muhammed: "Sözleşmeli Öğretmen Atama Sürecinde Yapılan Sözlü Sınav ve Güvenlik Soruşturmasının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", LHD, Cilt: 17/Sayı: 200/Yıl: 2019, s. 3408.

⁶ Anayasa Mahkemesi, Enis Aras B., B.N. 2018/36485, T. 14/12/2022.

⁷ KAMAN, Nur: "Kamu Görevlileri Açısından Görevin Gerektirdiği Nitelikler", Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü Paneli- 22 Haziran 2018, Danıştay Yayınları, No: 100, Ankara Şubat 2019, s. 30.

⁸ Anayasa Mahkemesi, Fatih Saraman B., B.N. 2014/7256, T. 27/02/2019.

venlik soruşturmaları; kamu hizmetine girişte ve atamalarda bazı hizmetlerin gerektirdiği gizlilik, kamu görevine atanacak personelin güvenilirliği ve ulusal güvenliğin sağlanması amacıyla hizmet etse de soruşturmanın sınırının haddinden fazla genişletilerek, kişilerin maddi ve manevi varlığına tehdit oluşturabilmesi mümkün olabilmektedir⁹. Öyle ki kişinin özel hayatına dair bilgilerin bile elde edildiği ve idari birimler arası paylaşıldığı bir uygulama gerçekleşebilmektedir¹⁰. Hepsinden önemlisi nesnel kriterler açısından kamu hizmetine girme hakkı elde eden vatandaşların güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılması şekli, elde edilen veriler ve verilerin değerlendirilmesi sonucunda haksız yere kamu hizmetine girişine engel olunması söz konusu olabilir. Anayasa'nın 70. maddesi uyarınca bütün vatandaşlar kamu hizmetine girme hakkına sahiptir ve kamu hizmetine alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez. Güvenlik soruşturmaları ve arşiv araştırmalarının anayasaya aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde vatandaşların bir kısmının kamu hizmetine girişine anayasaya aykırı olarak ve dışarıdan tam olarak gözlemlenemeyen ve denetlenemeyen görünmez bir engelin çıkarılması söz konusu olabilir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kişi hak ve özgürlüklerine müdahale eder aşamaya gelmemesi için çerçevesinin, sınırlarının çok iyi çizilmesi gerekir¹¹. Bu sorunları önlemek amacıyla, bu makalede öncelikle 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun mevcut uygulaması mevzuat ve yargı kararları üzerinden ortaya konulacaktır. Makalenin genelinde ve sonuç bölümünde ise söz konusu Kanunun ve uygulamasının olumsuz yönleri tespit edilmeye ve bu olumsuzlukları aşmak üzere önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

⁹ CAN, Neslihan: Kolluk ve Adli Makamlar Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 69-70.

¹⁰ YILDIRIM, Turan/KAMAN, Nur: "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 18 (1), s. 165.

¹¹ KAMAN, s. 30.

I. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI UYGULAMASI

7.4.2021 tarihinde 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu yasalaşmıştır. Akabinde yeni kanuna dayanılarak 3.6.2022 tarihinde Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Zikredilen mevzuat kapsamında güvenlik soruşturmaları ile arşiv araştırmaları yapılmaktadır.

A. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kavramı

Güvenlik soruşturması, kamu görevine girmeyen isteyen kişinin bazı kişisel özellikleri ile geçmişte bulunduğu bazı tutum ve davranışlarının tespit edilerek üstlenmek istediği kamu görevine engel bir durum olup olmadığına karar verilmesi uygulamasıdır. Arşiv araştırması ise kamu görevine girmek isteyen kişinin kamu görevine girişine engel olacak somut bir durumun olup olmadığına mevcut kayıtlardan tespit edilmesidir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, kişinin kamu hizmetine alınmasında sakınca olup olmadığına ilişkin yapılır¹². Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması memur olarak atanacak kişiler ile kamu görevlerine atanacak kişiler hakkında yapılan soruşturma ve araştırmayı ifade eder.

Memurun anayasada ifadesini bulan şekliyle Türk milliyetçiliğine sadık olma ve hatta anayasada belirtilen temel ilkelerden milli, demokratik, laik, hukuk devleti ilkelerini benimsemesi bunları davranışlarına yansıtması beklenmektedir¹³. Ayrıca devlet memurluğuna girişte edilen yeminde memur; anayasa ve yasa hükümlerini millet hizmeti sırasında uygularken eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri doğrultusunda uygulayacağına da yemin etmektedir¹⁴. Yani kamu görevlisinin tarafsızlık ve eşitlik ilkeleriyle hareket etmesi salt bir idare hukuku ilkesi olmayıp, kanun hükmüyle öngörülen ve memurun göreve başlarken de öyle davranmaya

¹² KILINÇ, Durmuş: “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, Ankara Barosu Dergisi, C. 77, 2, 2019, s. 5.

¹³ AYDIN, Muhammed Ali: “Kamu Görevlilerinin Siyasi Katılma Hakkı ve Sınırları”, Ankara Barosu Dergisi, C. 82, 1, 2024, s. 254.

¹⁴ AYDIN, s. 254.

yemin ettiği ilkelere¹⁵. Özellikle devlet memuru statüsündeki kamu görevlilerinin görevleri sırasında devlete sadakat yükümlülüğü mevcuttur. Tarafsızlık ve devlete bağlılık başlıklı DMK m. 7/2 uyarınca; “Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyeti’nin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler.” Memurların Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, Atatürk İnkılap ve İlkelerine, Anayasada ifadesi bulunan Türk Milliyetçiliğine sadakatle bağlı kalması beklenmektedir. Memur statüsünde olmayan kamu görevlileri ise yaptıkları işin niteliğine göre memurlardan daha sıkı veya daha gevşek sadakat yükümlülüğüne tâbi tutulurlar. Memur adayları kişinin anayasa ve kanunlarda öngörülen sadakat yükümlülüklerine ne kadar uyum sağladığı ve sağlamadığı hususları özellikle güvenlik soruşturması sonucunda elde edilen verilerle değerlendirilmektedir.

Her ne kadar 7315 sayılı Kanun’da güvenlik soruşturması, arşiv araştırmasından önce zikredilmekteyse de arşiv araştırması kanun kapsamındaki herkese uygulanan ve güvenlik soruşturmasından daha az bilgi ihtiva eden bir araştırma yöntemidir. Üstlenilecek kamu görevinin niteliğinin daha fazla gizlilik, devlete bağlılık, diğer unsurlara karşı bağımsızlık ve tarafsızlık gerektirdiği durumlarda arşiv araştırmasına ek olarak güvenlik soruşturması da yapılmaktadır.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ile fişleme arasında benzerlikler olduğu söylenebilir¹⁶. Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre fişleme, güvenlik kuruluşlarının bir kişi hakkında dosya açması ve dosya tutmasıdır¹⁷. Bir kişi hakkında onunla ilgili olumlu ve olumsuz bilgilerin kaydının tutulması ve bir dosya içerisinde düzenlenerek tutulması açısından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ile fişleme birbirine

¹⁵ AYDIN, s. 254.

¹⁶ ÇAPAR, Asuman: “Kamu Personelinin Atanmasında Güvenlik Soruşturması Uygulaması”, ERÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 581-582.

¹⁷ <https://sozluk.gov.tr>

benzemektedir. Bu iki uygulama arasında bir fark ileri sürmek gerekirse fişlemenin ilgilinin bilgisi dışında tutulması ve ilgili kişi hakkında tamamen göreceli ve istihbari bilgilere yer verilmesi olabilir. Fişlemenin yapıldığı bir devlette kişinin bilgisi dışında hakkında kayıtlar tutulur ve bu kayıtlar ilgili kişi farkına bile varmadan kamu kurumları ile temasa geçtiği çoğu zaman karşısına görünmeyen bir cam engel olarak çıkmaktadır. Bu kayıtlara karşı yargı yolu olmadığı gibi kayıtlar sübjektif değer yargıları da içerdiği için söz konusu verilerin nesnel bir zemine çekilerek düzeltilmesi, tevil edilmesi veya silinmesi mümkün olmamaktadır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması her şeyden önce kamu görevine atanmak isteyen kişiye bu kişinin kamu kadrosuna atanma başvurusu yapması üzerine bilgisi dahilinde yapılır. Öte yandan kullanılan bilgilerin göreceli olmaktan çıkarılması gerekir. Örneğin arşiv araştırmasında kişi hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığı ile devam eden soruşturma ve kovuşturmalardaki olguların göreceli olması ve öznel değer yargıları içermesi mümkündür. Örneğin bir soruşturma veya kovuşturma dosyasında bir müştekinin veya tanığın, o dosyada sanık olan kamu görevine aday kişi hakkındaki iddiaları, yorumları ve söylemleri öznel niteliktedir ve bu ifadeler olduğu gibi arşiv araştırmasına alınırsa arşiv araştırmasının nesnel olma özelliği zedelenmiş olur. Güvenlik soruşturmasında ise istihbarat ünitelerindeki olgusal verilerin kullanılması ile irtibat ve iltisak içinde olduğuna dair değerlendirmeler nesnel zeminin dışına çıkabilmektedir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını fişleme uygulamasından farklı kılabilmek için şeffaflık, nesnellik ve yargı denetimi hususlarına çok önem vermek gerekmektedir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmalarının kamu hizmetine girme hakkını ihlal edecek nitelikte olmaması ve objektif bir nitelik taşıması gerekir¹⁸. İstihbari bilgilere dayalı, nesnel olgulara dayanmayan veya soyut nitelikteki soruşturma raporlarına itibar edilmemesi ve atamama işlemine gerekçe yapılmaması gerekir¹⁹.

¹⁸ SEZER, Yasin: Türk Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 164.

¹⁹ KAMAN KARAN, Nur: Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 25.

B. Hakkında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılacak Kişiler

Arşiv araştırması 7315 sayılı Kanun kapsamındaki herkes hakkında yapılmakta iken güvenlik soruşturması daha sınırlı sayıdaki kişiye yapılmaktadır. Bunların kimler hakkında yapıldığını ayrı ayrı ele almak mümkündür.

1. Hakkında Yalnızca Arşiv Araştırması Yapılacak Kişiler

7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca; *“arşiv araştırması, statüsü veya çalışma şekline bağlı olmaksızın ilk defa veya yeniden memuriyete yahut kamu görevine atanacaklar hakkında yapılır.”*

Bu haliyle arşiv araştırması memuriyete giriş için bir genel şart niteliğindedir²⁰.

7315 sayılı Kanun kapsamında arşiv araştırması, madde hükmünde geçtiği üzere atanma yoluyla değil de seçim yoluyla kamu görevine gelenlere uygulanmaz. Örneğin cumhurbaşkanına, milletvekillerine, belediye başkanlarına, belediye meclisi üyelerine ve seçimle gelinen benzeri makamlara seçilen kişiler için arşiv araştırması yapılmayacaktır.

Dikkat edilirse hükümde arşiv araştırması ‘kamu görevlisi niteliğindeki kadrolar’a atanacak kişiler için yapılır denilmemektedir. Bunun yerine ‘kamu görevine’ atanacaklar kavramı kullanılmıştır.

Klasik idare hukuku doktrininde kamu görevlileri geniş anlamda ve dar anlamda kamu görevlisi olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir²¹. Geniş anlamda kamu görevlisi; hukuki statülerine ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu tüzel tüzel kişilerinde çalışan bütün personeldir²². Dar anlamda kamu görevlisi ise yürütülen görevin

²⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNLER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2023, s. 720

²¹ YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/ÇAKIR, Hüseyin Melih/OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2020, s. 262.

²² ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 299; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR, s. 262.

niteliği ile bağlı olarak kamu tüzel kişilerinde idari işlem veya idari sözleşme olmak üzere kamu hukuku ilişkisi ile çalışan ve bu işi bir meslek olarak sürekli bir şekilde yürüten kişilerdir²³. Bu tanımlamalar çerçevesinde cumhurbaşkanından muhtarına, hakiminden iş akdi ile çalışan işçisine kadar kamu sektöründe çalışan bütün personel geniş anlamda kamu görevlisidir. Buna karşılık dar anlamda kamu görevlileri yalnızca Devlet Memurları Kanunu'na göre veya diğer özel kanunlara göre atama yoluyla kamu sektöründe çalışanlar ile idari hizmet akdi ile çalışanlardır²⁴. Dar anlamda kamu görevlisi tanımına göre; özel hukuka tâbi olarak akdedilen iş akitleriyle çalışan personeller kamu görevlisi değildir²⁵.

Klasik idare hukuku doktrininde İş Kanunu'na tâbi olarak işçi statüsünde bir kamu tüzel kişinin işçisi olarak çalışan kişiler dar anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği hükme bağlanmış durumdadır.

Neticede dar anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilen kamu tüzel kişilerinde idari işlem veya idari sözleşme şeklinde bir statüyle kamu hukuku ilişkisi ile çalışacak kişiler ile Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında işçi olarak çalışacak kişiler için arşiv araştırması yapılmaktadır. 7315 sayılı kanunda arşiv araştırmasının uygulanacağı kişiler olarak memurlar veya idari hizmet sözleşmeliler denilmek yerine statüsü veya çalıştırma şekline bakılmaksızın kamu görevine atanmak ibaresi yer almıştır. Her ne kadar kamu işçileri ve idari hizmet sözleşmelilerin göreve atama yoluyla gelmediği söylenebilirse de uygulamada bu iki grup hakkında da arşiv araştırması yapıldığı görülmektedir. 28 Nisan 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 'İl Özel İdareleri, Belediyeler ve Bağlı Kuruluşları ile Bunların Üyesi Olduğu Mahalli İdare Birliklerinin Personel Çalıştırılmasına Da-

²³ ÇAĞLAYAN, s. 300; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR, s. 262.

²⁴ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR, s. 262.

²⁵ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR, s. 262.

yalı Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar' da halen yürürlükte ve bu kararın 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca mahalli idarelerin işçileri hakkında arşiv araştırması yapılmaya devam edilmektedir.

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun 3. maddesinde kavram olarak *kamu görevine atanacaklar* ibaresi kullanıldığı için göreve sözleşme ile başlayan işçi ve idari hizmet sözleşmelilerin arşiv araştırması kapsamı dışında bırakılması yerinde olacaktır. Bu açıdan güncel durumda hatalı bir uygulamanın yerleşmekte olduğu söylenebilir.

2. Hakkında Güvenlik Soruşturması Yapılacak Kişiler

7315 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasına göre; güvenlik soruşturması bazı kadrolara yapılacak atamalarda arşiv araştırması ile birlikte yapılır. Bu kadrolar "*kurum ve kuruluşlarda, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler*"; "*öğretmenler, üst kademe kamu yöneticileri*" ile "*milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis, hizmetlerde statüsü veya çalıştırma şekline bağlı olmaksızın istihdam edilenler*" olarak gösterilmiştir.

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 9/2. f.'da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının birlikte yapılacağı kişiler açıkça sayılmıştır:

"(2) Aşağıda belirtilenler hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması birlikte yapılır:

a) Kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımlarında çalıştırılacak kamu personeli.

b) Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında çalıştırılacak kamu personeli.

c) Genelkurmay Başkanlığında çalıştırılacak kamu personeli.

ç) Emniyet Genel Müdürlüğünde çalıştırılacak kamu personeli.

d) Jandarma Genel Komutanlığında çalıştırılacak kamu personeli.

- e) *Sahil Güvenlik Komutanlığında çalıştırılacak kamu personeli.*
- f) *Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığında çalıştırılacak kamu personeli.*
- g) *Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel.*
- ğ) *Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışacak öğretmenler.*
- h) *Üst kademe kamu yöneticileri.*
- ı) *Özel kanunları gereğince güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulan kişiler.*

i) Milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis ve hizmetlerde statüsü veya çalıştırma şekline bağlı olmaksızın istihdam edilenler."

Bu listedeki sayımın numerus clausus (sınırlı sayılı) nitelikte olduğu kanaatindeyim. Kişisel verilerin korunması ile kamu hizmetine girme hakkı anayasal haklar olduğu için hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak kişileri bu liste ile sınırlı anlamak gerekir. Bu sayılanlar dışındaki kadrolar için güvenlik soruşturması yapılamaz. Öte yandan mezkur maddenin (1) bendinde maddede sayılanların yanı sıra özel kanunlarla maddede sayılmayan kadroların da soruşturma ve rapora tabi tutulabileceği öngörülmüştür. (1) bendinin soruşturma ve araştırmaya tabi tutulan kadroların kapsamını çok genişletebilecek bir kapıyı araladığı söylenebilir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının birlikte yapılacağı kişilerin listesinden anlaşıldığı kadarıyla güvenlik ve istihbarat sektörlerinde çalışan kişiler esas alınmıştır. Bunların yanı sıra, öğretmenlerin anayasal düzene bağlı vatandaşlar yetiştirmek üzere çocuklarla temas eden kişiler olmaları nedeniyle bu kapsama alındığı düşünülmektedir. Üst düzey kamu görevlileri ise 'Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde belirlenmiştir. Karar verici ve yönetici pozisyonundaki üst düzey kamu görevlilerinin de güvenilirliği ve sadakatinden şüphe duyulmasını gerektirecek sakıncalı bir özellik taşıması yaptıkları işin bir gereği olarak zorunlu görülmüştür.

C. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapacak Birimler

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının hangi birim tarafından yapılacağı bu raporları isteyen makam veya merciye göre belirlenmektedir. Bunun yanı sıra atama yapılacak kadronun önemine bağlı olarak da bir ayırım yapılmıştır.

Kural olarak “*Kurum ve kuruluşların talebi üzerine yapılacak arşiv araştırması, Emniyet Genel Müdürlüğü ve/veya mahalli mülki idare amirliklerince gerçekleştirilir.*” Güvenlik soruşturmaları da ana kural olarak Emniyet Genel Müdürlüğü ve/veya mahalli mülki idare amirliklerince gerçekleştirilir. “*İllerden gelen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması talepleri valilikler tarafından yerine getirilir.*”

Eğer arşiv araştırması yapılması talebi Cumhurbaşkanlığından geliyorsa Emniyet Genel Müdürlüğü sorgulamayı yapar. Cumhurbaşkanlığı arşiv araştırması ile güvenlik soruşturmasının birlikte yapılmasını talep ediyorsa bu talebi Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı yerine getirir. (Yönetmelik m. 11/f.1)

Merkez teşkilatındaki şube müdürü, dengi ve üstü birim amiri kadrosuna atanacaklar, mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınanlar, ihtisas alanlarına da yer verilmek suretiyle Milli Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığında çalıştırılacak kamu personeli, üst derece kamu yöneticileri, hakimler ve savcılar, kaymakamlar, Dışişleri Bakanlığı personelleri, avunma Sanayii Güvenliği Kanunu kapsamındaki ve milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis, hizmetlerde statüsü veya çalıştırma şekline bağlı olmaksızın istihdam edilecekler hakkındaki güvenlik soruşturması talepleri Cumhurbaşkanlığına iletilir ve bunlar hakkındaki güvenlik soruşturması Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı ve/veya Emniyet Genel Müdürlüğü'ne yaptırılır.

Mevzuatta güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak olan emniyet müdürlüğünün veya mülki idare amirliğinin hangisi olacağı konusunda açıklık yoktur. Talepte bulunan kurumun bulunduğu yerdeki veya hakkında soruşturma veya araştırma yapılacak kişinin

ikamet ettiği yerdeki emniyet müdürlüğü veya mülki idare amirliğinin yapacağı değerlendirilebilir. Yalnızca arşiv araştırması yapılacak kişiler açısından, arşiv araştırmasının yalnızca elektronik ortamdaki mevcut kayıtlardan yapılıyor olması nedeniyle talepte bulunan idarenin, hakkında arşiv araştırması yapılacak kişileri listeleyerek il emniyet müdürlüğüne veya valiliğe yazılı olarak başvurması mümkündür. Böylece bürokratik süreçler uzatılmadan kısa sürede veri tabanları üzerinden kayıtlar elde edilebilecek ve aynı veya benzer kadrolara başvuran kamu görevlisi adaylarının raporları aynı anda gelerek, göreve başladıkları dönemin de aynı olması sağlanabilecektir. Buna karşılık kimi kadrolara girişte güvenlik soruşturması mevcut kayıtların yanı sıra ilgili kişinin ikamet yerinde araştırılmak suretiyle hazırlanır. Güvenlik soruşturması yapılırken; fişlerdeki (arşivlerdeki) kayıtlardan, adli sicilden ve idari ajanın, hakkında bilgi istenilen kişinin yaşamını sürdürdüğü çevrede yapacağı araştırmadan yararlanılmaktadır²⁶. İlgilinin ikamet yerinde gözlem yapılması ile aile ve komşularla gerçekleştirilecek görüşmenin o yer il emniyet müdürlüğü veya valiliğince gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple bu tür güvenlik soruşturması yapılması taleplerinin kurumun değil ilgili kişinin ikamet ettiği il valiliğine yöneltilmesi gerekmektedir.

Ç. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasına Konu Edilecek Veriler

Güvenlik soruşturmasında araştırılan hususlar ile arşiv araştırmasında araştırılan hususlar birbirinden farklıdır. Arşiv araştırması tek bir rapor olarak hazırlanırken güvenlik soruşturması, arşiv araştırması ile birlikte yapılır. Diğer bir deyişle güvenlik soruşturması kapsamındaki kişilere hem güvenlik soruşturması hem de arşiv araştırması yapılmış olur. Toplanacak verilerin ise mevzuat çerçevesinde öngörülen usullere göre, diğer bir deyişle hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekir²⁷.

²⁶ AYDIN, Ercan Orhan: Türkiye'de güvenlik soruşturması uygulamaları ve bunların insan hakları bağlamında değerlendirilmesi: Devlet memuru alımında güvenlik soruşturması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Ana Bilim Dalı, İstanbul 2013, s. 22.

²⁷ Danıştay 8. D., 9.2.2023, E. 2019/6813, K. 2023/477, "(...) davacı hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde davacının "ruhsatsız ateşli silahlarla

1. Arşiv Araştırmasına Konu Edilen Veriler

7315 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca; arşiv araştırmasında kişinin adli sicil kaydı, kişinin kolluk kuvvetleri tarafından hâlen aranıp aranmadığı, kişi hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığı, kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması²⁸ kararları ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma veya kovuşturmalar kapsamındaki olgular, kişi hakkında kamu görevinden çıkarılma ya da kesinleşmiş memurluktan çıkarma cezası olup olmadığı mevcut kayıtlardan tespit edilir. Tahdit kelime anlamı itibariyle sınırlama, çevreleme, çevresini daraltma anlamına gelmektedir²⁹. Türk vatandaşlarına konulabilen tahditlere ilişkin kanunda veya diğer mevzuatta bir açıklık yoktur. Bu durum da belirsizlik ve vatandaşlar açısından hukuki güvensizlik yaratmaktadır. Uygulamada en bilinen tahdit ise İçişleri Bakanlığı'nca konulan pasaport tahditidir. Bununla birlikte madde hükmünde 'herhangi bir tahdit' ibaresi kullanıldığı göz önüne alınırsa pasaport tahditi dışında da tahditlerin idarenin gizli veri tabanlarında yer alabileceği tahmin edilebilir. Tahdit türlerinin ve içeriğinin belirsizliği arşiv araştırmasına konu edilecek veriler açısından da

mermileri satın alma veya taşıma veya bulundurma" suçundan dolayı almış olduğu HAGB kararına hukuka aykırı bir şekilde ulaşıldığı anlaşıldığından bu şekilde elde edilen bilgi çerçevesinde tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. (...)", Aynı yönde, Danıştay 8. D., 9.2.2023, E. 2019/5614, K. 2023/467, Danıştay 8. D., 9.2.2023, E. 2019/5887, K. 2023/478, Danıştay 8. D., 9.2.2023, E. 2020/534 K. 2023/479, Danıştay 8. D., 9.2.2023, E. 2019/5748, K. 2023/480, Danıştay 8. D., 9.2.2023, E. 2020/265, K. 2023/481, (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

²⁸ Danıştay 8. D., 10.3.2023, E. 2020/458 K. 2023/1143, "(...) 4045 sayılı Kanun'a eklenen madde Anayasa Mahkemesi tarafından 19/2/2020 tarihinde iptal edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 153. maddesinde iptal kararlarının geriye yürümeyeceği düzenlenmiş olduğundan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimlerin HAGB kararlarını görme yetkisi Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçerli olacaktır.

Kanun koyucu tarafından kabul edilen 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun 4. maddesinde 4045 sayılı Kanun'la verilen yetkinin iptal kararında belirtilen hususlar gözetilerek yeniden düzenlendiği görülmekte olup, yukarıda belirtilen iptal kararının verildiği tarih ile 7315 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihler arasında da HAGB kararının güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler tarafından görülemeyeceği açıktır. (...)", (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.11.2023).

²⁹ <https://sozluk.gov.tr>

bir belirsizlik ve ilgilileri açısından temel hukuk devleti güvencelerinden yoksunluk anlamına gelmektedir.

Arşiv araştırmasında Genel Bilgi Toplama (GBT) kayıtlarına da bakılır³⁰.

Doktrinde Şen; 'Arşiv araştırması' başlıklı 4. maddenin 1. fıkrasının (ç) bendinde; kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının yanında, kişi hakkında devam eden veya sonuçlanan soruşturma veya kovuşturmalar kapsamında yer alan olguların arşiv araştırması kapsamına girdiği ve dolayısıyla memuriyete veya kamu görevine başlatmada dikkate alınabileceğine işaret etmektedir. Diğer bir deyişle bir memur veya kamu görevlisi adayının hakkında devam eden veya lehine sonuçlanan soruşturma veya kovuşturmada yer alan olgular, yani iddialar nedeniyle ilk baştan veya yeniden memuriyete veya kamu görevine başlatılmaması mümkündür. Her ne kadar bir zorunluluk olmasa da uygulamada hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya HAGB kararı verilen, hatta kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonuçlanmış soruşturma veya beraatla bitmiş kovuşturma geçiren kişilerin dosyalarında yer alan olgu ve iddiaların arşiv araştırması adı altında memuriyete veya kamu görevine atanacak kişi aleyhine kullanılabilirdiği görülmektedir³¹.

Şen; HAGB, takipsizlik veya beraatle sonuçlanmış dosyalarda geçen olguların arşiv araştırmasında araştırılmaması gerektiği görüşündedir³². Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında neticede bir mahku-

³⁰ OSMANOĞLU, Bilal: "Genel Bilgi Toplama (gbt) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, ss. 946-979, s. 948.

³¹ ŞEN, Ersan, "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Sınırlarının Genişliği ve Yerindeliği Tartışması", (<https://sen.av.tr/tr/makale/guvenlik-sorusturmasi-ve-arsiv-arastirmasi-sinirlarinin-genisligi-ve-yerindeligi-tartismasi>, Erişim Tarihi: 13.11.2023).

³² ŞEN, "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Sınırlarının Genişliği ve Yerindeliği Tartışması" (<https://sen.av.tr/tr/makale/guvenlik-sorusturmasi-ve-arsiv-arastirmasi-sinirlarinin-genisligi-ve-yerindeligi-tartismasi> (Erişim Tarihi: 13.11.2023).

miyet hükmü söz konusudur. HAGB ile sonuçlanan dosyalarda dosya içeriğinin atamaya yetkili amirce görülmesinde fayda telakki edilebilir. Ancak kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya kovuşturma süreci yürütülüp de davanın beraatle sonuçlandığı durumlarda kişinin yargı nezdinde cezalandırılmasını gerektirecek bir durumu olmadığı kesin hükme bağlanmış olur. Böyle bir durumda da savcının, yeterli bir delil görmediği ve bu sebeple iddianame hazırlayıp da dava açmaktan imtina ettiği bir durumda veya dava açılıp da mahkemenin mahkumiyete yetersiz delil gördüğü veya suç oluşturmadığını düşündüğü bir durumda dosya içerisindeki olgu arşiv araştırması içerisinde kendine yer bulmakta ve kimi zaman kamu görevine atanmaya da engel olarak değerlendirilebilmektedir. Bu sebeplerle kanaatimce; kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile kapanan soruşturmalardaki olgulara arşiv araştırmasında yer verileceği uygulamasına kanun değişikliği yapılmak suretiyle son verilmelidir. Kovuşturma süreci sürdürülüp de beraat kararı ile sonuçlanan dosyalarda da isnat edilen fiillerin sanık tarafından işlenmediği yönünde bir tespit varsa bu yöndeki verilere de arşiv araştırmasında yer verilmemelidir. Bu açıdan şüphesiz kanun değişikliğine de gerek yoktur. Kanun mevcut haliyle 'olgu' kavramından bahsetmektedir. Olgu kavramı da "olmak"tan türemiş bir kelimedir. Olguyu gerçekleştiği yönünde şüphe olmayan bir fiil veya durum olarak ifade edebiliriz.

Toplanan verilerin her ne kadar olgusal veri kavramıyla kapsamı daraltılmaya çalışılsa da halen kişisel düşünce, yorum ve değerlendirmelere açıktır. Çünkü soruşturma ve araştırmayı yapmak üzere veri toplayan kamu görevlisinin siyasi yönelimi, ahlaki durumu ve karakteri toplanan bilgi ve verilerin kapsam ve içeriği ile toplanan verilerden hangilerinin raporlaştırılarak Değerlendirme Komisyonuna sunulacağına belirlenmesine ciddi bir fark oluşturacaktır³³. Kamu görevine aday kişi hakkında paketlenerek sunulan verilerin birleştirilerek bir profil

³³ TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile: "Güvenlik Soruşturmalarında Kişisel Verilerin Korunması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, Sa. 2, s. 787-837, s. 833.

oluşturulması ve dönemin siyasi konjonktürüne göre de adayın kamu görevi açısından sakıncalı bulunması mümkündür³⁴.

1. Güvenlik Soruşturmasına Konu Edilen Veriler

Güvenlik soruşturmasına tabi kadrolarda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması birlikte yapılır. Dolayısıyla arşiv araştırmasında elde edilen verilerin yanı sıra güvenlik soruşturmasıyla çok daha özel, kişisel bilgiler elde edilmektedir. Kanunun 5. maddesi uyarınca güvenlik soruşturması, arşiv araştırmasındaki hususlara ilave olarak kişinin; görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerindeki olgusal verilerinin, yabancı devlet kurumları ve yabancılarla ilişkisinin, terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının, mevcut kayıtlardan ve kişinin görevine yansıtacak hususların denetime elverişli olacak yöntemlerle yerinden araştırılmak suretiyle tespit edilmesidir.

Güvenlik soruşturmasında kişinin sabıka kaydı, güvenlik ve istihbarat birimlerindeki veri bankalarındaki kayıtlar, emniyet ve istihbarat kuruluşlarınca oluşturulan ve tutulan kayıt ve şerhler, aday olunan görevin niteliğine bağlı olarak sosyal medya ve internet araştırması, kişinin iltisaklı ve irtibatlı olduğu çevrede oluşturulması ve hakkında bilgi toplanması söz konusu olur³⁵.

Kanun metninde her ne kadar kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerindeki olgusal verilerden bahsedilmişse de uygulamada güvenlik soruşturması yapılırken istihbari verilerin elde edildiği ve işlendiği görülebilmektedir³⁶. 'İstihbarat ünitelerindeki olgusal veriler' de, bilgi düzeyinde saptanabilecek bir unsur gibi görünse de ne türden bir 'ilişğın', ne türden olgusal verilerin güvenlik soruşturmasının olumsuz içerikte

³⁴ TÜRKOĞLU ÜSTÜN, s. 833.

³⁵ OSKAY, Mehmet: Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasının İnsan Hakları ve Özel Hayatın Korunması Yönünden İncelenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Ana Bilim Dalı, Gaziantep, 2019, s. 6.

³⁶ TAN, Turgut/BAYAZIT, Bahar: İdare Hukuku, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 524.

değerlendirilmesine yol açacağı belirsizdir³⁷. Bu noktada olgusal veri ile duyum, tahmin ve değerlendirmeye dayalı istihbari verilerin ayrıştırılması gerekmektedir. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 4. maddesinin e bendi uyarınca “*Olgusal veri: Yürütülecek görevin gerektirdiği niteliklerle ilgisi bulunan, yorum içermeyen, somut veya gözlemlenebilir ya da doğrulanabilir vâkialara dayanan veriyi*” ifade etmektedir. Mevzuat uyarınca kural olarak kolluk görevlileri ve Milli İstihbarat Teşkilatı güvenlik soruşturması yaparken topladıkları verilere kişisel görüş, yorum ve kişisel ideolojilerini katmamalıdır. Güvenlik soruşturması raporunda somut, gözlemlenebilir veya doğrulanabilir veriler ile subjektif değerlendirmeler harmanlanmamalıdır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının mümkün merteye nesnel olgu ve bulgulardan ibaret olması gerekir. Çünkü raporun değerlendirilmesi yetkisi bu raporları hazırlayan makamlara ait değildir.

Güvenlik soruşturmasına konu edilecek verileri düzenleyen 5. maddenin lafzının subjektif kullanıma elverişli olması sebebiyle oluşturulacak ihbar tutanakları veya muhbir bilgileri veya fişleme olarak tanımlanabilecek belge ve bilgilerin memuriyete veya kamu görevine atanma engeli kabul edilebileceği, böylece liyakatten uzaklaşabileceği söylenebilir³⁸. Gerçekten memuriyete veya kamu görevine atanmayı hak edenlerin bertaraf edilebileceği, bir hukuk devletinde bu tür geniş ve keyfi kullanıma müsait yöntemlerin daraltılması gerektiği açıktır³⁹. Bu sebeplerle, keyfi bir uygulamaya kapı açabilecek istihbarat ünitelerindeki olgusal verilerin kanun kapsamından çıkarılmasında veya maddenin yeniden düzenlenmesinde fayda vardır. Şayet yasama ve yürütme organı, idarenin istihbarat ünitelerindeki verileri mutlaka görmesinde fayda telakki ediyorsa güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporlarının ilgili kişi açısından da erişilebilir olması, ilgili kişinin izahat ve açıklama

³⁷ ŞANLI ATAY, Yeliz: “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 34, 2016, s. 43-75, s. 53.

³⁸ ŞEN, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Sınırlarının Genişliği ve Yerindeligi Tartışması” <https://sen.av.tr/tr/makale/guvenlik-sorusturmasi-ve-arshiv-arastirmasi-sinirlarinin-genisligi-ve-yerindeligi-tartismasi> (Er.Tar:13/11/2023).

³⁹ ŞEN, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Sınırlarının Genişliği ve Yerindeligi Tartışması” <https://sen.av.tr/tr/makale/guvenlik-sorusturmasi-ve-arshiv-arastirmasi-sinirlarinin-genisligi-ve-yerindeligi-tartismasi> (Er.Tar:13/11/2023).

getirebilmesi ve gerekirse yargısal yollara başvurulabilmesine geniş imkan tanınması yönünde düzenleme yapılması gerekir.

2. Hakkında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılan Kişinin 18 Yaşından Önceki Verileri

Yasama organınca 7315 sayılı Kanun ile güvenlik soruşturması konusunda temel çerçeveyi belirleyen kurallar öngörülmüştür. Ancak anılan Kanunda on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı konusunda belirleme yapılmamıştır⁴⁰.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrası uyarınca *"onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir."* Bu hükmün mefhum-u muhalifinden idari makamların onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarını isteyemeyeceği çıkarılabilir. Dolayısıyla birer idari makam olarak mülki idare amirliklerinin ve kolluk makamlarının kişinin onsekiz yaşından önceki adli sicil ve arşiv kayıtlarını istemesi hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca Milli İstihbarat Teşkilatı *"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir."* Bu özel hüküm uyarınca Milli İstihbarat Teşkilatı kişinin onsekiz yaşından önceki adli sicil ve arşiv kayıtlarını da temin edebilir. Milli İstihbarat Teşkilatı'nın gerçekleştireceği güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmaları ise sınırlı kadrolar için uygulanmaktadır. Cumhurbaşkanı tarafından talep edilenler ile üst düzey kamu görevlileri için güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından gerçekleştirilebilir. Diğer bir deyişle Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından gerçekleştirilen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması dışında mülki idare amirlikleri ve kol-

⁴⁰ Danıştay 8. D., 15.2.2023, E. 2022/2706, K. 2023/579, (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

luk makamlarınca gerçekleştirilen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmalarında onsekiz yaşın altındaki dönemlere dair kayıtların yargı makamlarından istenememesi gerekir. Anayasa Mahkemesi Fatih Saraman kararında; onsekiz yaşın altındaki dönemlere dair kayıtların yargı makamlarından temin edilmesi ve bu verilere yer verilerek güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasını özel hayata saygı hakkının ihlali görmüştür⁴¹. Danıştay da kişinin onsekiz yaşından küçükken işlediği bir suçun güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporuna girmesi ve bu raporun sonucunun da olumsuz olarak değerlendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁴². Danıştay'a göre kişi, 18 yaşından küçükken işlenen bir suçtan dolayı sürekli bir kamu görevini üstlenmekten yoksun bırakılamaz⁴³.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, Fatih Saraman B., B.N. 2014/7256, T. 27/02/2019; "(...) somut olayda başvuruçunun yazılı ve sözlü sınavı kazandığının ilan edilmiş olduğu, on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kayıtların 5352 sayılı Kanun'un 10. Maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan hükme açıkça aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu dikkate alındığında özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin bu yönüyle de kanuni dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmaktadır. (...)”

⁴² Danıştay 8. D., 15.2.2023, E. 2022/2706 K. 2023/579, "(...) Devletin çocukların korunması ile ilgili bahsedilen pozitif yükümlülükleri kapsamında hukukumuzda bazı kanuni düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bunlardan biri de çocukların işledikleri bir suç nedeniyle kamu görevlerinden sürekli olarak yasaklanamayacaklarını öngören kanunî düzenlemelerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde, kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmuş ve fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmuş olanların sürekli bir kamu görevini üstlenmekten mahrum bırakılamayacakları ifade edilmiştir. Aynı şekilde 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında, on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının, ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hakim veya mahkemelerce istenebileceği düzenlenmiştir. 5352 sayılı Kanun'un anılan hükmü 7315 sayılı Kanun hükümlerine göre on sekiz yaşından küçükler bakımından getirilmiş bir özel hüküm olup buna göre on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara ait kayıtların, idari makamlara bildirilmesi hukuken mümkün değildir. Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında; davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kayıtların, 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükme aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu anlaşıldığından, anılan Kanun hükmüne aykırı şekilde elde edilen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılan güvenlik soruşturması üzerine tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (...)”, Aynı yönde, Danıştay 8. D., 7.2.2023, E. 2020/653, K. 2023/424, (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

⁴³ Danıştay 8. D., 31.1.2023, E. 2020/442, K. 2023/223, "(...) davacı hakkında tesis edilen işlemin, Adli Sicil Kanunu'nun 10/3. maddesi gereğince davalı idareye verilmemesi ve idarece kullanılmaması gereken bir bilgiye, yani 18 yaşından küçükken işlediği suç nedeniyle

Peki cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında şüpheli veya sanığın onsekiz yaşından önce işlemiş olduğu bir suçla ilişkin adli kayıt ve arşivleri isterse ve bunları da mevcut soruşturma ve kovuşturma dosyasında değerlendirirse ve güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılırken soruşturma ve kovuşturma dosyasındaki olgularla birlikte bu kayıtlar da temin edilirse ne olur? Böyle bir durumda kanaatimce onsekiz yaşından önce işlenmiş olan suç, devam eden veya sonuçlanmış soruşturma veya kovuşturma dosyasına konu suç ile ilgili değilse, örneğin aynı türden bir suç değilse onsekiz yaşından önceki suç kaydının dikkate alınmaması ve raporda yer verilmemesi gerekir. Raporda yer verildiği ihtimalde de Değerlendirme Komisyonu'nun bu olgusal veriyi dikkate almaması ve olumsuz bir görüş verilmesine gerekçe yapmaması gerekir.

3. Hakkında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılan Kişi Hakkında Uygulanan İdari Yaptırımlara Dair Veriler

7315 sayılı Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; “görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerindeki olgusal veriler” de güvenlik soruşturması sırasında toplanır. Güvenlik soruşturmasına tabi olan kamu görevlisi adayına geçmişte uygulanan idari yaptırımların listesi de olgusal veri kapsamında tespit edilir. Kişi hakkında uygulanan idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar devlet kayıtlarında tutulmaktadır. Güvenlik soruşturması yapıldığında bu veriler de rapora eklenmektedir.

Polisler açısından görevin gerektirdiği niteliklere ilişkin düzenleme Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği ile yapılmıştır.

hakkında verilen karara dayandığı ve 18 yaşından küçükken işlenen bir suçtan dolayı sürekli bir kamu görevini üstlenmekten yoksun bırakılmayacağı hususu dikkate alındığında, davalı idarece anılan Kanun hükmüne aykırı olarak ve Anayasanın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen arşiv kaydına dayanılarak tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. (...)”, Aynı yönde, Danıştay 8. D., 31.1.2023, E. 2019/10187, K. 2023/227, Danıştay 8. D., 26.1.2023, E. 2019/6962, K. 2023/175, Danıştay 8. D., 26.1.2023, E. 2019/6957, K. 2023/173, Danıştay 8. D., 26.1.2023, E. 2019/6836, K. 2023/174, Danıştay 8. D., 6.4.2023, E. 2022/7074, K. 2023/1666 (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

Örneğin Yönetmeliğin 8. maddesinin (ğ) bendi uyarınca; “Genelev, birleşme yeri, randevuevi, tek başına fuhuş yapılan konut ve benzeri yerlerde çalışmış veya aracılık ve bekleyicilik fiillerinde bulunmamış olmak, genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü yazılı, sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üretmek ve satmaktan veya kumar, uyuşturucu veya uyarıcı madde nedeniyle, hakkında herhangi bir adli veya idarî soruşturma veya kovuşturma devam ediyor olmamak, bunlardan dolayı idarî yaptırım uygulanmamak veya bu işler nedeniyle hüküm giymemiş olmak” görevin gerektirdiği nitelikler arasında görülmüştür. Danıştay kararına konu olan bir olayda polislik mesleğine girmek isteyen bir kişinin geçmişte kumar oynadığından bahisle kendisine verilen idari para cezasına ilişkin kayda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında yer verilmiş ve bu idari yaptırım hem İçişleri Bakanlığınca görevin gerektirdiği niteliklere aykırı görülmüş ve Danıştay da bu değerlendirmeyi hukuka aykırı bulmamıştır⁴⁴.

⁴⁴ Danıştay İDDK., 16.5.2022, E. 2021/2585, K. 2022/1792, “Davacıya, kumar oynadığından bahisle 259,00 TL idari para cezası verildiği ve cezanın davacıya tebliğ edildiği, davacının söz konusu para cezasına itiraz etmediği ve para cezasının kesinleştiği, bu durumda hakkında 5326 sayılı Kanununun 34. maddesi uyarınca “kumar oynamak” kabahatinden dolayı uygulanan idari yaptırım neticesinde Polis Meslek Eğitim Merkezi’ne kayıt için gerekli şartları taşımayan davacı hakkında, Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği’nin 8. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinin uygulanması suretiyle tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. (...) Bakılan uyumsuzlukta, davacının işlediği fiile istinaden uygulanan idari yaptırım kararına ilişkin kayıtlarının, davalı idarece yapılan arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sonucunda temin edildiği ve bu kayıtlar dikkate alınmak suretiyle, davacının atama şartlarını taşınamaması sebebiyle işliğin kesilmesi yönünde işlem tesis edildiği anlaşılmaktadır.(...)7315 sayılı Kanun’da öngörülen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasında izlenecek yol ve yöntemler ile elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin temel kurullarla ve bu kapsamda anılan Kanun’da yer alan kişisel verilerin güvenliğine ve özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile uyumlu olduğu görülmüş, öte yandan polislerin toplumun asayişini, kişilerin tasarruf emmietetini ve konut dokunulmazlığını korumak, halkın irz, can ve malını muhafaza ve halkın istirahatini sağlamakla görevli olması nedeniyle bu mesleğe girecek ve sürdüreceği olanların da hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde güvenilir, onurlu, iyi ahlaklı ve disiplinli kişiler arasından seçilmeleri gerektiği açık olduğundan işlemin ölçüsüz olduğunun da söylenemeyeceği, bu haliyle, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.10.2023).

D. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasında İzlenecek Yöntem

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapan makam ve mercilerle bu raporların değerlendirmesini yapacak makam ve merciler farklıdır.

1. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasını Yapacak Makam ve Merciler

Yalnızca arşiv araştırması yapılacak standart kadrolar için arşiv araştırması kamu kurum ve kuruluşlarının talebi üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü veya mahalli mülki idare amirliklerince gerçekleştirilir. Uygulamada arşiv araştırması mahalli mülki idare amirliklerinin talimatı üzerine emniyet müdürlüklerinde bu iş için görevlendirilmiş birimler tarafından yerine getirilmektedir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak alt düzeyli kadrolar için, örneğin öğretmen, polis ve sözleşmeli erler için güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması Emniyet Genel Müdürlüğü veya mahalli mülki idare amirliklerince gerçekleştirilir.

Cumhurbaşkanlığının talep ettikleri ile üst düzey kamu görevlileri için yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmaları ise Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir. (Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 11)

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 12. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; "*Memuriyet veya kamu görevlerine uygunluğunun değerlendirilmesini sağlayacak yorum içermeyen olgusal veriler, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimlerce ilgili kamu kurum ve kuruluşunun bünyesinde kurulan Değerlendirme Komisyonuna iletilir.*" Değerlendirme Komisyonuna iletilen raporlarda ilgili kişi hakkında kişisel yorumlara yer verilmesi, olgusal veriler dışında göreceli verilere yer verilmesi güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını hukuka aykırı kılar.

2. Değerlendirme Komisyonu

Atama yapılacak olan kamu kurumu nezdinde, talepleri üzerine yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen verilerin değerlendirilmesi amacıyla en az 5 kişi olmak üzere tek sayıda kişiden oluşan bir Değerlendirme Komisyonu kurulur. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını değerlendirme komisyonu kararlarını oyçokluğuyla alır.

7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirilen güvenlik soruşturmaları ve arşiv araştırmalarında raporu hazırlayan birim ile değerlendiren birimin ayrı olmasının sürece nesnellik kattığı ve 7315 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra devam eden yargılamalarda da daha önce yapılan soruşturma ve araştırmaların yeni Kanun'a uyumlu olduğu Danıştayca kabul edilmiştir⁴⁵.

Değerlendirme Komisyonu, kendisine sunulan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporunda eğer varsa somut olarak gözlemlenemeyen veya doğruluğu denetlenemeyen ya da iftira olduğu yahut kin ve düşmanlık gibi saiklerle verildiği açık olan bilgi, beyan ve yorumları dikkate alamaz. Değerlendirme Komisyonu rapor içerisinde yer alan

⁴⁵ Danıştay İDDK., 9.2.2023, E. 2022/2990, K. 2023/192, "(...) Olayda, Emniyet Genel Müdürlüğü birimleri ve mahalli mülki idare amirliklerince güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapıldığı, bu kapsamda arşiv araştırmasının konuları arasında yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin bilgi ve belgelere dair kayıtların elde edildiği ve elde edilen bu bilgilerin mesleğe alma noktasında ayrı bir merci olarak öncelikle ilgili Polis Meslek Eğitim Merkezi Müdürlüğü Yönetim Kurulunda değerlendirildiği, yapılan nesnel ve gerekçeli değerlendirme üzerine davacının atama şartlarını taşımadığı gerekçesiyle eğitimine son verilmesi gerektiği yolunda teklifte bulunulduğu, bunun üzerine Polis Akademisi Başkanlığı işlemi ile davacının ilişkisinin kesildiği, dolayısıyla, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapan birim ile elde edilen verileri değerlendiren birimin farklı şekilde teşkil edildiği anlaşılmakla, bu uygulamaların, 7315 sayılı Kanun'da öngörülen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasında izlenecek yol ve yöntemler ile elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin temel kurullarla ve bu kapsamda anılan Kanun'da yer alan kişisel verilerin güvenliğine ve özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile uyumlu olduğu görülmüş, bu haliyle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (...)", Aynı yönde, Danıştay İDDK., 9.2.2023, E. 2022/2926, K. 2023/193, Danıştay İDDK., 9.2.2023, E. 2022/3513, K. 2023/194, Danıştay İDDK., 9.2.2023, E. 2022/2993, K. 2023/197, Danıştay İDDK., 9.2.2023, E. 2022/3207, K. 2023/198, (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

bazı bilgi ve verilerden dolayı bu bilgi ve verilerin doğruluğu konusunda şüpheye düşerse veya her halükarda hakkında rapor hazırlanan kişinin açıklama yapmasında fayda görürse ilgili kişiden açıklama isteyebilir. İlgili kişiye hakkındaki bazı isnatlarla ilgili olarak açıklama yapmasına imkan sağlanması hak arama hürriyeti açısından yerinde olacaktır.

Arşiv araştırması kapsamında adli sicil kaydı, hakkında yakalama kararı olup olmadığı, hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığı ve daha önceden kamu görevinden çıkarma cezası olup olmadığı hususları yorum içermeyen somut verilerdir. Bununla birlikte kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış soruşturma veya kovuşturma kapsamındaki olgular açıklama ihtiyacı gerektirecek nitelikte olabilir. Örneğin belirli bir olayın gerçekleşme şekline dair isnat veya dosya kapsamındaki aleyhe tanıkların gerçekleştiğini iddia ettikleri olayların gerçekleşip gerçekleşmediği şüphelidir. Masumiyet karinesi uyarınca yargı kararı ile suçlu bulunana kadar kişinin masum olduğu varsayılır. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki birtakım delillerin kesin bir olgu gibi değerlendirilmesi yanlış olacaktır. Bu sebeple Değerlendirme Komisyonlarının bu tür durumlarda somut delile dayanmayan olguları ya hiç dikkate almaması ve göz ardı etmesi ya da ilgili kişilerden izahat (açıklama) istemesi gerekir.

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 12. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; *"güvenlik soruşturması kapsamında elde edilen verilerden somut olarak gözlemlenemeyen veya doğruluğu denetlenemeyenler ya da iftira olduğu yahut kin ve düşmanlık gibi saiklerle verildiği açık olan bilgi ve beyanlar Değerlendirme Komisyonuna iletilmez ve bu bilgi ve beyanlar komisyonca dikkate alınmaz. Değerlendirme Komisyonu gerekli görmesi halinde kendisine iletilen bilgiler hakkında bilginin kaynağını açıklamaksızın ilgili kişiden açıklama yapmasını isteyebilir."* Güvenlik soruşturması kapsamında toplanan verilerden kolluk ve istihbarat ünitelerindeki olgusal veriler, yabancı devlet kurumları ve yabancılarla ilişik, terör örgütü ve suç örgütleriyle eylem birliği, irtibat ve iltisak konularında ciddi oranda görecelilik mevcut olabilir. Bu durumlarda da Değerlendirme Komisyonunun kadronun gerektirdiklerine aykırı düşmedikçe ilgili kişiye bu verilerin açıklanarak, kişinin açıklama yapmasına izin

verilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır. Şüphesiz işin gerekliliklerinin aşırı gizlilik gerektirdiği durumlarda Değerlendirme Komisyonu bunlara dair izahat almaktan imtina edebilir. Kişinin hak arama özgürlüğü ve kendisi hakkındaki isnatları öğrenme hakkı ile kamu düzeni ve güvenliği arasında ölçülü bir dengenin tutturulması gerekir.

İdarenin kanun sınırları içerisinde kalmak kaydıyla açılacak kamu kadrosu için öngörülecek şartları belirleme ve güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapıldığı durumlarda da raporu dikkate alarak atamaya engel bir halin olup olmadığı hususunda karar verme konusunda takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Bununla birlikte, bilindiği üzere takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gereklilikleri yönünden sınırlıdır. Bütün idari işlemlerin bir sebebi vardır ve bu da idari işlemin sebep unsurunu oluşturur. Değerlendirme Komisyonunun görüşünün de hangi yönde olursa olsun bir sebebinin olması gerekmektedir.

Mezkur yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; “*Değerlendirme Komisyonu, yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen verileri analiz ederek ilgili kişinin memuriyete ya da kamu görevine atanıp atanmaması veya gizlilik dereceli birim ve kısımlarda yahut milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis ve hizmetlerde çalışıp çalışmaması gibi hususlarda nesnel ve gerekçeli değerlendirmelerini yazılı olarak atamaya yetkili amire sunar. Mahkemeler tarafından istenildiğinde bu bilgiler sunulur.*” Değerlendirme Komisyonunun hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması veya yalnızca arşiv araştırması yapılan kişinin kamu görevine atanıp atanmaması gerektiğine dair gerekçeli bir görüş bildirmelidir. Komisyonun isminden de anlaşılacağı üzere Değerlendirme Komisyonu, kendisine kolluk, mülki idare amirliği veya Milli İstihbarat Teşkilatı’nca hazırlanarak sunulan rapordaki verileri değer-

⁴⁶ Danıştay İDDK., 23.1.2023, E. 2022/882, K. 2023/53, “(...) davaya konu düzenlemede gerek adaylarda aranılacak şartlar arasında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucu tespit edilecek olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kayıtlarının kullanımına imkân verilmesi, gerek idarenin anayasal ilkelere ve kanunlara bağlı kalmak koşuluyla kamu hizmetlerini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartları belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında ihdas edilen kuralda bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiş olup (...)”, (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

lendirerek atamaya engel bir durumun olduğu veya atamaya engel bir durumun olmadığı yönünde atamaya yetkili amire görüş bildirmelidir.

Değerlendirme Komisyonunun güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını atanmaya engel teşkil edecek derece olumsuz gördüğü durumlarda da hangi olgusal verilerin hangi sebeple olumsuz görüldüğü gerekçeli olarak değerlendirilmelidir. Kamu görevine atanacak kişi hakkındaki bir olgusal verinin hangi açıdan kamu görevinin gerektirdiği niteliklere aykırı olduğunun makul bir şekilde izah edilmesi, ortaya konulması hakkaniyet açısından yerinde olacaktır. Nitekim Kamu Denetçiliği Kurumu da gerekçesiz bir şekilde olumsuz yönde bildirilen Değerlendirme Komisyonu kararını, idarenin takdir yetkisi olsa bile gerekçesiz olarak tesis edilen işlemi hakkaniyete aykırı bulmuştur⁴⁷. Kamu Denetçiliği Kurumu sebebi ortaya konulmadan olumsuz yönde tesis edilen Değerlendirme Komisyonu raporunu her ne kadar 'hakkaniyete aykırı' olarak sıfatlandırmışsa da mezkur yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Komisyon raporunun gerekçeli olması zorunluluğu karşısında bu durumun yalnızca hakkaniyete aykırı olmadığı aynı zamanda pozitif hukuka da aykırı olduğu açıkça görülmektedir.

Doktrinde Kılınç; "Güvenlik soruşturması raporunun değerlendirilmesinde raporda yapılan tespitler ile görev arasında ilgi bulunmalıdır. Kişinin işlediği suç ile görevi arasında bağlantı bulunmalı, kişinin görevin gereklerini yerine getiremeyeceği ortaya konulmalıdır" diyerek güvenlik soruşturması

⁴⁷ Kamu Denetçiliği Kurumu, 21.10.2022, B. 2022/7313, "(...) başvuran hakkında adma özel güvenlik görevlisi kimlik kartı ve çalışma izni düzenlenmesi için yetkili makamlar tarafından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapıldığı, bunun neticesinde elde edilen ve 7315 sayılı Kanun uyarınca gizli kalması gereken verilerin, aynı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca oluşturulan Erzurum Valiliği Değerlendirme Komisyonu tarafından olumsuz olarak değerlendirildiği ve başvuranın özel güvenlik görevlisi olmasının uygun görülmediği, ancak, başvuranın güvenlik soruşturması olumsuz olarak değerlendirilirken tek bir bilgiye dayanıldığı, başvuran hakkında ek olarak herhangi bir araştırmanın yapılmadığı ve başka bir tespite yer verilmediği, bunların yanı sıra Değerlendirme Komisyonu tarafından başvuran hakkında elde edilen bilginin, özel güvenlik görevlisi olmaya engel nitelikte olup olmadığı konusunda herhangi bir değerlendirmenin de yapılmadığı ve verilen kararın gerekçelendirilmediği, dolayısıyla İdare tarafından takdir yetkisinin yeterli bir gerekçe ortaya konulmadan kullanıldığı değerlendirilmiş olup başvuranın mevcut durumu da göz önünde bulundurulmuş olarak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunun yeniden değerlendirilmesi hususunda ilgili İdareye tavsiyede bulunulması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır. (...)", (Lexpera, Erişim Tarihi: 2.10.2023).

raporu ile kamu kadrosunun ifa edeceği görev ile arasında makul bir irtibat olması gerektiğine vurgu yapmıştır⁴⁸. Gerçekten de Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu m. 5'in sonunda yetkili makamların topladığı verilerin *kişinin görevine yansıtacak hususlar* olması ve bu hususların denetime elverişli olacak yöntemlerle yerinden araştırılmak suretiyle tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Öyleyse güvenlik soruşturmasında hakkında soruşturma yürütülen kişi hakkında aday olunan görevle ilgisi olmayan bilgi, tanıklık, kayıtlar ve verilere yer verilmemelidir. Bununla birlikte uygulamada hukuka aykırı örneklerle rastlanılmaktadır. Uygulamada güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının 'görevin gerektirdiği nitelikler' ve görevin gerektirdiği niteliklere aykırı durumların tespiti amacını taşımadan kişi hakkında her türlü olumlu olumsuz veriye erişilerek oluşturulduğu görülmektedir. Kişi hakkında tamamen genel bir değerlendirme yapılmakta ve esasında bir değer yargısına varılmaktadır. Bu sebeple üstlenilmek istenilen kamu görevinin yerine getirilmesinde ne kadar başarılı olacağı hiç değerlendirilmemekte, bunun yerine anayasal ve idari rejim kapsamında görev verilmeye uygun bir vatandaş olup olmadığı yönünde öznel değerlendirmeler gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen hatalı ve kusurlu güvenlik soruşturmalarının anayasanın 70. maddesine, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu m. 5'e ve elbette genel olarak hukuka aykırı olduğu şüphesizdir.

E. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasının Sonucu

Değerlendirme Komisyonunun güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını inceledikten sonra atanmaya engel teşkil edecek derece olumsuz gördüğü bir durum olup olmadığını açıkça belirttiği görüşünü atamaya yetkili amire sunar. Bir kişi hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporunun kamu görevine girişine engel olup olmadığı yönündeki nihai karar yetkisi atamaya yetkili amirdedir. Atamaya yetkili amir, Değerlendirme Komisyonunun görüşü ile bağlı değildir. Atamaya yetkili merci, raporda yer alan somut bilgi ve verileri, komisyonun da görüşünü dikkate alarak değerlendirir. Kişi hakkında olumsuz olarak değerlendirilebilecek veriler olsa bile bunlar bütünü itibariyle önemsiz,

⁴⁸ KILINÇ, s. 27.

münferit, geçmişte kalmış veya yapılacak işle alakasız görülüp neticede atamaya engel görülmeyebilir. Bu sebeple atamaya yetkili merci, takdir yetkisini ancak ciddi, kayda değer olumsuz sebepler nedeniyle olumsuz yönde kullanmalıdır. Buna karşılık rapordaki veriler ve komisyonun görüşü olumlu yönde ise veya raporun açıkça olumsuz değerlendirilmesini gerektirecek bir durum yoksa atama işleminin gerçekleştirilmesi gerekir.

Soruşturma veya araştırma sonucunda kişi hakkında ortaya çıkan her tür olumsuz bilgi otomatik olarak o kişinin kamu görevine girişine engel değildir⁴⁹. Ortaya çıkan bilgiler atamaya yetkili makam tarafından objektif ve titiz biçimde değerlendirmeye alınarak, kişinin ancak ulusal güvenlik açısından memur olmasına engel teşkil edecek derecede somut bir sakıncası bulunduğu takdirde kamu görevine girişine engel bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁰. Danıştay, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına dayanak teşkil eden belgelerin incelenmesinden, elde edilen bilgilerin “davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına yol açacak ağırlıkta olmadığı” sonucuna ulaşarak iptal kararı vermektedir⁵¹. Konuya, atamayı gerçekleştirmek için olumlu yönde somut bir veri yoksa atamama kararı verme yönünden değil; olumsuz yönde somut bir veri yoksa atama kararı verme gerekliliği yönünden yaklaşmak gerekir. Sudan sebeplerle vatandaşları sakıncalı kişi kategorisine almamak ve mağduriyetler oluşturmamak gerekir. Kamu görevine girerek, kamuya hizmet etme niyeti olduğu değerlendirilen kişilerin soyut veya önemsiz somut olgular nedeniyle ‘sakıncalı vatandaş’ kategorisine alınarak vatandaşta haksızlığa uğramış olma hissiyatı oluşturmaktan kaçınılması gerekir. Bu konuda titiz olunmalı; ne güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını işlevsiz kılacak kadar gevşek davranılmalı ne de devletin her bir vatandaşına karşı güvensizlik duyduğu izlenimi verecek derecede sıkı ve ölçsüz davranılmalıdır.

⁴⁹ ULUSOY, Ali D.: Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 634.

⁵⁰ ULUSOY, s. 634.

⁵¹ Danıştay İDDK., 13.02.2019, E. 2017/3563, K. 2019/544. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.11.2023)

SONUÇ VE ÖNERİLER

Uygulama ortaya çıkan sorunları önlemek için şu tespit ve öneriler yapılabilir:

- 1) En temel tespit olarak şunu söyleyebiliriz: haksız sonuçlara yol açan durum kısmen mevzuat metninden ancak büyük çoğunlukla uygulamadan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; aslında OHAL KHK'si ile DMK'na eklenen hükümde "güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmış olma" şartı vardı. Yani diğer bazı özel kanunlarda olduğu gibi "güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucu olumlu olma" şartı mevcut değildi. Fakat atamaya yetkili amirlerin ezici çoğunluğu önlerine raporu gelen aday hakkında raporda olumsuz en ufak bir maddi, istihbari veri veya yorum varsa bu durumda takdir yetkilerini atamaya yönünde kullandılar. Sonuçta DMK'da yer alan soruşturma ve arşiv araştırması yapılmış olma şartı uygulamada olumlu rapor gelmesi hâline dönüşmüş oldu. Raporunda olumlu bir intiba olmadığı takdirde, rapor içeriğinde kamu görevlisi adayının sakıncalı bulunan bir durumu olması halinde atama iptal edilmektedir. Halbuki güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporu olumsuz olmadıkça atamanın yapılması gerekir. Diğer bir deyişle atamaya yetkili merciler 7315 sayılı Kanunu demokratik toplum düzeninin gerekliliklerinin neyi gerektirdiği yönünde yorumlayarak uygularlarsa birçok sorun daha doğmadan çözülmüş olur.
- 2) İstihbarat ünitelerindeki olgusal veri kavramı ile terör örgütüyle irtibatlı veya iltisaklı olma kavramları soyut, içeriği belirsiz ve kimi zaman göreceli kavramlardır. Bu ibarelerin kanun kapsamında çıkarılmasında veya ilgili maddelerin yeniden düzenlenmesinde fayda vardır. Şayet yasama ve yürütme organı, idarenin istihbarat ünitelerindeki verileri mutlaka görmesinde fayda telakki ediyorsa güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporlarının ilgili kişi açısından da erişilebilir olması, ilgili kişinin izahat ve açıklama getirebilmesi ve gerekirse yargısal yollara başvurabilmesi gerekir. İrtibat ve iltisak konusunda ise irtibat kavramı iletişim ve teması içerdiği için kişinin terör örgütüyle irtibatlı olup olmadığı daha doğrusu terör örgütüyle düzenli olarak haberleşip haberleşmediği, emir ve talimat alıp alma-

dığı veya fikir alışverişi yapıp yapmadığı daha kolay anlaşılabilir. Buna karşılık iltisaklı olma kavramının içeriği belirsizdir. Değerlendirmeyi yapan kamu görevlisinin bakış açısına göre kamu görevine aday kişinin iltisaklı olduğu veya olmadığı yönünde karar verilmesi çok muhtemeldir. Bu sebeple özellikle iltisak kavramının kanundan çıkarılmasında büyük fayda vardır.

- 3) İdari yargının mevcut uygulamasında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına karşı sırf bu raporun iptali talebiyle iptal davası açmak mümkün değildir. Çünkü bu raporlar asıl diğer bir deyişle nihai işlem olarak değerlendirilmemektedir. Kamu görevine atama veya atamama işleminin hazırlık işlemi niteliğindedir. Kesin ve yürütülmesi gerekli işlem niteliğinde değildir. İYUK 14/3-d ve İYUK 15/1-b uyarınca kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan idari işlemin iptali için dava açılırsa Mahkeme ilk inceleme sırasında davayı usulden reddeder. Bu sorunu aşmak üzere, atamaya ilişkin karar henüz tesis edilmemiş olsa bile güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporunun iptali talebiyle tek başına dava açılabileceğine dair kanuni düzenleme yapılmalıdır.
- 4) Atamama kararı ile birlikte atamama kararının gerekçesini oluşturan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporunun iptalinin tek bir davada talep edilebilmesini sağlayan yasal düzenleme yapılmalıdır. Çünkü atamama kararını veren idare ile raporu hazırlayan idare farklı olmaktadır. Örneğin atamama kararını bir belediye, bir üniversite, sağlık bakanlığı vb. vermekte iken raporu vatandaşın hiç temas etmediği Emniyet Müdürlüğü veya Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı düzenlemektedir. Bu durumda da tek dilekçe ile iki işlemin iptali dava edildiğinde İYUK m.5 uyarınca dava konusu edilen iki işlem, farklı idareler tarafından yapıldığı için davalar ilk inceleme aşamasında reddedilmekte ve 30 gün içerisinde yeni dava dilekçesi ile yalnızca atamama kararının iptalini talep etmeye zorlayan bir süreç dayatılmaktadır. Bu sorunu çözmek üzere de yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.
- 5) Atamama işleminin iptalinin talep edildiği davalarda, davanın esası güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının mevcut Kanun ve Yönetmelik sınırlarına uyularak yapılıp yapılmadığı ile raporun davacı

hakkında gerçek bilgileri taşıyıp taşımadığı olmaktadır. Mahkemeler bu raporları ilgili idarelerden isteyerek kendileri incelemektedir. Kimi mahkemeler ne yazık ki ne davacıya ne de avukatlarına bu raporları göstermemekte ve inceletmemektedir. İYUK m. 20/3 uyarınca verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak 20. maddede mahkemeye sunulan bilgi ve belgenin davacı tarafa bildirilmemesinin sonucu düzenlenmemiştir. Davalı idarece mahkemeye sunulan bilgi ve belgenin davacıya sunulmaması suretiyle davacının adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına karşı açılan davalarda raporun, davacıya tebliğinin zorunlu olduğunu düzenleyen yasal değişiklik yapılmalıdır. Ayrıca İYUK m. 20'de de idarenin mahkemeye bilgi ve belgeleri sunması halinde bunların davacının da bilgisine sunulması zorunluluğu açıkça düzenlenmelidir.

- 6) 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun 8. maddesinde "adayın, kendisi hakkındaki kişisel veriler hakkında bilgilendirilmesine dair tedbirler alınır" denmektedir. Fakat asıl önemli olan husus, kişinin kendisi hakkındaki raporun bütününe görebilmesidir. Çünkü bu rapor 'Değerlendirme Komisyonu' önüne gitmektedir. AİHS m. 6/3-a hükmüne göre; "Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek" hakkına sahiptir. AİHS uyarınca hakkında düzenlenen soruşturma ve rapor ile hakkında yapılan isnatları öğrenmek bir haktır. Bu sebeple raporun ilgilinin talebi halinde kendisine yazılı olarak tebliğ edileceğine dair kanun değişikliği yapılması yerinde olacaktır. Aslında zaten Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda vatandaşların kendileri hakkındaki bilgi ve belgeleri edinmeleri bir haktır. Ancak Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nda açıkça düzenleme yapılması halinde Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndan daha özel bir düzenleme olarak idarenin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndaki istisna hükümlerinden yararlanarak bilgi edinme taleplerini reddetmesinin önüne geçilecektir.

- 7) Kanaatimce; haksız sonuçlara yol açan husus düzenlemenin metninden öte uygulamadan kaynaklanmaktadır. Gizlilik öngörüldüğü, şeffaflık olmadığı, söz konusu raporlar ilgili kişiye veya avukatlarına gösterilmediği ve yargı organlarında dava açıldığında da yargı organlarının bu raporların kesin ve yürütülebilir işlem olmadıklarından bahisle henüz ilk inceleme aşamasında davayı reddetmeleri nedeniyle bu sorunlu işleyiş düzeltilememektedir. Bunu engellemek için şeffaflık katan ve yargı yolunu açan düzenlemeler yapılmalıdır.
- 8) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporlarının gizliliğe tabi tutulması ve hakkında rapor düzenlenen kişiden gizlenmesi hak arama hürriyetini zedelemektedir. İlgili kişinin rapor hakkında bilgi sahibi olmasına imkan tanımak gerekir. Mezkur Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasının sonuna şu ibarenin eklenmesini önermekteyim:
- 9) *“Hakkında güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması yapılan kişinin, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında, atamaya yetkili idareye yapacağı başvurusuyla talep etmesi halinde hakkındaki güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporu kendisine eksiksiz ve yazılı olarak tebliğ edilir.”*
- 10) Hatalı, yanlı, eksik, kusurlu, soyut, göreceli vb. sakatlıklarla malul güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmalarının iptali talebiyle açılacak davalar için yargı yolunun açıkça öngörülmesi gerekir. Böylece ilgili kişiler nasıl dava açabileceğini, nereye başvurması gerektiğini önceden bilmiş olacaktırlar. Bu yönde bir yasal düzenleme hak arama hürriyeti yönünden oldukça olumlu olacaktır. Bu amaçla mezkur kanuna yeni bir madde olarak; şu ibarenin eklenmesini önermekteyim:
- 11) *“Arşiv araştırması veya güvenlik soruşturması raporlarına karşı ilgili kişiye 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında yapılacak tebligat tarihini izleyen günden itibaren 60 gün içerisinde, ilgili kişi, atamaya ilişkin kararı vermeye yetkili idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde arşiv araştırması veya güvenlik soruşturması raporunun iptalini dava edebilir. İlgili kişi, hakkındaki atamama kararı ile buna dayanak teşkil eden arşiv araştırması veya güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının iptalini birlikte olarak tek dilekçe ile atamaya ilişkin kararı vermeye yetkili idari*

merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde dava edebilir. Bu durumda dava açma süresi atamama kararının ilgili kişiye tebliğini izleyen günden itibaren 60 gündür. Atamama kararı ile birlikte raporun da iptalinin talep edildiği davada görevli ve yetkili mahkeme iki işlem hakkında da karar verir.”

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2023.
- AYDIN**, Muhammed Ali: "Kamu Görevlilerinin Siyasi Katılma Hakkı ve Sınırları", Ankara Barosu Dergisi, C. 82, 1, 2024, s. 223-287.
- AYDIN**, Ercan Orhan: Türkiye'de güvenlik soruşturması uygulamaları ve bunların insan hakları bağlamında değerlendirilmesi: Devlet memuru alımında güvenlik soruşturması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Ana Bilim Dalı, İstanbul 2013.
- CAN**, Neslihan: Kolluk ve Adli Makamlar Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2021.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- ÇAPAR**, Asuman: "Kamu Personelinin Atanmasında Güvenlik Soruşturması Uygulaması", ERÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 569-612.
- GÖÇGÜN**, Muhammed: "Sözleşmeli Öğretmen Atama Sürecinde Yapılan Sözlü Sınav ve Güvenlik Soruşturmalarının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", LHD, Cilt: 17/Sayı: 200/Yıl: 2019, s. 3343-3412.
- KAHRAMAN**, Mehmet/**ŞAHİN**, Muhammed: "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı", ERÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 415-449.
- KAMAN**, Nur: "Kamu Görevlileri Açısından Görevin Gerektirdiği Nitelikler", Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü Paneli- 22 Haziran 2018, Danıştay Yayınları, No: 100, Ankara Şubat 2019.
- KAMAN KARAN**, Nur: Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- KILINÇ**, Durmuş: "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması", Ankara Barosu Dergisi, C. 77, 2, 2019, s. 1-39.
- OSKAY**, Mehmet: Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasının İnsan Hakları ve Özel Hayatın Korunması Yönünden İncelenme-

si, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Ana Bilim Dalı, Gaziantep, 2019.

OSMANOĞLU, Bilal: “Genel Bilgi Toplama (gbt) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, ss. 946-979.

SEZER, Yasin: Türk Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

ŞANLI ATAY, Yeliz: “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 34, 2016, s. 43-75.

ŞEN, Ersan, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Sınırlarının Genişliği ve Yerindeliği Tartışması”, (<https://sen.av.tr/tr/makale/guvenlik-sorusturmasi-ve-arsiv-arastirmasi-sinirlarinin-genisligi-ve-yerindeligi-tartismasi>, Erişim Tarihi: 13.11.2023).

TAN, Turgut/**BAYAZIT**, Bahar: İdare Hukuku, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.

TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile: “Güvenlik Soruşturmalarında Kişisel Verilerin Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, Sa. 2, s. 787-837.

ULUSOY, Ali D.: Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

YILDIRIM, Turan/**YASİN**, Melikşah/**KAMAN**, Nur/**ÖZDEMİR**, H. Eyüp/**ÜSTÜN**, Gül/**ÇAKIR**, Hüseyin Melih/**OKAY TEKİNSOY**, Özge: İdare Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2020.

YILDIRIM, Turan/**KAMAN**, Nur: “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 18 (1): 155–172.

<https://dergipark.org.tr>

www.kazanci.com

www.lexpera.com.tr

MADENİ PARALARIN CEZA VE KABAHATLER HUKUKU ARACILIĞIYLA KORUNMASI

Arş. Gör. Dr. Şerif Ahmet ÖZTÜRK*

Öz

Günümüzde yalnızca ufak para ihtiyacını gidermek amacıyla kullanılan madeni paraların içerdikleri madenlerin değeri itibari değerlerinin üzerine çıkabilmekte ve eritilip başka amaçlarla kullanılması ihtimali bulunmaktadır. Madeni paraların toplu şekilde eritilmesi devlet hazinesine bir yük getireceği gibi madeni para kıtlığı oluşmasına da neden olabilir. Çalışmada madeni paraların eritmeye karşı korunması yolları incelenmekte ve ceza ve kabahatler hukuku araçlarının nasıl kullanılabileceği üzerinde durulmaktadır. Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanun m. 6'da yer alan suç, madeni paraların ceza hukuku vasıtasıyla korunduğu tek hukuki düzenlemedir. Ancak bu suçun doğrudan eritmeye karşı bir koruma sağlamadığı görülmektedir. Çalışma, madeni paraların eritmeye karşı ceza hukuku eliyle korunmadığı sonucuna ulaşmakta ve bu korumanın sağlanabilmesi adına madeni paraların toplu olarak yok edilmesinin bir suç veya kabahat olarak düzenlenmesi önerisiyle sonlanmaktadır.

* Arş. Gör. Dr. Bursa Uludağ Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Bursa, Türkiye ✉Ass., Dr., Bursa Uludağ University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Bursa, Türkiye.

✉ serifozturk@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0001-8107-4367.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZTÜRK, Şerif Ahmet: "Madeni Paraların Ceza ve Kabahatler Hukuku Aracılığıyla Korunması", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 901-947.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Madeni Paralar • Türk Parası • Para Eritme • İtibari Değer • Suç Siyaseti

PROTECTION OF COINS THROUGH CRIMINAL AND MISDEMEANOR LAW

Abstract

The value of the metals contained in coins, which today are used only for small change, may exceed their face value and there is a possibility that they may be melted down and used for other purposes. The mass melting of coins may cause a burden on the state treasury and may also cause shortage of coins. The study examines ways to protect coins against melting and focuses on how criminal and misdemeanor law instruments can be used. The offense under Article 6 of the Law on the Minting of Coins and Souvenir Coins is the only legal provision that protects coins through criminal law. However, this offense does not directly protect against melting. The study concludes that coins are not protected against melting by the criminal law and ends with a proposal to regulate the mass destruction of coins as a crime or misdemeanor in order to provide this protection.

Keywords

Coins • Turkish Currency • Melting Coins • Face Value • Crime Policy

GİRİŞ

Paralar hakkında işlenebilen suçlar dendiğinde akla ilk olarak parada sahtecilik suçu gelmektedir. Bunun nedeni, çağdaş dünyada paranın genellikle maddi varlığını oluşturan materyallerden çok daha değerli olmasıdır. Dolayısıyla paranın sahte ya da izinsiz şekilde üretilip tedavüle sokulması üzerinden kar elde edilmesini engellemek, paranın korunması adına yapılan ilk ve en önemli adımdır. Ancak madeni paralar söz konusu olduğunda, paranın itibari değeri materyal değerinin altına düşebilmektedir. Bu durumda madeni paraların parçalanması, eritilmesi veya genel olarak itibari değeri dışında bir değerle tedavül etmesinin önüne geçme zorunluluğu doğmaktadır.

Madeni paraların itibari değerinin üzerinde bir materyal değerine sahip olmasının ilk nedeni, itibari değerinin enflasyon karşısında düşmesine karşılık materyal değerinin aynı kalması ya da içeriğini oluşturan bakır, nikel, çinko, alüminyum ve kalay gibi metallerin piyasa

değerinin yükselmesidir. Ancak bazı madeni paralar, basıldığı anda da materyal değerinden düşük bir itibari değere sahip olabilmektedir. Zira para basılmasının hükümlerlik yetkisi kapsamında görülmesi ve ciddi bir senyöraj geliri¹ sağlamanın ötesinde, paranın piyasada mal ve hizmetlerin dolaşımında oynadığı önemli bir rol de bulunmaktadır. Bunun tam olarak sağlanabilmesi adına düşük değerde paraların (ufak para, ufaklık²) basılması ve dolaşımında tutulması gerekir.

Çalışmanın amacı paranın itibari değerinden daha yüksek bir materyal değerine sahip olduğu durumlarda söz konusu materyaller için paranın yok edilmesi durumunun ceza hukuku bakımından değerlendirilmesidir.

I. PARANIN İTİBARİ DEĞERİ VE MATERYAL DEĞERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Tarihte para, belirli bir madenin materyal değeri üzerinden el değiştirmesi yoluyla ortaya çıkmış ve mübadele ekonomisinin yerini almıştır. Herkesin bildiği, ödeme aracı olarak kabul ettiği ve az yer kaplayan değerli metallerin sağladığı değişim gücü, ticaretin belirli bir seviyeye ulaştığı toplumlarda önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır³.

¹ Senyöraj, bölünmüş bir siyasi yapıya sahip Ortaçağ Avrupası'nda oluşmuş bir kavramdır. Adına para (sikke) basılması yetkisi kral veya imparatora toplanmış olmakla birlikte darphaneleri işletme yetkisi genellikle, bundan oldukça ciddi bir gelir elde eden feodal senyörlere bırakılmıştır. **PAMUK**, Şevket: Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, 3.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021, s. 6. Halen devletlerin kendilerinde topladıkları para basma tekeli sayesinde elde edilen gelir için senyöraj terimi kullanılmaktadır.

² Günümüzde madeni paralar ufak para işlevi görmektedir. Diğer bir deyişle yalnızca düşük değerli paralar madeni para şeklinde basılmaktadır. Bu nedenle madeni para yerine madeni ufaklık, ufak para, ufaklık para gibi terimler kullanılabilir. Çalışmada genel olarak madeni para terimi kullanılmakla birlikte, madeni paraların düşük değerli olmalarına ilişkin değerlendirmelerde ufak para terimi kullanılacaktır.

³ **MAGNO**, Alessandro Marzo: Paranın İcadı: Finans İtalyanca Konuşurken, (Çeviren: KAVASOĞLU, İ. Utku), Tellekt, İstanbul 2021, s. 18; **ÇELİK**, Seydi: "Meta Değişimi ve Paranın Siyasal İktidarın Kurulma ve Kurumsallaşma Sürecindeki Rolü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, ss. 1275-1304, s. 1296. Para aynı zamanda artı değerın soyutlaşması ve teorik olarak sınırsız bölünebilme kabiliyeti kazanması bakımından önemlidir. Bu konuda bkz. **MERT**, Alican: Deniz

Bu sistemde basılan madeni paralara değişim gücünü veren bizzat madenin kendisidir⁴. Diğer bir deyişle paranın değerini, basıldığı materyal ve ağırlığı belirler⁵. Dolayısıyla paranın itibari değeriyle materyal değeri arasında önemli bir fark, kural olarak bulunmaz. Ancak zaman içinde para basma yetkisini kendisinde toplamış olan devletlerin bu işleminden gelir elde etmek amacıyla basılan paradaki değerli maden oranlarıyla oynaması ve para basma ücretlerini yüksek tutması sonucunda ciddi farklar oluşmuştur⁶. Osmanlı Devleti'nde tağşiş adı verilen yöntemde, basılan paralardaki altın veya gümüş oranları düşürülür ya da paranın hacmi küçültülür ve itibari değerle materyal değeri arasında oluşan fark devlet hazinesine aktarılır⁷. Enflasyon

Kabuğundan Kripto Paraya: Bitcoin'in Vergisel Boyutu, AKINCI, Nuray Aşçı/OVALIOĞLU, Selin (Editörler), VIII. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 289-354, s. 298-300.

- ⁴ Ancak bu tespit, ufak paralar için her zaman geçerli değildir. Özellikle bakırdan üretilen ufak sikkelerin itibari değeri hemen her zaman materyal değerinin oldukça üstünde tutulmuştur. Zira hem altın hem de gümüşün materyal değerinde tedavül ettiği bir toplumda bakır paraların da madenin piyasa fiyatındaki dalgalanmalara tabi olması, para sisteminin istikrarını korumayı imkansız hale getirir. **CIPOLLA**, Carlo M.: Akdeniz Dünyasında Para, Fiyatlar ve Medeniyet, (Çeviren: KARACAN, Ali İhsan), Bağlam Yayınları, İstanbul 1993, s. 32-33. Ayrıca bkz. **KÖKLÜ**, Aziz: "Ufak Paralar ve Ufak Para Kanunlarımız", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 1947, ss. 135-146, s. 136-137.
- ⁵ Bu nedenle tarihsel anlamda para birimleri çoğunlukla aynı zamanda ağırlık ölçüleridir. **ROTHBARD**, Murray N.: Yasal Kalpazan: Devlet Paramızı Ne Hale Getirdi?, (Çeviren: ŞAHİN, Hakan), Liberus Kitap, İstanbul 2020, s. 18. Buna günümüzde halen kullanılan pound, dirhem ve lira (libre) gibi para birimleri örnek verilebilir. Bununla birlikte, paranın sikke biçiminde basılmasının maliyeti, sağladığı güven ve tedavül kolaylığı sayesinde sikke biçimindeki paralar hemen her zaman madenin saf haline göre daha yüksek değere sahip olmuştur. **ROTHBARD** s. 19-20.
- ⁶ **ROTHBARD**, s. 55-57. Parada bulunan değerli maden oranıyla oynayarak gelir elde etme stratejisi, genellikle iç piyasada kullanılan gümüş paralarda uygulanmıştır. Daha çok uluslararası ticarete kullanılan altın paraların saflığı büyük oranda korunurken gümüş paralara katılan bakır oranı öyle artar ki, bu paralar zaman içerisinde bakır paraya dönüşür ya da tedavülden kalkıp yerini yeni gümüş paralara bırakır. **MAGNO**, s. 20-22; **CIPOLLA**, s. 37-39.
- ⁷ Erdem Osmanlı'da paradan devlet hazinesine finansman aracı olarak yararlanma biçimlerini dörde ayırmıştır; yeni para basımıyla para arzını artırmak, Kanuni Sultan Süleyman dönemine kadar tahta çıkan her padişah adına sikke bastırıp eski sikkeleri yasaklamak, para ayarlarında değişikliğe giderek değerli maden oranlarını ya da paranın hacmini düşürmek ve paranın devlet hazinesine giriş ve çıkış kurlarını

sonucu doğurması ve bazı dönemlerde ciddi tepkiyle karşılanmasına karşılık belli dönemlerde devlet hazinesinin acil ihtiyaçlarını karşılamak adına başvurulmuş tağşiş⁸, piyasadaki eski ve yeni paraların farklı miktar ve oranlarda değerli maden içermesi nedeniyle paralar arasında fark yarattığı gibi paranın itibari değeriyle üretildiği madenin değeri arasındaki bağlantının zayıflamasına neden olmuştur. Yerli ve yabancı paraların kullanılması ve isim, ağırlık, ayar ve tedavül değeri birbirinden farklı bu paraların değerleri konusunda anlaşmazlıklar çıkması nedeniyle özellikle ticaretin yoğun olduğu şehirlerde para alış verişini yaparak kazanç sağlayan sarraflık mesleği gelişmiştir⁹.

Ekonominin büyümesi ve şehirleşmenin artmasıyla birlikte gündelik alışverişlerde altın ve gümüş paralarla karşılanamayan ufak para ihtiyacı artmış ve bu ihtiyaç ilk etapta genellikle bakır paralarla karşılanmıştır¹⁰. Bakırdan imal edilen paraların itibari değerleri materyal değerinin oldukça üzerinde tutulmuş ve bu nedenle piyasaya çok miktarda sahte bakır para sürülmüş, paraya olan güven azalıp enflasyon yükseldiğinden ufak para oldukça uzun bir süre önemli sorunlara neden olmuştur¹¹. Paranın piyasada bollaşması enflasyon ve güvensizliğe,

farklılaştırmak. **ERDEM**, Ekrem: "Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz", Bankacılar Dergisi, S. 56, 2006, ss. 10-28, s. 11.

⁸ Osmanlı Devleti'nde tağşiş uygulamaları başlıca üç dönemde yoğunlaşmıştır; Fatih Sultan Mehmet'in hükümdarlık yılları, 1580'lerden 1640'lara kadar devam eden mali istikrarsızlık dönemi ve İkinci Mahmut dönemi. Bu dönemler çeşitli nedenlerle devlet harcamalarının arttığı ve mali istikrarın kaybolduğu dönemlerdir. Özellikle İkinci Mahmut dönemindeki kapsamlı ıslahat ve merkezileşme sürecinde, altın paralar 35 gümüş paralarsa 37 kez tağşiş edilmiştir. **KALELİ**, Hüseyin: "Osmanlı Madeni Para Rejiminde Enflasyona Yol Açması Bakımından Tağşişler ve Sebepleri", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2002, ss. 189-206, s. 190-192, 201.

⁹ **AKYILDIZ**, Ali: "Para", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/para> (Erişim Tarihi: 10.08.2023).

¹⁰ **EAGLETON**, Catherine/**WILLIAMS**, Jonathan: Paranın Tarihi, (Çeviren: KÂHYA, Fadime), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011, 239-247.

¹¹ Örneğin 1688'de bol miktarda bakır para üretip piyasaya sürerek bundan gelir elde eden Osmanlı Devleti'nde, bu paraların itibari değeri ile materyal değeri arasındaki farkın sunduğu fırsatlar kısa sürede fark edilmiş ve Avrupa'dan gemiler dolusu sahte bakır para getirilip piyasaya sürüldüğünden ortaya çıkan istikrarsızlık ve enflasyon nedeniyle bakır paralar 1691'de tedavülden kaldırılmıştır. **PAMUK**, s. 147-

azalması ise gündelik ilişkilerde kullanılmasında zorluklara ve değerinin spekülâtif hale gelmesine neden olmakta ve sıklıkla devletlerin kontrolünden çıkan bir ufak para piyasası oluşmaktadır¹².

Üretildiği metalin değerinden bağımsızlaşan paranın itibari değerini muhafaza edebilmesi ve bunun devlet tarafından istikrarlı şekilde düzenlenip korunması için modern ulus devletlerin güçlenmesi gerekmiştir¹³. İlk etapta belirli bir değerli maden karşılığı olarak çıkarılan ve esasında bir tür iç borçlanma senedi olan kağıt paralar basılmıştır¹⁴. Bu paralar esasında madeni bir varlığı bulunmamakla birlikte, halen bir miktar madeni temsil etmektedir. Salt itibari bir

151; ERDEM, s. 16; FİDAN, Murat/DİLEK, Serkan/ESEV, Ayşegül: “Dünden Bugüne Paranın Tarihi ve Türkiye’de Kâğıt Para Kullanımı”, Sosyal Bilimler Dergisi, C. 9, S. 18, 2019, ss. 141-162, s. 149.

¹² Tanzimat Dönemi para ıslahatı döneminde en önemli sorunlardan biri ufak para istikrarsızlığıdır. Ufak paralar uzun süre itibari değerinden farklı bir tedavül değerine sahip olmuş, İstanbul ve taşrada sıklıkla ufak para bolluğu veya kıtlığı kaynaklı spekülâtif bir ortam hüküm sürmüştür. Yabancı bakır paraların tedavülü ve sahte para sorunu bu dönemde de devam etmektedir. AL, Hüseyin: “Tanzimat Döneminde Ufaklık Para Sorunu (1839-1879)”, Ekonomi Bilimleri Dergisi, C. 3, S. 1, 2011, ss. 69-78, s. 72-75. Simmel bu sorunu Osmanlı’da ufak para arzının yetersizliğine ve nikel veya bakır para yokluğuna bağlamıştır. SIMMEL, Georg: Paranın Felsefesi, (Çeviren: ALOGAN, Yavuz/AYDIN, Öykü Didem, İthaki Yayınları, İstanbul 2014, s. 164-165.

¹³ Avrupa’daki ilk kağıt paralar esasında devletler tarafından basılmamıştır. Bazı özel kuruluşların ticaretin kolaylaşması adına kullandıkları senet benzeri banknotlar, devletlerin bastıkları kağıt parayı önceler. MAGNO, s. 236-237; MERT, s. 300-301. Bankaların banknot ihracı yetkilerinin merkez bankalarında toplanması, karşılıksız banknot basılmasının neden olduğu enflasyon ve krizlere karşı devletin aldığı bir önlemdir. Banknot basma tekeli merkez bankalarına devredilmiş ve bütün bankalar mecburi olarak merkez bankası müşterileri haline getirilerek para politikasında devletin hakim duruma geçmesi sağlanmıştır. ROTHBARD, s. 66-67.

¹⁴ FİDAN/DİLEK/ESEV, s. 150-151. Osmanlı’da basılan ilk kağıt para, “*kaime-i mutebere-i nakdiye*” ya da kısaca “*kaime*” adı verilen, 8 yıl vadeli ve faizli hazine bonosudur. Daha sonra faizsiz şekilde de basılan ve savaş zamanları hazinenin artan para ihtiyacını karşılama aracına dönüşen kaime madeni paraların yerini dolduramamış ve yaşanan ciddi sahtecilik olaylarının da etkisiyle pek çok kez toplanıp yakılmıştır. ERDEM, s. 19-22. Avrupa’daki ilk kağıt para denemeleri de sıklıkla benzer şekilde sonlanmıştır. Kağıt paranın spekülâtif bir hal alarak artıp azalan değeri ve devletin elinde bolca ihraç edilen paranın madeni karşılığının bulunmadığının ortaya çıkması ekonomik felaketlere neden olmuştur. MAGNO, s. 270-271.

varlığa sahip olduğundan, değeri hem kendisini ihraç eden kurumun güvenilirliğine hem de temsil ettiği madenin değerine bağlıdır ve asıl para birimi halen temsil edilen madeni paradır¹⁵.

Değerli madenlerin para birimi olarak kullanılmasının bırakılması, kağıt para kullanımının artmasının yanında bankalar ya da devlet hazineleri tarafından verilen kredilerle ihraç edilen bono ve diğer senetlerin karşılığının eldeki değerli maden miktarının çok üstüne çıkması nedeniyle talep halinde ödeme kabiliyetinin düşmesi ve bir dizi hiperenflasyon, ekonomik kriz ve iflas sonrasında gerçekleşmiştir¹⁶. Buna eşlik eden modern ekonomi biliminin etkisiyle birlikte para tamamen itibari bir değer kazanmış ve değerini belirleyen ana etken miktarı ve kendisini ihraç eden ülke ya da merkez bankasının güvenilirliği haline gelmiştir¹⁷. Böylece artık kağıt paranın merkez bankasına götürülüp gerçek para karşılığının talep edilebildiği sistem son bulmuştur. Paranın salt itibari bir değere sahip olması, kolay kabul edilen bir değişiklik değildir¹⁸. Kağıt paraların esas para olarak kabul edildiği Cumhuriyet döneminde¹⁹ dahi madeni paraların yüksek değerli

¹⁵ **EAGLETON/WILLIAMS**, s. 307-309; **MERT**, s. 301. Örneğin sterlin üzerinde halen “*Hamiline talebi halinde (...) pound ödeyeceğimi taahhüt ederim*” şeklinde bir ifade kullanılmasının tarihsel nedeni de budur. **EAGLETON/WILLIAMS**, s. 309.

¹⁶ **EAGLETON/WILLIAMS**, s. 309-310; **GONNARD**, R.: “Kâğıt Para”, (Çeviren: SUVLA, R. Ş.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 16, 1938, ss. 728-759, s. 739-749; **ROTHBARD**, s. 54. Simmel merkez bankalarının elindeki maden miktarıyla basılan banknot miktarı arasındaki farkı vurgularken, 1890 yılında Fransız Bankası’nın elindeki değerli madenin 135 katı, Alman Bankası’nın ise 190 katı kağıt parayı piyasaya sürdüğünü aktarmaktadır. **SIMMEL**, s. 170-171.

¹⁷ **ROTHBARD**, s. 66-70.

¹⁸ Kağıt paranın madeni para karşılığından bağımsızlaşması için genellikle Birinci Dünya Savaşı’nın başladığı 1914 yılı bir milat olarak gösterilir. Altın standardının terk edilmesi ve kağıt paranın madeni para karşılığıyla bağının neredeyse tamamen koparılması sonrasında Almanya, Rusya, Avusturya ve Macaristan başta olmak üzere pek çok ülkede yüksek enflasyon ve iflaslara neden olan kağıt para, “*çürük para*” olarak da anılmıştır. **GONNARD**, s. 730. Gonnard, makul miktarda ihraç edilen kağıt paraya çürük para denmesinin yanlışlığını vurgularken, ihtiyaç fazlası basılan ve yüksek enflasyona yol açan kağıt paralara çürük para denebileceğini belirtmektedir.

¹⁹ **KÖKLÜ**, s. 136. 11.06.1930 tarih ve 1715 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Kanunu (RG. 30.06.1930, 1533) m. 5’e göre o tarihe kadar ihraç edilen paralar Merkez Bankası

bir kısmı gümüşten basılmıştır²⁰. İkinci Dünya Savaşı'nın çıkması ve gümüş fiyatlarının yükselmesine karşılık Türk Lirası'nın değer kaybetmesiyle birlikte bu gümüş paraların materyal değeri itibari değerinin üstüne çıkmış, devlet bunları toplamaya çalışmış, ancak bir kısmı halk tarafından saklanarak iade edilmemiştir²¹. Bu durum, madeni paraların itibari değeri üzerinde bir materyal değerine sahip olduğu ve tedavül amacı dışında kullanıldığı Cumhuriyet dönemindeki ilk örnek sayılabilir.

B. Yürürlükteki Madeni Paralar Bakımından Değerlendirme

1. Türkiye'de Madeni Paralar

Madeni para basımında Cumhuriyetin ilk döneminde kabul edilen, basılacak madeni para miktar ve özelliklerinin kanunla düzenlenmesi usulü 1264 sayılı Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanun'la terk edilerek, madeni para miktar ve özelliklerini belirleme yetkisi tamamıyla yürütmeye bırakılmış ve madeni paraların basımı ve korunması hususları düzenlenmiştir²².

uhdesine bırakılmış ve *"mukabilinin hangi şartlar dahilinde altın para ile tediye olunacağını tesbit edecek istikrar kanununun mer'iyete vaz'ı tarihine kadar tediyyatta mecburî olarak kabul edilecektir"* hükmü ile paranın bir altın karşılığı kabul edileceği kaydı konmuş, ancak söz konusu istikrar kanunu hiçbir zaman çıkarılmamıştır. Dolayısıyla Cumhuriyet döneminde paranın herhangi bir değerli maden karşılığı hiçbir zaman var olmamış, asıl değer doğrudan paranın üzerindeki itibari değer olmuştur.

²⁰ **KÖKLÜ**, s. 141-142. 03.06.1933 tarih ve 2257 sayılı Madeni Ufaklık Para Kanunu (RG. 11.06.1933, 2424) ile 25 ve 50 kuruşla 1 liralık madeni paraların gümüşten basılmasına karar verilmiştir.

²¹ **KÖKLÜ**, s. 143.

²² 28.05.1970 tarih ve 1264 sayılı Kanun, RG. 06.06.1970, 13512. 1264 sayılı Kanunun hükümet tasarısı, "150 Milyon Liralık Madenî Ufaklık Para Bastırılması Hakkındaki Kanunun ikinci maddesinin değiştirilmesine ve bu kanuna bir madde eklenmesine dair kanun tasarısı" adındadır ve 11.07.1956 tarih ve 6797 sayılı Kanunda değişiklik yaparak 50 kuruşluk madeni parayı tekrar tedavüle sokmayı ve Maliye Bakanlığı'na hatıra para basma yetkisi vermeyi amaçlamaktadır. Tasarı Maliye Komisyonu raporu doğrultusunda, madeni paraların toplam para miktarı içerisinde önemsiz olduğu, enflasyona sebep olamayacağı ve diğer ülkelerde madeni para basma limitinin kanunla belirlenmesinden vazgeçildiği gerekçeleriyle baştan sona değiştirilmiş ve 1264 sayılı Kanunun kabul edilen halini almıştır. TBMM Tutanak Dergisi, "150 milyon liralık madenî ufaklık para bastırılması hakkındaki Kanunun ikinci maddesinin değiştirilmesine ve bu kanuna bir madde eklenmesine dair kanun

Kanuna göre Hazine ve Maliye Bakanlığı, ülke ekonomisinin gelişmesine paralel olarak madeni para çıkarmaya yetkili kılınmıştır²³. Bakanlık tarafından çıkarılan paralar, Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü tarafından basılmaktadır. Kanun aynı zamanda madeni paraların çap, ağırlık ve materyallerini belirleme yetkisini de Bakanlığa bırakmıştır. 2009 yılında Yeni Türk Lirası ifadesinden “yeni” kelimesinin atılmasıyla birlikte günümüzde yürürlükte 1, 5, 10, 25 ve 50 kuruşla 1 liralık olmak üzere altı adet madeni para bulunmaktadır²⁴. Bunların teknik özellikleri tablo 1’de gösterilmiştir²⁵.

tasarısıveMaliyeyePlânkomisyonlarıraporları”,https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c004/mm__03004072ss0102.pdf (Erişim Tarihi: 18.09.2023).

- ²³ Bu yetki Kanunun ilk halinde Maliye Bakanlığı’na verilmişken 08.06.1984 tarih ve 234 sayılı KHK ile Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı’na, 15.07.2018 tarih ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de Hazine ve Maliye Bakanlığı’na bırakılmıştır.
- ²⁴ Cumhuriyetin yüzüncü yılına özel olarak Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü tarafından bir defaya mahsus olmak üzere 100 milyon adet 5 liralık tedavül hatıra parası basılmıştır. Ancak paranın teknik özelliklerinden yalnızca çapı ve ağırlığı paylaşılmış, maden içeriğine ilişkin herhangi bir bilgilendirme yapılmamıştır. Söz konusu para bir defaya mahsus ve sınırlı sayıda basıldığından çalışmada değerlendirmeye alınmamıştır. Bkz. Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, “Cumhuriyetimizin Kuruluşunun 100. Yıl Anısına Basılan Tedavül HatıraPara”, <https://www.darphane.gov.tr/haberler/cumhuriyetimizin-kurulusunun-100-yil-anisina-basilan-tedavul-hatira-para-2> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).
- ²⁵ Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, “Cumhuriyet Dönemi Tedavül Paraları”, <https://www.darphane.gov.tr/cumhuriyet-donemi-tedavul-paralari> (Erişim Tarihi: 21.08.2023). 50 kuruş ve 1 liralık madeni paraların göbek ve halka ağırlıkları bilgilendirme sayfasında bulunmamaktadır. Bu nedenle Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü’nün 16.04.2020 tarihinde yaptığı madeni para pulu alım ihalesi teknik şartnamesinde bulunan değerler esas alınmıştır. Teknik şartname için bkz. Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, “2020/123975 Madeni TedavülParaPuluAlımı16.04.2020/10:00”, <https://www.darphane.gov.tr/duyuru/2020-123975-madeni-tedavul-para-pulu-alimi-16-04-2020-10-00> (Erişim Tarihi: 20.09.2023).

Para	Çap	Kalınlık	Ağırlık	Alaşım
1 kuruş	16.5 mm	1.35 mm	2.2 g	%90 bakır %10 çinko
5 kuruş	17.5 mm	1.65 mm	2.9 g	%65 bakır %6 nikel %29 çinko
10 kuruş	18.5 mm	1.65 mm	3.15 g	%65 bakır %6 nikel %29 çinko
25 kuruş	20.5 mm	1.65 mm	4 g	%60 bakır %14 nikel %26 çinko
50 kuruş	23.85 mm	1.9 mm	Halka: 3.7 g Göbek: 3.1 g	Halka: %81 bakır %4 nikel %15 çinko Göbek: %75 bakır %15 nikel %10 çinko
1 lira	26.15 mm	1.9 mm	Halka: 4.4 g Göbek: 3.8 g	Halka: %75 bakır %15 nikel %10 çinko Göbek: %81 bakır %4 nikel %15 çinko

Tablo 1. Yürürlükteki Madeni Paraların Teknik Özellikleri

Paralar hakkındaki resmi bilgilendirme bu şekilde olmakla birlikte, 2023 yılı Nisan ayında 50 kuruş ve 1 liralık madeni paraların kalınlığı azaltılıp ağırlıkları düşürülmüş ve maden alaşımları değiştirilmiştir. Yine 2023 yılında 25 kuruşlarda da benzer bir değişikliğe gidilmiş ve hem kullanılan metal alaşımı değiştirilmiş hem de paranın kalınlık ve ağırlığı azaltılmıştır. Söz konusu değişiklikler hakkında ne Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan ne Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü'nden bir açıklama yapılmış, ne de yeni basılan paraların teknik özellikleri kamuoyuyla paylaşılmıştır. Medyada yer alan haberlere göre 50 kuruş ve 1 liranın kalınlığı yaklaşık yarım milimetre azaltılmış ve 50 kuruşun ağırlığı 6.8 gramdan 5.5 grama, 1 liranın ağırlığıysa 8.2 gramdan 6.6 grama düşürülmüş, bunun yanında

kullanılan maden oranlarında değişikliğe gidilerek üretim maliyetlerinde %30'luk bir tasarruf sağlanmıştır²⁶. Bunun yanında 25 kuruşun kalınlığı 1.1 milimetreye ve ağırlığı 2.9 grama düşürülüp kullanılan maden alaşımı değiştirilmiştir²⁷.

2. Yürürlükteki Madeni Paraların İtibari ve Materyal Değerlerinin Karşılaştırılması

Madeni paraların eritmeye karşı korunması gereksinimi, paranın materyal değerinin itibari değerini aşması durumunda doğmakta ve aradaki farkın itibari değer aleyhine artması oranında önem kazanmaktadır. Bu nedenle Türkiye’de yürürlükteki madeni paraların materyal değeri ile itibari değerlerinin karşılaştırılması yerinde olacaktır. Madeni para içeriğindeki metallerin piyasadaki saf metallerle aynı değerde olmadığı, zira bu yolla gelir elde edilebilmesi için paraların toplanması, depolanması ve eritilip madenlerine ayrıştırılması maliyetlerinin de hesaba katılması gerektiği açıktır. Ancak madeni paranın eritilmesinin bir fırsat olarak görülüp söz konusu maliyetlerin tartışılabilmesi için öncelikle materyal değerinin itibari değerini aşım aşmadığı görülmelidir.

Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü madeni para pulu üretimini özel hukuk kişileri eliyle gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla madeni para pulu alımı ihale ve sözleşme bilgilerinden madeni paraların materyal değerlerine ilişkin genel bir değerlendirme yapılabilir. Ancak 17.04.2020 tarihli, 2419 sayılı ve Hazine ve Maliye Bakanlığı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 Üncü Maddesinin (b) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Usul ve Esaslar başlıklı

²⁶NTV, “MadeniParalardaDeğişiklik”, 11.04.2023, <https://www.ntv.com.tr/galeri/ntvpara/madeni-paralarda-degisiklik,r1fwU8aqjDECOi5vmtWsu1Q/Er5I4smab0WcujVcs6YCeA> (Erişim Tarihi: 05.09.2023). Yeni 50 kuruş ve 1 liranın özellikleri için bkz. Numista, “50 Kuruş”, <https://en.numista.com/catalogue/pieces363213.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2023); Numista, “1 Lira”, <https://en.numista.com/catalogue/pieces362474.html> (erişim trihi: 05.12.2023).

²⁷ Numista, “25 Kuruş”, <https://en.numista.com/catalogue/pieces368440.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2023).

Cumhurbaşkanı kararı ile Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü'nün yapacağı ihalelerde pazarlık usulü²⁸ uygulayabileceği gibi doğrudan temin²⁹ yoluna da başvurabileceği düzenlenmiştir³⁰. Karara göre Genel Müdürlük tarafından yapılan ihaleler Kamu İhale Bülteni'nde yayımlanmayacaktır³¹. Bu nedenle Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü'nün madeni para puluna ilişkin söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararının yürürlüğe girdiği 18.04.2020 tarihinden sonra yaptığı ihale ve imzaladığı sözleşme bilgileri üzerinden bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Genel Müdürlük tarafından yapılan ve Kamu İhale Bülteni'nde yayımlanan son madeni para pulu alımı ihalesi olan 16.04.2020 tarihli ihalede, aradan geçen sürede maden fiyatlarında ve döviz kurunda yaşanan değişimler nedeniyle sağlıklı bir

²⁸ Cumhurbaşkanlığı kararı m. 7/1; *“Pazarlık usulü, Genel Müdürlüğün bu Usul ve Esaslar kapsamındaki her türlü ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, ilan yapılmaksızın idarece davet edilen isteklerin teklif verebildiği usuldür.”*

²⁹ Cumhurbaşkanlığı kararı m. 8/1; *“Genel Müdürlük bu Usul ve Esaslar kapsamındaki ihtiyaçlarını, aşağıda belirtilen hallerde ilan yapılmaksızın, fiyat üzerinde görüşme yaparak doğrudan temin edebilir.*

- a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.
- b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.
- c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asil sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.
- ç) 4734 sayılı Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen ve her yıl Kamu İhale Kurumunca güncellenen limitin on katı dahilindeki alım işleri.
- d) Bu Usul ve Esaslar kapsamındaki taşınmaz mal alımı veya kiralınması.
- e) (Ek:RG-19/5/2022-31840-C.K-5592/2 md.) İdarece öngörülmeyen durumların ortaya çıkması halinde yazılı gerekçe düzenlemek ve söz konusu durumun ispatına yönelik kanıtlayıcı belgelerin saklanması kaydıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işinin zorunlu olması veya pazarlık usulünün uygulanmasına yeterli süre bulunmayan acil ihtiyaçlara yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım işleri.”

³⁰ RG. 18.04.2020, 31.103.

³¹ Cumhurbaşkanlığı kararı m. 35; *“Genel Müdürlük bu Usul ve Esaslar kapsamındaki ihale sonuçlarını, sözleşmenin taraflarca imzalanmasını müteakip, 4734 sayılı Kanunda belirtilen süre içinde Kamu İhale Kurumuna bildirir, ancak bu ihalelere ilişkin sonuç bildirimleri Kamu İhale Bülteninde yayımlanmaz.”*

değerlendirme yapma imkanı vermemektedir³². Bu nedenle madeni paraların materyal değerleri konusunda piyasadaki metal fiyatları ve madeni paraların içerdiği metal miktarları üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır.

Tablo 1’de verilen bilgiler çerçevesinde madeni paraların içerdiği materyal miktarı ve değerine geçmeden önce, kullanılan bakır, nikel ve çinkonun değeri belirlenmelidir. Söz konusu metallerin uluslararası piyasalardaki fiyatı ve bunun Türk Lirası karşılığı Tablo 2’de verilmiştir.

Maden	1 kg fiyatı (dolar) ³³	1 kg fiyatı (Türk Lirası) ³⁴
Bakır	8.38	223.19
Nikel	20.87	555.97
Çinko	2.37	63.25

Tablo 2. Madeni Paralarda Kullanılan Madenlerin Piyasa Değerleri

Uluslararası emtia piyasalarındaki bakır, nikel ve çinko fiyatlarının söz konusu metallerin madeni paralarda bulunan miktarlarına bölünmesiyle elde edilen, madeni paraların materyal değerleri ise tablo 3’te verilmiştir³⁵.

³² Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, “2020/123975 Madeni Tedavül Para Pulu Alımı – 16.04.2020/10:00”. Elektronik Kamu Alımları Platformu ihale arama sayfasında ihale bilgilerinin (2020/123975) aratılması yoluyla söz konusu ihale sonucunda imzalanan sözleşme bilgilerine erişilebilir; <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Ortak/IhaleArama/index.html> (Erişim Tarihi: 20.09.2023).

³³ Uluslararası emtia piyasalarındaki değerler 29.08.2023 tarihinde www.bloomberght.com/emtia adresinden elde edilmiştir.

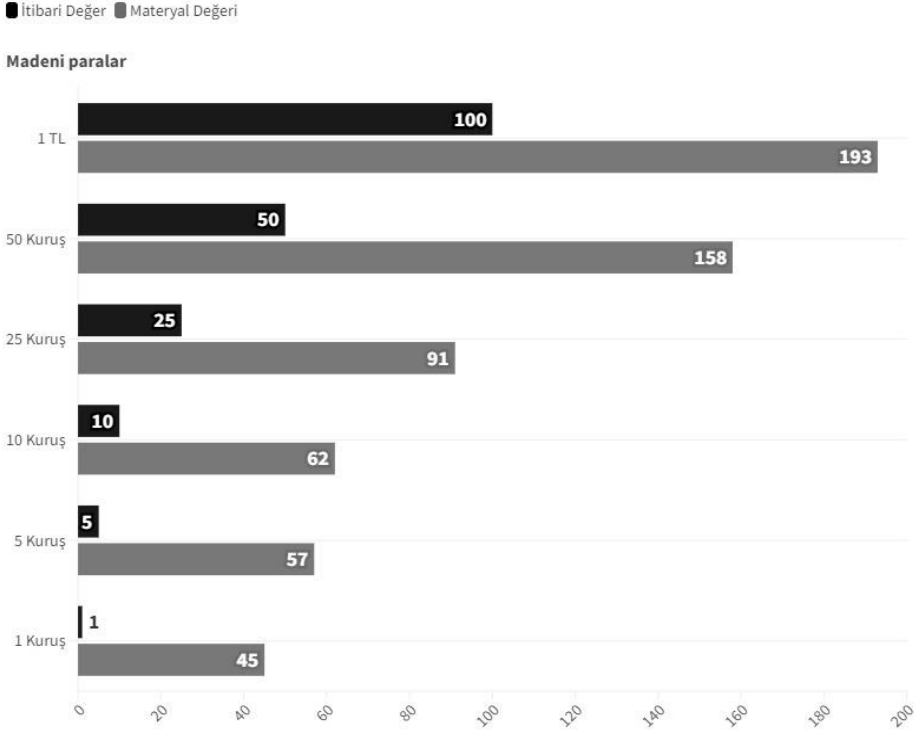
³⁴ 29.08.2023 tarihli dolar kuru üzerinden, 1 dolar = 26,62 Türk Lirası şeklinde dönüştürülmüştür.

