

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt/Volume : 26

Sayı/Number 1

Yıl/Year: 2024



e-ISSN: 2587-1870

İZMİR - 2024



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 26

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2024



e-ISSN: 2587-1870

İzmir - 2024

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 26 Sayı: 1 Yıl: 2024

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.024.086.1223

e-ISSN: 2587-1870

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

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

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

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (e-ISSN: 2587-1870) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayınlanan
ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

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

Editör Yardımcıları :

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

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

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

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

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

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

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

Birim Yayın Komisyonu

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

Doç. Dr. Şafak EVRANTOPUZKANAMIŞ (Asil Üye)

Doç. Dr. Serkan MERAKLI (Yedek Üye)

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER (Asil Üye)

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

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Şafak EVRANTOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

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

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

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

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

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

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

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR

Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09

dergi.hukuk@deu.edu.tr - <https://hukuk.deu.edu.tr>

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

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

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Yayın Tarihi 30.05.2024

© Tüm Hakları Saklıdır.

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

Öz Değerleri

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

Temel Amacı

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergimiz, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde olup yılda iki sayı (Mayıs, Kasım) olarak yayımlanır. Dergimiz ayrıca TR-Dizin, HeinOnline, Ulrich’s Periodicals Directory, Google Scholar, Academindex ve Asos Index veri tabanlarında taranmaktadır.
2. Hakem incelemesine tâbi tutulacak makalelerle birlikte; **İntihal Programı, Telif Hakkı Devir Formu, çeviriler için ayrıca FSEK ve gerekli mevzuat uyarınca gerekli onayların alındığına dair belge** DergiPark’a yüklenmesi gerekmektedir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
4. Yazarlar, **unvanlarını**, <https://orcid.org/signin> adresinden alınmış **ORCID numarasını** (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve **e-mail** adreslerini bildirmelidir. Bu bilgiler makale dosyasından ayrı bir dosyada yüklenmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek olan **bütün çalışmaların (çeviri hariç) ekinde intihal programının da yüklenmesi** gerekiyor. Kabul edilebilir benzerlik oranı, dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere en fazla %15’tir.
Ön inceleme aşamasında tespit edilen eksiklikler yazara bildirilir. Düzeltme sonrası İkinci kez gönderilen makalelerde yayın ilkelerine aykırılık tespit edilmesi halinde makale reddedilir.
Ayrıca makalelerde, ilk dipnota şu cümlenin eklenmesi gerekmektedir.
“Yazar, eserinin Dergimize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.”
6. **ULAKBİM/HeinOnline**’ın kriterleri doğrultusunda dergimizde bilimsel yazılar türlerine göre araştırma makalesi, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalar (derleme vs) şeklinde sınıflandırılmaktadır. **Yazar, çalışmanın niteliğine dair kanaatini (araştırma makalesi, karar incelemesi, çeviri ve diğer çalışmalar (derleme vs.)) çalışma başlığının altında belirtmelidir.** Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakemler tarafından değerlendirilir. Hakemlerin yazının türü konusunda görüş farklılığına düşmesi halinde editörler kurulunun kararı esas alınır.
7. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Ayrıca çevirilerde, çeviri yapan yazarın, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve

Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olması ve bunun çeviri başlığına eklenecek bir dipnotta belirtilmesi gerekir.

8. Dergimizin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı (title)**, **en az 100 en fazla 200 kelimedenden oluşan öz (abstract)** ve **5 adet anahtar kelime (keywords)** belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.
10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfayı (çeviriler için en fazla 30 sayfa)** geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

12. Atıflar, sayfa altında dipnot şeklinde gösterilir. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
13. Dipnot ve Kaynakçada yer alan eserlerin aşağıdaki şekilde gösterilmesi zorunludur:

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

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

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

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

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

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

Sonraki dipnotlarda yazarın **Soyadı**, s. (sayfa numarası) şeklinde atıf yapılmalıdır.

Ayiter, s. 79; **Edis**, s. 107.

Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmalıdır.

von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege); Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Ankara 1983, s. 998.

Makaleler: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numarası (Kaynakçada makalenin yer aldığı sayfa aralığı belirtilmelidir)

Öztürk, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 39-49.

Kararlar: Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/ Karar numarası (Kararın Yayın Yeri ve Erişim Tarihi)

Yarg. 5. HD., T. 6.10.2011E. 2011/7613, K. 2011/15694, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.1.2021)

Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.

14. Yazıların ilk değerlendirmesi Editör Kurulunca yapılacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, yayın/etik ilkelerine açık aykırılık, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, derginin yayın kalitesi ve standardının altında bulunması ve hakemlerin önerdiği düzeltmelerin 20 gün içinde yapılmaması, yazının Editör Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
15. Yapılacak ilk değerlendirmede, hakeme gönderilmesine karar verilen yazılar (**ULAKBİM**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilecektir.
16. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde ve en geç 20 gün içinde değişiklikler yapılacaktır. Belir-

VIII

tilen sürede düzeltmelerin yapılmaması halinde, editör kurulu yazının geri çevrilmesi konusunda takdir hakkını saklı tutar.

17. Hakemlerden herhangi birinin gönderilen yazıda bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık olduğu yönünde kanaat bildirmesi durumunda, yazara yazının Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaya uygun görülmediği bildirilecektir. Yayın Kurulu, hakem incelemesinden geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan herhangi başka bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.
18. Dergiye gönderilen yazıların geri çekilmesi, hakem süreci tamamlanana kadar mümkündür.
19. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/veya düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) kaydedilerek **dosyanın sisteme yüklenmesi** gerekir.
20. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle kabul edilir.
21. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 26 Sayı: 1 Yıl: 2024****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Prof. Dr. Zeynep Derya TARMAN**

Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların
Birleştirilmesine Dair Sözleşme (Montreal Sözleşmesi)
Kapsamında Tahkim 1-23

Doç. Dr. Servet ALYANAK

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulunun İdari Para Cezası
Kararlarına Karşı Yargı Yolu 25-46

Doç. Dr. Damla KÜÇÜK

Sigortacılık Kanunu'nun 33/B Maddesi Bağlamında, Hak
Sahiplerince Aranmayan Alacakların Devlete Devri Kurumuna
İlişkin Değerlendirmeler 47-104

Doç. Dr. Burçak YILDIZ

Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Tahrifat (TTK m. 748)
Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler 105-136

Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN

Vasiyetname İle Yapılan Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin
Sağlararası Tasarrufla Geri Alınması 137-167

Dr. Öğr. Üyesi Emine Sevcan ARTUN

Bina Vergisi Matrahını Etkileyen Bir Unsur Olarak Bina İnşaat
Sınıfının Tespiti 169-205

Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN

Acentenin Sır Saklama Yükümlülüğünün Kaynağı, Konusu ve
Süresi 207-254

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM

Gaibin Ölümü Hakkında Kuvvetli Olasılık Bulunmasının Gaiplik Kararının Verilebilmesi İçin Aranması Gereken Özel Bir Koşul Olup Olmadığı Konusunda Bir Değerlendirme255-295

Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

İş Sözleşmesinin Feshine İmkân Tanıyan Bazı Nedenlerin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2018/21783 Sayılı "Kedi Kararı" Çerçevesinde Düşündürdükleri.....297-355

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN

Alman Ceza Yargılamasında Merkezi Bir Yapı Taşı: Ara Muhakeme357-411

Dr. Öğr. Üyesi Burcu YAĞCIOĞLU

Paket Tur Başlamadan Önce Tur Fiyatının Değiştirilmesi413-466

Dr. Öğr. Üyesi Didem YARDIMCIOĞLU

İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması.....467-511

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK

Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükleme ve Yüklemenin Tenfizine İlişkin Sorunlar513-556

Arş. Gör. Dr. Abdulkadir HAŞHAŞ

Zaruret Doktrini Çerçevesinde Konkordato Projesine Tâbi Bir Borcun Tasdik Kararından Önce Ödenmesi557-586

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT

Cinsel Suçların Hileyle İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar587-640

Arş. Gör. Dr. Omca ÖZDEMİR

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Tatmin ...641-704

Arş. Gör. Dr. Burak TAŞ

Objektif Cezalandırılabilme Koşulu İçeren Suçların Özel Görünüş Biçimleri705-751

Arş. Gör. Hüseyin BULUT

Influencer ve Fenomen Aracılığıyla Pazarlama Kavramlarının
Değerlendirilmesi ve Bu Çerçeve de Influencerin Takipçilerine
Karşı Doğan Sorumluluğu753-800

Arş. Gör. Gözdenur GÜLLÜ İMAMOĞLU

Türk ve Alman Hukuklarında Kiraya Veren in Rekabet Etmeme
Yükümlülüğü801-823

Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU

Anonim Ortaklıklarda Danışma Oylamasına Sunulacak Konuların
Gündemde Yer Almasının Gerekli Olup Olmadığı Meselesi825-846

Av. Mehmet BEN

Sağlık Bakanlığı Bünyesinde Kurulan Mesleki Sorumluluk
Kurulu'nun Görevleri ve Hukuki Yapısı847-877

Av. Vahit Mert KÖRPE

Bir Ayrımcılık Temeli Olarak Vatandaşlığın İnsan Hakları Hukuku
Bakımından Görünümleri879-915

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY

Faculty of Law Review

Volume: 26 Number: 1 Year: 2024

CONTENTS

RESEARCH ARTICLES

Prof. Dr. Zeynep Derya TARMAN

Arbitration Under the Convention for the Unification of Certain
Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention)1-23

Assoc. Prof. Dr. Servet ALYANAK

Judicial Remedy Against Administrative Sanctions (FINE) of the
Human Rights and Equality Institution of Turkey.....25-46

Assoc. Prof. Dr. Damla KÜÇÜK

Evaluations Regarding the Institution of Transfer of Unclaimed
Receivables to the State in the Context of Article 33/B of the
Insurance Law.....47-104

Assoc. Prof. Dr. Burçak YILDIZ

Evaluations of the Practice Regarding Alteration of Negotiable
Instruments (TCC Art. 748).....105-136

Assist. Prof. Dr. Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN

The Revocation of the Legacy Bequeathed by the Will by Inter
Vivos Disposition137-167

Assist. Prof. Dr. Emine Sevcan ARTUN

Determination of Building Construction Class as an Element
Affecting the Building Tax Base169-205

Assist. Prof. Dr. Hediye BAHAR SAYIN

Source, Subject and Duration of the Agent's Confidentiality
Obligation207-254

Assist. Prof. Dr. Aziz Erman BAYRAM

An Evaluation on Whether the High Probability of the Death of The
Absentee Constitutes a Special Condition to Be Required for
Issuing a Declaration of Absence 255-295

Assist. Prof. Dr. Olcay IŞIK

Considerations of Some Reasons That Allow Termination of the
Employment Contract Within the Framework of the “Cat Decision”
Numbered 2018/21783 of the 9th Civil Chamber of the
Court of Cassation297-355

Assist. Prof. Dr. Recep KAHRAMAN

A Central Building Block in German Criminal Proceeding:
Interim Procedure357-411

Assist. Prof. Dr. Bureu YAĞCIOĞLU

Modification of the Package Tour Price Before Departure
of the Tour413-466

Assist. Prof. Dr. Didem YARDIMCIOĞLU

Fighting the Effects of Climate Change on Working Life:
Using Collective Labour Regulations for Just Transition.....467-511

Assist. Prof. Dr. Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK

Burden in Testamentary Disposition and Problems Regarding the
Enforcement of the Burden.....513-556

Research Assist. Dr. Abdulkadir HAŞHAŞ

Under the Necessity Doctrine, the Payment of A Debt Subject to
A Concordat Project Before the Approval Decision.....557-586

Research Assist. Dr. Efe Can KARABULAT

Sexual Crimes by Deception: Issues Regarding the Identity of the
Consented Party587-640

Research Assist. Dr. Omca ÖZDEMİR

Satisfaction in the Judgements of the Inter-American Court of
Human Rights641-704

Research Assist. Dr. Burak TAŞ

Special Forms of Crimes With the Condition of Objective
Punishability705-751

Research Assist. Hüseyin BULUT

Evaluation of the Concepts of Influencer and Influencer-Mediated
Marketing and the Liability of the Influencer to Its Followers
Within This Framework.....753-800

Research Assist. Gözdenur GÜLLÜ İMAMOĞLU

Lessor's Non-Competition Obligation Under Turkish and
German Law801-823

Research Assist. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU

The Issue of Whether It Is Necessary to Include in the Agenda the
Issues to Be Submitted to Advisory Vote in Joint Stock Companies ..825-846

Lawyer Mehmet BEN

Duties and Legal Structure of the Professional Liability Board
Under the Ministry of Health.....847-877

Lawyer Vahit Mert KÖRPE

Citizenship as a Basis of Discrimination in Terms of Human
Rights Law.....879-915

**HAVA YOLUYLA ULUSLARARASI TAŞIMACILIĞA
İLİŞKİN BELİRLİ KURALLARIN
BİRLEŞTİRİLMESİNE DAİR SÖZLEŞME
(MONTREAL SÖZLEŞMESİ) KAPSAMINDA TAHKİM**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1418284>

Prof. Dr. Zeynep Derya TARMAN*

Öz

Bu çalışmada tahkim, tahkim anlaşması, tahkim yeri ve tahkim prosedürü konuları milletlerarası hava taşımacılığı açısından ele alınacaktır. Bu kapsamda, uluslararası hava taşımacılığında doğan uyuşmazlıkların çözümünde 28.5.1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin (Montreal Sözleşmesi) tahkime ilişkin 34. maddesi incelenecektir. Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına ve devlet mahkemelerinin yetkilerine ilişkin kısaca bilgi verildikten sonra tahkim anlaşmasının şekli, tahkim yeri ile maddi hukuk ve usul hukuku kuralları çerçevesinde tahkim prosedürü konuları detaylandırılacaktır. Uyuşmazlık konusunun Sözleşme kapsamına girmemesi ya da uyuşmazlığın Sözleşme'de maddi hukuk kuralları ile doğrudan düzenlenmemesi halinde uygulanacak olan hukukun nasıl tespit edileceği meselesine değinilecektir. Son olarak, Montreal Sözleşmesi kapsamında tahkimin uygulamada tercih edilmeyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olmasının nedenleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Montreal Sözleşmesi, Tahkim, Tahkim anlaşması, Tahkim yeri, Tahkim prosedürü

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (ztarman@ku.edu.tr) ORCID: 0000-0002-2574-8643 (Gönderim Tarihi: 11.01.2024-Kabul Tarihi: 27.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**ARBITRATION UNDER THE CONVENTION FOR THE
UNIFICATION OF CERTAIN RULES FOR INTERNATIONAL
CARRIAGE BY AIR (MONTREAL CONVENTION)**

(Research Article)

Abstract

In this study, arbitration, arbitration agreement, place of arbitration and arbitration procedure will be discussed with regards to international carriage by air. Within this framework, Article 34 of the Convention on the Unification of Certain Rules Governing International Carriage by Air (Montreal Convention) dated 28.5.1999 concerning arbitration will be examined in the resolution of disputes arising from international carriage by air. After giving brief information about Montreal Convention's scope of application and competent courts, the form of the arbitration agreement, the place of arbitration and the arbitration procedure within the frame of substantive law and procedural law rules will be discussed. Following this, the issue of determining the applicable law will be discussed regarding the disputes to which the Convention cannot be applied, or which are not directly regulated in the Convention. Finally, the reasons why arbitration under the Montreal Convention is not a preferred alternative dispute resolution mechanism in practice will be emphasized.

Keywords

Montreal Convention, Arbitration, Arbitration agreement, Place of arbitration, Arbitration procedure

GİRİŞ

Bu çalışmada, uluslararası hava taşımacılığında doğan uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim üzerinde durulacaktır. MÖHUK m. 1/f.2 hükmü ve Anayasa m. 90 uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Milletlerarası sözleşmeler öncelikli olarak uygulanır. Dolayısıyla, uyuşmazlık konusu hakkında milletlerarası bir sözleşme mevcut ise ve bu sözleşmede yetkiye ya da maddi hukuka ilişkin bir düzenleme öngörülmüşse artık bu sözleşmenin uygulanması gerekmektedir.

Uluslararası alanda hava yoluyla yolcu, yük ve bagaj taşımacılığı ilk olarak 12.10.1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ve bu konvansiyonda değişiklik yapan çeşitli protokollerle düzenlenmiştir¹. Milletlerarası ticari sözleşmelerin ilk örneklerinden birini teşkil eden Varşova Konvansiyonu'nun düzenleme amacı hava yolu kazalarından doğan uyuşmazlıklar bakımından hava yolu sektörünü korumaktır². Türkiye de 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ile bu Konvansiyon'da değişiklik yapan 1955 tarihli Lahey Protokolüne tarafıdır³. Öte yandan, 1971 tarihli Guatemala Protokolü⁴ ve 4 Numaralı 1975 tarihli Montreal Protokolü de 12 Eylül 1998 tarihi itibarı ile Türkiye'nin taraf olduğu hava yolu taşımacılığına ilişkin önemli sözleşmelerdendir.⁵ Varşova Konvansiyonu'nun düzenlediği maddi hukuk kuralları yıllar içerisinde pek çok kez tadil edilmiş ve Sözleşme'ye yapılan eklemeler ile metnin uğradığı değişiklikler sonucu sistemin yeni bir hukuki belge ile yeniden

¹ Varşova Konvansiyonu, 1955 tarihli Lahey Protokolü; 1971 tarihli Guatemala Protokolü; 1975 tarihinde Montreal'de yapılan 4 protokol ve 1961 tarihli Guadalajara Konvansiyonu ile ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilmiştir. **Tarman**, Zeynep Derya: "Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 107, 2013, s. 97-98.

² **Moore**, Larry: "The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention", Tulane Journal of International and Comparative Law, 9, 2001, s. 224.

³ 13.1.1977 tarih ve 2073 sayılı Kanun (R.G. 13.3.1977-15877) ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 29.9.1977 tarih ve 7/13874 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (R.G. 3.12.1977-16128).

⁴ R.G. 21.4.1993-21559.

⁵ 8.5.1991 tarih ve 3736 sayılı Kanun (R.G. 21.5.1991-20877) ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 15.2.1993 tarih ve 1993/4166 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (R.G. 21.4.1993-21559). Varşova Konvansiyonu ve ek protokollerinin yanı sıra Türkiye bazı devletlerle hava yoluyla taşımaya ilişkin iki taraflı antlaşmalar yapmıştır. Bkz. **Ekşi**, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010, s. 90, dn. 21.

düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır⁶. Öte yandan, Varşova Konvansiyonu'nun gelişen teknoloji ve küreselleşme ile beraber çağın gereklerine uygun yeterli çözümleri sunamaması da yeni bir hukuki düzenleme ihtiyacını doğurmuştur. Bilhassa taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin kuralları yönünden Varşova/Lahey Sistemi'nin değiştirilmesi yönündeki ihtiyaç kapsamında⁷, 28.5.1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme (Montreal Sözleşmesi) hazırlanmıştır⁸. Montreal Sözleşmesi, m. 53/f.6 gereğince otuz devletin Sözleşme'yi usulüne uygun biçimde onaylamasının ardından 60 gün sonra, 4.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Varşova Konvansiyonu'nun yerini alan Montreal Sözleşmesi'ne günümüz itibarıyla 139 devlet taraftır⁹. Buna karşın, Montreal Sözleşmesi'ni onaylamamış devletlerin ülkelerine yapılan taşımalar hakkında Varşova/Lahey Sistemi, uygulanmaya devam eder. Türkiye, Montreal Sözleşmesi'ni 28.5.1999 tarihinde imzalamıştır. 2 Nisan 2009 tarihinde, "Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" TBMM'de kabul edilmiş ve 14 Nisan 2009 tarihinde 27200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Uygun bulma belgelerinin 25.1.2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü Genel Sekreterliğine tevdi edilmesinin ardından Montreal Sözleşmesi Türkiye bakımından 26.3.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰.

I. MONTREAL SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULAMA ALANI (m. 1)

Montreal Sözleşmesi, uluslararası hava taşımacılığı hakkında çoğu emredici nitelikte olan kurallar öngörmektedir¹¹. Sözleşme'nin uygulama ala-

⁶ Buna karşılık, Varşova Konvansiyonu'nun uluslararası alanda geniş çapta kabul gördüğü ve yalnızca sorumluluk sınırlarının arttırılması yoluyla Konvansiyon'un ayakta tutulmasının daha yerinde olacağı hakkında bkz. **Moore**, s. 232.

⁷ Montreal Sözleşmesi'nin hava yolu şirketlerini değil, tüketicilerin çıkarlarını esas alan bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Devendra**, Pradhan: "The Fifth Jurisdiction Under The Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody", *Journal of Air and Commerce*, 68, 2003, s. 719.

⁸ **Sözer**, Bülent: *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 74.

Montreal Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. http://dgca.nic.in/int_conv/Chap_XXI.pdf.

⁹ Sözleşme'ye taraf ülkelerin listesi için bkz.

http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf

¹⁰ Bakanlar Kurulu Kararnamesi 1.10.2010 tarihli ve 27716 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹ **Sözer**, s. 93; **Şanlı**, Cemal: *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 1992, s. 55 (Havacılık).

nına dahil olan ihtilaflar bakımından Sözleşme'nin yer verdiği maddi kurallar doğrudan uygulanır. Sözleşme'nin uygulama alanına ilişkin şartlar m. 1'de sıralanmış olup buna göre, taşıma (i) bir sözleşmeye dayanmalı, (ii) ücret karşılığında yapılmalı, (iii) hava araçları ile gerçekleştirilmeli ve (iv) uluslararası karakterli olmalıdır.

Bir uyuşmazlığın Montreal Sözleşmesi'nin kapsamına girebilmesi için ilk olarak taşıyıcı ile taşıtan arasında veya yolcu taşımalarında, taşıyıcı ile yolcu arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmalıdır. Montreal Sözleşmesi'nin ortaya konuluş amacı hava yolu ile yapılan ticari amaçlı taşımaları düzenlemektir. Bu bakımdan Sözleşme yalnızca uçak ile yapılan taşımalara uygulandığı gibi ücret öngörülmeden üstlenilmiş olan bir taşıma sözleşmesi de yalnızca ticari amaç güden bir hava yolu taşıma işletmesi tarafından gerçekleştirilmişse Sözleşme m. 1 uyarınca Sözleşme'nin kapsamına girer. Diğer bir ifadeyle, ücretsiz taşımalar ancak taşımanın bir taşıma işletmesi tarafından hava yoluyla yapılması durumunda Montreal Sözleşmesi'ne tabidir. Söz konusu kuralın, hava yolu işletmelerinin kendi personeline ya da diğer işletmelerdeki çalışanlara ücretsiz bilet vermesi yönündeki yerleşik uygulamaları gözetilerek getirildiği ifade edilmiştir¹².

Montreal Sözleşmesi taşıma sözleşmeleri bakımından "uluslararası nitelik" unsurundan ne anlaşılması gerektiğini birinci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Bu çerçevede, bir taşıma sözleşmesinin uluslararası nitelik taşıması bağlamında Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına girebilmesi için kalkış yeri ile varış yeri Sözleşme'ye taraf iki farklı ülkede bulunmalı veya kalkış yeri ile varış yeri Sözleşme'ye taraf olan aynı ülkede olup başka bir ülke -Sözleşme'ye taraf olmasa dahi- durma yeri olarak kararlaştırılmış olmalıdır. Bu kapsamda taşıyıcının taşıma sözleşmesi ile üstlendiği edimi ifa fiillerine başlayacağı yer "taşımanın başlayacağı yer"; taşıyıcının ediminin tam ve gereği gibi yerine getirilerek borcun tamamen ifa edilmiş sayılacağı yer ise "yolculuğun biteceği yer"dir¹³. Sözleşmenin uluslararası niteliği belirlenirken taraflar arasındaki sözleşme esas alınır. Bu bakımdan, daha önceden açık veya örtülü şekilde öngörülmüş olan uğrak yerlerinin taşıma sözleşmesinin icrası sırasında değiştirilmesi veya bu yerlere hiç uğranılmaması durumunda dahi sözleşme uluslararası niteliğini korumaya devam eder. Ayrıca Montreal Sözleşmesi uluslararası bir taşımaya, bu taşıma bir sebeple hareket noktası ülkesinde sona ermişse dahi uygulanır. Öte yandan, aynı ülkenin iki farklı noktası arasında yapılacak bir taşıma

¹² Sözer, s. 84; Tarman, s. 101.

¹³ Sözer, s. 90; Tarman, s. 101-102.

uluslararası nitelikte olmayacağından Montreal Sözleşmesi'ne tabi olmayacaktır. Ancak, bu gibi aynı ülke içinde yapılan bir taşıma kapsamında bir diğer ülke durak yeri olarak kararlaştırılmış ise yukarıda anılan m. 1/f.2 uyarınca, söz konusu durak ülkesi akit devletlerden olmasa bile, taşıma uluslararası nitelikte sayılır ve Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulur. Bu bakımdan, bir taşıma sözleşmesinin Montreal Sözleşmesi kapsamında uluslararası nitelikte olması değerlendirilirken taşıyıcının veya taşıtanın tabiiyeti veya iş merkezi, akdin yapılmış olduğu yer, uçağın tescil edildiği devlet, taşıdığı bayrak veya tanıma işareti gibi unsurlar dikkate alınmakta; yukarıda anılan Montreal Sözleşmesi m. 1 anlamında bir "uluslararası nitelik" unsurunun varlığı gerekmektedir¹⁴.

Özetle, Montreal Sözleşmesi coğrafi kapsamı yönünden yalnızca Sözleşme'ye taraf ülkelerle sınırlı olarak uygulanmakta olup, düzenlediği konular yönünden ise yalnızca uluslararası nitelikte ve ücret karşılığında bir hava yolu taşıma sözleşmesine istinaden yolcu ve yük taşımacılığını üstlenen taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin kurallar içerir.

II. MONTREAL SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YETKİ (m. 33)

Milletlerarası uyuşmazlıklarda davanın hangi yer mahkemesinde görüldüğü pek çok açıdan önem arz eder. Örneğin, davanın görüldüğü mahkemeye göre uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları farklılaşabileceğinden uyuşmazlığın tabi olacağı maddi hukuka ilişkin kurallar da davanın açıldığı yere göre farklılaşabilmektedir. Öte yandan, usul hukukuna ilişkin kurallar da mahkemenin bulunduğu ülkeden ülkeye göre farklılık gösterebilir. Bu bakımdan, birden fazla yer mahkemesinin kendisini yetkili görebileceği milletlerarası uyuşmazlıklarda davacının davasını açacağı ülkeyi seçerken hukuki açıdan kendi lehine olacak şekilde bir seçim yapması gündeme gelmektedir. Dolayısıyla, birden çok yetkili mahkemenin bulunduğu uyuşmazlıklarda davacı kendi menfaatlerine en uygun olan yer mahkemesini seçme konusunda bir imkâna sahiptir¹⁵.

Montreal Sözleşmesi m. 33/f.1 hükmünün yetkili mahkemelere ilişkin içerdiği kural Varşova Konvansiyonu m. 28 ile paralel bir düzenleme içerir. Montreal Sözleşmesi'nde de davacıların uyuşmazlığın görüleceği mahkemeye ilişkin seçim hakları sınırlandırılmıştır. Buna göre davacılar, anılan m.

¹⁴ Sözer, s. 90; Tarman, s. 102.

¹⁵ Davacının davası için birçok yetkili mahkeme arasından münhasıran kendi menfaatinin düşünerek seçim yapabilmesi imkânı İngilizce'de '*forum shopping*' olarak ifade edilir. Bkz. Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011, s. 470.

33 hükmünde sıralanan mahkemeler arasından birini seçmek suretiyle bu haklarını kullanabilirler. Diğer bir ifadeyle, Montreal Sözleşmesi'nin kapsamındaki bir taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin tazminat davaları bakımından yalnızca Sözleşme m. 33'te sayılan yer mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

Montreal Sözleşmesi m. 33/f.1'de yetkili mahkemeler sınırlı bir şekilde sayılmış olmakla beraber, Sözleşme kapsamındaki bir taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin olarak davacıların yine de bir seçim yapması gerekecektir. Davacının yetkili mahkemeler arasında yapacağı bu seçimde göz önünde bulundurması gereken birçok faktör sayılabilir. Bu kapsamda, mahkeme kararının icrasındaki olası riskler gözetilerek davanın yetkili ise davalının malvarlığı unsurlarının bulunduğu yer mahkemesinde açılması büyük önem arz eder. Davalının malvarlığı unsurlarının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olmadığı durumda ise davanın, bu yer hukukuna göre tanınıp tenfizinin mümkün olacağı bir ülkede açılması düşünülmelidir¹⁶. Özellikle, Montreal Sözleşmesi'nin kapsamı dahilindeki uyuşmazlıklar konusunda m. 33'te sayılan mahkemelerin verecekleri kararların tanınması ve tenfizinin Sözleşme'de özel olarak düzenlenmediği düşünüldüğünde, bu meselenin önemi daha da belirginleşmektedir. Sözleşme uyarınca öngörülen yetkili mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde her bir taraf ülke bakımından kendi hukuk kuralları belirleyici olacaktır. Dolayısıyla davacının, Sözleşme m. 33'te sayılan yetkili mahkemeler arasında bir seçim yaparken, seçeceği mahkemenin vereceği kararın davalının malvarlığının bulunduğu devlette icra edilebilir olup olmadığını ve bu bağlamda söz konusu ülkedeki tanıma tenfiz kurallarını değerlendirmesi gerekir¹⁷. Söz konusu icraya dair unsurun yanı sıra mahkeme seçiminde göz önünde bulundurulması gereken diğer konular ise; yetkili maddi hukuku belirleyecek olan kanunlar ihtilafı kuralları, tazminata hükmedilmesi halinde paranın davacının bulunduğu ülkeye transferinin mümkün olması, yargılama süresinin uzunluğu, hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, dava masrafları ve delillerin temini yönünden yapılacak harcamalar ile avukatlık ücretleri biçiminde sıralanmaktadır¹⁸.

Montreal Sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından yetkili mahkemeleri düzenleyen m. 33 hükmü istisnai iki duruma yer verir. Bu istisnalardan ilki uyarınca, yük taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda 33. maddede sayılan yetkili mahkemelerin yargı alanı içinde olmak şartı ile

¹⁶ Şanlı, Havacılık, s. 15; Tarman, s. 105.

¹⁷ Şanlı, Havacılık, s. 16.

¹⁸ Şanlı, Havacılık, s. 16.

tahkime izin verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, eğer Montreal Sözleşmesi kapsamındaki sözleşme yük taşımasına ilişkin ise, taraflar ihtilafın ortaya çıkmasından önce veya sonra yapacakları bir tahkim sözleşmesi ya da taşıma sözleşmesine koyacakları bir tahkim klozu ile aralarındaki ihtilafların tahkime tabi olacağını kararlaştırabilirler. Sözleşme m. 33'te yer alan ikinci istisna ise zararın doğumundan sonra yapılması kaydıyla tarafların bir yetki sözleşmesi akdederek m. 33/f.1'de yer alan yetkili mahkemeleri bertaraf edebilmeleridir. Diğer bir ifadeyle, zararın meydana gelmesinden sonra yapılan yetki anlaşmaları ile herhangi bir devlet mahkemesi yetkili kılınabilir. Buna karşın, zarar henüz meydana gelmemişken yapılan yetki anlaşmaları veya taşıma sözleşmesinde yer alan bir yetki şartı Sözleşme m. 33'te sayılan mahkemelerin yetkisini bertaraf edemez (m. 49)¹⁹.

III. TAHKİM (m. 34)

Taraflar bazı durumlarda uyuşmazlığın çözümü için mahkemeleri değil, tahkim yolunu seçebilirler. Özellikle ticari hayatın gerekleri düşünüldüğünde tahkim usulünün daha esnek ve süratli olması, gizli olması, uyuşmazlıkla ilgili sektör hakkında uzman ve bilgili kişilerin hakem olarak seçilebilmesi gibi nedenler tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercih edilmesinde etken olabilir. Örneğin, uluslararası hava taşımacılığında doğan bir uyuşmazlıkta taraflar havacılık sektöründe uzman birini hakem olarak tayin etmek isteyebilirler²⁰. Tahkimin bir diğer avantajı ise taraflara irade serbestisi tanınmasıdır. Bu serbesti sayesinde taraflar devlet mahkemelerinde görülecek yargılamadan farklı olarak tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını seçebilirler. Örneğin, tarafların anlaşmaları durumunda tahkimde tebligat özel kuryeler vasıtasıyla birkaç gün içinde yapılabilecektir. Aynı şekilde tarafların sözleşme dilini tahkim dili olarak kararlaştırmaları halinde delil olarak sunulan her bir belgenin yeminli tercüman tarafından çevrilmiş halinin sunulması gerekmeyecek, belgenin diline hâkim olan hakemler belgenin aslını esas alacaklarından daha süratli bir şekilde yargılama yapabileceklerdir²¹. Böylelikle zaman ve masraftan önemli ölçüde tasarruf edilmiş olunacaktır. Tahkim usulünün seçilmesindeki en önemli etkenlerden

¹⁹ Montreal Sözleşmesi kapsamında yetkiye ilişkin daha fazla bilgi için bkz. **Tarman, Zeynep Derya**: "Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 107, 2013, s. 97-118.

²⁰ **Beale, Ned/Graham-Evans, Ben**: "Arbitration Agreements in Commercial Aviation Contracts and the Hague Court of Arbitration for Aviation", Air & Space Law 48, 1, 2023, s. 63.

²¹ **Akinci, Ziya**: Milletlerarası Tahkim, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 11.

bir diğeri ise elde edilen kararın borçlunun mal varlığının bulunduğu veya bulunabileceği herhangi bir yabancı ülkede icrasının 1958 tarihli New York Sözleşmesi²² nedeniyle bir mahkeme kararına nispetle çok daha kolay olmasıdır²³.

A. Tahkim Anlaşması

Montreal Sözleşmesi m. 34 uyarınca hava yoluyla yük taşımacılığı söz konusu olduğunda taraflar m. 33'te sayılan yetkili mahkemelerin yargı alanı içinde olmak kaydıyla bir tahkim sözleşmesi ile ya da taşıma sözleşmesine ekleyecekleri bir tahkim şartı ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşabilirler. Montreal Sözleşmesi'nin tahkim başlıklı 34. maddesi, yalnızca yük taşımacılığına ilişkin ihtilafların tahkimine izin vermektedir. 34. maddenin lafzından anlaşılacağı üzere Sözleşme, yolcu ve bagaj taşımacılığına ilişkin ihtilafların tahkimine izin vermemektedir²⁴. Doktrinde bir görüşe göre bu düzenleme Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanı bakımından anlaşılır bir durumdur; zira uluslararası taşımacılıkta çoğu zaman yolcular hava yolu şirketlerinin tabiiyetinden farklı milliyete sahip olacaktlardır ve kalkış yeri, varış noktası ve uçuşta yer alan durak noktaları farklı ülkelerde yer alacaktır. Sözleşme'nin hazırlık aşamasında akit devlet temsilcileri, bu gibi uluslararası nitelikteki faktörler sebebiyle, yolcu ile taşıyıcı arasındaki uyuşmazlıkların tahkime tabi olmasını yerinde bulmamış ve tahkim yargılamasını yolcu ve bagaj taşımaları bakımından Sözleşme'ye dahil etmemişlerdir²⁵. 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu'nun 32. maddesinde de benzer bir düzenlemeye gidilmiş ve sadece yük taşımacılığına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasına izin verilmiştir.

Montreal Sözleşmesi m. 49 uyarınca zararın meydana gelmesinden sonra tarafların yargılama hukukuna ilişkin kuralları değiştirebilme olanağından hareketle yolcu taşımacılığından doğan uyuşmazlıklar bakımından da tahkime başvurulabileceği ileri sürülebilir. Buna karşın Montreal Sözleşmesi

²² Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991 (RG 21.5.1991/20877). Sözleşme hakkında geniş bilgi için bkz. www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

²³ Nomer, s. 530.

²⁴ Gölçüklü, İlyas: Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2015, s. 237.

²⁵ Qin, Huaping: "Beyond Litigation: The Use of ADR in Resolving Disputes Between Air Carriers and Passengers: China's Perspective", Air & Space Law 47, 3, 2022, s. 362.

bir bütün olarak değerlendirildiğinde yolcunun hava yolu şirketleri karşısında zayıf taraf olarak nazara alındığı anlaşılmaktadır; zira Sözleşme'nin zayıf konumdaki yolcuyu koruyan hükümler ile donatıldığı ve bu bakımdan tüketici haklarının devreye girdiği görülmektedir²⁶. Doktrinde ayrıca böylesi bir düzenlemenin tüketici konumundaki yolcunun tahkim gibi pahalı ve teknik bir prosedürden korunması isteği sebebiyle ortaya konulmuş olabileceği ifade edilmektedir²⁷. Aynı görüş, tüketicilerin yerel mahkemeler nezdinde dava haklarından mahrum bırakılmasını da politik olarak zor bir karar olarak değerlendirmektedir²⁸. Buna karşılık doktrindeki bir diğer görüş ise en azından büyük ölçekli ve uzmanlık gerektiren uçak kazaları bakımından yolcu ile anlaşmaya varıldıktan sonra hızlı bir şekilde arabuluculuk ya da tahkim yollarına başvurmanın söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir²⁹.

Montreal Sözleşmesi'nin taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerine göre, taşıyıcının yük taşımalarından doğan sorumluluğu mutlak sorumluluk niteliğindedir. Ancak taşıyıcının sorumluluğu, zarardan sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın kilo başına 22 SDR (Special Drawing Right - Özel Çekme Hakkı) ile sınırlıdır³⁰. Bu durum Montreal Sözleşmesi kapsamındaki yük taşımacılığına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkime nadiyen başvurulmasına neden olacaktır. Zira yük taşımacılığından doğan ve 10.000 ABD Doları ya da daha az tutardaki talepler bakımından tahkim

²⁶ **Köşgeroğlu**, Banu Şit/**Fendoğlu**, Hasan Tahsin: Hava Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2017, s. 24-25.

²⁷ **Grigorieff**, C. I.: "The regime for international air carrier liability: to what extent has the envisaged uniformity of the 1999 Montreal Convention been achieved?", Doktora Tezi, Leiden Üniversitesi, 2022, s. 199. <https://hdl.handle.net/1887/3240115>.

²⁸ **Grigorieff**, s. 200.

²⁹ **Gölcüklü**, İlyas: Hava hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 259.

³⁰ SDR hakkında detaylı bilgi için bkz.: **Göktepe**, Hülya: "Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(3), 2016, s. 220. "Özel Çekme hakkı, (Special Drawing Rights, SDR) IMF'nin uluslararası hesap birimi ve ödeme aracı oluşturulması amacıyla kabul ettiği sanal bir para birimidir. 1969 yılında yürürlüğe konulmuştur. SDR sisteminin kurulduğu dönemde, 1 SDR'nin 1 ABD dolarına ve 0,888671 gram altına denk olması ilke olarak kabul edilmiştir. Ancak, 1973 yılında SDR'nin değerinin uluslararası düzeyde kabul gören para birimlerinden oluşan bir sepete göre belirlenmesi uygulamasına geçilmiştir. Günümüzde SDR sepeti, Euro, ABD doları, Japon yeni ve İngiliz sterlininden oluşmaktadır. SDR'nin ABD doları cinsinden değeri, günlük olarak Londra piyasasında belirlenen çapraz kurlar uyarınca tespit edilmekte ve IMF'nin internet sayfası aracılığıyla kamuoyuna duyurulmaktadır. Sepetin içindeki paraların ağırlıkları şöyledir: %44 dolar, %34 euro, %11 yen, %11 pound."

SDR başına para birimleri için bkz.: https://www.imf.org/external/np/fin/data/param_rms_mth.aspx

masraflarının 5.000 ABD Doları'nı aştığı hallerde tahkime gidilmesi taraflara ekonomik bir avantaj sağlamayacaktır. Bu nedenle, yargılama masrafları göz önünde bulundurulduğunda tahkim sadece çok özel durumlarda isabetli bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak dikkate alınabilecektir³¹.

B. Tahkim Anlaşmasının Şekli

Montreal Sözleşmesi m. 34 uyarınca tarafların uyuşmazlığı tahkim aracılığı ile çözmeyi arzu etmeleri halinde anlaşmanın yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Yazılı metnin gerekliliklerini belirlemek mahalli hukuka bırakılmıştır. Özellikle taraflar arasında akdedilen taşıma sözleşmesinde yer alan taşıyıcının ileri sürdüğü tek tip “Genel Koşullar”da tahkim şartına atıfta bulunulmasının Montreal Sözleşmesi m. 34'ün gerekliliklerini yerine getirmek için yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir. Kural olarak, yük taşıma anlaşmasının tarafları ticari işlem yapan işletmelerdir ve Montreal Sözleşmesi hakkında bilgi sahibi oldukları varsayılır. Doktrinde göndericinin taşımayı *e-Air Waybill* gibi elektronik ortamlarda rezerve etmesi halinde yapılan sözleşmelerin rezervasyon prosedüründe tahkim şartı da dahil olmak üzere Genel Koşullar'ı (Taşıma Koşulları) içerip içermediğinin teyit edilmesi tavsiye edilmektedir³². Zira, taraflar bir tahkim anlaşması yapmak ya da akdettikleri taşıma sözleşmesine tahkim şartı eklemek yerine taşıma sözleşmelerinde uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini öngören standart terimlere, kurallara ya da tek tip sözleşmelere atıfta (*incorporation*) bulunabilirler. Milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren tarafların uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkimi öngören bu tarz metinlere atıf yapmaları durumunda tahkim yolunu da kabul ettiklerini varsaymak yerinde olacaktır³³. Dolayısıyla, taraflar aralarındaki taşıma sözleşmesinin gönderme yaptığı tahkim şartı içeren genel işlem koşulu ile artık bağlı olacaktır çünkü o koşullar atıf yolu ile sözleşmeye dahil edilmiştir.

C. Tahkim Yeri

Tahkim yeri, hakem veya hakem heyetinin tahkim yargılaması sonucunda kararını vereceği yeri ifade etmektedir. Tahkim yeri; tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkime elverişlilik, tahkim usulüne uygulanacak hukukun

³¹ Whalen, Thomas J.: “Arbitration of International Cargo Claims”, Air and Space Law 34, 6, 2009, s. 419.

³² Giumulla, Elmar/Schmid, Ronald/Dettling-Ott, Regula/Müller-Rostin, Wolf: “Convention for the unification of certain rules for international carriage by air, done at Montreal on 28 May 1999 (Montreal Convention of 1999)”, 2022, s. 556.

³³ Akıncı, s. 204.

belirlenmesi, iptal davasının açılacağı yer ve iptal sebepleri gibi birçok hususta oldukça önemli bir rol oynamaktadır³⁴. Örneğin, tahkim yargılaması sonucunda aleyhinde karar verilen tarafın tahkim yeri devlet mahkemesinde iptal davası açması söz konusu olabilir. Bunun nedeni milletlerarası tahkimde *lex arbitri* prensibinin geçerli olmasıdır. *Lex arbitri* yani tahkim yeri hukuku, tahkim yargılamasının yapıldığı ülke hukukunu ifade eder. Hakem veya hakem heyeti, tahkim yeri ülkesinin tahkim kanunlarındaki emredici usul hukuku kuralları ile bağlıdır. Taraflar bu kurallardan hiçbir şekilde feragat edemez. Bu nedenle, tahkim kanunlarında UNCITRAL (United Nations Commission On International Trade Law – BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu) Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nu esas alan bir ülkenin tahkim yeri olarak seçilmesi taraf serbestisine önem veren tahkim yargılaması bakımından anlamlı olacaktır. Benzer bir şekilde, tahkim yerinin belirlenmesinde taraflar ile hakem ya da hakem heyeti bakımından tahkim duruşmaları kapsamında ulaşım ve konaklama şartları ve maliyetleri, gerektiği takdirde delillere yakınlık gibi unsurlar belirleyici olacaktır³⁵.

Montreal Sözleşmesi m. 34/f.2, davacının tahkim yargılamasının nerede yapılacağını seçebileceğini açıkça öngörmektedir. Buna göre tahkim yargılaması, davacının tercihine göre, Montreal Sözleşmesi m. 33’te gösterilen yerlerden birinde yürütülecektir. Bu yerler, (a) taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer, (b) taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer, (c) taşıyıcının taşıma sözleşmesini yaptığı iş yerinin bulunduğu yer ve (d) varış yerini içermektedir.

1. Taşıyıcının İkametgâhının Bulunduğu Yer

Montreal Sözleşmesi’nin kapsamına giren bir uyuşmazlık, taşıyıcının ikametgâhının (*domicile*) bulunduğu yerde görülebilir. Günümüzde ticari hava ve deniz aracı sahiplerinin çok azı gerçek kişidir. Uygulama açısından tanım, tüzel kişilerin yerleşim yeri açısından önem taşımaktadır. Montreal Sözleşmesi m. 33, hakem ya da hakem heyetinin yetkisine esas teşkil eden ikametgâh kavramını tanımlamamıştır. Bu sebeple, ikametgâh kavramının anlamı uyuşmazlığın görüldüğü ülke hukukuna göre belirlenecektir. Örnek vermek gerekirse davacı, taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yerden hareketle tahkim yeri olarak İstanbul’u seçerse hakem ya da hakem heyeti taşıyıcının ikametgâhının neresi olduğunu Türk hukukuna göre belirleyecektir³⁶. Taşıyıcı tüzel kişi olduğu takdirde, ikametgâhı, tüzüğünde veya esas sözleş-

³⁴ Akıncı, s. 282.

³⁵ Akıncı, s. 284.

³⁶ Varşova/Lahey Sözleşmesi için aynı yönde bkz. Şanlı, Havacılık, s. 19.

mesinde gösterilen yer veya böyle bir kayıt yok ise, amaç ve konusuna giren işlerin idare ve kontrol edildiği yer olarak kabul edilmelidir³⁷.

Davalının ikametgâhının 33. maddedeki tahkim yerlerine dahil edilmesinin amacı, uyuşmazlığın taşıyıcının öngörebileceği bir yerde görülmesini sağlamaktır. Hukuki işlem o yer ile sıkı ilişkili olmasa dahi, taşıyıcının kendi yerleşim yerinde davalı olarak savunma yapmasını beklemek yerindedir. Bunun yanı sıra, taşıyıcının yerleşim yeri, hakem veya hakem heyeti kararının icrası aşamasında davacı açısından bir kolaylık sağlayacaktır. Zira çoğu olayda, davacı, hakem veya hakem heyeti kararını taşıyıcının yerleşim yerinde icra etme yoluna başvuracaktır.

2. Taşıyıcının Esas İş Merkezinin Bulunduğu Yer

Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yerde de uyuşmazlık çözümlenebilir. Taşıyıcının ikametgâhı ile esas faaliyetlerini yürüttüğü iş merkezi çok defa aynı olmakla beraber, özellikle çok uluslu şirketlerde kanuni hükümlere göre belirtilen ikametgâh ile işletmenin mutlak işlerinin devamlı surette yönetildiği yer ayrı ülkelerde olabilir. Bu bent ile, taşıyıcının fiili iş merkezinin bulunduğu yerler de tahkim yeri olarak öngörülmüştür.

3. Taşıyıcının Taşıma Sözleşmesini Yaptığı İş Yerinin Bulunduğu Yer

Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren ihtilaflar, taşıyıcının taşıma sözleşmesini yaptığı işyerinin bulunduğu yerde de çözülebilir. Bu hüküm, yük sahipleri lehine getirilmiş bir yetki kuralıdır³⁸. Bu yetki kuralı, hakem ya da hakem heyeti tarafından geniş yorumlanmaktadır ve taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyerinde uyuşmazlığın çözülebilmesi için bu yerin taşıyıcının doğrudan işletmesine dahil bir müessese olup olmadığına bakılmamaktadır³⁹. Taşıyıcı adına sözleşmeyi yapan bağımsız acente veya temsilcilikler de 33. maddedeki yetki kuralının uygulanabilmesi bakımından davalıya ait işyeri veya işletme sayılmaktadır⁴⁰. Bu tür bir yorum tarzı, hava taşımacılığı alanında zarar görenlerin yetkili mercilere kolayca başvurabilmelerini temin etmektedir⁴¹.

³⁷ Nomer, s. 442.

³⁸ Şanlı, Havacılık, s. 22.

³⁹ Şanlı, Havacılık, s. 23.

⁴⁰ Şanlı, Havacılık, s. 23; Sözer, s. 258.

⁴¹ Varşova/Lahey Sözleşmesi için aynı yönde bkz. Şanlı, Havacılık, s. 23.

4. Varış Yeri

Son olarak, Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılaması varma yerinde de görülebilir. Varma yeri, taşıyıcı ile taşıtan veya yolcu arasındaki taşıma sözleşmesinin şartlarına göre, taşıma akdinin tam ve gereği gibi ifa edilmiş olacağı nihai bitim noktasıdır. Varma yerinin neresi olduğu, biletten ya da taşıma senedinden anlaşılır.

D. İlave Yetki Kuralı (m. 46)

Birçok taşıma, taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan kişiler tarafından icra edilebilmektedir. Taşımanın kısmen veya tamamen akit taşıyıcının vermiş olduğu yetkiye dayanarak üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi halinde bu kişi taşıma hukukunda fiili taşıyıcı olarak adlandırılmaktadır⁴². Fiili taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımalara ilişkin olarak dava açılacak ise, davacının seçimine bağlı olarak dava, fiili taşıyıcıya veya akit (anlaşmalı) taşıyıcı aleyhine ayrı ayrı veya birlikte açılabilir. Dava taşıyıcılardan yalnızca birine karşı açılmışsa, davalı taşıyıcı diğer taşıyıcının davaya dahil olmasını talep edebilir. Bu talebin usulü ve etkisi davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tabi olur (m. 45). Montreal Sözleşmesi m. 45 uyarınca bir dava açılacak ise; dava, davacının seçimine göre akit (anlaşmalı) taşıyıcı aleyhine m. 33'te sayılmış bulunan mahkemelerden birinde veya fiili taşıyıcının ikametgâhı veya esas işyerinin bulunduğu yerdeki yetkili mahkemede açılabilir. Her iki durumda da davanın açıldığı mahkemenin bulunduğu devletin Montreal Sözleşmesi'ne taraf olması gerekmektedir (m. 46).

Montreal Sözleşmesi m. 34, ilave yetki kuralı başlığı altında fiili taşıyıcının ikametgâhı veya esas işyerinin bulunduğu yerde de davanın açılabilceğini düzenleyen 46. maddeye atıfta bulunmamaktadır. Bu durumun Montreal'de yürütülen Konferans'ın dikkatsizliğinin bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmenin hazırlık dokümanları, yargı yetkisini düzenleyen 33. madde metni henüz kaleme alınmamışken 34. madde metninin kabul edildiğini göstermektedir. Sözleşme metninin taslağında hem 33. hem de 46. maddelere atıfta bulunulmasına rağmen Sözleşme'nin nihai versiyonunda sadece 33. maddeye atıfta bulunulmuştur. Buna karşılık, Montreal Sözleşmesine taraf devletlerin m. 46 uyarınca yargı yetkisini hariç tutmayı amaçladıklarına dair hiçbir veri bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Montreal Sözleşmesi m. 34 uyarınca tahkim yargılamasını tercih eden taraflar, Sözleşmenin V. Bölümü (Anlaşmalı Taşıyıcıdan Farklı Bir Kişi Tarafından Gerçekleş-

⁴² Sözer, s. 45.

tirilen Hava Yoluyla Taşıma) kapsamına giren bir taşıma söz konusu olduğunda - diğer bir ifadeyle, bir akit taşıyıcı ve bir fiili taşıyıcı ile yapılan taşımalar bakımından- 46. maddede tanımlandığı üzere bir tahkim yeri üzerinde anlaşabilirler.

E. Zorunlu Uygulamalar (m. 49)

Montreal Sözleşmesi m. 49, zararın meydana gelmesinden önceki bir dönemde taşıma sözleşmesi veya yapılacak özel bir anlaşma ile 33. maddede sayılan mahkemelerden başka bir mahkemenin yetkili olacağını kararlaştırılmasını yasaklamakta ve böyle bir şartın geçersiz olacağını belirtmektedir. Bu nedenle, Montreal Sözleşmesi m. 49 uyarınca, ancak zararın meydana gelmesinden sonra m. 33'te sayılan mahkemeler dışında bir mahkeme yetkilendirilebilir.

Taraflar, sözleşme müzakereleri sırasında değil, zarar meydana geldikten sonra tahkim yeri üzerinde anlaşılırsa m. 34/f.2'deki atıf uyarınca m. 33 veya ilave yetki kuralı başlığı altında m. 46'da belirtilen tahkim yerlerinden farklı bir yeri tahkim yeri olarak kararlaştırmayı düşünebilirler. Zira Montreal Sözleşmesi m. 49'un lafzı tarafların zarar meydana geldikten sonra yargılama hakkına ilişkin kuralları değiştirebileceğini ifade etmektedir. Buna karşılık, Montreal Sözleşmesi m. 34/f.4, 2. ve 3. fıkra hükümlerinin her tahkim anlaşmasının veya şartının ayrılmaz bir parçası olduğunu ve bunlara aykırı bir anlaşmanın geçersiz olduğunu belirtmektedir. Hükümün lafzı zarar meydana geldikten sonra taraflarca akdedilen tahkim sözleşmesinin ya da taşıma sözleşmesine ekleyecekleri bir tahkim şartının da m. 34/f.2'nin gerekliliklerine uygun olması gerektiği anlamına gelebilir. Bir başka deyişle, hükümün lafzından sadece m. 33 ya da akdi taşıyıcı söz konusu ise m. 46'daki tahkim yerlerinin seçilmesi gerektiği anlaşılabilir. Ancak 49. madde Sözleşme'nin tamamına ilişkin genel bir ilkeyi ifade ettiğinden söz konusu maddenin Sözleşme'nin tüm hükümleri bakımından geçerli olması gerekir. Dolayısıyla, tarafların zararın meydana gelmesinden sonra m. 33 ya da m. 46'da zikredilen yerlerden farklı bir yerde de tahkim yargılaması yapabilmeleri kabul edilmelidir.

F. Tahkim Prosedürü (m. 34/f.3)

1929 tarihli Varşova Konvansiyonu m. 32 uyarınca sadece yük taşımacılığında doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkime imkân verilmiş ancak tahkim usulü, tahkim anlaşmasının şekli ve hakem ya da hakem heyetinin

uygulayacağı hukuk belirtilmemiştir⁴³. Montreal Sözleşmesi'nin 34. maddesi, Varşova Konvansiyonu'nun ilgili hükmünden farklı olarak daha açık bir şekilde tahkim anlaşmasının şeklini, tahkim yerini ve hakem ya da hakem heyetinin uygulayacağı hukuku belirlemiştir. Montreal Sözleşmesi m. 34/f.4 uyarınca, 2. ve 3. fıkrada belirtilen tahkim yerine ve uygulanacak hukuka ilişkin şartlar asli şartlardır ve tahkim anlaşmasının zorunlu unsurunu oluşturmaktadır. Bu zorunlu şartlarla bağdaşmayan bir tahkim anlaşması veya tahkim şartı geçersizdir.

1. Maddi Hukuk Bakımından Değerlendirme

Montreal Sözleşmesi m. 34/f.3, hakem veya hakem heyetinin Sözleşme hükümlerini uygulayacağını belirtmiştir. Bu nedenle, Montreal Sözleşmesi m. 34/f.3 uyarınca hakem veya hakem heyeti, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak maddi hukuk kuralları bakımından Montreal Sözleşmesi ile bağlıdır. Uyuşmazlık konusunun Montreal Sözleşmesi kapsamına girmemesi ya da maddi hukuk kuralları ile doğrudan düzenlenmemesi halinde uygulanacak maddi hukukun taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa tayin edilen hakem ya da hakem heyeti tarafından tespit edilmesi gerekir⁴⁴. Örneğin, Montreal Sözleşmesi'nin 29. maddesinde hava yoluyla yük taşımacılığında doğan uyuşmazlıklar bakımından manevi tazminata hükmolunamayacağı açıkça ifade edilmiştir⁴⁵. Taraflardan birinin manevi tazminat talep etmesi halinde hakem ya da hakem heyetinin uygulanacak maddi hukuku tespit etmesi ve talebi bu hukuka göre değerlendirmesi gerekir. Burada uygulanacak hukukun hangi milli hukuka göre belirleneceği meselesi gündeme gelecektir. Bu durumda hakem ya da hakem heyetinin tahkime uygulanacak usul hukuku kurallarındaki kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca karar vermesi gerekir. Örneğin, taraflar ICC Tahkim Kuralları'na atıfta bulunmuş ancak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlememişlerse 21. maddede hakem ya da hakem heyetinin uygun gördüğü hukuku uygulayacağı ifade edilmiştir. Tarafların, uyuşmazlığın esası hakkında uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmeleri ya da böyle bir seçim yapmamakla birlikte hakem ya da hakem heyetinin en uygun

⁴³ **Tunçağıl**, Gülce Gümüşlü: Milletlerarası Özel Hukukta Sivil Hava Taşımacılığı Kazaları ve Taşıyıcının Hukukî Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016, s. 70.

⁴⁴ **Özel**, Sibel/**Erkan**, Mustafa/**Pürselim**, Hatice Selin/**Karaca**, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2023, s. 370.

⁴⁵ Bkz. **Moore**, s. 227; **Garcia Rojas**, Daniela Maria: "Should Air Cargo Disputes be Settled Through International Commercial Arbitration?", The Aviation & Space Journal XVIII, 4, 2019, s. 5.

hukuk olarak Türk hukukunu belirlemesi halinde, uyuşmazlığa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümleri (m. 850-930) uygulanır.

2. Usul Hukuku Bakımından Değerlendirme

Montreal Sözleşmesi, sadece tahkim yerini belirlemiş, tarafların başvurabileceği tahkim türünü ve tahkimin usulüne uygulanacak hukuku düzenlememiştir. Bu sebeple, Montreal Sözleşmesi'ne istinaden yük taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar çerçevesinde gerçekleştirilecek tahkim usulü, tahkim yerinin belirlenmesi konusu dışında milletlerarası ticari tahkimin genel kurallarına tabi olacaktır⁴⁶.

Taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları serbestçe tayin edebilirler. Hakem veya hakem heyeti tarafından uygulanacak usul hukuku kurallarını taraflar doğrudan kendileri kararlaştırabileceği gibi belirli bir tahkim merkezinin önceden kaleme alınmış kurallarına atıfta da bulunabilirler. Taraflar, uyuşmazlıklarını herhangi bir kurumdan destek almadan kendi belirleyecekleri usul kuralları çerçevesinde ve hakem ya da hakem heyeti aracılığıyla çözülmesini arzu ediyorsa *ad hoc* tahkim söz konusu olacaktır⁴⁷. *Ad hoc* tahkimde taraflar dilerse UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi *ad hoc* tahkimi düzenleyen milletlerarası tahkim kurallarının uygulanmasını da kararlaştırabilirler⁴⁸. Taraflar, uyuşmazlıklarının idari bir organizasyona sahip bir tahkim merkezi çatısı altında çözülmesini tercih ediyorlar ise kurumsal tahkim söz konusu olacaktır⁴⁹. Bu durumda taraflar tahkim anlaşmalarında tahkime uygulanacak usul kurallarını detaylı bir şekilde düzenleyen bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yapmak suretiyle ilgili merkezin usul hukuku kurallarının uygulanmasını kabul etmiş olurlar. Bu bağlamda İstanbul Tahkim Merkezi, ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes - Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez), ICC (International Chamber of Commerce - Milletlerarası Ticaret Odası) kurumsal tahkim merkezlerine örnek olarak gösterilebilir.

Montreal Sözleşme'si her ne kadar taraflara uyuşmazlığa uygulanacak usul hukuku kurallarını tayin etme ya da belirli bir tahkim kurumuna atıfta bulunma imkânı verse de taraflar m. 34/f.2 uyarınca belirli tahkim yerlerinden birini seçmek durumundadırlar. Taraflar tahkim yerini seçerken aynı

⁴⁶ Şanlı, Havacılık, s. 26.

⁴⁷ Şanlı, Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2023, s. 786.

⁴⁸ Akıncı, s. 276.

⁴⁹ Şanlı, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 787.

zamanda tahkim yeri hukukunun tahkime ilişkin düzenlemelerine (*lex arbitri*) tabi olurlar ve *lex arbitri*'nin emredici hukuk kurallarını bertaraf edemezler. Örneğin, tarafların tahkim yeri olarak İstanbul'u belirleyip ICC Tahkim Kuralları'na tabi bir tahkim yargılamasını tercih etmeleri durumunda *lex arbitri*'nin yani 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun emredici hükümleri ile her halde bağlı olacaklardır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tahkim prosedürünün daha esnek ve süratli olması, gizli olması, hava yolu taşımacılığı konusunda ihtisaslaşmış kişilerin hakem olarak seçilebilmesi gibi faktörler dikkate alındığında tahkim oldukça popüler bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁰. Tahkim, aynı zamanda tek hakemin söz konusu olduğu örneklerde yargılamanın daha basit ve esnek bir şekilde yürütülmesine de olanak sağlamaktadır⁵¹. Doktrinde de tahkim prosedürünün özellikle karmaşık hukuki ve olgusal meseleler içermeyen görece basit uyuşmazlıklar bakımından daha etkili ve az maliyetli olduğu belirtilmektedir⁵². Buna karşın, uygulamada uluslararası hava yolu şirketleri yük taşımacılığı sözleşmelerine tahkim şartı koymayı tercih etmemektedirler. Öyle ki, hava yolu şirketi olan üye taşıyıcılarına rehberlik eden IATA (International Air Transport Association - Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği) Kargo Hizmetleri Konferansı, yük taşımacılığı ile ilgili uyuşmazlıklarda yıllarca tahkimi tavsiye etmemiştir⁵³.

Hava yoluyla yük taşımacılığında doğan uyuşmazlıklar bakımından Montreal Sözleşmesi m. 34 uyarınca tahkim yargılamasına başvurulmamasının kanaatimizce pek çok farklı nedeni bulunmaktadır.

İlk olarak tahkimin masraflı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olması Montreal Sözleşmesi kapsamında tahkimin tercih edilmemesine bir gerekçe olarak gösterilmiştir⁵⁴. Yukarıda da değinildiği üzere, Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının sorumluluğu, zarardan sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın kilo başına 22 özel çekme hakkı ile sınırlıdır. Anılan sınırlama nedeniyle küçük montanlı uyuşmazlıklarda oldukça yüksek yargılama giderlerinin söz konusu olduğu tahkim prosedürüne başvurulması ekonomik anlamda rasyonel bir karar olmayacaktır. Hava yoluyla yük taşıma-

⁵⁰ Garcia Rojas, s. 8.

⁵¹ Köşgeroğlu/Fendoğlu, s. 23.

⁵² Whalen, s. 418; Garcia Rojas, s. 8.

⁵³ Whalen, s. 419.

⁵⁴ Whalen, s. 417.

cılığına ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda davalar genellikle kapsamlı keşif, hava yolu çalışanlarının ve nakliyecilerinin tanık beyanlarına başvurulması gibi delillerin toplanması süreçlerini içerir. Bu tür gider kalemlerine hakem veya hakem heyeti masraflarının da eklenmesi özellikle hava yolu şirketleri ve sigortacıları tarafından oldukça masraflı karşılanmaktadır. Bu nedenle, ancak çok yüksek miktarda bir alacak söz konusu olduğunda tahkime başvurulması söz konusu olmaktadır.

Montreal Sözleşmesi kapsamında tahkime başvurulmamasının arkasındaki bir diğer gerekçe Montreal Sözleşmesi'nin tahkim anlaşması yapılmasına izin verilen uyuşmazlıkları yalnızca yük taşımacılığına ilişkin uyuşmazlıklar ile sınırlamış olmasıdır. Yolcu ve bagaj taşımacılığına ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşme kapsamında tahkime tabi tutulmasının mümkün olmaması uygulamada tahkime olan ilgiyi azaltmıştır. Zira sayı olarak fazla olan ve yüksek tazminat davalarını konu alan yolcu ve bagaj taşımacılığına ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşme'de öngörülen sınırlama nedeniyle devlet mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, uluslararası unsurlu yük taşıma anlaşmalarında yer alan tahkim klozlarının geçersiz olması tarafların tahkime başvurusu önünde bir engeldir. Uygulamada, taraflar arasında akdedilen taşıma sözleşmesinde yer alan ve taşıyıcının ileri sürdüğü tek tip genel koşullar altında yer alan tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışma konusu olabilir. Yukarıda da değinildiği üzere, kanaatimizce bu gibi bir durumda tahkim klozu geçerli kabul edilmeli ise de tahkim yerine göre yabancı devlet mahkemelerinin değerlendirmeleri farklı yönde olabileceğinden bu durum tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından bir risk teşkil etmektedir.

Montreal Sözleşmesi kapsamında tahkim yolunun tercih edilmemesinin bir diğer gerekçesi Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen tahkim yerine ilişkin sınırlamadır. Anılan kural kapsamında taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer, tahkim yeri olarak öngörülebilecek yerlerden biri olarak sayılmakla beraber özellikle tüzel kişi taşıyıcı bakımından ikametgâh kavramının Sözleşme'de tanımlanmamış olması uygulamada tahkim yerinin tespiti bakımından bir güçlük yaratacaktır. Zira tahkim yeri belirlenirken tüzel kişi taşıyıcının ikametgâhının tespitinde uyuşmazlığın görüldüğü ülke hukuku dikkate alınacak, dolayısıyla uygulamada yeknesaklık sağlanması mümkün olmayacaktır. Diğer yandan, tarafların aralarında bir ihtilaf ortaya çıktıktan sonra tahkim anlaşması yapmaları halinde Sözleşme'de sayılan sınırlı sayıdaki tahkim yerleri düzenlemesinden ayrılacakları konusunda Montreal Sözleşmesi bir açıklık içermemektedir. Tahkim yerinin belirlenmesine iliş-

kin anılan söz konusu belirsizlikler tarafların tahkime başvurusunu engelleyici bir etki yaratmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimin en önemli avantajlarından biri olan tarafların uygulanacak hukuku seçme imkânı Montreal Sözleşmesi kapsamında başvurulmuş tahkim prosedüründe tam anlamıyla mevcut değildir. Sözleşme'nin öngördüğü maddi hukuk kuralları kapsamında düzenlenmemiş konular bakımından -örneğin manevi tazminat- uygulanacak hukuk hakem heyeti tarafından tahkime uygulanacak usul hukuku çerçevesindeki kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Ancak, yukarıda da detaylandırıldığı üzere Montreal Sözleşmesi yalnızca tahkim yerini düzenlemiş olup tahkim usulü konusunda başkaca bir düzenleme getirmemiştir. Bu bakımdan taraflar tahkime uygulanacak usul kurallarını kendileri belirleyebilirlerse de Montreal Sözleşmesi tahkim yerinin belirlenmesi bakımından sınırlı sayıda seçenek sunarak tahkim usulüne uygulanacak emredici kuralları dolaylı da olsa belirlemektedir. Bu anlamda tahkim usulü bakımından tarafların serbestisi kısıtlanmış olmakta ve öngörülebilirlik zedelenmektedir. Bu durum tarafların tahkim yerine milli mahkemelere yönelmelerine neden olmaktadır.

Hakem ya da hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku yani, Montreal Sözleşmesi'ni yanlış uygulaması ya da hiç uygulaması ve bu hususun tenfiz mahkemeleri tarafından denetime tabi olmaması da Montreal Sözleşmesi kapsamında tahkime başvurulmamasındaki en önemli sebeplerden biri olarak değerlendirilmektedir. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi m. 5 uyarınca usul hukuku kurallarına aykırılık tenfiz engeli teşkil edecektir çünkü usul hukukuna aykırılık halinde hakem ya da hakem heyetinin yetkilerini aşmış olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, taraflar ICC Tahkim Kuralları'na atıfta bulunmalarına rağmen hakem ya da hakem heyetinin bu kurallara ya da tahkim yerinin tahkim kanunlarındaki emredici hukuk kurallarına uymaması tenfiz engeli teşkil edecektir. Buna karşılık, örneğin, hakem ya da hakem heyetinin taşıyıcının kilo başına sorumlu olacağı SDR miktarını yanlış hesaplamış olması tenfize engel teşkil etmeyecektir. Zira New York Sözleşmesi m. 5 uyarınca tanıma ve tenfiz engelleri sınırlı sayıda ve hakem ya da hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku yanlış uygulaması ya da hiç uygulamaması denetime tabi değildir. Bunun nedeni tanıma ve tenfiz davalarında esasa girme yasağının (*revision au fond*) söz konusu olmasıdır. Hakem kararının esasına ilişkin iddialar hakem kararının doğru-

luğunu inceleme yasağı kapsamında olduğundan tenfiz mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin iddiaları inceleme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁵.

Öte yandan bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararına karşı tahkim yeri devlet mahkemesinde iptal davası açma imkânı haricinde klasik anlamda bir temyiz imkânı bulunmamaktadır. Tahkim yargılaması sonucunda verilecek karar gelecekteki benzer uyuşmazlıklar bakımından emsal de teşkil etmeyecektir.

Son olarak havacılık ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü teşvik eden iki oluşumdan bahsetmek gerekir. Şangay Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu (*Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission- SHIAC*) ve bu kurum bünyesinde yeni açılan Şangay Uluslararası Havacılık Tahkim Mahkemesi (*Shanghai International Aviation Court of Arbitration*)⁵⁶ havacılık sektöründe deneyimli hakemlerin hukuki ve ticari bakımdan daha yerinde kararlar alabileceğini vurgulayarak havacılık sektöründe tahkimi teşvik etmektedirler⁵⁷. Şangay Uluslararası Havacılık Tahkim Mahkemesi dünyada havacılıkla ilgili uyuşmazlıkların çözümüne odaklanan ilk tahkim mahkemesidir. Diğer bir oluşum ise 2022 yılında Hollanda hukukuna göre bir vakıf olarak kurulan Lahey Havacılık Tahkim Mahkemesi'dir. Lahey Havacılık Tahkim Mahkemesi, havacılık sektöründekilere özel tahkim hizmeti sağlayarak tahkimi teşvik eden ve havacılık endüstrisine hizmet eden özel bir hükmet dışı girişimdir⁵⁸. Bu gelişmeler ışığında havacılık sektöründe tahkimin henüz yerleşik olmamakla beraber yavaş yavaş gelişeceği öngörüsünde bulunulabilir.

⁵⁵ Akıncı, s. 524.

⁵⁶ 28 Ağustos 2014 tarihinde sivil havacılık alanındaki ilk tahkim mahkemesinin faaliyete geçmesiyle SHIAC, uluslararası havacılıkta tahkim mekanizmasını Çin'e tanıtmıştır. Bu çalışma platformu Çin Hava Taşımacılığı Birliği (*China Air Transport Association*), Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (*IATA*) ve Şangay Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu'nun ortak çalışmalarının bir sonucudur. Uluslararası havacılık alanında tahkim hizmetleri sunmayı, uluslararası havacılık hukuku alanına ilişkin araştırmaları geliştirmeyi ve havacılık alanında yetkin hukukçuları desteklemeyi amaçlamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.shiac.org/pc/Aviation>

⁵⁷ Garcia Rojas, s. 9.