³⁵ 2023 yılı Nisan ayında 50 kuruş ve 1 liralık madeni paraların kalınlık ve ağırlığının yanında kullanılan metal oranlarının da değiştiği kamuoyuna yansımış olmakla birlikte bu konuda resmi bir açıklama yapılmadığından, yapılan değerlendirmede değişiklik öncesi değerler esas alınmıştır. Ulaşılan sonuçlar, Nisan 2023 ve sonrasında basılan 50 kuruş ve 1 liralık madeni paralar için yaklaşık %30 oranında indirilmelidir.

Para	Maden	Değeri (Türk Lirası)	Toplam
1 kuruş	1.980 gr bakır	0.442	0.456
	0.220 gr çinko	0.014	
5 kuruş	1.885 gr bakır	0.420	0.570
	0.174 gr nikel	0.097	
	0.841 gr çinko	0.053	
10 kuruş	2.047 gr bakır	0.457	0.620
	0.189 gr nikel	0.105	
	0.913 gr çinko	0.058	
25 kuruş	2.400 gr bakır	0.536	0.913
	0.560 gr nikel	0.311	
	1.040 gr çinko	0.066	
50 kuruş	5.322 gr bakır	1.188	1.583
	0.613 gr nikel	0.341	
	0.865 gr çinko	0.054	
1 lira	6.378 gr bakır	1.424	1.939
	0.812 gr nikel	0.451	
	1.010 gr çinko	0.064	

Tablo 3. Madeni Paraların Materyal Değerleri

Tablo 3'te görüldüğü üzere yürürlükteki bütün madeni paraların itibari değerleri, materyal değerlerinin altında kalmıştır. Dolayısıyla içerdikleri materyallerin elde edilmesi amacıyla eritilmesi riskinin, bütün madeni paralar açısından ortaya çıktığı görülmektedir. Ancak özellikle düşük değerli paraların itibari değerleriyle materyal değerleri arasındaki fark, aşağıdaki grafikte görülebileceği üzere oldukça yüksektir.



Grafik 1. Madeni Paraların İtibari Değerleri ile Materyal Değerleri Karşılaştırması

Madeni paraların materyal değerleri ile itibari değerleri arasında oluşan önemli fark nedeniyle, bunların eritmeye karşı hangi araçlarla korunabileceği ve özellikle ceza hukuku eliyle korumanın gerekip gerekmediği, gerekiyorsa da bunun ne tür bir düzenlemeyle gerçekleştirilebileceği sorularının cevaplanması gerekmektedir. Madeni paraların eritmeye karşı korunmadığı bir durumda, devlet hazinesine önemli bir maddi yük getirileceği gibi madeni para kıtlığı yaşanma ihtimali kuvvetlenir³⁶.

II. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE DURUM

³⁶ Nitekim medyada madeni para kıtlığı yaşandığına ilişkin yakın tarihli bazı haberler yer almaktadır. Para Analiz, “Madeni Para Kıtlığı Başladı”, 27.05.2023, <https://www.paraanaliz.com/2023/ekonomi/madeni-para-kitligi-basladi-g-54340/> (Erişim Tarihi: 29.08.2023); Bloomberg HT, “Piyasada Madeni Para Kıtlığı”, 05.08.2022, <https://www.bloomberght.com/piyasada-madeni-para-kitligi-2312403> (Erişim Tarihi: 27.09.2023).

Madeni paraların itibari değerinin üzerinde bir materyal değere sahip olabildiği durumlar Türkiye ile sınırlı değildir. Bu nedenle çeşitli ülkelerde madeni paraların eritilmesi, tahrip edilmesi, yok edilmesi veya itibari değeri dışında bir değerle kullanılması suç olarak düzenlenmiş veya bunların engellenmesi için çeşitli başka önlemler alınmıştır. Çalışmada kapsamlı bir karşılaştırmalı inceleme amacı bulunmadığından, bu kapsamda madeni paraların eritmeye karşı korunması sorununa ışık tutabilecek az sayıda örnekle yetinilecektir.

A. Birleşik Krallık

1971 yılına kadar geleneksel para sistemini koruyan ve 20 şilin 1 pound, 12 peninin de 1 şilin olarak kabul edildiği ülkede 1946 yılında son gümüş paralar da tedavülden kaldırılmış ve bütün madeni paralarda bakır ve nikel alaşımı veya bronz kullanılmaya başlanmıştır³⁷. 1971 yılında ondalık sistemin kabul edilmesinin ardından 100 peninin 1 pound olarak kabul edildiği yeni para sisteminde madeni paralar, itibari değerlerine eşitlendikleri eski paraların boyut, şekil ve içeriklerini korumuş ve bir süre birlikte tedavül etmeleri bu sayede sağlanmıştır. Ancak paranın itibari değerindeki azalma karşısında 1992 yılında 1 ve 2 peni üretiminde bronz yerine bakır kaplama çelik kullanılmaya başlanmış, bakır ve nikel alaşımı kullanılan 5 ve 10 peni ise önce küçültülmüş, 2012'den itibaren de nikel kaplama çelikten üretilmeye başlanmıştır³⁸.

Birleşik Krallık'ta yürürlükteki madeni paraların eritilmesi, parçalanması ve yok edilmesi yasaktır. 1971 tarihinde yürürlüğe giren Madeni Para Kanunu m. 10'a göre bu yasağa uymayanlar hakkında basit hallerde 400 sterline kadar para cezasına, ağır hallerdeyse para cezası veya iki yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden

³⁷ GLOVER, Harold: "Metals and Coins", Journal of the Royal Society of Arts, C. 121, S. 5202, 1973, ss. 367-380, s. 372.

³⁸ The Royal Mint, "Coin Designs and Specifications", <https://www.royalmint.com/discover/uk-coins/coin-design-and-specifications/> (Erişim Tarihi: 28.08.2023).

hükmedilebilir³⁹. Yürürlükteki Birleşik Krallık paralarıyla sınırlı olan ve paranın hurda metal olarak yurtdışına ihracını kapsamayan bu yasak yeterli görülmediğinden, materyal değeri itibari değerine yaklaşan paraların daha ucuz ya da eritilmesi daha zor bir metal alaşımı kullanılarak basılmasına ve materyal değerinin itibari değerine üzerine çıkmamasına önem verilmektedir⁴⁰. Birleşik Krallık'ın yürürlükteki paraların itibari değerleriyle materyal değeri arasındaki ilişkiyi sıkı şekilde takip ettiği ve gerektiğinde proaktif önlemler almaktan kaçınmadığı görülmektedir.

B. Euro Bölgesi

Avrupa Birliği'nin ortak para birimi olarak kabul edilen ve birlik üyesi 20 ülke ile birliğe üye olmamakla birlikte bu para birimini kullanan 4 ülkenin resmi para birimi olan Euro, dünyada en çok kullanılan ikinci rezerv para birimi olmasının ötesinde pek çok ülkenin ortak para birimi olması nedeniyle farklı koruma sistemlerine tabidir. Euro bölgesinde tedavül eden madeni paralar, 1, 2, 5, 10, 20 ve 50 sentle 1 ve 2 eurodur⁴¹. Madeni paraların eritmeye karşı korunması açısından ilk olarak, 10, 20 ve 50 sentlik madeni paralarda kuzey altını (Nordic gold) denen, sadece madeni para basımında kullanılan ve eritilmesi zor bir bakır alaşımı kullanılmış ve söz konusu alaşım sayesinde madeni paranın materyal değeri itibari değerini aşsa dahi, eritilip yeniden kullanımındaki zorluk nedeniyle ek bir koruma sağlanması

³⁹ Coinage Act 1971, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/24> (Erişim Tarihi: 28.08.2023).

⁴⁰ Örneğin 2012 yılında 5 ve 10 penilik madeni paraların nikel kaplama çelik kullanılarak basılmaya başlanması sonrası Kraliyet Darphanesi 2013 yılında, halen dolaşımda olan bakır ve nikel alaşımı paraların toplanması için bir program başlatmıştır. Bu paraların halen materyal değerinin üzerinde bir itibari değere sahip olduğu ve halen tedavülde bulunduğu programın amacı, piyasadaki madeni paralar arasında birlik sağlanması ve yeterince madeni para bulunduğu garanti altına alınması olarak açıklanmıştır. The Royal Mint, "Cupro Nickel Replacement Programme", <https://www.royalmint.com/discover/uk-coins/cupro-nickel-replacement/> (Erişim Tarihi: 28.08.2023).

⁴¹ EU Council Regulation, No 729/2014 of 24 June 2014 on denominations and technical specifications of euro coins intended for circulation, Annex I, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0729> (Erişim Tarihi: 22.08.2023).

amaçlanmıştır⁴². 1, 2 ve 5 sentlik madeni paralarsa bakır kaplama çelikten üretilmektedir. En düşük itibari değere sahip bu paralardaki en önemli koruma, materyalin büyük kısmının görece düşük değerli ve eritilmesi maliyetli bir metal olan çelikten oluşmasıdır. 1 ve 2 euroluk madeni paralar söz konusu olduğunda, bunların eritmekten ziyade sahteciliğe karşı korunması amaçlanmış ve 50 kuruş ile 1 TL’de kullanılabilecek benzer bir yöntem ve materyale başvurulmuş iki parçalı, göbek ve dış halkasındaki metal alaşımlarının farklı olduğu ve sahte olarak üretilmesi zor bir para tasarlanmıştır⁴³.

Euro bölgesi madeni paralarının hukuken korunması adına alınan Euro Banknotları ve Madeni Paralarının Kanuni Para Statüsünün Kapsamı ve Etkileri Hakkında Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararı, Euro banknot ve madeni paralarının küçük miktarlarda yok edilmesinin suç olarak düzenlenmemesi, ancak büyük miktarlarda yok etmenin yasaklanması gerektiği yönündedir⁴⁴. Buna karşılık bazı Avrupa ülkelerinde paranın hukuki statüsü, üzerindeki kabartma, simge ve yazıların ya da bir bütün olarak paranın simgesel değeri gibi nedenlerle özellikle kamuya açık şekilde yok edilmesi farklı şekillerde düzenlenebilmektedir⁴⁵. Örneğin para üzerindeki ulusal simgelerle egemenlik alametlerinin ceza kanunlarınca korunduğu ülkelerde, paranın kamusal bir eylem kapsamında yakılması, bu simge ve alametlere karşı işlenen bir suç olarak görülüp cezalandırılabilir⁴⁶.

⁴² European Central Bank, “Security Features”, <https://www.ecb.europa.eu/euro/coins/security/html/index.en.html> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

⁴³ European Central Bank, “Security Features”.

⁴⁴ Commission Recommendation of 22 March 2010 on the Scope and Effects of Legal Tender of Euro Banknotes and Coins (2010/191/EU), m. 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010H0191> (Erişim Tarihi: 23.08.2023).

⁴⁵ Euro Legal Tender Expert Group, “Report of the Euro Legal Tender Expert Group (ELTEG) on the Definition, Scope and Effects of Legal Tender of Euro Banknotes and Coins”, 2010, s.8, https://ec.europa.eu/economy_finance/articles/euro/documents/elteg_en.pdf (Erişim Tarihi: 24.08.2023).

⁴⁶ Türkiye’de de, Türk lirasına kamusal şekilde zarar verilmesinin TCK m. 300’de düzenlenen devletin egemenlik alametlerini aşağılama suçunu oluşturduğu iddia edilmiştir, ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 765 sayılı TCK döneminde verdiği

Tavsiye Kararında paranın itibari değeriyle tedavül etmesinin zorunlu kılınması yönünde bir tavsiye bulunmakla birlikte (m. 1/b), özel olarak eritmeye karşı korunmasına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bazı ülkelerin mevzuatında, genellikle geçmiş dönemlerden kalma hükümler bulunmakla birlikte⁴⁷, Euro döneminde eritmeye karşı ceza hukuku koruması adına ciddi bir çaba görünmemektedir⁴⁸.

C. Amerika Birleşik Devletleri

Madeni paraların itibari değeriyle materyal değeri arasındaki ilişkinin sıkı şekilde takip edildiği ülkede günümüzde üretilen paralara bakıldığında, 1 sentlerin bakır kaplama çinkodan, 5, 10 ve 25 sentlerin bakır nikel alaşımından üretildiği görülmektedir⁴⁹. 1982 yılına kadar %95 oranında bakır kullanılan 1 sentin materyal değerinin itibari değerini aşması nedeniyle bu paradaki bakır oranı %2.5'e düşürülmüştür. Enflasyon nedeniyle üretim maliyeti 3 sente çıkan 1

bir kararında belirttiği üzere; “ülkenin ekonomik durumuna bağlı olarak değeri bazan azalan ve bazan da çoğalan paranın 145. maddede sözü edilen hakimiyet alameti sayılmayacağı” açıktır. CGK, E. 1982/565, K. 1983/77, T. 21.02.1983, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 23.08.2023).

⁴⁷ Örneğin İrlanda’da Ondalık Para Birimi Kanunu uyarınca madeni para eritenler hakkında 1.000 euroya kadar para cezası veya bir yıla kadar hapis cezası verilebilir veya her iki cezaya birden hükmedilebilir. Bkz. Decimal Currency Act, 1969, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1969/act/23/enacted/en/print.html> (Erişim Tarihi: 24.08.2023).

⁴⁸ SEITZ, Franz/STOYAN, Dietrich/TÖDTER, Karl-Heinz: “Coin Migration and Seigniorage within the Euro Area”, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, C. 232, S. 1, 2012, ss. 84-92, s. 84, dn. 1.

⁴⁹ Halen yürürlükte olmakla birlikte, Birleşik Devletler Darphanesi tedavül amaçlı 50 sent ve 1 dolarlık madeni para basmamaktadır. ABD madeni paraları hakkında bilgi için bkz. United States Mint, “Circulating Coins”, <https://www.usmint.gov/learn/coin-and-medal-programs/circulating-coins> (Erişim Tarihi: 29.08.2023); United States Mint, “The History of U.S. Circulating Coins”, <https://www.usmint.gov/learn/history/us-circulating-coins> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

sentlik madeni paranın yürürlükten kaldırılması konusunda ciddi bir tartışma halen sürmektedir⁵⁰.

Üretim maliyeti yüksek olmakla birlikte 1 sentlik paranın itibari değeri materyal değerine yakın düzeyde seyretmektedir⁵¹. Metal fiyatlarının yükseldiği dönemlerde eritilmesinin karlı hale gelmesi nedeniyle 2007 yılında 1 ve 5 sentlik madeni paraların ihracı, eritilmesi veya kazanç elde etmek amacıyla herhangi bir yolla tasfiye edilmesi yasaklanmış ve 10.000 dolara kadar para cezası ve/veya 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁵². Sadece 1 ve 5 sentlik paralar için öngörülen ve şartların değişmesi veya gerekli önlemlerin alınmasına kadar geçici bir süre için kabul edildiği belirtilen⁵³ düzenleme, halen yürürlükte.

III. TÜRK MEVZUATINDA MADENİ PARALARIN ERİTMEMEYE KARŞI KORUNMASI

Türkiye’de maden fiyatlarındaki artışa enflasyon nedeniyle paranın değerinde yaşanan azalma eklenmiş ve yeni para sisteminin kabul edildiği ilk dönemde sahte madeni paralarla ilgili yapılan tartışmalar yerini paranın materyal maliyetinin itibari değerini aştığı ve

⁵⁰ LEARNER, Sam: “Not a penny more: the time to abolish the US coin has come”, Financial Times, 15.04.2023, <https://www.ft.com/content/2a4332d1-9faa-4325-a2b7-26203c44f12d> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

⁵¹ Materyal değerinin piyasa fiyatlarındaki dalgalanmalardan etkilenmesi nedeniyle itibari değerini zaman zaman aştığı görülmektedir. Örneğin 2021 yılı itibarıyla piyasadaki metal fiyatları üzerinden yapılan karşılaştırmaya göre 1 sentlik madeni paranın materyal değeri 0.86 senttir. CHEUNG, Matthew: “Melting Pennies is 139% Profitable”, 2021, <https://matthewjcheung.medium.com/melting-pennies-is-profitable-26a16696195b> (Erişim Tarihi: 29.08.2023). Buna karşılık Birleşik Devletler Darphanesi, aşağıda incelenecek yasağın yürürlüğe girdiği 2007 yılında 1 ve 5 sentlerin materyal değerinin itibari değerini aştığını belirtmektedir. United States Mint, Treasury, “Prohibition on the Exportation, Melting, or Treatment of 5-Cent and One-Cent Coins”, 16.04.2007, <https://www.federalregister.gov/d/E7-7088> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

⁵² United States Mint, Treasury, “Prohibition on the Exportation, Melting, or Treatment of 5-Cent and One-Cent Coins”.

⁵³ United States Mint, Treasury, “Prohibition on the Exportation, Melting, or Treatment of 5-Cent and One-Cent Coins”.

büyük miktarlarda toplanıp eritildiği iddialarına bırakmıştır⁵⁴. Ortaya çeşitli iddialar atılmış ve yaşanan sorunun boyutları tartışılmış ancak çeşitli vesilelerle yapılan açıklamalar konunun aydınlatılması konusunda yetersiz kalmıştır. Bu bölümde, konuyla bağlantısı ve açıklamalarda atıf yapılması nedeniyle önce Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve bu Kanunun uygulanması adına çıkarılan mevzuat incelenecek, ardından madeni paralara ilişkin temel mevzuatı oluşturan 1264 sayılı Kanun değerlendirilecektir.

A. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun

Darphane ve Damga Matbaaları Genel Müdürlüğü'nün 27 Kasım 2022 tarihinde yaptığı ve kamuoyunda 1 TL'lerin içerdiği metalin değeri itibari değerinin üç katına çıktığı için eritildiği ve bu nedenle piyasada 1 TL'lik para sıkıntısı yaşandığına ilişkin haberleri yalanladığı açıklamada şu ifadelere yer verilmiştir; "...üretimi yapılan madeni paraların ne şekilde üretileceği ve nasıl üretileceği konuları 1264 Sayılı Kanun ile düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca, madeni paralar, 32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Tebliği ile de korunmaktadır. Bu paraların içindeki değişik türdeki metal alaşımları elde etmek için eritmeye kalkanlar, ciddi cezai şartlarla karşı karşıya kalacaklardır."⁵⁵ Açıklamada kullanılan cezai şartlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirsizliği bir yana, mevzuatta 32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Tebliği isimli bir tebliğ de bulunmamaktadır.

⁵⁴ Gazete Duvar, "CHP'li Yalım: 50 Kuruşun Metal Maliyeti 2.42 TL, 5 Liranın Maliyeti 6 TL", 22.03.2022, <https://www.gazeteduvar.com.tr/chpli-yalim-50-kurusun-metal-maliyeti-242-tl-5-liranin-maliyeti-6-tl-haber-1557599> (Erişim Tarihi: 29.09.2023); Sözcü, "1 Liranın Maliyeti 3 Lirayı Geçti", 27.11.2022, <https://www.sozcu.com.tr/2022/ekonomi/1-liranin-maliyeti-3-lirayi-gecti-7502940/> (Erişim Tarihi: 29.09.2023); Cumhuriyet, "Madeni Paralar Eritilip Hurdaya mı Gidiyor? Ekonomist Mahfi Eğilmez'den 'Darphane' Önerisi", 05.08.2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/ekonomi/madeni-paralar-eritilip-hurdaya-mi-gidiyor-ekonomist-mahfi-egilmezden-darphane-onerisi-1965768#:~:text=%22%C3%96ZEL%20HURDACILAR%20T%C3%9CRED%C4%B0%22&text=Buna%20g%C3%B6re%2C%205%20kuru%C5%9F%20i%C3%A7in,kuru%C5%9F%20ham%20metal%20harcamas%C4%B1%20yap%C4%B1%C4%B1yor> (Erişim Tarihi: 29.09.2023).

⁵⁵ Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, "Kamuoyuna Duyuru", 27.11.2022, <https://twitter.com/DarphaneGM/status/1596810902325841921> (Erişim Tarihi: 16.09.2023).

Genel Müdürlük yüksek ihtimalle Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar⁵⁶ veya bu Karara istinaden çıkarılan tebliğleri kast etmektedir. Ancak söz konusu Karar ve bu Karara ilişkin olarak çıkarılan tebliğlerde madeni paraların eritilmesi, yok edilmesi ya da tahrip edilmesine veya paranın itibari değeri dışında tedavülüne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır⁵⁷. Söz konusu Kararın dayanağını oluşturan 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da⁵⁸ da madeni paralara veya paranın itibari değerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁹.

1567 sayılı Kanun m. 1'de Cumhurbaşkanı; *“Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların*

⁵⁶ RG. 11.08.1989, 20.249.

⁵⁷ Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'la ilgili mevzuatta madeni paralara ilişkin tek hüküm yabancı madeni paraların yurtdışına çıkarılmasına ilişkindir. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/45) m. 4/2-f hükmüne göre dövize ilişkin işlemler yapmasına izin verilen yetkili müesseseler, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde izin alınması şartıyla yurtdışına *“madeni yabancı para veya Türk Lirası banknot”* sevkiyatı gerçekleştirebilir. Görüldüğü gibi Tebliğ, yurtdışına Türk Lirası banknot sevkiyatı hakkında izin şartı getirmiş olmasına karşın madeni paralar bakımından yalnızca yabancı paraları düzenlemiştir. Dolayısıyla yurtdışına Türk Lirası madeni paraların sevkiyatı, genel hükümler dışında bir sınırlamaya tabi değildir.

⁵⁸ RG. 25.02.1930, 1.433.

⁵⁹ Bir haber sitesinde yer alan habere göre, madeni paraların kilo ile hurdacıya satıldığı ihbarını değerlendiren polis ekipleri tarafları suçüstü yakalamıştır. Haberde olay şu şekilde açıklanmıştır; *“İhbar üzerine bozuk paraların değerinin üstünde bir fiyatla hurdacıya satıldığını öğrenen Beyoğlu Devriye Ekipler Amirliği polisleri, satıcı ve paraları satın alan hurdacıyı yakalayarak gözaltına aldı. ‘Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa Muhalefet’ suçundan hakkında adli işlem yapılan kişilerin, paraları böyle daha çok para ettiği gerekçesiyle sattığı öğrenildi.”* TGRT Haber, *“Tedavüldeki bozuk paraları kiloyla hurdacıya sattı! Böyle daha çok para ediyor”*, 16.05.2022, <https://www.tgrthaber.com.tr/yasam/tedavuldeki-bozuk-paralari-kiloyla-hurdaciya-satti-2827924> (Erişim Tarihi: 21.08.2023). Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da herhangi bir suç yer almadığı gibi madeni paraların korunmasına dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılan işlem olsa olsa aşağıda incelenecek olan 1264 sayılı Kanuna muhalefete ilişkin olabilir.

memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına” yetkili kılınmıştır. Aynı Kanun m. 3/1 uyarınca “Cumhurbaşkanının bu Kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklerine aykırı hareket eden kişi, üçbin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır.” Kanunun birinci maddesinde yer alan, “Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar” ifadesinin kapsamı net değildir. Söz konusu madde ile Türk parasının kıymetini korumak adına her türlü karar alma yetkisinin Cumhurbaşkanına verilip verilmediği, diğer bir deyişle maddede sayılan durumların sınırlayıcı olup olmadığı belirsizdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, mamul madde fiyatlarını kontrol etmek üzere bir komite kurulmasını kararlaştıran Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 19 Sayılı Karar’a dayanılarak verilen mahkumiyet hükmü⁶⁰ hakkında yaptığı incelemede, 1567 sayılı Kanunun ilk maddesinde verilen yetkinin maddede sayılan durumlarla sınırlı olduğunu ve 1567 sayılı Kanunun belirli malların fiyatlarında meydana gelen artış ve azalışları düzenleme amacı bulunmadığını belirtmiştir⁶¹. Yüksek Mahkemeye göre

⁶⁰ 1567 sayılı Kanunun karar tarihinde yürürlükte olan, 15.02.1954 tarih ve 6258 sayılı Kanunla değişik m. 3/A hükmü uyarınca Bakanlar Kurulu kararına aykırı hareket edenler hakkında 7 aydan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülüyordu. 1567 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatın, kambiyo rejiminde ciddi bir revizyona gidilen 07.05.1985 tarih ve 3196 sayılı Kanun öncesinde öngördüğü suçlar ve yaptırımlar için bkz. **ERMAN**, Sahir: Ticarî Ceza Hukuku, C. II: Döviz Suçları, Formül Matbaası, İstanbul 1978.

⁶¹ “1567 sayılı Kanunun Birinci maddesinde; ‘Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımını ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi hernevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyesi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikalarnın memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına icra vekilleri heyetini selahiyetli’ kılınmış bulunmasına, madde metni yasanın gerekçesi muhtelif encümen mazbatası ve meclis müzakerelerini kapsayan tutanaklarla, birlikte incelendiğinde; bir bakıma 1567 sayılı Yasanın paranın dış değerini koruma amacını güttüğünün anlaşılmasına, esasen dahilde fiyat tahavüllerinin mücerret spekülatörlerin eylemleri ile meydana gelebileceğine, bir maddenin nedreti fiyat artışlarını sağlarken bir başka maddenin çokluğunun da düşüslere müncer olacağına itirazdaki düşünce hakim olduğu takdirde Türk parası içerde nadir maddeye karşı düşürüldü diğerine karşı da yükseltildi gibi hatalı bir sonuca varılabileceğine, esasen ekonomik istikrarın korunması için mamül madde fiyatlarını kontrol etmek üzere aşğıdaki Üyelerden meydana gelen bir komite kurulduğuna ilişkin 19 sayılı kararın

Cumhurbaşkanına verilen yetki maddede sayılan hususlarla sınırlı, tahdidi bir yetkidir ve münhasıran paranın dış değerini korumayı amaçlamaktadır⁶². Mahkemenin gerekçesi konumuza uyarlanırsa Cumhurbaşkanı, 1567 sayılı Kanunda kendisine verilen yetkiyi kullanarak madeni paraların eritmeye karşı korunması adına bir düzenleme öngöremez. Nitekim bu konuda herhangi bir Cumhurbaşkanı kararı bulunmamaktadır.

Şu halde, Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü'nün açıklamasına karşın, tedavüldeki madeni paraların korunmasına ilişkin mevzuattaki tek düzenleme 1264 sayılı Kanun m. 6'dır.

B. Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanun

1264 sayılı Kanun m. 6, tedavüldeki madeni paraların itibari değeri dışında bir fiyatla tedavülünü yasaklamıştır. Maddeye göre;

“Halen tedavülde bulunan ve bu Kanuna istinaden tedavüle çıkarılan paraların itibari kıymetleri dışında bir fiyatla ve beşinci maddede yazılı bir yıllık müddetin sonunda tedavülden kaldırılacak olan paraların herhangi bir fiyatla tedavül vasıtası olarak kullanılması yasaktır. Hatıra paraları bu hükümden müstesnadır.

Bu yasağa aykırı hareket edenlerin kullandıkları paralar zaptedilir ve bunlar, tanzim olunacak zabıtla birlikte mahalli sulh mahkemesine sevk olunur.

gösterdiği özelliği itibariyle 6 ncı maddesi de kurulan komiteye de alt komiteler kurma yetkisi vermesinin 1567 yasanın amacım aştığını açıklayan bir hal bulunmasına, bu nedenle Bakanlar Kurulunun 567 sayılı Yasanın 1 nci maddesine göre Türk parasının kıymetinin korunması için alacağı tedbirlerin ancak bu maddede tahdiden sayılan hususlara ilişkin olabileceğine, maddenin bu bakımdan bir bütün olarak düşünülmesi icap etmesine, nitekim 13.6.1936 tarihli ve 3003 sayılı endüstriyel mamülatın maliyet ve satış fiyatlarının kontrolü ve tesbiti hakkındaki kanununun 1 nci maddesi de dahildeki fiyat ayarlamalarının tesbiti zimmında (iktisat vekilliğine endüstri şubeleri mamülatından lüzum gördüklerinin maliyet ve toptan satış fiyatlarını kontrol ve tesbit etmeye...) yetki vermesinden esasen mevcut olan Millî Koruma Kanununun 1567 sayılı Kanun yürürlükte iken çıkarılmış olmasından da, kanun koyucunun içerdeki fiyat kontrollerini 1567 sayılı Yasa dışında düşündüğünün bir delili sayılacağına; göre sanığın yazılı şekilde mahkumiyetine ilişkin hükmün bozulmasına dair olan ve yukarıda özetlenen özel daire kararı usüle ve yasaya uygun bulunmuştur.” CGK, 1975/46 E., 1975/71 K., 07.04.1975, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 31.08.2023).

⁶² Erman da aynı görüştedir. **ERMAN**, s. 26-36.

(Değişik üçüncü fıkra: 23/1/2008-5728/342 md.) Hâlen tedavülde bulunan ve bu Kanun hükümleri gereğince tedavüle çıkarılacak paraları, itibari kıymetleri dışında bir fiyatla kullananlar hakkında elli güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak verilecek adlî para cezasının miktarı suçun konusunu oluşturan paraların değerinin beş katından az olamaz.

Tedavülden kaldırılmış olan paraları tedavül vasıtası olarak sürenler hakkında, mahkemece umumi hükümler tatbik olunur."

1. Korunan Hukuksal Değer

Bu suçla korunan hukuksal değer, madeni paraların itibari değeridir. Maddeyle madeni para bolluğu veya kıtlığı dönemlerinde bu paraların üzerlerinde yazılı itibari değer dışında bir değerle tedavül etmesi yasaklanarak devletin belirlediği itibari değer mutlak olarak kabul edilmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla maddede düzenlenen suçla madeni para sisteminin ve daha genel olarak ulusal para sisteminin düzen ve istikrarının korunduğu söylenebilir. Düzenlemeyle ufak para piyasasının spekülatif bir hal alarak madeni para bolluğu veya kıtlığı dönemlerinde paranın itibari değerinden farklı değerler kazanmasının önüne geçmek amaçlanmaktadır⁶³.

Paranın itibari değerinin korunmasına ilişkin benzer bir düzenleme, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 532'de bulunmaktaydı. Maddeye göre; *"Her kim, Türkiye'de kanunen tedavül etmekte olan meskukatı mukannen kıymetleriyle kabulden imtina eyler ise otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahküm olur."* Paranın itibari değerini, kanuni tedavül değerini mutlak olarak kabul etme zorunluluğu getirerek koruyan ve madeni paraları da kapsamına alan düzenleme, 5237 sayılı Kanuna alınmamış ve bu konuda başka bir düzenleme de yapılmamıştır⁶⁴.

⁶³ Ekonominin gelişmesi ve para kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte kullanımı artan ufak paraların esas para ile değişiminin sağlanması ve itibari değerinin korunması önemli bir sorun olarak görülmüştür. Bu nedenle ufak paraların itibari değerlerinin korunması ve esas para ile değişiminin belirli kurallara tabi kılınması gerekmektedir. Aksi halde ufak paraların bolluk veya kıtlığa bağlı olarak farklı değerler alması, para sistemini ve ulusal ekonomiyi içinden çıkılmaz sorunlarla karşı karşıya getirmektedir. *AL*, s. 73-77; *CIPOLLA*, s. 32-42.

⁶⁴ **GÜNVER**, Osman R.: "Çağımızda Hukuksal Açından Para Kavramı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 33, S. 2, 2017, ss. 143-174, s. 158

2. Suçun Unsurları

a. Tipiklik

1) Maddi Unsur

Suçla madeni paraların kullanılması fiili düzenlendiğinden hem parayı veren hem de alan kişi fail konumundadır. Zira kullanmak fiili hem alıcı hem de satıcı tarafından gerçekleştirilebilen bir fiildir. Maddenin son fıkrasında tedavülden kaldırılmış paralar hakkındaki düzenlemede “*tedavül vasıtası olarak sürenler*” ifadesinin kullanılmasından da tedavülden kaldırılan paraların kullanılmasında sadece satıcı, tedavüldeki paraların kullanılmasındaysa hem alıcı hem de satıcının fail olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddede düzenlenen suç, karşılaşma suçudur⁶⁵.

Suçun konusu, halen tedavülde bulunan madeni paralardır. Maddede kullanılan, “*Hâlen tedavülde bulunan ve bu Kanun hükümleri gereğince tedavüle çıkarılacak paraları*” ifadesinden sadece ülke parasının suçun konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yabancı madeni paraların itibari değeri dışında bir fiyatla kullanılması bu madde kapsamında değildir. Yine, kağıt paralar ve fiziksel varlığı olmayan kaydi paraların madde kapsamında olmadığı ve maddenin kapsamının 1264 sayılı Kanuna göre çıkarılan madeni paralarla sınırlı olduğu açıktır. Maddenin son fıkrasında, tedavülden kaldırılmış paraların tedavül vasıtası olarak sürülmesi durumunda genel hükümlerin uygulanacağı ve bu paraların da maddede düzenlenen suç kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

Asli şekilleri değiştirilmiş paralar, 1264 sayılı Kanun m. 4 gereğince tedavül kabiliyetini kaybeder. Maddeye göre, “*Delinmiş, kesilmiş, zımbalanmış, kulp takılmış veya her ne suretle olursa olsun asli şekilleri değiştirilmiş paralar*”, tedavül vasıtası olarak kullanılamaz. Dolayısıyla incelenen suçun konusunu oluşturmazlar. Buna karşılık,

⁶⁵ Karşılaşma suçları için bkz. DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 530; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 447-448.

tedavül neticesinde aşınan, yazı ve şekilleri silinen veya yanan paralar, gerçeklikleri konusunda şüphe oluşacak derecede bozulmadıkları sürece Hazine ve Maliye Bakanlığı'na devredilmek üzere Hazinesinin veznedarlığını yapan bankalar tarafından kabul edilirler. Bu durumda söz konusu paraların halen tedavülde olduğu ve altıncı maddede düzenlenen suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmelidir.

Suçla düzenlenen hareket, paranın kullanılmasıdır. Maddenin ilk fıkrasında paranın tedavül vasıtası olarak kullanılması ifadesine yer verildiğinden, öncelikle bu terim üzerinde durmak gerekir. Tedavül vasıtası olarak kullanım, kural olarak belirli bir mal veya hizmet karşılığının ödenmesi amacıyla paranın el değiştirmesinden ibarettir. Zira paranın kullanımı el değiştirmesi yoluyla gerçekleşir. Tedavül vasıtası olarak kullanım, paranın belirli bir bedelle devredilmesini gerektirmez, bağışlama gibi karşılıksız bir kazandırmayla elden çıkarılması da tedavül vasıtası olarak kullanım kapsamındadır⁶⁶. Ancak maddede itibari değerinden farklı bir fiyatla kullanımı düzenlendiğinden, bedelsiz devirler maddede düzenlenen suç kapsamında değildir.

Para bir tür misli eşyadır⁶⁷. Diğer bir deyişle alınan veya satılan paranın özel nitelikleri kural olarak bir önem taşımaz. Dolayısıyla paranın özel nitelikleri nedeniyle ve tedavül amacı taşımadan itibari değeri dışında bir fiyatla kullanılması bu suç tipi kapsamında değildir. Örneğin basım özellikleri değişen bir madeni paranın eski basım özelliklerine sahip olan ya da basım hatası taşıyan örneklerinin koleksiyon amaçlı alım ve satımı bu kapsamda görülmeyecektir. Yine belirli olayları anmak amacıyla tedavül aracı olarak basılan hatıra paraların⁶⁸ veya para setlerinin koleksiyon amacıyla itibari değeri

⁶⁶ Nitekim parada sahtecilik suçunda tedavüle koyma hareketinin bağışlama ve borç verme gibi karşılıksız devirlerde de oluşacağı kabul edilmektedir. **ÖZBALCI**, Yalın Yarkın: "Parada Sahtecilik Suçu", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 88.

⁶⁷ **TİMUR**, Hıfzı: "Paranın Hukuki Mahiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, 1948, ss. 231-247, s. 246.

⁶⁸ Hatıra paralar, 1264 sayılı Kanun m. 1/2 ve m. 2 uyarınca çıkarılan ve basım özellikleriyle itibari değerleri Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen

dışında bir değerle alınıp satılması bu suç kapsamında değildir. Zira bütün bu hareketler, sınırlı sayıdaki özel nitelikli paranın tedavül amacı dışında ve özel niteliklerinden dolayı alınıp satılmasından ibarettir⁶⁹. Bu nedenle fıkra düzenlenen yasağın mutlak şekilde her türlü el değiştirmeyi kapsamadığı, paranın tedavül aracı olarak kullanıldığı ya da bu niteliğiyle bağlantılı durumlarla sınırlı olduğu söylenebilir.

Maddenin inceleme konusu suçun düzenlendiği üçüncü fıkrasında, *“itibari kıymetleri dışında bir fiyatla kullananlar”* ifadesine yer verilmiş ve tedavül vasıtası olarak kullanım aranmamıştır. Bu nedenle fıkra paranın her türlü kullanımının bu kapsamda olduğu söylenebilirse de, madde ile paranın tedavül kabiliyetinin korunmasının amaçlandığı, ilk ve son fıkralardan anlaşılmaktadır. Bu nedenle üçüncü fıkra tedavül vasıtası olarak kullanım ifadesi yer almamakla birlikte, koleksiyon amaçlı alınıp satılan paralarda olduğu gibi paranın tedavül vasıtası olma vasfı dışında kazandığı niteliklerden kaynaklanan el değiştirmelerin bu kapsamda yer almadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira fıkra paranın alınıp satılması veya el değiştirmesi gibi ifadeler yerine kullanım kelimesinin seçilmesi, maddenin ilk ve son fıkralarındaki tedavül vasıtası olarak kullanılma ile ilgili bir kullanımın kast edildiğini göstermektedir. Bu nedenle, fıkra yer alan suçun oluşması için paranın tedavül aracı olma vasfıyla alakalı bir el değiştirmenin gerektiği açıktır.

Paranın tedavül aracı olma özelliğiyle bağlantılı olmakla birlikte doğrudan bu amaçla yapılmayan kullanımlarına bakıldığında iki el değiştirme amacı özellikle incelenmelidir. Bunlardan ilki, madeni para kıtlığı dönemlerinde çok miktarda madeni para ihtiyacı bulunanların bu

paralardır. Sınırlı sayıda basılan, tedavül vasıtası olma amacı bulunmayan ve satış bedelleri tedavül eden paralardan farklı ve özel olarak belirlenen bu paraların yanında tedavüldeki 1 liralardan bir kısmı da hatıra parası olarak basılmaktadır. Paranın arka yüzünde anısına çıkarıldığı olgunun belirtildiği bu paraların itibari değeri 1 lira olmakla birlikte sınırlı sayıda olmaları nedeniyle koleksiyon değerleri daha yüksek olabilmektedir.

⁶⁹ *“Bunlar artık para değil, koleksiyonun parçalarıdır ve sahibinin mamelekinde kıymetli eşya olarak yer alırlar. Çünkü bir koleksiyona konan para, vasıta karakterini kaybeder. Âdeta bu vasıftan feragat eder ve başka mahiyette bir kıymetin unsuru olur.”* TİMUR, s. 243.

ihtiyacı karşılayabilmek adına itibari değerinin üzerinde ödeme yaparak madeni para satın almasıdır⁷⁰. Esasında piyasanın madeni para ihtiyacını karşılamakla yükümlü Hazine ve Maliye Bakanlığı'nun çeşitli nedenlerle bu görevi gereği gibi yerine getirememesinin ya da ekonomik nedenlerle para piyasalarındaki dalgalanmaların neden olduğu bu durumda madeni paranın tedavül aracı olarak kullanılıp kullanılmadığını değerlendirmek gerekir. Böyle bir alış verişte madeni paranın tedavül vasıtası yerine alelade bir mal olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir de, tedavül vasıtası olmaya devam eden ve herhangi bir diğer özelliği nedeniyle değil tedavül kabiliyetinin devamı açısından yapılan bir el değiştirme söz konusu olduğundan, paranın tedavül vasıtası olduğunun kabulü gerekir. El değiştiren madeni paralar, misli eşya ve tedavül vasıtası vasfını korumaktadır. Dolayısıyla bu fiilin 1264 sayılı Kanun m. 6/3'te yer alan suç oluşturduğu kabul edilmelidir.

Para eritme amacıyla gerçekleşen el değiştirmelerin bu suç kapsamında olup olmadığı incelendiğinde, ilk olarak eritme amacıyla alınan veya satılan paraların tedavül vasıtası olarak kullanılıp kullanılmadığı sorusu yanıtlanmalıdır. Bu durumda paralar, belirli bir mal veya hizmet karşılığı ödeme amacı olarak kullanılmamakta, bizatihi materyal değerleri nedeniyle alınıp satılmaktadır. Koleksiyon amaçlı para el değiştirmelerine benzer şekilde paranın maddi varlığının ön plana çıktığı bu tür el değiştirmelerin tedavül aracı olarak kullanım anlamına gelmeyeceği, bu nedenle de söz konusu suçun oluşmayacağı düşünülebilir. Ancak tedavüldeki madeni paraların herhangi bir başka

⁷⁰ 50 kuruş ve 1 liralık madeni paraların ağırlığı azaltılmış şekilde piyasaya sürülmesinden sonra eski paraların Darphane tarafından toplandığı ve bu nedenle ortaya çıkan madeni para kıtlığı nedeniyle günlük para ihtiyacını karşılamak isteyen esnaf tarafından itibari değerinin üzerinde satın alındığı yönünde haberler için bkz. BGazete, "Kumbarasında 5 25 50 Kuruş ve 1 TL'si Olanlar! Darphane Topluyor! BozukParaKriziBaşladı", 21.08.2023, <https://www.bgazete.com.tr/haber/16196742/kumbarasinda-5-25-50-kurus-ve-1-tl-si-olanlar-darphane-topluyor-bozuk-para-krizi-basladi> (Erişim Tarihi: 21.08.2023); NTV, "Madeni Para Sıkıntısı Yaşayan Fırıncıdan İlginç Çözüm", 15.08.2023, <https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/madeni-para-sikintisi-yasayan-firincidan-iliginc-cozum,wIo-An2-RE-NrmKB80RNyA/Zyt3J5WPvEWCrpDPS7ahcg> (Erişim Tarihi: 18.09.2023).

özelliği nedeniyle değil, salt madeni para olma özellikleri nedeniyle alınıp satıldığı durumlarda, tedavül vasıtası olma özelliğini kaybetmediği ve 1264 sayılı Kanun m. 6/3'te yer alan suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Bu durumda madeni paralar para olma vasfını devam ettirmektedir. Dolayısıyla madeni paraların eritme amacıyla kilo ile alınıp satıldığı örneklerde de suç oluşur.

Maddede düzenlenen suç; herhangi bir zarar veya tehlikenin meydana gelmesi aranmadığından soyut tehlike suçu, paranın itibari değeri dışında bir fiyatla kullanılmasıyla birlikte tamamlandığından sırf hareket suçudur.

2) Manevi Unsur

Maddede düzenlenen suç, kasten işlenebilir. Fiili gerçekleştiren kişinin paranın itibari değerini ve itibari değerinden farklı bir fiyatla kullandığını bilerek hareket etmesi gerekir.

Kişi sahte bir parayı itibari değerinden farklı bir fiyatla kullandığını zannetmesine karşılık tedavülde bulunan gerçek bir parayı itibari değerinden farklı bir fiyatla kullanırsa, bir yandan kullandığı para sahte olmadığından işlemeyi kastettiği parada sahtecilik suçu bakımından, diğer yandan tedavülde bulunan bir madeni parayı itibari değeri dışında bir fiyatla sattığını bilmediğinden işlediği fiil bakımından kastı ortadan kalkar. Suçun konusunda hataya dayanan tipiklik hatasının oluştuğu bu durumda, objektif olarak işlenen suçla failin tasavvur ettiği suç arasında eşdeğerlik veya niceliksel bir ilişki bulunmamaktadır⁷¹. Bu nedenle ne TCK m. 197 uyarınca sahte parayı tedavüle koyan ne de gerçek bir madeni parayı itibari değeri dışında bir fiyatla kullandığını bilen fail, cezasız kalacaktır. Zira ortada bir sahte para bulunmayan durumda parada sahtecilik suçu bakımından işlenemez suç söz konusudur. Bu halde parada sahtecilik suçuna teşebbüsten de bahsedilemez.

⁷¹ Suçun konusunda hatanın farklı bir suçta sebebiyet vermesi halinde, failin tasavvur ettiği suçla gerçekleşen suç arasında bir eşdeğerlik veya niceliksel bir ilişki bulunmadığı durumda tasavvur edilen suçta teşebbüs hükümlerinin tartışılacağı kabul edilmektedir. TULAY, M. Emre: Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Adalet Yayınları, Ankara 2022, s. 100.

Kişinin herhangi bir amaçla hareket etmesi aranmamıştır. Paranın itibari değeri dışında bir fiyatla kullanıldığının bilinmesi yeterlidir.

b. Hukuka Aykırılık

Suç tipinin niteliği gereği meşru savunma mümkün değildir. Yine suç tipi bir karşılaşma suçu olduğundan, diğer bir deyişle parayı hem satan hem de alan kişiler fail olarak kabul edildiğinden ilgilinin rızası geçerli değildir⁷². Ancak Türk hukukunda madeni paraların yok edilmesine ilişkin bir yasak bulunmadığından kişinin kendi mülkiyetindeki paraları yok etmesi hukuka uygundur. 1264 sayılı Kanun yalnızca itibari değer dışında bir fiyatla alıp satmayı yasaklamaktadır. Kişinin mülkiyetindeki paraları yok etmesinin yanında malik adına hareket eden bir başka kişinin yok etmesi de hukuka uygundur. Dolayısıyla çalışma konusu para eritmelerde paranın mülkiyetinin eriten tarafa geçip geçmediği değerlendirilmelidir.

Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, mevzuatın kendisine verdiği görevlerin bir kısmını ihale usulüyle veya doğrudan temin yoluyla devredebilmektedir. Örneğin madeni paraların basıldığı pullar ihale usulüyle temin edilmektedir. Tedavülden kaldırılan veya çeşitli nedenlerle dolaşımdan çekilen madeni paraların eritilip tekrar kullanılması, tekrar tedavüle sokulabilecek hale getirilmesi ya da içerdiği metalin başka amaçlarla kullanımı için gerçekleştirilen işlemler bakımından da ihale usulüne başvurulabilir. Bu durumda ihale sonucunda madeni paraların Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü tarafından itibari değerleri dışında bir fiyatla satılması durumunda hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulacaktır⁷³.

c. Kusur

⁷² Kaldı ki, korunan hukuksal değerın kişiye değil toplumu oluşturan herkese ait olduğu suçlar bakımından rıza geçersizdir. **EKİCİ ŞAHİN**, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2012, s. 123-124.

⁷³ Kamu hukuku veya özel hukuka ait işlem ve sözleşmelerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında yer aldığına dair bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 288. İhalenin hakka kaynaklık edebileceği konusunda ayrıca bkz. **URUŞAK**, Uğur: Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2010 s. 168.

Kusur yeteneğini etkileyen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma halleri inceleme konusu suç bakımından uygulama alanı bulur.

Kusura ilişkin incelenmesi gereken önemli bir husus zorunluluk halidir. Madeni parayı itibari değerinin üzerinde bir değerle satın alan kişiler bakımından fiil, ufak para ihtiyacının karşılanması ve tedavülünün devamı amacını taşıdığı durumlarda zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kişiler, madeni para piyasasındaki dengenin kaybolması ve para kıtlığı yaşanması nedeniyle bu yola başvuran, paranın tedavül aracı olarak kullanımına devam etme amacıyla hareket eden kişilerdir. Parayı itibari değerinin üzerinde bir fiyatla satın alıp daha sonra itibari değeri üzerinden alış verişlerde kullanmaya devam eden bu kişilerin madeni para ihtiyaçlarını resmi yollardan giderememeleri durumunda zorunluluk halinde hareket ettikleri kabul edilmelidir. Suçla korunan hukuksal değeri oluşturan madeni para piyasasının istikrarının korunması amacıyla hareket edenlerin bu hukuksal değerini ihlalden dolayı ceza sorumluluklarından bahsedilemez. Zira korunan ve feda edilen değerlerin eşitliği söz konusudur⁷⁴. Para ihtiyacının resmi yollardan giderilip giderilemediği ve satın alınan madeni paraların hangi amaçlarla kullanılacağı hususları tespit edilmeli ve paranın itibari değeri üzerinden tedavülünün devamını amaçlayan fiiller zorunluluk hali kapsamında görülmelidir. Buna karşılık madeni paraları itibari değerinin üzerinde bir fiyatla satan kişiler bakımından zorunluluk halinden bahsetmek mümkün değildir.

d. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1) Teşebbüs

⁷⁴ Zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, korunan ve feda edilen hukuksal değerlerin eşitliği durumunda bir mazeret nedeni olduğu ve kusurluluğu ortadan kaldırdığı konusunda şüphe yoktur. Bu konuda bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ** s. 347-349; **ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 403-409.

Para alış verişinin tamamlanması ile birlikte suç da tamamlanır. Bu nedenle teşebbüs, ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda mümkündür. Paranın itibari değeri dışında bir fiyatla alınıp satılmasına ilişkin icabın yapılması ya da pazarlığa başlanmasıyla birlikte icra hareketlerine başlandığı kabul edilmelidir⁷⁵. Dolayısıyla icabı kabul edilmeyen kişi suça teşebbüsten sorumlu olacaktır. Pazarlığın devam ettiği veya anlaşmanın yapıldığı ancak mülkiyet devrinin tamamlanamadığı durumlarda da teşebbüs hükümleri uygulanır.

2) İştirak

Suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmez, genel hükümler geçerlidir. Suçun karşılaşma suçu olduğu ve alıcı ile satıcının birbirinden bağımsız olarak fail olduğu akılda tutulmalıdır.

3) İçtima

Tek bir anlaşmaya dayanılarak anlaşılan miktarın kısımlara bölünerek devredilmesi durumunda tek bir suç vardır. İçtima hükümleri uygulanmaz. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla kişiden para alınması ya da birden fazla kişiye para verilmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Yine aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiyle farklı zamanlarda para alış verişi yapılması halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

Paranın kullanılmasının başka bir suçu oluşturduğu durumlarda fikri içtima hükümleri uygulanabilir. Örneğin paranın kullanılması, aynı zamanda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu

⁷⁵ Nitekim doktrinde suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından pazarlığa başlanması ile icra hareketlerinin de başladığı kabul edilmektedir. **ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAĞSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 765; **AYDEMİR KURT**, Ülkü: "Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 17, S. 50, 2022, ss. 403-439, s. 429. İnceleme konusu suçun suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun satma ve satın alma seçimsel hareketlerine olan benzerliği nedeniyle teşebbüs aşamasının başlangıcı ve suçun tamamlanma anına ilişkin olarak benzer bir değerlendirme yapılabilir.

oluşturabilir⁷⁶. Bu durumda failer daha ağır cezayı gerektiren suç eşyasını satın alma ve kabul etme suçundan cezalandırılır. 1264 sayılı Kanun'da düzenlenen suçtan ayrıca cezalandırma yoluna gidilmez.

e. Yaptırım

Maddede suçun yaptırımını elli güne kadar adli para cezası olarak öngörülmüş, ancak cezanın suçun konusunu oluşturan paranın beş katından az olamayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla mahkeme, önce adli para cezasını gün para sistemi ile hesaplayacak, daha sonra da sonuç cezanın suçun konusunu oluşturan paranın beş katından az olup olmadığını tespit ederek cezayı belirleyecektir.

Maddenin ilk halinde, *"50 liradan aşağı olmamak üzere kullanılan paraların 50 misli para cezası"* öngörülmüş ve el koyulan paranın hükmün infazında mahsup edileceği düzenlenmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uyum sürecinde yapılan değişikliklerle suçun yaptırımı bugünkü halini almış ve el koyulan paranın cezadan mahsup edilmesi hükmü yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁷. Dolayısıyla el koyulan para verilecek adli para cezasından mahsup edilmeyerek kazanç müsaderesine konu olurken, paranın eritme veya başka bir nedenle müsadere edilememesi durumunda TCK m. 55/2 uyarınca bunun karşılığı olan malvarlığı değerini oluşturan aynı miktarda para hakkında müsadere kararı verilecektir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Madeni paraların eritilmesi riski, ufak paraların para sistemi içerisinde taşıdığı anlam ve önem de değerlendirildiğinde, her zaman bulunmaktadır. Özellikle en düşük değerli paraların materyal değerlerinin altında bir itibari değere sahip olmasından kaçınmak oldukça zordur. Ancak materyal değeri ile itibari değer arasındaki fark materyal değer lehine arttıkça bu paraların içerdikleri madenleri elde

⁷⁶ Paranın suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun konusunu oluşturabileceği hususunda bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 762; AYDEMİR KURT, s. 412-413.

⁷⁷ 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, RG. 08.02.2008, 26.781.

etmek amacıyla eritilmesi riski de artmakta ve madeni para piyasasında para kıtlığı ve spekülasyona yol açabilmektedir. Bu nedenle, düşük değerli madeni paralarda kullanılan materyallerin dikkatle seçilmesi ve eritmeyi zorlaştırıcı önlemler alınması para piyasasının kontrolü için elzemdir. Günümüzde mutlak şekilde geçerli kabul edilen itibari para sisteminin korunması, ancak paranın basıldığı materyalin itibari değerinden daha yüksek bir gelir vadetmesinin önüne geçmekle mümkün olur⁷⁸.

Türk mevzuatında madeni paraların korunmasına ilişkin tek düzenleme olan 1264 sayılı Kanun m. 6'nın sadece itibari değer dışındaki bir fiyatla kullanımı kapsamı ve paranın eritilmesi veya diğer bir yolla yok edilmesini düzenlememesi nedeniyle, madeni para eritenlerin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Maddede düzenlenen suç yalnızca paranın toplu şekilde eritilmesi amacıyla piyasadan itibari değerinin üzerinde bir fiyatla satın alınması durumunda uygulama alanı bulacak, diğer hallerde ise para eriten kişiler cezasız kalacaktır. Yine 1567 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta da madeni paraları koruyan herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Para piyasasının istikrarı açısından, incelenen ülke mevzuatlarına benzer şekilde madeni paraların büyük miktarlarda eritilmesi ve diğer bir yolla yok edilmesinin önüne geçecek bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak böyle bir düzenlemenin madeni paraların eritmeye karşı korunmasında tek başına etkili olmasını beklemek yerine madeni para eritmenin oldukça yüksek getiriye sahip bir iş olarak görülmesini engelleyecek önlemlerle desteklenmesi gerekir. Bu yolla elde edilebilecek geliri ortadan kaldırmak ya da azaltmak, cezaların caydırıcılığından daha etkili sonuçlar verecektir. Farklı koruma yöntemlerinin uygulanmasına çaba gösterilmeli ve ancak bunların yetersiz kaldığı durumlarda son çare olarak cezaya başvurulmalıdır. Özellikle materyal değerinin itibari değerinin kırk katını aştığı 1 kuruş

⁷⁸ “Her başlangıç düzeyindeki ekonomi ders kitap, sağlam bir ufaklık para sistemini korumanın standart formülünü verir: hükümet hesabına emtea değeri piyasa değerinden daha düşük olan küçük madeni paraları (sikkeleri) tedavüle çıkarmak; tedavüldeki bu ufak madeni paraların miktarını sınırlamak; birim para ile konvertibilitesini sağlamak.” CIPOLLA, s. 32.

ve on katını aştığı 5 kuruşun tedavülünden kaldırılması⁷⁹ ve 10 kuruşla 25 kuruşun materyal içeriğinde değişikliğe gidilerek hem daha az değerli hem de eritilmesi daha zor olan materyallerin tercih edilmesi yerinde olacaktır⁸⁰. Yine 50 kuruş ve 1 liralık madeni paraların küçültülmesi veya materyal içeriğinin değiştirilmesi mümkündür.

Ulaşılan bütün bu sonuçlar değerlendirildiğinde, madeni paraların ceza hukuku açısından korunması adına iki farklı düzenleme yapılması önerilebilir. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun veya 1264 sayılı Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılarak, söz konusu fiil bir kabahat veya bir suç olarak düzenlenebilir. 1567 sayılı Kanunda yapılacak bir düzenlemeyle eritme ya da herhangi bir şekilde yok etmenin kabahat olarak düzenlenmesi, madeni paraların korunması adına yeterli olabilir. Ancak piyasadan ne kadar paranın bu yolla çekildiği ve madeni para kıtlığına ilişkin iddiaların gerçek durumu ne kadar yansıttığı bilinmemektedir. Bu konuda yapılacak bir araştırma, çeşitli medya organlarına yansıyan haberlerin ötesinde bir bilgi sağlayarak sorunun

⁷⁹ Nitekim Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü'nün açıkladığı istatistiklere göre 2023 yılının ilk 10 ayında tedavüle hiç 5 kuruş verilmemiş ve yalnızca 240 bin adet 1 kuruş verilmiştir. Söz konusu paraların tedavüle verilmemesi tedavülünden kaldırılmalarına bir hazırlık olabileceği gibi zaman içerisinde piyasadan çekilerek gayri resmi olarak tedavülünden kaldırılmalarına yönelik bir çalışma da olabilir. Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, "Tedavüle Verilen Madeni Ufaklık Para Miktarı (Adet)", <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/7/2023/11/Madeni-Ufaklik-Para-2023-10.-ay.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2023).

⁸⁰ TBMM'ye verilen bir yazılı soru önergesine verdiği cevapta Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, 18.04.2013 tarihi itibarıyla 1 kuruşluk madeni paranın maliyetinin 2.64 kuruşa yükseldiğini belirtmiş ve "*metal değeri itibari değerini geçen madeni ufaklık paraların değerini düşürmeye yardımcı olacak seçenekler üzerinde*" çalışıldığının altını çizmiştir. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, "Mersin Milletvekili Sayın Mehmet Şandır Tarafından Başbakan Yardımcısı Sayın Ali Babacan'a Tercih Edilen 7/2762 Esas Numaralı Soru Önergesi ile İlgili Olarak Hazine Müsteşarlığı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü Tarafından Hazırlanan Cevap Metni", 06.08.2013, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T7/WebOnergeMetni/e5b82579-d047-4fe0-81e5-bb4b79e12983.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2023). Ancak aradan geçen zamanda 25 ve 50 kuruş ile 1 liralık madeni paraların ağırlık ve materyalleri konusunda yapılan 2023 değişiklikleri dışında, paraların materyal değerini düşürmeye ilişkin kayda değer bir çalışma yapılmamıştır.

boyutlarının anlaşılması ve madeni paraların hangi seviyede bir korumaya ihtiyaç duyduğunun ortaya konması açısından faydalı olacaktır. Gerekli görülmesi halinde fiilin ağırlığına göre kriterler belirlenerek daha düşük öneme sahip fiillerin kabahat, daha önemli fiillerinse suç olarak düzenlenmesi de mümkündür⁸¹.

Madeni para piyasasındaki sorunun boyutları ve paranın korunması ihtiyacı göz önüne alınarak, aşağıdaki gibi bir düzenleme bu konudaki ihtiyacı karşılayacaktır;

- (1) Halen tedavülde bulunan madeni paraları toplu olarak eriten, parçalayan veya herhangi bir suretle kasten yok eden ya da yurtdışına çıkaran kişi ... cezası ile cezalandırılır.
- (2) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, birinci fıkradaki fiilin işlenmesinde kullanılan araç ve gereçlerle kullanılan para ve elde edilen madenlerin müsaderesine/mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.
- (3) Bu madde hükümleri, bilimsel veya sanatsal amaçlarla gerçekleştirilen fiiller hakkında uygulanmaz.

Önerilen hüküm madeni paraların korunmasını sağlayacağı gibi bu amaçla bağdaşmayan üç durumun oluşmasını da engelleyecektir. İlk olarak, madeni paraların küçük miktarlarda yok edilmesi madeni para piyasasında ceza hukuku eliyle korumayı gerektirecek ölçüde bir zarar oluşturmayacaktır. Örneğin kolye veya anahtarlık yapmak gibi amaçlarla az miktarda paranın deforme edilmesi önemsiz bir fiildir ve ceza sorumluluğunu gerektirmez. İkinci olarak, madeni paraların eritme

⁸¹ Bir fiilin suç olarak veya kabahat olarak düzenlenmesi, izlenen suç politikasının ürünüdür. Kabahatlerle suçlar arasında nitelik veya niceliğe ilişkin net bir ayrım ortaya koyma çabalarının sonuçsuzluğu karşısında, hangi hukuksal değerler ceza hukukuyla, hangisinin kabahatler hukukuyla korunacağı ya da hangi tür ihlallerin hangi yaptırımlarla karşılanacağını kesin bir şekilde saptanması mümkün değildir. Bkz. **KANGAL**, Zeynel T.: Kabahatler Hukuku, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 56-63. Bununla birlikte, madeni paraların toplu olarak yok edildiği her fiilin ceza hukuku ile karşılanması gerekmediği gibi kabahatlere uygulanan idari yaptırımların her durumda suçtan daha hafif ve daha az caydırıcı olmadığı da akılda tutulmalıdır.

veya başka bir yolla yok edilmesinde kullanılan araç ve gereçlerle para ve madenlerin müsadere edilmesi veya mülkiyetinin kamuya geçirilmesi, verilecek cezaya ek olarak önemli bir caydırıcılık sağlayabilir⁸². TCK m. 54/1 hükmü gereği kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya buna tahsis edilen eşya ve TCK m. 55/1 gereğince suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesiyle elde edilen maddi menfaatler müsadereye tabidir. Dolayısıyla söz konusu fiilin bir suç olarak düzenlenmesi durumunda önerilen maddenin ikinci fıkrası, genel hükümlerin bir tekrarı niteliğinde olacaktır⁸³. Ancak Kabahatler Kanunu m. 18'de kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya hakkında mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yine kabahatin işlenmesinde kullanılan araç ve gereçler hakkında mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanabilmesi de, ilgili kanunda özel ve açık bir hükmün varlığı halinde mümkündür⁸⁴. Her iki durumda, mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanabilmesi için kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁸⁵.

⁸² Müsadere Türk ceza hukuku sisteminde güvenlik tedbirleri arasında yer almaktadır ve caydırıcılık, tehlikeliliği esas alan güvenlik tedbirlerinin meşruyetini sağlayan bir amaç değildir. Bununla birlikte doktrinde, suç teşkil eden eşyanın müsadere hariç olmak üzere müsadere bir tür ek ceza olduğuna ilişkin görüşler baskındır. **ÖZTÜRK**, Bahri/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 582; **DEMİRBAŞ**, s. 666; **DALKILIÇ**, Aysun: Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 27-28. Dolayısıyla her ne kadar güvenlik tedbirleri arasında düzenlense de, müsadere hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu ve caydırıcı niteliğe sahip olabileceği söylenebilir. Nitekim kazanç müsadere düzenleyen TCK m. 55'in gerekçesinde kazanç müsadere; "*ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım*" olarak nitelendirilmiştir. Yine, kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi, ekonomik çıkar elde etme amaçlı kabahatler bakımından bir caydırıcılık sağlanmasını amaçlamaktadır. **KANGAL**, s. 326.

⁸³ Müsadereye ilişkin genel hükümler, ceza normu içeren özel kanunlardaki kasten işlenen suçlar bakımından da uygulanır. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 669; **DALKILIÇ**, s. 57.

⁸⁴ **KANGAL**, s. 330.

⁸⁵ **KANGAL**, s. 321.

Önerinin üçüncü fıkrasıyla bilimsel ve sanatsal amaçlarla gerçekleştirilen fiiller gözetilmektedir. Madeni paraların bilimsel veya sanatsal amaçlarla yok edilmesi hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygun görülebilirse de, doğrudan suç veya kabahat tipinin bu tarz fiilleri kapsamına almaması daha doğru olacaktır. Zira bilimsel veya sanatsal amaçlarla gerçekleştirilen fiillere kanuni tanımda yer alan bir unsur olarak yer verilmesi tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilerek hukuka aykırılık incelemesini de gereksiz kılacaktır⁸⁶.

Önerilen hükümle birlikte madeni paraların toplu olarak yurtdışına çıkarılmasının da önüne geçilecektir. Madeni paraların ülkede yok edilmesinin yasaklanması, madenlerin elde edilmesi amacıyla yurtdışına çıkarılması sonucunu doğurabilir ve bunun da engellenmesi gerekir. Türk mevzuatında bu konuda özel bir hüküm bulunmadığından madeni paraların yurtdışına çıkarılması genel hükümlere tabidir. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar m. 3/1-d uyarınca 25.000 TL'yi aşan Türk parasının yurtdışına çıkarılması Hazine ve Maliye Bakanlığı'nun belirlediği esaslara göre yapılırken bu miktarı aşmayan para, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın çıkarılabilir. 25.000 TL'yi aşan Türk parası ise kural olarak Nakit Beyan Formu doldurulmak kaydıyla serbestçe çıkarılabilir⁸⁷.

⁸⁶ Tipikliği ortadan kaldıran nedenlerle hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayırım genelde rıza ve hakkın kullanılması başlıklarında tartışılmaktadır. Rıza veya hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi değil de tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi özellikle suçun unsurları, rızanın veya hakkın koşulları ve hata durumlarının değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu konuda bkz. **EKİCİ ŞAHİN**, s. 72-77; **DEMİREL**, Muhammed, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1469-1523, s. 1495. Yukarıdaki öneriye benzer bir düzenleme Türk Ceza Kanunu m. 226/7'de müstehcenlik suçu başlığında yer almaktadır. Fıkraya göre; "Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz."

⁸⁷ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar uyarınca bazı nakitlerin yurtdışına ancak bankalar aracılığıyla transfer edilebileceği kabul edilmiştir. Paranın kaynağı veya kullanım amacına göre belirlenen bu sınırlamalar, paranın madeni veya kağıt para olması bakımından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Yolcu üzerinde yurtdışına çıkarılması yasak olan nakitler için bkz. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü: Gümrüklerde Nakit Kontrolleri

Madeni paraların toplu olarak yurtdışına çıkarılmasının yasaklanması, madeni para piyasasının istikrarı açısından yok etme yasağı kadar önemlidir.

KAYNAKÇA

AKYILDIZ, Ali: "Para", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/para> (Erişim Tarihi: 10.08.2023).

AL, Hüseyin: "Tanzimat Döneminde Ufaklık Para Sorunu (1839-1879)", Ekonomi Bilimleri Dergisi, C. 3, S. 1, 2011, ss. 69-78.

AYDEMİR KURT, Ülkü: "Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 17, S. 50, 2022, ss. 403-439.

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı: "Mersin Milletvekili Sayın Mehmet Şandır Tarafından Başbakan Yardımcısı Sayın Ali Babacan'a Tevcih Edilen 7/2762 Esas Numaralı Soru Önergesi ile İlgili Olarak Hazine Müsteşarlığı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü Tarafından Hazırlanan Cevap Metni", 06.08.2013, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T7/WebOnergeMetni/e5b82579-d047-4fe0-81e5-bb4b79e12983.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

BGazete: "Kumbarasında 5 25 50 Kuruş ve 1 TL'si Olanlar! Darphane Topluyor! Bozuk Para Krizi Başladı", 21.08.2023, <https://www.bgazete.com.tr/haber/16196742/kumbarasinda-5-25-50-kurus-ve-1-tlsi-olanlar-darphane-topluyor-bozuk-para-krizi-basladi> (Erişim Tarihi: 21.08.2023).

Bloomberg HT: "Piyasada Madeni Para Kıtlığı", 05.08.2022, <https://www.bloomberght.com/piyasada-madeni-para-kitligi-2312403> (Erişim Tarihi: 27.09.2023).

CHEUNG, Matthew: "Melting Pennies is 139% Profitable", 2021, <https://matthewjcheung.medium.com/melting-pennies-is-profitable-26a16696195b> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

CIPOLLA, Carlo M.: Akdeniz Dünyasında Para, Fiyatlar ve Medeniyet, (Çeviren: KARACAN, Ali İhsan), Bağlam Yayınları, İstanbul 1993.

Coinage Act 1971: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/24> (Erişim Tarihi: 28.08.2023).

Commission Recommendation of 22 March 2010 on the Scope and Effects of Legal Tender of Euro Banknotes and Coins (2010/191/EU), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010H0191> (Erişim Tarihi: 23.08.2023).

Cumhuriyet: “Madeni Paralar Eritilip Hurdaya mı Gidiyor? Ekonomist Mahfi Eğilmez'den 'Darphane' Önerisi”, 05.08.2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/ekonomi/madeni-paralar-eritilip-hurdaya-mi-gidiyor-ekonomist-mahfi-egilmezden-darphane-onerisi-1965768#:~:text=%22%C3%96ZEL%20HURDACILAR%20T%C3%9CRED%C4%B0%22&text=Buna%20g%C3%B6re%2C%205%20kuru%C5%9F%20i%C3%A7in,kuru%C5%9F%20ham%20metal%20harcamas%C4%B1%20yap%C4%B1%20yap%C4%B1yor> (Erişim Tarihi: 29.09.2023).

ÇELİK, Seydi: “Meta Değişimi ve Paranın Siyasal İktidarın Kurulma ve Kurumsallaşma Sürecindeki Rolü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, ss. 1275-1304.

DALKILIÇ, Aysun: Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü: “2020/123975 Madeni Tedavül Para Pulu Alımı – 16.04.2020/10:00”, <https://www.darphane.gov.tr/duyuru/2020-123975-madeni-tedavul-para-pulu-alimi-16-04-2020-10-00> (Erişim Tarihi: 20.09.2023).

Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü: “Cumhuriyet Dönemi Tedavül Paraları”, <https://www.darphane.gov.tr/cumhuriyet-donemi-tedavul-paralari> (Erişim Tarihi: 21.08.2023).

Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü: “Kamuoyuna Duyuru”, 27.11.2022, <https://twitter.com/DarphaneGM/status/1596810902325841921> (Erişim Tarihi: 16.09.2023).

Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü: “Tedavüle Verilen Madeni Ufaklık Para Miktarı (Adet)”,

<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/7/2023/11/Madeni-Ufaklik-Para-2023-10.-ay.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2023).

Decimal Currency Act, 1969:
<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1969/act/23/enacted/en/print.html>
(Erişim Tarihi: 24.08.2023).

DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

DEMİREL, Muhammed, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1469-1523.

EAGLETON, Catherine/**WILLIAMS**, Jonathan: Paranın Tarihi, (Çeviren: KÂHYA, Fadime), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011.

EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2012.

ERDEM, Ekrem: “Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz”, Bankacılar Dergisi, S. 56, 2006, ss. 10-28.

ERMAN, Sahir: Ticarî Ceza Hukuku, C. II: Döviz Suçları, Formül Matbaası, İstanbul 1978.

EU Council Regulation: No 729/2014 of 24 June 2014 on denominations and technical specifications of euro coins intended for circulation, Annex I, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0729> (Erişim Tarihi: 22.08.2023).

Euro Legal Tender Expert Group: “Report of the Euro Legal Tender Expert Group (ELTEG) on the Definition, Scope and Effects of Legal Tender of Euro Banknotes and Coins”, 2010, https://ec.europa.eu/economy_finance/articles/euro/documents/elteg_en.pdf (Erişim Tarihi: 24.08.2023).

European Central Bank: “Security Features”, <https://www.ecb.europa.eu/euro/coins/security/html/index.en.html> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

FİDAN, Murat/**DİLEK**, Serkan/**ESEV**, Ayşegül: “Dünden Bugüne Paranın Tarihi ve Türkiye’de Kâğıt Para Kullanımı”, Sosyal Bilimler Dergisi, C. 9, S. 18, 2019, ss. 141-162.

Gazete Duvar: “CHP’li Yalım: 50 Kuruşun Metal Maliyeti 2.42 TL, 5 Liranın Maliyeti 6 TL”, 22.03.2022, <https://www.gazeteduvar.com.tr/chpli-yalim-50-kurusun-metal-maliyeti-242-tl-5-liranin-maliyeti-6-tl-haber-1557599> (Erişim Tarihi: 29.09.2023).

GLOVER, Harold: “Metals and Coins”, Journal of the Royal Society of Arts, C. 121, S. 5202, 1973, ss. 367-380.

GONNARD, R.: “Kâğıt Para”, (Çeviren: SUVLA, R. Ş.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 16, 1938, ss. 728-759.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü: Gümrüklerde Nakit Kontrolleri Hakkında Genelge (2016/1), <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261> (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

GÜNVER, Osman R.: “Çağımızda Hukuksal Açıdan Para Kavramı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 2, 2017, ss. 143-174.

KALELİ, Hüseyin: “Osmanlı Madeni Para Rejiminde Enflasyona Yol Açması Bakımından Tağşişler ve Sebepleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2002, ss. 189-206.

KANGAL, Zeynel T.: Kabahatler Hukuku, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

KÖKLÜ, Aziz: “Ufak Paralar ve Ufak Para Kanunlarımız”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 1947, ss. 135-146.

LEARNER, Sam: “Not a penny more: the time to abolish the US coin has come”, Financial Times, 15.04.2023,

<https://www.ft.com/content/2a4332d1-9faa-4325-a2b7-26203c44f12d>
(Erişim Tarihi: 29.08.2023).

MAGNO, Alessandro Marzo: Paranın İcadı: Finans İtalyanca Konuşurken, (Çeviren: KAVASOĞLU, İ. Utku), Tellekt, İstanbul 2021.

MERT, Alican: Deniz Kabuğundan Kripto Paraya: Bitcoin'in Vergisel Boyutu, AKINCI, Nuray Aşçı/OVALIOĞLU, Selin (Editörler), VIII. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 289-354.

NTV: "Madeni Para Sıkıntısı Yaşayan Fırıncıdan İlginç Çözüm", 15.08.2023, <https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/madeni-para-sikintisi-yasayan-firincidan-ilginc-cozum,wIo-An2-RE-NrmKB80RNyA/Zyt3J5WPvEWCrpDPS7ahcg> (Erişim Tarihi: 18.09.2023).

NTV: "Madeni Paralarda Değişiklik", 11.04.2023, <https://www.ntv.com.tr/galeri/ntvpara/madeni-paralarda-degisiklik,rfwU8aqjDECOi5vmtWsu1Q/Er5I4smab0WcuJVcs6YCeA> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

Numista: "1 Lira", <https://en.numista.com/catalogue/pieces362474.html> (erişim trihi: 05.12.2023)

Numista: "25 Kuruş", <https://en.numista.com/catalogue/pieces368440.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2023)

Numista: "50 Kuruş", <https://en.numista.com/catalogue/pieces363213.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2023)

ÖZBALCI, Yalım Yarkın: "Parada Sahtecilik Suçu", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ÖZTÜRK, Bahri/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

PAMUK, Şevket: Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, 3.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021.

Para Analiz: "Madeni Para Kıtlığı Başladı", 27.05.2023, <https://www.paraanaliz.com/2023/ekonomi/madeni-para-kitligi-basladi-g-54340/> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

ROTHBARD, Murray N.: Yasal Kalpazan: Devlet Paramızı Ne Hale Getirdi?, (Çeviren: ŞAHİN, Hakan), Liberus Kitap, İstanbul 2020.

SEITZ, Franz/**STOYAN**, Dietrich/**TÖDTER**, Karl-Heinz: "Coin Migration and Seigniorage within the Euro Area", Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, C. 232, S. 1, 2012, ss. 84-92.

SIMMEL, Georg: Paranın Felsefesi, (Çeviren: ALOGAN, Yavuz/**AYDIN**, Öykü Didem, İthaki Yayınları, İstanbul 2014.

Sözcü: "1 Liranın Maliyeti 3 Lirayı Geçti", 27.11.2022, <https://www.sozcu.com.tr/2022/ekonomi/1-liranin-maliyeti-3-lirayi-gecti-7502940/> (Erişim Tarihi: 29.09.2023).

TBMM Tutanak Dergisi: "150 milyon liralık madenî ufaklık para bastırılması hakkındaki Kanunun ikinci maddesinin değiştirilmesine ve bu kanuna bir madde eklenmesine dair kanun tasarısı ve Maliye ve Plân komisyonları raporları", https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c004/mm__03004072ss0102.pdf (Erişim Tarihi: 18.09.2023).

TGRT Haber: "Tedavüldeki bozuk paraları kiloyla hurdacıya sattı! Böyle daha çok para ediyor", 16.05.2022, <https://www.tgrthaber.com.tr/yasam/tedavuldeki-bozuk-paralari-kiloyla-hurdaciya-satti-2827924> (Erişim Tarihi: 21.08.2023).

The Royal Mint: "Coin Designs and Specifications", <https://www.royalmint.com/discover/uk-coins/coin-design-and-specifications/> (Erişim Tarihi: 28.08.2023).

The Royal Mint: "Cupro Nickel Replacement Programme", <https://www.royalmint.com/discover/uk-coins/cupro-nickel-replacement/> (Erişim Tarihi: 28.08.2023).

TİMUR, Hıfzı: “Paranın Hukuki Mahiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, 1948, ss. 231-247.

TULAY, M. Emre: Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Adalet Yayınları, Ankara 2022.

United States Mint, Treasury: “Prohibition on the Exportation, Melting, or Treatment of 5-Cent and One-Cent Coins”, 16.04.2007, <https://www.federalregister.gov/d/E7-7088> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

United States Mint: “Circulating Coins”, <https://www.usmint.gov/learn/coin-and-medal-programs/circulating-coins> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

United States Mint: “The History of U.S. Circulating Coins”, <https://www.usmint.gov/learn/history/us-circulating-coins> (Erişim Tarihi: 29.08.2023).

URUŞAK, Uğur: Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2010.

ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN ATANMA USULÜNÜN DENGE VE DENETLEME MEKANİZMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ*

Öz

Üst kademe kamu yöneticileri buldukları konum ve ifa ettiği hizmetler bakımından her ülkede ve her dönemde önemli kişiler olarak görülmüşlerdir. Çeşitli dönemlerde farklı sistemlerde üst kademe kamu yöneticilerinin kapsamını belirlemek, atama usullerine ilişkin standart usuller belirlemek oldukça güç olmuştur. Bu nedenle üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında farklı usuller tercih edilmiştir. Bununla birlikte üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisinin yürütmeye ait bir yetki olduğu konusunda genel bir eğilim vardır. Yürütme organının üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevden alabilme yetkisi bürokrasi üzerinde önemli ve etkili bir güçtür. Bu gücün dengelenmesi ve denetime tabi olması açısından bazı ülkelerde yürütmenin atama yetkisinin parlamento onayına tabi kılındığı görülmektedir. Bu çalışmada üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usullerindeki farklılıklara ve atama usullerinin denge ve denetleme mekanizması açısından önemine değinilecektir.

* Dr. Öğr. Üyesi. Selçuk Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Public Law, Constitutional Law Department, Konya, Türkiye.

✉ cansuolmez@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0003-3998-3692.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖLMEZ, Cansu Büşra: “Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanması Usulünün Denge ve Denetleme Mekanizması Bakımından Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 949-975.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Üst Kademe Kamu Yöneticileri • Cumhurbaşkanı Kararı • Parlamento Onayı • Denge ve Denetleme Mekanizması • Cumhurbaşkanlığı Kararname

EVALUATION OF THE APPOINTMENT PROCEDURE OF SENIOR PUBLIC ADMINISTRATORS IN TERMS OF THE CHECKS AND BALANCES MECHANISM

Abstract

Senior public administrators have been regarded as important persons in every country in every period in terms of their position and the services they perform. It has been very difficult to determine the scope of senior public administrators in different systems in different periods and to determine standard procedures for their appointment. For this reason, countries have preferred different procedures in the appointment of senior public administrators. However, there is a general tendency that the power to appoint senior public administrators belongs to the executive branch. The power of the executive branch to appoint and dismiss senior public administrators is an important and effective power over the bureaucracy. In order to balance this power and subject it to control, in some countries, the executive's power of appointment is subject to parliamentary approval. In this study, the differences in the appointment procedures of senior public administrators and the importance of appointment procedures in terms of the checks and balances mechanism will be analysed.

Keywords

• Senior Public Officials • Presidential Decision • Parliamentary Approval • Checks and Balances Mechanism • Presidential Decree

GİRİŞ

Hükümet sistemlerinin karakterinin şekillenmesinde denge ve denetleme mekanizması önemli bir yer işgal etmektedir. Denge ve denetleme mekanizmasının sadece başkanlık sisteminde geçerli olduğunu söylemek yanıltıcı olacaktır. Zira parlamenter ve yarı-başkanlık sistemleri de denge ve denetleme mekanizması temelinde işlemektedir. Ancak başkanlık sisteminin karakteristik özelliği gereği kuvvetlerin birbirinden net biçimde ayrılması birbirlerini etkileme kapasitesini zayıflatmakta böylece gücün tek bir elde toplanması ihtimalini güçlendirmektedir. Bu durumun

yasama veya özellikle yürütme lehine bir avantaja dönüşmesinin önlenmesinde başarılı bir denge ve denetleme mekanizmasının kurulmasının gerekli olduğu söylenebilir¹.

Başkanlık sistemi, yasama ve yürütmeyi birbirinden katı biçimde ayırarak bu yetkileri ayrı kuvvetlere vermiştir. Güçlü bir başkana yer veren bu sistemin demokratikliğini koruyabilmesi denge ve denetleme mekanizmalarının varlığı ve bu mekanizmaların sağlıklı bir biçimde işletilmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu mekanizmalar, yasama ve yürütmenin denge ve denetimin bir gereği olarak birbirleri ile etkileşime girmelerini sağlayan böylece gücün tek elde toplanmasına engel olan birtakım araçlara sahiptir. Bu açıdan üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi ve bu yetkinin kullanılmasında izlenen usul denge ve denetleme mekanizmalarına uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

Üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi genel olarak yürütmenin işlevlerinden biri olarak görülmektedir. Diğer yandan yürütmeye ait olan bu yetkinin kullanılmasında denge ve denetim aracı olarak yasama organının atama sürecine dahil olması öngörülmektedir². Yeknesak bir uygulama arz etmeyen bu durum yürütmenin politikalarını, mevzuatın belirlediği sınırlar dahilinde icra etme hususunda diğer kamu görevlilerine nazaran daha etkin bir konuma sahip üst kademe kamu yöneticilerinin kim tarafından atanacağını siyasi alanda tartışmalı hale getirmektedir. Tartışmanın temelinde üst kademe kamu yöneticilerinin, denge ve denetleme mekanizması bağlamında yasamanın da sürece dahil olacağı bir yöntemle mi yoksa bu kişilerin yürütmenin politikalarının verimli ve etkin bir biçimde yürütülmesi konusunda kilit bir konumda olması nedeniyle bizzat yürütme tarafından mı atanması gerektiği bulunmaktadır.

I. ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLİĞİ KAVRAMININ TANIMLANMASI SORUNU

Üst kademe kamu yöneticiliği kavramının zamandan zamana toplumdaki topluma değişiklik göstermesi bu kavrama dair tek tip bir tanım yapmayı güçleştirmektedir³. Bu açıdan somut bir tanım yapmaktan zi-

¹ GÜLENER, Serdar: Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme (ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Şili, Güney Kore), SETA Yayınları 66, İstanbul, 2016, s. 13.

² EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 852.

³ ERGUN, Turgay: Kamu Yöneticilerinin Yetiştirilmesi, TODAİE Yayınları No: 224, Ankara, 1988, s. 5.

yade üst kademe kamu yöneticiliği kavramını soyut ve işlevsel olarak tanımlanması tercih edilmektedir⁴. Üst kademe kamu yöneticileri, çalıştığı kurumlarda kararlara ve politikalara son şeklini veren kişilerdir. Kamu hizmeti yürüten kurum ve kuruluşların üst kademelerinde görev alan, temel politika konularında danışmanlık yapan, bakanların ya da yönetim kurullarının oluşturduğu politikaları uygulanabilir program, işlem ya da kararlara dönüştüren kamu görevlileridir⁵. Üst kademe kamu yöneticiliği kamu hizmetlerinin sunulması, kamu politikalarının oluşturulması, idari ve teknik düzenlemelerin yerine getirilmesini sağlayan genel veya uzmanlık kadrolarından oluşmaktadır. Üst kademe kamu yöneticilerinin politik ve idari rolleri de ön plandadır. Bu açıdan üst kademe yöneticiler sadece idari/teknik görevleri yerine getiren kişiler olarak görülmemelidir⁶. Üst kademe kamu yöneticilerinin çoğunlukla seçilmiş yöneticilerle çalışmaları, kendilerinden üst düzey plan ve politikalar ile hükümet programı doğrultusunda belirlenen hedefleri yerine getirmelerinin beklenmesi bu kişilerin siyasi roller taşıdığı anlamına gelmektedir⁷. Ayrıca bu kişiler yönetsel açıdan kanun, prosedür ve kaynaklarla ilgili sahip oldukları bilgiler sayesinde bakanlara ve diğer kurum yöneticilerine politikalarını oluşturmada yardımcı olmaktadır.

Üst kademe kamu yöneticilerini kamu personel rejimi içindeki diğer görevlilerden ayıran bazı nitelikler bulunmaktadır. Buna göre⁸:

- Üst kademe kamu yöneticileri devlet kurumlarının en üst kademede pozisyonlara atanırlar.
- Merkezi yönetimde genellikle politika yapım süreçlerinde çalışırlar veya başlıca kamu kurum ve kuruluşlarını yönetirler.
- Bakanlarla ya da üst düzey politik liderlerle çalışırlar.

⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan: Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Karar İncelemeleri Dergisi, 2(1), 2023, s. 26.

⁵ ERGUN, Turgay: "Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, 16(2), 1983, s. 24.

⁶ HALLIGAN, John: "Leadership and the Senior Service from A Comparative Perspective", The Handbook of Public Administration, B. Guy Peters ve Jon Pierre (ed.), Sage, California, 2011, s. 63.

⁷ SOBACI, Mehmet Zahid/KÖSEOĞLU, Özer: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler, SETA Yayınları, Ankara, 2018, s. 12.

⁸ "Senior Public Service: High Performing Manages of Government", Word Bank, s. 3, <http://www1.worldbank.org/publicsector/civilservice/epublish-docs/SPS%20note%201216.pdf>, (Erişim Tarihi 10.03.2024).

- Tek bir yönetim alanında uzmanlaşmak yerine daha genel niteliklere sahiptirler. Aynı zamanda çeşitli uzmanlık kuruluşlarını yönetebilirler.
- Tüm kamu personelleri içinde küçük bir oranı temsil ederler.
- Genel kamu hizmetine göre daha yüksek bir eğitim seviyesine sahip olmaları gerekir.
- Maaş düzeyleri ve diğer kamu görevlilerine göre yüksektir. Bununla birlikte daha az iş güvencesine sahiptirler.
- Diğer kamu görevlilerine nazaran farklı etik standartlara uymaları beklenir.

II. ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN BELİRLENMESİ USULÜ

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları hususu farklı dönemlerde her sistemde ve her ülkede önemli bir mesele olmuştur. Zira üst kademe kamu yöneticilerinin siyasi çerçevede alınan kararların ve politikaların uygulanması açısından önemli bir role sahip olduğu görülmektedir. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması hususunda ülkeler farklı yöntemler benimsemişlerdir. Bazı ülkelerde üst kademe kamu yöneticilerinin atanması yetkisi başkan ve parlamento arasında paylaşılırken, bazı ülkelerde atama yetkisi sadece başkana verilmiştir.

A. Üst Kademe Kamu Yöneticilerini Atama Yetkisinin Yalnızca Yürütmenin Elinde Olması

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında yürütmenin ve yürütme içindeki kurumların etkisi oldukça fazladır⁹. Bunun temel nedeni, yürütmenin kamusal politikaları daha kolay gerçekleştirmesi ve daha istikrarlı bir ülke siyasetinin sağlanmasıdır¹⁰. Ancak bu noktada üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisinin sadece yürütmeye bırakılması bu atamaların hangi kıstaslara göre yapılacağı sorusunu akıllara getirmektedir. Üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesinde iki sistem üzerinde durulmaktadır. Birinci sistem, atanacak kişilerin subjektif kıstaslardan ziyade objektif ölçütler içeren bir süreçten geçerek belirlenmesi

⁹ DAHLSTRÖM, Carl: "Political Appointments in 18 Democracies, 1975-2007", QOG Working Paper Series, 18, 2009, s. 6-11.

¹⁰ RIDDLESPERGER, James W./KING, James D.: "Elitism and Presidential Appointments", Social Science Quarterly, (70) 4, 1989, s. 902.

anlamına gelen liyakat sistemidir¹¹. İkinci sistem, ve siyasi politikaları uygulayacak kişilerin atanması anlamına gelen siyasi sistemdir. Siyasi atamalarda liyakatten ziyade atanacak kişilerin kendilerini atayanlara olan sadakati dikkate alınır¹².

Türk hukukunda üst kademe kamu yöneticileri atama yetkisi Anayasa'nın 104/9. maddesi ile cumhurbaşkanına verilmiştir. Ayrıca atanmalarına ilişkin usul ve esasların cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu anayasal hükme istinaden 3 sayılı "Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" çıkarılmıştır¹³. Her iki düzenlemede de kimlerin üst kademe kamu yöneticisi olduğu net bir biçimde belirlenmemiştir. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne ekli cetvellerde sayılan görev, pozisyon ve unvanlar ile teamüllere dayanarak kimlerin üst düzey kamu yöneticisi olduğu konusunda genel bir çerçeve çizilmiştir.

Kararname üst kademe kamu yöneticilerinin atanması hususunda üç yöntem öngörmektedir. Bunlardan ilki, cumhurbaşkanı kararıyla yapılan atamalardır. Bu atamalarda yetki münhasıran cumhurbaşkanına aittir. Cumhurbaşkanlığı tek taraflı iradesiyle atama yapma ve görevden

¹¹ PETERS, Guy: *The Politics of Bureaucracy: An Introduction to Coparative Public Administration*, Oxon, Routledge, 2010, s. 84. SOBACI/ KÖSEOĞLU, s. 15.

¹² SOBACI/ KÖSEOĞLU, s. 17. Ancak bu durum liyakate önem verilmediği anlamına gelmemektedir. Nitekim Danıştay'ın da vermiş olduğu kararlarda, Devlet Memurluğu Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca istisnai memurluk olarak kabul edilen ve yürütmeye neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi veren vali ataması ve görevden alınmasında, yürütmenin liyakat ilkesinden uzak kalamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Danıştay 2. Dairesi, Esas Sayısı: 2015/776, Karar Sayısı: 2015/7223; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Esas Sayısı: 2016/3790, Karar Sayısı: 2017/3426.

¹³ Atama ve görevden alma yetkisinin cumhurbaşkanına ait olduğu üst kademe kamu yöneticilerine sadece 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer verilmemiş, diğer bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde de bu yönde hükümlere yer verilmiştir. Örneğin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü, başdanışmanlar, danışmanlar ve genel müdürlerin cumhurbaşkanı tarafından atanacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü, başdanışmanlar ve danışmanlara 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ekli cetvellerinde yer verilmemiş olmasına rağmen, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde anılan kadrolara yapılacak atamaların cumhurbaşkanınca yapılacağı belirtilerek, bu kadroların da üst kademe kamu yöneticisi kadroları olduğu ortaya konulmuştur. SÖYLER, Yasin: "3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1), 2020, s. 63.

alma yetkisine sahiptir. Kararnamenin 2/2. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere cumhurbaşkanı kararıyla atama yapılmaktadır. (I) sayılı cetvel genel politika ve programların belirlenmesi ve uygulanmasında doğrudan rol alan üst kademe kamu yöneticilerini düzenlemektedir¹⁴. (I) sayılı cetvelde yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin görev süresi, kendilerini atayan cumhurbaşkanının görev süresini geçemez. Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, bu yöneticilerin de görevi sona ermektedir. Ancak görevi sona eren yöneticiler yeni bir atama yapılana kadar görevlerini sürdürmektedirler. Görev süreleri sona erdiğinde yeniden atanabilmeleri mümkündür.

İkinci yöntem, cumhurbaşkanının onayıyla yapılan atamalardır. Bu yöntemle yapılan atamalarda cumhurbaşkanına atama ile ilgili öneride bulunmak suretiyle teklif sunulur. Cumhurbaşkanını atama işlemini onaylamak ya da reddetmek suretiyle nihai kararı verir¹⁵. Kararname'nin 2/2. maddesine göre, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılmaktadır¹⁶. Genellikle kurumların tepe yöneticilerinin yardımcılarını ile görece daha düşük özlük haklara sahip tepe yöneticileri onay yöntemine tabi kılınmıştır.

¹⁴ Bu yöneticilere örnek olarak; "Diyanet İşleri Başkanı, Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu (MGK) Genel Sekreteri, Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve Üyeleri, Savunma Sanayii Başkanı, Bakan Yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Ofis Başkanları, Cumhurbaşkanlığına bağlı Kurum ve Kurul Başkanları, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) Genel Müdürü, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkanı, Özelleştirme İdaresi Başkanı, Sayıştay Başsavcısı, Valiler, Büyükelçiler, Daimi Temsilciler/Delegeler" ... gösterilebilir. Ayrıca (I) sayılı cetvelde kurul üyelikleri ya da bazı kurumların yardımcılıklarına da yer verilmiştir. Örnek olarak; düzenleyici ve denetleyici kurul üyeleri, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, İç Denetim Koordinasyon Kurulu üyeleri, Diyanet İşleri Başkan Yardımcıları, Cumhurbaşkanlığına bağlı Kurum ve Kurul Başkan Yardımcıları, Din İşleri Yüksek Kurulu Üyeleri gösterilebilir.

¹⁵ **ALBAYRAK**, Süha Oğuz: "Türkiye'de Üst Kademe Kamu Yöneticiliğine Atanma", Memleket Siyaset Yönetim, 15(33), 2020, s. 122.

¹⁶ Bu yöneticilere örnek olarak; "Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Üyeleri, Diplomasi Akademisi Başkanı, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu Yönetim Kurulu Üyeleri, Toplu Konut İdaresi Başkan Yardımcıları, Türkiye İstatistik Kurumu Başkan Yardımcıları, Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Bağlı Kurum Başkanları, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkan Yardımcıları, Sayıştay Savcıları, Bölge Kalkınma İdaresi Başkan Yardımcıları, Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkan Yardımcıları, Polis Akademisi Başkanı, Adli Tıp Kurumu Başkan Yardımcıları, İhtisas Kurulları Başkan ve Üyeleri, Bakanlık Daire Başkanları, Bakanlık Müfettişleri (Adalet, Mülkiye, Vergi ve İş Müfettişleri Dâhil) Hazine Kontrolörleri, I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık Bağlı, İlgili, İlişkili Kuruluşları)" verilebilir.

Kararname'ye ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere atanma usulü bakımından öngörülen farklılık dikkat çekmektedir. Kararname; (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atama yapılmasını kabul ederken, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılacağını belirtmiştir. (I) sayılı cetvelde yer alan yöneticilerin atanmasında öngörülen usul, Anayasa'nın 104/9. maddesindeki düzenleme ile paralellik göstermektedir. Ancak (II) sayılı cetvelde yer alan yöneticilerin atanmasında cumhurbaşkanı bir onay mercii haline getirilmiş ve cumhurbaşkanının atama yetkisi başka bir makamın teklifine bağlı kılınmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu konuya ilişkin 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bazı hükümlerinin iptali istemi ile açılan davada üst kademe kamu yöneticilerinin atama yöntemlerine ilişkin bazı tespitlerde bulunmuştur:

1. Mahkeme, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin atanmasında öngörülen usulün Anayasa'ya uygun olduğu kanaatindedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin getirdiği esaslara uygun olarak üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi cumhurbaşkanına verilmiştir. Üst kademe kamu yöneticilerinin kendilerini atayan cumhurbaşkanı ile göreve gelmeleri ve cumhurbaşkanı ile birlikte görevden gitmeleri yönündeki yaklaşım da bu anlayışın bir sonucudur. Bu bağlamda (I) sayılı cetvelde yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin bizzat cumhurbaşkanı tarafından atanmasının öngörülmesi Anayasa'nın 104/9. maddesi ile uyumludur¹⁷.

2. Kararname, üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunu açıkça düzenlememiştir. Bunun yerine Kararname'ye ekli farklı cetveller oluşturulmuş ve bu cetvellerde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin atanmasında farklı yöntemler benimsenmiştir. Bu cetveller incelendiğinde bazı görevlilerin üst kademe kamu yöneticisi olmayabileceği anlaşılmaktadır. (II) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinden bazıları üst kademe kamu yöneticisi kavram içinde yer alırken; müfettişler, Sayıştay savcıları, hazine kontrolörleri, daimi temsilci yardımcılar gibi bazı kamu görevlileri üst kademe kamu yöneticisi kapsamında değildir. (II) sayılı cetvelde üst kademe kamu yöneticisi olan ve olmayan görevliler birlikte düzenlenerek bir belirsizlik meydana gelmiştir. Bu durumda (II)

¹⁷ AYM, E.2018/120, K.2023/171, K.T. 11/10/2023, § 38. Aynı yönde karar için AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 69.

sayılı cetvelin tabi olduğu hükümlerin kime uygulanacağı tespit edilememektedir. Bu da hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir¹⁸. Üst kademe kamu yöneticisi olmayanların Kararname ile düzenlenmesi, kanuni belirsizlik ve kanuni güvenceden yoksunluk oluşturduğundan Anayasa'ya uygun değildir. Bu açıdan (II) sayılı cetvelden üst kademe kamu yöneticileri olmayanların çıkarılarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir¹⁹.

3. Anayasa 104/9. maddesi ile üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevden alma yetkisini münhasıran cumhurbaşkanına vermektedir. Bu düzenlemenin anlamı, cumhurbaşkanının atama yetkisini başka makamlarla/mercilerle paylaşamayacağıdır. Oysa (II) sayılı cetvelde yer alan üst kademe yöneticisi olanların atanma sürecinde başka bir makamın/merciin teklifinin aranması ve sonrasında cumhurbaşkanının onay suretiyle atama sürecini tamamlaması Anayasa'nın 104/9. maddesine aykırılık teşkil etmektedir²⁰.

4. Anayasa'nın 104/9. maddesine göre, Kararname'nin düzenlediği atama usul ve esaslarının üst kademe kamu yöneticilerine münhasır olması gerekir. Zira bu madde ile anayasa koyucu sadece üst kademe kamu yöneticileriyle sınırlı olarak atama usul ve esaslarının belirlenmesi yetkisini cumhurbaşkanına vermiştir. Diğer kamu görevlileri yönünden Anayasa'nın 128. maddesinin uygulanması gerekir ki bu düzenlemede kamu görevlilerinin atanma esaslarının kanunla düzenlenmesi güvence altına alınmıştır. Bu açıdan üst kademe kamu yöneticilerinin kapsamının açık ve net bir biçimde belirlenmesi diğer kamu görevlilerine sağlanan anayasal güvencelerin denetimi bakımından önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında "üst kademe kamu yöneticisi" kavramının içeriğini yorumlamak suretiyle doldürmüştür. (II) sayılı cetvelde yer alan kişilerin bazılarının kamu yöneticisi kapsamında olmadığına bu nedenle atama usulünün kararname ile değil, kanunla düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir²¹. Anayasa Mahkemesi bazı üst kademe kamu yöneticilerinin cumhurbaşkanının onayı ile atanması usulünü dü-

¹⁸ AYM, E.2018/120, K.2023/171, K.T.11/10/2023, § 42.

¹⁹ ÇAĞLAYAN, Üst Kademe Kamu Yöneticileri, s. 42.

²⁰ AYM, E.2018/120, K.2023/171, K.T.11/10/2023, § 45.

²¹ AYM, E.2018/120, K.2023/171, K.T. 11/10/2023.

zenleyen kuralın iptaline karar vermiştir. Mahkeme, iptal kararı ile doğabilecek boşluğun doldurulabilmesi için iptal kararının 9 ay sonra yürürlüğe girmesini öngörmüştür. Bu durumda iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında cumhurbaşkanının onayıyla atanma yapılması mümkün olmayacaktır.

Üçüncü yöntem ise (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer almayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili cumhurbaşkanı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılmasıdır. Cetvellerde sayılmayan yöneticilikler için bağlı ve ilgili kuruluşların daire başkanlıkları örnek olarak verilebilir²². Bu yöntemde (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer almayan kadrolara atama yetkisinin kime ait olacağı hususunun cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Zira Anayasa'nın 128/2. maddesine göre *“memurların ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar, kanunla düzenlenir”*. Dolayısıyla (I) ve (II) sayılı cetvelde yer almayan kadroların üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edilmemeleri bu kadrolara ilişkin atama usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır²³.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda cumhurbaşkanı hem üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında hem de atama koşullarının düzenlenmesinde tek karar verici konumundadır. Atama koşulları eski sistemde TBMM tarafından düzenlenmekteydi ancak Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde tüm yetki cumhurbaşkanına verilmiştir. Hükümet sisteminin bir gereği olarak kabul edilen bu değişiklik, aynı zamanda *“kişiyeye özel”* düzenlemelerin yapılabileceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir²⁴.

²² ALBAYRAK, s. 123.

²³ SÖYLER, s. 68.

²⁴ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu 13. maddesinde rektör olarak atanabilmek için en az üç yıl profesör olarak görev yapmış olma şartı aranmaktayken, 703 sayılı KHK ile en az 3 yıl profesör olarak görev yapmış olma koşulu kaldırılmıştır. Düzenlemenin hemen ardından İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Rektörlüğüne bir yıl profesör olarak görev yapmış bir kişi atanmıştır. Söz konusu atama yapıldıktan beş gün sonra 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile rektör olarak atanabilmek için en az 3 yıl profesör olma şartı geri getirilmiştir. Bu düzenlemeden iki ay sonra 17 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesiyle rektörlüğe atanma koşulu yeniden düzenlenerek *“en az üç yıl”* hizmet süresi şartı tekrar kaldırılıp, süre şartı aranmaksızın profesör olmak yeterli sayılmış ve yeni koşula göre rektör ataması yapılmıştır. GÖZLER, Kemal:

B. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasında Parlamento- nın Rolü

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında parlamentonun rolü doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki çeşittir. Parlamentonun doğrudan üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında karar mercii olması nadir karşılaşılan bir durumdur. Çünkü uygulamada üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında başrol yürütmeye aittir. Parlamentoya verilen üst kademe kamu yöneticilerini belirleme yetkisi geniş olmamakla birlikte özellikle bağımsız idari otoriteler, Sayıştay, merkez bankası, kamu denetçiliği, seçim kurulları ve insan hakları kurumlarının başkan ve üyelerinin belirlenmesinde doğrudan atama yetkilerine sahip oldukları görülmektedir. Bu tür kurumların üyelerinin belirlenmesinde parlamentolara rol verilmesi bu kurumların yürütme tarafından gerçekleştirilen birtakım işlemleri denetlemek üzere kurulması temeline dayanmaktadır. Bu kurumların denetleme işlevi bağımsızlık ve tarafsızlığının temin edilmesini gerekli kılmaktadır²⁵.

Örneğin, Meksika'da kamu yönetiminde şeffaflığın sağlanması ve denetiminin sağlanması için Milli Şeffaflık Kurumu kurulmuştur. Kurumun 7 üyesi, parlamentoda oylamaya katılan üyelerin üçte ikisinin oyu ile seçilmektedir (m. 6/1)²⁶. Bir başka örnek merkez bankası gibi mali konularda düzenleyici role sahip olan kuruluşların yönetim kademesinin seçiminde parlamento yetki verilmesidir. Bulgaristan'da Merkez Bankası Başkanı'nın ve Bankaya bağlı diğer Kuruluşların Başkanlarının atanmasında ve görevden alınmasında parlamento yetkili kılınmıştır (m.84/8). Brezilya'da Merkez Bankası Başkan ve Yardımcılarının seçiminde parlamento yetki verilmiştir (m. 52/-d). Peru'da parlamento sadece Merkez Bankası Başkanı'nı seçme yetkisi verilmiştir (m. 101/2-2)²⁷.

"Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri", 2019, http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm#_ftnref4, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

²⁵ TAN, Turgut: "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", Amme İdaresi Dergisi, (35)2, 2002, s. 23-24.

²⁶ Meksika Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

²⁷ Bulgaristan Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

Brezilya Anayasası, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dcleyes_pais_b_1_en.pdf, (Erişim Tarihi 15.03.2024). ;

Türk hukukunda bazı üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesinde TBMM'nin karar mercii konumundadır. Örneğin, Kamu Başdenetçisi "TBMM tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur" (Any m. 74/); Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan RTÜK "üyeleri siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir" (Any m.133/2). Sayıştay başkanı, "Kanunda yazılı niteliklere sahip isteklilerden 16. madde esaslarına göre belirlenecek iki aday arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca gizli oyla seçilir" (Sayıştay Kanunu m.13).

Parlamentonun dolaylı olarak bir rol üstlendiği üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında karar mercii yürütme olup parlamento onay verme veya reddetme şeklinde sürece dahil olmaktadır. Başkanlık sisteminde parlamentoya verilen bu yetki yürütmeyi parlamento karşısında az da olsa sınırlandırmakta böylece denge ve denetleme mekanizmasının işlemesine katkı sunmaktadır²⁸. Örneğin, ABD Anayasası federal düzeyde kamu görevlilerini atama sorumluluğunu başkan ve Kongre arasında paylaşmaktadır. ABD Anayasası'nın 2. maddesinin 2. bölümünün 2. bendine göre başkan, Senato'nun görüş ve onayını alarak büyükelçileri, diğer diplomatik kişileri ve konsolosları ayrıca Anayasa'nın öngörmediği ve kanunlarla kurulacak Birleşik Devletleri makamlarını atama yapma yetkisine sahiptir. Kongre uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atama yetkisini kanun ile doğrudan doğruya başkana, mahkemelere ya da departman başlarına yani sekreterlere (bakanlara) verebilecektir²⁹.

Peru Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

²⁸ **WEAVER**, Russell L.: "Advice and Consent In Historical Perspective", Duke Law Journal, (64)8, 2015, s. 1727; **WULWICK**, Richard P./**MACCHIAROLA**, Frank J.: "Congressional Interference with the President's Power to Appoint", Stetson Law Review, (24)3, 1995, s. 640-642.

²⁹ ABD Anayasası, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

ABD’de başkanın yaptığı atamalar dört kategoride değerlendirilir. Bunlardan ilki Senato onayını gerektiren başkanlık atamalarıdır. Başkanın Senato onayına tabi olarak gerçekleştirdiği atamalar (PAS) federal personel hiyerarşisinin en üstünde yer alan ve önemli stratejik kararları almaktan sorumlu olan yöneticilerdir³⁰. Bu atamalar, kabine sekreterleri (bakanlar) ve yardımcıları, müsteşar ve yardımcıları, bakanlıkların baş hukuk müşavirleri, yüksek mahkeme yargıçları, Birleşik Devletler savcıları, adli kolluk yöneticileri, bağımsız kurum başkanları ve büyükelçiler, Amerika Merkez Bankası Yöneticiler Kurulu gibi yarı zamanlı çalışanlar ve harcırah bazında ödenen yüzlerce danışman ya da komite-denetim rolünü üstlenen üst kademe yönetici pozisyonunu kapsamaktadır. Bu pozisyonlar için yapılacak atamalar başkan tarafından aday gösterme, güvenlik araştırması, detaylı bir değerlendirme ve Senato onayı sonrasında gerçekleştirilmektedir³¹.

Senato onayına tabi atamalarda süreç genellikle başkanın atama yapmak istediği kişiyi seçmesi ve aday göstermesi, Senato’nun başkanın gösterdiği adayı değerlendirmesi ve kabul etmesi, başkanın da resmi atamayı gerçekleştirilmesi şeklinde üç aşamadan oluşmaktadır³². İlk aşama aday gösterme sürecidir. Resmi olarak aday Senato’ya gönderilmeden önce Başkanlık Personel Ofisi’nin yardımı ve ön incelemesi ile başkan pozisyon için bir aday seçer³³. Aday hakkında gerekli soruşturma tamamlandıktan sonra adayın Senato’ya resmi olarak iletilmesi aşamasına geçilir. Adayın seçimi ve onaylanması aşaması bu nedenle oldukça uzun bir süreçtir. Özellikle çok sayıda adayın değerlendirildiği durumlarda atama sürecinin uzaması kaçınılmazdır³⁴.

³⁰ LEWIS, David E., *The Politics of Presidential Appointments : Political Control and Bureaucratic Performance*, Journal of Chemical Information and Modeling, Princeton University Press, 2008, s. 22.

³¹ LEWIS, David E.: “Presidential Appointments and Personnel”, *Annual Review of Political Science*, 14(1), 2011, s. 52.

³² CAREY, Maeve P.: “Presidential Appointments, the Senate’s Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress”, *Congressional Research Service Report*, 2012, s. 1.

³³ Council for Excellence in Government’s Presidential Appointee Initiative, *A Survivor’s Guide for Presidential Nominees*, Brookings Institution, November 2000, s. 31-32.

³⁴ HOGUE, Henry/CAREY, Maeve P.: *Appointment and Confirmation of Executive Branch Leadership: An Overview*, CRS Report R46273, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44083.pdf>, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

Atama sürecinin ikinci aşaması onay aşamasıdır. Senato onay sürecinde adayların görüşlerini ve kamu politikasını nasıl etkileyeceklerini değerlendirmektedir³⁵. Bununla birlikte başkanın partisinin Senato'da çoğunluğa sahip olup olmadığı ve başkanın adayı destekleme derecesi atamada etkili olan diğer faktörlerdir³⁶. Senatörler oturumlarda adayların niteliklerini araştırma, politika perspektiflerini değerlendirme ve adaylıkla ilgili diğer hususları gündeme getirmektedirler. Onay sürecinde yapılan bu değerlendirmeler, önemli sayıdaki kamusal makamın atanmasının Senato'nun onayını gerektirmesi bazı Senatörler tarafından aday gösterme ve onaylama sürecinin zaman gerektiren, külfetli bir iş olarak görülmesine neden olmuştur. Özellikle başkanın çoğunluğunu sağlayamadığı bir Kongre (Senato) ile çalışması gerektiğinde yani bölünmüş hükümet (divided government) dönemlerinde atama süreleri uzamakta ve atamalar çeşitli tartışmalara yol açmaktadır³⁷. Bu nedenle atama sürecinin hızlı ve etkili bir biçimde gerçekleştirilmesine yönelik bazı düzenlemeler yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 2011'de Senato, tavsiye ve onaya tabi belirli adaylıkların Senato tarafından hızlandırılmış bir şekilde değerlendirilmesini öngören S. Res. 116 sayılı Kararı kabul etmiştir. Bu Karar, belirli adaylıkların³⁸ resmi bir komite işlemi olmaksızın (herhangi bir Senatör komiteye havale edilmesini talep etmediği sürece) Senato'nun tamamı tarafından değerlendirilebilmesine olanak tanımaktadır³⁹.

³⁵ **MACKENZIE**, Calvin: *The Politics of Presidential Appointments*, The Free Press, New York, 1981, s. 97.

³⁶ **HOGUE/CAREY**, s. 4.

³⁷ **LIGHT**, Paul C.: "Recommendations Forestalled or Forgotten? The National Commission on the Public Service and Presidential Appointments", *Public Administration Review*, 67 (3), 2007, s. 412.

³⁸ Ayrıcalıklı adaylık olarak nitelendirilen bu adaylıklar, komitelerin bu atamaları gerçekleştirirken zaman kazanmasını sağlayabilecek özel prosedürlere tabidir. Toplamda, aday göstermenin imtiyazlı olduğu 285 pozisyon bulunmaktadır; bunların çoğunluğu gözetim kurullarına ve danışma komisyonlarına yarı zamanlı atamalardır, ancak bunlar arasında tam zamanlı mali işler müdürleri ve Kabine düzeyindeki kurumların belirli sekreter yardımcıları da bulunmaktadır. Ayrıcalıklı adaylıklar için bkz. **GREENE**, Michael: *Consideration of Privileged Nominations in the Senate*, CRS Report R46273, January 23, 2023, s. 1, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46273>, (Erişim Tarihi 16.03.2024).

³⁹ Daha fazla bilgi için bkz. **GREENE**, s. 1. **CAREY**, Maeye: *CRS Report R41872, Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress*, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R41872.pdf>, (Erişim Tarihi 14.03.2024).

İkinci düzenleme atama sürecini kolaylaştırmak ve daha hızlı hale getirmek için yürürlüğe giren 2011 tarihli Başkanlık Atamasının Etkinliği ve Hızlandırılması Kanunu (Presidential Appointment Efficiency and Streamlining Act of 2011)'dur. Bu Kanun'un iki önemli hükmü bulunmaktadır. Birincisi, başkanın 163 yönetici adayının atanması için Senato'nun onayını alma zorunluğunun ortadan kaldırılmış olmasıdır. İkincisi de adayların incelenmesini hızlandırmak için tavsiyelerde bulunacak bir çalışma grubunun kurulmasıdır⁴⁰. Kanun'un sevk edildiği Komitenin raporunda Senato'nun onayı gerektiren atamaların zaman içerisinde yaşanan artışına dikkat çekilerek bu Kanun'un yönetici kadrolarına dair atama sürecini hızlandırmak suretiyle etkinleştirmeyi ve idari yükleri azaltmayı amaçladığı ifade edilmiştir⁴¹. Bu düzenlemelerin hükümlerine ilişkin bazı endişeler dile getirilmiştir. Genel kaygılardan biri, bu seçilmiş pozisyonlar için tavsiye ve onaydan vazgeçmenin atamalarda başkan lehine bir tavır sergilenmesine yol açacağı ve denge-denetleme açısından dengenin Senato aleyhine bozulacağıdır. Tasarıya ilişkin tartışmalar sırasında da, tasarımı savunanlar atamalarda gecikmeye ve Senato ve komitelerinin adaylarla ilgilenirken ağır bir iş yükü ile karşı karşıya kalmasına işaret ederken, bazı muhalifler Senato'nun başkanın denetimindeki rolünün azaldığını ileri sürmüştür⁴².

ABD Anayasası'nın 2. bölüm 2. maddesinin 3. fıkrası başkanın Senato'nun onayı ile gerçekleştirdiği atamalara istisna getirmektedir. Senatunun toplantı halinde olmadığı dönemde başkan Senato onayı aranmaksızın atama işlemi gerçekleştirebilmektedir. Bu şekilde atanan üst kademe yöneticilerin görev süresi Senato'nun gelecek toplantı döneminin sonunda sona ermektedir. Bu atamalar "ara dönem ataması" (Recess Appointment) olarak nitelendirilmektedir. Federalist Papers'da Alexander Hamilton bu maddenin amacının, Senato'nun bulunmadığı dönemlerde boşalan yöneticilik kadrolarının gecikmeden doldurulmasına olanak sağ-

⁴⁰ CAREY, s. 11.

⁴¹ Başkan Kennedy döneminde 850, Başkan George W. Bush döneminde 1.143 ve Başkan Obama döneminde 1.215 yönetici pozisyonu. GAO Report, s. 1.

⁴² GAO Report, s. 2.

layacak alternatif bir atama yöntemi sağlamak olduğunu öne sürmektedir⁴³. Bu madde aynı zamanda, Senato'nun toplantı halinde olmadığı dönemlerde başkana, kadroların geçici olarak doldurulması suretiyle kamu hizmetinin devamlılığını sürdürme imkanı tanımaktadır. Atamaları geciktirmemek için öngörülen bu durum başkana siyasi gerekçelerle atama yapmanın yolunu açabilmektedir. Başkanlar Senato'nun toplantı halinde olmaması durumunu muhtemelen Senato tarafından onaylanmayacak bir kişiyi geçici olarak atamak için bir fırsat olarak değerlendirebileceklerdir⁴⁴.

İkinci kategoride Senato onayına tabi olmayan başkanlık atamaları yer almaktadır. Senato onayına tabi olmayan atamalarda (PA) *başkan doğrudan* üst kademe kamu yöneticisini atama yetkisine sahiptir. Bu tür bir atamayla göreve gelen pek çok yönetici, Başkanlık Yürütme Ofisi'nde (Executive Office of the President) veya danışma komiteleri, komisyonlar, vakıflar ve kurullarda görev yapmaktadır. Bu pozisyonlar federal yönetimin amaçlarını gerçekleştirmede önemli sorumluluklara sahiptir ve genellikle Senato'nun onayıyla göreve gelen bir yöneticinin altında görev yapmaktadırlar⁴⁵. Bakanlıklar ve kurumlar düzeyinde görev alan yöneticiler ise Dışişleri Bakanlığı, ABD Uluslararası Kalkınma Ajansı, Merkezi Haber Alma Teşkilatı, Milli İstihbarat Başkanı Ofisi, Eğitim Bakanlığı, Ulusal Güvenlik Bakanlığı, Tarım Bakanlığı ve Sağlık ve İnsani Hizmetler Bakanlığında yer almaktadır.

Üçüncü kategoride kariyer dışı üst kademe kamu yöneticileri yer alır. Pek çok üst kademe yönetici kadrosu kariyer yetkililerinden oluşmaktadır. Üst kademe yönetici kadrolarından 680'i kariyer dışı pozisyonudur. Bu tür atamalarla göreve gelen yöneticiler, "*başkanın atamasıyla*" göreve gelen en üst kademedeki yöneticilerin altındaki önemli pozisyonları

⁴³ HAMILTON, Alexander/MADISON, James/JAY, Joy: Federalist No. 67, The Federalist Papers, Palgrave Macmillan, New York, 2009, https://doi.org/10.1057/9780230102019_36, (Erişim Tarihi 14.03.2024).

⁴⁴ HOGUE, Henry B.: Recess Appointments: Frequently Asked Questions, Congressional Research Service, s. 1, <https://sgp.fas.org/crs/misc/RS21308.pdf>, (Erişim Tarihi 14.03.2024).

⁴⁵ GAO Report, Office Characteristics of Presidential Appointments that do not Require Senate Confirmation", United States Government Accountability Office, Washington DC, 2013, s. 37.

dolduran ve federal yönetimde siyasi liderler ile kamu personeli arasında köprü işlevi gören kişilerdir⁴⁶.

Dördüncü kategori Çizelge C atamalarıdır. 1.403 yönetici bu kapsamda atanmaktadır. Bu kategorideki yöneticiler gizlilik esasına dayalı olarak çalışmakta veya politika yapımında sorumlulukları bulunmaktadır. Bu kategoride yer alan yöneticiler programlayıcı ve özel asistanlardan politika uzmanlarına kadar çeşitlenmektedir⁴⁷.

Başkanın üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisinin parlamento onayına tabi tutulduğu bir başka ülke Arjantin'dir. Arjantin Anayasası'nın 99. maddesine göre, başkanın Yüksek Mahkeme yargıçları, büyükelçiler ve ataşeleri atamasında veya görevden almasında Senato'nun üçte ikisinin oyunu alması gerekmektedir⁴⁸. Arjantin'in yanı sıra Brezilya Anayasası da başkana Senato'nun onayını almak koşuluyla çeşitli kamu yöneticilerini atama yetkisini vermektedir. Brezilya Anayasası'nın 84. maddesine göre, Yüksek Mahkeme üyeleri, valiler, başsavcı, merkez bankası başkanı ile diğer kamu görevlilerini ve Devlet Konseyi üyeleri Senato'nun onayıyla başkan tarafından atanmaktadır⁴⁹. Meksika Anayasası'nın başkanın görev ve yetkilerinin düzenlendiği 89. maddesinde Senato'nun onayıyla yapılacak atamaları şu şekilde belirtilmektedir: *"Hükümet sekreterlerini serbestçe atamak ve görevden almak, diplomatik ajanlar ile Hazine'nin üst kademe çalışanlarını görevden almak, atamaları ya da görevden alınmaları Anayasa ve yasalarla diğer şekilde belirlenmedikçe Birlik'in tüm diğer çalışanlarını serbestçe atamak ve görevden almak; Senato'nun onayıyla bakanları, diplomatik ajanları ve başkonsolosları atamak; Senato'nun onayıyla albayları ve Ulusal Ordu, Donanma ve Hava Kuvvetleri'nin üst kademe subayları ile Hazine'nin üst kademe çalışanlarını atamak; yasalara uygun olarak Ulusal Ordu, Donanma ve Hava Kuvvetleri'nin diğer görevlilerini atamak"*⁵⁰.

⁴⁶ **PIAKER**, Zach: "Help Wanted: 4,000 Presidential Appointees", 2016, http://presidentialtransition.org/blog/posts/160316_help-wanted-4000-appointees.php, (Erişim Tarihi 16.03.2024).

⁴⁷ **PIAKER**, "Help Wanted: 4,000 Presidential Appointees".

⁴⁸ Arjantin Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

⁴⁹ Brezilya Anayasası, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dc_leyes_pais_b_1_en.pdf, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

⁵⁰ Meksika Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

Bazı ülkelerde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında parlamento onayı öngörülmemekle birlikte parlamento içinde oluşturulmuş bir Komisyon tarafından atamaların onaylanması usulü öngörülmüştür. Örneğin Filipinler Anayasası'nın 18. maddesine göre, "Senato Başkanının başkanlığında 12 Senato ve 12 Temsilciler Meclisi üyesinden oluşan bir Atama Komisyonu kurulmaktadır. Komisyon üyeleri her iki meclis tarafından siyasi partilerin temsili oranına göre seçilmektedir. Komisyon kendisine sunulan atamalar hakkında üyelerinin salt çoğunluğu ile 30 gün içinde onay vermektedir. Başkan, yürütme dairesi başkanlarını, büyükelçileri, diğer kamu bakanlarını, konsolosları, albay veya deniz kaptanı rütbesinden silahlı kuvvetler subaylarını ve diğer subayları aday gösterir ve Atama Komisyonunun onayı ile atar. Kongre kanunla daha düşük rütbeli diğer memurların atanmasını sadece başkana verebilmektedir. Başkan, Kongre tatilde olduğu dönemde atama yaparsa bu atamalar Kongre'nin toplanması ve atamalar Komisyonunun onaylaması ile geçerli hale gelmektedir" (VI Bölüm/m. 16)⁵¹.

III. ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN GÖREVDEN ALINMASI VE GÖREVDEN ALINMA KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Üst kademe kamu yöneticilerini atamaya yetkili olan merciin genel olarak görevden almaya da yetkili olduğu kabul edilmektedir. Atamanın doğrudan başkan tarafından gerçekleştirildiği ya da atama sürecine parlamentonun dahil edildiği sistemlerde yöneticileri görevden alma yetkisinin kural olarak başkana ait olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda cumhurbaşkanının atama işlemleri hukuki niteliği itibariyle bireysel işlemlerdir⁵². Yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince atama yetkisine sahip olan cumhurbaşkanının görevden alma yetkisine de sahip olduğu kabul edilmektedir. Cumhurbaşkanının bireysel nitelikte işlemlerinin yargısal denetimi açısından 2017 değişiklikleri önemli bir dönüm noktası niteliğindedir. Zira 2017 Anayasa değişikliğinden önce böyle bir yargısal denetim mümkün değildi. Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne rağmen; 105. madde, cumhurbaşkanının kararları aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, hiçbir yargı merciine başvurulamayacağını düzenlemekteydi. Ayrıca 125. maddede cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı

⁵¹ Filipinler Anayasası, <https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/>, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

⁵² GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2021, s. 892.

denetimi dışında bırakılmıştı. Bu düzenlemelere paralel olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun idari dava türleri ve idari yargı yetkisi sınırlarının belirlendiği 2/3. maddesi⁵³ ilga edilene kadar cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemleri idari yargı denetimi dışında bırakıyordu. 2017 Anayasa değişiklikleri cumhurbaşkanının işlemlerini yargı denetimine açık hale getirmiştir. Böylece cumhurbaşkanının düzenleyici nitelikte işlemlerinden cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenirken, bireysel işlemlerinin yargı denetimi idari yargı mercileri tarafından gerçekleştirilmektedir⁵⁴. Danıştay Kanunu'nun 24. maddesine göre, cumhurbaşkanının atama, görevden alma gibi bireysel nitelikteki işlemlerinin yargısal denetiminin Danıştay tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. Buna göre, (I) sayılı cetvelde yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alma işlemleri Danıştay'da denetlenebilecektir. Bununla birlikte (II) sayılı cetvelde yer alan bir görevlinin atanması için gerekli olan cumhurbaşkanının onay işleminin denetlenip denetlenmediğini de ayrıca ifade etmek gerekir. Bu hususta Danıştay, doğrudan cumhurbaşkanınca alınan kararlar ile "onay" işlemleri arasında bir ayrıma giderek, onay işlemlerinin Danıştay'da değil, ilk derece mahkemelerinde denetlenebileceklerini kabul etmiştir⁵⁵. Ancak Danıştay'ın ilgili içtihadının, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının 9 ay sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle bu süreye kadar geçerli olacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla cumhurbaşkanının onay

⁵³ "Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idarî yargı denetimi dışındadır".

⁵⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 100-103.

⁵⁵ Danıştay (II) sayılı cetvelde yer alan ve cumhurbaşkanının onayı ile atanan kamu görevlisinin görevden alınmasına ilişkin işleme karşı açılan bir davada "...3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (I) sayılı cetvelinde yer alan kadrolara yönelik atama ve görevden alma işlemlerinin doğrudan doğruya Cumhurbaşkanlığı tarafından verilen kararlar, (II) sayılı cetvelinde yer alan kadrolara ilişkin olarak yapılan atama ve görevden alma işlemlerinin ise, ilgili makamın teklifi, önerisi üzerine Cumhurbaşkanının verdiği onay ile tesis edildiği; bu doğrultuda Cumhurbaşkanının (I) sayılı cetvele tâbi olanlara yönelik atama işlemleri konusunda atama makamı, (II) sayılı cetvele tâbi olanlara yönelik atama işlemleri konusunda onay makamı olduğu; bu hâliyle, Danıştay Kanunu'nun 24. Maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli kılınmadığına ilişkin düzenlemenin, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya, teklif makamı olmaksızın verdiği atama ve görevden alma kararlarını kapsadığı..."na karar vermiştir. Danıştay İkinci Dairesi, E.2020/76, K.2020/3534, T.16.12.2020; Danıştay İkinci Dairesi, E.2020/806, K.2020/2006, T.1.7.2020.

şeklindeki işlemlerine karşı ilk derece mahkemelerinde dava açılması mümkündür⁵⁶.

ABD’de üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında Senato’nun onayı gerekli olmasına rağmen, görevden almalarda Senato’nun onayını alma şartı getirilmemiştir. Böyle bir iznin varlığı halinde atanan kişilerin başkana karşı değil, Senato’ya karşı sorumlu olmaları söz konusu olacağından bunun başkanlık sistemi ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir⁵⁷. ABD Federal Yüksek Mahkemesi önüne gelen davalarda yürütme yetkisini elinde bulunduran başkanın görevden almaya yetkili olduğunu belirtmiş⁵⁸, bazı davalarda başkanın bu yetkisinin sınırsız olmadığını ifade etmiştir⁵⁹. Federal Yüksek Mahkeme’nin başkanın görevden alma yetkisine ilişkin yapmış olduğu tespitlerden bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Birincisi, başkanın saf yürütme görevlilerini herhangi bir sebeple ve herhangi bir zamanda Senato onayı olmadan görevden almasının mümkün olduğudur. İkincisi, yarı-yargısal ve yarı-teşrii nitelikteki kuruluşların üyelerinin görevden alınmasında başkan sadece kanunda öngörülen

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 11.10.2023 tarihli, “*Bazı üst kademe kamu yöneticilerinin cumhurbaşkanı onayı ile atanmasını düzenleyen kuralın iptali*” ne ilişkin verdiği karar 01.12.2023 tarihinde Resmi Gazete’ de yayınlanmıştır.

⁵⁷ **GÖZLER**, Kemal: Anayasa Hukuku Genel Teorisi C. 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 33.

⁵⁸ Federal Yüksek Mahkeme Myers v. United States davasında posta müdürü olan Myers Senato’nun onayı olmaksızın Başkan Wilson tarafından görevden alınmıştır. Mahkeme 1876 tarihli bir federal kanunda yer alan 1., 2. ve 3. Derece posta müdürlerinin Senato onayı ile görevden alınacağı hükmünü anayasaya aykırı bularak atama yetkisinin görevden alma yetkisini de içerdiğine hükmetmiştir. Anayasa atama için Senato onayı şartını getirmiş olmasına rağmen görevden alma için herhangi bir şart getirmemiştir. Mahkeme, başkanın görevden alma yetkisini idare üzerindeki idari kontrolün sağlanabilmesi için gerekli bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Myers v. United States, 272 U.S. 52, 1926, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/>, (Erişim Tarihi 17.03.2024).

⁵⁹ Federal Yüksek Mahkeme Humphrey’s Executor v. United States davasında başkanın görevden alma yetkisine bağımsız düzenleyici kurumlar bakımından bir sınırlama getirmiştir. Başkan Roosevelt Federal Trade Commission üyesi Humphrey’i görev süresinin dolmasına henüz 5 yıl varken Federal Trade Commission Act’ın öngörmediği bir nedenle görevden almıştır. Federal Yüksek Mahkeme bu görevden alma işlemini Anayasaya aykırı bularak gerekçesinde Federal Trade Commission’un yarı-yargısal ve yarı-teşrii bir nitelikte olduğuna ve bağımsız olması gerektiğini ifade etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme bu tür bir kuruluşun üyelerinin kanunda öngörülen sebepler dışında görevden alınmayacağını aksi takdirde bağımsızlığının zedeleneceğini belirtmiştir. Humphrey’s Executor v. United States, 295 U.S.602, 1935, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/>, (Erişim Tarihi 17.03.2024).

sebeplere dayanarak görevden alma yetkisini kullanabilecektir. Bir diğer sonuç, yürütme departmanının kendi memurları için atamaya ve görevden almaya ilişkin getirmiş olduğu düzenleyici idari işlemlere riayet ederek başkanın bu işlemlere uygun olarak görevden alma yetkisini kullanması gerektiğidir⁶⁰.

IV. DENGİ VE DENETLEME MEKANİZMASI AÇISINDAN ATAMA YETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Denge ve denetleme mekanizmaları yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir işleve sahiptir. Aynı zamanda ülkelerin demokratik gelişme düzeylerinin önemli bir göstergesidir. Başkanlık sisteminde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında atama yetkisi genellikle başkan ve parlamento arasında paylaşılırak yasama-yürütme arasında bir denge ve denetim sağlanmaya çalışılmıştır. Atama yetkisinin farklı organlar arasında dağıtılması hem yürütmenin denetlenmesi ve frenlenmesi bağlamında önemli bir örnek teşkil etmekte hem de sistemin demokratik olduğunu göstermektedir⁶¹. Bir yandan da parlamentolara verilen üst kademe kamu yöneticilerinin atamalarını onaylama yetkisinin geniş tutulması başkanın atama yetkisini kullanmasını zorlaştırmakta ve uzun bir sürece yaymaktadır. Bu dengenin sağlanması oldukça önemlidir. Çünkü başkan göreve geldiğinde stratejik makamlara acilen atama yapması gerekmektedir. Başkanın yönetim kadrosunu kuramaması aynı zamanda politikalarını gerçekleştirmeyi de geciktirmekte bu nedenle başkanın siyasi açıdan sorgulanmasına neden olmaktadır⁶². Bu durum başkan ve parlamento arasında gerilimin artmasına yol açmaktadır. Bu gerilimler üst kademe kamu yöneticisi adayının atanması sürecinin çeşitli nedenlerle uzaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda önemli liderlik pozisyonları uzun süre boş kalmakta ve kurumlara dair işlerin yürütülmesi engellenmiş olmaktadır. Bu gerilimleri azaltmak dolayısıyla onay sürecinin hızlandırılması için parlamentonun onayını ge-

⁶⁰ NOWAK, John E./ROTUNDA, Ronald D./YOUNG, Nelson: Handbook on Constitutional Law, St. Paul, Minn., West Publishing, 1978, s. 218'den akt. GÖZLER, Kemal: Devlet Başkanları Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 34.

⁶¹ RAHAT, Gideon: "Which Candidate Selection Method is the Most Democratic?", Government and Opposition, 44(1), 2009, s. 72.

⁶² CAREY, s. 8-9.

rektiren atamaların sayısının azaltılması ve yasama-yürütme arasında koordinasyonun güçlendirilmesi önerilmektedir⁶³. Parlamentonun atama sürecinden tamamen dışlanmadan önemli pozisyonlara ilişkin onay yetkisine sahip olması denge ve denetim açısından oldukça önemlidir. Nitekim ABD’de zaman içerisinde atamalarda başkan lehine bir tutum izlense de parlamento önemli birtakım pozisyonlarda onama yetkisini muhafaza etmektedir.

Atama sürecine parlamentoyu dahil etmeyen ülkelerde atama yetkisi sadece başkan tarafından kullanılmaktadır. Bu yöntemin bir örneği olan Türk hukukunda üst kademe kamu yöneticilerinin atanması anayasal bir düzenleme ile sadece cumhurbaşkanına verilmiştir. Ayrıca atamalarla ilgili usul ve esasların cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemelere göre, yürütme organını tek başına temsil eden cumhurbaşkanı üst kademe yöneticilerini kendi belirlediği esaslara göre istediği gibi atayabilecektir. Venedik Komisyonu’nun Raporunda bu hususa ilişkin bazı tespitlerde bulunulmuştur. Bu tespitlerde genel olarak cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerinin hem kapsamını belirlemesinin hem bu yöneticileri atayıp görevden almasının hem de atanma usul ve esaslarını belirlemesinin kuvvetler ayrılığı ve denge-denetim mekanizması açısından uygun olmadığına değinilmiştir. Anayasa’nın 104/9. maddesinin üst kademe kamu yöneticilerinin kapsamının belirlenmeden hangi makamların bu kavram içinde yer alacağını belirleme yetkisini cumhurbaşkanına bırakması eleştirilmiştir. Raporunda, ABD’de başkanın, tek taraflı olarak kabineyi ya da yürütmenin diğer yetkililerini atama veya atamalarına ilişkin usulleri düzenleme yetkisi olmadığına altı çizilmiştir. Denge ve denetim açısından üst kademe kamu yöneticilerinin kapsamının, atanmalarının ve atamalara ilişkin usullerin parlamentonun kontrolünde olması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarında, usul ve esasların belirlenmesinde yürütmenin tek başına yetkili kılınmaması dolayısıyla parlamento devre dışı bırakılmayarak bir denetim aracı olarak öngörülmesi denge ve denetim mekanizması açısından gereklidir.

⁶³ SOBACI/KÖSEOĞLU, s. 28.

⁶⁴ COŞKUN, Vahap: 16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, DÜHFD, 22(36), 2017, s.17.

SONUÇ

Üst kademe kamu yöneticilerinin kamu politikalarının ve siyasetin belirlenmesinde üstlendikleri rol oldukça önemlidir. Bu nedenle atanmalarında uygulanacak yöntem ve usullerin belirlenmesi ülkeler arasında farklılaşmakla birlikte her ülkede önemli bir konu olarak görülmektedir. Başkanlık sistemi özelinde üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesi usulünün ele alındığı bu çalışmada yöneticilerin belirlenmesinde temelde iki yöntem üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki üst kademe kamu yöneticilerinin parlamento onayına tabi tutularak başkan tarafından atanması yöntemidir. Bu yöntemin uygulandığı ülkelerde üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi başkana verilmekte ancak bu yetkinin kullanılmasında parlamento atama sürecine dahil edilmektedir. Böylece üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesi, parlamentonun yürütmeyi denetleme ve üzerinde etkinlik kurabileceği alanlardan biri haline gelmektedir. İkinci yöntem başkanın doğrudan üst kademe kamu yöneticilerini atayabildiği bir yöntemdir. Bu yöntemde parlamento üst kademe kamu yöneticisi adayının belirlenmesi sürecine herhangi bir aşamada katılmamaktadır.

Her iki yönetimin uygulandığı başkanlık sistemleri değerlendirildiğinde parlamentonun bazı üst kademe kamu yöneticilerinin atama sürecine dahil edilmesinin denge ve denetleme mekanizmasının bir gereği olduğu düşünülmektedir. Başkanlık sisteminin yürütme yetkisini tek bir kişiye bıraktığı sistemlerde başkanın güçlü bir konumda olması kaçınılmazdır. Ancak bazı yetkiler açısından bu gücün sınırsız olarak kullanılmasının engellenmesi için parlamento ile iş birliğinin artırılması hem başkanlık sisteminin özüne daha uygun bir yaklaşım olacaktır hem de sistemin demokratikliğinin artmasını temin edecektir. Parlamento onayına tabi üst kademe kamu yöneticilerinin atamalarının kapsamının geniş tutulması başkanın tekilci politikalar izlemesine de engel olacaktır. Başkanın yapacağı atamalarda, başkan parlamentoda çoğunluğa sahip olsa da parlamentodan nispeten yüksek bir çoğunluk ile onay alabilmesi tarafların uzlaşması ve liyakat sahibi kişilerin atanması gerekliliğini ön plana çıkarılmaktadır.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları kadar hangi usulle görevden alınacakları da önemlidir. Kimi ülkelerde mevzuat açıkça görevden alma yetkisinin hangi mercii tarafından kullanılacağını düzenlemektedir. Bununla birlikte göreve atamada olduğu gibi görevden alma

kararının da parlamento onayına tabi tutulması parlamentonun yürütme karşısında etkin bir konuma gelmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK**, Süha Oğuz: "Türkiye'de Üst Kademe Kamu Yöneticiliğine Atanma", *Memleket Siyaset Yönetim*, 15(33), 2020, s. 101-140.
- CAREY**, Maeve P.: "Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress", *Congressional Research Service Report*, 2012.
- Council for Excellence in Government's Presidential Appointee Initiative, *A Survivor's Guide for Presidential Nominees*, Brookings Institution, November 2000.
- COŞKUN**, Vahap: 16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, *DÜHFD*, 22(36), 2017, s. 3-30.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, *Karar İncelemeleri Dergisi*, 2(1), 2023, s. 23-48.
- DAHLSTRÖM**, Carl: "Political Appointments in 18 Democracies, 1975-2007", *QoG Working Paper Series*, 18, 2009, s. 1-20.
- EREN**, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ERGUN**, Turgay: "Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu", *Amme İdaresi Dergisi*, 16(2), 1983, s. 23-36.
- ERGUN**, Turgay: *Kamu Yöneticilerinin Yetiştirilmesi*, TODAİE Yayınları No: 224, Ankara, 1988.
- GAO Report, *Office Characteristics of Presidential Appointments that do not Require Senate Confirmation*, United States Government Accountability Office, Washington DC, 2013.
- GÖZLER**, Kemal: *Anayasa Hukuku Genel Teorisi C. 2*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- GÖZLER**, Kemal: *Devlet Başkanları Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ekin Yayınları, 2016.
- GÖZLER**, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2021.

- GÜLENER**, Serdar: Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme (ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Şili, Güney Kore), SETA Yayınları 66, İstanbul, 2016.
- HALLIGAN**, John: "Leadership and the Senior Service from A Comparative Perspective", The Handbook of Public Administration, B. Guy Peters ve Jon Pierre (ed.), Sage, California, 2011.
- LIGHT**, Paul C.: "Recommendations Forestalled or Forgotten? The National Commission on the Public Service and Presidential Appointments", Public Administration Review, 67(3), 2007, s. 408-417.
- LEWIS**, David E.: "Presidential Appointments and Personnel", Annual Review of Political Science, 14(1), 2011, s. 47-66.
- LEWIS**, David E.: The Politics of Presidential Appointments: Political Control and Bureaucratic Performance, Journal of Chemical Information and Modeling, Princeton University Press, 2008.
- MACKENZIE**, Calvin: The Politics of Presidential Appointments, The Free Press, New York, 1981.
- NOWAK**, John E./**ROTUNDA**, Ronald D./**YOUNG**, Nelson: Handbook on Constitutional Law, St. Paul, Minn., West Publishing, 1978.
- PETERS**, Guy: The Politics of Bureaucracy: An Introduction to Comparative Public Administration, Oxon, Routledge, 2010.
- RAHAT**, Gideon: "Which Candidate Selection Method is the Most Democratic?", Government and Opposition, (44)1, 2009, s. 68-90.
- RIDDLESPERGER**, James W./**KING**, James D.: "Elitism and Presidential Appointments", Social Science Quarterly, (70) 4, 1989, s. 902-910.
- SOBACI**, Mehmet Zahid/**KÖSEOĞLU**, Özer: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler, SETA Yayınları, Ankara, 2018.
- SÖYLER**, Yasin: "3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2(1), 2020, s. 59-110.
- TAN**, Turgut: "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", Amme İdaresi Dergisi, (35)2, 2002, s. 11-37.
- WEAVER**, Russell L.: "Advice and Consent In Historical Perspective", Duke Law Journal, (64)8, 2015, s. 1717-1753.

WULWICK, Richard P./**MACCHIAROLA**, Frank J.: “Congressional Interference with the President's Power to Appoint”, *Stetson Law Review*, (24)3, 1995, s. 625-653.

“Senior Public Service: High Performing Manages of Government”, *Word Bank*, s. 3, <http://www1.worldbank.org/publicsec-tor/civilservice/epublishdocs/SPS%20note%201216.pdf>, (Erişim Tarihi 10.03.2024).

İNTERNET KAYNAKLARI

ABD Anayasası, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

Arjantin Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

Brezilya Anayasası, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dc_leyes_pais_b_1_en.pdf, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

Bulgaristan Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

CAREY, Maeye: CRS Report R41872, Presidential Appointments, the Senate’s Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R41872.pdf>, (Erişim Tarihi 14.03.2024).

Filipinler Anayasası, <https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/>, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

GÖZLER, Kemal: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri”, 2019, http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm#_ftnref4, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

GREENE, Michael: Consideration of Privileged Nominations in the Senate, CRS Report R46273, January 23, 2023, s. 1, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46273>, (Erişim Tarihi 16.03.2024).

HAMILTON, Alexander/**MADISON**, James/**JAY**, Joy: *Federalist No. 67, The Federalist Papers*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, https://doi.org/10.1057/9780230102019_36, (Erişim Tarihi 14.03.2024).

HOGUE, Henry B.: Recess Appointments: Frequently Asked Questions, Congressional Research Service,

<https://sgp.fas.org/crs/misc/RS21308.pdf>, (Erişim Tarihi 14.03.2024).

HOGUE, Henry/CAREY, Maeve P.: Appointment and Confirmation of Executive Branch Leadership: An Overview, CRS Report R46273, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44083.pdf>, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

Meksika Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

Peru Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021, (Erişim Tarihi 15.03.2024).

PIAKER, Zach: “Help Wanted: 4,000 Presidential Appointees”, 2016, http://presidentialtransition.org/blog/posts/160316_help-wanted-4000-appointees.php, (Erişim Tarihi 16.03.2024).

NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ VERİLMESİ VE KONUNUN TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVİRİNDE BORÇLANDIRICI İŞLEM-TASARRUF İŞLEMİNİN AYRILIĞI (AYRILIK SİSTEMİ) NOKTASINDA İNCELENMESİ

Asena SİNANOĞLU*

Öz

Türk Borçlar Kanunu m.237/1, taşınmaz satış sözleşmelerinin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır. Satış sözleşmesine resmîyet verecek makam Tapu Kanunu uyarınca tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlisidir. 28 Haziran 2022 tarihli 7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 11. maddesiyle 1512 sayılı Noterlik Kanunu m.60' ta yapılan değişiklikle noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. 01.07.2023 tarihinden itibaren taşınmaz satış sözleşmeleri noterler tarafından da yapılabilmektedir. Tapu müdürlüğünde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımı (ayrılık sistemi) gözetilmeksizin devam eden uygulamanın noterlere ilişkin olarak düzenlenen mevzuatta da sürdürüldüğü görülmektedir. Çalışmada belirtilen hususlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

* Asena Sinanoğlu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Programı Doktora Öğrencisi, İstanbul, Türkiye | Istanbul University Institute of Social Sciences Private Law Program PhD Student, İstanbul, Turkey.

✉ asena.sinanoglu@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0003-3144-0554.

✂ **Atf Şekli** | **Cite As:** SİNANOĞLU, Asena: “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi ve Konunun Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem-Tasarruf İşleminin Ayrılığı (Ayrılık Sistemi) Noktasında İncelenmesi”, SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 977-1004.

✂ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

- Taşınmaz • Satış Sözleşmesi • Noter • Ayrılık Sistemi • Tescil

GIVING THE AUTHORITY TO NOTARY PUBLIC TO MAKE A REAL ESTATE SALE CONTRACT AND EXAMINING THE SUBJECT IN TERMS OF THE SEPARATION OF THE DEBTOR TRANSACTION AND DISPOSAL TRANSACTION (SEPARATION SYSTEM) IN THE TRANSFER OF THE PROPERTY OWNERSHIP

Abstract

Article 237/1 of the Turkish Code of Obligations makes the validity of real estate sales contracts dependent on their being made officially. The authority that will formalize the sales contract is the land registry director or land registry officer in accordance with the Land Registry Law. With the amendment made to Article 60 of the Notary Public Law No. 1512, with the 11th article of the Law No. 7413 on Judges and Prosecutors and the Law on Amendments to Certain Laws dated 28 June 2022, notaries have been given the authority to conclude real estate sales contracts. As of 01.07.2023, real estate sales contracts can also be made by notaries. It is seen that the practice, which continues in the land registry office without considering the distinction between debit transactions and savings transactions (separation system), is also continued in the legislation regarding notaries. The issues mentioned in the study were discussed in detail.

Keywords

- Real Estate • Sales Contract • Notary • Separation System • Registration

GİRİŞ

Taşınmaz mülkiyetinin devri, sebebe bağlı bir tasarruf işlemidir. TMK m.1024/2, “Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”, demektedir. Hukukî sebebin belgelenmesi ise, bu sebebin geçerliliği için gerekli şekilde uyulduğunun ispatı suretiyle olacaktır (m.1015/3).

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.706/1, “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır.” demektedir. Taşınmaz satışını düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.237/1 de taşınmaz satış sözleşmelerinin resmi şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade eder.

Taşınmaz satış sözleşmeleri Tapu Kanunu uyarınca ancak tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlisi tarafından yapılabilmektedir.

28 Haziran 2022 tarihli 7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 11. maddesiyle 1512 sayılı Noterlik Kanunu m.60'ta değişikliğe giderek noterin görevleri arasına taşınmaz satış sözleşmeleri yapmayı da eklemiştir. 01.07.2023 tarihinden itibaren taşınmaz satış sözleşmeleri noterler tarafından da yapılabilir. Tapu müdürlüğünün yetkisi ise devam etmektedir (Noterlik Kanunu m.61/A).

Kara Avrupası Hukuk sistemlerinde ve bu sisteme dahil İsviçre - Türk Hukuku'nda bir hakkın devri iki aşamalı işlem ile gerçekleşmektedir. Kaynağı Roma Hukuku olan bu duruma *ayrılık sistemi* ya da *bağımsızlık/ayrılık ilkesi* denilmektedir. Bu ilkeye ilişkin genel nitelikli bir hüküm kanunlarımızda yer almasa da benimsenmiş olduğu kanun sistematüğinden dahi anlaşılmaktadır. Böylece borçlandırıcı işlem hakkın devri sonucu doğurmadığından borçlandırıcı işlemlere ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu'nda Borçlar Hukuku'na konu olurken ifa niteliğindeki işlemlerin ise Türk Medeni Kanunu'nda Eşya Hukuku'na konu olduğu görülmektedir.

Taşınmaz satış sözleşmesinde borçlandırıcı işlem satış sözleşmesi, tasarruf işlemi ise tescil talebidir. Tapu uygulamasının ise böyle gelişmediği görülmektedir. Nitekim Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.7/f.1, b(i) hükmünde, resmi senette tasarrufi işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanlarının da yer alması gerektiği belirtilmiştir. Böylece tapu müdürlüklerinde yapılan taşınmaz satışlarında taahhüt ve tasarruf aşamaları aynı sözleşme içerisinde yer almaktadır. Yine yeni düzenleme ile noterlerin yapacakları taşınmaz satışlarında da ayrılık sistemi görülmemektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin imzalanmasının ardından noterin sistemden yevmiye numarası alacağı yönündeki ifade bunu doğrulamaktadır (Noterlik Kanunu m.61/A).

Oysa çalışmada ele alındığı üzere borçlandırıcı işlemler ile tasarruf işlemleri farklı aşamalardır. Söz gelimi borçlandırıcı işlem yaparken satıcının tasarruf yetkisinin bulunması şart değilken uygulamada tasarruf yetkisi bulunmayan bir kimsenin satış sözleşmesi yapabilmesi mümkün değildir.

I. GENEL OLARAK NOTERLERİN GÖREVLERİNE EKLENEN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ

İsviçre/Türk Hukuk'larında taşınmaz mülkiyetinin devri, tasarruf işleminin geçerli bir hukuki sebebe bağlı olmasını zorunlu kılar¹. Hukuki sebebi, mülkiyet hakkını devir borcu doğuran hukuki ilişki oluşturur². Bu hukuki ilişki, bir satış sözleşmesi olabileceği gibi örneğin bir bağışlama sözü, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, vasiyetname olabilir.

Konumuz açısından taşınmaz mülkiyetinin devrinde bu ilişki, satış sözleşmesidir. Hak, tasarruf işleminden etkilendiği anda geçerli bir satış sözleşmesine (borçlanma işlemine) ihtiyacı duymaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.706/1, "taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır." demektedir³.

Aynı şekilde taşınmaz satışını düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.237/1 de taşınmaz satış sözleşmelerinin resmi şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade eder.

¹ OĞUZMAN, M. Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, 26.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s.188; OĞUZMAN, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku(Kısaltılmış), 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.175; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.179; **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem, "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", Medeni Kanun'un Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku, C.I, Ankara 2017, s.565; **SCHWARZ**, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, s.166; **GÜRSOY**, Kemal T./ **EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, AÜHF Yayınları, No:476, Ankara 1984, s.13; **HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s.492; **AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.288-289; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.151; **ANTALYA**, O. Gökhan, Eşya Hukuku, C.IV/1, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler, Seçkin Yay., Ankara 2021, s.168.

² **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.151.

³ Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğurmakla birlikte resmi şekilde düzenlenmeyen bazı istisnai hukuki işlemler de bulunmaktadır. Örneğin miras paylaşma sözleşmesinin geçerliliği TMK .676/3 da adi yazılı şekilde yapılmasına bağlanmıştır. Nitekim TMK m.677, miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmenin geçerliliğini de adi yazılı şekile bağlamıştır. Aynı şekilde TMK m.706/2 *ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejimi sözleşmeleri, kendilerine özgü şekillere tabidir*, demektedir. El yazılı vasiyetnamelerin geçerlilikleri de adi yazılı şekildedir.

28 Haziran 2022 tarihli 7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴ 11. maddesiyle 1512 sayılı Noterlik Kanunu m.60'ta değişikliğe giderek noterin görevleri arasına taşınmaz satış sözleşmeleri yapmayı da eklemiştir. Böylece değişiklikten önce taşınmaz satış sözleşmeleri Tapu Kanunu⁵ uyarınca ancak tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlisi tarafından yapılabilmekte iken değişiklik ile birlikte 01.07.2023 tarihinden itibaren⁶ taşınmaz satış sözleşmeleri noterler tarafından da yapılabilmektedir. Bu düzenleme esasen Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde noterlik alanında da mevzuatın uyumlaştırılmasına ilişkindir⁷. Nitekim Avrupa Birliği'ne dahil pek çok ülkede noterler taşınmaz mülkiyetinin devri ve diğer aynı hakların tesisinde münhasır yetkilidir⁸.

Noterlerin fiziki olarak tapu kütüğüne erişimi olmaması bir engel teşkil etmemektedir. Nitekim TAKBİS (Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi) altyapısı ile taşınmazlar üzerindeki mülkiyet bilgilerinin bilgisayar ortamına aktarılması hedeflenmiş, ülke genelinde tüm faaliyetlerin bilgisayar sistemi üzerinde yürütülmesi sağlanmıştır⁹.

Bugüne kadar doktrinde taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterler tarafından yapılması taşınmaz satış sözleşmelerinin ise tapu

⁴ RG.: 22.08.2022, S:31880.

⁵ Tapu Kanunu m.26/1, "Mülkiyete, Mülkiyetin gayrı aynı haklara ... mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir."

⁶ Noterlik Kanunu Geçici Madde 21, "... öngörülen bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmî internetsitesinde duyurulduğu tarihten itibaren uygulanmaya başlanır. Bu bilişim sistemi, 1/1/2023 tarihine kadar kurulur. Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatabilir." düzenlemesi ile 6616 sayılı Cumhurbaşkan Kararı ile 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır.

⁷ <https://www.notariesofeurope.eu/en/citizens/what-is-a-notary/>, (Notaries of Europe, Erişim Tarihi:18.01.2024).

⁸ **TANRIVER**, Süha, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri", 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.597.

⁹ TAKBİS, "Türkiye genelinde Tapu ve Kadastro kayıtlarındaki mülkiyet verilerinin elektronik ortama aktarılması ve işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi, takip ve kontrolünün etkin ve hızlı bir şekilde yapılması amacıyla oluşturulmuş e-devlet projesidir. 2002 yılında pilot çalışma ile başlamış 2012 yılında tüm ülke genelindeki tapu müdürlükleri sisteme dahil edilmiştir. Günümüzde 973 tapu müdürlüğü 1 yurtdışı temsilcililiği (Berlin) TAKBİS sistemi üzerinden hizmet vermektedir.", <https://www.tkgm.gov.tr/projeler/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis>, (Erişim Tarihi:13.12.2023).

müdürlüğünde yapılması, yani sözleşmeye resmi şekli verecek makamların farklı olması tahvil yönünden tartışılmaktaydı¹⁰. Kişilerin noter huzurunda satış maksadıyla yapmış oldukları sözleşmeler şekil yönünden geçersiz olmakla birlikte işlem ayakta tutularak taşınmaz satış vaadi olarak kabul edilebileceği ifade edilmekteydi. Konu bu yönüyle tartışmaya kapanmış ve taşınmaz satış sözleşmelerinin noterlerce de yapılabilmesinin önü açılmıştır¹¹. Artık noterlerce yapılan taşınmaz satış sözleşmelerini geçerli olacaktır. Kaynak İsviçre Hukuku da hukuki işlem ve irade açıklamalarının her türünün resmi olarak belgelendirilmesini bu anlamda taşınmaz satış sözleşmesinin yapma görevini de noterlere vermiştir¹². Noterlik Kanunu m.61/A'dan da anlaşılacağı üzere tapu müdürlüğünün yetkisi ise devam etmektedir.

Taşınmaz satışı ile TMK m.704 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin satışı ifade edilmektedir. Bu bakımdan noterlerin yetkisinde de bir ayırım görülmemektedir. Ancak noterlerin yetkisi anlamında düzenleme, yalnızca satış sözleşmelerinden bahsetmektedir. Diğer mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler özellikle sınırlı aynı haklara ilişkin sözleşmeler noterlikçe yapılamamaktadır. Bu anlamda taşınmaz üzerine ipotek

¹⁰ EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.236; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.247; SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2019, s.346.

¹¹ Sınırlı aynı haklara ilişkin borçlandırıcı işlem yapma yetkisi ise noterlere verilmiş değildir. O halde artık bunlar bakımından noterde yapılan bir borçlandırıcı işlem yine tahvil yoluyla ayakta tutulabilir. Sınırlı aynı hakların tesisine yönelik önsözleşmelerin noterde yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz. TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, M. Serkan, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.72, S.1, 2023, s.146(11.dn). Taşınmaz üzerinde irtifak ve taşınmaz rehni tesisine yönelik önsözleşmelerin tapu sicil memurluğunda mümkün olduğu fakat noterde yapılamayacağına ilişkin görüş için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.912, 1040; İrtifak kurma vadinin noterlerce yapılabileceği görüşü için bkz. KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim, Sınırlı Aynı Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982-1983, s.61.

¹² MEIER, Isaac, "İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usûl Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı", Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği, VIII. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, III. Oturum, s.472. Noterliğin Güncel Sorunları ve Geleceğine İlişkin Değerlendirmeler, 2009 (9-10 Ekim / Abant).

konulacak olan kredili satışlar söz konusu olduğu takdirde satışı tapu müdürlüğünün yapması gerekmektedir.

Noterlik Kanunu m.61/A taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. “Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler... Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır... Hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır. Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır...” İlgili madde uyarınca satış sözleşmesinin borçlandırıcı işlem (taahhüt) ile tasarruf işlemi aşamalarının bir arada gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. Zira satış sözleşmesinin yapılmasıyla yevmiye numarasının alınacağı ve tescilin yapılacağı ifade edilmektedir. Oysa taahhüt ve tasarruf işlemleri farklı aşamalardır. Zira İsviçre- Türk Hukukları iki aşamalı “ayrılık” sistemini benimsemiştir¹³. Örneğin borçlandırıcı işlem aynı hakka (malvarlığının aktifine) bir etki yapmadığı için bu aşamada tasarruf yetkisinin bulunması şart değilken uygulamada bu aşamaların iç içe geçmiş olması nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığı aşamada dahi tasarruf yetkisi aranmaktadır.

Noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmeden önce de Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (m.7(j)), resmi senedin içeriğini düzenlerken *tasarrufi işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanlarının* bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı sorun noterler tarafından düzenlenen senetler bakımından da devam ettirilmiş görünmektedir. Taahhüt ve tasarruf aşamalarının teoride taşıdığı şartların pratikte uygulanabilmesi için noterler ile tapu müdürlüklerinin taahhüt ve tasarruf işlemleri noktasında münhasır yetkili olması sorunun çözümüne yönelik görünmektedir¹⁴.

¹³ ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.31-32; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.132 vd.

¹⁴ ÖZMEN, Etem Saba, “Medeni Kanun’un Taşınmaz Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Borçlar Hukukuyla İlintisi ve Yargı Kararlarının Eleştirisi”, Medeni Kanun’un Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku, C.I, Ankara 2017, s.553; TANRIVER/ ERGÜNE,

II.TAŞINMAZ SATIŞINA İLİŞKİN HUKUKİ ESASLAR İLE AYRILIK İLKESİ VE DOĞURDUĞU SONUÇLAR

A. Taşınmaz Satışı ve Satış Vaadine İlişkin Hukuki Esaslar

Taşınmaz satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, borçlandırıcı işlem niteliğinde ve geçerlilik yönünden şekle bağlı bir sözleşmedir¹⁵.

Taşınmaz satışı ve satış vaadi TBK'nun 237. maddesinde *şekil* madde başlığı altında düzenlenmiştir. İlgili madde taşınmaz satışı ve vadinin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu düzenleyen TMK m.704 uyarınca satış konusunun arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin oluşturduğu anlaşılmaktadır. Noterlerin satış sözleşmesini düzenleme konusunda yetkili olduğu taşınmaz kavramına da sayılanlar girmektedir.

Taşınmaz satışı ve vaadine resmiyeti verecek makam ilgili maddede düzenlenmemiştir¹⁶. Noterlik Kanunu m.60, taşınmaz satış vadinin yapılmasını noterlerin görevleri arasında saymıştır. Ancak taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından Tapu Kanunu (m.26), taşınmaz satışına resmiyet verecek merciyi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri olarak düzenlediği için taşınmaz satışına resmiyet verecek merci ancak bu kişilerdir¹⁷. Noterlik Kanunu m.60'ta yapılan değişiklik ile noterlerin görevleri arasına taşınmaz satış sözleşmeleri yapılmasının da eklenmesi ile birlikte 01.07.2023 tarihinden itibaren taşınmaz satış sözleşmeleri noterler tarafından da yapılabilmektedir. Böylece Noterlik Kanunu m.61/A'da da ifade edildiği üzere tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerinin de

"Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.146.

¹⁵ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.32-33; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s.35-36; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 26 vd.

¹⁶ "Bunun sebebi mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda ülkedeki federatif devlet sistemi dolayısıyla resmi şeklin kimin tarafından düzenleneceğinin Federe devletlerin iç mevzuatına bırakmış olmasıdır." ÖZMEN, Etem Saba/AKÇURAKARAMAN, Tuba, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1 ,2013, s.54.

¹⁷ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ESMER, Galip, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul Matbaacılık, 1956, s.31; EREN, Mülkiyet Hukuku, s.210.

yetkisi devam etmekte ek olarak bu sözleşmeyi artık noterler de yapabilmektedir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ise, taşınmaz satışına ilişkin bir önsözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁸. Sözleşme yapma vaadinden bahsedebilmek için ileride yapılacak sözleşmenin borçlandırıcı (borç doğuran) bir sözleşme olması gerekir, ileride yapılacak sözleşme, tasarruf işlemi niteliğindeyse adı vaad sözleşmesi olsa bile bu asıl sözleşme olacaktır¹⁹.

Önsözleşmelerin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır (TBK m.29). Taşınmaz satışının noterler tarafından da yapılabilmesi, tapu sicil görevlilerinin ise satışı yapabildiklerine göre satış vaadini evleviyetle yapabilecekleri düşünüldüğünde²⁰ bu anlamda önsözleşmenin geçerliliği bakımından uyum sağlandığı söylenebilir.

SUNGURBEY ise²¹, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin ön sözleşme değil bizzat asıl taşınmaz satış sözleşmesinin kendisini oluşturduğu, bu anlamda noter huzurunda yapılan sözleşmenin ifasının tapuda gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Benzer şekilde TUHR da belirli bir

¹⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 448; Yargıtay'ın tarihi süreçte taşınmaz satış vaadine ilişkin görüşleri için bkz. ÇENBERCİ, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s.7 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Eşya Hukuku, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.691; DOĞAN, Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No:6 , İstanbul 2006, s.52; ; EREN, Mülkiyet Hukuku, s.235-236; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.71; HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.120; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, s. 140.

¹⁹ Von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çev. CevatEDEGE), Ankara, 1983, s.261; DOĞAN, s.51-52; VELİDEDEOĞLU/ ESMER, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, s.38; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.100.

²⁰ Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş yapabileceği yönündedir. Bkz. TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU, Eşya Hukuku, s.691-692; SAYMEN Ferit H./ ELBİR, Halid K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, 283; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, Eşya Hukuku, s.506-507; EREN, Mülkiyet Hukuku, s.236; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.243; ÖZMEN /AKÇURA KARAMAN, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları" s.56.

²¹ SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukukun Temel Sorunları, İstanbul, 2002, s. 874 vd.

gayrimenkulün ivaz karşılığında devrinin taahhüt edilmesini taraflar buna “satış vaadi” demiş olsalar bile satış sözleşmesi sayılması gerektiğini, söylemektedir. Henüz belirsiz sayılabilecek durumlarda örneğin bir gayrimenkulün 100 metrekairelik sathını satılması istendiği halde satış vaadi yapılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Doktrinde ağırlık görüşünün taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önsözleşme yönünde olduğu ifade edilse de çalışmamızın kapsamını aşacak şekilde yer verememekle birlikte, bu görüşlerin tüm çalışma boyunca ifade etmeye çalıştığımız taahhüt ve tasarruf işlemlerinin ayrı olarak ve farklı makamlarda (noterlik ve tapu müdürlüğünde) gerçekleştirilmesinin uygunluğuna doktrindeki ağırlık görüşün aksine gerçekleşebileceğine de yer vermek isteriz²².

Taşınmaz satış vaadinde, taraflar biri veya karşılıklı olarak taşınmaz satışına ilişkin sözleşme yapma borcu altına girmektedirler²³.

Satış vaadinden doğan hakkın niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazar, sözleşmeden doğan hakkın yenilik doğuran bir hak olduğunu²⁴ kullanılmasıyla satış sözleşmesi yapma borcu doğacağını ifade ederken bir kısım yazarlar, satma ve satın alma borcunun satış vaadi sözleşmesinin kurulmasıyla doğduğunu²⁵ (TBK m.90) kabul etmektedir. Kanaatimizce burada satış vaadi sözleşmesinin yapılmasıyla ileride yapılacak bir sözleşme vaad edildiği için her şeyden

²² Sicil memurunun satış sözleşmesini yaparken satıcının tasarruf yetkisini araştırması gerektiği, noterin bu araştırmayı yapmadığı için ayrıca tapu memuru önünde bir satış sözleşmesinin yapılması gerektiği yönünde görüş için bkz. **TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU**, Eşya Hukuku, s.330; Oysa borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin, çalışmada ilgili kısımda değinildiği üzere, yapılması sırasında tasarruf yetkisi aranmamaktadır. Konuyla ilgili doktrinde ağırlık görüşün, mevzuatın ve uygulamanın bu yönde oluştuğu ancak fikrin olması gereken kanun bakımından doğru olduğu yönünde bkz. **TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.244.

²³ Bununla birlikte Yargıtay, uygulamada noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadi senetlerinde sadece satıcının imzasını yeterli görmemektedir. Zaten alım sözleşmesinin varlığı vaad sözleşmelerine pratik bakımdan yer bırakmamaktadır. Her iki tarafa borç yükleyen vaadlerde ise iki imzanın da bulunması şarttır. Aksi halde şekil yönünden batıl olacaktır. Bkz. **TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.248.

²⁴ **TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.249; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, s.448-449.

²⁵ **SİRMEN**, Eşya Hukuku,347; **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, s.145.

evvel bu vaad edilen sözleşmenin kurulması gerekmektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin (taahhüt işleminin) yapılmasıyla ki taraflar taşınmazı satma/ satın alma borcu altına girerler. Aksi durumda taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taahhüt işlemi olarak bir taşınmaz satış sözleşmesinden farkı kalmayacaktır.

Nitekim vaadi yerine getirmeyen taraf ifaya zorlandığında TMK m.716 uyarınca değil fakat öncelikle sözleşmenin yapılması için mahkemeye başvurmak gerektiği kabul edilmelidir²⁶. Sözleşmenin kurulmasından sonra ise borç ifa edilmezse, TMK m.716 uyarınca mülkiyetin hükmen geçirilmesi söz konusu olmalıdır. Uygulamada yargı kararları bu yönde olmadığı gibi haklı olarak taşınmaz malikinin önsözleşme niteliğinde olan taşınmaz satış vaadinden olan borcunu yerine getirmemesi halinde açılan dava neticesinde alacaklının taşınmaz mülkiyetinin kendisi adına tescilini talep edebildiğine göre sadece taşınmaz satışının noterlerce yapılabilmesi elle tutulur bir yenilik taşımadığı ifade edilmektedir²⁷. Bu konu aynı hakların devrinde taahhüt ve tasarruf işlemlerinin ayrı safhalar olması ile ilgili olup aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²⁶ “Hülasa Bey vaadinde müsteniden doğrudan doğruya tescile icbar mümkün olmayıp, bu vaadin yerine getirilmesi lüzumuna dair mahkemeden sadır olacak ilam, taahhüt olunan bey mukavelesi yerine kaim olarak, buna müsteniden tescile icbar mümkündür.” **VELİDEDEOĞLU/ ESMER**, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, s.453; **EREN**, Mülkiyet Hukuku, s.237; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.248; Oysa Yargıtay vermiş olduğu kararlarda usul ekonomisi gerekçesiyle taşınmaz mülkiyetinin hükmen geçirilmesine yönelik yenilik doğuran kararlar vermektedir. “...taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanunu’nun 213. maddesiyle ... Medeni Kanunu’nun 706. ve Noterlik Kanunu’nun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re’sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmî şekil şartına bağlı kılman, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde ... Medeni Kanunu’nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.” Yargıtay 7.HD, 04.10.2023, E. 2023/3597, K. 2023/4408 (Kazancı Erişim Tarihi:17.01.2024).

“...Satış vaadinin borç doğuran bir sözleşme olduğunda ve tasarrufu bir işlem niteliğini taşımadığında ve bu tür sözleşmelere dayanılarak açılacak davalar üzerinde mahkemelerin vereceği hükümlerin yenilik doğuran (ihdasi) bir nitelik taşıyacağımda kuşku yoktur...” YİBGK, 25.10.1971, E.1970/1, K.1971/2 (Legalbank Erişim Tarihi:14.12.2023).

²⁷ **TANRIVER/ ERGÜNE**, “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar”, s.147-148.

B. Ayrılık Sistemi ve Tescil Talebinin Hukuki Niteliği

Hukuki işlemlerin malvarlığına etkileri yönünden malvarlığında azalma meydana gelen taraf için sırayla borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi, malvarlığında artış meydana gelen taraf için kazandırıcı işlem olarak ayrıldığını bilmekteyiz²⁸. İki taraflı hukuki işlem olan sözleşmelerde tarafları borçlu ve alacaklı oluşturmaktadır. Borçlunun bir borç altına girmesi (verme, yapma, yapmama borcu) karşısında alacaklı bir alacak hakkı elde etmektedir. İşte borç altına giren borçlunun muamelelerinin malvarlığının pasifine ya da aktifine yaptığı etki borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımını doğurur. Borçlandırıcı işlem, malvarlığının aktifinde yer alan hakları doğrudan doğruya etkilemez. Borçlandırıcı işlemin en önemli hukuki sonucu asli edim yükümü içeren bir borç ilişkisi kurmaktır²⁹. Bu anlamda borçlandırıcı işlemler bir malvarlığında pasifi artırırken tasarruf işlemleri ise aktifi azaltmaktadır.

Tasarruf işlemleri ise, tasarrufta bulunan borçlunun malvarlığındaki hakka doğrudan doğruya etki yapar ve o hakkı başkasına devreder, sınırlar, külfet yükler, değiştirir ya da sona erdirir. Mülkiyetin hakkının devri, hakkı devreder niteliktedir. Kara Avrupası Hukuk sistemlerinde ve bu sisteme dahil İsviçre -Türk Hukuku'nda bir hakkın devri iki aşamalı işlem ile gerçekleşmektedir. Kaynağı Roma Hukuku olan bu duruma *ayrılık sistemi* ya da *bağımsızlık/ayrılık ilkesi* denilmektedir³⁰. Bu ilkeye ilişkin

²⁸ OĞUZMAN/ BARLAS, Medeni Hukuk, s.185 vd; AKİPEK ÖCAL, "Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.565.

²⁹ EREN, Borçlar Genel, s.171; VELİDEDEOĞLU/ ESMER, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, s.36.

³⁰ SÖĞÜT, İpek Sevda, "Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları", AÜHFİD, 69(2) 2020, s. 765,783 ; "Borçlandırıcı işlem -tasarruf işlemi farkı Roma hukukunda teorik yönden belirtilmiş değildir. Ancak kökeninde Roma hukuku bulunan Kara Avrupa'sı kanunları ve öğretisi Roma Hukukunun bu konudaki dağınık kurallarından faydalanarak bu önemli ayrımı Medeni Hukukun adeta temeli haline getirmiştir. Borçlandırıcı işlemlerin neticeleri daha ziyade Borçlar Hukukunda, tasarruf işlemlerinin hükümleri ise daha çok Eşya Hukukunda düzenlenmiştir." TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2020, s.184; AYİTER, s.79; SCHWARZ, s.162; Satıcı satış sözleşmesiyle satılan mal üzerindeki mülkiyet hakkını alıcıya sağlamayı taahhüt eder.; "İşlemden birlik ilkesinde (Einheitsprinzip), devredenle devralan arasındaki irade uyuşması borçlandırıcı etki

genel nitelikli bir hüküm kanunlarımızda yer almasa da benimsenmiş olduğu kanun sistematığından dahi anlaşılmaktadır. Böylece borçlandırıcı işlem hakkın devri sonucu doğurmadığından borçlandırıcı işlemlere ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu'nda Borçlar Hukuku'na konu olurken ifa niteliğindeki işlemlerin ise Türk Medeni Kanunu'nda Eşya Hukuku'na konu olduğu görülmektedir³¹.

Tasarruf işleminin geçerliliğinin buna temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmaması tasarruf işleminin sebebe bağlı (illi) veya sebepten bağımsız (soyut, mücerret) olması ile ilgilidir. Bu anlamda taşınmaz mülkiyetinin devri, sebebe bağlı bir tasarruf işlemidir³². Türk Medeni Kanunu (m.1024/2) düzenlemesi karşısında bunda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme yani inceleme konumuz açısından bir bağlayıcı olmayan bir satış sözleşmesine dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tasarruf işlemi de geçersiz olacaktır.

Taşınmazlarda tescil, tasarruf işlemi oluşturduğu için geçerli bir taahhüt işlemine dayanmayan tasarruf işlemleri "yolsuz tescil" olarak ifade edilmektedir³³.

yanında tasarrufi etki de göstermektedir...aynı sözleşme hem borçlandırıcı hemde tasarrufi sonuç doğurmaktadır." **ANTALYA**, Eşya Hukuku s.167.

³¹ **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, s.37; **AKİPEK ÖCAL**, "Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.566; **ÖZMEN /AKÇURAKARAMAN**, Tuba, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", s. 55.

³² **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ**, Eşya Hukuku, s.288-289; **HATEMİ /SEROZAN/ ARPACI**, Eşya Hukuku, s.492;**AKİPEK ÖCAL**, "Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.565; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.151; **ÖZDAMAR**, Demet: "Ayni Sözleşme ve Ayni Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması", Yargıtay Dergisi, C.26, S.3, Temmuz 2000, s.413; **SCHWARZ**, s.166; **AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.173.

³³ TMK m.1024/2, "Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, s.175-176; **SİRMEN**, Eşya Hukuku, s. 323; Ayrıntılı bilgi için bkz. **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.151.

Tescil, tapu müdürlüğünce tapu kütüğünde taşınmaza ait sayfaya aynı hakların yazılmasını ifade eden teknik bir deyimdir³⁴. TMK m.1013, “tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinın yazılı beyanı üzerine yapılır.” demektedir³⁵. Talep, tescil için memuru harekete geçiren tasarruf yetkisine sahip bulunan kimsenin talebidir³⁶.

Sicil dışı doğan aynı hakların tescili talebi, hakkın sicilde gösterilmesini sağlayan usuli işlemlerdir. Ancak hakkın kazanılmasının tescile bağlı olduğu hallerde tescil talebinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Buna göre ilk görüş, talebi (istemi) aynı sözleşme saymaktadır³⁷. Ancak tek taraflı bir beyana sözleşme niteliği vermek mümkün görünmemektedir. İkinci bir görüş olarak talep, borçlandırıcı işlemin içerisinde yer alan hakkı etkilemeyen usuli bir işlemdir (birlik ilkesi)³⁸. Oysa borçlandırıcı işlem tek başına hakka etki etmeyip aynı hakların kural olarak ancak tescille kazanıldığını bilmekteyiz (TMK m.1021/1). Son görüşe göre talep, malikin tek taraflı tasarruf işlemidir. İsviçre-Türk Hukuklarında çoğunluk görüşü tescil talebinin tek taraflı tasarruf işlemi olduğunu kabul etmektedir. Böylece, talep bir yönüyle tapu memurunu harekete geçiren usuli bir işlem, diğer yönüyle hakka etki eden tek taraflı bir tasarruf işlemidir³⁹. Sağlararası sonuç doğurmak üzere tek taraflı bir beyanla kişiye rızasız olmadan hak kazandırma olanağı ise son görüş bakımından eleştirilmektedir⁴⁰.

³⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s.224; HATEMİ /SEROZAN/ ARPACI, Eşya Hukuku, s.422-423; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 177.

³⁵ “Talep, Tapu Sicili Cumhurbaşkanınca Çıkarılan Yönetmelik’te “istem” olarak ifade edilmiştir.

³⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s.226; HATEMİ /SEROZAN/ ARPACI, Eşya Hukuku, s.422-423; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 179.

³⁷ HATEMİ /SEROZAN/ ARPACI, Eşya Hukuku, s.491-492; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.161; AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku, s.81-82; SİRMEN, Eşya Hukuku, s.183.

³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s.61.

³⁹ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, Eşya Hukuku, s.247; Tasarruf işleminin üç safhadan oluştuğu (satış sözleşmesi, tek taraflı tescil talebi ve sicil memurunca yapılan tescil) yönünde bkz. TEKİNAY/ AKMAN, / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s.329; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, Eşya Hukuku, s.294.

⁴⁰ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.156 vd.

C. Ayrılık Sisteminin Doğurduğu Sonuçlar

Taahhüt ve tasarruf işlemlerinin ayrı safhalar olmasının sadece teorik değil pratik sonuçları da bulunmaktadır. Her şeyden önce borçluyu (satıcıyı) borç altına sokan taahhüt işlemi sırasında borçlunun (satıcının) satış konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması zorunlu değildir⁴¹. Bu anlamda bir kişi başkasına ait olan veya kendisine ait olmakla birlikte o malvarlığı unsuruna ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlanmış bir kimse ise, yine de borçlandırıcı işlemi yapabilecektir. Hukuki işlem (diğer geçerlilik şartlarını taşıması şartıyla) geçerli bir hukuki işlemidir ve sözleşme kurulmuştur. Borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun sorumluluğu doğacaktır. Ancak denildiği üzere, sözleşme kurulmuş olacaktır. Oysa bir tasarruf işlemi sırasında taşınmaz satışı bakımından tescil talebinde bulunan kimsenin tasarruf yetkisinin bulunması şarttır⁴².

Borçlunun birden fazla yaptığı borçlandırıcı işlemler nedeniyle borcunu ifa etmemesi de söz konusu olabilir. Hakka doğrudan etki etmediği için borçlandırıcı işlemlerin birden fazla yapılması mümkündür. Bunlar arasında herhangi bir öncelik de bulunmamaktadır, hepsi aynı derecededir⁴³. Ancak ilk yapılan tasarruf işleminden sonra başka bir tasarruf işleminin yapılması mümkün değildir⁴⁴. Tasarruf işleminde belirlilik ve açıklık ilkeleri de geçerlidir⁴⁵.

Borçlandırıcı işlemin her zaman iki taraflı bir hukuki işlem sözleşme olarak düzenlenmesi gerekirse de tasarruf işlemi tek taraflı veya sözleşme şeklinde de olabilir. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin şekli de farklı olabilir⁴⁶. Taşınmaz satışı bakımından borçlandırıcı işlem ile

⁴¹ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.60.

⁴² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s.225.

⁴³ AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, İstikbal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953, s.82; SÖĞÜT, "Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları", s. 784-785; ANTALYA, Eşya Hukuku, s.164; Von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s.190.

⁴⁴ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, s.61.

⁴⁵ AKİPEK ÖCAL, "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.567; ANTALYA, Eşya Hukuku, s.166.

⁴⁶ Örneğin alacağın devri sözü verme şekle bağlı değilken alacağın devri (tasarruf işlemi) yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır; Von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s.191.

tasarruf işleminin iç içe geçmiş olması nedeniyle onların bir arada resmi şekilde gerçekleştirilmelerini zorunlu kılar.

Yine bir diğer pratik sonuç, Borçlar Hukuku'na hâkim sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca tarafların sözleşmeyi TBK m.27'nin çizdiği sınırlar içerisinde diledikleri gibi düzenlemekte serbest olmalarından doğar.

Borçlandırıcı işlem bakımından satış sözleşmesinin erteleyici ve bozucu koşula bağlı olarak yapılması mümkündür⁴⁷.

TBK m.243/1, taşınmaz satış sözleşmeleri bakımından, *Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz ve istem tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı herhangi bir kayıt ve şarta bağlanamaz.* (Tapu Sicil Tüzüğü m.16/2, Tapu Sicil Müdürlüklerinde Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.11/2).

Tasarruf işlemi olan tescilin ise, açık hüküm (TST m.16/2) karşısında bozucu şarta bağlı olarak yapılması mümkün değildir⁴⁸. Erteleyici koşul bakımından da açık hüküm karşısında tartışma söz konusu değildir, koşul gerçekleşmeden tescil yapılamayacaktır (TBK m243/1). Aynı hak koşulsuz olarak tescil edilir ancak bozucu koşul gerçekleştiğinde aynı hak kendiliğinden eski sahibine dönmeyi bu yüzden aynı hak sahibi tarafından bozucu şartlı bir borçlandırıcı işleme dayanarak tescil yapılması tercih edilmez⁴⁹. Sicil dışı kazanımlarda kanunilik ilkesi var olduğundan Tapu Sicil Tüzüğünde yer alan bu hükmün amacı, aynı hakkın kütükte

⁴⁷ AKİPEK ÖCAL, "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.566; ÖZMEN/AKÇURA KARAMAN, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları" s.55

⁴⁸ TBK m.292 bağışlayana dönme koşullu bağışlamada, tasarruf işleminin bozucu koşula bağlanamamasının istisnası görüşü için bkz. SİRMEN, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992, s.106-107; Kanaatimizce burada da taahhüt işlemi koşula bağlanmaktadır (yoksa tasarruf işlemi değil). Bu görüşte olan HATEMİ /SEROZAN/ ARPACI, Eşya Hukuku, s.56-561.

⁴⁹ "... TST 16/2 hükmüyle tescil isteminin, sadece tescilin etkisini sona erdirebilecek bozucu bir şarta bağlanması yasaklanmıştır. Oysa tescil isteminin tescili veya tescilin etkisini geciktirecek biçimde bir şarta bağlanması da mümkün değildir. Bu bakımdan tescil isteminin şarta bağlanamaması kuralı, TST 16/2'de eksik bir biçimde ifade edilmiş olmaktadır." SİRMEN, Eşya Hukuku, s.185; SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s.106.

herhangi bir işlem yapılmaksızın kendiliğinden (şartın gerçekleşmesiyle) değişiklik yaratmasını önlemek istemesidir⁵⁰.

Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamalarının birlikte gerçekleştiği uygulama bakımından, resmi senet hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi içerdiğinden resmi senette şartın yer alması mümkün değildir. Uygulamada bu husus taşınmaz satış vaadinin önemini artırır⁵¹. Doktrinde taşınmaz satış vaadinin anlamsız olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere ancak noterlerin taşınmaz satışında münhasır borçlandırıcı işlemleri gerçekleştirdikleri ve borçlandırıcı işlemin teoride olduğu gibi işlevlerini yerine getirebilmesi halinde katılabiliriz. Aksi halde şarta bağlanamayan taşınmaz satış sözleşmesi bu işlevi ancak taşınmaz satış vaadi ile yerine getirebilir görünmektedir⁵².

Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.7/f.1, b(i) hükmünde, resmi senette tasarrufi işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanlarının da yer alması gerektiği belirtilmiştir. Böylece tapu müdürlüklerinde yapılan taşınmaz satışlarında matbu bir sözleşme ile taahhüt ve tasarruf aşamalarının aynı sözleşme içerisinde yer alması halihazırda yukarıda ifade edilen pratik sonuçları ortadan kaldırmıştır. Uygulamada yaratılan “de facto” durum neticesinde borçlandırıcı işleme geciktirici şart konulması veya yine vadeye bağlanmasına ilişkin hüküm konulmasına müsaade

⁵⁰ Aynı husus, taşınmazlarda inancılı mülkiyet devirleri bakımından da tartışılmıştır. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku (Kısaltılmış), s.238; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, s.375.

⁵¹ **ÖZMEN**, “Medeni Kanun’un Taşınmaz Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Borçlar Hukukuyla İlişkisi ve Yargı Kararlarının Eleştirisi”, s.552-553; **SİRMEN**, Eşya Hukuku, s.346.

⁵² **ÖZMEN /AKÇURA KARAMAN**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları” s.55.

Bununla birlikte TBK m.243/1’i, bozucu koşulun varlığı halinde borçlandırıcı işlem olan taşınmaz satış sözleşmesinin yapılamayacağı şeklinde yorumlayanlar olduğu gibi; bozucu koşula bağlı olarak taşınmaz satış sözleşmesi yapılabileceğini fakat ancak koşulun gerçekleşmesi halinde tescilin talep edilebileceği şeklinde ; tescilin yapılabileceği ancak mülkiyetin kendiliğinden değil bozucu koşul gerçekleştiğinde kişisel bir irade talebine dayanarak satıcıya dönebileceği şeklinde ve tescilin yapılamayacağı şeklinde yorumlayanlar da vardır.. Tüm görüşler için bkz. **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, 2022, İstanbul, s.133.

edilmemektedir. İşlem yapan taraflar iki farklı işlemin yapıldığının dahi farkına varmamaktadır⁵³.

Noterlere ilişkin düzenleme ile noterde yapılacak taşınmaz satış sözleşmesinde de daha önce tapuda yapılan sözleşmelerde olduğu gibi tescile ilişkin talebin de mutlaka yer alması gerektiği görülmektedir. Noterlik Kanunu m.61/A (aynı şekilde Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik) bu şekilde kurgulanmıştır⁵⁴. Oysa doktrinde haklı olarak çoğu Avrupa Birliği ülkesinde olduğu gibi taşınmaz satışına ilişkin sözleşmelerin ve hatta ivazlı veya ivazsız taşınmaz mülkiyetinin nakli ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisini konu alan tüm taahhüt işlemlerinin yapılmasında noterlerin münhasır yetkili kılınması savunulmaktadır⁵⁵.

İvazlı veya ivazsız taşınmaz mülkiyetinin nakli ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisini konu alan tüm taahhüt işlemlerinin yapılmasında münhasır yetkili kılınan noterler ilgili resmi sözleşmeyi düzenleyecekler, tasarruf aşamasında ise tescil talebi tapu müdürlüğüne yapılacak ve tescil işlemi tapu memurunca gerçekleştirilecektir. Böylelikle hem taahhüt aşamasında borçlandırıcı işlemi noter hukuki bilgi birikimine dayanarak bir tapu memuruna nazaran daha sağlıklı yürütecek hem de yukarıda değindiğimiz pratik sonuçlar doğacaktır⁵⁶. Esasında Türk Medeni Kanunu'nun tasarladığı düzen de bu yöndedir.

III. NOTERLERİN TAŞINMAZ SATIŞI SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMESİNDE USUL VE GÜNCEL UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Noterlerce Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlenmesi Usulü

⁵³ AKİPEK ÖCAL, "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.566-567.

⁵⁴ TANRIVER/ ERGÜNE, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", s. 156; Noterlere ivazlı veya ivazsız tüm taahhüt işlemlerini değil, sadece taşınmaz satış yapmak konusunda yetki verilmiştir. Ayrıca taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisini konu alan borçlandırıcı işlemleri (irtifak sözleşmesi, rehin sözleşmesi, taşınmaz yükü sözleşmesi) yapma yetkisi verilmiştir.

⁵⁵ TANRIVER/ ERGÜNE, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", s.146.

⁵⁶ TANRIVER/ ERGÜNE, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", s.146.

Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca taşınmaz satışı yapmak isteyen kişi öncelikle Türkiye Noterler Birliği'nin "e-ran-devu/başvuru" uygulamasından e-Devlet kapısı kullanılarak sözleşmenin düzenlenmesine ilişkin başvuru yapacaktır.

Uygulamadan listelenen taşınmazlardan satışı yapılacak taşınmaz seçilecek, Türkiye Noterler Birliği Bilgi Sistemi'ne (TNBBS) ilgili bilgiler girilecektir. Bu bilgiler arasında taşınmazın emlak vergi değeri ile taraflar arasında belirlenen satış bedeli de yer almaktadır. Başvuruda, sözleşmenin düzenlenmesi istenilen noterlik de seçilir. İlgili talep, seçilen noterin başvuru ekranına düşer (m.5).

Noter, taşınmaza ilişkin ayrıntılı tapu kayıt bilgileri ile diğer bilgi ve belgeleri ise Tapu ve Kadastro Paylaşım Sistemi'nden (TAKPAS) sorgular. Buna göre hak sahibini belirleyip taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığını tespit ettikten sonra sözleşmeyi hazırlar (m.7).

Noter, sözleşme düzenlerken TNBBS'ne kaydedilen sözleşme örneğini kullanacaktır (m.6) .

Sözleşmeye, tescili bozan veya hükümsüz kılan kayıt ve şart yazılamaz (m.7/4).

Noter, sözleşmeyle ilgili işlemleri bizzat yapar (m.8/1).

Noterlik Kanunu'nun Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu İşlemler başlıklı 89. maddesi, "Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme... gayrimenkul satış vaadi ... ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.", demektedir. Noterler taşınmaz satışına ilişkin sözleşmeyi düzenleme şeklinde yapacakları gibi işlemi de bizzat yapmak zorundadırlar (m.61/A f.5). Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan taşınmaz satışında ilgililerin irade beyanlarının alınması ilgililerin noter huzurunda bizzat veya temsilcilerinin bulunması suretiyle gerçekleştirilecektir. Farklı tapu müdürlüklerinde bulunan tarafların iradelerinin ayrı ayrı alınmasına yönelik düzenlemenin⁵⁷ noterlere özel bir düzenleme yapılan kadar uygulanması ise mümkün değildir⁵⁸.

Noter, taşınmazın satışını kısıtlayıcı veya satışa engel hukuki bir durumun bulunmadığını tespit ettikten sonra sözleşmeyi taraflara imzalatıp TAKBİS'ten yevmiye numarası alarak sözleşmeyi ve diğer belgeleri TAKBİS'e

⁵⁷ Tapu Kanunu m.26/2.

⁵⁸ TANRIVER/ERGÜNE, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", s.151.

kaydeder. Sözleşmenin TAKBİS'e kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır...

Sözleşmede; silinti, kazıntı ve çikıntı yapılamaz...

Taraflara sözleşme imzalandıktan sonra tescilin tamamlanmasını müteakip, noter tarafından tapu senedi verilmektedir (m.8).

Uygulamada henüz noterlerin TAKPAS üzerinden ilgili taşınmaza ait ayrıntılı tapu kayıt bilgilerini sorgulayamadığı bilinmektedir.

B. Güncel Uygulamanın Değerlendirilmesi

Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.8'de ifade edilen "satışa engel hukuki durum" her şeyden önce notere başvuran kimsenin hak sahibi olmaması ya da tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olmasından kaynaklanabilir. Yukarıda etraflıca ifade ettiğimiz üzere borçlandırıcı işlem aşamasında esasında bu kimselerin taşınmaz satış sözleşmelerini akdedebilmeleri gerekir. Üstelik tapuda gerçekleşen borçlandırıcı işlemde farklı olarak borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasına zaman da girmektedir. Yani koşullar da aşamaları birbirinden ayırmaya elverişli durumdadır.

Uygulamada borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin iç içe geçmiş olmasıyla taraflar iki farklı işlemin yapıldığının dahi farkına varmamaktadır. Sebep bağıllık ilkesi (illilik ilkesi) gereği borçlandırıcı işlemde meydana gelen sakatlık tasarruf işlemini de sakatlamakta ancak işlemler bir arada gerçekleştiği için bu durum o anda anlaşılmamaktadır. Anlaşılmasıyla ise artık uzun yıllar sürecektir uyumsuzluklar doğmaktadır. Oysa tapu müdürlerinin esas görevi, tapu sicilin tutulması ve tasarruf işleminin tamamlayıcı olgusu tescilin gerçekleştirilmesini sağlamaktır⁵⁹.

Tapu sicil sistemimizin alındığı İsviçre'de de kantonlar arasında değişiklik göstermekle birlikte, borçlandırıcı işlemlerin noterler tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Tapu sicilinde ise sadece tasarruf işlemleri gerçekleştirilmektedir⁶⁰.

Taahhüt ve tasarruf aşamalarının teoride taşıdığı şartların pratikte uygulanabilmesi için noterler ile tapu müdürlüklerinin taahhüt ve

⁵⁹ AKİPEK ÖCAL, "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.567.

⁶⁰ AKİPEK ÖCAL, "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", s.567.

tasarruf işlemleri noktasında münhasır yetkili olması sorunun çözümüne yönelik görünmektedir⁶¹. Bizim de katıldığımız olması gereken (de legeferanda) durum, taşınmazlarda aynı hakların kurulmasına yönelik borçlandırııcı işlemlerin yapılmasının tapu müdürlüklerinden alınması ve görevin tamamen noterlere bırakılmasıdır⁶².

Bunun dışında mevcut durumda noterlere verilen yetki neticesinde birtakım sonuçlardan da bahsetmek gerekmektedir. Her şeyden önce noterlerin taşınmaz satışına yönelik işlemlerinin tapu dairelerinin iş yükünü azaltacağı aşıkardır. Bundan başka haklı olarak noterlerin hukukçu kimlikleri satış sözleşmesinin bizzat yapılmasında önem taşır. Tapu memurlarından farklı olarak noterler hukuk fakültesi mezunu⁶³ kimselerdir. Bu görevlerini ifa ederken “hukuk danışmanı” kimliğiyle hareket etmektedirler⁶⁴.

Taşınmaz satışına ilişkin sözleşme akdedilirken noter, Noterlik Kanunu m.1’de ifade edildiği üzere kamu hizmeti gördüğünden hukuki güvenliği sağlamak önceliği olacaktır. Bu anlamda tarafların menfaatlerini korumak ve onları aydınlatmak yükümlülükleri arasındadır⁶⁵. Nitekim Noterlik Kanunu m.72/3notere, iş yaptracak kimselerin gerçek isteklerini öğrenmek ve bu arzuların gerçekleştirilecek işleme yansıtılması ödevini yüklemiştir. Noter, ileride ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları öngörek daha başta buna göre yol çizebilecektir⁶⁶. Örneğin taşınmazın aile konutu olması halinde noter tarafından tespiti önem taşımaktadır⁶⁷. TMK

⁶¹ **ÖZMEN**, s.553; **TANRIVER/ ERGÜNE**, “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar”, s.146; **AKİPEK ÖCAL**, “Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli”, s.570.

⁶² **ÖZMEN /AKÇURA KARAMAN**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları” s.57.

⁶³ Noterlik Kanunu m.7.

⁶⁴ **TANRIVER**, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri” s.597.

⁶⁵ **AKİL**, Cenk, “Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2012, s.224.

⁶⁶ **MEMİŞ**, Yusuf, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.23-24; **TANRIVER**, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri” s.577.

⁶⁷ **YAKUPPUR**, Sendi, “Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmesine Olanak Tanıyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2022, C.10, S.2, s.659.

m.194 uyarınca eşin rızası olmaksızın aile konutunun satışı mümkün değildir. Nitekim aile konutu taşınmazda malik görünmeyen eşin daha sonra dava yoluyla amacına ulaştığı düşünülecek olursa⁶⁸noterin bu hizmetinin yargı yükünü de azaltacağı anlaşılır.

Bununla birlikte noterlerin henüz taşınmaza ilişkin ayrıntılı tapu bilgilerini sistemden (TAKPAS) sorgulayamadıkları bilinmektedir. Tapu kayıtlarına ilişkin elektronik ortam Noterler Birliği ile paylaşılmamaktadır. İlgili altyapının, düzenlemenin yeni olduğu düşünüldüğünde iyileştirileceği muhakkaktır. Ancak bu süreçte taşınmaz satışının noterde yapılırken işlemin tapuya nazaran daha uzun sürede gerçekleşmesinden dolayı işlem yapmak isteyen kimseler daha hızlı yürüyeceğinden taşınmaz satışları için tapuya başvurumaktadırlar. Yine bir diğer husus, noterin taşınmaza ilişkin tapu kaydını görememesi sistemin sadece kısıtlamalara ilişkin uyarı vermesi nedeniyle noter ancak üzerinde kısıtlama bulunmayan ve hissedarlı olmayan müstakil tapu söz konusu olduğunda satışı gerçekleştirebilmektedir. Noterlerin tapu memurları yanında yetkili kılınmasının bir anlam taşıması ve iş yüklerini hafifletebilmesi ancak çalışma şartları ve bilgiye erişimlerinin eşit olması halinde söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinin tapu memurlarının yanında noterlere de verildiği incelenmiştir. Taşınmaz satışı yapmak isteyen kişi, öncelikle Türkiye Noterler Birliği'nin "e-randevu/başvuru" uygulamasından e-Devlet kapısı üzerinden sözleşmenin düzenlenmesine ilişkin başvuru yapacaktır. Başvuruda ilgili bilgileri ve taşınmazı göstermesi gerekmektedir. Başvuru ile noter, taşınmaza ilişkin ayrıntılı tapu kayıt bilgilerini Tapu ve Kadastro Paylaşım Sistemi (TAKPAS) ile sorgulayacak ve satışa engel bir durum bulunmadığı takdirde sözleşmeyi hazırlayacaktır. Ancak bugün için noterlerin sistemde ilgili taşınmaza ilişkin tapu

⁶⁸ "Konulan şerh "kurucu" değil "açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır... Davalı eş dava konusu aile konutunun bulunduğu taşınmaz üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır... eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında yukarıda açıklanan yasal düzenleme ile ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 2HD, 06.03.2019, E.2018/5010, K.2019/2298 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi:18.01.2024).

kaydını göremediği bilinmektedir. Zaman içerisinde ilgili altyapının oturması beklenmektedir.

Noter sözleşmeyle ilgili işlemleri bizzat yapar ve tarafların sözleşmeyi imzalamasının ardından yevmiye numarası alarak sözleşmeyi sisteme kaydeder. Tapu müdürlüğü kayıt üzerine tapu siciline tescili sağlar. Oysa borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesinin tasarruf işlemi niteliğindeki tescil ile bir arada gerçekleşmesi zorunlu değildir. Türk-İsviçre Hukuku'nun benimsemiş olduğu *ayrılık sistemi* uyarınca borçlandırıcı işlemin yapılmasının şartları ve özellikleri ile tasarruf işleminin şartları ve özellikleri aynı değildir. Bugüne kadar tapu müdürlüğüne gerçekleştirilen taşınmaz satışlarında bu husus gözden kaçırıldığı gibi bugün noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinin verilmesiyle de sürdürülmüştür. Nitekim ilgili mevzuat, tapu müdürlüğünde gerçekleşen satışlarda olduğu gibi borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçecek şekilde kurgulanmıştır.

Uygulamada taşınmaz satış sözleşmelerinin borçlandırıcı işlemin özelliklerini taşımaması taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önemini arttırmaktadır. Doktrinde taşınmaz satış vadinin anlamsız olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere ancak noterlerin taşınmaz satışında münhasır borçlandırıcı işlemleri gerçekleştirdikleri ve borçlandırıcı işlemin teoride olduğu gibi işlevlerini yerine getirebilmesi halinde katılabiliriz.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin ayrılık sistemi uyarınca iki safhada gerçekleştirilmesinin pratik sonuçları da bulunmaktadır. Her şeyden önce borçluyu (satıcıyı) borç altına sokan taahhüt işlemi sırasında borçlunun (satıcının) satış konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması zorunlu değildir. Oysa bir tasarruf işlemi sırasında taşınmaz satışı bakımından tescil talebinde bulunan kimsenin tasarruf yetkisinin bulunması şarttır. Sonra hakka doğrudan etki etmediği için borçlandırıcı işlemlerin birden fazla yapılması mümkündür. Tasarruf işlemlerinin niteliği ise, buna imkân vermez. Borçlandırıcı işlem bakımından satış sözleşmesinin erteleyici ve bozucu koşula bağlı olarak yapılması mümkündür. Tescil talebi ise, Tapu Sicil Tüzüğü uyarınca, bozucu veya hükümsüz kılıcı şarta bağlanamaz. Uygulama, satış sözleşmesinin içerisinde tescil talebini de barındırır şekilde ele aldığı için işlemi yapan taraflar farklı safhalar olduğunun dahi farkına varmamaktadırlar.

Yukarıda ve çalışmada ayrıntılı olarak ele alınan sebepler dolayısıyla borçlandırıcı işlemler ile tasarruf işlemlerinin ayrı safhalarda ele

alınması noterlerin hukukçu kimlikleri ile borçlandırıcı işlem safhasında münhasır yetkili olmaları, kamu hizmeti görmeleri ve hukuki güvenliği sağlamak öncelikleri olduğu düşünülecek olduğunda bu aşamayı yine bizzat yürütmeleri ve doktrindeki ağırlık görüş uyarınca tescil talebinin ve tapu müdürünün tescili gerçekleştirilmesi noktasındaki usuli işlemin ise tapu müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmesi sorunun çözümüne yönelik görünmektedir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem: "Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Devrine ve Kurulmasına İlişkin Taahhüt İşlemlerinin Şekli", Medeni Kanun'un Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku, C.I, Ankara 2017, s.561-570.
- ANTALYA**, Gökhan: Eşya Hukuku, C.IV/1, Giriş, Temel Kavram ve İlkelere, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- AYBAY**, Aydın/ **HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- AYİTER**, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, İstikbal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953.
- ÇENBERCİ**, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- DOĞAN**, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No:6, İstanbul 2006.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 (Borçlar Genel olarak kısaltılmıştır.)
- EREN**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- GÜRSOY**, Kemal T./ **EREN**, Fikret/ **CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, AÜHF Yayınları, No:476, Ankara 1984.
- HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

- KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982-1983.
- MEIER**, Isaac: "İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usûl Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı", Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği, VIII. Medeni Usul Ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı, III. Oturum, s.471-488.
- MEMİŞ**, Yusuf: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/ **BARLAS**, Nami: Medeni Hukuk, 26. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku (Kısaltılmış) 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ÖZDAMAR**, Demet, "Ayni Sözleşme ve Ayni Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması", Yargıtay Dergisi, C.26, S.3, Temmuz 2000, s.399-418.
- ÖZMEN**, Etem Saba: "Medeni Kanun'un Taşınmaz Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Borçlar Hukukuyla İlintisi ve Yargı Kararlarının Eleştirisi" Medeni Kanun'un Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku, C.I, Ankara 2017, s.549-599.
- ÖZMEN**, Etem Saba/ **AKÇURA KARAMAN**, Tuba: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1 ,2013, s.47-74.
- SAYMEN** Ferit H./ **ELBİR**, Halid K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963.
- SEROZAN**, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- SCHWARZ**, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948.
- SİRMEN**, A. Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2019.
- SİRMEN**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992.

SÖĞÜT, İpek Sevda: “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”, AÜHFD, 69 (2) 2020, s. 759-791.

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukukun Temel Sorunları, İstanbul 2002.

TAHİROĞLU, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2020.

TANRIVER, Süha/ **ERGÜNE**, M. Serkan: “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.72, S.1, s.143 – 182.

TANRIVER, Süha: “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri”, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.577-597.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla: Eşya Hukuku, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

VARDARHAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ **ESMER**, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1956.

Von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çev. Cevat EDEGE), Ankara 1983.

YAKUPPUR, Sendi: “Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmesine Olanak Tanıyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2022, C.10, S.2, s.649-665.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Elektronik Kaynaklar:

Kazancı, (Erişim Tarihi:17.01.2024)

Legalbank, (Erişim Tarihi:14.12.2023).

Notaries of Europe, <https://www.notariesofeurope.eu/en/citizens/what-is-a-notary/>, (Erişim Tarihi:18.01.2024).

Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS), <https://www.tkgm.gov.tr/projeler/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis>, (Erişim Tarihi:13.12.2023).

Yargıtay Karar Arama, (Erişim Tarihi:18.01.2024).

TAŞINMAZ REHNİ KAPSAMINDAKİ EKLENTİNİN HACZİ (İİK m. 83/c)

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERCAN ÖZLER*

Öz

Bağımsız bir taşınır eşya olan eklenti, asıl şeyden ayrı bir tasarrufa ve hacze konu edilebilir. Bu durumun istisnasını, ipotek akit borç tablosunda yazılı eklentinin taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceği kuralı oluşturur (İİK m. 83/c). İİK m. 83/c'nin uygulanması için ipotek akit borç tablosunda yazılı olma ve kanunun aradığı şartlara uygun bir eklentinin bulunması gerekir. Buna göre, rehnin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile yükümlü kılacağı yönündeki genel kuralın (TMK m. 862), ipotek akit borç tablosunda yer almasa bile eklentinin tek başına haczedilemeyeceği yönünde, eklentinin bağımsız taşınır eşya olarak haczine engel olacak şekilde ve İİK m. 83/c özel hükmünü kısıtlar şekilde yorumlanmaması gerekir. Taşınmaz rehninin kapsamında yer alan eklenti de ipotek akit borç tablosunda sayılmasa bile taşınmazdan ayrı olarak haczedilebilir. İİK m. 83/c'ye aykırı yapılan haciz işlemlerinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle şikâyete konu edilmesi gerekir. İİK m. 83/c çerçevesinde ipotek akit borç tablosundan çıkarılarak rehnin kapsamı dışında bırakılan eklentinin ise ayrıca hacze konu edilebilmesi mümkündür. İİK m. 83/c kuralı,

* Dr. Öğr. Üyesi. Selçuk Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Procedure and Enforcement and Bankruptcy Law Department, Konya, Turkey.

✉ meltem.ercan@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0002-2713-9761.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: ERCAN ÖZLER, Meltem: "Taşınmaz Rehni Kapsamındaki Eklentinin Haczi (İİK m. 83/c)", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 1005-1060.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ipotek alacaklısını ve işletmenin ekonomik bütünlüğünü korumak amacıyla getirilen özel nitelikte bir düzenlemedir.

Anahtar Kelimeler

- Eklenti • İpotek Akit Borç Tablosu • Taşınmaz Rehni • Haciz • Şikâyet

THE SEIZURE OF ATTACHMENT UNDER PLEDGE OF IMMOVABLE PROPERTY (Article 83/c of the EBL)

Abstract

An attachment, which is an independent movable property, may be subject to a separate disposition and seizure. The exception to this is the rule that the added written in the hypothec contract debt table cannot be seized separately from the immovable property (Article 83/c of the Enforcement and Bankruptcy Law). In order for Article 83/c of the EBL to be applied, the existence of an attachment that complies with the conditions required by the law is necessary. If the attachment within the scope of the pledge of immovable property fulfils the conditions, it may be attached separately from the immovable property, even if the hypothec is not listed in the contractual debt table. Accordingly, the general provision stating that the pledge shall obligate the immovable property with its integral parts and attachments should not be interpreted in a way that prevents the attachment of the attachment as an independent movable property, even if it is not included in the hypothec contract debt table, and in a way that exceeds the special provision of Article 83/c of the EBL. Seizure transactions made in violation of Article 83/c of the EBL should be subject to complaint due to violation of public order. The attachment that is excluded from the scope of the pledge by being removed from the hypothec contract debt table within the framework of Article 83/c of the EBL may also be subject to seizure. Article 83/c of the EBL is a special provision introduced to protect the hypothec creditor and the economic integrity of the business.

Keywords

- An Attachment • Hypothec Contract Debt Table • Pledge of Immovable Property • Seizure • Complaint

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunu m. 83/c hükmü, taşınmaz rehni ipotek akit borç tablosundaki eklentinin taşınmazdan ayrı hacedilemeyeceğini düzenlemektedir. Kanunda yer alan bu düzenlemenin, özellikle ticari alanda faaliyet gösteren işletmelerin, eklenti niteliğindeki taşınır eşyalarını rehinli alacaklıya teslim etmeden taşınmaz rehnine konu edebilmesi, daha fazla kredi ihtiyacını karşılayabilmesi ve işletmeye devam ederek borcunu ödeyebilmesi gibi faydaları bulunmaktadır. Bununla birlikte İİK m. 83/c'nin rehnin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılacağı yönündeki TMK m. 862 genel kuralını saklı tutması; İİK m. 83/c'nin genel kurala istisna teşkil edip etmediği yönünde bir belirsizliğe sebep olmuştur. Taşınmaz rehni ile teminat yükü altına giren taşınmazın kapsamı, bütünleyici parçaları ve eklentileri açısından önemlidir. Kanun koyucu, bir taşınmazın haczinin, rehin alacaklılarının haklarına zarar vermemek kaydıyla taşınmazın hasılat ve menfaatlerini de kapsadığını düzenlemektedir. Bu çerçevede çalışmada özellikle taşınmaz rehni kapsamındaki eklentinin eklenti niteliğinin tespiti ve haczi, hacze aykırılık ve kapsamı, ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olmayan eklentinin TMK m. 862 çerçevesinde taşınmazdan ayrı hacedilip hacedilemeyeceği ile taşınmaz rehin sözleşmesinde yer almayan eklentinin haczi farklı açılardan değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

I. TAŞINMAZ REHNİ KAPSAMINDAKİ EKLENTİ KAVRAMI VE YERİ

A. EKLENTİ KAVRAMI

1. Genel Olarak

Eklenti kavramı TMK¹ m. 686, 2'de; *"Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye² bağlı kılınan taşınır maldır."* şeklinde

¹ RG. S. 24607, 08.12.2001 T.

² Türk Medeni Kanunu'nda şey, mal ve eşya kavramlarına ilişkin bir tanım bulunmasa da söz konusu kavramların kullanıldığı hükümlerde bunların eş anlamlı olarak birbirinin yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır (AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 6). Benzer şekilde eklenti kavramının tanımına ilişkin TMK m. 686 hükmünde de şey ve mal kavramlarının birlikte kullanıldığı görülmektedir. Her ne kadar teknik anlamda şey, mal ve eşya

tanımlanmaktadır. Nitekim Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında da benzer bir düzenleme vardır (BGB³ § 97, 1; ZGB⁴ Art. 644, N. 2). Tanımdan çıkan sonuç, eklentinin ancak taşınır eşya bakımından mümkün

kavramları farklı anlamlar içerse de Alman ve İsviçre Medeni Kanunun'da olduğu gibi çalışmamız açısından eklenti ile ilgili açıklamalarda "asil eşya" ve "taşınır eşya" kavramları tercih edilmektedir. Benzer yönde bkz. **ONUŞ**, Abdulhamid: Eklenti Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 14. Alman ve İsviçre hukukunda "Hauptsache" ve "bewegliche Sachen" kavramları ile asil eşya ve taşınır eşya kavramlarının kullanıldığı görülmektedir (BGB § 97, 1; ZGB Art. 644).

³ Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanun'u), 01.01.1900.

⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanun'u), 01.01.1912.

olabileceğidir⁵ 6. Böylece bir taşınmazın ve maddi varlığı olmayan hakların, diğer taşınmazın eklentisi olabilmesi mümkün değildir. İki ayrı

⁵ **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla: Eşya Hukuku, Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 544; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 294; **NAMLI**, Mert: İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 209; **AKSOY DURSUN**, s. 37-38; **DEMİR**, Mehmet: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Taşınır Mülkiyeti (TMK m. 762-778 Şerhi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 10; **AKINTÜRK**, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 72; **SİRMEN**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 3. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 23; **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Taşınır Mülkiyeti, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 53; **ESENER**, Turhan/ **KUDRET**, Güven: Eşya Hukuku. Genişletilmiş 6. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 248; **REY**, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1991, N. 517; **ANTALYA**, Gökhan/ **TOPUZ**, Murat: Eşya Hukuku C. IV/1, Genişletilmiş 3. B., Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 74; **ÜNAL**, Mehmet/ **BAŞPINAR**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. B., Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 33; **ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2011, 228; **NOMER**, Halûk Nami/ **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 213; **EREN**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 73; **GÜLEKLİ**, Yeşim: İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 11; **ACAR**, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 113; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 1; **AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 73; **AKÇAAL**, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 336; **AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 5. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2013, s. 22; **SEROZAN**, Rona: "Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi", İÜHFİM, 2011/1-2, (s. 235-253), s. 240; **GÜRSOY**, Kemal T./ **EREN**, Fikret/ **CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978, s. 413-414; **GÜNEL**, M. Cahit: Taşınmaz Rehininin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 6; **MUSIELAK**, Hans-Joachim/ **VOIT**, Wolfgang: Zivilprozessordnung, 20. neuarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2023, § 865, Rn. 4, 5; **ONUŞ**, s. 26, 44; **GÜLSEVEN**, Çağrı Hüseyin: Taşınmaz Rehni Kapsamında Eşyanın Eklenti Olarak Nitelendirilmesi ve Buna Bağlı Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 20; **ŞENER**, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Kazancı Yayınları, Ankara 2010, s. 120; **Basler Kommentar, HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim Peter: Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Helbing-Lichtenhahn, Zürich und Bern 2003, Art. 645, N. 3; **STRESEMANN**, Christina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz Buch, BGB, 9. Auflage, C.H. Beck's Verlag, München 2021, BGB § 97 Rn. 5;

sayfada kayıtlı taşınmazlardan birinin mülkiyetinin diğerine bağlanmış olması durumunda bir eklentiden değil, eşyaya bağlı mülkiyetten söz edilebilir⁷.

KÖPRÜLÜ, Bülent/ **KANETİ**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982-1983, s. 264.

- ⁶ Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır (TMK m. 684, 2; BGB § 96). Bütünleyici parça niteliğini taşıyan şey, taşınır olabileceği gibi, taşınmaz da olabilir (**GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 402; **AYAN**, Mülkiyet, s. 11). Bütünleyici parça, bir eşyaya ekonomik ve hukuki bütünlük veren ve onu tamamlayan unsurlardır (**REY**, N. 439-440; **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 52; **AKINTÜRK**, s. 51; **ERGÜNE**, Taşınır, s. 45; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 207; **Berner Kommentar, MEIER-HAYOZ**, Arthur: Das Sachenrecht, Verlag Stämpfli, Cie AG, Bern 1974, Art. 642, N. 26 vd.). Bir eşyanın başka bir eşyanın bütünleyici parçası olabilmesi için iki eşya arasında maddi bir bağlantı bulunmalı ve bağlanan eşya, asıl eşyanın temel bir unsuru haline gelmelidir. Bağlanan eşya ile asıl eşya arasında aranan maddi bağlantı, sıkı olabileceği gibi, yerel adetlerin izin verdiği ölçüde daha gevşek de olabilir (**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 285; **ERGÜNE**, Taşınır, s. 45; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 207; **Berner Komm., MEIER-HAYOZ**, Art. 642, N. 17 vd.; **REY**, N. 434). Diğer yandan bir şeyin bütünleyici parça olarak nitelendirilebilmesi için her iki unsurun birlikte bulunması gerektiği yönünde bkz. **EREN**, s. 57; **AKINTÜRK**, s. 52; **ESENER/ GÜVEN**, s. 248; **AYAN**, Mülkiyet, s. 12-14; **YILDIRIM**, Kâmil/ **DEREN-YILDIRIM**, Nevhis: İcra Hukuku, 4. B., Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 140; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 519; **NAMLI**, s. 199. Bir şeyin bütünleyici parça niteliği, ekonomik (iç) ve maddi (dış) bir bağlantının olmasına bağlıdır; iç ve dış bağlılıktan şüphe edilen hallerde yerel adet göz önünde bulundurulur (**Berner Komm., MEIER-HAYOZ**, Art. 642, N. 36; **AKINTÜRK**, s. 52 vd.; **ERGÜNE**, Taşınır, s. 46 vd.; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 207 vd.; **EREN**, s. 57 vd.; **REY**, N. 430, 438, 445; **ERTAŞ**, s. 219 vd.). Ayrıca doğal ürünler (TMK m. 685, 3), arazi üzerinde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapılar ve dikilmiş bitkiler ve kaynaklar (TMK m. 718, 2; m. 722; m. 725; m. 729; m. 756) gibi bazı şeyler, yerel adetlere bakılmaksızın kanun gereği bütünleyici parça sayılmaktadır (TMK m. 685, 2). Bir eşya aynı zamanda hem eklenti hem de bütünleyici parça niteliği taşıyamaz (**Berner Komm., MEIER-HAYOZ**, Art. 644-645, N. 10, **ONUŞ**, s. 114; **MUKOBGB/ STRESEMANN BGB § 97**, Rn. 6).
- ⁷ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 294; **SİRMEN**, s. 255; **OĞUZMAN**, M. Kemal: Eşyaya Bağlı Haklara Hâkim Olan Esaslar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, (s. 107 vd.), s. 117; **TOPUZ**, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 39; **EREN**, s. 75; **ESENER/ GÜVEN**, s. 248; **ACAR**, Taşınmaz Kavramı, s. 115; **AYAN**, Mülkiyet, s. 22.

Buna karşılık gerek taşınırılar gerekse taşınmazlar, asıl eşya olabilirken, eklenti ilişkisi ancak iki mal arasında olur. Bir hak ile bir mal veya bir hak ile diğer bir hak arasında eklenti ilişkisinden söz edilmez⁸.

2. Eklentinin Unsurları

Bir taşınırın, bir başka taşınır veya taşınmaz eşyanın eklentisi olarak nitelendirilebilmesi için kanun koyucu TMK m. 686, 2’de iki şartın varlığını aramaktadır. Bunlardan ilki bir eşyanın diğerine özgülenmesi, ikincisi ise iki eşya arasında maddi bir bağlantının bulunmasıdır.

a. Bir Eşyanın Diğerine Özgülenmesi

Bir eşyanın eklenti olabilmesi için asıl malın işletilmesi, korunması veya kullanılması için asıl eşyaya sürekli olarak özgülenmesi gerekir (TMK m. 686, 2). Özgülenme, bir taşınırın, başka bir eşyanın işletilmesi, korunması veya kullanılması için onun ekonomik amacına tabi kılınmasıdır⁹. Bu kapsamda, bir eşyanın başka bir eşyanın ekonomik amacı için geçici olarak kullanılması o eşyaya eklenti niteliği vermez. Alman Medeni Kanunu’nda da aynı yönde bir hüküm bulunmaktadır (BGB § 97, 2). Zira bir eşyanın eklenti sayılabilmesi için sürekli özgülenme aranmaktadır. Bu süreklilik ise asıl eşyanın özgülenme amacı sürdükçe aranacak devamlılıktır¹⁰. Eklentinin bulunmaması, asıl eşyanın özgülenme amacına uygun olarak işletilmesinde, korunmasında ya da

⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 294; AYAN, Mülkiyet, s. 22; NAMLI, s. 210.

⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 546; SİRMEN, s. 256; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 414; NOMER/ ERGÜNE, s. 213; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 295; GÜLSEVEN, s. 24; GÜNEL, s. 9; MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 4, 5; WIELING, Hans Josef: Sachenrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Trier 1994, s. 31. Eklenti, asıl eşya açısından “yapıcı” değil, “yarayıcı” eşya vasfı üstlenmektedir. Eklenti, asıl şeye ancak ekonomik olarak yarar (SEROZAN, s. 238-239). Benzer yönde bkz. GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 414; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 546). Diğer yandan, eklentiden asıl eşyanın işletilmesi, korunması veya kullanılması için halihazırda yararlanılması şart değildir, eklentiden asıl eşya için gerekli olduğu zaman yararlanılabilecek olması yeterlidir (AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 74; HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644, N. 9)

¹⁰ AKINTÜRK, s. 74; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 296; GÜNEL, s. 9; NOMER/ ERGÜNE, s. 214; ERGÜNE, Taşınır, s. 55; EREN, s. 78; REY, N. 442; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 547, 549; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 417-418.

kullanılmasında azalmalara yol açabilir¹¹. Bu nedenle, asıl eşyanın özgülendiği ekonomik amaç bakımından asıl eşya ile eklenti arasında öyle sıkı bir ilişki olmalıdır ki, asıl eşyanın işletilmesi, korunması ve kullanılması için eklentinin varlığı zorunlu olmalıdır¹². Ekonomik amacın olmaması (evdeki mobilya gibi kişisel kullanım amacının bulunması) ve özgülemenin geçici olması (arabaya deneme amaçlı takılan müzik sisteminin bulunması) halinde eklentiden söz edilemez¹³. Nitekim kanun koyucu TMK m. 687'deki, asıl eşyaya zilyet olan kimsenin sadece geçici olarak kullanması veya tüketmesi için özgülenen ya da asıl eşyanın özel niteliği ile herhangi bir ilişkisi bulunmadan sadece korunmak, satılmak veya kiraya verilmek üzere onunla birleştirilen eşyaların eklenti sayılmayacağına ilişkin açık hükümlerle bu durumu netleştirmektedir. Bu kapsamda örneğin, ödünç verilen eşyalar, korunmak için kasaya konulan değerli eşyalar, satılmak veya kiraya verilmek üzere vitrinde sergilenen eşyalar, kamyonla taşınan eşyalar, bu hüküm gereği eklenti olarak değerlendirilemez¹⁴. Ancak taşınma veya onarım ihtiyacı gibi geçici bir sebeple ortaya çıkan ayrılmalar eşyanın eklenti niteliğini kaybettirmez¹⁵. İsviçre hukukunda da benzer şekilde, asıl eşya sahibine sadece geçici

¹¹ **ERGÜNE**, Taşınır, s. 54; **AKINTÜRK**, s. 73; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 213. Böyle bir durumda eklentinin kaybının taşınmazın ekonomik değerini kısıtladığı veya azalttığı varsayılır (**MUSIELAK/ VOIT**, § 865, Rn. 11). Bu nedenle eklenti, asıl eşyanın kullanımını iyileştirme amacı taşımazdır (**Basler Komm., HONSELL/ VOGT**, Art. 645, N. 10).

¹² **HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL**, Art. 644-645, Nr. 9; **Basler Komm., HONSELL/ VOGT**, Art. 645, N. 9; **WIELING**, s. 32; **AKINTÜRK**, s. 73-74. Ancak eklentinin asıl eşyaya özgülenmesinde süreklilik aransa da asıl şeyin sürekli amaca tahsis edilmesine gerek yoktur (**TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 549).

¹³ **SİRMEN**, s. 256; **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 74-75; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 214; **ERGÜNE**, Taşınır, s. 54; **AYAN**, Mülkiyet, s. 23; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 549. Eklentinin, taşınmazın mülküne geçici hizmet etmesi gerekmediği için mülkün sahibinin niyetine göre sadece amaca yönelik geçici olarak işlevini yerine getirmesi de yeterlidir (**MUSIELAK/ VOIT**, § 865, Rn. 13; **BGH LM** § 97, No. 5).

¹⁴ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 296; **SİRMEN**, s. 257; **AYAN**, Mülkiyet, s. 23; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 214; **ERGÜNE**, Taşınır, s. 54; **AKÇAAL**, s. 338.