⁵⁸ Lahey Havacılık Tahkim Mahkemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.haguecaa.org/>

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Beale**, Ned/**Graham-Evans**, Ben: “Arbitration Agreements in Commercial Aviation Contracts and the Hague Court of Arbitration for Aviation”, *Air & Space Law* 48, 1, 2023, s. 59-72.
- Ekşi**, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010.
- Garcia Rojas**, Daniela Maria: “Should Air Cargo Disputes be Settled Through International Commercial Arbitration?”, *The Aviation & Space Journal* XVIII, 4, 2019, s. 2-12.
- Gölcüklü**, İlyas: Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2015.
- Gölcüklü**, İlyas: Hava hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2018.
- Göktepe**, Hülya: “Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(3), 2016, s. 211-223.
- Grigorieff**, C. I.: “The regime for international air carrier liability: To what extent has the envisaged uniformity of the 1999 Montreal Convention been achieved?”, Doktora Tezi, Leiden Üniversitesi, 2021, s. 188-209.
- Giemulla**, Elmar/**Schmid**, Ronald/**Dettling-Ott**, Regula/**Müller-Rostin**, Wolf: “Convention for the unification of certain rules for international carriage by air, done at Montreal on 28 May 1999 (Montreal Convention of 1999)”, 2022, s. 555-557.
- Köşgeroğlu**, Banu Şit/**Fendoğlu**, Hasan Tahsin: Hava Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Moore**, Larry: “The new Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Spring 2001, s. 223-232.
- Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011.
- Özel**, Sibel/**Erkan**, Mustafa/**Pürselim**, Hatice Selin/**Karaca**, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2023.
- Pradhan**, Devendra: “The Fifth Jurisdiction Under The Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody”, *Journal of Air and Commerce* 2003, s. 717-730.

- Sözer**, Bülent: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Şanlı**, Cemal: Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 1992 (Havacılık).
- Şanlı**, Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 10. Bası, İstanbul 2023.
- Tarman**, Zeynep Derya: “Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 107, 2013, s. 97-118.
- Tunçağıl**, Gülce Gümüşlü: Milletlerarası Özel Hukukta Sivil Hava Taşımacılığı Kazaları ve Taşıyıcının Hukuki Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016.
- Qin**, Huaping: “Beyond Litigation: The Use of ADR in Resolving Disputes Between Air Carriers and Passengers: China’s Perspective”, Air & Space Law 47, 3, 2022, s. 347-374.
- Whalen**, Thomas J.: “Arbitration of International Cargo Claims”, Air and Space Law 34, 6, 2009, s. 417-420.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURULUNUN İDARİ PARA CEZASI KARARLARINA KARŞI YARGI YOLU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1381505>

Doç. Dr. Servet ALYANAK*

Öz

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 1. maddesiyle, "insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek üzere" Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulunun kurulduğu belirtilmiştir. Makalede, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulunun idari yaptırım (para cezaları) kararlarına karşı yasa yolu ve mercii-ne ilişkin karşılaşılan sorunlara değinilmiştir. Makalede öncelikle TİHEK'in genel olarak görev alanları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı aldığı idari yaptırım kararları (para cezaları) hakkındaki konuya ilişkin ilgili mevzuatı ortaya konulmuştur. Konuyla ilgili TİHEK'in ayrımcılık yasağını ihlal eden kişiler aleyhine aldığı kararlar ve bu kararlara karşı yapılan başvuru üzerine idari yargı ve adli yargı mahkemelerince alınan kararlar çerçevesinde değerlendirme de yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ayrımcılık yapmama, Yasa yolu, İdari yaptırım (para cezaları), Adli/idari yargı

* Türkiye Adalet Akademisi, Ankara (seralyanak06@gmail.com) ORCID: 0000-0003-4092-9984 (Gönderim Tarihi: 26.10.2023-Kabul Tarihi: 15.11.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**JUDICIAL REMEDY AGAINST ADMINISTRATIVE
SANCTIONS (FINE) OF THE HUMAN RIGHTS AND
EQUALITY INSTITUTION OF TURKEY**

(Research Article)

Abstract

The Human Rights and Equality Institution (TIHEK) was established to “protect and improve human rights on the basis of human dignity, ensure the right of individuals to be treated equally, prevent discrimination against the exercise of rights and freedoms which are determined by law and behave accordingly, combat torture and ill-treatment effectively and to fulfil its duty as a national preventive mechanism”. Legislation mandates TIHEK as a national preventive mechanism to eliminate torture as well as preventing discrimination. The article analyses the problems encountered regarding the legal remedy and the authority against the administrative sanctions (fines) given by the Human Rights and Equality Board of Turkey. Firstly, the relevant legislation related to the issue of TIHEK’s general duties and the administrative sanctions for violation of non-discrimination has explained. Subsequently, evaluations were made on administrative courts and civil law courts decisions on administrative sanctions (fines) taken by TIHEK against individuals.

Keywords

The Human Rights and Equality Institution, Non-discrimination, Legal remedy, Administrative sanction (fines), Civil/administrative jurisdiction

GİRİŞ

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 1. maddesiyle insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun (Kurum) kurulduğu belirtilmiştir¹.

Makalede, Kurumun idari yaptırım (para cezaları) kararlarına karşı yasa yolu ve merciine ilişkin karşılaşılan sorunlara değinilmiştir. Makalede öncelikle TİHEK'in genel olarak görev alanları ve idari yaptırım kararları hakkındaki konuya ilişkin ilgili mevzuat ortaya konulmuştur. Konuyla ilgili TİHEK'in aldığı kararlar ve bu kararlara karşı idari yargı ve adli yargı mahkemelerince alınan kararlar çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

Yargı mercii tarafından verilen bir kararın hatalı ya da hukuka uygun olmadığı iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla yargılama makamının önüne götürülmesi, kanun yoluna başvurma olarak adlandırılır². Bir davaya hangi yargı kolundaki mahkeme tarafından bakılacağı konusu da yargı yolu (adli yargı/idari yargı) ilişkisidir.

I. TİHEK'İN BAŞVURU ALMA YETKİSİ İLE “AYRIMCILIK YASAĞI” İHLALİ NEDENİYLE UYGULADIĞI İDARİ YAPTIRIM YETKİSİ

A. TİHEK'in Görevleri Kapsamında Kalan Başvuru Alma Yetkisi

Bilindiği üzere; TİHEK, 20/04/2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Kanun ile kurulmuştur. 6701 sayılı Kanun'a bakıldığında, Kanun'un 1. maddesine göre; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.

¹ **Odyakmaz, Zehra/Kesik, Bayram/Deniz, Yusuf:** “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 7, 2016, s. 721-761, s. 734.

² **Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul 2006, s. 1302.

Mezkûr kanunla TİHEK üç farklı temel alanda faaliyet görevlerini tek çatı altında gerçekleştirecek şekilde yapılandırılmıştır. Bu doğrultuda 6701 sayılı Kanun ile TİHEK'e; "İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi", "Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM)" ve "Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele"den oluşan bu üç alanda farklı görev ve yetkiler verilmiştir.

Ulusal önleme mekanizması kapsamında TİHEK, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması (UÖM) işlevini yerine getirmekle görevlendirilmiştir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde Kurumun, "Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek"le görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, UÖM görevi kapsamında, resen inceleme yetkisi de olan TİHEK'in işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin bireysel başvuruları da incelemek ve karara bağlamak görevi bulunmaktadır.

6701 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde Kurumun, "İnsan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek" görevli olduğu düzenlenmiştir. 6701 sayılı Kanun, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi kapsamında diğer ihlal iddialarına yönelik TİHEK'e bireysel başvuru yapılmasına imkan tanımamıştır. Ancak TİHEK'in insan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek görevi bulunmaktadır.

6701 sayılı Kanun'un "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" kenar başlıklı 3. maddesinde; "(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4)Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik görevi bağlamında 6701 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde Kurumun, "ayrımcılık ya-

sağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek”le görevli olduğu düzenlenmiştir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda “ayrımcılık hukukuna” aykırı işlemler idari yaptırıma bağlanmıştır.

B. TİHEK’in “Ayrımcılık Hukukuna” Aykırı İşlemler Hakkında İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanun’un “idari yaptırımlar” başlıklı 25. maddesi uyarınca; “(1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.

(3) 19 uncu maddede öngörülen yükümlülüklerle, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkra kapsamındaki kişi ve kuruluşlar hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu fıkra düzenlenen idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz.

(5) Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

(6) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır.

Anılan madde düzenlemesi, TİHEK’e, ayrımcılık yasağının ihlali halinde ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında idari para cezası uygulama yetkisi vermektedir. Ayrımcılık yasağı

ihlalden zarar gördüğünü iddia eden her gerçek ve tüzel kişi TİHEK'e başvurma hakkına sahiptir³. 6701 sayılı Kanun'un amaç kısmında da "...kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek..." denilmiştir. Anılan Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında da, eşit muamele görece ve hukuken tanınmış haklardan ve hürriyetlerden eşit olarak yararlanacak kişiler herkes olarak ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, 6701 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 6. fıkrasında; "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır.

II. TİHEK'İN İDARİ YAPTIRIM KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU KARARA KARŞI BAŞVURULACAK YARGISAL MERCİ

A. İdari Yaptırım ve İdari Para Cezası Kavramları

İdari yargı, idarenin kamu hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile uğraşır. Adli yargı, idari yargının görev alanı dışında kalan ve genel olarak hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri ile ceza kanunlarına göre suç sayılan fiiller hakkında Devletin cezalandırma yetkisini kullanmasını konu alan yargı koludur⁴.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılmış ve kabahatler TCK dışına çıkarılmıştır. Kabahatler için de 5236 sayılı Kabahatler Kanunu hazırlanmış olup eskiden bir suç türü olarak kabul edilen kabahatler artık bir haksızlık türü olarak kabul edilmiştir⁵. Yine aynı tarihte yürürlüğe giren 5236 sayılı Kabahatler Kanunuyla idari yaptırımlar ilk defa genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kamu düzenini ağır şekilde ihlal etmeyen ancak haksızlık ihtiva eden fiiller kabahat olarak kabul edilmiş ve bu fiiller karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Bu yaptırımlar, başta hu-

³ **Kalabalık**, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 341.

⁴ **Tercan**, Erdal: "Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasındaki Hüküm Uyuşmazlığı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 2, 2014, s. 1-46, s. 3-4.

⁵ **Erdinç**, Burcu: "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2012, s. 246.

kuki nitelikleri olmak üzere pek çok açıdan cezai yaptırımlardan ayrılmakla birlikte bunların idare hukukunun mu yoksa ceza hukukunun mu alanına dahil oldukları hususu tartışmalıdır. Çoğu zaman bir yargı kararı olmaksızın idari merci tarafından hükmedilen idari yaptırımlar içerisinde idari para cezası önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde idari para cezasına sıkça yer verilmektedir. Ayrıca genel bütçe içerisinde yer alan gelirler incelendiğinde de idari para cezalarının oranının her geçen yıl arttığı göze çarpmaktadır.

Öğretide “idari yaptırım” kavramına ilişkin pek çok tanım bulunmakla birlikte bu kavramın temel özellikleri dikkate alınarak şöyle bir tanım yapılabilir. İdari yaptırımlar, idarenin yasaların açıkça yetki verdiği durumlarda, araya bir yargı kararı girmeden, idare hukuku kurallarına göre ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu kararlar olarak tanımlayabiliriz⁶. İdari ve cezai yaptırımlar arasında bu yaptırımların amaçları, türleri, yaptırıma yetkili organ, yaptırım uygulama usulü, hukuki nitelikleri ve sonuçları açısından birçok farklılıklar bulunmaktadır⁷.

Kabahatler Kanun’un 16. maddesine göre, idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir⁸. İdari işlemin bir türü olan idari para cezalarını da idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak hukuk düzenine aykırı bazı davranışlara bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir idari işlem ile uygulanan cezalar olarak tanımlamak mümkündür⁹. İdari para cezasına karşı yargı mercilerine başvurulması, yargı merciinin bu konuda aksi bir karar vermesi durumu hariç, verilen cezanın uygulanmasını durdurmaz.

TİHEK’in 6701 sayılı Kanun’un 25. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı uyguladığı idari düzenin sağlanmasına yönelik olarak tesis edilen işlemin bir idari işlem olduğunu söylemek mümkündür. Hükmi ve hakiki şahısların TİHEK’in ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı verdiği

⁶ İdari yaptırım kavramı için yapılan tanımlara bkz. İl Han Özyay: İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, s. 35; **Günday**, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2011, s. 233.

⁷ İdari ve cezai yaptırımlar arasındaki farklılıklar için bkz. **Can**, Sibel: “İdari Para Cezası”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 29, 2017, s. 415, 416, 417.

⁸ Kabahatler Kanunu’nun 16. maddesine göre; “(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir. (2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.”.

⁹ **Karabulut**, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 36.

idari para cezalarına karşı itiraz yoluna gidebilmesinin önünün açık olması en başta hukuk devletinin bir gereğidir. TİHEK'in verdiği bu idari para cezalarına karşı başvurulacak yargı mercii sulh ceza hâkimlikleri mi yoksa idare mahkemeleri mi olacağı tartışmaları TİHEK içerisinde yoğun tartışmaları beraberinde getirmiştir.

B. İdari Yaptırım Kararına Karşı Başvuru Yolları

Kural olarak özel hukuk alanına giren konuların yargılaması adli yargıda, idare hukuku alanına giren konular ile idari yaptırım gerektiren eylem ve işlemler ile idari uyuşmazlıklar ise idari yargıda görülür¹⁰. Ama bu durum her zaman geçerli değildir, örneğin, 6495 sayılı Kanun'la¹¹ trafik para cezası yanında, diğer idari tedbirlere (sürücü belgelerinin geri alınması ve iptalinde) başvurulması durumunda bile, her ikisi için de sulh ceza mahkemeleri yetkili kılınmıştır¹².

Anayasa Mahkemesi eski kararlarında¹³ Anayasada belirtilen adli yargı ve idari yargı rejimlerine aykırı yasal düzenlemelerin yapılmaması gerektiğine, idari hukuku alanındaki işlem ve eylemlere yönelik davaların idari yargıda; özel hukuka ilişkin davaların da adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine, yasa koyucunun bu konuda yapacağı kanunlarla farklı bir tasarrufta bulunma yetkisinin Anayasaya uygun olmayacağını belirtmiş; sonraki tarihli kararlarda¹⁴ ise “kamu yararı” ve “haklı neden” kriterleri kapsamında yasa koyucunun idari yargının görev alanına giren konularda davaların adli yargı mercilerince çözülebileceğine dair yasal düzenlemeler yapabileceği yönünde kararlar alınmıştır¹⁵.

¹⁰ **Uğur**, Hüsamettin: “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları (Başvuru ve İtiraz)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 89, 2010, s. 405-438, s. 405.

¹¹ 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesi, 02.08.2013 tarih ve 28726 sayılı Resmi Gazete.

¹² **Kayar**, Nihat: İdari Yargı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015, s. 176.

¹³ Anayasa Mahkemesi, E. 1988/32 K. 1989/10, 28.02.1989; Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71 K. 1995/23, 28.06.1995.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/72 K. 1997/51, 15.05.1997; Anayasa Mahkemesi, E. 2003/75 K. 2006/114 21.12.2006.

¹⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Güzel**, Oğuzhan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s. 1483-1524, s. 1504, 1505, 1506, 1507; **Arslaner**, Hakan: “Trafik İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 14, Sayı 53, 2023, s. 139-168, s. 145, 146, 147.

“Uyuşmazlık mahkemesinin ‘ceza uygulamasına ilişkin idarî kararlar nedeniyle açılan davalarla ilgili görev uyuşmazlıklarının uyuşmazlık mahkemesinin hukuk bölümünde görüşülüp çözümlenmesi gerektiği hakkında’ ilke kararlarında da ifade olduğu üzere, Kanun’un öngördüğü bir ceza idarenin bir organı eliyle uygulanabiliyorsa bu genel ceza hukukunun değil, idare hukukunun bir müeyyidesidir. Bu tür cezalar, uygulama alanı itibarıyla, idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla yönelik bir hukuki müeyyide niteliğini taşımakta olup; idari ceza uygulaması, konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibarıyla adli ceza uygulamasından farklılık göstermekte ve bu hukuki müeyyideler, esasen gerçek anlamda bir ceza sayılmamaktadırlar.”¹⁶.

Anayasanın 125. maddesinde, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasadaki bu düzenlemeye göre idarenin iş ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olmasıdır yoksa yargı yolunun mutlaka idari yargı yolu olması zorunluluğu değildir. Anayasada adli yargı ve idari yargı rejimi ayırımı mevcut olsa da ve kural olarak özel hukuk hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda ile idare hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar da adli yargıda görülmesi gerekmektedir birlikte yasa koyucunun yukarıda izah edildiği üzere kamu yararı ve haklı neden kriterlerine göre farklı bir yasal düzenleme yapması mümkündür.

Kabahatler Kanun’un 27. maddesine göre; “(1) İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.

(2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.

(3) Başvuru, bizzat kanuni temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir.

¹⁶ **Karakoç**, Zeynep: İdari Para Cezaları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 53.

(4) Başvuru dilekçesinde, idari yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir.

(5) İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.

(6) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idari yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir.

(7) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idari yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.

(8) İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür.” hükmü yer almaktadır.

6701 sayılı Kanun’un “İdari yaptırımlar” başlıklı 25. maddesinin 6. fıkrasında; “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır” düzenlemesi yer almaktadır. Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bu atıf idari yaptırımın iptali için değil idari yaptırımın (para cezasının) yerine getirilmesinde uygulanacak usul ve esasları belirlemeye ilişkindir.

5326 sayılı Kabahatler Kanun’un 27. maddesinin 1. fıkrasında; “İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir” düzenlemesi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra 5326 sayılı Kabahatler Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasında; “Bu Kanun’un; ...İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde ..., uygulanır” düzenlemesi bulunmaktadır. Dolayısıyla, idari yaptırımlar ve özel kanunlarda açıkça idari yargı yoluna başvurunun kabul edildiği durumlarda ancak idari yargı yoluna başvurulacaktır¹⁷. Ancak, Kaba-

¹⁷ Özen, Mustafa: İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 160.

hatler Kanun'un 27. maddesinin 8. fıkrasında da; "İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür." düzenlemesi bulunmaktadır. 6701 sayılı Kanun uyarınca ayrımcılık yasağının ihlal incelemeleri sonucunda TİHEK tarafından ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına veya ayrımcılık yasağı ihlali yapılmadığına şeklinde iki türlü karar verilmektedir. Her iki karar türü de idare hukuku anlamında birer idari işlem olup ayrımcılık yasağı ihlali olmadığına dair karar verildiğinde bu işlemin iptali için idari yargının görevli olduğu tartışmasızdır. TİHEK'in ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermesi halinde hak sahipleri karara karşı idari yargıda dava açabilmekte iken, hukukal olarak aynı nitelikte olan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair kararlarına karşı idari yargı yerine adli yargıda görülmesi çelişkili durumlara yol açabilir.

6701 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre, ayrımcılık yasağı ihlallerinde TİHEK'in idari yaptırım olarak verilecek para cezasının miktarında ve de seçenek yaptırımlara çevirmede takdir yetkisi bulunmasına rağmen idari yaptırım uygulamama gibi bir yetkisi yoktur. Bu idari yaptırım kararı ayrımcılık yasağı ihlali kararının zorunlu bir sonucudur. Burada 6701 sayılı Kanundan doğan yetki ile verilen idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren ayrımcılık yasağı ihlali kararı da bulunmaktadır. Bu nedenle, yukarıda anılan Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında öngörülen durumun varlığı dikkate alınarak, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları ayrımcılık yasağı ihlali işleminin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür. İhlal tespiti ve idari yaptırım kararına karşı birlikte dava açılması durumunda bu husus anılan hüküm uyarınca açık olmakla birlikte sadece idari yaptırıma karşı yargı yoluna başvurulmak istenildiğinde de durum aynıdır. Zira, idari yaptırımın hukuka aykırılık iddiası da bir yönüyle ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği tespitini de zorunlu olarak içerecektir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin E. 2021/44, K. 2021/178 ve 05/04/2021 tarihli kararında, trafik idari para cezası karar tutanağı düzenlenerek, davacıya 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48(5) maddesi uyarınca 1.228 TL idari para cezası ile 20 ceza puanı verilmiş, aynı birim tarafından sürücü belgesi geri alma tutanağı düzenlenmiş ve araç otoparka çektilerilerek muhafaza alınmasına ilişkin olayda, davacının idari para cezası, ceza puanı, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali ile 200 TL yediemin

otoparkı ücretinin kendisine ödenmesi istemiyle idari yargı yerinde açtığı uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğuna karar verilmiştir.

Yine benzer bir uyuşmazlıkta Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 01.12.2016 tarihli ve 2016/834 E, 2016/3261 K. sayılı kararında; sürücünün alkollü olarak araç kullanması sebebiyle idari para cezası verilmesi ve sürücü belgesinin geri alınması halinde, sürücü belgesinin geri alınması işlemi, idari davaya konu edilebilecek bir işlem olduğundan ve bu işlemle idari para cezası arasında hukuki ve fiili bağlantı bulunduğundan, sürücü belgesinin geri alınması kararı ile idari para cezasının iptalinin idari yargıda birlikte dava konusu edilmesine karar vermiştir.

6701 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 4. fıkrasında Kurumun verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebileceği düzenlemesi karşısında, Kurumun bu şekilde verdiği uyarı cezasına karşı açılacak davanın görüm yerinin idari yargı olacağı düşünüldüğünde, ayrımcılık yasağının ihlali kararı ile birlikte idari para cezası da verilmiş ise bu karara karşı açılacak davalarda da görevli yargı yerinin idari yargı olması gerekmektedir.

6701 sayılı Kanun'un "İdari yaptırımlar" başlıklı 25. maddesinin 6. fıkrasında idari yaptırımlara ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine genel atıf yapılmakla birlikte Kabahatler Kanun'un 27. maddesinin 8. fıkrasındaki açık düzenleme karşısında TİHEK tarafından verilen idari para cezasına karşı idari yargı mercilerine başvurulması daha doğru olacaktır. Kurumun para cezasının miktarında ve de 6701 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 4. fıkrası uyarınca seçenek yaptırımlara çevirmede takdir yetkisi bulunmaktadır. 6701 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 1. fıkrasında ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde idari para cezası uygulamama gibi bir yetkisi yoktur. İdari para cezası kararı ayrımcılık yasağı ihlali kararının bir sonucu olmakla birlikte Kurum vereceği para cezasını, ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alarak belirleyecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de genel olarak muhtelif idarelerin verdiği idari para cezalarını AİHS'in 6. maddesindeki cezai mahiyet arzeden "suç isnadı" kapsamında olup olmadığına karar verilirken, AİHM özellikle aşağıdaki unsurları dikkate almıştır¹⁸:

¹⁸ AİHM, Öztürk/Almanya, B. No: 8544/79, 21 Şubat 1984; AİHM, *Jussila/Finlandiya* [GC], 2006, § 38; *Steininger/Avusturya*, 2012, §§ 34-37; AİHM, *Chap Ltd./Ermenistan*, 2017, § 36.

- i. idari yaptırımını belirleyen yasanın tüm vatandaşları kapsamı,
- ii. idari para cezası yaptırımının, ayrımcılık yasağı fiilinden zarar gören kişinin zararını gidermeye yönelik maddi tazminat olarak değil, esasen yeniden suç işlemeyi caydırmak ve cezalandırmak için tasarlanması,
- iii. hem caydırıcı hem de cezalandırıcı bir amaçla uygulanan idari para cezası yaptırımının ağırlığı ve niteliği dikkate alınmaktadır¹⁹.

AİHM, bir fiil, iç hukukta idare hukuku alanında kabul edilse ve suç olarak düzenlenmese dahi, bu fiilin AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi kapsamında "cezai" nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, dava konusu idari yaptırımın genel karakterine, amacına, caydırıcı veya cezalandırıcı nitelikte olup olmadığına, yaptırımını belirleyen yasanın tüm vatandaşları kapsayıp kapsamadığına, idari para cezası yaptırımının ayrımcılık yasağı fiilinden zarar gören kişinin zararını gidermeye yönelik maddi tazminat olarak değil, esasen yeniden suç işlemeyi caydırmak ve cezalandırmak için tasarlanıp tasarlanmadığına bir bütün olarak bakmaktadır²⁰.

TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konu ceza hukukundan çok idare hukukunu ilgilendirmektedir²¹. Her ne kadar 6701 sayılı kanunda yargı yolu açık bir

¹⁹ Guidance on Article 6 of the Convention: Right to a Fair Trial (Civil Aspect). Council of Europe/European Court of Human Rights, 31 August 2022. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf (erişim 14.09.2023).

²⁰ **İnceoğlu**, Asuman AYTEKİN: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1127-1156, s. 1137; **Büyüktavşan**, Muhammed Taha: "Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 12, 2018, s. 279-313, s. 291.

²¹ Bir eylem nedeniyle verilen para cezasının amacı oluşan zararı tazmin etmek değil de cezalandırmak ise, AİHS'in 6. maddesine konu bir suç isnadından bahsetmek mümkündür. AİHM, *Jussila/Finlandiya* davası kararında da vergi para cezasının miktarı düşük olsa bile bazı koşullar altında uygulanan söz konusu yaptırımı cezai mahiyet arzeden "suç isnadı" niteliğinde kabul ederek 6. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. AİHM, *Jussila/Finlandiya* [BD], B. No:73053/01, 23/11/2006, §38. Dolayısıyla, TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konu ceza hukukundan çok idare hukukunu ilgilendirse de bu yaptırımın AİHS'in 6. maddesi kapsamında kalan bir suç isnadı olarak değerlendirilerek adil yargılanma hakkı kapsamında görülmesi icap eder. AİHM'in özerk kavramlar doktrinine göre bu idari yaptırımın "suç isnadı" olarak kabul edilerek AİHS'in 6. maddesi kapsa-

şekilde belirtilmemiş ise de TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına dair kararlarının dışındaki tüm kararları da idari yargının görev alanı içerisinde kalmaktadır. Yaptırımın adının yasa ile "idari yaptırım" olarak ifade edilmesi ve bu yaptırımı idarenin (TİHEK'in) vermiş olması, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte idare hukuku alanına giren hukuka aykırı eylemler olarak nitelendirilmesini de etkilemeyeceği açıktır.

TİHEK'in resmi web portalı incelendiğinde Kurumun ilk başta verdiği kararlarda ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezalarına karşı Ankara İdare Mahkemesine başvuru yolunun mevcut olduğunu belirtmiş ancak 09.02.2021 tarih ve 2021/19 sayılı kararı ve 14.9.2021 tarih ve 2021/229 sayılı kararlarında bu görüşünü değiştirmiş ve ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezası kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde Sulh Ceza Hakimliğinde yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, 14.9.2021 tarih ve 2021/230 karar sayılı kararında ise ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezasına karşı Ankara İdare Mahkemesine başvuru yolunun açık olduğunu belirtmiştir. Bu tarihten sonra da Kurumun günümüze kadar verdiği tüm kararlarında ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezasına karşı Ankara İdare Mahkemesine başvuru yolunun açık olduğunu belirtmiştir²².

C. İdari Yaptırım Uygulanmasına Dair Verilen Kurum Kararlarına Karşı Açılan Çeşitli Davalara Yönelik Mahkemelerce Alınan Kararlar

Kurumun ayrımcılık yasağı ihlali nedeniyle verdiği idari para cezalarına karşı itiraz yolunun sulh ceza hâkimlikleri olduğunu söylemek bize göre mümkün değilse de uygulamada bu konu hâlen tartışılır haldedir. Aşağıda, TİHEK tarafından verilen idari para cezaları hakkında idare mahkemeleri ile

mında kaldığının değerlendirilmesi ile bu yaptırımı karşı yapılacak başvuru ve inceleme sürecinin ulusal hukuktaki sınıflandırmaya göre idare hukuku ve idari yargı alanında görülmesi pekala mümkündür.

²² Örnek olarak bkz. TİHEK, B. No: 2021/377, 7.10.2021 tarih ve 2021/253 sayılı karar; TİHEK, B. No:2020/547, 4.1.2022 tarih ve 2022/12 sayılı karar; TİHEK, B. No:2021/766, 18.1.2022 tarih ve 2022/37 sayılı karar; TİHEK, B. No:2021/2485, 18.1.2022 tarih ve 2022/39 sayılı karar; TİHEK, B. No:2021/624, 18.1.2022 tarih ve 2022/40 sayılı karar; TİHEK, B. No:2022/1306, 2.5.2023 tarih ve 2023/345 sayılı karar; TİHEK, B. No:2022/1307, 2.5.2023 tarih ve 2023/345 sayılı karar; TİHEK, B. No:2022/1472, 13.6.2023 tarih ve 2023/499 sayılı karar; TİHEK, B. No:2023/477, 31.7.2023 tarih ve 2023/585 sayılı karar. TİHEK, B. No: 2023/506, 18.8.2023 tarih ve 2023/600 sayılı karar, Bkz. <https://www.tih.gov.tr/kategori/pages/kararlar> (erişim 11.09.2023).

sulh ceza hâkimlikleri tarafından yargı yolu bakımından tenakuz oluşturan kararlar incelenmiştir.

1) D... Y... P... D... T... A.Ş tarafından eleman.net adlı internet sitesine muhasebe-finans personeli alımı için verilen iş ilanında yer alan ifadelerle yönelik TİHEK tarafından yapılan resen inceleme sonucunda, 15.10.2018 tarih ve 2018/97 sayılı Kurum kararı ile 6701 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde güvence altına alınan "ayrımcılık yasağının" ihlal edildiğine karar verilmiş ve bu nedenle D... Y... P... D... T... A.Ş hakkında 3.000,00-TL(Üç bin Türk Lirası) tutarında, P... D... H... A.Ş. hakkında da 1.000,00-TL(Bin Türk Lirası) tutarında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Bu karara karşı D... Y... P... D... T... A.Ş tarafından Ankara 16. İdare Mahkemesine açılan davada Mahkeme, 30/09/2019 tarih ve 2019/311 Esas 2019/1733 Karar No'lu kararı ile; "...belirtilen maddi ve hukuki duruma göre, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu uyarınca uygulanan para cezasından kaynaklanan uyumsuzluğun çözümünde, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. ve 27. maddeleri uyarınca adli yargının görevli olduğu sonucuna varılarak, davanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi uyarınca davanın görev yönünden reddine..." karar verilmiştir. Bunun üzerine, D... Y... P... D... T... A.Ş tarafından Ankara 8. Sulh Ceza Hakimliğine yapılan itiraza karşı Mahkemenin 09.12.2019 tarih ve 2019/9291 D.İş sayılı kararında ise, Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı, "...ilgili işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı ve itiraz edenin itiraz sebeplerinin yerinde olmadığı, itirazın somut dayanaklardan yoksun olduğu anlaşılmakla yapılan itirazın reddine" kesin olmak üzere karar verilmiştir.

2) 15.10.2018 tarih ve 2018/97 sayılı Kurumun yukarıda anılan aynı kararı aleyhine bu defa P... D... H... A.Ş. tarafından İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hakimliğinde açılan davada da Mahkemenin 2019/510 D.İş sayılı kararında; "...düzenlenen idari yaptırımın usule ve yasaya uygun olduğu anlaşılmakla Hakimliğimizce itirazın reddine" kesin olmak üzere karar verilmiştir.

3) 10.09.2019 tarih ve 2019/54 sayılı Kurum kararı verilen; "C... B...'nın Kurumumuza yaptığı başvuruyu gerekçe göstererek başvurana disiplin cezası uygulaması sonucunda ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi nedeniyle, ... Açık Ceza İnfaz Kurumu Birinci Müdürü M... Ç...'e 1.500,00- TL, İkinci Müdürü Ş... D...'e 1.000,00- TL, idari para cezası verilmesi" kararına karşı davacı M... Ç... tarafından Ankara 9. İdare Mahkemesine açılan davada Mahkeme, 04/02/2020 tarih ve 2019/2459 Esas

2020/352 Karar No'lu kararı ile; "...dava konusu idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, yukarıda hükümlerine yer verilen 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanun'un "İdari Yaptırımlar" başlıklı 25. Maddesinin ve Kanun'un uygulanmasına yönelik yönetmeliğin 70. Maddesinin son fıkrasında idari yaptırımlara yönelik olarak hüküm bulunmayan hallerde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemesi de göz önüne alındığında; 6701 sayılı Kanun uyarınca uygulanan idari para cezasına ilişkin işleme karşı açılan iş bu davanın görüm ve çözümünde, 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmaktadır... Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi uyarınca davanın görev yönünden reddine..." temyiz/istinaf yolu kapalı olduğundan kesin olmak üzere karar verilmiştir. 10.09.2019 tarih ve 2019/54 sayılı Kurum kararı ile verilen aynı karar aleyhine bu defa davacı Ş... D... tarafından Ankara 4. İdare Mahkemesine açılan davada Mahkeme, 04/02/2020 tarih ve 2020/108 Esas 2020/244 Karar No'lu kararı ile; "...dava konusu idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, yukarıda hükümlerine yer verilen 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun "İdari Yaptırımlar" başlıklı 25. Maddesinin ve Kanun'un uygulanmasına yönelik yönetmeliğin 70. Maddesinin son fıkrasında idari yaptırımlara yönelik olarak hüküm bulunmayan hallerde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemesi de göz önüne alındığında; 6701 sayılı Kanun uyarınca uygulanan idari para cezasına ilişkin işleme karşı açılan iş bu davanın görüm ve çözümünde, 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmaktadır... Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi uyarınca davanın görev yönünden reddine..." temyiz/istinaf yolu kapalı olduğundan kesin olmak üzere karar verilmiştir.

4) Davacı H... B... B... tarafından, babasına ait olan ve Ankara ilinde bulunan dairenin kiralanması amacıyla G... Emlak Müşavirliği ile yapılan anlaşma kapsamında evin kiralanması için talepte bulunan M... K...'in cinsiyeti ve medeni hali sebebiyle kendisine ayrımcılık yapıldığından 19.11.2019 tarih ve 2019/64 sayılı Kurum kararında; "*Ev sahibi H. B. B. açısından 6701 Sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi nedeniyle 1.000,00 TL tutarında idari para cezası uygulanması*" işlemine karşı davacı tarafından Ankara 18. İdare Mahkemesine açılan davada Mahkeme, 27/02/2020 tarih ve 2020/388 Esas

2020/463 Karar No'lu kararı ile; "...Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı belirtilmesi ve 6701 sayılı Kanunda görevli mahkemenin gösterilmemesi nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağı açık olduğundan dava konusu edilen idari para cezası işlemine karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun'un 27. Maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin (Sulh Ceza Mahkemesi) görevli olduğu sonucuna varılmıştır... Açıklana nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15. Maddesinin 1/a bendi uyarınca davanın görev yönünden reddine..." temyiz/istinaf yolu kapalı olmak üzere karar verilmiştir.

5) A... Ü... İ... vekili Av. İ... U... T... tarafından Eskişehir 3. Sulh Ceza Hakimliğine açılan davada; müvekkilinin yöneticisi olduğu Eskişehir İli, Odunpazarı İlçesi ...adresine kayıtlı ...apartmanı kat Malikleri Kurulunca söz konusu apartmanda ailesi ile birlikte olmayan öğrencilere ve bekarlara daire kiralanmayacağına yönelik olarak alınan karara karşı şikayet yoluyla TİHEK'e yapılan başvuru üzerine, TİHEK 05.03.2019 tarih ve 2019/15 sayılı Kurum kararıyla "ayrımcılık yasağı" ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle Apartman yöneticisi A... Ü... hakkında 1.000,00-TL idari para cezası düzenlenmesine ilişkin iptaline yönelik Eskişehir 3. Sulh Ceza Hakimliğine açılan davada Mahkeme, 10.07.2019 tarih ve 2019/1930 D. İş sayılı kararıyla; söz konusu idari para cezası kararının niteliği itibarıyla Sulh Ceza Hakimliği tarafından itirazın incelenebilecek kararlardan olmadığı, başvuruya bakmaya idari yargı görevli olduğundan başvurunun görev yönünden reddine karar vermiştir. Akabinde, A... Ü... İ... vekili Av. İ... U... T... tarafından Eskişehir 2. İdare Mahkemesine TİHEK aleyhine açılan davada ise; Mahkeme 24.10.2019 tarih ve 2019/559 sayılı kararıyla, dava konusu işlemin görüm ve çözümünün 2577 sayılı Yasa'nın genel yetki kuralını düzenleyen 32. maddesi uyarınca dava konusu işlemi tesis eden TİHEK'in bulunduğu yer idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesinin yetkisinde olduğu ve bu nedenle davanın yetki yönünde reddine karar verilmiştir.

6) Ankara 10. İdare Mahkemesi 10/10/2022 tarihli ve E. 2022/2254, K.2022/1605 sayılı kararı ile davacının, Kurumca verilen 05.08.2022 tarih ve 2022/997 sayılı "ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına, kararın kamu oyuna duyurulmasına ve 5.000,00 TL idari para cezası uygulanmasına dair kararının iptali istemiyle TİHEK aleyhine açtığı davada, davanın görev yönün-

den reddine kesin olarak karar vermiştir. Ankara 10. İdare Mahkemesi, davanın esasına girmeden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3.fıkrasının (a) bendine göre Mahkemenin görev alanına girip girmediği yönünden incelenerek, 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre davanın görev yönünden reddine dair kesin hüküm niteliğindeki kararından sonra, tarafları ve konusu aynı olan uyuşmazlığa ilişkin olarak Kahramankazan Sulh Ceza Hakimliği de D.İş 2022/1937 sayılı dosyası üzerinden verilen 01.12.2022 tarihli karar ile uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğundan bahisle davanın görev yönünden usulden reddine karar vermiştir. Bu konu bilahare TİHEK tarafından, Uyuşmazlık Mahkemesine, Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 14. maddesi²³ uyarınca "Olumsuz Görev Uyuşmazlığı" iddiasıyla başvuru yapılmış ve bu dava henüz Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından bu makalenin yazıldığı tarih itibariyle henüz karara bağlanmamış ve derdest durumdadır.

İdari yargı ile adli yargının görev alanları zamanla değişmekte olup, idari yaptırımlar konusunda idari yargı kadar, adli yargının da görevlendirilmesi, yaptırımlar konusunun bir özelliği olarak kabul edilmektedir²⁴. TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle aldığı idari yaptırım kararlarına karşı yargı merciinde hakkını aramaya çalışan kişi ve kurumlar için yargılamada usule yönelik önemli bir görev tespitini yapabilmek bu kadar zor olmamalıdır. TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle idari yaptırımlarının uyuşmazlık çözüm yerinin farklı yargı kollarındaki mahkemelerde görülmesinin meydana getireceği olumsuz durumların önüne geçilmesi ve tarafların da lehine zaman, emek ve maliyet unsurları dikkate alınarak bu davalara bakma görevinin yasa ile açıkça idari yargıya verilmesi bu konudaki tartışmaları bitirecektir.

SONUÇ

Kurumun ayrımcılık yasağı ile ilgili, yapılan başvuru veya resen inceleme kapsamında yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda, aldığı idari yaptırım (para cezası) kararı, idari bir merci olan TİHEK tarafından idari

²³ Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un "Olumsuz görev uyuşmazlığı" başlıklı 14. maddesine göre; "Olumsuz görev uyuşmazlığının bulunduğu ileri sürülebilmesi için adli ve idari yargı mercilerinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmeleri ve bu yolda verdikleri kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekir. Bu uyuşmazlığın giderilmesi istemi, ancak davanın taraflarınca (...) ileri sürülebilir."

²⁴ Özay, s. 138.

usullere uygun olarak alınan bir idari işlem olması, bu işlemin tamamen idare hukukunun ve dolayısıyla idari yargı alanına alınması için yeterli bir sebeptir. Nitekim, idari yaptırım niteliğinde olan TİHEK tarafından alınan idari yaptırım (para cezası) kararına dayanak olan ayrımcılık yapma yasağı tespiti yapılırken idare hukuku kavramlarının kullanılması, bu idari yaptırım kararlarının idare hukukunun bir parçası olduğunu göstermektedir.

6701 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca ayrımcılık yasağı karşılığında öngörülen idari yaptırım parasal nitelikte bir cezadır. Ancak, bu para cezası, bir ceza hukuku yaptırımı olan adli para cezası değil, idari yaptırım olarak idari para cezası niteliği taşımaktadır. Her ikisi de belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet Hazinesine intikalinden ibaret gibi görünürse de; ikisi arasında karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanuni neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır²⁵.

Bu düzenlemeler ışığında; Kurumun ayrımcılık yasağı ile ilgili, yapılan başvuru veya resen inceleme kapsamında yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda, aldığı idari yaptırım içeren Kurum kararlarının da idari yargıda dava konusu edilebileceği düşünülmektedir.

TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle idari yaptırımlarının uyuşmazlık çözüm yerinin farklı yargı kollarındaki mahkemelerde görülmesinin meydana getireceği olumsuz durumların önüne geçilmesi ve tarafların da lehine zaman, emek ve maliyet unsurları dikkate alınarak bu davalara bakma görevinin yasa ile açıkça idari yargıya verilmesi bu konudaki tartışmaları bitirecektir.

²⁵ Adli para cezası ile idari para cezasının karşılaştırılması için bkz. **Organ**, İbrahim/**Baran**, Tülay: "İdari ve Adli Para Cezalarının Karşılaştırılması", Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 4, 2020, s. 792-808.

KAYNAKÇA***Kitaplar***

- Günday**, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2011.
- Kalabalık**, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Karabulut**, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Kayar**, Nihat: İdari Yargı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015.
- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu** Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul 2006.
- Özay**, İl Han: İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.
- Özen**, Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

Makaleler

- Arslaner**, Hakan: “Trafik İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 14, Sayı 53, 2023, s. 139-168.
- Büyüktavşan**, Muhammed Taha: “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 12, 2018, s. 279-313.
- Can**, Sibel: “İdari Para Cezası”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 29, 2017, s. 407-429.
- Erdinç**, Burcu: “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2012.
- Güzel**, Oğuzhan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s. 1483-1524.
- İnceoğlu**, Asuman Aytekin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1127-1156.

Odyakmaz Zehra/Kesik, Bayram/Deniz, Yusuf: “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 7, 2016, s. 721-761.

Organ, İbrahim/Baran, Tülay: “İdari ve Adli Para Cezalarının Karşılaştırılması”, Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 4, 2020, s. 792-808.

Tercan, Erdal: “Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasındaki Hüküm Uyuşmazlığı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 2, 2014, s. 1-46.

Welch, Ryan M: “Domestic Politics and the Power to Punish: The Case of National Human Rights Institutions”, Conflict Management and Peace Science, Vol. 36, No. 4, 2019, s. 385-404.

Uğur, Hüsamettin: “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu’na Göre Kanun Yolları (Başvuru ve İtiraz)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 89, 2010, s. 405-438.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, Öztürk/Almanya, B. No: 8544/79, 21 Şubat 1984;

AİHM, *Jussila/Finlandiya* [GC], 2006, § 38; *Steininger/Avusturya*, 2012, §§ 34-37;

AİHM, *Chap Ltd./Ermenistan*, 2017, § 36.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 1988/32 K. 1989/10, 28.02.1989; Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71 K. 1995/23, 28.06.1995.

Anayasa Mahkemesi, E. 1996/72 K. 1997/51, 15.05.1997.

Tezler

Zeynep Karakoç, İdari Para Cezaları, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 52.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları

TİHEK, B. No:2017/2939, 27.06.2018 tarih ve 2018/69 sayılı karar.

TİHEK, B. No:2019/2118, 19.11.2019 tarih ve 2019/64 sayılı karar.

TİHEK, B. No:2020/547, 4.1.2022 tarih ve 2022/12 sayılı karar.

TİHEK, B. No:2021/547, 17.8.2021 tarih ve 2021/191 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2021/275, 14.9.2021 tarih ve 2021/229 sayılı karar.
TİHEK, B. No: 2021/377, 7.10.2021 tarih ve 2021/253 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2021/766, 18.1.2022 tarih ve 2022/37 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2021/2485, 18.1.2022 tarih ve 2022/39 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2021/624, 18.1.2022 tarih ve 2022/40 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2022/1306, 2.5.2023 tarih ve 2023/345 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2022/1307, 2.5.2023 tarih ve 2023/345 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2022/1472, 13.6.2023 tarih ve 2023/499 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2023/477, 31.7.2023 tarih ve 2023/585 sayılı karar.
TİHEK, B. No:2023/506, 18.8.2023 tarih ve 2023/600 sayılı karar.

İnternet Kaynakları

Tihék Kararları, <https://www.tihék.gov.tr/kategori/pages/kararlar> (erişim 11.09.2023).

Guidance on Article 6 of the Convention: Right to a Fair Trial (Civil Aspect). Council of Europe / European Court of Human Rights, 31 August 2022, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf (erişim 14.09.2023).

**SİGORTACILIK KANUNU'NUN 33/B MADDESİ
BAĞLAMINDA, HAK SAHİPLERİNCE ARANMAYAN
ALACAKLARIN DEVLETE DEVRİ KURUMUNA
İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1404914>

Doç. Dr. Damla KÜÇÜK*

Öz

Ülkemizde hak sahiplerince aranmayan hakların devlete devrini öngören temel düzenlemelerden birisi Sigortacılık Kanunu'nun sahiplerine ödenmesi gereken sigorta alacaklarının, zamanaşımına uğraması ve hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, Güvence Hesabı'na devredileceğini belirten 33/B maddesidir. Benzer bir diğer düzenleme de Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesinde yer alır. Her iki düzenlemede de kanun koyucu bir hakkın sahibince aranmadığının kabulü, böylece devlete devrinin sağlanabilmesi için ilgili hakkın zamanaşımına uğramış ve hak sahibine karşı gerekli bildirim ve ilanların yapılmış olmasını aramıştır. Bu konuda ayrıntılı düzenlemelere ve eski bir yargı geçmişine sahip Amerika Birleşik Devletleri'nde ise bir hak, ancak adına "terk süresi" (dormancy period) denilen bir sürenin, hak sahibinin hakkının varlığından haberdar olduğunu ve hak üzerindeki sahiplik iddiasını devam ettirdiğini gösteren herhangi bir eylemi olmaksızın geçmesi durumunda, "sahibince aranmayan" yani "terk edilmiş bir hak" olarak kabul edilmektedir. İşte, Türk kanun koyucusunun geçmesi ile birlikte ilgili hakkın -terk edildiği kabul edilerek- devlete devrini sağlayan bu süreyi "zamanaşımı" olarak adlandırıp, meseleyi bu kurum üzerinden düzenlemesi, mahkemelerin de bir hakkın terk edilmiş sayılması için geçmesi gereken süreyi zamanaşımı olarak tanımlayıp, uyumsuzlukları da bu kurum üzerinden çözmeye çalışmasına yol açmıştır. Bu ise bir yandan zamanaşımı kurumunun geleneksel ilke ve kurallarının ihlaline, diğer yandan terk edilmiş hakların devlete devri kurumunun kendine has ilke ve kurallarının oluşturulmasına engel olmaktadır.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Sakarya (dkucuk@sakarya.edu.tr) ORCID: 0000-0002-4246-0764 (Gönderim Tarihi: 14.12.2023-Kabul Tarihi: 28.02.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Hak sahiplerince aranmayan alacaklar, Sigortacılık Kanunu, Bankacılık Kanunu, Zamanaşımı, Terk süresi

**EVALUATIONS REGARDING THE INSTITUTION OF
TRANSFER OF UNCLAIMED RECEIVABLES TO THE STATE IN
THE CONTEXT OF ARTICLE 33/B OF THE INSURANCE LAW**

(Research Article)

Abstract

In our country, one of the primary regulations that orders the transfer of unclaimed rights to the state is Article 33/B of the Insurance Code declares the insurance proceeds that must be paid to the owners will be transferred to the Assurance Account, in case of the statute of limitations expires and the owner cannot be reached. Another similar regulation is included in Article 62 of Banking Code. In both regulations, the law maker orders that it must be statute of limitation of the relevant right expired and the necessary notifications and announcements have been made for owner, for accepting a right is unclaimed right and thus can be transferred to the states. However, in the United States of America, which has detailed regulations and a long history of jurisdiction on this subject, a right can only be accepted as unclaimed right or not sought by owner after if a period which called "dormancy period" , passes without any action that shows that the owner is aware of the existence of his right and continues to claim ownership over it. Because of law maker calls this period which ensures the transfer of the right to the state - assuming it has been abandoned - as "statute of limitation" and regulates the issue through this institution, the courts define this period which must pass for a right can be considered abandoned as statute of limitations too and try to resolve disputes through this institution. This, on the one hand, causes the violation of the traditional principles and rules of the statute of limitations institution, and on the other hand, prevents the creation of unique principles and rules of the institution of transfer of unclaimed rights to the state.

Keywords

Unclaimed rights, Insurance Law, Banking Law, Statute of limitations, Dormancy period

GİRİŞ

Kanun koyucu sigorta sözleşmesinden doğan ve hak sahiplerince aranmayan alacakların, sigorta şirketlerinin elinde kalmasını uygun bulmamıştır. Nitekim 2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda (SK) bu alacakların Güvence Hesabı'na gelir olarak kaydedileceği belirtilmiştir. Esasında, bu yöndeki düzenlemelere Sigorta Murakabe Kanunu'nda (SMK) olduğu gibi, 1933 yılından bu yana bankacılık mevzuatında da yer verilmektedir. İlgili çeken husus ise kanun koyucunun bu düzenlemelerdeki yanlış tutumunun yargıya yansımaları sonucu, özel hukukun yerleşik kurumlarından birisi olan zamanaşımı kurumunun atıl hale getirilerek özellikle sigorta şirketleri ve bankalar bakımından haksız kararların veriliyor olmasıdır.

Öte yandan, sahiplerince aranmayan hakların devlete devrini öngören düzenlemeler, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) de vardır. Ancak mesele, zamanaşımı, hak sahibine yapılacak bildirimlerin amacı, ihlalinin sonuçları gibi hususlarda, Türk hukukuna göre oldukça farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Bu yönden, yapılacak bir karşılaştırmanın Türk hukukundaki düzenlemelerin yorumlanması ve olması gerekenin tespiti bakımından yararlı olacağı düşüncesindeyim. Bu amaçla çalışmada ilk olarak hak sahiplerince aranmayan haklara ilişkin Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan düzenlemeler ve yargının tutumunun genel esasları üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın temel hedefi; halen yürürlükte olan SK'nin 33/B maddesi ve buna istinaden çıkarılan Özel Hukuk Hükümlerine Tabi Sigortalar Kapsamında Hak Sahiplerince Aranmayan Paralar Hakkında Yönetmelik (Sigorta Alacakları Yönetmeliği) bağlamında, hak sahiplerince aranmayan alacakların, devlete (kamuya) devrini öngören düzenlemelerde yer verilen süre ve bildirim yükümlülüklerinin anlamı, amacı ve işlevinin aslında ne olduğu ve bu kapsamda ortaya çıkacak hukuki sonuçların neler olabileceğine ilişkin sorulara cevap bulabilmektir. Ancak bu soruların cevaplanması öncelikle konuya ilişkin olarak bankacılık mevzuatında ve mülga SMK'nin 19. maddesinde yapılan düzenlemelerin ve düzenlemelere ilişkin Yargıtay'ın yorum tarzının ele alınmasını da zorunlu kılmaktadır. Zira meselenin anlaşılır hale getirilmesi için bu gereklidir. Dolayısıyla çalışmada ikinci olarak bankalarda bulunan ve hak sahiplerince aranmayan mevduat alacaklarının devlete intikalini öngören düzenlemelerle, mülga SMK'nin 19. maddesindeki düzenleme ve Yargıtay'ın bu düzenlemelere ilişkin yorum tarzı değerlendirilecektir. Ardından sigorta alacaklarının Güvence Hesabı'na intikalini öngören düzenlemelerle, Yargıtay ve bölge adliye mahkemelerinin (BAM) bu düzenlemeleri yorum tarzı ele alınıp, konuya ilişkin öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

I. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE HAK SAHİPLE- RİNCE ARANMAYAN ALACAKLARIN DEVLETE DEVRİ KURUMUNUN GENEL ESASLARI

Anglo Amerikan ve Sakson Hukukları'nda, sahiplerince aranmayan haklara (abandoned/unclaimed property) ilişkin yapılan düzenlemeler¹, genel olarak escheat" kavramı² altında anılan ve hakkın çeşitli nedenlerle hükümran güce devredilmesini sağlayan hukuki bir kuruma dayandırılmaktadır³. Anglo Amerikan ve Sakson hukukları bakımından, İngiltere'de XII. yüzyılın başlarından itibaren var olduğu kabul edilen bu kavramla tarihsel olarak; hak sahibi belli bir süre boyunca ortaya çıkmadığı için terk edildiği kabul edilen araziye (real property), hükümran güç tarafından el konulması anlatılmaktadır⁴. Zira Ortak Hukuk'ta (Common Law), arazinin gerçek sahibinin feodal bey / kral olduğu kabul edilmekteydi⁵. Dolayısıyla feodal beyin, öngörüle-meyen birtakım olayların ortaya çıkması veya kiracının yokluğunda, asıl

¹ Bu konudaki yasal düzenlemelerin ABD'deki tarihi gelişimi hakkında bkz. **Garrison**, Ray H.: "Escheats. Abandoned Property Acts, and Their Revenue Aspects", Kentucky Law Journal, Vol. 35, Iss. 4, 1947, s. 306 vd.

² Kökenini Roma hukukundan alan bu kurum, aynı zamanda mirasçı olmadığı için, terekenin devlete devredilmesine ilişkin uygulamanın da kökenini oluşturmaktadır. Bkz. **Auten**, David C.: "Modern Rationales of Escheat", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 112, No. 1, 1963, s. 96, 97; **Meadows**, James D.: "Revisions in Abandoned and Unclaimed Property Legislation: A Look at the 1981 Uniform Unclaimed Property Act and West Virginia's Revised Uniform Act", West Virginia Law Review, Vol. 85, Iss. 5, 1983, s. 971, dn. 8; **Gregory**, Teagan J.: "Unclaimed Property and Due Process: Justifying 'Revenue – Raising' Modern Escheat", Michigan Law Review, Vol. 110, Iss. 2, 2011, s. 322.

Nitekim Türk hukukunda da bankalar nezdinde bulunan alacak ve diğer hakların devlete intikalini öngören düzenlemeler, mirasçısı olmayan terekenin devlete intikalini öngören düzenlemelere benzetilmektedir. Bkz. **Battal**, Ahmet: "Mevduatta Zamanaşımı Konusundaki Mevzuatın ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", BTHAE Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2007, s. 150; **Rüzgar**, Yurdagül: "Mevzuat, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Mevduatta Zamanaşımının Değerlendirilmesi Mevduatın İfade Edilmemesinin Hukuki Sonuçları", Bankacılar Dergisi, S. 63, 2007, s. 72.

³ Bkz. **Garrison**, s. 302 vd.; "Revised Uniform Unclaimed Property Act", s. 1, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

⁴ Bkz. **Meadows**, s. 971.

⁵ Bkz. **DeCarrera**, Kimberly: "The Holder's Introduction to Unclaimed Property", s. 2 (sayfa numaraları çıktı üzerinden verilmiştir), <https://decarreralaw.com/unclaimed-property/introduction-to-unclaimed-property/>, ET: 12.02.2023; **Meadows**, s. 971.

sahibi olarak araziye el koyma hakkı vardı⁶. Buna karşılık, hükümler gücün taşınırlara el koyması ise “bona vacantia” kavramı ile anlatılmaktaydı⁷.

Bir monarşinin veya feodal yönetimin söz konusu olmadığı ABD’de ise “escheat” kavramı devletin -taşınır, taşınmaz mal (üzerindeki aynı haklar) veya alacak hakkı ayrımı yapılmaksızın- sahibi tarafından terk edildiği kabul edilen her türlü hak üzerindeki hâkimiyet hakkını anlatmak üzere kullanılan bir kavram hâline gelmiştir⁸.

Devletin, bu tür haklara el koyma hakkının meşruiyeti ise ortaya çıkmayan ve çoğunlukla neden ortaya çıkmadığı belli olmayan hak sahiplerinin korunması⁹ ve bulunması¹⁰, borçlu ve / veya zilyet kişileri bu hakları ellerinde tutmalarından kaynaklanacak masraf ve sorumluluktan kurtarmak, borçlu ve / veya zilyet kişilerin bu şekilde beklenmedik ve emeğe dayanmayan kazançlar elde etmesini önlemek, bu hakların oluşturduğu fonların borçlu ve / veya zilyet konumdaki birkaç şirket veya işletme yerine toplum yararına ticari hayata döndürülmesi ile ekonomik bir avantaj elde etmek, bu haklara üçüncü kişilerce el konulmasının önlenmesi¹¹, kamu güvenliği gibi farklı gerekçelere dayandırılmaktadır¹². Bununla birlikte doktrinde gerçek

⁶ Bkz. **Meadows**, s. 971.

⁷ Bkz. **Meadows**, s. 971. İki hukuki kurum arasındaki diğer temel fark ise “escheat” kurumunda devlet, hâkim güç olarak ilgili taşınmaza, o taşınmazın nihai varisi olarak el koyarken, “bona vacantia” kurumunda devletin başkasına göre o taşınmaza sahip olmaya daha çok hakkı olduğu düşüncesi yatmaktadır. Bkz. **Berkley**, Robert E.: “Escheat of Corporate Intangibles: Will the State of the Stockholder’s Last Known Address Be Able to Enforce Its Right?”, Notre Dame Law Review, Vol. 41, Iss. 4, 1966, s. 560.

⁸ Bkz. **Meadows**, s. 971; **Gregory**, s. 323, dn. 21; **Garrison**, s. 304; **Berkley**, s. 560.

⁹ Nitekim bu hakların, borçlunun (şirketin) faaliyetsiz kalması, iflası, tasfiyesi, zimmet vb kötüye kullanımı, hatta zamanaşımı nedeniyle kaybolması riskine karşı, bu tür riskler taşımayan devletin emanetinde kalması daha güvenli olacaktır. Ayrıca bu sayede hak sahibi hiç ortaya çıkmazsa, bunlardan toplum yararlanacaktır. Bkz. **Saltzman**, Michael I.: “Providing Protection In State Unclaimed Property”, Tax Notes, 2000, s. 1602, <https://www.americantaxpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2017/02/saltzman.pdf>, E.T.: 05.07.2023; **Garrison**, s. 306; **Shestack**, Jerome J.: “Disposition of Unclaimed Property – A Proposed Model Act”, Illinois Law Review, Vol. 46, No. 1, 1951, s. 51.

¹⁰ Keza hakkın devlete devredilecek olması, borçluyu hak sahibini bulmaya teşvik edebilir. Örneğin borçlu banka, mevduatın devlete devri yerine bankada durmaya devam etmesini arzulayacak, hak sahibine ulaşmada daha istekli olacaktır. Bkz. **Auten**, s. 102.

¹¹ Mesela, sahibince aranmayan şirket paylarına devlet tarafından el konulmadığı takdirde, bu paylar şirket sona erdiğinde diğer ortaklar arasında paylaşılacaktır. Bkz. **Auten**, s. 99, 100.

¹² Bu gerekçeler hakkında genel olarak bkz. **Auten**, David C.: “Modern Rationales of Escheat”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 112, No. 1, 1963, s. 95-134. Ayrıca bkz. **Meadows**, s. 972; **DeCarrera**, s. 4; **Robert Jr**, Johnson/**Brandi**, Wendt: “Unclaimed Property: Should You Give Escheat?”, s. 7 (sayfa numaraları çıktı üzerin-

nedenin, devletlerin vergi dışında bir başka gelir kaynağı elde etme arzusu olduğu da ifade edilmektedir¹³.

Sahibince aranmayan hakların devlete devrini öngören kanunlar, devrin ne şekilde yapıldığına göre iki kategoriye ayrılmaktadır: Belli bir sürenin geçmesi ile sahibince aranmayan hakkın devlete kalıcı olarak devrini sağlayan kanunlar “kalıcı devir kanunları” (permanent escheat statutes / true escheat) olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Sahibince aranmayan bir hakkın, sahibi lehine denetleyip, gözetmesi amacıyla devlete devrine izin veren kanunlar ise “emanetçi devir kanunları” (custodial escheat statutes) adıyla anılmaktadır¹⁵. Nitekim ikinci durumda devlete devredilen hakkın sahibi, hakkını kaybetmemekte, gelecekte devlete karşı hakkının iadesini talep etme hakkını elinde tutmaya devam etmektedir¹⁶. Ancak devlete karşı iade talebinde bulunan hak sahiplerinin sayısının çok az olduğu¹⁷, bu nedenle iki kanun arasındaki bu teorik farkın, uygulamada genellikle ortaya çıkmadığı da ifade edilmektedir¹⁸.

ABD’de, sahiplerince aranmayan hakların akıbetinin, eyalet nezdinde düzenlenecek bir mesele olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Bununla birlikte, konuya ilişkin usul ve esasları düzenleyen temel kanunun, Türkçe’ye “Talep

den verilmiştir), https://www.afponline.org/docs/librariesprovider8/default-document-library/unclaimed-property---should-you-give-escheat---8-29-19.pdf?sfvrsn=95bb1a6b_2, E.T.: 03.03.2023; **Saltzman**, s. 1601. Ayrıca bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, s. 1-3, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023.

¹³ Bkz. **Meadows**, s. 972; **Millar**, Ethan D./**Heyman**, Scott/**Noe**, Charolette: “Building a Better Unclaimed Property Act”, *The Business Lawyer*, Vol. 73, 2018, s. 714; **Saltzman**, s. 1599, 1600.

2011 yılında ABD toplamında eyaletlerin, bu yolla 40 milyar Dolar’dan fazla değerdeki hakka el koyduğu ifade edilmektedir. Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, s.5, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdfE.T.: 02.02.2023.

¹⁴ Bkz. **Meadows**, s. 972; **DeCarrera**, s. 4, 5.

¹⁵ Bkz. **Meadows**, s. 972; **Auten**, s. 97.

¹⁶ Bkz. **Meadows**, s. 972; **Garrison**, s. 305.

¹⁷ Bkz. **Millar/Heyman/Noe**, s. 714; **Saltzman**, s. 1600; **Gregory**, s. 323.

¹⁸ Bkz. **Meadows**, s. 972.

¹⁹ Bkz. **Russell**, R. Jason/**Grzaslewicz**, D. Barnaby: “Unclaimed Property: Holder Beware”, s. 2, <https://www.morrisnichols.com/assets/htmldocuments/BylinedArticles/UnclaimedPropertyHolderBeware4-529-0747.pdf>, E.T.: 04.03.2023; **Mayo**, K. Reed: “Virginia’s Acquisition of Unclaimed and Abandoned Personal Property”, *William & Mary Law Review*, Vol. 27, Iss. 2, 1986, s. 417; **King**, William S.: “A Bridge Too Far: Due Process Considerations in State Unclaimed-Property Law Enforcement”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLV, No. 4, 2012, s. 1256.

edilmeyen Haklara İlişkin Yeknesak Kanun” (Model Kanun) olarak çevrilebileceğini düşündüğüm “(Revised) Uniform Unclaimed Property Act” (RUUPA) olduğunun altı çizilmelidir. Bu kanun, eyaletler arasındaki farklı düzenlemelerin doğurduğu sorunları gidermek ve ülke genelinde yeknesak bir düzenlemenin oluşmasını sağlamak için ilk kez 1954 yılında düzenlenen ve bütün eyaletlerin aynen veya bazı değişikliklerle iç hukukuna taşıdığı bir model kanundur²⁰.

Model Kanun'un ön sözünde, getirilen düzenlemelerle iki amacın güldüğü ifade edilmiştir. Bunlardan asli olanı, sahibinin kimliğinin tespitinin olanaklı olduğu haklara, iadesini sağlamak üzere sahibi lehine el konulmasıdır²¹. Yani Model Kanun, esasen emanetçi devir kanunlarından²². İkinci amaç ise sahibini tespit olanağı kalmayan haklara toplumun yararına kullanımının sağlanması için, kalıcı bir şekilde el koyulmasıdır²³.

Model Kanun'un kapsamına giren haklar; ya devlet veya başka bir kamu kurumu tarafından bahşedilen veya borçlu ve / veya zilyet kişiyle girilen hukuki ilişki nedeniyle doğan para, kripto para, faiz alacakları, şirket payları, çek, poliçe vb kıymetli evraktan doğan haklar, vadeli - vadesiz mevduatlar, ödenmemiş maaşlar, banka ve benzeri güvenlik kasalarında tutulan kıymetler, hatta madenlerin çıkarılmasından veya işletilmesinden doğan haklar dahil, geniş bir yelpazeye yayılmıştır²⁴. Ayrıca emeklilik veya işsizlik fonları gibi fonlarca dağıtılması gereken pay ve menfaatlerin yanı sıra, yıllık gelir sigortası (annuity contract), ister zarar ister meblağ sigortası türünde olsun, her türlü sigorta sözleşmesinden doğan ve ödenmesi gereken sigorta bedeli ve tazminat alacakları da Model Kanun'un kapsamına alınmıştır²⁵.

²⁰ Bkz. **Trost**, Charles A./**Houghton**, Michael/**Grzaslewicz**, Barnaby/**Wolff**, Kaitlin D./**Orzeske**, Benjamin: “The Revised Uniform Unclaimed Property Act: A Response to Issues Raised in *The Business Lawyer*, Volume 73, Issue 3”, *The Business Lawyer*, Vol. 74, No. 3, 2019, s. 789; **King**, s. 1253; **Riley**, Alyca: “Unclaimed Life Insurance Proceeds and The Duty to Search: Who is The True Beneficiary?”, *Baylor Law Review*, Vol. 68, No. 3, 2016, s. 822; **DeCarrera**, s. 20. Ayrıca bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, s. 1, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023.

²¹ Bkz. **Trost/Houghton/Grzaslewicz/Wolff/Orzeske**, s. 791.

²² Bkz. **Millar/Heyman/Noe**, s. 713.

²³ Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, s. 3, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023.

²⁴ Bkz. **Riley**, s. 821; **Robert Jr/Brandi**, s. 4; **Shestack**, s. 48, 49.

²⁵ Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, Section 102/13-24, 205, s. 14-16 vd. - 34, 35, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023.

Model Kanun'da, Türk Hukuku'nda kullanılan şekliyle "hak sahibi" kavramı, "owner" kavramı altında genel olarak; mevduat sahibi (depositor), alacaklı (creditor), yatırım fonları gibi trustların²⁶ lehtarları (beneficiary), para veya parayla ölçülebilecek bir değer elde etmek için kullanılabilir bir evrakın (record) yasal taşıyıcısı (lawful bearer) gibi kişiler dahil olmak üzere, Model Kanun'un kapsamına alınmış haklar üzerinde, kanunlar uyarınca veya hakkaniyete (equity) dayanarak mahkeme kararıyla hak sahibi olduğu kabul edilen malik veya intifa hakkı sahibi kişiler veya bunların yasal temsilcileri, şeklinde tanımlanmıştır²⁷. Kavram bu yönden örneğin bir çekin lehtarlarını, şirket pay sahiplerini, sigortalı veya lehtarları ve benzerini kapsamaktadır²⁸.

Sahiplerince aranmayan hakları, yetkili kamu kurumuna (administrator) devretmekle yükümlü olan kişiler ise "holder" kavramı altında; Model Kanun'un kapsamına giren hakları, sahibine ödemekle, teslim etmekle veya onun hesabına tutmakla borçlu olan kişi, olarak tanımlanmıştır. Açığı ki bu tanımın içine hem gerçek hem tüzel kişiler girer²⁹. Nitekim ayrı bir tüzel

Ayrıca bkz. **Biek**, John A.: "State Law & State Taxation Corner", s. 50, https://www.nge.com/portalsresource/lookup/poid/Z1tOI9NPluKPtDNIqLMRV56Pab6TfzcRXncKbDtRr9tObDdEnG3Co0!/arFile.name=/Biek_abandonedproperty.pdf, E.T.: 04.03.2023; **Russell/Grzaslewicz**, s. 2.

²⁶ İnançlı bir işlem olduğu söylenebilecek "trust" kavramı, bir kişinin (trustor (inanılan)) bir mal varlığı değerinin yasal sahiplik hakkını, lehtarın (beneficiary) menfaati ve yararlanması için başkasına (trustee (inanılan kişi)) devretmesiyle ortaya çıkan üç taraflı bir ilişki olarak tanımlanabilir. Bkz. **Ausness**, Richard C.: "The Role of Trust Protectors in American Trust Law", Real Property, Trust and Estate Law Journal, Vol. 45, 2010, s. 320.

²⁷ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 102/21, s. 16, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

²⁸ Bkz. **DeCarrera**, s. 5, 6.

ABD'de, tacir kişilerin haklarının takibinde zayıflık göstermeyecekleri, tüketiciler gibi devletin yardımına ihtiyaç duymayacakları gerekçesiyle, şirket veya ticari işletmeler arasındaki ticari ilişkilerden doğan hakların da devlete devri gereken haklardan olduğunun kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin bir tartışma söz konusudur. Bu nedenle pek çok eyaletin bu tür haklar bakımından kanunlarına istisna getirdiği de belirtilmektedir. Bu hükümler genel olarak "business to business" veya "B2B exemption" adlarıyla anılmaktadır. Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", s. 10-27, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

²⁹ Krş. **King**, s. 1250. Benzer şekilde, Model Kanun'un kapsamına alınan haklar bakımından, terk edildiği kabul edilen hakkı devlete devirle yükümlü olan kişiler de sadece borçlu olan kişiler değildir. Banka güvenlik kasalarında tutulan kıymetlerde olduğu gibi, bu kişi devri gereken hakkın zilyedi de olabilir. Bu konuda bkz. **Barın**, Taylan: "Ban-

kişiliği olan şirketler kadar, ayrı tüzel kişiliği olmadığı kabul edilen (Türk Hukuku bakımından) adi ortaklık benzeri ortaklıklar (proprietorships) da Model Kanun'un kapsamına alınmıştır³⁰.

Model Kanun'un kapsamına alınmış bir hakkın, devlete devredilmesi için "terk edilmiş hak"³¹ (abandoned property) olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir. Bir hakkın terk edilmiş olduğunun kabulü ise sahibinin, hak-kından haberdar olduğunu gösteren son eyleminden itibaren belli bir süreyi sessizce geçirmiş olmasına bağlanmıştır³². Bu süre, mesela sigorta sözleşmeleri bakımından³³, sigorta şirketinin sigorta bedelini veya tazminatını ödeme borcunun doğduğu tarihten itibaren üç yıldır³⁴. Yine, otomatik olarak yenilenenler dahil mevduat alacakları için de bu süre, kural olarak vade veya hak sahibinin borçlu bankaya mevduatın varlığından haberdar olduğunu gösteren son eyleminden (last indication of interest)³⁵ itibaren üç yıl olarak

kalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasaya Aykırılığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 29, S. 122, 2016, s. 77-95. Bu yönden "holder" kavramının Türkçe'deki daha doğru karşılığı "borçlu ve/veya zilyet kişi" olmalıdır. Ancak, tekrarlardan kaçınmak amacıyla kural olarak sadece "borçlu" sıfatı kullanılacaktır.

³⁰ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 102/4, s. 12-4, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023.

³¹ Sadece hukukten geçerli bir şekilde doğmuş, üzerinde çekişme olmayan haklar, terk edildiği gerekçesiyle devlete devredilebilir. Üzerinde çekişme olan hakların devlete intikali söz konusu değildir. Bkz. **Russell/Grzaslewicz**, s. 4. Aynı kuralın Türk hukukunda da geçerli olduğu yönünde bkz. **Rüzgar**, s. 73.

³² Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 201, s. 25 vd., file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

³³ Model Kanun'da üç yıllık sürenin sigorta şirketinin, sigortalının öldüğünü öğrendiği veya sigorta sözleşmesinin dayandığı mortalite tablosuna göre sigortalının, yaşaması durumunda sigorta bedelinin ödenmesi gereken azami yaşa geldiğinin kabul edileceği ilk tarihten itibaren başlayacağı kabul edilmiştir. Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 201/7, s. 26, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023. Başlangıç olarak bu tarihlerin esas alınmasının nedenleri hakkında bkz. **Riley**, Alyca: "Unclaimed Life Insurance Proceeds and The Duty to Search: Who is The True Beneficiary?", Baylor Law Review, Vol. 68, No. 3, 2016 s. 819-845; ?, ?: "Insurance Proceeds Under Abandoned Property Laws", Notes, The Yale Law Journal, Vol. 58, No. 4, 1949, s. 628-638.

³⁴ Bununla birlikte hakkın türüne göre bu süre bir ila on beş yıl arasında farklılaşmaktadır, bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 201, s. 25 vd., file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

³⁵ Bu tabir, terk edildiği için devlete devredilmesi gereken diğer hakları da kapsayacak şekilde; hak sahibinin borçluya, hakkının varlığından haberdar olduğunu gösteren her-

belirlenmiştir³⁶. Amerikan Hukuku'nda bir hakkın terk edilmiş sayılabilmesi için, sahibi tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylem olmadan geçmesi gereken bu süre “dormancy period” kavramı ile ifade edilir³⁷ ki Türkçe'ye konumuz itibarıyla “terk süresi” olarak çevrilebileceğini düşünüyorum.

Anlaşılabileceği üzere bu süre, (düşürücü) “zamanaşımı” (statutes of limitation)³⁸ kavramından farklıdır. Nitekim terk süresi bir hakkın, sahibince aranmadığı için terk edildiğinin kabul edilmesi, böylece borçlu tarafından devlete devredilmesi için geçmesi gereken süreyi anlatır. Oysa zamanaşımı süresi, borçlunun dava yoluyla ifaya zorlanabileceği azami süreyi ifade eder³⁹.

Bu durumda, zamanaşımına uğramış alacakların aynı zamanda terk edilmiş alacak olarak kabul edilip, devlete devredilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Zira az önce ifade edildiği üzere, bir alacağın terk edilmiş sayılması ve zamanaşımına uğramış olması birbirinden farklı hukuki durumlara işaret ettiği gibi, borçlunun zamanaşımına uğrayan alacağı ifa yükümlülüğünden kurtulması da söz konusudur⁴⁰.

Bu soruyu cevaplandırabilmek için, önce Amerikan Hukuku'nda “türev haklar doktrini” (derivative rights doctrine) adı altında yapılan bir tartışmaya değinmek gerekir. Türev haklar doktrini borçlunun, hak sahibine karşı bor-

hangi bir eylemi, olarak tanımlanabilir. Hak sahibinin parasını çekmesi, hesaba para yatırması, bilgi istemesi, talimat vermesi, sigorta primini yatırması, makbuz vermesi bu tür eylemlerden bazılarıdır. Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, Section 210/b, s.37 vd., file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023; **Shestack**, s. 52.

³⁶ Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, Section 201/5, s. 26, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

³⁷ Tanım için bkz. **Meadows**, s. 974.

³⁸ Tanım için bkz. **Guttel, Ehad/Novick, Michael T.**: “A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 54, No. 2, 2004, s. 131.

³⁹ Bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1451; **Sarı**, Mehmet: Takip Hukukunda Zamanaşımı, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 15; **Erdem**, Mehmet: “5411 sayılı ‘Bankacılık Kanunu’nun Zamanaşımı Başlıklı 62. Maddesi ve 2308 sayılı ‘Şirketlerin Müruruzamana Uğrayan Kupon, Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun’ Çerçevesinde İnceleme ve Değerlendirmeler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi No. 73-74, 2010, s. 111.

⁴⁰ Bkz. **Callahan**, Charles C.: “Statutes Of Limitation – Background”, Ohio State Law Journal, Vol. 16, Iss. 2, 1955, s. 132, dn. 20; “What is a Statute of Limitations on a Debt?”, <https://www.consumerfinance.gov/ask-cfpb/what-is-a-statute-of-limitations-on-a-debt-en-1389/>, E.T.: 01.03.2023.

cun ifasından kurtulmasını sağlayacak savunmaları, terk edildiği için hakkın kendisine devredilmesini isteyen devlete karşı da ileri sürüp sürümeceği hususuna ilişkindir⁴¹. Bu doktrine göre devletin bu konudaki hakkı, asıl sahibinin hakkından türer. Bu nedenle devletin, hak sahibinin sahip olduğundan daha fazla yetkisi olamaz, dolayısıyla hak sahibinin hakkının sona erdiği durumlarda, devletin ilgili hakka el koyma hakkı da ortadan kalkar⁴². Bu doktrin temelini ise esasen terk edilen haklara devlet tarafından el konulmasına izin veren kanunların, emanetçi devir kanunları olmasından alır. Zira devlet bu haklara, sahibini korumak ve sahibine iade etmek amacıyla el koymaktadır⁴³. Anlaşılacağı üzere doktrin borçlu kişiler lehine geliştirilmiştir.

Bu doktrine karşılık ise devletin terk edilen hakka el koyma hakkının, sahibinin hakkı ile sınırlandırılmayacağı, zira ikisinin hakkının aynı olmadığı, örneğin hak sahibinin hakkı bir sözleşmeden doğarken, devletin hakkının kanundan doğduğu tezleri ileri sürülmektedir. Bu karşıt görüşe göre devlet, hükümler olarak hak sahibi tarafından kalıcı olarak kaybedilmiş veya terk edilmiş haklardan nihai olarak yararlanma hakkına sahiptir. Yani devletin hakkı, hak sahiplerinin hakkından üstündür⁴⁴.

İşte bu iki görüşün karşı karşıya geldiği meselelerden birisi de zamanaşımına uğradığı için hak sahibi tarafından talep edilemeyecek alacaklara, buna rağmen devlet tarafından el konulup konulamayacağı meselesidir. Bu tartışmada devletin (eyaletlerin) üstün geldiği kolayca söylenebilir. Örneğin Model Kanun'da açık bir şekilde; zamanaşımına ilişkin hükmün kaynağı bir kanun dahi olsa, Model Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih, bundan önce veya sonrası itibarıyla (sırf) zamanaşımına uğramış olmasının, Kanun'un kapsamında olduğu kabul edilen bir alacağın terk edilmiş olarak kabul edilmesini ve borçlunun bu alacağı rapor edip, devretme yükümlülüğünü etkilemeye-

⁴¹ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", s. 9, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.202

⁴² Bkz. **Trost/Houghton/Grzaslewicz/Wolff/Orzeske**, s. 797; **Russell/Grzaslewicz**, s. 4. Ayrıca bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 201, s. 8, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023

⁴³ Bkz. **Millar/Heyman/Noe**, s. 716 vd., dn. 19; **Russell/Grzaslewicz**, s. 4.

⁴⁴ Bkz. **Trost/Houghton/Grzaslewicz/Wolff/Orzeske**, s. 797; "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 201, s. 8, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.2023.

Bu görüşün geniş bir eleştirisi için bkz. "The Derivative Rights Doctrine: A Primer", <https://www.uppo.org/blogpost/925381/231302/The-Derivative-Rights-Doctrine-A-Primer>, E.T.: 04.03.2023.

ceği düzenlenmiştir⁴⁵. Dahası, mahkemelerin de ezici bir çoğunlukla devletin, borçlunun borcun ifasından kurtulmasını sağlayacak ve sözleşme ilişkisi içinde hak sahibine karşı ileri sürebileceği zamanaşımı definden etkilenmeyeceğini kabul ettikleri belirtilmektedir⁴⁶. Buradaki temel gerekçeysen; aksinin kabulü hâlinde, sahibince aranmayan alacakların, borçlunun elinde kalmasına yol açan “özel bir el koyma hakkının” (private escheat) ortaya çıkacağı, oysa bu hakkın kamu yararına olmak üzere sadece devlete ait olabileceği tezidir⁴⁷.

Doğal olarak bu, başka bir sonucun daha doğmasına yol açmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere ABD’de, devletin bu haklara, sahiplerine

⁴⁵ Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, Section 610/a, s. 67, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.202.

Borçlunun, hak sahibi ile arasındaki (terk edildiği kabul edilen hakkın doğmasına yol açan) ilişkiden doğan savunmalarını devlete karşı ileri sürmesini engelleyen bu tür kanun hükümleri “zamanaşımı karşıtı hükümler” (anti -limitation provisions) olarak anılmaktadır ve mahkemeler tarafından genel olarak geçerli oldukları kabul edilmektedir. Bkz. **Russell/Grzaslewicz**, s. 4; **Trost/Houghton/Grzaslewicz/Wolff/Orzeske**, s. 799; **Biek**, s. 55 vd. Bu tür hükümlerin getirilmesinin nedeni ise bu tür alacakların, borçlunun elinde kalmasını engellemektir.

⁴⁶ Bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, s. 8, dn. 20, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.202.

Hatta Yazar, New Jersey Eyaleti’nde azınlık da olsalar, zamanaşımı definin devlete karşı da ileri sürülebileceği görüşünü benimseyen mahkeme kararları nedeniyle, yasal terk süresinin zamanaşımı süresine göre önemli bir şekilde kısaltıldığını belirtmektedir. Amaç ise sahiplerince aranmayan alacakların, borçluların zamanaşımına uğradığı bu nedenle devredilemeyeceği itirazlarına maruz kalmadan, devlete intikalini sağlamaktır. Bkz. **Auten**, s. 104, dn. 55. Ayrıca bkz. **Russell/Grzaslewicz**, s. 4. Bu azınlık görüşünü savunan mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. **Miller/Heyman/Noe**, s. 716, dn. 18, 19.

⁴⁷ Bkz. **Trost/Houghton/Grzaslewicz/Wolff/Orzeske**, s. 798. Ayrıca bkz. “Revised Uniform Unclaimed Property Act”, s. 9, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf, E.T.: 02.02.202.

‘Terk edildiği kabul edilen hakkın devlete (emanet) olarak devrinin, hak sahibi aleyhine işleyen zamanaşımı süresinden sonra (bu nedenle) engellenmesi, el koymaya ilişkin yasal düzenlemelerin kamu menfaatini korumaya yönelik amacını ortadan kaldırır. (Böylelikle) hak, borçlunun elinde kalır ve bundan kamu değil borçlu yararlanır. Böyle bir kabul, devlete intikal ettirildikten sonra dahi sahibine, devlete hakkını geri almak için başvurma yetkisi veren ve bu başvuruda bulunmak için bir zamanaşımı öngörmeyen kanun hükmünün işlerliğini de ortadan kaldırır’. Bkz. “Travelers Exp. Co., Inc. v. State”, Supreme Court of Utah (732 P.2d 121 (Utah 1987), https://casetext.com/case/travelers-exp-co-inc-v-state?_cf_chl_tk=QvCADas8TIMqUnNTIdoKlzfCtnX_yOlijVmB98bDVCc-1677021267-0-gaNycGzNCvs, E.T.: 20.02.2023.

iade etmek üzere el koyduğunu kabul eden emanetçi devir kanunları hâkimdir⁴⁸. Bu doğrultuda çoğu eyalette hak sahipleri devlete intikal ettirilen haklarının iadesini, bir zamanaşımına bağlı olmadan talep edebilmektedirler⁴⁹.

Son olarak, terk edildiği kabul edilen haklara ilişkin olarak, borçluya getirilen bildirim yükümlülüklerinden ve bunların ihlaline bağlanan yaptırımlardan da bahsetmek gerekir:

Model Kanun'a göre borçlu, aranmayan hakkın türüne göre bir ila on beş yıl arasında değişen terk süresi boyunca, borçlunun kayıtlarında uygun bir adres bulunduğu ve söz konusu hakkın değeri 50 Dolar⁵⁰ ve üstünde olduğu sürece, yetkili kamu kurumuna sunulacak rapor tarihinden en az 60 en çok 180 gün öncesinden, hak sahibi olarak gözükken kişilere bildirim yapmakla yükümlüdür⁵¹.

Ayrıca borçluya her yıl için, belirlenen koşul ve süreler içinde, bu hakların devredilmesi gereken yetkili kamu kurumuna rapor sunma yükümlülüğü de getirilmiştir⁵². Bu şekilde, Model Kanun'un kapsamına giren bir hakkın, belirlenen süre içinde hak sahiplerince talep edilmemesi ve öngörülen bildirim ve rapor yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle birlikte, yetkili kamu kurumuna devri gerçekleştirilir⁵³.

Borçluya getirilen bildirim ve rapor yükümlülüklerinin ihlalinin sonuçlarına gelince, Model Kanun'da borçlunun, yetkili kamu kurumuna rapor

⁴⁸ Yazar ABD'de 55 eyalette de emanetçi devir kanunlarının olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **King**, s. 1253.

⁴⁹ Örnek olarak bkz. "Florida Unclaimed Property", <https://myfloridacfo.com/division/unclaimedproperty/home#:~:text=Florida%20Unclaimed%20Property&text=There%20is%20however%20no%20statute,any%20time%20at%20no%20cost>, E.T.: 05.03.2023; "FAQS", <https://unclaimedproperty.delaware.gov/app/faq-general>, E.T.: 05.03.2023; "Unclaimed Property", https://www.sco.ca.gov/upd_msg.html, E.T.: 05.03.2023.

Bu durumu, zamanaşımına uğradığı için borçluya karşı talep hakkını yitiren hak sahibinin, bu alacağın devlete devredilmesini bekleyip, ardından devletten talep edebilmesini olanaklı hale getirdiği için, eleştiren yazarlar da vardır. Bkz. **Auten**, s. 105.

⁵⁰ Bildirim yükümlülüğünün doğması için böyle bir para sınırının getirilmesinin gerekçesi ise borçlunun bildirimle ilgili masraflarının azaltılmasıdır. Bkz. **Meadows**, s. 983, 984.

⁵¹ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 501, 502, s. 54 vd. - 4, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

⁵² Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 401, 402, 403, 404, s. 49 vd., file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

⁵³ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 603, s. 59 vd. - 4, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

verme ve terk edilmiş hakkı devir yükümlülüğünü ifa etmemesi hâlinde, raporun verilmesi veya devrin yapılması gereken tarihten itibaren işleyecek faiz ve para cezası ödemeye mahkûm edileceği düzenlenmiştir⁵⁴.

Buna karşılık hak sahiplerine karşı getirilen bildirim yükümlülüğünün ihlaline yönelik, doğrudan bir düzenleme yoktur. Model Kanun'da sadece borçlu için öngörülen herhangi bir yükümlülüğün kasten ifa edilmemesi veya bu yükümlülüklerden kaçmak için hileli davranışların sergilenmesi hâlinde, bu kişilerin faiz ve para cezasının yanı sıra ilgili hakkın % 25'ine denk bir meblağı ödemeye de mahkûm edilebileceği düzenlenmiştir⁵⁵ ki anlaşılacağı üzere bu yaptırım, idari bir yaptırımdır.

Bununla birlikte, Model Kanun'da terk edildiği kabul edilen bir hakkı devlete intikal ettiren borçlunun, hak sahibine karşı sorumluluktan kurtarılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir⁵⁶. Buna göre, terk edildiği kabul edilen bir hakkı, iyi niyetle⁵⁷ özellikle bildirim ve rapor yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirerek yetkili kamu kurumuna devrettiği kabul edilen borçlu, bu devir nedeniyle doğacak sorumluluktan kurtarılır. Öyle ki bundan sonra, bu devir nedeniyle hak sahipleri ve diğer kişiler tarafından yapılacak taleplerden doğabilecek sorumluluklarına karşı devletin, borçlunun savunmasını üstlenme veya onu tazmin etme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁵⁸.

⁵⁴ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 1204, s. 99, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

Ayrıca bkz. **Riley**, s. 822.

⁵⁵ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 1205, s. 99, 100, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

⁵⁶ Model Kanun dahil, devir kanunlarında yer alan bu tür hükümler "immunity provision" olarak anılmakta, olup çalışmada "sorumluluk hükmü" tabiri ile anılacaktır.

⁵⁷ Model Kanun'da, borçlunun bilinen gerçekler temelinde o hakkın yetkili kamu kurumuna devrinin gerektiğine inanması için makul nedenlere sahip olduğu kabul edilebiliyorsa veya yetkili kamu kurumunun talebi üzerine bu devri gerçekleştirmişse veya yetkili kamu kurumunun yönlendirmesi veya emri üzerine bu hakkın devredilmesi gerektiğine inanarak devri yapmışsa iyi niyetle (good faith) hareket ettiği kabul edilmiştir. Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 601, s. 58, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

⁵⁸ Bkz. "Revised Uniform Unclaimed Property Act", Section 604, s. 61, 62, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/RUUPA_Final%20Act_2016_2022may26.pdf E.T.: 02.02.2023.

İyi niyetle davranma koşulunun getirilmesinin temel nedeni ise borçlunun ilgili hakkı, aslında gerekmediği halde kasıtlı olarak devlete devretmesinin önüne geçmektir. Zira

İşte bu düzenlemenin işaret ettiği üzere, bildirim yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmeyen borçlunun, hak sahibine karşı sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Ancak, bu sorumluluk bir tazminat sorumluluğudur. Nitekim borçlunun gerekli bildirimleri yapmadığı gerekçesiyle açılan davalarda, hak sahiplerinin bu usulsüz devirden kaynaklanan zararlarının tazminini talep ettikleri görülmektedir. Bu doğrultuda, tespit edebildiğim mahkeme kararlarında da bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği için, zamanaşımının koşullarının oluşmadığına ilişkin herhangi bir tartışma yapılmamıştır. Daha açık bir ifadeyle, borçlunun hak sahibine karşı olan bildirim yükümlülüklerini ihlal etmesine bağlanan yaptırım, bu alacağa ilişkin zamanaşımı süresinin işlemediği sonucuna varılması değildir⁵⁹. Aksine, bu tür davalardaki tartışmanın odak noktası; devir kanunlarındaki sorumsuzluk hükümleri bağlamında, hakkı devlete devreden borçlunun, bu nedenle doğacak zararından dolayı hak sahibine karşı tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için, aynı zamanda bildirim yükümlülüğünü de gereği gibi yerine getirmek zorunda olup olmadığıdır. Nitekim Amerikan hukukunda mahkemelerin bu hususta ikiye ayrıldığı da görülmektedir.

Azınlıkta kaldığı söylenebilecek ilk yaklaşımda, bildirim yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı olarak zamanaşımının işlemediğinin kabulü bir yana, terk edilen hakkı devlete devreden borçlunun -bu bildirim yükümlülüklerini ihlal etmiş olsa dahi- hak sahibine karşı sorumluluktan kurtulacağı kabulü söz konusudur: Davacı hak sahibi, şirket paylarını terk edildiği gerekçesiyle devlete devreden şirketi, öncesinde kendisine bildirimde bulunmadığı gerekçesiyle dava etmiştir. Zira devletten sadece paylarının satışından elde edilen bedeli iade alabilmiştir. Hak sahibi, devir yapılmıyaydı ve payları kendisi satsaydı daha fazla kazanacağı, dolayısıyla bu devri yapan borçlunun zararından sorumlu olduğu iddiasındadır. Bu iddia ilk derece mahkemesi (trial court) tarafından, ilgili kanundaki sorumsuzluk hükmünün mutlak olduğu, yani borçlunun hak sahibine karşı sorumluluktan kurtulmasının, bildirimleri yapmasına bağlanmadığı gerekçesiyle reddedilir. Bu karar bir üst mahkeme tarafından da şu gerekçeyle onaylanır: 'Sahiplerince aranmayan hakları devlete devreden borçluya kanunla verilen (mutlak) sorumsuzluk, eyaletin devir kanununun; terk edilen haklardan yararlanma yetkisinin borçludan ziyade, devlete verilmesine ilişkin amacıyla uyumludur. (Zira

aksi durumda hak sahipleri, devir kanunlarına konulan bu sorumsuzluk hükümleri nedeniyle, borçluya karşı herhangi talepte bulunamayabilirler, **Meadows**, s. 984.

⁵⁹ Oysa Türk hukukunda bildirim yükümlülüğünün ihlali, zamanaşımının işlemlerine engel bir hal olarak kabul edilmekte ve borçlu ödeme yapmaya mahkûm edilmektedir. Bkz. II/A/3-4.

hakkın devriyle borçlunun hak sahibine karşı mutlak bir şekilde sorumluluktan kurtarılması söz konusu olmasaydı, somut durumda olduğu gibi davalardan çekinen borçlular, bu hakları devlete devretmek yerine ellerinde tutmanın yollarını arayacaklardı. Bu durum sonuçta, devletin bu hakların kullanımıyla elde edilecek yarardan mahrum kalmasına yol açacaktır. Böylece, mahkeme terk edilen hakların devlete devrini teşvik eden, ancak hak sahiplerinin tazminat olanaklarını sınırlandıran “mutlak sorumsuzluk” (absolute immunity) halini, devlete devri caydıracak ancak hak sahiplerinin tazminine izin veren “şarta bağlı sorumsuzluk” (conditional immunity) haline tercih etmiştir⁶⁰. Ancak bu karar California Yüksek Mahkemesi tarafından şu karşı gerekçelerle reddedilmiştir: ‘...Tersine, borçlunun hak sahibine karşı sorumsuz olduğunun kabulünün devir kanunu ile getirilen yükümlülüklerinin ifası koşuluna bağlanması (şarta bağlı sorumsuzluk), devir kanunun bilinmeyen hak sahiplerinin korunması ve terk edilen haklardan devletin yararlanmasına ilişkin amacını gerçekleştirmeye hizmet eder. Bu sayede devlete devredilecek hakkın gerçekten terk edildiği, sahibinin de gerçekten bilinmediği hususları teyit edilerek, hak sahipleri korunur. Dahası devletin zaten terk edildiği kesin olarak tespit edilmemiş herhangi bir hakkı devralmak ve bundan yararlanmak hususunda meşru bir menfaati olamaz’⁶¹.

Nitekim çoğunluk mahkeme borçlunun, hak sahibine karşı tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için bildirim yükümlülüklerini de gereği gibi ifa etmesi koşulunu aramaktadır. Mesela, bu konuda zikredilmesi gereken bir başka kararda da davacı, işçisi olduğu şirketin paylarından almıştır. Bu şirket 1982’de Atina’daki şubesini kapatınca davacıya -adresini bildiği ve bu adres değişmediği halde- pay sahibi olarak yapması gereken bildirimleri keser. 1993’te paylar, terk edildiği gerekçesiyle şirket tarafından, öncesinde bir bildirimde bulunulmadan devlete intikal ettirilir. Davacının devirden 2001’de haberi olur. Devrin yapıldığı kurumdan paylarının iadesini istese de sadece payların satış bedeli olan 22000 Dolar alır ve şirketi dava eder. Borçlu şirketin payları devretmeden önce gerekli bildirimlerde bulunmadığı iddiasıyla açılan bu davada, sözleşmenin ihlali (breach of contract), (şirketler hukukuna ilişkin olarak) özen ve sadakat yükümlülüklerinin ihlali (breach of fiduciary duty), ihmal (negligence), hile (fraud), zimmet (conversion) gibi

⁶⁰ Bkz. “Harris v. Verizon Communications”, Court of Appeal of California, Second District (141 Cal.App.4th 573 (Cal. Ct. App. 2006) 46 Cal. Rptr. 3d 185), <https://casetext.com/case/harris-v-verizon-communications#p579>, E.T.: 08.03.2023).

⁶¹ Bkz. “Azure Ltd. v. I-Flow Corp.”, Supreme Court of California (46 Cal.4th 1323 (Cal. 2009) 96 Cal. Rptr. 3d 501 210 P.3d 1110), <https://casetext.com/case/azure-ltd-v-i-flow-corp>, E.T.: 09.03.2023.

gerekçelere dayanılır ve payların yeniden ihracı (reissuance of his shares), cezalandırıcı tazminat (punitive damages) dahil, zararın tazmini, tecavüzün menî gibi (injunctive) taleplerde bulunulur. İlk derece mahkemesi, borçlu şirketin zamanaşımı defini ret eder. Ancak davalının, bu payları devlete intikal ettirmekle hak sahibine karşı sorumluluktan kurtulduğu iddiasını haklı bulur ve davayı reddeder. Temyiz mahkemesi ise bu kararı, şirketin kanundaki usulü işlemleri yapmadığı ve zamanaşımı defini ispatlayamadığı gerekçesiyle bozar. Temyiz mahkemesine göre sırf borçlunun elindeki hakkı devretmiş olması, ona hak sahibine karşı koruma sağlamaz. Sorumluluktan kurtulması için kanundaki bildirim yükümlülükleri dahil, usulî işlemleri de yerine getirmesi gerekmektedir⁶². Anlaşılacağı üzere, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonucu, bu nedenle ortaya çıkan zararın tazmini olduğu gibi, tazminat alabilmenin ön koşulu da dava konusu yapılan hakkın zamanaşımına uğramamış olmasıdır.

Kısacası, borçluya getirilen bildirim yükümlülüklerinin temel amacı; sahibinin hakkın varlığından haberdar edilmesiyle, devredilecek hakkın gerçekten terk edilmiş olup olmadığının anlaşılması ve terk edilmeyen alacağın devlete devrinin önlenmesine ilişkindir⁶³. İhlaline bağlanan yaptırım ise sadece bu devir nedeniyle uğranılan zararın tazmini olabilir. Yoksa bildirim yükümlülüğü, hakkın zamanaşımına uğramasının ön koşulu değildir.

II. HAK SAHIPLERİNCE ARANMAYAN MEVDUAT ALACAKLARINA İLİŞKİN BANKACILIK MEVZUATI İLE SİGORTA ALACAKLARINA İLİŞKİN MÜLGA SMK'NİN 19. MADDESİNDEKİ DÜZENLEMELER, YARGITAY'IN BU DÜZENLEMELERE İLİŞKİN YORUM TARZI VE DEĞERLENDİRMELER

Hak sahiplerince aranmayan hakların devlete devrine ilişkin politikayı benimseyen ülkelerden birisi de Türkiye Cumhuriyeti'dir. Ancak ABD'de olduğu gibi sahibi tarafından aranmadığı kabul edilen her türlü hak için genel bir kanun çıkarmak yerine, hakkın doğduğu hukuki ilişkinin türüne göre farklı kanunlarda düzenleme yapılması tercih edilmiştir. Mesela sigorta sözleşmesinden doğan ve sahiplerince aranmayan alacakların devri sigortacılık

⁶² Bkz. "Vondjedis v. Hewlett Packard Corp.", Court of Appeal of California, Sixth District (168 Cal. App. 4th 921 (Cal. Ct. App. 2009) 85 Cal. Rptr. 3d 806), <https://casetext.com/case/vondjedis-v-hewlett-packard-corp>, E.T.: 08.03.2023).

⁶³ Bkz. "Azure Ltd. v. I-Flow Corp.", Supreme Court of California (46 Cal.4th 1323 (Cal. 2009) 96 Cal. Rptr. 3d 501 210 P.3d 1110), <https://casetext.com/case/azure-ltd-v-i-flow-corp>, E.T.: 09.03.2023.

mevzuatında düzenlenmişken, mevduat sözleşmesinden doğan alacakların⁶⁴ devri ise bankacılık mevzuatında düzenlenmiştir⁶⁵. Bunlardan, öteden beri Türk doktrininin ilgi odağında olan ise bankacılık mevzuatında yapılan düzenlemelerdir. Keza sahiplerince aranmayan alacakların devlete devri meselesine ilişkin asıl tartışma mevduat alacakları bağlamında yapılagelmiştir. Dahası, Yargıtay'ın da bu alandaki düzenlemeleri yorum tarzını, sigorta alacakları alanına yansıttığı da görülmektedir.

Bu çalışma bakımından dikkat çeken bir diğer düzenleme de mülga SMK'nin 19. maddesinde yer alan düzenlemedir. Bu düzenleme ise sahiplerince aranmayan sigorta alacaklarının devlete devrine ilişkin düzenlemelerin, zaman içinde nasıl evrildiğini göstermek bakımından önemlidir. Bu nedenlerle sahiplerince aranmayan alacakların devri meselesiyle ilgili değerlendirmelerde bulunabilmek için öncelikle bu iki düzenlemenin irdelenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

A. Hak Sahiplerince Aranmayan Mevduat Alacaklarının Devlete Devrini Öngören Temel Düzenlemeler, Yargıtay'ın Bu Düzenlemeleri Yorum Tarzı ve Değerlendirmeler

1. Hak Sahiplerince Aranmayan Mevduat Alacaklarının Devlete Devrini Öngören Temel Düzenlemeler

Sahiplerince aranmayan mevduat alacaklarının akıbeti, temel olarak 5411 sayılı BankK'nin "Zamanaşımı" kenar başlığını taşıyan 62. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında "bankalar nezdindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi,

⁶⁴ Kanun koyucu, bankalar nezdinde bulunan mevduat dışında katılım fonu, emanet gibi diğer bazı hakları da aynı rejime tabi tutmuştur. Bununla birlikte çalışma, sigorta alacaklarına kıyasen mevduat alacakları ile sınırlandırılmıştır. Keza metinde de ifade edildiği üzere, konu ile ilgili doktrinde yapılan çalışmalar ve Yargıtay kararlarının ezici çoğunluğu da mevduat alacakları hakkındadır. Ancak bu sınırlandırmaya rağmen, çalışmada yapılan değerlendirme ve tespitlerin -bu alacakların hukuki mahiyetine özgü durumlar hariç- diğer haklar için geçerli olacağı da açıktır.

⁶⁵ Hak sahiplerince aranmayan hakların devlete devrine ilişkin düzenlemeler bankacılık ve sigorta mevzuatında yapılan düzenlemelerden ibaret değildir. Mesela Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun (BETYSK) 6/5. maddesinde emeklilik sözleşmesi veya yıllık gelir sigortası sözleşmesi kapsamında ödenmesi gereken ancak hak sahipleri tarafından aranmayan tutarların neticede Hazine'ye devredileceği düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun terk ve zamanaşımı süreleriyle ilgili kafa karışıklığı bu Kanun'da da kendini gösterir. Zira bu Kanun'un ek 1. maddesinde, 6. maddedeki bu düzenleme, yine zamanaşımı olarak nitelendirilmiştir.

işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanların, zamanaşımına tâbi olduğu” belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göreyse “zamanaşımına uğrayan her türlü mevduat, banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, ... Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (Fon) gelir kaydedilecektir.”

Ayrıca bu maddeye istinaden “Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” (Mevduat Yönetmeliği) yürürlüğe sokulmuştur⁶⁶. Bu Yönetmelik'in 8/2. maddesinde, bankalara, nezdlerinde bulunup zamanaşımına uğramış alacaklara ilişkin bildirim ve ilan yükümlülükleri getirilmiştir. Buna göre bankaların, hak sahiplerine başvuruda bulunmazlarsa, hesaplarının Fon'a devredileceği hususunda, (on yılın bitimini) izleyen takvim yılının Ocak ayının sonuna kadar bildirimde bulunmaları gerekmektedir. Bankalar ayrıca bu tür alacakları liste halinde kendi sitelerinde yayınlamak zorunda oldukları gibi, bu alacakların sitelerinde yayımlandığı hususunu gazeteler yoluyla da ilan etmek zorundadırlar. Neticede, bu alacaklardan, “Haziran ayının on beşinci gününe kadar hak sahibi veya mirasçıları tarafından aranmayanlar, faiz ve kâr payları ile birlikte, Haziran ayı sonuna kadar Fon'un Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'ndaki veya Fon Kurulu tarafından belirlenecek bankalar nezdindeki hesaplarına devredilecek” ve “devir tarihi itibarıyla Fon tarafından gelir olarak kaydedilecektir” (MY m. 8/3).

2. BankK'nin 62. Maddesindeki Düzenlemenin Değerlendirilmesi⁶⁷

Öncelikle, BankK'nin 62. maddesinin kenar başlığı “zamanaşımı” olarak koyulduğu gibi, bir alacağın Fon'a devri için “sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatından itibaren geçmesi gereken on yıllık süre” de zamanaşımı olarak tarif edilmiştir. Oysa bu süre, bir terk süresidir. Zira maddede esasen sahiplerince aranmayan mevduat alacaklarının Fon'a devir usulü düzenlendiği gibi, bu alacakların Fon'a devri için geçmesi gereken bu süre de -geçmesiyle birlikte hizmet ettiği sonuç itibarıyla- zamanaşımı süresi olamaz. Buna rağmen 62. maddede anılan sürenin bir zamanaşımı süresi olduğu varsayılabilir. Ancak bu durumda, bir hakkın devri için temel koşul olan; sahibi tarafından aranmadan, daha açık bir ifadeyle sahibinin hakkından haberdar olduğunu ve bu hak üstündeki sahiplik iddiasını

⁶⁶ R.G., T. 01.11.2016, S. 26333.

⁶⁷ Bu başlık altında mevduat alacaklarına özgü hususlar ele alınacak, ortak nitelikteki değerlendirmeler sigorta alacaklarıyla ilgili başlık altında yapılacaktır.

sürdürdüğünü gösteren herhangi bir eylemi olmadan geçmesi gereken “terk süresi” nedir, niçin düzenlenmemiştir sorularının cevaplanması gerekir. Benzer olarak 62. maddeye göre bu zamanaşımı, hak “sahibinin en son talebi, işlemi veya herhangi bir yazılı talimatıyla” başlayacaktır. Ancak bu talimat veya talep, mesela hesapla ilgili bilgi verilmesi şeklinde de olabilir⁶⁸. Oysa zamanaşımının temelinde yatan mantık; talep edilebilir olmasına rağmen, alacağını talep etmeyen alacaklının, borçluyu sonsuza kadar dava tehdidi altında bırakmasının, hakkaniyete uygun görülmemesidir⁶⁹. Dolayısıyla TBK’nin 149. maddesinde de belirtildiği üzere, bir zamanaşımının başlangıcına uygun an; bu alacağın talep edilebilir hale geldiği an olmalıdır⁷⁰. Esasına bakılırsa, bu düzenleme tarzı, Amerikan Model Kanunu’ndaki terk süresinin başlangıcı olarak belirlenen; para yatırması veya bilgi istemesi gibi, hak sahibinin “hakkından haberdar olduğunu gösteren herhangi bir eylemi” (indication of interest) kriterini hatırlatmaktadır⁷¹.

Gerçi bir alacağa ilişkin zamanaşımı süresinin, o alacağın devlete devir usulü ile birlikte düzenlenmesini engelleyen bir kural yoktur. Bununla birlikte birbirinden farklı iki meselenin birlikte düzenlenmesi için makul bir gerekçenin varlığı beklenir. Dahası, böyle bir düzenlemenin, -somut durumda olduğu gibi- karışıklığa yol açmaması da gerekir. Oysa aslen terk edildiği varsayılan mevduatın devlete devri düzenlenirken, kenar başlığı zamanaşımı olarak koyulan, terk edilen alacağın da zamanaşımına uğramış olacak olarak tarif edildiği 62. maddedeki düzenleme ve bu düzenlemeye uyularak yapılan Yönetmelik, bu on yıllık sürenin salt bir zamanaşımı süresi, bildirim ve ilan yükümlülüklerinin de zamanaşımının ön koşulu olarak kabul edilmesine⁷² zemin hazırlayarak, karışıklığa ve zamanaşımı kurumunun haklı bir gerekçe olmadan atıl kalmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla, kanun koyucunun arzusu mevduat alacakları dahil, banka nezdindeki haklar için özel bir zamanaşımı düzenlemesi yapmaksızın, bunu ilgili hakkın terk ve devlete devir meselesinden ayrı olarak düzenlemesi, en azından terk ve zamanaşımı süreleri arasındaki ilişkinin ne olacağı hakkında da düzenleme getirmesi gerektiği düşüncesindeyim.

⁶⁸ Mevduat alacaklarında muacceliyet hakkında bkz. II/A/3 no.lu başlık.

⁶⁹ Bkz. **Eren**, Borçlar, s. 1451, 1452.

⁷⁰ Bkz. **Eren**, Borçlar, s. 1455; **Erem**, Faruk/**Altıok**, Akın/**Tandoğan**, Halük: Bankalar Kanunu Şerhi, 6. Bası, BATİDER Yayınları, Ankara 1975, s. 97; **Çeker**, Mustafa: Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Karahan Kitabevi, Adana 2004, s. 329.

⁷¹ Bkz. I no.lu başlık.

⁷² Bkz. II/3 no.lu başlık.

62. maddedeki düzenlemeyle ilgili anılması gereken diğer bir husus da “zamanaşımına uğrayan” mevduatın bankanın hak sahibine ulaşmaması hâlinde Fon’a devredileceğine ilişkin ifadedir. Bu ifade, öncelikle zıt anlamından çıkan sonuç, yani hak sahibine ulaşılması hâlinde bankanın zamanaşımına uğramış bir alacağı ödemekle yükümlü olup olmayacağı bakımından bir irdelemeyi gerektirir⁷³. Ayrıca aynı ifade banka tarafından yapılması gereken bildirim ve ilanları, bir mevduatın terk edilmiş sayılıp Fon’a devrinin ön koşulu hâline getirmesi bakımından da değerlendirilmelidir. Ancak her iki husus da hak sahibince aranmayan sigorta alacakları bağlamında yapılabacağından bu başlık altında ayrıntıya girilmeyecektir⁷⁴.

3. Yargıtay’ın Yorum Tarzı

BankK’nin 62. maddesinde yer alan 10 yıllık süre, bir kanun metninde ilk kez 1958 tarihli ve 7129 sayılı Bankalar Kanunu ile zamanaşımı olarak adlandırılmıştır. Bununla birlikte bu süre, sahibince aranmayan mevduatların devlete devrinin ilk olarak düzenlendiği 1933 tarihli Mevduatı Koruma Kanunu’ndan⁷⁵ itibaren, bir zamanaşımı süresi olarak ele alınmış ve bu şekilde yorumlanmıştır⁷⁶. Nitekim Yargıtay’a göre bu on yıllık süre bir zamanaşımı süresi, bildirim ve ilan yükümlülükleri ise banka nezdindeki alacağın zamanaşımına uğramasının ön koşuludur⁷⁷:

Mevduat sahibi davacının, bankadaki parasının tahsiline ilişkin açtığı davada, banka diğer savunmaların yanı sıra alacağın (818 s.) BankK m. 125 uyarınca zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle ret talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi davacının, hesabının varlığını kanıtlayamadığı ve ayrıca 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle ret kararı vermiştir. Yargıtay ise neticede bankalarda bulunan alacakların 10 yıl sonra zamanaşımına uğramasının, bankaca gerçekleştirilecek ilan tebligatının yapılması koşuluna bağlı olduğu, hak sahipleri hakkında bu yönde uygulama yapılmadan, banka nezdindeki hak ve alacaklarının kendiliğinden zamanaşımına uğramayacağı gerekçesiyle, bu kararı bozmuştur⁷⁸.

⁷³ Benzer yönde bir düzenlemeye Mevduat Yönetmeliği’nin 8/3. maddesinde de yer verilmiştir.

⁷⁴ Bkz. II/3 no.lu başlık.

⁷⁵ Hak sahiplerince aranmayan mevduat alacaklarının devlete devrini öngören kanun düzenlemelerinin gelişimi hakkında bkz. **Battal**, s. 147 vd. - 176 vd.

⁷⁶ Bkz. **Battal**, s. 147.

⁷⁷ Bkz. **Battal**, s. 141-151; **Reisoğlu**, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015, s. 1317 vd.

⁷⁸ Bkz. Yarg. 11. HD, T. 18.10.2004, E. 2004/820, K. 2004/9907. Bu ve benzer başka kararlar için bkz. **Battal**, s. 151 vd.

Yargıtay bu görüşünü 2005 tarihli ve 5411 sayılı BankK zamanında da sürdürmüştür. Nitekim 2016 yılında verilen bir kararda yine "... bankalarda bulunan mevduat ve bu cümleden sayılan emanet ve alacakların 10 yıl sonra zamanaşımına uğramasının, bankaca gerçekleştirilecek tebligatın yapılması koşuluna bağlı olduğundan, hesap sahipleri hakkında bu yönde uygulama yapılmadan banka nezdindeki hak ve alacaklarının kendiliğinden zamanaşımına uğramayacağından" bahsedilmiştir⁷⁹.

Oysa -daha önce de ifade edildiği üzere- bir alacağın terk edilmiş sayılması ve zamanaşımına uğraması birbirinden farklı iki durumdur. Dolayısıyla bir alacağın, devlete devredilmesi amacıyla terk edildiğinin kabul edilebilmesi için geçmesi aranan süreyle, alacaklı tarafından dava yoluyla talep edilebileceği süre de birbirinden farklıdır. Nitekim doktrinde 62. maddede yapılan düzenlemenin gerçek bir zamanaşımı olmadığı eleştirileri öteden beri yapılagelmiştir:

Bu eleştirilerin özü Reisoğlu tarafından dile getirilmiştir. Yazar'a göre BankK'nin 62. maddesinde "zamanaşımı adı altında tamamen özel bir düzenleme" yapılmıştır⁸⁰. Zira bu düzenlemedeki zamanaşımı, alacakların dışında taşınır vasfındaki emanetler için de öngörülmüşken, Türk Medeni Kanunu'nda sözü edilen kazandırıcı zamanaşımı ise burada yoktur. Dahası, zamanaşımı def'i aslında borçlunun borcunu ödemekten kaçınmasına izin veren bir savunma iken 62. maddedeki düzenlemeyle bankaların zamanaşımı def'inde bulunması engellenerek, zamanaşımından yararlanmasının önüne geçilmiştir⁸¹. Doktrinde 62. madde uyarınca Fon'a aktarılan mevduatın eksik borç yerine iade edilemez hale gelmesi ve hak sahibinin hakkın korunması için belirli bir sürede belli davranışlarda bulunmak zorunda olmasının hak düşürücü süreyi anımsattığı; düzenlemenin zamanaşımından ziyade sahibi tarafından aranmayan mevduatın hukuki akıbetine ilişkin olduğu, dolayısıyla esasen bankaya bir yükümlülük yüklemek amacıyla öngörüldüğü eleştirileri de yapılmıştır⁸². Yine, genel kural itibarıyla zamanaşımının muacceliyet ile

⁷⁹ Bkz. Yarg. 11 HD, T. 07.05.2018, E. 2016/11154, K. 2018/3279. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

⁸⁰ Bkz. **Reisoğlu**, s. 1307, 1308. Aynı yönde bkz. **Erem/Altok/Tandoğan**, s. 95, 96.

⁸¹ Bkz. **Reisoğlu**, s. 1307, 1308; **Erem/Altok/Tandoğan**, s. 97.

Ayrıca bkz. **Çeker**, s. 328; **Rüzgar**, s. 72, 73; **Erdem**, Bankacılık, s. 99-111 vd.; **Kalender**, Süleyman: "Banka Mevduatı Zamanaşımı", *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 2018, s. 21, 22; **Şener**, Oruç Hami: *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 502, 503.

⁸² Bkz. **Şit İmamoğlu**, Başak: "Mevduatta Zamanaşımı", *BATİDER*, C. XXXI, S. 1, 2015, s. 166, dn 7, s. 168.

başlaması gerekirken, 62. maddede “son işlem, talep veya yazılı talimat” tarihinden başlatıldığı; zamanaşımının kesilmesi olgusuna TBK’den farklı bir anlam verildiği; bir alacak hakkı zamanaşımına uğramış olsa da borçlunun dilerse borcunu ifa edebileceği, oysa Fon’a aktarılan haklar bakımından bunun söz konusu olamayacağı; Fon’a aktarılan haklar üzerindeki mülkiyet hakkının sona erip devlete geçtiği ki bunun klasik zamanaşımı ile ilgisinin olamayacağı da ifade edilmiştir⁸³.

Nitekim, doktrindeki bu görüşleri dikkate aldığı anlaşılan Yargıtay da nihayet 62. maddede yer alan düzenlemenin bir zamanaşımı düzenlemesi olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) tarafından 2021 yılında verilen bir kararda, açık bir şekilde 62. maddede yer alan zamanaşımı kavramının borçlar hukuku anlamındaki zamanaşımından farklı olduğu ifade edilmiştir. Yüksek mahkemeye göre mevduat sözleşmesinde taraflar arasında, bankanın saklama borcu devam ettikçe süren, bir sürekli borç ilişkisi doğar. Bankanın iade borcu ise ancak mudinin mevduatının tamamını talep ettiği tarihte muaccel olur ki bu bir bakıma sözleşmenin mudii tarafından feshi ile sonlandırılmasıdır. Yani mevduat sözleşmesinden doğan alacak, sözleşmenin sona ermesiyle muaccel hale gelir. Bu kapsamda, mevduat sözleşmesinin sona erme nedenlerinden birisi de BankK’nin 62. maddesinde yer alan ve sahiplerince aranmayan alacakların Fon’a devrini öngören düzenlemedir. Mahkeme’ye göre bir mevduatın Fon’a gelir olarak kaydedilmesi, hak sahibinin son talebi, işlemi veya yazılı talimatından itibaren on yıl boyunca aranmamış olması ve bankanın hak sahibine ulaşmaya çalışması olarak iki koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak 62. maddede zamanaşımı kavramı kullanılmış olsa da bu düzenlemede yer alan zamanaşımı, borçlar hukuku anlamında zamanaşımı kavramından farklıdır. Zira 62. maddedeki zamanaşımı, koşulların gerçekleşmesi hâlinde alacak hakkının Fon’a devri ile tamamen sona ermesine yol açmaktadır⁸⁴.

Öte yandan, Yargıtay’ın bu kabulü dolaylı olarak 62. madde kapsamına giren mevduat alacaklarının genel zamanaşımı hükümlerine tabi olacağı sonucunu da doğurmaktadır. Nitekim anılan kararda, Yargıtay’ın mevduat alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı hakkında, genel hükümlerin (TBK m. 146 vd) uygulanmasını kabul ettiği ve doktrindeki mevduat sözleşmelerinden doğan alacakların sözleşmenin feshedildiği tarih itibarıyla muaccel olacağı

⁸³ Bkz. **Bozkurt**, Tamer: “Bankacılık Kanunu’nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2017, s. 30, 31-40; **Çeker**, s. 329.

⁸⁴ Bkz. YHGK, T. 04.02.2021, E. 2017/50, K. 2021/33.

ve zamanaşımı süresinin de bu tarih itibarıyla başlaması gerektiğini söyleyen görüşü benimsediği anlaşılmaktadır⁸⁵.

Ancak anılan YHGK kararına ve doktrindeki eleştirilere rağmen, Yargıtay Hukuk Daireleri'nce verilen kararlarda hâlâ 62. maddede yer alan sürenin bir "zamanaşımı süresi" olarak kabul edilerek, davanın buna göre sonuçlandırıldığı görülmektedir. Örneğin, gerekli bildirimler yapılmadan devlete devredildiği iddiasıyla bankadaki mevduatın iadesinin talep edildiği bir davada, ilk derece mahkemesi, BankK'nin 62. maddesi uyarınca bankalarda bulunan mevduatın 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğramasının, bankaca gerçekleştirilecek ilan ve tebligatların yapılması koşuluna bağlı olduğu, bu yapılmadan alacağın kendiliğinden zamanaşımına uğramayacağı gerekçeyle kabul kararı vermiştir. Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi ise ilk derece mahkemesinin bu kararını başkaca bir tartışmaya girmeden, doğrudan onaylamıştır⁸⁶.

4. Yargıtay'ın Yorum Tarzının Değerlendirilmesi

Öncelikle Yargıtay'ın BankK'nin 62. maddesindeki sürenin bir zamanaşımı süresi olmadığını kabul etmesi yerindedir. Bu yönden, 62. maddedeki süreyi hâlâ bir zamanaşımı süresi olarak görüp, önündeki davayı bu kabul üzerinden çözmeye çalışan hukuk daireleri ve diğer mahkemelerle aradaki uyumsuzluğun giderilmesi gerekir. Nitekim bu görüş, bildirim yapılmasını zamanaşımının ön koşulu olarak kabul eden görüş ile birleştiğinde, ilgili mevduatı Fon'a devirle zaten elden çıkarmış olan bankaya, aslında zamanaşımına uğramış⁸⁷ böylece ifasından kaçınabileceği bir alacağın sırf bu nedenle yeniden ödettirilmesine neden olmaktadır.

İkinci olarak, 62. maddedeki sürenin bir zamanaşımı olmadığını kabul eden Yargıtay'ın, ardından sahibince iadesi talep edilen alacağın zamanaşımına uğramış olup olmamasıyla 62. maddedeki düzenleme uyarınca devlete

⁸⁵ Bu hususta bkz. **Şit İmamoğlu**, Başak: "Mevduatta Zamanaşımı", BATİDER, C. XXXI, S. 1, Y. 2015, s. 163-188. Ayrıca bkz. **Bozkurt**, 27 vd.

⁸⁶ Bkz. Yarg. 11. HD., T. 17.10.2022, E. 2021/2842, K. 2022/7055. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

⁸⁷ Mevduat alacaklarında zamanaşımının, sözleşmenin feshi ile gerçekleşecek muacceliyete bağlanması hâlinde, alacakların zamanaşımına uğradıktan sonra Fon'a devrinin nadir olarak gerçekleşeceği de söylenebilir. Zira sözleşmenin feshi, mudinin mevduatının geri ödenmesini talep etmesiyle söz konusu olacaktır. Bu durumda zamanaşımının gerçekleşmesi için, mudinin geri ödeme talebinde bulunup, ardından on yıl boyunca tahsili için bir girişimde bulunmaması gerekir.

devredilmesi arasındaki ilişkiyi ve ihbar ve ilan yükümlülüklerinin ihlaline bağlanabilecek sonuçları da ortaya koyması beklenirdi.

Mesela mevduat alacaklarında, zamanaşımının sözleşmenin feshiyle gerçekleşecek muacceliyet tarihinden itibaren işleyeceği kabul edildiğinde, 62. maddede öngörülen on yıllık süre sona ermiş olsa bile alacak zamanaşımına uğramamış olabilir⁸⁸. Ancak banka, zamanaşımına uğramamış hatta bir fesih söz konusu olmadığı için muaccel dahi olmamış bir alacağı -banka tarafından ifa edilmesine de fırsat verilmeden- 62. maddedeki hüküm nedeniyle devlete kalıcı olarak devretmek zorunda kalacaktır. Ancak bu, mülkiyet hakkının ihlali iddiaları⁸⁹ bir yana, bankanın hak sahibine karşı sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı sorusunu da ortaya çıkarır⁹⁰.

İkinci olarak Yargıtay'ın hak sahibine yapılacak bildirimleri zamanaşımının ön koşulu olarak değerlendirmemesi de isabetlidir. Nitekim 62. maddede esasen sahibince aranmayan mevduatın devlete devri meselesi düzenlenir. Ayrıca banka tarafından yapılması gereken bildirimlerin, mevduatın zamanaşımına uğramasının ön koşulu olduğuna ilişkin bir yorum, zamanaşımı kurumunun geleneksel ilkeleriyle de örtüşmez. Zira bir alacağın zamanaşımına uğraması için öncesinde borçlunun bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur⁹¹. Önemli olan alacaklının bu süreyi bir talepte bulunmadan geçirmiş olmasıdır⁹². İkinci olarak, 62. maddede borçludan bildirimde bulunması istenen husus; hak sahibinin başvuruda bulunmadığı takdirde alacağının Fona devredileceğidir, yoksa zamanaşımına uğrayacağı hususu değil. Ek olarak 62. maddede, hâlihazırda zamanaşımına uğramış alacaklara ilişkin bildirimden bahsedilmektedir. Kaldı ki bir alacağın zamanaşımına uğramış

⁸⁸ Bkz. **Bozkurt**, s. 40. Mesela hesap 2000 yılında açıldıktan sonra, on yıl boyunca hak sahibinin hiç bir işlem yapmaması, herhangi bir talimat vermemesi durumunda, 62. maddedeki süre geçmiş olduğundan alacağın Fon'a devri gerekecektir. Ancak mevduatın geri ödenmesi talebi yani sözleşmenin feshi söz konusu olmadığı için zamanaşımından bahsedilemez.

⁸⁹ Bkz. **Bozkurt**, s. 40.

⁹⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. III/D/1-2 no.lu başlıklar.

⁹¹ Türk hukukunda zamanaşımının; zamanaşımına tabi bir alacağın varlığı, alacağın muaccel hale gelmiş olması ve zamanaşımı süresinin geçmesi olarak üç koşulunun olduğu kabul edilmektedir. Anlaşılacağı üzere bu koşulların içinde borçluya bildirim yoktur. Bkz. **Eren**, Borçlar, s. 1454 vd.; **Koç**, Elif: Zamanaşımına Uğramış Mevduat Alacakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 50, 51.

⁹² Bkz. **Eren**, Borçlar, s. 1454; **Tutumlu**, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 27, 28; **Koç**, s. 46.

sayılması için aranacak koşullar bakımından, devlete devri gereken alacaklar ile diğer alacaklar arasında böyle bir fark yaratılmasını gerektiren haklı bir neden de yoktur.

Bununla birlikte Yargıtay, ilgili mevzuatla getirilen bildirim yükümlülüklerini mevduatın alacağıın Fon'a devrinin ön koşulu olarak nitelendirmiştir. Zira YHGK'nun kararına göre on yıllık sürenin hak sahibinin talebi olmaksızın dolması ve hak sahibine karşı gerekli (ilan ve) bildirimlerin yapılması şeklinde iki koşul gerçekleşmedikçe, mevduatın Fon'a devredilmesi mümkün değildir. Böylece, Yüksek Mahkeme'ce bildirim yükümlülüğü hiç veya usulüne uygun bir şekilde ifa edilmediği sürece, mevduatın sahibince aranmadığının yani terk edildiğinin kabul edilemeyeceği, dolayısıyla Fon'a yapılan devre rağmen, bankanın hak sahibine karşı sorumluluğunun devam edeceği kastediliyor olsa gerektir. Ancak bu kabulün neticesinde, bankanın yine bu parayı hak sahibine ödemeye mahkum edilmesi muhtemeldir. Bu durumda iki hususun cevaplanması gerekir: Bankanın hak sahibine ödemek zorunda bırakılacağı bu bedelin hukuki vasfı nedir? Alacağın ifası mı yoksa tazminat mı? İkinci olarak devredilen alacağın zaten zamanaşımına uğramış olmasının, bankanın maruz bırakıldığı bu yaptırım üzerine etkisi olacak mıdır? Maalesef bu karardan bu soruların cevabını bulmak zordur. Ancak bana göre bu durumda banka, devredilen alacak henüz zamanaşımına uğramamış olduğu sürece, ödeme yapmaya mahkum edilebilecektir. Ayrıca bu ödemenin alacak değil, bankanın henüz zamanaşımına uğramamış yani ifa zorunluluğu altında olduğu bir alacağın bildirim yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle Fon'a devrine sebep olması, böylece hak sahibini alacağından mahrum etmekle uğrattığı zararın tazmini olabileceği düşüncesindeyim⁹³.

B. Mülga Sigorta Murakabe Kanunu'nun 19. maddesindeki Düzenleme, Yargıtay'ın Bu Düzenlemeyi Yorum Tarzı ve Değerlendirmeler

Sigorta sözleşmesinden doğan ve hak sahiplerince aranmayan alacakların akıbeti, 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı mülga SMK'nin, 11.06.1987 tarihli ve 3379 sayılı Kanun'la değişik 19. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti:

“Yaşama ve ölüm şartlı can sigortalarında ödenmesi gereken paralar, ödemeyi gerektiren tarihten itibaren 10 yıl içinde hak sahipleri tarafından aranmamış ise, onuncu yılı takip eden yılbaşından itibaren altı ay içerisinde,

⁹³ Bu husustaki tartışma ve varılan sonuçlar için bkz. III/D/2 no.lu başlık.

Tasfiye ve iflas işlemlerinin devamı sırasında hak sahiplerinden müracaat etmeyenler olursa, sigorta şirketlerinin bunlara ödemek zorunda oldukları paralar, müracaatları hâlinde ödenmek üzere, son bilançonun tanziminden önce,

Sahiplerinin ad ve kimlikleri ile bilinen adreslerini ve hak kazandıkları para miktarlarını gösterir şekilde tanzim olunacak bir cetvel ile Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı emrine Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na tevdi olunur.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına yatırılan bu paralar iki sene içinde sahipleri tarafından aranmadığı takdirde devlete intikal eder.”

Bu düzenlemede dikkati çeken ilk husus, aşağıda açıklanacağı üzere SK'nin 33/B maddesinden farklı olarak, 6762 sayılı TTK'nin 1268. maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinden ayrı olarak, on yıllık bir sürenin daha getirilmiş olmasıdır. Maddenin sözünden de anlaşılacağı üzere bu, aslında bir terk süresidir. Zira bu süre, devlete devrin ön koşulu olarak, alacağın hak sahibi tarafından aranmadan geçirilmesi gereken süre olarak tarif edilmiştir.

Ancak 19. maddede -sigorta şirketi iflas veya tasfiye hâlinde olmadığı sürece- sadece yaşama ve ölüm şartlı can sigortalarından doğan sigorta bedelleriyle ilgili düzenleme yapılmıştır. Anlaşılacağı üzere bu, oldukça dar kapsamlıdır. Nitekim yaşama ve ölüm riskini temin eden can sigortaları, temin edilen risk bakımından hayat ve ölüm riskine karşı yapılacak kaza sigortalarını kapsar. Bunların dışında, maluliyet ve iş göremezlik risklerinin temin edildiği kaza veya hastalık gibi diğer can / meblağ sigortaları ile sorumluluk sigortaları başta olmak üzere, zarar sigortalarıysa kapsam dışı tutulmuştur ve bunun gerekçesi açık değildir⁹⁴.

Düzenlemede dikkati çeken bir diğer husus da sigorta şirketi tarafından Merkez Bankası'na tevdi edilen alacakların ancak iki yıl sonra devlete intikal edeceğinin belirtilmesidir. Bu düzenleme tarzı, çağdaş olduğu kabul edilen emanetçi devir kanunlarına, nispeten daha yakın bir düzenlemedir. Bununla birlikte 19. maddede hak sahibine karşı herhangi bir bildirim yükümlülüğü getirilmemiştir ki bu da dikkati çeken önemli eksikliklerden birisidir.

⁹⁴ Sahiplerince aranmayan hakların devlete devrine ilişkin yasal düzenlemelerin tarihsel gelişiminde, bu kanunlarının kapsamının zaman içinde genişletildiği görülür. SMK'nin 19 maddesinin kapsamına sadece yaşama ve ölüm şartlı can sigortalarının alınmış olması da muhtemelen bu durumla ilgilidir.

Yargıtay'ın 19. maddedeki bu düzenlemeyi yorum tarzı ise gerçekten ilginçtir. Keza maddedeki on yıllık süre, Yüksek Mahkeme tarafından 6762 sayılı TTK'nin 1268. maddesi ile getirilen iki yıllık zamanaşımı süresinin dışında, ikinci bir "zamanaşımı süresi" olarak kabul edilmiştir. Mesela 2011 yılında karara varılan bir davada, ölüm riskine karşı yapılmış ferdi kaza sigortasına binaen talep edilen sigorta bedeli, ilk derece mahkemesi tarafından 6762 sayılı TTK'nin 1268. maddesi uyarınca zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak Yargıtay SMK'nin 19. maddesindeki düzenlemeye atıf yaparak, doktrin⁹⁵ ve Yargıtay nezdinde bu maddenin, uyuşmazlığın sigorta bedeline inhisar etmesi durumunda 1268. maddedeki zamanaşımı süresini uzattığı görüşünün hâkim olduğu, ancak bu hususun ilk derece mahkemesi tarafından gözetilmediği gerekçesiyle, kararı bozmuştur⁹⁶.

Benzer bir başka olayda da 19.03.2007 yılında üç yıl süreyle akdedilen hayat sigortasına binaen sigorta bedelinin ödenmesi talebi, yine ilk derece mahkemesi tarafından zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa Yargıtay, SMK'nin 19. maddesiyle hayat sigortalarında hak sahiplerine on yıl içinde sigorta şirketine başvurma hakkı verildiği, davanın 25.05.2010 tarihinde, on yıllık süre dolmadan açıldığını ifadeyle, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme bu on yıllık süreyi açık bir şekilde "zamanaşımı süresi" olarak adlandırmıştır⁹⁷.

Görüldüğü üzere Yargıtay, sahiplerince aranmayan mevduat alacaklarına ilişkin bankacılık mevzuatında yapılan isabetsiz düzenlemelerin de etkisiyle oluşturduğu ve zamanaşımı ile terk süresini birbirine karıştıran içtihadını, aynı şekilde sigorta alacaklarının devri meselesine de uygulamıştır. Oysa bankacılık mevzuatında yapılan düzenlemelerin aksine, 19. maddenin ne kenar başlığı zamanaşımı olarak adlandırılmış ne de madde içeriğinde yer verilen on yıllık süre zamanaşımı olarak tarif edilmişti.

⁹⁵ Nitekim **Battal**, 19. maddedeki bu düzenlemede doğrudan zamanaşımı kavramına yer verilmemekle birlikte, sigorta şirketi nezdinde unutulmuş paralarla ilgili olarak toplam on iki yıllık bir zamanaşımı süresi öngörüldüğünü ve bankalarda bulunan alacaklarda olduğu gibi bu süre sonunda devlete intikal etmesi prensibinin kabul edildiğini ifade etmektedir, bkz. s. 150.

⁹⁶ Bkz. Yarg. 11. HD, T. 18.01.2011, E. 2009/6727, K. 2011/295. Benzer bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 12.07.2010, E. 2009/1886, K. 2010/8196. Kararlar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

⁹⁷ Bkz. Yarg. 17. HD, T. 02.06.2016, E. 2016/3112, K. 2016/6775. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

III. HAK SAHİPLERİNCE ARANMAYAN SİGORTA ALACAKLARININ GÜVENCE HESABI'NA⁹⁸ DEVRİ

A. Hak Sahiplerince Aranmayan Sigorta Alacaklarının Güvence Hesabı'na Devrini Öngören Temel Düzenlemeler

Hâlihazırda, hak sahiplerince aranmayan sigorta alacaklarının akıbeti Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenmiş olup, konuyla ilgili iki madde ihdas edilmiştir. Bunlardan, konuyu düzenleyen asıl madde 33/B maddesidir. “Hak sahiplerince aranmayan paralar” kenar başlığını taşıyan maddenin 1. fıkrasında; “özel hukuk hükümlerine tabi sigortalar kapsamında hak sahiplerine ödenmesi veya iadesi gereken her türlü paranın, ilgili mevzuat uyarınca zamanlaşımına uğraması ve ilgili şirket veya özel kanun hükümleri dâhilinde sigorta faaliyetinde bulunan kuruluşlar tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, yapılacak ilanı müteakiben ilgisine göre Güvence Hesabı'na

⁹⁸ SK'nin 14. maddesinde, zorunlu sigortalara ilişkin olarak Kanun'da belirlenmiş koşulların oluşması hâlinde, ortaya çıkan zararların bu sigortalara saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği (TSREŞB) nezdinde Güvence Hesabı'nın oluşturulacağı düzenlenmiştir. Güvence Hesabı'nın nezdinde kurulduğu TSREŞB ise aynı Kanun'un 24. maddesinde kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak nitelendirilmiştir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının -adlarına rağmen- hukuki nitelikleri doktrinde tartışmalı olsa da Anayasa Mahkemesi tarafından kamu kurumu olarak nitelendirildikleri söylenebilir. Bkz. **Aküzüm**, Ural: İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 26 vd. - 110 vd.; **Saatci**, Serhat: “Meslek Örgütlenmelerinden Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarına”, Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi, C. 2, S. 2, 2021, s. 217, 218. Diğer yandan doktrinde Güvence Hesabı'nın, Güvence Hesabı Yönetmeliği'nin 4/1. maddesi uyarınca kamusal nitelikte ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Ateş**, Hüseyin: “Güvence Hesabı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 359. Bu tartışma ve görüşlerin ışığında, Güvence Hesabı'nın temel işlevinin, zorunlu sigortalı bağlamında, zararını tazmin ettirmekte güçlük çeken üçüncü kişilerin mağduriyetinin engellenmesine ilişkin kamu yararının gerçekleştirilmesi olduğu açıktır (SK m. 14/2). Ayrıca bkz. **Memiş**, Tekin: “Güvence Hesabının Taşımanın 100 Km. Altında Olması Nedeniyle Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Kapsamında Ödeme Yapmayı Reddetmesi Hukuka Uygun mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 137 vd.; **Öz**, Büşra: Türk Hukukunda Güvence Hesabı, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2022, s. 12.

Bu gerekçelerle Güvence Hesabı'nın kamu hizmeti gördüğü, bu doğrultuda sigorta alacaklarının Güvence Hesabı'na devrinin, en azından bu devrin kamunun kullanımına ve yararına sunulması amacıyla ve doğrudan kanunla zorunlu tutulması bakımından, devlete devri olarak görülebileceği kanaatindeyim. Dolayısıyla çalışmadaki açıklamalar bu kabul temelinde yapılmıştır.

veya özel kanun hükümlerine dayalı olarak kurulmuş bulunan kuruluşlara, gelir olarak kaydedileceği” belirtilmiştir⁹⁹.

İkinci olarak, SK'nin bahsi edilen maddelerine dayanılarak, Özel Hukuk Hükümlerine Tabi Sigortalar Kapsamında Hak Sahiplerince Aranmayan Paralar Hakkında Yönetmelik¹⁰⁰ çıkarılmıştır. Bu düzenlemelerin dışında, konuyla ilgili olarak çıkarılan genelge ve sektör duyurularından da bahsedilebilir.

B. Güvence Hesabı'na Aktarılabacak Sigorta Alacaklarının Kapsamı

Güvence Hesabı'na aktarılabacak alacakların ne olduğuna ilişkin olarak, SK'nin 33/B maddesi dışında, Yönetmelik'te biraz daha somut bir şekilde, “özel hukuk hükümlerine tabi sigortalar kapsamında hak sahiplerine ödemesi veya iadesi gereken her türlü prim ve tazminat gibi paralar”dan bahsedilmiştir (m. 1/1). Bu düzenlemelerden hareketle, Güvence Hesabı'na aktarılması gereken alacakların, özel hukuk hükümlerine tabi olarak akdedilen bir sigorta sözleşmesinden, sigorta teminatını sunan taraf aleyhine doğan her türlü para alacağı olduğunu söylemek olanaklıdır. Doğal olarak bu alacakların başında, sigorta tazminatı ve bedelleriyle, haksız yere ödenmiş dolayısıyla iadesi gereken primler gelir.

İkinci olarak, bu düzenlemelere göre Güvence Hesabı'na aktarılabacak alacaklar, sadece özel hukuk hükümleri uyarınca yapılmış sigorta sözleşmelerinden doğan alacaklardır. Ayrıca, ilgili düzenlemelerde bir ayırım yapılmadan, genel olarak “özel hukuk hükümlerine tabi sigortalardan” bahsedildiğine göre gerek zarar, gerek meblağ sigortası türündeki sigorta sözleşmelerinden doğan alacaklar, “devri gereken sigorta alacakları” kavramına dahil olacaktır.

Diğer yandan, SK'nin 33/B maddesinde, bu sigorta sözleşmelerini yapacak kişiler, “ilgili şirket veya özel kanun hükümleri dâhilinde sigorta faaliyetinde bulunan kuruluşlar” olarak tarif edilmiştir. “İlgili şirket” deyişiyle öncelikle özel hukuk hükümlerine göre sigorta sözleşmesi akdeden ve

⁹⁹ Hak sahiplerince aranmayan sigorta alacaklarının Güvence Hesabı dışında, özel kanun hükümleri dâhilinde sigorta faaliyetinde bulunan kuruluşlara devri de söz konusu olmakla birlikte, çalışma Güvence Hesabı bakımından sınırlandırılmıştır.

Özel kanun hükümleri dahilinde sigorta faaliyetinde bulunan kuruluşların neler olduğu ise Yönetmelik'in 3/1 (e) maddesinde, “9/5/2012 tarihli ve 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu uyarınca kurulmuş Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), 14/6/2005 tarihli ve 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu uyarınca kurulmuş Tarım Sigortaları Havuzu ve benzeri kuruluşlar” şeklinde açıklanmıştır.

¹⁰⁰ R.G., T. 08.10.2013, S. 28789.

“Türkiye’de kurulmuş sigorta şirketleri ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye’deki teşkilatı”nın kastedildiği açıktır (Y. m. 3/1(f)). Ayrıca, 1/2. maddesiyle emeklilik şirketleri¹⁰¹ de sigortacılık faaliyetleri çerçevesinde Yönetmelik’in kapsamına alınmış ve bunlar tarafından akdedilen sigortalardan doğan alacaklar da devrin kapsamına alınmıştır¹⁰². 33/B maddesinde anılan “özel kanun hükümleri dahilinde sigorta faaliyetinde bulunan kuruluşların” neler olduğu ise Yönetmelik’in 3/1 (e) maddesinde, “9/5/2012 tarihli ve 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu uyarınca kurulmuş Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), 14/6/2005 tarihli ve 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu uyarınca kurulmuş Tarım Sigortaları Havuzu ve benzeri kuruluşlar” şeklinde açıklanmıştır. O halde Güvence Hesabı’na aktarılması gereken sigorta alacakları; SK’ye tabi olarak faaliyet gösteren sigorta şirketleri, sigortacılık faaliyetleriyle sınırlı olarak emeklilik şirketleri ve özel kanunları dahilinde sigortacılık faaliyetinde bulunan DASK, Tarım Sigortaları Havuzu ve benzeri diğer kuruluşlarca akdedilen sigorta sözleşmelerinden doğan sigorta alacaklarıdır.