¹⁵ **AYAN**, Mülkiyet, s. 23; **NOMER/ ERGÜNE**, s. 216; **ERGÜNE**, Taşınır, s. 57; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 548; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 416; **GÜNEL**, s. 9; **HELVACI**, İlhan: Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 180.

kullanım veya tüketim için hizmet eden veya asıl eşyanın niteliğiyle hiçbir ilgisi olmayan taşınırlar ile sadece depolama, satış veya kiralama için asıl eşya ile bağlantılı olan eşyaların hiçbir zaman eklenti olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmektedir (ZGB Art. 645).

Türk Medeni Kanunu m. 686, 2 gereği, bir taşınırın başka bir malın ekonomik amacına özgülenmesi, asıl eşya malikinin arzusundan veya yerel adetlerden anlaşılmalıdır (subjektif şart). Malikin eklenti konusundaki iradesi, herhangi bir şekle tabi değildir ve örtülü olarak da ortaya çıkabilir¹⁶. Bu konuda tapu kütüğünün beyanlar hanesine yapılan kayıt, malikin özgüleme arzusunu gösterir ve beyanlar hanesine kaydedilen taşınırların, eklenti sayılmalarına karine teşkil eder (TMK m. 1012; TST m. 53)¹⁷. Bu adi kanuni karinenin aksi iddia ve ispat edilebilir¹⁸. HMK m. 190, 2 genel hükmü kapsamında adi kanuni karineye dayanan taraf, karine temelini ispat yükü altındadır. Burada karine temeli olan kayıt, ispat edilecek olup karine sonucu olan eklentinin varlığının ayrıca ispatına gerek kalmaz¹⁹. Diğer yandan TMK m. 862, 2 hükmü, taşınmaz rehni kapsamına giren eklentilerin belirlenmesi için özel bir düzenleme getirmektedir: *“Rehnin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılır.”* Buna göre, tapu kütüğünün beyanlar hanesine yapılan bu kayıt, eklenti için gereken diğer şartlar mevcut değilse taşınırın eklenti sayılmasını

¹⁶ Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 42; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 419; NOMER/ ERGÜNE, s. 215, dn. 96; HELVACI, s. 182; ERGÜNE, Taşınır, s. 56, dn. 166; REY, N. 529; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 550-551; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 76; AKINTÜRK, s. 76; EREN, s. 80; ERTAŞ, s. 225; AYAN, Mülkiyet, s. 24; GÜNEL, s. 11-12. Ancak eklenti niteliği taşımayan bir eşyaya, malikin iradesi sonucu eklenti niteliği verilebilmesi de mümkün değildir (HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644-645, Nr. 22).

¹⁷ AYAN, Mülkiyet, s. 24; ERGÜNE, Taşınır, s. 55; ÇETİNER, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 88; REİSOĞLU, Seza: Menkul İpoteği, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara 1965, s. 18.

¹⁸ Alman Federal Mahkemesi de verdiği bir kararında BGB § 97, 1 kapsamında, bir eşyanın eklenti olarak kabul edilmemesi halinde bu itirazın lehine olduğu tarafın buna uygun bir argüman sunması ve anlaşmazlık durumunda bunu kanıtlaması gerektiğine hükmetmiştir (BGH, NJW-RR 1990, 586 Rn. 19).

¹⁹ TOPUZ, Gökçen: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 74.

sağlamaz²⁰. Ancak özgüleme ve maddi bağlantı koşulunu sağlayan bir taşınır eşya, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde eklenti kaydı olmasa bile eklenti sayılır²¹.

b. Maddi Bağlantının Bulunması

Kanun koyucu, eklenti niteliğinin kazanılabilmesi için taşınır bir eşyanın diğerine özgülenmesini yeterli bulmamakta, ayrıca iki mal arasında maddi bir bağlantının da varlığını aramaktadır (TMK m. 686, 2). Asıl eşyaya özgülenen taşınırın kullanılması için birleştirme, takma veya başka bir şekilde bu eşyaya bağlı kılınması zorunlu bir şart olarak kabul edilmiştir. Zira maddi bağlantı gerçekleşmedikçe, sadece özgüleme ile bir eklentinin varlığından söz edilemez²². Ancak eklentideki maddi bağlantının, bütünüleyici parçaya göre daha gevşek olması nedeniyle bu şartın mutlaka fiziksel temas şeklinde gerçekleşmesi şart olmayıp, üçüncü kişilerce fark edilebilir bir mekânsal ilişkide bulunması yeterlidir²³. Diğer bir deyişle, mekânsal ilişkide bulunma ile kastedilen, tam bir iç içe geçmişlikten ziyade, asıl eşyanın ekonomik olarak verimliliğinin

²⁰ Beyanlar hanesine yapılan eklenti kaydı, tescilden farklı olarak olumlu veya olumsuz bir hukuki tesiri haiz değildir. TMK m. 686, 2'deki şartları taşıyan taşınır eşya eklenti niteliği taşıyacağı için kurulması için tapu siciline tescilin şart olduğu hakların tescil edilmedikçe aynı hak olarak varlık kazanmayacağına ilişkin TMK m. 1021 düzenlemesi, eklentiler açısından uygulama alanı bulamayacaktır (GÜLEKLİ, s. 19; GÜNEL, s. 50-51). ACAR, Taşınmaz Kavramı, s. 114; CANSEL, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967, s. 59.

²¹ AYAN, Mülkiyet, s. 24; ERGÜNE, Taşınır, s. 55, dn. 165; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 296; SİRMEN, s. 257; NOMER/ ERGÜNE, s. 214; GÜLSEVEN, s. 55.

²² ERGÜNE, Taşınır, s. 57; NAMLI, s. 212; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 296; NOMER/ ERGÜNE, s. 216; AYAN, Mülkiyet, s. 22. Bir taşınır eşya, birden fazla eşyanın eklentisi olabilir (Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 28-30).

²³ MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 12; HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644-645, Nr. 11; Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 28-30; REY, N. 519; Basler Komm., HONSELL/ VOGT, Art. 645, N. 1; ERGÜNE, Taşınır, s. 57; AYAN, Mülkiyet, s. 22; NOMER/ ERGÜNE, s. 216; NAMLI, s. 212; SEROZAN, s. 239; GÜNEL, s. 7-8; GÜLSEVEN, s. 26. Sadece geçici bir amaç için asıl eşyaya yerleştirilen eşyalar ne bütünüleyici parçadır ne de eklentidir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 4, 5).

artmasına, onun korunmasına ve kullanılmasına yardımcı olan yararı bir eşyanın varlığıdır²⁴.

Maddi bağlantı kapsamında asıl eşya ile eklentinin her zaman aynı yerde olması da gerekmez. Önemli olan, asıl eşya ile eklenti niteliğindeki eşyanın eklenti fonksiyonunu gerçekleştirebileceği bir yerde olmasıdır. Gözlük kabı bir eklentidir ancak bu fonksiyonunu gözlük içindeyken yerine getirir; oysa fabrikadaki makine ve oteldeki eşyalar da eklentidir ancak bunlar eklenti fonksiyonunu daima beraber kullanılınca yerine getirir²⁵. Buna göre, maddi bağlantının az veya çok sürekli olması gerekir. Asıl eşyadan geçici süreyle ayrılma eklenti vasfını ortadan kaldırmaz (TMK m. 686, 3). Örneğin, otel odasındaki mobilyaların veya fabrikadaki makinelerin tamire gönderilmesi eklenti vasfını ortadan kaldırmaz. Ancak maddi bağlantı herhangi bir şekilde sürekli olarak ortadan kalkarsa eklenti niteliği de son bulur²⁶.

3. Eklenti Sayılmanın Hukuki Sonuçları

a. Eklentinin Bağımsız Eşya Niteliği

Eklenti, yukarıda da ifade edildiği üzere bağımsız taşınır bir eşyadır. Bu nedenle asıl eşya ile eklentinin, ayrı ve bağımsız mülkiyetleri vardır. Eklenti, asıl eşyadan ayrı olarak devredilebilir veya sınırlı ayni haklara konu edilebilir²⁷. Diğer yandan, devir veya sınırlı ayni hak kurulması gibi tasarruf işlemlerinin yanı sıra, asıl eşyaya ilişkin yapılan borçlandırıcı işlemler aksi belirtilmedikçe eklentiye de kapsar. Asıl eşyanın satılması, sözleşmede ayrıca belirtilmese bile eklentinin de satılması anlamına gelir²⁸.

²⁴ SEROZAN, s. 238; GÜNEL, s. 7; HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644-645, N. 4; Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 1; REY, N. 515.

²⁵ AYAN, Mülkiyet, s. 22; GÜNEL, s. 8.

²⁶ AYAN, Mülkiyet, s. 22; GÜNEL, s. 9; ERGÜNE, Taşınır, s. 57-58; NAMLI, s. 212; NOMER/ ERGÜNE, s. 216; GÜLSEVEN, s. 27.

²⁷ Eklentinin, ayrı hukuki bir kimliği olduğu hakkında bkz. Basler Komm., HONSELL/ VOGT, Art. 645, N. 1.

²⁸ AYAN, Mülkiyet, s. 26; GÜNEL, s. 18; ERGÜNE, Taşınır, s. 61; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 409; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 557-558; SİRMEN, s. 257; EREN, s. 81-82; ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 135; GÜLSEVEN, s. 43; Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 60; HAAB, Robert/ SIMONIUS, August/ SCHERRER, Werner/ ZOBL, Dieter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1.Abteilung, Das

b. Asıl Eşyaya İlişkin Tasarrufların Eklenti Hakkında Hüküm İfade Etmesi

Eklenti ile asıl eşyanın ayrı mülkiyet hakları olmakla birlikte, özel bir düzenleme ile Türk Medeni Kanunu'na, "Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar (TMK m. 686, 1. Aynı yönde bkz. BGB § 311c; BGB § 1096; ZGB Art. 644, N. 1)" hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla asıl eşyanın devredilmesi veya üzerinde rehin gibi sınırlı bir aynı hakkın kurulması halinde, aksi belirtilmedikçe eklenti de devredilmiş veya sınırlı aynı bir hakla kısıtlanmış olur²⁹.

Bu hüküm, yedek bir hukuk kuralıdır ve aksinin sözleşmede açıkça veya zımni olarak kararlaştırılabilmesi mümkündür³⁰. Zira eklenti ile asıl eşyanın aynı kişinin mülkiyetinde olması şart değildir. Örneğin, fabrikadaki makineler veya oteldeki mobilyalar, bağımsız eşya olarak eklenti niteliğindedir ancak kiralama veya mülkiyeti saklı tutma yoluyla tedarik edilmişlerse üçüncü bir kişinin mülkiyetinde olabilirler³¹. Normal şartlarda asıl eşyanın maliki, eklentinin de malikidir. Bu durumda asıl eşyanın mülkiyetinin teslim veya tescili eklentinin mülkiyetini de üçüncü kişiye geçirir. Ancak asıl eşya ile eklentinin malikinin farklı kişiler olması durumunda asıl eşya malikinin yaptığı tasarrufların eklentiyi kapsayıp kapsamayacağı hususunda birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır³².

Asıl eşya malikinin, eklenti olarak özgülediği şeyin maliki olması gerekmez ve böyle bir özgüleme, üçüncü kişinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz³³. Eklenti, asıl eşyanın malikine ait değilse; asıl eşya malikinin asıl eşya üzerinde yapacağı tasarruflar eklentiyi de kapsayacağı için ortaya bir takım aynı hak kazanımına ilişkin sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunlardan ilki, asıl eşya ile doğrudan eklenti üzerinde yapılan

Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1977, Art. 644-645, N. 21; WIELING, s. 33.

²⁹ Eklenti mülkiyetinin devrinin geçerliliği açısından zilyetliğin devrinin gerekli olup olmadığı hususunda tartışmalar vardır (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 555 vd.; SEROZAN, s. 243 vd.).

³⁰ GÜNEL, s. 52; AYAN, Mülkiyet, s. 26.

³¹ GÜNEL, s. 52; ERGÜNE, Taşınır, s. 58; AYAN, Mülkiyet, s. 26; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 79; EREN, s. 81.

³² Aynı sorun TMK m. 862, 3 kapsamında taşınmaz rehni bakımından da söz konusudur. Bu konuda bkz. aşağıda § 1. II B.

³³ AYAN, Mülkiyet, s. 25; GÜNEL, s. 52; ERGÜNE, Taşınır, s. 58.

tasarruf işlemleri sonucu aynı hakkın kazanılması için malikin eklentiye emin sıfatıyla zilyet olup olmadığıdır. Eğer asıl eşyanın maliki, eklentinin de emin sıfatıyla zilyedi ise iyiniyetli üçüncü kişiler eklenti üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynı hak kazanabilir (TMK m. 988; BGB § 926, 2)³⁴. Buna karşılık, eklenti, malikin elinden rızası dışında çıkmışsa (çalıntı olması), eklenti üzerinde iyiniyetli aynı hak kazanılamaz (TMK m. 989)³⁵. TMK m. 777 hükmü, üçüncü kişinin iyiniyetli zamanaşımı yoluyla kazanımını ise korur.

Diğer bir sorun, asıl eşyanın mülkiyetinin teslim veya tescille geçmesine rağmen eklentinin mülkiyeti açısından ayrı bir teslimin gerekip gerekmediğidir. Asıl eşyanın maliki, eklenti üzerinde tasarruf yetkisine sahip değilse; yaptığı tasarruf işlemi ile eklentinin üzerinde mülkiyet veya sınırlı bir aynı hak kazanamaz. Bunun için ayrıca taşınır zilyetliğinin devri gerekir (TMK m. 988)³⁶.

c. Taşınmaz³⁷ Haczinin Eklentileri Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu

³⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 556-557; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 299; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 421; AYAN, Mülkiyet, s. 26; GÜNEL, s. 16; ERGÜNE, Taşınır, s. 59-60; EREN, s. 82; SEROZAN, s. 244.

³⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 299; GÜNEL, s. 16; ERGÜNE, Taşınır, s. 60; AYAN, Mülkiyet, s. 27; ACAR, Rehin, s. 139.

³⁶ AYAN, Mülkiyet, s. 26, dn. 117; GÜNEL, s. 17-18; ERGÜNE, Taşınır, s. 58-59; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 557; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 296; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 421. Diğer yandan bu sonucun doğması, eşya hukukunun belirlilik ve kamuya açıklık ilkeleri gereği asıl şeyin teslim veya tescili ile eklentinin zilyetliğinin de alıcıya ayrıca geçirilmiş olmasına bağlıdır (GÜNEL, s. 17). Üçüncü kişiye devredilen eşya taşınmazsa ve devir için yapılan tescil, eklentiye de kapsarken; asıl şeyin taşınır olması durumunda asıl şeyin teslimi, eklentiye etkilemez ve onun için ayrıca eklentinin de zilyetliğin devri ile teslimi gerekir (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 557-558; SEROZAN, s. 245). Benzer yönde gemi mülkiyetinin devrinde eklenti açısından zilyetliğin devrinin gerekliliği için bkz. TTK m.1002, 2. Ticari işletme rehni devrinde benzer bir hüküm için bkz. TİRH m. 5, 3.

³⁷ İsviçre hukukunda, "Federal Mahkemenin Taşınmazların Cebri Satışına İlişkin Yönetmeliği (Verordnung des Bundesgericht über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG)" çerçevesinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 655. maddesi kapsamındaki gayrimenkullerin bu Yönetmelik hükümlerine tabi olduğu düzenlenmektedir (VZG Art. 1, Abs. 1). Borçlunun müşterek mülkiyete sahip gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet haklarının (paylaştırılmamış miras payı) gerçekleştirilmesi bu Yönetmelik (VZG) hükümlerine göre değil, "Müşterek

Eklenti, asıl şeyin hukuki rejimine bağlayan temel kural, haciz bakımından da geçerlidir. Buna göre, asıl eşyanın haczedilmesiyle eklenti de haczedilmiş olur³⁸. Ancak eklenti bağımsız eşya olma niteliğini koruduğu için asıl eşyadan bağımsız sadece eklentinin haczedilebilmesi de mümkündür (ZPO § 865, 2)³⁹. Örneğin, bir fabrikanın içindeki makinaların ayrıca haczi mümkündür. Bu durumun istisnasını, çalışmamızın konusunu oluşturan ipotek akit borç tablosunda yazılı eklentinin, taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceği kuralı oluşturmaktadır (İİK m. 83/c) Nitekim Alman hukukunda eklentinin haczine ilişkin ayrı bir hüküm bulunmamakla birlikte (ZPO § 865, 1, 2 (1)), taşınmaz malların

Mülkiyetteki Menfaatlerin Haczi ve Gerçekleştirilmesi Hakkında 17 Ocak 1935 tarihli Federal Yüksek Mahkeme Yönetmeliği" hükümlerine tabidir (VZG Art.1, Abs. 2).

³⁸ İsviçre hukukunda taşınmazın haczinin, borçlunun mülkü olan bütünlüyci parça ve eklentileri de kapsayacağı ifade edilmiştir (SCHLEGEL, Roger/ ZOPFI, Markus: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SK- Schulthess Kommentar (4th edn, basierend auf der 1911 erschienenen 3rd edn von Carl Jaeger, Schulthess) Bern und Zürich 2017, Art. 101, Rn. 2). Diğer yandan, icra borçlusuna ait olmayan bir eklenti (mülkiyeti muhafaza kaydı olan, kiralanın, kiraya verilen veya ödünç verilen mülkler hariç) haczedilemez (EICKMANN, Dieter: Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, C.H. Beck's Verlag, München 1991, s. 91). Eklentinin ve bütünlüyci parçanın kantonlar arasında yerel kullanıma bağlı farklı düzenlemeleri olabileceği yönünde bkz. GAUCH, Peter/ SCHMID, Jörg: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998, Art. 5, N. 282. Taşınmaz üzerindeki haczlere ilişkin sorumluluğun ticari mülklerin eklentilerini de kapsayacağı yönünde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 17.09.1979- VIII ZR 339/78.

³⁹ KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 441; AYAN, Mülkiyet, s. 26; NAMLI, s. 215; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 34; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 558-559; ESENER/ GÜVEN, s. 103; SİRMEN, s. 259; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: İcra İflas Hukuku, 10. B., İstanbul 2011, s. 179; ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: İcra İflas Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 220; GÜNEL, s. 19. Eklenti haczinin, haczin özel bir hali olduğu hakkında bkz. JAEGER, C.: Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, 3. Band, Orell Füssli Verlag, Zürich 1912, s. 182. "...TMK.nun 684. maddesi hükmüne göre mütemmim cüz niteliğindeki şeyler, bütünden ayrı haczedilemez. Öte yandan kural olarak eklentinin taşınmazdan ayrı olarak haczi mümkündür. Yani alacaklılar fabrika binasını satmadan binada bulunan eklenti niteliğindeki malları ayrı ayrı haczettirebilir ve sattırabilirler. Zira, eklentinin taşınmaz yok edilmeden, zarara uğratılmadan veya yapısı değiştirilmeden ondan ayrılması mümkündür..." (Yrg.,12. HD., 06.12.2011 T., E. 9250, K. 26782; Yrg.,12. HD., 24.11.2014 T., E. 20877, K. 28024).

cebri icrası, arazi ve haklar söz konusu olduğunda ipoteğin kapsadığı nesnelere de kapsar ve bu eşyalar eklenti ise haczedilemez, hükmü ile dolaylı olarak ipotek kapsamındaki eklentinin cebri icrasını düzenlemektedir (ZPO § 865)⁴⁰.

Bu durumda icra müdürü, eklentinin taşınmazdan ayrı veya taşınmazla birlikte haczedilip haczedilmeyeceğine borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu ölçüde gerçekleştirebilecek şekilde (İİK m. 85, 6) karar vermelidir⁴¹. Zira Kanun, haczi koyan memuru borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükellef kılmıştır (İİK m. 85, 6). Bu kapsamda icra müdürü, eklentinin taşınmazdan ayrı olarak haczedilmesinin borçluya vereceği zararın alacaklıya sağlayacağı yarardan fazla olması halinde, eklentinin taşınmazla birlikte haczine; buna karşılık, eklentinin ayrı haczedilmesinin borçluya vereceği zarar alacaklıya sağlayacağı yarardan daha az ise eklentinin taşınmazdan ayrı olarak haczine karar vermelidir⁴². Örneğin, fabrikada yerine konulması basit olan bir makinenin satış bedeli alacaklının alacağını karşılamaya yetiyorsa taşınmaz olarak fabrikanın haczi ve satışı yerine fabrikanın eklentisi niteliğindeki makinelerin ayrı haczi ve satışı menfaatler dengesine daha uygun olur (İİK m. 86, 6)⁴³. Bu görüşün kabulü ile eklentinin başka bir eşyanın işletilmesi, korunması veya kullanılması yönündeki ekonomik amacını (özgülenme şartını) ortadan kaldırdığı düşünülse de sonuç olarak eklentinin asıl eşyadan ayrı hukuki bir varlık olduğu ve ayrıca haczedilebileceği gerçeğini değiştirmez. Doktrinde de benzer şekilde eklentinin, asıl eşyadan ayrı olarak haczedilebilmekle birlikte icra müdürünün bu haciz işleminin ekonomik olarak borçlu yararına olup olmadığını incelemesi gerektiği

⁴⁰ Bu konuda ayrıca bkz. **ZELLER**, Friedrich/ **STOBER**, Kurt: Zwangsversteigerungsgesetz, C.H. Beck's Verlag, München 1996, Einleitung, Rn. 17.

⁴¹ **KURU**, El Kitabı, s. 441; **NAMLI**, s. 215; **BAUMANN**, Jürgen/ **BREHM**, Wolfgang: Zwangsvollstreckung, 2. Neubearbeitete Auflage, Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, Tübingen 1982, s. 293.

⁴² **KURU**, El Kitabı, s. 441; **NAMLI**, s. 215-216.

⁴³ **KURU**, El Kitabı, s. 441.

ileri sürülmektedir⁴⁴. 7101 sayılı Kanun⁴⁵ ile İİK m. 128'e eklenen taşınır ve taşınmaz mallar açısından geçerli olan ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve hakların bir bütün olarak paraya çevrileceği hükmü de benzer şekilde alacaklı ile borçlu yararına olacağı düşünülerek getirilmiştir (m. 128, 5)⁴⁶. Aslında bu ticari ve ekonomik bütünlük arz etmenin zaman zaman TMK'dan kaynaklanabileceği de söylenebilir. Çünkü eklenti asıl eşyayla birlikte ortak bir ekonomik amaca hizmet eder. Normal şartlarda ayrı ayrı satılabilecekken, eklenti niteliğini haiz taşınurlar, taşınmaz satışı kapsamında paraya çevrilir⁴⁷.

İcra müdürü haciz talebi geldiğinde haczi gerçekleştirirken ipotek akit borç tablosundaki eşyanın niteliğine de bağlı olarak yarar zarar dengesini tespit etmesi için dosyayı derhal bir bilirkişi incelemesine (HMK m. 266) göndermelidir. Ancak bu aşamada taşınmaz ve eklentisinin haczi konusunda yarar zarar dengesine bir bilirkişi incelemesi olmaksızın icra müdürünün tek başına karar verebilmesi doğru olmasa da sürecin bir bilirkişi incelemesine bağlanması da haciz aşamasının beklenenden daha fazla uzamasına sebep olabilir. Kanaatimizce gerçeğe ulaşılabilmesi, kıymet takdirinin tam olarak yapılabilmesi, eşyanın eklenti olup olmadığının bir uzman kişi tarafından tespit edilebilmesi ve nihayetinde konunun özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmesi sebepleri dahilinde bir bilirkişiye başvurulmasının yerinde

⁴⁴ **ERMAN**, Eyüp Sabri: "Bir Gayrimenkulün Mütemmim Cüzleri ve Bu Meyanda Tabii ve Medeni Semereleri Müstakilen Hacze ve İstihkak Davasına Konu Olabilir mi?" AD, 1965/10, (s. 1159-1162), s. 1162.

⁴⁵ RG. S.30361, 28.02.2018 T.

⁴⁶ "...Borçluya ait hacizli malların birlikte satılmasının talebi artıracağı, ayrı ayrı satımına göre daha yüksek bedel elde edilmesinin beklendiği hallerde bu malların birlikte satılmasına izin verilmesinin alacaklı veya borçlu yararına olacağı, yargı uygulamasının da bu yönde bulunduğu gözetilerek düzenleme yapılmaktadır.

Birlikte satılmasına karar verilen hacizli mallardan bazılarının başka alacaklı tarafından haczedilmesi halinde paraların paylaşılması aşamasında, haczedilen münferit malın değerinin birlikte satılmasına karar verilen hacizli malların takdir edilen satış değerine oranının dikkate alınıp alınmayacağına içtihatlarla bırakılması tercih edilmektedir." (Hükümet Gerekçesi m. 1)

⁴⁷ **KARABULUT**, Ayşe Kübra: Yargı Kararları Işığında "Ticari ve Ekonomik Bütünlük Arz Eden ya da Bir Bütün Halinde Satıldığı Takdirde Daha Yüksek Gelir Elde Edileceği Anlaşılan Mal ve Haklar" Kavramı, TBB, 2021 (152), (s. 187-218), s. 205.

olduğunu düşünmekteyiz. Elbette bilirkişiye başvurulmasının süreci uzattığı düşünülse de gerçeğe ulaşılabilmesi adına dosyayı incelemek üzere bilirkişiye kısa bir süre verilmesi, bu endişeyi ve sürenin uzamasını ortadan kaldırrır. Hatta mümkünse bilirkişinin icra müdürü ile haciz mahalline giderek durumu yerinde tespit etmesi de sağlanabilir.

Bununla birlikte doktrinde icra müdürünün eklentiyi asıl eşyadan ayırmak suretiyle asıl eşyadan bağımsız olarak haczetmesini makul görmeyen ve bu yetkinin sadece asıl eşya sahibine ait olması gerektiğini ileri süren bir görüş bulunmaktadır⁴⁸. İsviçre hukukunda da benzer bir şekilde, bir taşınmazın eklentilerinin ayrı haczedilmesine ancak borçlunun ve tapu sicilinden anlaşılan tüm hak sahiplerinin (taşınmaz malikinin) kabul etmesi halinde izin verilebilir (VZG Art. 12, Abs. 1)⁴⁹.

İİK m. 83/c, taşınmaz rehni ipotek akit borç tablosunda bulunan eklentinin taşınmazdan ayrı olarak haczedilemeyeceğini düzenler. Kanun'un burada vurguladığı şey eklentinin "*taşınmazdan ayrı*" "*haczedilemeyeceğidir*". Bu durum iki ihtimali karşımıza çıkarır. Ya eklenti hiç haczedilemez ya da eklenti asıl eşya ile birlikte haczedilir. İlk ihtimalde, icra müdürünün haciz işlemi gerçekleştirilmeme sebebinin, İİK m. 83/c'nin uygulama alanı ile ilgili bir problemden veyahut İİK m. 82 kapsamında haczedilmez bir mala ilişkin olmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı ortaya konulmalıdır. Öncelikle haciz talebi üzerine icra müdürünün haczi reddedilebilmesi mümkün değildir, haciz işlemi gerçekleştirir. Bu işlemi de gerçekleştirirken Kanun'un emredici nitelikteki m. 83/c hükmünü re'sen dikkate alır. Bu aşamada icra müdürü haciz talebini İİK m. 82 çerçevesinde haczedilmezlikten reddetmemelidir. Zira İİK m. 83/c, haczedilmezliğe değil, haczin uygulama şekline ilişkin ona göre daha özel nitelikte bir hükümdür. Bu kapsamda İİK m. 83/c'nin Kanun'daki düzenleme yerinin de bilinçli olduğu kanaatindeyiz. İİK m. 83/ c hükmü, İİK m. 82 ve m. 83'ten sonra gelen ve yeri itibariyle

⁴⁸ BELGESAY, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. B., Sıralar Matbaası, İstanbul 1948, s. 244-245. Diğer yandan, malikin, eklentinin haczin dışında bırakılmasını isteme yetkisinin olmadığına ilişkin bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 80.

⁴⁹ Ayrı olarak haczedilen ve değerlendirilen eklenti, tapu siciline kaydedilmişse icra dairesi bu değerlerin bir listesini yaptıktan sonra tapu sicilinden eklentinin silinmesi için bunu tapu dairesine bildirecektir (VZG Art. 12, Abs. 2).

haczedilmez mallara ilişkin düzenlemelerin olduğu ama haczin uygulama şekline⁵⁰ ilişkin özel bir düzenleme olarak yer almaktadır.

Diğer ihtimalde asıl eşya üzerinde yapılan haciz işlemleri eklentiyi de kapsayacağı için haczedilemez nitelikte olduğu düşünülen ancak asıl eşyaya bağlanan taşınır eşya da asıl eşya niteliğindeki taşınmaz ile haczedilmiş sayılır⁵¹. TMK m. 686, 1'deki şartlar mucibinde yerel adetler veyahut borçlu malikin iradesiyle bir eşyaya eklenti vasfı verilebilir. Kaldı ki, borçlunun zorunlu ihtiyaçları açısından gerekli bir eşyayı eklenti gibi sürekli kullanıma özgülemesi de mümkündür⁵². Alman hukukunda da haczedilemez bir malın, haczedilebilir bir hale gelebileceği ifade edilmiştir⁵³.

Sonuç olarak, geçerli ve usulüne uygun bir haciz talebi üzerine icra müdürü haciz işlemini gerçekleştirir. İpotek akit borç tablosundaki eklentinin taşınmaz ile haczi gerçekleştirilir. Zira kanun gereği, asıl eşya üzerinde yapılan haciz işleminin eklentiyi de kapsamaması esastır. Böyle bir eklenti, ayrı olarak haczedilemez. Buna aykırılık, İİK m. 83/c'nin uygulama şeklinden kaynaklanan bir şikâyet sebebi teşkil eder. Haciz işlemini gerçekleştiremeyecek olan icra müdürü, İİK m. 83/c'nin emredici nitelikte kanun hükmüne bağlı kalmalıdır.

B. EKLENTİ KAVRAMININ REHNİN KAPSAMINDAKİ YERİ

1. Genel Olarak

Taşınmaz rehnini düzenleyen TMK 862, 1 hükmüne göre, "*Rehin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılar...*" (Aynı yönde bkz. BGB § 1120). Taşınmaz üzerinde rehin hakkı, tapu siciline tescille kurulunca, taşınmazın eklentileri de ayrıca bir zilyetliğin devri

⁵⁰ İİK m. 83/ c hükmü, haczedilmezliğe değil, haczin uygulama şekline ilişkin bir kural içermektedir (ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: "Rehlinli Gayrimenkul Eklentisinin Münferiden Haczi Yasağı (İİK m. 83-c), Prof. Dr. Ramazan Arslan"a Armağan, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (s. 539-576), s. 563).

⁵¹ Doktrinde taşınır bir eşyaya eklenti niteliği veren malikin, bunların asıl eşya ile birlikte haczedilemeyeceğini ileri sürebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda, malikin, eklentinin haczin dışında bırakılmasını isteme yetkisinin olmadığına ilişkin bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 80.

⁵² AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 80.

⁵³ GOTTWALD, Peter: Insolvenzrechts-Handbuch, C.H. Beck's Verlag, München 1990, § 44, Rn. 24.

şartı aranmaksızın rehnin kapsamına girmektedir (TMK m. 856)⁵⁴. Bu hüküm sadece, taşınmaz rehni kurulurken var olan eklentiler açısından değil, daha sonradan rehinle yükümlenen taşınmaza bağlı eklentiler açısından da uygulanır⁵⁵. Ayrıca ipotekli alacaklının eklenti niteliğindeki taşınır eşyaların varlığından haberdar olması da şart değildir⁵⁶.

Rehnin kuruluşu sırasında açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilen taşınırlar, aksi ispat edilmeye kadar eklenti olarak kabul edilirler (TMK m. 862, 2). Buna göre, tapu kütüğüne kayıttan önce bir taşınırın, rehinli taşınmazın eklentisi olduğunu ve rehnin kapsamına girmesi gerektiğini iddia eden bunu ispatla yükümlüken; kayıttan sonra eşyanın eklenti niteliği taşımadığını ve rehnin kapsamına girmeyeceğini iddia eden bunu ispatla yükümlüdür⁵⁷. Bu karinenin öngörülmesindeki amaç, rehinli alacaklıyı korumaktır⁵⁸. Yoksa bu kayıt, bir taşınırın eklenti sayılması için şart değildir. Bir eklentinin rehnin kapsamına girebilmesi için malikin bu yöndeki iradesinin herhangi bir şekilde anlaşılması yeterlidir. Eklentinin

⁵⁴ BAUMANN/ BREHM, s. 352; ERGÜNE, Taşınır, s. 59; GÜLEKLİ, s. 12; EREN, s. 82; CANSEL, s. 160; ALTAY, Sümer/ ESKİOCAK, Ali: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 171. Bir taşınır mal üzerinde rehin tesisi, taşınırın rehin zilyetliğinin devrine bağlıdır (TMK m. 939, 1). Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 99; GÜLEKLİ, s. 12; GÜNEL, s. 45-46; NOMER/ ERGÜNE, s. 217; CANSEL, s. 160-161.

⁵⁵ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 78; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynı Haklar, Gözden Geçirilmiş 9. B., Mimoza Yayınları, Ankara 2020, s. 161; GÜNEL, s. 45; GÜLEKLİ, s. 12, 25; ACAR, Rehin, s. 139; DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 13; ŞENER, s. 124; HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644-645, Nr. 25; HELVACI, s. 189; REİSOĞLU, Menkul İpotegi, s. 18; UYUMAZ, Alper: Motorlu Taşıt Rehni, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 202.

⁵⁶ GÜLEKLİ, s. 12-132; HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644-645, Nr. 25; Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, Nr. 47; DAVRAN, Teferruat, s. 567; ŞENER, s. 124.

⁵⁷ GÜNEL, s. 50; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 299.

⁵⁸ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 421; GÜNEL, s. 50.

rehin sözleşmesinde gösterilmesi ve tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmesi şart değildir⁵⁹.

Eklenti niteliklerini korudukları sürece bu taşınurlar, taşınmaz rehninin kapsamına dahil olurlar. Taşınmaz rehnine bağlı eklentinin bu niteliğini kaybetmesi durumunda taşınır, artık rehnin kapsamından çıkar⁶⁰. Ayrıca rehin sözleşmesinin tarafları, açık bir iradeyle taşınmaza bağlı eklentilerin rehnin kapsamı dışında bırakılmasına karar verebilir⁶¹. Asıl eşyanın maliki, eklenti üzerinde tasarrufta bulunurken özellikle taşınmaz rehin alacaklısının haklarını korur, onların haklarına zarar verecek tasarruflarda bulunurken onların onayını alır⁶². Zira malikin eklenti üzerinde tasarrufta bulunması sonucu, teminatın değerindeki azalma, rehinli alacaklıları zarara uğratabilir⁶³. Bununla birlikte TMK m. 868'e göre, üzerinde rehin hakkı kurulan taşınmazın maliki, rehinli taşınmazın güvence altına aldığı alacağın yirmide birinden az değeri olan eklentilerini rehinli alacaklının rızası olmadan da üçüncü kişiye devredebilmesi mümkündür. Ancak bunun için rehinli alacaklıya bu eklentinin değeri ile orantılı bir ödeme yapılması veya taşınmazın geri kalan kısmının yeterli güvence oluşturması gerekir.

2. Üçüncü Kişilerin Eklenti Üzerinde Hak Sahibi Olmalarının Rehinli Alacaklılara Etkisi

Eklenti, asıl eşyadan bağımsız bir nitelikte olduğu için eklenti ile asıl eşyanın mülkiyetinin aynı kişide olması gerekmez⁶⁴. Rehinle yükümlü taşınmaza bağlı eklentilerin bazılarının taşınmaz malikinden başka birine ait olması mümkündür. Bu durumla en çok mülkiyeti

⁵⁹ GÜNEL, s. 49; GÜLEKLİ, s. 18; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 295; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 421; AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 281.

⁶⁰ GÜNEL, s. 46.

⁶¹ GÜNEL, s. 46; GÜLEKLİ, s. 14; SEROZAN, s. 242.

⁶² Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 65; GÜNEL, s. 16; ONUŞ, s. 179.

⁶³ ONUŞ, s. 179.

⁶⁴ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 421; EREN, s. 81; GÜNEL, s. 7, 52; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 544; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 79; AKINTÜRK, s. 77; ONUŞ, s. 177; ACAR, Taşınmaz Kavramı, s. 115; ACAR, Rehin, s. 139; GÜLSEVEN, s. 25.

muhafaza kaydıyla yapılan satışlarda karşılaşılır⁶⁵. Örneğin, bir fabrikaya mülkiyeti muhafaza kaydıyla alınan makineler fabrikaya monte edildiğinde fabrikanın mülkiyeti ile makinelerin mülkiyeti farklı kişilerde olur⁶⁶. Benzer şekilde bir taşınmaz satışında taşınmaz maliki de eklentilerin bir kısmının veya tamamının mülkiyetini muhafaza ederek satabilir (TMK m. 686, 1). Ancak taşınmaza bağlı eklentilerin mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması halinde rehinli alacaklının hakları ile üçüncü kişinin hakları arasında bir çatışma olması muhtemeldir⁶⁷. Bu ihtimaller göz önünde bulundurularak, TMK m. 862, 3'te "*Üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki hakları saklıdır*" hükmü düzenlenmiştir. Bu kapsamda taşınmaz üzerinde rehin hakkı tesis edilince sözleşmeye ayrıca dahil edilmeyeceği kararlaştırılmamış eklentiler, taşınmaz rehninin sağladığı teminattan yararlanır ve onun tasarrufuna tabi olurlar. Rehlinli alacaklının alacağını tahsil edememesi halinde rehinli taşınmaz, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu edilip, taşınmaza bağlı eklentiler de rehnin kapsamında kaldığı için rehinli alacaklının alacağını karşılamak üzere paraya çevrilebilir⁶⁸.

⁶⁵ "*Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur. Hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaz (TMK m. 764).*" **MUSIELAK/ VOIT**, § 865, Rn. 11.

⁶⁶ BGH, 06.11.1986- IX ZR 125/85. Bu durumda taşınmaz maliki, makineleri fabrikaya eklenti olarak özgüleyebilecek (**Berner Komm.**, **MEIER-HAYOZ**, Art. 644/645, N. 70) ve hatta tapu kütüğüne bunların eklenti olarak kaydını bile yapabilecektir (**HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL**, Art. 644/645, N. 24).

⁶⁷ **DAVRAN**, Bülent, "Gayrimenkul Rehninin Teferruata Şümulü", Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, (s. 563-579), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1956, s. 572; **GÜNEL**, s. 53.

⁶⁸ **BUDAK**, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2008, s. 3. Alman "Taşınmazın Cebri İcra Yoluyla Satışı Hakkında Kanun (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung)" kapsamında taşınmazın açık artırması borçlunun veya üçüncü kişiye ait olması durumunda yeni malikin elindeki eklentileri de kural olarak kapsar (ZVG § 55). Üçüncü kişi, mal sahibi olarak hakkını ZVG § 37, 5 uyarınca açık artırma işlemlerinde kaydettirmeli ve mahkemeden ve tüm icra alacaklılarından eklentinin ibrasını almalıdır. Satışta üçüncü kişiye ait bir taşınmaz üzerindeki eklentiye ilişkin mal sahibi tarafından ZVG § 37, 5 uyarınca hakkın ileri sürülmesi söz konusu olmazsa, alıcı bu eklentinin mülkiyetini devirle birlikte kazanır (**MUSIELAK/ VOIT**,

Üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki haklarını saklı tutan TMK m. 862, 3'ün, TMK m. 988⁶⁹'in istisnası olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taşınmaz rehni kurulduğunda rehinli alacaklı eklentinin üçüncü kişiye ait olduğunu bilmese ve hatta bu eklenti tapu kütüğüne kaydedilmiş olsa bile bu eklentiler taşınmaz rehninin kapsamına girmez. Buna göre, sadece taşınmaz malikine ait eklentiler taşınmaz rehninin kapsamına dahil olabilirken; üçüncü kişiye ait eklentiler üzerinde rehinli alacaklının hakkı bulunmamaktadır⁷⁰.

Diğer bir görüşe göre ise, TMK m. 862, 3'ün mutlak yorumlanmaması ve taşınır eşyalarda emin sıfatıyla zilyetliğin hak sahipliğini koruyan TMK m. 988 hükmünün, burada da uygulama alanı bulması gerektiği ileri sürülmüştür⁷¹. Burada rehinle yükümlü taşınmaza bağlı olan eklentinin mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması halinde rehinli alacaklı iyiniyetli ise ancak bu durumda üçüncü kişilere ait eklentiler de taşınmaz rehninin kapsamına girer⁷². Böylece hiçbir şeyden haberi olmayan eklentinin sahibi üçüncü kişi, sırf rehin alacaklısının iyiniyetli olması nedeniyle taşınır eşya üzerindeki mülkiyet hakkını kaybederek ekonomik açıdan zarara uğrayabilir. Diğer yandan eklentinin rehin kuruluşu sırasında taşınmaza bağlanıp bağlanmamasına bağlı olarak bir takım iyiniyetin gerçekleşme anının tespitine ilişkin uygulamada sorunlar da ortaya çıkabilir⁷³. Bu kapsamda TMK m. 862, 3'ün dar yorumlanması ve TMK m. 988'in istisnası olduğunun kabulü gerekir⁷⁴.

§ 865, Rn. 13). Bunun için davanın karara bağlanmış olması şart değildir, sadece açılmış olması yeterlidir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 13).

⁶⁹ TMK m. 988: "Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur." şeklindedir.

⁷⁰ MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 4, 5

⁷¹ HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art. 644/645, N. 25; ŞENER, s. 124; DAVRAN, Teferruat, s. 576; AYAN, Sınırlı, s. 163.

⁷² Yargıtay ise vermiş olduğu kararında, ipotekli alacaklının iyiniyetli olmasına rağmen onun ipotek hakkının, mülkiyeti gerçekte üçüncü kişiye ait olan eklentileri kapsamayacağı sonucuna varmaktadır (Yrg. 19. HD., 01.06.2000 T., E. 2000/ 969, K. 2000/4282 (HELVACI, s. 191).

⁷³ GÜNEL, s. 58-59.

⁷⁴ GÜNEL, s. 58; Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. Art. 644-645, N. 41; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 556-557; DAVRAN, Rehin, s. 15-16.

Ayrıca üçüncü kişiye ait eklentinin taşınmaz rehninin kapsamına girmesi ancak mülkiyet hakkı sahibinin bu yöndeki açık iradesi ile mümkün olur⁷⁵. Bu nedenle kanaatimizce TMK 862, 3'ün, TMK m. 988 hükmünün bir tamamlayıcısı değil, istisnası olduğu kabulü yerindedir.

II. TAŞINMAZ REHNİ KAPSAMINDAKİ EKLENTİNİN HACZİ

A. TAŞINMAZ REHNİ KAPSAMINDAKİ EKLENTİNİN HACZİ

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda eklentinin hukuki niteliği düzenlenmiş olmakla birlikte; haczine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. TMK m. 862'nin eklentinin haczine de kıyasen uygulanacağı ve taşınmaz haczinin eklentileri de kapsayacağı kabul edilmektedir⁷⁶. Eklenti, bağımsız bir taşınır eşya niteliğinde olduğu için kural olarak tek başına haczi kabil bir maldır. Çünkü eklentinin, taşınmaz yok edilmeden, zarara uğratılmadan veya yapısı değiştirilmeden ondan ayrılması mümkündür. Eklenti, taşınmazdan ayrılabilirdiği için ondan ayrı da hacedilebilir. Ancak İİK m. 83/c maddesi bu kurala bir istisna getirir.

İİK m. 83/c'nin uygulama alanı taşınmaz rehinleri ve kanunda ipotek olarak kabul edilen diğer taşınmaz rehinleri açısından geçerlidir. İİK m. 23'te "kanundaki ıstılahlar" başlığı altında bu durum açıklanmaktadır (İİK m. 23, 1). Bu kapsamda ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi, taşınmaz mükellefiyeti (TMK m. 898-904) ve sicile kayıtlı gemi ipoteginin (TTK m. 1020) eklentisine yönelik haciz talebi bakımından İİK m. 83/c hükmü uygulanır⁷⁷.

2. İcra ve İflas Kanunu m. 83/c'nin Getiriliş Amacı

Türk hukukunda İcra ve İflas Kanunu, "taşınmaz rehni kapsamındaki eklentinin haczi" üst başlıklı, 09.11.1988 tarih ve 3494 sayılı Kanun⁷⁸ ile İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 83/c maddesi ile üzerinde rehin bulunan taşınmazların eklentilerinin haczine ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre; "*Taşınmaz rehni ipotek akit tablosunda*

⁷⁵ KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 266; DAVRAN, Rehin, s. 15; GÜLSEVEN, s. 70.

⁷⁶ NAMLI, s. 214; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 558; AYAN, Mülkiyet, s. 27; ESENER/ GÜVEN, s. 249; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 421; MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, 3. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 229.

⁷⁷ ÇELİKOĞLU, s. 555-556.

⁷⁸ RG., 25.11.1988, S. 20000.

sayılı bulunan eklenti taşınmazdan ayrı olarak haczedilemez. Türk Kanunu Medenisinin 777 nci maddesi hükmü saklıdır.”

Adalet Komisyonunda “83/c maddesindeki “kapsamında” kelimesi maddeye açıklık getirmek ve ileride doğabilecek itiraz ve şikayetleri ortadan kaldırmak amacıyla “ipotek akit tablosunda sayılı” şeklinde değiştirilmiş; ayrıca Medeni Kanununun 777. maddesinde yer alan genel hüküm düşünülerek, bu hükmün mahfuz olduğu” hususu, fıkra şeklinde maddeye ilave edilmiştir.” şeklinde değiştirilerek madde bugünkü halini almıştır⁷⁹.

İcra ve İflas Kanunu m. 83/c’nin atıf yaptığı EMK m. 777 hükmü, yeni TMK m. 862’dir. TMK m. 862; “Rehin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılar. Rehnin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılır. Üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki hakları saklıdır.” şeklindedir.

Diğer yandan İİK m. 83/c hükmünü, İsviçre İcra ve İflas Kanunu (SchKG⁸⁰), Federal Mahkemenin Taşınmazların Cebri Satışına İlişkin Yönetmeliği (VZG) ile Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) ve Alman Taşınmazın Cebri İcra Yoluyla Satışı Hakkında Kanun’da (ZVG) karşılayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle eklentinin haczine ilişkin düzenlemesiyle yoruma muhtaç bu Kanun hükmünün, karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak getiriliş amacının ortaya konulma imkânı da bulunmamaktadır. Burada kanun koyucunun nesnel iradesi değerlendirilerek hükmün getiriliş amacı ortaya konulmalıdır.

3494 sayılı Kanun’un genel getiriliş amacının, değişen sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle alacaklı ve borçlunun çatışan menfaatlerinin bağdaştırılması ihtiyacını karşılamak ve Kanun’un uygulamada aksayan yönlerini düzeltip tamamlamak olduğu ifade edilmektedir⁸¹. İcra ve iflas takiplerinde kötü niyetli kişilerin Kanun’un boşluklarından yararlanma ve takibi uzatma amaçlarının bulunduğu da

⁷⁹ UYAR, Talih: “Taşınmaz Rehni Kapsamındaki Teferruatın Haczi”, (<https://app.e-uyar.com/makale/index/9bdf3a96-c6a1-4526-bd99-32612499b6a6?q=teferruat>), Y. 2014, (s. 1-32), s. 28.

⁸⁰ “Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs” 01.01.1892.

⁸¹ ÇELİKOĞLU, s. 541; ARSLAN, Ramazan: “İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler”, ABD 1989, S. 1, (s. 136-157), s. 137.

tespit edilebildiği için İİK m. 83/ c ile takiplerin uzamasının önlenmesinin amaçlandığı ileri sürülmektedir⁸².

Esasında taşınmaz rehni kapsamına giren eklentinin ipotek akit borç tablosunda gösterilmesi ve ayrı haczi uygulanmasının önlenmek istenmesinin amacı, rehinli alacaklıyı ekonomik açıdan korumaktır⁸³. Eklenti, taşınmaza zarar vermeden ondan ayrılabilceği ve sürekli ayrılması halinde rehin hakkının kapsamından çıkacağı için eklentinin haczine en geç paylaşırma aşamasına kadar müdahale edilmediğinde rehnin teminat değerinde ciddi bir azalmaya sebep olur. Böyle bir durumda rehin alacaklısının, rehin borçlusundan ilave bir teminat isteme ve verilmediğinde kısmi erken ifa talebinde bulunma imkânı doğar (TMK m. 866). Bu nedenle özellikle hacizden habersiz kalma ihtimali bulunan rehin alacaklısı korunmak istenmiştir⁸⁴. Zira rehin tesis edilen taşınmazdaki eklentilerin, taşınmazdan ayrı haczinin mümkün olması hem rehinli taşınmazın değerinin düşmesine hem de durumdan habersiz kalma ihtimali bulunan alacaklıların zarar görmesine neden olur. Bu durumun önüne geçebilmek için İİK m. 83/c hükmü kabul edilmiş⁸⁵ ve maddenin hükümet gerekçesinde maddenin getiriliş amacının taşınmazın değerinin korunması olduğu açıkça ifade edilmiştir: *“Uygulamada, gayrimenkul rehni kapsamında bulunan teferruatın da ayrıca haczedildiği görüldüğünden, fabrika gibi teferruatın önem kazandığı taşınmaz rehinlerinde değerinin korunmasını temin amacı ile bu maddenin ilavesi uygun görülmüştür.”*

İpotek alacaklısının menfaatlerinin korunmasının yanında düzenlemenin, rehin borçlusunun da menfaatlerini gözetten bir kural olduğu söylenebilir. Zira rehin hakkı sahibinin yararı, istihkak prosedürü (İİK m. 96) ile korunabilirken yeni kuralın getirilmesi ihtiyacı, bu

⁸² ARSLAN, s. 137.

⁸³ KURU, El Kitabı, s. 442; NAMLI, s. 216; GÜNEL, s. 19, 45; HELVACI, s. 184. Eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastıyla taşınmaz dışına çıkarılması halinde eklentinin zilyedi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (İİK m. 331, 4). Bkz. ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 6. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 73.

⁸⁴ ÇELİKOĞLU, s. 542; ARSLAN, s. 140-141.

⁸⁵ HELVACI, s. 183-184. Bu düzenleme, sicile kayıtlı menkul rehni olan ticari işletme rehnine konu bir menkulün eklentisi hakkında uygulanmamaktadır (ÇELİKOĞLU, s. 554).

korumanın sadece rehin hakkı sahibiyle sınırlı olmayacağını göstermektedir. İİK m. 83/c'nin özellikle konumu, rehin borçlusunun menfaatlerinin de gözetilmiş olabileceğini akla getirmektedir. Bu çerçevede İİK m. 83/c, Kanun'da haczi caiz olmayan mal ve hakları gösteren m. 82 hükmüyle bağlantılı olan kısmen haczi caiz olan malvarlığı unsurlarına ilişkin m. 83 düzenlemesine ayrı bir madde halinde ilave edilmiştir. Kanun koyucu burada, münferit haciz uygulamasına maruz kalmadan rehin borçlusunun da menfaatlerini korumak istemiştir. Özellikle rehin veren borçlunun, daha sonraki bir aşamada sonraki derecelerde başka bir ipotek tesisiyle kredi sağlama ihtiyacının karşılanmasında, eklentilerin teminatsız alacaklıların haczinden korunmasında yararları olabilir⁸⁶.

Diğer yandan bu düzenleme, işletmenin ekonomik bütünlüğünün korunmasına da hizmet etmektedir. Özellikle ticari alanda faaliyet gösteren işletmelerin bu hükümden yararlanarak fabrikalarındaki eklenti niteliğindeki makinelerini rehinli alacaklıya teslim etmeksizin taşınmaz rehnine konu edebilmesi, hem daha fazla kredi ihtiyacını karşılayabilmesini hem de fabrikadaki makineleri (rehin zilyetliğini devretmediği için) kullanarak işletmenin bütününe zarar vermeden borcunu ödeyebilmesini sağlar (TMK m. 862, 2)⁸⁷. Aksi halde eklenti niteliğindeki makinelerin, ayrı bir taşınır rehnine konu edilerek, rehin kurulabilmesi açısından makinelerin rehinli alacaklıya teslimi gerekebilecekti. Bu hükmün diğer bir faydası, eğer rehinli makineler, rehinli alacaklıya teslim edilmek zorunda olsaydı bu durumda rehinli alacaklının makinelere, asıl alacak ödeninceye kadar bakma ve muhafaza etme yükümlülüğü olacaktı (TMK m. 865). Bu hükümden faydalanan

⁸⁶ ÇELİKOĞLU, s. 542.

⁸⁷ GÜNEL, s. 45; ERGÜNE, Taşınır, s. 59, dn. 173; ÇELİKOĞLU, 544. "Somut olayda taşınırların üzerinde bulunduğu taşınmaza aynı takip dosyasından ayrıca haciz konulması anılan yasa hükmüne aykırılığı gidermez. Zira haciz işlemi birbirinden bağımsız düşünülmelidir. Mahkemece aldırılan bilirkişi asıl ve ek raporlarında; haczedilen mahcuzlardan üç adet dizel forkliftin teferruat kapsamında olduğu, taşınmazdan ayrılması halinde işletmenin bütününe kısmen zarar vereceği, forklift dışındaki diğer mahcuzların ise bütünüleyici parça olup taşınmazdan ayrılmaları halinde işletmenin bütününe zarar verecekleri ve haczedilen mahcuzların ipotek belgesi ekindeki teferruat listesinde yer aldıklarının tespit edildiği bildirilmiştir." Yrg. 12. HD., 15.04.2013 T., E. 5502, K. 14337 (e-uyar.com).

rehinli alacaklı, makineler için yapılan bakım veya depo masrafı gibi masrafları ödemekten kurtulmaktadır⁸⁸. Benzer şekilde otel sahibi, oteldeki yatak, dolap, koltuk gibi döşeme eşyalarını teslim etmeye gerek olmaksızın otel üzerinde ipotek tesis edebilecek böylece hem otel içerisindeki eşyaların ekonomik değerinden⁸⁹ yararlanabilecek hem de oteli işleterek borcunu ödeyebilecektir.

Son olarak, İİK m. 83/c'nin, aslında eklenti niteliğinde olmayan bir takım eşyanın ipotek akit borç tablosunda gösterilerek, sırf ayrı haczine engel olmak veya fazlaca kredi temini sağlamak amacıyla kötüye kullanılması da mümkündür. Hükmün amacı dışında kullanılması halinde şikâyet yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Ancak bu durumun önüne geçilmesi adına haciz aşamasında eşyanın eklenti niteliğinin tespiti açısından bir bilirkişi incelemesine başvurulması yerinde olur.

3. İcra ve İflas Kanunu m. 83/c'nin Genel Kurala İstisna Teşkil Edip Etmediği Sorunu

İcra ve İflas Kanunu m. 83/c'nin lafzına göre, hükmün uygulanması her şeyden önce bir "eklenti"nin bulunmasına bağlıdır. Bir taşınır eşya, TMK m. 686, 2'deki şartları taşırsa eklenti olarak değerlendirilip, taşınmazdan ayrı olarak haczedilebilir. Aynı zamanda taşınır eşya, eklenti olmaya bağlı şartları taşırsa, İİK m. 83/c çerçevesinde ipotek akit borç tablosunda açıkça eklenti olarak sayılmasa bile taşınmaz rehninin kapsamında yer almasına rağmen, taşınmazdan ayrı olarak hacze konu edilebilir⁹⁰. Oysa doktrinde TMK m. 862, 1'de rehnin taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileriyle yükümlü kılacağı ve bir şeye ilişkin tasarrufların, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsayacağı (TMK m. 686, 1; BGB § 311c; BGB § 1096) kuralından ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olmasalar bile eklentilerin taşınmazdan ayrı olarak haczedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede İİK m. 83/c'nin bu

⁸⁸ GÜNEL, s. 44; GÜLEKLİ, s. 11 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 78.

⁸⁹ Alman hukukunda zorunlu satışlarda malın değerinin eklentinin değerini de kapsayarak ayrıca belirlenemeyeceği ve böylece malın ekonomik değerinin korunacağı kabul edilmektedir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 12).

⁹⁰ KURU, El Kitabı, s. 443; ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995, s. 302-303; HELVACI, s. 184; GÜNEL, s. 19; UYAR, s. 217-218.

genel kurala aykırılık teşkil edip etmediği, eklentiye ilişkin genel medeni hukuk sistematığına aykırı olup olmadığı ve ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olmayan eklentinin taşınmazdan ayrı haczedilip haczedilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde ağırlıklı bir görüşe göre; ipotek akit borç tablosunda sayılmayan taşınır, asıl taşınmazdan ayrı olarak haczedilebileceklerdir⁹¹. Diğer bir görüşe göre, İİK m. 83/c'nin bir yandan TMK m. 862'yi (MK m. 777) saklı tuttuğu, TMK m. 862'ye göre taşınmaz rehninin taşınmazın bütünleyici parçaları ve eklentilerini kapsadığı, bu nedenle ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olmasalar dahi eklenti niteliğindeki taşınır eşyaların bu kuraldan hareketle taşınmazdan ayrı olarak haczedilmelerinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁹². Hatta doktrinde İİK m. 83/c hükmünün, sadece eklentinin taşınmazdan ayrı olarak hazine engel olma amacı taşıdığı, bu kapsamda ipoteğin, eklentinin kapsamını daraltmak için getirilmiş olduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve değiştirilmesi teklif edilmiştir⁹³. Bu görüş çerçevesinde, İİK m. 83/c'de TMK m. 862 hükmünün (TMK m. 777) saklı tutulmasıyla, kanun koyucunun ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olmasa bile eklentilerin ayrı hazine (TMK m. 862 ile) engel olmak mı istediği, yoksa ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olup da eklenti niteliği taşımayan taşınırın bu madde kapsamında (TMK m. 862) özelliklerinin tespit edilerek asıl taşınmazdan ayrı olarak hazine imkân tanımak mı istediği değerlendirilmelidir. Doktrinde taşınmaz rehninin bütünleyici parçalar ile eklentileri kapsadığı kuralı (TMK m. 862), ipotek akit borç tablosunda yazılmasalar dahi eklentilerin zaten taşınmazdan

⁹¹ GÜNEL, s. 19; NAMLI, s. 220; UYAR, s. 27; POSTACIOĞLU, İlhan/ ALTAY, E. Sümer: İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 371; ÜSTÜNDAĞ, s. 302-303; Kuru- El Kitabı, s. 443; HELVACI, s. 184.

⁹² GÜLEKLİ, s. 13, 14; SİRMEN, s. 259; NOMER/ ERGÜNE, s. 331; SEÇER, Öz: İpoteğin Taşınmaz Bakımından Kapsamı, İBD, C. 82, S. 4, Y. 2008, (s. 1901-1932), s. 1911; MUŞUL, İcra, s. 230; ERTAŞ, s. 229; ACAR, Rehin, s. 154, N. 265; ALTAY/ ESKİOCAK, s. 174.

⁹³ GÜLEKLİ, s. 13, 14. Metne bağlı yorumdan çıkacak diğer bir sonuç, ipoteğin kurulduğu anda var olan ancak ipotek akit borç tablosunda gösterilmeyen eklenti ile taşınmaza sonradan bağlanan eklenti, ipoteğin kapsamına girmeyecektir (GÜLEKLİ, s. 13).

ayrı olarak haczedilemeyeceği şeklinde yorumlanabilmektedir⁹⁴. O zaman bu yorumun kabulü, İİK m. 83/c özel hükmünün, ona göre daha genel nitelikte olan TMK m. 862 hükmü karşısında anlamını yitirmesine sebep olacaktır. Ancak Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye ek olarak böyle ayrı bir düzenleme yapma ihtiyacı duyan kanun koyucunun bilinçli bir saikle bunu yaptığı kanaatindeyiz. Rehinli alacaklıyı korumak ve rehin tesis edilen taşınmaza bağlı eklentilerin ayrı olarak haczinin ve satışının sebep olacağı rehinin kıymetinin azalmasına ve alacaklıların zarar görmesine engellemek üzere kabul edilen İİK m. 83/c hükmü, TMK m. 862 karşısında daha özel nitelikte bir düzenlemedir⁹⁵. Buna göre kanun koyucu, TMK m. 862'nin (MK m. 777) saklı olduğunu belirterek bu hükümle, borçlunun diğer alacaklılarının ipotek akit borç tablosunda yazılı taşınırının aslında kanunda sayılı özelliklere sahip olmadıklarının ispatlanmasına ve asıl taşınmazdan ayrıca haczedilmesine imkân tanımak istemiştir⁹⁶. Zira kanun koyucu, rehinin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeylerin, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılacağını düzenleme altına almıştır (TMK m. 862, 2).

Yargıtay da TMK m. 862'den hareketle, taşınmazın bütünleyici parça ve eklentilerinin taşınmaz rehni kapsamına dahil olacağına, bu nedenle ipotek akit borç tablosunda yer almasalar bile eklentilerin tek

⁹⁴ GÜLEKLİ, s. 13, 14; ONUŞ, s. 193; SEÇER, s. 1911; SİRMEN, s. 259; MUŞUL, İcra, s. 230; NOMER/ ERGÜNE, s. 331; ACAR, Rehin, N. 185; ALTAY/ ESKİOCAK, s. 174.

⁹⁵ HELVACI, s. 184; GÜNEL, s. 19; ÇELİKOĞLU, s. 558.

⁹⁶ KURU, El Kitabı, s. 443; NAMLI, s. 220. "İİK'nun 83/c maddesinde ipotek akit tablosunda sayılı teferruatın gayrimenkulden ayrı olarak haczedilemeyeceği belirtildikten sonra Medeni Kanun'un 862. maddesi hükmü saklı tutulmuştur. Medeni Kanun'un saklı tutulan 862. maddesinin 2. fıkrasında "makine veya otel mefruşatı gibi rehin senedinde açıkça teferruat olarak gösterilen ve tapu sicilinde belirtilen şeyler, kanunen teferruatın sayılmayacağı ispat edilmezse teferruatın addedilir" denilmekle ipotek akit tablosunda gösterilen şeylerin teferruat olmadığı ispat edilebileceği mümkün kılınmıştır. Bu durumda haczedilmezlik şikayetinin kabulü için menkullerin ipotek akit tablosunda yazılı olması yetmeyip bunların MK'nin 862. maddesi kapsamında teferruat niteliği taşıyıp taşımadığı da belirlenmelidir." Yrg.,12. HD., 29.09.2009 T., E. 10857, K. 17498 (e-uyar.com).

başına “haczedilemeyeceğine” karar vermektedir⁹⁷. Yargıtay’ın TMK m. 862’yi gerekçe göstererek ipotek akit tablosunda kayıtlı olmayıp da aslında eklenti niteliğinde bulunan taşınırın asıl taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceği yönündeki kararlarına katılabilmek mümkün değildir. Çünkü ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olmayan taşınırın ayrıca haczedilebilmesinin önünde kanuni bir engel yoktur. İpotek akit borç tablosunda eklenti olarak yazılmış bir taşınırın aslında eklenti niteliğinde olmadığı ispatlanabilirse bu taşınırın asıl taşınmazdan ayrı olarak haczedilmesi mümkündür. TMK m. 862’nin taşınmaz rehninin bütünleyici parçaları ve eklentileri kapsamı hükmü, İİK m. 83/c’nin uygulama şartlarını (ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olma ve eklenti vasfında bulunma) taşınmaz halinde eklentinin bağımsız bir taşınır eşya olarak hazine engel olacak şekilde ve İİK m. 83/c’yi kısıtlar şekilde yorumlanmamalıdır. Sonuç olarak, İİK m. 83/c, genel kural olan TMK m.

⁹⁷ “İİK’nun 83/c maddesinde “Taşınmaz rehni ipotek akit tablosunda sayılı bulunan eklenti, taşınmazdan ayrı olarak haczedilemez. Türk Medeni Kanunu’nun 862. maddesi hükmü saklıdır.” düzenlemesi yer almaktadır. Kural olarak taşınmaz telef, tahrip veya taşıyır edilmeden ondan ayrılması mümkün olan eklenti, ana taşınmazdan ayrı haczedilip satılabilir. Ana taşınmazın ipotekli olması hali için düzenlenmiş yukarıdaki yasa maddesine göre, ipotekli taşınmazın ipotek akit tablosunda sayılı ve eklenti niteliğini taşıyan menkuller, taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceği gibi, ikinci fıkrada Türk Medeni Kanunu’nun 862. maddesi hükmü saklı tutulmuş olup, bu maddeye göre rehin, taşınmazı, bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kıldığından, akit tablosunda yazılı olmasa bile ipotekli taşınmazın eklentisi niteliğindeki mahcuzlar da taşınmazdan ayrı haczedilip satılamaz. Taşınmazın ipotekli olduğu her iki durumda da (ipotek akit tablosunda yazılı olsa da olmasa da) mahkemece mahcuzların Medeni Kanun hükümlerine göre eklenti niteliğinde olup olmadığı bilirkişi aracılığı ile belirlenmeli, taşınmaz ipotekli, mahcuz menkuller de bu taşınmazın eklentisi niteliğinde ise ipotek kapsamında kabul edilmelidir.” Yrg., 8. HD., 17.10.2014 T., E. 2013/22390, K. 18577 (e-uyar.com); “862. maddesi hükmü saklı tutulmuş olup, bu maddeye göre rehin, taşınmazı, bütünleyici parçaları ve eklentileri ile yükümlü kıldığından, akit tablosunda yazılı olmasa bile ipotekli taşınmazın eklentisi niteliğindeki mahcuzlar da taşınmazdan ayrı haczedilip satılamaz.” Yrg., 12. HD., 24.10.2011 T., E.4409, K.19746 (e-uyar.com). Benzer yönde bkz. Yrg.,12. HD., 27.05.2008 T., E. 8052, K. 10699 (e-uyar.com); Yrg., 8. HD., 06.02.2020 T., E. 2018/690, K. 1063 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 11.05.2016 T., E. 2015/33184, K. 13847 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 24.10.2008 T., E. 14839, K. 18381 (e-uyar.com); Yrg., 12 HD., 16.07.2009 T., E. 8293, K. 16169 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 06.12.2011 T., E. 9250, K. 26782 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 10.06.2014 T., E. 12343, K. 16939 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 24.11.2014 T., E. 20875, K. 28025 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 20.11.2008 T., E. 16445, K. 21220 (e-uyar.com); Yrg., 12.HD., 26.02.2014 T., E. 2779, K. 5505 (e-uyar.com).

862'ye bir istisna teşkil etmeyip, ona göre daha özel nitelikte bir hükümdür. TMK m. 862, İİK m. 83/c'nin tamamlayıcısı niteliğindedir.

4. İcra ve İflas Kanunu m. 83/c'nin Uygulanmasına İlişkin Sorunlar

a. Şartları

aa. İpotek Akit Borç Tablosunda Kayıtlı Olma

İpotek akit borç tablosu, tapu sicil memuru tarafından ipotek kurulurken düzenlenen resmi senettir (TMK m. 856; TK⁹⁸ m. 26). Taşınmaz rehni, kütük sayfasının ilgili sütununa, tescilde, ipotek "İ" harfi ile gösterilmek, alacaklının adı, soyadı ve baba adı, tüzel kişinin unvanı tam olarak yazılmak, rehin miktarı, varsa faiz oranı, rehin derecesi, rehin süresi ile tescil tarihi ve yevmiye numarası yazılmak suretiyle kaydedilir (TST⁹⁹ m. 31). Rehin hakkının kuruluşundaki şartlarda yapılan değişikliğe ait sözleşmeler de düşünceler sütununda belirtilir (TST m. 31, 2). Eklenti ise mülkiyet hakkı sahibinin yazılı istemi üzerine, kütüğün beyanlar sütununa tarih ve yevmiye numarası ile yazılır. Talepte bulunanın dilekçesinde eklentinin adedi, cinsi ve kıymeti gösterilir (TST m. 53). İpotek akit borç tablosunda kayıtlı olma, resmi nitelikteki senede yazılmış olma anlamındadır. Taşınmaz maliki, rehin sözleşmesi yapıldıktan sonra yazılı olarak başvurarak eklentiye tapu kütüğünün beyanlar sütununa kaydettirebileceği gibi, taraflar da rehin sözleşmesinden sonra yapacakları yeni bir sözleşmeyle eklentiye tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirebilirler. Taşınmaz malikinin bu yönde bir iradesinin olmaması durumunda, rehinli alacaklı da mahkemeye başvurarak mahkemeden taşınmaza bağlı eklentilerin tapu kütüğüne kaydedilmesini isteyebilir¹⁰⁰. Bu kapsamda ipotek akit borç tablosuna kaydedilen eklentinin başka bir alacaklı tarafından haczi mümkün olmaz. Tapu kütüğünün beyanlar sütununa kayıt, malikin anlaşılabilir arzusunu gösterdiği için eklenti sayılmaya karine teşkil eder (TMK m. 862, 2; TST m. 53). Yoksa kayıt, bir taşınırın eklenti niteliği taşıması için zorunlu bir şart değildir.

Doktrin ve yargı kararlarında çoğunlukla kabul edilen, İİK m. 83/c'nin uygulanabilmesi taşınmaz rehni ipotek akit borç tablosunda

⁹⁸ 2644 sayılı Tapu Kanunu, 29.12.1934, 2892 R.G.

⁹⁹ Tapu Sicil Tüzüğü, 17.08.2013, S. 28738 R.G.

¹⁰⁰ GÜNEL, s. 48.

kayıtlı olma ve TMK m. 686 kapsamında eklenti niteliği taşıma şartlarının birlikte bulunmasına bağlıdır¹⁰¹. Öncelikle ipotek akit borç tablosunda kayıtlı bir eşyanın, TMK m. 686'daki şartları taşıyan bir eklenti olması halinde, İİK m.83/c uyarınca taşınmazdan ayrı haczedilebilmesi mümkün değildir. Diğer yandan ipotek akit borç tablosunda yazılı ancak eklenti niteliği taşımayan taşınırın haczinin ne şekilde yapılacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır. Bu konuda Yargıtay, ipotek akit borç tablosunda kayıtlı ancak eklenti niteliği taşımayan eşyanın sırf tabloda kayıtlı olması gerekçesiyle haczedilebileceğine ilişkin kararlar vermektedir¹⁰². Belirtilen unsurları taşımadığı için müstakil eşya niteliğini koruyan ancak eklenti olarak değerlendirilemeyen bu malın, İİK m. 83 kapsamında sadece ipotek akit borç tablosunda yer alması gerekçesiyle haczini doğru bulmamaktayız.

bb. Eklenti Niteliği Taşıma

Taşınmaz rehni ipotek akit borç tablosunda bulunan eşyanın, İİK m. 83 kapsamında taşınmazdan ayrı haczedilememesi, bu eşyanın eklenti niteliği taşımasına bağlıdır. Eklenti niteliği, yukarıda da ifade edildiği üzere TMK m. 686'daki şartlar ile tespit edilebilir. Bu şartları taşımayan bir taşınır eşya, eklenti niteliği kazanamayacağı için taşınmaz rehninin

¹⁰¹ KURU, El Kitabı, s. 443; NAMLI, s. 218; GÜNEL, s. 19. Yrg. 17. HD., 05.07.2011 T., 01.02.2011 T., E. 314/7050; K. 5669/652 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 4.4.2005 T., E. 4292, K. 7160 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 22.04.2014 T., E. 6754, K. 11801 (e-uyar.com); Yrg., 12 HD., 16.07.2009 T., E. 8293, K. 16169 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 13.01.2015 T., E. 2014/32776, K. 467 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 22.12.2020 T., E. 4295, K. 11128 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 24.11.2014 T., E. 20875, K. 28025 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 22.04.2014 T., E. 6754, K. 11801 (e-uyar.com).

¹⁰² "Haczedilen menkullerin İİK'nun 83/c maddesinde açıklandığı gibi ipotek akit tablosunda yazılı teferruat olduklarından bahisle haczinin mümkün olmadığına" ilişkindir. TMK'nun 686 maddesi gereğince bir şeyin teferruat sayılması için mahalli örf ve malikin sarıh arzusuna göre bir şeyin işletilmesi veya muhafazası veya ondan istifade olunması için daimî tarzda tahsis olunan ve kullanmakta o şeye tabii kılınan veya takılan veya onunla birleştirilen menkul eşya asıl şeyin teferruatıdır. Merciiçe mahcuzların gerçekten teferruat niteliği taşıyıp taşımadığı yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda (yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayanarak) tespit edilmemiştir. Örneğin, *koltuk, masa, sekreter koltuğu, mikrofon, tabure, sebze doğrama makinası, soba, bıçak gibi mahcuzların ne şekilde teferruat sayıldığı anlaşılammıştır. Merciiçe, yeniden hukukçu bilirkişinin de huzuruyla yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucunda oluşacak duruma göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile sırf teferruat listesinde yazıldığından bahisle şikâyetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.* Yrg.,12. HD., 20.3.2003 T., E. 3023, K. 5897 (e-uyar.com).

kapsamına da girmez. Bir eşyanın eklenti niteliğinin tespiti konusunda özellikle bütünleyici parça olup olmadığı yönünde yargı kararlarına da yansıyan tereddütler bulunmaktadır.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, kalorifer kazanları¹⁰³, asansör¹⁰⁴, hidrofor¹⁰⁵, duvara döşenen fayans¹⁰⁶ gibi eşyalar bütünleyici parça; bununla birlikte fabrikadaki makineler¹⁰⁷, otel eşyası¹⁰⁸, akaryakıt

¹⁰³ Dosyaya sunulan 24.4.2000 tarihli bilirkişi raporunda da açıklandığı üzere mahcuz *kalorifer kazanları* taşınmazın ısınma sisteminin projesine dahil olup onun esaslı unsurunu teşkil etmektedir. Belirlenen bu vafına göre, mahcuz kazanlar TMK'nun 684 maddesi gereğince taşınmazın mütemmim cüzüdür (Yrg., 12. HD., 10.2.2014 T., E. 2014/241, K. 2014/3115 (lexpera.com)).

Diğer yandan bkz. "Dava konusu ısıtma kazanının sökülerek götürülebilir olması dikkate alındığında sera yönünden mütemmim cüz oluşturmaz..." Adana BAM, 6. HD., 3.11.2020 T., E. 2019/987, K. 2020/730 (lexpera.com).

¹⁰⁴ "Finansal kiralama konusu *asansörlerin* 4 ve daha fazla katlı ... projesindeki binalara montajlandığı, TMK'nun 684 md gereğince bu binaların bütünleyici parçası (mütemmim cüz'ü) haline geldiği, bütünleyici parçalar olmaları sebebiyle bağlı buldukları bina ile birlikte el konulabileceği, binadan ayrı olarak el konulmasının ve aynen iadeye konu olmasının mümkün olmadığı sabittir." İstanbul BAM, 6.1.2022 T., 44. HD., E. 2021/1655 K. 2022/14 (lexpera.com).

¹⁰⁵ "...mahkememizce alınan kök ve ek raporda makine ve inşaat mühendisi bilirkişiler tarafından haczedilen *hidrofor tankı ve dinamosunun* binanın tamamlayıcısı olduğu..." İstanbul BAM, 25.6.2020 T., 21. HD., E. 2019/2944, K. 2020/1180 (lexpera.com).

¹⁰⁶ "Toplanan tüm delillerden, davalı kiracı tarafından sökülüp götürülen bu *imalatların*, sabit nitelikte olup, mütemmim cüz niteliğinde bulunduğundan dolayı, sökülüp götürülemeyeceği..." Yrg., 3. HD., 16.12.2008 T., E. 2008/17963, K. 2008/21551 (lexpera.com).

¹⁰⁷ "...forklift aracının eklenti olduğu kabul edilerek..." Yrg., 12. HD., 16.5.2019 T., E. 2019/4963 K. 2019/8432 (lexpera.com). Benzer örnekler için bkz. **MUKOBGB/STRESEMANN**, BGB § 97, Rn. 7.

¹⁰⁸ "...haczedilen ve haciz tutanağında belirtilen malların niteliği itibarıyla Afyonkarahisar ili Sandıklı ilçesi Çakır mah. 1142 ada, 2 parsel üzerinde yer alan *otel niteliğindeki taşınmazın teferruatı* olduğunun tespiti ile..." HGK. 14.06.2023 T., E. 2023/12-439, K. 2023/627 (e-uyar.com).

istasyonu¹⁰⁹, demir direk ve tel örgüler¹¹⁰, prefabrik yapılar¹¹¹ gibi eşyalar eklenti olarak değerlendirilmektedir¹¹². Uygulamada eklenti olarak en çok

¹⁰⁹ “...akaryakıt binası, benzin ve motorin yer altı dolun tankı ile akaryakıt istasyonunun sundurması niteliğindeki muhtesatların...bütünleyici parça niteliğinde olmayıp her zaman için ana taşınmazdan sökülüp götürülebilen ve taşınmazdan ayrılması mümkün olan eşyalar teferruat niteliğindedir.” Yrg., 12. HD., 14.05.2015 T., E. 2015/2232, K. 2015/ 13575 (lexpera.com).

¹¹⁰ “...demir direk ve tel örgünün bütünleyici parça niteliğinde olmayıp her zaman için sökülüp götürülebilen ve taşınmazdan ayrılması mümkün olan eşya (teferruat) niteliğinde oldukları kuşkusuzdur.” Yrg., 8. HD., 1.11.2016 T., E. 2016/16596, K. 2016/14831 (lexpera.com).

¹¹¹ “... Lokanta olarak yapılan yapı prefabrik olmakla taşınabilir, teferruat niteliğindedir. Diğer yapılarda taşınmaz üzerinde mevcut yapıya ek olarak yapılmış olup, taşınmazın iyileştirmesi, yeni bölümler ilave edilmesi şeklinde, bağımsız bir muhtesat meydana getirme niteliğinde olmaktan öte mevcut muhtesatın daha kullanılabilir hale gelmesini, bir başka deyişle muhtesattan sağlanacak faydanın artmasını sağlayan işlem niteliğinde olduğunu kabul gerekir.” İstanbul BAM, 6. HD., 4.6.2020 T., E. 2019/1840, K. 2020/730 (lexpera.com). Alman hukukunda prefabrik evlerin kolayca sökülebiliyorsa eklenti; aksi halde temel bir bileşen olarak bütünleyici parça olduğu kabul edilmektedir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 4, 5).

¹¹² Alman hukukunda hangi eşyanın eklenti teşkil ettiği konusunda kapsamlı ve kısmen tutarsız içtihatlar vardır. Özellikle hazır mutfağın tartışmalı ve bölgesel olarak farklı değerlendirilen hukuki niteliği vardır (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 12; MUKOBGB/ STRESEMANN, BGB § 97, Rn. 34). Bu ilkelere göre yüksek mahkeme, gömme mutfakların bir binanın temel bileşeni olduğunu reddetmiş, ancak münferit durumlarda-bölgesel piyasa algısına bağlı olarak bunları eklenti olarak değerlendirmiştir (BFH, 03.08.2016- IX R 14/15; BGH, NJW-RR 1990, 586 Rn. 11 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1039; KG, KGR Berlin 1999, 8; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 19, 20; 1988, 459, 460; OLG Frankfurt, ZMR 1988, 136; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 333; FamRZ 1998, 1028; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1993, 169, 170; OLG Koblenz, ZMR 1993, 66, 68). Aynı şekilde çatı üstü güneş enerji sistemlerinin binadan ayrılıp büyük bir çaba harcanmadan başka bir yere yeniden kurulabilmesi mümkün olsa da eklenti niteliği taşımaktadır (OLG Oldenburg...; LG Passau, Beschluss vom 28.02.2012- 2 T 22/12, juris Rn. 8). Benzer şekilde küçük kanalizasyon arıtma tesisinin haczi üzerine başvurulmuş acil temyizde mahkeme, bu eşyayı, taşınır bir eşya olduğu, ana nesne evin ekonomik amacına hizmet etmeyi amaçladığı gerekçesiyle kanaatimizce yerinde olmamakla birlikte eklenti olarak değerlendirmiştir (LG Traunstein Beschl. v. 23.9.2008 – 4 T 3274/08, BeckRS 2009, 6905). Alman hukukunda bir işletmenin yakıt stokları, arabaları, bir apartman dairesinin alarm sistemi, eczane ekipmanları, bir fabrikanın araç filosu gibi eşyalar eklenti olarak değerlendirilmiştir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 4, 5; BGH NJW 83, 756). Bununla birlikte mahkeme, ankastre elektrikli cihazların geçici olarak monte edilmediği ve bu nedenle BGB § 97, 1 gereği eklenti olmadığı sonucuna varmıştır (BGH, NJW-RR 1990, 586 Rn. 16; NJW 2009, 1078 Rn. 29).

fabrikadaki makineler ve otel eşyasına rastlanılmaktadır. Yargıtay fabrikadaki makine ve oteldeki eşyaların bütünleyici parça mı yoksa eklenti mi olduğuna karar verilmeden önce bu hususta mutlaka bir bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğine hükmetmektedir¹¹³. Yargıtay, fabrikadaki makinelere ilişkin fabrika ile makineler arasında sıkı bir bağlantı bulunması durumunda bilirkişilerce yapılacak inceleme neticesinde bunun bütünleyici parça olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁴. Fabrikadaki makine fabrika binasına monte edilmiş ve onun çalıştırılması ve imalatına tahsis edilmiş olabilir. Ancak aralarındaki bu özgüleme yani eklentinin, asıl eşyanın ekonomik amacına tabi kılınma ve iki eşya arasında birleştirme, takma veya başka bir şekilde gerçekleşen maddi bağlantı bu eşyaların eklenti niteliğini koruyacağını göstermektedir. Kaldı ki, eklentide maddi bağlantı (fabrikadaki makede olduğu gibi), bütünleyici parçaya göre daha gevşektir¹¹⁵ ve eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez (TMK m. 686, 3; ZGB Art. 644, N. 3). Sonuç olarak TMK m. 686'daki şartları taşıyan bir eklentinin asıl eşya ile arasında sıkı bir maddi bağlantı olmadığı gerçeği ve İİK m. 83/c ile de pekiştirilmek istenilen ekonomik amacı gerçekleştirme isteği, fabrikadaki makine ve oteldeki eşyanın ekonomik bütünlük içinde eklenti vasıflarını korumasını sağlar.

b. Haczin Kapsamı

¹¹³ "...Mahkemece yukarıda açıklanan yasa maddeleri ve ilkeler ışığında keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle ihalesi yapılan taşınmazda bulunan makinelerin teferruat niteliğinde olup olmadığının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu yönde bir araştırma yapılmaksızın eksik inceleme ile hüküm tesisi isabetsizdir." Yrg., 12. HD., 28.09.2015 T., E. 2015/19065, K. 2015/22139 (e-uyar.com). Yrg. 8. HD., 17.10.2014 T., E. 2013/22390, K. 2014/18577 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 14.05.2015 T., E. 2015/2232, K. 2015/13575 (e-uyar.com).

¹¹⁴ "Makine ve teçhizatlar arasında üretime hazır olmayan ve kullanılmayan makine ve parçaların da bulunduğu, incelenen makine ve ekipmanların tek başına bir anlam taşımadığı, bölümdeki diğer parçalarla kullanılabileceği, herhangi bir bölümün fiziki olarak sökülüp bir başka yere taşınmasında sakınca olmamasına rağmen, sökülmesi ve başka yere taşınmasının mali kıymetini düşüreceği, ticari işletme rehni sözleşmesindeki menkullerle aynı özelliklere sahip oldukları ve bu makine ve parçaların işletmeye ve gayrimenkule ait bir bütün olduğu, hacze konu *makine ve teçhizatın gayrimenkulün mütemmim bir parçası* olup, tek başına bir anlam taşımadığı, diğer makine ve ekipmanlarla birlikte aynı amaca hizmet edebileceği..." Yrg., 12. HD., 14.05.2015 T., E. 2015/2232, K. 2015/13575 (e-uyar.com).

¹¹⁵ GÜNEL, s. 7; AYAN, Mülkiyet, s. 22; NAMLI, s. 212; SEROZAN, s. 239.

Bir taşınmazın haczi, onun bütünleyici parçaları ve eklentilerini de kapsar (TMK m. 684, 1; m. 686, 1, m. 862; VZG Art. 11, Abs. 1). İsviçre hukukunda yerel teamüllere göre bütünleyici parça veya eklenti, haciz tutanağında belirtilmeden, taşınmaz ile haczedilmiş sayılır (VZG Art. 11, Abs. 1). Taşınmaza bağlı eklentiler, kural olarak taşınmazdan ayrı olarak da haczedilebilir. Çünkü eklentinin, taşınmaz yok edilmeden, zarara uğratılmadan veya yapısı değiştirilmeden ondan ayrılması mümkündür. Ancak eklentinin bu bağımsız eşya niteliğine, İİK m. 83/c hükmü istisna teşkil eder. Bu kapsamda ipotek akit borç tablosunda yer alan eklenti, taşınmazdan ayrı olarak haczedilemez. Eklentinin ipotek akit borç tablosunda yer alması yetmez, aynı zamanda TMK m. 686'daki şartlar kapsamında eklenti niteliğini taşıması zorunludur.

Taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabulü için tapu siciline bildirim zorunlu olmayıp icra müdürünce haciz kararının verilmesi yeterlidir (İİK m. 91; VZG Art. 8)¹¹⁶, ayrıca fiili bir haciz aranmaz. Bu nedenle taşınmaz hacizlerinde tapu siciline bildirim zorunlu olmayıp, bildirici niteliktedir¹¹⁷. Fakat uygulamada, taşınmazların haczi için mahalline gidilmeyip, doğrudan tapu sicil müdürlüğüne haciz yazısı gönderilmek suretiyle kaydına işletilmek suretiyle doğrudan yapılan haciz uygulaması, 4949 sayılı Kanunla; "Resmî sicile kayıtlı malların haczinin, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir." şeklinde kanun hükmü haline gelmesini sağlamıştır¹¹⁸. Eklentinin haczinin ise, eklentinin tapu kütüğüne yazılı olup olmamasına göre belirlenmesi gerekir. Tapu kütüğünün beyanlar sütununa kayıt, malikin anlaşılabilir arzusunu gösterdiği için eklenti sayılmaya karine teşkil eder (TMK m. 862, 2; TST¹¹⁹ m. 53). Yoksa tapu kütüğüne kayıt, bir taşınmazın eklenti niteliği taşıması için zorunlu bir şart değildir. Taşınmazın eklentisinin tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılması halinde taşınmaz ile birlikte haczedildiğinin haciz tutanağına yazılması uygun olur. Bununla birlikte, tapu kütüğünün beyanlar

¹¹⁶ İsviçre hukukunda da icra dairesi, borçlunun da katılımıyla tapu sicilindeki bilgilere dayanarak, alacağa ek olarak faiz ve masrafları karşılamak için gereken sayıda mülkü belirleyip haciz tutanağına işleyerek haczi gerçekleştirir (VZG Art. 8).

¹¹⁷ KURU, El Kitabı, s. 438; GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 169.

¹¹⁸ 30.7.2003 tarihli ve 25184 S. R.G.

¹¹⁹ Tapu Sicil Tüzüğü, 17.08.2013, S. 28738 R.G.

hanesinde eklenti olarak yazılı olmayan taşınır eşyanın, bu vasfını tapu kütüğüne kayıtla kazanmamış olmasından ötürü, taşınmaz ile haczedildiğinin haciz tutanağına yazılması haczin geçerliliği ve tekâmül anı için yeterlidir¹²⁰. Uygulamada da olması gerektiği gibi, taşınmazların haczi için mahalline gidilmeyip, taşınmazın haczedildiğinin tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesi ve haczin tapu kütüğüne şerh verilmesiyle yetinildiği için, bütünleyici parça ve eklenti açısından ayrıca taşınır eşyaların fiilen haczine gerek kalmaksızın tapu kütüğüne haciz şerhi verilmekle haczedilmiş sayılacağı kabul edilmektedir. Oysa doktrinde özellikle bu uygulamanın tapuya kayıtlı olmayan eklentiler açısından sakıncalı olduğu ve taşınmazın eklentisi niteliğinde olan tüm taşınırların fiilen diğer bir deyişle yerinde haczedilmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir¹²¹. Kanaatimizce eklentinin ayrı bir taşınır eşya gibi haczinin söz konusu olmadığı ve taşınmazın eklentisi olarak onun haczine dahil olduğu hallerde ister tapu kütüğüne kayıtlı olsun ister olmasın eklentinin haczi, haciz tutanağının yazıldığı anda gerçekleşmiş sayılır.

Eklenti niteliği taşıyıp taşımadığından tereddüt edilen taşınır eşyaların da ne şekilde haczedileceği değerlendirmeye muhtaçtır. Doktrinde taşınmazın eklentisi olup olmadığından tereddüt edilen bütün taşınır eşyaların, yerinde fiili olarak haczedilmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir¹²². Ancak kanaatimizce icra müdürü eklenti olup olmadığından şüphe duyduğu eşyanın, haczedilebilirliğine ve hangi usulle haczedileceğine karar verdikten sonra; taşınır niteliğindeki eşyanın, kural olarak haciz tutanağına yazılması sonucu haczini gerçekleştirir (Karş. İİK m. 88, 1). Zira haczi yapan memur, haczedilecek her malı kendisi görüp inceler ve o malın haczi kabil olup olmadığını kendisi takdir eder (İİK m. 82, son). Haczi yapan memur, haczinin kabil olduğuna ve böylece haczine karar verdiği malların kıymetini takdir eder veya bilirkişiye takdir ettirerek bunu haciz tutanağına kaydeder¹²³ (İİK m.

¹²⁰ Benzer yönde bkz. **KURU**, El Kitabı, s. 439.

¹²¹ **KURU**, El Kitabı, s. 440.

¹²² **KURU**, El Kitabı, s. 440.

¹²³ Üzerinde eklentisi bulunan taşınmazın satışa çıkarılması halinde icra müdürü bu malların kıymetini ayrıca takdir ettirir (**AKİL**, Cenk: "İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi", Prof. Dr. Ramazan Arslan"a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (s. 123-174), s. 148). Kanun koyucu satış isteyen alacaklıya bir seçim

87, m. 102; VZG Art. 9). İsviçre hukukunda ise tapu sicilinde eklenti olarak kaydedilen veya eklenti olması durumundan şüphe duyulabilecek taşınır eşyalar, ayrı ayrı listelenir ve onlara değer biçilir. Tapu sicilinde eklentilerin kesin bir listesi varsa ve bu mevcut eşyalara karşılık geliyorsa, bunlar listeye atıfta bulunularak özetlenebilir ve kendilerine değer biçilebilir (VZG Art. 11, Abs. 2). Taraflardan birinin haciz tutanağına eklenti olarak başka eşyaların da eklenmesini talep etmesi halinde talep çok uzatılmadan kabul edilmelidir (VZG Art. 11, Abs. 3).

Eklenti niteliğinin tespiti ve haczin kapsamı açısından bilirkişiye başvurulması önemi haiz bir konudur. Zira eklenti açısından ikili aşamada bir bilirkişi incelemesi yapılması muhtemeldir. İlki haciz aşamasında, haciz talebi üzerine icra müdürünün eşyanın eklenti niteliğine ilişkin yaptırdığı incelemeyken; diğeri özellikle hacze karşı yapılacak şikâyet başvurusu üzerine icra mahkemesince gerçekleştirilecek olan bilirkişi incelemesidir. Haciz talebini reddetme imkânı olmayan icra müdürünün haczi gerçekleştirirken gerçeğin ortaya çıkması için eşyanın eklenti niteliği taşıyıp taşımadığını bilirkişiye tespit ettirmesi, kıymet takdirinin tam olarak yapılarak sürecin daha sağlıklı işlenmesi ve satışın kanuna uygun bir şekilde gerçekleşmesini sağlar.

Yargıtay bu hususta mutlaka bilirkişilerden görüş alınmasından yanadır. Bu kapsamda eklenti niteliğinin tespiti ile eşyanın eklenti veya bütünleyici parça olup olmadığının belirlenmesi için bilirkişiye başvurulup bu hususta bir rapor alınması gerekir. Bu konuda bilirkişi incelemesinin ne şekilde yapılacağı yargı kararları da göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Yargıtay genellikle eşyanın niteliğine göre tek bir bilirkişi incelemesinden ziyade; farklı alanlardan oluşan bir bilirkişi heyetinden rapor alınması ve raporda mutlaka eşyanın bütünleyici parça mı yoksa eklenti mi olduğuna ilişkin bir değerlendirmenin yapılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir¹²⁴.

hakkı tanımıştır. İsterse alacaklı eklentiyi, satış dışında tutabileceği gibi, üzerinde bulunan kamu alacaklarıyla birlikte satılmasını da isteyebilir (İİK m. 128, 3).

¹²⁴ "...hacizli menkuller (Targaz marka doğalgaz istasyon sistemi) ipotek akit tablosunda yazılı olmasa bile eklenti veya bütünleyici parça olup olmadıkları bilirkişi aracılığı ile tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle karar bozulmuştur. Mahkemece, bozma ilamına uyularak, makine ve inşaat mühendisi ile elektrik mühendisi bilirkişilerden oluşan heyetten rapor alınmıştır... menkullerin eklenti niteliğinde olup olmadıkları yönünde bir değerlendirme içermediği gibi..." Yrg., 12. HD., 27.09.2011 T., E. 2011/ 1633, K. 2011/

Yargıtay bilirkişi heyetindeki uzmanların eşyanın niteliğine göre makine mühendisi, gayrimenkul danışma uzmanı, inşaat mühendisi gibi alanlar ile bir de hukukçu bilirkişiden oluşması gerektiğine hükmetmektedir¹²⁵. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında mutfak gereçleri üretimi ile ilgili bir fabrikada sadece makine yüksek mühendisi, gayrimenkul danışma uzmanı ve inşaat mühendisi bilirkişilerin oluşan kurulun verdiği raporun mahcuzun bütünleyici parça veya eklenti niteliğini değerlendirmede yetersiz olması hasebiyle yeniden rapor alınması gerektiği yönünde karar vermiştir¹²⁶. Zira bir eşyanın eklenti veyahut bütünleyici parça olup olmadığı bu eşyalara o niteliği veren ilgili kanun hükümleri değerlendirilmek suretiyle belirlenmelidir. Ancak HMK m. 266'a göre, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması mümkün olmadığı için süreci yürüten icra müdürü tarafından hukukçu bilirkişiye başvurulmadan eşyaya ilişkin gerekli inceleme yapılmalı,

16905 (e-uyar.com); "...Mahkemece, haciz mahallinde keşif yapıldığı, bilirkişi raporunun *yalnızca makine mühendisi bilirkişisince* düzenlendiği, ancak bilirkişi raporunun, mahcuzların Medeni Kanun'un 686. maddesinde öngörülen nitelikte ve taşınmaz telef, tahrif veya taşıyıcı olunmadan ondan ayrılıp ayrılamayacağı ve bu makinelerin bulunmaması halinde fabrikanın amacına uygun şekilde çalışıp çalışmayacağını açıklayacak ayrıntıyı içermediği görülmektedir. O halde, mahkemece, borçlu vekilinin iddiaları doğrultusunda, ilgili tapu kaydı ve varsa ipotek akit tablosu da celbedilerek, *hukukçu bir bilirkişinin de katılımı ile oluşturulacak üç kişilik yeni bir bilirkişiler kurulundan* yukarıda açıklanan ilkelere uygun biçimde rapor alındıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi..." Yrg., 12. HD., 25.05.2010 T., E. 2010/ 736, K. 2010/ 12866 (e-uyar.com). Aynı yönde bkz. Yrg., 12. HD., 04.12.2018 T., E. 2018/ 1536, K. 2018/ 12807 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 4.4.2008 T., E. 2008/ 3790, K. 2008/ 6896 (e-uyar.com). Raporlar arasında malın bütünleyici parça veyahut eklenti olmasında çelişki bulunması durumunda bu çelişkinin mahkemece giderilerek çıkan sonuca göre karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yrg., 12. HD., 12.11.2007 T., E. 2007/ 18483, K. 2007/ 20962 (e-uyar.com).

¹²⁵ Yrg., 12. HD., 14.05.2013 T., E. 2013/ 9365, K. 2013/ 18481 (e-uyar.com). Diğer yandan bkz. "Hâkim tarafından buna göre eklenti mi, yoksa tamamlayıcı parça mı olduğuna karar verilmelidir. İpotek bulunmaması halinde de İİK'nin 83/c maddesinin de uygulanamayacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira anılan *hususun hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi ile çözümünü mümkündür*. Bu nedenlerle mahkemece hukukçu bilirkişinin raporu doğrultusunda hüküm tesisi isabetsizdir." Yrg., 12. HD., 25.06.2013 T., E. 2013/ 14978, K. 2013/ 23863 (e-uyar.com).

¹²⁶ Yrg., 12. HD., 06.03.2023 T., E. 2023/ 2022/8459, K. 2023/ 1405 (e-uyar.com).

eşyanın eklenti veya bütünleyici parça olup olmadığı bilirkişilerden gelen rapor ve keşif incelemesi neticesinde karara bağlanmalıdır.

İcra dairesi, her hâlükârda, haczettiği taşınmazın idare ve işletmesi ile eklentinin korunması için gerekli tedbirleri alır. Böylece özellikle taşınmazların paraya çevrilmesinin zaman alması ve takip sürecinde kıymetli eklentilerin taşınmazdan çıkarılarak, yok edilerek ya da bozularak alacaklılardan kaçırılması ihtimali düşünülerek, icra dairesine, taşınmazın idaresi ve işletilmesi yanında, eklentinin korunması için gerekli muhafaza tedbirlerini alma zorunluluğu getirilmiş ve böylece işletmenin ekonomik bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır¹²⁷. Bu tedbirler kapsamında icra dairesi, eğer taşınmazda kiracı varsa bu kiracıya, işleyecek kiralari icra dairesine ödemesini emreder. İcra dairesi ayrıca, taşınmaz kendilerine rehnedilmiş alacaklıları da hacizden haberdar eder (İİK m. 92, 2). Zarar görme ihtimali bulunan eklenti, rehin alacaklısının talebi üzerine, işletmenin faaliyetine engel olmayacak şekilde muhafaza altına alınır. İdare ve muhafaza masrafları satış bedelinden öncelikle ödenir. (İİK m. 92).

c. Hacze Aykırılık ve Şikâyet

aa. Kapsamı

İİK m. 83/c hükmüne göre, ipotek akit borç tablosunda sayılı taşınır eşyaların eklenti niteliğinde olmadığı gerekçesiyle taşınmazdan ayrı olarak haczedilebileceği veya eklenti olduğu iddia edilen taşınır eşyaların ipotekli taşınmazdan ayrı olarak haczedilmesinin hukuka aykırı olduğu yönündeki iddialar şikâyet yoluyla ileri sürülebilir (İİK m. 16 vd.). Yukarıda belirtildiği üzere İsviçre hukukunda ise eklentilerin listesinin hazırlanması, bir eşyanın bütünleyici parça mı yoksa eklenti mi olduğu yönündeki tartışmalar, mükellefiyetler listesine karşı yapılacak itiraz ve bu yargılama prosedürüne göre çözümlenir (VZG Art. 4, Abs. 4; ZGB Art. 38, Abs. 2)¹²⁸.

¹²⁷ İİK m. 83/c gerekçesinden.

¹²⁸ Mükellefiyetler listesine itiraz etme süresi içinde, haciz alacaklıları icra dairesinden listeye taşınmaza ait başka kalemlerin de eklenmesini talep edebilirler (VZG Art. 38, Abs. 1). İcra dairesi yapılacak bildirimle (Art. 37) haciz alacaklıları, borçlu veya eşyanın üçüncü kişinin hak iddiası varsa borçluya bildirimle, bu eşyaların eklenti niteliğine veya eşyaların mülkiyetine süresinde icra dairesinde itiraz edebilecekleri konusunda uyarır (VZG Art. 38, Abs. 2). **Basler Komm., HONSELL/ VOGT**, Art. 645, N. 33-34.

Eklentinin, ipotek kapsamında olması ve bu nedenle taşınmazdan ayrı haczedilememesi, kamu düzenine aykırılığa dayalı bir şikâyet sebebi olarak değerlendirilmektedir¹²⁹. Bu durumun kamu düzenine ilişkin bir şikâyet sebebi olmasının sebebi ipotegün, mülkiyet hakkı kapsamında bir aynı hak olmasından kaynaklanmaktadır (AY m. 35). Şikâyetin süresiyle ilgili de doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İİK m. 83/ c kapsamında eklentiye ilişkin süresiz şikâyet hakkının, en geç satış tarihine kadar kullanılması gerektiğine ilişkin bir görüşün yanında¹³⁰, eklentinin tek başına haczi yasağı bakımından süreli şikâyetin kabulünün daha uygun olduğu yönünde başka bir görüş¹³¹ bulunmaktadır. Kanaatimizce kamu düzenine aykırılık sebebine dayalı süresiz şikâyetin icra takibi bitinceye kadar yapılabilmesi mümkündür.

Rehin alacaklısı, ipotek akit borç tablosunda bulunan taşınır eşyaların eklenti niteliği taşımadığını ve bu nedenle taşınmazdan ayrı haczedilebileceğini şikâyet yoluyla ileri sürebilir. Diğer yandan borçlu da haczedilen taşınır eşyaların ipotek senedinde sayıldığını ve taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceğini ileri sürebilir. Alacaklının veya borçlunun ipotek akit borç tablosuyla ilgili şikâyetleri, kamu düzenine dayalı süresiz şikâyet sebebidir¹³². Üçüncü kişiye ait eklentiler üzerinde rehinli alacaklının hakkı bulunmamaktadır (TMK m. 862,3)¹³³. Üçüncü kişiye ait

¹²⁹ Eklenti olduğu iddia edilen taşınır malların, taşınmazdan ayrı haczedilmesinde şikâyet sebebi kanuna aykırılıktır (İİK m. 83/c) (MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 270; PEKCANITEZ, Hakan/ SİMİL, Cemil: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 178, Kn. 344). Alman hukukunda eklentinin haczine karşı başvuru ve haczin etkisi açısından bkz. GRUBER, Urs: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 6. Auflage, C.H. Beck's Verlag, München 2020, § 803 Rn. 36.

¹³⁰ GÖRGÜN/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 170.

¹³¹ ÇELİKOĞLU, s. 567; MUŞUL, İcra, s. 230.

¹³² "...İİK'nun 83/c maddesinde düzenlenen haczedilmezlik şikâyeti, takip borçlusuna ve ipotek alacaklısına tanınmış bir haktr. Ayrıca, İİK'nun 83/c maddesinin son fıkrasında Türk Medeni Kanunu'nun 862. maddesi hükmünün saklı olduğu düzenlenmiş olup; buna göre, taşınmaz rehlinin kapsamı içinde teferruat (eklenti) üzerinde hak sahibi olan 3. kişilerin bu hakları korunacaktır." Yrg., 12. HD., 23.10.2014 T., E. 2014/ 19642, K. 2014/24849 (lexpera.com); Yrg., 12. HD., 06.02.2017 T., E. 2016/ 9844, K. 2017/ 1244 (e-uyar.com).

¹³³ Üçüncü kişilere ait mallar eklenti olabilirken, asıl eşya sahibinin mülkü haline gelmemiş eklentiler, ipotegün kapsamına dahil olmadığından taşınmazın icrasına da tabi değildir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 4, 5).

eklentinin taşınmaz rehninin kapsamına girmesi, mülkiyet hakkı sahibinin bu yöndeki açık iradesi ile mümkündür. Bu kapsamda taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulunca sözleşmeye ayrıca dahil edilmeyeceği kararlaştırılmamış eklentiler, taşınmaz rehninin sağladığı teminattan yararlanır ve onun tasarrufuna tabi olurlar. Böyle bir durumda açıkça rehin sözleşmesine dahil olmayacağı kararlaştırıldığı halde rehin konusu eşya ile haczedilen eklenti malikinin (üçüncü kişinin), bu hukuka aykırılığa karşı istihkak iddiasında (İİK m. 96 veya İİK m. 99) bulunma imkânı vardır¹³⁴. Üçüncü kişi, asıl eşyanın eklentisi olarak borçlunun veya üçüncü kişinin elinde haczedilen taşınır eşya üzerinde istihkak iddiasında bulunarak sürecin istihkak prosedürü içinde çözülmesini sağlar. Üçüncü kişinin istihkak iddiasında haklı olduğu ortaya çıkarsa taşınır eşya, üçüncü kişinin iddia ettiği hak ile işlem görür. Bu kapsamda mülkiyet ise, eşya üzerinde haciz kalkarak, eşya üçüncü kişiye teslim edilir; üçüncü kişinin iddiası rehin gibi sınırlı bir aynı hakka ilişkinse eşya rehin hakkı ile yükümlü olarak haczedilmiş sayılır. Üçüncü kişinin istihkak prosedürü sonunda haksız olması halinde haciz kesinleşir ve alacaklı taşınır eşyanın satışını isteyebilir¹³⁵.

¹³⁴ **ERTAŞ**, s. 229. Bu yönde bkz. Yrg. 12. HD., 25.04.1985 T., E. 1985/ 14230; K. 1985/ 3090 (**ERTAŞ**, s. 229, dn. 24). Diğer yandan bkz. "...taşınmaz üzerindeki otelde yapılan ve yapılacak hacizler esnasında işletmede bulunan demirbaş, teferruat ve mütemmim cüz ile ilgili iddiaların yani mülkiyete dayalı iddiaların istihkak davasının konusunu teşkil ettiğini, takip dosyasında taraf olmayan üçüncü kişinin takip dosyasında yapılan haczin kaldırılması, hacizli menkullerin iadesi ve haczedilmezlik şikâyeti gibi taleplerle şikâyette bulunamayacağı... alacağın teminatı olması amacıyla üzerinde ipotek hakkı tesis edilen taşınmaz, daha sonra ipotek hakkı sahibine yani alacaklıya devredilebilir. Alacaklı asıl borçtan bağımsız, borca teminat olan taşınmazın maliki haline gelir. Ne zaman ki ipotekle yüklü taşınmaz maliki ve ipotek alacaklısı sıfatları birbirinden ayrılır, o andan itibaren ipotek hakkı hüküm ve sonuçlarını doğurur. Takip dosyasında taraf olmayan üçüncü kişi taşınır haczinin kaldırılmasını *şikâyet yoluyla isteyemez*. Üçüncü kişi ancak *istihkak iddiası* ve prosedürüne göre haczin kaldırılmasını isteyebilir." HGK., 14.06.2023 T., E. 2023/ 12-439, K. 2023/ 627 (e-uyar.com). **KURU**, El Kitabı, s. 544. Kanuna uygun olarak tesis edilmeyen bir eklenti haczine karşı rehin hakkı nedeniyle istihkak davası açılması halinde İİK m. 83/c nisbi emredici norm olmakla birlikte şikâyet yoluna gidilmediğinde, haczin geçerliliğinin tespiti bakımından şikâyet yoluna başvurulmak üzere bekletici mesele kararı verilebilir (**ÇELİKOĞLU**, s. 565).

¹³⁵ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 559; **Berner Komm., MEIER-HAYOZ**, Art. 644-645, N. 70; **ASLAN**, Kudret: Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 153-154.

Diğer yandan ipotek akit borç tablosunda yazılı bir eklentinin hem bu nitelikte olmadığı hem de haczinin caiz olmadığı (İİK m. 82) gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurulmuşsa üçüncü kişinin istihkak iddiasının incelenemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Zira bu duruma, haczinin caiz olmadığına karar verilen eşya hakkında istihkak davasının incelenmesine lüzum olmayacağı gerekçe gösterilmektedir. Diğer bir deyişle, haczi caiz olmayan mallar hakkında istihkak davası açılmaz¹³⁶. Kanaatimizce burada terditli bir taleple duruma çözüm bulunması daha amaca uygundur. Öncelikle haczedilmezlik sebebiyle şikâyet; talep kabul edilmediğinde istihkak iddiası hakkında karar verilmesi terditli olarak talep edilebilir. İlk talebin kabul edilmesi halinde zaten ikinci talep olan istihkakın incelenmesine gerek kalmaz. O nedenle öncelikle ipotek akit borç tablosundaki bir eklentiye ilişkin yarışan taleplerin varlığı halinde, ancak ilk talebin reddi diğer talebin incelenmesini sağlar.

bb. İncelemeye Yetkili Makam ve İncelemenin Kapsamı

Haczedilen taşınır eşyanın ipotek kapsamında kaldığı ve bu nedenle taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceği yönündeki şikayetleri inceleme görevi icra mahkemesine aittir (İİK m. 16, 1). Yetkili icra mahkemesi ise, işlemi yapan icra dairesinin bağlı bulunduğu yer icra mahkemesidir ve bu bir kesin yetki halidir. Bununla birlikte yetkili icra mahkemesine gönderilmek suretiyle başka bir yer icra mahkemesi aracılığıyla da şikâyetin yapılabilmesi mümkündür. Bu durumda şikâyet tarihi, kendisine yetkili icra mahkemesine gönderilmek üzere başvuru icra mahkemesine başvuru tarihidir¹³⁷. İcra dairesi, yetki çevresi dışında haciz veya satış için eşyanın bulunduğu yerden hukuki yardım (istinabe) talebinde bulunabilir. Taşınmaz rehni ipotek akit borç tablosunda sayılı bulunan eklentinin haczi, taşınmazın bulunduğu yerdeki icra dairesinden istinabe suretiyle de istenebilir. İstinabe talep eden icra dairesi, takdir yetkisini kullanarak bağımsız bir işlem yaparsa, bu yetkinin hukuka aykırılığı istinabe talep edilen yerdeki icra mahkemesinden istenir¹³⁸ (İİK m. 79; 360). Bu aşamada Yargıtay özellikle hacze konu eşyanın, borçluya

¹³⁶ KURU, Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFD 1965/1-4, (s. 277-326), s. 326; ÜSTÜNDAĞ, s. 231.

¹³⁷ PEKCANITEZ/ SİMİL, s. 288, Kn. 466; KURU, El Kitabı, s. 111.

¹³⁸ PEKCANITEZ/ SİMİL, s. 285, Kn. 470.

ait taşınır ve taşınmaz eşya, üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklar ve genel nitelikli olmayıp da belli bir eşyanın haczine ilişkin (nokta haczi) olması halinde, bu hususta çıkacak hukuka aykırılıkların istinabe eden icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesinde şikâyete konu edilmesine karar vermektedir¹³⁹. Kanaatimizce bu durumda da şikâyet, haczi gerçekleştiren istinabe talep edilen yerdeki icra mahkemesinden istenmelidir.

Şikâyet, yetkili icra mahkemesine bir dilekçe veya sözlü olarak ya da UYAP sistemi üzerinden yapılabilir (İİK m. 18, 2; Yön. m. 16). İcra mahkemesine arz edilen hususlar ivedi işlerden sayılır ve basit yargılama usulü uygulanır (İİK m. 18; HMK m. 316). İcra mahkemesi, ipotek akit borç tablosundaki eklentiye ilişkin hukuka aykırılıkları, kamu düzenine aykırılık şikâyet sebebine dayanarak inceler. Bu şikâyet sebebi, herhangi bir değiştirme veya genişletme yasağına tabi olmadan değiştirilip genişletilebilir¹⁴⁰. İcra mahkemesi kendiliğinden bir inceleme yaptığı için şikâyet talebinden vazgeçilmesi mümkün olmaz. Şikâyet eden, talebinden vazgeçse bile icra mahkemesi taleple bağlı olmaksızın sürece devam edip şikâyet hakkında karar vermelidir¹⁴¹.