Güvence Hesabı’na, kime ait sigorta alacaklarının devredileceği hususuna gelince, SK’nin 33/B maddesinde bu hususa ilişkin olarak “hak sahipleri” kavramı kullanılmıştır. Güvence Hesabı’na aktarılması gereken alacakların sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar olduğu düşünülürse, “hak sahibi” kavramının da “sigorta sözleşmesi nedeniyle sigorta teminatını veren kişiye karşı alacaklı olan herkes” olarak tanımlanması mümkündür. Bu kişilerin başında ise sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar gelecektir. Sorumluluk sigortaları bakımından, TTK’nin 1478/1. maddesi uyarınca uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmı için doğrudan sigorta şirketine başvurma hakkı verilen zarar görenler de hak sahibi olarak görülebilecek kişilerdendir. Ayrıca bu kişilerin mirasçılarını da anmak gerekir.

C. İlgili Mevzuata Göre Sigorta Alacaklarının Güvence Hesabına Devrinin Koşulları

SK’nin 33/B maddesine göre sahibi tarafından aranmayan bir sigorta alacağının Güvence Hesabı’na aktarılması için öncelikle alacağın ilgili

¹⁰¹ BETYSK’nin 8. maddesinde bireysel emeklilik şirketlerinin SMK hükümlerine göre hayat ve ferdi kaza sigortaları branşlarında da ruhsat alabileceği düzenlenmiştir (maddede SMK’ye yapılan bu atfın, SK’nin 37. maddesi uyarınca SK’ye yapıldığının kabulü gerekmektedir).

¹⁰² Nitekim SK’nin 33/B maddesinde, “sigorta şirketi” kavramı yerine “ilgili şirket” tabirinin kullanılması da sigorta şirketlerinin yanı sıra emeklilik şirketlerinin de sigortacılık faaliyetleri kapsamında akdettikleri sigorta sözleşmelerinden doğan alacakları, diğer koşulların varlığında devirle yükümlü olduklarını göstermektedir.

mevzuat uyarınca zamanaşımına uğramış olması gerekmektedir. 33/B maddesinde anılan “ilgili mevzuat” ile kastedilen -maddede özel hukuk hükümlerine göre yapılan sigorta sözleşmelerinden doğan alacaklar konu edildiğine göre- TTK olsa gerektir. Nitekim Yönetmelik’te zamanaşımına ilişkin özel kanun hükümleri saklı olmak koşuluyla, Güvence Hesabı’na devredilecek alacakların tabi olduğu zamanaşımı süresinin 6102 sayılı TTK’ya göre belirleneceği ifade edilmiştir (m. 4).

Diğer yandan, BankK’nin 62. maddesine benzer şekilde, 33/B maddesinde de zamanaşımına uğrayan sigorta alacağının, sigorta şirketinin hak sahibine ulaşamaması hâlinde, Güvence Hesabı’na aktarılacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, bir sigorta alacağının devri için ikinci olarak hak sahibine ulaşılamamış olması koşulunun getirildiği söylenebilir. Doğal olarak bu durumun tespiti hak sahibine karşı yapılacak bildirim ve ilanlarla mümkün olacaktır. Nitekim Yönetmelik’in 5. ve 6. maddelerinde sigorta şirketlerine bir takım bildirim ve ilan yükümlülükleri getirilmiştir. Bu düzenlemelere göre, sigorta şirketlerinin ilk olarak, bu alacaklar için “zamanaşımı tarihini izleyen Şubat ayının ilk iş gününden itibaren” kendi internet sitesinde dört ay süreyle bir sorgulama alanı tahsis etmesi gerekmektedir. İlgili alanda, bu alacakların sahiplerince Haziran’ın on beşinci gününe kadar aranmadığı takdirde, Güvence Hesabı’na aktarılacağı hususuna da yer verilmelidir (Y. m. 5/1).

Öte yandan, Güvence Hesabı da sigorta şirketleri tarafından gönderilen listelere göre bu tür alacaklar için “zamanaşımını izleyen takvim yılının Mayıs ayının sonuna kadar” kendi internet sitesinde ayrı sorgulama ekranı tahsis etmekle yükümlendirilmiştir (Y. m. 5/3).

Sigorta şirketlerinin, ikinci olarak sahiplerince aranmayan bu alacaklara ilişkin bilgilere internet sitelerinden ulaşabileceği hususunu “zamanaşımı tarihini izleyen Şubat ayının on beşinci gününe kadar, ülke genelinde yayım yapan ... ve tirajı en yüksek ilk on gazeteden ikisinde, ... iki gün süre ilan” etmesi de gerekmektedir (Y. m. 5/1).

Üçüncü olarak, zamanaşımına uğramış alacak 100 TL ve üzerindeyse, sigorta şirketlerinin hak sahiplerini “zamanaşımı tarihini izleyen Ocak ayının sonuna kadar iadeli taahhütlü bir mektup ve güvenli elektronik haberleşme yöntemleriyle, bu paranın Kanun’un 33/B maddesi uyarınca Güvence Hesabı’na devredileceği hususunda bilgilendirmesi” de gerekmektedir (Y. m. 5/2).

Belirtilen usullere uygun olarak ilan edilen ve bildirilen alacaklar, Haziran’ın on beşinci gününe kadar talepte bulunulması halinde hak sahiplerine

ödenir (Y. m. 6/1). Ancak hak sahipleri tarafından Haziran'ın on beşinci gününe kadar talep edilmeyen alacaklar aktarılır ve devir tarihi itibarıyla Güvence Hesabı tarafından gelir olarak kaydedilirler (Y. m. 6/2).

Diğer yandan Yönetmelik'te zamanında Güvence Hesabı'na aktarım yapmayan sigorta şirketlerinin, “bu tutar üzerinden ticari işler için uygulanan temerrüt faizi ödeyecekleri” de düzenlenmiştir (Y. m. 6/2).

D. İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Bu başlık altında esas olarak sigorta alacakları bağlamında değerlendirme yapılacaktır. Ancak sahiplerince aranmayan sigorta alacaklarının Güvence Hesabı'na devri, neticede hak sahiplerince aranmayan hakların devlete devri kurumunun bir parçasıdır. Bu nedenle başlık altında genel nitelikli değerlendirmelere de yer verilecektir. Böylece, “olması gerekene” dair temel kural ve ilkelere ulaşmak mümkün olabilir, düşüncesindeyim.

1. Sigorta Alacaklarının Güvence Hesabı'na Devrini Öngören 33/B Maddesi ve Yönetmelik Hükümlerinin Mülkiyet Hakkının İhlali Bakımından Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ve bu hakkın sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı temel haklardan birisidir. Anayasa'nın 13. maddesinde ise “temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmadan sadece Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılacağı” ve “bu sınırlamaların Anayasa'nın söz ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı” belirtilmiştir.

Her ne kadar Türk medeni hukukunda mülkiyet hakkının konusunu esas olarak fiziki bir varlığı olan eşyaların oluşturduğu kabul edilse de¹⁰³ Anayasa bağlamında bu kavramın kapsamı daha geniş tutulmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarından ve bir “ekonomik değer” veya icrası mümkün bir “alacağı” elde etmeye yönelik “meşru bir beklenti”, Anayasa'nın koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir¹⁰⁴. O halde diğer

¹⁰³ Bkz. Altan, Alparslan: Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 83.

¹⁰⁴ Bkz. AYM, B. 2013/28, K.T. 25.02.2015 (R.G., T. 27.05.2015, S. 29368); “Mülkiyet Hakkına Dair Emsal Kararlar - Alacağın Değer Kaybına Uğratılması”,

alacak hakları gibi sigorta alacaklarının da mülkiyet hakkının kapsamında olduğu açıktır.

İkinci olarak, SK'nin 33/B maddesi uyarınca sahibince aranmadığı yani terk edildiği kabulüyle Güvence Hesabı'na devri gereken sigorta alacaklarıyla ilgili mülkiyet hakkının kime ait olduğu sorusunun cevaplanması gerekir:

Bu sorunun cevabını vermek için 1933 tarihli ve 2308 sayılı “Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun”dan bahsetmek gerekir¹⁰⁵. Kanun koyucu bu Kanun’la “anonim, limited ve sermayesi paylara ayrılmış komandit şirketlerde komanditer ortaklara ait hisse senetleri ile tahvillerden beş yıllık zamanaşımına uğrayan faiz, temettü ve ikramiye gibi menfaatleriyle, bu şirketlerin hisse senetleri ve tahvillerinden bedele çevrilenlerinin on yıllık zamanaşımına uğrayan bedellerinin devlete devredileceğini” düzenlemiştir.

Bu Kanun ilk kez 1965 yılında Anayasa’ya aykırılık iddiasına maruz kalmış, ancak başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından oy birliğiyle reddedilmiştir. Kararda dayanılan temel gerekçeler şöyleydi: Kanun koyucunun zamanaşımı kurumunu düzenleyip, doğuracağı hukuki sonuçları tespit etmek hususunda yetkisi olduğuna göre, zamanaşımına uğrayan menfaat ve bedellerin, borçlu yerine devlete devrine ilişkin yasama tasarrufunda, mülkiyet hakkına veya kazanılmış hak kavramına dokunan bir yön yoktur. Esasında, Kanun’da bahsi edilen menfaat ve bedeller, şirketlerin zimmetinde bulunan borçlardan ibarettir ve şirketlerin bunlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlalden bahsedilemez. Kararda, Kanun’un kapsamına alınan şirketlerle, diğer şirket ve gerçek kişiler arasında zamanaşımının doğurduğu sonuçlar bakımından, bir eşitsizliğin yaratılmadığı tespiti de yapılmıştı. Zira anılan şirketlerin sermayeleri, büyük halk kitlelerinin paralarından oluştuğundan diğer şirket ve gerçek kişilerden farklıdır. 2308 sayılı Kanun’la bu şirketler bakımından yaratılan farklılık

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/temel-hak-ve-ozgurluklerin-ihlaline-dair-emsal-kararlar/mulkiyet-hakkina-dair-emsal-kararlar/mulkiyet-hakkina-dair-emsal-kararlar-tum-liste#baslik23>, E.T.: 12.08.2023. Ayrıca bkz. Akça, Kürşat: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 558.

¹⁰⁵ Zira bu mesele Türk hukukunda bu Kanun bağlamında tartışılmış olup, ileri sürülen tezlerin metinde yapılacak açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, SK'nin 33/B uyarınca devredilecek sigorta alacakları için de geçerli olduğu barizdir.

da buna dayanmaktadır. Nitekim aynı kategoriye giren tüm şirketlere Kanun'un uygulanacağı da açıktır¹⁰⁶.

Ancak bu Kanun yine somut norm denetimi yoluyla ve yine mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasıyla 2018 yılında tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir¹⁰⁷. Yüksek Mahkeme bu defa, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca, ölçülülük kriteri bağlamında mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, oy birliğiyle Kanun'un tüm maddelerinin iptaline karar vermiştir¹⁰⁸. Mahkeme'nin kararına dayanak yaptığı temel argümanlar şu şekildedir:

Kararda öncelikle 2308 sayılı Kanun'da anılan “faiz, kâr, ikramiye gibi menfaatler ile nakde çevrilen pay ve tahvil bedellerinin, borçlu tarafını ancak şirketin oluşturabileceği hukuki işlemlerden doğan alacak hakları” olduğu tespiti yapılmıştır. Tabii tartışılan mesele bakımından asıl önemli husus; Mahkeme'nin “zamanaşımına uğradığı” için devlete devredilecek bu alacaklar üzerindeki mülkiyet hakkının, alacaklıya (ortağa veya tahvil sahibine) değil, borçlu şirkete ait olacağını kabul etmesidir. Zira Yüksek Mahkeme'ye göre “zamanaşımının gerçekleşmesi “borcun konusu üzerindeki mülkiyet hakkının maliki” bakımından değişiklik yaratmaz”. Bu nedenle zamanaşımından önce veya sonra “şirketin borcu niteliğindeki söz konusu menfaat ve bedeller üzerinde mülkiyet hakkını haiz olan borçlu şirkettir.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü doktrinde temel olarak Kendigelen ve Çonkar tarafından savunulmaktadır¹⁰⁹. Yazarlara göre, genel kurulun

¹⁰⁶ Bkz. AYM, T. 18.02.1965, E. 1964/47, K. 1965/8 (R.G., T. 25.6.1965, S. 12032). 2308 sayılı Kanun'da da zamanaşımı ve terk süresi arasında bir fark gözetilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de kararını zamanaşımı kavramı üzerinden yaptığı değerlendirmelerle vermiş ve kanun koyucunun iradesiyle devlete devrin, zamanaşımının sonuçlarından birisi olarak düzenlenebileceğinden bahsetmiştir. Oysa (düşürücü) zamanaşımının, bu kuruma rengini veren sonucu; borcun eksik hale gelmesidir. Geçtiğinde, alacağın devlete devredilmesi sonucunu doğuran süre ise terk süresidir.

¹⁰⁷ Anayasa'nın 153. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir. Buna karşın, 152/4. maddedeki hükmün aksi sözüne göre Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasının üzerinden on yıl geçtikten sonra aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvurulabilecektir. Ayrıca bkz. **Baymuş**, Turgut/**Acar**, Eray: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı Üzerine Bir Değerlendirme”, Dumlupınar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 11, 2023, s. 121.

¹⁰⁸ Bkz. AYM, T. 10.04.2019, E. 2018/136, K. 2019/21 (R.G., T. 20/6/2019, S. 30807).

¹⁰⁹ Bkz. **Kendigelen**, Abuzer/**Çonkar**, M. Halil: “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 207-210.

borçlandırıcı işlem niteliğindeki kâr dağıtım kararı tek başına, dağıtımına karar verilen meblağın şirketin mal varlığını terk etmesini sağlamaz. Bu meblağ, şirketin mal varlığının bir parçası olarak -ancak borç niteliğinde olduğundan- bilançonun pasif kısmında kalmaya devam eder. Dolayısıyla borç ödenmediği sürece (tasarruf işlemi yapılmadıkça) zamanaşımına uğramış olsa bile, mal varlığının pasifindeki bir kalem olarak borçlunun mülkiyetinde kalır¹¹⁰. Bu haliyle borçlunun mal varlığının kalemlerinden birisini teşkil edeceği için, 2308 sayılı Kanun’la getirilen devir emri gibi kanun koyucunun bu borç kalemi üzerindeki tasarrufları, borçlunun mülkiyet hakkıyla ilgili olacaktır.

Bu yönden, yazarların “meblağ”, Anayasa Mahkemesi’nin ise, “borcun konusu” tabiri ile kastettiği; borcun ifasında kullanılacak değerler¹¹¹ olsa gerektir. Nitekim kararda geçen “şirketin borcu niteliğindeki söz konusu menfaat ve bedeller” ve “şirketin mal varlığında borçların karşılığı olarak yer alan değerler” tabirleri buna işaret etmektedir.

Öncelikle, mülkiyet¹¹² ve mal varlığı kavramları özdeş değildir. Bu nedenle bir unsurun mal varlığında yer alıyor olması tek başına o unsur üzerinde (ister medeni ister anayasa hukuku bağlamında) mülkiyet hakkının olduğunu göstermez. Zira mal varlığı kavramı hukukta “bir gerçek veya tüzel kişinin parayla ölçülebilir hak ve borçlarının toplamını” anlatmak için kullanılan bir kavramdır¹¹³. Bu kapsamda, hem tanımdan anlaşıldığı hem yazarların işaret ettiği üzere mal varlığının bir tarafında alacaklar ve (maddi ve gayri maddi mallar üzerindeki) diğer haklardan oluşan aktifler yer alırken, diğer tarafında borçlardan oluşan pasifler yer alır¹¹⁴. Bu kombinasyonda pasif kısımda yer alan borçların ifasında kullanılacak dahi olsa değerler (maddi, gayri maddi mal üzerindeki hak ve alacaklar) mal varlığının aktif kısmında yer alır ve kişinin bu değerler üzerinde (değerin türüne göre¹¹⁵)

¹¹⁰ Bkz. **Kendigelen/Çonkar**, s. 221.

¹¹¹ Daha somut bir ifade ile hak ve alacaklar yahut bunların konusu oluşturan nakit gibi taşınır, taşınmaz mallar vb.

¹¹² Nitekim ister mülkiyet hakkının konusunu maddi mallarla sınırlayan medeni hukuk anlayışında olsun ister alacak hakları dahil özel mal varlığı haklarının bütünü mülkiyet hakkının kapsamı içinde gören Anayasal mülkiyet anlayışında olsun, mülkiyet hakkının konusu ancak “haklarla” (bir başka ifade ile aktiflerle) sınırlıdır. Bkz. **Eren**, *Fikret: Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 52 ve 11.

¹¹³ Bkz. **Eren**, *Borçlar*, s. 600; **Türk**, *Hikmet Sami: Ticaret Ortaklarının Birleşmesi*, BATİDER, Ankara 1986, s. 61, 62.

¹¹⁴ Bkz. **Eren**, *Borçlar*, s. 600; **Türk**, s. 62.

¹¹⁵ Zira mal varlığında yer alan alacak hakkı üzerinde medeni hukuk bağlamında bir mülkiyet hakkından bahsedilemezken, anayasal anlamda olduğu kesindir.

medeni ve / veya anayasal anlamda mülkiyet hakkının olacağı açıktır. Ancak kişinin ifasını taahhüt ettiği borçları üzerinde -bunlar bir varlık olmadığı için- bir mülkiyet hakkından bahsedilemez.

Bu bağlamda, borçlunun borcunu ifade kullanacağı değerlere işaret ederek, borçlunun borcu üzerinde bir mülkiyet hakkının olduğundan da bahsedilemez, velev ki tasarruf işlemi gerçekleştirilmemiş olsun. Zira, borçlunun borcunun karşılığı, bu borcun ifasında kullanılacak (mal varlığının aktif kısmında yer alan) değerler değil, alacaklının mal varlığının aktif kısmında yer alan olacaktır. Nitekim borçlu (şirket) bu borcu yaratan taahhüdünün -ki bu bir bağış olmadığına göre- karşılığını (sigorta primi, sermaye payı, tahvil bedeli vs) zaten almıştır. Buna rağmen, borcun ifasında kullanılacak değerler (aktifler) üzerinden “borç üzerinde bir mülkiyet hakkı” yaratıp, buna ilişkin dava ve talep haklarını da borçluya vermek, alacaklının alacağı üzerindeki mülkiyet hakkının ortadan kaldırılmasına yol açar¹¹⁶. Aslında bu yönden, alacak ve borç kavramları yazı ve tura gibi madeni bir paranın iki tarafına benzer. Ancak ortada tek bir para vardır. Bunun gibi, henüz bir tasarruf işleminin yapılmadığı dönemde dahi aynı şey¹¹⁷, bir borç olarak borçlunun mal varlığının pasif kısmında ve bir yükümlülük olarak yer alırken; alacaklı bakımından bir alacak olarak, mal varlığının aktif kısmında ve bir hak (bir başka ifade ile bir varlık) olarak yer alır. Bir taraf için borç, diğer taraf için alacak olarak nitelendirilen bu tek şey üzerinde tek bir mülkiyet hakkı olabilir. Bu şey ancak alacaklının mal varlığında bir “varlık” olarak ortaya çıktığına göre, alacaklının mülkiyetinde olduğunun kabulü gerekir¹¹⁸.

¹¹⁶ Oysa alacaklının alacakları üzerinde mülkiyet hakkı olduğu gerek yabancı hukuklarda gerek Türk Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir.

¹¹⁷ Bu “aynı şey” aslında borcun (diğer yandan alacağın) konusu olan ve parasal bir değeri olan edimi anlatır. Edim, borçlu yönünden bir yükümlülüğü, alacaklı yönünden (alacak) hakkı ifade eder. Bkz. **Eren**, Borçlar, s. 31-49, 50; Bu yönden Anayasal anlamda alacak üzerinde olduğu kabul edilen mülkiyet hakkından kasıt; alacaklının sahip olduğu bu ekonomik değeri olan hakkının, varlığının (asset) bir parçası olarak, mülkiyetine dahil olduğu ve Anayasa kapsamında korunacağı olsa gerektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesinin koruma alanı içinde yer alan menfaatlerin kapsamına, alacak hakları veya kesin bir şekilde tanımlanmış talep haklarının (claims) da gireceğini açık bir şekilde ifade etmektedir. Bkz. AYM, B. 2012/931, K.T. 26.06.2014 (R.G., T. 25.09.2014. S. 29130).

¹¹⁸ Kaldı ki mülkiyet hakkının borçluya ait olduğu kabul edildiğinde, doktrindeki; alacağın hak sahibine iadesinin sağlanması amacıyla, devlete kalıcı devrin kaldırılması, süresiz talep hakkının verilmesi, en azından 30 veya 100 yıl gibi uzun bekleme sürelerinin getirilmesine ilişkin eleştiriler de dayanaksız kalmaktadır. Bu hususta bkz. **Bozkurt**, s. 42; **Şit İmamoğlu**, s. 186.

Kaldı ki 2308 sayılı Kanun'da olduğu gibi SK'nin 33/B ve BankK'nin 62. maddesinde de devlete devri öngörülen şey; ortağın, tahvil sahibinin, sigortalının veya mudinin borçlu şirkete karşı olan alacak hakkıdır, borçlu şirketin bu kişilere karşı olan borcunu ifade kullanacağı mal varlığının aktifindeki değerler değildir¹¹⁹.

Esasına bakılırsa, aynı mesele ile mevduat alacakları bağlamında karşı karşıya kalan ve aralarında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin (the US Supreme Court) de olduğu Amerikan mahkemelerinin çoğunluğunun, devlete devredilecek şeyin; bankaya koyulan mevduatın kendisi değil, hak sahibinin geri ödemeye ilişkin (repayment) borçlu ile aralarındaki sözleşmeden doğan (alacak) hakkı olduğunu kabul ettikleri ifade edilmektedir¹²⁰.

¹¹⁹ Mevduatla ilgili olarak, yatırılan paranın mülkiyetinin bankaya geçmesi hasebiyle, mülkiyet hakkının da bankaya ait olduğu iddia edilebilir. Bkz. **Bozkurt**, s. 41, 42. Ancak metinde ifade edildiği üzere BankK'nin 62. maddesinde devri emredilen; bankanın mülkiyetine geçen "banknotlar" değil, mudinin bankaya karşı olan iadeye ilişkin alacak hakkıdır. Benzer olarak, Amerikan doktrininde borçlu bankanın, hem mevduatın mülkiyetinin geçtiği hem nezdinde kaldığı sürece mevduatı ödünç vererek faiz elde etme hakkının olduğu gerekçesiyle, mevduat üzerinde mülkiyet hakkının olduğu tezine de aynı nedenle katılmıyorum. Bkz. **Gregory**, s. 335 vd. Ayrıca bkz. **Saltzman**, s. 1613 vd. Ayrıca bkz. III/D/1/120. dn.

¹²⁰ (Devri öngörülen) 'mevduat, bankanın borç yükümlülüğüdür.' (The deposits are debtor obligations of the bank). Bkz. "Anderson Nat'l Bank v. Lueckett", United States Supreme Court (321 U.S. 233 (1944)), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/233/>, E.T.: 12.08.2023; 'Bir borçtaki mülkiyet borçludan ziyade alacaklıya aittir' (...the property interest in any debt belongs to the creditor rather than the debtor...). Bkz. "Delaware v. New York", United States Supreme Court (507 U.S. 490 (1993)), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/507/490.html>, E.T.: 12.08.2013; '... Sun (borçlu şirketin) tarafından üstlenilen borçlar onun için bir mülk değildir, daha ziyade sorumluluktur ve devlet el koymaya karar verdiğinde bir sorumluluğu bir varlığa çevirmek garip olacaktır.' (... these debts owed by Sun are not property to it, but rather a liability, and it would be strange to convert a liability into an asset when the State decides to escheat.). Bkz. "Texas v. New Jersey", United States Supreme Court (379 U.S. 674 (1965)), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/674/>, E.T.: 09.08.2023. Ayrıca bkz. **Saltzman**, s. 1614; **Gregory**, s. 335, dn. 97; **King**, s. 1261.

Öte yandan Amerikan doktrininde, borçlunun mülkiyet hakkının olduğu görüşüne örnek olarak gösterilen mahkeme kararından da bahsetmek gerekir. Karar, seyahat çekleriyle ilgili olarak 15 yıldan, 7 yıla indirilen terk süresi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia eden borçlu şirketin, eyalete karşı açtığı bir davaya ilişkindir. Mahkeme, seyahat çeki almak için bankaya para yatıran kişi (lehtar) ile banka arasındaki ilişkiyi - çek için yatırılan para, çek nakde çevrilene kadar bankada kaldığı için- mevduat bağlamında mudi ile banka arasındaki ilişkiye benzetmiş ve her iki ilişkide de kredi alan - kredi veren ilişkisinin olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre mevduatta olduğu gibi,

Üçüncü olarak, zamanaşımı ve mülkiyet hakkı arasındaki ilişkinin de ele alınması gerekir: Anayasa Mahkemesi yukarıda anılan kararında bu hususta önce zamanaşımının, borçlunun “borcun konusu üzerindeki mülkiyet hakkı” üzerinde değişiklik yaratmayacağını söylese de ardından borçlunun bu mülkiyet hakkının zamanaşımı ile birlikte alacaklıların bu değerler üzerindeki “alacak haklarına nazaran korunmaya değer bir hak” olarak öne çıkacağını ifade etmiştir. Şöyle ki “zamanaşımı gerçekleşene kadarki süreçte şirketin mal varlığında borçların karşılığı olarak yer alan değerler, zamanaşımın gerçekleşmesi ile birlikte şirketin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği öz varlığa dönüşmektedir”. Nitekim Kendigelen ve Çonkar’a göre de borcun zamanaşımına uğraması, onu eksik borç hâline getirerek “borçlu ile borcu üzerindeki mülkiyet bağlantısını kuvvetlendiren bir etkiye” sahiptir¹²¹.

Oysa Türk hukukunda kişinin bir borç altına girmiş olması tek başına, mal varlığına dahil unsurlar üzerindeki -velev ki bu, borcun ifasında kullanılacak değerler olsun- tasarruf yetkisini sınırlandırmaz veya ortadan kaldırmaz¹²². Bu durum, zamanaşımından önce veya sonra da değişmez. Bir başka ifade ile (düşürücü) zamanaşımının borçlunun tasarruf yetkisi üzerinde bir etkisi olmadığı gibi, (ister medeni ister anayasal anlamda) mülkiyet hakkı üzerinde de etkisi olmaz¹²³. Zamanaşımı sadece borçluya borcunu ifadan kaçınma yetkisi verir. Dolayısıyla devlete devri öngörülen alacak, zamanaşımından önce olduğu gibi sonra da alacaklının mülkiyeti altında, mal

seyahat çeki için verilen para da geri çekilinceye kadar bankanın varlığının bir parçası hâline gelir. Ancak neticede bankanın bu para üzerindeki mülkiyet hakkının, kredi verenin (müşteri) çeki kullanılarak parasını çekmesi veya devlet tarafından belirlenen terk süresinin bitimiyle sona ereceğine karar verilmiştir. Bkz. “American Exp. Travel Related Services v. Kentucky”, United States District Court (597 F. Supp. 2d 717 (E.D. Ky. 2009)), <https://casetext.com/case/american-exp-travel-related-services-v-kentucky>, E.T.: 12.08.2023.

Ayrıca Amerikan doktrinde devlete devredilecek bu haklar üzerinde borçlunun mülkiyete dair menfaatlerinin (property interest) olabileceğine dair savunulan görüşler için bkz. **Gregory**, s. 331 vd.; **Saltzman**, s. 1613 vd.

¹²¹ Bkz. **Kendigelen/Çonkar**, s. 210.

¹²² Bunun için özel bir düzenlemenin olması gerekir. İİK'nun 191/1. maddesi uyarınca borçlunun masaya ait mallar üzerinde tasarruf yetkisinin iflas açıldıktan sonra alacaklılara karşı hükümsüz kılınması gibi.

¹²³ **Kendigelen** ve **Çonkar** da zamanaşımının mülkiyet hakkı üzerinde bir değişiklik yaratmayacağı görüşündedir. Ancak yazarlar zamanaşımının, borçlunun mal varlığının pasif kısmında yer alan borç üzerindeki mülkiyet hakkını etkilemeyeceği görüşündedirler, bkz. s. 221. Yukarıda bahsedildiği üzere, borç üzerinde mülkiyet hakkının olup olamayacağı tartışmalıdır. Ayrıca krş. **Erdem**, Bankacılık, s. 112.

varlığındaki aktif kısımda yer almaya devam eder. Alacaklı sadece borçluya karşı (istememezse), bu alacağın dava yoluyla tahsilini sağlayamaz¹²⁴.

Bu noktada, 2308 sayılı Kanun ve BankK'nin 62.maddesinde bizzat yer verilen, SK'nin 33/B maddesinde ise TTK'nin sigorta sözleşmesine ilişkin zamanaşımı düzenlemelerine atıfla anılan sürelerin, aslen ne düşürücü ne kazandırıcı zamanaşımı süreleri olduğu da tekrar hatırlanmalıdır. Bunlar, bir alacağın devlete devri bakımından terk edildiğinin kabulü için geçmesi gereken, terk süreleridir. Kaldı ki bahsi geçen düzenlemelerde bu sürelerin -terk süresi olarak kabul edilmeseler bile- borçlu lehine yaratılan bir nevi "kazandırıcı zamanaşımı" olarak görülmesine dayanak olacak bir unsur da yoktur. Tersine, bu düzenlemelerde sürenin sonunda alacağın devlete kalıcı olarak devri öngörüldüğü için, Türk hukukunda bu süreleri hak düşürücü süre olarak niteleyen görüşler dahi ileri sürülmüştür¹²⁵.

Bu konuda Bozkurt tarafından ileri sürülen görüşlere de yer vermek gerekir. Görüşlerini mevduat alacakları bağlamında dile getiren Yazar'a göre henüz zamanaşımına uğramayan mevduatın BankK'nin 62. maddesi uyarınca devlete devri, mülkiyet hakkının tam bir ihlali olacaktır. Zamanaşımına uğradıktan sonra devri hâlinde ise, mevduat yatırıldığı an bankanın mülkiyetine geçtiği için, bu sefer de bankanın mülkiyet hakkına orantısız ve kamu yararı olmayan bir müdahale yapılmış olacaktır¹²⁶. Bu ifadelerden Yazar'ın devlete devri gerekecek mevduat üzerindeki mülkiyet hakkının, zamanaşımına uğramadan evvel alacaklıya ait olduğu, zamanaşımından sonra ise – mevduatın mülkiyeti bankaya geçtiği için- bankaya ait olacağı fikrinde olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak mevduatın mülkiyetinin yatırıldığı an itibarıyla bankaya geçtiği düşünülürse, mülkiyet hakkının zamanaşımından evvel alacaklıya nasıl ait olabileceği ve zamanaşımının mülkiyet hakkı üzerinde nasıl böyle bir etki yaratacağı açık değildir.

Dördüncü olarak SK'nin 33/B maddesi başta olmak üzere bu tür düzenlemelerin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin genel ilkeler üzerinde de durulmalıdır:

Öncelikle, gerçekten de gerek SK'nin 33/B maddesi, gerek sahibince aranmadığı varsayımıyla devlete intikali öngörülen diğer haklarla ilgili düzenlemeler, hak sahibinin bu hakkına ilişkin mülkiyet hakkına müdahale niteliğindedir. Nitekim anılan tüm düzenlemelerde, geçen sürenin sonunda hak kalıcı olarak devredilerek, sahibinin hakkı ortadan kaldırılmaktadır.

¹²⁴ Bkz. **Tutumlu**, s. 28.

¹²⁵ Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 166, dn. 7; **Bozkurt**, s. 30, 31.

¹²⁶ Bkz. **Bozkurt**, s. 40 vd.

Ancak mülkiyet hakkına her müdahale hukuka aykırı değildir. Bu kapsamda gerek Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında gerek doktrinde, bir mülkiyet hakkı ihlalinin olup olmadığına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde gözetilmesi gereken kriterlerden¹²⁷ ikisinin öne çıkarıldığı görülmektedir:

Bunlardan ilki yapılan müdahalede kamu yararının olup olmadığı hususudur. Bu hususta doktrinde, sahiplerince aranmayan alacak ve diğer hakların devlete devrinde herhangi bir kamu yararının olmadığını savunan yazarlar olduğu gibi¹²⁸, devlete gelir sağlama amacı doğrultusunda kamu yararının olduğu görüşünde olan yazarlar da vardır¹²⁹. Anayasa Mahkemesi ise anılan kararında, bu hususta bir ayrıma gitmiştir. Mahkeme'ye göre bu tür haklara devletçe el konulması ancak bir ekonomik kriz varsa kamu yararınıdır. Dolayısıyla, vergi ve benzeri araçlara başvurabilecek olan devletin, ekonomik bir kriz yoksa gelir elde etmek için terk edilmiş haklara el koyması gerekli olmadığından, ölçülülük kriterine aykırılık oluşturur¹³⁰.

Aslına bakılırsa, bu tür düzenlemelerin kamu yararına olduğunu göstermek üzere kullanılan iki temel gerekçeden birisi; ekonomik krizin var olup olmamasından bağımsız olarak, toplamda ciddi meblağlara ulaşan bu tür hakların birkaç şirketin kullanımına bırakılmasındansa, kamunun kullanımına sunulmak üzere devlete devrinin sağlanmasıdır¹³¹. Nitekim devlete gelir sağlama gerekçesinin geçerliliğinin ekonomik kriz zamanlarına özgü olmadığına en büyük örnek de dünyanın en zengin ülkelerinden ve kapitalizmin baş temsilcilerinden olan ABD'dir. Zira bu ülkede, öteden beri -bir ekonomik krizin varlığı gözetilmeksizin- kanun vasıtasıyla şirket payları dahil pek çok hakkın terk edildiği kabulüyle, devlete devri sağlanmaktadır ve

¹²⁷ Bu hususta bkz. **Kendigelen/Çonkar**, s. 210 vd.

¹²⁸ Bkz. **Barın**, s. 94; **Erem/Altıok/Tandoğan**, s. 96 vd; **Erdem**, Bankacılık, s. 113-116 vd.

¹²⁹ Bkz. **Kendigelen/Çonkar**, s. 214, 215.

¹³⁰ Aslına bakılırsa Anayasa Mahkemesi'nin 2308 sayılı Kanun'un iptaline dayanak yaptığı bu ve diğer gerekçeler, SK'nin 33/B ve BankK'nin 62. maddesi başta olmak üzere sahiplerince aranmayan hakların devlete devrini öngören diğer düzenlemeler için de geçerli olduğuna göre, bunların da iptali gerekir.

'Şirket paylarıyla ilgili hakların, uzun bir süredir devlet tarafından el konulan diğer tip terk edilmiş haklardan esasında bir farkı yoktur.' Bkz. "": Illinois Law Review, Vol. 46, No. 1, 1951, s. 98.

¹³¹ Hatta, emanetçi devir kanunlarının hâkim olduğu ABD'de, eyaletlerin bu tür hakların bir an önce devlete devrini sağlayarak daha fazla gelir elde etmek amacıyla terk süresini kısaltan kanunlar çıkarmasıyla ortaya çıkan tartışmada, netice olarak temyiz mahkemesi bu hakların sahibine iadesi amacı dışında, tek başına gelir elde amacının varlığını da Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Bu hususta ve bu kanunların esasında vergi kanunları olarak nitelendirilip edilemeyecekleri tartışmaları için bkz. **Gregory**, s. 325 vd.; **King**, s. 1260, 1261.

mahkemeler de bu kanunları nihai olarak Anayasa'ya aykırı bulmamaktadırlar¹³².

Kanaatimce, bu düzenlemelerin mülkiyet hakkının ihlaline yol açacak asıl yönü hak sahibine devlet tarafından yapılması gereken bildirimlerin yapılmaması¹³³ ve devlete kalıcı devrin öngörülmesi ile ilgilidir. Zira doktrinde de en çok bu durumun eleştirildiği görülmektedir¹³⁴.

Öncelikle bu tür hakların devlete devrinde kullanılan mazeret; hak sahibince terk edilmiş, bir başka ifade ile hakkın sahipsiz kalmış sayılmasıdır. Bu noktada sahibince aranmayan hakların devlete devri kurumunun, devletin mirasçılığı ile aynı mantık üzerine oturtulduğu hatırlanmalıdır. Ancak devir uygulamasında, hakkın terk edildiği sadece bir varsayımdan ibarettir¹³⁵ ve bu varsayım da hak sahibinin belirlenen terk süresi içinde herhangi bir eylemde bulunmamış olmasına dayandırılır. Gerçektenyse -geçen süreye rağmen- sahibi hakkını terk etmemiş olabilir¹³⁶. Dolayısıyla, hak sahibi ortaya çıktığında, bu hakkın devlete devri için kullanılan mazeret yani hakkın terk edilmiş olduğu varsayımı da geçerliliğini yitirir. Nitekim bu düzenlemelerde hakkın devlete intikali için terk edildiğinin bir mahkeme kararıyla tespiti de aranmamıştır. Oysa mirasçısı kalmayan terekenin devlete

¹³² Bkz. **Garrison**, s. 310 vd.; **Shestack**, s. 53; **Sentell Jr.**, R. Perry: "Escheat, Unclaimed Property, and Supreme Court", Case Western Reserve Law Review, Vol. 17, Iss. 1, 1965, s. 82.

Kaldı ki sahiplerince aranmayan bu payların, şirketin tasfiyesinde diğer ortaklar tarafından paylaşılması da Amerikan hukukundaki deyimle özel bir el koyma (private escheat) hali yaratmayacak mıdır? Bu yönden bu hakların kamunun kullanımına sunulması yerine, bir kaç kişinin kullanımına bırakılmasındaki üstün yararın ortaya koyulması gerekir. Karşı görüşte bkz. **Erdem**, Bankacılık, s. 116.

¹³³ Bu husus aşağıda tartışılacaktır. Bkz. III/D/2 no.lu başlık.

¹³⁴ Bkz. **Bozkurt**, s. 38 vd.; **Barın**, s. 96, 97; **Şit İmamoğlu**, s. 169, 170-186.

Nitekim Amerikan hukukunda devletin, sahiplerince aranmayan bu haklara, korumak üzere el koymasının anayasal yetkisi içinde olduğunu düşünen mahkemeler genel olarak; ilgili hakkın devlete devredileceğine ilişkin hak sahibine yeterli şekilde bildirim yapıldığı ve bu işlemlere karşı yargı yolu açık bırakıldığı sürece, özellikle kalıcı devir yerine emanetçi olmaları nedeniyle bu tür kanunların Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermektedirler. Bkz. **Garrison**, s. 310 vd.; **Shestack**, s. 53; **Sentell Jr.**, s. 82.

Kalıcı el koymayı öngören kanunların geçerliliği ise esas olarak terkin, mahkeme kararıyla ispatlanması koşuluna bağlıdır. Bkz. **Auten**, s. 111.

¹³⁵ Bu yönde bkz. **Garrison**, s. 305.

¹³⁶ Bu yönden, düzenlemelerdeki sürelerin zamanaşımı olarak kabul edilmesi, böylece alacağın zamanaşımına uğramasının devlete devrin gerekçesi olarak kullanılmasının çok daha vahim olduğu açıktır. Zira sadece alacaklının alacağını dava yoluyla talep ve tahsil yetkisini kaldırmaya muktedir (düşürücü) zamanaşımı, hak sahibinin mülkiyet hakkının elinden alınması için gerekçe olamaz.

intikali için sulh hâkiminin kararı gerekmektedir (Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 594). Hatta 594. maddede mirasın devlete intikali kararına rağmen, hak sahiplerinin istihkak davası açma hakkı dahi korunmuştur. Bu bağlamda, sahibince aranmayan haklara el konulmasına ilişkin düzenlemelerde, hak sahiplerine devlete karşı haklarının iadesine ilişkin talep yetkisinin verilmemesinin, tersinden ifade ile kalıcı olarak el koyulmasının geçerli bir hukuki bir temeli yoktur¹³⁷.

Bu noktada, hak sahiplerine süreyle sınırlı olmadan devlete karşı hakkının iadesine ilişkin talep yetkisinin verilmesini, zamanaşımı bakımından değerlendirmek de gerekir. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere, zamanaşımı ile alacaklı, alacağını dava yoluyla tahsil yetkisini kaybeder¹³⁸. Ancak bu sonuç, alacaklı (hak sahibi) ile borçlu (şirket) arasındaki özel hukuk sözleşmesinden doğan bir haldir. Oysa hak sahibi ile alacağın zorunlu olarak devredildiği devlet arasında böyle bir ilişki yoktur. Alacağa egemenlik gücüne dayanarak ve kanunla el koyan devlet, borcu devralmış değildir¹³⁹. Dolayısıyla hak sahibinin devlete karşı hakları, bu ilişkinin kurallarına göre belirlenmelidir ki devletin bireysel mülkiyet haklarına hangi gerekçeyle, hangi koşullarda el koyabileceği bellidir. Aynı nedenle alacaklı veya borçlu yönünden, mülkiyet üzerinde bir etkisi olmayan (düşürücü) zamanaşımı nedeniyle elde ettiği ödememe defii dışında, başkaca bir hakka sahip olması söz konusu olmayan borçlunun da alacaklıya (hak sahibine) karşı ileri sürebileceği zamanaşımı defini, devlete karşı ileri sürememesi gerekir.

¹³⁷ Zira, örneğin kamulaştırmanın yapılabilmesi için kamu yararının varlığı dışında, malike uygun bir bedel ödenmesi de zorunludur. Bkz. **Özel**, Sadullah: "Kamulaştırmada Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 109, 2013, s. 97. Bu yönden sahibince aranmayan hakların devlete devrine ilişkin düzenlemelerde (sonradan çıkma ihtimaline karşı) hak sahiplerine haklarının iadesine ilişkin bir talep hakkı verilmeden, haklarına kalıcı ve karşılıksız olarak el konulması hukuka aykırıdır. Nitekim ortada hak sahibini cezalandırmak amacıyla mülkiyet hakkından mahrum edilmesini içeren bir müsadere durumu da yoktur. Krş. **Auten**, s. 163. Ayrıca krş. **Erdem**, Bankacılık, s. 113.

Mesela Amerikan hukukunda yapılan tartışmalardan birisi de devletin el konulan hak bağlamında elde ettiği menfaate karşılık, hak sahiplerinin faiz talep edemeyecekleridir. Bu konuda bkz. **Dorner**, David P./**Lima**, Sara A.: "Is 'Interest' on Unclaimed Property A Constitutional Requirement?", <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2019/09/is-interest-on-unclaimed-property-a-constitutional-requirement>, E.T.: 02.09.2023. Ancak bu düzenlemelerin kalıcı devri içermediğini de gözetilen mahkemelerin çoğunluğu devletin, elinde kaldığı sürece bu haklardan elde ettiği menfaatlerin Amerikan Anayasası'na aykırı bir devir olmadığına karar vermiştir. Bkz. **Gregory**, s. 324, dn. 27.

¹³⁸ Bkz. **Tutumlu**, s. 27, 28.

¹³⁹ Bu yönde bkz. **Shestack**, s. 55, 56.

2. Hak Sahibine Bildirim Yapılması

SK'nin 33/B maddesindeki düzenleme bağlamında üzerinde durulması gereken bir başka mesele de hak sahibine yapılacak bildirimlerdir.

Amerikan hukukunda hak sahibine yapılacak bildirimler -ki ilgili kanunlar emanetçi devir kanunları olmasına rağmen- devrin Amerikan Anayasası'na uygun olmasının temel koşulu olarak görülmektedir¹⁴⁰. Zira Amerikan hukukunda devletin bir hakka müdahale edebilmesi için, öncesinde hak sahibinin bu durum hakkında yeterli bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir¹⁴¹. Aynı durumun Türk hukuku için de geçerli olduğu pek ala söylenebilir. Örneğin mülkiyet hakkından mahrumiyet hallerinden birisi olan kamulaştırmada, usulüne uygun bir tebligat yapılmadığı sürece, idarenin taşınmazı el koyması, fiili el atma olarak kabul edildiği gibi¹⁴², Anayasa Mahkemesi de usulüne uygun olmayan tebligatların Anayasa ile tanınan iddia, savunma ve hak arama özgürlüklerinin yanı sıra, mülkiyet hakkını ihlal edeceği fikrindedir¹⁴³. Öte yandan, SK'nin 33/B maddesindeki düzenlemenin mülkiyet hakkına müdahale hallerinden birisi olduğundan da daha önce bahsedilmişti. Dolayısıyla devirden evvel, bu durumdan haberdar olmasını sağlamak amacıyla hak sahibine bildirim yapılması esasen Anayasal bir gerekliliktir.

Gerçekten de 33/B maddesinde hak sahibine karşı yapılacak bildirim ve ilanlar, alacağın Güvence Hesabı'na devrinin ön koşulu olarak düzenlenmiştir. Ancak bu yükümlülük, esasen sigorta şirketlerinin üstüne yıkılmıştır. Zira Güvence Hesabı'na sadece kendi internet sitesinden yapacağı ilan yükümlülüğü getirilmiştir ki bu da SK'de değil Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Öncelikle sadece ilan, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygunluk koşulu olan “yeterli ve uygun bir bildirim” olarak görülemez¹⁴⁴. Aynı

¹⁴⁰ Anayasal olarak devletin, bir kişinin mülkiyet hakkına müdahale etmeden önce, ilgili kişiyi başlatılacak yasal süreç konusunda bilgilendirmek ve itirazlarını sunması için fırsat tanımak amacıyla, tüm ihtimaller gözetilerek tasarlanmış şekilde, bildirimde bulunması gerekir.’ Bkz. “Taylor v. Yee”, United States Court of Appeals, (780 F. 3d 928 (9th Cir. 2015)), <https://casetext.com/case/taylor-v-yee-1>, E.T.: 08.09.2013.

¹⁴¹ Bu konuda bkz. **Shestack**, s. 52 vd.

¹⁴² Bkz. Yarg. 5. HD., T. 7.12.2015, E. 2014/27796, K. 2015/23316. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

¹⁴³ Bkz. AYM, T. 13.11.2014, E. 2013/95, K. 2014/176 (R.G., T. 13.3.2015, S. 29294).

¹⁴⁴ Nitekim Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi de gerek internet sitesinde gerek gazete ile yapılan ilanları yeterli görmemiştir. Bkz. “Taylor v. Yee”, United States Court of Appeals (780 F.3d 928 (9th Cir. 2015)), <https://casetext.com/case/taylor-v-yee-1>, E.T.: 08.09.2023.

şekilde, mülkiyet hakkına devlet eliyle yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisi olan bildirim yükümlülüğünün, borçlu sigorta şirketlerine yüklenen bildirim yükümlülükleriyle ifa edilmiş sayılmasına da olanak olmadığı düşüncesindeyim. Dolayısıyla sigorta alacağına el konulmadan evvel, hak sahibine kamu eliyle bildirim yapılmasını öngören düzenlemelerin getirilmesi gerekir¹⁴⁵. Bu bildirim, ilgili sigorta alacağına el konulmasından evvel olması gerektiği ise aşikârdır.

Özetle, hak sahibine yapılacak bildirim asıl yükümlüsü, bu hakka el koyan, böylece ondan yararlanacak olan kamu yani devlettir. Buna rağmen, borçlu sigorta şirketine de bildirim yükümlülüğünün getirilme nedeni, bu alacağın doğmasına yol açan ilişkinin tarafı olması hasebiyle, hak sahibinin kimlik ve adres bilgileri başta olmak üzere, alacağın terk edilmiş sayılıp sayılmayacağı, miktarı vb bilgilere ve bunları ispata yarayacak belgelere ilk elden sahip olması olsa gerektir¹⁴⁶. Böylece bildirim yapılmasının temelinde yatan; hakkı, sahibine kavuşturma amacına da hizmet edilmiş olmaktadır. Ancak aynı amaca hizmet etmesi, sigorta şirketinin yapması gereken bildirim, devlet tarafından yapılması gereken bildirim gibi görülerek, devlet tarafından yapılması gereken bildirim yapılmasından doğacak sonuçların sigorta şirketine yıkılmasına gerekçe olamaz. Bu nedenle sigorta şirketinin bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiğinde maruz kalacağı yaptırım, hak sahibi ile arasındaki sözleşme ve bu sözleşmenin tabi olduğu hükümler dairesinde belirlenmelidir. Şöyle ki:

SK'nin 33/B maddesinde bir sigorta alacağının, sigorta şirketi tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde devredilebileceğinden bahsedilmek suretiyle, sigorta şirketinin hak sahibine yapacağı bildirim ve ilanlar sigorta alacağının terk edilmiş sayılıp, Güvence Hesabı'na devrinin ön koşulu hâline getirilmiştir. Buna göre usulünce bildirim yapılmadığı sürece, sigorta şirketi aslında terk edildiği kabul edilemeyecek bir alacağı devretmiş olacak, böylece hak sahibinin bu nedenle meydana gelen zararını tazmin etmesi gerekecektir.

Ancak 33/B maddesinde gerek bildirim ve ilanların gerek devrin, sigorta alacağı zamanaşımına uğradıktan sonra yapılacağı öngörülmüştür. Bu durumda, alacaklının gerekli bildirim yapılmadığı için bir zarara uğradığın-

¹⁴⁵ 'Borçlunun bildirim yükümlülüğü, bizzat devletin bildirimde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz'. Bkz. "Taylor v. Yee", United States Court of Appeals (780 F.3d 928 (9th Cir. 2015)), <https://casetext.com/case/taylor-v-yee-1>, E.T.: 08.09.2023.

¹⁴⁶ Bu haklı gerekçenin dışında, devletin para, zaman ve emek harcanmasını gerektiren bu külfeti, borçlu sigorta şirketinin üstüne yıkmak istemesi ise kabul edilemez.

dan bahsedilemez¹⁴⁷. Zira sigorta şirketi açısından zaten ifa zorunluluğu kalkmış bir alacak söz konusudur. Bu yönden, gerekli bildirimleri yapsaydı, sahibi hakkına kavuşurdu denilerek, sigorta şirketi zaten Güvence Hesabı'na devrettiği meblağı ikinci kez ödemeye mahkum edilemez.

Oysa 33/B maddesinde terk süresi, zamanaşımı süresinden kısa belirlenmiş olsaydı, yani henüz zamanaşımına uğramamış sigorta alacaklarının devri öngörülseydi, hak sahibi sigorta şirketinden tazminat talep edebilirdi¹⁴⁸. Zira bildirimlerin yapılmaması nedeniyle devirden haberi olmayan hak sahibi zamanaşımı dolmamış olmasına rağmen alacağından mahrum kalmış olacaktır. Nitekim bu dönemde sigorta şirketinin hak sahibine karşı ifa zorunluluğu devam etmektedir¹⁴⁹.

Nitekim Amerikan hukukunda da borçlunun yapılan bildirimle alacağın varlığından haberdar olan alacaklıya zaten zamanaşımına uğramış bir alacağı ödemekle yükümlü tutulması veya bildirim yapılmadığı için zamanaşımına uğramadığı kabul edilerek, ödemeye mahkum edilmesi söz konusu değildir. Bildirimin yapılmaması -ilgili alacak zamanaşımına uğramamış olduğu sürece- en çok bildirim yapılmadığı için uğranılan bir zarar varsa bunun tazminine yol açmaktadır¹⁵⁰. Kısaca, bildirim ve ilan yükümlülüklerinin ihlali sigorta şirketi bakımından, hak sahibinin zarara uğramasına yol açtığı ölçüde, bu zararın tazmini olabilir.

Son olarak sigorta şirketleri tarafından yapılacak bildirim ve ilanlara ilişkin masrafların makul miktarının da Güvence Hesabı tarafından karşılanması gerekir¹⁵¹. Zira devredilen bu alacaklardan yararlanacak olan kamudur.

3. Terk Süresinin Tespiti

Öncelikle, BankK'nin 62. maddesindeki düzenlemenin aksine, SK'nin 33/B maddesindeki düzenleme, isabetli bir şekilde zamanaşımı olarak ad-

¹⁴⁷ Bkz. **Battal**, s. 171.

¹⁴⁸ Ancak gerekli bildirimleri yapmasına rağmen terk süresi, zamanaşımından daha kısa olduğu için alacağı devretmek durumunda kalan sigorta şirketi de sorumlu tutulamaz. Zira devri, kanun gereği yaptığı gibi üzerine düşen yükümlülükleri de gereği gibi ifa etmiştir. İşte bu durumda sigorta şirketini sorumluluktan kurtaran bir hükmün kanuna koyulması özellikle gereklidir. Bkz. III/D/6 no.lu başlık.

¹⁴⁹ Bu durumda dahi, bildirim yapılmasının, alacağın zamanaşımına uğramasının koşulu olmadığı, hak sahibini devirden evvel alacağından haberdar etmek amacıyla yapılacağı hatırlanmalıdır.

¹⁵⁰ Bkz. I no.lu başlık.

¹⁵¹ Mesela California Eyaleti'nde borçlunun 2 Dolar'ı geçmeyecek şekilde bildirim masraflarını devri gereken haktan indirebileceği düzenlenmiştir. Bkz. "Holder Due Diligence", https://sco.ca.gov/Files-UPD/upd_duediligence.pdf, E.T.: 27.09.2023.

landırılmamıştır. Yine Sigorta Alacakları Yönetmeliği'nde sigorta alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresinin TTK'ye göre belirleneceği ifade edilerek, BankK'de olduğu gibi ikili bir durumun yaratılmamış olması da yerindedir (m. 4). Buna karşılık 33/B'de ayrı bir terk süresinden de bahsedilmemiş, terk süresi zamanaşımı süresine eşitlenerek, düzenlenmiştir. Zira düzenlemede sigorta alacağının zamanaşımına uğradıktan sonra devrinden bahsedilmektedir.

Bu durumda, doğal olarak sigorta alacakları bakımından terk süresinin ne olduğu sorusu ortaya çıkar. Zira sigorta sözleşmesinden doğan alacakların tabi olduğu zamanaşımı TTK'de 1420. ve 1482. maddelerde düzenlenmiş ve iki, altı ve on yıllık üç farklı zamanaşımı süresi getirilmiştir.

Genel nitelikli 1420. maddeye göre “sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482. madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.” Bu yönden iki süre arasındaki ilişkide, iki yıllık sürenin sınırını altı yıllık süre belirler¹⁵². Daha somut bir ifadeyle sigorta ettiren riskin gerçekleştiğini, riskin gerçekleştiği tarihten beş yıl sonra öğrenip bunu sigorta şirketine ihbar ettiğinde, sadece bir yıllık zamanaşımı süresi kalmış demektir. Ancak sigorta tazminatına ilişkin talepler için, sorumluluk sigortaları açısından bir istisna getirilmiş ve sigorta olayının gerçekleşmesinden itibaren başlayacak, on yıllık farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür (m. 1482/1). Az önceki örnek devam ettirilecek olursa, hâlâ beş yıllık bir süre olmasına rağmen, sigorta ettirenin ödemeyi reddeden sigorta şirketine karşı riskin gerçekleştiğini ihbar ettiği tarihten itibaren iki yıl içinde dava açması gerekecektir¹⁵³.

Bu bağlamda, sigorta alacaklarının tabi olduğu terk süresi de ihtimallere göre değişecektir. Örneğin, riskin gerçekleştiğine ilişkin bir ihbar yapılmadığı sürece, bir sigorta alacağının terk edilmiş sayılıp Güvence Hesabı'na devredilebilmesi için sigorta şirketinin sorumluluk sigortalarında on yıl, diğer sigortalarda ise altı yıl beklemesi gerekir¹⁵⁴. Öte yandan birikimli hayat

¹⁵² Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Memiş**, Tekin: “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 1931-1943.

¹⁵³ Bkz. **Memiş**, Zamanaşımı, s. 1941-1942, 1943.

¹⁵⁴ Aslında bu hususta değişik ihtimaller gündeme gelebilir. Metinde işaret edildiği üzere bir ihbar olmasa da sigorta şirketi, riskin gerçekleştiğini kendiliğinden öğrenebilir ve sigorta bedelinin veya tazminatının ödenmesine ilişkin araştırmalarını yapıp, ödemeye

sigortalarında olduğu gibi bir riskin gerçekleşmesinin söz konusu olmadığı sigortalar sadece vadenin dolması ile başlayacak iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğundan bu tür sigortalarda terk süresi de hep iki yıl olacaktır. Kısaca terk süresi, sigorta alacağının ne olduğuna (sigorta tazminatı mı, bedeli mi yoksa haksız olarak ödenmiş sigorta primi mi¹⁵⁵), muacceliyet bağlamında sigorta şirketine riskin gerçekleştiğine dair bir ihbarın yapıp yapılmadığına ve sigortanın türüne göre değişecektir. Bu durumun bir karmaşa yaratacağı kolayca öngörülebilir. Bu nedenle terk süresinin, zamanaşımından ayrı olarak belirlenmesi daha uygun olurdu.

Diğer yandan 33/B maddesinde terk süresinin zamanaşımı süresi üzerinden belirlenmesi ile mülga SMK'deki on yıllık süre de düşürülmüştür. Böylece terk edildiği kabul edilecek alacakların sigorta şirketinin nezdinde bekletilmesi, böylece nemalanması uygun görülmemiş, bir an önce Güvence Hesabı'na aktarılarak, kamunun kullanımına tahsisi sağlanmak istenmiştir¹⁵⁶.

4. Sigorta Şirketinin Zamanaşımına Uğrayan Alacağı Ödemekle Yükümlü Tutulması

Sigorta alacaklarının Güvence Hesabı'na devriyle ilgili mevzuatta dikkat çeken bir başka husus da Sigorta Alacakları Yönetmeliği'nin 6/1. mad-

karar verebilir. Ancak hak sahibine ulaşmadığı sürece metinde işaret edildiği üzere 6 ve 10 yıllık süreleri beklemek durumunda kalacaktır.

Öte yandan, sorumluluk sigortalarında daha çok gündeme gelecek bir ihtimal olarak, riskin gerçekleşmesinden itibaren geçen on yıl boyunca sigorta ettiren gibi sigorta şirketinin de bundan haberi olmayabilir. Bu durumda, sigorta şirketi hak sahibinin 10 yıl sonra yaptığı başvuruyu dilerse zamanaşımı nedeniyle ret edebilir. Peki bu alacaklar da Güvence Hesabı'na aktarılmak zorunda mıdır? Daha önce bir alacağın devri için, üzerinde bir çekişmenin olmaması gerektiğinden bahsedilmişti. Bkz. **Rüzgar**, s. 73. Bu yönden sigorta şirketinin Güvence Hesabı'na karşı, ilgili sözleşme uyarınca sigorta tazminatı yahut bedeli alacağının doğmadığı gerekçesiyle devrini ret hakkının olduğu, düşüncesindeyim.

¹⁵⁵ Hatta doktrinde bu alacaklar hakkında, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK'nın 82. maddesindeki sürelerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Memiş**, Zamanaşımı, s. 1940.

¹⁵⁶ Bkz. **Battal**, s. 149. Diğer yandan, terk süresinin ne kadar olacağı esas olarak devletin takdir yetkisindedir. Mesela Amerikan hukukunda, kanun koyucuların terk sürelerini giderek daha kısaltmasının bu hakların bir an önce devlete aktarılmasını sağlaması bakımından sahipleri için daha güvenli olduğu da savunulmaktadır. Zira bu haklar mesela iflas riski olan borçlu şirketin elinden alınarak bu tür bir risk taşımayan devlete emanet edilmektedir. Yine kısa terk süresi, bildirimlerin de -ilgili bilgi ve belgeler kaybolmadan- daha önce yapılmasını sağlayarak, alacaklının hakkına kavuşma ihtimalini yükseltecektir. Bu gerekçeler, doğal olarak bu ülkede emanetçi devir kanunlarının hâkim olduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bkz. **Gregory**, s. 338 vd.

desinde yer almaktadır. Zira bu düzenlemede sigorta alacağının, zamanaşımını takip eden Haziran'ın on beşinci gününe kadar talepte bulunulması durumunda hak sahibine ödeneceği belirtilmiştir. Oysa bu sonuç zamanaşımı kurumunun mantığına tamamen aykırıdır. Zira SK'nın 33/B ve Sigorta Alacakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde atıf yapılan TTK'nin 1420. ve 1482. maddelerinde, düşürücü zamanaşımının düzenlendiği aşıkardır. Düşürücü zamanaşımının asli işlevinin borçluya ifadan kaçınma hakkını vermesi olduğu ise müteaddit defa dile getirildi. Yani borçlu zamanaşımına uğramış bir borcu dilerse ifa eder, ama buna zorlanamaz¹⁵⁷. Kaldı ki zamanaşımına uğramış bir alacağın talep edilmesi hâlinde ödenmesi zorunlu hale getirilecekse, bir zamanaşımı düzenlemesi yapılmasının gereği kalmaz. Üstelik sigorta şirketlerini zamanaşımına uğramış borcu ödemeye zorlayan hüküm Yönetmelik'le getirilmiştir. Oysa yönetmelikler kanunlara aykırı olamaz.

5. Sigorta Alacaklarının Güvence Hesabı'na Devrini Öngören Düzenlemelerin Taraflar Arasındaki Sözleşme İlişkisi Üzerindeki Etkisi

Üzerinde durulması gereken bir başka mesele de sigorta alacağının Güvence Hesabı'na devrini öngören düzenlemelerin hak sahibi ile sigorta şirketi arasındaki sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisidir.

Amerikan hukukunda bu konuda ilgili hakkın devlete devri ile birlikte taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ereceği, hak sahibinin bundan sonra bu sözleşmeye dayanarak bir bedelin kendisine ödenmesini isteyemeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Yargıtay da yukarıda anılan kararında benzer bir sonuca ulaşmıştır. Nitekim kararda mevduat alacağının Fon'a devriyle birlikte, mevduat sözleşmesinin ve alacak hakkının tamamen sona ereceğini ifade etmiştir¹⁵⁹.

6. Sigorta Alacağını Devreden Sigorta Şirketinin Sorumluluktan Kurtarılması

33/B maddesi bağlamında gerek sigorta alacakları, gerek diğer hakların devriyle ilgili düzenlemeler için getirilecek eleştirilerden birisi de üzerine düşen yükümlülükleri dürüstçe yerine getirerek sigorta alacağını devreden

¹⁵⁷ Bkz. **Tutumlu**, s. 28; **Erdem**, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 351.

¹⁵⁸ Bkz. **Shestack**, s. 55, 56.

¹⁵⁹ Bkz. YHGK, T. 04.02.2021, E. 2017/50, K. 2021/33. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

sigorta şirketi lehine, bundan sonra yapılacak talepler, açılacak davalar karşısında alacağın devredildiği kurum tarafından savunulacağı, yargılama masrafları ve olası tazminatların bu kurum tarafından ödeneceğini öngören bir sorumsuzluk hükmünün getirilmemiş olmasıdır. Oysa kendi iradesi dışında kanun gereği -üstelik kendisine getirilen yükümlülükleri yerine getirerek- devreden sigorta şirketinin, hak sahibine karşı sorumluluktan kurtarılması, neticede hakkaniyetin de gereğidir.

E. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Bu Düzenlemeleri Yorum Tarzı ve Değerlendirmeler

Öncelikle, hak sahiplerince aranmayan sigorta alacaklarının Güvence Hesabı'na devrini öngören 33/B maddesi, SK yürürlüğe girdikten beş yıl sonra, 2012 yılında 6456 sayılı Kanun'la eklenmiştir. Bu ara dönemde, sigorta şirketleri bu tür alacakları Merkez Bankası'na devretmeye devam edince, mesele genelge¹⁶⁰ ve sektör duyurusu¹⁶¹ düzeyinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de sorun mülga 6762 sayılı TTK'nin 1268. maddesindeki zamanaşımı ve diğer genel hükümler üzerinden çözülmeye çalışılmıştır. Genelge'de ayrıca sigorta şirketlerine 50 TL ve üzerindeki alacaklar için muaccel oldukları tarihten itibaren altı ay içinde hak sahiplerini iadeli taahhütlü mektupla uyarma, bu miktarın altındaki alacaklar için ise internet sitesi üstünden ilan yükümlülükleri getirilmişti. Bu düzenlemelerde sigorta şirketlerine zamanaşımına uğrayan alacakları gelir olarak kaydetme yetkisi verilmiştir ki aslında bir alacağın devlete devrini emreden ayrık bir düzenleme olmadıkça, olması gereken sonuç da budur.

İlginç olan, Genelge'de sahiplerince aranmayan alacaklar için genel zamanaşımı süresi ve hükümlerinin uygulanacağı ve zamanaşımına uğrayan alacakların sigorta şirketi tarafından gelir olarak kaydedileceği belirtilmesine rağmen, bildirim ve ilan yükümlülüğünün getirilmiş olmasıdır. Oysa sigorta alacaklarının hangi koşullar altında zamanaşımına uğrayacağı 6762 sayılı TTK'nin 1268. maddesinde zaten belirlenmişti ve bu düzenlemede bir alacağın zamanaşımına uğraması için öncesinde bir bildirim veya ilan yükümlülüğü getirilmiş değildi.

Ancak daha ilginç olanı Yargıtay'ın da bu hususlar üzerinde durmadan Genelge ile getirilen bildirim yükümlülüğüne sonuç bağlamış olmasıdır: Hayat sigortasından doğan sigorta bedelinin ödenmesi için açılan davada, ilk derece mahkemesi davayı zamanaşımına uğrayan alacağın Hazine'ye akta-

¹⁶⁰ 2008/27 sayılı Hak Sahiplerince Aranmayan Paralar Hakkında Genelge.

¹⁶¹ 2008/15 sayılı Sektör Duyurusu.

rılmasında usulsüzlük olmadığı gerekçesiyle ret etmiştir. Yargıtay ise bu sırada alacakların devlete devrini emreden bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, 2008/27 sayılı Genelge'yle getirilen ilan yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin belli olmadığı gerekçesiyle, kararı bozmuştur¹⁶².

33/B maddesinin SK'ye eklenmesinden günümüze kadar geçen sürede ise konu ile ilgili tespit edebildiğim kadarıyla, sınırlı sayıda karar verilmiştir. Bunlardan sadece biri Yargıtay kararıdır. Yüksek Mahkeme bu kararında ilginç bir şekilde, 33/B maddesi ve Yönetmelik'te bir alacağın Güvence Hesabı'na aktarılması için getirilen koşulların yerindeliği, örneğin bildirim yükümlülüğünün ihlalinin Güvence Hesabı'na yapılan devrin geçerliliği ve sigorta şirketinin sorumluluğu üzerine etkisinin ne olabileceği vb hususlar bir yana, bu koşulların var olup olmadığı hususunda dahi hiç bir tartışma yapmamıştır. BAM tarafından verilen kabul kararı, sadece davanın TTK'nin 1420. maddesi uyarınca iki yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açıldığı ve sigorta şirketinin de zamanaşımı definde bulunduğu gerekçesiyle bozulmuştur¹⁶³. Kararda ilgi çeken bir diğer husus ise dava dilekçesinde sigorta bedelinin Güvence Hesabı'na aktarılması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini talep edilmiş olmasına rağmen, Yargıtay'ın zarar olarak sigorta bedeli miktarı talep edildiği için, davayı, sigorta sözleşmesinden doğan sigorta bedelinin tahsiline ilişkin alacak davası olarak kabul etmesidir. Yani Yüksek Mahkeme sigorta alacağının Güvence Hesabı'na aktarımı nedeniyle bir zararın doğup doğmayacağı ve bu bağlamda bir dava açılıp açılmayacağı meselesini tartışmaktan da kaçınmıştır.

SK'nin 33/B maddesi ve Sigorta Alacakları Yönetmeliği'nin uygulandığı kararların ekseriyeti BAM kararlarıdır. Bunlardan birisi özellikle eleştiriye açıktır. Nitekim Mahkeme, sigorta bedelinin zamanaşımına uğradıktan sonra Güvence Hesabı'na aktarılmış olmasına rağmen, bildirim ve ilan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği için sigorta şirketini, sigorta alacağını tekrar ödemeye mahkum etmiştir¹⁶⁴. Oysa, sigorta alacağı zamanaşımına uğradıktan sonra devredildiği sürece, sigorta şirketi ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği için sigorta bedelini tekrar ödemeye zorlanamaz. Zira söz konusu borç onun açısından ödeme zorunluluğu kalkmış eksik bir borç

¹⁶² Bkz. Yarg. 17. HD, T. 13.06.2019, E. 2016/13523, K. 2019/7468. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır

¹⁶³ Bkz. Yarg. 4 HD, T. 18.04.2022, E. 2021/10169, K. 2022/7334. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır.

¹⁶⁴ Bkz. İzmir BAM 11. HD., T. 15.1.2020, E. 2019/3309, K. 2020/45. Karar, Lexpera İçtihat Bankası'ndan alınmıştır

haline gelmiştir. 33/B ve Yönetmelik’le getirilen bildirim yükümlülükleri bu durumu değiştirmez; borcu tam borç hâline dönüştürmez. Bildirim yükümlülüğünün ihlali; bu nedenle bir zarar doğarsa, bunun tazmini olabilir¹⁶⁵.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Öncelikle, Türk hukukunda hak sahiplerince aranmayan alacak ve diğer hakların devlete devrini öngören düzenlemeler dağınıktır. Oysa bu konunun -ABD’de olduğu gibi- devri öngörülen hakkın kendine has özelliklerinin gözetildiği, ancak temel ilkelerin ortaya koyulmasını sağlayacak genel bir kanunla düzenlenmesi, yeknesak bir uygulamanın ortaya çıkmasını sağlaması bakımından daha yararlı olabilir.

Terk edilen alacak ve diğer hakların devlete devri, ülkemizde olduğu gibi diğer ülkelerde de meşru bir kurum olarak görülmekte ve çok uzun bir zamandır yapılmaktadır. Bu meşruiyetin iki temel dayanağından birisi; hakkın ve sahibinin korunması, hakkın nihayetinde sahibine iadesi amacıyla devlete devredildiğinin kabul edilmesidir. Bu amacın varlığının göstergesi ise sahibine her daim hakkının iadesini isteme yetkisinin verilmesidir. Nitekim emanetçi devir kanunları güttüğü bu amaç nedeniyle daha tüketici lehine ve çağdaş kanunlar olarak kabul edilmektedir¹⁶⁶. Oysa Türk hukukunda sahiplerince aranmayan alacak ve diğer hakların, devlete kalıcı olarak devri öngörülmüştür. Üstelik zaman içinde yapılan; hakkın devredildiği kurum nezdindeki bekleme sürelerinin kaldırılması, terk sürelerinin kısaltılması, ilgili kamu kurumunun bildirim yükümlülüklerinin kaldırılması gibi değişikliklerle daha da geriye gidilmiştir. Bu tutum, modern devir kanunlarının mantığı ile çeliştiği gibi, özellikle alacaklının mülkiyet hakkının ihlali bakımından problemlidir. Dolayısıyla hak sahiplerine devlete (devredilen kuruma) karşı süresiz olarak hakkının iadesini talep yetkisi verilerek, bu düzenlemelerin meşruiyetinin güçlendirilmesi, çağdaş hale getirilmesi gerekir. Ayrıca bu değişikliklerle birlikte bu yasal düzenlemelerin amaçları da revize edilmelidir. Sahibince aranmayan hakkın devlete devriyle kamunun yararına kullanılmak üzere ek gelir elde edilmesi amacı dışında, bu hak ve alacakların borçlu şirketin elinde, iflas vb nedenlerle kaybolması tehlikesine karşı korunarak, sahibine iadesinin sağlanması amacının güdüldüğü de kanuna eklenmelidir. Bu şekilde, mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin itirazların da büyük oranda ortadan kalkacağı düşüncesindeyim.