¹³⁹ "...İİK'nın 79. ve 360. maddelerinde yetki ile ilgili istisnaların düzenlendiği, İİK'nın 79. maddesi gereğince haczolunacak malların başka bir yerde bulunması halinde icra dairesinin, malların bulunduğu yer icra dairesine talimat yazarak haczin yapılmasını istediği hallerde hacizle ilgili şikâyetlerin kendisine talimat yazılan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesince çözümleneceği, ancak talimat yazısı, borçluya ait *menkul ve gayrimenkul malları ile 3. kişilerdeki hak ve alacakların haczi yönünde ve genel nitelikli olmayıp da belli bir malın haczini isteyen (nokta haczi)* biçiminde yazılmış ise, bu halde anılan hacizle ilgili şikâyetin talimatı yazan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesince inceleneceği..." Yrg., 12. HD., 28.03.2023 T., E. 2023/ 2022/9154, K. 2023/ 2126 (e-uyar.com).

¹⁴⁰ **PEKCANITEZ/ SİMİL**, s. 318, Kn. 515. "Kamu düzenine aykırı olarak yapılan bir işleme karşı şikâyette iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı söz konusu değildir..." Yrg., 12. HD., 29.5.2018 T., E. 2018/ 1859, K. 2018/ 5456 (lexpera.com). İsviçre hukukunda tetkik mercii kamu düzenine aykırı işlemleri kendiliğinden gözetip iptal edebilir (**MAIER**, Philips/ **VAGNATO**, Ivan: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SK- Schulthess Kommentar (4th edn, basierend auf der 1911 erschienenen 3rd edn von Carl Jaeger, Schulthess) Bern und Zürich 2017, Art. 19, Rn. 5).

¹⁴¹ **AKYOL ASLAN**, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 313-314; **PEKCANITEZ/ SİMİL**, s. 320, Kn. 517.

Yapılan şikâyet üzerine icra mahkemesi, şikâyet incelemesine başlar. İcra mahkemesince takibin durmasına karar verilmedikçe takip devam eder. İcra mahkemesine duruşma yapılması konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır (İİK m. 18, 3). İcra mahkemesi şikâyet konusu işlemi ve şikâyet sebeplerini göz önünde bulundurarak duruşma yapılmasına karar verebilir. İİK m. 83/c ile ilgili incelemeyi icra mahkemesi duruşmalı yapmalıdır (İİK m. 18, 3). Zira Yargıtay İİK m. 83/c kapsamında ipotek akit borç tablosunda kayıtlı eşyanın eklenti veyahut bütünleyici parça olup olmadığı hususunda mutlaka bir bilirkişi heyetine başvurulması ve gerektiğinde bu hususta bir keşif incelemesi yapılması gerektiğine karar vermektedir¹⁴². Hal böyle olunca icra mahkemesince keşif veya bilirkişi raporuna gerek duyulan haczin hukuka aykırılığına ilişkin şikâyetlerin rehin hakkı sahiplerinin de ilgili sıfatıyla dinlenebilmesi ihtiyacı nedeniyle duruşmalı incelenmesi gerekir.

İcra mahkemesince tapu kayıtları, keşif tutanağı ve bilirkişi raporları göz önünde bulundurulurken haczedilen taşınmazların ipotek kapsamında bulunup bulunmadığı ve eklenti niteliği taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Ancak İİK m. 83/c hükmü ile ilgili şikâyet, kamu düzenine ilişkin olduğu için mahkeme tarafların ileri sürdükleri vakıalar ve deliller ile bağlı olmaksızın şikâyeti inceler¹⁴³. Şikâyet ile ilgili icra mahkemesi, ilgililerin dinlenilmesi ve delillerin incelenmesinden sonra şikâyetin reddi veya kabulü yönünde karar verir.

B. TAŞINMAZ REHNİ KAPSAMINDA OLMAYAN EKLENTİNİN HACZİ

Bir şeye ilişkin tasarruflar aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar (TMK m. 686, 1; BGB § 311c; BGB § 1096). Bu çerçevede asıl eşyaya ilişkin tasarruflar, eklentiyi kapsayabileceği gibi; eklentinin ayrı bir işleme konu edilebilmesi de mümkündür. Eklenti üzerinde ayrı bir tasarrufun yapılmasıyla, eklenti bu niteliğini kaybeder ve bağımsız,

¹⁴² "...mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, İİK'nun 83/c maddesi kapsamında, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." Yrg., 12. HD., 4.3.2019 T., E. 2018/ 7201, K. 2019/ 3451 (lexpera.com); Yrg., 12. HD., 13.1.2021, E. 2020/ 3078 K. 2021/ 245 (lexpera.com); Yrg., 12. HD., 16.05.2019 E. 2019/ 4963, K. 2019/ 8432 (e-uyar.com); Yrg., 12. HD., 4.4.2005 T., E. 2005/ 4292, K. 2005/ 7160 (e-uyar.com).

¹⁴³ PEKCANİTEZ/ SİMİL, s. 372, Kn. 584.

müstakil bir eşya haline dönüşür¹⁴⁴. Mesela, işletme sahibi eskiyen otel mobilyalarını değiştirip, fabrikadaki makineleri teknolojik gelişmelere uygun olarak yenileyebilir veyahut fabrikayı makinelerden ayrı olarak satabilir. Bu işlemlerin yapılması durumunda bu eşyaların, eklenti niteliği ortadan kalkar. Ancak malik eklenti niteliğindeki mallara ilişkin tasarrufları gerçekleştirirken, ipotekli alacaklıların haklarını göz önünde bulundurarak onların haklarını zedelememeli ve düzenli bir işletmenin gereklerini yerine getirmelidir¹⁴⁵. Böylece eklentinin bir satım sözleşmesi uyarınca taşınmazdan ayrılarak eklenti niteliğine son verilmesi halinde düzenli bir işletmenin gereklerine uygun davranılır¹⁴⁶.

Taşınmaza sonradan özgülünen eklentiler de yukarıda ifade edildiği üzere taşınmaz rehninin kapsamına dahil olur. Taşınmaz malikinin bu eklentiler üzerinde yapacağı tasarrufların taşınmazın değerinde bir azalmaya sebep olmaması gerekir¹⁴⁷.

Bir eşyaya ilişkin tasarrufların, aksi belirtilmedikçe eklentiyi de kapsayacağı yönündeki kural, aynı şekilde taşınmazın rehinle yükümlü kılınması halinde de uygulanır (TMK m. 862, 1). Ancak taraflar anlaşarak eklentinin tamamı veya bir kısmının rehnin kapsamı dışında kalmasını kararlaştırabilirler¹⁴⁸. Bu anlaşmanın resmi şekilde olması şart değildir; ancak bu sözleşmenin aynı etki sağlayabilmesi için tapu kütüğüne kaydedilmesi gerekir¹⁴⁹. Eklentinin, sadece belirli derecelerdeki ipoteğin kapsamına gireceği veya daha sonra kurulacak ipotek haklarının eklentiyeye uzamayacağı yönündeki anlaşmalar, sözleşme serbestisini de

¹⁴⁴ GÜNEL, s. 59-60.

¹⁴⁵ GÜNEL, s. 59-60; GÜLEKLİ, s. 24; GÜLSEVEN, s. 73-74; DAVRAN, Teferruat, s. 570; HELVACI, s. 185; HAAB/ SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, Art.644-645, N. 19; Berner Komm., MEIER-HAYOZ, Art. 644-645, N. 65.

¹⁴⁶ GÜLEKLİ, s. 24; GÜNEL, s. 61. Taşınmaz açısından vazgeçilmez derecede önem taşıyan zaruri eklentilerin taşınmazdan ayrılarak taşınmaz rehninin kapsamından çıkartılması durumunda düzenli bir işletmenin gerekleri yerine getirilmemiş olur (GÜLEKLİ, s. 24).

¹⁴⁷ GÜLEKLİ, s. 26; GÜNEL, s. 63.

¹⁴⁸ GÜLEKLİ, s. 26; GÜNEL, s. 63; GÜLSEVEN, s. 51. Eklentiyi, rehin sözleşmesinden hariç tutmak için rehin alanın bu yönde açık ve olumlu iradesi olmalıdır (ACAR, Rehin, s. 136).

¹⁴⁹ GÜLEKLİ, s. 14; GÜNEL, s. 64; DAVRAN, Teferruat, s. 568.

ihlal ettiği için hükümsüzdür. Zira taşınmaz üzerindeki rehin hakkında herkes yararlanabilir (TMK m. 862, 1)¹⁵⁰.

Eklentinin, taşınmaz rehninin kapsamından çıkarılması gerek borçlu gerek taşınmaz maliki ve gerekse ipotekli alacaklılar açısından pratik ekonomik sonuçlar sağlayan ve malikin kredi bulma imkanını artıran bir hükümdür¹⁵¹. Borçlu, taşınmaz maliki üzerine birinci derecede ipotek hakkı tesis ederken, sadece taşınmazın yükümlü olması yeterli teminatı sağlıyorsa, yapılacak anlaşma ile eklentinin rehnin kapsamı dışında bırakılabilmesi mümkündür. Böylece taşınmaz maliki rehinli taşınmazın değeri yeterli ise, birinci derecedeki ipotek alacaklısı ile anlaşıp eklentinin rehnin kapsamı dışında bırakarak, eklentileri daha sonraki derecelerde taşınmaz rehninin kapsamına dahil eder ve daha fazla kredi sağlama imkanına kavuşur.

Eklentinin, rehnin kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin sözleşmenin sona ermesi, ancak tüm eklenti üzerinde hak sahibi olan sonraki ipotekli alacaklıların onayı ile mümkündür¹⁵².

İİK m. 83/c kapsamında ipotek akit borç tablosundan çıkarılan ve rehnin kapsamı dışında bırakılan eklentinin şimdilik ayrı bir tasarrufa konu edilebilmesi mümkündür¹⁵³ ama ne zaman ki taşınmaz maliki taşınmazın değeri yeterli olduğu için birinci derecede ipotek alacaklısı ile yaptığı anlaşma sonucu eklentiyi rehnin kapsamı dışında bırakır ve sonraki derecelerde eklenti, taşınmaz rehninin kapsamına dahil olur, işte o zaman eklentinin taşınmazdan ayrıca bir tasarrufa, hacze konu edilebilmesi mümkün olmaz.

SONUÇ

İİK m. 83/c, taşınmaz rehni ipotek akit borç tablosundaki eklentinin taşınmazdan ayrı haczedilemeyeceği yönünde haczin uygulama şekline ilişkin özel bir düzenlemedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk şart eklentinin ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olması, diğer şart ise TMK m. 686 kapsamında eklenti niteliği taşımasıdır. İpotek akit borç tablosu,

¹⁵⁰ GÜLEKLİ, s. 15; GÜNEL, s. 64; DAVRAN, Teferruat, s. 569.

¹⁵¹ GÜNEL, s. 64.

¹⁵² GÜLEKLİ, s. 15; GÜLSEVEN, s. 52.

¹⁵³ Eklenti vasfının iptali (BGB § 1122, 2) nedeniyle ipotek kapsamından çıkan mal, taşınır mal olarak hacze konu edilir (MUSIELAK/ VOIT, § 865, Rn. 13; EICKMANN, s. 92).

rehin kurulurken hazırlanan hem ipoteğin hem de eklentilerinin kaydının tutulduğu resmi bir senettir. Senede kaydedilen eklentinin, başka bir alacaklı tarafından haczi mümkün olmaz. İpotek akit borç tablosunda kayıtlı olmakla birlikte eklenti niteliği taşımayan eşyanın sırf tabloda kayıtlı olması gerekçeyle İİK m. 83/c kapsamında haczedilebilmesi de mümkün değildir. Diğer yandan tapu kütüğüne kayıt, malikin anlaşılabilir arzusunu gösterdiği için eklenti sayılmaya karine teşkil eder ve taşınır eşyanın eklenti niteliği taşıması için zorunlu bir unsur değildir.

Taşınır eşyanın eklenti niteliği, bir eşyanın diğerine özgülenmesi ve iki eşya arasında maddi bir bağlantının bulunması şartıyla tespit edilebilir. Buna göre, asıl eşyanın özgülediği ekonomik amaç bakımından asıl eşya ile eklenti arasında asıl eşyanın işletilmesi, korunması ve kullanılması için eklentinin varlığının zorunlu olduğu sıkı bir ilişki olmalıdır. Asıl eşyaya özgülenen taşınırın kullanılması için birleştirme, takma veya başka bir şekilde bu eşyaya bağlı kılınması yönünde maddi bağlantı şartının varlığı da zorunludur.

Asıl eşyaya ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. Ancak eklenti ile asıl eşyanın aynı kişinin mülkiyetinde olması şart değildir. Böyle bir durumda asıl eşya malikinin yaptığı tasarrufların, eklentiyi kapsamaması, asıl eşya malikinin, eklentinin de emin sıfatıyla zilyedi olmasına bağlıdır. Eğer asıl eşyanın maliki, eklentinin de emin sıfatıyla zilyedi ise iyiniyetli üçüncü kişiler eklenti üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynı hak kazanabilir (TMK m. 988).

Asıl eşyanın haczi ile eklenti de haczedilmiş sayılır. İcra müdürü, eklentinin taşınmazdan ayrı veya taşınmazla birlikte haczedilip haczedilmeyeceğine borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu ölçüde gerçekleştirebilecek şekilde karar verir. TMK m. 686, 1'deki şartlar mucibinde yerel adetler veyahut borçlu malikin iradesiyle bir eşyaya eklenti vasfı verilebilir ve haczedilemez bir mal, haczedilebilir hale gelebilir.

Üçüncü kişiye ait eklentinin, taşınmaz rehninin kapsamına girmesi, ancak mülkiyet hakkı sahibinin bu yöndeki açık iradesi ile mümkündür. Rehinle yükümlü taşınmaza bağlı eklentinin mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması durumunda rehin alacaklısının sırf iyiniyetli olması gerekçesiyle üçüncü kişiye ait eklenti üzerinde mülkiyet hakkı kazanması kabul edilebilir nitelikte değildir.

İİK m. 83/c, özellikle rehinli alacaklıyı bunun yanında rehin borçlusunu ve işletmenin ekonomik bütünlüğünü korumak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Eklenti niteliğinde olmayan eşyaların, kötü niyetli olarak daha fazla kredi temini amacıyla ipotek akit borç tablosuna kaydedilmesi mümkündür. Bunun önüne geçebilmek için mutlaka usulüne uygun bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekir.

TMK m. 862, 1'de rehlin taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileriyle yükümlü kılacağı düzenlemesi ile ipotek akit borç tablosunda yer almayan eklentinin ayrıca haczedilemeyeceği anlaşılmamalıdır. Rehlinli alacaklıyı korumak ve rehin tesis edilen taşınmaza bağlı eklentilerin ayrı olarak haczinin ve satışının sebep olacağı rehlin kıymetinin azalmasını ve alacaklıların zarar görmesini engellemek üzere kabul edilen İİK m. 83/c hükmü, TMK m. 862 karşısında daha özel nitelikte bir düzenlemedir. Bu nedenle ipotek akit borç tablosunda kayıtlı olma ve eklenti niteliği taşıma unsurlarını içermeyen eklentinin bağımsız bir taşınır eşya olarak haczine engel olacak bir durum söz konusu olmamalıdır.

Eklentinin haczi, haciz tutanağının yazıldığı anda gerçekleşir. İcra müdürü haczi gerçekleştirirken hacze konu eklentinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır. Gerçeğe ulaşılması, kıymet takdirinin tam olarak yapılabilmesi, yarar hasar dengesinin tespiti ve özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmesi açısından bilirkişi incelemesi yapılması önemi haizdir. Bu konuda bir bilirkişi heyetinden rapor alınması ve raporda mutlaka eklenti niteliğinin tespitinin değerlendirilmiş olması önerilir.

Haciz talebi üzerine haczi gerçekleştiren icra müdürü, İİK m. 83/c'yi re'sen dikkate alır. Bu aşamada icra müdürünün bu talebi, İİK m. 82 kapsamında haczedilmezlikten reddetme imkânı yoktur. İcra müdürü, haczin uygulanma şekline ilişkin bu özel hükmü (İİK m. 83/c) icra etmelidir.

İcra dairesi, taşınmazın idare ve işletmesi ile eklentinin korunması için mümkün olduğu ölçüde gerekli tedbirleri almalıdır. Eklentinin zarar görme ihtimali bulunması halinde rehin alacaklısının talebi üzerine eklenti, işletmenin faaliyetine engel olmayacak şekilde muhafaza altına alınır.

İİK m. 83/c'ye aykırılık, kamu düzeni sebebine dayalı bir şikâyet olarak icra mahkemesinde ileri sürülebilir. İpotek, mülkiyet hakkı

kapsamında bir aynı hak olduğu için şikâyet sebebi kamu düzenine ilişkindir. Şikâyetin, icra takibi bitinceye kadar yapılabilmesi mümkündür. İcra mahkemesi de burada bir bilirkişi incelemesine başvurmalıdır.

İpotek akit borç tablosundaki eklentinin üçüncü kişi tarafından istihkaka konu edilebilmesi için haczinin caiz olması gerektiği ileri sürülmüş olmakla birlikte; burada terditli bir talepte bulunulması daha yerindedir. Bu kapsamda önce haczedilmezlik nedeniyle şikâyet, bu talebin reddedilmesi halinde istihkak iddiası hakkında karar verilmesi talep edilmelidir.

Taraflar eklentinin rehnin kapsamı dışında kalması konusunda anlaşabilirler. Buradaki temel amaç, malikin ekonomik açıdan kredi imkanını artırmaktır. Rehnin kapsamı dışında bırakılan eklentinin, ayrı bir tasarrufa konu edilebilmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017 (**ACAR**, Rehin).
- ACAR**, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008 (**ACAR**, Taşınmaz Kavramı).
- AKÇAAL**, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- AKINTÜRK**, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009.
- AKİL**, Cenk: İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (s. 123-174).
- AKİPEK**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/ **Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- AKSOY DURSUN**, Sanem: Eşya Kavramı, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- AKYOL ASLAN**, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 313-314.
- ALTAY**, Sümer/ **ESKİOCAK**, Ali: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- ANTALYA**, Gökhan/ **TOPUZ**, Murat: Eşya Hukuku C. IV/1, Genişletilmiş 3. B., Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ARSLAN**, Ramazan: “İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler”, ABD 1989, S. 1, (s. 136-157).
- ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/ **HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 6. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ASLAN**, Kudret: Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- ATALI**, Murat/ **ERMENEK**, İbrahim/ **ERDOĞAN**, Ersin: İcra İflas Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 5. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2013 (**AYAN**, Mülkiyet).

- AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar, Gözden Geçirilmiş 9. B., Mimoza Yayınları, Ankara 2020 (**AYAN**, Sınırlı).
- AYBAY**, Aydın/ **HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Basler Kommentar**, **HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim Peter: Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Helbing-Lichtenhahn, Zürich und Bern 2003.
- BAUMANN**, Jürgen/ **BREHM**, Wolfgang: Zwangsvollstreckung, 2. Neubearbeitete Auflage, Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, Tübingen 1982.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. B., Sıralar Matbaası, İstanbul 1954.
- Berner Kommentar**, **MEIER-HAYOZ**, Arthur: Das Sachenrecht, Verlag Stämpfli, Cie AG, Bern 1974.
- BUDAK**, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2008.
- CANSEL**, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku C.I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967.
- ÇETİNER**, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- ÇELİKOĞLU**, Cengiz Topel: “Rehinli Gayrimenkul Eklentisinin Münferiden Haczi Yasağı (İİK m. 83-c), Prof. Dr. Ramazan Arslan”a Armağan, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (s. 539-576).
- DAVRAN**, Bülent: “Gayrimenkul Rehninin Teferruata Şümülü”, Muammer Raşit Seviğ’e Armağan, (s. 563-579), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1956 (**DAVRAN**, Teferruat).
- DAVRAN**, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972 (**DAVRAN**, Rehin).
- DEMİR**, Mehmet: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Taşınır Mülkiyeti (TMK m. 762-778 Şerhi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- EICKMANN**, Dieter: Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, C.H. Beck’s Verlag, München 1991.

- EREN**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020 (**ERGÜNE**, Taşınır Rehni).
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Taşınır Mülkiyeti, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (**ERGÜNE**, Taşınır).
- ERMAN**, Eyüp Sabri: “Bir Gayrimenkulün Mütemmim Cüzleri ve Bu Meyanda Tabii ve Medeni Semereleri Müstakilen Hacze ve İstihkak Davasına Konu Olabilir mi?” AD, 1965/10, (s. 1159-1162).
- ESENER**, Turhan/ **GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ERTAŞ**, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2011.
- GAUCH**, Peter/ **SCHMID**, Jörg: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.
- GRUBER**, Urs: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 6. Auflage, C.H. Beck’s Verlag, München 2020 (**MUKOZPO/GRUBER**).
- GOTTWALD**, Peter: Insolvenzrechts-Handbuch, C.H. Beck’s Verlag, München 1990.
- GÖRGÜN**, Şanal/ **BÖRÜ**, Levent/ **KODAKOĞLU**, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- GÜLEKLİ**, Yeşim: İpotegın Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.
- GÜLSEVEN**, Çağrı Hüseyin: Taşınmaz Rehni Kapsamında Eşyanın Eklenti Olarak Nitelendirilmesi ve Buna Bağlı Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- GÜNEL**, M. Cahit: Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

- GÜRSOY**, Kemal T./ **EREN**, Fikret/ **CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978.
- HAAB**, Robert/ **SİMONIUS**, August/ **SCHERRER**, Werner/ **ZOBL**, Dieter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1.Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1977.
- HELVACI**, İlhan: Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- JAEGER**, C.: Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, 3. Band, Orell Füssli Verlag, Zürich 1912,
- KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982-1983.
- KARABULUT**, Ayşe Kübra: Yargı Kararları Işığında "Ticari ve Ekonomik Bütünlük Arz Eden ya da Bir Bütün Halinde Satıldığı Takdirde Daha Yüksek Gelir Elde Edileceği Anlaşılan Mal ve Haklar" Kavramı, TBBD, 2021 (152), (s. 187-218).
- KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (**KURU**, El Kitabı).
- KURU**, Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFHD 1965/1-4, (s. 277-326).
- MAIER**, Philips/ **VAGNATO**, Ivan: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SK- Schulthess Kommentar (4th edn, basierend auf der 1911 erschienenen 3rd edn von Carl Jaeger, Schulthess) Bern und Zürich 2017.
- MUSIELAK**, Hans-Joachim/ **VOIT**, Wolfgang: Zivilprozessordnung, 20. neuerearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2023.
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, 3. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2008 (**MUŞUL**, İcra).
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Adalet Yayınevi, Ankara 2014 (**MUŞUL**, Şikâyet).
- NAMLI**, Mert: İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

- NOMER**, Halûk Nami/ **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- OĞUZMAN M. Kemal**: Eşyaya Bağlı Haklara Hâkim Olan Esaslar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 107 vd.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- ONUŞ**, Abdulhamid: Eklenti Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan/ SİMİL, Cemil**: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet**: İcra İflas Hukuku, 10. B., İstanbul 2023.
- POSTACIOĞLU, İlhan/ ALTAY, E. Sümer**: İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- REİSOĞLU, Seza**: Menkul İpoteği, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara 1965 (**REİSOĞLU**, Menkul İpoteği).
- REY, Heinz**: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1991.
- SCHLEGEL, Roger/ ZOPFI, Markus**: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SK- Schulthess Kommentar (4th edn, basierend auf der 1911 erschienenen 3rd edn von Carl Jaeger, Schulthess) Bern und Zürich 2017.
- SEÇER, Öz**: İpoteğin Taşınmaz Bakımından Kapsamı, İBD, C. 82, S. 4, Y. 2008, (s. 1901-1932).
- SEROZAN, Rona**: "Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi", İÜHFİM, 2011/1-2, (s. 235-253).

- SİRMEN**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 3. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- STRESEMANN**, Christina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz Buch, BGB, 9. Auflage, C.H. Beck's Verlag, München 2021 (**MUKOBGB/ STRESEMANN**).
- ŞENER**, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Kazancı Yayınları, Ankara 2010.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla: Eşya Hukuku, Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- TOPUZ**, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- TOPUZ**, Gökçen: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- UYAR**, Talih: "Taşınmaz Rehni Kapsamındaki Teferruatın Haczi", (<https://app.e-uyar.com/makale/index/9bdf3a96-c6a1-4526-bd99-32612499b6a6?q=teferruat>), Y. 2014, (s. 1-32).
- UYUMAZ**, Alper: Motorlu Taşıt Rehni, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- ÜNAL**, Mehmet/ **BAŞPINAR**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. B., Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995.
- YILDIRIM**, Kâmil/ **DEREN-YILDIRIM**, Nevhis: İcra Hukuku, 4. B., Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- WIELING**, Hans Josef: Sachenrecht, 2. Auflage, Springer VerlagTrier 1994.
- ZELLER**, Friedrich/ **STOBER**, Kurt: Zwnagsversteigerungs-gesetz, C.H. Beck's Verlag, München 1996.

THE NATURE AND PROBLEMS OF THE ROYAL PREROGATIVE IN THE ENGLISH LEGAL SYSTEM

Dr. Nurullah GÖRGEN*

Abstract

The concept and role of the Royal prerogative in the United Kingdom remain unclear and controversial. Particularly, prerogatives of Charles III, who was newly ascended to the throne, and notable cases such as R (Miller) v The Prime Minister have reignited discussions on the position of prerogatives.

This article explains the concept, position, and functions of prerogatives to underscore their importance in the English legal system, contrary to claims that they are anachronistic and dysfunctional. To achieve this, the article explores traditional and contemporary definitions to comprehend the concept and then address the origin and evolution of prerogatives throughout history, examining the features they possess today because of these changes. This helps classifying them and addressing the limiting factors. Finally, the article demonstrates how ministers, and the monarch are prevented from violating the law when exercising prerogatives. Thus, it asserts the existence of prerogatives will endure within the UK constitution.

* Lecturer, Istanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Istanbul, Turkey | Öğr. Gör. Dr. İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

✉ nurullah.gorgen@medeniyet.edu.tr • ORCID _0000-0002-7713-8273

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: GÖRGEN, Nurullah: "The Nature and Problems of The Royal Prerogative In The English Legal System", SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 1061-1095.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Keywords

- The Royal prerogative • The personal prerogatives • The political prerogatives
- The British Monarchy • The United Kingdom

İNGİLİZ HUKUK SİSTEMİNDE KRALİYET İMTİYAZININ MAHİYETİ VE PROBLEMLERİ

Öz

Birleşik Krallık'ta Kraliyet imtiyazı kavramı ve rolü hala belirsiz ve tartışmalı olmaya devam eder. Özellikle tahta yeni çıkan III. Charles'ın imtiyazlı yetkileri ve R (Miller) v The Prime Minister gibi önemli davalar, kraliyet imtiyazlarının konumuyla ilgili ilişkin tartışmaları artırdı.

Bu makale, çağdışı ve işlevsiz oldukları yönündeki iddiaların aksine, imtiyazlar kavramını, konumunu ve işlevlerini açıklamayı ve bunların İngiliz hukuk sistemindeki önemini vurgulamayı amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşmak için makale, Kraliyet imtiyazı kavramını anlamak için geleneksel ve çağdaş tanımları ele alır. Daha sonra imtiyazların kökeni ve tarihsel süreç içindeki değişimi ele alınacak ve bu değişikliklerin sonucunda bugün sahip oldukları özellikler incelenecektir. Bu analiz, onların sınıflandırılmasına ve onları sınırlandıran faktörlerin ele alınmasına yardımcı olacaktır. Son olarak makale bakanlar ve hükümdarın imtiyazları kullanırken yasayı ihlal etmesinin nasıl önlendiğini gösterecek. Böylece makale Kraliyet imtiyazlarının varlığının Birleşik Krallık anayasası içerisinde devam edeceğini ileri sürmektedir.

Anahtar Kelimeler

- Kraliyet imtiyazı • Kişisel imtiyazlar • Politik imtiyazlar • Britanya Monarşisi
- Birleşik Krallık

INTRODUCTION

With the accession of Charles III to the throne, the position and powers of the British monarch, which are crucial factors influencing their role, have once again become a topic of debate. This article aims to elucidate the historical development of the monarch's powers and their exercise within the framework of modern British democracy. As discussed below, these powers are commonly referred to as Royal prerogatives. Interestingly, while prerogatives originated as the king's powers in medieval times, they are also recognized as significant sources of English law. In fact, their presence is considered necessary for the effective functioning of the government. This unique power is, on one hand, defined as an anachronistic remnant of monarchical institutions, yet on the other hand, it

serves as a resource employed in the state administration within a democratic structure.

To comprehend the prerogative, this article will first address the concept by attempting to define it in historical and present-day terms. The aim is to demonstrate that the concept is not fixed; rather, it takes on different meanings and features throughout its historical development.

Secondly, the article will delve into the origin of the prerogative and its historical process during the transition from the absolute position of the monarch to the constitutional monarchy. This exploration aims to understand its current function and position, asserting that the prerogative powers of the constitutional monarchy in the democratic system must evolve within the legal system.

Subsequently, the features of prerogatives will be addressed to understand their current characteristics and the areas where they are employed by the government today. The article will attempt to classify prerogatives, facilitating a better analysis. This will also help in analysing the limitations of prerogatives, a significant issue in the British Constitution. Since most prerogatives are utilized by ministers, their use is highly questionable in terms of the rule of law and democracy. In particular, these limitations will be discussed concerning statutes, judicial review, and constitutional conventions.

Finally, the position of the monarch will be explored to analyse the differences between political and personal prerogatives. The article aims to prove that while the monarch had no say in the use of political prerogatives, the use of personal prerogatives was controversial for a long time. However, the article demonstrates that the personal prerogatives used by the monarch are now subject to the rules within the democratic legal system, addressing the most significant personal prerogatives: Royal Assent, The Dissolution of Parliament, and the Appointment of a Prime Minister.

In conclusion, prerogatives are an effective and useful resource that continues to exist within the British legal system and is used by the government to fulfil its functions.

I. THE CONCEPT OF PREROGATIVE

One of the sources of authority in the UK constitution that empowers the British government is the Royal prerogative.¹ Although the concept of the royal prerogative can be simply explained as the powers of the monarch that originated from medieval times, its nature and scope are quite problematic today. This article will attempt to describe a concept that is difficult to express plainly. There are two reasons for this difficulty: firstly, there is no certain definition of the royal prerogative accepted by all. Secondly, the definition of the royal prerogative may have changed in the historical process.² To overcome this, we will initially provide prominent scholars' definitions to understand the concept in the traditional sense. Then, we will address current definitions to see how the concept has developed and is comprehended today. This process is particularly relevant to the British Constitution, which is unwritten and uncodified, as the concept of royal prerogative is based on a historical process that continues to develop under UK Common Law.

One of the most well-known definitions of prerogative belongs to Dicey: "the remaining portion of the Crown's original authority, and it is therefore ... the name for the residue of discretionary power left at any moment in the hands of the Crown, whether such power be in fact exercised by the King himself or by his Ministers.' He also defined the prerogative as 'the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown.'³ Another well-known definition is by Blackstone: 'in its nature singular and eccentric; that it can only be applied to those rights and capacities which the king enjoys alone, in contradistinction to others, and not to those which he enjoys in common with any of his subjects.'⁴

¹ TOMKINS, Adam. *Public Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, USA, 2003, p. 81.

² SUNKIN, Maurice – PAYNE, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown - A Legal and Political Analysis*. Oxford; New York: OUP Oxford, 1999, p. 78.

³ DICEY, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 1982, p. 282.

⁴ BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. London, 1765, p. 232.

Dicey's definition is broader and vaguer compared to Blackstone's. Blackstone asserted that the royal prerogative encompasses actions only the monarch can undertake. In other words, activities that ordinary citizens can do, such as lending money or employing individuals, are not considered prerogative. On the other hand, actions like declaring war or creating new peerages were exclusively within the monarch's purview and were thus deemed prerogative.⁵

Furthermore, Blackstone emphasized that the prerogative is not unlimited; rather, it constitutes a closed and identifiable list specific to governmental issues.⁶ In contrast, Dicey's definition, which holds that everything the government can do in accordance with the law and enforceable by the courts is prerogative if its source is not statutory, is generally accepted.⁷

The Government possesses certain administrative powers that may be classified as prerogative according to Dicey's definition but not according to Blackstone's. According to Dicey, powers of the Crown not explicitly granted by statute are considered prerogative. In contrast, Blackstone's definition confines the prerogative to the unique superiority possessed by the king, surpassing all other individuals.⁸

Dicey's perspective includes administrative actions shared by the Crown and private individuals (or another corporate entity), such as engaging in contractual agreements and hiring personnel, which would not fall under Blackstone's definition.⁹ Although Dicey's definition is somewhat vague due to the explanation of 'the residue of discretionary or arbitrary authority left in the hands of the Crown,' it can be understood

⁵ **LOVELAND**, Ian. *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*. Oxford University Press, 2018, p. 83.

⁶ **TOMKINS**, Adam. *Public Law*, p. 81.

⁷ **LOVELAND**, Ian. *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*, p. 83.

⁸ **BLACKSTONE**, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, p. 239.

⁹ **BARTLETT**, Gail – **EVERETT**, Michael. The Royal Prerogative. [online]. 2017, p. 11 [accessed 2019-04-23]. Available at: <<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN03861>>

as comprising three key concepts: the residual, discretionary or arbitrary authority, and the Crown.¹⁰

As a result of the nature of residue, it is challenging to provide precise information about when these prerogatives were granted. However, it is evident that in the past, there were prerogatives demonstrating the authority of the King. Although the power of the King has diminished over time, these prerogatives have endured as a residue. Historically, prerogative powers exclusively belonged to the Crown, hence the term 'Royal prerogative.' Through a lengthy process, many prerogatives transitioned from the King to the prime minister and ministers. Nonetheless, some prerogatives remain within the exclusive purview of the monarch.

Originally, the source of prerogative was the arbitrary authority of the king, unbound by statutes, courts, or other means. Over time, limitations were imposed to control the arbitrary powers of the king.¹¹ In essence, the concept of the royal prerogative has evolved as a result of the historical process.

In the case of *R (Miller) v Secretary of State* in 2017, the judges of the Supreme Court described the prerogative as encompassing the 'residue of powers which remain vested in the Crown, and they are exercisable by ministers, provided that the exercise is consistent with Parliamentary legislation.'¹² The concept of the royal prerogative denotes the allocation of certain powers, rights, privileges, and immunities to the Crown. However, in contemporary practice, these prerogatives are predominantly exercised by government ministers.¹³

Today, the government employs prerogatives when exercising its executive power to govern the state. As a source of legal power for the government, prerogatives hold significant importance since they do not

¹⁰ **MARKESINIS**, B. S. The Royal Prerogative Re-Visited. *The Cambridge Law Journal*. 1973, vol. 32, no. 2, p. 287.

¹¹ **MARKESINIS**, B. S. *The Royal Prerogative Re-Visited*.

¹² *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [online]. 2019 [accessed 2023-11-06]. Available at: <www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>

¹³ **BEINLICH**, Leander. Royal Prerogative. In: *Oxford Constitutions*. DOI: 10.1093/law-peccol/e773.013.773

originate from statutes.¹⁴ They are grounded in common law, enabling their implementation without the need for approval from Parliament.¹⁵ Additionally, the existence and scope of power are evidently governed by common law.¹⁶

The reason for the existence of prerogative in the UK lies in the absence of a written constitution. In countries with a written and codified constitution, the constitution serves as the primary source of the state's legitimacy, outlining the basic functions and powers of the government. However, as the United Kingdom lacks a written constitution, the prerogative of the monarch is used as a source of legitimacy.

II. ORIGIN AND HISTORICAL DEVELOPMENT

To comprehend the scope and nature of the royal prerogative authority, it is imperative to examine the historical transition from an absolute monarchy to the contemporary constitutional monarchy in the United Kingdom.

During the historical eras of Anglo-Saxon and Norman rule, the English King wielded significant power, exercising control over the legislative, executive, and judicial domains. These powers were justified by the necessity to safeguard the kingdom from external threats and promote the public good.¹⁷ Through a protracted historical process, the absolute monarch gradually transferred many powers to various institutions and actors, including parliament and ministers, resulting in today's constitutional monarchy structure. This structure features a limited monarch who governs in conformity with the constitution.¹⁸

¹⁴ **MASTERMAN**, Roger – **MURRAY**, Colin. *Constitutional and administrative law*. Cambridge, United Kingdom ; New York, NY: Cambridge University Press, 2022, pp. 37–38.

¹⁵ **BLACKBURN**, Robert. *King and Country: Monarchy and the Future King Charles III*. London: Politico's Publishing Ltd, 2006, p. 80.

¹⁶ *The governance of Britain : review of the executive royal prerogative powers : final report* [online]. Great Britain Ministry of Justice, 2009, p. 7. Available at: <<https://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2009-2493/DEP2009-2493.pdf>>

¹⁷ **KEIR**, D.L. – **LAWSON**, F.H. *Cases in Constitutional Law*. Oxford University Press, 1979, p. 70.; **BARTLETT**, Gail – **EVERETT**, Michael. *The Royal Prerogative*, p. 21.

¹⁸ **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 1.

Three significant constitutional events – the Magna Carta (1215), the Civil War (1642-1649), and the Glorious Revolution (1688-1689) – played significant roles in curtailing the powers of the monarch.¹⁹ These events aimed to limit the misuse or abuse of certain prerogatives by the monarch. In the 17th and 18th centuries, the relationship between the monarch and parliament was defined by the monarch's prerogatives.²⁰ In essence, parliament sought to prevent the monarch from acting arbitrarily by constraining their prerogative powers.

The issue of prerogative underwent two distinct phases. The first phase unfolded during the 17th-century conflict, culminating in the enactment of the Bill of Rights in 1689. This legislation deemed certain specific applications and misuses of prerogative as unlawful. The subsequent phase involved the evolution of accountable governance and the establishment of a constitutional monarchy.²¹ Scholars argue that a 'preservation revolution' in the seventeenth century prevented a destructive revolution experience in the nineteenth century.²² Consequently, monarch's prerogatives were not abolished but gradually transferred to ministers over time.

Furthermore, in the 19th and 20th centuries, the principle emerged that most prerogatives should be exercised only on the advice of ministers. Unlike the monarch, these ministers, being accountable to parliament, align with democratic principles in terms of accountability and legality. Notably, the monarch has retained certain prerogative powers, such as the Royal Assent and the appointment and dismissal of ministers, as discussed below.

¹⁹ NORTON, Philip. THE GLORIOUS REVOLUTION OF 1688 ITS CONTINUING RELEVANCE. *Parliamentary Affairs*. 1989, vol. 42, no. 2, p. 135.

²⁰ CRAIG, Paul. Prerogative, Precedent and Power. In: FORSYTH, Christopher – HARE, Ivan (eds.). *The Golden Metwand and the Crooked Cord Essays in Honour of Sir William Wade QC*. Oxford University Press, 1998, p. 66. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198264699.001.0001

²¹ BRADLEY, A. W. – EWING, K. D. – KNIGHT, Christopher. *Constitutional and administrative law*. Harlow, England; New York: Pearson Education Limited, 2022, p. 288.

²² BOGDANOR, Vernon. The Monarchy and the Constitution. *Parliamentary Affairs*. 1996, vol. 49, no. 3, p. 409.

In essence, while the monarchy hasn't been abolished in England, it has transformed into a democratic and modern institution by delegating the majority of the monarch's prerogatives to ministers or having ministers exercise them directly. Today, over 95 percent of these prerogatives are used by ministers.²³ Although termed as 'advice of ministers,' in practice, the monarch is obliged to adhere to them. Failure to do so may lead to constitutional and political crises, potentially making the monarchy's existence controversial among the public and political actors.

Historically, the principle that the monarch acts upon the advice of their ministers was established with the intention of safeguarding the interests of parliament and the public against the monarch's discretionary prerogative powers. In contemporary times, the role of the sovereign has undergone a significant transformation, primarily aimed at preventing the monarch from becoming involved in political activities.²⁴ Instead, the use of prerogative power by ministers, who are accountable to parliament and the public, serves to make the monarch neutral and apolitical, ensuring accountability.

III. THE FEATURES OF PREROGATIVES

The concept of prerogative powers traces its roots back to the medieval era, where the monarch assumed a leadership role in the kingdom. However, it is crucial to emphasize that prerogative powers are not confined to the medieval period. Despite Lord Reid's characterization of the prerogative in 1965 as 'a relic of a past age,' a substantial portion of governmental operations continues to be carried out through the exercise of prerogative power. In contemporary times, the predominant utilization of prerogative powers occurs through Ministers, either autonomously or through the advice they provide to the Sovereign, who is constitutionally

²³ Ibid., p. 414.

²⁴ **BOGDANOR**, Vernon. The Basic Constitutional Rules: Influence and the Prerogative. In: **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. Oxford University PressOxford, 1997, p. 66. DOI: 10.1093/0198293348.003.0003

obligated to adhere to such advice.²⁵ This underscores the evolution of the features of prerogatives over time.

Rodney Braizer summarizes the features of legal prerogatives as follows: Firstly, prerogatives are based on law, with most originating from common law, while some are influenced by acts of parliament. Some prerogatives may be anachronistic, lacking a modern function, such as rights over whales. The non-use of certain prerogatives for an extended period does not negate their existence; they may be invoked in emergencies. Courts or parliament can restrict or abolish prerogatives if deemed necessary. Some prerogatives are indispensable for the government to function, with a reciprocal influence between public interest and prerogatives.²⁶

Crucially, certain realms of governmental engagement remain essential for the efficient functioning of the state, historically and presently, and are either unaddressed or only partially addressed by legislation. Activities such as the management of diplomatic affairs and engagement in warfare are inherently more suitable for ministers, reflecting the ongoing relevance of prerogative powers in contemporary governance.²⁷

Furthermore, in times of emergency, such as war or terrorist attacks, ministers can wield prerogative powers more broadly.²⁸ As Lord Reid stated, 'the prerogative certainly covers doing all those things in an emergency which are necessary for the conduct of war.'²⁹ Additionally, the Civil Contingencies Act 2004 has granted extensive emergency powers, including the ability to seize property.³⁰ Moreover, the Review of the

²⁵ *The Cabinet Manual A guide to laws, conventions and rules on the operation of government* [online]. 2011 [accessed 2022-12-22]. Available at: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a79d5d7e5274a18ba50f2b6/cabinet-manual.pdf>> Para 1-5.

²⁶ **BRAZIER**, Rodney. Constitutional Reform and the Crown. In: **SUNKIN**, Maurice – **PAYNE**, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown*. Oxford University Press, 1999, p. 347. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198262732.003.0013

²⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*.

²⁸ **BARTLETT**, Gail – **EVERETT**, Michael. *The Royal Prerogative*, pp. 10–11.

²⁹ *Burmah Oil Company (Burma Trading) Ltd. v Lord Advocate*, 1964.

³⁰ **PARTICIPATION**, Expert. *Civil Contingencies Act 2004* [online]. Statute Law Database, [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/36/contents>>

Executive Royal Prerogative in 2009 emphasized that 'Prerogative powers can provide flexibility in dealing with specific or exceptional circumstances that are not covered by statutory provisions.'

Compiling a comprehensive inventory of prerogative powers poses a significant challenge. This is due to the broad spectrum of topics encompassed by prerogative, and the lack of legal clarity concerning situations where archaic authorities have not been exercised in today's context. According to constitutional scholars Bradley, Ewing, and Knight, the contemporary utilization of prerogative powers can be succinctly outlined in key domains:³¹

1. Powers relating to the legislature

- The monarch possesses certain legislative prerogative rights, including the summoning and proroguing of Parliament.

2. Powers relating to the judicial system:

- This includes the act of granting pardons to those convicted of crimes and remitting or decreasing their sentences.

3. Powers relating to foreign affairs:

- The government manages international relations through prerogative powers, including the acquisition of additional territory and issuing passports.

4. Powers relating to treaties:

- Despite arguments for parliamentary involvement,³² the executive currently exercises the right to make international agreements through prerogative power.

³¹ **BRADLEY, A. W. – EWING, K. D. – KNIGHT, Christopher.** *Constitutional and administrative law*, pp. 289–298.

³² *R (on the application of SC, CB and 8 children) (Appellants) v Secretary of State for Work and Pensions and others (Respondents)* [online]. 2020 [accessed 2022-12-12]. Available at: <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0135.html>>; *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*.

5. Powers relating to war and the armed forces:

- The declaration of war is a significant prerogative power, and the monarch holds the position of commander-in-chief of the armed forces through both prerogative and statutory authority.

6. Patronage, Appointments, and Honors:

- The King, on ministerial advice, appoints judges, ministers, and public officeholders, as well as creates peers and confers honors and decorations.

7. Immunities and Privileges:

- Statutes generally do not impose obligations on the Crown unless explicitly stated or clearly implied.

8. The prerogative in times of emergency:

- During emergencies, the executive utilizes prerogative powers with exceptional authority, including actions such as the confiscation or occupation of private property in times of war or major terrorist actions.

9. Miscellaneous Prerogatives:

- Historical prerogative rights, now predominantly governed by statute, include aspects such as mining precious metals, granting franchises, and the right to treasure trove.

IV. THE CLASSIFICATION OF PREROGATIVES

Classifying prerogatives is a challenging task, and various attempts have been made to categorize them. In 2004, the Public Administration Select Committee identified three categories of prerogatives:³³

a) The Sovereign's constitutional prerogatives:

- These are the discretionary powers of the Sovereign that have endured from the past to the present. They include the right to advise, encourage, and warn Ministers; appoint the Prime Minister and other Ministers; and assent to legislation.

³³ *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament Fourth Report of Session 2003–04* [online]. House of Commons Public Administration Select Committee, 2004 [accessed 2022-12-24]. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm/200304/cmselect/cmpubadm/422/422.pdf>> Para 5-8

b) The legal prerogatives of the Crown:

- Resulting from the principle that 'the Crown can do no wrong,' these prerogatives are not bound by statute except where express words or necessary implication dictate. Examples include the right to whales and swans and the right to impress men into the Royal Navy.

c) Prerogative executive powers:

- Originally belonging to the monarch, these powers are now exercised by government ministers on behalf of the Sovereign due to constitutional conventions. Examples include making and ratifying international treaties, conducting diplomacy, governing overseas territories, and deploying the armed forces.

Additionally, the Ministry of Justice expanded the classification to include archaic prerogative powers in its Governance of Britain Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report. These archaic powers are either marginal or no longer relevant today.³⁴ Recognizing the complexity introduced by multiple categories, there is a growing consensus to simplify the classification. Presently, prerogatives are commonly accepted to fall into two groups: political (general prerogative) and personal prerogatives.³⁵ This simplified approach aids in better understanding and clarity.

A distinct division exists between political (general prerogative) and personal prerogatives. The former encompasses prerogatives utilized by the prime minister, ministers, and other officials on behalf of the monarch, constituting the majority of prerogatives. These are primarily related to the governance of the state, covering various essential domains: government and the civil service (Involving power over the civil service, including the appointment and regulation of most civil servants.), justice system and law and order (Encompassing prerogatives such as the prerogative of Mercy and the Power to keep the peace.), powers relating to foreign affairs (Including governance of Overseas Territories and making

³⁴ *The governance of Britain : review of the executive royal prerogative powers : final report*, p. 6.

³⁵ **LEYLAND**, Peter. *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*. Gordonsville: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021, p. 84.

and ratifying international treaties.), powers relating to armed forces, war, and times of emergency (Involving the right to make war or peace, deployment and use of armed forces overseas, and requisitioning of ships or seizure of neutral property in times of war.) and miscellaneous prerogatives (Covering diverse areas such as mining precious metals, establishing corporations by Royal Charter, amending existing Charters, and powers concerning the visitorial function of the Crown.)³⁶

On the flip side, personal prerogatives refer to those prerogatives exclusively exercisable by the monarch.³⁷ According to Jennings, there are certain prerogative powers that the monarch exercises independently and can aptly be termed personal prerogatives.³⁸ While the specific prerogatives falling into this category may not be entirely clear, what is certain is that the monarch doesn't require the approval of ministers to exercise these personal prerogatives, such as the appointment of a prime minister.³⁹ Bogdanor further emphasized that even though the scope and extent of these personal prerogatives remain unclear, it may be inherent in the notion of constitutional monarchy that they remain undefined.⁴⁰

This ambiguity is especially prevalent in countries like Britain, lacking a codified and written constitution. While the absence of a codified constitution doesn't guarantee accuracy in the exercise of prerogatives, the possibility of clarity is higher.⁴¹

Among the personal prerogatives, three hold particular significance due to their substantial impact on British politics: a) Prime ministerial appointment b) Royal Assent to legislation and c) Dissolution of Parliament. Blackburn defines these as direct legal prerogatives of the monarch, also known as the royal prerogative. He characterizes the royal prerogative as 'the network of inherent powers, privileges, and immunities of the

³⁶ *The governance of Britain : review of the executive royal prerogative powers : final report*, pp. 31–32.

³⁷ **LEYLAND**, Peter. *Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. Hart Publishing, 2012, pp. 87–88.

³⁸ **JENNINGS**, Ivor. *Cabinet Government*. London: Cambridge University Press, 1969, p. 394.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*, p. 75.

⁴¹ *Ibid.*

Crown, which have existed since time immemorial by virtue of past de facto judicial recognition.⁴² While the monarch is the sole authority to exercise these royal prerogatives personally, other prerogatives, such as treaty-making and the deployment of military forces overseas, are typically exercised by ministers.⁴³ It is essential to note that while it might seem that the monarch has unlimited discretion in using these personal prerogative powers, in practice, expectations exist for the monarch to adhere to established rules, including conventions, the rule of law, democracy, and the constitution.

V. THE LIMITATIONS OF PREROGATIVES

Today, the exercise of prerogatives is subject to several limitations. Firstly, statutory power takes precedence over prerogative authority. According to the principle of parliamentary sovereignty, Parliament holds the authority to restrict and limit prerogative powers.⁴⁴ In cases of contradiction between an Act of Parliament and a prerogative on the same matter, the statutory law prevails, as seen in historical instances like the 1611 Case of Proclamations⁴⁵ and the modern case of Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd. The latter affirmed that prerogatives are not applicable when superseded by legislative power.⁴⁶

Furthermore, if a statute grants specific powers to ministers, prerogative powers cannot be invoked to circumvent the enacted legislation. This principle was established in the case of Fire Brigades Union, emphasizing that the exercise of prerogative power is prohibited when it contradicts established legislation, even if that legislation is not yet in force.⁴⁷ The case of R (Miller) v Secretary of State underscored the capacity of statutory law to modify and eliminate prerogative powers, affirming that

⁴² BLACKBURN, Robert. *King and Country*, p. 80.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ LEYLAND, Peter. *The constitution of the United Kingdom*, p. 84.

⁴⁵ *Case of Proclamations*. 1611.; BARTLETT, Gail – EVERETT, Michael. *The Royal Prerogative*, p. 6.

⁴⁶ LEYLAND, Peter. *The constitution of the United Kingdom*, p. 84.

⁴⁷ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513,. 1995. DOI: 10.1093/he/9780191995729.003.0042

"Parliament can, by enactment of primary legislation, change the law of the land in any way it chooses."⁴⁸

Parliament employs three main avenues to limit prerogatives:⁴⁹ a. Legislation: Parliament can change or abolish prerogatives through Acts of Parliament. b. Accountability to Legislature: Under the parliamentary system, ministers are accountable to Parliament. The legislature can seek explanations from the government regarding its policies, express dissatisfaction through votes of no confidence, and force ministerial resignations for departmental problems. However, it should be noted that ministers are accountable to Parliament for the exercise of these powers, meaning they utilize prerogative powers without explicit permission from Parliament.⁵⁰ c. Approval of Expenditure by Parliament: Parliament's control over public finances provides another avenue for oversight.

However, it's crucial to note that if the government holds a majority in Parliament, which is often the case under a two-party system, accountability of ministers for the use of prerogatives is less likely to be enforced by Parliament.

In particular, the supremacy of Parliament requires that the monarch uses personal prerogatives in certain ways. Otherwise, the monarch can bypass the Parliament, which violates the principle.⁵¹ These ways include the appointment of ministers by the monarch according to the wishes of the Prime Minister, the dissolution of Parliament in line with requests, the granting of Royal Assent when advised by ministers, and finally, the appointment of the Prime Minister according to the arithmetic

⁴⁸ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*.

⁴⁹ *The governance of Britain : review of the executive royal prerogative powers : final report*, pp. 8–9.

⁵⁰ *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament Fourth Report of Session 2003–04*, p. 8. Some argue that Parliament should have a more involved role in authorizing the use of prerogatives by ministers, especially in matters such as going to war, issuing passports, and negotiating treaties. See more information: *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament Fourth Report of Session 2003–04*

⁵¹ **BRAZIER**, Rodney. The Monarchy. In: BOGDANOR, Vernon (ed.). *The British Constitution in the Twentieth Century*. British Academy, 2004, p. 76.

of the Parliament; a person who is a member of the House of Commons and can have its confidence should be appointed.

The second limitation is judicial review. Judicial review serves as a critical check on the exercise of prerogative powers. As ministers increasingly utilize prerogatives in the modern context, the judiciary plays a vital role in scrutinizing the legality, scope, and proper exercise of these powers. Judicial intervention ensures clarity in the application of prerogatives, resolves potential issues arising from their use by ministers, and helps delineate traditional prerogative powers and their exercise within the contemporary framework of government.⁵² This involvement of the judiciary contributes to accountability and the proper functioning of the constitutional framework.

In the historical context, the exercise of prerogative powers by ministers was immune to judicial review. Courts were limited to determining the existence, nature, and limits of prerogatives,⁵³ without the authority to challenge the ministers' use of these powers for their benefit. However, a significant shift occurred with the *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (the GCHQ) Case*, acknowledging the potential for judicial scrutiny over the exercise of prerogative powers by ministers.⁵⁴

The GCHQ case marked a significant decision, affirming that the judiciary could review the use of prerogative powers by ministers using ordinary grounds.⁵⁵ Despite this acknowledgment, the ruling also

⁵² LOUGHLIN, Martin. The State, the Crown and the Law. In: SUNKIN, Maurice – PAYNE, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown*. Oxford University Press, 1999, p. 33. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198262732.003.0003

⁵³ WADE, William. The Crown, Ministers and Officials: Legal Status and Liability. In: SUNKIN, Maurice – PAYNE, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown*. Oxford University Press, 1999, p. 29. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198262732.003.0002

⁵⁴ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374*, [online]. 1985 [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://www.oxfordlawtrove.com/display/10.1093/he/9780191995729.001.0001/he-9780191995729-chapter-13>>It is important to highlight that the judicial review application ultimately did not succeed. The Prime Minister provided persuasive evidence to justify the lack of sufficient consultation, citing legitimate concerns over national security risks.

⁵⁵ LEYLAND, Peter. *The constitution of the United Kingdom*, p. 86.; BARTLETT, Gail – EVERETT, Michael. *The Royal Prerogative*, p. 28.

identified specific instances where the courts couldn't review the exercise of these powers, such as the appointment of ministers, matters related to national security, and the making of international treaties.⁵⁶ Subsequent cases, like *R. v Secretary of State in 1993*,⁵⁷ reiterated that certain issues, such as foreign and security policy decisions, were beyond the court's purview. In a similar categorization noted by De Smith, it is acknowledged that certain issues are not subject to legal process. These include a. Questions of pure international law or treaty-making. b. The prerogative power of royal assent to legislation. and c. Cases where the power has been exercised personally by the Sovereign.⁵⁸

Today, there is a significant trend advocating that these specific prerogative powers should also be subject to judicial review.⁵⁹ In fact, it can be argued that the court can decide whether the exercise of prerogative power by ministers is compatible with constitutional principles, as seen in the *Burmah Oil case*.⁶⁰ It should also be noted that while the court can review prerogatives, it cannot create new ones.⁶¹ Additionally, it can be said that, since the *GCHQ case*, courts have become increasingly willing to scrutinize the use of these powers, as demonstrated in the *Bentley and Fire Brigades Union cases*.⁶² Finally, in the *British Broadcasting Company v Johns case*, the court decided that prerogative powers are incapable of being expanded.⁶³

Another limitation on the use of prerogatives is constitutional conventions, which play a significant role in the British Constitution. While prerogatives grant certain powers to ministers and the monarch, conventions serve as guidelines on how to exercise these rights. As Dicey noted, constitutional conventions aim to regulate the use of prerogative powers

⁵⁶ **BRAZIER**, Rodney. *Constitutional Reform and the Crown*, p. 359.; **LEYLAND**, Peter. *The constitution of the United Kingdom*, p. 86.

⁵⁷ *R. v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs Ex p. Lord Rees-Mogg*. 1993.

⁵⁸ **WOOLF**, Harry et al. *De Smith's judicial review*. London: Sweet & Maxwell, 2013.

⁵⁹ **LEYLAND**, Peter. *The constitution of the United Kingdom*, p. 86.

⁶⁰ *Burmah Oil Company (Burma Trading) Ltd. v Lord Advocate*,.

⁶¹ *The governance of Britain : review of the executive royal prerogative powers : final report*, p. 8.

⁶² **CRAIG**, Paul. *Prerogative, Precedent and Power*, pp. 84–85.

⁶³ **BARTLETT**, Gail – **EVERETT**, Michael. *The Royal Prerogative*, p. 31.

by ministers and the monarch,⁶⁴ preventing abuse by restricting power-holders. This means that even though they possess power, they are obligated to use it in specific ways, such as in the appointment of the Prime Minister, as addressed below.

Constitutional conventions have been established to limit specific prerogatives, thus facilitating the functioning of the government.⁶⁵ In fact, there is an ongoing debate about whether the exercise of prerogatives should be constrained by conventions.

In general, prerogative power derives from convention regardless of whether a state has a codified constitution. This is also true for the UK, which lacks a codified constitution. While some argue that the position and actions of the sovereign should remain consistent with past precedents (conventions), determining the sovereign's position and role in advance is challenging. According to the second argument, it would not be right or practical to limit the sovereign based on precedents. The sovereign should act as required by the conditions of a particular situation, as each situation may have unique features that cannot be predicted in advance.⁶⁶ Lord Esher supported this argument by stating, "the principle is entirely dependent upon the circumstances in which the prerogative is used."⁶⁷

VI. THE MONARCH'S POSITION REGARDING PREROGATIVE

The monarchy transformed from an actively engaged political role to that of a uniting, impartial, and dignified figure, embodying the nation. Under constitutional monarchy, the prerogative was defined as the residue of the royal authority of the monarch, but this does not imply that these powers are neither exercised nor outdated. They still play important and practical roles in the English constitution, enabling the government to work effectively and granting discretionary powers to the executive.⁶⁸

⁶⁴ DICEY, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 283.

⁶⁵ LEYLAND, Peter. *The constitution of the United Kingdom*, p. 83.

⁶⁶ BOGDANOR, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*, pp. 75–76.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁶⁸ SUNKIN, Maurice – PAYNE, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown - A Legal and Political Analysis*, p. 87.

There are two ways in which this occurs: ministers can directly exercise prerogative power without the consent of the monarch or through ministerial advice and the consent of the monarch. When prerogatives are exercised by ministers, the duty of the monarch is clear: they must constitutionally accept the advice⁶⁹ and refrain from making partisan public statements about political disputes unless approved or advised by the government.

Concerning the personal prerogative power of the monarch, there is a challenge in striking a balance between the necessity for the monarch to be politically neutral and the undetermined discretion in exercising their prerogative power. It is evident that the neutrality of the monarch is essential, but there is also the issue of the monarch's discretion, which is not predefined. According to Bogdanor, reconciliation can be achieved by having the monarch, when exercising discretionary powers, refrain from acting in a partisan manner and avoid controversial situations that necessitate the intervention of political actors.⁷⁰ He further notes that in the twentieth century, the monarch has played a more formal and symbolic role in using personal prerogatives. Two reasons account for this: first, the two-party system minimizes occasions where the monarch must exercise their power because practices and conventions in this system are clear and uncontroversial. The second reason is that since 1914, there have been no extraordinary situations requiring the monarch's intervention. In the past, the monarch had been in a position to cooperate, mediate between political parties, and support governments during emergency situations. However, due to changes in political life, there is no longer a need for monarch intervention.⁷¹

The likelihood of encountering problems arises when there is a desire to use the personal prerogatives of the monarch alone. Some argue that, while the monarch usually acts according to the advice of ministers, they do not need to follow ministerial advice in emergency cases involving personal prerogatives or reserve powers, such as the dissolution of

⁶⁹ BARTLETT, Gail – EVERETT, Michael. *The Royal Prerogative*, p. 5.

⁷⁰ BOGDANOR, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*, pp. 75–78.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 77–78.

Parliament and the dismissal of ministers.⁷² This viewpoint aligns with the traditional approach defended by scholars, such as Dicey and Jennings, who argued that the monarch should defend constitutional democracy when necessary.⁷³ However, this view is problematic for several reasons.

Firstly, there is no clear definition of what constitutes a constitutional emergency case. Events like war, terrorist attacks, and political crises could be considered examples. Refusing ministerial advice requires two conditions: a constitutional emergency and the necessity for the monarch to reject ministerial advice. These two requirements have not been met for a long time, leaving uncertainty about how it operates under modern democracy. The second issue is that even if it is accepted that these two criteria are met, there is no clear indication that the monarch can act better than ministers. Ministers are accountable to various entities, including the parliament and the people, while the monarch is theoretically unaccountable. Consequently, it is generally accepted today that, even in emergencies or crises, the monarch should not act according to personal wishes but should follow the advice of ministers. Otherwise, it can be considered that the monarch can be seen as the final authority over constitutional issues.⁷⁴ It is also argued that if ministers abuse their powers, the judiciary can intervene to resolve the issue under the rule of law, especially after the establishment of the Supreme Court in 2009.

The absence of a codified constitution is considered advantageous⁷⁵ in preventing an ambitious monarch from exercising such power by citing previous examples. Today, the monarch cannot rely on past examples but must act on a case-by-case basis, guided by modern conventions. Additionally, ensuring the impartiality of the monarch is a crucial aspect of the British government, requiring them not to take political actions.⁷⁶ As Bagehot stated, the monarch occupies the dignified part of the British

⁷² BRAZIER, Rodney. *The Monarchy*, pp. 81–82.

⁷³ BOGDANOR, Vernon. *The Basic Constitutional Rules*, pp. 76–77.

⁷⁴ BRAZIER, Rodney. *The Monarchy*, pp. 81–82.

⁷⁵ BOGDANOR, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*, p. 419.

⁷⁶ BRAZIER, Rodney. *Constitutional Reform and the Crown*, p. 340.

constitution rather than the effective part.⁷⁷ Therefore, it is deemed useful to prevent the monarch from exercising personal prerogatives, even in emergency cases.

Furthermore, Blackburn argues that the claim that the monarch can act freely is challenging to defend due to being outdated and misconceived. When Jennings presented his opinions in the 1930s, the social and political landscape was different from today, with a society based on class distinctions and an active role for the monarch in political life. Therefore, Jennings' argument does not reflect the contemporary constitution. For instance, while Jennings asserted that the monarch had a 'mediator' role in resolving political conflicts by leveraging their prestige or reconciling opposing actors, it is now impossible to assert that the monarch plays a mediator role in contemporary political life. Blackburn summarizes the constitutional position of the monarch as having three duties: a) exercising prerogative power in line with the advice and direction of the prime minister of the day, b) rejecting the advice of the prime minister if it is unconstitutional or against convention, and c) exercising prerogative powers following existing procedures to avoid doubt.⁷⁸

There are some personal prerogatives, such as the appointment and dismissal of ministers, prorogation and summoning of Parliament. However, here, three of the most significant and problematic prerogatives—Royal Assent, dissolution of Parliament, and the appointment of the prime minister—will be addressed to understand whether the monarch has any real power to use them freely in practice.

VII. THE PERSONAL PREROGATIVES OF THE MONARCH

A. Granting Royal Assent

Today, the role of the monarch in granting Royal Assent to legislation is well-defined. To formalize a bill into law, cooperation is required from the House of Commons, the House of Lords, and the monarch. After

⁷⁷ BAGEHOT, Walter. The English Constitution. In: , p. 61 [accessed 2019-04-23]. Available at: <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>>

⁷⁸ BLACKBURN, Robert. *King and Country*, pp. 84–86.

receiving consent from both houses, the assent of the monarch becomes necessary.

Although Royal Assent is considered a personal prerogative, the monarch has not exercised the royal veto for three centuries. The last instance was in 1708 when Queen Anne declined royal assent to a bill, the Scottish Militia Bill, that had been approved by Parliament.

Additionally, the monarch retains the right to influence the government through the Royal Assent. The most recent occasion was during the reign of Queen Victoria. However, since the 16th century, no monarch has personally signed bills, and Queen Victoria was the last monarch to provide the Royal Assent in person in 1854. Today, the granting of Royal Assent is largely considered a formality. The monarch cannot reject assent to a bill after it has received approval from both houses, even if it goes against personal opinions and beliefs.⁷⁹

It is important to note that if the monarch were to reject giving Royal Assent, there is a high possibility that their position would be subject to discussion and criticism for being anti-democratic. This is because Parliament is considered representative of the people, while the monarch is an unelected entity.

B. The Dissolution of Parliament

The second personal prerogative power of the monarch is the right to dissolve Parliament. To comprehend the dissolution of Parliament, it is essential to categorize it into three periods: before the Fixed-Term Parliaments Act 2011, during the Fixed-Term Parliaments Act 2011 (which continued until 2022), and finally, after the Dissolution and Calling of Parliament Act 2022.

Before the Fixed-Term Parliaments Act 2011, theoretically, the monarch had the personal prerogative right to dissolve Parliament, leading to a general election in the United Kingdom.⁸⁰ In practice, the monarch exercised this right on the advice of the prime minister, granting the

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 90–94.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 95. The last two occasions that a monarch used his discretionary power to dissolve parliament were in 1681 by Charles II and 1818 by George III.

dissolution of Parliament. Therefore, the request of the prime minister played a key role. There was a debate about whether the monarch could reject the request for dissolution even if the prime minister had made the request. According to political practice, if a prime minister with a majority in the Commons can determine the timing of a general election within the five years as per the Parliament Act 1911, it can be argued that there are two situations in which the monarch may refuse the prime minister's request to dissolve Parliament.

Firstly, if there was a minority government, it could be argued that the prime minister might seek dissolution for their agenda. Although this issue can be further debated with theoretical scenarios, there is a strong belief that the prime minister has the right to choose a general election.⁸¹ Secondly, when the prime minister loses the support of their cabinet or party, they might request swift dissolution to prevent being deposed.⁸² In such circumstances, it is claimed that the monarch can reject the prime minister's request. However, such a decision would involve the monarch in politics and compromise their impartiality. Therefore, it is argued that the monarch should still follow the prime minister's request. In fact, British constitutional history has also supported this approach.⁸³

The Fixed-Term Parliaments Act 2011 outlined that all future general elections would be held at fixed five-year intervals unless specific conditions, as per section 2 of the Act, were met.⁸⁴ This provision clearly stated the dates of elections. An early election could occur if a motion for it was approved by either a majority of at least two-thirds of the entire House or without a formal vote. Alternatively, an early election could be

⁸¹ Ibid., pp. 94–104.; BRADLEY, A W – EWING, K D – KNIGHT, C J S. *Constitutional and Administrative Law*. Pearson, 2018, pp. 250–252.

⁸² BOGDANOR, Vernon. *The Basic Constitutional Rules*, pp. 79–80.

⁸³ Ibid., pp. 79–81.

⁸⁴ Fixed-term Parliaments Act 2011. In: [accessed 2019-04-23]. Available at: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/section/1/enacted>>

triggered if a motion of no confidence was voted, and no alternative government was established by the House of Commons within 14 days.⁸⁵

The Fixed-Term Parliaments Act 2011 substantially restricted the power of the prime minister in dissolving Parliament and deciding on the timing of general elections. It explicitly stated the conditions under which early elections could take place, limiting the discretionary authority previously associated with the prerogative power. Therefore, in 2013, R. Hazel defined the act as 'a very significant surrender of prime ministerial power.'⁸⁶ The Explanatory Notes to the Act also clearly stated that 'The Queen does not retain any residual power to dissolve Parliament, which will occur automatically under the provisions in the Act.'⁸⁷

In 2022, the Dissolution and Calling of Parliament Act nullified the Fixed-Term Parliaments Act 2011, establishing that the maximum duration of a Parliament, rather than the interval between general elections, is now five years.⁸⁸ This restoration of prerogative powers allows the monarch to dissolve Parliament upon the prime minister's request, reinstating the prime minister's ability to call a general election at their discretion. While there is a theoretical possibility that the monarch could refuse the prime minister's request by invoking personal prerogative rights, it is considered unlikely to happen due to the monarch's impartial and non-political position.

C. The Appointment of a Prime Minister

The monarch holds the right to appoint the prime minister without consulting ministers, though in practice, this authority is constrained by

⁸⁵ Fixed-term Parliaments Act 2011 - House of Commons Library. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn06111/>>

⁸⁶ House of Commons - Political and Constitutional Reform - No - Minutes of Evidence: HC 975. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpolcon/975i-ii/130207.htm>>

⁸⁷ OFFICE, Cabinet. Explanatory Notes to Fixed-term Parliaments Act 2011. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/notes/contents>>

⁸⁸ Dissolution and Calling of Parliament Act 2022: Progress through Parliament - House of Commons Library. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9308/>>

various instruments, including constitutional conventions and political considerations. This prerogative is important in shaping the relationship between the head of state and the head of government. Under normal circumstances and in exceptional situations, the appointment of a prime minister is subject to different procedures, which have sparked controversy about whether the sovereign has the prerogative power to decide the prime minister.

Under normal circumstances, the leader of the majority party emerging from a general election is conventionally summoned to the palace by the sovereign. In this scenario, the sovereign does not have the right to personally choose the prime minister; instead, they are obligated to appoint the leader of the party that commands an overall majority in the House of Commons.⁸⁹ The Prime Minister contacts the palace to affirm their capability to form a government.⁹⁰ This arrangement is sensible as the prime minister should enjoy the confidence of the parliament to effectively govern the state, otherwise the government face dismissal by a vote of no confidence.

Similarly, if a prime minister dies or resigns, a new party leader is typically elected through the party's electoral process. The new party leader is then summoned to the palace by the sovereign and appointed as the prime minister. In cases of the death, resignation, or permanent incapacity of a prime minister, an interregnum period may occur until the new party leader is elected. For instance, Harold Wilson, the leader of the Labour party, resigned as the party leader, and James Callaghan was elected by the party as the new leader in 1976. Wilson resigned as the prime minister and then informed the queen of his decision and the new party leader. Callaghan was called to the Palace and appointed as the prime minister by the queen. There were six candidates within the Labour party for the leadership, so it took three weeks to choose the new leader. During this period, there might be an acting prime minister, often the minister

⁸⁹ **TURPIN**, Colin – **TOMKINS**, Adam. *British government and the constitution: text and materials*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2012, p. 379.; **BLACKBURN**, Robert. *King and Country*, p. 86.

⁹⁰ **BLACKBURN**, Robert. *King and Country*, p. 87. There was the hand kissing ceremony at the end, but the ceremony is no longer followed.

temporarily appointed to replace the prime minister when absent.⁹¹ As a result, in such normal circumstances, it is evident that the sovereign has no authority in appointing the prime minister, despite the absence of legal restrictions.

According to Bogdanor, there are two situations in which the monarch exercises discretionary power in determining the prime minister.⁹² The first scenario arises in extraordinary circumstances, such as war or economic crises, necessitating the formation of a coalition government. The second situation occurs in a hung parliament, where no single party holds a majority, granting the monarch discretion in appointing the prime minister.

In the case of extraordinary circumstances, Bogdanor examines historical examples from the 20th century, particularly during war (in 1916 and 1940) and economic crises (in 1931). In 1916, despite the Conservative Party being the largest party, it lacked an overall majority. Recognizing the inadequacy of a minority government during wartime, discussions ensued, and a proposal for new elections was rejected by the monarch due to war conditions. A conference between parties took place, leading to the establishment of the Lloyd George government. The monarch played a facilitating role in the selection of a new prime minister for the coalition government during the war.⁹³

Similarly, in 1940, Prime Minister Neville Chamberlain of the Conservative Party believed that a coalition government was necessary due to wartime conditions. Understanding that Labour and Liberal parties were unwilling to form a coalition government under his leadership, Chamberlain met with other parties, and with the approval of the monarch, Winston Churchill was elected as the prime minister of the coalition government.⁹⁴

⁹¹ **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*, pp. 84–85.

⁹² **BOGDANOR**, Vernon. The Appointment of a Prime Minister. In: **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. Oxford University Press Oxford, 1997, pp. 88–89. DOI: 10.1093/0198293348.003.0004

⁹³ **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*, pp. 99–101.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 101–103.

In the economic crisis of 1931, the Labour government faced a lack of sufficient majority in the House of Commons, necessitating inter-party cooperation for the adoption and implementation of an economic package. The monarch, recognizing the need to address the economic problem, used prerogative power to propose a solution. The monarch convened meetings with leaders from three political parties to establish a national government. Despite Ramsay MacDonald, the leader of the Labour party, expressing a desire to resign from the prime minister's office on multiple occasions, the monarch influenced him to reconsider and assume leadership of the National government. During this exceptional period, the monarch played an active role in facilitating the formation of the government.⁹⁵

However, it's important to note that while historical examples demonstrate the monarch's active involvement in political life during emergencies, this does not imply that such involvement is always possible or applicable today. Contemporary political conditions and actors are vastly different. It is widely accepted in the present era that the monarch should refrain from direct involvement in politics and does not play a significant role in the process of appointing the prime minister, even during crises.

In the context of hung parliaments in the UK, where a single-party majority government is not established after a general election, controversy arises regarding whether the monarch has discretion in appointing the prime minister through the use of prerogative power. This situation has occurred five times in the twentieth century: in 1923, 1929, 1974, 2010, and 2017.

One argument suggests that the monarch can actively participate in the appointment of the prime minister during a hung parliament. Jennings supported this view by stating, 'There is no controversy that she need not accept advice as to the appointment of a Prime Minister,'⁹⁶ asserting that the monarch can appoint a prime minister by exercising prerogative power. This argument is based on the idea that in a hung parliament, there is no established rule for government formation. However,

⁹⁵ Ibid., pp. 104–112.

⁹⁶ JENNINGS, Ivor. *Cabinet Government*, p. 394.

this viewpoint is challenging to accept, given that even in the absence of a codified constitution, there is a regular procedure for appointing a prime minister in a hung parliament. Blackburn outlines this procedure, stating that if there is no single-party majority in the House of Commons, the process for appointing a prime minister is as follows: 1) 'The incumbent Prime Minister has the first opportunity to continue in office and form an administration.' 2) 'If he or she is unable to do so (and resigns, or is defeated on the Address at the meeting of Parliament), then the leader of the largest opposition party is appointed Prime Minister.'⁹⁷

After a general election, the incumbent prime minister may choose to stay in office and attempt to secure a majority in the House of Commons by negotiating with other parties. For example, in 1923, Prime Minister Stanley Baldwin pursued this option but was unsuccessful in obtaining a majority. The second option is that the incumbent prime minister may resign without waiting for the House of Commons to convene, as seen in the 1929, 1979, and 2010 elections. In this case, the monarch may offer the position of prime minister to the leader of the largest opposition party.

Blackburn argues that there is no constitutional uncertainty in determining the prime minister under a hung parliament, and therefore, there is no political or customary basis to involve the monarch in this process. The monarch does not play a mediator or moderator role in deciding which party leader becomes the prime minister. It is evident that the intervention of the politically neutral monarch in the prime minister determination process does not align with constitutional and democratic principles.

Furthermore, today there is a Cabinet Manual produced by the government, explaining fundamental statutes, rules, and conventions regarding the functioning of the government. According to the manual, if a government in power wins an election and secures a majority of seats, it typically remains in office without requiring the Prime Minister to request continuation. In the event that another party wins a clear majority, the

⁹⁷ BLACKBURN, Robert. *King and Country*, p. 88.

current Prime Minister and cabinet will resign, and the Sovereign will invite the leader of the winning party to form a new government.⁹⁸

The Cabinet Manual also outlines that if there is a hung parliament, the current government will continue to hold office until the Prime Minister and the Government formally resign to the Sovereign. The incumbent government has the right to wait until the new Parliament convenes to determine if it can secure the support of the House of Commons. However, it is generally expected that the government will step down if it becomes evident that it cannot obtain the confidence of the House, and there is a clear alternative.

In situations where multiple governments are possible, political parties may engage in negotiations to determine which party is most capable of securing the support of the House of Commons and should be responsible for forming the next government. The Sovereign is not expected to participate in these negotiations, but individuals involved in the process are anticipated to keep the monarch informed.

The type of government that will be established depends on negotiations between political parties and any subsequent consensus reached. In cases where there is no clear majority, three main types of government can potentially be formed: a single-party government, a minority government, or a formal inter-party agreement leading to a coalition government.⁹⁹ As observed, the expectation is that political parties will decide who will be the prime minister to establish the government and secure confidence in the parliament, while the monarch remains impartial and refrains from involvement in the process.

CONCLUSION

The concept of prerogative is a unique constitutional source, the definition and scope of which are considered challenging. The reason for this is that prerogatives have undergone significant changes in the historical process, which need to be analysed properly. Therefore, the article aims to comprehensively explain prerogatives to understand their

⁹⁸ *The Cabinet Manual A guide to laws, conventions and rules on the operation of government.*

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 14–15.

position in the UK constitution. The article illustrates their origin, historical developments, features, and limitations to demonstrate that prerogatives remain an important source for the UK constitution. This uniqueness is attributed to the uncodified constitution and the existence of a constitutional monarchy.

The article demonstrates that the prerogative powers, once characterized by the monarch's unilateral, arbitrary, and unlimited right to use, have evolved into a legal resource. The majority of these powers are now utilized by ministers and can be subject to limitations through various instruments, such as statutes and judicial review. While the monarch theoretically maintains personal prerogatives exclusively for their use, the article illustrates that their contemporary use is restricted in accordance with principles of the rule of law and democracy. In practice, if issues arise due to prerogative use (by both ministers and the monarch), the courts are willing to intervene to resolve potential conflicts. Therefore, the claim that prerogatives are outdated, contrary to the rule of law and democratic principles, and that the monarch will use them, especially personal prerogative rights, for personal interests, does not reflect the truth.

However, it can be argued that ministers, especially the prime minister, may use these powers for their political interests, leveraging the fact that ministers do not have to seek parliamentary approval for their use. The crucial aspect here is whether ministers employ them as a resource for the government to exercise its rightful executive power and whether they act in the public interest. As mentioned above, if used unlawfully and for personal benefit, both the court and parliament can actively restrict or prevent ministers from using these powers. Furthermore, additional pressure elements, such as public opinion, media scrutiny, and international law, act as deterrents against the improper use of prerogatives. Therefore, it would be inaccurate to view prerogatives as instruments that ministers can wield arbitrarily.

In conclusion, prerogatives and, by extension, the constitutional monarchy, continue to coexist unproblematically within the English legal system.

REFERENCES

- BAGEHOT**, Walter. The English Constitution. In: [accessed 2019-04-23]. Available at: <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>>
- BARTLETT**, Gail – **EVERETT**, Michael. The Royal Prerogative. [online]. 2017 [accessed 2019-04-23]. Available at: <<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN03861>>
- BEINLICH**, Leander. Royal Prerogative. In: *Oxford Constitutions*. DOI: 10.1093/law-mpeccol/e773.013.773
- BLACKBURN**, Robert. *King and Country: Monarchy and the Future King Charles III*. London: Politico's Publishing Ltd, 2006. ISBN 978-1-84275-141-1.
- BLACKSTONE**, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. London, 1765.
- BOGDANOR**, Vernon. The Appointment of a Prime Minister. In: **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. 1. edition. Oxford University Press Oxford, 1997, pp. 84–112. ISBN 978-0-19-829334-7. DOI: 10.1093/0198293348.003.0004
- BOGDANOR**, Vernon. The Basic Constitutional Rules: Influence and the Prerogative. In: **BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. 1. edition. Oxford University Press Oxford, 1997, pp. 61–83. ISBN 978-0-19-829334-7. DOI: 10.1093/0198293348.003.0003
- BOGDANOR**, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1998. ISBN 978-0-19-829334-7.
- BOGDANOR**, Vernon. The Monarchy and the Constitution. *Parliamentary Affairs*. 1996, vol. 49, no. 3, pp. 407–422.
- BRADLEY**, A W – **EWING**, K D – **KNIGHT**, C J S. *Constitutional and Administrative Law*. 17. edition. Pearson, 2018.
- BRADLEY**, A. W. – **EWING**, K. D. – **KNIGHT**, Christopher. *Constitutional and administrative law*. Eighteenth edition. Harlow, England ; New York: Pearson Education Limited, 2022. ISBN 978-1-292-40277-2.
- BRAZIER**, Rodney. Constitutional Reform and the Crown. In: **SUNKIN**, Maurice – **PAYNE**, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown*.

- Oxford University Press, 1999, pp. 337–362. ISBN 978-0-19-826273-2. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198262732.003.0013
- BRAZIER**, Rodney. The Monarchy. In: **BOGDANOR**, Vernon (ed.). *The British Constitution in the Twentieth Century*. British Academy, 2004
- CRAIG**, Paul. Prerogative, Precedent and Power. In: **FORSYTH**, Christopher – **HARE**, Ivan (eds.). *The Golden Metwand and the Crooked Cord Essays in Honour of Sir William Wade QC*. Oxford University Press, 1998. ISBN 978-0-19-826469-9. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198264699.001.0001
- DICEY**, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8Rev Ed edition. edition. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 1982. ISBN 978-0-86597-003-8.
- JENNINGS**, Ivor. *Cabinet Government*. 3 edition. edition. London: Cambridge University Press, 1969. ISBN 978-0-521-09570-9.
- KEIR**, D.L. – **LAWSON**, F.H. *Cases in Constitutional Law*. Oxford University Press, 1979.
- LEYLAND**, Peter. *Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. 2nd. edition. Hart Publishing, 2012.
- LEYLAND**, Peter. *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*. Fourth edition. edition. Gordonsville: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021. Constitutional systems of the world. ISBN 978-1-5099-4554-2.
- LOUGHLIN**, Martin. The State, the Crown and the Law. In: **SUNKIN**, Maurice – **PAYNE**, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown*. Oxford University Press, 1999, pp. 33–76. ISBN 978-0-19-826273-2. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198262732.003.0003.
- LOVELAND**, Ian. *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*. 8. edition. Oxford University Press, 2018.
- MARKESINIS**, B. S. The Royal Prerogative Re-Visited. *The Cambridge Law Journal*. 1973, vol. 32, no. 2, pp. 287–309.
- MASTERMAN**, Roger – **MURRAY**, Colin. *Constitutional and administrative law*. Third edition. edition. Cambridge, United Kingdom; New York, NY: Cambridge University Press, 2022. ISBN 978-1-00-915848-0.

- NORTON**, Philip. THE GLORIOUS REVOLUTION OF 1688 ITS CONTINUING RELEVANCE. *Parliamentary Affairs*. 1989, vol. 42, no. 2, pp. 135–147.
- OFFICE**, Cabinet. Explanatory Notes to Fixed-term Parliaments Act 2011. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/notes/contents>>
- SUNKIN**, Maurice – **PAYNE**, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown - A Legal and Political Analysis*. Oxford ; New York: OUP Oxford, 1999. ISBN 978-0-19-826273.
- TOMKINS**, Adam. *Public Law*. Oxford ; New York: Oxford University Press, USA, 2003. ISBN 978-0-19-926077-5.
- TURPIN**, Colin – **TOMKINS**, Adam. *British government and the constitution: text and materials*. 7th ed. edition. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2012. Law in context series. ISBN 978-0-521-18511-0.
- WADE**, William. The Crown, Ministers and Officials: Legal Status and Liability. In: **SUNKIN**, Maurice – **PAYNE**, Sebastian (eds.). *The Nature of the Crown*. Oxford University Press, 1999, pp. 22–32. ISBN 978-0-19-826273-2. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198262732.003.0002.
- WOOLF**, Harry et al. *De Smith's judicial review*. 7th edition. edition. London: Sweet & Maxwell, 2013. ISBN 978-0-414-04215-5.
- Dissolution and Calling of Parliament Act 2022: Progress through Parliament - House of Commons Library. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9308/>>
- Fixed-term Parliaments Act 2011. In: [accessed 2019-04-23]. Available at: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/section/1/enacted>>.
- Fixed-term Parliaments Act 2011 - House of Commons Library. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn06111/>>
- House of Commons - Political and Constitutional Reform - No - Minutes of Evidence: HC 975. In: [accessed 2023-12-25]. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpolcon/975i-ii/130207.htm>>

Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament Fourth Report of Session 2003–04 [online]. House of Commons Public Administration Select Committee, 2004 [accessed 2022-12-24]. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmpublicadm/422/422.pdf>>

The Cabinet Manual A guide to laws, conventions and rules on the operation of government [online]. 2011 [accessed 2022-12-22]. Available at: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a79d5d7e5274a18ba50f2b6/cabinet-manual.pdf>>

The governance of Britain : review of the executive royal prerogative powers : final report [online]. Great Britain Ministry of Justice, 2009. Available at: <<https://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2009-2493/DEP2009-2493.pdf>>

HAKEMLERİN TERAZİSİ & DEVLETİN KILICI: DEVLET YARGISININ ULUSLARARASI TİCARETİN ÖZNELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN MİKROEKONOMİK YAPISI

Yasin Uğur DİNÇ*

Öz

Tahkim sürecinin, kararların gereğinin görülmesini de kapsayacak bir şekilde, kamusal otoritelerin cebir tekeline dayanan olanaklarına ihtiyaç kalmadan kendi kendine işleyişi, devletin sağladığı sosyal kontrolün rolünü yeniden sorgulamaktadır. Bu çalışmada özel sosyal kontrol sisteminin devletten bağımsızca yürüyormuş izlenimi uyandırmasına sebep olan “tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışı”nın oluşumunda devletlerin hukuk sistemlerinin tahkim kararlarının icrasına verdiği desteğin rolü çeşitli somut veriler ışığında değerlendirilmektedir. Yapılan incelemelerde esas soru, farklı devletlerin tahkim anlayışları içerisinde tahkimin ne ölçüde yaşama alanı bulabildiği; bu kapsamda, tahkimin yukarıda bahsedilen başarısının içerisinde devlet yargısının payının niceliğinin ne olduğudur. Aynı zamanda özel sosyal kontrol sistemlerinin devletten bağımsız olarak gerçekleştirdikleri yaptırımların etkililiği de ele alınmıştır. Uluslararası ticaretin öznelere stratejik davranışlarında, devletlerin tahkim kararlarına karşı aldıkları tavrın belirleyiciliğinin son derece yüksek olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

* Lisans Öğrencisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
| Undergraduate Student. Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye.

✉ yasinugurdinc@gmail.com • ORCID 0009-0007-8170-3259

✂ **Atf Şekli** | Cite As: DİNÇ, Yasin Uğur: “Hakemlerin Terazisi&Devletin Kılıcı: Devlet Yargısının Uluslararası Ticaretin Öznelere Üzerindeki Etkisinin Mikroekonomik Yapısı”, SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 1097-1156.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

- Uluslararası ticari tahkim • Uluslararası ticaret örgütleri • Sosyo-ekonomik yaptırımlar • Mikroekonomik analiz • Hukuki yorum

SCALES OF THE ARBITRATORS & SWORD OF THE STATE: MICROECONOMIC STRUCTURE OF STATE JUDICIARY'S IMPACT ON THE SUBJECTS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

Abstract

The self-reliance of the arbitration process, including the fulfillment of the decisions, challenges the role of state-provided social control. This study evaluates the role of state legal systems' support for the enforcement of arbitral awards, in the formation of "voluntary compliance behavior" that -at first glance- gives the impression of functioning independently of the state, using various concrete data. The fundamental question has been the extent to which arbitration can find a space within the arbitration understandings of different states; in this context, the evaluation of the quantity of the contribution of state judiciary in the success of arbitration mentioned above. The effectiveness of sanctions imposed independently by private social control systems is also considered. The stance taken by states towards arbitral decisions is a key determinative factor in the strategic behaviors of the subjects of international trade.

Keywords

- International commercial arbitration • International trade organizations • Socio-economic sanctions • Microeconomic analysis • Legal interpretation

GİRİŞ

Antisiteden beri kamusal ve özel sosyal kontrol sistemleri bir arada yaşamıştır. Devletin yanı sıra aileler, aşiretler, loncalar, cemaatler ve daha pek çok toplumsal birim, bünyesinde barındırdığı güven ilişkilerinin sağlıklı yürümesi için kendine has bir sosyal kontrol mekanizmasına sahip olagelmiştir.¹

¹ Sosyal kontrol, Oxford Bibliyografisi'nde şöyle tanımlanmıştır: "Sosyal kontrol, toplumun sosyal düzen ve uyumu sağlamak için kullandığı çeşitli baskı yöntemlerinden ibaret olan mekanizmaları araştırır. Bu mekanizmalar toplumdaki bireyler için standart bir davranış kalıbı oluşturur ve bunu utandırma, cebir, güç, kısıtlama ve ikna gibi yollarla icra eder. Sosyal kontrol, aileden akralara, oradan işyeri, okul,

Günümüzde uluslararası ticaret ilişkileri, ulus devletlerin ve uluslararası ticaret örgütlerinin sağladığı sosyal kontrol mekanizmalarının kesişimi altında bulundurmaktadır. Ticaret örgütlerinin bu kontrolü sağlamasında, bünyelerinde gerçekleştirilen başta tahkim olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bu çözüm yollarına uymayanlara uygulanan başta kara listeye almak olmak üzere çeşitli sosyo-ekonomik yaptırımlar önemli bir yer tutmaktadır.

Özellikle 1958 New York Sözleşmesi² rejimi içerisinde uluslararası ticarete kamusal ve özel sosyal kontrol sistemi -kesişmenin ötesinde- iç içe geçmiş durumdadır; tipik bir uluslararası ticari uyuşmazlığın çözüm ayağını tahkim, bu çözümün cebren icrasını devlet sağlayabilmektedir. Uyuşmazlığın sebep olduğu sosyal zarar da esas olarak bu iki aşamanın gerçekleşmesiyle giderilebilir gibi gözükmemektedir. Fakat tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışının yaygınlaştığı, bu yaygınlaşmanın da tacirler arası toplumdaki itibarın zedelenmemesi saiki ve ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyidelerinin caydırıcılığına bağlanabileceği bir ortamda, tahkim yargılamasına kararın icrasında katılmak durumunda olan devletin, uluslararası ticaretin sosyal kontrolündeki yerinin çok azaldığı çıkarımı yapılabilir zira böylesi bir ortamda tahkimin yetkilendirilmesi, heyetin teşekkülü, yargılama süreci ve nihayet karara uyulması gibi yargı erkinin cebre dayanan kontrolü altında olması beklenen tüm basamaklar hep gönüllülük esasınca ve yargı erkinin nüfuz alanının dışında cereyan etmektedir. Bu durum, büyük maliyetler ödenerek ve risklere katlanılarak inşa edilen devlet organizasyonunun altında vazgeçilmez ve yeri doldurulamaz olmadığı, işte tahkim ve tahkim kararlarına gönüllü uyulması özelinde görüldüğü gibi özel hukuk kişilerinin devlet olmadan sosyal kontrolü çok daha az sosyal maliyet ve riskle sağlıklı bir şekilde tesis edebildiği gibi düşünceleri akla getirmektedir. Zira dışarıdan bakıldığında, devletin önce yargı sonra da (cebrî icra niteliğinde olmasa da) kararların uygulanmasını sağlama fonksiyonu özel sosyal kontrol sistemine geçiyor izlenimi uyanmaktadır.

dini yapılar ve devlet gibi organizasyonlara kadar, hem bireyler hem de kurumlar tarafından uygulanabilir. Kaynağından bağımsız olarak sosyal kontrolün amacı kurallar ve yasalar aracılığıyla uyumu sağlamaktır." Jason Carmichael, "Social Control", Oxford Bibliographies in Sociology, 2012, <<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0048.xml>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

² 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Gelgelelim tahkim kararlarına gönüllü uyulması,

a. Ticari ilişkilerin sürdürülebilirliğinin sağlanmasının ekonomik faydası ve tahkimin görüldüğü ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyidelerinin caydırıcılığıyla³ -açıklanabileceği gibi-

b. Tahkim kararlarının devlet yargısınca tanınacak ve icra edilecek olmasının caydırıcılığıyla -da, veya daha bütüncül bir ifadeyle-

c. a şıkkındaki sosyo-ekonomik ve b şıkkındaki hukuki yaptırımların müşterek etkisiyle

açıklanabilir. Bu şıkların teorik düzeyde arz ettikleri farklılıkların yanı sıra pratikte de şöyle bir farklılık göstermeleri beklenmelidir: eğer tahkim kararlarının gücünün esas kaynağı; ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik yaptırımları ise, kararların tahkim kararlarına kendi ülkesinde hukuki güç verme konusunda çekimser davranan ülkelerde de gücünü ortaya koyabiliyor olması gerekir; hukuki yaptırımlar ise, ülkelerin tahkim kararlarının icrasına verdikleri destek ile kararların gücü doğru orantılı olmalıdır; yani, tahkim kararlarından cebrî icra desteğini esirgeyen ülkelerde kararlar kendi kendine uygulanma gücünü de yitirmelidir, çünkü devletlerin, tahkim kararlarının cebren icrasına verdikleri destek iki yönlü etki yaratacaktır:

A. Doğrudan etki: Tahkime hasmane tavır, tanım gereği, kararın devlet eliyle cebren icra edilmemesiyle sonuçlanacak, tahkime taraftar tavır da aynı şekilde kararın icra edilmesi ve uygulanmış olmasını beraberinde getirecektir. Böylece devletin tavrı, spesifik bir kararın uygulanması veya uygulanmaması olgusunu doğrudan doğruya doğurur.

B. Dolaylı etki: İçinde bulunduğu devletin, kendisi aleyhinde verilmiş tahkim kararlarını cebren icra etmeyeceğine güvenen ve kendi taraf olduğu bir tahkim yargılamasını kaybeden diğer kişiler, kararı gönüllü ifa etmekten kaçınacaktır; çünkü zaten cebren icra edilmeme ihtimali vardır. Tam tersi olduğunda ise, bir gün cebren icra edileceğinin caydırıcılığıyla karar gönüllü olarak ifa edilebilecektir. Dolayısıyla tenfiz desteğinin esirgenmesi, hem o spesifik da-

³ Bu yönde bir açıklama için bk.: **BERNSTEIN**, Lisa: "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions", Michigan Law Review, C.99, 2001, s. 1737.

vada hem de genel olarak o ülkede malvarlığı olan tacirler nezdinde kararlara gönüllü uymama davranışını cazip kılarak dolaylı yoldan onların uygulanmaması sonucuna sebebiyet verir.

Eğer cebrî icra desteği eksildiğinde -dolaylı etki de eksileceği için- gönüllü ifa davranışında düşüş gözlemlenirse, sosyo-ekonomik müeyyidelerin tenfiz desteğinden mahrum tahkim kararlarını yaptırma bağlamak hususunda zaafiyete düştükleri ve bu durumun özel sosyal kontrol mekanizmasının -en azından günümüzde- kamusal sosyal kontrol sisteminden müstakil ve müstağni olmadığını gösterecektir⁴.

Devletlerin cebren icrasının dolaylı etkisi ile ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyidelerinin tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışını üzerindeki belirleyiciliği, birbirlerine ne kadar bağımlı ve bir diğerdenden ne kadar bağımsız oldukları ampirik veriler üzerinden sorgulanabilir: Tahkim kurumlarının, verdikleri kararları uygulamayan kişileri yayınladıkları kara listelerdeki tacirlerin belirli ülkelerde kümelenişi, o ülkenin hukukunun tahkim kararlarına cebren icra desteğinin azlığına ilişkin bir tespitle eşleştirilebilirse, tahkime taraftar tutumların dolaylı etkisinin yokluğu halinde gönüllü uyma davranışının yokluğu tespitine, bu sebeple gerçek sebebin cebren icra desteği olduğu sonucuna ulaştırabilir. Fakat bazı ülkelerden tahkim kurumunun yargılamasında taraf olan kişilerin çok, bazı ülkelerden ise az olması olgusu, kara listeye girme sayılarının bu etkiden arındırılmasını gerekli kılmaktadır. Hem kara listesi, hem de tahkime taraf olan kişilerin geldiği ülkeler istatistiğini kamuya açık olarak internet sitesinde yayınlayan Uluslararası Pamuk Birliği'nin (ICA) verileri bu bakımdan değerlendirmeye müsait niteliktedir.

Çalışmamızda ICA verilerinden yola çıkarak, hangi ülkelerden kara listeye en çok giriş yapıldığını ülkelerin ICA tahkimine taraf olma durumundan arındırılmış olarak tespit ettikten sonra, bu tespitimizi tahkim alanında gerçekleştirilen anketlerden elde edilen verilerle birleştireceğiz. Ardından, tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışının nispeten az olduğu ülkelerin hukuk sistemlerinde tahkim kararlarının icrasına engel olan unsurlara değinerek, devlet yargısının bilhassa icra aşamasında oynadığı kritik rolün; önceki bölümlerde ampirik veriler üze-

⁴ Tahkimin "müstakil ve müstağni" niteliğine devlet yargısının engel olduğu yönünde bir değerlendirme: ZEKOS, Georgios I., International Commercial and Marine Arbitration, Oxon 2008, s.12.

rinden izlediğimiz tahkim kararlarına gönüllü uyma olgusunun oluşumundaki önemine temas edeceğiz.

Çalışma, bir yandan uluslararası ticaretin öznelinin belirli bir davranış kalıbını incelerken bir yandan da devlet yargısının icra gücünden yani cebrî nitelikteki kamusal müeyyidelerden mahrum kaldığında ticaret örgütlerinin sosyal kontrol gücünün nelerle sınırlı olacağı gibi teorik bir soruya da cevap aramaktadır. Aslında bu “mahrum kalma”, ele aldığımız tüm devletler 1958 New York Sözleşmesi’ne taraf olduklarından mutlak anlamda bir mahrum kalma değil, Sözleşme’nin tahkim kararlarının uygulanmayabileceği şartlar bakımından devletlere verdiği takdir yetkisinin kullanımına yön veren bakış açısından kaynaklanan bir destek noksanıdır. Sözleşme hükümleri gereğince devletlerin yabancı tahkim kararlarını tanıma-tenfiz etme yönündeki yükümlülükleri, tanıma-tenfizin reddi ve iptal kararı olanaklarıyla dengelenmiş olduğundan, farklı devlet yargılarının her somut olayda bu dengeyi hangi uca yakın yorumladığı, tahkim kararlarına devletlerin temsil ettiği kamusal sosyal kontrol sisteminin bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Farklı devlet yargılarında tanıma-tenfiz talebinin reddi ve iptal gerekçeleri, farklı bakış açılarıyla değerlendirilmiş ve bu durum tahkim kararlarının icrasına farklı kuvvetlerde desteğin verilmesiyle sonuçlanmıştır. Biz bu farklılaşan kuvvetteki desteği, ülkelerin özellikle içtihatlarından takip ederek, ICA ve anket verilerinden elde ettiğimiz sonuçları değerlendirmek amacıyla kullandık; desteğin düştüğü ülkelerde gönüllü uyma davranışının da istikrarlı bir şekile düştüğünü gözlemledik.

Sabit tutulan (Kontrollü) değişken	Bağımsız değişken	Bağımlı değişken	Bağımlı değişken veri tabanı	Bağımsız değişken veri tabanı
Tanıma-tenfiz/İptal davası	Ülkelerin hukuk sistemleri	Tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışı	Kara liste	Yerleşik içtihatlar ve mevzuat

I. PAMUK EKONOMİSİ, TAHKİMİ VE ICA VERİLERİ

PAMUK TARIMI

Donsuz geçen uzun bir evreye, yüksek sıcaklığa ve bol güneş ışığına ihtiyaç duyan bir bitki olan pamuğun aktif büyüme zamanı sıcak-

lıklığın 21-37 derece olması, olgunlaşma (yaz) ve hasat (sonbahar) zamanı yağış olmaması gerekir⁵. Bu iklim gereksinimleri pamuk üretiminin Güneydoğu Asya, İndus Vadisi, Akdeniz ve Kuzey Amerika'da bazı bölgelere hasrolmasına sebep olmuştur⁶.

PAMUK SANAYİ⁷

Hasat edildiğinde çekirdek, yaprak ve liften oluşan kütlü pamuk, çırçırılarak ham pamuk elde edilir. Ham pamuk uluslararası pamuk ticaretinin %30'unu kapsamaktadır.

Ham pamuktan, farklı kullanım amaçlarına yönelik olarak çeşitli özelliklerde kumaş ve iplik üretilir. Bu üretim İngilizce'de "mill" adı verilen bez ve iplik fabrikalarında yapılır. Ticaretin %70'i pamuğun bu haliyle gerçekleşir. Dokuma sanayisine ev sahipliği yapan ülkelerde yerli veya ithal pamuktan çeşitli tekstil ürünleri üretilir. Böylece pamuk ticaretinin son durağı, dokuma sanayisine giriş kapısı olmuş olur. Yakın geçmişte üretimin, düşük maliyetli Güneydoğu Asya ülkelerine kayması olgusunun bir parçası olarak dokuma sanayisinin de önemli ihracatçılarının buradan çıktığı söylenebilir. Bu yüzden bu ülkelerin, pamuk ithalataında da önemli bir yer aldığı görülmektedir.

PAMUK TİCARETİ

Gerek ham pamuğu, gerekse bez ve iplik gibi ara mamulleri büyük emtia tacirleri ithalatçı ülkelerden satın alıp dokuma sanayisinin talebine arz etmektedir. Tarihte, sanayi devriminin Avrupa'da ortaya çıkması, dokuma sanayisinin de burada gelişmesi Avrupalı emtia tacirlerinin önünü açmıştır. Bugünse güçlü finans, hukuki öngörülebilirlik, vergi kolaylıkları gibi işletme dostu hususlar dünya piyasasındaki büyük emtia taciri şirketler için Batı Avrupa, Kuzey Amerika, Singapur ve Hong Kong'u cazip kılmaktadır.

⁵ Wikifarmer Editorial Team, "Cotton Growing Conditions" <<https://wikifarmer.com/cotton-growing-conditions/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

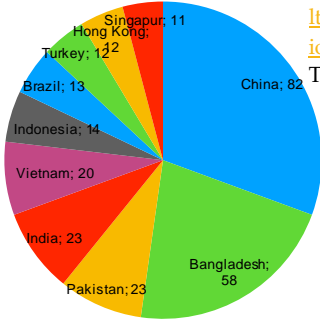
⁶ MONFREDA, Chad/RAMANKUTTY Navin/FOLEY Jonathan A.: "Farming the planet: 2. Geographic distribution of crop areas, yields, physiological types, and net primary production in the year 2000", Global Biogeochemical Cycles, C.22, 2008, GB1022.

⁷ OEC (The Observatory of Economic Complexity, MIT), 'Cotton' <<https://oec.world/en/profile/hs/cotton>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Böylece uluslararası pamuk ticaretinin -ve dolayısıyla tahkiminin- üç temel öznesi ortaya çıkmış olmaktadır: pamuk üreticisi, emtia taciri ve dokuma sanayii işletmecisi.

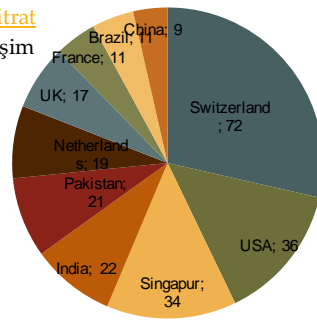
ICA'DA TAHKİME TARAF OLARAK EN SIK KARŞILAŞILAN ÜLKELER İSTATİSTİĞİ

Davalıların en sık çıktığı 10 ülke (2018-2022)



Kaynak:ICA<<https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-statistics/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Davacıların en sık çıktığı 10 ülke (2018-2022)



Pamuk tarımı, sanayisi ve ticaretine ilişkin bilgilerle ICA istatistiği beraber ele alındığında, ülkelerin pamuk tahkimiyile arasındaki ilişkinin;

- bir kısmı için (Çin, Bangladeş, Pakistan, Hindistan, Vietnam, Endonezya, Brezilya, Türkiye, ABD) ithalatçı veya ihracatçı ülke olmak
- diğer bir kısmı için ise (İsviçre, ABD, Singapur, Hollanda, Birleşik Krallık, Fransa, Hong Kong) emtia ticaretiyle uğraşan şirketlerin merkezine ev sahipliği etmek

hasebiyle kurulduğu genellemesi yapılabilir.

Göze çapran bir diğer husus, büyük çoğunlukla davacı tarafı emtia tacirlerinin, davalı tarafı ise ithalatçı/ihracatçı ülkelerin teşkil ettiğiidir.

Girişte izah edildiği üzere ülkesel bazda taraf olma sayısı verisi, kara liste verisini anlamlı bir zemine oturtmak için hayati önem taşımaktadır. Ülkelerin uyruklarının taraf olma sıklıkları bilinmeden, olsa olsa, ticaretteki paylarına göre kara listeye girme sıklıkları anlamlı bir mukayeseye tabi tutulabilirdi. Fakat emtia ticaretinde şirket ve ülkelerin market payları kamuya açık bilgi kaynaklarında detaylı bir şekilde yer al-

madığından bu kıyaslama ancak ithalatçı ve ihracatçı ülkeler arasında yapılabilir.

ICA KARA LİSTESİ (LIST OF UNFULFILLED ARBITRAL AWARDS)

ICA kara listesi, ICA tarafından verilen kurumsal tahkim kararlarının uygulanmaması ve tarafların karar sonrasında herhangi bir uzlaşmaya da varamamaları halinde uygulanan bir sosyo-ekonomik müeyyidedir. Kara listeye girişı yapılmış bir durum şu 3 halden birine işaret edebilir:

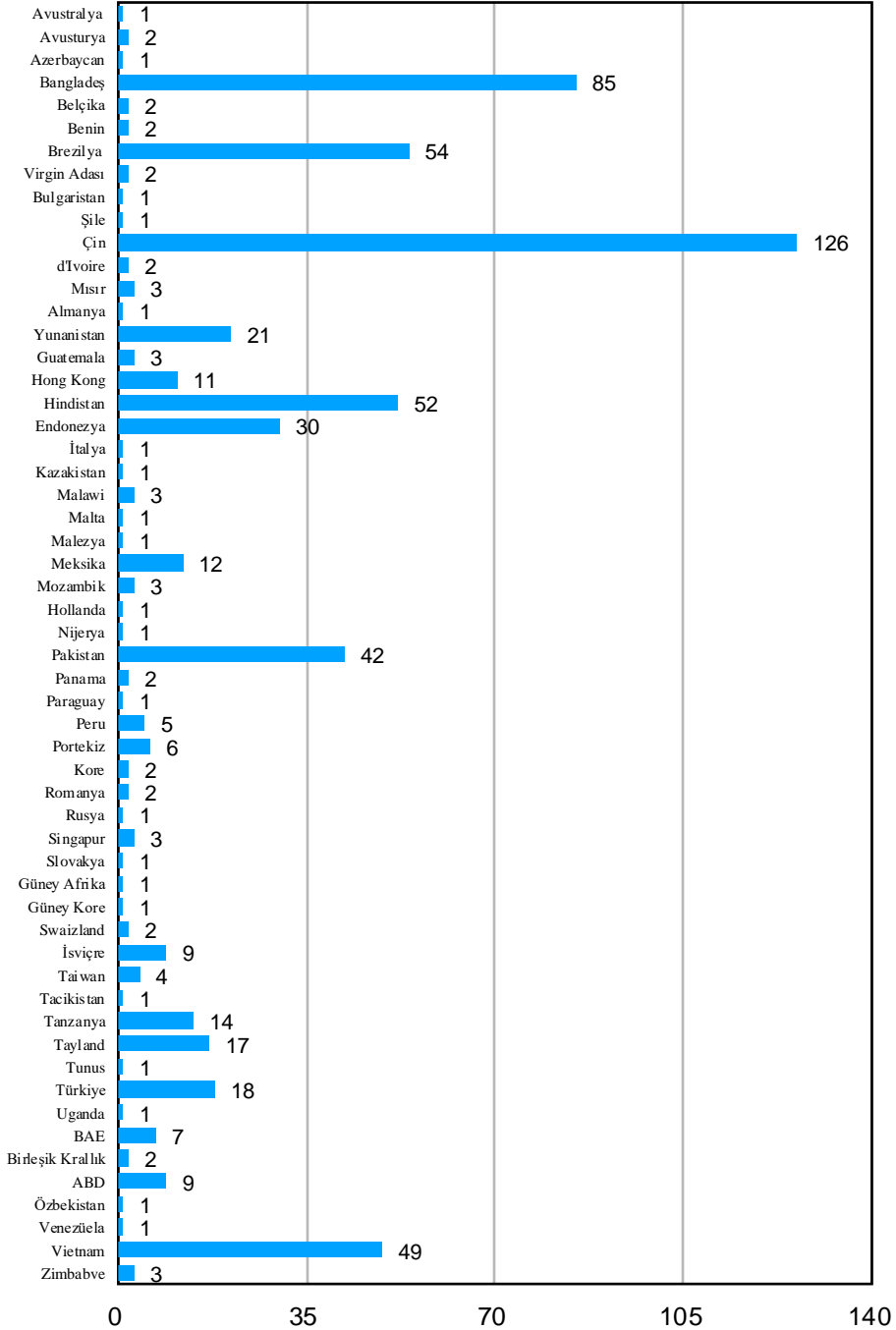
- a. Karara gönüllü olarak uyulmamıştır, kararın lehtarını tenfiz sürecine başvurmamıştır
- b. Karara gönüllü olarak uyulmamıştır, tenfiz talebi reddedilmiştir
- c. Karara gönüllü olarak uyulmamıştır, tenfiz talebi kabul edilse de cebrî icra başarılı olmamıştır⁸

Aşağıda önce ICA kara listesine yapılan girişlerin ülkesel bazda sayıları, sonra da dairesel grafikte yüzdelik oranları gösterilmiştir.

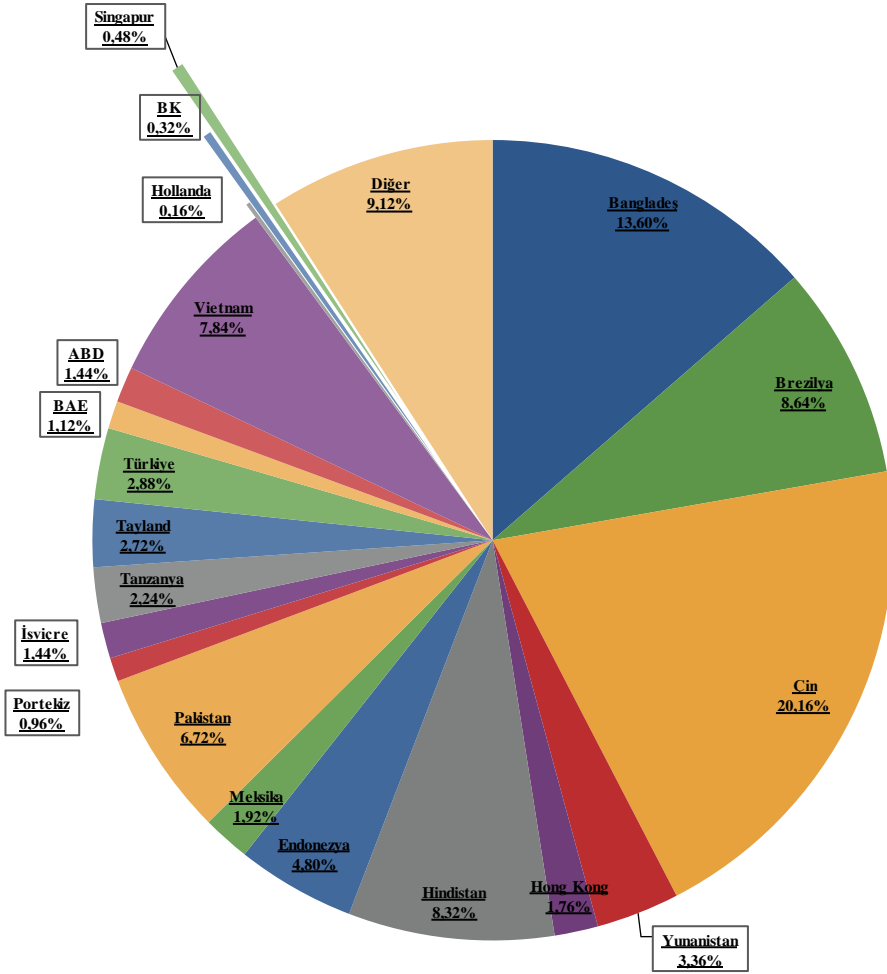
⁸ Bu ihtimalin önemi ile önemine rağmen çalışmamızda göz ardı edilmiş olması hakkında bk.: bu çalışma, bölüm 2.B ve dipnot 10 ile 59. Kara listeye giriş usulü hakkında detaylı bilgi için bk. <<https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-process/>>, ICA tahkimi ve yaptırımları için en geniş bilgi (ICA Bylaws&Rules): <<https://ica-ltd.org/safe-trading/bylaws-rules/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Kaynak: ICA <<https://ica-ltd.org/safe-trading/list-of-unfulfilled-awards/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

ICA uygulanmayan tahkim kararları listesi, kaybeden tarafın ülkesine göre.



ICA kara listesinin ÷lkesel bazda y÷zdelik grafiği



Tahkime taraf olma durumlarından arındırılmış olarak tahkim kararlarının ÷lkelere göre uygulanabilirliği

Vietnam: 20/7.8=	2.56	Hong Kong: 12/1.76=	6.81(bk.dipnot 10)
Brezilya:24/8.6=	2.79	Hollanda: 19/0.16=	>10
Endonezya: 14/4.8=	2.91	Birleşik Krallık: 17/0.32=	>10
TR: 12/2.88=	4.16	Singapur: 45/0.48=	>10
Bangladeş: 58/13.6=	4.26	ABD: 36/1.44=	>10
Çin: 91/20.16=	4.51	İsviçre: 72/1.44=	>10
Hindistan: 45/8.32=	5.4	Fransa: 11/0=	>10
Pakistan: 45/6.72=	6.69		

Oranlara⁹ bakıldığında derhal anlaşılmaktadır ki, bazı ülkelerde tahkim kararlarının uygulanabilirliği tereddüde yer bırakmayacak şekilde yüksek bir başarıya sahiptir: Hollanda, Birleşik Krallık, ABD, Singapur, İsviçre, Fransa, Hong Kong¹⁰. Diğer ülkelerde ise tahkim kararla-

⁹ Aslında kara listeye giriş sayısını, davaları kaybetme sayısına bölerek daha sağlıklı bir bulguya ulaşabilirdik fakat ICA bu istatistiği tutmamaktadır. Mesela, eğer İsviçre'den çok taraf çıkmasına rağmen bu taraflar genelde davayı kazanıyorsa, zaten karara uymama davranışı gösterme imkanı bulamazlar; bu sebeple uygulanabilirlik oranları yanlış bir şekilde yüksek gözükmüş olur. Ama bu bulgu, çok davaya taraf olan bir ülkenin tahkim sisteminin gelişmişliğinin tarafları sözleşmeye uygun davranmaya sevk ettiği, dolayısıyla dava kaybetmekten alıkoyduğu şeklinde yorumlanabilir.

¹⁰ Hong Kong, tahkim alanında yapılan anketlerde istikrarlı bir biçimde tahkime taraftar özelliğiyle tahkimin en ön saflarında yer alan bir bölge olsa da ICA verilerinde kararların uygulanabilirlik oranının düşük çıkması bizi verileri daha detaylı ele almaya sevk etmiştir: kara listeye giren Sun Hing Lee Holdings Textile Ltd, bürosu Hong Kong'da lakin fabrikaları Çin ankarasında Lufeng şehrinde bulunan bir pamuk imalatçısıdır; iplik ve bez üretimi yapmaktadır <<https://www.tradeeasy.com/supplier/703023/sun-hing-lee.html>>. Dolayısıyla kara listeye girme sebebi büyük ihtimalle Hong Kong'da aleyhindeki tahkim kararının tenfiz edilememesi değil mallarının Çin'de olması sebebiyle Hong Kong'da icranın başarısız olmasıdır. Kara listedeki bir diğer şirket olan Quinsah, Amerika Pamuk İhracatçıları Birliği'nin (ACEA) kara listesine ülke kategorisi olarak Çin üzerinden girmiştir <<https://acea-cotton.org/list-of-parties-reported-to-be-in-default-2/>>, çeşitli internet sitelerinde merkezi Şangay, Çin olarak gösterilmiştir <<https://en.52wmb.com/buyer/82246300>>, <<https://spec.sustainabilitymap.org/global-organic-textile-standard/listing/shanghai-quinsah-international-trading-co-ltd/>>. Zaten ICA listesinde de "Quinsah (HK)" olarak geçmektedir, (HK) ibaresi merkezi Şangay'da olan şirketin Hong Kong şubelerini ifade ediyor olabilir. Bu durumda da, belki, Hong Kong şubesi veya bürosunda icraya kabil mal bulunamamıştır. Benzer bir durum, merkezi British Virginia Islands'da olan Meritex International Ltd için de söylenebilir. Ayrıca kara listeye girişlerden 3'ü aynı şirket aleyhindedir: Viewer Development Co Limited ve bu şirketin de merkezi ve ticaret sicil kaydı ABD'de olan, Hong Kong'da da bir işletmesi bulunan bir ithalatçı-ihracatçı şirket olduğu anlaşılmaktadır <<https://connect2india.com/global/VIEWER-DEVELOPMENT-CO-LIMITED/106078438>>. Dolayısıyla esas malvarlığı ABD'de olabilir. Anketlerde (bk. Bu çalışma, 2.Bölüm B başlığı) alacaklıların tahkim kararlarının icrasında en çok karşılaştığı sorun olarak borçlunun mallarının bulunamaması ifade edilmiştir. Çalışmamız bu husus üzerinde yeterince duramasa da (bk. Bu çalışma, dipnot 59), Hong Kong'da hem kara listeye girme hem de davalara taraf olma sayıları küçük olduğu için icra probleminin veri üzerindeki belirleyiciliğini çok daha artırdığı kanaatindeyim. Buna Hong Kong ülkesinin nevi şahsına münhasır siyasi ve ekonomik özellikleri de katkı sağlamış olabilir (özellikle sicile kaydolunan ülke-merkezin bu-

rı farklı uygulanabilirlik oranlarına sahip olmuş, fakat tahkim taraftarı ülkelerde göze çarpan bariz yüksek seviyesine çıkmamıştır: Çin, Brezilya, Bangladeş, Vietnam, Türkiye, Pakistan, Endonezya ve Hindistan'dır¹¹.

Tahkim taraftarı ülkelerin ortak özelliği, bunların pamuk üretimi, ithalatı, ticareti yahut pamuk tahkimine taraf olmaktadır. Tahkim taraftarı olmayan ülkelerde ise, tahkim kararlarının gereklerinin bir şekilde görülememesi, ülkenin pamuk ticareti hacmindeki ve tahkim yargılamalarındaki taraf statüsündeki rakam büyüdükçe doğru orantılı bir şekilde artmaktadır.

Kara listeye girme şartları gereği bu olgu hem tahkim kararına gönüllü olarak uyulmama hem de kararın cebren icra edilme/edilememe ihtimallerini kapsamaktadır. Çalışmanın geri kalan bölümünde bu olgunun, tahkime taraftar tavrın dolaylı etkisinin yokluğunun yarattığı sosyal kontrol açığının tacirler arası toplumun sosyo-ekonomik yaptırımlarıyla doldurulamamasından kaynaklanan boyutu üzerinde duracağız. Tahkime hasmane tavrın doğrudan etkisinin kara listeye girme olgusunu doğuracağı zaten bir totoloji olduğundan, tartışmalarımızı hasmane tavırların gönüllü uyma davranışını caydırması meselesine yoğunlaştıracaktır.

II. BULGULARIN TAHKİM ALANINDAKİ ANKETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Bu bölümde, ICA istatistiklerinden ulaştığımız bulguları uluslararası tahkim alanında Queen Mary University of London The School of International Arbitration (SIA) tarafından tahkim yargılamalarının özneliyle yapılmış anket çalışmalarının¹² verileriyle mukayese edeceğiz. Bu

lunduğu ülke-ticari işlerin yürütüldüğü şubenin bulunduğu ülke-malvarlığının bulunduğu ülke farklılaşması Hong Kong'da çok daha dinamik olduğu için). (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

¹¹ Yunanistan, Meksika, Tanzanya ve Tayland; kara listeye girme sayıları Hong Kong'tan yüksek olup taraf olma oranları Hong Kong'tan düşük olduğuna göre kararların uygulanabilirlik oranı 6.81'den daha düşük olacaktır.

¹² Çalışmamda, kuruluşun Corporate Attitudes and Practices (2006), Corporate Attitudes: Recognition and Enforcement of Foreign Awards (2008), Choices in International Arbitration (2010, White & Case LLP sponsorluğuyla), Current and Preferred

başlık altında verilen (yayınlanma yılı; sayfa sayısı şeklindeki) metin içi atıflar, 12.dipnotta belirtilen kaynaklara gönderme yapmaktadır.

A. Ülkeler ve Şehirler

Pek çok kurumsal danışman, Afrika ve Orta Amerika'dan ülkeler ile Çin, Hindistan ve Rusya'yı "yabancı tahkim kararlarının icrasına hasmane" olarak algıladıklarını ifade etmiştir. En çok Çin olmak üzere, Brezilya, Hindistan ve Güney Kore müteaddit kez bu kapsamda zikredilmiştir. Daha geniş coğrafi ölçekte de Orta Amerika, Güney Amerika ve Afrika'ya işaret edilmiştir. Fakat pek çok durumda bu algı gerçek bir hasmane tutum olarak tecrübe edilmemiştir. Tahkim kurumları ise; Çin, Türkiye ve Tayvan'ı, tahkim kararlarının icrasında tarafların en çok zorluk yaşadığı ülkeler olarak belirtmiştir. (2008; 11) Katılımcıların tahkim yeri olarak 1.sırada tercih ettikleri 4 ülke: İngiltere (29), İsviçre (9), Fransa (8) ve ABD (9). Bu ülkeleri tahkim yeri ülkesi olarak tercih etme saiklerinde 29 kişi hukuki gerekçeleri 1.sıraya koyarken, 25 kişi suhuleti, 17 kişi tarafsızlığı ve 6 kişi delillere yakınlığı 1.sıraya koymuştur. (2006; 14)

Bu veride -çalışmamızın kapsamına girmeyen Rusya, G.Kore, Tayvan, Orta Amerika ve Afrika değerlendirmeden hariç tutulursa- bulgularımız ile uyumlu olarak Çin, Hindistan, Türkiye ve Brezilya tahkime hasmane; mezkur Batı Avrupa ülkeleri ve ABD de tahkime taraftar özelliğiyle öne çıkmıştır. Tahkim için tercihe şayan görülen ülkelerin niçin böyle görüldüklerinin birinci sırada hukuki gerekçelere dayanması, bu ülkelerin hukuk sistemlerinin uluslararası tahkim müesseselerini ele alış biçiminin önemini vurgulamaktadır.

Tahkim yeri tercihleri: Londra %30, Cenova %9, Paris %7, Tokyo %7, Singapur %7, New York %6, Diğer %34. Katılımcıların, daha önce tahkim yeri olarak gitmedikleri yerler hakkındaki algılarının ölçüldüğü bir soruda, Singapur en iyi algılanan yer olarak belirtilmiş ve onu Hong Kong takip etmiştir. Moskova ve Çin ise en düşük puanı alan iki yer olmuştur. (2010; 19)

Practices in the Arbitral Process (2012, White & Case LLP sponsorluğuyla), Improvements and Innovations in International Arbitration (2015, White & Case LLP sponsorluğuyla), International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (2018, White & Case LLP sponsorluğuyla) ve International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World (2021, White & Case LLP sponsorluğuyla) çalışmalarından yararlanılmıştır: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

Son 5 yılda sizin veya kurumunuzun en çok kullandığı tahkim yeri nedir? %45 Londra, %37 Paris, %22 Hong Kong, %19 Singapur, %14 Cenova, %12 New York, %11 Stockholm.

Sizin veya kurumunuzun en çok tercih edeceği 3 tahkim yeri hangileridir? %47 Londra, %38 Paris, %30 Hong Kong, %24 Singapur, %17 Cenova, %12 New York, %11 Stockholm.

Niçin bu yerler en çok tercih edilen yerler oldu? %65 Tahkim yerinin ünü ve tanınırlığı (reputation and recognition), %42 Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, %33 Sözleşmenin veya uyuşmazlık tipinin özellikleri, %28 O yerle kişisel bağ, %28 Kurumun politikası/standart şart ve maddeler, %17 Karşı tarafın direktmesi, %12 Diğer, %11 Harici danışmanın tavsiyesi. (2015; 12, 13) 2018 ve 2021 anketlerinde (2018->2021) tahkim yeri tercihleri: Londra (%64->%54), Paris (%53->%35), Singapur (%39->%54), Hong Kong (%28->%50), Cenova (%26->%22), New York (%13->%12). 2018 anketinde ayrıca Sao Paulo, Rio de Janerio ve Miami bilhassa Latin Amerika'da popüler tahkim yerleri arasında yerini almıştır. 2021 anketinde ise Beijing (%12), Şangay (%8), Stockholm (%6), Dubai (%5), Zürih, Viyana, Washington DC, Miami, Shenzen, Sao Paulo, Frankfurt ve Lahey %2-4 arasında değişen tercih edilirlilik oranlarıyla kaydedilmiştir. 2021 anketinde Çin anakarasından Şangay, Shenzen ve Beijing'in geçmiş anketlere nispetle öne çıkışı not edilmiştir.

Bütün anketlerde, tahkim yeri tercihlerinin böyle olmasına sebep olan en büyük saikin, ün ve tanınırlık (reputation and recognition) olduğu ifade edilmiştir. (2018; 9,10 2021; 6,7)

Anketler, tahkim yeri olarak seçilen şehir ve ülkeler bakımından detaylı veriler içermektedir. Tahkim yeri tercihleri istikrarlı bir şekilde tahkim taraftarı ülkeleri işaret etmiştir. Latin Amerika ve Çin anakarasının öne çıkışı, kanaatime göre, bu bölgelerde tahkime başvuru sayısının çokluğunun, taraflara yakınlık bakımından büyük konfor sağlayan (suhuletin bir tahkim yeri tercih kriteri olduğu bu başlıktaki 1.veriden de anlaşılmalıdır) bölgesel tahkim yerlerine de "taşması" şeklinde açıklanabilir zira bu tahkim yerleri, bu bölgeler dışından yoğun talep görmemiş, kendi bölgelerinden kaynaklanan talepte de dünyaca meşhur tahkim yerlerinin arkasında kalmışlardır (2021; 7). Fakat Çin ve Brezilya hukuk sistemleri üzerinde yapılacak kronolojik ve bütüncül bir çalışma, tahkimin kavranışında son zamanda yaşanan bir gelişmenin varlığını tespit edebilirse bu oranlardaki artışa kaynak olarak gösterilebilir.

2021 anketinde, diğer tahkim yerlerinin katılımcılar tarafından tercih edilebilmesi için hangi şartları taşıması gerektiği sorulmuş, katılımcılara en çok üç şart belirtme hakkı tanınmıştır: %56 Tahkimin yerel mahkemeler ve yargı tarafından daha fazla destek görmesi, %54 Yerel hukuk sisteminin tarafsızlığı ve nötrlüğü, %47 Tahkim anlaşmalarının ve verdikleri tahkim kararlarının icra edilirliğine ilişkin daha iyi kayıt tutmaları, %39 Acil durum hakemlerinin geçici hukuki koruma kararları ve ara kararların icra edilebilirliğinin artması, %28 Yerel mahkemelerin tahkimle ilgili meselelerle uzaktan uğraşabilme yeteneği, %25 Yargının politik stabilitesi, %14 Tahkim kararlarının elektronik ortamda kaydedilmesi, %8 Kabil-i rücu olmayan üçüncü kişi finansmanına izin verilmesi, %3 Diğer. (2021; 8)

Bu veriler, katılımcıların tercih etmedikleri tahkim yerlerini hangi şartlar altında tercih edeceklerini göstermenin yanı sıra halihazırda tercih ettikleri tahkim yerlerinin hangi başarıları elde etmiş olduğunu düşündüklerini de dolaylı olarak göstermektedir. En çok öne sürülen “tahkimin yerel mahkemeler ve yargı tarafından daha fazla destek görmesi” hiç şüphesiz ki tahkim kararlarının icra edilme aşamasını evleviyetle kapsamaktadır. Pek çok katılımcının, tahkim anlaşmalarının ve kararlarının o yerde ne kadar icra edilmekte olduğuna ilişkin somut verileri görmek istemesi (%47), katılımcıların tahkime icra ve icbar boyutunda verilen desteğin boyutunu o yere duydukları güvene esas kıldıklarını ortaya çıkarmaktadır. Yargının politik stabilitesi ve yerel hukuk sisteminin tarafsızlığı dolaylı yoldan icra aşamasını ilgilendirmektedir; politik yönlendirmelere açık, taraflı bir yargıda tahkimin kazanan tarafı için kazancını materyalize etmek bakımından büyük bir öngörülemezlik oluşacaktır. Tahkim yerinin seçiminde devletin tahkime desteği, yerel hukuk sisteminin tarafsızlığı ve tahkimin icrasına ilişkin beklentilerin, özellikle iptal davası tahkim yerinde açılabilmesi için önem taşımaktadır.

Katılımcıların tahkimde elde ettikleri geçici hukuki korumaların ortalama uygulanırlık oranı %35 olmuş, bu uygulanırlığın %62’si gönüllü olarak gerçekleştirilmiştir. Geçici hukuki koruma kararlarına gönüllü uyma yüzdesi en yüksek batı Avrupa’da (%68) en düşük doğu Avrupa’da (%39) gerçekleşmiştir. Geçici koruma kararlarının ortalama %10’unun tenfizi için mahkemeye başvurulmuştur, bölgesel olarak bu oran; Kuzey Amerika’da %3, batı Avrupa’da %6, Asya’da %10, Afrika ve Orta Doğu’da %19, doğu Avrupa’da %23, Latin Amerika’da da %23 olarak kaydedilmiştir. (2012; 17).

Bu veri, bilhassa %62'lik gönüllü uymayı ve mahkemeye başvuru oranlarındaki düşüklüğü işaret etmesi yönünden; tahkime gönüllü katılımın altını çizen, bu sebeple ilk bakışta devlet eliyle icranın önemini ikincilleştiren bir niteliğe sahip görüntüsü verse de verilerin bölgesel dağılımına ilişkin detay tam aksi yöndeki yargıyı desteklemektedir. Şöyle ki; tahkim kararlarının icrasına en sıcak bakan ülkelerde en yükseğe çıkan, bu aşamadaki destek düştükçe de düşen gönüllü uyma oranıyla karşılaşmaktayız. Mahkemeye başvurma ihtiyacı da, aynı denklemin ters orantılı görünümünden ibarettir. Burada Asya'nın mı, Orta Doğu ve Afrika'nın mı, Doğu Avrupa'nın mı yoksa Latin Amerika'nın mı icraya en düşük desteği verdiğinin yargısına varmak, verilerin güvenilirliğini ve detayları yansıtmaya kapasitesini gereğinden fazla zorlayabilir. Ayrıca Asya denildiğinde Singapur ve Hong Kong gibi tahkim taraftarı merkezlerle Çin gibi tahkime daha soğuk bakan ülkeler aynı potaya konulmuş olmaktadır. Fakat Batı Avrupa ve Kuzey Amerika'nın, dünyanın geri kalanından farkı, hem bizim bulgularımız hem de anketlerdeki diğer verilerle uyum arz etmektedir. Bu uyum ise, bir hukuk sisteminde tahkim kararlarına icra desteği -ve daha geniş ölçekte tahkim taraftarlığı- arttıkça gönüllü uyma oranında artış; tam tersi durumda ise kaybeden tarafın tahkime düşük destekten beklentiye girmesi suretiyle gönüllü uyma oranında azalış ve bunun doğal bir sonucu olarak lehine karar verilen tarafın mahkemeye başvuru ihtiyacında artış şeklindedir. (Bk.Başlık 2.C, weak case)

B. Kararların İcrası

Tanım-tenfiz sürecinde, icra yerinden mütevellit sorunlar yaşayanlar, bu sorunların kaynağında şunları görmüştür: %32 tanım-tenfiz prosedürü, %24 yerel icra prosedürü, %12 yüksek maliyet, %22 zaman, %10 hakimlerin ve adliye personelinin yolsuzluklarına bağlamıştır. Tanım-tenfiz ve icra prosedürü olarak görüş belirten (%32+%24) %56'nın çoğu, bunu yerel görevlilerin ve hakimlerin tutumlarına bağlamıştır. Bu sorunlar genelde, aşılabilir zorluklar olarak değil komplikasyon olarak nitelendirilmiştir.

Tanım-tenfiz sürecinde şu sorunları hangi sıklıkla yaşadınız? %17 İcra edilecek ülkenin tahkime tutumu hasmaneydi, %46 Kaybeden tarafın malları yoktu, %24 Kaybeden tarafın malları belirlenemedi/bunlara ulaşamadı, %6 1958 NY Antlaşması uygulanamadı, %2 yerel hukuka göre icranın edilebilirlik süresi geçmişti, %5 diğer.

İcra yerini seçerken hangi etkenleri baz alırsınız? %27 Borçlunun yeterli malvarlığının bulunduğu ülke olması, %22 İcra yerinde uygulanan tanıma-tenfiz usulü, %20 1958 NY Antlaşmasının ve ilgili diğer uluslararası antlaşmaların uygulanabilirliği, %18 Yerel mahkemelerin tavrı, %12 Devletin bağımsızlığına ilişkin hususlar, %1 Diğer. (2008; 10,11)

Uluslararası tahkim kapsamında icrada karşılaşılan birinci sorunun borçlunun malları olup kararların icra edilebilirliği olmaması 1958 Antlaşması'nın başarısı olarak görülebilir. Bu anketin yapıldığı tarihte dahi antlaşmanın neredeyse küresel kabule şayan olması, devletlerin bu antlaşmayla yabancı tahkim kararlarını tanıma ve tenfiz yükünü kural olarak üstlenmiş olmalarını kararların icra edilmesinin açıkça ve sistematik olarak reddedilmesi ihtimalini sorun olmaktan çıkarmış ve geriye sadece icra sürecindeki "komplikasyonlar"ı bırakmış gibi gözükmektedir. Ayrıca %17'lik oranın kürede eşit dağılmadığını unutmamak gerekir. Fakat ankette kararın icra edileceği ülkeyle ilintili olarak belirtilen (%17+%6) %23'lük kısım ihmal edilmemelidir. Gerçekten de, icra yerine ilişkin ankette (%22+%20+%18) %60'lık bir kısmın icra yerinde tanıma-tenfiz ve dolayısıyla icra edilebilirliğin önemine işaret etmesi dikkate değer.

C. Karara Gönüllü Uyma

Ankete katılan şirketler uyuşmazlıkların halline ilişkin olarak; %25 tahkim dışı uzlaşma, %7 tahkim yargılamasında uzlaşma, %49 tahkim kararı ve bu karara gönüllü uyma, %11 tahkim kararı ve tanıma-tenfiz süreci, %6 tahkim kararı akabinde mahkeme yargılaması, %2 devlet yargısında uzlaşma bildirmişlerdir. Uzlaşmaya varanlar için etkin saik; %27 iş ilişkilerini korumak, %23 yargılama maliyetlerini önlemek, %21 davada elinin güçlü olmaması (weak case/weak position), %17 lüzumsuz gecikmeyi önlemek, %5 kararın icra edileceği ülke hakkındaki endişeler, %5 kaybeden tarafın icrayı kabil malları hakkındaki endişeler olarak ifade edilmiştir (%2 diğer). İş ilişkilerini koruma saikinin özellikle uzun süredir iş yapan taraflar arasında ve pazarın alternatif bir tedarikçi yelpazesi arz etmediği durumlarda önem kazandığı belirtilmiştir. Katılımcı şirketlere, taraf oldukları uyuşmazlıklarda tahkim kararlarının karşı tarafça gönüllü olarak ifa edilme oranları sorulduğunda bu oran; %84 yüzde 76'dan fazla, %8 yüzde 51-75, %3 yüzde 26-50, %2 yüzde 25'ten az, %3 ise hiç olarak belirtilmiştir. Tahkim kurumlarının neredey-

se %50'si, bünyelerinde verilmiş kararlar bakımından bu oranı yüzde 76'dan fazla olarak belirtmiştir. (2008; 6,7,8)

Bir tarafın davada elinin güçsüz olmasının uzlaşmaya varmada %21 oranında etkin saik olması ve bunun iş ilişkilerini korumak ve yargılama maliyetlerini önlemek gibi önemli ekonomik saiklerden sonra 3.olarak zikredilmesi ile kararların icra edilebilirliği arasında şöyle bir ilişki bulunmaktadır: bir ülkede tahkim kararlarının icra edilmeyeceğine veya bu sürecin çeşitli komplikasyonlarla dolu olacağına güven artarsa, yargılama sonucunda haksız bulunma ihtimali yüksek olan taraf dahi bu riske binaen uzlaşmaya varmaya yönelmeyecektir, çünkü zayıf haksız bulunma riski gerçekleşse bile riskten yararlanan -hakkı bulunan- taraf bu yararını materyalize edemeyecektir. İş ilişkilerini korumak gibi başka bir sebeple uzlaşmaya yönelebileceği söylenebilir de bu ihtimal, zaten bu %21'lik oranın içinde yer almamaktadır çünkü ankette müstakil bir seçenek olarak değerlendirilmiştir. Yani yargulamada zayıf tarafta olacak olmanın uzlaşmaya sevk etmesinin %21 gibi -diğer seçeneklerle birlikte değerlendirildiğine- yüksek sayılabilecek etkinliğe kavuşması, ancak yargılama sonucu alınacak kararın icra edileceğine ilişkin esaslı bir beklenti sayesinde mümkündür. Aksi durumda bu risk ne kadar yüksek olursa olsun göze alınacaktır çünkü gerçekleşse bile zarar doğurmayacaktır; kaybeden taraf da işte tam bu vaziyeti ekonomik bir menfaate dönüştürmek saikiyle hareket edebilecektir.

Kararlara gönüllü uymaya ilişkin verideki değerlendirme, bu başlığın ikinci paragrafındaki veriyle birlikte düşünüldüğünde ve uzlaşmaya ilişkin mülhaza da göz önüne alındığında, tahkim yargulamalarında (gönüllü uyma ve uzlaşma gibi) nihai kararın elde edilmesi ve bunun tenfiz edilmesine alternatif hallerin dahi sosyal kontrol gücünün nihai kararın icra edilebilirlik gücünden önemli ölçüde beslendiği ifade edilmelidir.

Bu beslenmenin gerçekleştiği bir diğer yol ise, ilginç bir şekilde, icra edilebilirliğin güçsüzlüğünden kaynaklanabilir: kaybeden/kaybedecek olan taraf iş ilişkilerini korumak için karara bir şekilde uyma veya uzlaşma yoluyla uyuşmazlığı çözme saikiyle hareket eder, kazanan/kazanacak olan taraf ise tahkim sonucu elde ettiği nihai kararın icra gücünün düşüklüğünden ötürü, işin tanıma-tenfiz sürecine girmeden sonuçlanmasını ister. Güçsüz taraf da tam olarak bunu bildiği için, gerçek borcundan daha düşük bir rakam üzerinde uzlaşma/kısmi

feragati müteakip karara uyma yoluyla hem iş ilişkisini korur, hem kara listeye girmez ve üçüncü kişilere karşı güvenilirliğini korur, hem asıl borcundan indirim elde eder; güçlü taraf ise gerçek borç üzerinde elde edeceği nihai kararı icra ülkesinin tenfiz komplikasyonları sebebiyle icra edemeyeceğini bilir, alacağını kısmen de olsa erken sayılabilecek bir zamanda elde etmiş olur: tahkim kararlarının icra zaafiyeti uzlaşma ve gönüllü uymaya teşvik etmiş olur.

Tenfiz ve icra aşamasında karşılaşılan süre ve maliyet gibi külfetlerin küçülmesi halinde, tahkimin galip tarafı için uzlaşmadan ziyade kararın tenfiz ve icrasının daha cazip bir yol, belki de dominant strateji haline geleceği de ifade edilmelidir.

D. İcra Edilebilirlik Özelliği

Ankete katılanlardan, uluslararası tahkimin en önemli avantajlarını sıralamaları istendiğinde; icra edilebilirlik 24 kişi tarafından 1.sırada gösterildi. Gizlilik 17, hakemlerin seçilebilirliği 16, esneklik 11 kişi tarafından 1.sıraya kondu. (2006; 6)

Tahkimin en değerli üç karakteristiği nedir? Kararların icra edilebilirliği (%65) Mahalli hukukları ve devlet mahkemelerini "önleme" (%64) Esneklik (%38) Hakemlerin seçimi (%38) Mahremiyet ve gizlilik (%33) Tarafsızlık (%25) Nihailik (%18) Hız (%10) Maliyet (%2) Diğer (%2). (2015; 6)

Tahkimin en olumsuz 3 özelliği: Maliyet %68, Yargılama sürecinde etkin yaptırımların yokluğu (%46), Hakemlerin etkinliğine ilişkin öngörü noksanı (%39), Yavaşlık (%25), Yerel mahkemenin müdahalesi (%25),... (2015; 7)

Tahkimin en değerli üç karakteristiği nedir? Kararların icra edilebilirliği (%64) Mahalli hukukları ve devlet mahkemelerini "önleme" (%60) Esneklik (%40) Hakemlerin seçimi (%39) Mahremiyet ve gizlilik (%36) Tarafsızlık (%25) Nihailik (%16) Hız (%12) Maliyet (%3) Diğer (%2). (2018; 7)

Tahkimin en olumsuz 3 özelliği: Maliyet %67, Yargılama sürecinde etkin yaptırımların yokluğu (%45), Üçüncü kişilere etki noksanı (%39), Yavaşlık (%34), Hakemlerin etkinliğine ilişkin öngörü noksanı (%30), Yerel mahkemenin müdahalesi (%23),... (2018; 8)

Tahkimin geleceğinde en büyük rolü hangi özellik oynayacak? %61 Teknolojinin de kullanılmasıyla etkinliğin artırılması, %43 Öngörülebilirliğin ve kararların icra edilebilirliğinin artması...(2018; 38)

2018 anket metnindeki şu yorumun altının çizilmesi gerekir: "Cevap verenlerin %43'ünün öngörülebilirliğin ve kararların icra edilebilir-

liğin artmasının uluslararası tahkimin geleceğinde önemli rol oynayacağına işaret etmesi, teoride New York Sözleşmesi hükümlerinin sağladığı kolaylığın pratikte kararları muhtelif yerlerde tenfiz ve icra etmek isteyen katılımcıların daha az başarılı tecrübelerinin düşüncelerinden kaynaklanıyor olabilir". Gerçekten de icra edilebilirlik çözülmüş bir mesele olsaydı tahkimin geleceğine en büyük rollerden birini oynayacağına işaret edilmemesi beklenirdi. 1958 Sözleşmesi'nin mevzuat düzeyinde sağladığı global birlik, çalışmamızın sonraki bölümünde görüleceği üzere, devlet yargılarının mevzuatı yorumlamak konusundaki tavırlarına bu ölçekte sirayet etmemiştir.

E. Nihailik ve Temyiz

Katılımcıların %91'i tahkim kararlarına karşı herhangi bir olası temyiz mekanizmasına karşıdır, nihailiği tahkimin yaşamsal bir özelliği olarak telakki etmektedir. %9, geçmiş olumsuz tahkim tecrübelerini, olası bir temyize sıcak bakmalarının sebebi olarak işaret etmiştir. (2006; 15)

Katılımcıların %77'si ticari tahkimde (%61'i yatırım tahkiminde) temyiz mekanizmasına karşı çıkmıştır. Ticari tahkimde olası bir temyiz nasıl olması gerektiği: %26 Aynı tahkim kurumu içinde ek bir duruşma şeklinde, %26 Farklı bir tahkim kurumunda, %20 Uluslararası bir mahkemede, %19 Yerel bir mahkemede, %9 Diğer. (2015; 8,9)

2015 ve 2006 anketlerindeki temyize bakış açıları arasındaki farkın en azından bir kısmı, 2015 anketinde müteakip sorudaki şıklarda gelen "uluslararası tahkim mekanizmaları içerisinde bir temyiz" fikri ile açıklanabilir. Büyük ihtimalle 2006'daki soruya muhatap olan kişilere tahkim kararlarının temyizi denildiğinde bu onlara evleviyetle devlet yargısını çağrıştırdı, buna karşın 2015 yılındaki anketin katılımcıları anketin bir sonraki sorusunu gördüklerinde "tahkime tahkim içinde temyiz" fikri temyize karşı bir yumuşama sağlamış olabilir. Bu önerme ancak bir ihtimal olsa da, olası bir temyiz özelliğinin nasıl olması gerektiği %52 katılımcı tarafından yine tahkim kurumları içerisinde bir temyiz şeklinde cevaplandırılması, kanaatime göre bu ihtimali kuvvetlendirmektedir. Her hâlükârda katılımcıların ezici çoğunluğu devlet yargısında tahkim kararlarının temyizine karşıdır.

F. Acil Durum Hakemliği (Emergency Arbitration)

Son 5 yılda tahkime gidilen kaç olayda acil durum hakemi talebinde bulundunuz? %66 0, %30 1-5 olayda, %3 5-10 olayda, %1 10+ olayda.

Acil durum hakemliğinin etkinliği: %36 Etkin, %30 Nötr, %34 Etkin değil

Hakem heyetinin teşekkülünden önce ihtiyati tedbire(geçici hukuki korumaya?) ihtiyaç duysanız, hangi seçenek baskın tercihiniz olur? %46 Yerel mahkeme, %29 Acil durum hakemi, %26 Kararsız. Bu tercihinize sebep olan en önemli 3 etken nedir? %79 Verilecek kararların icra edilebilirliği, %40 Başvurunun başarıya ulaşma beklentisi, %39 İlgili yerel mahkemeye aynılık, %32 Uyuşmazlığa uygulanabilir tahkim kuralları, %29 Esas tahkim uyuşmazlığına etkisine ilişkin beklenti, %27 Tahkim yeri, %20 Geçici koruma/ihtiyati tedbirin maliyeti, %11 İlgili tahkim kurumuyla veya atamayı yapan otoriteyle aynılık, %4 Diğer (2015; 25, 27, 28)

İcra edilebilirlik özelliğinin önemi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerin özellikleri gereği geçici hukuki korumalar ve acil durum hakemliği müessesesinde büyük bir farkla en çok altı çizilen husus olmuştur. Tarafları tahkim yargılamalarının süreci ve sonucu bağlamında işbirliğine, kararlara gönüllü uymaya, diyaloga ve ekonomik ilişkileri korumaya sevk eden saiklerin “yaptırım” gücünün gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “tanım gereği” azaldığı görülmektedir. Kişiler bu hallerde hukuk güvenliği ve öngörülebilirliğine “sarılmaktadır”. Tahkim hukukunu ve bu hukukun gönüllülük esasını oluşturan doğal (ekonomik ve sosyal) şartların, aynı zamanda bu gönüllülüğün sınırlılığının da özünü teşkil ettiği tespit edilmekte; somut anlamda sınırını çizdiği gözlemlenmektedir. Bu durum, devlet yargısının aslında tahkime göre daha “suni” olmadığı, tahkimi oluşturan sosyo-ekonomik ihtiyaçlardan farklı bir özellikler arz eden fakat neticede tıpkı onlar gibi doğal bir takım ihtiyaçlardan türediği şeklinde yorumlanabilir¹³.

¹³ Anket bölümünün değerlendirmesi için: bu çalışma, bölüm 4 (II).

III. ÜLKELERİN DOKTRİN VE İÇTİHATLARINDA TAHKİM KARARLARININ TENFİZİNE BAKIŞ AÇISI

Bu bölümde farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde, bilhassa yargı organlarının tahkim hukuku müesseseleri hakkındaki yerleşik yorumlarında yer alan “tahkime hasmane hukuki unsurlar” ele alınacaktır. Burada herhangi bir ülkenin tahkim hukukundaki bakış açısını bütüncül olarak değerlendirme imkanı bulunmamaktadır. Zaten tahkime hasmane tavrın dolaylı etkisinin gönüllü uyma davranışını caydırması için, bütün bir hukuk sisteminin değerlendirilmesi gereği de bulunmamaktadır. New York Sözleşmesi’nin tahkim kararlarının icrasını esas tutan, tenfizin reddini veya kararın iptalini son derece istisnai olarak konumlandıran ruhuna aykırı olarak, yine Sözleşme’nin içindeki kavram ve müesseseleri tahkim sürecinin iç işleyişine karışmak ve kararın esasını tartışmaya açmak için araçsallaştıran, adeta devlet yargısını “esas¹⁴”, tahkim yargısını ona tabi veya onun yanında ikincil kılan bir bakış açısının bir ülkenin hukuk sisteminde kalıcılık kesbettiğine dair bir emare, tahkim yargılamalarının kaybeden taraflarının, devlet yargısının bu bakış açısından bilistifade kaybettikleri tahkimlerin zararlı sonuçlarından kurtulmak için tenfizin reddi ve iptal yollarını sonuna kadar kullanacağını düşünmemiz için yeterlidir ki, tam da bu süreç kara listeye tahkim kararının gereğinin görülmemesi olarak yansımaktadır. Bu sebeple tahkime hasmane ülkeler dediğimizde de; hukuk sisteminde, tahkime hasmane yerleşik nitelikli unsurlar barındıran ülkeleri kastetmekteyiz. Aşağıda ismi geçen ülkelerin hep tahkime hasmane tavırlarından örnek vermemizin amacı da, bu ülkelerin tahkim hukukuna bakış açılarının temsil edici bir nicelikte hasmane tutum içerdiğini düşünmemizden de-

¹⁴ Türk yargısından bu bakış açısını özetleyen sade bir cümle: “Taraflar arasında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözülmesi gerekir.” Bu bakış açısı, tahkim hukuku müesseselerini devlet lehine en müdahaleci, tahkim aleyhine en kısıtlayıcı, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kararlarının icra edilirliği bakımından en dar ve kamu düzeni benzeri tenfizin reddi/iptal gerekçelerini en geniş yorumlayan hukuk anlayışının tahkim-devlet yargısı ayırımına ilişkin en genel önermelerinden biridir. (İstanbul BAM 3HD, 09.11.2022, 2343/2902). Benzer yönde: “Çünkü uyumazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar. Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hâkimde yargılamaya hakkına aykırı düşer” Yargıtay 19.HD’nin 11.03.2004 tarihli, 2003/2654 E. ve 2004/2603 K. sayılı kararı

ğil, çalışmamızda önerdiğimiz tezin bu ülkelerin hukukunun az veya çok olması ikincil¹⁵, mevcut ve yerleşik olması birincil planda önemli olan tahkim karşıtı tutumlar içerdiği iddiasının ispatını gerçekleştirmek ihtiyacımızdandır.

Bu nitelikte uygulamalara en sık olarak tahkim sürecinin başlangıcı olan tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılmasında ve nihayeti olan tahkim kararının “kamu düzenine aykırı olmamak” kriterine göre değerlendirilmesinde rastlamaktayız.

A. Tahkim Anlaşmasının Geçerlilik Şartlarının Sıkı Uygulanması

Bir ülke tahkim anlaşmasının geçerliliğini önce kendi hukukuna tabi görür; ondan sonra da bunu sıkı ve katı şartlara bağlarsa; bu, tahkim sürecinin tamamını olumsuz etkileyen bir yorum olacaktır. Zira tahkim anlaşması geçersizse tahkim heyeti yetkisiz olacaktır ki işbu keyfiyet hem kararın iptali, hem de tanıma-tenfiz isteminin reddi gereğesidir (NY md.5/1(a)¹⁶; UNCITRAL md.32/2(a)(i), md.36/1(a)(i)).

Brezilya’da STF, 17önüne gelen bir davada¹⁸,

- a. Tahkim şartının bulunduğu sözleşme metninde alıcının imzasının olmaması,
- b. İmza meselesi çözülmüş olsa bile, LCA¹⁹ tahkiminin inkorporasyon²⁰ yoluyla yetkilendirilmesini “kanunun açık bir irade

¹⁵ Tahkime hasmane tutumların niceliği, tahim kararlarına gönüllü uyma davranışının niceliğini etkileyebilirse de elimizde bu hassasiyette ve hukuk dışı sosyal, kültürel, ve ekonomik verilerden bu denli arındırılmış veriler bulunmadığından bu mülahazaya yer vermedik.

¹⁶ New York Sözleşmesi’nde iptal gerekçeleri düzenlenmemiş, iptal davasına md.5/1(e) ve md.6’da tanıma-tenfiz sürecindeki rolü bakımından atfı yapılmıştır.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal

¹⁸ Brezilyalı dokuma şirketi Santana Textil, Nijeryalı pamuk ihracatçısı Plexus Cotton’dan ham pamuk satın almış, malın ayıbından ve geç tesliminden bahisle tahkimle ödeme yapmamıştır. Müteakiben, Nijeryalı taraf LCA tahkimine başvurmuş, Brezilyalı taraf tahkimin yetkisizliğini dile getirmiş olmasına rağmen yargılamada yer almıştır. Neticede Brezilyalı’nın aleyhine verilen kararı Brezilya’da icra etme gereği duyulmuştur.

¹⁹ LCA (Liverpool Cotton Association), 1841’de kurulan ICA’nın 2004’ten önceki isimidir. Çalışmanın devamında ICA veya LCA kararlarının icra süreçlerine ilişkin yargı kararlarına yer verebilmek, ana verimiz olan ICA kara listesi ve tahkim istatis-

beyanı uyuşmasını gerekli kılmasına rağmen davalının tahkim anlaşmasını açıkça kabul etmediği” tespitini yaparak geçersizlik sebebi saymıştır²¹.

Aynı uyuşmazlık, STJ²²'nin önüne tekrar geldiğinde mahkeme geçmiş kararın res iudicata teşkil ettiğini belirttikten sonra; yukarıdaki ifadelere ek olarak “İngiliz hukukunda tahkim şartının imzalanmış olup olmamasına bakılmaksızın sözleşmede yer alıyorsa geçerli olduğu şeklindeki kural bizim hukukumuzda yer almamaktadır.” diyerek Brezilya mevzuatındaki tahkim şartının geçerliliğine dair maddelere atıf yapmıştır. Mahkeme; hukuk ve yetkili yer (bu bağlamda tahkim) anlaşmasına uygulanacak hukukun Brezilya hukuku olduğunu açıkça ifade etmiştir²³.

Bu karar, gerek uluslararası ticaretin sağlıklı akışına gerekse uluslararası ticari tahkimin işlevselliğine şu sebeple zarar vermektedir: günümüzde uluslararası ticarete yaygınlık kazanmış uygulama, bu davada da görüldüğü üzere, tahkim hizmeti de sunan kurumların kurallarına esas sözleşmede yer verilen bir klozla atıf yapılması, bu kuralların da esas ticari ilişkiye dair düzenlemelerin yanı sıra uyuşmazlık halinde kendi bünyelerindeki tahkim yolunu esas tutmaları şeklinde tahkimin yetkilendirilmesidir. Altına imza attığı sözleşme bu tipik özelliği taşıyan çok sayıda tacir bulunmaktadır. Brezilyalı yargı merciinin bu yaygın uygulamayı tahkimin yetkilendirilmesi bakımından “açıkça yetkilendirme” gerçekleşmediği için geçersiz sayması, önemli çoklukta tacir için uyuşmazlık sonucunda ellerine geçirecekleri bir tahkim kararının Brezilya’da uygulanmasının mümkün olmayacağı sonucunu yaratmaktadır.

tiğini oluşturan olay ve kişilerin, devlet yargısındaki tecrübelerine ışık tutması bakımından bizim için ayrı bir öneme sahiptir.

²⁰ Olayda tarafların imzaladığı anlaşma metninde yer verdikleri “LCA kuralları ihtilaf halinde, bu sözleşmedeki tüm kurallardan üstün olacak şekilde uygulanır” ibaresiyle LCA tahkimini sözleşmeye inkorpore ettikleri görülmektedir.

²¹ **BARROZO**, Rebecca Paradelas: “The Public Policy Exception and the Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil”, *Católica Law Review*, C.5(2), 2021, s.79.

²² Superior Tribunal de Justiça

²³ **FORNASAR**, María Laura, A Ordem Pública na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Faculdade de Direito, Rio de Janeiro 2019, s.113. İmza ve açık kabule dair bu uygulamanın istikrar kazandığı yönünde bk.; **FORNASAR**, s.116, 117.

Başka bir kararda²⁴ STJ yazılı bir tahkim anlaşmasının yokluğundan bahisle tahkim heyetini yetkisiz görmüştür. Tenfiz davasında davacı olan taraf, geçerli bir tahkim anlaşmasının olduğunu “GAFTA tahkim kurallarına atıf yapan mesaj teatisinde buldukları” gerekçesiyle öne sürse de bu durum geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına dayanak olarak kabul edilmemiştir²⁵.

Çin’de tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanan hukukun ne olması gerektiğinin yargı kararlarında tutarsız bir uygulamaya sebep olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, aynı tipik özelliklere sahip bir tahkim anlaşması, bir kararda tahkim yeri hukuku baz alınarak geçerli sayılırken, başka bir kararda lex fori (Çin hukuku) baz alınarak geçersiz sayılmıştır. Yargı²⁶ kararlarında tahkim anlaşmasına kendi hukukunu uygulama konusunda bir belirsizliğe sahip olan Çin’in tahkim kanununa göre tahkim anlaşmasının sıkı geçerlilik şartlarına tabi olduğu görülmektedir; bir tahkim anlaşması:

1. Tahkime başvurma iradesini
2. Tahkime götürülecek hususların kapsamını
3. Seçilen tahkim kurumunu

unsurlarına sahip olmalıdır²⁷. Haikou Halk İstinaf Mahkemesi, “Bu sözleşmeden doğan her ihtilaf ICC Uzlaşma ve Tahkim Kurallarına göre, tahkimle çözülecektir. Tahkim yeri Londra’dır.” ibaresine yer vermiş bir sözleşmeye dayanan tahkim kararının tanıma-tenfizini, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dayanarak reddetmiştir. Zira Londra’da birden fazla tahkim kurumu bulunmaktadır, ICC tahkim kuralları ise ICC kurumuna münhasır olarak kullanılmadığı için yukarıdaki ibareden hangi tahkim kurumunun yetkilendirildiği anlaşılmamakta, bu durum

²⁴ Brezilyalı gıda şirketi Moinho Paulista Ltda, Arjantinli ihracatçı Oleaginosa Moreno Hermanos’tan buğday satın almış, alıcı şirket ödeme yapmamış, satıcı GAFTA tahkimine başvurmuş, Brezilyalı taraf aleyhine elde ettiği kararı Brezilya’da icra etmek istemiştir.

²⁵ **BARROZO**, s.83,84.

²⁶ **YANG**, Fan: “Applicable Laws to Arbitration Agreements Under Current Arbitration Law and Practice in Mainland China”, *International & Comparative Law Quarterly*, C.63(3), 2014, s.746, 748, 753

²⁷ **CAL**, md.21. İngilizce tercüme için: <http://np.china-embassy.gov.cn/eng/78085/zchfl/200410/t20041027_1998190.html> (Erişim Tarihi: 16.11.2023).

da Çin tahkim kanunundaki “seçilen tahkim kurumunun belirtilmesi” geçerlilik şartına aykırılık teşkil etmektedir. Bir diğer tahkim anlaşması China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT)’i tahkim kurumu olarak yetkilendirdiği için Çin Yüksek Halk Mahkemesi’nce geçersiz sayılmıştır; zira bu kurum bir tahkim kurumu değildir²⁸. Aslında, tahkim kurumu olan CIETAC, CCPIT’in bünyesinde kurulmuş olmasına rağmen tahkim anlaşmasında CIETAC’ın değil CCPIT’in lafzının yer alması geçersizlik için yeterli görülmüştür.

Çin’de tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tahkim iradesinin kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde olması gerektiği ifade edilmektedir; bu kapsamda, hem mahkeme hem de tahkimin yetkilendirildiği anlaşmaların, istikrarlı olarak, kuşkuya yer bırakmayan tahkim iradesi içermediği için geçersiz sayıldığı tespit edilmektedir²⁹. Ayrıca Çin Yüksek Halk Mahkemesi, birden fazla tahkim kurumunun yetkilendirildiği anlaşmaları, ancak ve ancak taraflar sonradan bunlardan biri üzerinde uzlaşabilirlerse geçerli saymakta, böyle bir uzlaşmaya varılamazsa tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmetmektedir³⁰.

Vietnam’da Ho Chi Minh Yüksek Mahkemesi, ICA tarafından verilen bir tahkim kararının tenfiz davasında, İsviçreli şirketin müşterek imzasını gerektiren bir tahkim sözleşmesini müşterek imzanın yokluğundan ötürü geçersiz saymıştır. İsviçreli tarafın ehliyet ve temsil meselesine İsviçre hukukunun uygulanması gerektiği ve İsviçre hukukunda müşterek imza gerektiren durumlarda icazetin sonradan da verilebile-

²⁸ **KLOPPENBERG**, Lisa A./**XIUWEN**, Zhao: “Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy”, U. Dayton L. Rev., C.31(3), 2006, s.438.

²⁹ **QIU**, Jin/ **SHI-JIE**, Xu: “Research on the Determination of the Validity of International Commercial Arbitration Agreement of China”, J. Arb. Stud., C.28, 2018, s.197. Aynı yönde Türk uygulaması için: (İstanbul BAM 3HD, 09.11.2022, 2343/2902) “Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüte yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir...sözleşmesinin 10. maddesinde uyuşmazlığını hakem kurulunda çözülmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğunu kabul edildiği, bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceği ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ve yargılamaya devam edilmesi gerektiği yolunda benzer başkaca kararların da bulunduğu gözetildiğinde, davacının istinaf talebinin kabulü...”

³⁰ **QIU/SHI-JIE**, s.201.

ceği şeklindeki itiraz mahkemece kabul görmeyip, tahkim anlaşmasının geçersizliğinden tenfiz talebinin reddine karar verilmiştir³¹.

Yine ICA tarafından verilen başka bir tahkim kararının tenfizinde, esas sözleşmede borçlunun imzası olmadığından bahisle tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmiştir³².

Ho Chi Minh Yüksek Mahkemesi esas sözleşmenin geçersizliğinden bahisle tahkim anlaşmasıyla esas sözleşmenin ayrılabilirliği ilkesine aykırı olarak tahkim anlaşmasının da geçersizliğine hükmetmiştir³³.

Endonezyalı şeker taciri, özel kişilerce şeker ithalatının yasak olduğunu bilmeden imzaladığını iddia ettiği şeker satım sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmediği gerekçesiyle tahkimi kaybetmiş, karar Endonezya’da tenfiz edilmek istendiğinde esas sözleşme Endonezya hukukunca hükümsüz olduğundan buna ilişkin tahkim şartının da hükümsüz olduğu sonucuna ulaşmıştır³⁴.

B. Kamu Düzeni Kavramının Geniş Yorumu

“Ben... kamu düzenine çok istinat edilmesine karşıyım, kamu düzeni son derece asi bir attır, bir kez bindiniz mi sizi nereye götüreceği belli olmaz.” (Richard v Mellish,1824-34)

Kamu düzenine aykırılık, tahkim kararına karşı iptal (NY md.6, UNCITRAL Model Law, Bölüm 7, md.39/2(b)(ii) ve tanıma-tenfiz talebinin reddi gerekçesi olarak (NY md.5/2(b), UNCITRAL md. 36/2(b)(ii)) kararların icra edilirliğine etki göstermektedir. Tıpkı asi bir atın ruh hali gereği öngörülemez davranışlar sergilemesi gibi, kamu düzeni kavramı da çok yüksek soyutluk derecesi gereği öngörülemez yorumlara olanak vermektedir. Gerçekten de, kamu düzeni kavramı olabilecek en dar şekilde yorumlanmadıkça tahkim kararlarının içeriğine müdahale etmenin aracına dönüşebilmektedir, çünkü pek çok muhtelif kanaat onun soyut

³¹ **GIA**, Thien Le Nguyen: The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Vietnam, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, Osnabrück 2019, s.155.

³² **GIA**, s.156.

³³ **GIA**, s.173.

³⁴ **PRATAMA**, Gede Aditya: Public Policy as a Ground for Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Indonesian Notion of Public Policy, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of Exeter Law School, Exeter 2017, s.32,33. Kumarın yasak olduğundan bahisle verilen aynı yöndeki karar için bk. **PRATAMA**, s.34.

şemsiyesi altına sığdırılabilir. Bu alt başlıkta tahkime hasmane tutumların büyük bir kaynağı olarak kamu düzeni kavramının dar yorumlanmamasına ilişkin ülke uygulamalarına değineceğiz.

STJ bir davada, hakem heyeti başkanının daha önce davanın taraflarından birinin borçlu-alacaklı ilişkisi içerisinde bulunduğu, başka davalarda onun menfaatlerini savunduğu bir hukuk şirketinin partneri olmasını hakemin tarafsızlığının şüpheye düştüğü gerekçesiyle kararın tenfiz talebinin reddiyle sonuçlandırmıştır. İşin incelikleri ve olayın detayları bize kapalı olduğundan bu kadarlık bilgiyle kararı değerlendirmek zor olabilir. Fakat şu detay önemlidir: bu tahkim Amerika’da görülmüş ve keyfiyet tenfiz talebinin reddi istemine konu edilmeden evvel tahkim yeri olan ABD’de tahkim kararının iptali davasına konu edilmiştir. ABD yargı mercii ise, keyfiyeti ispat için yeterli delil olmamasından ötürü kararın iptali istemini reddetmiştir. Tenfiz isteminin reddini kabul ederken STJ şu yargıya varmıştır: “Karar mercii kararını etkileyebilecek kişisel bir sebebin varlığına ilişkin en hafif bir şüphenin bile bulunmaması mahkeme kararlarının prestij ve hakkaniyetindedir”. Böyle bir kararın kabulünün Brezilya kamu düzenine aykırı olacağı savunulmuştur³⁵.

Çoğunluk görüşten bir yargıç, Brezilya yargısının “(y)abancı kararların ulusal sınırlardaki icra edilebilirliğini etkin bir şekilde kontrol etmeyi sağlayacak geniş bir özgürlüğe (wide freedom)” sahip olduğunu ifade etmiştir³⁶.

Tarafsızlığa ilişkin dikkate değer bir şüphe var idiyse ABD yargı mercii niçin ilgili Amerika mevzuatına (US Code Title:9 Chapter:1 Art.10) sığınarak tahkim kararını iptal etmedi? Sahip olduğumuz detay derecesi bize ABD’li yargı mercii’nin mi tarafsızlık şüphesini dikkate almada özensiz davrandığını, yoksa Brezilyalı yargı mercii’nin çoğunluk görüşünün mü yeterli şüphe olmamasına rağmen keyfiyeti karara New York Sözleşmesi ruhuna aykırı olarak müdahale etmek için araçsallaştırdığını kabul etmemize dayanak sağlayacak bilgi vermemektedir. Fakat önümüzdeki veri, Brezilya ve ABD’nin tahkim ve yargı müdahalesi ilişkisinin bağlamı içerisinde ele alınırsa, Brezilya’nın aleyhinde düşün-

³⁵ BARROZO, s.83.

³⁶ MACEDO, Lucas Pestana: “Public Policy Exception in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Case”, FGV Direito SP, 2018, s.5.

memize sebep olacak şekilde yorumlanabilir. Bu yoruma karar hakkındaki bilgilerimizden, çoğunluk görüşten yaptığımız alıntı da destek vermektedir. Gerçekten bu alıntıdaki bakış açısı hukuki netice üzerinde devlet yargısının rolünü minimize etmeyi gerektiren New York ruhuyla uyumsuzluk teşkil etmektedir.

Kamu düzeni kavramının geniş yorumlandığında hakimlerin elde ettiği geniş taktir yetkisinin gerekliliğine Hindistan yargı kararlarında da rastlanmaktadır. Bir Hint mahkemesi kararında kamu düzeni kavramının geniş yorumunu şöyle savunmaktadır: “Tahkim kararının geçerliliğini incelerken Hint kamu düzeni teriminin dar yorumlanmasına hiç gerek yoktur. Tam tersine geniş yorum tercih edilmelidir ki, hakem heyetinden “açıkça hukuk dışı (patently illegal)” olarak çıkmış olan karar iptal edilebilsin.” Açıkça hukuk aykırılık kavramının gündeme getirilmesi, pek çok yazar tarafından gözlemlendiği üzere, “Pandora’nın Kutusu”nu açmıştır; artık kaybeden taraf Hint mahkemesinden Hint hukukuna en basit düzeyde bile bir aykırılık olmayagörsün, kararın iptalini veya tenfizinin reddini sağlama imkanına erişmiştir. Bu yaklaşımla birlikte Hint hukukunda kamu düzeni kavramının hem tahkim taraftarı hem de tahkime müdahaleci tavrı içeren karışık ve tutarsız bir ele alınageldiği tespit edilmiştir³⁷.

Hindistan’da tahkim kararlarına müdahaleci yaklaşımı sergileyen Hint Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında esas alınan hukukçu Nani Palkhivala’ya ait hukuki mütalası ve ardından karardan bir parça:

“Kamu düzeni doktrinine tüm genişliği vermek istemenizi takdir ediyorum. Özellikle, mahkemelerin esaslı bir adaletsizliğe sebep olacak

³⁷ DAR, Wasiq Abass: “Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *Eur. J. Comp. L. & Governance*, C.2(4), 2015, s.334, 336. Kararın aynı istikamette başka bir yorumu için: MAHAJAN, Pallavi: “The Unruly Horse of Public Policy Exemption in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in India”, *Institute of Development Studies*, 2015, s.8,9. Bangladeş’te Hindistan’daki “patent illegality” kavramıyla neredeyse aynı istikamette kullanılan “gross illegality” (hukuka ağır aykırılık) kavramı ve geniş yorumlanışının eleştirisi için bk.: MANIRUZZAMAN, A. F. Munir/CHISTI, Ijaz Ali: “International Arbitration and Public Policy Issues in the Indian Subcontinent: A Look through the English Common Law and International Lenses”, *Manchester Journal of International Economic Law*, C.16, 2019, s.207, 208. Ayrıca Bangladeş’te uluslararası kabullere aykırı olarak tahkim yeri Bangladeş olmayan tahkim kararlarının iptal davalarının görüldüğü hakkında: DAR, s.343.

türden aykırılıklara sahip bir tahkim kararının tartışmaya açılmasını sağlamak üzere müdahale etmelerine yönelik yorumunuzu destekliyorum. Eğer tahkim yargılaması adalet dağıtmıyorsa, gerçek bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olamaz. O halde karar adaletsizlikle sonuçlanmışsa bu kararı Hint kamu düzenine aykırılık bağlamında değerlendirmek mahkemenin hakkıdır. Bu mülahazadan anlaşılmalıdır ki Hint kamu düzeni kavramını dar yorumlamak lazım gelmez. Yasamanın maksadına göre kavram geniş veya dar yorumlanabilir. ... (b)izce geniş yorumlanmalıdır ki ... Kamu yararı veya esenliğine zarar veren tandansta bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olduğu tartışılmaz. Bunlara neyin zarar verdiği zamana ve zemine göre değişir. Yasama genelde değişen ihtiyaç ve değerlere ayak uyduramaz, onun tüm tikel olayları değerlendirdiğini düşünmek de gerçekçi değildir. O halde, mahkemelerin bu boşluğu doldurması sadece gerekli değil aynı zamanda bir ödevdir. Bu boşluğun doldurulması, tabii ki, yargının hukuk yaratmasıdır. Bu hukuk yaratma, toplumun amaçlarını öne çıkarma, toplumun değerlerini..."³⁸

Karardan alıntılanan bu görüş, tenfiz talebinin reddinin alelade bir gerekçesi olmanın çok ötesinde hususlar barındırmaktadır. Gerekçe, mahkemenin adaleti sağlama görevinden başlatılmaktadır. Nasıl ki mahkeme adaleti sağlama görevinden vazgeçemez ve bunu ifa etme yetkisini devredemez, o halde tahkim kararı üzerinde denetim sağlayan araçları alelittlak dar yorumlama "hakkı" yoktur; çünkü bu durum adaleti sağlama görevine aykırıdır. Mahkeme, adaleti sağlama görev ve yetkisini Anayasa'dan yani toplumsal sözleşmeden aldığına göre hukuk yaratırken toplumun değerlerini ve amaçlarını öne çıkarmalıdır. Bu akıl yürütme, Hint mahkemesi tarafından, Hint toplumunun değer ve amaçları baz alınarak, uluslararası tahkim kararlarının adalete uygunluğunu en üst düzeyde denetlemek maksadıyla, kamu düzeni kavramını gerektiğinde geniş yorumlanmasını ve tahkim kararlarının Hindistan'da uygulanabilirliğinin bu surette belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Taktir edilecektir ki bu paradigma, New York Sözleşmesi'ndekinden tamamen kaymış durumdadır.

³⁸ Supreme Court of India, Oil & Natural Gas Corporation Ltd. v. SAW Pipes Ltd. (17/04/2003) <<https://main.sci.gov.in/judgment/judis/19058.pdf>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Pakistan'da, kamu düzeni kavramının; "Public policy, therefore, means any act the allowing of which would be against the general interests of the community. This policy has involved itself with the growth of organised society. Certain standards in the domain of morality, used in widest sense, have assumed sanctity on account of the acceptance by the general community. Therefore, any agreement which would destroy these standards or adversely affect the development of society or its organisation have to be viewed from this angle and it is here the principle of public policy is born." şeklindeki tanımı, kavramın "asilğine" pek değinmemiş gözükmektedir. Sindh Yüksek Mahkemesi bir kararda kamu düzeninin ihlalini doğuran ilgili şu hususlara yer verir:

- i. Savaş vakti düşmanla ticaret yapmak;
- ii. Ortak hukuka veya yasalara göre yasak olmak;
- iii. İyi yönetime dahili ve harici meselelerde zarar verici olmak
- iv. Adalet mekanizmasının düzgün işleyişine karışarak; soruşturma, davaya müdahale, taraf değişikliği ve saireye mani olmak
- v. Aile yaşamını zedelemek
- vi. Ekonomik olarak kamu yararına aykırı olmak

Bu unsurlara ek (veya 2.unsurun bir parçası) olarak İslam hukukuna aykırılık teşkil eden hususlarda da kamu düzeni ilkesinin çalıştırıldığı görülmektedir. Kumar borcuna ilişkin bir karar, kumarın Pakistan hukuku ve İslam hukukuna göre yasak olmasından bahisle tenfiz edilmemiştir. Pakistan Yüksek Mahkemesi, Federal Şariat Mahkemesi'nin faizin her ne isim ve şekil altında olursa olsun yasak olduğunda ilişkin kararını benimsemiştir. Fakat daha sonra Federal Şariat Mahkemesi'nde bu karar revize edilmiştir. Daha sonra, faiz öngören tahkim kararları, faiz hakkındaki son revizyona uygun olup olmadıklarına göre kabul edilmeye devam etmiştir. Bu değerlendirmelerden anlaşılmaktadır ki Pakistan'da kamu düzeni kavramı geniş yorumlanmanın yanı sıra İslam hukuku kurallarının da kamu düzeni şemsiyesi altında tahkim kararlarının (ve genel olarak yabancı kararların) tanıma-tenfizinde uygulanmasına zemin teşkil etmektedir³⁹.

³⁹ SHARIF, Ammara/ALI, Shan/ BALOCH, Sumaira: "Public Policy In Pakistan A Roadblock To The Execution Of Foreign Arbitral Award", Pakistan Journal of Social Research, C.4(2), 2022, s.895, 901.

Endonezya’da Yüksek Mahkemenin de onadığı bir tenfizin isteminin reddi kararında, tahkim yargulamaları sırasında eşitlik ilkesine aykırı davranıldığından bahsedilmiştir. Konuyu inceleyen yazar, bu kararı ABD ve İngiltere’den muadilleriyle karşılaştırarak, kararın NY politikasını yansıtmaktan uzak olduğu, zira kamu düzeni kriterini ABD ve İngiliz muadillerinden daha geniş yorumladığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

İsviçre’de elde edilen tahkim kararını Endonezya’da tenfiz edilmek istendiğinde, Karaha Bodas Mahkemesi’nin kamu düzeni kriterini geniş yorumlaması engeliyle karşılaşmıştır. Mahkeme, herhangi bir gerekçe sunmadan, tahkim kararının Endonezya’nın ekonomik menfaatleriyle çatıştığını, hakem heyetinin Endonezya hukukunu dikkate almadığını ve hakem heyetinin teşekkülünün tarafların anlaşmasına aykırı olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Bu kadar geniş bir yorumla, mahkemenin en küçük bir hukuka aykırılık tespitini bile kamu düzeni kavramı çerçevesinde kararın tenfizinin reddi gerekçesi yapabileceği ifade edilmiştir⁴¹.

C. Uygulanabilirliği Etkileyen Diğer Hususlar

Bu (3.) bölümde ülkelerin tahkime hasmane tutumlarına ilişkin pek çok örnek getirebilmiş olsak da, bu mülahaza bütüncül bir değerlendirme olmaktan uzak kalmıştır. Bu sebeple getirdiğimiz örneklerin tüketici ve hatta temsil edici bile olmadığını ifade etmek, bu ülkelerin hukuklarında tahkim taraftarı pek çok uygulamanın da var olduğunun altını çizmek gerekir.

Ayrıca bu hukuk sistemlerinde tahkime hasmane pek çok tutum daha bulunmaktadır. Mesela Vietnam’da tenfiz edilmek istenen uluslararası tahkim kararlarının %51’i tenfiz edilmemektedir. Bu %51’in %70’i (totalde %35.7) 2015’ten önce 1 yıl, artık 3 yıl olan ve tahkim kararının yürürlüğe girdiği günden başlayan tenfiz talebi için hak düşürücü sürenin⁴² dolmasından ötürü reddedilmektedir⁴³.

⁴⁰ PRATAMA, s.31.

⁴¹ LUMBANTOBING, John: “The 1958 New York Convention in Indonesia: History and Commentaries Beyond Monism-Dualism”, *Indonesia Law Review*, C.9(3), 2019, s.230.

⁴² Vietnam tahkim hukukunda hak düşürücü sürenin tarihsel gelişimi için bk.: GIA,1s.05-114.

⁴³ Vietnam Adalet Bakanlığı: <<https://moj.gov.vn/tttp/Pages/dlcn-va-th-tai-Viet-Nam.aspx>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Ülkelerin doktrinindeki eleştiriler

Tahkime hasmane tutumlar içerisinde ele aldığımız kararları araştırmış olan yazarların yorum ve eleştirileri, şu 4 başlık altında toplanabilir:

1. Günümüzde, tahkim hukukunun temel kavramlarının yorumlanışının öneminin yanında, devletin mevzuatı ve uluslararası antlaşmalara katılıp katılmadığı ikincil öneme sahiptir. Zaten pek çok ülkenin tahkim mevzuatı New York Sözleşmesi rejimine geçmeden önceki haliyle son derece yakın kalmıştır. Adı değişse de tenfize engel olan bir soyut kavram var olagelmıştır. Zaten asıl sorun bu kavramın varlığında değil yorumundadır⁴⁴.

2. Kamu düzeni kavramını; tahkime hasmane davranan ülkelerin “milli kamu düzeni” şeklinde yorumlayıp milli hukuklarındaki kriterlere uygulama alanı açtıkları; buna karşın tahkime daha sıcak bakan ülkelerin “uluslararası kamu düzeni” şeklinde yorumlayıp bu kavramın şemsiyesi altında kendi hukuklarındaki ve anlayışlarındaki hukuki kriterlerden çok daha az müdahaleci olan uluslararası esasları işlettikleri görülmektedir⁴⁵.

3. İşbu hasmane tutumlar; tahkime sıcak baktığı bilinen ülkelerin mevzuat ve içtihatlarındaki kurum ve yorumlarla mukayese edildiğinde⁴⁶, tahkim kararlarının icrasını önemli ölçüde zorlaştıran hukuki engeller teşkil etmektedir.

⁴⁴ Endonezya için bk. **LUMBANTOBING**, s.228. Vietnam: **GIA**, s.187-189. Çin: **KLOPPENBERG/XIUWEN**, s.428, 435.

⁴⁵ Böylesi bir ayırım, ülkelerin milli hukuk sistemlerindeki kriterleri, NY ruhuna uygun olarak tahkimin uygulanabilirliğinin lehine kısıtlandırmak için getirilmiştir. (**DAR**, 323). Çin’de mahkemelerin “yerel korumacılık” (local protectionism) yaptıkları, yerel tacirleri bürokratik baskılar sonucu korudukları ve bunun tenfiz taleplerinin reddine yansması hakkında: **CHEN**, An: “Is Enforcement of Arbitral Awards an Issue for Consideration and Improvement? – The Case of China” Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda (Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, s.4.

⁴⁶ Vietnam ve Alman hukukunda “tahkime gidilebilirliğin subjektif boyutu”nun uygulanması hakkında bir mukayese: **GIA**, s.155; tahkim sözleşmesiyle esas sözleşmenin ayrılabilirliği hakkında mukayese: **GIA**, s.159, kamu düzeni kavramının milli-milletlerarası değerlendirilişi hakkında mukayese: **GIA**, s.186. Hindistan ve Amerika arasında kamu düzeninin kapsamı hakkında mukayese ve Hindistan’ın eleştirisi: **MAHAJAN**, s.8 ve dipnot 40. Çin’deki tahkim şartlarının mukayese ve eleştirisi: **QIU/SHI-JIE**, s.201, 205. İngiltere, Singapur ve Hong Kong gibi tahkime taraftar

4. Bu tutumlar, tutumu sergileyen ülkenin tacirler nezdinde uluslararası ticaret ve yatırım için elverişliliğinin azalması ve dolayısıyla ekonomik zararına sebep olması yönünde sonuç doğurmaktadır⁴⁷.

Sözgelimi Brezilya’da tanıma-tenfizin reddi kararlarının 3/4’ünün tahkim anlaşmasına uygulanan sıkı kriterlerden kaynaklandığı, bu kriterlere aykırı tahkim anlaşmasına dayalı kararın Brezilya’nın “milli kamu düzenine” aykırılık teşkil etmesine bağlandığı, anlaşmanın geçerliliğine NY şartlarının uygulanmadığı ifade edilmiştir⁴⁸. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun Brezilya hukuku değil NY md.2 olması gerektiği ifade edilmiştir. Kabulü, ancak ve ancak uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil edecek bir tahkim anlaşması geçersiz sayılmalıdır⁴⁹. Eğer bu görüş kabul edilirse, Brezilya hukukundaki katı geçerlilik şartlarının süzgecinden geçemeyen tahkim klotları da geçerlilik kazanabilecek ve onlara dayalı tahkim süreci ve kararı işlerlik kazanabilecektir.

Brezilya’da NY’ya katılmanın, yabancı taraflar için hukuki öngörülebilirliği artırdığı söylenebilirse de, tanıma tenfiz konusunda eski tah-

gelişmiş ülkelerin, tahkime hasmane ülkelerden farklı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini “in favorem validitatis” kuralına göre belirlediği, yani tahkim anlaşmasının geçerliliğine fix bir hukuk uygulamakta diretmeyp esas olarak anlaşmaya ayakta tutmaya odaklandıkları hakkında: **TZENG**, Peter: “Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements”, *American Review of International Arbitration*, C.27(3), 2016, s.3, 28.

⁴⁷ Mesela: **QIU/SHI-JIE**, s.203.

⁴⁸ **FORNASAR**, s.124-127. Farklı bir karar (Kamu düzeni başlığında yer verdiğim ilk karar) için aynı yönde bir yorum: “STJ, NY’daki kamu düzeni kriterini uluslararası kamu düzeni olarak yorumlamaktansa, hatalı olarak ülkenin kamu düzeni şeklinde yorumlamıştır.” (**MACEDO**, s.7). Brezilya’da kamu düzeni kavramının “milli” yorumlanması hakkında bk.: **BARROZO**, s.77. Brezilya’nın tahkim kararlarının tanıma-tenfizde istediği amaçlara ulaşamamasının sebebi olarak ulusal egemenlik gibi tenfizin reddi sebepleri içinde yer alan kamusal özellikli kavramların yorumunun rolünün tespiti için bk. **RUSAKOVA**, Ekaterina/**FROLOVA**, Evgenia/**KUPCHINA**, Ekaterina/**OCAQLI**, Ulvi: “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Federative Republic of Brazil”, *International E-Journal of Advances in Social Sciences*, C.16(6), 2020, s.121.

⁴⁹ **FORNASAR**, s.117, 118. Mesela bu çalışmada 2.A başlığında 24 ve 25.dipnotların bulunduğu kararda tahkim anlaşmasının geçerliliğine NY md.2 uygulansaydı, olaydaki mesaj teatisinde yapılan tahkim anlaşması geçerli sayılacaktı.

kim kanunundan pek de farklı değişiklikler getirmediği tespit edilmiştir⁵⁰.

Pakistan, kamu düzeni kavramını ILA'nın önerdiği uluslararası kamu düzeni yerine milli kamu düzeni şeklinde yorumlayan "monist" ülkelerdendir. Pakistan'da kamu düzeni kavramını tanımlayan bir kanun bulunmamakta, kavram aşırı geniş ve belirsiz bir şekilde yorumlanmaktadır. Pakistan'da uluslararası kamu düzeni anlayışı gelişmediği için yabancı tahkim kararlarına daha çok engel çıkmakta ve uluslararası ticaret bakımından itibarını düşürmektedir. Bu durum kamu düzeninin global standartlarda inşa edilmeyişini sonucu olarak görülebilir. Kavramın belirsiz yorumu, mahkemelere, tarafların uyuşmazlık üzerindeki otonomilerini kaybetme riski yaratacak şekilde -ki bu otonominin elde edilmesi, daha başta tahkime gidilmesinin birincil sebebidir- takdir yetkisi vermektedir⁵¹.

Bangladeş mahkemelerinin çok kez yabancı tahkim kararlarının tanıma-tenfizinin reddi kapsamında kamu düzeninin yorumu hakkında arkaik ve dar görüşlü davrandığı gözlemlenmiştir. Bu durum uluslararası ticari tahkim konusunda Bangladeş'in global iş çevrelerindeki imajını güçlü bir şekilde zedelemiştir⁵².

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

I. Çalışmamda, tahkim kararlarının gücünün ne kadarını tacirler arası toplumun sosyo-ekonomik ilişkileri ve ticaret örgütlerinin bu nitelikteki yaptırımlarından, ne kadarını devlet yargısına bağlı cebrî icra kurumundan aldığını inceledim. Uluslararası Pamuk Birliği (ICA)'nin kara listesini ve tahkim istatistiklerini analiz ettiğim birinci bölümde,

⁵⁰ BARROZO, s.74.

⁵¹ SHARIF/ALI/BALACH, s.901.

⁵² DAR, s.342. Endonezya'da da İngiltere ve ABD gibi tahkim taraftarı ülkelerden farklı olarak kamu düzeninin milli kamu düzeni şeklinde algılanıp ve geniş yorumlanmasının, Yüksek Mahkeme'nin bu yoruma katılmasının, sıkça tahkim kararlarının tanıma-tenfizinin reddi sonucunu doğurması hakkında bk. PRATAMA, s.29, 37. Hindistan'ın yorumlarının yatırımcılar ve tacirler için önemi hk. bk.: DAR, s.338; MAHAJAN, s.8. Çin'de tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanan sıkı şartların, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ortamda uluslararası competitiveness, credibility and influence'ına zarar verdiği hakkında: QIU/SHI-JIE, s.206 ; CHEN, s.7.

a. Pamuk metaı üzerinde uluslararası ticari uyuşmazlıklar üretmeye elverişli ekonomik ilişkilerin üç temel basamağı olan üretim-ticaret-sanayide ülkelerin aldıkları paylarla doğru orantılı olarak uyruklarının ICA tahkiminde taraf sıfatıyla yer aldıkları tespit edilmiştir.

b. Ülke bazında kara listeye girme oranlarına kabaca bakıldığında, tahkime taraf olma oranlarına -bunların da pamuk ekonomisindeki payların oranına- yakın olduğu görülmüştür.

c. Batı Avrupa ve Kuzey Amerika ülkeleriyle Singapur ve Hong Kong'un, pamuk ekonomisindeki payları ve ICA tahkimine taraf olma oranları ne kadar artarsa artsın bu ülkelerden kara listeye giriş sayılarının çok önemli ölçüde düşük kaldığı gözlemlenmiştir. Buna karşın Vietnam, Brezilya, Endonezya, Türkiye, Bangladeş, Çin, Hindistan ve Pakistan'ın deminki ülkeler gibi bir başarısından bahsetmek mümkün değildir.

II. Çalışmanın ikinci bölümünde, tahkim alanında yapılmış anket çalışmalarının çalışmamız için önem arz eden verileri incelenerek;

d. Tacirler için ülkeleri tahkime elverişli yapan sebeplerin başında hukuk sisteminin tahkime taraftar veya hasmane olması gelmektedir.

e. Tahkime elverişli ülkeler gerek tahkim yeri, gerekse, alacaklının birden fazla yerde malı olduğu taktirde, icra yeri olarak teveccüh görmektedir.

f. Tacirler indinde tahkime taraftar ülkelerin tahkime elverişli kılan temel hukuki özellikler, yerel mahkemelerin tahkime destek vermesi, yerel hukuk sisteminin nötrlüğü, tahkim anlaşmaları ile nihai ve ara kararlarına icra edilebilirlik desteğı ve yargının politika-dan bağımsızlığıdır.

g. Tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışı her ne kadar epey yaygın olsa da bu yaygınlık coğrafi düzlemde eşit nicelikte olmayıp, en kaba deyimle kuzey-batıdan güney-doğuya gittikçe azalmaktadır.

h. Kararların icrasında yaşanan sorunlarda birinci sırayı icrayı kabil mallarla ilgili sorunlar oluştururken bunu icra edilecek ülkenin hukuk sistemi takip etmektedir. Bu iki mesele yine icra edilecek ülke seçilirken en çok dikkat edilen hususları teşkil etmektedir.

i. Devletlerin tahkime hukuki desteği, sadece tahkim kararlarına tarafların gönüllü uymasını sağlamada değil, tarafların uzlaşma aşamasında da süreci etkileyici rol oynamaktadır.

j. Tahkim kararlarının icra edilebilirliği tacirler tarafından hem günümüzde hem de gelecekte tahkimin önemli ve belirleyici özelliklerinde başta gelmektedir; gelecekte de belirleyici olarak algılanması, anketörlerce, 1958 Sözleşmesi'nin mevzuat düzeyindeki küresel başarısını pratik uygulamalar itibariyle aynı ölçüde sürdürmekte zorlanmasına bağlanmıştır.

k. Tahkimin avantajlarından gösterilen "mahalli hukukları ve mahkemeleri önleme" ve dezavantaj olarak gösterilen "yerel mahkemenin müdahalesi" ile tahkimde -hele hele devlet yargısının uhdesindeki bir- temyize karşı çıkış, tarafların devlet desteğine duydukları talebin devlet müdahalesinden arındırılmış bir destek olduğunu göstermektedir.

l. Tahkimin tarafları, esasa ilişkin kararların yanı sıra bilhassa geçici hukuki koruma sağlayan kararların da icra edilebilirliğine ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacın yoğunluğu, tarafların, bu kararların temini için tahkime değil doğrudan doğruya devlet yargısına başvurmalarıyla sonuçlanabilecek düzeydedir.

III. Çalışmanın üçüncü bölümünde, tahkime hasmane ülkelerin mevzuatlarında ve özellikle içtihatlarında yerleşmiş olup süreklilik arz eden tahkim karşıtı tavırlara işaret edilmiş, çeşitli hukukçuların bu istikametteki tespitlerine yer verilmiştir.

m. Tahkime hasmane hukuk sistemlerinde; tikel nitelikte olmayıp bazen soyut hukuk normu olarak, bazense emsal karar niteliği kazanarak geleceğe yönelik uygulanabilirlik beklentisi oluşturmuş tahkim karşıtı unsurlar bulunmaktadır⁵³.

n. Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarının dar, tahkim kararının iptaline yahut tenfizinin reddine sebep olan gerekçelerin geniş yorumlanması, bu unsurlardan önemli iki tanesidir zira bu iki unsurda tahkime hasmane tavır geliştirilmesi doğrudan doğruya tahkimin en önemli özelliği diyebileceğimiz kararların icra edilebilirliğine hanel getirmektedir.

⁵³ Anketlerde tahkim anlaşmalarının ve kararlarının etkililiğinin yerel hukuk sisteminde korunmasına verilen önem için bkz. yuk. f maddesi.

V. EKONOMİK, SOSYOLOJİK VE TEORİK ANALİZ

A. Neden Böyle Oluyor? Tahkime Hasmane Tavrın Dolaylı Etkisi ve Borçlunun Mikroekonomik Stratejisi

Tahkime hasmane yerleşik hukuki unsurların özellikle içtihatlarda kendini gösterdiği ve çeşitli soyut kavramların ve müesseselerin belirli yönde yorumlanması niteliğinde olduğu ifade edildi. Peki bu yorum tarzı neden gönüllü uyma davranışının azalmasına sebep oluyor? Bu soru özellikle, tenfiz davası süresi boyunca tahkim kararında hükmedilen para alacağına işlenecek faizin ve yargılama giderlerinin kararın tenfiz edilmesi ihtimalinde borçlu için sebep olacağı ek maliyet de göz önüne alınarak, karara uymamanın riskli bir davranış olduğu düşünüldüğüne önemini artırmaktadır. Yani geç ödeme, tacir için ekonomik zarara sebep olmakta ise rasyonel davranışın erken ödeme olduğu düşünülebilir. Fakat gönüllü uyma davranışında bulunmayan tacir; tenfiz talebinin reddedilme ve tahkim kararında hükmedilen borçtan da belki ilelebet, belki çok uzun bir süre kurtulmuş olma ihtimalini daha kuvvetli görmektedir. Bu ihtimal-zarar denklemini kurabilmek için tahkim kararına ödeme gününe kadar işleyecek reel faizin⁵⁴ ve bu faizin işleyeceği sürenin bilinmesi gerekmektedir. Türk Yargıtayı'nın rastgele 20 kararında, tahkim kararının tarihiyle tenfiz talebine ilişkin temyiz kararının verildiği tarih gösterilmiştir^{55,56}.

⁵⁴ Karara uymamanın tacir için gerçek maliyetini nominal faizle ölçmemiz doğru olmayacaktır zira enflasyonun faizden yüksek olduğu bir ortamda tahkim kararına uymamak kârlı bile olabilir. Öte yandan gönüllü uymamanın diğer ekonomik maliyetleri olan harç, yargılama giderleri ve vekalet ücreti hesaplarımıza eklenmemiştir. Çünkü hesaplamamızı Türkiye örneğinde yaptık ve Türk Yargıtayı'nın farklı daireleri bu giderlerin maktu mu nispi mi olduğu hususunu farklı yorumlamaktaydı (bk. **TARMAN**, Zeynep Derya: "Yabancı Hakem ve Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, Public and Private International Law Bulletin, C.37(2), 2017, s.805-807. Yazar, kanun değişikliğinden evvel, kanunun nispi şeklinde yorumlanması fakat kanun değiştirilip giderler maktu düzenlenerek sorunun çözülmesi gerektiğini savunmaktaydı). Kanunda yapılan değişiklikle (**ŞANLI**, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 8.Baskı, İstanbul 2020, s.713, not 614 ; 6728 sk., RG: 9 Ağustos 2016) tahkim yargılamasındaki giderler maktu hale getirilerek, genelde konusu yüzbinler veya milyonlarca dolarla ifade edilen tahkim uyuşmazlıklarının tenfizinde göz ardı edilebilir ölçüde düşük kaldı.

⁵⁵ Ödeme günü, Yargıtay kararına borçlunun uyması veya ilamlı icranın sonuçlanması hallerinde de işecek, icra takibi halinde borçlu için ek bir maliyet olarak icra sü-

	Tah kim kararının tarihi	İlk derece kararı- nın tarihi	Tem yiz kararının tarihi	İlk derece kararı- la temyiz kararı arasında geçen süre	Tah kim kararıyla temyiz kararı arasında geçen süre	Para birimi, faiz oranı, devre süresi
6H D., 19.06.2023, 1902/2401	25.0 5.2018	06.0 4.2021	19.0 6.2023	2 yıl 2 ay	5 yıl 1 ay	
11H D., 17.01.2014, 12075/1027	05/0 4/2011	19.0 2.2013	17.0 1.2014	11 ay	2 yıl 9 ay	USD , %5, 3 ay
11H D., 30.03.2021, 2098/3091	30/1 0/2015	04.0 4.2017	30.0 3.2021	3 yıl 11 ay	5 yıl 5 ay	USD , %4, 3 ay
11H D., 17.12.2020, 4636/5941	18.0 1.2012	24.0 5.2017	17.1 2.2020	3 yıl 7 ay	8 yıl 11 ay	
11H D., 04.04.2022, 7196/2796	29.0 1.2019	19.0 2.2020	04.0 4.2022	2 yıl 2 ay	3 yıl 3 ay	
19H D., 29.05.2013, 5305/9912	15.0 2.2011	?	29.0 5.2013	?	2 yıl 3 ay	
19H D., 25.03.2016, 14315/5496	12.0 9.2012	09.1 0.2013	25.0 3.2016	2 yıl 5 ay	3 yıl 6 ay	
19H D., 06.03.2014, 208/4501	05.1 2.2012	?	06.0 3.2014	?	1 yıl 3 ay	
11H D., 08.06.2021, 3175/4874	20.0 6.2016	19.1 0.2017	08.0 6.2021	3 yıl 8 ay	5 yıl	

resinde geçen faiz ile icra vekalet ücreti de oluşacaktır fakat Yargıtay kararlarından sonraki aşamaların bilgisine ulaşamadığımız için bu ihtimali yok sayalım.

⁵⁶ Daha dakik bir neticeye, daha çok veri üzerinde çalışılarak ulaşılabilir.

D., 22.04.2021, 5959/3966	11H 13.0 1.2015	07.0 6.2017	22.0 4.2021	3 yıl 10 ay	6 yıl 3 ay	
D., 25.05.2021, 4093/4406	11H 18.0 4.2011	03.0 2.2017	25.0 5.2021	4 yıl 3 ay	10 yıl 1 ay	
D., 09.07.2015, 27460/23707	13H 8.2.2 007	?	09.0 7.2015	?	8 yıl 5 ay	
D., 26.04.2016, 9557/4688	11H 19.1 1.2012	10/0 2/2015	26/0 4/2016	1 yıl 2 ay	3 yıl 5 ay	
D., 10.10.2017, 2114/5181	11H 24.0 4.2014	05.0 3.2015	10.1 0.2017	2 yıl 7 ay	3 yıl 6 ay	
D., 24.01.2023, 262/501	11H 27.0 4.2015	28.1 1.2018	24.0 1.2023	4 yıl 10 ay	7 yıl 9 ay	
D., 27.02.2014, 5999/1376	15H 12.0 2.2009	07.0 3.2012	27.0 2.2014	1 yıl 11 ay	5 yıl	
D., 11.06.2019, 3469/4259	11H 12/0 5/2014	26/0 1/2017	11.0 6.2019	2 yıl 5 ay	5 yıl 1 ay	
D., 11.06.2019, 5732/4264	11H 30/0 6/2014	08/1 2/2016	11.0 6.2019	2 yıl 6 ay	5 yıl	
D., 11.04.2014, 2083/7207	11H 19/0 8/2011	02.1 1.2012	11.0 4.2014	1 yıl 5 ay	2 yıl 8 ay	USD , %4.5, 3 ay
D., 20.05.2019, 2577/3958	11H 27.0 5.2013	05/0 7/2017	20.0 5.2019	1 yıl 10 ay	6 yıl	

Tahkim kararının temyizde kesinleşmesiyle karara gönüllü uyma davranışının tacirden beklenebilir hale gelmesi yani tahkim kararının kesinleşmesi arasındaki zaman farkının⁵⁷ ortalaması tam 5 yıldır.

Tahkim kararlarında öngörülen ortalama faizi de bulursak, tenfiz kabul edildiği ihtimalde sürecin tahkim kararına gönüllü uymayan tacire maliyetini hesaplayabiliriz. Şemadaki kararlardan pek çoğunda tahkim kararındaki faize değinilmişse de 3 tanesinde faizin miktarı belirtilmiştir. Bunların da ortalamasını alırsak; Amerikan doları bazında 3 ay devreyle bileştirilen %4.5 oranında nominal faizdir ki, örnek olarak %4.5 faizin uygulandığı kararın zaman aralığı olan 2011-2014'teki enflasyondan $(3.16, 2.07, 1.46)^{58}$ -3 yıldaki bileşik faiz toplamı olan %14.42'yi Fisher denklemi ile arındırırsak; yılda ortalama %2.415, 5 yılda %12.07 faiz hesaplarız.

$$\frac{\left(1 + \frac{14.42}{100}\right)^3 - 1}{\left(1 + \frac{6.69}{100}\right)^3} = \%2.415, \quad \%2.415 \times 5 = \%12.07 \text{ (Kolay ifade edilebilirlik için \%12 alalım)}$$

Şimdi gönüllü uyma davranışı ile tenfizden temyizde kesinleşmesi sonucu ödemeye cebredilen meblağların tacir için maliyetini karşılaştıralım:

Gönüllü uyma halinde ödenen meblağa a dersek, temyiz sonucunda oluşacak meblağ $\frac{112}{100} \times a = 1.12a$ olacak.

Şu an, tahkim kararına gönüllü uymama yolunu, yani tenfiz davasına maruz kalarak ve davada kararın tenfize mani olmaya çalışarak aslında kararın tenfiz edilmeyeceği ihtimaline duyduğu güvenle hareket

⁵⁷ Bu süre, tahkim kararının kesinleştiği tarihten tenfiz davasının açılmasına kadar geçen, alacaklının dava bakımından bir hareket sergilemediği süreç ile tenfiz davasının açıldığı günden temyiz kararının verildiği güne kadar yargılamada geçen süreçten ibarettir.

⁵⁸ World Bank <<https://data.worldbank.org/indicator/FP.CPI.TOTL.ZG?locations=US>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

eden tacirin, aslında kararın tenfiz edilmeyeceğine ne kadar ihtimal biçtiğini hesaplayabiliriz⁵⁹.

x , tacirin düşüncesine göre kararın tenfiz edilme ihtimali, $1-x$ de tenfiz davasının başarıya ulaşmama ihtimali⁶⁰, a gönüllü uyma halinde ödenen meblağı belirten pozitif sayı olmak üzere;

$$x \times 1.12a < a \times (1 - x)$$

$$1.12x < 1 - x$$

$$2.12x < 1$$

$$x < \frac{1}{2.12}$$

$$x < \%47.169$$

Karara gönüllü uymayarak tenfizin başarı ihtimali ve -buna bağlı olarak- reel faizin ek maliyet teşkil etme riskini alan çünkü bu risk zarar çarpımının büyüklüğünü karara gönüllü uymayarak -yani kararın hükmettiği meblağ olan a 'yı ödemeyerek- kararın tenfizinin başarısız olacağı ihtimali çarpı a büyüklüğünden daha üstün, daha büyük gören tacir, tenfiz edilme ihtimalini %47'den düşük olarak değerlendirmektedir.

Onun stratejilerine yön verdiği matematiksel bir analizle anlaşılan bu kanı, aslında "gerçek" tenfiz edilmeme ihtimaliyle örtüşmemektedir. Türkiye'de tenfiz davalarının alacaklı için başarılı sonuçlanma oranı %47'den çok daha yüksektir. Bu oran, başarılı olan tenfiz davaları tüm tenfiz davalarına bölünerek elde edilebilir⁶¹. Türk yargısının sağladığı

⁵⁹ Rasyonel davranış indinde bir davranışın tercih edilebilirliği; onun sağlayacağı fayda (i) ve bu faydaları gerçekleştirme olasılığı (ii) ile doğru orantılı olduğundan bu iki değerın çarpımını tercih edilebilirliğin kıstası olarak kabul edeceğiz.

⁶⁰ Bu ihtimal, tenfizin başarıya ulaşması fakat cebrî icranın başarıya ulaşmaması durumunu (yani davanın başarıya ulaşacağına inansa bile Türkiye'de malvarlığı olmadığı için gönüllü uyma davranışından çekinen borçlu tacirleri) da kapsasa bile, bunu inceleyecek bir veriye sahip olmadığımız için göz ardı etmek durumunda kaldık. Tahkim kararlarına gönüllü uymama davranışının, borçlunun kendisi aleyhinde tenfiz edilen tahkim kararının icra aşamasında alacaklının yaşayacağını bildiği imkansızlıklar veya zorluklardan kaynaklanan boyutu da çalışmamızda değindiğimiz meselelere yeni bir ışık tutacak nitelikte, bilimsel olarak çalışılmaya layık ve muhtaç bir konudur.

⁶¹ Şemada rastgele seçtiğimiz 20 karardan sadece 1'i kamu düzeni gerekçesiyle tenfiz talebinin reddiyle sonuçlanmıştı.

tüm veriler derlenerek böyle bir çalışmanın yapılması, ampirik hukuk araştırmaları bakımından yararlı olacaktır.

Gerçek tenfiz edilme oranı %47'den çok daha yüksek olmasına rağmen tacirler niçin tenfiz edilmeme beklentisine %53'ten fazla ihtimal biçmektedirler? Aslında tahkime hasmane tavırların (başka bir deyişle, tahkime taraftar tavırların yokluğunun) dolaylı etkisi kavramıyla çalışmanın başından beri arz ettiğimiz olgu, tam da bundan ibarettir: kamu düzeni gibi soyut kavramların geniş, tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarını sıkı yorumlamak, tahkim yargılamasının kaybeden tarafını teşkil eden tacirlerde, kendi aleyhindeki tahkim kararına başkaldırma, devlet yargısında şansını zorlama, muhtelif yollarla devlet yargısının kamu düzeni kavramını yeniden geniş yorumlamasını ve kendi aleyhindeki kararı da kapsamasını sağlamaya çalışma şevki uyandırmaktadır. Soyut kavramlar, asi bir at gibi oldukları için ne yapacakları belirsizdir; kaybeden taraflar bu belirsizlikten kazanabilecekleri tüm faydayı kazanmak uğrunda hareket etmektedir. Bu hareketin yargı kararlarına yansıyan 3 örneği:

Kararlar:

1. "Her ne kadar davalı taraf cevaba cevap dilekçesi ile "tahkim gerekirse" ifadesinden ötürü tahkim anlaşmasının kesin ve belirli olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmüştü de; bu durumun tarafların tahkim anlaşması yapma iradesine şüphe düşürmediği, tarafların tacir olması nedeniyle sözleşmelere konan maddelerin hüküm ve sonuçlarını basiretli tacir olmanın gereği olarak bilmeleri gerektiği anılan ifadenin "anlaşmazlık halinde" olarak yorumlanması gerektiği kanaati ile davalı yan itirazı mahkemece dikkate alınmamıştır."⁶²

2. Bir tenfiz davasında, taraflar arasında Milletlerarası Tahkim Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde yapılan tahkim yargılamasında atanan hakem ile davacı firmanın aynı milliyete tabi olmasını Akhisar Asliye Hukuk Mahkemesi, kamu düzenine aykırı bularak hakem kararının Türkiye'de tenfizi talebini reddetmiştir. Söz konusu tahkim yargılamasında davacı firma Alman firması olup tek hakem olarak atanan hakemin İsviçre'nin Alman kantonundan olması taraf-

⁶² İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi, 28.05.2019 tarihli ve 2019/52 E., 2019/261 K. sayılı kararı

ların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay, dava konusu uyuşmazlıkta hakemin tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracak somut verilerin ortaya konulmadan yalnızca davacı firma ile hakemin milliyetini esas alarak tenfiz talebini reddeden alt mahkemenin kararını isabetli olarak bozmuştur.⁶³

3. Bileşik faize de hükmeden bir tahkim kararının tenfizinde “(d)avalı vekili, tenfiz için gerekli olan ön koşulların yerine getirilmediğini, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede hukuken geçerli bir tahkim şartı bulunmadığını, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması nedeniyle bu hususun New York Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde ayrı bir tenfiz engeli oluşturduğunu, hakem kararlarının kesinleşmediğini, tenfizi talep edilen hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini savunarak asıl ve birleşen davanın reddini, ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını, seferden men talebinin reddini istemiştir.” Çoğunluk görüş bileşik faizi kamu düzenine aykırı görmese de karşı oya göre “Uyarınca, temerrüt faizine faiz işletilmesi (mürekkep faiz / bileşik faiz) Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmektedir.”⁶⁴

Bu kararlarda öne sürülen talepleri yargı mercilerimizin -haklı olarak- reddetmeleri, talepte bulunanlarda, yargı merciinin tahkime karşı gerçekte olduğundan daha hasmane tutum takındığı izleniminin uyanmış olmasıyla açıklanabilir ki bu izlenim de zaman içinde yine aynı mercilerin geçmiş uygulamalarıyla inşa olunmuştur. Eğer devlet yargısı geçmişte tutarlı ve öngörülebilir bir tahkim taraftarlığı ortaya koymuş olsaydı, bu beklentinin oluşma yoğunluğu azalacaktı; öte yandan beklenen hasmane tavır gerçekçi olsaydı ilgili talepler kabul, tenfiz talebi reddedilirdi. Demekki belirli pratik ölçekte tahkime hasmane tavır, o pratik ölçeğin ötesine taşacak, yolu bir şekilde tahkimden geçmiş her kişi uyuşmazlıkta eli zayıfladığında kendi tahkim anlaşmasının da aslında geçersiz sayılması gerektiği çünkü tereddüde mahal bıraktığı unsuruna dayanmak isteyecek, birinci kararda görüldüğü gibi “tahkim gerekirse” lafzının tereddüde mahal bıraktığı bile öne sürülebilecektir. Mantıken, tahkim gerekirse lafzının, Yargıtay’ın da belirttiği gibi anlaşmazlık halinde lafzından hiçbir farkının olmadığı ortadadır. Anlaşmazlık halinde

⁶³ TARMAN, s.813.

⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.05.2021 tarihli ve 2019/4093 E., 2021/4406 K. sayılı kararı

lafzının ismin bulunma hal kipiyle, belirli bir şartın gerçekleştiği zamanda olmaklığı ifade etmesinin yanında, tahkim gerekirse lafzı aynı şartı, koşul kipiyle, o şartın bir ihtimal olduğu gerçeğine atıfla ifade etmektedir. Fakat koşul kipi, koşulun gerçekleşmeme ihtimalini de akla getirdiği için, bu da bir tereddütü ifade ettiği için ilgili taraf buna dayanmak istemiştir; halbuki o tereddüt “anlaşmazlık halinde” lafzının manasında da aynen bulunmaktadır ve ortaya anlaşmazlık çıkıp çıkmayacağı ihtimali, tahkimin yetkili olup olmamasını tereddüde düşürme niteliğinden yoksundur. Yani taraf, dil bilgisi kurallarını zorlamak ve mantık hatasına düşmek pahasına aslında bir isteğin peşinden koşmaktadır: “Benim de tahkim anlaşmamı geçersiz sayın.”

Bu isteğin rasyonelitesine gelince, ekonomik açıdan tenfiz davasının kaybedilme ihtimali, ortalama yıllık 2.41 reel faizle 5 yıl borçlanmak demektir. Amerikan dolarıyla ölçülmüş verilerimizin geçtiği 2011-2013 yılları arasında ABD’de banka kredilerinin reel faizi 1.1, 1.4 ve 1.5 olarak⁶⁵ (ortalama 1.33) gerçekleştiğine göre, tacir pahalı diyebileceğimiz bir krediye girmiş olmaktadır. Bunun rasyonelitesi, kendi ticari ve diğer ekonomik şartları içerisinde değerlendirilebilir⁶⁶.

Alacaklı tacir için ise bu davranış faiz getirisinin yanı sıra alacağına yıllar sonra kavuşması anlamı taşıyacaktır ki ticaretin akışı içerisinde alacağına erken kavuşmak geç ama faizle kavuşmaktan daha önemli olabilir. Bu sebeple, borçlunun tahkim kararına gönüllü uyması, büyük ihtimalle, alacaklı için daha istenen bir ihtimaldir. Ülkelerin yargı sistemleri için, tenfiz davaları iş yükü teşkil eder. Uluslararası ticaret ekosisteminin ve ülkelerin makro çerçevede gönüllü uymama halinden dolayı zararlar gördüğü öne sürülebilir.

Böylece, tahkime hasmane tavırların, bir ülkede reddedilen tenfiz talepleri üzerinde sahip olduğu doğrudan hasmane etkinin yanı sıra, borçluların stratejik hareketlerinin mikroekonomik analizinden anlaşıldığı kadarıyla bu doğrudan etkiden çok daha yüksek belirleyicilikte bir dolaylı etkiye sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple tahkime taraftar ülkelerle hasmane ülkelerin reddettikleri tenfiz talepleri arasında-

⁶⁵ World Bank, <<https://databank.worldbank.org/source/world-development-indicators/Series/FR.INR.RINR>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

⁶⁶ “Tahkime hasmane tavrın dolaylı etkisi ve borçlunun mikroekonomik stratejisi” şeklindeki başlığın ima ettiği üzere bu bölüm, bu mikroekonominin sadece hukuki boyutu üzerinde durmaktadır.

ki sayısal farktan daha büyük nicelikte bir beklenti farkı ve buna bağlı sosyal farklılıklar (bu kapsamda gönüllü uyma davranışlarındaki farklılık) oluşmaktadır.

B. Sosyo-ekonomik Yaptırımların Gücü: Doğal Hukuk, Doğal Sınırlar

Çalışmada elde ettiğimiz ikinci sonuç, kara listeye almak özelinde sosyo-ekonomik yaptırımların gücünün sınırlarına ilişkindir.

1. Caydırıcılık: Sosyo-ekonomik yaptırımların caydırıcılığının kaynağının yaptırımın gerçekleşmesinin kesinliği değil yaptırımın -eğer gerçekleşirse- vereceği zararın büyüklüğü olduğu açıktır. Kara listeye alınan kişiye yaptırımın asıl uygulandığı, icra edildiği an; tacirlerin ticaret örgütünün kara listesine bakarak o listedeki kişiyle ticarete girmekten çekindiği, bir diğer deyişle, tacirlerin birbirinden organik anlamda bağımsız, ferdi ve ekonomik nitelikteki hareketleriyle, ama ortak olarak paylaşılan bir iradenin cisimleşmesinin cümlesinden olarak kara listeye alınan kişiyi dışladığı, bu suretle onda bir zarar oluşturdukları andır. Yoksa bir listeye bir ismin yazılması, topluluktan ostrasist hamle gerçekleşmedikçe dürüstlüğü aykırı davranan kişiye ne zarar verebilir, eğer doğrudan veya dolaylı bir zarar vermeyecekse ne caydırıcılığı kalır? ⁶⁷Şu halde icra edilebilirliği tacirler topluluğunun ortak davranışına bağlı olan bu müeyyidelerin gerçekleşme öngörülebilirliklerinin zayıf olduğu ifade edilebilir.

Öngörülebilirlik ve etkinlik zaafiyetinin yanı sıra, sosyo-ekonomik müeyyidelerin hukuka aykırı davranana verebilecekleri zararın ölçüsüzlüğü de bir diğer aşırılıktır. Kara listeye giren kişi aleyhinde etkin bir boykot, kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırılığı ve yarattığı bireysel ve sosyal zararları son derece aşan, onun ekonomik mahvına sebep olan bir yok edici darbeye dönüşebilir. Bir diğer aşırılık ise, yaptırıma tabi tutulan kişinin içinde bulunduğu endüstriyi de bir bütün olarak etkileme ihtimalidir ki, bu halde hem yaptırımın verdiği zararın miktarı hem de yaptırımın yöneldiği hedef bakımından ölçüsüzlük söz konusu olacaktır.

⁶⁷ Caydırıcılığın oyun teorisinin kavramlarıyla kısaca açıklandığı bir mülahaza için bk. **DOORMAAL**, Jos van: Nonlegal Sanctioning in Private Legal Systems, 1.Baskı, Baden-Baden 2021, s.168-170. Genel anlamda hukuki yaptırımların oyun teorisiyle açıklanması yönünde bk. **PICKER**, Randal C.: "An Introduction to Game Theory and the Law" Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994, s.3-7.

tır. Üçüncü bir sorun ise, özel sosyal kontrol sisteminin her ne kadar organize bir cebir kullanımı olmasa da bir şekilde teşkil ettiği sosyal belirleyiciliğin bu denli büyük ölçeklere taşıdığı rekabet hukukuna, oligopol yaşağına aykırılık teşkil edebilecek, bu hukuku takip eden kamusal sosyal kontrol sistemiyle çatışacaktır⁶⁸.

Ayrıca önceki başlıktaki, karara gönüllü uymayarak reel faiz riskine katlanma olgusunda görüldüğü üzere, zararın büyüklüğü yaptırımın kesinliğinden daha düşük caydırıcılığa sebep olmaktadır.

Sosyo-ekonomik müeyyidelerin yapısal sorunu denebilecek düşük öngörülebilirlik-ölçsüz zarar vericiliğin yanında cebrî icra, hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde uygulandığında öngörülebilirliğin son derece yüksek olduğu bir yaptırımdır.

2. Tazmin edicilik: Kara liste yaptırımı sadece caydırıcı işleve sahip olup zarar görenin zararının giderilmesi amacına hizmet edememektedir. Bu durumda alacaklı tacirin güvenilebileceği tek ihtimal borçlunun sosyo-ekonomik müeyyidenin ona verebileceği zarardan cayıp hukuka ve sözleşmeye uygun davranmasıdır. Gelgelelim, sosyo-ekonomik müeyyide;

a. Yaptırıma bağladığı hukuka aykırı davranışın kişiye sağladığı faydadan daha büyük zarar doğuramayabilir⁶⁹, bu durumda hukuka aykırı davranış rasyonel olmaya devam edecektir.

⁶⁸ DOORMAAL, s.27, 436, 437. Kara listeye almanın ihkak-ı hak yaşağını ihlal edebileceği hakkında bk. DOORMAAL, s.199.

⁶⁹ Bunda sosyo-ekonomik müeyyidenin kendi öngördüğü yaptırımın hafifliği yanında, çok farklı faktörler rol oynayabilir. Mesela bez ve iplik fabrikalarının kârlı bir şekilde çalışabilmeleri için ATMI'ya üye olmalarının gerekmediğini belirten Bernstein, bu durumun onların ATMI üyeliklerinin askıya alınması gibi bir sosyo-ekonomik yaptırıma karşı onları ekonomik anlamda bağışık kıldığını ifade etmektedir. "Gelgelelim, bez ve iplik fabrikaları tacirlere oranla daha az olduklarından bunların tahkim kararlarına uymaması tacirler ve bankalar indinde hızlıca bilinir hale gelmekte, işbu hal onların görece yüksek fiyatlarla yahut önce paranın ödemesi şartıyla karşılaşmasına sebep olmaktadır. Sonuç olarak tahkim kararlarına uymamaya bez ve iplik fabrikası ciddi finansal sıkıntıda olmadıkça rastlanmamaktadır. (BERNSTEIN (2001), s.1739). Yazar farklı bir makalesinde elmas ticaretindeki "aynı etnisiteden gelen ve dar bir coğrafyaya hasrolmuş küçük bir grubun üyeleri arasındaki sık tekrarlanan ilişkiler şeklinde ifade edilebilen "homojen topluluk rejimi" ile teknolojinin marketleri birbirine bağladığı, tacirlerin itibar hakkında bilgi ve haberlerin hızlı ve düşük maliyetli bir şekilde yayılabildiği "enformasyon araçları (information intermediaries) sistemi"nin elmas ticaretinde tacirler arası itibar

b. Yaptırıma bağladığı davranışı, onun sağladığı yarardan daha büyük bir zararla cezalandırır da borçlu irrasyonel davranabilir, bu durumda yaptırıma maruz kalır, bu maruziyet geleceğe yönelik caydırıcılık oluşturabilir ama zarar görenler artık zarar görmüştür.

a ihtimalinde sosyo-ekonomik müeyyidenin davranışı etkin cezalandıramaması riski⁷⁰, b ihtimalinde ise borçlunun yine de irrasyonel davranışı seçme riski oluşturacağı sosyal zarar bakımından evleviyetle alacaklının omuzlarına yüklenmiş durumdadır⁷¹. Alacaklı ekonomik şartların bir sosyo-ekonomik yaptırımı pratikte etkisiz kılmasının da, etkili olmasına rağmen borçlunun irrasyonel davranışının da risklerini birinci derecede omzunda taşıyacaktır. Cebrin kamusal sosyal kontrol sisteminin tekelinde olması, farklı özel sosyal kontrol sistemleri arasında bir tür serbest pazar bulunmasının ve bu sebeple tacirlerin işbu risklerini minimize eden arzlara yönelmelerinin tahkim sürecinin sonundaki etkililiğini sınırlandırmaktadır çünkü neticede devlet dışında hiçbir sosyal kontrol sistemi cebir kullanamamak bakımından eşittir. Bu da ticaret

zedelenmesine dayanan yaptırımları devletin yavaş işleyen mekanizmasının önüne geçirmeye yettiğini tespit etmiştir (BERNSTEIN, Lisa: "Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", The Journal of Legal Studies, C.21(1), 1992, s.116). Tarih boyunca elmas ticaretini elinde bulunduran Yahudi toplulukların bu homojen grup yapısını sürdürdükleri için ostrasizme dayalı müeyyidelerin işlerliğinin yüksekliğini belirtmiştir (BERNSTEIN (1992), s.140,141). Ticari ilişkilerin tamamına şamil olarak özel sosyal kontrol sistemlerinin yaptırımlarının bağlı bulunduğu ekonomik, ticari, işletmesel ve sosyal esaslar için bk.CHARNY, David: "Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships", Harvard Law Review, C.104(2), 1990, s.419-424) Böylece tahkim kararlarına uymayanlara uygulanan yaptırımın gerçek gücü, kişilerin ve durumların ekonomik ve ticari özelliklere göre değişiklik göstermektedir.