¹⁶⁵ Bkz. III/D/2 no.lu başlık.

¹⁶⁶ Aynı yönde **Shestack**, s. 51.

Önemli bir husus olarak ilgili düzenlemelerde, bir hakkın devlete devri için geçmesi aranan sürelerin “zamanaşımı” süreleri değil, “terk süreleri” olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir. Nitekim kanun koyucunun BankK'nin 62. maddesinde olduğu gibi terk süresini zamanaşımı olarak niteleyen yahut SK'nin 33/B maddesinde olduğu gibi terk süresini zamanaşımı üzerinden belirleyen tutumu, uygulamada karmaşanın ortaya çıkmasına ve hakkaniyete aykırı kararların verilmesine yol açmaktadır.

Aynı şekilde, gerek SK ve BankK, gerek ilgili Yönetmeliklerdeki zamanaşımına uğramış alacak veya diğer hakların, yapılan bildirim üzerine ortaya çıkması hâlinde sahibine ödeneceğine işaret eden ifadelerin de kaldırılması gerekir. Zira bu şekilde zamanaşımı kurumunun mantığı ortadan kaldırılarak, uygulanamaz hale getirilmektedir. Halbuki bu düzenlemelerle, zamanaşımının borcu eksik borç hâline getireceğini söyleyen genel ilkeye istisna yaratılamaz. Zira bir hakkın devlete devrinin öngörölmüş olması tek başına, devlete devri öngörölen bir alacak ile devir dışında bırakılan alacak bakımından böyle bir farkın yaratılmasını sağlayacak haklı bir gerekçe değildir.

Sigorta alacakları dahil, terk edildiği için devlete devri öngörölen tüm haklar bağlamında, bizzat bu hakkın devredileceği kuruma da hak sahibine karşı bildirim yükümlölükleri getirilmelidir. Sadece ilan, yeterli bir bildirim olamaz. Bu bağlamda, sahibince aranmayan alacağın devlete devri sürecinde, hak sahibinin karşısındaki tek muhatap olarak borçlu sigorta şirketinin (veya bankanın) bırakılması da adil ve doğru değildir. Sigorta şirketinin hak sahibine yapacağı bildirim ve ilanlar, devletin hak sahibini devir konusunda bilgilendirme yükümlölüğünü kaldırmayacağı gibi, devlet tarafından yapılacak bildirim yerine geçip, onun doğuracağı sonuçları doğuramaz. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müdahalenin hukuka uygunluk koşulu olarak uygun ve yeterli bildirim yapılmamasına ilişkin sonuçlar da sadece bu bildirim asıl yükümlölüsü olan ve alacaktan asıl yararlanan devletin üstünde doğmalıdır. Yoksa sigorta şirketinin bildirim yükümlölüğünü ihlaline bağlanabilecek yaptırımlar, hak sahibi ile arasındaki özel hukuk ilişkisinin tabi olduğu hükümler dairesinde belirlenebilir. Bu yönden ihbar yükümlölüklerinin ihlalinin yaptırımı hak sahibinin bu nedenle uğradığı zararın tazmini olabilir. Yoksa ihbar yükümlölüklerinin ihlalinin, alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramaması bakımından bir etkisi yoktur. Yine mesela kanun koyucunun alacağın, zamanaşımına uğradıktan sonra devrini öngördüğü durumlarda, hak sahibinin bildirim yapılsaydı alacağına kavuşacağı, ancak yapılmadığı için devlete devir yoluyla hakkından mahrum kaldığı vb gerekçeyle tazminat talep edilemez. Zira zamanaşımı ile birlikte, sigorta şirketinin borcu ifa zo-

runluluğu kalkmıştır. Ayrıca sigorta şirketi tarafından yapılacak bildirimlerin zamanının, hakkın devrinden önce sahibine iadesini sağlamak amacıyla zamanaşımından evvelki bir dönemde ve uygun sayıda olması gerekir.

Diğer yandan bildirim yükümlülüğünün ihlaline idari veya cezai bir yaptırımın bağlanması, hak sahibine karşı bildirim yükümlülüğü getirilmesinin kamu düzeniyle veya yararı ile ilgili olmaması nedeniyle mümkün olmadığı düşüncesindeyim¹⁶⁷. Bu tür bir yaptırım artık sahibince aranmadığı kabul edilen alacağın, devlete bildirilmesi ve devriyle ilgili yükümlüklerin ihlali için söz konusu olabilir.

¹⁶⁷ Bu yönde **Battal**, s. 168.

KAYNAKÇA

- Akça**, Kürşat: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 543-596.
- Aküzum**, Ural: İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Altan**, Alparslan: Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Ateş**, Hüseyin: “Güvence Hesabı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 349-362.
- Ausness**, Richard C.: “The Role of Trust Protectors in American Trust Law”, Real Property, Trust and Estate Law Journal, Vol. 45, 2010, s. 319-354.
- Auten**, David C.: “Modern Rationales of Escheat”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 112, No. 1, 1963, s. 95-134.
- Barın**, Taylan: “Bankalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasaya Aykırılığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 29, S. 122, 2016, s. 74-98.
- Battal**, Ahmet: “Mevduatta Zamanaşımı Konusundaki Mevzuatın ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, BTHAE Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2007, s. 141-187.
- Baymuş**, Turgut/Acar, Eray: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı Üzerine Bir Değerlendirme”, Dumlupınar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 11, 2023, s. 119-128.
- Berkley**, Robert E.: “Escheat of Corporate Intangibles: Will the State of the Stockholder’s Last Known Address Be Able to Enforce Its Right?”, Notre Dame Law Review, Vol. 41, Iss. 4, 1966, s. 559-578.
- Biek**, John A.: “State Law & State Taxation Corner, s. 49-59, https://www.nge.com/portalresource/lookup/poid/Z1tOI9NPluKPtDNIqLMRV56Pab6TfzcRXncKbDtRr9tObDdEnG3Co0!/arFile.name=/Biek_abandonedproperty.pdf, E.T.: 04.03.2023.
- Bozkurt**, Tamer: “Bankacılık Kanunu’nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa’ya

Aykırlığı Sorunu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 3. S. 1, 2017, s. 23-46.

Callahan, Charles C.: “Statutes Of Limitation – Background”, Ohio State Law Journal, Vol. 16, Iss. 2, 1955, s. 130-139.

Çeker, Mustafa: Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Karahan Kitabevi, Adana 2004.

DeCarrera, Kimberly: “The Holder’s Introduction to Unclaimed Property”, <https://decarreralaw.com/unclaimed-property/introduction-to-unclaimed-property/>, E.T.: 12.02.2023.

Dorner, David P./**Lima**, Sara A.: “Is ‘Interest’ on Unclaimed Property A Constitutional Requirement?”, <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2019/09/is-interest-on-unclaimed-property-a-constitutional-requirement>, E.T.: 02.09.2023.

Erdem, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (Zamanaşımı).

Erdem, Mehmet: “5411 sayılı ‘Bankacılık Kanunu’nun Zamanaşımı Başlıklı 62. Maddesi ve 2308 sayılı ‘Şirketlerin Müruruzamana Uğrayan Kupon, Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun’ Çerçevesinde İnceleme ve Değerlendirmeler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi No. 73-74, 2010, s. 99-119, (Bankacılık).

Erem, Faruk/**Altıok**, Akın/**Tandoğan**, Halük: Bankalar Kanunu Şerhi, 6. Bası, BATİDER, Ankara, 1975.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Borçlar).

Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Garrison, Ray H.: “Escheats. Abandoned Property Acts, and Their Revenue Aspects”, Kentucky Law Journal, Vol. 35, Iss. 4, 1947, s. 302-317.

Gregory, Teagan J.: “Unclaimed Property and Due Process: Justifying ‘Revenue – Raising’ Modern Escheat”, Michigan Law Review, Vol. 110, Iss. 2, 2011, s. 319-345.

Guttel, Ehud/**Novick**, Michael T.: “A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 54, No. 2. 2014, s. 129-182.

Kalender, Süleyman: “Banka Mevduatı Zamanaşımı”, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2018, s. 14-36.

- Kendigelen, Abuzer/Çonkar, M. Halil:** “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 205-224.
- King, William S.:** “A Bridge Too Far: Due Process Considerations in State Unclaimed-Property Law Enforcement”, Suffolk University Law Review, Vol. XLV, No. 4, 2012, s. 1249-1270.
- Koç, Elif:** Zamanaşımına Uğramış Mevduat Alacakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Mayo, K. Reed:** “Virginia’s Acquisition of Unclaimed and Abandoned Personal Property”, William & Mary Law Review, Vol. 27, Iss. 2, 1986, s. 409-442.
- Meadows, James D.:** “Revisions in Abandoned and Unclaimed Property Legislation: A Look at the 1981 Uniform Unclaimed Property Act and West Virginia’s Revised Uniform Act”, West Virginia Law Review, Vol. 85, Iss. 5, 1983, s. 969-994.
- Memiş, Tekin:** “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 1931-1943, (Zamanaşımı).
- Memiş, Tekin:** “Güvence Hesabının Taşımının 100 Km. Altında Olması Nedeniyle Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Kapsamında Ödeme Yapmayı Reddetmesi Hukuka Uygun mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 129-150.
- Millar, Ethan D./Heyman, Scott/Noe, Charolette:** “Building a Better Unclaimed Property Act”, The Business Lawyer, Vol. 73, 2018, s. 711-761.
- Öz, Büşra:** Türk Hukukunda Güvence Hesabı, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2022.
- Özel, Sadullah:** “Kamulaştırmada Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 109, 2013, s. 93-128.
- Reisoğlu, Seza:** Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015.
- Riley, Alyca:** “Unclaimed Life Insurance Proceeds and The Duty to Search: Who is The True Beneficiary?”, Baylor Law Review, Vol. 68, No. 3, 2016, s. 819-845.
- Robert Jr, Johnson/Brandi, Wendt:** “Unclaimed Property: Should You Give Escheat?”, <https://www.afponline.org/docs/librariesprovider8/>

default-document-library/unclaimed-property---should-you-give-escheat---8-29-19.pdf?sfvrsn=95bb1a6b_2, E.T.: 03.03.2023.

Russell, R. Jason/Grzaslewicz, D. Barnaby: “Unclaimed Property: Holder Beware”, <https://www.morrisnichols.com/assets/htmldocuments/BylinedArticles/UnclaimedPropertyHolderBeware4-529-0747.pdf>, E.T.: 04.03.2023.

Rüzgar, Yurdağül: “Mevzuat, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Mevduatta Zamanaşımının Değerlendirilmesi Mevduatın İade Edilmesinin Hukuki Sonuçları”, *Bankacılar Dergisi*, S. 63, 2007, s. 71-96.

Saatci, Serhat: “Meslek Örgütlenmelerinden Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarına”, *Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi*, C. 2, S. 2, 2021, s. 213-232.

Saltzman, Michael I.: “Providing Protection In State Unclaimed Property”, *Tax Notes*, 2000, s. 1599-1623, <https://www.americantaxpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2017/02/saltzman.pdf>, E.T.: 05.07.2023.

Sarı, Mehmet: *Takip Hukukunda Zamanaşımı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

Sentell Jr., R. Perry: “Escheat, Unclaimed Property, and Supreme Court”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 17, Iss. 1, 1965, s. 50-82.

Shestack, Jerome J.: “Disposition of Unclaimed Property – A Proposed Model Act”, *Illinois Law Review*, Vol. 46, No. 1, 1951, s. 48-80.

Şener, Oruç Hami: *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Şit İmamoğlu, Başak: “Mevduatta Zamanaşımı”, *BATİDER*, C. XXXI, S. 1, 2015, s. 163-188.

Trost, Charles A./Houghton, Michael/Grzaslewicz, Barnaby/Wolff, Kaitlin D./Orzeske, Benjamin: “The Revised Uniform Unclaimed Property Act: A Response to Issues Raised in *The Business Lawyer*, Volume 73, Issue 3”, *The Business Lawyer*, Vol. 74, No. 3, 2019, s. 789-800.

Tutumlu, Mehmet Akif: *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Türk, Hikmet Sami: *Ticaret Ortaklarının Birleşmesi*, *BATİDER*, Ankara 1986.

“,”: *Illinois Law Review*, Vol. 46, No. 1, 1951, s. 82-99.

?, ? : “Insurance Proceeds Under Abandoned Property Laws”, *Notes, The Yale Law Journal*, Vol. 58, No. 4, 1949, s. 628-638.

KAMBIYO SENETLERİNDE SENET METNİNDE TAHRİFAT (TTK m. 748) UYGULAMASINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1423307>

Doç. Dr. Burçak YILDIZ*

Öz

Kambiyo senetlerinde tahrifat, TTK m. 748'de düzenlenmiştir. Hükme göre değiştirmeden sonra senet üzerine imza koymuş olan kişiler değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar. Söz konusu kurumun uygulanma şartları, büyük ölçüde yargı kararlarıyla şekillenmiştir.

TTK m. 748 hükmünün uygulanabilmesi için değişiklik yapılmasından önce geçerli bir kambiyo senedi bulunmalı, tahrifat senet tedavüle çıktıktan sonra ve senet metninde yapılmış olmalı, tahrifat yapılmasından sonra da senet geçerliliğini sürdürüyor olmalıdır. Tahrif edilmiş olması, senedin kambiyo senedi niteliğini etkilememektedir.

Hüküm, “senetteki çıkıntı, kazıntı veya silintinin ayrıca onanmamışsa, inkâr hâlinde göz önünde tutulmayacağına” ilişkin HMK m. 207 hükmüne belli ölçüde istisna teşkil etmektedir; zira onanmış olmasa bile tahrif edilen metin, bu müdahaleden sonra kambiyo senedini imzalamış olanlar için bağlayıcıdır.

Tahrifat def'ini ileri süren borçlu senette tahrifat yapılmış olduğunu ispatlamalıdır. Borçlunun senedi tahrifat yapılmasından önce imzalamış olduğunu kendisinin mi yoksa alacaklının mı ispatlaması gerektiği hususu ise önem taşımaktadır. Öğretide bir görüş, senet borçlusunun senedi tahrifattan önce imzalamış sayıldığını, aksini alacaklının ispatlaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak mehz İsviçre hukukunda borçlunun senedi tahrifattan sonra imzalamış olduğu karine olarak kabul edilmekte; tahrifattan önce imzalamış olduğu konusundaki ispat yükünün borçluda olduğu belirtilmektedir. Yargıtay da senedi tahrifattan önce imzalamış olduğunu borçlunun ispatlaması gerektiğine hükmetmiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (burcakyildiz@gmail.com) ORCID: 0000-0002-8792-995X (Gönderim Tarihi: 21.01.2024-Kabul Tarihi: 05.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Tahrifat, Tahrifat def'i, Kambiyo senedi, Kambiyo senetlerine mahsus takip, Senet metninde değişiklik

**EVALUATIONS OF THE PRACTICE REGARDING ALTERATION
OF NEGOTIABLE INSTRUMENTS (TCC ART. 748)**

(Research Article)

Abstract

Turkish Commercial Code (TCC) art. 748 regulates the consequences of the alteration made on the text of negotiable instrument after it is put into circulation. According to the TCC, those who signed the negotiable instrument after the alteration are liable according to the changed text, and those who signed before that are responsible according to the old text.

In order to implement art. 748, the negotiable instrument must be valid before and after the alteration. The fact that it has been altered does not affect the nature of the negotiable instrument.

The debtor who asserts the alteration defence must prove the alteration. One view in the doctrine argues that the debtor of the negotiable instrument is deemed to have signed the text before the alteration, and the creditor must prove the contrary. However, in Swiss law, it is accepted as a presumption that the debtor signed the text after it was altered and the debtor has to prove that he signed before the alteration. The Turkish Court of Cassation also ruled that the debtor must prove that he signed the text before the alteration.

Keywords

Alteration, Alteration defence, Negotiable instrument, Execution proceeding peculiar to negotiable instrument, Forgery

GİRİŞ

“Senet metnindeki değişiklikler” kenar başlıklı TTK m. 748 hükmüne göre: “Bir poliçe metni değiştirildiği takdirde, değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar.”. Hüküm, “senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti(nin) ayrıca onanmamışsa, inkâr hâlinde göz önünde tutulmayacağına” ilişkin HMK m. 207 hükmüne de belli ölçüde istisna teşkil etmektedir; zira onanmış olmasa bile tahrif edilen metin, bu müdahaleden sonra senedi imzalamış olanlar için bağlayıcıdır.

Poliçeye ilişkin TTK 748 hükmü, TTK m. 778.1.g ve m. 818.1.ç hükümlerinin atfıyla bono ve çeke de uygulanmaktadır. Hükümün mehazi İsviçre Borçlar Kanunu m. 1068’dir¹. Kurum Alman hukukunda ise Kambiyo Senetleri Kanunu m. 69’da (ve Çek Kanunu m. 51’de) düzenlenmektedir².

Senette tahrifat yapılan her durumda TTK m. 748 uygulanmamaktadır. Uygulanma şartları, 6762 sayılı eTTK³ döneminden günümüze büyük ölçüde içtihatlar ile şekillenmiştir. TTK m. 748 hükmü, eTTK m. 660 hükmünün devamıdır. Dolayısıyla eTTK m. 660 hükmüne ilişkin verilmiş kararlar da emsal niteliğini korumaktadır.

I. TERMİNOLOJİ VE ÇALIŞMANIN KAPSAMI

A. Terminoloji

TTK m. 748 hükmünde ve kenar başlığında senet metninde “değişiklik”ten söz edilmekte, “tahrifat” terimi kullanılmamaktadır. Hükme temel teşkil eden 6762 sayılı eTTK m. 660’da ise senet metninin “tahrif edilmesinden” söz edilmekteydi⁴. Ancak TTK’da “senet metninde *değişiklik*” teriminin kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu, bu ibarenin tahrifattan daha

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (Erişim tarihi: 29.10.2023).

² Wechselgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/wg/BJNR003990933.html>; Scheckgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/scheckg> (Erişim tarihi: 29.10.2023).

³ RG, 09.07.1956, S. 9353.

⁴ Mülga eTTK m. 660 hükmünün gerekçesinde de “tahrif edilme” teriminin bilinçli olarak kullanıldığı belirtilmekteydi: “Bu maddedeki ‘değişiklikten’ kasıt sahtelik şeklindeki değişiklik olduğundan maddenin ilk kısmı bunu açıkça anlatacak şekilde ve ‘değiştirildiği’ yerine ‘tahrif edildiği’ sözleri konularak değiştirilmiştir.”. Bkz. Adliye Encümen Mazbatası, 660.

geniş kapsamlı olduğu için seçildiği anlaşılmaktadır⁵. Şöyle ki: tahrif etmek, kelime anlamı olarak: “bir şeyin aslını bozma, kalem oynatma, değiştirme”, tahrifat da “bir şeyin aslını bozma, değiştirme” anlamına gelmektedir⁶. Anılan kavram senet metninde tüm ilgililerin onayını almaksızın ve iradi olarak değişiklik yapıldığı durumları ifade etmektedir⁷. Oysa senet metninde değişiklik kavramı tahrifattan daha geniş kapsamlı olup, iradi olmayan değişiklikleri de kapsamaktadır. Örneğin bono üzerine dökülen kimyasal madde ile vade tarihinin yanlışlıkla silinmesi tahrifat olmamakla beraber, senet metninde değişiklik niteliği taşımakta ve TTK m. 748 kapsamına girmektedir⁸.

Bununla birlikte yargı kararlarında TTK m. 748 hükmünün neredeyse tamamen tahrifat fiillerine ilişkin ele alındığı görülmektedir. Uygulamada da kurum eTTK m. 660 hükmünün yürürlükte olduğu dönemden kalan kullanımla hâlâ “tahrifat” olarak adlandırıldığından, çalışmamızda tahrifat terimi tercih edilmektedir.

B. Çalışmanın Kapsamı

TTK m. 748, geçerli bir kambiyo senedi tedavüle çıktıktan sonra, senedin içeriğinde yapılacak bir değişikliğin hukuki sonuçlarını ve senet borçluları üzerindeki etkilerini düzenlemektedir⁹.

⁵ TTK m. 748’in gerekçesinde bu hususa değinilmemiş; sadece söz konusu hükmün “dili güncelleştirilerek aynen alınmış” olduğu ifade edilmiştir.

⁶ Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 29.10.2023).

⁷ **Öztan**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan, Ankara 1997, s. 861, dn. 3.

⁸ **Jaggi**, Peter/**Druey**, Jean Nicolas/**von Greyerz**, Christoph: Wertpapierrecht: unter Einschluß von Wechsel- u. Checkrecht, Das Recht in Theorie und Praxis, Helbing und Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main 1985, s. 167; **Kendigelen**, Abuzer/**Kırca**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2022, s. 200; **Çamoğlu**, Ersin: Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Vedat, İstanbul 2023, s. 32; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 24. Baskı, Vedat, İstanbul 2021, s. 261.

⁹ TTK m. 748, senette tahrifat yapmış olan kişinin sorumluluğunu düzenlememektedir. Bu kişinin hukuki sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu esaslarına göre olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Kınacıoğlu**, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Gazi Büro Kitabevi, Ankara 1993, s. 157, 161; **Kendigelen/Kırca**, s. 202; **Bernasconi**, Michele: içinde Basler Kommentar, Obligationenrecht II, (Hrsg.: **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter**, Rolf), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, s. 2490.

Senedi düzenlerken tahrifat yapılmaması için gerekli önlemleri almamış, örneğin bedeli yazarken bu bedelin baş kısmında boşluk kalmaması konusunda özen göstermemiş, rakamın başına çizgi çizerek ya da başka şekilde boşluğu kapatmamış olan borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda da TTK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anılan durumlarda keşidecinin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorununun

Çalışma, konuyu TTK m. 748 hükmü ile sınırlı olarak ele almaktadır. Sahte ya da tahrif edilmiş çeklere ilişkin olarak muhatap bankanın inceleme yükümlülüğüne (TTK m. 812), çalışmanın kapsamını genişletmemek için yer verilmeyecektir.

Senette tahrifat aynı zamanda ceza hukuku açısından da sonuç doğurmaktadır. Emre ve hamile yazılı kambiyo senetleri açısından TCK m. 207 ve m. 210 kapsamında, nama yazılı kambiyo senetlerindeki tahrifat açısından ise TCK m. 204 kapsamında cezai sorumluluk doğmaktadır. Konunun ceza hukukundaki görünümü de, çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

II. TTK m. 748 HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

A. Değişiklik Geçerli Bir Kambiyo Senedi Üzerinde Yapılmış Olmalıdır

TTK m. 748 hükmünün uygulanabilmesi için değişikliğin geçerli olan bir kambiyo senedi üzerinde gerçekleştirilmiş olması gereklidir¹⁰.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan durum, bonoda vade tarihinin, keşide tarihinden önceki bir tarih olarak yazılmış olduğu hususunun senet tedavüle çıktıktan sonra fark edilmesidir¹¹. Böyle durumlarda sıklıkla vade tarihinde tahrifat yapılarak vade tarihi keşide tarihinden ileri bir tarihe çevrilmektedir¹². Ancak senette tahrifat yapıldığının ve tahrifattan önceki vade tarihinin

görünüşe güven ilkeleri kapsamında çözülebileceği hususunda bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 261; **Öztaş**, s. 869 vd.; **Kendigelen/Kırca**, s. 100, dn. 207.

¹⁰ **Kuhn**, Hans: içinde Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Herausgeber: **Amstutz**, Marc/**Breitschmid**, Peter/**Furrer**, Andreas/**Girsberger**, Daniel/**Huguenin**, Claire/**Müller-Chen**, Markus/**Roberto**, Vito/**Rumo-Jungo**, Alexandra/**Schnyder**, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf 2007, s. 2954; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Fusun: Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, Vedat, İstanbul 2021, s. 170.

¹¹ Yarg. 12 HD., T. 09.11.2015, E. 2015/15467, K. 2015/27387, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen bilirkişi raporunda, takibe konu senedin vade tarihinin 08/10/2009 iken tahrifat yapılarak 08/10/2013 olarak değiştirildiği, senedin düzenleme tarihinin 08/06/2013 olduğu gözönüne alındığında senedin tahrifat öncesi vade tarihinin düzenleme tarihinden önce olduğu, senedin bu hali ile bono niteliğinde olmadığı görülmektedir. Bu nedenle borç da kısmen ve tamamen kabul edilmediğine göre mahkemece İİK 170/a maddesi hükmü uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.”

¹² Yarg. 12 HD., T. 18.01.2016, E. 2015/32461, K. 2016/1084, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Ancak tahrifat öncesi tanzim tarihlerinin, bonoların vade tarihinden sonrasına ilişkin olduğunun belirlenmesi halinde ise senetler kambiyo vasfını kaybedeceğinden İİK.nun 170/a maddesi uyarınca takibin iptali gerekir.”. Aynı yönde bkz.

keşide tarihinden önce olduğunun ortaya konması halinde, senedin tahrifatından önce kambiyo senedi niteliği taşımadığı belirleneceğinden¹³, TTK m. 748 hükmü uygulama alanı bulamamakta ve kambiyo senetlerine mahsus takip iptal edilmektedir¹⁴.

Keşide tarihi ile vade tarihinin aynı tarih olarak yazıldığı ve daha sonra vade tarihinde tahrifat yapılarak bu tarihin ileri bir tarih olarak değiştirildiği durumlarda ise, TTK m. 748 uygulanabilmektedir. Zira keşide tarihi ile vade tarihinin aynı olduğu bonolar, Yargıtay'ca geçerli kabul edilmektedir. Yüksek mahkeme: keşide tarihinin vade tarihi olarak da tekrarının çift vade anlamına gelmeyeceğine, bunun aksinin kabulünün aşırı şekilcilik olup hak kaybına neden olacağına hükmetmektedir¹⁵. Böyle durumlarda tahrifattan önce imzalamış olanlar ilk yazılan vade tarihine göre ve tahrifattan sonra imzalamış olanlar da yeni yazılmış vade tarihine göre sorumlu olmaktadır.

Keşide ya da vade tarihinde tahrifat yapılmış olduğu durumlarda, tahrifat öncesi yazılmış olan keşide tarihi, tahrifat öncesi yazılmış olan vade tarihinden önceyse, bu durumda TTK m. 748 uygulanabilecektir¹⁶.

Yarg. 12 HD., T. 13.02.2018, E. 2016/27928, K. 2018/1272, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

¹³ Yarg. 12 HD., T. 19.12.2018, E. 2018/12178, K. 2018/13847, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "... bononun tahrifattan önceki 30/12/2011 şeklinde yazılan vade tarihinin, senedin düzenleme tarihi olan 20/03/2014 tarihinden önce olduğu anlaşıldığından ve dolayısıyla senedin kambiyo vasfı bulunmadığından mahkemece, İİK'nun 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir."

¹⁴ Yarg. 12 HD., T. 25.01.2016, E. 2015/25890, K. 2016/1888, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "... takibe konu bononun, tahrifatsız haliyle düzenlenme tarihi 10.10.2009 olup, vade tarihinden (10.09.2009) sonra olduğundan dolayı takibin iptali gerekirken, ..."

¹⁵ Yarg. 12 HD., T. 11.12.2017, E. 2017/5503, K. 2017/15366, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "Bononun tahrifattan önceki 14/11/2011 şeklinde yazılan vade tarihinin, bonoda çift vade oluşmasına sebebiyet vermediği ve düzenleme tarihi (olan 14/11/2011 tarihi) ile aynı tarih olduğu görülmekle, yapılan tahrifatın bononun kambiyo vasfına halel getirmeyeceği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, yukarıda anlatılanlar ışığında senette yapılan tahrifatın bononun kambiyo vasfını etkilemediğinden..."

¹⁶ Bkz. Yarg. 12 HD., T. 19.10.2009, E. 2009/11036, K. 2009/19495, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "Mahkemece tanzim tarihinde tahrifat yapıldığına ilişkin şikayetle ilgili olarak bilirkisi incelemesi yaptırıldığı, raporda, tanzim tarihinin 18.01.2006 iken sonundaki (6) rakamının silgi ile silinerek yerine (4) rakamının yazılmış olduğu belirtilmiştir. Takip konusu senette vade tarihi 10.08.2007 olup, tahrifat yapılmadan önceki tanzim tarihinin 18.01.2006 olması nedeniyle, bu durumda dahi tanzim tarihi vade tarihinden öncesini kapsadığından (TTK. 688/6.maddesi), tanzim tarihinde tahrifat yapılmış olması bono vasfını etkilemez. Mahkemece istemin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir."

Geçersiz şekilde tedavüle çıkmış senetlerde eksik unsurun sonradan tamamlanması sorunu ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında tartışılmıştır. Buna göre: şeklen geçersiz bir bononun eksik unsurunun tamamlanması halinde, senet ileri etkili şekilde geçerli hale gelmekte; diğer bir deyişle söz konusu tamamlanma geriye doğru etki yaratmamaktadır¹⁷. Bu itibarla eksikliğin tamamlanmasından sonra senedi imzalayanlar yeni metin gereğince sorumlu olmalarına rağmen, bundan önce imzalamış olan imza sahipleri senet uyarınca sorumlu tutulamamaktadırlar¹⁸.

B. Değişiklik, Senet Tedavüle Çıktıktan Sonra Yapılmış Olmalıdır

Değişiklik, senet tedavüle çıktıktan, diğer bir deyişle keşideci tarafından lehtara teslim edildikten sonra yapılmış olmalıdır¹⁹.

C. Değişiklik “Senet Metninde” Yapılmış Olmalıdır

TTK m. 748 hükmünde sözü edilen “senet metni” ifadesi, sadece bonodaki ödeme vaadinden ya da poliçe ve çekteki havale beyanından ibaret değildir²⁰. Senet metni kavramı ile, kambiyo borcunu doğuran tüm beyan ve kayıtlar kastedilmektedir²¹.

Bu itibarla senedin üst kısmındaki bölüme yazılmış olan vade tarihi ve bedel unsuru da, TTK m. 748 uygulaması açısından senet metni kavramına

¹⁷ HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Şeklen geçersiz bir poliçenin eksik unsurlarının sonra tamamlanması veya geçerli bir poliçe metninden bazı unsurların çıkarılması suretiyle değiştirilmesi mümkün olup, eksikliğin tamamlanmasıyla geçersiz senet geçerli hâle gelir bu andan sonra imzalayanlar yeni metin gereğince sorumlu olurlar. Ancak bu hâlde önceki imza sahiplerini sorumlu tutmak mümkün değildir, zira senedin tamamlanması geriye doğru etkili olmaz.” Aynı yönde bkz. HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

¹⁸ Karş. somut olayın şartları nedeniyle değişikliğin eksik senedi “değişiklikten önce” imzalamış olan borçlulara da isnat edilebileceği, ancak eksik senedi değişiklik öncesi imzalamış olanların “tedavül sözleşmesinin bulunmadığı” şeklindeki geçersizlik def’ini sürerek ödemekten kaçınabileceği görüşü için bkz. **Kendigelen/Kırca**, s. 100.

¹⁹ HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Kambiyo senedinin lehtara verilmesinden sonra senet metninde yapılan değişikliklere tahrifat denir ve bu eylem cezayı gerektirir”.

²⁰ **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 3. Baskı, BTHAE, Ankara 1964, 46.

²¹ **Schwaibold**, Matthias: içinde OR Handkommentar zum Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgegeben von: **Kostkiewicz**, Jolanta Kren/**Bertschinger**, Urs/**Breitschmid**, Peter/**Schwander**, Ivo), Orell Füssli Verlag AG, Zurich 2002, s. 1210; **Öztan**, s. 863.

dahildir²². Buna karşın senedin sol tarafında yer alan ve “koçan” olarak adlandırılan kısım, senet metnine dahil sayılamaz²³.

Metin kavramı senedin hem ön hem de arka yüzünü kapsamaktadır²⁴. TTK m. 748 hükmünün kapsamı açısından kambiyo senedinin zorunlu içeriği ile ihtiyari içeriği arasında fark bulunmamaktadır²⁵.

TTK m. 748’in uygulanabilmesi için dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, senet metnindeki tahrifatın, senetteki imza sahiplerinin sorumluluğunu etkileyecek nitelikte olması gerektiğidir²⁶. Örneğin bonodaki “protestosuz” kaydının çizilmesi şeklindeki bir tahrifat, ancak müracaat borçluları açısından önem taşımakta olup, keşidecinin sorumluluğu açısından bir farklılık yaratmamaktadır²⁷. Benzer şekilde senede yazılmamış sayılan kayıtların (örneğin belirli vadeli bir bonoya yazılacak kapital faizi kaydının - TTK m. 675) senet tedavüle çıktıktan sonra eklenmesi, tahrifat sonucunu doğurmamaktadır²⁸.

Tahrifat, genellikle senet bedeline ilişkin olmaktadır. Bunun yanı sıra senedin keşide tarihinde ve/veya bononun vade tarihinde değişiklik şeklindeki tahrifata da uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Senet metninde yer alan diğer hususlara, örneğin keşide ya da ödeme yerine ilişkin de değişiklik yapılmış olabilir. Ayrıca senette yazılı kişi adlarını değiştiren²⁹ ya da bunlara ekleme yapan; -izin verilen durumlar dışında- senette yer alan kayıtları çizen³⁰ müdahaleler de tahrifat niteliğindedir. Benzer şekilde senede yeni kayıtlar eklenmesi, örneğin menfi emre kaydı ya da görüldüğünde ödenecek vadeli bir bonoya kapital faizi şartı eklenmesi veya vadeden sonra yapılmış bir cironun yanına vadeden önceki bir tarihin ciro tarihi olarak yazılması da

²² Yarg. 12 HD., T. 22.04.2013, E. 2013/7163, K. 2013/15326, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Buradaki ‘metin’ kavramının, diğer unsurlar yanında keşide tarihi ve bedel unsurlarını da içerdiği, yine ‘tahrifat’ kavramıyla da gerçekleştirilen değişiklikten söz edildiği açıktır.”

²³ Yarg. 12 HD., T. 16.12.2021, E. 2021/5828, K. 2021/11559, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

²⁴ **Kınacıoğlu**, s. 157.

²⁵ **Öztaş**, s. 863.

²⁶ **Kendigelen/Kırca**, s. 200.

²⁷ Bu konuda bkz. **Schwaibold**, s. 1210.

²⁸ **Erdem**, Nuri: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), Vedat, İstanbul 2008, s. 69.

²⁹ Lehtar olarak gösterilen kişiye ilişkin tahrifat hususunda bkz. **Öztaş**, s. 865; **Cinbaş**, Mustafa Eser: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik, Adalet, Ankara 2022, s. 225; **Poroy/Tekinalp**, s. 362.

³⁰ **Kınacıoğlu**, s. 157.

bu niteliktedir³¹. Tahrifat senede konu para borcunun cinsine ilişkin de yapılmış olabilir. Senedin TL cinsinden düzenlenmiş olmasına rağmen tahrifat yapılarak bedelin yabancı para borcuna dönüştürülmesi buna örnektir³².

Üzerinde değişiklik yapılan senet unsurunun kim tarafından yazılmış olduğunun da sonuca etkisi bulunmamaktadır. Uygulamada genellikle keşidecinin yazdığı beyanlarda tahrifat yapılmaktadır. Ancak bunun yanı sıra, senetteki diğer imza sahiplerinin: cirantaların, avalistlerin yazmış olduğu kayıtlarda yapılan değişiklikler de TTK m. 748 kapsamında değerlendirilebilir³³.

Bu kapsamda önem taşıyan bir diğer husus: “senet metni” kavramının imzaları kapsamadığıdır. Diğer bir deyişle, senetteki imzalarda yapılan tahrifata TTK m. 748 hükmü uygulanmamaktadır³⁴. Benzer şekilde yetkisiz kişi tarafından sahte imza atılması da, hükmün kapsamı dışındadır; zira anılan durumlarda söz konusu olan sahtelik, senedin içeriğinde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır³⁵. Böyle durumlarda TTK m. 748 değil, TTK m. 678 hükmü uygulanmaktadır.

D. Senet, Tahrifat Yapılmasından Sonra da Geçerliliğini Sürdürüyor Olmalıdır

TTK m. 748 hükmünün uygulanabilmesi için kambiyo senedi tahrifattan sonra da zorunlu unsurları içermeye devam ediyor olmalıdır; diğer bir ifadeyle tahrifat ile senedin geçerlilik unsurları ortadan kaldırılmamış ya da senedin geçersizliğine yol açacak bir ekleme yapılmamış olmalıdır³⁶.

Eğer senet metninde yapılan tahrifat, senedin geçerlilik unsurlarında bir eksilmeye yol açıyorsa, bu durumda senet kambiyo senedi niteliğini kaybedeceğinden, TTK m. 748 hükmü uygulanamaz³⁷. Buna örnek olarak keşide-

³¹ **Domaniç**, Hayri: TTK Şerhi IV, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul: Temel 1990, s. 390.

³² Yarg. 12 HD., T. 25.06.2018, E. 2017/5078, K. 2018/6664, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 26.04.2011, E. 2010/27100, K. 2011/7663, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023). Bu konuda ayrıca bkz. aşağı. “III. E- Senetteki Matbu İbarelerin Çizilmesi” başlığı altındaki açıklamalar.

³³ **Öztaş**, s. 863.

³⁴ **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 170; **Kendigelen/Kırca**, s. 200; **Öztaş**, s. 863.

³⁵ Karş. **Eriş**, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 613. **Cinbaş**, keşideci imzası dışındaki imzaların TTK m. 748 uygulaması açısından senet metnine dahil olduğu görüşündedir. Bkz. **Cinbaş**, s. 109.

³⁶ **Bernasconi**, s. 2487; **Poroy/Tekinalp**, 260; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 170.

³⁷ HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Poliçenin tesliminden sonra, kısmen hasara uğratılması (yurtılması,

cinin imzasının çizilerek okunamaz hale getirilmesi³⁸, (yeni lehtar adı yazılmaksızın) bonoda lehtarın adının çizilmesi³⁹ gösterilmektedir. Benzer şekilde keşide ya da ödeme yeri eklenerek senet üzerinde birden fazla keşide veya ödeme yeri oluşmasına neden olunursa⁴⁰, senet geçersiz hale gelmektedir.

Senede kambiyo senedi niteliğini ortadan kaldıran bir kayıt eklendiği durumlarda da, TTK m. 748 uygulanamaz. Örneğin geçerli şekilde tedavüle çıkmış bir senede sonradan temel ilişki ile bağlantı kuran veya ödemeyi şarta bağlayan bir kayıt eklenmesi halinde, senet geçersiz hale gelecektir.

Bono uygulamasında sıklıkla yaşanan bir diğer sorun da, senette vade gününde tahrifat yapılırken çifte vade yaratılmış olmasıdır. Şöyle ki: matbu bono formlarında vade günü hem senedin üst kısmında hem de senetteki ödeme vadine ilişkin taahhüdün bir parçası olarak, metnin içinde yer almaktadır. Diğer bir deyişle senet düzenlenirken aynı vade tarihi hem senedin üst kısmına hem de metin içine yazılmaktadır. Tahrifat yapılırken (aynı olan) bu iki tarihten sadece birinde tahrifat yapılması, örneğin senedin üst kısmındaki tarihin değiştirilmesi, ancak metin içindeki tarihin aynen bırakılması (onda tahrifat yapılmasının unutulması) durumunda, senet çift vadeli hale dönüşmektedir. Böyle durumlarda senet kambiyo senedi niteliğini kaybetmekte⁴¹; dolayısıyla TTK m. 748 uygulanamamaktadır⁴².

silinmesi, çizilip karalanması vs) suretiyle esaslı unsurlarından birisini kaybetmesi hâlinde de poliçe geçersiz olur.”

³⁸ **Öztaş**, s. 864.

³⁹ **Kendigelen/Kırca**, s. 201.

⁴⁰ **Kendigelen/Kırca**, s. 201.

⁴¹ Yarg. 12. HD., T. 23.03.2007, E. 2007/2902, K. 2007/5518, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “...Mahkemeye yaptırılan inceleme sonucunda Adli Tıp Kurumu tarafından verilen raporda senet metninde rakamla yazılı bulunan ödeme tarihinde yıllar hanesinde evvelce mevcut olan 5 rakamının üzerinde farklı fiziksel evsafıta bir kalemle gidilerek 4 rakamına dönüştürülerek 5.7.2005 olan ödeme günününün 5.7.2004 tarihi haline getirildiği belirtilmiştir. Senet metninin yazılı kısmında ise vade tarihinin 5.7.2004 olarak belirtildiğinin görülmesi karşısında bu senet çift vade taşıdığından TTK.nun 690.maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken 615.maddesi gereğince bono vasfında sayılamaz.” Aynı yönde bkz. Yarg. 12 HD., T. 08.06.2018, E. 2017/2818, K. 2018/6099, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 25.01.2017, E. 2016/9179, K. 2017/791, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 18.12.2018, E. 2018/13928, K. 2018/13746.

⁴² Yarg. 12 HD., T. 14.3.2016, E. 2015/30626, K. 2016/7358, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “... 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 778/1-b maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 703/2. maddesi uyarınca; çift vadeli olarak düzenlenen senetler bono vasfında sayılamaz. ...Somut olayda, borçluların takip dayanağı bononun vade tarihinin tahrif edilmiş olduğunu ileri sürdükleri, tahrifat iddiasına ilişkin olarak bilirkişi tarafından düzenlenen 03.09.2014 tarihli raporda,

Tahrifat sonucunda senedin geçerliliği ortadan kalkmışsa, artık senedin zıyı ve iptali gündeme gelmektedir⁴³.

III. TTK m. 748 KAPSAMINA GİRMEYEN BAZI ÖZEL DURUMLAR

A. Açık Bononun Doldurulması

Açık bonodaki eksik unsurların tamamlanması, unsurlar anlaşmaya aykırı doldurulmuş olsa dahi, senet metninde tahrifat niteliğinde sayılamaz⁴⁴; zira söz konusu unsurlar doldurulmadan önce ortada tahrif edilecek bir metin bulunmamaktadır⁴⁵. Anılan durumda özel hüküm olan TTK m. 680 uygulanmakta olup, TTK m. 748 hükmü uygulama alanı bulamaz⁴⁶.

B. Kanun'un Senette Değişiklik Yapılmasına İzin Verdiği Durumlar

Kanun bazı durumlarda senet tedavüle çıktıktan sonra senet metnine bazı eklemeler yapılmasına veya senet metnindeki belirli ibarelerin çizilmesine izin vermektedir. Anılan durumlar söz konusu olduğunda TTK m. 748 hükmü uygulanmamaktadır.

Bu durumlardan ilki, senet üzerine keşideci dışındaki kişilerin sorumsuzluk kaydı eklemeleridir⁴⁷. Örneğin cirantanın ciro yaparken sorumsuzluk kaydı veya ciro yasağı kaydı eklemesi (TTK m. 685), senette tahrifat niteliği taşımamaktadır.

Çizilmesine izin verilmiş kayıtların çizilmesi halinde de TTK m. 748 hükmü uygulama alanı bulamaz. Bu kapsama öncelikle cironun çizilmesinin yazılmamış hükmünde olduğuna ilişkin TTK m. 686.1, c. 2 hükmü girmektedir. Ayrıca senedi ödemiş olan her cirantanın, kendi cirosunu ve kendisin-

bononun üst kısmındaki vade tarihinin "08.08.2012" iken, ikinci bir kalem yardımıyla "08.09.2012" olarak değiştirilmiş olduğunun bildirildiği, vade tarihindeki bu değişikliğin ayrıca tasdik edilmemesi nedeniyle geçerli olmadığı ve bu durumda üst kısımdaki vade tarihinin "08.08.2012" tarihi olarak değerlendirilmesi gerektiği, bononun metin kısmındaki vade tarihinin ise "..." olduğu ve dolayısıyla çift vade içeren bu senedin kambiyo senedi vasfını haiz olmadığı anlaşılmaktadır."

⁴³ Öztan, s. 861; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 58.

⁴⁴ Bernasconi, s. 2486; Kuhn, s. 2954; Schwaibold, s. 1210; Jäggi/Druey/von Greyerz, s. 167.

⁴⁵ Poroy/Tekinalp, s. 261; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 170.

⁴⁶ Poroy/Tekinalp, s. 262; Kendigelen/Kırca, s. 200; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 170.

⁴⁷ Öztan, s. 861.

den sonra gelen borçluların cirolarını çizebileceğine ilişkin TTK m. 727.2 hükmü de izin verilen durumlardandır. Anılan durumlarda çizme fiilinin, TTK m. 748 anlamında senette tahrifat sayılmaması için, ciroyu çizme yetkisini haiz, maddi hukuk açısından da gerçek hamil olan kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması şarttır⁴⁸. Buna karşın yetkisiz bir kişinin, ciro zincirini düzgün hale getirebilmek ve kendisini şeklen yetkili hamil gösterebilmek için bonodaki ciroları çizmesi, senette tahrifat niteliği taşımaktadır⁴⁹.

C. Mevcut Kayıtları Açıklayıcı Eklemeler

Senede mevcut kayıtları açıklayıcı eklemeler yapılmasının tahrifat niteliği taşımayacağı kabul edilmektedir⁵⁰. Örneğin vadede yıl olarak “2023” yerine “23” gösterilmişse (“14.03.23”), daha sonra aynı tarihin “2023” (“14.03.2023”) şeklinde yinelenmesi, tahrifat niteliği taşımayacaktır.

Bununla beraber senet metnine mevcut kayda ilişkin bir açıklamanın eklenebilmesi ve bunun tahrifat sayılmaması için, senedin bu açıklama kommadan önce de geçerli olması zorunludur. Diğer bir deyişle, senette eksiklikler bulunması halinde, bunları tamamlamak ve senedin baştan beri geçerli olduğu şeklinde bir izlenim yaratmak amacıyla açıklama eklenmesi, söz konusu istisna kapsamında değerlendirilemez. Örneğin senette keşide ya da ödeme yerinin “Ant.” olarak gösterildiği durumlarda, daha sonra anılan ibarenin yanına “Antalya” yazılması mevcut kaydı açıklayıcı nitelikte değildir⁵¹. Zira anılan durumda keşide ya da ödeme yeri, “tereddüt edilmeksizin anlaşılacak şekildeki”⁵² bir kısaltma ile gösterilmediğinden, yazılmamış hükmünde olup, senet geçersizdir. Benzer şekilde senette idari birim yazılmaksızın adres yazılmışsa, örneğin sadece cadde ya da sokak adına yer verilmişse, bu durumda keşide yeri yazılmamış ve senet geçersiz sayılmaktadır. Bu senede idari birim eklenmesi, mevcut kaydı açıklayıcı nitelikte değerlendirilemez. Geçersiz bir senede ekleme yapılarak senedin geçerli hale getirilmesi ise, yukarıda belirtildiği gibi ileri etkili olup, önceki imza sahipleri böyle bir senetten sorumlu tutulamazlar⁵³. Buna karşın senette keşide yeri olarak “M. Ereğlisi” yazılmış olduğu durumlarda, bu ibarenin yanına “Mar-

⁴⁸ Kendigelen/Kırca, s. 212.

⁴⁹ Bu konuda bkz. Çamoğlu, Ersin: “Çizilmiş Cironun Hukukî Sonuçları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 35, Sayı 2, 2019, s. 19 vd.

⁵⁰ Öztan, s. 864.

⁵¹ Bu konuda bkz. Cinbaş, s. 237.

⁵² Yarg. İBK, T. 14.12.1992, E. 1991/1, K. 1992/5, RG, 06.05.1993, S. 21573.

⁵³ Bkz. yuk. “II. A. Değişiklik Geçerli Bir Kambiyo Senedi Üzerinde Yapılmış Olmalıdır” başlığı altındaki açıklamalar.

mara Ereğlisi, Tekirdağ” yazılması, (“m” harfi ile başlayan başka bir Ereğli bulunmadığından) mevcut kaydı açıklayıcı nitelikte olup, tahrifat olarak nitelendirilemez⁵⁴.

Benzer şekilde senetteki kayıtlarda yer alan açık yazım hatalarının düzeltilmesi amacıyla yapılan eklemeler de, tahrifat sayılmamaktadır⁵⁵.

D. Maddi Hatayı Düzeltici Eklemeler Hakkında

Yargıtay, bazı kararlarında, senede maddi hatayı düzeltici eklemelerin yapılmış olmasının senette tahrifat niteliği taşımadığı şeklinde bir yaklaşım sergilemektedir.

Örneğin senede tarih atılırken önce ay sonra gün hanesinin yazılmış olduğu durumlarda, bunun yanına aynı tarihin önce gün sonra ay hanesi olacak şekilde yazılmasının, belli şartlarla maddi hatanın giderilmesi olduğu, tahrifat niteliği taşımadığı kabul edilmektedir. Buna göre “04.19.2014” şeklinde yazılmış bir keşide tarihinin yanına “paraf veya imza atmadan” “19.04.2014” yazılarak söz konusu tarihin “düzeltmesi” halinde, TTK m. 748’in uygulanması söz konusu olmamaktadır. Ancak bunun için keşide tarihinin gerçek bir tarihi yansıtmadığının ve yazılışının yanılığın kaynaklandığının açıkça anlaşılabilir olması gereklidir⁵⁶. Diğer bir deyişle ay hanesinin 12’den

⁵⁴ Örneğin keşide yeri olarak sadece “K. Ereğli” gösterilmiş olan bir senede “Konya Ereğli” yazılması, kanaatimizce mevcut kaydı açıklayıcı eklemeler olarak nitelendirilemez. Karş. **Öztan**, s. 864. Zira “K. Ereğli” şeklinde gösterilen keşide yerindeki “K.” kısaltması, keşide yerinin “Karadeniz” Ereğli mi yoksa “Konya” Ereğli mi olduğunun duraksamaya yer bırakmadan anlaşılmasına elverişli olmadığından, senedin kambiyo senedi niteliği kazanmasını engelleyecek bir eksikliktir (Bkz. Yarg. 12. HD., T. 05.12.2008, E. 2008/17867, K. 2008/21903, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): *Takip dayanağı çeekte keşide yeri, K.Ereğli olarak gösterilmiştir. TTK.nun 692/5. maddesine göre çekin, kambiyo senedi vasfını taşıyabilmesi için, keşide yeri unsurunu ihtiva etmesi gereklidir. Aynı kanununun 708. maddesi gereğince, ibraz süresi çekin keşide edildiği yere göre belirleneceğinden keşide yerinin, hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık olarak gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde senedin çek vasfında olduğunun kabulü yasal açıdan mümkün değildir. 14.12.1992 günlü ve 1991/1-1992/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, kısaltılmış olarak yazılan keşide yerinin yukarıda yazılı ilkeye uygun bulunmaması halinde, takip dayanağı belge çek niteliğinde kabul edilemez. Bu durumda kambiyo senedi niteliği taşımayan dayanak belge çek niteliğinde olmayıp, adi havale hükmünde olduğundan...*). Dolayısıyla olayda geçersiz bir kambiyo senedi üzerinde değişiklik yapılması söz konusu olup, TTK m. 748 uygulanması da mümkün değildir. Bu konuda ayrıca bkz. **Cinbaş**, s. 237.

⁵⁵ **Bernasconi**, s. 2487; **Öztan**, s. 864.

⁵⁶ Yarg. 12 HD., T. 18.04.2017, E. 2016/13727, K. 2017/6010, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): *“04.19.2014 şeklinde yazılan düzenlenme tarihinin gerçek bir tarihi yansıtmadığının ve yazılışının yanılığın kaynaklandığının, düzenlenme tarihinin ay ve gün*

büyük bir rakam içeriyor olması şarttır. Örneğin “04.12.2014” şeklinde yazılmış bir keşide tarihinin “12.04.2014” şeklinde değiştirilmesi tahrifat niteliği taşıyacaktır.

Uygulamada sık rastlanan bir diğer husus da, senette bedelin (ayrıca yazı ile gösterilmeksizin sadece) rakamla gösterilirken “bin” ya da “milyon” hanesinin eksik yazılmış olması durumudur. Yargıtay, anılan durumlarda söz konusu eksikliğin maddi hata ile oluştuğu, senet üzerine doğru bedelin eklenmesinin tahrifat niteliği taşımadığı yönünde kararlar vermektedir. Örneğin “110,00 TL” üzerinden düzenlenmiş bir senedin daha sonra “110.000,00 TL” şeklinde “değiştirilmiş” olduğu bir uyuşmazlıkta, senette tahrifat yapıldığı, bu nedenle de tahrifattan önce imzalamış olan borçlunun tahrifattan önceki bedel olan “110,00 TL” üzerinden takip edilebileceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yüksek Mahkeme, “*Bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında 110.00 TL. için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Aksi yöndeki kabul aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olmaktadır.*” şeklinde karar vermiştir⁵⁷.

Ancak kanaatimizce “maddi hatanın düzeltilmesi” ile “senette tahrifat” arasındaki sınır her zaman net değildir. Kambiyo senetlerindeki şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesi karşısında, “maddi hata” istisnasının mümkün olduğunca dar şekilde uygulanması yerinde olacaktır.

E. Senetteki Matbu İbarelerin Çizilmesi

Uygulamada bonolar, sıklıkla matbu olarak hazırlanmış metinlerin doldurulması yolu ile düzenlenmektedir. Söz konusu matbu metinlerde yer alan bazı unsurlar ise bononun zorunlu unsurlarından değildir. Keşidecinin bu unsurlardan zorunlu olmayanlarını çizerek kendi iradesine uygun şekilde bono düzenlemesi tahrifat niteliği taşımamaktadır. Anılan durumlarda söz konusu değişikliğin yanında onaylayıcı paraf bulunmaması da sonucu etkilememektedir.

hanesinde karışıklık yapılarak 19.04.2014 olan düzenlenme tarihinin 04.19.2014 olarak yazılmasının maddi hata sonucu olduğunun kabulü gerekir.”

⁵⁷ Yarg. 12 HD., T. 15.02.2017, E. 2016/10560, K. 2017/1992, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “*Bu durumda, mahkemece tahrifat nedeniyle 110.000,00 TL.lik takibin iptali ile takibin 110,00 TL. üzerinden devamına hükmedilmesi isabetsizdir*”. Aynı yönde bkz. Yarg. 12 HD., T. 15.02.2017, E. 2016/10513, K. 2017/2002, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 22.02.2023, E. 2022/8063, K. 2023/1072, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

Bu kapsamda en önemli değişiklik, matbu formlarda bedelin bononun üst kısmında rakamla ve metin içinde de yazı ile yazılması için ayrılan kısımlarda yer alan matbu “Türk Lirası” kelimelerinin çizilmesidir. Döviz cinsinden senet düzenlenirken, bu çizme işleminin ardından, boşluk, döviz cinsinden bir bedel yazılarak doldurulmaktadır. Anılan durumlarda söz konusu çizme fiili tahrifat niteliği taşımamaktadır⁵⁸.

F. İlgililerin İzni veya Onayı İle Yapılan Değişiklikler

TTK m. 748’in uygulanabilmesi için senette yapılan değişikliğin en azından bir ilgilinin bilgisi ve izni/onayı dışında yapılmış olması şarttır.

“Senette çıkıntı, kazıntı ve silinti” kenar başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 207.1’e göre: “Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti *ayrıca onanmamışsa*, inkâr hâlinde göz önünde tutulmaz. Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir. Bu itibarla onamanın senet metninde gösterilmesi gereklidir.”. Hüküm, kambiyo senetleri ile sınırlı olmaksızın, genel hüküm niteliğindedir.

Bir kambiyo senedinde değişiklik yapıldığı, ancak bunun onanmadığı durumlarda, HMK m. 207.1’deki “senetteki çıkıntı, kazıntı veya silintinin inkâr hâlinde *göz önünde tutulmayacağı*” hükmü, TTK m. 748 açısından dikkatlice değerlendirilmelidir. Zira böyle bir durumda, tahrifatın senedin geçerlilik unsurlarını etkilemiyor olması ön şartıyla, TTK m. 748 hükmü uygulama alanı bulacaktır. TTK m. 748 ise, tahrif edilmiş (ve onanmamış) bir senetteki tahrifatın sonuç doğurmayacağı şeklindeki HMK m. 207.1’deki kurala bir istisna getirmektedir⁵⁹. Buna göre: tahrifat onanmamışsa “tahrif-

⁵⁸ Yarg. 12 HD., T. 23.03.2023, E. 2022/9151, K. 2023/1986, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “... *takibe konu senet kambiyo senedi vasfında olup senet üzerinde herhangi bir çizinti, kazıntı veya silinti yoktur. Senetteki ‘TL’ ibaresinin çizilerek yerine ‘USD’ yazılması senet matbu olduğundan tahrifat olarak kabul edilemez.*”.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin kararına konu olan bir başka olayda ise keşideci senedin üst kısmında yazılı olan “Türk Lirası” ibaresini çizip ABD doları cinsinden bedel yazmış, metin içinde yer alan bedeli yazarken ise “Türk lirası” ibaresini *çizmeden* ABD doları cinsinden bedeli yazmıştır. Yargıtay, “bu durumun rakamla yazılan kısım ile çelişkili olmadığı, yazıyla yazılan kısımda matbu Türk Lirası ibaresi silinmeden Amerikan Doları cinsinden bedel yazılmış olmasının senet üzerindeki diğer kayıtlar dikkate alındığında borçlanmanın Türk Lirasıyla yapıldığını göstermeyeceği, aksi(ni) kabulün aşırı şekilcilik olacağı, senet matbu olduğundan matbu kayıtlarda yapılan değişikliğin tahrifat olarak kabul edilemeyeceği” yönünde hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 12. HD., T. 29.03.2023, E. 2022/9441, K. 2023/2146, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁵⁹ “Kanun yapıcı(nın), bu suretle, tahrif edilmiş bir senedin hüküm ve netice yaratmaması esasına bir sınırlama getirmiş” olduğu hususunda bkz. **Öztañ**, s. 865.

fatın göz önünde bulundurulmayacağı” şeklindeki HMK m. 207’deki düzenleme tüm ilgililer için değil, sadece kambiyo senedine tahrifattan önce imza atanlar için kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, onamama halinde dahi, tahrifattan sonra imza atanlar için senetteki çıkıntı, kazıntı veya silintinin hiç göz önünde tutulmayacağı değil, değişmiş metnin esas teşkil edeceğine dikkat edilmelidir.

Buna karşın üzerinde tahrifat olan bir kambiyo senedindeki çıkıntı, kazıntı veya silinti ilgililerce onanmışsa ve onama senet metninde gösterilmişse, zaten TTK m. 748 hükmü uygulanmamaktadır. Anılan durumda izin ya da onay vermiş olan ilgililer, senedin değişiklikten sonraki şekli ile sorumludurlar.

Senet üzerindeki tahrifatın onanması için imza ya da paraf atılması şarttır⁶⁰. İlgililer bu değişikliğe baştan izin verebilecekleri gibi, sonradan da onay vermiş olabilirler⁶¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, her bir imza sahibinin tahrifata ilişkin onayı sadece kendisi için sonuç doğurmaktadır⁶².

Uygulamada sıklıkla, keşidecinin hamille görüşerek tedavüle daha önce çıkarmış olduğu bir senet üzerinde değişiklik yaptığının ve bu değişikliğin yanına da paraf attığının rastlanmaktadır. Örneğin bononun vadesinin ötelenmesi konusunda hamille anlaştıkları durumlarda keşideci vade gününde değişiklik yapmakta ve yanına da paraf atmaktadır. Ancak senette keşideci dışında başka imza sahipleri de varsa, senet ciro edilmişse, söz konusu değişiklik, izin ya da onayı olmayan diğer borçlulara, örneğin lehtara karşı ileri

⁶⁰ Yarg. 12 HD., T. 18.6.2013, E. 2013/13751, K. 2013/22808, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 207.maddesinde; ‘Senet-teki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkar halinde göz önünde tutulmaz. Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir’ hükmü yer almaktadır (1086 Sayılı HUMK 298. madde). Buna göre mevcut olan çıkıntı veya senet metni altındaki hak ve silinti, ayrıca tasdik edilmemiş ise inkar halinde yok hükmündedir. Senet üzerinde yapılan değişikliklerin geçerli olabilmesi için, düzenleyen tarafından imza ve paraf edilmek suretiyle onaylanması gerekir.”.

⁶¹ Öztan, s. 864.

⁶² Kıyasen bkz. TTK m. 650.2.

Birden çok keşideci varsa, değişikliğe her ikisinin de onay vermiş olması zorunludur. Yarg. 12 HD., T. 18.06.2013, E. 2013/13751, K. 2013/22808, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Somut olayda takibe konu bonoda iki keşideci bulunup vade tarihindeki düzeltmede ise tek paraf bulunmaktadır. O halde mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda dayanak bononun vade tarihindeki parafın itiraz eden borçluya ait olup olmadığı, ona ait değilse vadenin düzeltme önceki tarihi saptanarak itiraz edenin sorumlu olup olmadığı yönünden inceleme yapılması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”.

sürülemezdir⁶³. Böyle bir durumda müracaat hakkı kapsamında (değişikliğin yanında parafı bulunmayan) lehtara başvuran hamilin, senette keşidecinin parafı bulunuyor olsa bile, değişikliği lehtara karşı ileri sürebilmesi mümkün değildir. Anılan durumlarda “çek üzerindeki değişikliklerin keşideci tarafından paraf edildiği, paraf imzasına (keşideci tarafından) karşı çıkılmadığı, bu nedenle düzeltmelerin geçerli olduğu” yönündeki yaklaşım, yerinde değildir⁶⁴. Diğer bir deyişle keşidecinin sonradan yaptığı değişikliğe verdiği onay, değişiklikten önce senedi imzalamış olan diğer borçlular, cirantalar açısından kendiliğinden sonuç doğurmamaktadır⁶⁵.

Uygulamada tahrifatın yanında paraf bulunduğu, ancak ilgili imza sahibinin söz konusu parafın kendisine ait olmadığı şeklindeki itirazına da sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle durumlarda TTK m. 748’in uygulanıp uygu-

⁶³ Bu konuda bkz. **Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang/Casper, Matthias**: Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs: mit AGB-Banken/Scheckbedingungen und einer Einführung in das Wertpapierrecht, 24. Baskı, Beck Verlag, München, s. 443.

Yarg. 12 HD., T. 22.04.2013, E. 2013/7163, K. 2013/15326, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “.. takip dayanağı çekin keşide tarihi, miktarı ve lehtar hanesindeki çizintilerin yanındaki paraf imzasının keşideciye ait olduğu konusunda uyumsuzluk yoktur. Ancak hakkında borçlu sıfatı ile takip yapılan çek lehtarı (ciranta) [nn]... anılan düzeltmelere ilişkin olarak herhangi bir kabul beyanı ve düzeltmelerde de paraf imzası yoktur. Bu durumda, takip konusu çekteki düzeltmeler, hakkında takip yapılan çek lehtarına ait olmamakla onun yönünden ağırlaştırıcı sonuçlar doğuran iş bu değişikliklerin adı geçen yönünden bağlayıcı hukuki bir sonuç doğurması da mümkün değildir.”

⁶⁴ Yarg. 12 HD., T. 22.04.2013, E. 2013/7163, K. 2013/15326, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁶⁵ Yarg. 11. HD., T. 11.1.2016, E. 2015/14216, K. 2016/33, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Mahkemece, duruşmalı olarak yapılan incelemeye göre; ihtiyati hacze konu hamiline düzenlenmiş tacir çekinin üzerinde yazılı ilk tarihin 31/05/2015 olduğu, bu tarihin üzerinden çizilerek altına bu kez 30/09/2015 tarihinin yazıldığı ve keşideci tarafından paraflanmış olduğu, çekin muhatap bankaya 06/10/2015 tarihinde ibraz edildiği ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulduğu, çekin talebe konu edildiğinde arkasında itiraz eden cirosundan sonra olduğu ve onun imzasından sonra ihtiyati haciz talep eden ...'ın isim ve imzasının bulunduğu ve çekin bundan sonra bankaya ibraz edilmiş olduğu, ihtiyati hacze itiraz eden ile tarafından düzenlenen tutanakta çekin vade tarihinin 31/05/2015 olduğu ve'a bu tutanak karşılığında iade edildiği, dolayısıyla itiraz edenin cirosundan sonra çekteki tarihin değiştirildiği, ancak çekin hangi aşamada tarihinin değiştirildiğinin mevcut delil durumuna göre anlaşılamadığı, bu durumda itiraz edenin ciroladığı tarihte çekin üzerinde bulunan tarihin değiştirilmesinden sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle itirazının kabulüne ve ihtiyati haciz kararının ... yönünden kaldırılmasına karar verilmiştir... SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, karşı taraf (alacaklı) vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..”

lanmayacağını belirlemek için ilkin onamanın geçerli olup olmadığı, diğer bir deyişle parafın ilgili borçluya ait olup olmadığı hususu saptanmalıdır⁶⁶. İnceleme sonucunda imza ya da parafın imza sahibine ait olmadığı anlaşıldığı takdirde, senedin değişiklik öncesi durumuna göre değerlendirme yapılmaktadır. Parafa itiraz edilmiş, ancak bilirkişi parafın kim tarafından atıldığını kesin olarak tespit edememişse, bu durum borçlu lehine yorumlanmakta ve parafın borçluya ait olmadığı kabul edilmektedir⁶⁷.

IV. TAHRİFATIN İLERİ SÜRÜLMESİ

A. Tahrifat Def'inin Hukuki Niteliği

Aşağıda ele alınacağı üzere senet metninde tahrifat yapılması, kural olarak senedin geçersizliğine ve kambiyo senedi niteliğini kaybetmesine yol açmamaktadır. İmzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca, tahrifattan sonra imza atmış olanların sorumluluğu, tahrifattan önce imza atmış ve tahrifat def'ini ileri sürmüş imza sahiplerinin taahhütlerinden bağımsızdır.

Söz konusu def'iyi sadece senetteki değişiklik sonucu kendi sorumluluğu ağırlaşmış olan borçlular ileri sürebilmektedir⁶⁸. Bu senet borçluları, senet metninde tahrifat yapıldığı, kendilerinin senede tahrifattan önce imza atmış oldukları ve bu nedenle ancak tahrifattan önceki metne göre sorumlu tutulabilecekleri def'ini⁶⁹ tüm ilgililere karşı ileri sürebilmektedirler⁷⁰. Borçlu söz konusu def'iyi ileri sürmedikçe, anılan husus resen dikkate alınmaz⁷¹.

⁶⁶ Yarg. 12 HD., T. 18.06.2013, E. 2013/13751, K. 2013/22808, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Senet üzerinde yapılan değişikliklerin geçerli olabilmesi için, düzenleyen tarafından imza ve paraf edilmek suretiyle onaylanması gerekir. Bu şekilde yapılan imzaya veya parafa itiraz halinde, mahkemece yöntemince imza incelemesi yapılmalıdır. Düzeltmenin onaylı olmaması veya imzanın senedi düzenleyene ait olmadığına anlaşılmaması halinde, düzeltme yok hükmünde olup senedin düzeltme öncesi durumuna göre değerlendirme yapılır.”.

⁶⁷ Yarg. 12 HD., T. 12.09.2018, E. 2018/11789, K. 2018/7912, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁶⁸ HGK., T. 9.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁶⁹ HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Senet metninde değişiklik hâlinde borçlunun sahip olduğu savunma imkânı, tahrif edilmiş senedin tamamen geçersiz olduğunun değil, kendisi bakımından senede ilişkin taahhütlerinin değişikliğe uğradığı oranda senedin geçersiz olduğunun def'i olarak ileri sürülebilmesidir.”.

⁷⁰ Öztan, s. 875.

⁷¹ Yarg. 12 HD., T. 12.02.2020, E. 2019/2825, K. 2020/1256: “Mahkemece tahrifata ilişkin bilirkişi tespitine dayalı olarak kendiliğinden gözetilen husus kamu düzenine ilişkin olmayıp, borçlu tarafından ileri sürülmedikçe mahkemece resen göz önüne alınmayacağı anlaşılmakla...”.

Tahrifat, mutlak def'i niteliğindedir⁷². Yargıtay, söz konusu def'inin senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'ilerden olduğunu kabul etmektedir⁷³. Dolayısıyla borçlunun senedin eski halinden sorumlu olacağına ilişkin bu def'i, iyiniyetli hamile karşı da ileri sürülebilmektedir⁷⁴.

Senedi tahrifattan önce imzalamış olan senet borçlusunun senette tahrifat bulunduğu⁷⁵, bu nedenle kendisinin senedin eski haline göre sorumlu tutulabileceği iddiası, görülmekte olan bir davada def'i olarak ileri sürebileceği gibi, İİK m. 72 kapsamında borçlunun açacağı bir menfi tespit davasına da konu olabilmektedir⁷⁶.

⁷² Yarg. 12 HD., T. 13.02.2018, E. 2016/27907, K. 2018/1229, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "... gerek doktrinde ve gerekse de uygulamada ... 'senet metninde sahtekarlık (tahrifat) yapılmış olması' ...vb. defiler senedin hükümsüzlüğüne yönelik olup her hamile (iyiniyetli olsa dahi) karşı ileri sürülebilen mutlak def'i olarak kabul edilmektedir. Bu nedenledir ki, borçlunun hamil/alacaklıya karşı senet metninde sahtekarlık (tahrifat) iddiası mutlak def'idir ve mahkemece bu iddia incelenmelidir. (Hukuk Genel Kurulunun 04.03.2015 gün ve 2013/19-1746 E., 2015/896 K.)".

⁷³ HGK., T. 06.07.2011, E. 2011/413, K. 2011/476, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Uzunallı, 99.

Karş. senet metninden anlaşılan def'iler kısmında değerlendirme için **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan**, s. 73.

Senette tahrifatın def'iler arasındaki yerine ilişkin görüşler hakkında bkz. **Cinbaş**, s. 152 vd.

⁷⁴ HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "Senedi değişiklikten önce imzalayan borçlular, kendileri bakımından senedin değişiklikten sonra artan miktar oranında geçersiz olduğunu hukuki görünüş ilkesi sonucu kendilerine kusur isnat edilemediği oranda iyi niyetli hamile karşı da ileri sürebileceklerdir."

Anılan durumda iyiniyetin korunmamasının, hamilin senet borçlularının taahhütlerini aşan bir talep hakkına sahip olmamasından kaynaklandığı hususunda bkz. **Kınacıoğlu**, s. 160.

⁷⁵ Tahrifat def'i, İİK m. 63 anlamında ise "senet metninden anlaşılan" itiraz sebebi niteliğinde olup; süresinde yapılmış bir itiraz ya da şikayetin kesinleşmesine kadar her aşamada ileri sürülebilir. Yarg. 12 HD., T. 21.03.2023, E. 2022/8854, K. 2023/1877, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 11.12.2017, E. 2017/5503, K. 2017/15366, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁷⁶ Bu konuda bkz. **Öztan**, s. 875; **Bilgen**, Mahmut: "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s. 987.