⁷⁰ Çalışmamızda bütün kurguyu homo economicus ve homo rationalis modeli üzerinden yapmış olsak da, bu ancak bir soyutlama niteliğindedir, gerçekliğin içerisinde insanların irrasyonel davranma ihtimali (riski) her zaman mevcuttur.

⁷¹ Claire Lemerrier, "19.yy Fransız ve İngiliz iş çevrelerinde itibar zedelenmesine dayanan yaptırımlara güvenildiğine edildiğine dair neredeyse hiç delil bulamadığımı" ifade etmekte, Banker Sampson Samuel Lloyd'dan şu alıntıyı yapmaktadır: "Azıcık bile otoritesi olmayan bir heyete uyuşmazlıkların götürülmesi hususunda büyük bir gönülsüzlüğün varlığı görülmektedir." (LEMERCIER, C: "How do business-people like their courts? Evidence from mid-19th century France, England, and New York City" Joint Michigan Legal History Workshop/Law & Economics Workshop, 2015, s.29 ve not 93)

örgütlerinin seçilmesi aşamasında devlet yargısı indinde kararları en muteber olan örgütlerin pazarda ön plana çıkmasıyla neticelenmektedir (bk.anket. reputation and recognition)

Aslında sosyo-ekonomik yaptırımların icrası, örgütlü bir toplumsal davranış niteliğinde değildir. Tahkim kararı ve ticaret örgütüne bağlı ilgili birimlerin bu karara uymayanların kara listeye geçirilip yayınlanmasını sağlaması bir organizasyon işi olsa da, yaptırımı asıl gerçekleştiren güç tacirlerin tek tek sergiledikleri ve ekonomik nitelikte olan bireysel davranışlardır⁷². Burada icra gücü, özel hukuk kişilerinin; homo economicusların sergilemekte ve sergilememekte tamamen özgür oldukları ve hukuki yapısı gereği aslında bir özel hukuk muamelesi olan davranışlara dayanmakla, işbu özel hukuk kişileri bir yandan bağlı buldukları sosyal kontrol sisteminin icra gücünü teşkil etmektedirler; organik anlamda olmasa da (çünkü böyle bir icra organizasyonu bulunmamaktadır, şu haliyle bile rekabet hukukuyla çatışabilen sistem, eğer icra hususunda da organize olsaydı devletin cebir tekeliyle ve oligopoli yasayla tamamen zıtlaşırdı) fonksiyonel anlamda. Özel sosyal kontrolünün sınırları içinde kalan tacirler toplumu, küçük bir organizasyonla oluşturduğu ticaret örgütlerine bağlı tahkim kararlarını, sıfır organizasyonel emeğe, yüzde yüz bireysel, özel inisiyatife⁷³ dayanan sosyo-ekonomik

⁷² Benzer bir statüko devler hukukunda da gözlemlenmektedir. “Devletlerin uluslararası yatırım tahkimi kararlarına uymamasına uluslararası enstrümanlar kullanılarak düzenlenmiş az sayıda çözümden biri de World Bank Operational Manual OP 7.40’de getirilmiştir. Dünya Bankası’nın operasyonel politikası, dış borcunun ödenmesi veya yabancıların mallarının hukuka aykırı kamulaştırılması konusunda çıkan uyuşmazlıkları çözmek için yeterli çabayı göstermeyen devletlere yeni borçlar verilmesini engellemek yolunda Banka’yı açıkça yetkilendirmektedir. Belirli durumlarda ise devletler hukuku mağdur devletlerin ihkak-ı hak yolunda adımlar atmasını tecviz etmekte ve devletler hukukna aykırı davranışla zarar görmüş haklarını ve ilişkilerini korumakta onların önünü açmaktadır.” (ECHANDI, Roberto: “Non-Compliance with Awards: The Remedies of Customary International Law”, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 2012, s.119). Uluslararası hukukta devletlere tanınan self-help hakkı, günümüzde uluslararası ticaret hukukunun özel hukuk kişilerine tanınmamaktadır (bk.bu çalışma, dipnot 67). Antik Atina’da özel hukuk kişilerinin hukukun icrasının bir aracı olarak ihkak-ı hakkı işletmeleri hakkında bk.bu çalışma, dipnot 72.

⁷³ Antik Atina şehir devletinde, devlet yargısının verdiği kararları icra ve infaz etmede vatandaşların birer özel hukuk kişisi olarak aldıkları özel inisiyatiflerle sosyal kontrolü yürüttükleri hakkında: HUNTER, Virginia J.: Policing Athens Social Cont-

yaptırımlarla icra etmektedir. Aslında sosyal kontrolün işlevselliği ve işlerliği noktasından bakarak bu şekilde gördüğümüz fenomeni, bizzat icra gücünün dayandığı tacirlerin bulunduğu noktadan bakarak; ekonomik bir faydanın elde edilmesine yönelmiş bir teşebbüs olarak nitelendirebiliriz: Kara listedeki şirketi dışlayan tacir, kendi ekonomik faydasını gütmektedir; “toplum yararı” için kendinden feda ediyor değildir. İcra gücü, tacirin homo economicus olmak gereği kendi faydasını maksimize etmeye yönelik bir hareketinden ibarettir yalnız şu detayı atlamamak gerekir, ekonomik faydasını maksimize etmeye çalıştığı diğer davranışlardan farklı olarak bu davranışıyla dürüstlüğe veya sözleşmesine aykırı davranan bir kişiyi “cezalandırma” fonksiyonu görmektedir. Dürüstlüğe veya sözleşmeye aykırı davranış tahkim kararıyla tespit edilmiş, bu davranışın yaptırımı, uluslararası ticaretin doğal akışında kendi yararının peşinden koşan bir tacirin bireysel ve ekonomik davranışıyla gerçekleşmiştir, hiçbir organizasyon, anayasa, devlet erki, hukuka uygunluk karanesi, kamu personeli, vergilerle oluşmuş bir kamu maliyesi vs. kamusalılık taşınmadan.

Bu durum, ekonominin doğasında yer alan bireysel faydayı maksimize etme ilkesinin hukuki icra gücünü yaratmasından ötürü bir tür doğal hukuk olarak düşünülebilir; ekonominin doğal hareketliliğiyle işlerlik kazanan hukuk. O halde, bu ilkenin yaptırım uygulama konusunda demin ifade edilen belirsizliği, ölçsüzlüğü ve tazmin yeteneğinden yoksunluğu ile bu üç hususun tacirler toplumu ve tahkim kararlarının kendi başına -devletten yardım almadan- uygulanabilirliği için teşkil ettiği düşük verimlilik de işbu doğal hukukun doğal sınırlarını çizmektedir. Bu anlatı içerisinde cebir tekeli uhdesinde bulunduran devlet, cebrî icra “arzıyla” ekonominin doğal bir parçası olarak, talep edilen özel nitelikli bir garantörlük hizmetini görmektedir. Cebrî icraya ve hukuk devletinin öngörülebilirliğine dayanan öngörülebilir, geleceğe yönelik sağlam beklentiler oluşturan ve orantılı yaptırımların doğal bir ihtiyaç olduğu ortaya çıkmaktadır. Yalnız bu ihtiyaç, tahkim hukuku müesseselerinin sağlıklı yorumlanarak devletin kararların esasına müdahalesinin yolunu açan bir şekilde “tatmin edildiğinde” bu sağlıklı bir tatmin olmamaktadır, zaten en başından beri tahkim hukukunda devlete ihtiyaç duyulan husus cebir gücüyle ilgilidir kararların esasını denetle-

mesiyle değil. Devlet yargısının, cebrî icra konusunda kendisine duyulan ihtiyacı farklı yönlerde suistimal etmemesi gerekir. Şu halde bu tavır, çalışmamızda incelendiği üzere, ancak alacaklının alacağına kavuşamamasıyla sonuçlanan, bir tür hastalık üreten niteliktedir, aynı zamanda devlete ve o ülkeye de ekonomik anlamda zarar vermektedir. İhtiyaç duyulan şey, hakemlerin terazisi ile, devletin kılıcının sağlıklı ve uyumlu çalışabilmesini sağlayan bir hukuk mühendisliğidir⁷⁴.

C. Hukuki yorumun başı ve sonu: Gerekçe yerine neticeye bakmak

Çalışmada altını çizmek istediğim son husus, hukuki kavram ve müesseseleri yorumlarken, bunların arka planında yatan hukuki gerekçeler kadar bu yorumların içinde bulunduğumuz sosyal, ekonomik, kültürel, doğal evrende neden-sonuç ilişkilerine dayalı olarak doğuracağı neticelere de odaklanmanın gereği ve faydasıdır. Tahkime hasmane tavırlar, gerekçekendiriliş bakımından tahkime taraftar tavırlardan “daha az hukuki” değildir, fakat sebep oldukları neticeler bakımından gözle görülür ve ispat edilebilir ölçekte daha “zararlıdır”. Sosyal bilimler, somut ve detaylı veriler ile tutarlı mantıksal-matematiksel analizlere dayalı neden-sonuç ilişkilerini kurma kabiliyetini arttırdıkça, hukuk biliminin, hem hukuk yapımında hem de hukuk yorumunda bu bilimlerden yararlanması daha olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Hukuku ve hukuki yorumu, özellikle sosyal, ekonomik ve doğal evrenimizden soyutlamak; onu pozitif hukuk kurallarının mantıksal çıkarımlarının bir ürünü olarak görmek, bu mantıksal çıkarımlar içinde var olduğumuz evrene zarar verdiğinde bu zararın varlığına karşı kör, hissiz ve tepkisiz olmamıza sebep olur. Algılayamayız, anlayamayız, tepki veremeyiz. Dolayısıyla hukuki düşüncenin indirgenebileceği en soyut dilin içerisinde işbu beşerî ve tabîî disiplinlerin bir şekilde yer alması, inkorpore edilmiş olması gerekir. Bunun usulünden olmak üzere, çalışmamızda kullandığımız; bir hukuki yorumun somut olarak gözlemlenebilir ve bilimsel metotla ispat edilebilir neticelerini, o yorumun değerinin ve tercih edilebilirliğinin belirlenmesinde esas tutmak önerilebilir. Eğer neticelere yeterince odaklanmazsak, bir önceki başlığın son

⁷⁴ Bu mühendisliğin, Fransa’da tacirler topluluğunun ticaret mahkemelerinde temsili ni de kapsayacak şekilde kurgulanması hakkında bk.: LEMERCIER, s.9.

cümlesine atfen, hukuk mühendisliği doğru gerekçelerle bir bina inşa edebilir fakat yıkılıp yıkılmadığına kayıtsız kalmış olur.

SONUÇ

Her ne kadar günümüzde milletlerarası tahkim kararlarının icrasına ilişkin mevzuat bakımından dünya çapında bir birlikten söz edilebilse de, bu mevzuatın yorumlanması ve uygulanışı ülkeden ülkeye büyük farklılık arz etmektedir. Bu farklılık, uluslararası ticaret üzerinde gözlemlenebilir nitelikte, sosyal ve ekonomik etkiler uyandırmaktadır. Çalışmamda bu etkiler Uluslararası Pamuk Örgütü'nün tahkim kararlarının ülkelere göre uygulanabilirliği hakkındaki verileriyle Queen Mary Üniversitesi'nin tahkim yargılamalarına katılan kişilerle gerçekleştirdiği anket çalışmalarından gözlemlenmiştir. Yapılan gözlemler, yargı organları tarafından tahkim hukuku kurum ve kurallarının tahkime hasmane bir biçimde yorumlandığı devletlerde, tahkim kararlarının icra edilebilirliğinde ciddi bir düşüşün varlığını tespit etmektedir. Uluslararası ticaretin öznelere bakımından tahkim kararlarının icrasına yönelen hasmane tutum, kaybettiği tahkim yargılamasında kendisi aleyhine zararlı sonuçlar ifade eden bir kararın da icra edilmeyebileceği yönünde bir ümit uyandırmaktadır. Bu –haksız- ümit, taciri, karara gönüllü olarak uyma davranışından da caydırmaktadır. Kararı veren ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyideleri, devletlerin hukuki müeyyidelerinin sergilediği etkinliğe sahip olamamaktadır. Hukukun biliminin, hukukun uygulanması ve yorumlanmasının sosyal ve ekonomik hayatta sebep olduğu neticeleri gözleme ve değerlendirme kabiliyetini geliştirmesi, devlet yargısının –belki de istemeyerek- yarattığı olumsuz durumların önüne geçme olanağını artırabilir.

Son cümle

“Tahkim son durak değil. Bir ara aşama. Daha hukuki yaptırımların icrası var... İnsanları mahkemeye çıkaracağız”⁷⁵.

⁷⁵ “Arbitration’s not the last resort. It’s a middle phase. There are legal enforcements... We’ll be taking people to court”. Emtia ticareti devi Louis Dreyfus’un Yönetici ismi Joe Nicosia’nın ICA tahkimi kararlarına gönüllü uymanın çok düştüğü bir zamanda, gönüllü uymayanlar hakkında söylediği sözler. Josephine Mason, ‘Cotton market trust crumbles on defaults, lawyers pounce’ Reuters (New York, 24 January 2013) <<https://www.reuters.com/article/cotton-defaults-idUSL1E9CIHEG20130124>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

KAYNAKÇA

- ABD Enflasyon TÜFE, World Bank
<<https://data.worldbank.org/indicator/FP.CPI.TOTL.ZG?locations=US>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)
- BARROZO**, Rebecca Paradellas: “The Public Policy Exception and the Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil”, *Católica Law Review*, C.5(2), 2021, s.67-91.
- BERNSTEIN**, Lisa: “Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, *The Journal of Legal Studies*, C.21(1), 1992, s.115-157.
- BERNSTEIN**, Lisa: “Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions”, *Michigan Law Review*, C.99, 2001, s.1724-1790.
- CARMICHAEL**, Jason: “Social Control”, *Oxford Bibliographies in Sociology*, 2012, <<https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0048.xml>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- CHARNY**, David: “Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships”, *Harvard Law Review*, C.104(2), 1990, s.373-467.
- CHEN**, An: “Is Enforcement of Arbitral Awards an Issue for Consideration and Improvement? – The Case of China’ MAKING THE MOST OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A COMMON AGENDA (SYMPOSIUM CO-ORGANISED BY ICSID, OECD AND UNCTAD, 2005, <<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36054525.pdf>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- Chinese Arbitration Act (CAL) 1995, <http://np.china-em-bassy.gov.cn/eng/78085/zchfl/200410/t20041027_1998190.html> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Choices in International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2010, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Corporate Attitudes and Practices, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2006, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2006.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Corporate Attitudes: Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2008, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2008.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2012, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

DAR, Wasiq Abass: "Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Eur. J. Comp. L. & Governance*, C.2(4), 2015, s.316-350.

DOORMAAL, Jos van: *Nonlegal Sanctioning in Private Legal Systems*, 1.Baskı, Baden-Baden 2021.

ECHANDI, Roberto: "Non-Compliance with Awards: The Remedies of Customary International Law", *Proceedings of the Annual Meeting*

(American Society of International Law), 2012, s.118-122, <<https://doi.org/10.5305/procannmeetasil.106.0118>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

FORNASAR, María Laura: A Ordem Pública na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Faculdade de Direito, Rio de Janeiro 2019)

Gereği İfa Edilmeyen Kararlar Listesi, Uluslararası Pamuk Birliği, <<https://ica-ltd.org/safe-trading/list-of-unfulfilled-awards/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

GIA, Thien Le Nguyen: The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Vietnam, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, Osnabrück 2019.

HUNTER, Virginia J.: Policing Athens Social Control in the Attic Lawsuits, 420-320 B.C., Princeton University Press, New Jersey 1994.

Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2015, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2021, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2018, <

International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-
International-Arbitration-(2).PDF> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

KLOPPENBERG, Lisa A./XIUWEN, Zhao: “Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy”, *U. Dayton L. Rev.*, C.31(3), 2006, s.421-452.

Kurallar ve İçtüzük, Uluslararası Pamuk Birliği, <<https://ica-ltd.org/safe-trading/bylaws-rules/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

LEMERCIER, C: “How do businesspeople like their courts? Evidence from mid-19th century France, England, and New York City” Joint Michigan Legal History Workshop/Law & Economics Workshop, 2015, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Special%20session%20paper_Lemercier%20How%20do%20businesspeople%20like%20their%20courts.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

LUMBANTOBING, John: “The 1958 New York Convention in Indonesia: History and Commentaries Beyond Monism-Dualism”, *Indonesia Law Review*, C.9(3), 2019, s.222-240.

MACEDO, Lucas Pestana: “Public Policy Exception in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Case”, *FGV Direito SP*, 2018, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3594871> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

MAHAJAN, Pallavi: “The Unruly Horse of Public Policy Exemption in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in India”, *Institute of Development Studies*, 2015, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449565> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

MANIRUZZAMAN, A. F. Munir/CHISTI, Ijaz Ali: “International Arbitration and Public Policy Issues in the Indian Subcontinent: A Look through the English Common Law and International Len-

ses”, Manchester Journal of International Economic Law, C.16, 2019, s.183-212.

Model Law on International Commercial Arbitration 1985, <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

MONFREDA, Chad/**RAMANKUTTY** Navin/**FOLEY** Jonathan A.: “Farming the planet: 2. Geographic distribution of crop areas, yields, physiological types, and net primary production in the year 2000”, Global Biogeochemical Cycles, C.22, 2008, GB1022.

OEC (The Observatory of Economic Complexity, MIT), ‘Cotton’ <<https://oec.world/en/profile/hs/cotton>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Ödeme Yapmayan Borçlular Listesi, Amerika Pamuk İhracatçıları Birliği, <<https://acea-cotton.org/list-of-parties-reported-to-be-in-default-2/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

PICKER, Randal C.: “An Introduction to Game Theory and the Law” Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1049&context=law_and_economics> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

PRATAMA, Gede Aditya: Public Policy as a Ground for Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Indonesian Notion of Public Policy, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of Exeter Law School, Exeter 2017.

QIU, Jin/ **SHI-JIE**, Xu: “Research on the Determination of the Validity of International Commercial Arbitration Agreement of China”, J. Arb. Stud., C.28, 2018, s.193-208.

Reuters (New York, 24 January 2013) <<https://www.reuters.com/article/cotton-defaults-idUSL1E9CIHEG20130124>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

RUSAKOVA, Ekaterina/**FROLOVA**, Evgenia/**KUPCHINA**, Ekaterina/**OCAQLI**, Ulvi: "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Federative Republic of Brazil", International E-Journal of Advances in Social Sciences, C.16(6), 2020, s.118-122.

Shanghai Quinsah International,
<<https://en.52wmb.com/buyer/82246300>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Shanghai Quinsah International Trading Co.Ltd.,
<<https://spec.sustainabilitymap.org/global-organic-textile-standard/listing/shanghai-quinsah-international-trading-co-ltd/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

SHARIF, Ammara/**ALI**, Shan/ **BALOCH**, Sumaira: "Public Policy In Pakistan A Roadblock To The Execution Of Foreign Arbitral Award", Pakistan Journal of Social Research, C.4(2), 2022, s.893-905.

Sun Hing Lee Textile Ltd.,
<<https://www.tradeeasy.com/supplier/703023/sun-hing-lee.html>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Supreme Court of India, Oil & Natural Gas Corporation Ltd. v. SAW Pipes Ltd., 17.04.2003,
<<https://main.sci.gov.in/judgment/judis/19058.pdf>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

ŞANLI, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 8.Baskı, İstanbul 2020

Richardson v. Mellish [1824-34], 130 Eng. Rep. 294 (HL),
<<https://uniset.ca/other/css/130ER294.html>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Tahkim İstatistiği, Uluslararası Pamuk Birliği, <<https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-statistics/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Hakem ve Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, Public and Private International Law Bulletin, C.37(2), 2017, s.798-820.

TZENG, Peter: “Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements”, American Review of International Arbitration, C.27(3), 2016, s.327-358.

Vietnam Ministry of Justice: <<https://moj.gov.vn/tttp/Pages/dlcn-va-th-tai-Viet-Nam.aspx>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Viewer Development Co.Ltd., <<https://connect2india.com/global/VIEWER-DEVELOPMENT-CO-LIMITED/106078438>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Wikifarmer Editorial Team, ‘Cotton Growing Conditions’ <<https://wikifarmer.com/cotton-growing-conditions/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

World Bank, <<https://databank.worldbank.org/source/world-development-indicators/Series/FR.INR.RINR>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

YANG, Fan: “Applicable Laws to Arbitration Agreements Under Current Arbitration Law and Practice in Mainland China”, International & Comparative Law Quarterly, C.63(3), 2014, s.741-754.

ZEKOS, Georgios I.: International Commercial and Marine Arbitration, Oxon 2008.

NFT'LEŞTİRİLMİŞ ESERLERDEN KAYNAKLANAN MALİ HAK İHLALLERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA FİKRİ VE SINAI HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ Mİ GÖREVLİDİR?

Dr. Öğr. Üyesi Seyhan SELÇUK*

Öz

NFT'nin özellikle "NFT Eseri", "NFT Sanatı", "NFT Sanatçısı" gibi kavramlarla anılması, NFT haline getirilen ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan (FSEK) kaynaklanan uyuşmazlıklara sebebiyet verip vermeyeceği ve verebilecekse NFT eserlerinden kaynaklanan mali hak ihlallerinde görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi mi olacağı sorununu getirmekte ve bu soruya, medeni usul hukuku açısından cevap verilmesini gerektirmektedir. NFT'lere ilişkin açık kanuni bir düzenlemenin yapılmamış olması ve teknolojik gelişmelerin hızlı bir şekilde ilerlemesinin bir sonucu olarak (gelecekte NFT oluşturma işleminde yaşanabilecek değişikliklerin mümkün olması sebebiyle), bu çalışmada NFT'leştirilmiş eserlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin göreviyle alakalı kesin bir yargıya varılmadan uygulamada benimsenebilecek çeşitli görüşler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaya çalışılmaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst Prof., Eskişehir Osmangazi University, Law Faculty, Department of Private Law, Civil Procedure and Enforcement and Bankruptcy Law Department, Eskişehir, Türkiye.

✉ selcukseyhan07@gmail.com • ORCID 0000-0001-5074-6722.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** SELÇUK, Seyhan: "Nft'leştirilmiş Eserlerden Kaynaklanan Mali Hak İhlallerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Mi Görevlidir?", SÜHFD, C.32, S.2, 2024, s. 1157-1200.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

•Blokzincir •Akıllı Sözleşme •Kripto Varlık •NFT •Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi

IS THE CIVIL COURT FOR INTELLECTUAL AND INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS COMPETENT IN DISPUTES RELATED TO FINANCIAL RIGHTS INFRINGEMENTS ARISING FROM NFTIZED WORKS?

Abstract

The fact that NFTs are referred to with concepts such as “NFT Work”, “NFT Art”, “NFT Artist” requires an answer to the question of whether the NFT product will give rise to disputes arising from the Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK), and if so, whether the court in charge of financial rights violations arising from NFT works will be the civil court for intellectual and industrial property rights, in terms of civil procedural law. As a result of the lack of clear legal regulation on NFTs and the rapid advancement of technological developments (due to the possibility of changes in NFT creation process in the future), this study tries to make an assessment within the framework of various opinions that may be adopted in practice without making a definitive judgment regarding the jurisdiction of civil court for the intellectual and industrial property rights in disputes arising from NFTized works.

Keywords

•Blockchain •Smart Contract •Crypto-Assets •NFT •Civil Courts for Intellectual and Industrial Property Rights

GİRİŞ

Misli olmayan kripto varlıkları ifade etmek için kullanılan NFT’ler, son yıllarda kripto varlık ve blokzinciri (blockchain) ekosisteminin gelişimiyle birlikte popüler hale gelmiştir. NFT’ye dönüştürülebilecek varlıklar bakımından herhangi bir sınıрын bulunmaması ve teknolojideki gelişmelerin de bir sonucu olarak, bugün için, pek çok sektör ve alanda NFT’lerin kullanımının mümkün olduğu söylenebilir. Bu açıdan, dijital eserlerin yanı sıra fiziki eserlerin de blokzincir ekosistemi kullanılmak suretiyle NFT’leştirilebilmesi imkân dahilindedir.

NFT haline getirilen varlık açısından, blokzincirde yaratılmış olan ürünün bilhassa FSEK kapsamında eser kabul edilip edilmeyeceği veya NFT’nin işaret ettiği eser bağlamında NFT ile NFT’ye konu yapılan eser arasında telif hukuku açısından bir ilişkinin varlığı da kaçınılmaz

olmaktadır. Böyle bir ihtimalde ise, FSEK'in koruma altına aldığı eserden kaynaklanan mali hak ihlallerinin gündeme gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu ihtimalin gündeme gelmesi halinde ise, söz konusu uyuşmazlık bağlamında görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi mi olacağı sorusuna NFT'leştirilme ve NFT'leştirilmiş eserler bakımından cevap verilmesi gerekmektedir.

I. NFT'YE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Blokzincir ve Özellikleri

Blokzincir kavramı, ilk defa kendisini Satoshi Nakamoto olarak tanıtan bir kişinin 2008 yılındaki global kriz sırasında yayımladığı "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*" isimli makalesiyle ortaya çıkmıştır¹. Bu yeni sistem herhangi bir devletin kontrolünde olmayan, sınırlı bir arzı bulunan, dijital ortamda yazılım şeklinde geliştirilen ve dağıtık defter teknolojilerinden blokzincir (blockchain)² teknolojisi üzerinden varlık bulan bir yapıyı ifade etmektedir³.

Blokzincirin, "*Yapılan her işlem bilgisinin ağdaki katılımcılar tarafından kaydedildiği ve paylaşıldığı dağıtılmış veri yapısı*"⁴; "*Veri alışverişinin yanı sıra değerli varlıkların transferini de sağlayan kayıt defteri*"⁵; "*İşlemlerin güvenilirliğinin ağdaki paydaşlar tarafından doğrulandığı dağıtılmış, şeffaf, değiştirilemez ve güvenli bir veri yapısı*"⁶ şeklinde farklı tanımları yapılmaktadır.

¹ <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi 25.01.2024).

² Blokzincirle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAKAYA**, Ali, Blok Zincir Teknolojisi Hakkında Genel Bilgiler ve Çeşitli Uygulama Alanları, Blokzinciri, Kripto Paralar ve Akıllı Sözleşmelerde Güncel Gelişmeler, Ed. Serhat Eskiyoörük/Ömer Tuğsal Doruk, Ankara 2021, s. 33 vd.; **GÜÇLÜTÜRK**, Osman Gazi, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", Regesta C. 4, S. 3, 2019, s. 383, 385 vd.

³ **ASLAN**, Ümmühan/**AYANOĞLU**, Yıldız/**ÖZCAN**, Enes, Kripto Varlıkların Muhasbeleştirilmesi ve Raporlanması, Blockchain Teknolojisi ve Kripto Varlıklar Eko Sistemi, Ed. Nalan Akdoğan ve Ümmühan Aslan, Ankara 2022, s. 25.

⁴ <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi 28.02.2024).

⁵ **TANRIVERDİ**, Mustafa/**UYSAL**, Mevlüt/**ÜSTÜNDAĞ**, M. Tahsin, "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Alanyazın İncelemesi", Bilişim Teknolojileri Dergisi C. 12, S. 3, 2019, s. 204.

⁶ **REYNA**, Ana/**MARTİN**, Cristian/**CHEN**, Jaime/**SOLER**, Enrique/**DÍAZ**, Manuel, "On blockchain and its integration with IoT Challenges and opportunities", Future Generation Computer Systems, C. 3, S. 88, 2018, s. 174, 175. Daha farklı tanımlamalar

Blokzincirde verilerin yer aldığı veri kümesi “*blok*” olarak adlandırılırken, şifrelenmiş blokların bir araya gelmesiyle oluşan yapı, zincir olarak ifade edilmektedir. Blokzincirde yapılan işlem verileri, kriptografik olarak birbirine bağlı ve potansiyel olarak sonsuz olan veri blokları dizisinde saklanmakta ve blokların oluşması, yapılan işlemlerin doğruluğunun ve geçerliliğinin merkezi olmayan zaman damgalı algoritmalar aracılığıyla katılımcı düğümler⁷ tarafından oylanması sonucu sağlanmaktadır⁸. Dolayısıyla, blokzincirde temel olarak, dağıtık defter, kayıtlarda sürekli olarak bir artış meydana gelme, bloklar halinde onaylanma, gruplanma ile değişikliklere kapalı olma ve kriptografi yoluyla güvence altına alınma özellikleri ön plandadır⁹. Herkese açık, yazılım temelli, merkezi olmayan elektronik bir veri olarak işlev gören blokzincir, dijital olarak yapılan tüm işlemleri belgelemekte ve bu açıdan tıpkı bir sicil gibi bünyesinde gerçekleşen tüm işlemleri kronolojik olarak ve kullanıcılar arasında dağıtık bir şekilde kayıt altına almaktadır¹⁰.

Blokzinciri, eşler arası ağlar (peer-to-peer) kontrol ettiğinden başka bir merkeze (aracıya)¹¹ ihtiyaç duyulmadan bir verinin iki taraf/eşler

için bkz. **TANRIVERDİ/UYŞAL/ÜŞTÜNDAĞ**, s. 204; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 1. Baskı, İstanbul 2021, s.18; **KAYNAK BALTA**, Büşra, “Blockchain Teknolojisi İle Geliştirilen Kripto Paralar Ve Telif Hakları”, FMR C. 23, S. 1, Ocak 2021, s.145; **BECK**, Roman, “Beyond Bitcoin: The Rise of Blockchain World”, Computer C. 51, S. 2, 2018, s. 55.

⁷ “Düğüm, blokzincirdeki herhangi bir ağıttır. Yani internete bağlı olan ve IP adresi olan bilgisayar, telefon, yazıcı gibi elektronik cihazlar düğüm olarak kullanılabilir. **BİLGİLİ**, Fatih/**CENGİL**, Fatih, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2022, s. 50.

⁸ **TANRIVERDİ/UYŞAL/ÜŞTÜNDAĞ**, s. 204.

⁹ **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 19. Blokzincirin avantaj ve dezavantajları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **TANRIVERDİ/UYŞAL/ÜŞTÜNDAĞ**, s. 204, 205.

¹⁰ **MIK**, Eliza, “Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity”, Law, Innovation and Technology, S. 2, August 2017, s. 275; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s.19, 20.

¹¹ “Merkezi olmama, verinin ve veri tabanına yapılacak eklemelerin tek bir merkezi aktörün kontrolünde olmamasıdır.” **PETERS**, Gareth W./**PANAYI**, Efstathios/**CHAPPELLE**, Ariane, “Trends in Crypto-Currencies and Blockchain Technologies: A Monetary Theory and Regulation Perspective”, SSRN Electronic Journal, August 2015, s. 2; **GÜÇLÜTÜRK**, Osman Gazi, Hukukçular için Blokzincir Teknolojisinin Teknik İşleyişi: Bitcoin Örneği, İstanbul 2021, s. 31; **BİLGİLİ/CENGİL**, s. 49; **ÖZ**, Nur Şura,

arasında değiş tokuşuna diğer bir ifadeyle işlemin gerçekleştirilmesine imkân vermektedir. Tek bir merkeze olan güven aslında tüm sisteme dağıtılmakta ve merkezi bir otoriteye ihtiyaç duymayan çok güvenli bir yapı karşımıza çıkmaktadır¹². Zira, blokzinciri oluşturan bilgisayar düğümlerinin her birinde blokzincirin bir bütün olarak kopyası yer almakta ve kullanıcılar tarafından yapılan her işlem ağdaki bütün düğümlere yayılmak suretiyle düzenli olarak yeni ve doğrulanmış bloklar, blokzincire eklenmektedir¹³.

Blokzincirin yapı taşı oluşturulan bloklar, temelde bir grup veriyi içerisinde barındıran sabit boyutlu veri setleridir¹⁴. Bloklar, geleneksel veri tabanlarında olduğu gibi kimin neye ait olduğuna dair mülkiyet bilgilerini barındırabilecekleri gibi kripto varlığın transferine yönelik bilgileri de barındırabilmektedir¹⁵. Benzer şekilde, bloklar, alacak, borç veya eşya üzerindeki mülkiyet gibi verileri de içermektedirler¹⁶. Sisteme kaydedilen tüm işlemler, şifrelenmiş halde bu bloklarda yer almaktadır. Bu açıdan blokzincirinde kimlikler ve işlemler şeffaf olmakla birlikte, kriptografi sayesinde bir noktada da gizli kalmaya devam etmektedir¹⁷.

Blokların sabit bir boyutu¹⁸ bulunduğundan blok dolduğunda bloğun, bloğa kaydedilmiş tüm işlemlere karşılık gelen sabit uzunluktaki bir çıktısı oluşturulmalıdır. Blokların birbirine bağlanması ve zincir haline getirilmesi, iz (hash)¹⁹ ile gerçekleşmektedir. Blokların zincir şeklinde birbirine bağlanabilmesi için, her bir blokta bir önceki bloğa ilişkin bir bilginin yer alması ve bu şekilde bağlantının gösterilmesi gerekmektedir.

Blokzinciri Teknolojisinin, Akıllı Sözleşmeler ve Kripto Paraların Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara 2023, s.35, 36.

¹² TANRIVERDİ/UYSA/ÜSTÜNDAĞ, s. 204; SEZGİN, Gökmen, Takibin ve Haczin Konusu Bakımından Kripto Paralar, Ankara 2023, s. 49; GÜÇLÜTÜRK, 31.

¹³ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 20. Benzer yönde bkz. SEZGİN, s. 51.

¹⁴ SEZGİN, s. 47.

¹⁵ GÜÇLÜTÜRK, s. 23.

¹⁶ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 21.

¹⁷ ÖZ, s. 38.

¹⁸ "Blokların boyutu sabit olmakla beraber, içerisindeki içeriğin boyutu değişebilmektedir." GÜÇLÜTÜRK, s. 25.

¹⁹ "İz, belirli (sabit) bir uzunluğa sahip sayı ve harf dizisini ifade eden bir sonuçtur." GÜÇLÜTÜRK, s. 24.

İzler, bir verinin dijital kimliği olarak nitelendirilmekte ve hatta dijital parmak izi olarak kullanılabilir²⁰. İz sayesinde bir verinin değiştirilip değiştirilmediği kolayca anlaşılabilir²¹.

Dağıtılmış sistem, sistemin içerisinde bulunan aktörlerin belirli kurallar dahilinde bir sonuç üzerinde uzlaşmasıdır²². Diğer bir ifadeyle, sistem içerisinde bulunan aktörler, belli bir gerçeklik üzerinde uzlaşmakta ve dağıtılmış olan şey de gerçekliği ifade etmektedir. Dolayısıyla, herkes kendi sisteminde gerçekliğin bir versiyonunu bulundurmaktadır. Bloklarda şifrelenmiş halde bulunan tüm işlemler, bu halleriyle sistemdeki tüm kullanıcılar tarafından görülüp takip edilebilir. Dolayısıyla, tüm kullanıcıların gördüğü kayıtlar birbirinin aynı olduğundan, blokzincir dağıtık veri tabanı (dağıtık defter-i kebir teknolojisi) olarak ifade edilmektedir²³. Böylece işlemler şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmekte, kayıtlar yeknesaklaşmakta ve yalnızca işlemi yapmış olan taraflarda değil aynı zamanda sistemdeki diğer katılımcılarda da kayıtlar aynı şekilde tutulmaktadır. Bunun sonucu olarak sistem, merkezi bir onay/teyit olmaksızın kendi kendini doğrulayarak ilerlemektedir.

Blokzincir bakımından bloklara kaydedilen verilerin silinmesinin ve esas itibariyle değiştirilmesinin neredeyse imkânsız olması, onun şeffaflığını ve güvenliğini sağlamaktadır. Doğrulanmış olan verilerin, kronolojik bir sırayla kriptografik özet değerleriyle birbirine bağlanan bloklarda bulunduğu ve her bloğun önceki veri bloğunun da bir kopyasını içerdiği dikkate alındığında, bir blokta sonradan değişiklik yapılmak istenmesi, o bloğa kadarki tüm önceki bloklarda da değişiklik yapılmasını gerektirmektedir. Bundan dolayıdır ki, blokzincirin hacklenmesinin veya gerçekte yapılmamış işlemin yapılmış gösterilmesinin neredeyse imkânsız olduğundan bahsedilmektedir²⁴. Blokzincirin değişikliğe

²⁰ GÜÇLÜTÜRK, s. 28; BİLGİLİ/CENGİL, s. 48.

²¹ "Her bir blok kendisinden önceki blok içerisinde yer alan tüm bloğun izini içerir ve her bloğun izi o bloğa özeldir. Değişiklik yapılmadan önceki bloğa ait iz sonraki blokta halihazırda kayıtlı olduğundan, bir blokzincirde blok içeriklerine bir müdahale olup olmadığı blok içeriğinin izi ile sonraki blokta kayıtlı bulunan izin karşılaştırılmasıyla tespit edilebilir." GÜÇLÜTÜRK, s. 28; SEZGİN, s. 51.

²² GÜÇLÜTÜRK, s. 32.

²³ BİLGİLİ/CENGİL, s. 49; TANRIVERDİ/UYSAL/ÜSTÜNDAĞ, s. 207.

²⁴ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 25; SEZGİN, s. 51.

elverişsiz oluşu onu kurcalamaya dayanıklı (tamper-proff) yapmakta ve zincirdeki tek bir bloğun içeriğinin değiştirilmesiyle bloklar arasındaki referans zincirin kırılması sonucu beraberinde gelmektedir²⁵.

Kriptografi, bir bilginin kodlama yöntemiyle şifrelenerek kimsenin okuyamayacağı veya değiştiremeyeceği bir şekle dönüştürmektir. Bu bilginin deşifre edilebilmesi içinse, anahtara ihtiyaç vardır. Blokzincirde de bir kullanıcının işlem yapabilmesi için, dijital imzaya yani çift anahtar sistemine ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlar, özel anahtar (private key) ve genel anahtar (public key)'dir. Özel anahtar, kullanıcıya kriptografik varlıklara erişim, hesabını kontrol etme, işlem yapma imkânı tanıyan şifre benzeri numaralardır ve kişiye özel gizli kriptografik bir bilgi niteliğindedir. Dolayısıyla blokzincirde kullanıcı tarafından bir işlemin yapılması, bir değer kaydedilmesi veya devredilmesi işlemi özel anahtarla yapılmakta ve özel anahtar da işlemin anahtar sahibi tarafından gerçekleştirildiğini göstermektedir²⁶. Genel anahtar ise, aleni olarak görülebilen benzersiz sayı dizisini ifade etmektedir²⁷. Her iki anahtar da blokzincirde gerçekleşen iletişimin güvenliğini sağlamaktadır²⁸.

Blokzincir teknolojisinin ilk ve temel kullanım alanı kripto paralar olmakla birlikte, söz konusu teknolojinin kullanımı bununla sınırlı değildir. Bu teknoloji, veri alışverişinin yanı sıra değerli varlıkların transferinde kullanıldığı gibi akıllı sözleşme, finansal uygulamalarda da kullanılmaktadır. Bunun dışında bilim, sanat, sağlık, eğitim, iletişim, yönetim ve denetim alanlarında da blokzincir teknolojisi karşımıza çıkmaktadır²⁹.

B. Kripto Varlık

Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik³⁰ m. 3'te, kripto varlık, kripto paraları da içine alacak şekilde "*Kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak*

²⁵ BİLGİLİ/CENGİL, s. 48, 49.

²⁶ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 26; TANRIVERDİ/UYSAL/ÜSTÜNDAĞ, s. 207.

²⁷ Açık anahtar, banka hesap numarası, IBAN veya e-mail adresine benzetilebilir ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 27. Blokzincirdeki diğer kullanıcılar, açık anahtarları sayı olarak gördükleri için, bu sayının sahibinin kim olduğunu bilemezler.

²⁸ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 27.

²⁹ TANRIVERDİ/UYSAL/ÜSTÜNDAĞ, s. 205.

³⁰ RG 16.04.2021, 31456 S.

oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder” denilerek tanımlanmıştır.

Doktrinde kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi sisteminin bir parçası olarak dijital ortamda transfer, muhafaza ve değişim kolaylığı sağlayan, yasal hakların dijital sahada güvenli bir şekilde korunup işlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır³¹. Başka bir tanımdaysa kripto varlık, blokzincir sistemleri üzerinden oluşturulan, genellikle ekonomik amaçlarla çıkarılan ve transfer edilen elektronik bir varlık tipi şeklinde ifade edilmektedir³². Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere kripto varlık, blokzincir teknolojisinde oluşturulan, elektronik ortamda saklanabilen ve transfer edilebilen dijital varlıktır. Bu anlamda, kripto varlıkların dijital varlıkların bir türü olarak ifade edilmeye başlandığı söylenebilir³³.

Blokzincir’in temel özellikleri bilhassa merkeziyetsiz olması ve anonim işlemlere konu yapılabilmesi, kripto varlıkların yaygınlığını artırmış ve kripto varlıkların çeşitlenmesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Kripto varlıklar, para formunda olan kripto paralar (coin),³⁴ fiziksel veya finansal bir varlığa dayalı fonlama aracı olan jetonlar (tokenler)³⁵ ve

³¹ Kripto varlıkla ilgili bu tanım ve farklı tanımlar için bkz. **CİĞER**, Ayşegül, Kripto Varlıklar İle İlgili Uluslararası ve Ulusal Yaklaşımlar, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 27, 28; **AKÇAAL**, Mehmet, “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyula Geçmesi”, TBB S. 159, 2022, s. 369.

³² **GÜÇLÜTÜRK**, Osman Gazi/**YÜKSEL**, Sinan H., Kripto Varlıkların İlk Arzı (ICO) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul 2020, s. 183.

³³ **ASLAN**/**AYANOĞLU**/**ÖZCAN**, s. 26.

³⁴ Kripto paralar misli olarak kabul edilmektedir. Bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 74; **KÜÇÜKALİ**, Canan, Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT’ler, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ed. Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammet Emre Avşar, Ankara 2021, s. 564; **ÖZKAN ÜNER**, Zehra, Non-Fungible Tokens (NFT)’lerin Telif Haklarına Yansımaları, Fikri Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanları Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, Ankara 2023, s.225; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar/**ÖZKAN ÜNER**, Zehra, “NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities”, Journal of Intellectual Property Law & Practice C. 16, S. 10 2021, s.1117.

³⁵ “Jetonlar, kripto paralar dışındaki mevcut bir blokzincir üzerinde bir proje ekosistemi içerisinde belli bir değer veya faydayı temsil eden dijital kripto varlıklardır ve

NFT'ler olarak sınıflandırılabilir³⁶. Ancak NFT'ler kripto varlık olarak nitelendirilmekle birlikte, kendi blokzincirleri bulunmadığından ve başka bir blokzincire ihtiyaç duymalarından dolayı jeton (token) kategorisi içinde değerlendirilmektedir³⁷.

Kripto varlıklar, farklı çeşit ve işleve sahip olsalar da esas itibariyle birer bilgisayar kodudur³⁸. Bilgisayar kodu olduğundan yani elektronik ortamda tutulan veriden ibaret olduğundan, salt kendi başlarına bir değeri bulunmamaktadır. Bunlara değer atfeden kullanıldığı platformlara göre yatırımcılardır. Yani kullandıkları platforma göre yatırımcılar bu verilere erişim sağlayacak anahtarlara ekonomik değer biçmekte ve bunlar el değiştirmektedir³⁹.

C. Akıllı Sözleşmeler

Akıllı sözleşme (smart contract) kavramını ilk defa 1994 yılında⁴⁰ ortaya atan Nick Szabo⁴¹, akıllı sözleşmeyi taraflar arasındaki

bunların kendi blokzinciri bulunmamaktadır” **TEVETOĞLU**, Mete, Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı, İstanbul 2021, s.50, 61; **ALTI-NOK**, Arda, “Gayri Misli Kripto Varlıklara (NFT- Non- Fungible Tokens) İlişkin Telif Hakkı Sorunları”, TBB S. 161, 2022, s. 256; **FİLORİNALI**, Kardelen, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT'ler, Ankara 2023, s.29. Jetonların tasnifiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZDEMİR**, Semih Sırrı, “Sanat Eserinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladığı Fikri Hakların Değerlendirilmesi”, **BATİDER C. 37, S. 3, 2021, s.54 vd.**

³⁶ **ASLAN/AYANOĞLU/ÖZCAN**, s. 27. Farklı bir tasnif için bkz. **AKÇAAL**, s. 369.

³⁷ **TEVETOĞLU**, s.61; **FİLORİNALI**, s.29. Benzer yönde bkz. **AKKAN**, Mine/**KAMACI**, Ekin Cansu, “Medenî Usûl Hukuku Açısından NFT'lerin Delil Olarak Değerlendirilmesi”, **İNHFDC. 14, S. 2, 2023, s.460.** “Yapılan sınıflandırmaların hukuki bir sınıflandırma olmadığı; sınıflandırmaların sınırlayıcı veya dışlayıcı bir özellik taşımadığı; kripto varlıkların burada sayılan özelliklerden hiçbirine girmeyebileceği ve birden fazla sınıfa ait özellikleri de bünyesinde bir arada taşıyabileceği belirtilmektedir” **GÜÇLÜTÜRK/YÜKSEL**, s.186. “Jeton türlerine menkul kıymet token’ı, ödeme token’ı ve fayda token’ı örnek olarak verilebilir” **FİLORİNALI**, s.30.

³⁸ **GÜÇLÜTÜRK/YÜKSEL**, s.183; **FİLORİNALI**, s.27.

³⁹ **GÜÇLÜTÜRK/YÜKSEL**, s.183; **FİLORİNALI**, s.27.

⁴⁰ “Akıllı sözleşmeler, blokzincir’in ortaya çıkmasından önce hayatımıza girmekle beraber, blokzincir teknolojisinin gelişmesi akıllı sözleşmelerin blokzincirin sağladığı kolaylıklarla kurulabilmesine imkân tanımıştır” **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 38, 39.

⁴¹ <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

etkileşimleri güvenli hale getirip uygun şekilde yürütülmesini sağlayan ve bir sözleşmenin şartlarını icra eden bilgisayar programları/sistemleri olarak tanımlamıştır⁴².

Akıllı sözleşme “*blokzinciri ağı üzerinde yer alan veriler üzerinde sınırları önceden belirlenen bir akış içerisinde işlem yapılmasını sağlayan ve güvenli bir bilgisayar ağı tarafından doğrulanan merkezi olmayan platform*” olarak tanımlanmaktadır⁴³. Başka bir tanımında ise, taraflar arasında önceden belirlenen şartlara uygun olarak ifa edileceği blokzincir prensipleri tarafından garanti edilecek şekilde kodlanmış anlaşma şeklinde ifade edilmektedir⁴⁴.

Sözleşmenin şartları programlama dilinde formüle edilmekte ve bu sayede makine tarafından okunabilmektedir. Böylece hem tarafların borçları düzenlenmekte hem de bunların otomatik olarak ifa edilmesi sağlanmaktadır. Akıllı sözleşmelerin blokzincir teknolojisi üzerinden kurulması sayesinde, akıllı sözleşmeler, önceden belirlenen sözleşme şartlarını otomatik olarak icra eden, şeffaf, güvenilir ve merkezi olmayan bir yapı haline gelmiştir⁴⁵. Akıllı sözleşmeler aracılığıyla blokzincirde belli bir değeri temsil eden jeton (token) yaratılabilmektedir⁴⁶.

Bir kripto varlık olarak kabul edilen NFT’ler bakımından, bunların geri planında çalışan bir akıllı sözleşme yani kod bulunmaktadır⁴⁷. Yani NFT’ler, akıllı sözleşmeler kullanılmak suretiyle yaratılmaktadır. Bu bağlamda NFT’lerin geri planında esasında akıllı sözleşme bulunmakta ve NFT’ye ait görüntü de bu akıllı sözleşmede saklanabilmektedir⁴⁸.

⁴² ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 38.

⁴³ Blockchain Türkiye Platformu, Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması, Türkiye Bilişim Vakfı 2019, s. 10 (Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf (bctr.org) (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

⁴⁴ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 40. Farklı tanımlamalar için bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 40-42; ÖZDEMİR, s.49; AKÇAAL, s. 373.

⁴⁵ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 41.

⁴⁶ DOĞANCI, Doğa Ekrem, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, İstanbul 2021, s. 61; TEVETOĞLU, s.33; FİLORİNALI, s.25.

⁴⁷ “Blokzincirin ortaya çıkmasıyla birlikte, akıllı sözleşmeler de ikinci nesil blokzincir olarak nitelendirilen Ethereum kullanılmak suretiyle kurulabilir hale gelmiştir” FİLORİNALI, s.24.

⁴⁸ FİLORİNALI, s.25.

I. NFT KAVRAMI, TÜRLERİ, NFT'LERİN KULLANIM ALANI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

A. NFT Kavramı ve Temel Özellikleri

Blokzinciri teknolojisinin gelişmesi, dijital dünya ile sanat arasındaki ilişkiyi güçlendirmiş ve bu teknolojinin bir ürünü olan *jeton* (token)⁴⁹ türü olarak NFT'ler sıklıkla fikir ve sanat eserleri ile birlikte anılmaya başlamıştır. Muhtemeldir ki, NFT'lerin fikir ve sanat eserleriyle birlikte anılmasının bir sonucu olarak NFT kısaltması, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından “*Nitelikli Fikrî Tapu*” olarak Türkçeleştirilmiştir⁵⁰. Açılımı *Non-Fungible Token* olan NFT ibaresi doktrinde şu şekillerde kullanılmaktadır: “*Gayri Misli Jeton/Belirteç*”⁵¹ ve “*Takas Edilemez Jeton*”⁵²; “*Misli Olmayan/Gayri Misli Token/Kripto Varlık*” (Benzersiz/Takas Edilemez/Değiştirilemez Kripto Varlık)⁵³.

NFT, blokzincirde depo edilen, akıllı sözleşmelerle⁵⁴ oluşturulan, temelindeki varlık ve NFT sahibi arasında hak sahipliği ilişkisi kurmayı amaçlayan kriptografik jetonlardır⁵⁵. Bu itibarla, NFT'ler herhangi bir varlığı temsil etmek amacıyla blokzinciri üzerinde yazılmış değer

⁴⁹ “Jeton, kendi blokzincir ağına bağlı olmaksızın başka blokzincir ağlarında da varlık ve işlev gösterebilen, herhangi bir varlık, hak veya değere ilişkin sahiplik/aidiyet göstermek üzere oluşturulan blokzincir çıktısıdır.” ŞENER, Melda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yönünden NFT'lerin Konumu ve NFT Satışı, İstanbul 2024, s.52. “Aidiyet ise, NFT sahibinin içerik ile değil, NFT ve üst veri ile arasındaki ilişkiyi ifade ettiği için, kişinin içeriği temsil eden NFT'nin sahibi olması aynı zamanda içeriğin de sahibi olduğu anlamına gelmez” ŞENER, s.59.

⁵⁰ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi - NFT'nin Türkçe Karşılığı Belli Oldu, cbddo.gov.tr (Erişim Tarihi 3.3.2024).

⁵¹ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 73; ALTINOK, s.260.

⁵² KÜÇÜKALİ, s. 561; AKKAN/KAMACI, s. 460.

⁵³ BİLGİLİ/CENGİL, s. 287; ALTINOK, s.254; KÜÇÜKALİ, s.564; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s. 1117; ÖZKAN ÜNER, s. 225; ARIKAN, Özgür, “Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT'ler”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 8, S.2, 2022, s.324; AKÇAAL, s. 364.

⁵⁴ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1118; ÖZKAN ÜNER, s.226. “NFT oluşturulduğunda, NFT'nin temelini teşkil eden bir akıllı sözleşme kodu yazılmaktadır. Bu kodda NFT'nin özellikleri, işlevleri, üzerindeki hak sahipliğinin doğrulanması, devredilme yöntemi gibi hususlara yer verilmektedir” BİLGİLİ/CENGİL, s. 289.

⁵⁵ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1115; ÖZKAN ÜNER, s.224; BİLGİLİ/CENGİL, s. 288. Ayrıca bkz. ARIKAN, s.326.

birimleridir⁵⁶. Bu varlık bir jpeg. dosyası, mp3. dosyası gibi dijital bir varlık olabileceği gibi fiziksel bir varlık da olabilir⁵⁷. Söz konusu varlıkların “*temsilini*” oluşturan NFT⁵⁸, blokzinciri teknolojisi aracılığıyla devredilebilmekte ve böylece varlığın temsili üzerindeki hak sahipliğinin de devri amaçlanmaktadır⁵⁹.

NFT’leri hukuki olarak değerlendirirken, bu jetonların temsil ettikleri varlığın “*kendisi*” olmadıkları yalnızca bir koddan ibaret oldukları unutulmamalıdır. Esasında fiziksel veya dijital varlıkları temsil eden NFT’ler bakımından jetonlarla fiziki veya dijital varlık arasındaki ilişki referans ilişkisidir. Dolayısıyla, NFT’nin fiziki veya dijital bir varlığı temsil ettiği durumlarda, NFT, bu fiziki veya dijital varlığın kendisi veya “*kopyası*” değildir. NFT yalnızca NFT’yi oluşturan kod aracılığıyla NFT’ye temel teşkil eden varlığın hangi konumda olduğunu gösteren, bu varlığa işaret eden bir belirteçtir⁶⁰. Bu itibarla, herhangi bir içeriği işaret eden bir NFT’nin oluşturulması, içeriğin NFT’leştirilmesinden ziyade içeriğin bir NFT tarafından işaret edilmesi olarak nitelendirilirse⁶¹ bu konudaki yanlış anlaşımaların da önüne geçilebilir. Burada NFT ile NFT’ye temel oluşturan içerik arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılabilmesi için NFT’lerin teknik yönüne kısaca değinmekte fayda vardır.

NFT’nin blokzinciri üzerinde yazılan değer birimlerinden oluşan bir kod dizisi olduğu ifade edilmişti. ERC-721 akıllı sözleşme standardı⁶²

⁵⁶ **GUADAMUZ**, Andres, “The treachery of images: non-fungible tokens and copyright”, Journal of Intellectual Property Law & Practice C. 16, S. 12, 2021, s. 1370; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar/**ÖZKAN ÜNER**, Zehra, NFT- Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Kültür Bakanlığı, Ankara 2023, s.21

⁵⁷ **ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER**, Değerlendirme, s.21; **ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER**, s.1118.

⁵⁸ **BİLGİLİ/CENGİL**, s. 288.

⁵⁹ Bununla beraber amaç bu olsa da NFT’nin devri temsil ettiği varlığın kendisinin veya kopyasının devri ile sonuçlanmaz. Bu konuda bkz. aşa. III/B.

⁶⁰ **ÖZKAN ÜNER**, s.228; **ÖZDEMİR**, s.71; **ŞENER**, s. 58; **ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER**, Değerlendirme, s.17.

⁶¹ **ÖZKAN ÜNER**, s.228; **ÖZDEMİR**, s.71; **ŞENER**, s. 58.

⁶² Ethereum ağında jetonları yaratabilmek için, standart protokol yazılımı oluşturulur (Ethereum Request for Comments- ERC). Bu yazılımlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENKARDEŞLER**, Çağla Gül, “Blokzincir Teknolojisi ve NFT’ler: Müzik Endüstrisi Üzerine Bir İnceleme”, Journal of Management and Logistics, C. 8, S. 3, 2021, s.156; **FİLORİNALI**, s.33, **BİLGİLİ/CENGİL**, s. 288; **AKÇAAL**, s. 372, 373; **ŞENER**, s.55;

aracılığıyla elde edilen ve blokzinciri üzerinde yazılan bu kod dizisinin içerdiği ilk unsur, kişinin sahip olduğu özel anahtar ile NFT'ye temel oluşturan içerik arasında bağlantı kuran ve madencilik (*minting*) olarak ifade edilen bir işlemin sonucunda elde edilen *tokenID*'dir⁶³. Madencilik işlemi ile madencilğe konu edilen dijital içerik ile madencilik işlemi sonucunda ortaya çıkan *tokenID* arasında bir bağlantı kurulmaktadır⁶⁴. NFT'de yer alan ikinci unsur ise blokzincir aracılığıyla görüntülenebilen akıllı sözleşmenin adresidir. Bu itibarla NFT esasen, kendisine temel teşkil eden dijital içerik ile ilişkilendirilerek elde edilen tokenID ile akıllı sözleşme adresinden ibarettir⁶⁵.

ERC-721 akıllı sözleşme standardı sayesinde her bir NFT'de yer alan tokenID ile akıllı sözleşmenin oluşturduğu kombinasyon farklıdır⁶⁶. Aynı kombinasyona sahip olan iki farklı NFT'nin bulunması mümkün değildir. ERC-721 standardı ile oluşturulan tokenID ve akıllı sözleşme adresini içeren akıllı sözleşmede bu iki unsur dışında başka bilgilerin yer almasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁷. İşte tokenID ve akıllı sözleşme dışında yer alan diğer unsurlar hep birlikte NFT'nin üst verisini (*metadata*) oluşturmaktadır⁶⁸. Bu itibarla NFT, kendisini oluşturan bu üst veriden ibarettir. Bu üst veride ayrıca NFT türüne göre NFT'ye temel

ARIKAN, s.326). Ayrıca bkz. <https://ethereum.org/tr/developers/docs/standards/tokens/erc-721/> (Erişim Tarihi: 31.03.2024).

⁶³ GUADAMUZ, s.1369 vd.; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s.20 vd.; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1122; ŞENER, s.54.

⁶⁴ GUADAMUZ, s.1370. "Bu işlem, blokzincir ağına bizzat katılarak ERC-721 standardında bir akıllı sözleşme oluşturmak suretiyle yapılabileceği gibi, aktif platformların sunduğu otomatikleştirilmiş arayüzler yardımıyla da yapılabilmektedir." ÖZKAN ÜNER, s.228; ÖZDEMİR, s.60; ŞENER, s.56; ARIKAN, s.326; GUADAMUZ, s.1370. Bu platformlara *OpenSea*, *Foundation*, *Rarible* gibi platformlar örnek verilebilir.

⁶⁵ GUADAMUZ, s.1370; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s.20 vd.

⁶⁶ GUADAMUZ, s.1370.

⁶⁷ "Örneğin, NFT oluşturucusunun cüzdan adresi, NFT'nin temelindeki dijital içerik eserse eserin adı, tanımı, kime ait olduğu vb. bilgiler de akıllı sözleşmede yer alabilir." GUADAMUZ, s.1370; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s.21.

⁶⁸ BİLGİLİ/CENGİL, s.290; FİLORİNALI, s.33.

teşkil eden içeriğin bulunduğu konuma yönlendiren bir link veya dijital içerik dosyasının kendisi de bulunabilir⁶⁹.

NFT'leri diğer kripto varlık türlerinden ayıran temel husus, NFT'lerin eşsiz (*unique*) olması, başka bir ifadeyle misli olmamasıdır.⁷⁰ Buna göre, örneğin kripto paralar gibi misli jetonlar birden fazla jetona bölünebilmekte ve aralarında eşit değere sahip olacak şekilde takas edilebilmektedir⁷¹. Ancak NFT'lerin kendi aralarında eşit değere sahip olarak takas edilebilmesi mümkün değildir⁷². Başka bir deyişle, bir NFT başka bir NFT ile ikame edilemez.

Burada NFT'lerin özellikle fikir ve sanat eserleri ile bağlantılı olarak kullanılmasından hareketle NFT'nin temsil ettiği içeriğin benzersiz bir içerik olmasının NFT'yi eşsiz, gayri misli kılan husus olduğu yanılığına düşünülmemelidir. NFT'leri gayri misli ve eşsiz kılan NFT'nin temsil ettiği varlığın biricikliği ya da eşsizliği değildir. NFT'yi eşsiz kılan husus, NFT'nin kendisinden ibaret olduğu koddur⁷³. Aynı eser kopyası ile ilişkili olarak birden fazla NFT'nin oluşturulabilmesi mümkündür. Ancak yukarıda belirtildiği gibi aynı eseri temsil eden her bir NFT'deki tokenID ve sözleşme adresi kombinasyonu farklı olacağından⁷⁴ NFT'lerin eşsiz olma özelliği devam etmektedir⁷⁵. Söz konusu eşsizlik, her bir NFT'yi nadir kıldığı için, toplum nezdinde bu jetonların piyasa ve koleksiyon değerinin yükselmesini beraberinde getirmiştir⁷⁶.

⁶⁹ Bu konuda bkz. aşağıda II/C.

⁷⁰ **BİLGİLİ/CENGİL**, s. 287; **TEVETOĞLU**, s.73; **FİLORİNALI**, s.30; **ARIKAN**, s.326; **AKKAN/KAMACI**, s.460.

⁷¹ **ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER**, s.1117; **ARIKAN**, s.326.

⁷² "NFT'lerin takas edilememesi, bu jetonların mal değişim sözleşmelerine konu olmayacağı anlamına gelmez. NFT'lerin takas edilememesi, jetonların belli bir değer üzerinden birbirlerine karşı ölçülebilmesini ifade etmektedir." **BİLGİLİ/CENGİL**, s. 287.

⁷³ **ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER**, Değerlendirme, s. 27; **GUADAMUZ**, s.1370; **ÖZKAN ÜNER**, s.228; **ÖZDEMİR**, s.60; **ŞENER**, s.57.

⁷⁴ **GUADAMUZ**, s.1370.

⁷⁵ "Benzer şekilde içerdiği kod itibarıyla NFT'nin eşsiz olması, altında yatan içeriğin de eşsiz kılındığı sonucunu doğurmaz." **ÖZKAN ÜNER**, s.228.

⁷⁶ **KÜÇÜKALİ**, s.564; **ŞENER**, s.57.

B. NFT'lerin Kullanım Alanı

Bir dijital varlık⁷⁷ veya dijital forma aktarılabilen fiziki bir ürün NFT'ye dönüştürülebilir. Bunun sonucu olarak, bir video, fotoğraf, ses dosyası, sanat eseri, kıymetli evrak NFT haline getirilebileceği gibi fiziki bir sanat eserinin görseli yahut dijital bir sanat eserinin görseli de NFT haline getirilebilir⁷⁸. Benzer şekilde, NFT'nin işaret ettiği dijital dosya, bir dijital eseri içeren resim, video, şarkı, 3D görsel, şiir, kitap, tablo, kimlik belgesi olabileceği gibi alan adı, bir tweet, bilet veya oyun kartı, oyunlarda kullanılan bir dijital obje de NFT'ye konu olabilmektedir⁷⁹.

NFT'ye dönüştürülecek olan dijital varlık veya fiziki ürünlerin sınırlı olmaması, bunların teknolojideki gelişmelerin de bir sonucu olarak pek çok sektör ve alanda kullanımını mümkün hale getirmektedir. Bu anlamda NFT'lerin kullanım alanının eserlerle sınırlı olmadığını ve içeriğin de eser olma zorunluluğunun bulunmadığını hatırlatmakta fayda vardır⁸⁰.

C. NFT Türleri

NFT üst verisinde jetonun temsil ettiği içeriğin hangi şekilde yer alacağı maliyet ve içeriğin hacmine göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu itibarla NFT'ler, NFT'nin temsil ettiği içeriğin NFT üst verisinde yer alma şekline göre zincir-içi (on-chain) ve zincir-dışı (off-chain) NFT'ler olarak sınıflandırılmaktadır⁸¹.

⁷⁷ "Twitter (yeni adıyla X) CEO'su Jack Dorsey tarafından 2006 yılında atılan bir tweet NFT'ye dönüştürülmüş ve söz konusu NFT Variables isimli platformda satılmıştır (<https://v.cent.co/tweet/20>) Erişim Tarihi 4.03.2024). Benzer şekilde, Bepple takma adlı Sanatçı Mike Winkelmann'ın on üç yıl boyunca çektiği fotoğrafların kolajı "Everydays: The First 5000 Days" adıyla NFT şeklinde Christie's Müzayede evinde satılmıştır." ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1119; ŞENER, s.53. Bundan başka NBA Top-Shot koleksiyonları NFT'ye dönüştürülmüştür (<https://nbatopshot.com>) (Erişim Tarihi: 4.03.2024).

⁷⁸ BİLGİLİ/CENGİL, s. 289; FİLORİNALI, s.35, 36.

⁷⁹ FİLORİNALI, s.33. Karş. BİLGİLİ/CENGİL, s. 289; TEVETOĞLU, s.73. "Örneğin eski model otomobiller, saatler veya tablolar gibi koleksiyonların yanı sıra altın, hammadde, taşınmaz ve hatta yatlar gibi diğer varlıkların da NFT'ye dönüştürülmesi mümkündür." AKÇAAL, s.375.

⁸⁰ ÖZKAN ÜNER, s.233.

⁸¹ NFT'lerin parçalanmış NFT, dinamik-statik NFT gibi farklı türleri bulunmakla beraber çalışmamızın açısından bu başlık altında yalnızca zincir-içi ve zincir-dışı

Zincir-içi NFT'lerde NFT kodunun yanı sıra jetonun temsil ettiği dijital içerik de blokzincire kaydedilir. Blokzincire kaydedilmesi itibarıyla dijital içeriğe ilişkin dosyanın kendisi de ayrıca NFT'nin üst verisinde yer almaktadır⁸². Zincir-dışı NFT'lerde ise jetonun temsil ettiği içerik blokzincir üzerine kaydedilmemekte, harici bir sunucu üzerinde hazır bulundurulmaktadır⁸³. Bu sunucu merkezi bir sonucu olabileceği gibi IPFS (*InterPlanetary File Sistem*) gibi dağıtık bir dosya sistemi de olabilir⁸⁴. NFT'nin temelindeki dijital içerik harici bir sunucu üzerinde depolanmaktaysa, NFT üst verisinde içeriğin dosyası değil içeriğin bulunduğu internet adresine yönlendiren, içeriğin nerede bulunduğunu gösteren bir link bulunmaktadır⁸⁵.

Zincir-içi NFT'lerde içerik, blokzincir üzerine kaydedildiği için bu teknolojinin değiştirilemezlik vb. avantajlı özelliklerinden de faydalanılmaktadır. Bu açıdan NFT ile NFT'nin temsil ettiği içerik arasındaki bağlantı daha güvenli bir şekilde tesis edilmiş olmaktadır. Bununla beraber, dosyanın zincirde saklanması oldukça maliyetli bir işlem olduğu için zincir-dışı NFT'ler ile daha sıklıkla karşılaşılmaktadır⁸⁶.

D. NFT'lerin Hukuki Niteliği

Kripto varlıkların teknolojik gelişmelerle birlikte çeşitlenmesi, onların eşya olarak kabul edilebilir edilmeyeceği ve bu anlamda mülkiyete konu olup olmayacakları tartışmalarını beraberinde getirmektedir. Eşya kavramıyla alakalı Kanun'da açık bir tanım bulunmamakla birlikte

NFT'lere ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Diğer türlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENER, s.68, 69.

⁸² BİLGİLİ/CENGİL, s. 290; ÖZKAN ÜNER, s.227; FİLORİNALI, s.34; AKÇAAL, s.374; ALTINOK, s.258; ŞENER, s.66; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s.22; ARIKAN, s.326.

⁸³ BİLGİLİ/CENGİL, s. 290; FİLORİNALI, s.34; AKÇAAL, s.374; ALTINOK, s.258; ŞENER, s.67; ARIKAN, s.326.

⁸⁴ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s. 22. "Saldırıları sonucunda NFT'nin içinin boşaltılarak değersiz hale getirilmesini önlemek amacıyla dağıtık depolama sistemi olan IPFS'e depolanması daha güvenli kabul edilmektedir." BİLGİLİ/CENGİL, s. 290; FİLORİNALI, s.34; AKÇAAL, s.374; ŞENER, s.67.

⁸⁵ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s. 22; BİLGİLİ/CENGİL, s. 290 GUADAMUZ, s.1370; ARIKAN, s. 326.

⁸⁶ BİLGİLİ/CENGİL, s. 290; FİLORİNALI, s.34; ALTINOK, s.258; ŞENER, s.67; ARIKAN, s.326.

doktrinde, mülkiyete konu olabilecek eşya bakımından, eşya, üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli, kişilik dışı, sınırları belirli maddî bir varlık olduğu yönünde genel bir kabul vardır⁸⁷. Bu tanımın sonucunda, doktrinde baskın olarak kripto varlıkların ve özelde NFT'lerin cismani bir varlığının bulunmamasının onların eşya olarak kabul edilmesini engelleyeceği belirtilmektedir⁸⁸. Buna göre, blokzincirde işlem gören kripto varlıkların ve özelde NFT'lerin TMK açısından “eşya” kavramının maddilik (cismanilik) unsurunu içermediği karşısında, kanun koyucunun kripto varlıklara ve NFT'lere ilişkin aksi yönde bir düzenleme yapmadığı sürece, bunların eşya olmadığı kabul edilmesi daha uygun olur.

NFT'lerin zaman zaman “NFT eseri”, “NFT sanatı” “NFT sanatçısı” olarak anıldığı dikkate alındığında, doktrinde, NFT'lerin eser niteliği taşıyıp taşımadığı hususu da tartışma konusu olmaktadır. FSEK m. 1/B'de, eser, “... Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri...” şeklinde tanımlanmaktadır. Yapılan bu tanım çerçevesinde, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için, onun FSEK kapsamında belirtilen ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema gruplardan birine dahil

⁸⁷ SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 5 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 8; ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, “Medeni Hukuk Açısından Kripto Varlıklar”, *Kripto Varlıklar a Düzenleme Arayışı Çalıştayı (8-9 Temmuz 2021)*, Ankara 2022, s.198; Blockchain Türkiye Türkiye Bilişim Vakfı, Non-Fungible Token (Nitelikli Fikri Tapu) Raporu, Aralık 2022, s. 42 (NFTRaporXX (bctr.org) (Erişim Tarihi 07.03.2024).

⁸⁸ ÇAĞLAYAN AKSOY, Kripto Varlıklar, s.198; ŞENER, s.62; AKÇAAL, s.377; TEKE-LİOĞLU, Numan, “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, SÜHFD C. 30, S. 3, 2022, s. 1315, 1316; ÇEKİN, Mesut Serdar, “Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2022, s.193. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. ALTINOK, s.261; ÇAĞLAYAN AKSOY, Kripto Varlıklar, s. 199, 200.

edilebilmesi⁸⁹, sahibinin hususiyetini taşıması⁹⁰ ve tasarrufa elverişlilik ile üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte⁹¹ olması gerekmektedir⁹². Eser sahibi ise FSEK'e göre eseri meydana getiren kişidir (m. 1/B-b, m. 8/I).

NFT oluşturma işlemi açısından konuya yaklaşıldığında, söz konusu işlemin FSEK kapsamında eser olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda, bilgisayar programlarının FSEK bakımından ilim ve edebiyat eserleri kapsamına dahil edilebileceği ancak, söz konusu bilgisayar programı bakımından hususiyet konusunda, yaratımdaki serbest biçimlendirmenin belirleyici olacağı belirtilmektedir⁹³. Bu anlamda, bilgisayar

⁸⁹ "Eser türleri, FSEK'te sınırlı sayı ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bu türlere dahil olabilecek eser çeşitleri bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır." **SULUK**, Cahit/**KARASU**, Rauf/**NAL**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023, s.71; **SARI**, Onur, NFT'ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2024, s. 58; **AKÇAAL**, s.382. FSEK m. 6 kapsamında, işleme ve derleme eserler de bazı örnekleriyle birlikte gösterilmiş olup, bunlar da uygun düştikleri eser kategorisine dahil edilebilecektir.

⁹⁰ "Sahibinin hususiyetini taşıdığından bahsedebilmek için, anlatım/üslup ve nispeten bağımsızlık; fikri ürünü yaratanın serbest biçimlendirme alanının varlığı; genelin üstünde bir özelliğin varlığı; amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin varlığı belirleyicidir." **SULUK/KARASU/NAL**, s.72, 73. "Bu anlamda, eserin eser sahibinin hususiyetini taşıması ve bu hususiyetin de eserde ayırt edici bir nüans yaratması gerekmektedir. Hususiyet konusunda keskin sınırlamalar ve düzeyler belirlemek yerine somut eser bakımından değerlendirme de bulunmanın daha doğru bir yaklaşım olacaktır; bu açıdan yaratım, sahibinin fikri çabası sonucunda ortaya çıktıysa ve sahibinin özelliklerini taşıyorsa, hususiyetin varlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir." **AKÇAAL**, s.382, 383; **ŞENER**, s.80. "Dolayısıyla hususiyetin belirlenmesinde somut eser bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir." **SARI**, s.56, 57. "Bunun sonucu olarak, eser niteliği taşımayan fiziki ya da dijital içeriklerin NFTleştirilmesi halinde, bunların kişinin özelliklerini yansıtmaması ve fikri bir çaba ürünü olmaması sebebiyle, eserden de bahsedilemeyecektir. Bunun en tipik örneği olarak atılan bir Tweet gösterilmektedir." **ÖZDEMİR**, s.72.

⁹¹ "Üçüncü kişiler tarafından algılanabilir nitelikte olma şartı, eserin sabitlenmesini ifade etmektedir. Bu açıdan, eserin fiziksel veya dijital bir araç üzerinde kayıtlı olması yeterli kabul edilmekte ve bu algılanma biçimi katı bir sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. Bu bağlamda, eserin CD ve DVD player gibi teknik bir cihaz yardımıyla doğrudan ve dolaylı olarak algılanması da yeterlidir." **SULUK/KARASU/NAL**, s.75; **ŞENER**, s.80; **AKÇAAL**, s.382; **SARI**, s.54; **ŞENER**, s. 81.

⁹² Belirtilen bu üç şart, şekil şartı, subjektif şart ve objektif şart olarak ifade edilmektedir. **SULUK/KARASU/NAL**, s.70; **ÖZKAN ÜNER**, s.233, 234; **ÖZDEMİR**, s.71; **ŞENER**, s.76; **SARI**, s.54.

⁹³ **SARI**, s.59; **KARASIOĞLU GÜRBÜZ**, A. Gökçen, "Eser Sahibinin Dijital Mührü: NFT Sanat Eserleri", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu

programının serbest bir biçimlendirme alanı içinde yaratıcısının hususiyetini taşıması gerekmektedir. NFT oluşturma işlemi bakımından konuya bakıldığında, NFT'lerin esas itibariyle Ethereum blokzinciri üzerinden akıllı sözleşmeler ile jeton üretmek için kullanılan bir protokol yardımıyla üretildiği dikkate alındığında⁹⁴, NFT oluşturma işleminin esas itibariyle blokzincir teknolojisi kapsamında standartlaşan teknik bir işlem olduğu belirtilmektedir⁹⁵. Dolayısıyla da bu, NFT oluşturma işleminin tek başına eser olarak nitelendirilmesine engel olabilecek niteliktedir. Zira NFT oluşturma işlemi yapan kişi, NFT'nin işaretlendiği içerikten bağımsız olarak, NFT'leştirme işleminde esas itibariyle, serbest biçimlendirme yapmadığı ve bu açıdan kendi hususiyetini yansıtmadığı sürece, salt NFT'leştirme işlemi eser olarak nitelendirilemeyecektir. Bu anlamda, NFT'nin işaret ettiği eserin bulunduğu yerin bağlantısının üst veriye (zincir-içi) işlenmiş olması da sırf bu sebeple NFT'leştirme işlemine hususiyet katmadığından teknik bir işlem olarak kabul edilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir⁹⁶. Hatta, eser sahibinin kendisi eseri işaret eden bir NFT oluşturmuş olsa bile, yarattığı eser bakımından eser sahipliğini kazanmakla birlikte, NFT oluşturma işlemi bakımından herhangi bir hususiyet katmadığı müddetçe, NFT oluşturma işlemi yine de eser yaratımı olarak nitelendirilmez⁹⁷.

Doktrinde NFT'nin eser niteliği bakımından NFT'nin zincir-içi veya zincir-dışı NFT olmasına göre farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır.

Tebliğler Kitabı, Ed. Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammet Emre Avşar, Ankara 2021, s.619; **ARSLAN**, Kerim, *Bilişim ve Yazılım Teknolojilerinin Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Açısından Türkiye ve Uluslararası Alandaki Görünümü*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s.52; **ŞENER**, s.87, 88; **ERSOY PINAR, Deniz Merve**, "NFT'lerin Metaverse'teki Yeri ve Fikri Mülkiyet," *Yapay Zeka Çağında Hukuk, Yapay Zeka Çalışma Grubu, Ara Rapor 2022*, İstanbul 2022, s.86, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf> (Erişim Tarihi: 13.03.2024); **ÖZDEMİR**, s.72, 73.

⁹⁴ NFT üretiminde kullanılan protokolle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. II/A.

⁹⁵ **ÖZKAN ÜNER**, s.234; **SARI**, s. 58, 59; **ÖZDEMİR**, s.72, 79; **ŞENER**, s.88. "Mevcut bir eserin örneğin bir tablonun veya bu tablonun çeşitli bölümlerinin NFT'leştirilmesi halinde, NFT'nin yegâne işlevinin eser nüshasını taşımak/nüshaya erişimi sağlamak olduğu belirtilmektedir." **ÖZDEMİR**, s.71. "NFT'lerin dijital ortamda algılanabilir olması tek başına NFT'lere eser niteliği vermez." **ŞENER**, s.89.

⁹⁶ **SARI**, s.59; **ÖZDEMİR**, s.73.

⁹⁷ **ŞENER**, s.89. Benzer yönde bkz. **ÖZDEMİR**, s.71.

Doktrinde zincir-içi NFT'lerin de eser sayılabileceği; buna karşın zincir-dışı NFT'ler açısından, NFT oluşturma işleminin sadece linkleme (işaretleme) olarak işlev göreceği belirtilmektedir⁹⁸. Zincir-içi NFT'ler bakımından, her zincir-içi NFT'yi kural olarak eser olarak kabul etmenin uygun olmayacağı; söz konusu NFT'nin bir eseri işaret etse dahi zincir-içi NFT'nin sahip olduğu kod ve teknolojinin işaret edilen eseri ne ölçüde etkilediğine ve onun bir parçası olup olmadığına bakmak suretiyle bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁹⁹. Bu açıdan, eğer NFT'nin kendi unsurları eserle birleşik veya bağlantılı ise, zincir-içi NFT'nin eserle birlikte FSEK korumasından yararlanması mümkündür. Bu halde, aslında NFT tek başına eser olarak nitelendirilmemekte, işaret edilen eser sayesinde eserin korumasından yararlanmaktadır¹⁰⁰. Zincir-dışı NFT'ler açısından ise, eser blokzincir dışında başka bir sunucuda kayıtlı olduğundan; NFT üst verisinde sadece bir işaretleme (bağlantı) yer aldığından; NFT oluşturma işlemine herhangi bir hususiyet katılmadığından bu tür NFT işlemlerinin esas itibarıyla, teknik bir işlem olduğu eser olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁰¹.

Doktrinde bazı yazarlar, NFT'lerin eser vasfına ilişkin NFT'nin zincir-içi veya zincir-dışı olmasından bağımsız olarak birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu konudaki bir görüş, sanat eserleri açısından aranan estetik değeri, birilerinin (kimsenin) beğenmesinin aranmadığından hareketle, özellikle NFT oluşturulmasının NFT'nin işaret ettiği içerikle aynı anda gerçekleştiği durumlarda eser olarak kabulünün mümkün olabileceğini savunmaktadır¹⁰². Buna göre, bir dijital varlığı meydana getirme sürecinin NFT oluşturma ile iç içe geçtiği yani bir dereceye kadar NFT'nin işaret ettiği içeriğin de NFT'yi oluşturan ilgili kişi tarafından

⁹⁸ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1122; ARAALAN, Cemal, "NFT'lerin Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (Legal Blog, 25 Nisan 2022), [NFT'lerin Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi – LEGAL BLOG](#) (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

⁹⁹ ÖZKAN ÜNER, s.234; ŞENER, s.92. "Bu görüşün öne çıkardığı NFT türleri, üretken teknolojilerle, makine öğrenmesiyle veya bir kâhin ile akıllı sözleşmeye güncel bilgi akışı sağlandığı bir eseri işaret eden NFT türleridir." ÖZKAN ÜNER, s.234.

¹⁰⁰ ŞENER, s. 93.

¹⁰¹ ÖZKAN ÜNER, s.235; ŞENER, s.93. Benzer yönde bkz. SARI, s.59.

¹⁰² KARASİOĞLU GÜRBÜZ, s. 619, 620; AKÇAAL, s.382, 383; ERSOY PINAR, s.87.

yaratıldığı, ruhunu yansıttığı ve hususiyetini barındırdığı durumlarda, söz konusu NFT, eser olarak kabul edilebilir¹⁰³.

Diğer görüş ise, NFT'lerin eser olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan kimi yazarlar, NFT'yi fikri mülkiyeti ticarileştirme biçimlerinden biri (ticari amaçla satılması, kiralanması, çoğaltılması, yayınlanması gibi) olarak görmekte, bu açıdan blokzincir temelinde eşsiz dijital değer ve dijital imza olarak değerlendirmektedir¹⁰⁴. NFT'nin eser olarak kabul edilemeyeceğini savunan yazarlardan kimileri ise, NFT'nin eser niteliği taşıyıp taşımadığı sorusunun cevabının, sertifikanın yani bilgi biriminin eser olarak nitelendirip nitelendirilemeyeceğine verilecek yanıtla bağlı olduğundan hareket etmektedir¹⁰⁵. Buna göre, elde edilen bilgi biriminin sayılardan ve harflerden oluşan bir veri (bir kod) olduğu ve NFT'ye dönüştürme (minting) işleminin tamamen teknik bir işlem olduğu dikkate alındığında, NFT'nin¹⁰⁶ eser sahibinin hususiyetini taşıdığı sonucuna ulaşmak zor olacaktır¹⁰⁷.

¹⁰³ SARI, s.58, 59. Benzer yönde bkz. KARASIOĞLU GÜRBÜZ, s.619; AKÇAAL, s. 382 vd.; FİLORİNALI, s. 60; ERSOY PINAR, s.86.

¹⁰⁴ KÜÇÜKALİ, s.579. "Hatta doktrinde, NFT'nin bir "belirteç ya da taşıyıcı vasıta" olduğu" ALTINOK, s.261; "bizatihi esere ilişkin gönderme yaptığı durumlarda, esere ilişkin tablonun "çerçevesi" olarak görülebileceği ifade edilmektedir." BİL-GİLİ/CENGİL, s. 299. Benzer yönde bkz. ÖZDEMİR, s.71.

¹⁰⁵ ÖZKAN ÜNER, s.233.

¹⁰⁶ ARAALAN, "NFT'lerin Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (Legal Blog, 25 Nisan 2022) ([NFT'lerin Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi – LEGAL BLOG](#)). (Erişim Tarihi: 26.03.2024). "Ancak, mevcut bir eser NFT'ye dönüştürülüyorsa, NFT'yi eserin kopyası olarak değerlendirmek gerekmektedir." ÖZKAN ÜNER, s.234. Ayrıca, akıllı sözleşme kodunun çalıştırılmasıyla içerik elde edilebilmesi mümkündür. Bu durumda program tarafından yaratılan içeriğin hususiyeti ve programın sadece bir araç işlevi görüp görmediği konusu gündeme gelebilecektir. Bkz. GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi, "NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi" (Namaser, 25 Mart 2022) NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi - Koç Üniversitesi (ku.edu.tr) (Erişim Tarihi: 06.02.2024).

¹⁰⁷ ÖZKAN ÜNER, s.234. Benzer yönde bkz. ÖZDEMİR, s.72, 73; ŞENER, s.91. "Gelecekte işaret edilen eserden bağımsız bir şekilde NFT oluşturma sürecinin hususiyet yaratacak bir teknolojik eser yaratımı haline gelmesi ve NFT oluşturma işleminin işaret edilen eser üzerinde bir hususiyet yaratılması bakımından iki istisnanın mümkün olduğunu söylenmektedir." ÖZDEMİR, s.73.

III. FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİ

A. Genel Olarak Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi

FSEK ile 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun¹⁰⁸ (SMK) uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak amacıyla fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmuştur¹⁰⁹. Bu mahkeme, tek hakimli ve asliye hukuk mahkemesi derecesinde görev yapmakta ve HSK'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'nca lüzumlu görülen yerlerde kurulmaktadır (SMK m. 156/I). Bu açıdan, bu mahkemelerin ülkemizde örneğin Ankara, İstanbul, İzmir gibi büyük il merkezlerinde kurulduğu söylenebilir¹¹⁰.

Bu mahkeme ülkemizde belirli yerlerde kurulduğundan, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin kurulmadığı yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılır. Bu halde asliye hukuk mahkemesi, söz konusu dava veya işe fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla bakar. Bu dava ve işlere bakacak asliye hukuk ile bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine HSK tarafından belirlenir (SMK m. 156/I). Aynı fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin kurulmadığı yerlerde, bu mahkemenin görevine giren davalarda, bir asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde, bu asliye hukuk mahkemesi; iki asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde, (1) numaralı asliye hukuk mahkemesi;

¹⁰⁸ RG 10.01.2017, S. 29944.

¹⁰⁹ Türk hukukunda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi uzun zamandır var olmakla birlikte, mahkemenin kuruluşu ve yapısı Sınai Mülkiyet Kanunu ile birlikte açıkça ve tabii hâkim ilkesine uygun olarak düzenlenmiştir. **ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023, s.802; ASLAN, Çetin, Medeni Usul Hukukunda Görev, Ankara 2022, s.160.** Madde düzenleniş itibarıyla genel bir çerçeve çizmekle birlikte, fikri ve sınai haklar mahkemesinin görevinin gerçek anlamda tespit edilebilmesi FSEK ve SMK'nın düzenlediği alanların iyi bilinmesini gerektirmektedir. **ÖZEKES, Muhammet, "Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Özelinde Görev Sorunlarına İlişkin Değerlendirmeler", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2021, C. 11, Ed. Tekin Memiş, Ankara 2022, s. 136.**

¹¹⁰ **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 802; TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, 5. Baskı, Ankara 2023, s.225.**

ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde, (3) numaralı asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır¹¹¹.

Fikri ve sınai haklar mahkemesi, özel görevli (uzmanlık) mahkeme olarak görev yapmaktadır. Fikri haklar, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ifade ederken; fikir ürünleri, insan düşüncesi ve yaratıcılığının ürünü olan soyut bir kavramı ifade etmektedir. Bu Kanun ile aslında insanın yaratıcı, yenilikçi ve özgün çalışması sonucu ortaya çıkardığı eser ve bu eser üzerindeki haklar hukuken korunmaya çalışılmaktadır. Günümüzdeki teknolojik metotlar bu anlamda dijital gelişme, fikri çalışmanın sonucu olan eserin taklit edilmesi, çoğaltılması veya kullanılması gibi önemli ihlallere sebep olabildiğinden, fikri hakların tam anlamıyla korunmasını sağlama amacıyla FSEK'te düzenlemeler yapılmış ve fikri haklarla ilgili olan ve bu Kanun'da düzenlenen hukuki ilişkilerden doğan iş ve davalara bakmak üzere, görevli mahkeme olarak fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi, özel görevli mahkeme olarak görevlendirilmiştir¹¹².

Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına giren dava ve işler, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun düzenlediği hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkları konu alan hukuk davaları olarak ifade edilmiştir (FSEK m. 76/I)¹¹³. Dolayısıyla mahkemenin görevine giren hukuk uyuşmazlıkları FSEK'in düzenlediği hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu bağlamda hukuk davaları, fikir ve sanat eserlerinden kaynaklanan maddi ve manevi hakları korumaktadır ve

¹¹¹ HSK 1. Dairesinin 30.05.2018 gün ve 839 sayılı Kararı (RG 31.05.2018, S. 30437)

¹¹² **KURU**, Baki/**AYDIN**, Burak, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, Ankara 2023, s. 668; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s.820; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11. Baskı, İstanbul 2023, s.48, 49; **BUDAK**, Ali Cem/**KARAASLAN**, Varol, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2023, s. 46; **ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2023, s.142; **ÖZEKES**, s.146 vd.; **ŞAHAN**, Havva Gül, Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler (Uzmanlık Mahkemeleri), Ankara 2012, s.122; **ASLAN**, s.161, 162. Bu mahkemenin kuruluşunun temelinde yatan amaç ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAHAN**, s.127, 128.

¹¹³ FSEK m. 76/I. Bu mahkemenin görevine sadece FSEK'te düzenlenen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar girmemekte, aynı zamanda SMK'nun düzenlediği hususlardan kaynaklanan dava ve işler de girmektedir (SMK m. 156/I).

bundan dolayı da esas itibariyle eser ve eser sahibi korunmaya çalışılmaktadır.

Bu Kanun tarafından korunan hakların ihlali halinde açılacak hukuk davalarının neler olduğu ise, FSEK m. 66 ile 70. arasındaki düzenlemelerde belirtilmiştir. Eser sahibinin açabileceği hukuk davaları bakımından kanun koyucu üç tip dava türü öngörmüştür. Bu davalar¹¹⁴, eser sahibinin mali veya manevi haklarına tecavüz halinde açılacak olan tecavüzün ref'i davası (FSEK m. 66, m. 67 ve m. 68)¹¹⁵, tecavüz ihtimalinin varlığı halinde açılacak olan önleme amaçlı tecavüzün men'i davası (FSEK m. 69)¹¹⁶ ile maddi veya manevi zararın gündeme gelmesi halinde açılacak olan maddi ve manevi tazminat davalarıdır. Bu anlamda kanun koyucu, manevi haklar bağlamında FSEK m. 14 ile m. 17 arasında düzenlenen hakları; mali haklar açısından, FSEK m. 20 ile m. 25 arasında düzenlenen mutlak hakları koruma altına almaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla, mutlak hak niteliği taşımayan, talepler, FSEK'in koruması kapsamı dışında kalacağından, bu halde böyle bir ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar, fikri ve sınai haklar mahkemesinin görevine girmeyecek ve göreve ilişkin genel kurallar uygulanmak suretiyle çözüme kavuşturulacaktır.

B. NFT'leştirilmiş Eserden Kaynaklanan Mali Hak İhlallerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin Görevi

Kanun eser sahibine mali ve manevi olmak üzere birtakım haklar tanımıştır. Bu bağlamda ana kural, eser sahipliğinden doğan hakların eser sahibi tarafından kullanılmasıdır (FSEK m. 18/1)¹¹⁸. Eser sahibinin mali hakları FSEK m. 20 vd.'da düzenlenmiş olup bu haklar eser sahibine

¹¹⁴ Fikri haklar açısından ihtiyati tedbirlere ilişkin özel düzenlemeler de yer almaktadır (FSEK m. 66/IV, m. 77).

¹¹⁵ Tecavüzün ref'i davasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN, Aytül/ÖZKAN, Ahmet Fatih, "Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu", Hacettepe HFD C. 6, S. 1, 2016, s.105; ERŞİN, Ali, Metaverse Dünyasında Fikri Hakların Korunması, Ankara 2023, s.94 vd.

¹¹⁶ Tecavüzün men'i davasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN/ÖZKAN, s. 105 vd.

¹¹⁷ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s.166.

¹¹⁸ Ana kuralın birtakım istisnaları da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, FSEK m. 18/II gösterilebilir.

eserden ekonomik olarak yararlanma imkânı veren münhasır haklardır¹¹⁹. Eser ve eser sahibi arasında ekonomik bir bağlantıdan ziyade kişisel bağlantı kuran haklar ise, manevi haklardır¹²⁰. Manevi hakların aksine mali haklar FSEK m. 27'de düzenlenen sürelerle tâbi olarak korunmakta ve FSEK m. 52'ye göre devir veya lisans sözleşmelerine konu olabilmektedir.

FSEK'e göre mali haklar işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24)¹²¹, umuma iletim hakkı (FSEK m. 25) ve eser sahibinin güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay elde etmesini sağlayan pay ve takip hakkıdır (FSEK m. 45)¹²². Aşağıda¹²³ görüleceği üzere NFT ve eser sahibinin mali hakları arasındaki ilişki çoğunlukla işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı ve umuma iletim hakkı bakımından ortaya çıktığından¹²⁴, burada bu haklara ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

¹¹⁹ Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 18/1). Söz konusu haklar, birbirinden bağımsızdır.

¹²⁰ Bkz. **ATES**, Mustafa, "Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması: FSEK Madde 19 Üzerine Bir Tedkik," İHM C. 78, S. 3, 2020, s. 1283 vd. Manevi haklar makale konumuzun kapsamı dışında kaldığı için burada sadece belirtmekle yetinilecek ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır.

¹²¹ FSEK m. 24'te düzenlenen temsil hakkı, eserin herhangi bir ortama tespit (çalma, oynama, gösterme fiilleri esnasındaki tespitler) edilmeksizin ve yayın yoluyla iletilmeksizin, temsil anıyla sınırlı olarak üçüncü kişilerin faydalanmasına sunulması ile ilgili fiilleri içerir. Bu hak, NFT'ler bakımından yapılan değerlendirmelerde genellikle yer almamaktadır. Zira, zaten var olan dijital eserlerin farklı türdeki NFT'ler ile işaret edilmesi temsil olarak değil, umuma iletim olarak değerlendirilmektedir. **SARI**, s.91. Aksi görüş için bkz. **ŞENER**, s.134.

¹²² FSEK m. 45'te düzenlenen eser sahibinin pay ve takip hakkı, NFT açısından ele alındığında NFT satışındaki pay ödemesinin, FSEK anlamında aranan fiziki sanat eserine özel olması şartından daha geniş olduğu yani, NFT'lerdeki pay ödemesi uygulamasının FSEK'teki pay ve takip hakkından farklı ve/veya geniş olduğu belirtilmektedir. **KARASIOĞLU GÜRBÜZ**, s.624; **ŞENER**, s.141. "Ayrıca FSEK m. 45'te hangi eserler için pay talep edilebileceğini sınırlı bir şekilde belirtildiği, bu sayımda dijital nitelikteki eserlerin bulunmadığı da belirtilmektedir." **SARI**, s.95. "Bu anlamda, FSEK m. 45'e göre pay ve takip hakkı için düzenlenen kriterleri karşılayan bir uygulama olmadığından bu hak özelinde bir talepte bulunulmasının zor olduğu belirtilmektedir." **ÖZKAN ÜNER**, s.249; **ŞENER**, s.142.

¹²³ Bkz. Aşa. III/B/2.

¹²⁴ **ÖZKAN ÜNER**, s.235; **ŞENER**, s.120; **ERSOY PINAR**, s.90. "Buna ek olarak, NFT oluşturucusunun NFT'nin takip eden satışlardan pay almasına imkân veren akıllı sözleşme hükümlerinin eser sahibinin pay ve takip hakkı ile ilişkisi kurulabilir.

NFT'lerin eserle birlikte anılıyor olması, NFT'lerin eser ve bu açıdan fikri hak bağlamında FSEK'in kapsamına girip girmeyeceği, mali haklar bağlamında birtakım uyumsuzluklara¹²⁵ sebebiyet verip vermeyeceği ve böylece fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına girip girmeyeceği sorularını beraberinde getirmektedir¹²⁶. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için NFT'leştirme işlemi ile NFT'nin işaret ettiği eser bağlamında konunun ayrı ayrı ele alınması uygun olur.

1. Salt NFT Oluşturma İşleminde Kaynaklanan Mali Haklara İlişkin Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

NFT oluşturma işlemi bakımından konu ele alındığında, NFT oluşturma işlemi her ne kadar bilgisayar programlarının FSEK bakımından ilim ve edebiyat eserleri kapsamına dahil edilebileceği söylenebilirse de onun yaratımdaki serbest biçimlendirmeyi taşımamasının bir sonucu olarak, hususiyetten yoksun olduğu sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla salt NFT oluşturma işlemi, serbest biçimlendirme ve bu açıdan kendi

Ancak FSEK m. 45'e göre bu hak yalnızca güzel sanat eserinin aslı veya özgün kopyaları bakımından gündeme geleceğinden, NFT ve pay ve takip hakkı arasındaki ilişki ancak dolaylı bir ilişki olabilir." **ARIKAN**, s.332, 333.

¹²⁵ "FSEK kapsamında ihlal, eser sahipliğinden doğan manevi ve mali haklarla izinsiz müdahale edilmesidir. Bu açıdan şayet hak sahibi eser sahibiyse, eser sahibinden; Kanun veya sözleşme uyarınca bir başkasının hak sahipliği mevcutsa, söz konusu bu kişiden izin alınmadan manevi ve mali haklara ilişkin yetkilerin üçüncü kişilere kullanılması hak ihlali yaratır. Aynı şekilde, eser sahibi, ilgili mali haklarını FSEK m.52'de öngörülen geçerlilik şekline uygun bir sözleşme ile devretmişse, söz konusu eser devralan kişi tarafından da NFT haline getirilebilir. Bu halde dikkat edilmesi gereken husus, FSEK m.48 hükmü uyarınca eser üzerindeki mali hakların devrinin yer, süre ve kapsam bakımından sınırlandırılıp sınırlandırılmadığıdır. Dolayısıyla taraflarca akdedilen devir sözleşmesinin kapsamı, devralanın eseri NFT oluşturmakta kullanabilmesini mümkün kılmalıdır. Aksi takdirde devralan, sözleşmenin kapsamı dışına çıkarak eser sahibinin fikri haklarını ihlal etmiş olur." **ARIKAN**, s.327.

¹²⁶ Ressam Yiğit Mohaç Yücel tarafından, sanatçı Cem Karaca'yı resmettiği bir portre NFT formatında Opensea platformu üzerinden satışa çıkarıldığında, durumu fark eden merhum sanatçının mirasçıları Haziran 2022'de İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde bu içeriğin FSEK m. 86'daki hakları ihlal ettiği gerekçeyle dava açmış ve bu dava neticesinde, mahkeme ihtiyati tedbir kararı vererek NFT'ye erişimin engellenmesine karar vermiştir. Uyuşmazlığın devamında üst mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmuştur (İstinaf da 'sata-mazsın' dedi - Son Dakika Haberler (hurriyet.com.tr) (Erişim Tarihi: 31.03.2024).

hususiyetini yansıtmadığı sürece, eser olarak nitelendirilemeyecektir¹²⁷. Bu halde, salt NFT oluşturma işlemi bağlamında bilhassa, fikri haklardan ve bu bağlamda, fikir ürünlerinden bahsedilemeyeceğinden, insanın yaratıcı, yenilikçi ve özgün bir çalışması da gündeme gelmez. Dolayısıyla da salt NFT oluşturma işleminden kaynaklanan herhangi bir uyumsuzlukta fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli olmaz. Bu halde, görevli mahkeme, genel hükümlere göre tespit edilecek olan genel veya özel görevli diğer mahkemelerdir.

Bununla birlikte, ileride teknolojik ilerlemeler sonucunda salt NFT oluşturma işlemine, kişi serbest biçimlendirmenin sonucu olarak hususiyetini katmaya başlayacak olursa, bu halde eser olarak nitelendirilebilecek bir varlıktan da söz edilebilir. Burada artık, salt NFT oluşturma işlemini gerçekleştiren kişi, eser sahibi olarak nitelendirilebilir ve eser sahibinin sahip olduğu mali hakların kullanımı onun açısından da gündeme gelebilir. Bu halde, eser sahibi sıfatıyla, dava açılması gündeme geldiğinde, dava fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde açılabilir.

2. NFT'leştirilmiş Eserden Kaynaklanan Mali Haklara İlişkin Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

NFT'leştirilmiş bir eser söz konusu olduğunda yani NFT'nin bir eseri işaret etmesi durumunda konunun farklı açıdan ele alınması gerekmektedir. Bu halde, NFT oluşturma işlemi her ne kadar (şu an için) eser olarak nitelendirilemeyecek olsa da onun işaret ettiği bir eserin varlığı söz konusu olduğundan, bu durum, FSEK kapsamında belli hukuki sonuçların doğmasını da beraberinde getirmektedir. Burada, NFT'de yer alan esere ilişkin fikri haklar ile NFT üzerindeki hak sahipliğinin ayrışması/ayrılması gündeme gelmektedir¹²⁸. Bu anlamda, eser üzerindeki fikri hak sahibi ile NFT üzerindeki mülkiyet hakkının sahibi aynı kişi veya farklı kişi olabilmesi ihtimal dahilindedir. Bu bağlamda bilhassa, NFT oluşturma işlemini gerçekleştiren kişinin yaptığı herhangi bir işlem, FSEK'te eserle ilgili koruma altına alınan mali hakların kapsamına girerse, bir eserin NFT işlemine konu yapılmasından kaynaklanan mali haklarla ilgili

¹²⁷ SARI, s.59; KARASİOĞLU GÜRBÜZ, s.619; ARSLAN, s.52; ŞENER, s.87, 88. Benzer yönde bkz. ERSOY PINAR, s.86; ÖZDEMİR, s.72, 73.

¹²⁸ BİLGİLİ/CENGİL, s. 299.

uyuşmazlıkların gündeme gelmesi ve fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olması mümkün olur¹²⁹.

NFT'nin işaret ettiği eser, NFT oluşturma işlemini gerçekleştiren kişi tarafından meydana getirilmişse, bu durumda doktrindeki hangi görüşün kabul edileceğine bağlı olarak görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir. Bu konuda doktrindeki¹³⁰ NFT oluşturma işlemi ile NFT'nin işaret ettiği içerik aynı kişi tarafından oluşturulmuş ve hususiyetini yansıtmışsa, NFT eserdir ve bu halde, eser sahibinin mali hakları gündeme gelebilir. NFT'leştirilme işlemi bizatihi eser olarak kabul edileceği için de eser olmanın bir gereği olarak eser sahibinin sahip olduğu mali haklardan kaynaklanan korumadan yararlanması mümkün olacak ve fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli mahkeme olarak kabul edilebilecektir. Bu halde doktrindeki diğer görüş kabul edilecek olursa, NFT oluşturma işlemi ile NFT'nin işaret ettiği eser aynı kişi tarafından oluşturulmuş olsa bile, bu durum NFT'nin eser olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu durum, her ne kadar NFT'nin eser olarak nitelendirilmesi sonucunu doğmayacaksa da NFT'nin ihtiva ettiği eser bağlamından kişi, eser sahibi olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla bu halde, kişi NFT oluşturma işlemi sebebiyle değil, onun ihtiva ettiği eser sebebiyle eser sahibi sıfatını haiz olacağından, eser sahibi olmasının sonucu olarak eserden kaynaklanan mali haklara sahip olacaktır¹³¹. Bu halde, bizatihi eser sahibi sıfatıyla FSEK'in kendisine sunduğu mali haklarla alakalı korumadan yararlanabilmesinin gereği olarak, mali haklarla alakalı ortaya çıkan

¹²⁹ “Burada blokzincir teknolojisinin önemli özelliklerinden biri kabul edilen gizlilik ve şeffaflık beraberinde belirli zorlukları da getirebilecektir. Bilhassa, telif hakkı ihlalini yapan cüzdanın, şeffaflık ilkesi gereğince tespiti mümkün olmakla birlikte, bu cüzdanın kime ait olduğunun gizlilik ilkesi gereğince tespiti güç olabilecektir. Böyle bir durum ise, eser sahibinin uyumsuzluğu kime yönelteceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Aynı şekilde, blokzincir teknolojisi farklı ülkelerdeki iki insanı telif hakkı ihlali sebebiyle karşı karşıya getirebilecek niteliktedir. Böyle bir durum ise, milletlerarası özel hukuku sorunlarının doğmasına yol açacaktır.” **FİLORİNALI**, s.77,78.

¹³⁰ **KARASİOĞLU GÜRBÜZ**, s.619, 620; **AKÇAAL**, s.382, 383; **SARI**, s.58, 59; **FİLORİNALI**, s.60. Hatta, NFT'nin işaret ettiği eserin FSEK bağlamında koruma elde etmesinin, NFT'nin kendisinin de bu açıdan FSEK'in korumasına tabi olması sonucunu getireceği de belirtilmektedir. **ERSOY PINAR**, s.87.

¹³¹ **KÜÇÜKALİ**, s.579.

herhangi bir uyuşmazlıkta fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli mahkeme olur.

NFT'nin işaret ettiği eseri oluşturan kişi ile NFT sahibi aynı kişi değilse, farklı değerlendirme yapılmalıdır. Burada eser sahibi, FSEK'ten kaynaklanan mali haklarını bu kişiye karşı ileri sürebilir. Böyle bir durumda görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olur. Burada eser sahibinin sahip olduğu mali haklardan hangisine dayalı olarak talepte bulunabileceğiyle ilgili değerlendirme yapılırken mali hakların her biri açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması uygundur.

FSEK m. 21'e göre bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Dolayısıyla eser sahibinin izni alınmadan bir eseri değiştirmek, dönüştürmek suretiyle ondan yararlanılması işleme hakkının ihlali sonucunu doğurur. Bu itibarla NFT'nin temelindeki eserin NFT'leştirilmesini sağlayan madencilik işleminin eserin işlenmesi ile sonuçlanıp sonuçlanmadığı değerlendirilmelidir. İşleme hakkının kullanılması sonucunda meydana getirilen eserler, işlenme eserdir. FSEK m. 1/B-c'ye göre işlenme eser, başka bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat ürünleridir. Bu anlamda bir işlenmeden söz edebilmek için asıl eserin varlığı ve bu esere işleme fiilini gerçekleştiren kişinin kendi hususiyetini katacak şekilde gerçekleştirilen bir katkı aranmaktadır¹³². NFT'nin temelindeki eserden bağımsız olarak fikir ve sanat eseri olarak değerlendirilemeyeceği yukarıda belirtilmişti. İşte NFT temelindeki eserle bağlantılı olarak işlenme eser olarak değerlendirilebilirse, bu durumda da NFT'nin kendisinin eser vasfı kazanması mümkündür. Bununla beraber, NFT oluşturulması için asıl eserin konu olduğu madencilik işleminin gerçekleştirilmesi yukarıda belirtildiği üzere tamamen madencilik işlemi gerçekleştiren kişinin bir takım teknik işlemler

¹³² GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2015, s.126; SULUK/KARASU/NAL, s.99. İşlenme sonucunda yeni bir eser yaratılması gerekmemekte, esinlenmeyi aşar düzeyde eserin değiştirilip dönüştürülerek ondan yararlanılması yeterli sayılmaktadır. KARAASLAN, Pelin, "NFT'leştirilmiş Fotoğraflar Dahil İnternet Ortamındaki Fotoğraf Eserlerinin Kullanılması", ERÜHFD C. 18, S. 2, 2023, s. 492.

yapmasından ibarettir¹³³. Bu halde, madencilik işleminde kişinin NFT'nin temelindeki içeriğe hususiyet kattığından da bahsedilemez. Dolayısıyla bir eserin NFT'leştirilmesi yalnızca eserin formatındaki bir değişim olup artistik bir faaliyet yokluğu (hususiyet yokluğu) sebebiyle işleme hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir¹³⁴. O halde NFT'nin işleme eser sıfatıyla da eser vasfını kazanabilmesi mümkün görünmemektedir. Bu halde, eserin NFT'leştirilmesi FSEK m. 21 çerçevesinde işleme olarak kabul edilmeyeceğinden, işleme hakkının ihlali de gündeme gelmez. Dolayısıyla işleme hakkının ihlali sebebiyle ortaya çıkan herhangi bir uyuşmazlıktan da bahsedilemeyeceğinden, görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenir.

Eser sahibinin bir diğer mali hakkı olan çoğaltma hakkıysa FSEK m. 22'de düzenlenmiştir. Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Çoğaltma en genel tanımıyla eserin, duyu organları tarafından algılanabilecek şekilde sabit bir cisme tespit edilmek suretiyle kopyalarının oluşturulması anlamına gelmektedir¹³⁵. Çoğaltma hakkı FSEK'te oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiş olup fiziksel bir cismin yanı sıra eserin dijital

¹³³ Ayrıca bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER**, Değerlendirme, s. 78; **ŞENER**, s.122. "Bu anlamda, bir eserin kısaltılması, bir kısmının alınması, boyutunun değiştirilmesi, dijital eserin boyutunun sıkıştırılması, formatında değişiklik yapılması gibi teknik işlemler, herhangi bir hususiyet barındırmadığından, işleme kapsamında kalmamaktadır." **AÇIKGÖZ**, Ahunur, İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi, İstanbul 2021, s.44; **SARI**, s.96, 97; **ŞENER**, s.122. "İster zincir içi NFT ister zincir-dışı NFT söz konusu olsun, eser üzerinde hususiyet katacak şekilde bir katkı yapılmamışsa, işleme kapsamına girmez." **ŞENER**, s.123.

¹³⁴ **KARAASLAN**, s.4923; **SARI**, s.91; **FİLORİNALI**, s.63. "Bununla birlikte, azınlıkta kalan bir görüş, ekonomik amaçlarla eser sahibinin izni alınmadan eserin NFT'leştirilmesinin işleme eser kapsamında kalabileceğini belirtmektedir." **BİLGİLİ/CENGİL**, s. 300, 301. "Ayrıca, NFT konusunda değerlendirme yapılırken, somut olay bağlamında bir değerlendirmenin de yapılması gerektiği, NFT'leştirilen eserin farklı şekilde yorumlanması gündeme gelmişse, işleme olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir." **SARI**, s. 97.

¹³⁵ Çoğaltma, eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca tespit edilmesidir (FSEK m. 22/2). Bu hakka ilişkin detaylı olarak bkz. **GÜNEŞ**, s. 116; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, *Sımai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, Ankara 2020, s.262.

ortamlarda çoğaltılması da çoğaltma hakkının kapsamında kalmaktadır¹³⁶. Dolayısıyla, NFT'ler bakımından çoğaltma hakkı değerlendirilirken her şeyden önce yine madencilik işleminin ele alınması gerekmektedir. İfade edildiği gibi madencilik işleminin gerçekleştirilmesi, NFT'nin temelindeki eser ile NFT'deki kodun eşleştirilmesi anlamına gelmekte, bunun için de eserin kopyasının platformların ara yüzlerine yüklenmesi zorunlu olmaktadır. İşte hem zincir-içi hem zincir-dışı NFT'ler de bu yükleme işlemi açıkça eserin çoğaltılmasını gerektirmektedir.