Yarg. 11. HD., T. 11.04.2016, E. 2015/15440, K. 2016/3935, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "Davacı vekili, müvekkilinin oğlunun 2009-2010 öğretim yılı servis ücreti için 1.400 TL tutarındaki bonoyu tanzim ederek davalı şirkete teminat amaçlı verdiğini, servis ücretleri ödendiği halde bononun davalıda kaldığını, bilahare cirolanıp diğer davalıya geçtiğini, davalı ...'in anılan bonoya dayalı olarak takip başlattığını, senet incelendiğinde üzerinde tahrifat yapılarak tutarının 14.008 TL'ye yükseltildiğini ve boş

Senette değişiklik yapılmış, ancak değişikliğin yanına keşideci tarafından atıldığı iddiası ile paraf atılmış olduğu durumlarda, keşideci dışındaki senet borçlusu da, parafın keşideciye ait olmadığını ve tahrifatın kendisini bağlamayacağını ileri sürebilir. Diğer bir deyişle, böyle durumlarda parafın keşideciye ait olmadığı hususuna, sadece keşideci değil, tahrifat yapıldığı ve senedi kendisinin tahrifattan önce imzalamış olduğu iddiasındaki diğer borçlular, örneğin lehtar veya ciranta da dayanabilmektedir⁷⁷. Diğer borçluların bunu ileri sürebilmeleri için, paraf sahibi olduğu iddia edilen keşidecinin itiraz etmiş olması şartı da aranmamaktadır⁷⁸.

B. İspat Yükü ve Tahrifatın Tespiti Hakkında

Senette tahrifat yapılması halinde ispat yükünün kimde olduğu hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu itibarla genel hükümler (Türk Medenî Kanunu m. 6 ve HMK m. 190) uygulama alanı bulmaktadır⁷⁹.

Senette tahrifat yapılmış olduğunu ve kendisinin senedin mevcut şekli ile sorumlu olmadığı def'ini ileri süren borçlu, "senette tahrifat yapılmış olduğu" konusunda ispat yükünü taşımaktadır⁸⁰.

kısımların doldurulduğu görüldüğünü, ... ileri sürerek 24.09.2009 keşide, 15.01.2012 vade tarihli, 14.008 TL bedelli bononun iptali ile bu bonodan dolayı borçlu olunmadığının tespitini, kötünîyet tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir."

⁷⁷ Konu, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kararlarına konu olmuştur. Örneğin bkz. Yarg. 12 HD., T. 17.05.2022, E. 2021/13036, K. 2022/5905, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 30.09.2019, E. 2018/10438, K. 2019/13716, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 12.05.2014, E. 2014/11779, K. 2014/14069, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023). Yüksek Mahkeme, cirantanın keşidecinin parafının sahteliğini ileri sürebileceğini kabul etmiş; ancak buna dayanak olarak "senedin kambiyo senedini vafını etkileyen bir husus olduğundan keşideci dışındaki tarafların da itirazda hukuki yararları bulunduğunu" ifade etmiştir. Gerçekten de örneğin keşide tarihinden önceki bir vadeyi içerdığı için tahrifattan önce kambiyo senedi niteliği taşımadığı halde, tahrifatla bu nitelik kazandırılmaya çalışılan senetler söz konusu olduğunda, düzeltilmedeki keşideci parafının geçerliliği dolaylı olarak senedin kambiyo senedini de etkileyen nitelik taşımaktadır. Ancak senedin tahrifattan önce de geçerli olduğu durumlarda, değişikliğin yanında yer alan parafın sahte olup olmaması, senedin kambiyo senedi vafını etkileyen bir gerekçe olarak gösterilemez. Keşidecinin parafına itiraz eden ciranta, aslında paraf atmış olan keşidecinin imzasından sorumlu olmadığını değil, paraf geçersiz olduğu için kendisinin senedin yeni halinden sorumlu tutulmayacağını iddia etmektedir. Bu itibarla senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'ilerin sadece def'i sahibi tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin kurala da herhangi bir aykırılık söz konusu değildir.

⁷⁸ Yarg. 12 HD., T. 02.11.2021, E. 2021/6329, K. 2021/9560, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁷⁹ **Kınacıoğlu**, s. 161.

⁸⁰ **Bernasconi**, s. 2489; **Kuhn**, s. 2954; **Öztaş**, s. 870; **Kendigelen/Kırca**, s. 201.

Senette tahrifat, her tür kanıtla ispatlanabilmektedir; zira söz konusu fiil aynı zamanda bir haksız fiil niteliğindedir⁸¹. Bu nedenle tahrifat iddiasının ispatlanabilmesi amacıyla tanık dinletilebileceği kabul edilmektedir⁸².

Senetteki tahrifatın mutlaka bilirkişi⁸³ tarafından tespit edilmesi zorunludur⁸⁴. Tahrifatın çıplak gözle anlaşılabilirliği durumlarda dahi bilirkişi incelemesi yapılmalıdır; zira söz konusu iddia, HMK m. 266 gereğince, çözümlü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir husus olarak kabul edilmektedir⁸⁵. İncelemenin mutlaka orijinal senet üzerinden yapılması gerekmekte olup; fotokopi üzerinden bilirkişi incelemesi yapılması mümkün değildir⁸⁶.

Senette tahrifat yapılmış olduğu ispatlandıktan sonra ise, borçlunun senedi tahrifattan önce mi yoksa sonra mı imzaladığı hususunun ortaya konması gereklidir. Bu aşamada sorulması gereken soru şudur: Tahrifat def'ini ileri süren borçlunun senedi tahrifat yapılmasından önce imzalamış olduğunu kendisinin mi ispatlaması gerekir, yoksa bu hususu hamil (alacaklı) mi ispatlamalıdır?

HGK., T. 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “*Bu hususta ispat yükü davacı tarafta olup, bonoda yazılı meblağın değiştirildiği iddiası davacı tarafça ispat edilememiştir.*”.

Yarg. 11. HD., T. 17.09.2015, E. 2014/12408, K. 2015/9392, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “*Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davaya konu 20.11.2007 tanzim 30.12.2008 vade tarihli 95.000,00 TL. bedelli bonodaki imzanın davacının eli mahsulü olduğu, senet üzerinde fiziki, kimyasal silinti, kazıntı ve ilave yapıldığını gösterir herhangi bir bulguya rastlanmadığı, bonoda tahrifat yapıldığı veya sahtecilik yapıldığı hususunun davacı tarafça ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.... Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA*”.

⁸¹ **Domaniç**, s. 391.

⁸² **Kendigelen/Kırca**, s. 201; **Öztan**, s. 870; **Domaniç**, s. 391.

⁸³ “İncelemenin ‘gelişmiş ve donanımlı laboratuvarından’ istenmesi gerektiği hususunda bkz. Yarg. 12 HD., T. 21.03.2023, E. 2022/8854, K. 2023/1877, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023). Ayrıca bkz. Yarg. 12 HD., T. 16.03.2023, E. 2022/8718, K. 2023/1738, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “... tahrifat iddiası hakkındaki Adli Tıp Kurumunun raporunun yeterli olduğu, başka bir heyetten yada üniversiteden rapor alınması zorunlu olmadığı gerekçesi ile borçluların istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.”.

⁸⁴ Tahrifata ilişkin olarak sahtecilik iddiası nedeniyle aynı zamanda bir ceza davası da açılmışsa, bunun bekletici mesele yapılması gerektiği hususunda bkz. HGK., T. 05.05.2010, E. 2010/74, K. 2010/243, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁸⁵ Yarg. 12 HD., T. 05.10.2017, E. 2017/5758, K. 2017/11995, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 19.06.2018, E. 2017/3626, K. 2018/6308, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12 HD., T. 17.05.2022, E. 2021/13036, K. 2022/5905, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁸⁶ Bkz. **Öztan**, s. 870.

Öğretide, aksi alacaklı tarafından ispat edilmedikçe senet borçlusunun senedi tahrifattan önce imzalamış sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle borçlunun senedi “tahrifattan sonra” imzaladığını, bu itibarla senedin yeni şeklinden sorumlu olduğunu ispat yükünün alacaklıda (hamilde) olduğu savunulmaktadır⁸⁷.

Ancak mehzaz İsviçre hukukunda karine, borçlunun senedi tahrifattan sonra imzalamış olduğu yönündedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, borçlunun senedi tahrifattan önce imzalamış olduğunu kendisinin ispatlaması gerektiği, anılan konuda ispat yükünün alacaklıda değil borçluda olduğu kabul edilmektedir⁸⁸.

Üstelik konu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda da tartışılmış ve senedi tahrifattan önce imzaladığı konusundaki ispat yükünün senedi ödemekten kaçınan borçluda olduğu yönünde hüküm kurulmuştur. HGK., T. 27.04.2011, E. 2011/6, K. 2011/236 sayılı kararda:

“... Hukuk Genel Kurulu’nda yapılan görüşmeler sırasında öncelikle ispat külfeti üzerinde durulmuş; yerel mahkemece dava konusu çekteki tahrifat iddiasının ispat külfetinin davalı bankaya yüklenildiği, oysa ispat külfetinin davacı ciranta da olduğu hususu oyçokluğu ile benimsenmiştir.

Hal böyle olunca öncelikle “ispat yükü” kavramı üzerinde durulmalıdır:

Hakim, davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşır, buna ispat yükü denir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun “ispat yükü” başlıklı 6. maddesi “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” hükmünü içermekte olup; bir vakıadan lehine haklar çıkaran taraf, o vakıayı ispat etmelidir.

Diğer taraftan normal bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını ispat etmesi gerekmez; ispat yükü bu normal durumun aksini iddia eden tarafa düşer.

Yukarıda yapılan açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde:

Davacı, dava konusu çekin davalılardan ... tarafından kendisine ciro edildiği, ... davalılardan ...’in ..davaya konu çeki ise tahrif ederek keşide

⁸⁷ Öztan, s. 870; Kendigelen/Kırca, s. 201. Ayrıca Alman hukukunda bu görüş için bkz. Baumbach/Hefermehl/Casper, s. 444; Bülow, Peter: Wechselgesetz, Scheckgesetz: mit AGB-Sparkassen, AGB-Banken und AGB-Postbank und Scheckbedingungen, 5. Baskı, Beck, München 2013, s. 332.

⁸⁸ Bernasconi, s. 2489; Schwaibold, s. 1210; Jäggi/Druey/von Greyerz, s. 168.

tarihini 22.06.2007 olarak değiştirip, çekin bedelini de 27.500,00.-TL'ye yükselttiği iddiasıyla eldeki davayı açmıştır.

... Diğer taraftan, çek üzerinde tarih ve bedel üzerindeki değişiklikler yanında paraf yer almakta; **bu parafların keşideciye ait olmadığı, davacının cirosundan sonraki ciranta tarafından yapıldığı, hamilin kötüniyetli olduğu davacı tarafından ileri sürülmektedir. Bu iddianın niteliği itibariyle ispat yükü davacıdadır.**

Hal böyle olunca, **davacı** dava konusu çekte yapılan düzeltmelerdeki parafların keşideciye ait olmadığını, bu düzeltme ve parafların **kendi cirosundan sonra yapıldığını** ve hamilin kötüniyetli olduğunu **ispatlamalıdır.**

Yerel mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan, ispat külfetinin tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir. Bu nedenle, direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle bozulması gerekmektedir.” şeklinde hükmedilmiştir.

Bu itibarla ilkin borçlu, tahrifatın var olduğunu iddia etmekte, bilirkişi incelemesi sonucunda da bu durum açıklığa kavuşturulmaktadır. Borçlu, ayrıca kendisinin senedi tahrifattan önce imzalamış olduğunu da ortaya koymak zorundadır.

Gerçekten de bir ciranta ya da avalistin senedi tahrifattan önce mi yoksa sonra mı imzalamış olduğunun ispat edilmesi aşamasında, bu ispat yükünü alacaklıya (hamile) yıkmak gerçekçi bir tercih olmayacaktır⁸⁹. Senet borçlusunun senedi imzaladığı tarihteki senet içeriğine ilişkin senet fotokopisi ya da senedi devraldığı temel ilişkiye konu olan sözleşme ya da belgeler borçlunun elinde olduğundan, alacaklıya (hamile) oranla borçlunun ispat imkanı da daha geniştir⁹⁰.

Borçlu, senede tahrifattan önce imza attığını ispatlamak amacıyla senedin değişiklikten önceki şeklini gösterir fotokopi⁹¹, ticari defterler, senedin düzenlenmesine ya da ciro edilmesine temel teşkil eden fatura, sözleşme, ihtar ve yazışmalardan yararlanabilir⁹².

İspat yükü dağılımında hamile (alacaklıya) düşen tek husus ise: başvurduğu borçlunun -somut olayda şartları varsa- senede onay vermiş oldu-

⁸⁹ Jäggi/Druey/von Greyerz, s. 167.

⁹⁰ Ayrıca bkz. HMK m. 190.1: “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”

⁹¹ Jäggi/Druey/von Greyerz, s. 167.

⁹² Jäggi/Druey/von Greyerz, s. 167; Domaniç, s. 391; Çamoğlu, Kıymetli Evrak, s. 33.

ğunu ispat etme yüküdür. Hamil, borçlunun senede onay vermiş olduğunu ispat ederse, senedin değişmiş halinden sorumlu tutulabilmesini sağlayabilecektir⁹³.

V. TAHRİFATIN SONUÇLARI

A. Tahrif Edilmiş Olmasının Senedin Kambiyo Senedi Niteliğini Etkilememesi

Geçerli bir kambiyo senedi üzerinde tahrifat yapılmış olması, senedin geçerlilik unsurlarını ortadan kaldırmadıkça⁹⁴, senedin kambiyo senedi niteliğini etkilememektedir⁹⁵. Dolayısıyla tahrifata uğramış bir kambiyo senedi de, kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna konu edilebilmektedir⁹⁶.

Buna karşın tahrifatla beraber senedin geçerlilik unsurları ortadan kalkmışsa, senet kambiyo senedi niteliğini de kaybedeceğinden TTK m. 748 uygulanamamaktadır.

B. Senet Borçlularının Senedi Tahrifattan Önce İmzalamış Olup Olmamlarına Göre Farklı Sorumluluk Esaslarına Tabi Tutulmaları

TTK m. 748 hükmüne göre: tahrifat halinde, değişiklikten sonra senet üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne göre sorumlu olmaktadırlar. Hüküm, imzaların bağımsızlığı ilkesinin sonucudur⁹⁷.

⁹³ Bkz. **Öztañ**, s. 870.

⁹⁴ Yarg. 12. HD., T. 26.10.2009, E. 2009/12512, K. 2009/20430, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "...Takip dayanağı 10.04.2008 tanzim tarihli ve 10.000 YTL bedelli bononun vade tarihinin 30.06.2009 iken 30.06.2008 olarak değiştirildiği yapılan bilirkişi incelenmesinden anlaşılmaktadır. Dayanak bononun yıl hanesinin 9 rakamının 8 olarak değiştirilmesi, *kambiyo senedi niteliğini etkileyen bir değişiklik olmayıp*, takibe gerçek vade tarihi olan 30.06.2009 olarak devam edilmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece işlenmiş faizin 30.06.2009 vade tarihinden hesaplanmak suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir."

⁹⁵ HGK., T. 16.10.2018, E. 2017/2735, K. 2018/1443, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "... *dava konusu çekin keşide tarihinde tahrifat yapılmış olması çekin tahrifattan önceki haliyle değerlendirilmesi gerektiği sonucunu doğurur, ancak kambiyo senedi niteliğini kaybettirmez.*" Aynı yönde bkz. Yarg. 12 HD., T. 28.06.2021, E. 2021/4490, K. 2021/6988, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

⁹⁶ Yarg. 12 HD., T. 29.04.2021, E. 2021/2668, K. 2021/4693, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "*Takip dayanağı bononun vade tarihinde tahrifat yapılması, kambiyo vasfını etkilemiyorsa takibin iptalini gerektirmez.*"

⁹⁷ **Pulaşlı**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s. 120; **Bernasconi**, s. 2487; **Poroy/Tekinalp**, s. 260; HGK., T. 19.12.2019, E. 2017/131,

Tahrifat, değişiklikten önce imza atmış olan kişilere karşı ileri sürüle-
memektedir⁹⁸. Yargıtay'ın ifadesiyle: “*senedin tahrifat ile büründüğü yeni
hâl, o senedi tahrifattan önce imza etmiş olanlar bakımından yok hükmün-
dedir; bağlayıcı değildir*”⁹⁹. Bu nedenle değişiklikten önce imzasını koyanlar
ancak eski metne göre sorumlu olmaktadır¹⁰⁰.

Tahrifat senet bedelinde ise, tahrifattan önce imzalamış olanlar önceki
bedele göre, sonra imzalamış olanlar ise sonraki bedele göre ödeme yap-
makla yükümlüdürler. Örneğin bedelin “4.000.000” TL olarak gösterildiği
bir senette, bedelin rakamla yazıldığı bölümde “4” rakamının önüne “5”
rakamı getirilmek suretiyle ekleme yapıldığı, bedelin el yazısı ile yazıldığı
bölüme ise “ellidörtmilyon” yazıldığı bir örnekte: senedi tahrifattan önce
imzalayanlar 4.000.000 TL üzerinden, sonra imzalayanlar ise 54.000.000 TL
üzerinden sorumlu tutulmaktadır¹⁰¹.

K. 2019/1395, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12. HD., T. 18.06.2013, E.
2013/13751, K. 2013/22808, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023). Karş. bu durumun
imzaların bağımsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgisi bulunmadığı görüşü için bkz. **Öztaş**, s.
862.

⁹⁸ Değişiklikten önce imzalamış olanlara sonraki durumun ileri sürülememesinin nedeni-
nin, değişikliğin onların hakimiyet alanından kaynaklanmıyor olması olduğu hususunda
bkz. **Kendigelen/Kırca**, s. 100.

⁹⁹ HGK., T. 19.12.2019, E. 2017/131, K. 2019/1395, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023);
aynı yönde bkz. HGK., T. 07.04.2004, E. 2004/19-118, K. 2004/205, (Lexpera, Erişim
Tarihi: 29.10.2023).

¹⁰⁰ Yarg. 19. HD., T. 18.10.2016, E. 2016/2316, K. 2016/13431, (Lexpera, Erişim Tarihi:
29.10.2023).

Bir başka örnek için bkz. Yarg. 12 HD., T. 08.05.2007, E. 2007/6924, K. 2007/9354,
(Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “*Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nin dü-
zenlediği 01.02.2006 tarihli rapor içeriğine göre takip dayanağı bononun tanzimi sıra-
sında (miktarın yazı ve rakamla “2.450.000.000 TL- iki milyar dörtyüzelli milyon” ola-
rak yazılmış iken, daha sonra rakamların başına (1), yazıların baş tarafına ise (on) ya-
zısının ilave edilmesi suretiyle) bedel bölümünün 12.450.000.000 TL'ye dönüştürüldü-
ğünün belirlendiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece bononun düzeltilmeden önceki
miktarı olan 2.450.000.000 TL ile bu bölüme isabet edecek eklentiler de hesaplanıp
bunlara hasren takibin devamına karar verilmesi gerekirken takibin tümünden iptali yö-
nünde hüküm tesisi isabetsizdir.*”.

¹⁰¹ Senet bedeli açısından senetteki borçlular arasında farklılık oluşması, müracaat hakkının
kullanılması aşamasına ilişkin olarak da sonuç doğurmaktadır. Senet bedelinin
4.000.000 TL iken 54.000.000 TL şeklinde değiştirilmesi örneğinde, hamil tahrifattan
önce imzalamış olan borçluya karşı müracaat hakkını 4.000.000 TL bedel üzerinden
kullanabilecektir. Ancak böyle bir durumda ödeme yapılmasına rağmen senedin mür-
acaat borçlusuna teslimi söz konusu olmamaktadır. Bu aşamada kısmi ödeme halinde
makbuz isteme hakkına ilişkin TTK 709.3 hükmü uygulama alanı bulmakta, ödeme
yapan müracaat borçlusu senedin kendisine teslimini değil, bu ödemenin senet üzerine

Bonoda vade tarihine ilişkin¹⁰² tahrifatın¹⁰³ en önemli sonucu ise, her iki tarihe göre (tahrifattan önceki vade tarihine ve tahrifattan sonraki vade tarihine göre) ayrı ayrı ibraz ve protesto zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır¹⁰⁴. Diğer bir deyişle tahrifattan önce bonoyu imzalamış olanlar için önceki tarih temel alınarak ibraz yapılması ve protesto çekilmesi, tahrifattan sonra imzalamış olanlara müracaat edilebilmesi için ise, tahrifattan sonraki tarih temel alınarak yeniden ibraz yapılması ve ikinci defa protesto çekilmesi gerekmektedir¹⁰⁵. Eğer bonodaki yeni (tahrif edilmiş) vade tarihi dikkate alınarak sadece bir ibraz ve protesto işlemi yapılmışsa, bu durumda değişiklikten önceki vade tarihine göre imza atmış olanlar açısından ibraz süresinde yapılmamış ve protesto süresinde çekilmemiş olacağından, onlara karşı müracaat hakkı düşmektedir. Bu durumda, tahrifattan önce imzalamış olanlar, kendileri açısından geçerli sürede bononun ibraz edilmemiş ve protesto çekilmemiş olduğu gerekçesiyle ödemededen kaçınabilmektedirler.

Eğer çek söz konusuysa ve keşide tarihinde tahrifat yapılmışsa, tahrifattan önceki keşide tarihine göre hesaplanacak ibraz süresinin geçip geçmediği önem taşımaktadır. Çek (tahrifat ile değiştirilmiş yeni tarih dikkate alınarak hesaplanan ibraz süresi içinde, ancak) tahrifattan önceki tarihe göre hesaplanan ibraz süresi geçirildikten sonra muhatap bankaya ibraz edilmişse, bu durumda tahrifattan önce imzalamış olan borçlulara karşı kambiyo senetlerine mahsus takip yolu izlenemeyecek, takip iptal edilecektir¹⁰⁶.

yazılmasını ve kendisine bir makbuz verilmesini talep edebilmektedir. Böylelikle hamil ödenmemiş olan senet bedeli (örnekte 50.000.000 TL) için senedi tahrifattan sonra imzalamış olan müracaat borçlularına senetle başvurabilmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Baumbach/Hefermehl/Casper**, s. 442; **Kınacıoğlu**, s. 158; **Öztañ**, s. 866.

¹⁰² Vade tarihinin keşide tarihi temel alarak hesaplandığı vadelerde, keşide tarihinde yapılan tahrifat da benzer sonuçlara yol açacaktır. **Öztañ**, s. 868.

¹⁰³ Uygulamada vade tarihinde tahrifat yapılmasına özellikle hakkı koruyucu işlem için uyulması gereken sürelerin kaçırıldığı durumlarda rastlandığı hususunda bkz. **Erdem**, s. 63.

¹⁰⁴ Ödeme yerinin değişmesi halinde de birden çok protesto çekilmesi gerekeceği görüşü için bkz. **Öztañ**, s. 868; **Baumbach/Hefermehl/Casper**, s. 443; anılan durumda ikinci protestoya gerek olmadığı görüşü için bkz. **Cinbaş**, s. 242.

¹⁰⁵ **Bernasconi**, s. 2488; **Poroy/Tekinalp**, s. 261; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 171; **Kendigelen/Kırca**, s. 201.

¹⁰⁶ Yarg. 19. HD., T. 23.12.2014, E. 2014/13720, K. 2014/18602, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "... çekin keşide tarihinin, ilk düzenlendiğinde 29.03.2012 olarak yazılıp, sonradan farklı kalemle 29.08.2012 durumuna dönüştürülmüş olduğunun belirlendiği, icra hukuk mahkemesince, on günlük çek ibraz süresinin 09.04.2012'de bittiği ve bu süre geçtikten sonra çek muhataba ibraz edildiğinden kambiyo senetlerine özgü icra takibi yapılması mümkün olmadığından davacılar bakımından takibin iptal edilmiş

Buna karşın keşide tarihinde tahrifat yapılmış bir çekte hakkı koruyucu işlemler tahrifat öncesindeki tarihler temel alındığında dahi süresinde yapılmış sayılabilir ise, tahrifattan önce imzalamış olan borçlulara karşı takip devam etmektedir¹⁰⁷.

C. Bedeli Gösteren Rakamda Tahrifat Yapıldığı Durumlarda TTK m. 676'nın Uygulanamaması

TTK m. 676 hükmü, senet bedelinin senette birden çok kez gösterildiği ve bunlar arasında uyumsuzluk bulunduğu durumlarda, söz konusu bedellerden hangisinin temel alınacağına ilişkindir¹⁰⁸. Senet metninde tahrifat yapılmış olmasının bir diğer sonucu da, anılan hükmün uygulanmasını engellemesidir. Şöyle ki: senet bedelinin rakamla gösterildiği kısımda tahrifat söz konusu ise, bu durumda anılan hüküm uygulanmamaktadır. Kanun'da yer almayan bu sınırlama, Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir¹⁰⁹. Anılan durumlarda yazı ile yazılan bedel dikkate alınmamakta, tahrifattan önce imza atmış olanlar senette (rakamlı kısımda) tahrifattan önce yazılmış bedele göre takip edilmektedirler¹¹⁰.

olduğu, 6102 sayılı TTK'nın 748. maddesinde "Bir poliçe metni değiştirildiği takdirde, değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar." hükmü bulunduğu gerekçeleriyle, davanın kabulü ile, davacıların dava konusu çek nedeniyle davalılara borçlu olmadığına tespitine, ... karar verilmiş, ... onanmasına.."

¹⁰⁷ Yarg. 12. HD., T. 08.05.2007, E. 2007/7575, K. 2007/9416, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "... çekin keşide tarihinin başlangıçta 03.04.2006 olarak yazıldığı halde bunun tahrif edilerek 05.04.2006'ya dönüştürüldüğü Adli Tıp raporuyla saptanmış ise de, çekin 03.04.2006 tarihinde muhatap bankaya ibraz edildiği gözetildiğinde anılan düzeltmenin sonuca etkisinin bulunmadığı görülmektedir. O halde, sözü edilen çek için şikayetin reddi yerine takibin tümünden iptali isabetsizdir."

¹⁰⁸ "(1) Poliçe bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile gösterilen bedel üstün tutulur. (2) Poliçe bedeli yalnız yazıyla veya yalnız rakamla birden çok gösterilmiş olup da bedeller arasında fark bulunursa, en az olan bedel geçerli sayılır."

¹⁰⁹ HGK., T. 10.3.2022, E. 2018/43 K. 2022/300, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 12. HD., T. 22.03.2007, E. 2007/2420, K. 2007/5447; Yarg. 19. HD., T. 18.10.2016, E. 2016/2316, K. 2016/13431, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023); Yarg. 11. HD., T. 08.02.2022, E. 2020/7861, K. 2022/895, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

¹¹⁰ Yarg. 12 HD., T. 23.03.2007, E. 2007/2903, K. 2007/5521, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): "TTK. 690. maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanununun 588/1. maddesi gereğince bono bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazıyla gösterilen bedele itibar olunur. Ancak bu kural rakam ile değer bildirilen bölümde tahrifat yapılmaması halinde

D. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanılıp Dayanılmayacağı Hususuna İlişkin Olarak

Yukarıda belirtildiği gibi, kambiyo senedinde tahrifat yapılması, senedin geçerlilik unsurlarının ortadan kalkmaması şartıyla, senedin geçersizliğine ve kambiyo senedi niteliğini kaybetmesine yol açmamaktadır. Bu nedenle böyle bir senede dayalı olarak TTK m. 732 uyarınca sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay'ın yeni tarihli kararları da, tahrif edilmiş kambiyo senedinin sebepsiz zenginleşme davasına konu olabileceğini belirtmektedir¹¹¹.

Bununla beraber belirtmek gerekir ki; Yargıtay'ın üzerinde tahrifat yapılmış kambiyo senedine dayalı olarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulamayacağı sonucuna ulaşan bazı kararları da bulunmaktadır¹¹². Ancak

uygulanır. Borçlu tarafından takip dayanağı bononun anlaşmaya aykırı doldurulduğu bononun rakamla miktar kısmının 1.000.000.000 TL iken 6.000.000.000 TL'ye dönüştürüldüğü iddia edilmiş, mahkemece yapılan inceleme sonucunda miktar kısmının 5.000.000.000 TL iken 6.000.000.000 TL'ye dönüştürüldüğü tesbit edilmiş olmakla bu durumda tahrifatsız kalan 5.000.000.000 TL üzerinden alacaklının takibi yapmasında usulsüzlük bulunmadığından mahkemece bu miktar üzerinden takibin devamına karar vermek gerekirken vadede rakamla yazı arasında fark bulunması halinde yazılı kısma itibar edileceği gerekçe yapılarak itirazın reddine karar verilmesi isabetsizdir.”

¹¹¹ HGK., T. 13.6.2018, E. 2017/1630, K. 2018/1186, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında ... eTTK 644. maddeye göre açılan sebepsiz zenginleşme davasının dinlenebilmesi için kambiyo senedi niteliğinin korunması gerektiği, dava konusunun çekin tahrifat yapılmış olması ve süresinde de ibraz edilmemiş olması nedeniyle çek vafını yitirdiğinden bu maddeye dayalı olarak dava açılmayacağı, mahkeme kararının doğru olduğu yönünde görüş ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.”

Yarg. 19. HD., T. 06.02.2019, E. 2016/19638, K. 2019/663, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Dava, çekten kaynaklanan takibe yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Davalının keşide tarihi altında bulunan imzanın kendisine ait olmadığı yönündeki savunması üzerine mahkemece yapılan araştırma sonucunda imzanın davalı eli ürünü olmadığı tespit edilmiştir. Bu durumda keşide tarihinde tahrifat yapıldığı belli olmakla birlikte belge tümüyle geçersiz hale gelmez, tahrifat öncesi tarihe itibar edilerek değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çekteki tahrifat öncesi tarih 27.06.2012 olduğuna göre çek süresinde ibraz edilmemiş kambiyo senetleri hükümlerine tabi olur ve TTK 732. maddesine göre davacı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacak talebinde bulunabilir.”

¹¹² Çeke ilişkin Yarg. 11. HD., T. 11.05.2015, E. 2015/4970, K. 2015/6703, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023): “Somut uyumsuzlukta isteme dayanak yapılan çekin keşide tarihinde ayı gösteren “5” rakamının sürşarj (düzeltme) yoluyla “8” rakamına dönüştürülerek tahrifat yapıldığı Antalya 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2011/915 Esas sayılı dosyasına ibraz edilen grafolog bilirkişi raporunda belirtilmiş, anılan mahkemece de bu rapor doğrultusunda takibin iptaline karar verilmiştir. Dolayısıyla ortada görünüşte

söz konusu kararlarda sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulamayacağı sonucuna senetteki keşide (ya da ödeme) tarihinde tahrifat yapılmış olduğu gerekçesine değil, “senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olmadığı” gerekçesine dayanılarak ulaşılmıştır. Bu aşamada sebepsiz zenginleşme davası açılabilmesi için öncelikle tahrifattan önce senedin geçerli bir kambiyo senedi olup olmadığı hususu incelenmelidir.

Örneğin eğer bonoda vade tarihi keşide tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenmiş ve sonra tahrifat yapılarak vade tarihi keşide tarihinden sonraki bir tarihle değiştirilmişse, bu durumda tahrifattan önce zaten geçerli bir kambiyo senedi bulunmamaktadır. Bu itibarla böyle bir senedin “kambiyo senedi niteliği bulunmadığı” gerekçesiyle sebepsiz zenginleşme hükmüne tabi olmayacağı şeklindeki yaklaşım tutarlıdır. Bununla beraber, tahrifattan önce de senet geçerli bir kambiyo senedi niteliği taşımasına rağmen, sırf tahrifat yapıldığı gerekçesiyle sebepsiz zenginleşme davasının açılmayacağı sonucunu kabule imkan bulunmadığı görüşündeyiz. Bu yöndeki bir yaklaşım Yargıtay’ın yukarıda sözü edilen ve tahrifatın senedin kambiyo senedi niteliğini ortadan kaldırmadığına ilişkin kararları ile de uyumlu olacaktır.

SONUÇ

TTK 748 hükmünün uygulanma şartları büyük ölçüde Yargıtay kararları ile şekillenmiştir; bu kararlara göre senette değişiklik yapıldığı her durumda anılan hüküm uygulanmamaktadır.

Hükmün uygulanabilmesi için üzerinde değişiklik yapılan kambiyo senedinin tahrifattan önce geçerli olması şarttır. Senet geçersiz şekilde teda-

tahrif edilmiş bir çek bulunduğundan bu çeke istinaden 6762 sayılı TTK’nın 644’üncü (6102 sayılı TTK’nın 732’nci) maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme davası açılması mümkün değildir.”. Anılan kararda açık olmamakla beraber takibin iptaline karar verilmiş olması, tahrifattan önceki keşide tarihine göre ibraz süresinin geçmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Çekin süresinde ibraz edilmemiş olması kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulmasına engel ise de, tespit edilen önceki tarihe göre geçerli olan (ancak süresinde ibraz edilmemiş) çekin, “üzerinde tahrifat olduğu gerekçesiyle” sebepsiz zenginleşme davasına konu edilemeyeceği görüşüne katılabilmeye olanak yoktur. Nitekim karşı oy yazısında da: “Somut olayda dava konusu çekin 08.05.2011 tarihinde düzenlendiği konusunda ihtilaf yoktur. Dolayısıyla, mahkemeye bu hususun çekin geçerliliğine etkili bulunmamasında bir taktir hatası bulunmamaktadır. Bu nedenle, Dairemiz çoğunluğunun bu çeke istinaden sebepsiz zenginleşme davası açılmasına ilişkin bozma gerekçesine katılmıyoruz” şeklinde görüş bildirilmiştir.

Aynı gerekçeyle benzer yöndeki Yarg. 11. HD., T. 16.01.2018, E. 2016/6885, K. 2018/317 kararına da katılabilmeye olanak bulunmamaktadır, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2023).

vüle çıkarıldıktan sonra geçersizliğin fark edilmesi ve zorunlu unsurlarda değişiklik (ya da ekleme) yapılarak senedin baştan beri geçerli olduğu şeklinde bir izlenim yaratılmaya çalışılması halinde, TTK m. 748 hükmü uygulanamaz. Hüküm, senetteki imzalarda yapılan tahrifata ya da yetkisiz kişi tarafından atılan sahte imzalara da uygulanmamaktadır.

Tahrifat sonucunda senedin geçerliliği ortadan kalkmışsa, senedin zıyayı ve iptali gündeme gelmektedir.

Bir kambiyo senedinde tahrifat yapıldığı, ancak bunun onanmadığı durumlarda, HMK m. 207.1'deki "senetteki çıkıntı, kazıntı veya silintinin inkâr hâlinde göz önünde tutulmayacağı" hükmü, TTK m. 748 açısından dikkatlice değerlendirilmelidir. Buna göre: tahrifat onanmamışsa "tahrifatın göz önünde bulundurulmayacağı" şeklindeki düzenleme tüm ilgililer için değil, sadece kambiyo senedine tahrifattan önce imza atanlar için kabul edilmelidir.

Yargıtay, tahrifat def'inin senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne yönelik mutlak def'ilerden olduğunu ve iyiniyetli hamile karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

Senette tahrifat yapılmış olduğunu ileri süren borçlu, bu hususu ispatla yükümlüdür. Borçlunun senedi tahrifattan önce mi yoksa sonra mı imzaladığını ispat yükünün kimde olduğu hususunda ise farklı yaklaşımlar vardır. Alman öğretisinde, aksi alacaklı tarafından ispat edilmedikçe senet borçlusunun senedi tahrifattan önce imzalamış sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Mevaz İsviçre hukukundaki yaklaşım ise: borçlunun senedi tahrifattan sonra imzalamış olduğu karinesini kabul etmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre borçlunun senedi tahrifattan önce imzalamış olduğunu kendisinin ispatlaması gerektiği, bu konuda ispat yükünün alacaklıda değil borçluda olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 27.04.2011, E. 2011/6, K. 2011/236 sayılı kararında da: "davacı ... bu düzeltme ve parafların kendi cirosundan sonra yapıldığını ... ispatlamalıdır." denmektedir.

Senet borçluları, senedi tahrifattan önce imzalamış olup olmamalarına göre farklı sorumluluk esaslarına tabi tutulmaktadırlar. Bedeli gösteren rakamda tahrifat yapıldığı durumlarda TTK m. 676 uygulanamaz.

Tahrif edilmiş olması senedin kambiyo senedi niteliğini etkilememektedir; bu nedenle söz konusu senetler kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna ve TTK m. 732 uyarınca sebepsiz zenginleşme talebine konu edilebilirler.

KAYNAKÇA

- Baumbach**, Adolf/**Hefermehl**, Wolfgang/**Casper**, Matthias: Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs: mit AGB-Banken/Scheckbedingungen und einer Einführung in das Wertpapierrecht, 24. Baskı, Beck Verlag, München 2020.
- Bernasconi**, Michele: içinde Basler Kommentar, Obligationenrecht II, (Hrsg.: **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter**, Rolf), 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.
- Bilgen**, Mahmut: “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s. 985-1028.
- Bülöw**, Peter: Wechselgesetz, Scheckgesetz: mit AGB-Sparkassen, AGB-Banken und AGB-Postbank und Scheckbedingungen, 5. Baskı, Beck, München 2013.
- Cinbaş**, Mustafa Eser: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik, Adalet, Ankara 2022.
- Çamoğlu**, Ersin: “Çizilmiş Cironun Hukukî Sonuçları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 35, Sayı 2, 2019, s. 5-26.
- Çamoğlu**, Ersin: Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Vedat, İstanbul 2023, (Kıymetli Evrak).
- Domaniç**, Hayri: TTK Şerhi IV, Kıymetli Evrak Hukuku, Temel, İstanbul 1990.
- Erdem**, Nuri: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), Vedat, İstanbul 2008.
- Eriş**, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- Jäggi**, Peter/**Druey** Jean Nicolas/**von Greyerz**, Christoph: Wertpapierrecht: unter einschluß von Wechsel- u. Checkrecht, Das Recht in Theorie und Praxis, Helbing und Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main 1985.
- Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 3. Baskı, BTHAE, Ankara 1964.
- Kendigelen**, Abuzer/**Kırca**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2022.
- Kınacıoğlu**, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Gazi Büro Kitabevi, Ankara 1993.

- Kuhn**, Hans: içinde Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Herausgeber: **Amstutz**, Marc/**Breitschmid**, Peter/**Furrer**, Andreas/**Girsberger**, Daniel/**Huguenin**, Claire/**Müller-Chen**, Markus/**Roberto**, Vito/**Rumo-Jungo**, Alexandra/**Schnyder**, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf 2007.
- Öztan**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan, Ankara 1997.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 24. Baskı, Vedat, İstanbul 2021.
- Pulaşlı**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- Schwaibold**, Matthias: içinde OR Handkommentar zum Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgegeben von: **Kostkiewicz**, Jolanta Kren/**Bertschinger**, Urs/**Breitschmid**, Peter/**Schwander**, Ivo), Orell Füssli Verlag AG, Zurich 2002.
- Tekil**, Fahiman: Kıymetli Evrak Hukuku, Fatih Gençlik Vakfı, İstanbul 1980.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, Vedat, İstanbul 2021.

VASİYETNAME İLE YAPILAN BELİRLİ MAL BIRAKMA VASİYETİNİN SAĞLARARASI TASARRUFLA GERİ ALINMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1401672>

Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN*

Öz

Vasiyetname ile yapılan belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınması 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 544/II hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre, mirasbırakan belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunursa vasiyet geri alınmış sayılır. Türk Medeni Kanunu m. 544/II hükmü uyarınca vasiyetnamenin veya belirli mal bırakma vasiyetinin tamamen veya kısmen geri alınması mümkündür. Bu hükmün uygulanabilmesi için geri alınan ölüme bağlı tasarrufun vasiyetname içerisinde yer alan belirli mal bırakma vasiyeti niteliğinde olması, mirasbırakanın bu vasiyetle bağdaşmayan geçerli ve iradi sağlararası tasarrufta bulunması, bu tasarruf sonucunda belirli mal bırakma vasiyetinin ifasının mümkün olmaması ve mirasbırakanın iradesinin vasiyetin geri alınması yönünde olması gerekir. Bu çalışmada, vasiyetname ile yapılan belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu m. 544/II hükmünün amacı, uygulanma alanı ve şartları ele alınmaktadır. Bu hükme ilişkin özel durumlar ve tartışmalı meseleler, doktrindeki görüşler ve yargı kararları göz önünde bulundurularak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Vasiyetname, Belirli mal bırakma vasiyeti, Sağlararası tasarruf, Ölüme bağlı tasarruf, Geri alma

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (hayrunnisa.altin@asbu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7959-7174 (Gönderim Tarihi: 07.12.2023-Kabul Tarihi: 08.02.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**THE REVOCATION OF THE LEGACY BEQUEATHED BY
THE WILL BY INTER VIVOS DISPOSITION**

(Research Article)

Abstract

The revocation of the legacy bequeathed by the will by inter vivos disposition is regulated under Article 544/II of the Turkish Civil Code no. 4721. According to this provision, if the testator subsequently makes an inter vivos disposition incompatible with the legacy, the legacy will be considered to be revoked. Pursuant to of Article 544/II of the Turkish Civil Code, it is possible to revoke a will or legacy in whole or partially. The conditions for the application of this provision are as follows: (1) The revoked testamentary disposition must be a legacy in a will. (2) The testator must make a valid and voluntary inter vivos disposition incompatible with the legacy. (3) The fulfillment of the legacy must not be possible as a result of this inter vivos disposition. (4) The testator must intend to revoke the legacy. In this study, the purpose, scope and conditions of application Article 544/II of the Turkish Civil Code are discussed. The legal issues regarding this provision are examined by taking into consideration the opinions in the doctrine and judicial decisions.

Keywords

Will, Legacy, Inter vivos disposition, Testamentary disposition, Revocation

GİRİŞ

Bir malın vasiyete konu edilmesi, o mal üzerindeki sağlararası tasarrufla bulunma özgürlüğünü ortadan kaldırmaz¹. Hatta mirasbırakanın bu özgürlüğünden vazgeçmesi, vasiyetini geri almayacağını taahhüt etmesi de mümkün değildir². 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 544/II'de vasiyetname ile yapılan belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınması³ düzenlenmektedir. Vasiyetin örtülü⁴ olarak geri alınması yön-

¹ **Tuor**, Peter: Berner Kommentar Band/Nr. III, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1952, Art. 509-511 ZGB, N. 26; **Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Schulthess & Co AG, Zürich 1959, Art. 511 ZGB, N. 6; **Wolf**, Stephan/**Wild**, Christian: Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung, Successio - Zeitschrift für Erbrecht (2), Zürich: Schulthess, 2010, s. 79; **Öztrak**, İlhan: Tek Taraflı Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı, Sevinç Matbaası, Ankara 1964, s. 83, 84; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Filiz, İstanbul 1978, s. 236, 237; **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz, İstanbul 1984, s. 223; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, N. 548; **Olgaç**, Furkan: Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi, Seçkin, Ankara 2021, s. 48, 49; **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi - Cilt I (TMK m. 495-574), 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, m. 544, N. 1068; **Kartal**, Dilşah Büşra: "Vasiyetnamenin Geri Alınması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 34, 2018, s. 330; **Çaldağ**, Coşkun: "Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi için Özel Durumlar ve Resmî Vasiyetnamenin Geri Alınması", Adalet Dergisi, S. 67, Yıl: 2021/2, s. 292. Mirasbırakana tanınan vasiyetnameyi geri alma özgürlüğünün, mirasbırakanın vasiyetname yapma özgürlüğünün bir parçası olduğu yönünde bkz. **Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku Cilt: III, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, N. 562; **Kahraman**, Zafer: "Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Özel Sayı, Yıl: 2015, s. 947, 948.

² **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 3; **Weimer**, Peter: Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen (Hrsg. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, Art. 511 ZGB, N. 1.

³ TMK m. 544/II, TMK'da vasiyetnamenin geri alınmasının diğer türleri ile birlikte "Vasiyetten Dönme" başlığı altında yer almaktadır. Ancak vasiyetname tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan bu müesseseyi ifade etmek için karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü "dönme" kavramı yerine "geri alma" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu yönde ayrıca bkz. **Serozan**, Rona Ahmet/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, § 4, N. 100; **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, § 8, N. 2; **Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 173, dn. 443; **Kartal**, s. 318; **Soyupak**, Cem: Vasiyetnamenin İptali Davası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çığ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin 2022, s. 55, 56. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bağcı**, Ömer: Vasiyetnamenin Geri Alınması, Yayımlan-

temlerinden birini düzenleyen TMK m. 544/II'ye göre, mirasbırakan vasiyetine konu ettiği mal üzerinde sonradan bu vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarrufla bulunursa, vasiyet geri alınmış sayılır⁵. TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin sağlararası tasarrufla geri alınması, yargı kararlarında “fiili rücu⁶” veya “davranışla rücu⁷” olarak da adlandırılmaktadır. TMK m. 544/II'nin amacı, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla bulunmasından sonra geçen zaman içerisinde değişen isteklerine saygı gösterilmesidir⁸.

mamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 39 vd.

- ⁴ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 26; **Dorjee-Good**, Andrea: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 547-640 ZGB (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 509-511 ZGB, N. 9; **Wolf/Wild**, s. 78; **Serozan**, Rona: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 22; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, N. 524; **Öztaş**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 12. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s. 212; **Olgaç**, s. 49; **Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2021, N. 396; **Yılmaz**, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku, Yetkin, Ankara 2022, s. 56; **Yücel**, Sevtap: “Vasiyet Alacaklısı Açısından Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptal Davası Açma Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 tarihli 958/1035 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der gisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2008, s. 402, 403; **Günay**, Erhan: Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Seçkin, Ankara 2016, s. 95; **Tekdoğan**, Aydın: Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları, Seçkin, Ankara 2022, s. 150; **Soyupak**, s. 59. Ayrıca bkz. OGer ZH, LF170018, N. 4.4.4, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023).
- ⁵ Vasiyetnamenin sağlararası tasarrufla geri alınması, doktrinde “ademptio legati” olarak ifade edilmektedir; bkz. **Escher**, Art. 511 ZGB, N. 6; **Öztrak**, Rücu, s. 85; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **Dural/Öz**, N. 548; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 236; **Oğuzman**, s. 224, dn. 456; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017, s. 106; **Ergüne**, s. 194; **Olgaç**, s. 49; **Bağcı**, s. 248; **Yücel**, s. 381. Ayrıca bkz. Yargıtay 1. HD, T. 07.02.2001, E. 2001/161, K. 2001/1344, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Bu ifadenin Roma hukukundaki tanımı için bkz. **Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia: American Philosophical Society, 1953, s. 349.
- ⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 489 bakımından bu yönde bkz. Yargıtay 2. HD, T. 22.5.1989, E. 1989/3178, K. 1989/4929, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023). “Fiili dönme” kavramı, doktrinde, vasiyetnameyi yok ederek dönmeye ilişkin TMK m. 543 hükmü için de kullanılmaktadır; bkz. **Öztaş**, s. 212.
- ⁷ Bkz. Yargıtay 3. HD, 22.02.2012, E. 2012/426, K. 2012/4378, (Yargıtay Karar Arama, <https://www.yargitay.gov.tr/>).
- ⁸ **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **Ergüne**, s. 196, 197; **Olgaç**, s. 49; **Bağcı**, s. 245. Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD, T. 17.10.2012, E. 2012/14841, K. 2012/22907, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

TMK m. 544/II, ölüme bağlı tasarrufu ile bağdaşmayan bir sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakanın iradesine yönelik bir karineyi düzenler. Bu hüküm çerçevesinde, mirasbırakanın vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunması, vasiyetini geri almak istediği şeklinde yorumlanır⁹. Sağlararası tasarruf yoluyla vasiyetin geri alınmasında genellikle mirasbırakanın vasiyetini geri almak yönünde açık bir irade beyanı bulunmamaktadır. TMK m. 544/II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı, başka bir ifadeyle mirasbırakanın sağlararası tasarrufuyla vasiyetini geri almayı isteyip istemediği, mirasbırakanın gerçek iradesinin tespitiyle belirlenir¹⁰. Bu sebeple sağlararası tasarruf yoluyla geri alma, yorum sorunlarını da beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada, vasiyetname ile yapılan belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınmasına ilişkin TMK m. 544/II hükmü incelenmektedir. Bu çerçevede, TMK m. 544/II hükmünün uygulanma alanı ve şartları ele alınmaktadır. Ayrıca, bu hükmeye ilişkin özel durumlar ve tartışmalı hususlar doktrindeki görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak değerlendirilmektedir.

I. VASİYETNAME İLE YAPILAN BELİRLİ MAL BIRAKMA VASİYETİNİN SAĞLARARASI TASARRUFLA GERİ ALINMASINA İLİŞKİN TMK M. 544/II HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

TMK m. 544/II hükmünün uygulanabilmesi için mirasbırakan tarafından geri alınan ölüme bağlı tasarrufun vasiyetname içerisinde yer alan belirli mal bırakma vasiyeti niteliğinde olması gerekir. Bunun yanında, mirasbırakanın bu vasiyetinden sonra vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunması gerekir. Bu sağlararası tasarruf, vasiyetin ifasını imkânsız hâle getiren, geçerli ve iradi bir tasarruf olmalıdır. TMK m. 544/II hükmü, mirasbırakanın vasiyetini geri alma iradesi taşıdığı, başka bir ifadeyle TMK m. 544/II hükmünün aksini öngörmediği durumlarda uygulanır.

A. Geri Alınan Ölüme Bağlı Tasarrufun Belirli Mal Bırakma Vasiyeti Niteliğinde Olması

1. Genel Olarak

TMK m. 544/II hükmünde sağlararası tasarrufla “belirli mal bırakma vasiyeti”nin geri alınması düzenlenmektedir. TMK m. 517/II’de tanımlanan

⁹ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Wolf/Wild, s. 79; Öztrak, Rücu, s. 91; Kocayusufpaşaoğlu, s. 237; Antalya, N. 1159; Ergüne, s. 196; Kartal, s. 331.

¹⁰ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Ergüne, s. 197.

belirli mal bırakma, kanunda vasiyet kavramı yerine kullanılmakta ve vasiyet alacaklısına bir malın mülkiyetinin bırakılmasından daha geniş bir anlam taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, belirli mal bırakma vasiyeti kavramı, TMK'nin miras hukukuna ilişkin hükümlerinde mal vasiyetinin yanında mirasbırakanın bir kişi lehine ölüme bağlı olarak sağladığı alacak hakkı niteliğindeki mal varlığı değerlerini de kapsamaktadır¹¹. Bu sebeple, TMK m. 544/II hükmünün kapsamına vasiyet alacaklısına terekedeki bir malın bırakılması içeriğindeki mal vasiyetlerinin yanında, alacak hakkı veya intifa hakkı tanınması gibi vasiyetler de dâhil edilmelidir¹². Hatta TMK m. 544/II, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 511/II hükmüne uygun olarak mirasbırakanın vasiyetnamedeki paylaşırma tasarrufları veya belirli bir nesneye ilişkin yüklemeler hakkında da uygulanabilmelidir¹³. Bu çalışmada, TMK m. 544/II hükmünün uygulanma alanını ifade etmek üzere TMK m. 544/II'deki terim tercihine uygun olarak belirli mal bırakma vasiyeti kavramı kullanılmaktadır.

TMK m. 544/II kapsamındaki mal vasiyetleri üzerinde ayrıca durulmasında yarar vardır. Mal vasiyeti, mirasbırakanın mal varlığındaki belirli bir malı üçüncü kişiye veya mirasçısına bırakması hâlinde söz konusu olur¹⁴. TMK m. 544/II'nin uygulanma alanına giren mal vasiyeti türlerinden biri, vasiyet edilen şeyin ferden tayin edildiği parça mal vasiyetidir¹⁵. Yine, mirasbırakanın çeşit vasiyetini terekenin mevcudu ile sınırlandırarak yaptığı

¹¹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Dural/Öz**, N. 668-671; **Serozan/Engin**, § 4, N. 133; **Engin**, Baki İlkay: "1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölüme Bağlı Tasarrufların Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi", Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1999, s. 863, 864; **Soyupak**, s. 39, 40. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, bu kavramın kanundaki kullanılışı bakımından bir terim birliği bulunmamaktaydı. Bunun yol açtığı karışıklığın eleştirisi ve terim tavsiyesi için bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 84, 85; **Oğuzman**, s. 172.

¹² **Escher**, Art. 511 ZGB, N. 6; **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 29; **Ergüne**, s. 196, dn. 516; **Serozan/Engin**, § 4, N. 133.

¹³ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 28; **Escher**, Art. 511 ZGB, N. 6, 8; **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 27; **Ergüne**, s. 197, dn. 520; **Bağcı**, s. 256, 257.

¹⁴ **Oğuzman**, s. 172; **Dural/Öz**, N. 679; **Engin**, s. 863; **Belge Çetin**, Ayşe Merve: Vasiyet (Belirli Mal Bırakma), Seçkin, Ankara 2022, s. 166 vd.

¹⁵ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 28; **Wolf/Wild**, s. 79; **Öztrak**, Rücü, s. 87; **Öztrak**, İlhan: Miras Hukuku (Giriş - Kanundan Doğan Mirasçılık - Ölüme Bağlı Tasarruflar), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 47; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **İmre/Erman**, s. 107; **İnan/Ertay/Albaş**, N. 525; **Olgaç**, s. 49; **Kartal**, s. 331; **Çabri**, m. 544, N. 1066; **Yılmaz**, s. 57; **Tekdoğan**, s. 158, 159; **Bağcı**, s. 258; **Soyupak**, s. 59.

sınırlı çeşit vasiyeti¹⁶ de TMK m. 544/II'nin uygulanma alanına girer¹⁷. Bu türdeki vasiyetlere konu edilen mal varlığı değerleri üzerinde sağlararası tasarrufta bulunulması, vasiyet yükümlüsünün bu malları vasiyet alacaklısına kazandırmasını imkânsız hâle getirir. Buna karşılık, mirasbırakan tarafından vasiyete konu malın nitelik ve miktar olarak belirtildiği çeşit vasiyeti, bu vasiyete konu olan mal terekede bulunmasa dahi vasiyet yükümlüsü tarafından vasiyet alacaklısına sağlanmak zorunda olduğundan, sağlararası tasarrufla ortadan kaldırılamaz¹⁸. Tedarik vasiyetinde de vasiyete konu mal terekede bulunmasa dahi mirasbırakanın iradesi vasiyete konu malın tedarik edilerek vasiyet alacaklısına sağlanması olduğundan TMK m. 544/II hükmü uygulanmaz¹⁹.

Mirasçı atanması, TMK m. 544/II hükmünün uygulanma alanında değildir. Mirasbırakanın bir kişiyi mirasçı olarak ataması hâlinde, atanmış mirasçı mirasbırakanın ölümü anında terekede mevcut olan mal varlığı değerlerinin tamamı veya belirli bir kısmı üzerinde hak sahibi olur. Mirasbırakan mirasçı atadıktan sonra mal varlığı değerlerinin tamamı veya bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunsada mirasçı atanması niteliğindeki ölüme bağlı tasarruflar geçersiz hâle gelmez²⁰.

Mirasbırakanın vasiyetnamede belirli mal bırakma vasiyeti olarak ifade ettiği tasarrufların yorum yoluyla mirasçı atama niteliğinde olduğu kabul

¹⁶ Bu kavram için bkz. **Huwiler**, Bruno: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 547-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT (Hrsg. Thomas Geiser/Stefan Wolf), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, Art. 484, N. 60; **Dural/Öz**, N. 681; **Belge Çetin**, s. 174, 175.

¹⁷ Vasiyet borcunun sona ermesine ilişkin TMK m. 517/III (İMK m. 484/III) hükmü bakımından bu yönde bkz. **Huwiler**, Art. 484 ZGB, N. 60; **Dural/Öz**, N. 681; **Belge Çetin**, s. 175.

¹⁸ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 28; **Wolf/Wild**, s. 79; **Öztrak**, Rücu, s. 87; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 398; **İmre/Erman**, s. 107; **Ergüne**, s. 197; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 525; **Kartal**, s. 330, 331; **Yılmaz**, s. 57, 58; **Çabri**, m. 544, N. 1066; **Tekdoğan**, s. 158, 159; **Soyupak**, s. 59. Ayrıca krş. **Bağcı**, s. 258, 259.

¹⁹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. I/A/2.

²⁰ **Escher**, Art. 511 ZGB, N. 6; **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 28; **Öztrak**, Rücu, s. 87; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 399; **İmre/Erman**, s. 107; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 526; **Ergüne**, s. 199; **Olgaç**, s. 49; **Kartal**, s. 330; **Çabri**, m. 544, N. 1066; **Günay**, s. 94, 95; **Tekdoğan**, s. 153; **Bağcı**, s. 261; **Soyupak**, s. 59. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T. 04.11.2009, E. 2009/2-455, K. 2009/464; Yargıtay 3. HD, T. 26.04.2016, E. 2015/8642, K. 2016/6577, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023); Yargıtay 3. HD, 20.01.2020, E. 2019/759, K. 2020/342, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

edilebiliyorsa TMK m. 544/II hükmü uygulanmayacağı kabul edilmektedir²¹. Buna karşılık, mirasbırakanın belirli mal bırakma vasiyetinin mirasçı atama olarak nitelendirildiği durumlarda, istisnai olarak TMK m. 544/II hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre, mirasbırakanın vasiyetinin mirasçı atama olarak nitelendirilebildiği durumlarda, TMK m. 544/II hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür. Mesela, mirasbırakan vasiyetname yoluyla terekesindeki tek mal varlığı değeri olan taşınmazını bir kişiye bırakmışsa, mirasbırakanın bu tasarrufu mirasçı atama olarak nitelendirilir. Mirasbırakan bu tasarrufundan sonra taşınmazın mülkiyetini bir başkasına devrederse, TMK m. 544/II hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla mirasbırakanın mirasçı atama tasarrufunu geri aldığı kabul edilmelidir²². Buna karşılık, bir diğer görüşe göre, bu durumda, mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırma TMK m. 544/II uyarınca hükümden düşer ancak mirasbırakanın mirasçı atama tasarrufu geçerliliğini korur²³.

2. Tedarik Vasiyeti Bakımından TMK m. 544/II Hükmünün Uygulanamaması

Tedarik vasiyeti, terekede bulunmayan bir malın vasiyet edilmesidir. Tedarik vasiyetinde vasiyet konusu mal, vasiyetin yapıldığı sırada terekede bulunmaz veya vasiyetin yapılmasından sonra herhangi bir sebeple terekeden çıkar. Bu durumda, vasiyet yükümlüsünün vasiyete konu malı vasiyet alacaklısı için tedarik ederek mirasbırakanın isteğini yerine getirmesi gerekir²⁴.

Mirasbırakanın vasiyetinin tedarik vasiyeti niteliğinde olması hâlinde, mirasbırakan, vasiyete konu olan mal üzerinde sağlararası tasarrufta bulunsa dahi vasiyet yükümlüsünün bu malı tedarik edip vasiyeti yerine getirmesi gerekir. Bu sağlararası tasarruf, TMK m. 544/II anlamında vasiyetin geri

²¹ **Ergüne**, s. 199. Doktrindeki bir görüşe göre, mirasbırakan vasiyetname ile vakıf kurup bu vakfı mirasçı atadıktan sonra sağlararası hukuki bir işlemle aynı amaca yönelik başka bir vakıf kurup tüm mal varlığını sonraki bu vakfa tahsis ederse mirasbırakanın yaptığı bu ikinci tasarrufla vasiyetini geri aldığı kabul etmek gerekir. Bunun sebebi, iki vakfın aynı anda varlığını sürdürmesinin mümkün olmamasıdır; bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, N. 526.

²² **Ergüne**, s. 199, 200.

²³ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 28.

²⁴ **Weimer**, Art. 484 ZGB, N. 44; **Dural/Öz**, N. 682; **Serozan/Engin**, § 4, N. 139; **Çabri**, m. 517, N. 611, 612; **İmre/Erman**, s. 133; **Belge Çetin**, s. 177, 178; **Engin**, s. 864. Ayrıca bkz. BGE 101 II 25, 28, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

alınması olarak nitelendirilemez²⁵. TMK m. 544/II hükmünde belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufun “vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe” belirli mal bırakma vasiyetini ortadan kaldıracığı düzenlenmektedir. Mirasbırakanın tedarik vasiyetinde bulunması, sağlararası tasarrufla bu vasiyeti geri almak istemediği yönündeki iradesini gösterir. Başka bir ifadeyle, tedarik vasiyeti, TMK m. 544/II’nin istisnasını oluşturmaktadır²⁶. Mirasbırakanın vasiyetinin tedarik vasiyeti olup olmadığı açık değilse vasiyetin niteliği vasiyetnamenin yorumu ile belirlenmelidir²⁷.

Alman hukukunda tedarik vasiyetinin geçerliliği BGB § 2169 hükmünde düzenlenmektedir. Türk hukukundaki tedarik vasiyetine ilişkin olarak kabul edilen esaslar ile Alman hukukundaki bu hüküm örtüşmektedir. BGB § 2169 hükmüne göre vasiyet konusu mal mirasbırakanın ölümü hâlinde terekede bulunmuyorsa vasiyet geçersiz olur. Ancak mirasbırakan vasiyet konusu malın terekede bulunmasa dahi vasiyet alacaklısına kazandırılmasını öngörebilir. Bu durumda, mirasbırakanın ölümü anında o şey terekede bulunmasa dahi vasiyet geçerli olur²⁸. BGB § 2170 uyarınca, bu tür bir vasiyet söz konusu ise o şeyin tedarik edilerek vasiyet alacaklısına sağlanması gerekir. Bu hükümde malın tedarik edilememesinin sonuçlarına da yer verilmektedir²⁹.

B. Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Vasiyetname İçerisinde Yer Alması

TMK m. 544/II uyarınca sağlararası tasarrufla belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınabilmesi için vasiyetin vasiyetname içerisinde yer alması gerekir. Başka bir ifadeyle, miras sözleşmesi içerisinde yer alan belirli mal bırakma vasiyeti niteliğindeki ölüme bağlı tasarruflar TMK m. 544/II hük-

²⁵ Oğuzman, s. 224; Oğuzman, s. 172, 173; Dural/Öz, N. 548; Serozan/Engin, § 4, N. 111; İnan/Ertas/Albaş, N. 525; Ergüne, s. 197; Olgaç, s. 51; Yücel, s. 403.

²⁶ İnan/Ertas/Albaş, N. 525; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Olgaç, s. 51; Bağcı, s. 249; Soyupak, s. 59.

²⁷ Ergüne, s. 198. Mirasbırakan, kendisine ait olmadığını farkında olarak üçüncü kişiye ait olan bir malı vasiyet ediyorsa tedarik vasiyetinden söz edilir ve İMK m. 484/III (TMK m. 517/III) hükmü uygulanmaz; bkz. BGE 101 II 25, 28, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

²⁸ Bkz. Müller-Christmann, Bernd: Beck’scher Online-Kommentar (BeckOK BGB) (Hrsg. Hau, Wolfgang/Poseck, Roman), 67. Edition, C.H.Beck, München 2023, BGB § 2169, N. 7; Rudy, Mathis: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 9. Auflage, C.H.Beck, München 2022, BGB § 2169, N. 9.

²⁹ Alman hukukunda tedarik vasiyetine ilişkin açıklamalar için bkz. Müller-Christmann, BGB § 2170, N. 1 vd.; Rudy, BGB § 2170, N. 1 vd.

münün kapsamına dâhil değildir³⁰. Bunun sebebi, vasiyetnamenin tek taraflı bağlayıcı olmayan bir tasarruf olmasına karşılık³¹ miras sözleşmesinin bağlayıcı olmasıdır³². Miras sözleşmesinin kurulmasından sonra mirasbırakanın sözleşmedeki tasarruflarıyla bağdaşmayan sağlararası tasarrufları, TMK m. 527/II ve TMK m. 517/III hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır.

Miras sözleşmesi bağlayıcı olsa da miras sözleşmesine taraf olan mirasbırakanın sözleşmeye konu mallar üzerindeki tasarruf özgürlüğü TMK m. 527/II uyarınca devam eder³³. Ancak miras sözleşmesinde vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki kazandırmasıyla bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflara ve bağışlamalara itiraz³⁴ edebilir³⁵. Bu durumda vasiyet alacaklısı itiraz davasını ivazsız kazandırmada bulunulan kişiye yöneltir. Vasiyete konu mal terekede bulunmadığından vasiyet alacaklısının bu malı vasiyet yükümlüsünden istemesi TMK m. 517/III uyarınca mümkün değildir.

Miras sözleşmesindeki vasiyet alacaklısının TMK m. 527/II uyarınca itiraz hakkı, mirasbırakanın sonradan yapacağı ivazsız sağlararası kazandırmalarla sınırlı tutulmuştur. Bu sebeple miras sözleşmesindeki vasiyete konu olan malın mirasbırakan tarafından sonradan ivazlı kazandırmaya konu edilmesi hâlinde, TMK m. 527/II uygulanmaz³⁶. Bu durumda, mirasbırakanın tedarik vasiyetinde bulunması veya iradesinin kaim değerini mirasçığa veril-

³⁰ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 26; **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 27; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **Öztrak**, Rücü, s. 86; **Bağcı**, s. 261, 262.

³¹ Tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcılığının sağlararası tasarruflara kıyasla zayıf olduğu yönünde bkz. **Serozan**, s. 21. Vasiyetnamede yer alan belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınmasına ilişkin TMK m. 544/II hükmünün ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakanın bağlılıktan uzak olmasının bir örneği olduğu yönünde bkz. **Serozan**, s. 22.

³² **Escher**, Art. 511 ZGB, N. 6; **Dorjee-Good**, Art. 509-511 ZGB, N. 1; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 245; **Oğuzman**, s. 223; **Serozan/Engin**, § 4, N. 125.

³³ Miras sözleşmesinin bağlayıcılığının eksik olduğu, miras sözleşmesinin bağlayıcılık konusunda sözleşme ve vasiyetname arasında bir yerde bulunduğu yönünde bkz. **Serozan/Engin**, § 4, N. 124, 125.

³⁴ Doktrinde "itiraz"ın iptal davası olarak anlaşılması ve tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir; bkz. **Dural/Öz**, N. 619 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 250; **Serozan/Engin**, § 4, N. 117. Ayrıca bkz. ZK1 2016 14, N. 2; ZKBER.2021.72, N. 3.1, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

³⁵ TMK m. 527 kapsamındaki kazandırmalar, miras sözleşmesinin diğer tarafına karşı mirasbırakanı bağlayıcı nitelikte olan kazandırmalardır; bkz. **Serozan/Engin**, § 4, N. 118.

³⁶ **Weimer**, Vorbem. vor Art. 494 ZGB, N. 32; **Tuor**, Art. 494 ZGB, N. 21; **Dural/Öz**, N. 625; **Serozan/Engin**, § 4, N. 125; **Bağcı**, s. 263; **Çabri**, m. 527, N. 785. Bu konuda kanunda boşluk olduğu yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 245.

mesi yönünde olması ihtimalleri dışında, TMK m. 517/III hükmü uyarınca vasiyet borcunun sona ereceği kabul edilmelidir³⁷.

C. Mirasbırakanın Belirli Mal Bırakma Vasiyetiyle Bağdaşmayan Sağlararası Tasarruflarda Bulunması

1. Genel Olarak

TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınabilmesi için mirasbırakanın bu vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarruflarda bulunması gerekir. Bu çerçevede, mirasbırakanın vasiyetini geri alma iradesinin bulunması yeterli olmayıp bu iradenin sağlararası tasarrufla dış dünyaya yansıtılmış olması gerekir³⁸. TMK m. 544/II uyarınca sağlararası tasarruf, vasiyete konu malın terekede bulunmasına engel olacak nitelikteki hukuki işlemlerdir. Mesela vasiyete konu malın satılması veya bağışlanması, TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması anlamına gelir³⁹. Sağlararası tasarrufun ivazlı veya ivazsız olması TMK m. 544/II hükmünün uygulanması bakımından önemli değildir⁴⁰.

Vasiyet alacaklısı dışındaki üçüncü kişiler yararına vasiyetle bağdaşmayacak şekilde yapılan sağlararası tasarruflar, TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması niteliğini taşır. Bununla birlikte sağlararası tasarruf mirasçılar veya vasiyet alacaklısı lehine de yapılmış olabilir. Vasiyet alacaklısı lehine yapılan sağlararası tasarrufların TMK m. 544/II hükmünün kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüşe göre, vasiyet alacaklısı lehine yapılan sağlararası tasarruflar, TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınması niteliğinde değildir. Vasiyete konu malı sağlararası tasarrufla vasiyet alacaklısına devreden mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf iradesini güçlendirmekte ve ölüme bağlı tasarrufla ortaya koymuş olduğu arzularının gerçekleşmesini hızlandırmaktadır⁴¹.

³⁷ Tuor, Art. 494 ZGB, N. 24-26; Dural/Öz, N. 625; Kocayusufpaşaoğlu, s. 252; Serozan/Engin, § 4, N. 125; Bağcı, s. 263; Çabri, m. 527, N. 785.

³⁸ Ergüne, s. 197.

³⁹ Eren/Yücer Aktürk, N. 396; Kocayusufpaşaoğlu, s. 237; Oğuzman, s. 223, 224; Antalya, N. 581; İnan/Ertas/Albaş, N. 524; Ergüne, s. 194, 195; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Bağcı, s. 266, 267; Günay, s. 94, 95. Temliki tasarrufların TMK m. 544/II kapsamına girdiği yönünde bkz. Tekdoğan, s. 158; Bağcı, s. 245.

⁴⁰ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Weimer, Art. 511 ZGB, N. 29; Öztrak, Rücu, s. 91; Ergüne, s. 200; Bağcı, s. 267, 268. Sağlararası tasarrufun ivazlı veya ivazsız olmasının bazı somut olaylarda mirasbırakanın geri alma iradesinin var olup olmadığının belirlenmesinde rol oynayabileceği yönündeki katıldığımız görüş için bkz. Tuor, Art. 509-511 ZGB, N. 26; Dorjee-Good, Art. 509-511 ZGB, N. 9; Ergüne, s. 200; Bağcı, s. 267, 268.

⁴¹ Olgaç, s. 59; Yılmaz, s. 57.

Bu görüşe göre, vasiyet alacaklısı lehine yapılan sağlararası tasarrufun geçersiz hâle gelmesi durumunda, vasiyet etkisini korumaya devam eder⁴². Buna karşılık, bir diğer görüş ise bu konuda kesin bir yargıda bulunmaktan kaçınılması gerektiğini ve mirasbırakanın iradesinin araştırılmasının yerinde olacağını savunmaktadır⁴³.

Kanaatimizce, mirasbırakanın iradesinden aksi anlaşılmadıkça, mirasbırakanın vasiyete konu mal üzerinde vasiyet alacaklısı lehine sağlararası tasarrufta bulunması vasiyetin geri alınması olarak nitelendirilememelidir. Mirasbırakanın bu tasarrufunun vasiyetiyle bağdaşmadığını ileri sürmek de genellikle mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda vasiyetnamede ortaya koyduğu iradesini yineleyen mirasbırakan, genel olarak bu iradeyi geri almayı değil, daha önce gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.

Yargıtay, mirasbırakanın vasiyete konu malı vasiyet alacaklısına devrettiği somut olaylarda, mirasbırakanın bu tasarruflarını çoğunlukla vasiyet iradesinin pekiştirilmesi veya kuvvetlendirilmesi olarak nitelendirmekte ve bu tasarrufların vasiyetnamenin geri alınması anlamına gelmediği sonucuna ulaşmaktadır⁴⁴. Bu yöndeki bazı kararlarında Yargıtay, TMK m. 544/II hükmü uyarınca vasiyetnamenin geri alınabilmesi için sağlararası kazandırmanın vasiyet alacaklısına değil üçüncü kişilere yapılmasının gerektiğini ifade etmektedir⁴⁵. Buna karşılık, Yargıtay kararına konu olan bir olayda, mirasbırakan mirasçısı olan kızına taşınmazını vasiyetname yoluyla bırakmıştır. Mirasbırakan sonradan aynı taşınmazı tapuda kızına devretmiştir. Yargıtay, mirasbırakanın bu sağlararası tasarrufunu vasiyetnamenin geri alınması olarak nitelendirmiştir⁴⁶.

⁴² **Olgaç**, s. 62.

⁴³ **Bağcı**, s. 269, 270.

⁴⁴ Yargıtay 1. HD, T. 07.02.2001, E. 2001/161, K. 2001/1344, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023); Yargıtay 3. HD, 22.02.2012, E. 2012/426, K. 2012/4378; Yargıtay 3. HD, T. 17.10.2012, E. 2012/14841, K. 2012/22907, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Bu yöndeki Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz. Antalya BAM, 1. HD, T. 25.06.2020, E. 2019/1516, K. 2020/603, (**Olgaç**, s. 61, dn. 62); İstanbul BAM, 2. HD, E. 2017/769, K. 2017/923, (**Olgaç**, s. 68, dn. 64).

⁴⁵ Yargıtay 3. HD, T. 17.10.2012, E. 2012/14841, K. 2012/22907; Yargıtay 3. HD, T. 28.05.2013, E. 2013/7594, K. 2013/8560; Yargıtay 3. HD, T. 25.09.2014, E. 2014/4147, K. 2014/12521, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Bu yöndeki İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. İstanbul BAM, 7. HD, T. 29.12.2016, E. 2016/48, K. 2016/46, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁴⁶ Yargıtay 2. HD, 22.5.1989, E. 1989/3178, K. 1989/4929, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

2. Sağlararası Tasarrufun Nitelikleri

a. Sağlararası Tasarrufun Şekle Bağlı Olmaması

Türk hukukunda ölüme bağlı tasarruflar sıkı şekil şartlarına tabi tutulmaktadır⁴⁷. Bu şekil şartlarının mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunurken düşünmesinin sağlanması, ölüme bağlı tasarrufun hükümlerinin açık hâle getirilmesi ve ölüme bağlı tasarrufların tahrifinin engellenmesi gibi amaçları vardır⁴⁸. Bu çerçevede, vasiyetname de şekle bağlı bir hukuki işlemdir. Ancak vasiyetnamenin düzenlenmesi için sıkı şekil şartları öngörülse de vasiyetnameler mirasbırakan bakımından kolaylıkla etkisiz kılınabilecek tasarruflardır⁴⁹. Nitekim vasiyetnamede yer alan ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 544/II uyarınca sağlararası bir tasarrufla geri alınmasında sağlararası tasarruf özel bir şekle bağlı kılınmamıştır⁵⁰.

b. Sağlararası Tasarrufun Geçerli Olması

Vasiyetname ile yapılan belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınabilmesi için bu vasiyet ile bağdaşmayan sağlararası tasarrufun geçerli olmasının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. TMK m. 544/II hükmünde bu husus açıkça ifade edilmemektedir⁵¹. Katıldığımız görüşe göre, TMK m. 544/II hükmünün uygulanması için sağlararası tasarruf geçerli olmalıdır⁵². Sağlararası tasarrufun geçersiz olması veya sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kalkması hâlinde belirli mal bırakma vasiyeti hüküm ve sonuçlarını doğu-

⁴⁷ Serozan, s. 20, 21; Dural/Öz, N. 303 vd.

⁴⁸ Ölüme bağlı tasarrufların şekle bağlı olmasının sebepleri için bkz. Dural/Öz, N. 303 vd.; Antalya, N. 447; Serozan/Engin, § 4, N. 75.

⁴⁹ Serozan, s. 21; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 5. Baskı, Turhan, Ankara 2013, s. 124.

⁵⁰ Breitschmid, Peter: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 547-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT (Hrsg. Thomas Geiser/Stefan Wolf), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, Art. 509-511 ZGB, N. 1; Serozan/Engin, § 4, N. 111. Ayrıca bkz. BGE 116 II 411, 416, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁵¹ Fransız Medeni Kanunu'nun 1038. maddesinde vasiyetin geri alınabilmesi için vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarrufun geçerli olmasının gerekmediği açıkça ifade edilmektedir.

⁵² Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Öztrak, Rücu, s. 92; Ergüne, s. 200; İnan/Ertaş/Albaş, N. 524, 527; Olgaç, s. 51; Günay, s. 93; Bağcı, s. 249; Çabri, m. 544, N. 1070; Tekdoğan, s. 153; Soyupak, s. 59, 60. Bu yöndeki İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BAM, 7. HD, T. 29.12.2016, E. 2016/48, K. 2016/46, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Vasiyetname yapma ehliyetini haiz sınırlı ehliyetsiz bir kişi vasiyete konu mal üzerinde geçersiz bir sağlararası işlem yaparsa bu kişinin vasiyetini geri almış sayılamayacağı yönünde bkz. Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Öztrak, Rücu, s. 92; Çabri, m. 544, N. 1070.

rur⁵³. Zira kanaatimizce, mirasbırakanın hukuken sonuç doğurmayan sağlararası tasarrufları, vasiyetnamenin geri alınması bakımından geçerli bir irade beyanı gibi değerlendirilememelidir.

Bir diğer görüş, muvazaalı ve bu sebeple geçersiz bir sağlararası tasarrufun da TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınması niteliği taşıyacağını kabul etmektedir. Buna göre, vasiyetin açık veya örtülü herhangi bir şekilde geri alınabileceği göz önünde bulundurulduğunda, mirasbırakanın muvazaalı bir işlemle de vasiyeti geri alma iradesini ortaya koyması mümkün olmalıdır. Başka bir ifadeyle, vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakan, bu tasarruf muvazaalı da olsa vasiyetini geri alma iradesini açıklamış sayılmalıdır⁵⁴.

Bir başka görüş ise geçersiz sağlararası tasarrufun, mirasbırakanın geri alma yönündeki iradesini yansıttığı sürece, TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınması sonucunu doğuracağını savunmaktadır. Bu görüşe göre mirasbırakanın ehliyetindeki eksiklik sebebiyle geçersiz olan sağlararası tasarruflarda, mirasbırakanın geçerli iradesinden söz edilemeyeceğinden, bu tasarruflar TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması sonucunu doğurmaz. Buna karşılık, muvazaa sebebiyle geçersiz sağlararası tasarruflar, mirasbırakanın vasiyetini geri alma iradesini yansıtır ve sağlararası tasarruf muvazaa sebebiyle geçersiz olsa dahi TMK m. 544/II uyarınca vasiyet geri alınmış sayılır. Bu görüşe göre, diğer geçersizlik hâlleri bakımından da mirasbırakanın geri alma iradesinin mevcut olup olmadığına göre TMK m. 544/II'nin uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmelidir⁵⁵. Bu görüş uyarınca, mirasbırakanın iradesini yansıtmamasına rağmen geçerli olan tasarruflar da TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması sonucunu doğurur. Mesela irade bozukluğu hâllerinde, sağlararası tasarruf irade bozukluğuna rağmen iptal edilmemişse, TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması sonucunu doğurur⁵⁶.

Belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakanın bu tasarruf geçersiz de olsa vasiyetini geri alma ira-

⁵³ Ergüne, s. 200; Olgaç, s. 57, 58; Çabri, m. 544, N. 1070, 1073.

⁵⁴ Serozan/Engin, § 4, N. 111; Yücel, s. 403-404; İmre/Erman, s. 107, dn. 6; Bağcı, s. 278. Taşınmazların ve şirket hisselerinin muvazaalı devrinde gizli işlem şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olup mülkiyet alıcıya geçmeyeceğinden vasiyetnamenin yürürlükte kalacağı; buna karşılık, taşınmazların muvazaalı devrinde gizli işlem geçerli olup mülkiyet alıcıya geçeceğinden vasiyetnamenin hükümsüz hâle geleceği yönünde bkz. Çabri, m. 544, N. 1072.

⁵⁵ Bağcı, s. 274 vd.

⁵⁶ Bağcı, s. 277, 278. İrade bozukluğu hâlleri bakımından bu yönde ayrıca bkz. Çabri, m. 544, N. 1070.

desini açıklamış olduğu ve vasiyetin geri alınmış sayıldığı yönündeki görüşler, doktrinde haklı gerekçelerle eleştirilmektedir. Buna göre yok etme veya açıkça geri alma iradesini ortaya koyma yoluyla vasiyetnamesini geri almak yerine geçersiz bir sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakanın geri alma iradesinin yaptığı hukuki işlemin yaptırımlarına tabi olması gerekir. Nitekim vasiyetnamenin sonraki vasiyetname ile geri alınması da sonraki vasiyetnamenin geçerli olması hâlinde mümkündür. Mirasbırakanın geçerli şekilde ortaya koyduğu ölüme bağlı tasarruf iradesinin, geçersiz şekilde ortaya koyduğu sağlararası tasarruf iradesine tercih edilmesi gerekir. Aksi takdirde, vasiyete konu mal varlığı değerini yasal mirasçılara bırakmak istemediği için vasiyette bulunan mirasbırakanın bu arzusu geçersiz bir hukuki işlem sebebiyle yerine getirilmemiş olacaktır⁵⁷.

Belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufun muvazaa sebebiyle geçersiz olması hâlinde TMK m. 544/II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı Yargıtay kararlarında da tartışılmaktadır. Bu hususta Yargıtay'ın vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarrufun muvazaa sebebiyle geçersiz olsa dahi TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması niteliği taşıyacağı yönünde kararları bulunmaktadır⁵⁸. Buna karşılık, Yargıtay kararlarındaki hâkim görüş, TMK m. 544/II'nin uygulanması için sağlararası tasarrufun geçerli olması gerektiği ve sağlararası tasarrufun muvazaalı olması hâlinde vasiyetin geri alınmış sayılmayacağı yönündedir⁵⁹.

⁵⁷ TMK m. 544/II'nin uygulanabilmesi için sağlararası tasarrufun geçerli şekilde yapılmasının gerektiğine ilişkin bu açıklamalar için bkz. **Ergüne**, s. 200 vd. Bu görüş uyarınca, özellikle mirasbırakanın iradesinin sakatlandığı sağlararası tasarruflara sonuç bağlanması ve bu tasarruflarda mirasbırakanın vasiyetini geri aldığı kabul edilmesi, mirasbırakanın menfaatlerine uygun düşmeyecektir; bkz. **Ergüne**, s. 201.

⁵⁸ Yargıtay 2. HD, T. 10.03.2004, E. 2004/1789, K. 2004/3035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023); Yargıtay 1. HD, T. 10.06.2015, E. 2015/7280, K. 2015/8606; Yargıtay 1. HD, T. 17.03.2015, E. 2015/2417, K. 2015/3641, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Yargıtay'ın vasiyetin geri alınabilmesi için vasiyet ile bağdaşmayan sağlararası işlemin geçerli olmasının gerektiği ancak şekle uygun yapılan satış işlemin muvazaalı olup olmadığının araştırılmasına gerek olmadığı yönündeki kararı için bkz. Yargıtay 3. HD, T. 04.04.2016, E. 2015/11117, K. 2016/5062, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁵⁹ Bkz. Yargıtay HGK, T. 21.11.2001, E. 2001/1-958, K. 2001/1035; Yargıtay HGK, T. 06.11.2002, E.2002/2-874, K. 2002/893; Yargıtay HGK, T. 04.11.2009, E. 2009/2-455, K. 2009/464; Yargıtay HGK, T.19.09.2012, E. 2012/3-235, K. 2012/600; Yargıtay 3. HD, T. 26.04.2016, E. 2015/8642, K. 2016/6577, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD, T. 28.05.2013, E. 2013/7594, K. 2013/8560; Yargıtay 3. HD, T. 17.10.2012, E. 2012/14841, K. 2012/22907; Yargıtay 3. HD, 20.01.2020, E. 2019/759, K. 2020/342; Yargıtay 3. HD, T. 25.09.2014, E. 2014/4147, K. 2014/12521, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023);

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yöndeki bir kararında⁶⁰, TMK m. 544/II hükmünün uygulanabilmesi için sağlararası işlemin geçerli olması şartı detaylı olarak tartışılmıştır. Bu karara konu olan olayda, mirasbırakan, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine verilecek olan sekiz dairenin ikisini vasiyetnamesinde bir kişiye bıraktıktan sonra dairelerinin tamamını başka bir kişiye devretmiştir. Mirasbırakan, tapuda satış olarak gösterilen bu işlemi bağışlama amacıyla yapmış, taşınmazların devri karşılığında hiçbir bedel almamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu kararında, muvazaalı olduğu için kesin hükümsüz olan bu işlemin geçerli olmadığı için vasiyetin TMK m. 544/II (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 491) uyarınca geri alınması sonucunu doğurmayacağına karar vermiştir. Bu karardaki karşı oy yazılarından birinde, mirasbırakanın tapudaki iradesini açıklamasıyla vasiyetini geri almış sayılacağı, bu sözleşmenin niteliğinin araştırılmasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüş, yapılan satış işleminde mirasbırakanın iradesini muvazaalı işlem yapmak değil, vasiyetini geri almak olarak yorumlamıştır.

Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda ise, mirasbırakan vasiyete konu taşınmazı vasiyet alacaklısının üzerine tapuda tescil ettirmiştir. Ancak mirasbırakanın yaptığı bu işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay, bu olayda, sağlararası tasarrufun vasiyet alacaklısı lehine yapıldığı için vasiyet iradesini ortadan kaldırmadığını ve bu sebeple vasiyetin geri alınmış sayılmayacağını ifade etmiştir⁶¹. Kanaatimizce de bu olayda vasiyetin geri alınmış olduğu kabul edilememelidir. Ancak bunun sebebi, sağlararası tasarrufun vasiyet alacaklısı lehine yapılması değil, muvazaa sebebiyle geçersiz olmasıdır⁶².

c. Sağlararası Tasarrufun İradi Olması

TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınabilmesi için sağlararası tasarrufun mirasbırakanın iradesine dayalı olarak yapılmış olması gerekir. Mirasbırakanın iradesi dışında

Yargıtay 3. HD, T. 15.09.2009, E. 2009/12752, K. 2009/13815 (Olgaç, s. 59, dn. 61). Bu yöndeki İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BAM, 2. HD, T. 12.04.2017, E. 2017/363, K. 2017/391, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁶⁰ Yargıtay HGK, T. 21.11.2001, E. 2001/1-958, K. 2001/1035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁶¹ Yargıtay 1. HD, T. 07.02.2001, E. 2001/161, K. 2001/1344, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁶² Bu yönde ayrıca bkz. Ergüne, s. 195, dn. 524.

gerçekleşen hukuki işlemler, TMK m. 544/II kapsamında değildir⁶³. Mesela, kamulaştırma yoluyla vasiyet konusu malın terekeden çıkması hâlinde TMK m. 544/II hükmü uygulanmaz⁶⁴. Bu durumda, TMK m. 517/III uyarınca vasiyet borcunun sona ermesinden söz edilir⁶⁵. Aynı şekilde, vasiyet konusu malın cebri icra yoluyla satılması hâlinde de TMK m. 544/II hükmü uygulanma alanı bulmayacaktır⁶⁶.

Doktrinde, belirli mal bırakma vasiyetine konu olan malın mirasbırakan tarafından yok edilmesi, tüketilmesi, terk edilmesi veya başka bir şeyle ayrılmayacak şekilde birleştirilmesi gibi hâllerde, TMK m. 544/II hükmünün uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumlarda, mirasbırakanın iradesine göre vasiyetini geri aldığı kabul edilebileceği gibi vasiyet borcunun sona ermesine ilişkin TMK m. 517/III hükmü de uygulanabilir⁶⁷.

3. Koşula Bağlı Sağlararası Tasarrufların Belirli Mal Bırakma Vasiyetine Etkisi

Belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufun koşula bağlı olması hâlinde, belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınması sonucunun doğup doğmayacağı koşulun türüne göre belirlenir. Başka bir ifadeyle, sağlararası tasarrufun bağlı olduğu koşulun geciktirici veya bozucu olması, belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınıp alınmadığı konusunda belirleyicidir.

⁶³ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Breitschmid, Art. 509-511 ZGB, N. 8; Dorjee-Good, Art. 509-511 ZGB, N. 9; Lenz, Martin: Praxiskommentar, Erbrecht (Hrsg. Daniel Abt/Thomas Weibel), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 511 ZGB, N. 4; Öztrak, Rücu, s. 91; Eren/Yücer Aktürk, N. 398; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Ergüne, s. 197, dn. 519; Öztan, s. 212; Olgaç, s. 73; Bağcı, s. 251, 252. Ayrıca bkz. ve krş. Bağcı, s. 256. Doktrinde bir görüşe göre vasiyetnameyi geri alma niyeti bulunan ve malın cebri icra veya kamulaştırma gibi irade dışı bir sebeple mal varlığından ayrılmasına göz yuman mirasbırakan TMK m. 544/II uyarınca vasiyetnameyi geri almış sayılmalıdır; bkz. Bağcı, s. 255, 256.

⁶⁴ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Breitschmid, Art. 509-511 ZGB, N. 8; Lenz, Art. 511 ZGB, N. 4; Öztrak, Rücu, s. 91; Eren/Yücer Aktürk, N. 398; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Ergüne, s. 197, dn. 519; Olgaç, s. 73.

⁶⁵ Öztrak, Rücu, s. 93, 94; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Olgaç, s. 73, 75; Kartal, s. 332, 333.

⁶⁶ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Öztrak, Rücu, s. 91; Ergüne, s. 197, dn. 519; Olgaç, s. 73. Mesela, belirli mal bırakma vasiyetine konu olan taşınmaz üzerinde mirasbırakanın ipotek tesis ettirmesi ve daha sonra borcunu ifa etmediği için ipotek altına alınan bu taşınmazın cebri icra yoluyla satılması söz konusu olabilir. Bunun gibi, mal varlığının cebri icra yoluyla terekeden çıkması hâlinde, mirasbırakanın iradi bir tasarrufu söz konusu olmadığından TMK m. 544/II hükmü uygulanmaz; bu örnek için bkz. Olgaç, s. 73.

⁶⁷ Serozan/Engin, § 4, N. 111; Bağcı, s. 273.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 170/I uyarınca, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmışsa geciktirici koşul söz konusudur. Belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarruf geciktirici koşula bağlanmışsa, koşul gerçekleşene kadar sağlararası tasarruf hüküm doğurmaz. Bu sebeple koşul gerçekleşene kadar belirli mal bırakma vasiyeti geri alınmış sayılmaz⁶⁸.

TBK m. 173/I uyarınca, bir sözleşmenin sona ermesi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmışsa bozucu koşul söz konusudur. Bozucu koşulun gerçekleşmesi sonucunda sözleşmenin hükümleri koşulun gerçekleştiği andan itibaren ortadan kalkar. Belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufun bozucu koşula bağlanması hâlinde, bozucu koşul gerçekleşene kadar sağlararası tasarruf hüküm doğurur. Başka bir ifadeyle, bozucu koşula bağlı sağlararası tasarruf TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetini ortadan kaldırmış olur. Bozucu koşulun gerçekleşmesi sonucunda vasiyete konu mal terekeye döner. Vasiyetnamenin yorumundan aksi anlaşılmadıkça, sağlararası tasarruf geçersiz hâle gelse bile geri alınmış sayılan vasiyet tekrar geçerli hâle gelmez⁶⁹.

4. Kanuni Temsilci Tarafından Yapılan Sağlararası Tasarrufların Belirli Mal Bırakma Vasiyetine Etkisi

Mirasbırakanın iradi temsilcisi, yetkisi dâhilinde mirasbırakanın vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunursa vasiyet geri alınmış sayılır⁷⁰. Buna karşılık, mirasbırakanın kanuni temsilcisinin mirasbırakanın belirli mal bırakma vasiyeti ile bağdaşmayan bir sağlararası tasarrufta bulunması hâlinde mirasbırakanın iradesinin incelenmesi gerekir. Kanuni temsilcinin vasiyete konu mal üzerinde sağlararası tasarrufta bulunması, kural olarak mirasbırakanın vasiyeti geri alma iradesini göstermez. Aksinin kabul edilmesi, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufu bir başkasının geri alması anlamına gelir. Buna karşılık, mirasbırakanın kanuni temsilcisi tarafından yapılan bu sağlararası tasarrufun sonuçlarını benimsemesi hâlinde vasiyetini geri aldığı kabul edilmelidir⁷¹.

⁶⁸ Escher, Art. 511 ZGB, N. 7; Öztrak, Rücu, s. 90; Ergüne, s. 196, dn. 518; Olgaç, s. 69.

⁶⁹ Öztrak, Rücu, s. 90, 91; Ergüne, s. 202; Olgaç, s. 70.

⁷⁰ Ergüne, s. 202, dn. 531. Bu konuda bkz. Yargıtay 2. HD, T. 06.12.2007, E. 2007/17561, K. 2007/17076, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁷¹ Ergüne, s. 202. Krş. Bağcı, s. 287, dn. 910. Mirasbırakanın sağlararası tasarrufu benimsediğine ilişkin ispat yükü, TMK m. 544/II hükmüne dayanarak vasiyetin geri alındığı iddia eden kişidedir; bkz. Ergüne, s. 203, dn. 532.

Vasiyetnameyi düzenledikten sonra tam ehliyetsiz hâle gelen mirasbırakanın kanuni temsilcisi, mirasbırakanın vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunursa vasiyetin TMK m. 544/II uyarınca geri alındığı kabul edilemez. Bu durumda, mirasbırakanın bu tasarrufun sonuçlarını benimsemesi mümkün olmadığı için vasiyetini geri aldığı söylenemez⁷².

Kanuni temsilci tarafından yapılan sağlararası tasarrufun sonuçlarının mirasbırakan tarafından benimsenmemesi hâlinde TMK m. 544/II uygulanmaz. Ancak, bu durumda sağlararası tasarrufun sonucunda vasiyete konu mal mirasbırakanın terekesinden çıkmış olacağı için TMK m. 517/III uyarınca vasiyet borcunun sona ermesinden söz edilir. Bu durumda, vasiyet tedarik vasiyeti niteliğindeyse veya mirasbırakanın iradesi vasiyete konu malın yerine geçen ikame değerini vasiyet alacaklısına kazandırılması yönündeysen TMK m. 517/III hükmü de uygulanmaz⁷³.

D. Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin İfasının İmkânsızlaşması

TMK m. 544/II hükmü bir tür sonraki imkânsızlık örneğidir⁷⁴. TMK m. 544/II uyarınca sağlararası tasarrufla belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınabilmesi için vasiyetle bağdaşmayan bu tasarruf sonucunda malın terekeden ayrılması ve ifasının imkânsız hâle gelmesi gerekir. Belirli mal bırakma vasiyeti sağlararası tasarrufla birlikte yerine getirilebiliyorsa TMK m. 544/II hükmü uygulanmaz⁷⁵. Bu sebeple, doktrinde, vasiyete konu mal üzerinde sonradan rehin hakkı tesis edilmesinin belirli mal bırakma vasiyetinin yerine getirilmesine engel olmayacağı düşüncesiyle vasiyetin geri alınması anlamına gelmediği ifade edilmektedir⁷⁶.

Belirli mal bırakma vasiyetine konu olan mal üzerinde mirasbırakan tarafından sınırlı ayni hak kurulmasının TMK m. 544/II uyarınca vasiyetin geri alınması niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Bu konuda bir görüşe göre vasiyete konu mal üzerinde sınırlı ayni hak kurulması bu hükme göre

⁷² Ergüne, s. 202, dn. 531; Bağcı, s. 286, 287.

⁷³ Ergüne, s. 202, 203.

⁷⁴ Breitschmid, Art. 509-511 ZGB, N. 8; Wolf/Wild, s. 79; Eren/Yücer Aktürk, N. 397.

⁷⁵ Tuor, Art. 509-511 ZGB, N. 30; Dorjee-Good, Art. 509-511 ZGB, N. 9; Dural/Öz, N. 550; Olgaç, s. 53, 54; Çabri, m. 544, N. 1074; Soyupak, s. 60.

⁷⁶ Bkz. Tuor, Art. 509-511 ZGB, N. 30; Oğuzman, s. 223, dn. 454; Dural/Öz, N. 550; Antalya, N. 582; Olgaç, s. 53; Ergüne, s. 196, dn. 518; Tekdoğan, s. 158; Çabri, m. 544, N. 1074; Soyupak, s. 60. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD, T. 28.02.1947, E. 3701, K. 1160 (Şener, Esat: Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Vasiyet Hukuku, Seçkin, Ankara 1995, s. 380.)

vasiyetin geri alındığının kabul edilmesi için yeterli değildir⁷⁷. Buna karşılık, bir diğer görüş, vasiyete konu mal üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasını bazı durumlarda vasiyetin kısmen geri alınması olarak nitelendirmektedir⁷⁸. Bu görüşe göre, vasiyete konu taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması hâlinde vasiyet alacaklısı bu taşınmazı irtifak hakkıyla sınırlandırılmış şekilde kazanacağından mirasbırakanın vasiyetini kısmen geri aldığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, taşınmaz üzerinde ipotek kurulduğunda kural olarak kısmen geri almadan söz edilememelidir. Bunun sebebi mirasbırakanın borçlarından mirasçılarının sorumlu olmasıdır. Vasiyet alacaklısı ipotekle güvence altına alınan borcu ödedikten sonra ipoteği kaldırabilecek ve bu borç için mirasçılara rücu edebilecektir. Bu sebeple, mirasçının iradesinden aksi anlaşılmadıkça vasiyete konu mal üzerinde ipotek kurulması vasiyetin kısmen geri alınması olarak nitelendirilmemelidir⁷⁹.

TMK m. 544/II uyarınca belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınmasına yol açan sağlararası tasarrufların borçlandırıcı işlemleri kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre mirasbırakanın vasiyetle bağdaşmayan bir borçlandırıcı işleme taraf olması hâlinde TMK m. 544/II hükmü uygulanmaz. Bu görüşe göre vasiyetin geri alınması, bu vasiyetle bağdaşmayan bir tasarruf işleminin yapılması ile mümkündür⁸⁰. Mesela, mirasbırakanın vasi-

⁷⁷ **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 29; **İnan/Ertaş/Albaş**, N. 529. Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD, T. 14.12.1967, E. 5643, K. 5392, (**Yazıcı**, Hilmi/**Atasoy**, Hasan: Şahıs, Aile ve Miras Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Kardeş Matbaası, Ankara 1970, s. 961, 962) İntifa hakkı bakımından bu yönde bkz. **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 30; İntifa, oturma ve rehin hakları bakımından bu yönde bkz. **Çabri**, m. 544, N. 1074. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, mirasbırakan, taşınmazını vasiyetnamesine konu ettikten sonra taşınmaz üzerindeki eski binayı yıkmış ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmıştır. Bu kararda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmasının vasiyetname ile bağdaşmayan bir işlem olmadığına karar verilmiştir; bkz. Yargıtay 2. HD, 26.05.2008, E. 2007/8435, K. 2008/7325, (**Olgaç**, s. 53, dn. 55). Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda, vasiyete konu olan ev, mirasbırakanın iradesiyle arsaya dönüştürülmüş ve daha sonra yerine apartman inşa edilmiştir. Yargıtay, bu kararında, mirasbırakanın bu tasarrufunun vasiyetle bağdaşmayan tasarruflardan olmadığını ve mirasbırakanın bu tasarrufuyla vasiyet alacaklısına yaptığı yardımı daha mümkün ve avantajlı hâle getirdiğini ifade etmiştir, (**Yazıcı/Atasoy**, s. 961, 962).

⁷⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 89, 90.

⁷⁹ **Öztrak**, Rücu, s. 89, 90. Krş. **Bağcı**, s. 266.

⁸⁰ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 26; **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 29; **Öztrak**, Rücu, s. 89; **Oğuzman**, s. 224, dn. 454a; **Hatemi**, § 8, N. 13; **Antalya**, N. 582; **Olgaç**, s. 51, 52; **Kartal**, s. 331; **Çabri**, m. 544, N. 1070. Krş. **Bağcı**, s. 270-272. Bu yönde ayrıca bkz. Obergericht, II. Zivilkammer, 1. Dezember 1967, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 11. Juli 1968 (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR] 69/1970, s. 26). Bu konuya kanunda açıklık getirilmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. **Hatemi**, § 8, N. 13; **Bağcı**, s. 271, 272.

yete konu mala ilişkin olarak vasiyetle bağdaşmayacak şekilde bir bağışlama taahhüdünde bulunması vasiyete konu malın terekeden çıkması için yeterli olmayacağından vasiyetin geri alınması anlamına gelmez⁸¹. Buna karşılık, katıldığımız görüşe göre, mirasbırakan borçlandırıcı bir işlemle vasiyet konusu malı devir borcu altına girmişse de TMK m. 544/II hükmü uyarınca vasiyetini geri almış sayılır. Zira bu durumda, terekede mevcut olan vasiyete konu mal aslında ekonomik olarak terekeden ayrılmış kabul edilmelidir⁸². Nitekim TMK m. 603/I hükmüne göre mirasın kazanılması sırasında mirasbırakanın alacaklıları vasiyet alacaklılarına göre önceliklidir. Başka bir ifadeyle, vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın alacaklılarının alacakları karşılandıktan sonra terekede mevcudu üzerinden haklarını elde edebilecektir. Mirasbırakan vasiyete konu malı devir borcu altına girdiyse bu mal vasiyet alacaklısına değil mirasbırakanın alacaklısına devredilmeli ve mirasbırakanın vasiyetini geri aldığı kabul edilmelidir.

E. Mirasbırakanın TMK m. 544/II Hükmünün Aksini Öngörmemiş Olması

TMK m. 544/II hükmü belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakanın vasiyeti geri alma iradesine yönelik bir karineyi düzenlemektedir. Ancak mirasbırakanın bunun aksini öngörmesi mümkündür⁸³. Mirasbırakanın TMK m. 544/II hükmünün aksini öngörüp öngörmediği vasiyetnamenin yorumu yoluyla belirlenebilir. TMK m. 544/II hükmünün uygulanmaması için vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakanın iradesinin vasiyetin geri alınması yönünde olmadığına anlaşılması gerekir. Mirasbırakan, bu yöndeki iradesini şekil şartına tabi olmaksızın her türlü davranışı ile ortaya koyabilir⁸⁴. Mirasbıra-

⁸¹ **Oğuzman**, s. 224, dn. 454a; **Antalya**, N. 582; **Olgaç**, s. 52. Satış vaadi örneği için bkz. **Hatemi**, § 8, N. 13; **Çabri**, m. 544, N. 1070. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD, T. 30.09.1963, E. 5131, K. 5128, (**Şener**, s. 379).

⁸² **Ergüne**, s. 196, dn. 518. Bu yönde ayrıca bkz. İstanbul BAM, 7. HD, T. 29.12.2016, E. 2016/48, K. 2016/46, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Vasiyete konu mala ilişkin borçlandırıcı işlem yapılmış ancak tasarruf işlemi gerçekleşmemişse TMK m. 544/II (İMK m. 511/II) hükmünün kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 29. Alman hukukunda da BGB § 2169/III uyarınca vasiyetin hükümsüz kılınması için vasiyete konu olan mala ilişkin borçlandırıcı işlem yapılması yeterli görülmektedir; bkz. **Rudy**, BGB § 2169, N. 6; **Müller-Christmann**, BGB § 2169, N. 5.

⁸³ **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 31, 32; **Ergüne**, s. 198, dn. 524; **Çabri**, m. 544, N. 1069; **Belge Çetin**, s. 171-173.

⁸⁴ **Ergüne**, s. 198, dn. 524; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237, dn. 24. Mirasbırakanın aksini ölüme bağlı tasarrufu yaparken veya daha sonra yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla

kanın iradesinin vasiyetin geri alınması yönünde olmadığını ispat yükü vasiyet alacaklısındadır⁸⁵.

Mirasbırakanın tedarik vasiyetinde bulunduğu⁸⁶ veya iradesinin belirli mal bırakma vasiyetinde bulunduğu kişiye mal varlığından çıkan malın yerine değerinin ödenmesi yönünde olduğu⁸⁷ hâllerde vasiyetin geri alındığından söz edilemez. Mirasbırakanın iradesinin vasiyete konu malın yerine geçen ikame değerini vasiyet alacaklısına kazandırılması yönünde olup olmadığı somut olaydan açıkça anlaşılabilir. Bu konuya ilişkin şüphe hâlinde, TMK m. 544/II'deki karinenin uygulanması ve mirasbırakanın vasiyetini geri aldığı kabul edilmesi gerekir⁸⁸.

Mirasbırakanın TMK m. 544/II hükmünün aksini öngördüğünün anlaşıldığı hâller doktrinde bazı somut olay örnekleriyle açıklanmaktadır. Bu çerçevede, mirasbırakanın elinden çıkaracağını bildiği bir malı vasiyetine konu etmesi hâlinde, yapacağı sağlararası tasarruftaki iradesinin vasiyetin geri alınması yönünde olmayacağı kabul edilebilir. Yine, mirasbırakanın iradesinin yorumunda mirasbırakanın sağlararası tasarrufu yapmaktaki amacı, vasiyet konusu mal varlığı değeri yerine terekeye giren ikame değeri saklamayı tercih etmesi veya bu değeri benzer nitelikte bir mal edinerek kullanması önemli olabilir⁸⁹. Mesela, mirasbırakanın ekonomik açıdan zor durumda olduğu bir dönemde vasiyete konu malı elinden çıkarmak zorunda

ifade etmesi gerektiği yönünde bkz. **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 31, 32; **Belge Çetin**, s. 171-173. Mirasbırakanın iradesinin elinden çıkardığı malın tedarik edilerek vasiyet alacaklısına verilmesi yönünde olduğunun kabul edilebilmesi için bu iradenin zimnen de olsa vasiyetnamede ifade edilmiş olması gerektiği yönünde bkz. **Weimer**, Art. 484 ZGB, N. 45.

⁸⁵ **Tuor**, Art. 509-511 ZGB, N. 26; **Öztrak**, Rücu, s. 91; **Çabri**, m. 544, N. 1069. Mirasbırakanın iradesinin vasiyete konu malın yerine geçen ikame değerini, vasiyet alacaklısına kazandırılması yönünde olduğunun ispat yükünün vasiyet alacaklısında olduğu yönünde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 91; **Ergüne**, s. 198; **Dural/Öz**, N. 548. İvazlı temliklerde mirasbırakanın iradesinin vasiyetin geri alınması yönünde olmadığını ispatının ivazsız temliklere kıyasla daha kolay olduğu yönünde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 91.

⁸⁶ **Dural/Öz**, N. 548; **Antalya**, N. 583; **Bağcı**, s. 249; **Bağcı**, s. 258; **Soyupak**, s. 59; **Çaldağ**, s. 292, dn. 169.

⁸⁷ **Escher**, Art. 511 ZGB, N. 7; **Öztrak**, Rücu, s. 91; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237; **Oğuzman**, s. 224; **Serozan/Engin**, § 4, N. 111; **Antalya**, N. 583; **Öztan**, s. 212; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 528; **Ergüne**, s. 198; **Dural/Öz**, N. 548; **Kartal**, s. 331; **Bağcı**, s. 258; **Soyupak**, s. 59; **Çaldağ**, s. 292, dn. 169.

⁸⁸ **Ergüne**, s. 198. Sağlararası tasarrufun yapılmış olmasının vasiyetnamenin geri alındığının kabul edilmesi için yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz. **Weimer**, Art. 511 ZGB, N. 30.

⁸⁹ **Ergüne**, s. 198.

kalması ve daha sonra bu mal yerine benzer bir şey satın alması hâlinde mirasbırakanın iradesinin vasiyetin geri alınması yönünde olmadığı söylenebilir⁹⁰.

Sonuç olarak, vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarrufta bulunan mirasbırakanın iradesinden vasiyeti geri almadığı anlaşılıyorsa TMK m. 544/II uygulanmaz. Ancak bu hâlde, mirasbırakanın ölümü anında vasiyete konu mal terekede bulunmayacağı için vasiyet borcunun sona ermesine ilişkin TMK m. 517/III hükmü uygulanabilir⁹¹. Vasiyetin tedarik vasiyeti niteliğinde olduğu⁹² veya mirasbırakanın iradesinin vasiyete konu malın yerine geçen ikame değerini vasiyet alacaklısına kazandırılması yönünde olduğu⁹³ hâllerde TMK m. 517/III hükmü de uygulanmaz.

II. TMK M. 544/II HÜKMÜNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. Vasiyetnamenin veya Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Sağlararası Tasarrufla Kısmen Geri Alınması

Mirasbırakan vasiyetnamede yer alan birden fazla ölüme bağlı tasarrufun bir kısmını geri alabilir. Vasiyetnamede birden fazla ölüme bağlı tasarruf bulunuyorsa, mirasbırakanın yaptığı sağlararası tasarrufla bağdaşmayan belirli mal bırakma vasiyeti geri alınmış sayılır. Bu durumda, vasiyetnamedeki diğer tasarruflar geçerliliğini korur⁹⁴. Ancak geri alınan belirli mal bırakma vasiyetiyle, vasiyetnamedeki diğer tasarruflar arasında sıkı bir bağlantı varsa ve bu vasiyet olmadan diğer tasarruflar anlamsız hâlde geliyorsa TBK m. 27/II hükmüne kıyasen vasiyetnamenin tamamının geri alındığı kabul edilmelidir⁹⁵.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, mirasbırakan taşınmazlarını resmî vasiyetname ile bıraktıktan sonra vasiyet alacaklılarından birine taşınmazlarından birini satmıştır. Bu kararda, Yargıtay, vasiyetnamenin sadece bu taşınmaz bakımından geri alındığına karar vermiştir. Başka bir ifadeyle,

⁹⁰ Örnekler için bkz. **Ergüne**, s. 198.

⁹¹ **Ergüne**, s. 199.

⁹² **Lenz**, Art. 511 ZGB, N. 3. Ayrıca bkz. 5A_114/2008, N. 2.1, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Vasiyetin niteliğinin tedarik vasiyeti olduğu konusundaki ispat yükünün vasiyet alacaklısında olduğu yönünde bkz. 5A_114/2008, N. 2.1, (swisslex.ch, Erişim Tarihi: 04.12.2023).

⁹³ **Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 20.

⁹⁴ **Ergüne**, s. 195, dn. 515; **Dorjee-Good**, Art. 509-511 ZGB, N. 9; **Oğuzman**, s. 224; **Yücel**, s. 402, 403; **Çabri**, m. 544, N. 1067; **Soyupak**, s. 60. Bu yönde bkz. Yargıtay 2. HD, T. 07.01.1997, E. 1996/11382, K. 1997/90, (**Ergüne**, s. 195, dn. 515).

⁹⁵ **Ergüne**, s. 195, dn. 515.

Yargıtay bu olayda mirasbırakanın vasiyetnameyi kısmen geri aldığı kabul etmiştir⁹⁶.

Sağlararası tasarrufla belirli mal bırakma vasiyetinin kısmen geri alınması da mümkündür⁹⁷. Bunun için belirli mal bırakma vasiyetinin bölünebilir nitelikte olması ve sağlararası tasarrufun bu vasiyetin bir kısmını ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Vasiyetin kısmen geri alınmasında, geriye kalan kısım ekonomik veya fiili açıdan tek başına anlam ifade etmiyorsa TBK m. 27/II hükmüne kıyasen vasiyetin tamamının geri alındığı kabul edilmelidir⁹⁸.

Mirasbırakan kütüphanedeki kitaplar veya koleksiyonlar gibi bir mal topluluğunu vasiyetine konu etmiş ve sonradan sağlararası işlemle bu mal topluluğuna ait malların bir kısmı üzerinde tasarruf etmiş olabilir. Bu durumda mirasbırakanın TMK m. 544/II uyarınca vasiyetini geri almış sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre mirasbırakanın bu işlemle TMK m. 544/II uyarınca vasiyetini geri aldığı söylenememelidir. Bu durumda, vasiyete konu malın kapsamı mirasbırakanın ölümü anındaki duruma göre belirlenmelidir⁹⁹. Buna karşılık, bir diğer görüşe göre, bu türden bir mal topluluğunun ferden belirlenmiş bir mal olarak nitelendirilmesi ve bu topluluğun bir kısmı üzerinde tasarruf eden mirasbırakanın TMK m. 544/II uyarınca vasiyetini geri aldığı kabul edilmesi gerekir¹⁰⁰.

B. TMK m. 544/II'nin Şartları Gerçekleştikten Sonra Belirli Mal Bırakma Vasiyetine Konu Olan Malın Mirasbırakanın Mal Varlığına Yeniden Dâhil Olması

Mirasbırakanın belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufla bulunmasından sonra, başka bir ifadeyle belirli mal bırakma vasiyetini geri almasından sonra, malın tekrar mal varlığına dâhil olmasının hukuki sonuçları tartışmalıdır. Katıldığımız hâkim görüşe göre, vasiyetle

⁹⁶ Bkz. Yargıtay 3. HD, T. 3.3.2014, E. 2013/19036, K. 2014/3220, (Yargıtay Karar Arama, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.12.2023). Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T.19.09.2012, E. 2012/3-235, K. 2012/600; Yargıtay 2. HD, T. 3.3.2004, E. 2004/1807, K. 2004/2635, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.12.2023); Yargıtay 2. HD, T. 07.01.1997, E. 1996/11382, K. 1997/90, (Çabri, N. 1067, dn. 2041).

⁹⁷ **Öztrak**, Rücu, s. 89; **Ergüne**, s. 195, dn. 515; **Olgaç**, s. 49, 50; **Tekdoğan**, s. 158. Bu yönde bkz. Yargıtay 3. HD, T. 14.05.2009, E. 2009/4359, K. 2009/8508, (**Olgaç**, s. 50, dn. 49)

⁹⁸ **Olgaç**, s. 49, 50.

⁹⁹ **Oğuzman**, s. 224, dn. 457; **Ergüne**, s. 198, 199, dn. 525.

¹⁰⁰ **Öztrak**, Rücu, s. 88.

bağdaşmayan sağlararası tasarrufla terekeden çıkan mal, sonradan bir şekilde terekeye tekrar dönerse vasiyet kural olarak canlanmaz¹⁰¹. Zira vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası tasarrufla bulunan mirasbırakanın iradesi genellikle vasiyetini geri almaktır. Bu şekilde bir tasarrufla bulunan mirasbırakan TMK m. 544/II uyarınca vasiyetini geri alma iradesini ortaya koymaktadır. Ancak somut olay bakımından bunun aksi ispatlanırsa, başka bir ifadeyle vasiyet alacaklısı tarafından TMK m. 544/II'deki karine çürütülürse vasiyet tekrar canlanır¹⁰².

Bir diğer görüşe göre ise, vasiyetle bağdaşmayan sağlararası tasarruflun yapılmasından sonra vasiyete konu malın mirasbırakanın malvarlığına dönme sebebi vasiyetin canlanıp canlanmayacağı konusunda belirleyici olmalıdır. Vasiyetin geri alınmasının geri alınması da mümkündür. Bu sebeple özellikle mirasbırakanın iradesiyle malı tekrar mal varlığına kazandırması hâlinde vasiyetin canlanacağı kabul edilmelidir. Mirasbırakan, yok etme veya yeni bir vasiyetname düzenleme yöntemleriyle vasiyetnameyi geri almadıkça, vasiyet alacaklısı lehine yorum yapılmalıdır¹⁰³.

C. Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Geri Alınmasına İlişkin TMK m. 544/II Hükmünün Vasiyet Borcunun Sona Ermesine İlişkin TMK m. 517/III Hükmü ile İlişkisi

Vasiyet borcunun sona ermesine ilişkin TMK m. 517/III ve belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınmasına ilişkin TMK m. 544/II hükümleri benzer sonuçlar doğuran düzenlemelerdir. Her iki hükümde de belirli şartların gerçekleşmesiyle vasiyet hükümsüz hâle gelmektedir¹⁰⁴. Vasiyetin hükümsüzleşmesi, TMK m. 517/III hükmünde kanun gereği gerçekleşirken TMK m. 544/II hükmünde mirasbırakanın iradesine bağlı olarak gerçekleşir¹⁰⁵.

Vasiyet borcunun sona ermesini düzenleyen TMK m. 517/III hükmüne rağmen TMK m. 544/II hükmünün kanunda düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı doktrinde tartışılan bir konudur¹⁰⁶. Zira vasiyet borcunun ifasının

¹⁰¹ Escher, Art. 511 ZGB, N. 8; Öztrak, Rücu, s. 94; Oğuzman, s. 224, dn. 454b; Kocayusufpaşaoğlu, s. 237, dn. 24; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Ergüne, s. 203; Olgaç, s. 74 vd.; Kartal, s. 332; Çabri, m. 544, N. 1075; Soyupak, s. 60.

¹⁰² Escher, Art. 511 ZGB, N. 8; Öztrak, Rücu, s. 94; Kocayusufpaşaoğlu, s. 237, dn. 24; Ergüne, s. 203; Olgaç, s. 74, 75; Çabri, m. 544, N. 1075.

¹⁰³ Bağcı, s. 255, 256.

¹⁰⁴ Öztrak, Rücu, s. 92, 93; Serozan/Engin, § 4, N. 111.

¹⁰⁵ Huwiler, Art. 484 ZGB, N. 79.

¹⁰⁶ Bu konuda çekimser kalan görüş için bkz. Weimer, Art. 511 ZGB, N. 28.

imkânsızlaşması sebebiyle sona ermesini düzenleyen¹⁰⁷ TMK m. 517/III hükmü, TMK m. 544/II hükmünü kapsayıcı nitelikte görünmektedir¹⁰⁸. Ancak uygulanma alanları bakımından bu iki hükmün örtüştüğü alanlar olsa da TMK m. 544/II hükmünün pratik öneme sahip olduğu bazı durumlar bulunmaktadır. Bu sebeple bu iki hükmün uygulanma alanlarının karşılaştırmalı olarak ele alınması ve iki hüküm arasındaki ilişkinin ortaya konması önemlidir.

İlk olarak, TMK m. 544/II hükmünün uygulanabilmesi için belirli mal bırakma vasiyetinin vasiyetname içerisinde yer alması gerekirken, TMK m. 517/III hükmünün uygulanabilmesi için belirli mal bırakma vasiyeti vasiyetname veya miras sözleşmesi içerisinde yer alabilir¹⁰⁹. TMK m. 517/III hükmüne göre vasiyete konu malın herhangi bir sebeple mirasbırakanın ölümü anında terekede bulunmaması vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişileri borçtan kurtarmaktadır. TMK m. 544/II hükmüne göre ise mirasbırakanın vasiyeti geri almak amacıyla iradi olarak taraf olduğu sağlararası işlem vasiyeti ortadan kaldırmaktadır¹¹⁰. Buna göre, mal varlığı değerinin mirasbırakanın iradesi dışında bir sebeple terekeden çıkması hâlinde TMK m. 544/II hükmü uygulanmaz¹¹¹. Bu açılardan TMK m. 517/III hükmü TMK m. 544/II hükmü ile karşılaştırıldığında daha geniş bir uygulanma alanına sahiptir.

Gerek TMK m. 544/II hükmü gerekse TMK m. 517/III hükmü belirli mal bırakma vasiyeti bakımından uygulanır¹¹². Ancak TMK m. 544/II hükmünün uygulanma alanı belirli mal bırakma vasiyeti ile sınırlı değildir. TMK m. 544/II hükmünün TMK m. 517/III hükmünden farklı olarak yüklemeler ve paylaşım kuralları dâhil olmak üzere her türden ölüme bağlı tasarruf bakımından uygulanacağı kabul edilmektedir¹¹³.

¹⁰⁷ Serozan/Engin, § 6, N. 35; Belge Çetin, s. 302, 303.

¹⁰⁸ TMK m. 544/II hükmünün bir tür sonraki imkânsızlık örneği olduğu yönünde bkz. Breitschmid, Art. 509-511 ZGB, N. 8; Wolf/Wild, s. 79; Eren/Yücer Aktürk, N. 397.

¹⁰⁹ Serozan/Engin, § 4, N. 111, 125.

¹¹⁰ Tuor, Art. 509-511 ZGB, N. 29; Escher, Art. 511 ZGB, N. 8; Öztrak, Rücu, s. 93, 94; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Olgaç, s. 75; Kartal, s. 332, 333.

¹¹¹ Escher, Art. 511 ZGB, N. 8; Öztrak, Rücu, s. 93, 94; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Olgaç, s. 75; Kartal, s. 332, 333.

¹¹² TMK m. 544/II ve TMK m. 517/III hükümlerinin parça belirli mal bırakma (ferden tayin edilmiş mal) vasiyeti bakımından uygulandığı yönünde bkz. Tuor, Art. 509-511 ZGB, N. 28; Öztrak, Rücu, s. 93; Kartal, s. 332; Bağcı, s. 249; Engin, s. 864; Belge Çetin, s. 170, 171.

¹¹³ Tuor, Art. 509-511 ZGB, N. 28; Escher, Art. 511 ZGB, N. 8.

TMK m. 544/II ve TMK m. 517/III hükümlerinin bir farkı da vasiyete konu malın mirasbırakanın mal varlığından ayrıldıktan sonra yeniden mal varlığına dâhil olması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Vasiyete konu mal bir şekilde mirasbırakanın mal varlığından ayrılmış olsa bile mirasbırakanın ölümü anında terekeye dâhil olmuşsa vasiyet borcu sona ermeyeceğinden TMK m. 517/III hükmü uygulanmaz. Buna karşılık, mirasbırakanın vasiyeti geri alma iradesiyle taraf olduğu sağlararası tasarruf, vasiyeti ortadan kaldırmaz. Bu tasarrufa konu olan mal varlığı değeri sonradan tekrar kazanılsa ve terekeye dâhil olsa bile vasiyet canlanmaz¹¹⁴. Başka bir ifadeyle, vasiyete konu malın sağlararası bir tasarrufla mirasbırakanın mal varlığından ayrıldıktan sonra tekrar terekeye dâhil olması hâlinde TMK m. 517/III uyarınca vasiyet borcunun sona ermesi söz konusu olmazken, TMK m. 544/II hükmü uyarınca vasiyet geri alınmış sayılır. Bu mal terekeye dâhil olsa dahi vasiyet geri alınmış sayılacağından vasiyet alacaklısı herhangi bir talepte bulunamaz. Bu açıdan TMK m. 544/II pratik bir öneme sahiptir ve TMK m. 517/III hükmünden ayrılmaktadır.

SONUÇ

Vasiyetname ile yapılan belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınması, TMK m. 544/II hükmünde düzenlenmektedir. Belirli mal bırakma vasiyetinin örtülü olarak geri alınmasına ilişkin bu hüküm, mirasbırakanın iradesine yönelik bir karineyi düzenlemektedir. Buna göre mirasbırakan belirli mal bırakma vasiyetiyle bağdaşmayan sağlararası bir tasarrufta bulunursa vasiyetini geri almış sayılır. Ancak somut olayın şartlarından veya vasiyetnamenin yorumundan mirasbırakanın iradesinin aksi yönde olduğu anlaşılıyorsa belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınmadığı kabul edilir.

Belirli mal bırakma vasiyetinin sağlararası tasarrufla geri alınmasına ilişkin TMK m. 544/II hükmünün uygulanabilmesi için geri alınan ölüme bağlı tasarrufun vasiyetname içerisinde düzenlenen belirli mal bırakma vasiyeti niteliğinde olması gerekir. Bu hüküm, mirasbırakanın mirasçı ataması şeklindeki tasarruflarına uygulanmaz. Belirli mal bırakma vasiyeti, TMK m. 517/II uyarınca mal vasiyetlerinin yanında vasiyet alacaklısına alacak hakkı veya intifa hakkı tanınmasını da içerir. Bunun yanında, TMK m. 544/II hükmü mirasbırakanın düzenlediği vasiyetnamedeki paylaşım tasarrufları veya belirli bir nesneye ilişkin yüklemeler hakkında da uygulanır.

¹¹⁴ Escher, Art. 511 ZGB, N. 8; Lenz, Art. 511 ZGB, N. 4; Öztrak, Rücu, s. 94; Serozan/Engin, § 4, N. 111; Olgaç, s. 75; Kartal, s. 332, 333.

Mirasbırakanın TMK m. 544/II uyarınca belirli mal vasiyetini geri alabilmesi için bu vasiyetle bağdaşmayan geçerli bir sağlararası tasarrufta bulunması gerekir. Bu hükümde düzenlenen sağlararası tasarruflar, kural olarak vasiyet alacaklısı dışındaki üçüncü kişiler lehine yapılan iradi nitelikteki tasarruflardır. TMK m. 544/II'nin uygulanabilmesi için sağlararası tasarruf sonucunda belirli mal bırakma vasiyetinin yerine getirilmesinin mümkün olmaması gerekir. Bu kapsamda, sağlararası tasarruflar, vasiyete konu malın devrine ilişkin borçlandırıcı işlemler veya tasarruf işlemleri olabilir.

TMK m. 544/II hükmü uyarınca vasiyetnamenin veya belirli mal bırakma vasiyetinin tamamının veya bir kısmının geri alınması mümkündür. Mirasbırakanın TMK m. 544/II hükmü kapsamında belirli mal bırakma vasiyetini geri almasından sonra vasiyete konu olan mal terekeye dönerse vasiyet kural olarak canlanmaz. Bu durum, TMK m. 544/II hükmünün TMK m. 517/III hükmü karşısındaki pratik önemini göstermektedir. Zira mirasbırakanın mal varlığından bir sebeple ayrılmış olan belirli mal bırakma vasiyetine konu olan mal, terekeye yeniden dâhil olursa TMK m. 517/III uyarınca vasiyet borcu sona ermiş sayılmaz.

KAYNAKÇA

- Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku Cilt: III, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- Bağcı**, Ömer: Vasiyetnamenin Geri Alınması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- Belge Çetin**, Ayşe Merve: Vasiyet (Belirli Mal Bırakma), Seçkin, Ankara 2022.
- Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, American Philosophical Society, Philadelphia 1953.
- Breitschmid**, Peter: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 547-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT (Hrsg. Thomas Geiser/Stefan Wolf), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi - Cilt I (TMK m. 495-574), 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Çaldağ**, Coşkun: “Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi için Özel Durumlar ve Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması”, Adalet Dergisi, S. 67, Yıl: 2021/2, s. 263-296.
- Dorjee-Good**, Andrea: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 547-640 ZGB (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016.
- Dural**, Mustafa/Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Engin**, Baki İlkay: “1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölümüne Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1999.
- Eren**, Fikret/Yücer Aktürk, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2021.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha, İstanbul 2011.
- Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Schulthess & Co AG, Zürich 1959.
- Günay**, Erhan: Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Seçkin, Ankara 2016.

- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Huwiler**, Bruno: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 547-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT (Hrsg. Thomas Geiser/Stefan Wolf), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017.
- İnan**, Ali Naim/**Ertay**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.
- Kahraman**, Zafer: “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Özel Sayı, Yıl: 2015, s. 945-964.
- Kartal**, Dilşah Büşra: “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 34, 2018, s. 317-339.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 5. Baskı, Turhan, Ankara 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Filiz, İstanbul 1978.
- Lenz**, Martin: Praxiskommentar, Erbrecht (Hrsg. Daniel Abt/Thomas Weibel), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.
- Müller-Christmann**, Bernd: Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK BGB) (Hrsg. Hau, Wolfgang/Poseck, Roman), 67. Edition, C.H.Beck, München 2023. (beck-online.beck.de)
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz, İstanbul 1984.
- Olgaç**, Furkan: Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi, Seçkin, Ankara 2021.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 12. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.
- Öztrak**, İlhan: Miras Hukuku (Giriş - Kanundan Doğan Mirasçılık - Ölümüne Bağlı Tasarruflar), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1968. (Miras Hukuku)
- Öztrak**, İlhan: Tek Taraflı Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai, Sevinç Matbaası, Ankara 1964. (Rücu)
- Rudy**, Mathis: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 9. Auflage, C.H.Beck, München 2022.
- Serozan**, Rona: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

- Serozan, Rona Ahmet/Engin, Baki İlkey:** Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.
- Soyupak, Cem:** Vasiyetnamenin İptali Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin 2022.
- Şener, Esat:** Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Vasiyet Hukuku, Seçkin, Ankara 1995.
- Tekdoğan, Aydın:** Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları, Seçkin, Ankara 2022.
- Tuor, Peter:** Berner Kommentar Band/Nr. III, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1952.
- Weimer, Peter:** Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen (Hrsg. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.
- Wolf, Stephan/Wild, Christian:** Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung, Successio - Zeitschrift für Erbrecht (2), Zürich: Schulthess, 2010, s. 77-84.
- Yazıcı, Hilmi/Atasoy, Hasan:** Şahıs, Aile ve Miras Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Kardeş Matbaası, Ankara 1970.
- Yılmaz, Süleyman:** Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku, Yetkin, Ankara 2022.
- Yücel, Sevtap:** “Vasiyet Alacaklısı Açısından Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptal Davası Açma Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.11.2001 tarihli 958/1035 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2008, s. 381-404.

BİNA VERGİSİ MATRAHINI ETKİLEYEN BİR UNSUR OLARAK BİNA İNŞAAT SINIFININ TESPİTİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1449157>

Dr. Öğr. Üyesi Emine Sevcan ARTUN*

Öz

Emlak vergileri belediye gelirleri arasında büyük öneme sahip olan bir gelir türüdür. Belediyeler, emlak vergilerinden biri olan bina vergisinin tarhiyatı sürecinde birtakım yetkilere sahiptir. Bu yetkilerden biri de bina vergisi değerinde göz önünde bulundurulmuş bina inşaat sınıfı bildirimini doğruluğunu denetlemek ve gerektiğinde tespit edeceği bina sınıfına dayalı ek vergi tarh ettirmektir. Ancak uygulamada belediyelerin bu yetkisini kullanırken bir takım hukukî gereklilikleri göz ardı ettiği ve 1982 yılına dayalı bina inşaat sınıfının tespitine yönelik cetvel nedeniyle hakkaniyetsiz sonuçların doğduğu görülmektedir. Çalışmada, bina inşaat sınıfının tespitine dayalı tarhiyat işlemlerinin hukuka uygunluğu için göz önünde bulundurulması gereken hususlar tespit edilmekte ve daha adaletli bir emlak vergisi tarhiyatı için yapılabilecek kanunî değişiklikler üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Emlak vergisi, Bina vergisi, Bina inşaat sınıfı, Bina inşaat sınıfının tespiti, İdarece tarhiyat

DETERMINATION OF BUILDING CONSTRUCTION CLASS AS AN ELEMENT AFFECTING THE BUILDING TAX BASE

(Research Article)

Abstract

Property taxes are a very important revenue item among municipal revenues. Municipalities have many certain powers to determine the value of the

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (sevcan.artun@yasar.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7582-6964 (Gönderim Tarihi: 08.03.2024-Kabul Tarihi: 30.04.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

building tax, which is one of the property taxes. One of these powers is to audit the accuracy of the building construction class declaration considered in the building tax value and to assess additional taxes based on the building class to be determined when necessary. However, in practice, it is observed that municipalities ignore certain legal requirements while exercising this authority and unfair results arise due to the ruler for the determination of the building construction class based on 1982. This study aims to determine the issues that should be taken into consideration for the legality of the assessment procedures based on the determination of the building construction class and emphasizes the legal amendments that can be made for a fairer taxation.

Keywords

Real estate tax, Building tax, Building construction class, Determination of building Construction class, Administrative assessment

GİRİŞ

Emlak vergisi, temel itibarıyla arsa, arazi ve binalar üzerinden alınmakta olan bir servet vergisidir. Servet vergisi olma niteliğine uygun olarak bu vergide emlakın değeri, vergi matrahında ölçüt alınmaktadır. Bina vergisi özelinde ise vergi değerinin tespitinde birçok unsur devreye girmektedir. Bu unsurlardan biri ise bina inşaat sınıfıdır. İnşaat sınıflarına göre binalar; binanın yapılış tarzı, işçiliği, çeşitli kısımlarında kullanılan malzemenin cinsi, kalitesi ve benzeri hususlar dikkate alınmak suretiyle lüks, birinci sınıf, ikinci sınıf, üçüncü sınıf ve basit inşaat olarak beşe ayrılmaktadır. Bu ayırım, vergi değerine temel oluşturmaktadır. Çalışmanın amacı uygulamada bina sınıfının tespiti ve özellikle değişikliğine dayalı gerçekleştirilen tarhiyatların hukuka aykırılık taşıdığı hususları tespit etmek ve bu hususta çözüm önerileri getirmektir.

Bu çerçevede çalışmada öncelikle bina vergisi ve bina vergisinin matrahı hakkında genel bir bilgi verilmiş ardından vergi değerini etkileyen bir kavram olarak bina inşaat sınıfı kavramı üzerinde durulmuştur. Daha sonra ise bina sınıf değişikliğine dayalı olarak yapılan tarhiyatlarda sorun oluşturan hususlar tespit edilmiş ve bu konuda çözüm önerileri getirilmiştir. Çalışmada doktrindeki görüşler yanında, konu hakkında idarenin görüşleri ve Danıştay içtihadından da yararlanılmıştır.

I. EMLAK VERGİSİNİN BİR TÜRÜ OLARAK BİNA VERGİSİ

A. Genel Açıklama

Emlak vergisi, servet vergisinin özel bir türü olarak Türk Vergi Sisteminde yer almaktadır. Emlak vergisinin tarh ve tahsiline yetkili idareler belediyeler olduğundan bu vergi yerel yönetim vergisi niteliği de taşımaktadır¹. Türk vergi tarihinde Osmanlı İmparatorluğu döneminde de mevcut olan gayrimenkuller üzerinden vergi alınması uygulaması, birtakım aşamalardan geçerek ve farklılaşarak günümüzdeki haline gelmiştir².

Emlak Vergisi Kanunu'nun içeriğine bakıldığında temel olarak bina vergisi ve arazi vergisi olmak üzere iki ayrı vergiyi düzenlediği görülmekte-

¹ **Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami/**Göker**, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 28. Baskı, Ankara 2019, s. 383-384.

² Osmanlı İmparatorluğu döneminden günümüze kadar emlak vergisindeki değişiklikler hakkında bkz. **Aşçı Akıncı**, Nuray: Teoride ve Uygulamada Emlak Vergisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 35-48. **Özkök Çubukçu**, Dilek: Emlak Vergisinde Vergi Değeri, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 13-14.

dir. Bu sebeple emlak vergisinin konu unsurunu oluşturan gayrimenkulleri, binalar ile arsa ve araziler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bina vergisi 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun³ 1 ve devamı maddelerinde, arazi vergisi ise Kanun'un 12 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir.

Bu başlık altında, öncelikle bina vergisinin unsurlarına temel hatlarıyla yer verilmiştir. Ancak, verginin unsurları arasında olan bina vergisinin matrahı, çalışma konusu açısından özellikle üzerinde durulmasını gerektirdiğinden vergilendirme sürecine yönelik başlık altında daha detaylı incelenmiştir.

B. Bina Vergisinin Konusu ve Vergiyi Doğuran Olay

Emlak Vergisi Kanunu'nun birinci maddesine göre bina vergisinin konusunu, Türkiye sınırları içerisinde bulunan binalar oluşturmaktadır. Bina kavramına ise ikinci maddede yer verilmiştir. Maddeye göre bina kavramı ile *“yapıldığı madde ne olursa olsun gerek karada gerek su üzerindeki sabit inşaatın hepsi”* ifade edilmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise *“yüzer havuzların, sair yüzer yapıların, çadırların ve nakil vasıtalarına takılıp çekilebilen seyyar evlerin ve benzerlerinin bina sayılmayacağı”* belirtilmektedir⁴. Bu tanım kapsamına giren binalar, kullanım türü, inşaat sınıfı ve inşaat türü ne olursa olsun bina vergisi kapsamındadır⁵. Aynı şekilde binaların imar mevzuatı çerçevesinde inşa edilmemiş olması da önemsizdir, bu itibarla başkasına ait arsaya yapılan gecekondular da verginin konusuna girmektedir⁶. Ancak, tamamlanmamış, kullanıma hazır hale gelmemiş yapılar bina kavramının dışında yer almaktadır⁷. Binaların müteammim cüzleri ise maddenin ikinci fıkrasına göre bina ile birlikte vergilendirilmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun⁸ 305'inci maddesine göre, *“Bina ile sınırlanmış olup kullanım tarzı itibarıyla de bina ile birlik teşkil eden avlu, bahçe ve sair arazi binanın müteammimatındandır”*.

³ RG. 11.08.1970- 13576.

⁴ Bu düzenlemeden yola çıkarak çeşitli amaçlarla kullanılan karavanlar bina kapsamında sayılmayacaktır, **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 385.

⁵ **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 385; **Aşçı Akıncı**, Emlak Vergisi, s. 228 vd.

⁶ **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 386.

⁷ **Arslan**, Ahmet: “Emlak Vergisi Açısından Bina Kavramı”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 332, Mayıs 216), s. 88. Bina ve bina sayılan-sayılmayan yapılar için bkz. **Arslan**, s. 86 vd.

⁸ RG. 10.01.1961- 10705.

Bina vergisinde vergiyi doğuran olay, malik olma, intifa hakkı tesisi ve bunun sürmesi ile malik gibi tasarruf etmektir⁹. Bu sebeple verginin konusu üzerinde bir kişinin mülkiyet ilişkisi veya intifa hakkı kurması, bu durumların gerçekleşmemesi halinde ise malik gibi tasarruf etmenin gerçekleşmesi durumunda vergiyi doğuran olay gerçekleşmiş olmaktadır¹⁰.

C. Bina Vergisinin Mükellefi

Emlak Vergisi Kanunu'nun¹¹ 3'üncü maddesine göre mükellef, binanın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa binaya malik gibi tasarruf edendir. Binaya paylı mülkiyet halinde malik olunması durumunda malik olanlar hisseleri oranında mükellef olurlar. Elbirliği mülkiyet söz konusuysa da malikler vergiden müteselsilen sorumlu olmaktadırlar (EVK m. 3/2)¹². Emlak Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesinde ise düşük gelirli mükelleflerin sahip oldukları tek konut, maddedeki koşulların sağlanması durumunda vergiden istisna tutulmaktadır¹³.

D. Bina Vergisinde Oran

Emlak Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesine göre, bina vergisinin oranı meskenlerde binde bir, diğer binalarda binde ikidir. Maddeye göre bu oranlar büyükşehir belediye sınırları içinde ve mücavir alanlar içinde yüzde yüz artırımlı olarak uygulanmaktadır. Maddede ayrıca Cumhurbaşkanı'na oranlarda değişiklik yapma yetkisi verilmektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı vergi oranlarını yarısına kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir.

⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 388; Aşçı Akıncı, Emlak Vergisi, s. 227.

¹⁰ Taylar, Yıldırım: Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, (Vergiyi Doğuran Olay), s. 199.

¹¹ R.G. 11.08.1970- 13576.

¹² Emlak vergisinin mükellefi için ayrıca bkz. Aşçı Akıncı, Emlak Vergisi, s. 231 vd.

¹³ “Cumhurbaşkanı, kendisine bakmakla mükellef kimsesi olup onsekiz yaşını doldurmamış olanlar hariç olmak üzere hiçbir geliri olmadığını belgeleyenlerin, gelirleri münhasıran kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumlarından aldıkları aylıktan ibaret bulunanların, gazilerin, engellilerin, şehitlerin dul ve yetimlerinin Türkiye sınırları içinde brüt 200 m²'yi geçmeyen tek meskeni olması (intifa hakkına sahip olunması hali dahil) halinde, bu meskenlerine ait vergi oranlarını sifıra kadar indirmeye yetkilidir. Bu hüküm, yukarıda belirtilenlerin tek meskene hisse ile sahip olmaları halinde hisselerine ait kısım hakkında da uygulanır. Muayyen zamanda dinlenme amacıyla kullanılan meskenler hakkında bu hüküm uygulanmaz. Geliri olmadığını belgelemenin usul ve esaslarını belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir” (EVK m. 8/2)

II. BİNA VERGİSİNDE VERGİLENDİRME SÜRECİ

A. Genel Olarak Bina Vergisi Tarhiyatı

Bina vergisi ilgili belediyelerce tarh ve tahakkuk ettirilmektedir. Tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılmaktadırlar¹⁴. 35 seri Nolu Emlak Vergisi Genel Tebliğinde de belirtildiği üzere¹⁵; “bina ve arazi (arsa dahil) vergileri, ilgili belediyeler tarafından;

1) 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 49 uncu maddesine göre, takdir komisyonlarının arsalara ve araziye ait asgari ölçüde birim değer tespitine ilişkin olarak dört yılda bir defa olmak üzere takdir yapılan hallerde, takdir işleminin yapıldığı yılı takip eden bütçe yılının ocak ve şubat aylarında,

2) Herhangi bir sebep yüzünden bir şehir, kasaba ve köyün tamamında devamlı olmak üzere bina ve arazinin değerinde % 25’i aşan oranda artma ve eksilme olması durumunda da, bu bölümün (1) numaralı bendinde belirtildiği şekilde, takdir işleminin yapıldığı bütçe yılını takip eden yılın Ocak ve Şubat aylarında,

3) Emlak Vergisi Kanununun 33 üncü maddesinin (1) ila (7) numaralı fıkralarında yazılı vergi değerini tadil eden sebeplerle bildirim verilmesi icabeden hallerde, vergi değerini tadil eden sebeplerin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılın ocak ayı içinde, vergi değerini tadil eden sebep bütçe yılının son üç ayı içinde vukubulmuş ve bildirim, vergi değerini tadil eden sebebin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılda verilmiş ise bildirim verildiği tarihte, Emlak Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca hesaplanan vergi değeri esas alınarak yıllık olarak tarh olunacaktır. Bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılacak ve mükellefe bir yazı ile bildirilecektir.

Yukarıda açıklandığı şekilde yapılan tarh ve tahakkuk işlemini takip eden yıllarda ise, bu Tebliğin (I/1) bölümünde açıklandığı şekilde tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan bina ve arazi vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için otomatik olarak tahakkuk etmiş sayılacaktır”.