Doktrinde, eserin blokzincir üzerine kaydedildiği ve ayrıca NFT'nin üst verisinde dosya şeklinde yer aldığı zincir-içi NFT'ler bakımından çoğaltma eyleminin gerçekleştirildiği ve eser sahibinin izni alınmadan zincir-içi NFT üretiminin çoğaltma hakkının ihlalini oluşturduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır¹³⁷. Bu halde zincir-içi NFT'ler bakımından çoğaltma hakkının ihlalinin gündeme gelmesi sebebiyle, ortaya çıkan uyuşmazlıkta uyuşmazlık FSEK'ten kaynaklandığından fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli mahkeme olur.

Zincir-dışı NFT'lerde ise, doktrinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Belirtildiği gibi zincir-dışı NFT'lerde eserin kopyasının bir dosyası NFT'nin üst verisinde yer almamakta eser ve NFT arasındaki bağlantı, link vermek suretiyle gösterilmektedir. Burada her şeyden önce eğer eser linkin yönlendirdiği sayfaya NFT oluşturucusu tarafından eser sahibinin izni olmadan yüklenmişse burada bir çoğaltma hakkı ihlali olacağı açıktır¹³⁸. Ancak eserin yönlendirdiği linkte yer alan eser NFT oluşturucusu tarafından bu sayfaya yüklenmemişse yani NFT oluşturucusu yalnızca bu sayfaya link vermişse, bu durumda çoğaltma hakkının mı yoksa, aşağıda görüleceği üzere link ile bağlantılı olarak umuma iletim hakkının mı ihlal edildiği tartışılmalıdır¹³⁹. Doktrinde görüş ayrılığına rastlanan mesele ise,

¹³⁶ AÇIKGÖZ, s. 45 vd; KARAASLAN, s.493. Bu açıdan, fiziki formatta bir eserin tarayıcı vs. aracılığıyla dijital hale getirilmesi yahut eserin sunulan ortandan bir başka kişi tarafından indirilmesi (download) ve bunun tersi olan yükleme (upload) işlemleri, FSEK m. 22 uyarınca çoğaltmaya örnek oluşturmaktadır. KARAASLAN, s. 493.

¹³⁷ ALTINOK, s.264; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s. 80; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1123; GUADAMUZ, s.1378; ARIKAN, s.328; KARAASLAN, s.494; ŞENER, s.126.

¹³⁸ KARAASLAN, s. 494.

¹³⁹ KARAASLAN, s. 494.

eserin NFT’de gözükmeyeceği zincir-dışı NFT’lerde madencilik işleminin çoğaltma hakkını ihlal edip etmediğidir. Bir görüşe göre her ne kadar eser NFT’de yer almasa da bu işlem eserden ekonomik olarak yararlanmayı içerdiği için çoğaltma hakkının ihlali niteliğindedir¹⁴⁰. Bir diğer görüşe göre ise eserin NFT’de yer almadığı bir durumda yalnızca madencilik işlemi esnasında gerçekleştirilen çoğaltma, çoğaltma hakkının ihlali niteliğinde olmayacaktır¹⁴¹. Dolayısıyla bu halde, doktrindeki görüşlerden hangisinin benimseneceğine bağlı olarak FSEK’ten kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin olabilecektir. Bu açıdan, birinci görüş benimsenecek olursa, uyuşmazlık çoğaltma hakkının ihlali olarak kabul edileceğinden FSEK’ten kaynaklanan bir uyuşmazlık olması sebebiyle fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli olur; ikinci görüşün benimsenmesi halindeyse, çoğaltma hakkı ihlal edilmemiş olduğundan görevli mahkeme göreve ilişkin genel hükümlere göre belirlenir. Ancak ikinci görüşün kabul edilmesi halinde, bu sefer de her ne kadar bu durum, çoğaltma olarak nitelendirilmese de umuma iletim kapsamında kalabileceğinden bunun da ayrıca tartışılması sonucunda, görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar mahkemesi olabileceği sonucuna varılabilir.

Eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını “yayma hakkı”, eser sahibinin FSEK m. 23’te düzenlenen diğer bir mali hakkını oluşturmaktadır. Yayma hakkı, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarma veya diğer yollarla dağıtma yetkisini vermektedir¹⁴². Bu açıdan dijital ortamdaki paylaşımların “yayma” hakkının ihlali sonucunu değil, aşağıda ele alacağımız üzere “umuma iletim” hakkının ihlaline sebebiyet vereceği ifade edilmektedir¹⁴³. Bununla birlikte, NFT’li dijital eserlerinin internet ortamındaki diğer eserlerden farklı bir şekilde ele alınıp alınamayacağının tartışılması gerektiği de doktrinde belirtilmiştir. Buna göre, NFT’nin ekonomik değerinin, tartışmasız bir şekilde oldukça büyük olduğu; dolayısıyla bu yatırımından doğan

¹⁴⁰ KARAASLAN, s.494; ALTINOK, s.264; ARIKAN, s.330; SARI, s.77.

¹⁴¹ GUADAMUZ, s.1379.

¹⁴² TEKİNALP, s. 172; KARAASLAN, s.494; ARIKAN, s.328; ŞENER, s.128.

¹⁴³ ARIKAN, s.328, 329. Benzer yönde bkz. KÜÇÜKALİ, s.575, 576; ŞENER, s.132, 133. “Hatta bu sonucu NFT’nin zincir-içi veya zincir-dışı olmasının da değiştirmeyeceği belirtilmektedir.” ŞENER, s.133.

ekonomik menfaatlerin, eser sahibine karşı da belirli ölçüde korunması gerektiği; bu bakımdan NFT'li eserin eser sahibinin izniyle gerçekleşen ilk satışında kararlaştırılmamış dahi olsa, sonraki satışları mümkün olması gerektiği (sonraki satışlar üzerindeki hak tükenmiş olmalıdır) ifade edilmiştir¹⁴⁴. Bu da ancak NFT'li eserin internette yayılmasının “*yayma hakkı*” kapsamında değerlendirilmesi ile mümkün olabilecektir. Eğer bu görüş kabul edilecek olursa, NFT'leştirilmiş eser bağlamında yayma hakından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olur. Aksi yönde bir değerlendirme yapılacak olursa, bu halde NFT'leştirilmiş eser bağlamında “*umuma iletim*” hakkının ihlaline sebebiyet verip verilmediğinin ayrıca değerlendirilmesi suretiyle görevli mahkeme tespit edilmelidir.

NFT'nin internet ağı üzerinde hazır bulundurulmasıysa, eser sahibinin bir diğer hakkı olan FSEK m. 25/2'de düzenlenen erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkının değerlendirilmesini gerektirmektedir¹⁴⁵. Umuma iletim, bir eserin aile ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ve görev icabı eseri bilen kişiler dışında çok sayıda belirsiz kişiye sunulmasıdır¹⁴⁶. Bu çerçevede NFT'nin internette gerçekleştirilen sunumunun umuma iletim hakkı çerçevesinde ele alınması için her şeyden önce bir kişinin kişisel çevresi dışında çok sayıda belirsiz kişiden oluşan “*umumun*” varlığı zorunludur. Bu noktada yine zincir-içi ve zincir-dışı NFT'ler bakımından farklı bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Zincir-içi NFT'lerde eser NFT üst verisinde blokzincir üzerinde internette hazır bulundurulduğu için, bu NFT'lerin eser sahibinin umuma iletim hakkını ihlal ettiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁴⁷. Bu halde görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir.

¹⁴⁴ KARAASLAN, s. 497.

¹⁴⁵ Bu hakka ve internet ile ilişkisine ilişkin detaylı olarak bkz. AÇIKGÖZ, s.107 vd.

¹⁴⁶ TEKİNALP, s.194.

¹⁴⁷ ARIKAN, s.328; FİLORİNALI, s.73; KARASİOĞLU GÜRBÜZ, s. 622; SARI, s.93; ŞENER, s.136. “Esere gerçek kişilerin dilediği yer ve zamanda erişebilmesi bakımından bilhassa, eserin eşten eşe iletim yöntemiyle erişilebilir hale getirilmesi, esere erişebilecek kişiler bağlamında herhangi bir sınırlamanın olmaması sonucunu doğurduğundan burada artık umum kavramı gerçekleşmiş olmaktadır.” ŞENER, s.135. “Ayrıca, zincir-içi ve zincir-dışı ayrımı yapmadan umuma iletim hakkının ihlalinin gündeme gelebileceği de belirtilmektedir.” BİLGİLİ/CENGİL, s. 300.

Zincir-dışı NFT'lerdeyse NFT'nin eserle olan bağlantısı somut olarak link aracılığıyla gösterilmektedir. Bu link olağan bir hyperlink olmakla beraber¹⁴⁸ bu hyperlink'in üçüncü kişiler tarafından görüntülenebilmesi bir takım teknik bilgileri gerektirmektedir. Her şeyden önce kişinin NFT'nin tokenID'si ile sözleşme adresini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Her ne kadar bu bilgilere platformlar veya blokzincir üzerinden ulaşılabilir de linkin görüntülenebilmesi için bu bilgilerin bazı teknik işlemlere konu edilmesiyle NFT'nin üst verisine ulaşılması gerekmektedir¹⁴⁹. İşte bu teknik bilgilere sahip kişi sayısının oldukça az olacağı kabulünden hareketle link verme eyleminin umuma iletim eylemi olmasından bağımsız olarak zincir-dışı NFT'lerde "umum" şartının sağlanmasının zor olabileceği belirtilmektedir¹⁵⁰. Link verme eyleminin umuma yönelik gerçekleştirildiği kabul edildiği takdirdeyse, bu eylemin FSEK m. 25/2 kapsamında iletim eylemi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵¹. Bu konu Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) içtihatları çerçevesinde açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁵². ABAD'a göre link verme eyleminin umuma iletim hakkı kapsamında kalabilmesi için link verme suretiyle eser yeni bir umuma yönlendirilmiş olmalıdır. Buna göre, link verme eylemi eser sahibinin ilk iletim esnasında dikkate almadığı yeni bir umuma yönelik gerçekleştirilmişse, bu durumda eser sahibinin umuma iletim

¹⁴⁸ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s. 22; ŞENER, s.137.

¹⁴⁹ Detaylı olarak bkz. OBA, Naomi, "How to find your NFT's metadata", 2022, <https://medium.com/coinmonks/how-to-find-your-nfts-metadata-c2d058626fb8> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).

¹⁵⁰ GUADAMUZ, s.1381; ARIKAN, s. 330. "NFT'nin üst verisinde eserin bulunduğu yere link verilmesi halinde, öncelikle linke tıklanarak ulaşılan dosyada eserin dijital bir kopyasının olması gerekmektedir. Bu kopya eser sahibinin izni olmaksızın çoğaltılmışsa, çoğaltma hakkının ihlali söz konusu olur." ARIKAN, s.330.

¹⁵¹ Zincir-dışı NFT'lerin yeni umum kriteri çerçevesinde eser sahibinin umuma iletim hakkı ile ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir. ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, Değerlendirme, s.81; ALTINOK, s.265; ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1122 ARIKAN, s. 330.

¹⁵² ABAD'ın yaklaşımı için detaylı olarak bkz. AÇIKGÖZ, Ahunur, "Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi," Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 25, S. 4, 2021, s.217 vd.

hakkının ihlali söz konusudur¹⁵³. Yeni bir umumun olup olmadığı ise eserin linkin yönlendirdiği sayfada hak sahibinin rızasıyla yer alıp almadığı, hak sahibinin link verilmesini engelleyen bir iradesinin bulunup bulunmadığı, link veren kişinin kâr elde edip etmeme amacının bulunup bulunmadığı, linkin yönlendirdiği sayfada yer alan bir koruma önleminin aşılp aşılmadığı gibi birçok kritere bağlı olarak belirlenmektedir¹⁵⁴. O halde, zincir-dışı NFT'lerde linkin umuma hitap ettiği kabul edilecek olursa bu eylemin umuma iletim hakkı kapsamında kalıp kalmadığı linkin yönlendirdiği sayfada eserin hangi hukuki koşullar altında yer aldığına göre değişkenlik gösterecektir. Dolayısıyla burada yapılacak değerlendirmeler sonucunda yani somut olayın özellikleri çerçevesinde, zincir-dışı NFT'nin umuma hitap ettiği kabul edilecek olursa, görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır. Aksi durumda, görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenen mahkeme olur.

O halde NFT'leştirme işlemi ve NFT'nin internet üzerinde hazır bulundurulması işlemi eser sahibinin temel olarak çoğaltma hakkı ve umuma iletim hakkını ihlal edebilecek niteliktedir. Burada değinilmesi gereken son husussa, NFT satışının eser sahibinin mali haklarını ihlal edip etmediğidir. Doktrinde bazı yazarlar bu konuda NFT'nin elde edilmesinin yalnızca NFT'nin üst verisinin elde edilmesi olduğundan hareketle NFT satışının eser sahibinin mali haklarıyla bir ilişkisinin olmadığını kabul etmektedir¹⁵⁵. Bazı yazarlarsa, NFT satışı ile eser sahiplerinin mali hakları arasında bir ilişki kurmakta özellikle zincir-içi NFT'lerde

¹⁵³ **GUADAMUZ**, s.1381; **FİLORİNALI**, s.74, 75. Judgement of the Court (Fourth Chamber), 13.02.2014, Case C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB, para. 24, Judgement of the Court (Second Chamber), 08.09.2016, Case C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc, Britt Geertruida Dekker, para. 42; Judgement of the Court (Grand Chamber), 09.03.2021, Case C-392/19, VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz, para. 36, EUR-Lex - 62012CA0466 - EN - EUR-Lex (europa.eu), (Erişim Tarihi: 31.03.2024).

¹⁵⁴ Bu kriterlerin ABAD kararları çerçevesinde ayrıntısı için bkz. **AÇIKGÖZ**, Link Verme, s. 244 vd.

¹⁵⁵ **ALTINOK**, s. 263.

NFT'ye temel teşkil eden eser kopyasının dijital olmasından hareketle¹⁵⁶ bu durumda umuma iletim hakkının ihlalinin gündeme gelebileceğini kabul etmektedirler¹⁵⁷. Dolayısıyla burada da hangi yaklaşımın benimsendiğine bağlı olarak görevli mahkeme değişiklik gösterecektir.

SONUÇ

NFT'ler, blokzincir teknolojisinin gelişmesiyle, dijital dünya ile sanat arasındaki ilişkiyi güçlendirmiş ve bu teknolojinin bir ürünü olan *jeton* türü olarak NFT'ler sıklıkla fikir ve sanat eserleri ile birlikte anılmaya başlamıştır. Ancak NFT'leri hukuki olarak değerlendirirken, bu jetonların temsil ettikleri varlığın "*kendisi*" olmadıklarını unutmamak gerekmektedir. Dolayısıyla herhangi bir içeriği işaret eden bir NFT'nin oluşturulması, içeriğin NFT'leştirilmesinden ziyade, içeriğin bir NFT tarafından işaret edilmesi olarak kabul edilmektedir. NFT'lerin özellikle fikir ve sanat eserleri ile bağlantılı olarak kullanılmasından hareketle NFT'nin temsil ettiği içeriğin benzersiz bir içerik olmasının NFT'yi eşsiz, gayri misli kılan husus olduğu yanlıgısına düşünülmemesi gerekmektedir. Zira, NFT'leri gayri misli ve eşsiz kılan husus, NFT'nin kendisinden ibaret olduğu kodur.

NFT'lerin "NFT eseri", "NFT sanatı" "NFT sanatçısı" olarak anılması, bunların eser niteliği taşıyıp taşımadığı, bu açıdan fikri hak bağlamında FSEK'in kapsamına girip girmeyeceği ve bunun sonucunda, mali haklardan kaynaklanan birtakım uyumsuzlıklara sebebiyet verip vermeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bununla ilgili değerlendirme yapılırken genellikle konu NFT oluşturma işlemi ve NFT'nin zincir-içi veya zincir-dışı NFT olmasına göre yapılmaktadır.

NFT oluşturma işlemi açısından bakıldığında, serbest biçimlendirme ve kendi hususiyetini yansıtırma unsuru gerçekleşmediğinden, FSEK kapsamında eser ve bu bağlamda FSEK'ten kaynaklanan herhangi bir uyumsuzluk söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, ileride teknolojik ilerlemeler sonucunda NFT oluşturma işlemine, kişi hususiyetini

¹⁵⁶ "Zira FSEK m. 23'te düzenlenen yayma hakkının yalnızca eserin fiziksel nüshaları ile sınırlı olduğu dijital nüshaların ise umuma iletim hakkı kapsamında olduğu görüşü Türk hukukunda baskın görüştür." **AÇIKGÖZ**, s.103 vd.

¹⁵⁷ **ARIKAN**, s. 328. NFT satışının yayma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir görüş için bkz. **KARAASLAN**, s. 496, 497.

katmaya başlayacak olursa, eser ve eser sahibinden bahsedebileceğinden, eser sahibi sıfatıyla, dava açılması gündeme geldiğinde görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır.

NFT'nin bir eseri işaret etmesi durumundaysa, konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu halde, NFT'nin işaret ettiği bir eserin varlığı söz konusu olduğundan FSEK kapsamında mali haklara ilişkin belli hukuki sonuçların doğmasını mümkündür. Burada öncelikle, NFT'nin işaret ettiği eserin, NFT oluşturma işlemini gerçekleştiren kişi tarafından mı meydana getirildiğine bağlı olarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer aynı kişi tarafından NFT'leştirme işlemi ile esere linkleme işlemi gerçekleştirilmişse, bu halde, doktrindeki hangi görüşün kabul edileceğine bağlı olarak görevli mahkeme belirlenecektir. Bu konuda NFT eserdir görüşü kabul edilecek olursa, eser sahibinin sahip olduğu mali haklardan kaynaklanan korumadan yararlanması mümkün olur. Doktrindeki diğer görüş olan, bu durum NFT'nin eser olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmamakla birlikte, NFT'nin ihtiva ettiği eser bağlamından kişi, eser sahibi olarak nitelendirilebilecek ve kişi NFT oluşturma işlemi sebebiyle değil, onun ihtiva ettiği eser sebebiyle eser sahibi sıfatı sebebiyle FSEK'in kendisine sunduğu mali haklarla alakalı korumadan yararlanabilecek ve görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır.

NFT'nin işaret ettiği eseri oluşturan kişi ile NFT sahibi aynı kişi değilse, farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda ilk olarak yapılan işlemin işleme hakkı ve işlenme eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakmak uygun olur. NFT oluşturulması için asıl eserin konu olduğu madencilik işleminin gerçekleştirilmesi tamamen madencilik işlemi gerçekleştiren kişinin bir takım teknik işlemler yapmasından ibaret olduğu dikkate alındığında, madencilik işlemini gerçekleştiren kişinin NFT'nin temelindeki içeriğe hususiyet kattığından da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla bu halde, bir eserin NFT'leştirilmesi yalnızca eserin formatındaki bir değişim olarak nitelendirileceğinden işleme hakkının ihlali gündeme gelmeyecek ve görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenecektir.

NFT'ler bakımından çoğaltma hakkı değerlendirilirken yine madencilik işleminden hareket edilmektedir. Zira, madencilik işleminin

gerçekleştirilmesiyle, NFT'nin temelindeki eser ile NFT'deki kodun eşleştirilmekte, bunun için de eserin kopyasının platformların ara yüzlerine yüklenmesi gerekmektedir. Bu halde, hem zincir-içi hem zincir-dışı NFT'ler de bu yükleme işlemi açıkça eserin çoğaltılmasını gerektirmektedir. Zincir-içi NFT'ler bakımından çoğaltma eyleminin gerçekleştirildiği ve eser sahibinin izni alınmadan zincir-içi NFT üretiminin çoğaltma hakkının ihlalini oluşturmasının bir gereği olarak, bu halde ortaya çıkan uyuşmazlıkta fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olacağı kabul edilmelidir. Zincir-dışı NFT'lerde ise, eser sadece link vermek suretiyle gösterildiğinden eser, linkin yönlendirdiği sayfaya NFT oluşturucusu tarafından eser sahibinin izni olmadan yüklenmişse çoğaltma hakkının ihlali gündeme gelecek ve görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır. Ancak eserin yönlendirdiği linkte yer alan eser NFT oluşturucusu tarafından bu sayfaya yüklenmemişse, bu durumda çoğaltma hakkının mı yoksa, umuma iletim hakkının mı ihlal edildiğine bakmak suretiyle bir sonuca varmak gerekmektedir. Bu noktada da ister çoğaltma hakkı ister umuma iletim hakkı ihlal edilmiştir kabul edilsin, her iki durumda da görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır.

NFT'leştirilmiş eserlerin "*yayma hakkı*"nın ihlali sonucunu doğurmayacağı bu halde, "*umuma iletim*" hakkının ihlalinin gündeme geleceği ve buna ilişkin herhangi bir uyuşmazlıkta fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olacağı sonucuna varılmaktadır.

NFT'leştirilmiş eserin umuma iletim hakkını ihlali bakımındansa, "*umumun*" varlığı zorunlu olduğundan, burada yine zincir-içi ve zincir-dışı NFT'ler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zincir-içi NFT'lerde, eser, NFT üst verisinde blokzincir üzerinde internette hazır bulundurulduğundan, eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Zincir-dışı NFT'lerdeyse, NFT'nin eserle olan bağlantısı somut olarak link aracılığıyla gösterilmekle birlikte, üçüncü kişiler tarafından bunun görüntülenebilmesi bir takım teknik bilgileri gerektirdiğinden zincir-dışı NFT'lerde "*umum*" şartının sağlanmasının zor olabileceği kabul edilmektedir. Bu halde somut olayın özellikleri çerçevesinde yapılacak değerlendirme sonucunda görevli mahkeme belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ**, Ahunur: İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi, İstanbul 2021.
- AÇIKGÖZ**, Ahunur: "Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi," Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 25, S. 4, 2021, s. 217-270 (Link Verme).
- AKÇAAL**, Mehmet: "NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi", TBBD S. 159, 2022, s. 363-396.
- AKKAN**, Mine/**KAMACI**, Ekin Cansu: "Medenî Usûl Hukuku Açısından NFT'lerin Delil Olarak Değerlendirilmesi", İnHFD c. 14, S. 2, 2023, s. 456-468.
- ALTINOK**, Arda: "Gayri Misli Kripto Varlıklara (NFT- Non- Fungible Tokens) İlişkin Telif Hakkı Sorunları", TBBD S. 161, 2022, s. 253-275.
- ARAALAN**, Cemal: "NFT'lerin Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (Legal Blog, 25 Nisan 2022), NFT'lerin Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi – LEGAL BLOG (Erişim Tarihi: 20.03.2024)
- ARIKAN**, Özgür: "Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT'ler", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 8, S.2, 2022, s. 323-336.
- ARSLAN**, Kerim: Bilişim ve Yazılım Teknolojilerinin Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Açısından Türkiye ve Uluslararası Alandaki Görünümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023.
- ASLAN**, Çetin: Medeni Usul Hukukunda Görev, Ankara 2022.
- ASLAN**, Ümmühan/**AYANOĞLU**, Yıldız/**ÖZCAN**, Enes: Kripto Varlıkların Muhasebeleştirilmesi ve Raporlanması, Blockchain Teknolojisi ve Kripto Varlıklar Eko Sistemi, Ed. Nalan Akdoğan ve Ümmühan Aslan, Ankara 2022.

- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2023.
- ATEŞ**, Mustafa: “Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması: FSEK Madde 19 Üzerine Bir Tedkik”, İHM C. 78, S. 3, 2020, s. 1279-1322.
- BECK**, Roman: “Beyond Bitcoin: The Rise of Blockchain World”, Computer C. 51, S. 2, 2018, s. 54-58.
- BİLGİLİ**, Fatih/**CENGİL**, Fatih: Blockchain ve Kripto Para Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2022.
- BUDAK**, Ali Cem/**KARAASLAN**, Varol: Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2023.
- CİĞER**, Ayşegül: Kripto Varlıklar İle İlgili Uluslararası ve Ulusal Yaklaşımlar, 1. Baskı, Ankara 2021
- ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar: Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar: “Medeni Hukuk Açısından Kripto Varlıklar”, *Kripto Varlıklara Düzenleme Arayışı Çalıştayı (8-9 Temmuz 2021)*, Ankara 2022, s. 189-202 (Kripto Varlıklar).
- ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar/**ÖZKAN ÜNER**, Zehra: “NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities,” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* C. 16, S. 10, 2021, s.1115-1126.
- ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar/**ÖZKAN ÜNER**, Zehra: NFT- Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Kültür Bakanlığı, Ankara 2023 (Değerlendirme).
- ÇEKİN**, Mesut Serdar: “Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2022, s. 187-216.
- DOĞANCI**, Doğa Ekrem: Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, İstanbul 2021.
- ERSOY PINAR**, Deniz Merve: NFT’lerin Metaverse’teki Yeri ve Fikri Mülkiyet,” *Yapay Zeka Çağında Hukuk, Yapay Zeka Çalışma Grubu*,

Ara Rapor 2022, İstanbul 2022, s. 79-104, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf> (Erişim Tarihi: 13.03.2024).

ERŞİN, Ali: *Metaverse Dünyasında Fikri Hakların Korunması*, Ankara 2023.

FİLORİNALI, Kardelen: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT'ler*, Ankara 2023.

GUADAMUZ, Andres: "The treachery of images: non-fungible tokens and copyright", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* C. 16, S. 12, 2021, s. 1367-1385.

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: *Hukukçular için Blokzincir Teknolojisinin Teknik İşleyişi: Bitcoin Örneği*, İstanbul 2021.

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", *Regesta* C. 4, S. 3, 2019 383-408 (Kripto Varlıklar).

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: "NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi" (Namaser, 25 Mart 2022) NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi - Koç Üniversitesi (ku.edu.tr) (Erişim Tarihi: 06.02.2024).

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi/**YÜKSEL**, Sinan H.: *Kripto Varlıkların İlk Arzı (ICO) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul 2020, s. 181-253.

GÜNEŞ, İlhami: *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2015.

KARAASLAN, Pelin: "NFT'leştirilmiş Fotoğraflar Dahil İnternet Ortamındaki Fotoğraf Eserlerinin Kullanılması", *ERÜHFD* C. 18, S. 2, 2023, s. 465-510.

KARAKAYA, Ali: *Blok Zincir Teknolojisi Hakkında Genel Bilgiler ve Çeşitli Uygulama Alanları, Blokzinciri, Kripto Paralar ve Akıllı Sözleşmelerde Güncel Gelişmeler*, Ed. Serhat Eskiörük/Ömer Tuğsal Doruk, Ankara 2021.

- KARASIOĞLU GÜRBÜZ**, A. Gökçen: “Eser Sahibinin Dijital Mührü: NFT Sanat Eserleri”, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ed. Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammet Emre Avşar, Ankara 2021, s. 613-627.
- KAYNAK BALTA**, Büşra: “Blockchain Teknolojisi İle Geliştirilen Kripto Paralar Ve Telif Hakları,” FMR C. 23, S. 1, Ocak 2021, s.143-160.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, Ankara 2020.
- KURU**, Baki/**AYDIN**, Burak: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, Ankara 2023.
- KÜÇÜKALİ**, Canan: Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT’ler, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ed. Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammet Emre Avşar, Ankara 2021, s. 597-619.
- MIK**, Eliza: “Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity”, Law, Innovation and Technology, S. 2, August 2017, s. 269-300.
- OBA**, Naomi: “How to find your NFT’s metadata”, 2022, <https://medium.com/coinmonks/how-to-find-your-nfts-metadata-c2d058626fb8> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- ÖZ**, Nur Şura: Blokzinciri Teknolojisinin, Akıllı Sözleşmeler ve Kripto Paraların Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZDEMİR**, Semih Sırrı: “Sanat Eserinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladığı Fikri Hakların Değerlendirilmesi”, BATİDER C. 37, S. 3, 2021, s. 45-91.
- ÖZEKES**, Muhammet: “Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Özelinde Görev Sorunlarına İlişkin Değerlendirmeler”, Fikri

Mülkiyet Hukuku Yılığ 2021, C. 11, Ed. Tekin Memiş, Ankara 2022, s. 131-173.

ÖZKAN ÜNER, Zehra: Non-Fungible Tokens (NFT)'lerin Telif Haklarına Yansıması, Fikri Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanları Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, Ankara 2023, s. 223-256.

ÖZKAN, Aytül/**ÖZKAN**, Ahmet Fatih: "Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu", Hacettepe HFD C. 6, S. 1, 2016, s. 103-134.

PEKCANITEZ, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11. Baskı, İstanbul 2023.

PETERS, Gareth W./**PANAYI**, Efstathios/**CHAPELLE**, Ariane: "Trends in Crypto-Currencies and Blockchain Technologies: A Monetary Theory and Regulation Perspective", SSRN Electronic Journal, August 2015, s. 1-25.

REYNA, Ana/**MARTİN**, Cristian/**CHEN**, Jaime/**SOLER**, Enrique/**DÍAZ**, Manuel: "On blockchain and its integration with IoT Challenges and opportunities," Future Generation Computer Systems, C. 3, S. 88, 2018, s. 173-190.

SARI, Onur: NFT'ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2024.

SEZGİN, Gökmen: Takibin ve Haczin Konusu Bakımından Kripto Paralar, Ankara 2023.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2013.

SULUK, Cahit/**KARASU**, Rauf/**NAL**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023.

ŞAHAN, Havva Gül: Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler (Uzmanlık Mahkemeleri), Ankara 2012.

ŞENER, Melda: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yönünden NFT'lerin Konumu ve NFT Satışı, İstanbul 2024.

- ŞENKARDEŞLER**, Çağla Gül: “Blokzincir Teknolojisi ve NFT’ler: Müzik Endüstrisi Üzerine Bir İnceleme”, *Journal of Management and Logistics*, C. 8, S. 3, 2021, s. 154-163.
- TANRIVER**, Süha: *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 5. Baskı, Ankara 2023.
- TANRIVERDİ**, Mustafa/**UYSAL**, Mevlüt/**ÜSTÜNDAĞ**, M. Tahsin: “Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Alanyazın İncelemesi”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi* C. 12, S. 3, 2019, s. 203-217.
- TEKELİOĞLU**, Numan: “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, *SÜHFD* C. 30, S. 3, 2022, s. 1301-1329.
- TEKİNALP**, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- TEVETOĞLU**, Mete: *Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı*, İstanbul 2021.

Karar İncelemeleri
Reviews of Judgment

İSTENMEYEN DOĞUM VE İSTENMEYEN YAŞAM DAVALARINDA HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME:

22.03.2022 TARİHLİ YARGITAY HGK KARAR İNCELEMESİ

Dr. iur. Cannur ERCAN, LL.M (Saarland)*

Öz

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin meseleler yargı kararlarına sıkça konu olmaktadır. Gebelik sırasında test ve takiplerin yapılması için başvuru alan hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali, genetik engelli doğumlarla sonuçlanabilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekime karşı annenin (ebeveynin) açabileceği davalar istenmeyen doğum (*wrongful birth*) olarak adlandırılırken genetik engelli bebeğin açabileceği davalar istenmeyen yaşam (*wrongful life*) davalarıdır. Söz konusu davalara ilişkin kararlarda, inceleme konumuz olan genetik engelli doğumlar bakımından aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hekimin tazminat sorumluluğuna dayanak oluşturabilecek hukuki gerekçeler, ebeveyn ve çocuğun talepleri bakımından farklılaşmaktadır. Genetik engelli bebeğin tazminat talepleri doktrinde tartışmalı olmakla beraber her iki talebin de yasal dayanağı birbirinden ayrılarak değerlendirilmelidir. Oysa bu farklılık, kararlarda çoğu zaman muğlak kalmaktadır. İnceleme konumuzun

* Dr. Öğr. Üyesi. Süleyman Demirel Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye | Asst. Prof., Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Isparta, Türkiye.

✉cannurcatakli@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0002-1870-0510.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ERCAN, Cannur: "İstenmeyen Doğum ve İstenmeyen Yaşam Davalarında Hekimin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Bir Değerlendirme: 22.03.2022 Tarihli Yargıtay HGK Karar İncelemesi", *SÜHFD*, C. 32, S. 2, 2024, s. 1201-1230.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

odak noktası 22.03.2022 tarih ve E. 2020/592 – K. 2022/356 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıdır. Kararda hekimin, prenatal tanı testleri hakkında gebe kadını bilgilendirdiğini ispat edip edemediği meselesine odaklanılmıştır. Somut uyuşmazlık bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğüne dair ispat meselesinin de önem taşıdığı şüphesizdir. Fakat çalışmamızda davacılar tarafından ileri sürülen bazı talepler bakımından aslında ispat meselesinin ele alınmasının çok daha öncesinde bunların yasal dayanaktan yoksun bulunduğuna dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Genetik Engelli Doğum • Hekimin Hukuki Sorumluluğu • Aydınlatma Yükümlülüğü • Maddi – Manevi Tazminat Talepleri • İspat Meselesi

AN EVALUATION ON THE LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PHYSICIAN IN WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE CLAIMS:

22.03.2022 DATED DECISION REVIEW OF THE COURT OF CASSATION

Abstract

Issues regarding the physician's obligation of disclosure are frequently the subject of judicial decisions. Violation of the obligation of disclosure by physicians who are applied for tests and follow-ups during pregnancy may result in births with genetic disabilities. The lawsuits that the mother (parent) can file against the physician who violated the obligation to inform are called wrongful birth, while the lawsuits that the genetically disabled baby can file are called wrongful life lawsuits.

In the decisions regarding the aforementioned cases, the legal grounds that may form the basis for the physician's liability for compensation due to the breach of the obligation of disclosure in terms of genetically disabled births, which are the subject of our examination, differ in terms of the claims of the parent and the child. Although the compensation claims of genetically disabled infants are controversial in the doctrine, the legal basis of both claims should be evaluated separately from each other. However, this difference often remains ambiguous in the decisions. The focal point of our study is the decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation dated 22.03.2022 and numbered E. 2020/592 – K. 2022/356. The decision focuses on the issue of whether the physician can prove that he informed the pregnant woman about prenatal diagnostic tests. There is no doubt that the issue of proof regarding the physician's obligation to inform is also important in terms of the concrete dispute. However, our study aims to draw attention to the fact that some of the claims put

forward by the plaintiffs lack legal basis long before the issue of proof is addressed.

Keywords

• Genetically Disabled Birth • Legal Liability of the Physician • The Obligation to Inform • Material and Moral Compensation Claims • Issue of Proof

GİRİŞ

Prenatal tanı yöntemleri günümüzde sıkça başvuru alan, fetüsün sağlık durumu hakkında bilgi edinmeye yarayan ve neredeyse rutin halini almış erken tanı testleridir. Söz konusu testler ikili/üçlü tarama testleri, amniyosentez, fetal DNA testi ve CVS (korionik villus örnekleme) olarak ifade edilebilecektir¹. Bunlardan ikili ve üçlü tarama testleri neredeyse rutin halini almış olmakla beraber testlerin her biri her gebe için uygun ve gerekli değildir. Gebe kadın özelinde konuya ilişkin tespit ve aydınlatma, bu alanda uzman hekim tarafından yapılmalıdır. Gebenin yaşı, sağlık durumu, ailedeki kalıtsal rahatsızlıklar ile kızamıkçık gibi gebenin geçirdiği bazı rahatsızlıklar amniyosentez, fetal DNA testi gibi daha kesin sonuçlar elde etmeye yarayan, dolayısıyla daha kapsamlı prenatal tanı testlerini elzem kılabilmektedir. Testlerin her biri, gebeliğin belirli haftalarında yapılabilir. Bu nedenle gebelik takibini yapan hekim, gebe kadını vaktinde gebeliğin seyri ve prenatal tanı testleri, bunlardan hangisinin yapılması gerektiği, işlemin içeriği, varsa taşıdığı riskler, işlem öncesi ve sonrasında dikkat edilmesi gerekenler hakkında aydınlatmalıdır. Gebe kadın prenatal tanı testlerini yaptırap yaptırmamakta tamamen özgür olup testleri reddedecekse de bunun sonuçlarını bilecek kapsamda aydınlatıldıktan sonra özgür iradesi ile red kararına varmış olmalıdır. Bir başka deyişle hekim, gebe kadın adına karar veremez. Belirli bir yönde karar vermeyi sağlamaya yönelik beyanlarla gebe kadını tesiri altında bırakamaz. Gebe kadın, konu hakkında gereğince, bir başka deyişle gereken içerik ve kapsamda, doğru zamanda aydınlatılmamış ise prenatal tanı testleri hakkında vereceği karar ne olursa olsun aydınlatılmış rızasından bahsedilemeyecektir. Gebenin (daha genel ifadeyle hastanın)

¹ BÜYÜKAY Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006, s. 35 vd.; <https://www.memorial.com.tr/tani-ve-testler/prenatal-tarama-ve-tani-testleri-nedir#prenatal-tarama-testleri-nelerdir>.

aydınlatılmış rızasının bulunmaması herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmuşsa müdahalenin hukuka aykırılığı nedeniyle hekimin hukuki sorumluluğuna neden olur. Öte yandan gebe gereğince aydınlatılmadığından prenatal tanı test imkanları kaçırılmış ve hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmamışsa bu defa hekim, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinden sorumluluğuna başvurulabilecektir. Bu olasılıkta gebe kadın, yasal çerçevede gebeliğin sonlandırılması imkanını (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 5) kaçırmış ise kişilik hakkı kapsamında korunan aile planlaması hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca fetüsün engeli her ne kadar genetik sebeplerle de olsa engel, prenatal safhada vaktinde fark edilse idi tedavi imkanları var fakat hekim ihlali nedeniyle kaçırıldı ise hekim bu nedenle de sorumlu tutulabilecektir². Hekimin hukuki sorumluluğunun dayanakları sözleşme, haksız fiil ve vekaletsiz iş görmedir³. İnceleme konumuz bakımından fetüs hakkında erken tanı testlerine ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak söz konusu yükümlülüğün ihlali nedeniyle doğacak hukuki sorumluluk meselesi önem taşımaktadır. Burada hekim ile gebe kadın arasındaki hukuki ilişki çoğunlukla bir tedavi sözleşmesi olacaktır⁴.

Hemen ifade etmek gerekir ki çalışmanın konusu başlı başına hekimin aydınlatma yükümlülüğü ya da hukuki sorumluluğunun incelenmesi değildir. Çalışmanın konusu hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edip edemediği meselesinin hükme bağlandığı

² Görüş için bkz. **AYDIN ÜNVER Tülay**, *Ceninin Hukuki Konumu*, İstanbul 2011, s. 111 vd.; **ERCAN Cannur**, *Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life, Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch*, Band 9 Saarbrücken 2017, s. 118 – 119.

³ **YAVUZ İPEKYÜZ Filiz**, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 33, 2015, (19 – 61) s. 27 vd. **ŞENOCAK Zarife**, *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*, Ankara 2009, s. 42 vd. **ZEYTİN Zafer**, “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu” *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, 2007, s. 101 vd.

⁴ Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bilgi için bkz. **DEUTSCH Erwin /SPICKHOF Andreas**, *Medizinrecht*, 6. Aufl. Springer Verlag, 2008, s. 74; **GÜMÜŞ Mustafa Alper**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2020, s. 439 vd. Vekalet sözleşmesi kapsamında hekimin özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN Haluk**, *Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 4. tıpkı bası, İstanbul 2008, s. 415 vd.; **ZEYTİN**, s. 101 – 102.

Yargıtay HGK 22.03.2022 tarih ve E. 2020/592 ve K. 2022/356 sayılı kararının değerlendirilmesidir. Bu kapsamda hekimin hukuki sorumluluğunun somut olayda aslında gündeme gelip gelmeyeceği meselesi ile kimin/kimlerin hangi gerekçe ile hekimden tazminat talebinde bulunabileceği meselelerinin yine somut olay özelinde gereken kapsamda ele alınması hedeflenmektedir.

İnceleme konumuz kapsamında hekimin hukuki sorumluluğu, yukarıda da değindiğimiz üzere öncelikle talep eden taraf bakımından anne – babanın talepleri ile genetik engelli bebeğin talepleri ayrımıyla ele alınmalıdır. Bunun nedeni her iki tarafın taleplerinin hukuki gerekçelerinin birbirinden farklı olmasıdır. Bebeğin taleplerini değerlendirirken ikinci aşamada prenatal tanıda genetik engelliliğin fark edilse idi tedavisinin mümkün olup olmadığı ayrımlarıyla mesele ele alınmalıdır. Bu perspektiften, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesi genetik engelli ve zaten tedavi imkânı bulunmayan ya da bebek doğduktan sonra engel anlaşılacakla beraber tedavi imkanlarının (tedaviden beklenen yarar azalmadan) kaçırılmamış olması hallerinde tartışılmaya değer bir önem arz etmemektedir. Hekim hukuken sorumlu tutulamayacaktır.

I. ANNENİN TAZMİNAT TALEPLERİ BAKIMINDAN

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü özel bir mesleki yükümlülük olarak kabul edilmektedir ve dayanağını anayasal ve etik ilkelerde bulmaktadır⁵.

Özel hukuk bakımından bu sorumluluğun dayanağı, öncelikle gebe kadın ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığı ayrımlarıyla değerlendirilmelidir. Bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde, unsurlarının varlığı halinde hekimin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilecektir (BK m. 49 vd.). Burada da tıbbi müdahalenin annenin sağlığının korunması ya da ciddi sağlık sorunları doğurabilecek bir riskin bertaraf edilmesi için müdahalenin kaçınılmaz olduğu hallerde BK m. 63/II uyarınca “daha üstün nitelikte özel yararın” varlığı, hukuka uygun sebebi olarak hukuki hekimin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

⁵ Hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsun/bulunmasın hekimin, aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEUTSCH/SPICKHOF**, s. 165, nr. 247; **OZANOĞLU** Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 58 vd., özellikle s. 60 vd. BGE 117 Ib 197, s. 200; BGE 115 Ib 180/181; BGE 112 II 128; BGE 108 II 61 vd. E. 2, 3.

Ancak elbette ki gerçekleştirilen müdahalede hekim mesleğinin gereklerini, tıbbi standartlar çerçevesinde ve özenle yerine getirmiş olmalıdır⁶.

İnceleme konumuz bakımından da ele alınması gerektiği üzere, hekimin özel hukuk sorumluluğunun bir diğer hukuki dayanağı, sözleşmeden doğan sorumluluktur (BK m. 112 vd.; BK m. 502 vd.). Bunun için anne adayını ve hekim, gebeliğin rutin kontrolleri ile takibinin yapılması ya da doğrudan somut bir prenatal tanı testinin gerçekleştirilmesi hususunda anlaşmış olmalıdırlar. Sözleşmelerin geçerlik unsurlarına ilişkin genel bilgilere bu çalışma kapsamında yer verilmeyecektir⁷. Ancak ele alınacak karar incelemesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bununla bağlantılı olarak anne adayının tazminat taleplerinin gerekçesini oluşturması bakımından önem arz eden husus, hekim ile arasındaki sözleşmenin niteliğidir. Tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin türüne göre belirlenecektir. Hukukumuzda “tedavi sözleşmesi” yasada düzenlenen sözleşme tiplerinden biri değildir. Doktrindeki genel kabul, bizim de katıldığımız görüş uyarınca bu tür sözleşmelerin “vekalet sözleşmesi” olduğu yönündedir (BK m. 502 vd.). BK m. 502/I uyarınca “*Vekalet sözleşmesi vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. İkinci fıkrada vekaletle ilişkin hükümlerin “*niteliklerine uygun düşükleri ölçüde*” Borçlar Kanunu’nda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı kaleme alınmıştır. (BK m. 502/II).

Tedavi sözleşmesi uyarınca hekim, mesleğinin icrasında uzmanlık alanına ve mesleki kurallara uygun bir tedavi borcu üstlenmektedir.⁸ Söz konusu tedavi, içerik olarak teşhis, aydınlatma ve hastanın durumuna uygun tıbbi tavsiyelerde bulunmayı içermekte; tedavisi mümkün olmayan hastalıklar bakımından duruma ilişkin bilgilendirme ile ihtiyaç varsa destekleyici bakımlar gündeme gelmektedir. Hekimin, tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğunun unsurları, öncelikle gebe ve hekim arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, hekimin kusuru, zararın meydana gelmesi ve sözleşmenin ihlali ile zarar arasında

⁶ Tıbbi standartlar kavramı hakkında bkz. ŞENOCAK, s. 92 – 93. RIEDEL Ulrike, Vortrag: Kind als Schaden. Arzhaftung im Kontext der pränatalen Diagnostik, Salzburg 2006, s. 3 ff.

⁷ Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu hakkında bkz. ŞENOCAK, s. 91 vd.

⁸ “Tıp mesleği kurallarının (*Regel der ärztlichen Kunst*)” gereği, tıbbi araştırmaların güncel durumuna göre belirlenmektedir. (Alman hukukunda bu kriter hakkında bkz. RIEDEL, s. 3.

uygun illiyet bağının bulunmasıdır⁹. Sözleşmeden doğan yükümlülüğün “hiç ifa edilmemesi” gibi “gereği gibi” ifa edilmemesi de hekimin sorumluluğuna neden olacaktır (BK m. 112 vd.). Tedavi sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, hekimin, bu sözleşme ile tedavi ya da iyileşme başarısını; bir başka deyişle bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmemesine, dahası garanti edemeyecek olmasına dayanmaktadır. Öyle ki hekim, tıbbi standartlar çerçevesinde elinden gelenin en iyisini yapmış olsa dahi hastadan kaynaklanan ve hekimin tesir etmesinin mümkün olmadığı biyolojik nedenler, iyileşmeye engel teşkil edebilir. Öyleyse bu sözleşme kapsamında hekimin üstlendiği borçlar, işin görülmesine, bir başka deyişle sürece ilişkindir; sonuca değil. Kuralın istisnası, hekim tarafından sonucun garanti edildiği hallerdir. Bu durumda sözleşme, vekalet sözleşmesi olarak değil; eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Eser sözleşmesinde, vekalet sözleşmesinin aksine “... yüklenici (tedavi sözleşmesinde “hekim”), bir eser meydana getirmeyi...” üstlenmektedir (BK m. 470). Vekalet sözleşmesinin aksine eser sözleşmesinde bir “eser”, bir başka deyişle “sonuç” garanti edilmekte; buradaki anlamıyla sonuç üstlenilmektedir¹⁰. Bu nedenle diş protezi, estetik cerrahi operasyonlar, sterilizasyon amacıyla gerçekleştirilen ameliyatlara ile kan ya da idrar testlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan sözleşmeler, hâkim görüş uyarınca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedirler¹¹.

İnceleme konumuza dönecek olursak genetik engelliliğin prenatal safhada hekim tarafından tespit edilememiş; dahası yapılması gerekli testlere gebenin yönlendirilmemiş olması hekimin, sözleşmenin tarafı gebe kadına karşı tedavi (vekalet) sözleşmesinden doğan özen borcunun ihlali gerekçesiyle hukuki sorumluluğuna başvurulabilmesine neden olacaktır¹². Burada sözleşmeden doğan sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yukarıda değindiğimiz unsurlardan birinin üzerinde ayrıca durmak gerekir. Bu unsur, zarar unsurudur. İstenmeyen doğum (*wrongful birth*) davalarında annenin, genetik engelli bebek sahibi olduğu; hekim üzerine

⁹ BÜYÜKAY, s. 49 vd. Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel bilgi için bkz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara 2021, s. 1051 vd.

¹⁰ Vekalet ve eser sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2020, s. 330 vd. ve s. 428 vd.; TANDOĞAN, s. 1 vd. ve s. 354 vd.

¹¹ DEUTSCH/SPICKHOF, Medizinrecht, s. 74; GÜMÜŞ, s. 349 – 440; YAVUZ İPEK-YÜZ Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 61 vd.

¹² Hekimin özen borcu hakkında ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 415 vd.

düşen aydınlatma görevini gereği gibi yerine getirirse idi engelli bebek sahibi olunmayacağı ileri sürümü, bu halin bir “zarar” oluşturması ile desteklenebilecekse hekimin özel hukuk sorumluluğuna; burada ele alınan olasılıkla, sözleşmeden doğan sorumluluğuna başvurulabilecektir¹³. Aşağıda davacı olarak karşılaşılabilecek anne, baba ve genetik engelli bebeğin talepleri bakımından zarar unsuru ve kapsamına dair değerlendirmelere de inceleme konumuz bakımından gereken kapsamda yer verilecektir.

II. BABANIN TAZMİNAT TALEPLERİ BAKIMINDAN

Genetik engelli bebeğin babasının olası tazminat taleplerinin yasal dayanağı, sözleşmelerdeki nisbilik ilkesi (*Relativität der Schuldverhältnisse*) uyarınca anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi değildir. Baba, kendi adına yönelteceği tazminat taleplerini ancak söz konusu sözleşme “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” olarak nitelendirilebilecekse üçüncü kişi olarak buna dayandırabilecektir¹⁴. Bu doğrultuda Türk hukukunda babanın olası tazminat talepleri, sosyo-kültürel olarak da çocuğun bakım, tedavi, nafaka masraflarında ilk aşamada yükümlü olarak babanın görülmesi gerekçesiyle de desteklenmektedir¹⁵. Öyleyse tedavi sözleşmesi, baba açısından üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilmelidir¹⁶.

Babanın tazminat talepleri ayrıca BK m. 49 vd. uyarınca haksız fiil hükümlerince de gerekçelendirilebilecektir. Buna göre ihlal edilen hak, bir başka deyişle haksız fiilin unsurlarından “hukuka aykırı fiil” unsuru genel anlamda kişilik hakkı içerisinde korunan değerlerden biri olarak kabul gören, kişinin “aile planlaması hakkının” ihlalidir¹⁷. Böylece babanın tazminat talepleri de anneninkine paralel seyretmektedir¹⁸.

¹³ Daha 1924 yılında Alman Kralliyet mahkemesi, ebeveynin nafaka yükümlülüğünün bulunmasını bir zarar unsuru olarak değerlendirmiştir. Bkz. RG Urteil vom 22.02.1924 – III 259/23 – RGZ 108, 86.

¹⁴ **BÜYÜKAY**, s. 112 vd.

¹⁵ Bkz. **BÜYÜKAY**, s. 112 vd. **WENZEL** Frank (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2013, s. 285.

¹⁶ **BÜYÜKAY**, s. 112 vd.; **ERCAN**, s. 138; **WEBER** Dieter, Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, Berlin Heidelberg 1988, s. 48 – 49.

¹⁷ Görüş için bkz. **WEBER**, s. 49. Aile planlaması hakkının genel anlamda kişilik hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **ŞENOCAK**, s. 108 vd.; aile planlaması dolayısıyla kişilik hakkı ihlalinde ana-babanın manevi tazminat talepleri için ayrıca bkz. **ŞENOCAK**, s. 154.

¹⁸ Bkz. **WEBER**, s. 49.

III. GENETİK ENGELLİ ÇOCUĞUN VARLIĞININ TAZMİNATA ESAS OLUŞTURAN ZARAR KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

Genetik engelli doğumlarda anne ve baba cephesinden olası tazminat talepleri hukuken gerekçelendirildikten sonra akla gelen ilk soru şudur: Genetik engelli bir çocuğun varlığı “zarar” mıdır?¹⁹ “Zarar” unsuru ve kapsamı nasıl belirlenmelidir? Bu soruların yanıtı doktrinde epey tartışmalara neden olmuştur²⁰.

Doğuştan genetik engelli çocuğun ebeveyninin hangi hallerde ve hangi gerekçelerle tazminat talep edebileceği meselesine değindikten sonra burada kısaca “zarar” kavramına ilişkin görüş farklılıklarına değinmekte fayda görüyoruz. Somut uyuşmazlık bakımından gerekli bilgilere aşağıda karar incelemesi yapılırken yer verilecektir.

İlk olarak, genetik engelli çocuğun kendisinin mi yoksa onun varlığı nedeniyle karşılaşılan masrafların mı zarar kalemini oluşturduğu tartışmasına değinilmelidir. Konuya ilişkin ilk görüş uyarınca genetik engelli bir çocuğun varlığının “zarar” olarak nitelendirilmesi, çocuğun var oluşuna ilişkin bir sorgulamaya götüreceğinden bu yönde bir değerlendirme anayasal haklardan yaşam hakkına aykırıdır. Görüşün gerekçesi uyarınca yaşam hakkı, engelli yaşamları da kapsamaktadır²¹. Zihinsel ya da fiziksel engelin bulunması; hatta kişinin kendi bilincinde olmaması dahi yaşam hakkının varlığının önünde engel teşkil etmez²². Bir yaşamı diğerinden daha değersiz kılmaz.

Doktrinde hâkim görüş, istenmeyen doğum davalarında meselenin bir yaşamın, yaşamaya değer olup olmamasına ilişkin değil; engelli

¹⁹ Zarar kavramı hakkında bilgi için bkz. EREN, s. 599 vd.; OĞUZMAN M. Kemal /ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II Vedat Kitapçılık İstanbul 2023, s. 42 vd.; ŞENOCAK, s. 55 vd.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, s. 62 vd. Genetik engelli çocuğun varlığının zarar teşkil edip etmeyeceği meselesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. ŞENOCAK, s. 82 vd. Yazar, katıldığımız görüş uyarınca genetik engelli çocuğun bakım masraflarının zarar olarak nitelendirilmesinin, çocuğun varlığının da zarar olarak nitelendirilmesi sonucu doğurmayacağı; çocuğun doğumu olayının sadece ekonomik, bir başka deyişle ebeveynin malvarlığına etkisinin dikkate alındığı gerekçesiyle insan onuru ile gelişen bir değerlendirme içermediği sonucuna ulaşmaktadır. ŞENOCAK, s. 86 vd.

²¹ DEBO Arno, Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, München 1986, s. 62.

²² REINHART, s. 203.

çocuğun varlığı nedeniyle ebeveynin yanı sıra üstlenmek zorunda kaldığı fazlaca bakım, tedavi gibi giderleri dolayısıyla yapacağı masraflara ilişkin olduğu gerekçesiyle aksi yöndedir²³. Kanaatimizce de burada zarar, genetik engelli çocuğun varlığı olarak görülmemeli; dolayısıyla bu tür tazminat talepleri temel haklardan yaşam hakkına aykırı değerlendirilmemelidir. Çocuğun kendisi değil; ona yapılması gereken masraflar zarar kalemini oluşturmaktadır.

Genetik engelli çocuğun varlığı halinde tazminat talep edilebileceği kabul edildikten sonra ikinci mesele, tazmini istenecek zararın kapsamına ilişkindir. İstenmeyen doğum dolayısıyla engelli bir çocuk sahibi olduğundan ebeveyne ödenmesi gereken tazminatın miktarına dair iki görüş bulunmaktadır. İlki uyarınca sadece engellilik dolayısıyla fazladan üstlenilmesi gereken nafaka giderine (*Unterhaltungsmehraufwand*) hükmedilmelidir²⁴. “Fazladan” üstlenilmesi gereken miktar, zararın tespitinde yararlanılan fark teorisi uyarınca sağlıklı doğmuş bir çocuğunkine kıyasen tespit edilebilecektir²⁵. Diğer görüş hekimin, annenin gebeliği sonlandırma (dolayısıyla kendi geleceğini belirleme) hakkını elinden alarak aslında hiç sahip olmak istemeyeceği genetik engelli bir çocuk sahibi olduğundan bütün nafaka, geçim, eğitim ve varsa tedavi masraflarının “tamamından” sorumlu tutulabileceği yönündedir²⁶. Bebeğin istenmesi ya da bilgi sahibi olunmasına rağmen gebeliğin sonlandırılması imkanının ihmal edilerek kaçırılması hallerinde tazminat talep edilemeyecektir²⁷. Kanaatimizce “fazladan” üstlenilmesi gereken zarar miktarı esas alınmalıdır.

IV. GENETİK ENGELLİ ÇOCUĞUN TAZMİNAT TALEPLERİ BAKIMINDAN

Tıpkı anneninki gibi, engellilik fark edilse idi gebeliğe son verilecekti, iddiası içeren talepler bu kapsamdadır²⁸. Bir başka deyişle istenmeyen yaşam davalarında genetik engelli çocuğun doktora karşı açtığı davada, davaya esas oluşturan iddiası “engelim fark edilse idi bu hayatı hiç

²³ CRAMER, s. 145; DEUTSCH Erwin, Neues Verfassungszivilrecht: Rechtswidriger Abtreibungsvertrag gültig – Unterhaltspflicht aber kein Schaden, in: NJW 1993, (2361 – 2363) 2362. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ERCAN, s. 120 vd.

²⁴ Görüş için bkz. WEBER, s. 44. Görüşler hakkında ayrıca bkz. BÜYÜKAY, s. 131 vd.

²⁵ ERCAN, s. 127 – 128; ŞENOCAK, s. 55 vd.

²⁶ WEBER, s. 44.

²⁷ Aynı yönde bkz. BGH Urteil vom 27.11.1984 – VI ZR 43/83 – NJW 1985, 671.

²⁸ WEBER, s. 48; WENZEL, s. 285.

yaşamıyor olacaktım” ileri sürümüdür. Dikkat çekilmelidir ki burada davacı, genetik engelli çocuktur. Çocuğun engelinin varlığının sebebi, doktorun hukuka aykırı bir davranışı ya da ihlali değildir. O zaten, genetik kodları nedeniyle engellidir ve aynı genetik kodları, onun sağlıklı bir yaşam sürebilmesinin önündeki tek engeldir. Yalnız bu değerlendirmeler, genetik engeli bulunan ve bu engel prenatal safhada fark edilse idi dahi tedavisi mümkün olmayan engellere ilişkindir. Bu halde doktor erken dönemde fark etse idi dahi bebek için engeli bakımından hiçbir şey değişmeyecek; aksine engelinin varlığını doktordan öğrenen ebeveyn, onun yaşamını sona erdirmek yönünde tercih hakkını kullanacak idi. İşte bu halde ebeveynin ileri sürümündeki “bilseydiler yaşamıma son verilecekti; neden engelimi fark etmedin?” yönündeki aynı gerekçeler, (annenin dayandığı yasal gerekçelerle) engelli doğan çocuğun kendi adına tazminat talepleri ileri sürebilmesine engeldir²⁹. Bunun nedeni, hekim genetik engeli fark etse idi anne gebeliğe son vereceğinden bebeğin yaşamının

²⁹ Kanaatimizce genetik engelli doğan çocuğun, hekimden, kendisinin engelinin erken safhada fark etmediği, fark etse ise idi halihazırdaki engelli hayatı yaşamıyor olacağı, bir başka deyişle hayatta bulunmayacağı gerekçesi ile tazminat talebinde bulunabilmesi yasal dayanaktan yoksundur. Hâkim görüş de bu yöndedir. Anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi de ebeveynin kendi adlarına tazminat taleplerine ilişkin olarak “engel fark edilse idi gebeliği sona erdirecektik” iddiasına dayandığından, genetik engelli çocuk bakımından hekimin ona karşı sorumlu tutulmasına yasal bir gerekçe değildir. Bunun nedeni, varlığı fark edilse idi yaşamına son verilecek bir bebeğin, bu içerikteki bir tedavi sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisine dahil olmayacağıdır. Deyim yerindeyse bu durumdaki bir fetüs bakımından tedavi sözleşmesinin üçüncü kişi olarak cenini “koruyucu” etkisi değil; adeta “yok edici” etkisi bulunmaktadır. Bu durumlarda genetik engelli bebeğin, hekimden bizzat tazminat talebi hakkı bulunmadığı yönünde bkz. BGHZ 86, 240 (“Röteln-Fall”); **ERCAN**, s. 115 vd., özellikle 118 – 119; **FAERBER** Georg, Wrongful Life, Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Lottbek 1988, s. 92 – 93; **REINHART** Andreas, Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy, Peter Lang Verlag 1999), s. 208 vd. Ayrıca karşı. **CRAMER** Stephan, Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin, Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991, s. 146. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **BÜYÜKAY**, s. 113, 115; **ŞENOCAK**, s. 155 vd., 158. Hangi hallerde genetik engelli çocuk bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyacağı hakkında bkz. **AYDIN ÜNVER**, s. 163 – 164. Genetik engelli çocuğun tazminat talebinde bulunamayacağı yönünde ayrıca bkz. BGH Urteil vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – NJW 1983, 1371, 1374. Meğerki hekim bebeğin engeline bizzat sebep olsun ya da bizzat sebep olmamakla beraber tedavi imkanları hekim kusuru nedeniyle kaçırılmış olsun. Bu son hallerde genetik engelli çocuğun, kendi engelinin fark etmeyerek tedavi imkanlarını ortadan kaldıran ya da azaltan hekimden tazminat isteme hakkı elbette bulunmaktadır.

sonlanacak olmasıdır. Bir başka açıdan, bu olasılıkta çocuk, engelli dahi olsa yaşamını, onun engelini fark etmeyen hekime borçludur ve engelli dahi olsa yaşam; her zaman hayatta bulunmamaya göre daha üstün bir değerdir. Yaşam hakkını düzenleyen AY m. 17 ile uyumlu bir çıkarımdır. Aksine genetik engeli olup da zaten tedavi imkânı hiç bulunmayan çocuğun hekimden tazminat talepleri haklı bulunsa; bu, AY m 17 ile çelişir şekilde kişinin “var olmama hakkının bulunması” anlamı taşıyacaktır. Oysa davacı çocuğun genetik kodları nedeniyle sağlıklı bir yaşama sahip olacak şekilde doğması zaten mümkün değildir. Onun için iki olasılık bulunmaktadır: Engelli bir yaşam sürmek ya da yaşamamak. İkincisi ve buna dayandırılan talepler, anayasal haklarla çelişki içerisindedir. Fakat engeli fark edilse idi daha prenatal safhada tedavisi mümkün bir engelli bulunan ve bu tedavi imkânı hekimin, onun engelini fark etmemesi nedeni ile kaçırılan ya da tedavi hala (doğum sonrası) mümkün olmakla beraber tedaviden beklenen faydası azalan çocuk için aynı çıkarım yapılamayacaktır³⁰. Bu son olasılıkta hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilmelidir.

Öyleyse genetik engelli olup da hiçbir şekilde tedavi imkânı bulunmayan çocuğun, engeli fark edilse idi, bir başka deyişle doktor tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirse idi çocuğun engelli bir yaşam sürmeyeceği (yaşamayacağı) yönündeki iddiası, sağlıklı yaşam sürmesi genetik kodları nedeniyle zaten mümkün olmadığından, var olmama hakkına (*Recht auf Nichtexistenz*) ilişkin tartışmaları gündeme getirecektir³¹. Anayasal haklardan yaşam hakkı ile de uyumlu olarak hâkim görüş, kişinin var olmama hakkının bulunmadığı yönündedir. Bu doğrultuda katıldığımız ve savunduğumuz görüş uyarınca kişinin var olmamasına dayandırdığı tazminat talepleri dinlenmemeli, kendi varlığını borçlu olduğu kimseden tazminat talep edememelidir³². Bu bakımdan genetik engelli olup da engelinin tedavisi hiçbir koşul altında

³⁰ Bkz. AYDIN ÜNVER, s. 111 vd.

³¹ “Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine ... Vernichtung durch andere. (İnsan, tabiatınca nasıl şekillendiyse onu kabullenmelidir. Yok edilme hakkı bulunmamaktadır)” BGH Urteil vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240, 250 ff.

³² Alman Hukukundaki hâkim görüş de bu yöndedir. Türk hukukunda aynı yönde bkz. BÜYÜKAY, s. 115.

mümkün olmayan çocuğun tazminat talepleri, hâkim görüş uyarınca yasal dayanaktan yoksundur³³.

Azınlıktaki bir görüş, yukarıda yaptığımız ayırmadan farklı olarak genetik engelinin tedavisi zaten hiç mümkün olmasa da engelli doğan çocuğun yine de onun engelini prenatal safhada fark etmeyen hekimin tazminat sorumluluğuna başvurabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşün ileri sürdüğü en önemli gerekçe, ebeveynin ölümü gibi durumlarda engelli çocuğun sosyal yardıma muhtaç kalacağıdır³⁴. Buna karşın hâkim görüş, sadece engelli çocukların değil; kader noktasında diğerlerinin de başına aynısının gelebileceği ve onların da ebeveynleri öldüğü için sosyal yardıma muhtaç kalabileceğini ileri sürmektedir. Hâkim görüş ayrıca öte yandan engelli bebeğin ebeveyn tarafından bile isteye kabul edildiği halde de tazminat hakkı düşeceğinden aynı sonucun olası bulunduğu dikkat çekmektedir³⁵. Genetik engelli ve engeli zamanında fark edilse idi dahi zaten hiç tedavi imkânı da bulunmayan çocuğun tazminat taleplerinin, tazminata ilişkin yasal dayanak olarak başvurulabilecek normların koruma amacıyla yer almadığına da ayrıca dikkat çekilmektedir³⁶.

Engelli çocuğun tazminat taleplerinde bir hususa ayrıca değinilmelidir. Anne adayının hekimle yaptığı sözleşme, genetik engelin doğru tespit edilmesi ve tedavi edilmesi yönünde bir içeriğe sahipse engelli çocuğun "engelim (doğru) tespit edilse idi henüz prenatal aşamada tedavi edilecektim" iddiasına dayandırdığı talepleri için üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında tazminat talepleri elbette gündeme gelebilecektir. Ancak çalışmamızda ele aldığımız somut uyuşmazlık bakımından böyle bir durum söz konusu değildir.

³³ REINHART, s. 208 vd. Ayrıca karşı. CRAMER, s. 146; ŞENOCAK, s. 155 vd., özellikle bkz. s. 158..

³⁴ Karşl. DEUTSCH Erwin, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.1.1983, in: JZ 1983, (451 – 452) 452; DEUTSCH Erwin, Unerwünschtes Empfängnis, Unerwünschte Geburt und Unerwünschtes Leben vergleichen mit wrongful conception und wrongful life des angloamerikanischen Rechts, in: MDR 1984, 795.

³⁵ Karşl. BGH, Urt. Vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240, 255; FISCHER Gerfried, Wrongful life: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes BGHZ 86, 240, in: JUS 1984, 439.

³⁶ Karşl. BGH, Urt. Vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240, 255; FISCHER, in: JUS 1984, 439.

IV. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ÖZETİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.03.2022 tarih ve E. 2020/11-592- K. 2022/356 sayılı kararında down sendromlu bir bebeğin engelliliğinin prenatal safhada tespit edilemediği gerekçesi ile açılan davada hekimin aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatılmış rızanın içeriği ve ispat yükü kavramlarını da tartışarak somut olayda hekimin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Karara konu olayda hekimin gebe kadını down sendromlu olarak dünyaya gelen bebeğinin henüz anne karnındayken down sendromlu olarak doğabileceği ihtimali hususunda aydınlatmadığı, gereğince aydınlatılsa idi anne adayının amniyosentez testinin risklerini de göze alarak bu testi yaptıracağı ve test sonucuna göre gebeliğin sonlandırılabilceği; bu hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürerek genetik engelli çocuk için (10.000 TL) maddi (60.000 TL) manevi tazminat; anne için ise (30.000 TL) manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Hukuk Genel Kurulu kararında da dosya kapsamında hekimin sigortalı olarak çalıştığı özel hastanede amniyosentez testinin yapılması imkanının bulunmadığından; hekimin sadece gebelik takibi yaptığının anlaşıldığı ifade edilerek amniyosentez testi yaptırmayan gebe hastadan yazılı ve imzalı aydınlatılmış rıza alınmasına gerek olmadığı yönünde karara varılmıştır. Kararın gerekçesi, “hekimin kendisinin yapamayacağı bir işlemle ilgili” davacıdan bu testi yaptırmak istemediğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış rızasının alınmasının da hayatın olağan akışı içerisinde beklenemeyeceği gerekçesi ile desteklenmeye çalışılmıştır. Karar uyarınca ayrıca hastanın yaşı, eğitimi, sosyo kültürel seviyesi ve tutulan epikriz kayıtları dosya özelinde değerlendirilerek davacı gebe kadının “14 yıldır çocuğunun olmadığı, 38 yaşında olduğu, suni dölleme (IUI) yöntemiyle gebe kaldığı ve lise mezunu olduğu gözetildiğinde davacının hekim tarafından kendisinden istenen üçlü tarama testini yaptırmış olmasına rağmen, aynı gün (24.09.2012) istenen A/S (Amniyosentez) testi konusunda aydınlatılmamış olduğunu ileri sürmesi” çelişkilidir. Kararda davacı anne adayının, hastane protokol kayıt defterinde yer alan amniyosentez ve down sendromu hususunda bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların aksini ispatlayamadığı belirtilmektedir. Son olarak CVC ve amniyosentez gibi testlerin, “kesin tanıya ilişkin” olmaları gerekçesiyle “tedavi” olarak nitelendirilemeyeceği, testleri yaptırmayan hastanın tedaviyi reddettiğinden bahsedilemeyeceğinin “açık” olduğu vurgulanmıştır. “Bu itibarla amniyosentez testi yaptırmayan hastadan amniyosentez hususunda aydınlatıldığına dair imzasını taşıyan yazılı onam alınmasına gerek

olmadığına” hükmedilmiştir. Kararda ayrıca oy çokluğu ile hekimin gebeliğin takibi süresinde gerekli tarama testlerini, amniyosentez ve ayrıntılı USG gibi tetkikleri önerdiği, davacıyı amniyosentez ve down sendromu hususunda aydınlattığı, ancak davacının kendi isteği ile amniyosentez testini ve ayrıntılı USG'yi yaptırmadığı kanaatiyle hekimin “tıbbi kötü uygulamasının bulunmadığı” ve “kusursuz olduğu” çıkarımına oy çokluğuyla varılmıştır.

Çalışmamızda söz konusu uyuşmazlıkta ele alınması gereken hukuki gerekçelerin dayandığı teorik bilgilere karar incelemesi bakımından gereken kapsamda yukarıda yer verilmiştir. Söz konusu teorik bilgiler ışığında aşağıda Yargıtay HGK karar incelemesine yer verilecek; ardından kararda ispat meselesine dair dayanak gösterilen gerekçeler somut olay özelinde ele alınacaktır.

İlk derece mahkemesi kararından davacının hem kendi adına hem down sendromlu oğlu adına maddi ve manevi tazminat istemlerinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Hemen bu başlık altında tekrar hatırlamak gerekir ki annenin ve engelli bebeğin tazminat taleplerinin hukuki gerekçeleri (yasal dayanakları) birbirinden farklıdır. Bu açıdan aynı yasal gerekçe ile ya da evleviyetle gerekçe dahi göstermeksizin (somut olay bakımından gerekçe anlaşılamamaktadır) her ikisinin maddi-manevi tazminat taleplerini onaylayan ilk derece mahkemesi kararı da eleştiriye açıktır. Davacının taleplerine ilişkin olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve diğer tartışmaların öncesinde, taleplerinin gerekçeleri, anne ve bebeğinkini birbirinden ayrılarak değerlendirilmeli; anne ve bebeğin maddi-manevi tazminat talebine haklarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Bu yönde bir hakları bulunmuyorsa ya da haklarının mevcut olmadığı kapsam bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünde ispat meselesini tartışmak anlamsızlaşacaktır. Bu meselelere ilişkin değerlendirmeler öncesinde genetik engellilikte bunun prenatal safhada tespit edilemediği; hatta onun da öncesinde gebenin prenatal tanı testleri hakkında hiç bilgilendirilmediği/yanlış bilgilendirildiği/yönlendirildiği gerekçesi ile ne tür taleplerin, hangi gerekçe ile kim tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin meselelere HGK kararına ilişkin isabetli değerlendirmeler yapılabilecek kapsamda yukarıda değinilmiştir. Karar incelemesinde bu bilgiler göz önünde bulundurulmalıdır.

V. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk Genel Kurulunun kararına ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce davacının taleplerinin hukuki gerekçesine dikkat çekilmelidir. Gerek ilk gerek üst derece mahkemelerin kararlarında davacının taleplerinin haklı olup olmadığına, bir başka deyişle hem anne hem genetik engelli çocuk bakımından hukuki gerekçelerine dikkat çekilmediği göze çarpmaktadır. Anne açısından vekalet sözleşmesi hükümleri ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin diğer yasal düzenlemeler özel dairenin bozma kararında kaleme alınmış olmakla beraber; çocuğunkilere hiçbir yargı aşamasında değinilmemiştir. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle genetik engelli çocuğun tazminat talepleri anneninki ile örtüşmez. Anne, engellilik fark edilse idi gebeliğe son vereceği, söz konusu yasal hakkının elinden alındığı gerekçesi ile hekimin sorumluluğuna başvurmaktadır. Aynı gerekçe, genetik engelli çocuk bakımından “var olmama hakkının (*Recht auf Nichtexistenz*)” sorgulanması tartışmalarına yol açacaktır. Bu durumda çocuk, kendi engelini prenatal safhada fark etmediği için yaşamını adeta hekime borçludur³⁷. Bir başka deyişle hekimin kusuru, genetik engelli çocuğun varlık sebebidir. Ancak hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sözleşmeye aykırılık nedeniyle anneye (ebeveyne) karşı sorumludur. Çocuğa karşı değil. Ayrıca belirtilmelidir ki gebe kadın, fetüsün sağlık durumunun takibi üzere hekim kontrollerine başvurduğundan burada sağ ve tam doğmak kaydıyla (MK m. 28/II) genetik engeli prenatal safhada anlaşılmayan çocuk bakımından anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesinin üçüncü kişi lehine bir sözleşme niteliği taşıdığı bazı durumlarda kabul edilebilecektir. Bu bakımdan genetik engeli fark edilse idi tedavi edilebilecek durumda olan genetik engelli çocuk da tıpkı ebeveyn gibi tedavi sözleşmesine dayanarak hekimin sorumluluğuna başvurabilecektir. Ancak somut olayda böyle bir durumun varlığı, karardan anlaşılmamaktadır. Dikkatle yapılması gereken ayırım, tedavi sözleşmesi ile genetik engel tespit edilmesi halinde ebeveyn tarafından (elbette ki hukukun çizdiği sınırlar içinde) gebeliğin sonlandırılmak istenip istenmeyeceğidir. Sözleşme, genetik engelin tespiti halinde yasal çerçevede gebeliğin sonlandırılması amacını taşıyorsa

³⁷ Görüş için ayrıca bkz. ERCAN, s. 120 vd.

üçüncü kişi olarak genetik engelli çocuğu koruyucu etkiden bahsedilemeyecektir³⁸.

Yukarıda değindiğimiz gerekçe ile tedavi sözleşmesine dayanarak tazminat talebi ileri sürme imkânı bulunmayan genetik engelli çocuğun, öte yandan haksız fiil hükümlerini dayanak göstermesi de olası değildir. Tekrar dikkat çekilmelidir ki çocuğun engelli olmasının sebebi hekim değil; kendi genetik kodlarıdır. Ayrıca tedavisi mümkün olmayan bir engelin varlığı halinde bu sonuca ulaşılabilecektir. Bir diğer ifadeyle hekimin prenatal safhada fetüsün engelini fark etmiş olmasının tek getirisi, bebeğin yaşamına son verilecek olmasıdır. Ancak hekim, üzerine düşeni özen yükümlülüğü ihlali nedeniyle yerine getiremediğinden genetik engelli bebek hayattadır. Bu durumda çocuk adına ileri sürülen taleplere ilişkin meselenin çözümü, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin çok daha öncesinde, çocuğun tazminat taleplerine yasal zemin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinde yatmaktadır. Meğerki prenatal safhada engellilik fark edilse idi engelin tedavisi mümkün olsun ve tedavi imkanları kaçırılmış ya da bundan beklenen fayda azalmış olsun³⁹. O zaman çocuğun, tedavi imkanının kaçırılması nedeniyle hekimin inceleme konumuz kapsamında özel hukuk sorumluluğuna başvurması mümkündür. Diğer olasılık bakımından bebeğin tedavisi mümkün olmayan bir genetik engelinin varlığı halinde kendi adına hala hekimden tazminat edebiliyor olmasının savunulması, yaşam hakkını düzenleyen AY m. 17 ile çelişki içerisindedir. Bebeğin genetik kodları nedeniyle sağlıklı yaşama şansı bulunmamaktadır ve temel haklar gereği engelli bir yaşam da tıpkı diğerleri gibi bir fark gözetilmeksizin yasal korumayı hak eder. Öyle ise hekim engelini fark etmedi diye ebeveyninin hayatına son vermesi olasılığından kurtularak engelli dahi olsa yaşama tutunan bir bireye,

³⁸ Tedavi sözleşmesinin genetik engelli çocuk bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. DEUTSCH, in: JZ 1983 s. 451; SCHÜNEMANN Hermann, Schadensersatz für missgebildete Kinder bei fehlerhafter Beratung der Schwangeren?, zugleich ein Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 27.2.1981, in: JZ 1981, s. 577; WEBER, s. 53; AYDIN ÜNVER, s. 161 vd. Ebeveynin gebeliğin sonlandırılması amacı taşınması halinde üçüncü kişiyi koruyucu etkiden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. WAIBL Katharina, Kindesunterhalt als Schaden: fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht, München 1986, s. 351.

³⁹ Genetik engellilikte hekimin hukuki sorumluluğu belirlenirken engelin prenatal safhada tedavi edilip edilemeyecek olması yönündeki ayırım için bkz. AYDIN ÜNVER, s. 110 vd.

engelli varlığı nedeni ile hekimden tazminat edebilme imkanını tanımak “Neden beni fark etmedin? Fark etse idin yaşamıyor olacaktım” ileri sürümüne hukuki sonuç bağlamak olur ki yaşama hakkı, yaşamamayı seçmeyi de içermediğinden bu talepler reddedilmelidir. Yukarıda değinildiği üzere Türk ve Alman doktrinde de hâkim görüşü bu yöndedir.

Somut olayda davacı “sakatlığın giderilmesi veya gebeliğin sonlandırılması ihtimallerinden yoksun bırakıldığı” gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmaktadır. Ancak genetik engelin, engel tespit edilse idi tedavi edilebilecek olup olmadığı yönünde bir verinin bulunup bulunmadığı karardan anlaşılmamaktadır. İlgili engelin tedavisinin mümkün olduğu ve bu imkânın kaçırıldığı anlaşılmadığından, aksine veri bulunmadığından, somut olayda genetik engelli çocuğun tedavi imkanlarının hiç bulunmadığı varsayımından hareketle genetik engelli çocuğun tazminat talebinin yasal zemini bulunmadığı söylenebilecektir. Öyle ki bu halde çocuk adına istenen tazminat için engelin tedavisi vardı, beklenen fayda azaldı ya da tedavi imkânı tamamen kaçırıldı gibi bir olasılık kararda dile getirilmemiştir. Anılan gerekçelerle, aksine veri olmadığından hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine yönelik ispat meselesine ilişkin değerlendirmelere çocuğun talepleri bakımından ihtiyaç bulunmaksızın bahsettiğimiz gerekçelerle reddedilmelidir.

Engelli çocuğun ebeveyninin, çocuğun bakım ve eğitim masraflarına yönelik maddi tazminat taleplerinde bulunabileceği ve bunun hukuki gerekçelerine yukarıda değindik. Ancak somut olayda anne, kendi adına sadece manevi tazminat talebinde bulunmaktadır. Annenin manevi tazminat talepleri bakımından, manevi tazminatı gündeme getiren acı, elem ve ıstırabın sebepleri hamilelik ve doğum ile doğum sonrasına ilişkin talepler ayrımlarıyla değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hamilelik ve doğumun olağan sıkıntılı ve zorlukları, hekimin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmez. Gebeliğin sebebi hekim değildir. Buna karşın bebeğin engeli gebelik ve/veya doğum normal bir gebeliğe kıyasen fazlaca üzüntü, acı ve ıstıraha sebep olduysa anne bu kapsamda bir manevi tazminat talebi ileri sürebilecektir⁴⁰. Annenin bunun dışındaki manevi tazminat taleplerinin hukuki dayanağı, kişilik hakkı kapsamında ele aldığımız aile planlaması hakkının ihlal edilmesi olmalıdır⁴¹. Aksi

⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz. BGH Urteil vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81, NJW 1983, 1373. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 154 – 155.

⁴¹ ŞENOCAK, s. 154.

halde engelli bir çocuk sahibi olmanın ve bununla bağlantılı olarak yaşanan diğer olumsuzluk ya da zorlukların verdiği üzüntünün dayanak gösterilerek manevi tazminat talep edilmesi, bu gerekçenin “insan onuru ile bağdaşmayacağı” eleştirisiyle karşılaşacaktır⁴². Somut uyuşmazlıkta annenin, manevi tazminat taleplerini hangi gerekçeye dayanarak ileri sürüldüğü anlaşılamamaktadır. Öte yandan hâkim, ileri sürülen hukuki sebeplerle de bağlı değildir. Hukuku re’sen uygular (HMK m. 33). Hal böyle iken annenin manevi tazminat talebinin hukuki sebebine ilk ve üst derecede mahkemelerindeki yargılamanın hiçbir aşamasında değinilmediği dikkat çekmektedir. Az önce değindiğimiz üzere annenin, gebeliği sırasında ve doğuma ilişkin olarak bebeğin engelli olması dışındaki olağan sıkıntıları, incele konumuz kapsamında manevi tazminata dayanak oluşturmaz. Bunun dışındaki manevi tazminat talepleri de kişilik hakkı kapsamında aile planlaması hakkının ihlal edilmesi gerekçesi ile ileri sürülebilecektir. Öyleyse aşağıda ele alınacak ispata ilişkin meselelerdeki uyuşmazlık, sadece annenin (somut olayda babanın bir talebi bulunmamaktadır) değindiğimiz kapsamdaki manevi tazminat talepleri bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Anne “kendi adına” engelli çocuğun bakım, eğitim ve sağlık masraflarına ilişkin engellilik nedeniyle “fazladan” yapılan masrafları da maddi tazminat olarak talep edebilecekken somut olaydan böyle bir talebi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hâkim, talep ile bağlıdır (HMK m. 26).

HGK önüne gelen uyuşmazlıkta Nr. 28, 29, 30 ve 31’de annenin gebelik yaşı, risk faktörleri ile olası Trisomi 21 ve genetik anomalilerin tespiti için gebelik sırasında istenebilecek testler ve bu testlerin gerçeği yansıtırma oranları hakkında oldukça isabetli değerlendirmeler yapılmıştır. Fakat HGK önüne gelen dosyada uyuşmazlık, sadece hekimin aydınlatma yükümlülüğünün, bir başka deyişle “kusursuzluğunun” ispatı üzerine odaklanmaktadır. Savunduğumuz görüş uyarınca da burada ispat yükü hekimde olmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirdiği, gereken bütün özeni gösterdiği ve bu nedenle sorumluluğunun bulunmadığı iddialarını hekim ispatlamalıdır⁴³.

HGK önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak Türk hukukunda hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü ispatın herhangi bir şekilde tabi

⁴² ŞENOCAK, s. 154.

⁴³ BÜYÜKAY, s. 93 – 94; ŞENOCAK, s. 135. Gerekli bilgi ve belgelerin hekimde bulunduğu gerekçesiyle bu kabulün normal olduğu yönünde bkz. HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 25. Bası, Ankara 2022, s. 430.

olmadığı; somut olayda üçlü tarama, amniyosentez ve detaylı USG testlerinin aynı gün istendiğinin hastane protokol defteri kayıtlarında bulunduğu dayanılarak “karine” niteliğindeki kayıtların aksinin davacı tarafından aksinin ispat edilemediği gerekçesi ile aydınlatmanın gereken kapsamda yerine getirildiği, anne adayının üçlü tarama testini yaptırmasına rağmen amniyosentezi hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğü gereğince yerine getirildiği halde bile isteye yaptırmadığı sonucuna varılarak hekimin kusuru bulunmadığı çıkarımı yapılarak vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğü ihlalinin bulunmadığına hükmedilmiştir.

HGK kararında ayrıca “sigortalı hekimin kendisinin yapamayacağı bir işlemle ilgili, davacıdan imzalı, yazılı onam alınması da hayatın olağan akışına aykırı” olacağı gerekçesi ile prenatal tanı testlerini önerdiği, ilgili konuda anne adayını aydınlattığı... “kendi iradesi gereğince amniyosentez ve ayrıntılı USG’yi yaptırmadığı” çıkarımına varılarak “sonuç olarak tıbbi kötü uygulamasının” bulunmadığı ve “kusursuz” olduğunun “kabul edilmesi gerektiğine” hükmedilmiştir (HGK nr. 35). Oysa bunlar birer varsayımdır.

Genetik engellilikte hekime ileri sürülebilecek tazminat taleplerinin dayanağı, “doğru bilgilendirilse idi anne adayının (ebeveynin) gebeliğe son vermek yönünde karar alacağı; bu imkânının elinden alındığı” gerekçesiyle maddi manevi zarara uğradığı noktasında toplanmaktadır. Bununla ilgili olarak ispat meselesi iki ayrı bakımdan ele alınmalıdır. İlki aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen hekimin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla “kusurlu” bulunmadığının ispatı (aksinin varlığı BK m. 112 uyarınca karine gereği kabul edilir); ikincisi ise hekimin aydınlatmasına yönelik aksaklık (hiç ya da gereği gibi aydınlatmama) nedeniyle gebeliğe son verilemediğinden hareketle aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında “illiyet bağının varlığının” ispatıdır. Hepsinin öncesinde elbette sözleşme ilişkisinin varlığı ispat edilmelidir. Somut olayda buna dair ihtilaf bulunmadığından üzerinde durulmayacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak ilkinin, “kusurun” ispatı genel kuralın ve haksız fiil hükümlerinin aksine (MK m. 6; BK m. 49) sözleşmeden doğan sorumlulukta karine gereği borçlunun kusurlu sayılması nedeniyle hekime ait olmalıdır⁴⁴. İlgili hüküm uyarınca “...

⁴⁴ Hekimin prenatal tanıda yükümlülük ihlali zarar arasındaki illiyet bağında ispat yükü için bkz. ŞENOCAK, s. 125 vd.; kusurun ispatı için bkz. ŞENOCAK, s. 135 vd.

borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür” (BK m. 112). Bir başka deyişle hekimin tedavi sözleşmesinden doğan, hastayı gereği gibi aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık hallerinde “kusurlu” olduğu varsayılır; bunun aksini ispat etmesi gerekmektedir⁴⁵. Bu anlamda, zarara uğrayan açısından haksız fiil sorumluluğu hükümlerine kıyasen daha elverişli bir durum söz konusudur (BK m. 49 vd.). Aydınlatma yükümlülüğünün gereğince yerine getirilmemesi de bir meslek kusurudur⁴⁶. Dolayısıyla sözleşmeden doğan sorumluluğun da unsurlarından biridir.

Somut olaydaki mesele hekimin, aydınlatmanın yapıldığına dair sunduğu kayıtların ispat şartını gerçekleştirmekte yeterli olup olmadığına; dolayısıyla aslında kusursuzluğunu ispat edip edemediğine ilişkindir. Bahsi geçen kayıtlar, hekim tarafından kayıt altına alınmış olup bunda gebenin bir tesiri, onayı, imzası bulunmamaktadır. Öte yandan üçlü tarama, amniyosentez ve detaylı USG'nin aynı gün istendiği fakat bunlardan amniyosenteze gebenin rızası olmadığı, bunu bile isteye yaptırmadığı yönündeki çıkarım tıbbi gerçeklik, tıbbi verilerle çalışmaktadır. Şöyle ki: Üçlü tarama testi ve amniyosenteze ilişkin **bilgilendirmenin** aynı gün yapılmış olması değil ama **testlerin her ikisinin de aynı gün istenmesi** aslında tıbbi bakımdan bir çelişkidir. Amniyosentez testi neredeyse %100'e yakın bir doğrulukla fetüsün sağlık durumu hakkında bilgi veren bir test olduğundan bu test yapıldı ya da yapılacak ise üçlü tarama testlerinin yapılmasının bir manası bulunmamaktadır. Ancak gebede engelli doğum yapabileceğine ilişkin risk faktörü bulunmadığı müddetçe doğrudan rutin olarak her gebede amniyosentez önerilmesi, (elbette ki aydınlatılmış rıza doğrultusunda) testin yapılması beklenmemektedir. O nedenle zorunlu olmamakla beraber genellikle önce gebelik haftasına göre ikili/üçlü tarama testleri yapılır. Testin sonuçları çıktıktan sonra risk yüksek ise gebeye gerekçeleri ve sürece ilişkin bilgilerle amniyosentez önerilir. Ya da gerek görülüyorsa doğrudan ve sadece amniyosentez testi önerilir. Bahsi geçen testlerin hepsine dair bilgilendirme aynı gün yapılabilir. Fakat karardan anlaşıldığı üzere testlerin hepsinin birden aynı gün istenmiş olduğu verisi, HGK kararında belirtilenin aksine kanaatimizce gebe aleyhine değil; hekim aleyhinedir. Hemen yukarıda açıkladığımız gerekçelerle aydınlatmanın yeterince yapılmadığı, kayıtların gerçeklikle

⁴⁵ Aynı yönde bkz. BÜYÜKAY, s. 93 – 94; ŞENOCAK, s. 135.

⁴⁶ ŞENOCAK, s. 101.

örtüşmeyecek şekilde tutulduğu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirdiği yönünde şüphe uyandırır niteliktedir.

Kusur meselesinden başka ispatlanması gereken bir diğer mesele uygun illiyet bağının varlığıdır. Şöyle ki: Sözleşmeden doğan sorumluluğun tespiti için hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediğinin ve kusurunun tespitinin yanı sıra bu yükümlülüğün ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranır⁴⁷. Bir başka deyişle hekim aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirmediğinden davacı annenin (ebeveynin) gebeliğe son verme hakkı elinden alınmış ve bu nedenle anne, genetik engelli bir bebek sahibi olup sağlıklı bir bebeğe kıyasen fazlaca bakım, eğitim, tedavi gibi masraflara katlanmak zorunda kalmış olmalı ya da manevi tazminat talepleri bakımından aile planlaması hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle elem, acı ve üzüntüye maruz kalmış olmalıdır.

İllyet bağının ispatlanması konusunda öncelikle iki durum birbirinden ayrılarak doktrindeki görüşlere yer verilmelidir⁴⁸. İlk olasılıkta hekim hastayı bilgilendirmemiş; gebeliğin sağlıklı olduğu yönünde kanaat uyandırmıştır. Ancak hekim, doğru bilgilendirilseler dahi anne adayının/ebeveynin prenatal tanı yöntemlerine rıza göstermeyecekleri ve annenin gebeliği sonlandırmayacağını iddia etmektedir. İkinci olasılık ise hekimin hastayı doğru bilgilendirip prenatal testlerin yapılmış olması; fakat hekimin test sonuçlarını doğru değerlendirememesi nedeniyle gebe kadını yanlış bilgilendirmesidir. Bu olasılık somut olayda bulunmadığından inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yukarıda değinilen ilk durumda: İllyet bağının ispatı meselesinde bir görüş anne adayının fetüste bulunan anomali hakkında doğru bilgilendirilse idi prenatal tanı yöntemlerine başvuracağı varsayımından hareket ederek aksi yöndeki iddianın ispat yükünü hekime yüklemektedir⁴⁹. Diğer görüşe göre doğru bilgilendirme her zaman prenatal tanı

⁴⁷ Sözleşmeden doğan sorumluluğun bir diğer unsuru zarar ile sözleşmeye aykırılık arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. İnceleme konumuz olan HGK kararında tartışma konusunun odak noktası illiyet bağının varlığı değil; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair "ispat" meselesi olduğundan "illiyet bağı" üzerinde durulmamıştır. İllyet bağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BÜYÜKAY**, s. 98 vd.; s. 107, **ŞENOCAK**, s. 118 vd.

⁴⁸ **ŞENOCAK**, s. 124.

⁴⁹ Söz konusu görüşü ileri süren Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin değerlendirme için bkz. **ŞENOCAK**, s. 125 vd.

yöntemlerine başvurulacağı anlamına gelmez. Bu görüş uyarınca tıpkı HGK önüne gelen somut uyuşmazlıktaki gibi riskli bir gebeliğe rağmen (suni dölllenme sonucu gebelik, annenin riskli yaşı ve risk oranı yüksek çıkan üçlü tarama testi sonucu) prenatal tanı yöntemleri hakkında bilgi verilmediği; bu nedenle engelli bebeğin doğduğu iddialarında ispat yükü annededir. Bir başka deyişle gebe kadın gereği gibi bilgilendirilse idi prenatal tanı yöntemlerine başvuracağı ve yasal çerçevede gebeliği sona erdireceği iddiasında ise gereğince bilgilendirilmeme ve prenatal testlerin bu nedenle yapılamaması arasındaki uygun illiyet bağına genel ispat kuralı doğrultusunda annenin (ebeveynin) ispatlaması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰. Hekimin aksi yöndeki, gereğince bilgilendirseydim de sonuç değişmeyecekti, anne adayı gebeliğe son vermeyecekti iddiası ise yine genel ispat kuralı uyarınca hekim tarafından ispatlanmalıdır⁵¹.

Genetik engelli bebek sahibi annenin iddiası ("doğru bilgilendirilseydim gebeliğe son verecektim") bakımından illiyet bağına ispatı meselesinde: Hemen yukarıda verilen görüşün ("gebe kadın doğru bilgilendirilse idi prenatal tanı testlerine başvururdu") gerekçesine ilişkin olarak kişiden kişiye değişen farklı etik bakış açıları nedeniyle her doğru bilgilendirilen gebe kadının prenatal tanı yöntemlerine başvuracağına ilişkin çıkarımın, yaşamın olağanlığı içerisinde genel bir tecrübe kuralı teşkil etmeyeceği görüşündeyiz. Öte yandan anneye (ebeveyne) yükletilen ispat meselesinde katı davranılmayarak Alman hukukunda ileri sürülen ve hukukumuzda da kabul gören bazı ispat kolaylıklarından yararlanılması gerektiği kanısındayız. İlk görünüş ispatı (*Prima-facie-Beweis*) Alman hukukuna atıfla hukukumuzda da dile getirilen ispat kolaylıklarından biridir⁵². İlk görünüş ispatı, yasaca düzenlenmemiş; Alman mahkeme kararlarında geliştirilmiş bir ispat kolaylığıdır. İlk görünüş ispatı uyarınca ispat yükü yer değiştirmez. Sadece bir somut olayda, davacı, tipik bir yaşam olayını göstererek gerekirse bunu ispat etmek zorundadır. Yalnız burada kısaca dikkat çekmek gerekir ki ilk görünüş ispatı, Alman hukukunda hem

⁵⁰ GEHRLEIN Markus, Grundwissen Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., C. H. Beck 2018, s. 70, nr. 59.

⁵¹ BGH NJW 1997, 1638; GEHRLEIN, s. 70, nr. 59.

⁵² İlk görünüş ispatı hakkında Alman hukukundaki bilgilerin öz aktarımı için Türk hukukunda bkz. BÜYÜKAY, s. 108 – 109; ŞENOCAK, s. 136 – 137. Ayrıca bkz. ERCAN, s. 107. Alman Hukukunda ileri sürülen ve hukukumuzda da kabul gören ispat kolaylıkları ve ilk görünüş ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEHRLEIN, s. 71 vd.; KATZENMEIER Christian, Arzthaftung, Tübingen 2002, s. 423 vd. İspat kolaylıklarının türleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. DEUTSCH/SPICKHOF, s. 324 vd.

kusurun hem illiyet bağının anne adayı (Tıp Hukuku bakımından daha genel ifadesiyle hasta) tarafından ispatlanmasında kabul görmektedir. Ancak kanaatimizce hekimin BK m. 112'deki karine gereği kusurlu olduğu kabul edildiğinden aksini ispat yükü hekimdedir. Bu nedenle savduğumuz görüşün bir sonucu olarak gebe kadına (genel olarak hastaya) tanınan ispat kolaylığı, ilk görünüş ispatı, burada gündeme gelmez. İspat yükünün yerine getirilmesinin temelinde "genel yaşam tecrübesinden çıkarılan sonuçlar" gözetilmektedir. Hekimin meslek kusuruna işaret eden belirli bir vakianın ispatı yeterli görülmektedir⁵³. Gebe kadının hekim karşısındaki durumu dikkate alındığında belgelerin tutulması ve kayıtların alınmasında hekim kadar güçlü bir konumu bulunmamaktadır. Kanaatimizce illiyet bağının ispatı meselesinde gebeliğe son verip vermeme son derece sübjektif, kişiden kişiye değişen bir karar olduğundan kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının ispatı gebe kadına yüklense de burada ispat kolaylıklarından yararlanılabilmelidir⁵⁴.

Genetik engelli bebek sahibi annenin, yaşı nedeniyle gebeliğin seyirinin riskli olması ve üçlü tarama testlerinde fetüsün engellilik riskinin yüksek çıkması, illiyet bağının ispatı bakımından böyle bir durumdaki bir gebe kadının yaşamın olağan akışı içerisinde neredeyse kesin bir tanı imkânı sunan amniyosentezi yaptıracığı kuvvetle muhtemel olsa da bir kesinlik çıkarımı yapmak yine de güçtür. Tek başına bu verilerin varlığı, gebeliğe son verilmek istendiğine dair genel bir yaşam tecrübesine işaret etmekte yetersiz kalacağından (aynı durumda her kadın gebeliğe son verirdi, çıkarımı yapılamayacağından) gebe kadın bu verileri ayrıca fetüste engellilik tespit edilmesi halinde gebeliği sonlandırmak istendiğine dair hastanede ya da herhangi bir ortamda dile getirdiği söylemleri (tanık ile dahi) ile ispatlayarak kuvvetlendirmelidir. Bir diğer ifadeyle ne olursa olsun bebeği kabul edeceği, bunun ilahi bir takdir olduğu yönünde bir yaklaşımı bulunan gebe kadının hekime yönelttiği söz konusu talepler dikkate alınmayacaktır. Anneye (genel olarak hastaya) tanınan ispat kolaylıklarından bir diğeri "hekimin ağır kusurunun sabit olması halinde" somut olaydaki zararın karine gereği "hekimin meslek kurallarına aykırı davranışının bir sonucu olduğu", bir diğer deyişle hekimin hukuka aykırı

⁵³ ŞENOCAK, s. 136.

⁵⁴ Hukukumuzda illiyet bağına ilişkin ispat yükünün de Harrer'e yapılan atıfla "özen yükümlülüğünü ihlal suretiyle gebe kadının özgür bir şekilde karar verme imkanını elinden alan hekime yüklenmesi gerektiği" yönündeki görüş için ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 128.

davranışı (tıbbi standartlar ve sözleşmenin gerektirdiği objektif özen yükümlülüğünün ihlali) ile zarar arasında illiyet bağının varlığının kabul görmesidir⁵⁵. Öyleyse hekimin ağır kusuru sabit görüldüğünde söz konusu ispat kolaylığı da dikkate alınarak illiyet bağının ispatının dahi genetik engelli bebek sahibi davacıdan beklenmeyeceği sonucuna varılması elverişli gözükmektedir.

İnceleme konumuz Yargıtay HGK kararında somut uyuşmazlıkta ispat meselesine ilişkin yukarıda değindiğimiz ayrımlar yapılmamaktadır. Hekimin gebe kadının aydınlatılmasında üzerine düşeni yerine getirdiği; bir başka deyişle kusurunun bulunmadığı yönünde hastane protokol kayıtları oy çokluğu ile yeterli görülmüştür. Ayrıca ifade etmeliyiz ki somut olayda gebe kadının lise mezunu olması, prenatal tanı testleri ve bunların önemi, riskleri hakkında daha az bilgilendirilmesine gerekçe olarak kabul edilememelidir. İsterse üniversite mezunu olsun, tıbbi eğitimi bulunmayan bir kişi hekim tarafından prenatal tanı testlerine dair gereken kapsamda bilgilendirilmelidir. Aksinin kabulü, eğitim seviyesinin iyi olduğu, kişinin kendisinin de araştırarak prenatal tanı yöntemleri ve bunların yapılması gerekmesi/gerekmemesi hususunda bilgi edinebileceği gibi bir çıkarıma götürmektedir. Kanaatimizce böyle bir yaklaşımla hekimin aydınlatma yükümlülüğü hafifletilemez. Öte yandan hekimin somut olayda ispata dair tek dayanağı olan hastane protokol kayıtları yukarıda değindiğimiz üzere şüpheye elverişli niteliktedir.

Son olarak karada belirtilenin aksine hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatı meselesinde kendi uzmanlık alanı dahilindeki meselelerde “kendisinin yapacağı işlemler” ile “yapamayacağı işlemler” şeklinde bir ayrıma gidilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Kendi uzmanlık alanı kapsamındaki meselelerde hekim, tıbbi standartlar çerçevesinde gebeye yapılması elzem görülen bütün testler hakkında yukarıda açıkladığımız kapsamda bilgi vermelidir. “Tıbbi standartlar” kavramı, hekimin kendisinin çalıştığı hastanede gereken tıbbi teçhizatın bulunup bulunmamasına göre değil; o an itibarıyla tıbbin ve

⁵⁵ Hastaya tanınan ispat kolaylığı olarak söz konusu karine, Alman ve İsviçre hukuklarında kabul görmektedir. Türk hukukunda da bu yönde açık bir gerekçe yapılmaksızın verilen kararlar, ağır kusurun varlığının sabit olması halinde karine gereği hekimin meslek kurallarına aykırı davranışı ile zarar arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna vardığından aynı karinenin burada da kabul gördüğü yönünde bir çıkarımı haklı kılmaktadır. Bkz. ŞENOCAK, s. 137.

teknolojinin eriştiği standartlara göre belirlenir⁵⁶. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde gebenin subjektif özelliklerinin yanı sıra ayrıca bu objektif standartlar belirleyicidir. Kanaatimizce söz konusu tıbbi testleri teçhizat yetersizliği nedeniyle kendisi yapamayacak bir hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralmaz; ispat yükümlülüğünde bir değişiklik de olmaz. Sadece hekim buna dikkat çekerek yine aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeli; ispat yükü kendisine ait olmak üzere gebeyi testlerin yapılabileceği bir başka sağlık merkezine yönlendirmelidir.

SONUÇ

Hekimin prenatal tanı testleri ya da bu testlerin sonuçları hakkındaki aydınlatma yükümlülüğü ihlalinin genetik engelli doğumla sonuçlandığı hallerde ebeveyn tarafından ileri sürülen tazminat taleplerinin içeriği, engelli bebeğe “fazladan” yapılan bakım, eğitim ve tedavi masraflarını içeren maddi talepler ile kişilik hakkı kapsamında yer alan aile planlaması hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminat talepleridir. Annenin ve üçüncü kişiyi korucuyu etkili sözleşme kapsamında babanın talepleri bu kapsamda hekimin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle ona karşı ileri sürülebilecektir. Haksız fiil hükümlerine de başvurulabilecek olmakla beraber somut olay tahlilinde sözleşme ilişkisinin varlığı tartışmalı olmadığından bu hükümlere atıf yapmakla yetinilmiş; detaylı değerlendirmelere gidilmemiştir.

Savunduğumuz görüş uyarınca genetik engelli çocuğun, zaten tedavisi hiç mümkün olmayan bir genetik engelinin bulunması halinde hekime yönelteceği maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından bunların yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Meğerki prenatal safhada genetik engel fark edilse idi tedavi edilebilecek durumda olsun. Söz konusu durum fark edilmediğinden, bebeğin engeline ilişkin tedavi şansı azalmış ya da kaçırılmış olsun. Bu halde genetik engelli bebek, hekimden kaçırılan/etkisi azalan tedavi imkanları nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmelidir.

Dava konusu uyuşmazlıkta ebeveyn, açıkça genetik engeli fark edilse idi gebeliği sona erdirebileceklerini, bu imkanlarının ellerinden alındığını ileri sürmektedirler. Öte yandan karardan “sakatlığın giderilmesi ya da gebeliğin sona erdirilmesi imkanlarından yoksun

⁵⁶ Tıbbi standartlar kavramı ve bu kavramın, hekimin özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde önemi için ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 92 vd.; RIEDEL, s. 3 ff.

birakıldıklarını" ileri sürmekle beraber, bebek bakımından somut olarak tedavisi mümkün; fakat tedavi imkanları kaçırılan ya da geç kalındığından tedaviden beklenen yararın azaldığına bir genetik engelin var olup olmadığı anlaşılamamıştır.

Öyleyse somut olayda tedavisi mümkün olmayan bir genetik engelin varlığı dikkate alınarak meselenin devamı buna göre çözülmüştür. Bu veriler ışığında genetik engelli bebek, deyim yerindeyse varlığını adeta hekimin özen (aydınlatma) yükümlülüğü ihlaline borçludur. Hekim kusuru nedeniyle genetik engeli fark edil(e)mediğinden, ebeveyni yaşamına son ver(e)memiştir. Bu bakımdan genetik engelli çocuk, tazminat taleplerine yasal dayanak olarak anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesini gösteremeyecektir. Bunun nedeni, hekim aile anne arasındaki sözleşmenin genetik engelli çocuk bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımasıdır. Öte yandan genetik engelli çocuk, haksız fiil hükümlerine de dayanamayacaktır. Onun engelinin sebebi genetik kodlarıdır. Bir başka deyişle tabiatı gereği engellidir. Buna hekim neden olmuş değildir. Somut uyuşmazlık bakımından da çocuk adına yapılan maddi ve manevi tazminat talepleri söz konusu gerekçelerle reddedilmelidir.

Somut olayda davacı (anne), kendi adına sadece manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Babanın tazminat talebi ise yoktur. Hâkim, taleple bağlı olduğundan anne adına yasal dayanağı bulursa dahi maddi tazminata hükmedemeyecektir. Öyleyse somut uyuşmazlıkta sadece manevi tazminat talebinin üzerinde durulmalıdır. Annenin manevi tazminat taleplerinde gebeliğin seyri ve doğum sırasındaki elem, acı ve üzüntü normal bir gebeliğinkileri aşıyorsa, bir başka deyişle bebeğin engeli dolayısıyla (örn. sezaryen ameliyatı bu nedenle gerekti ise) fazladan yaşanan acı ve üzüntü dikkate alınmalıdır. Hem gebelik sırası hem sonrasına ilişkin manevi tazminat taleplerinin dayanağı, yukarıda değindiğimiz üzere engelli bir bebek sahibi olmanın verdiği üzüntü değil; kişilik hakkı kapsamındaki aile planlaması hakkının ihlali olarak görülmelidir.

Somut uyuşmazlık bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine dair ispat yükü meselesi, ancak annenin değindiğimiz kapsamdaki manevi tazminat taleplerinin kabul ya da reddi noktasında önem taşımaktadır. Sözleşmeden doğan sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle sözleşmenin ihlali, zarar, kusur ve zararlar kusur arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Genel bilgi uyarınca borcun ifa edildiğini ya da ifanın arz edildiğini ispat yükü borçludur. İspat meselesinde ayrıca kusurun ispatı ile illiyet bağının ispatı birbirinden ayrılarak

kusurun, daha doğru bir ifade ile sözleşmeden doğan sorumlulukta karine gereği kusurlu kabul edilen hekimin kusursuzluğunun ispatı kendisine (davalı hekime) yükletilmeli; illiyet bağının varlığını ise genetik engelli bebek sahibi anne (davacı ebeveyn) ispatlamalıdır. Ancak ispat yükünün anneye yükletildiği durumlarda ispat kolaylıklarından faydalanılmalıdır. Öte yandan hekim, aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirmiş olsa idi dahi gebe kadının prenatal tanı testlerine, dahası bunları yaptırsa bile gebeliğin sonlandırılmasına karar vermeyeceğini iddia ediyorsa bunu kendisi ispatlamalıdır. Kanaatimizce hekim, BK m. 112 uyarınca karine gereği kusurlu kabul edilmeli; aksini, özen yükümlülüğü (ve tıbbi standartlar kapsamında) elinden geleni yaparak yerine getirdiğini ortaya koyarak kusursuzluğun ispatı ile sorumluluktan kurtulabilmelidir. Somut olayda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğine, bir başka deyişle kusurlu bulunmadığına dair dayanak gösterdiği hastane protokol kayıtları içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Kaldı ki bu kayıtların düzenlenmesi tamamen hekimin hakimiyet ve kontrol alanındadır. Bir başka deyişle gebe kadının bunda bir tesiri ya da rolü yoktur. Tek başına bu kayıtlar, kanaatimizce yeterli birer delil olarak görülmemelidir. Değindiğimiz gerekçelerle sonuç olarak, somut uyuşmazlık bakımından genetik engelli bebek sahibi annenin sağlıklı bir bebeğe hamileliğe kıyasen bunu aşan acı, elem ve üzüntüsü söz konusu ise bu kapsamda manevi tazminat talebi kabul görmeli; davacılar tarafından ileri sürülen diğer tazminat talepleri ise reddedilmelidir.

KAYNAKÇA

AYDIN ÜNVER Tülay: Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011.

BÜYÜKAY Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

CRAMER Stephan: Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin, Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991.

ERCAN Cannur: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life, Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch), Band 9 Saarbrücken 2017.

- DEBO** Arno: Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, München 1986.
- DEUTSCH** Erwin /**SPICKHOF** Andreas: Medizinrecht, 6. Aufl. Springer Verlag, 2008.
- DEUTSCH** Erwin: Neues Verfassungszivilrecht: Rechtswidriger Abtreibungsvertrag gültig – Unterhaltspflicht aber kein Schaden, in: NJW 1993, s. 2361 – 2363.
- DEUTSCH** Erwin: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.1.1983, in: JZ 1983, s. 451 – 452.
- DEUTSCH** Erwin: Unerwünschtes Empfängnis, Unerwünschte Geburt und Unerwünschtes Leben vergleichen mit wrongful conception und wrongful life des angloamerikanischen Rechts, in: MDR 1984.
- EREN** Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara 2021.
- FAERBER** Georg: Wrongful Life, Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Lottbek 1988.
- FISCHER** Gerfried: Wrongful life: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes BGHZ 86, 240, in: JUS 1984, s. 434 – 439.
- GEHRLEIN** Markus: Grundwissen Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., C. H. Beck 2018.
- GÜMÜŞ** Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2020.
- HAKERİ** Hakan: Tıp Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 25. Bası, Ankara 2022.
- KATZENMEIER** Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002.
- OZANOĞLU** Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 55 – 77.
- REINHART** Andreas: Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy, Peter Lang Verlag 1999.
- RIEDEL** Ulrike: Vortrag: Kind als Schaden. Arzthaftung im Kontext der pränatalen Diagnostik, Salzburg 2006.
- SCHÜNEMANN** Hermann: Schadensersatz für missgebildete Kinder bei fehlerhafter Beratung der Schwangeren?, zugleich ein Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 27.2.1981, in: JZ 1981.

- ŞENOCAK** Zarife: İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Ankara 2009.
- TANDOĞAN** Haluk: Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. tıpkı bası, İstanbul 2008.
- WAIBL** Katharina: Kindesunterhalt als Schaden: fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht, München 1986.
- WEBER** Dieter: Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, Berlin Heidelberg 1988.
- WENZEL** Frank (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2013.
- YAVUZ İPEKYÜZ** Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- YAVUZ İPEKYÜZ** Filiz: “Hekimin Tazminat Sorumluluğu” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2015, s. 19 – 61.
- ZEYTİN** Zafer: “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu” Roche Sağlık Hukuku Günleri, 2007, s. 96 – 117.