Somut vergi borcu ilişkisinde verginin tarh edilebilmesi için üzerinden vergi hesaplanacak ekonomik birimin yani matrahının bilinmesi gerekmektedir. Matrah, verginin konusunun, verginin hesaplanmasına esas alınan değer veya miktarını ifade etmektedir¹⁶. Matrah, mükellefin beyanı ile belir-

¹⁴ Akdoğan, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2023, s. 684.

¹⁵ Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği Seri No:35, RG. 28.12.2002- 24977.

¹⁶ Ayrıca bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 95; Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/ Gerçek, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınevi, 14. Baskı, Bursa

lenebileceği gibi idarî bir işlemle de belirlenebilir. Matrahın idarî bir işlemle belirlenmesi konusunda literatürde yapılan bir ayırım genel-objektif matrah belirleme işlemleri ve özel-sübjektif matrah belirleme işlemleridir. Mükellefin durumuna göre, özel olarak belirlenen özel-sübjektif matrah belirleme türleri arasında ikmalen, re'sen ve idarece vergi tarhı işlemleri yer almaktadır. Götürü usûl uygulamasında görülen genel-objektif matrah belirlemede ise, emlak vergisinde olduğu gibi arsa ve arazi birim değerlerinin mahalleler/caddeler/sokaklar dikkate alınarak belirlenmesi söz konusu olmaktadır¹⁷.

Emlak vergisinde matrah dört yılda bir yapılan takdir işlemleriyle belirlendiğinden, iki belirleme dönemi arasında enflasyondan kaynaklı farklar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumu mümkün olduğunca engelleyebilmek için Emlak Vergisi Kanunu'nun 29'uncu maddesine göre vergi değeri, mükellefin başlangıç yılını takip eden yıldan itibaren her yıl, bir önceki yıl vergi değerinin Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca aynı yıl için tespit edilen yeniden değerlendirme oranının yarısı nispetinde artırılmaktadır (EVK m. 29/2).

Emlak vergisinde matrahın belirlenmesi süreci diğer vergi türlerine göre özellik göstermektedir¹⁸. Tarhiyatın yapılması konusunda en önemli farklılık matrahın belirlenmesi usulünden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede başlık altında bina vergisi özelinde matrahın belirlenmesi hususunda dikkate alınan unsurlar ve vergi değerinin değişmesine sebebiyet veren haller ele alınmıştır.

B. Bina Vergisinde Matrah ve Matrahın Belirlenmesi Usulü

Emlak vergisinde matrah, emlakın vergi değeridir¹⁹. 1319 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi gereğince vergi değeri "*Binalar için, Maliye ve*

2023, s. 224; **Oktar**, S. Ateş: Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul 2022, s. 100; **Taşkan**, Yusuf: Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2023, s. 106.

¹⁷ **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 95-96.

¹⁸ Bkz. **Gök**, Özgecan: "Emlak Vergisi Matrahını Belirleyen Takdir Komisyonu Kararlarının Dava Konusu Edilebilirliği (Bir Anayasa Mahkemesi Kararı'nın Sonuçlarının Değerlendirilmesi)", IV. Vergi Hukuku Konferansı Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 166.

¹⁹ **Aşçı Akıncı**, Nuray: "Emlak Vergisi Takdir Komisyonları Kararlarına Karşı Dava Açma Hakkı (Taraf Ehliyeti ve Dava Açma Süresi Yönünden Bir Değerlendirme)", Vergi Sorunları Dergisi, S. 243, Nisan 2017, s. 31; **Özkök Çubukçu**, s. 73; **Organ**, İbrahim/Çiftçi, Taha Emre: Türkiye'de Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: Ekim 2015, Cilt-Sayı: 8 (4), s. 131.

Bayındırlık ve İskân bakanlıklarınca müştereken tespit ve ilân edilecek bina metrekare normal inşaat maliyetleri ile (a) bendinde belirtilen esaslara göre bulunacak arsa veya arsa payı değeri esas alınarak 31 inci madde uyarınca hazırlanmış bulunan yönetmelik hükümlerinden yararlanılmak suretiyle, hesaplanan bedeldir”. Dolayısıyla bina vergisinin belirlenmesinde, bina inşaat maliyeti yanında arsa ve arsa payı değeri de önem arz etmektedir. Arsa ve arazi değerleri konusunda yetki takdir komisyonuna bırakılmıştır. Takdir komisyonları, matrahı gerçeğe en yakın şekilde belirleyebilmek için edindiği bilgi ve bulgulara, emsal uygulamalara dayanarak matrah hakkında bir takdirde bulunmaktadır²⁰. Genel-objektif ve özel-sübjektif matrah ve kıymet takdirini yapmak konusunda takdir komisyonlarının görevli olduğu görülmektedir.

Takdir komisyonlarının kuruluşu-üye seçimi, görevleri ve yetkileri Vergi Usul Kanunu'nun 72 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. 72'nci maddenin ikinci fıkrası arsalara ait takdir komisyonunu üçüncü fıkrası ise arazilere ait takdir komisyonunu düzenlemektedir. Çalışma konumuz açısından önem arz eden arsalara ilişkin takdir komisyonlarını düzenleyen ikinci fıkra uyarınca *“Arsalara ait asgari ölçüde birim değer tespitinde takdir komisyonu; belediye başkanı veya tevkil edeceği memurun başkanlığı altında belediyenin yetkili bir memuru ile defterdarın, vergi dairesi başkanlığı bulunan yerlerde ise vergi dairesi başkanının görevlendireceği iki memur, tapu sicil müdürü veya tevkil edeceği bir memur ve ticaret odasının seçilmiş bir üye (ilgili olduğu arsalara ilişkin takdir komisyonlarına organize sanayi bölgesini temsilen bir üye) ile ilgili mahalle ve köyün muhtarından kurulur”.* Vergi Usul Kanunu'nun 72'nci maddesine göre takdir komisyonlarının daimî veya geçici olarak kurulabilmeleri mümkündür. Takdir komisyonları bu süreçte inceleme yapma (VUK m. 75), bilirkişiye başvurma (VUK m. 74,75 ve 79/4)²¹, keşif yapma (VUK m. 79/1), bilgi toplama (VUK m. 79/2-3 ve EVK m. 31) gibi yetkiler kullanabilmektedir.

²⁰ **Kaneti**, Selim/**Ekmekci**, Esra/**Güneş**, Gülsen/**Kaşıkcı**, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 183; **Candan**, Turgut: Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak İdari Davalarda Hasım Sorunu, Danıştay Dergisi, S. 64-65, Y. 17, s. 5-13, s. 8; **Karakoç**, Yusuf: “Vergi Yargılaması Hukuku Açısından Takdir Komisyonu Kararları”, Vergi Dünyası, S. 161, Ocak 1995, s. 110-116, (Takdir Komisyonu), s. 113; **Gök**, s. 181; **Asıcı Akıncı**, Takdir Komisyonları, s. 40-41; **Göker**, Cenker: Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 61.

²¹ 2022 yılı vergi değeri takdirlerine ilişkin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanan 2021/1 No'lu Emlak Vergisi İç Genelgesi'ne göre; *“Takdir işlemleri yapılırken gerekli olan hallerde teknik elemanlardan, bilirkişiden, arsanın konumu itibarıyla gay-*

Emlak vergisine ait bedel ve değerlerin tespiti, ilanı ve kesinleşmesini düzenleyen Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 49'uncu maddesinde de arsa ve arazi takdir komisyonlarından ve büyükşehir belediyesi bulunan illerde merkez komisyonundan bahsedilmektedir. Bu sebeple bina vergileri açısından kararı dikkate alınacak takdir komisyonu binanın bulunduğu yer belediyesi nezdinde görev yapan takdir komisyonudur. Büyükşehir belediyesi bulunan illerde ise "takdir komisyonu kararları, vali veya vekalet vereceği memurun başkanlığında, defterdar veya vekalet vereceği memur, vali tarafından görevlendirilecek tapu sicil müdürü ile ticaret odası, serbest muhasebeci mali müşavirler odası ve esnaf ve sanatkârlar odaları birliğince görevlendirilecek birer üyeden oluşan merkez komisyonuna imza karşılığında verilir" denilmektedir. Maddeye göre merkez komisyonu kendilerine tebliğ edilen kararları on beş gün içinde incelemekte ve inceleme sonucu belirlenen değerleri ilgili takdir komisyonuna geri göndermektedir. Maddeden anlaşıldığı üzere, büyükşehirler için takdir komisyonu dışında merkez komisyonu oluşturulmuştur. Bu düzenleme ile daha önce takdir komisyonlarının yaptığı takdirlerin bir kez daha incelenmesi ve büyükşehirlerdeki vergi değerlerinde aşırı farkları önlemesi ve adaletli bir değerlendirme sisteminin getirilmesi amaçlanmaktadır²². Maddeye göre, "merkez komisyonunca farklı değer belirlenmesi halinde bu değerler ilgili takdir komisyonlarınca yeniden takdir yapmak suretiyle dikkate alınır." Bu noktada merkez komisyonu ile takdir komisyonları arasında bir hiyerarşinin olup olmadığı tartışması ile karşılaşılmaktadır. "Dikkate alınır" ifadesinin, merkez takdir komisyonu değerlerinin takdir değeri olarak esas alınması zorunluluğunu değil; takdir komisyonlarınınca ikinci kez yapılan değerlemedeki farklılığın dikkate alınmasına ilişkin bir zorunluluğu hükme bağladığı belirtilmektedir²³.

Takdir komisyonları, vergi idaresinin hiyerarşisi içerisinde doğrudan yer almasalar da bu komisyonların aldıkları kararlar kamu düzeniyle doğrudan ilişkilidir²⁴. Dolayısıyla takdir komisyonlarının hizmetlerinin niteliği

rimenkul değerlendirme uzmanlarından veya gayrimenkul alım satım faaliyeti yapanlardan, organize sanayi bölgesi, serbest bölge gibi özelliği bulunan yerlerde bu birimlerin yetkili organlarının görüşlerinden de faydalanılır". Bu kapsamda atuf yapılan bilirkişiler tabirinden Sermaye Piyasası Kurulu'ndan lisans almış olup, gayrimenkul değerlendirme şirketlerinde tam zamanlı olarak çalışan, taşınmaz değerlendirme konusunda uzman ve deneyimli kişiler olan "gayrimenkul değerlendirme uzmanlarının" anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Özkök Çubukçu, s. 121.

²² Özkök Çubukçu, s. 122.

²³ Özkök Çubukçu, s. 122-123.

²⁴ Emlak takdir komisyonunda görev alan üyelerin nitelikleri, mesleki yeterlilikleri ve arsa ve arazi birim değerlerinin nasıl hesaplanacağı konusundaki belirsizlikler eleştiri konusu

kamu hizmeti niteliğindedir. Çünkü takdir komisyonları asgari ölçüde birim değerini tespit etmekte yani emlak vergisinin matrahının belirlemektedirler²⁵. Ayrıca mükellef kesiminden de temsilcisi bulunması sebebiyle takdir komisyonları karma bir yapı oluşturmaktadır²⁶. Takdir komisyonu kararları vergi idaresi veya belediye bakımından bağlayıcı olmakla birlikte, vergi hâkimi için takdîri delil niteliğindedir. Takdir kararı dayanaktan yoksun olması durumunda ispat aracı olma niteliğini de kaybetmekte ve bu yönüyle mahkemeler açısından bağlayıcı nitelik taşımamaktadır²⁷.

Takdir komisyonu kararlarıyla verginin bir unsurunu oluşturan matrah belirlenmektedir. Dolayısıyla takdir komisyonu kararlarının vergi idaresini bağlayıcı nitelikte olmaları bu idareler açısından kararları icrai karar haline getirmektedir²⁸. Takdir komisyonu kararlarının bir görüş belirtmenin ötesinde verginin bir unsurunu belirlediği, mükelleflerin vergi değerini tadil eden sebepleri bildirme halleri dışında belirlenen bu matrah üzerinden tarh işlemini gerçekleştirdiği dikkate alındığında bu kararların bir idarî işlem olduğu ifade edilmektedir²⁹. Re'sen vergi tarhı sürecinde takdir komisyonu kararlarının kesin ve yürütülebilir işlem olmaması nedeniyle tek başına dava edilemeyeceği kabul edilmekteyken³⁰, emlak vergisi takdir komisyonu ka-

olmaktadır. Takdir komisyonlarına ilişkin eleştiriler ve öneriler için bkz. **Hacıköylü**, Canatay/**Heper**, Fethi: "Emlak Vergisinde Matrah Tespitine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Maliye Dergisi, S. 158, Ocak-Haziran 2010, s. 6-9. Takdir komisyonlarının yapısında yapılması gereken önerilere ilişkin bkz. **Sarıaslan**, Osman: "Takdire Dayalı Tarhiyatlarda Sistem Eleştirisi ve Reform İhtiyacı", (TAAD, Y. 7, S. 29, 2017), s. 217 vd.

²⁵ **Candan**, s. 8; **Gök**, s. 182.

²⁶ Vergi Usul Kanunu'nun 72'nci maddesine göre, "*Arsalara ait asgari ölçüde birim değer tespitinde takdir komisyonu; belediye başkanı veya tevkil edeceği memurun başkanlığı altında belediyenin yetkili bir memuru ile defterdarın, vergi dairesi başkanlığı bulunan yerlerde ise vergi dairesi başkanının görevlendireceği iki memur, tapu sicil müdürü veya tevkil edeceği bir memur ve ticaret odasının seçilmiş bir üye (ilgili olduğu arsalarla ilişkin takdir komisyonlarına organize sanayi bölgesini temsilen bir üye) ile ilgili mahalle ve köyün muhtarından kurulur.*

Araziye ait asgari ölçüde birim değer tespitinde takdir komisyonu, valinin başkanlığı altında defterdar, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı il müdürü ile il merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarından seçilmiş birer üyeden kurulur.

²⁷ Bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 111; **Gök**, s. 182-183. **Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı**, s. 185; **Karakoç**, Takdir Komisyonu, s. 115-116; **Saban**, s. 87.

²⁸ **Candan**, s. 9-10.

²⁹ **Candan**, s. 10; **Gök**, s. 183-184; **Asıcı Akıncı**, Takdir Komisyonları, s. 41. Aynı yönde bkz. **Sarıaslan**, s. 209.

³⁰ Resen vergi tarhiyatı açısından takdir komisyonu kararlarına karşı mükellefler doğrudan uyuşmazlık çıkartamayacakları, bu sebeple vergi tarhı işlemine ön-hazırlayıcı işlemler

rarlarına karşı dava yolu açıktır. Vergi Usul Kanunu'nun değiştirilen mükerrer 49'uncu maddesinin (b) fıkrasının üçüncü paragrafında yer alan "Takdir komisyonlarının bu kararlarına karşı kendilerine karar tebliğ edilen daire, kurum, teşekküller ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları onbeş gün içinde ilgili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilirler" cümlesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali sonrası³¹ karardan etkilenen mükelleflerin takdir komisyonu kararlarına karşı dava açma hakkı olduğu kabul edilmektedir³².

arasında yer aldıkları belirtilmektedir. Bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 111; **Saban**, s. 86. Mükelleflerin takdir komisyonları kararlarına dava açamamasının nedeninin takdir komisyonu kararlarının mükellef için süreçten ayrılabilir bir işlem niteliği olmadığına dayandırılması yönünde bkz. **Saban**, s. 87. Mükellefin takdir komisyonu kararını doğrudan dava konusu yapamamasının mükellefin henüz haberdar olmamasına ve bu sebeple de menfaatinin ihlâl edildiğinden öğrenmemesine dayandığına ilişkin bkz. **Canbazoğlu**, Kerem: Vergilendirme ve Vergi Alacağı'nın Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetim, TBB Dergisi 2010 (89), S. 154-195, s. 170-171. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. **Göker**, s. 55-61.

³¹ "Emlak vergisi mükelleflerinin ödeyeceği verginin hesaplanmasında esas alınan takdir komisyonu kararları idari bir tasarruf olduğu için buna karşı mükelleflere yargı yolunun kapatılması, Anayasaya güvence altına alınmış olan hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır" (Any. M. 31.05.2012 gün ve E. 2011/38, K. 2012/89 sayılı kararı, (RG. 13.10.2012-28440). Mahkeme kararının ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **Aşçı Akıncı**, Takdir Komisyonları, s. 33-37.

³² İlgili takdir komisyonu kararı uygulamada mükellefe tebliğ edilmediğinden dava açma süresinin başlangıç tarihi konusunda Vergi Dava Daireleri Kurulu ödeme tarihini esas almaktadır. "takdir komisyonlarınca dört yılda bir olmak üzere takdir edilen asgari birim değerleri esas alınarak belediyelerce hesaplanarak tarh olunan emlak vergisi uygulamada mükelleflere bildirilmemektedir. Bu halde mükellefler haklarında yapılan emlak vergisi tarhiyatını ödeme sırasında öğrenmektedirler. (...) Bu durumda dört yılda bir defa olmak üzere takdir işlemlerinin yapıldığı yılı takip eden bütçe yılında ve Emlak Vergisi Kanunu'nun 33. maddesinin (1) ilâ (7) numaralı fıkraları gereğince mükelleflerle bildirimde bulunulması gereken hallerde yapılan emlak vergisi tarhiyatına karşı açılacak davalarda dava açma süresinin, davalı belediye tarafından mükellefe emlak vergisi tarhiyatına ilişkin herhangi bir yazı tebliğ edilmiş ise bu yazının tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanması, eğer belediye tarafından yazı tebliğ edilmemiş ise emlak vergisinin mükellef tarafından ödendiği tarih, yapılan tarhiyatı öğrenme tarihi kabul edilerek dava açma süresinin ödeme tarihinden itibaren başlatılması gerekmektedir." (Dnş. VDDK 13.11.2019 gün ve E. 2019/262 K. 2019/917 sayılı kararı, lexpera içtihat bankası, E.T. 21.03.2024). Dava açma süresinde netlik sağlanması amacıyla Vergi Usul Kanunu'nun 49'uncu maddesinin (b) fıkrasından sonra gelmek üzere "bina ve arazi vergisi mükellefleri yönünden ilgili komisyon kararının mahalle muhtarlığının ilan panosuna asılmak suretiyle ilan olunacağı ve ilan panosuna asılma tarihinin dava açma süresinin başlangıcında esas alınacağı" şeklinde bir düzenlemenin yerinde olacağı yö-

C. Matrahın Belirlenmesinde Dikkate Alınan Unsurlar

Emlak vergisi, vergilendirme konusunun değeri üzerinden alınan bir vergi olduğundan “*değerin tespiti*” diğer bir ifadeyle “*değerleme*” bu vergi türü açısından oldukça önemlidir. Öncelikle, emlak vergisinde değerlemenin kim tarafından yapılacağı akla gelen ilk husustur. Değerlemenin mükellefin beyanıyla yapılması veya idare tarafından belirlenebilmesi farklı ülke sistemlerinde yer bulmaktadır. Her iki belirleme yöntemi de çeşitli açılardan adil veya ekonomik gerçekliğe uygun bulunmayarak tartışmalara konu edilmektedir³³. Nitekim her iki sistemde de düzenlemelere göre tespit edilen taşınmaz birim değeri, serbest piyasa koşullarındaki satış bedelinden (rayiç bedelinden) farklılık gösterebilmektedir. Bu durumu engelleyebilmek için de taşınmazların değerlendirme sürecinin sağlıklı bir yapıya kavuşturulması gerektiği üzerinde durulmaktadır³⁴.

Genel olarak emlak vergisi matrahını değer esaslı (ad valorem) veya değer esaslı olmayan (alan esaslı) şeklinde belirleyebilmek mümkündür³⁵. Değerlemeyle ilgili hükümler Vergi Usul Kanunu’nun 258 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Vergi Usul Kanunu’nun 258’inci maddesine göre değerlendirme, “*vergi matrahının hesaplanmasıyla ilgili iktisadi kıymetlerin takdir ve tespitidir*”. Vergi değerine ise 268’inci maddede yer verilmiştir. Maddeye göre; “*vergi değeri, bina ve arazinin Emlak Vergisi Kanunu’nun 29’uncu maddesine göre tespit edilen değerdir*”. Anlaşıldığı üzere vergi değeri, bina ve araziler için kullanılan taşınmazlara özgü bir vergilendirme ölçüsü olarak nitelendirilmektedir³⁶.

Emlak Vergisi Kanunu’nun 7’nci maddesine göre bina vergisinin matrahı, binanın, Emlak Vergisi Kanunu’na göre tespit edilen vergi değeridir. Vergi değerine ilişkin düzenleme ise Kanunun 29’uncu maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, binalar için vergi değeri, “*Maliye ve Bayındırlık ve*

nünde bkz. **Balcı**, Mustafa: “Arazi ve arsa birim değerlerine ilişkin takdir komisyonu kararlarına karşı açılacak davalarda süre aşımı sorunu-2”, www.vergiyalgi.com, E.T. 27.04.2024).

³³ Bkz. **Aşçı Akıncı**, Emlak Vergisi, s. 95. Matrahın beyan yöntemiyle veya idare tarafından belirlenmesine ilişkin ayrıca bkz. **Özkök Çubukçu**, s. 58-63

³⁴ Bkz. **Haciköylü/Heper**, s. 2-3; **Organ/Çiftçi**, s. 145-146.

³⁵ Matrahın belirlenme şekillerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkök-Çubukçu**, s. 26 vd.; **Aşçı Akıncı**, Emlak Vergisi, s. 95 vd.

³⁶ **Özkök Çubukçu**, s. 73. Bina ve araziler spesifik ve kesin olarak sadece vergi değeri ile değerlendirilmez. Taşınmazın iktisadi işletmeye kayıtlı bir bina veya arazi olması durumunda değerlendirme ölçüsü vergi değeri yerine maliyet değerinin kullanılmaktadır. Bkz. **Özkök Çubukçu**, s. 73.

İskan bakanlıklarınca³⁷ müştereken tespit ve ilân edilecek bina metrekare normal inşaat maliyetleri ile (a) bendinde belirtilen esaslara göre bulunacak arsa veya arsa payı değeri esas alınarak 31'inci madde uyarınca hazırlanmış bulunan yönetmelik hükümlerinden yararlanılmak suretiyle hesaplanan bedeldir". Emlak Vergisi Kanunu'nun 31'inci maddesinde ise, "Vergi değerlerinin takdirinde şehir ve köylerin tabii, iktisadi ve bölgesel şartlarına göre nazara alınacak piyasa bedeli, maliyet bedeli, kira veya yıllık istihsal değeri gibi normlar ile uyulacak usul ve esaslar, mükelleflerden ve üçüncü şahıslardan istenecek bilgiler Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirtileceği" ifade edilmektedir. Vergi değeri kavramının emlak vergisi matrahını belirlemede kanunun tercih ettiği özel bir terim olduğu görülmektedir³⁸.

Emlak Vergisi Kanunu'nun 31'inci maddesi dikkate alınarak Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük çıkarılmıştır³⁹. Tüzüğün 2'inci maddesine göre vergi değeri, "Emlak Vergisinin konusuna giren bina, arsa ve arazinin rayiç bedelidir. Rayiç bedel ise, bina, arsa ve arazinin beyan tarihinin normal satın alma bedelidir." Tüzüğün 6'ncı maddesinde bina deyiminin, kat mülkiyeti kurulmuş binalarda bağımsız bölümleri de kapsadığı ifade edilmektedir. Tüzüğün 7'nci maddesinde ise binaların vergi değerinin, kullanılış tarzı, inşaatın nevi ve sınıfına göre takdir olunacağına yer verilmektedir. Aynı maddede bina vergi değerinin takdirinde binada bulunan mobilya gibi eşyalar ile istihsal tesislerinin dikkate alınmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca bina vergi değerinin takdirinde binaların şu özelliklerinin de dikkate alınacağı düzenlenmiştir:

- 1- İşyerleri ve meskûn yerler ile park, bahçe, okul gibi tesislere uzaklık ve yakınlığı ve ulaştırma durumu,
- 2- Bulunduğu meydan, sahil, cadde ve sokak itibarıyla mevki,
- 3- Su, elektrik, havagazı ve kanalizasyon gibi belediye hizmetlerinin mevcut olup olmadığı,

³⁷ Günümüzde Bayındırlık ve İskân Bakanlığı adında bir bakanlık bulunmamaktadır. Bunun yerine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı faaliyet göstermektedir (85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi-RG. 29.10.2021-31643).

³⁸ **Gök**, s. 181.

³⁹ RG. 15.03.1972-14129. Çalışmada bundan sonra "Tüzük" olarak anılacaktır. Emlak Vergisi Kanunu'nun 31'inci maddesinin önceki halinde tüzük ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte, 02.07.2018 tarihli 700 Sayılı KHK'nın 59'uncu maddesiyle, tüzük kelimesi metinden çıkarılarak, yerine Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelik ifadesi getirilmiştir. Ancak bu konuda 1972 yılında çıkarılan tüzük yürürlüktedir.

- 4- *Büyüklüğü, kat sayısı, oda, hol, banyo gibi iç bölümlerinin sayısı,*
- 5- *İç bölümleri yönünden kullanılabilirlik durumu,*
- 6- *Ön ve arka cephede bulunması,*
- 7- *Mamurluk derecesi,*
- 8- *Asansör, kalorifer ve klima tesisatı bulunup bulunmadığı,*
- 9- *Müştemilatı,*
- 10- *Manzara görme durumu". (m. 7)*

Tüzüğün 8'inci maddesine göre binalar kullanım tarzlarına göre, konut, işyeri ve özellik gösteren diğer yapılar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Tüzüğün 9'uncu maddesinde inşaat nevelerine göre binalar, çelik karkas, betonarme karkas, yığma kagir, yığma yarı kagir, ahşap, taş duvarlı (çamur harçlı), gecekondular tarz ve vafında ve kerpiç ve diğer basit binalar olmak üzere sekiz kategoridedir. Tüzüğün 10'uncu maddesine göre inşaat sınıflarına göre binalar, lüks, birinci sınıf, ikinci sınıf, üçüncü sınıf ve basit inşaat olarak beşe ayrılmaktadır. Maddeye göre bu sınıflandırma yapılırken binanın yapılış tarzı, işçiliği, çeşitli kısımlarında kullanılan malzemenin cinsi, kalitesi ve gibi noktalar dikkate alınmaktadır. Vergi değerinin takdirinde, Vergi Usul Kanununda yazılı bina mütemmimleri ve kat mülkiyeti kurulmuş binalarda eklentiler bağlı oldukları binayla birlikte dikkate alınmaktadırlar. Binaların kullanım amaçlarından herhangi birini tamamlayan müştemilatı ile eklentilerine, inşaat nevi, kullanılan yapı malzemesi ve işçiliğe göre ayrı değer takdir edilir ve bağlı olduğu bina değeri ile birleştirilir (Tüzük m. 14). Kat mülkiyeti kurulmuş bulunan binalardaki ortak yerlerin vergi değerlerinin takdirinde Tüzüğün müşterek mülkiyette takdire ilişkin 12'nci madde hükmü uygulanacağı belirtilmektedir.

Bina, arsa ve araziler için usule ilişkin konuların ayrıntılarının Emlak Vergisi Kanunu'nda değil Vergi Usul Kanunu'nda düzenlendiği görülmektedir. Genel açıklamalar yapılırken de ifade edildiği üzere takdir komisyonlarına ilişkin hükümler, emlak vergisine ait bedel ve değerlerin tespiti, ilanı ve kesinleşmesi Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu doğrultuda Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 49'uncu maddesinde emlak vergisine ait bedel ve değerlerin tespiti, ilanı ve kesinleşmesine ilişkin kurallar yer almaktadır⁴⁰.

⁴⁰ Maddeye göre hazırlanan yönetmelik uyarınca bina metrekare normal inşaat maliyet bedellerini, uygulanacağı yıldan dört ay önce müştereken tespit ve Resmî Gazete ile ilan edilir. Bu belirlemeye dava açabilecekler ise maddede Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği olarak sayılmıştır. Belirlenen bedellere karşı dava açma süresi ise bu bedellerin Resmî Gazetede ilânını izleyen on beş gündür. Bu

2022-2025 yılları emlak vergi değerlerinin hesabında dikkate alınacak olan arsa ve arazi metrekare birim değerleri Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 49'uncu maddesi çerçevesinde 30 Haziran 2021 tarihine kadar belirlenmiştir⁴¹. 2024 yılında uygulanacak bina metrekare normal inşaat maliyet bedelleri Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca 83 Seri No.'lu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği ile ilan edilmiştir⁴².

Tüzüğün 16'ncı maddesine göre binaların normal alım satım bedeli, emsal binanın normal alım satım bedeline göre, mümkün olmaması halinde maliyet bedeli ve bunun da mümkün olmaması halinde ortalama gelir bedeli yoluyla bulunmaktadır. Emsal binanın *normal alım satım bedeli*⁴³ Tüzüğün 17 ve 18'inci maddelerinde, *maliyet bedeline ilişkin düzenleme*⁴⁴ Tüzüğün 19

davalar için ilk derece mahkemesi ise Danıştay olup, maddenin (c) fıkrasına göre dava açılmasıyla, davalının on beş gün içinde vereceği tek savunma ile dosya tekemmül etmiş sayılmaktadır. Bu tür davalar karara bağlanmasına ilişkin özel bir hükme de yer verilmiştir. Düzenlemeye göre bu davalar, dosyanın tekemmül ettiği tarihten itibaren en geç, bir ay içinde karara bağlanır.

⁴¹ Konuya ilişkin 19.03.2021 tarihinde Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 2021/1 sayılı Emlak Vergisi Kanunu İç Genelgesi yayımlanmıştır.

⁴² RG. 31.08.2023- 32295. Ayrıca bkz. 84 No.lu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliğ -RG. 30.12.2023-32415 (2. Mükerrer).

⁴³ “Bina vergi değerleri; kullanılış tarzı, inşaat nevi ve sınıfı ile 7 nci maddede belirtilen diğer özellikleri bakımından aynı vasıftaki binanın normal alım satım bedeli esas alınarak takdir olunur.

Aynı vasıfta başka bir binanın normal alım satım bedelinin tespit olunamaması halinde, benzer vasıftaki binaların normal alım satım bedelleri esas alınır. Ancak, farklı vasıflara göre, esas alınan bedele gerekli ilave ve indirimler yapılır.

Beyan tarihi ile emsal binanın alım satım tarihinin farklı olması halinde, zaman içindeki değer değişiklikleri nazara alınır.

Emsal alınacak bina alım satım fiyatının tespitinde, 18 inci madde hükmüne göre düzenlenen normal alım satım bedel cetvellerinden de yararlanılır” (Tüzük madde 17).

⁴⁴ “Vergi değerinin emsal bina bedeline göre takdirinin mümkün olmaması halinde, normal alım satım bedeli, maliyet bedeli yoluyla bulunur.

Binanın maliyet bedeli, 20 nci madde hükümlerine göre hesaplanan inşaat maliyet bedeli ve bunun % 20 si oranındaki satış karı ile inşa edildiği arsanın normal alım satım bedelinin toplamıdır.

Maliyet bedelinin hesaplanmasında beyan tarihindeki fiyatlar esas alınır.

Eski binalarda maliyet bedeli, yukarıki fıkralar hükümlerine ve binanın yeniden inşa edilmesi haline göre hesaplanır. Bundan 23 üncü madde hükümlerine göre hesaplanacak aşınma payı düşülür.

Yeniden inşa edilme deyimi, binanın aynı malzeme, işçilik ve diğer özellikleri ile yeniden yapılmasını, bu mümkün olmadığı takdirde, aynı amacı, hizmeti veya geliri sağlayabilecek benzer vasıftaki bir binanın yapılmasını ifade eder.

Binayı genişletmek veya iktisadi kıymetini,devamlı olarak artırmak amacıyla yapılan giderler de maliyet bedeline eklenir” (Tüzük madde 19).

ile 24'üncü maddeleri arasında, *gelir bedeli yoluyla belirlenmesi*⁴⁵ ise Tüzüğün 25'inci maddesinde düzenlenmektedir.

D. Vergi Değerini Tadil Eden Sebeplere Dayalı Vergilendirme

Vergi değerini tadil eden sebeplere Emlak Vergisi Kanunu'nun 33'üncü maddesinde yer verilmektedir. Mükelleflerçe, maddede belirtilen vergi değerini tadil eden bir durumun ortaya çıkması durumunda değişikliğin ortaya çıktığı bütçe yılı içerisinde taşınmazın bulunduğu yerdeki ilgili belediyeye bildirimde bulunulmalıdır⁴⁶. Maddeye göre emlak vergisi değerini tadil eden sebepler şunlardır;

1. *Yeni bina inşa edilmesi (Mevcut binalara ilaveler yapılması veya asansör veya kalorifer tesisleri konulması yeni inşaat hükmündedir.);*
2. *Bir binanın yanması, yıkılması suretiyle veya sair sebeplerle tamamen veya kısmen harap olması veya binada mevcut asansör veya kalorifer tesislerinin kısmen veya tamamen kaldırılması.*
3. *Bir binanın kullanım tarzının tamamen değiştirilmesi veya bir binanın ikamete mahsus mahallerinden bir kısmının dükkân, mağaza, depo gibi ticaret ve sanat icrasına mahsus mahaller haline kalbedilmesi, (Bu hükmün uygulanmasında bir apartmanın her dairesi bir bina sayılır ve tadil sebebi, yalnız kullanım tarzı tamamen veya kısmen değiştirilen daire için geçerli olur.)*
4. *Arazinin hal ve heyetinde değişiklik olması:*
 - a) *Arazinin fidanlandırılması veya ağaçlandırılması, bağ haline getirilmesi;*
 - b) *Fidanlı, ağaçlı veya kütüklü bir arazinin tarla haline getirilmesi veya gelmesi;*
 - c) *Tarım yapılan bir arazinin tabii bir afet veya arıza sebebiyle veya sair sebepler yüzünden tarıma elverişsiz hale gelmesi.*
 - d) *Tarım yapılmayan bir arazinin tarıma elverişli hale getirilmesi,*
 - e) *Arazinin parsellenmek suretiyle arsalar haline getirilmesi.*

⁴⁵ “Vergi değerinin maliyet bedeli yoluyla da bulunmasının mümkün olmaması halinde, normal alım satım bedeli, yıllık ortalama gelir bedeli yoluyla bulunur. Yıllık ortalama gelir, o binanın bulunduğu mahalde cari normal kiralara göre kiraya verilmesi halinde, bir yılda getirebileceği gayrisaflı kira miktarıdır. Şu kadar ki, mevsimlik olarak kullanılması mutad olan binaların bu süreye ait kira miktarı, yıllık sayılır. Ortalama gelir bedelinin hesaplanmasında, beyan tarihinde cari kiralar esas alınır. Bu suretle bulunan yıllık ortalama gelirin 10 katı, o binanın normal alım satım bedeli olarak kabul edilir” (Tüzük madde 25).

⁴⁶ Akdoğan, s. 682.

5. Bir binanın mütemmimi durumunda olan arazinin mütemmimlik durumundan çıkması veya bir arazi ve arsanın bina mütemmimi durumuna girmesi.
6. Bir bina veya arazinin taksim veya ifraz edilmesi veya mükellefinin değişmesi (Araziden bir kısmının istimlak edilmesi de ifraz hükmindedir.)
7. Müteaddit arazi ve arsaların tek bir arazi ve arsa haline getirilmesi veya müteaddit hisselerine ayrılmış olan bir binanın bütün hisselerinin birleştirilmesi.
8. Herhangi bir sebep yüzünden bir şehir, kasaba veya köyün tamamında devamlı olmak üzere bina veya arazinin değerlerinde % 25 i aşan oranda artma veya eksiltme olması”.

Bu sebeplerden herhangi birinin ortaya çıktığı mükellef tarafından yapılan bir bildirimle veya idarece re’sen tespit edilirse bu durumda vergi değeri yeniden tespit edilerek yeni değer üzerinden tarhiyat söz konusu olmaktadır.

III. BİNA VERGİSİNDE VERGİ DEĞERİNİ ETKİLEYEN BİR UNSUR OLARAK BİNA İNŞAAT SINIFI

A. Genel Açıklama

Bina vergisinde vergi değerinin takdiri ile ilgili hususlara ve hukukî dayanağına önceki başlıklarda yer verilmiştir. Tüzük’ün 7’nci maddesine göre binaların *kullanılış tarzı*⁴⁷, *inşaat nevi*⁴⁸ ve *inşaat sınıfı* vergi değerinin belirlenmesinde etkili olan temel unsurlardır⁴⁹. Başka bir ifade ile bina inşaat sınıfı, vergi değerinin belirlenmesinde, dikkate alınan unsurlardan biridir.

İnşaatın nevi ve inşaat sınıfı gibi kavramlar kuşkusuz hukuktan ziyade inşaat bilimi ya da malzeme mühendisliği gibi teknik alanları ilgilendirmektedir. Bununla birlikte bir binanın hangi inşaat sınıfına dahil olduğunun belirlenmesi hususu inşaat sınıfı ile ilgili düzenlemelerin yorumlanmasını ve

⁴⁷ “Binalar, kullanılış tarzlarına göre aşağıdaki nevilere ayrılır:

1- Konutlar, 2- İşyerleri, 3- Özellik gösteren diğer yapılar.” (Tüzük madde 8).

⁴⁸ “Binalar, taşıyıcı sistemleri esas alınmak suretiyle inşaat nevelerine göre aşağıdaki gruplara ayrılır:

1 - Çelik karkas, 2 - Betonarme karkas, 3 - Yığma kagir, 4 - Yığma yarı kagir, 5 - Ahşap, 6 - Taş duvarlı (çamur harçlı), 7 - Gecekondu tarz ve vasfında, 8 - Kerpiç ve diğer basit binalar” (Tüzük madde 9).

⁴⁹ “Binaların vergi değeri; kullanılış tarzı, inşaatın nevi ve sınıfına göre takdir olunur” (Tüzük madde 7). Ayrıca bkz. **Sağlam**, Musa: “Emlak Vergisi Kanunu’na Göre Vergi Değerinin Tespiti ve Vergi Değerinin İlgili Diğer Vergilere Etkisi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 324, Eylül 2015), s. 21; **Arslan**, s. 87.

vergi hukukuna özgü yorum metotlarının uygulanmasını da gerektirmektedir. Kanun koyucu, hukuk kurallarını soyut ve genel normlar şeklinde düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin sınırları ve anlamı yorum faaliyeti neticesinde belirlenmekte ve somut olaya uygulanmaktadır. Vergiye ilişkin düzenlemelerde uygulanacak yorum prensip olarak Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinde sayılan lafzî (gramatik/sözel), tarihi, sistematik ve amaca uygun (gaî) yorum yöntemleridir. Bina inşaat sınıfının hukukî dayanağı Emlak Vergisi Kanunu'nun verdiği yetki ile birçok ikincil düzenlemeye dayanmaktadır. Çalışmanın bu kısmında, konu açısından uygulama alanı bulan düzenlemelerin içeriği ve niteliği vergi hukukuna özgü yorum ve yaklaşım yöntemleri ile değerlendirilmiştir.

B. Bina İnşaat Sınıfı

1. Genel Olarak

Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük'ün 10'uncu maddesi uyarınca binalar, *lüks inşaat, birinci sınıf inşaat, ikinci sınıf inşaat, üçüncü sınıf inşaat ve basit inşaat* şeklinde sınıflara ayrılmaktadır. Bu sınıflama, binanın yapılış tarzı, işçiliği, çeşitli kısımlarında kullanılan malzemenin cinsi, kalitesi ve benzeri hususlar nazara alınarak yapılmaktadır. Düzenlemede, binaların inşaat sınıflarının tayinine esas alınacak niteliklerin belirlenmesi hususunda (Hazine ve) Maliye Bakanlığı'na tespit ve düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bakanlığa verilen bu yetki kısmen "*Bina İnşaat Sınıflarının Tespitine Dair Cetvel*" ile kullanılmış, 15.12.1982 tarih ve 17899 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak bina vergisi uygulamasına dahil edilmiştir. Daha sonra 14 Seri Nolu Emlak Vergisi Genel Tebliği (14 Seri Nolu Genel Tebliğ) ile de cetvelin nasıl yorumlanacağına ilişkin düzenlemelerle bina inşaat sınıflarının nasıl belirleneceği hususu ortaya konmuştur. Düzenlemeyi değerlendirdiğimizde dikkat çeken ilk ve en önemli husus bina inşaat sınıfını gösteren kriterlerin 1982 yılında belirlenmiş olması ve günümüzde hala bu kriterlerin uygulanmasıdır. Bu bakımdan 80'li yılların inşaatlarında kullanılan yapısal özellikleri ile lüks ve kalite anlayışını barındıran bu kriterleri günümüzün inşaat sınıfı özellikleri ve lüks anlayışıyla yeniden değerlendirmek ve yorumlamak gerekmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle bina inşaat sınıfının belirlenmesine yönelik cetvel ve 14 Seri Nolu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nin hukukî niteliği ve yorumlanması hususu üzerinde durulmuş, daha sonra inşaat sınıfının tespiti ve tespite dayalı yapılan tarhiyatlar açısından sorun teşkil eden durumlar ortaya konulmuştur.

2. Bina İnşaat Sınıflarının Tespitine Dair Düzenlemelerin Hukukî Niteliği

Vergi hukuku alanında kanunî düzenlemelerin uygulanması ve yorumlanması açısından genel tebliğ düzenlemelerine çok sık başvurulmaktadır. Alacaklı sıfatıyla devleti temsil eden vergi idarelerinin görüşünü yansıtmaları bakımından da tebliğler vergi hukukunun önemli kaynaklarından biri olarak değerlendirilmektedir. Kaynak değeri itibarıyla ele aldığımızda, genel tebliğler aslî (bağlayıcı) hukuk kaynakları olabildiği gibi, yardımcı kaynak olarak da karşımıza çıkabilmektedirler. Eğer genel tebliğ, vergi kanunlarının Hazine ve Maliye Bakanlığına verdiği yetki çerçevesinde çıkarılmış ise, bağlayıcı bir kaynak olmaktadır. Kanuna dayanan bir yetki çerçevesinde çıkarılan genel tebliğler Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesi çerçevesinde denetime tabi tutulabilmektedir. Kanunun verdiği herhangi bir yetkiye dayanmayan ve bu itibarla Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın idarî yorumunu ortaya koyan genel tebliğler ise, açıklayıcı-yorumlayıcı nitelik taşıdıkları için yardımcı kaynaklar arasında yer almaktadır. Yorumlayıcı nitelikteki genel tebliğler kural olarak iptal davasına konu edilememektedir⁵⁰.

Bina İnşaat Sınıfının Tespitine Dair Cetvelin ve 14 Seri Nolu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nin dayanağı olan *Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük*, Emlak Vergisi Kanunu'nun 31'inci maddesindeki düzenlemeye dayanmaktadır. Yine binalar açısından vergi değeri 29'uncu maddenin b bendinde 31'inci madde çerçevesinde çıkarılacak tüzük çerçevesinde tanımlanmaktadır⁵¹. Bu düzenlemeler, kanun koyucunun vergi değerine dair teknik hususların idarenin düzenleyici işlemleri ile kurala bağlanması iradesine sahip olduğunu göstermektedir. Nitekim, kanunlaştırma sürecinin uzun ve daha karmaşık olması; dolayısıyla gelişime, değişime ve günün şartlarına uygun düzenlemeler yapıl-

⁵⁰ Genel tebliğlerin vergi hukukuna kaynak değeri hakkında genel açıklamalar için bkz. **Kaneti**, s. 24-25; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 98, 99; **Saban**, s. 32-34; **Şenyüz/Yüce/ Gerçek**, s. 45, 46; **Oktar**, S. Ateş: Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul 2022.s. 43; **Bilici**, Nurettin: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 54. Baskı, Ankara 2023, s. 39; **Taşkan**, s. 34, 35; **Taylar**, Vergiyi Doğuran Olay, s. 778, 779. Ayrıca bkz. **Çağan**, s. 130 vd.

⁵¹ “Vergi değerlerinin takdirinde şehir ve köylerin tabii, iktisadi ve bölgesel şartlarına göre nazara alınacak piyasa bedeli, maliyet bedeli, kira veya yıllık istihsal değeri gibi normlar ile uyulacak usul ve esaslar, mükelleflerden ve üçüncü şahıslardan istenecek bilgiler Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirtilir”. (EVK, m. 31). 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 59 uncu maddesiyle, bu fıkra da yer alan “tüzükte” ibaresi “Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte” şeklinde değiştirilmiştir.

masının kanunlarla her zaman mümkün olmayabileceği dikkate alınarak verginin aslî unsurlarının dışında kalan, ayrıntı sayılabilecek hususlar idarenin alt düzenleyici işlemlerine bırakılabilmektedir.

Bina inşaat sınıfını belirleyen kriterler ise Tüzüğün 10'uncu maddesinde Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen başka bir yetki çerçevesinde genel tebliğe bırakılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Emlak Vergisi Kanunu yönetmeliğe, yönetmelik ise genel tebliğe bir düzenleme alanı bırakmaktadır. Düzenlemeler arasındaki yetkilendirme zincirini üst norma doğru takip ettiğimizde Cetvel'in ve 14 Seri Nolu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nin kanunî dayanağına ulaşabilmek mümkün olduğundan, bu düzenlemelerin mükellef açısından sonuç doğuran bağlayıcı (aslî) bir kaynak niteliği taşıdıklarını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, hukuki güvenlik ilkesi uyarınca düzenlemelerin açıklığı, ulaşılabilirliği ve belirliliği önem taşıdığından, bina inşaat sınıfının belirlenmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi hususunda kanunla Hazine ve Maliye Bakanlığına yetki tanınması daha yerinde olacaktır.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, normlar hiyerarşisi içerisinde daha alt bir norm olan genel tebliğin, üst normlara uygun olması gerekmektedir. Cetvelin ve 14 Seri nolu Genel Tebliğ'in bu anlamda sadece kanun Anayasa ve devletlerarası antlaşmalara değil, normlar hiyerarşisinde kendisinden yukarıda bulunan tüzük/yönetmelik düzenlemelerine de uygun olması ve bu düzenlemelere uygun yorumlanması, üst düzeydeki normlar ile çelişen sonuçlar doğurmaması gerekmektedir.

3. Bina İnşaat Sınıflarının Sıralanma Şekli ve Sınıflandırmada Dikkate Alınan Ölçütler

Tüzüğün 10'uncu maddesine göre inşaat sınıflarına göre binalar, lüks, birinci sınıf, ikinci sınıf, üçüncü sınıf ve basit inşaat olarak ayrılmaktadır. Binaların bu inşaat sınıflarından hangisine ait olduğu ise 14 Seri Nolu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği ve Bina İnşaat Sınıflarının Tespitine Dair Cetvel düzenlemeleri dikkate alınarak saptanmaktadır. Bu düzenlemelerde binaların yapılış tarzı, işçiliği, binanın yapımında kullanılan malzemelerin cinsi, kalitesi gibi özelliklere yer verilmekte, bu surette bir binanın hangi inşaat sınıfına dahil olduğu belirlenmektedir. Dış duvarlar, çatı örtüsü, tavan, iç duvarlar, taban (döşeme), merdivenler, pencereler, kapılar, banyo ve WC ile ısıtma olmak üzere toplam on başlıkta belirlenen özelliklere göre binalar inşaat sınıflarına ayrılmaktadır.

Genel Tebliğ uyarınca, bir binanın sayılan özelliklerin yarısından fazlasını taşıdığı sınıfa dahil olduğu kabul edilmektedir. Bu şartın sağlanmadığı; örneğin eşitliğin bulunduğu ya da ikiden fazla sınıfa yaygın özellikler taşıyan binalarda, özellikleri itibarıyla en yakın olduğu sınıfın beyan edilmesi (bildirilmesi) gerekmekte; binanın bir alt veya üst sınıftan hangisine gireceği konusunda tereddüde düşülen hallerde ise rayiç bedelin beyan edilmesinin esas olduğu da dikkate alınarak, bir üst sınıfın bildirilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

C. Bina İnşaat Sınıfının Tespitinde Mükellefin Bildirim Ödevi

2002 yılında 4751 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle vergi matrahının beyan usulüne göre belirlenmesi yöntemine son verilmiştir. Ancak belirli durumlarda mükelleflerin bildirim ödevi bulunmaktadır⁵². Emlak vergisinin matrah unsuru başlığı altında ifade edildiği üzere Kanunu'nun müşterek hükümleri içeren 33'üncü maddesinde belirtilen vergi tadil sebeplerinin ortaya çıkması durumunda keyfiyetin emlakın bulunduğu yerdeki ilgili belediyeye bildirilmesi gerekmektedir⁵³. Bu sebeplerden bir kısmı bina inşaat sınıfının değişmesine yönelik işlemlerde bulunulmasına da sebebiyet verebilir. Nitekim taşınmazın bağlı olduğu belediyelerce oluşturulan bina beyannamesi içeriğinde mükellefçe beyan edilen unsurlardan bir tanesi de bina sınıfıdır ve bu hususun vergi tadil sebepleri nedeniyle değişmesi mümkündür⁵⁴. Örneğin yapı ruhsatında belirtilen inşaat sınıfı, binaya kalorifer veya asansör tesisatı yapılması ile değişebilir. Bu durumda mükellefin Emlak Vergisi Kanunu'nun 33'üncü maddesi uyarınca bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bina sınıfının değişikliğine yol açacak durumların idareye bildirilmesi ve idarenin bunu re'sen tespit etmesi durumunda, idarenin nasıl bir yol izlemesi gerektiği üzerinde durmak gerekmektedir. Bina sınıfı değişiklikleri gibi vergi değerini tadil eden sebeplerin ortaya çıkması halinde, belediyelerin doğrudan hesaplanan yeni vergi değeri üzerinden tahakkuk fişi düzenle-

⁵² Bu durum beyan esasından bildirim esasına geçilmesi şeklinde yorumlanmaktadır (**Kabakçı Karadeniz**, Hülya: Türkiye'de Emlak Vergisi ve Değerli Konut Vergisi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021, 44-45).

⁵³ **Akdoğan**, s. 682.

⁵⁴ "Bina bildirim beyannamelerinde arsanın metrekare birim değeri, inşaatın metrekare birim maliyeti, bağımsız birimlerin brüt yüzölçümü, bina arsa alanı ve yaşı, dairenin arsa payı, inşaatın türü ve sınıfı, taşınmazın tam veya hisseli oluşu, kalorifer ya da asansör olup olmadığına dair özelliklerini içeren bilgiler bulunmaktadır." (**Karagöz**, Işıl/**Arslan**, Metin: Bina Vergisine Esas Rayiç Bedellerin Belirlenmesinde Yaşanan Sorunların Analizi: Kayseri İli Talas İlçesi Örneği, İdeal Kent Dergisi, Sayı 27, Cilt 10, Yıl 2019-2, s. 850).

dikleri görülmektedir. Ancak, Danıştay bildirim yükümlülüğüne uyulmaması durumunda önceden ödenen bina vergisi düşürülerek ikmalen tarhiyat yapılması ve mükellefe tarhiyata karşı dava açma hakkı tanınması, vergi farkının doğrudan tahakkuk ettirilmemesi gerektiği yönünde ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulan Bölge İdare Mahkemesi kararını onamıştır⁵⁵. Bu durumda mükellefe tarhiyat sebebini de içeren vergi ihbarnamesi gönderilerek tarhiyata karşı dava açma hakkı tanınmalıdır⁵⁶.

Ç. İdarenin Bina İnşaat Sınıfının Tespitine Yönelik Gerçekleştirebileceği Denetim Yolları

Bina inşaat sınıfı, yapı proje müelliflerinin beyanı doğrultusunda taşınmazın yapı kullanma izin belgesinde yer almaktadır. Ancak bildirimde dayalı olarak kayda alınan bu inşaat sınıfının belediye tarafından denetlenmesi mümkündür⁵⁷. Bu denetimin, konusunda uzman kişilerin de içerisinde yer aldığı bir yoklama denetim mekanizması ile yerine getirilmesi gerekmektedir.

⁵⁵ “2014 ilâ 2019 yıllarına ilişkin olarak tahakkuk ettirilen bina vergileri ve taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına ait katkı paylarına ilişkin kısmı yönünden; *davalı idarece, 03/05/2019 tarihli Bina İnşaat Sınıflarının Tespitine Dair Tutanağa istinaden, söz konusu taşınmazla ilişkin olarak 2014 ilâ 2019 yıllarına ilişkin olarak tahakkuk yapılmış ise de, söz konusu tutanakla davacı şirketin maliki olduğu binada anılan özelliklerden iki özellik birinci sınıf, sekiz özellik ise lüks inşaat sınıfı özelliklerine dahil olduğundan, emlak vergisine konu binanın lüks inşaat sınıfında olduğunun tespit edildiği ve olayda, 1319 Sayılı Kanun’un 33. maddesi uyarınca vergi değerini tadil eden sebeb mevcut olması nedeniyle, bildirimde bulunmakla yükümlü bulunan davacı şirket tarafından, davalı idareye herhangi bir bildirimde bulunulmadığının açık olduğu, dolayısıyla 1319 Sayılı Kanun’un 32. maddesindeki bildirim süresinde verilmemesi halinde, verginin idarece tarh edileceği kuralı karşısında, davalı idarece, ilgili hükümler esas alınmak suretiyle, öncelikle ihbarname esasına dayalı olarak ve davacı şirket tarafından söz konusu taşınmazlar için daha önce ödenen bina vergilerinin de mahsubu suretiyle ikmalen tarhiyat yapılarak usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi, tarh işlemine ilişkin olarak dava açma hakkı verilmesi ve usule uygun olarak tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarının tamamlanması gerekirken, doğrudan bina vergisi ve taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına ait katkı payı tahakkuk ettirildiği anlaşıldığından, davacı adına tahakkuk ettirilen bina vergisi ve kültür varlıklarını koruma payında hukuka uyarlık görülmediği” (Dnş. 9.D. 27.10.2022 tarih ve E. 2021/67, K. 2022/5187, kazancı içtihat bankası, E.T. 07.03.2024).*

⁵⁶ Ayrıca bkz. **Can, Bilal/Bülbül, Zübeyr/Dağışan, Veysel**: Açıklamalı ve İçtihatlı Belediyelerde Emlak Vergisi Uygulaması, Türkiye Belediyeler Birliği, 2. Baskı, Eylül 2019, s. 241-242.

⁵⁷ Sayıştay başkanlığının belediyelere ilişkin yayınladığı raporlarda bina inşaat sınıfını hatalı belirlemesi Emlak Vergisinin tahakkuk ve tahsilinde mevzuata uyulmayan haller arasında gösterilmektedir. (**Kabakçı Karadeniz**, s. 158).

Yoklama, vergi idaresinin yükümlüleri ve yükümlülükle ilgili maddi olayları, kayıtları ve konuları saptamaya ilişkin araştırma işlemidir, (VUK m. 127). Yoklama, ileride yapılacak tarh işlemine zemin hazırlayan bir ön işlem niteliği taşımaktadır⁵⁸.

Bina inşaat sınıfının tespitine yönelik yoklama denetiminde, yoklama memurları taşınmazın yerine giderek bina vergisi matrahına temel teşkil edecek olan bina inşaat sınıflarının tespitine dair cetvelde belirtilen 10 ayrı kritere uygun puanlama yaparak sınıf tespitinde bulunmaktadır. Bu durumda bina sınıfı bildirimde bulunulan veya önceden idare tarafından tespit edilen bina sınıfından daha üst sınıfa ait olarak tespit edilirse idare tarafından ek emlak vergisi tarhiyatı yapılmaktadır. Yapılan tarhiyat Vergi Usul Kanunu'nun 131'inci maddesi mucibince tanzim edilen yoklama fişine müsteniden yapılmalıdır. Bu bakımdan yoklama fişi, hem tarh işleminin hazırlayıcısı nitelikte sebep unsurunu hem de sürecin işleyişi ve şekli hakkında Vergi Usul Kanunu'nda ayrıntılı düzenlenmiş olması itibarıyla şekil unsurunu oluşturmaktadır. Ayrıntılarına aşağıda yer verileceği üzere hukuka uygun bir yoklamaya dayanmayan bina sınıf değişikliğine dayalı tarhiyat işleminin iptali gerekmektedir.

D. Bina İnşaat Sınıfının Tespitine Dayalı Bina Vergisi Tarhiyatları Açısından Uygulamada Yaşanılan Problemler

1. Genel Olarak

Bina inşaat sınıfının tespitine ve daha çok sınıfın değiştirilmesine yönelik işlemlerin sıklıkla hukukî uyumsuzluklara konu edildiği görülmektedir.

⁵⁸ **Saban**, s. 374. Yoklama denetim yolu; “günlük hâsılatı tespit etmek, ödeme kaydedici cihaz kullanmak mecburiyetinde olanların bu mecburiyete uyup uymadıklarını, bu cihazları belli edilmiş esaslara göre kullanıp kullanmadıklarını belirlemek, günlük kayıt yapılması zorunlu defterlerin işyerinde bulunup bulunmadığını, tasdikli olup olmadığını usulüne göre kayıt yapıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi icap eden belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ile kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını, levha asma veya kullanma mecburiyetine uyulup uyulmadığını tespit etmek, nakil vasıtalarında bulundurulması icap eden taşıt pulu, yolcu listesi, fatura veya sevk irsaliyesi, yolcu bileti ile taşıma irsaliyelerinin muhtevası ile taşınan yolcu ve malların miktar ve mahiyetlerini ölçmek, tartmak, saymak suretiyle tespit etmek, taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıta bulunmaması, halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak” gibi kanunda belirlenen amaç ve yetkilerle sınırlı olarak yapılmaktadır. Yoklama denetim yolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaneti**, s. 165-168; **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 123-124; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 248- 252; **Saban**, s. 373- 375.

Bu uyumsuzlukların temelinde bina inşaat sınıfının değiştirilmesine yönelik işlemlerde bir takım usulî kurallara uyulmaması yanında 1982 yılına dayanan bina sınıfı ölçütlerinin günümüz imkân ve teknolojileri ölçütünde değerlendirilmesinde yaşanan problemler yatmaktadır. Bu başlık altında özellikle bina sınıf değişikliğine dayalı olarak yapılan tarhiyatlarda sorun oluşturan yoklamaların hukuka aykırılığı, 1982 tarihli cetvelin günümüz teknolojilerine göre değiştirilmesi gerekliliği ve geçmişe etkili cezalı tarhiyat yapılması hususları üzerinde durulmuş ve bu konularda çözüm önerileri getirilmiştir.

2. Yoklama İşlemlerinin Hukuka Uygun ve Bağımsız Bölüm Özelinde Gerçekleştirilmemesi

Vergi Usul Kanunu'nun idarece tarhiyatı düzenleyen mükerrer 30'uncu maddesinde tarhiyatın yoklama fişine dayandırılması gerekliliği kanunda açıkça ifade edilmektedir. Bu doğrultuda öncelikle uydu fotoğrafları, belediye meclis kararları, sokakta yer alan benzer site ve binaların sınıfı gibi hususların tarhiyata esas teşkil edemeyeceğini belirtmek gerekmektedir⁵⁹.

Ayrıca yoklamanın kanunda düzenlenen kurallara ve sınırlara uygun olarak yapılması gerekmektedir. Yoklama yönteminin nasıl uygulanacağına ilişkin kurallar Vergi Usul Kanunu'nun 127 ila 133'üncü maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bu doğrultuda belediyeler tarafından bina inşaat sınıfının tespitine yönelik yapılan yoklamaların kanunda belirtildiği üzere yetkili kişilerce (VUK m. 128), hürriyet ibraz edilerek yapılması (VUK m. 129); varsa nezdinde yoklama yapılanlara imza ettirmek suretiyle tutanağa bağlanması (VUK m. 131) gerekmektedir.

⁵⁹ Danıştay da vermiş olduğu bir kararda idare tarafından sınıf değişikliğine delil olarak sunulan binanın yanındaki evlerin sınıfının ve uydu fotoğraflarını yeterli görmeyen Bölge İdare Mahkemesi kararını onamıştır. *“Davalı idareden davacıya ait taşınmazın “lüks inşaat” sınıfı özelliklerini taşıdığına ne şekilde tespit edildiği hususunda izahat getirilmesi ve buna ilişkin tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istenildiği, davalı idare tarafından ara karara verilen cevapta; sitenin uydu fotoğraflarının gönderildiği yan tarafındaki Hisar Evleri'nin de aynı özelliklere sahip olduğu ve lüks inşaat grubundan vergilendirildiğinin belirtildiği, binanın hangi inşaat sınıfına girdiğinin bu konuda teknik bilgiye sahip uzman kişilerce belirlenmesi gerekirken bu yolla bir inceleme yapılmaksızın uydu fotoğrafları ve çevresindeki yapıların özellikleri esas alınmak suretiyle davacıya ait gayrimenkulün sınıfının “lüks inşaat” olarak belirlenmesi hususunun var-sayıma dayalı olduğu ve inşaat sınıfının somut bir şekilde ortaya konulmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu tahakkuk işleminde ve lüks gruptan hesaplanarak tahsil edilen vergide hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne tahakkuk işleminin iptaline, ödenen tutarın faiziyle birlikte iadesine karar verilmiştir.”* (Dnş. 9. D. 14.03.2022 gün ve E. 2019/1954, K. 2022/840 kazancı içtihat bankası, E.T. 21.01.2024).

Yoklama işlemleri açısından Vergi Usul Kanunu'nda yer alan genel kuralların yanında Bina sınıfının tespitine ilişkin yoklamalara özel olarak var olması gereken bazı hususlara da değinmek gerekmektedir. Bina inşaat sınıfına ilişkin yapılan yoklamalar sırasında saptanan tespitler teknik bilgi gerektirdiğinden, yoklamanın konusunda uzman kişilerce yapılmış olması gerekmektedir⁶⁰. Bu husus Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından verilen bir özalgede de açıkça ifade olunmaktadır⁶¹. Bu doğrultuda inşaatlar hakkında özel bilgi ve donanımı olmayan kişilerce yapılan yoklamaların tarhiyata esas teşkil etmesi mümkün değildir.

Bunun yanında uygulamada belediyelerin yaptığının aksine yapılan yoklamaların her bir bağımsız bölüm için ayrı ayrı yapılması gerekmektedir.

⁶⁰ “Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzükte binaların inşaat sınıflarına göre ayırımının yapıldığı, lüks, birinci, ikinci, üçüncü sınıf ve basit inşaat yönünde yapılan sınıflandırmanın, binanın yapılış tarzı, işçiliği, çeşitli kısımlarda kullanılan malzemenin kalitesi, cinsi ve benzeri hususları nazara alınarak yapılabileceği, buna göre taşınmazın sınıfı ile ilgili belirlemelere esas olan tespitler teknik bilgi gerektireceğinden, konusunda uzman kişilerce yapılması gerektiği, dosyadaki evrakların tetkikinden, dava konusu tarhiyata dayanak alınan ... tarih ve ... sayılı yoklamadaki tespitlerin yoklama memurları tarafından yapıldığı, yoklamada herhangi bir uzman kişinin (mühendis vb.) tespitine yer verilmediği görüldüğü, bu haliyle teknik bilgi gerektiren bir durumda konusunda uzman kişilerce yapılmayan yoklamanın vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini ortaya koyamayacağı sabit olduğundan, söz konusu yoklamaya dayanılarak yapılan tarhiyatta da hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabulüne, Vergi Mahkemesi kararının "2015-2017 yılları için değişen m² farkına ilişkin olarak kesilen vergi ziyai cezasına" ve "2018 yılı için lüks inşaat sınıfı üzerinden tarh edilen bina vergisine" ilişkin kısımlarının kaldırılmasına, bu kısımlar yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. (Dnş. 9. D. 12.10.2022 gün ve E. 2020/5611, K. 2022/4712, kazancı içtihat bankası, E.T. 21.01.2024).

⁶¹ “İlgide (b) de kayıtlı yazınız ve eklerinden; mükellef tarafından verilen (2) Nolu Harç Beyannamesinde, yapı ruhsatında belirtilen inşaat sınıflarını beyan ettikleri ancak, Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından yapılan yoklamalarda mükellef beyanlarının Maliye Bakanlığınca yayımlanan cetvelde belirtilen kriterlere göre farklı bir sınıfta olduğunun tespit edildiği belirtilerek bu tespite göre işlem yapıldığı anlaşılmaktadır.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 11 inci maddesine göre yeni inşa edilen binalara ait emlak (bina) vergisi, mükellefler tarafından verilecek emlak (bina) vergisi bildirimini üzerine bu Kanunun 29 uncu maddesine göre belirlenen emlak vergisi değeri esas alınarak ilgili belediyeler tarafından tarh edilmektedir.

Bu hükümler çerçevesinde, inşaatlara ilişkin teknik bilgi ve donanımına sahip olmayan yoklama memurlarınca inşaatların sınıfına dair tespit yapılarak vergi dairesince tarhiyat yapılması uygun bulunmamaktadır. Bu tür bir hatanın tespit edilmesi halinde, bunun ilgili belediyece düzeltilmesinin sağlanması ve buna göre belediye tarafından yeniden bildirilecek emlak vergisi değeri üzerinden tarhiyat yapılması gerekmektedir”. (Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, 17.04.2007 gün ve B.07.1.GİB.0.02.63-6373-2816-34812 sayılı özelge).

Nitekim bir binada yer alan bağımsız bölümlerden (kat irtifakı) bir kısmının kalorifer tesisatı kullanırken bir kısmının kullanmaması, bir kısmının kendi dış duvarlarını cetvelde lüks sınıfa ait gösterilen şekilde kaplatması mümkündür. Bu gibi özelliklerin binanın tamamına hasredilmesi ekonomik gerçeğe aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

3. Bina İnşaat Sınıfının Tespitine İlişkin Düzenlemelerin Yanlış Değerlendirilmesi ve Günümüz Teknolojisine Uygun Olmaması

a. Genel Olarak

İfade olunduğu üzere bina inşaat sınıfının tespitinde bina inşaat sınıfının tespitine ilişkin cetvelde yer alan dış duvarlar, çatı örtüsü, tavan, iç duvarlar, taban (döşeme), merdivenler, pencereler, kapılar, banyo ve WC ile ısıtma olmak üzere toplam on başlıkta belirlenen özellikler dikkate alınmaktadır. Ancak bu cetvelin 1982 yılının teknolojilerine göre hazırlanmış olması nedeniyle cetvelde lüks olarak görülen birçok hususun, akıllı ev tasarımlarının söz konusu olduğu günümüz teknolojilerinde basit sınıfa ait olmayı gerektirdiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu hususa idarenin söz konusu cetvelde yer alan bazı kavramları yanlış yorumlaması da eklenildiğinde mükellefler aleyhine hukuka aykırı birtakım sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır.

Düzenleme hükümlerinin şüphesiz ki tarihi ve amaçsal yorum yöntemlerine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Bunun dışında vergiye ilişkin kuralların anlam bakımından uygulanması ve amaca uygun yorumlanmasında Vergi Usul Kanunu'nun kabul ettiği temel yaklaşım ilkesi "*ekonomik yaklaşım*"dır. Bu nedenle takip eden başlıklarda bina inşaat sınıfını belirleyen özellikler tarihi ve amaca uygun yorum yöntemlerinin yanı sıra ekonomik yaklaşım ilkesi yönünden de ele alınmıştır.

b. Düzenlemelerin Tarihi ve Amaçsal Yorum Yöntemiyle Değerlendirilmesi Gerekliliği

Kanunların uygulanması, kuralların yorumlanması anlamına gelmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü fıkrasının A bendinden hareketle lafzî (gramatik), gaî (amaca uygun/teleolojik), sistematik ve tarihi yorum yöntemleri/metotları Vergi Usul Kanunu'na tâbi vergi, resim ve harçlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır⁶². Kanunun sözünün açık olmadığı hal-

⁶² Vergi hukukunda yorum yöntemlerine ilişkin genel açıklamalar için bkz. Şenyüz/Yüce/ Gerçek, s. 74 vd.; Oktar, s. 60 vd.; Bilici, s. 19 vd.; Taşkan, s. 43 vd.; Birsenoğul, Hakan: Vergi Hukukunda Yorum, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 65 vd.

lerde, kanunun konuluşundaki maksadın ve kanunun yapısındaki yerinin ve diğer maddelerle olan bağlantısının irdelenmesi gerekmektedir. Vergiye ilişkin kuralların uygulanmasında her bir metottan tamamlayıcı olarak yararlanılması gerekmektedir. Bir kuralın birden fazla yorum yöntemi ile yorumlanabiliyor olması, tek bir yöntemin kullanılması diğer yöntemlerin uygulamasını bertaraf etmemekte; bilakis yorum sonucuna ulaşma yolunda uygun olan her yöntemin iç içe geçmiş bir şekilde uygulanması gerekmektedir⁶³. Her bir yorum metodu ulaşılan sonuç yönünden eşit seviyede değerlendirilmekle birlikte amaca uygun yorum neticesinde ulaşılan sonuç önemli bir anlam taşımaktadır. Çünkü, amaca uygun yorum, lafzî ve sistematik yorum yoluyla bulunan sonucun düzenlemenin anlam ve amacına uygun olup olmadığının denetlendiği bir yorum yöntemidir⁶⁴. Amaca uygun yorumda belirleyici olan, kanun koyucunun düzenleme yaptığı tarih itibariyle zamanın koşullarına göre ve sübjektif iradesinden bağımsız şekilde objektif iradesinin belirlenmesidir.

Emlak vergilendirmesine konu olan malî güç unsuru, servettir. Bu bakımdan bina vergilendirmesinde yönlendirici bir amaçtan ziyade devletin kamu giderlerini karşılamak üzere fiskal bir amacı bulunmaktadır. Malî amaçlı vergilendirmenin söz konusu olduğu durumlarda devletin “gelir elde etme amacı” amaca uygun yorumda işe yarayacak yegâne kıstas değildir. Bu noktada amaca uygun yorum yaparken, kanun koyucunun vergilendirme yetkisini kullandığı andaki bakış açısını dikkate almak gerekmektedir⁶⁵. Amaca uygun yorum genellikle tarihî yorum yönteminin yeterli olmadığı ya da bir fikir vermediği durumlarda başvuru bir yorum yöntemidir. Bu noktada hukukî düzenlemenin adil ve somut olaya uygun sonuç doğurmasına dikkat edilmeli; buna bağlı olarak menfaatler dengesinin esas alınması, adil olmayan ya da somut olayla bağdaşmayan bir sonucun doğmasının engellenmesi sağlanmalıdır⁶⁶.

Bina İnşaat Sınıfının Tespitine Dair Cetvel’i bu bakış açısıyla incelendiğinde örnek olarak “pencereler” bölümüne ilişkin kriterler dikkat çekmektedir. Pencereler açısından örneğin camın “özel vasıflı” olması lüks sınıfında değerlendirme yapılmasını gerektirmekte iken “normal” olması 1’inci sınıf

⁶³ Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 141, 142.

⁶⁴ **Schwarz/Pahlke/Keß**, AO. § 4, Rz. 141, (haufe.de , E.T. 28.01.2024)

⁶⁵ **Schwarz/Pahlke/Keß**, AO. § 4, Rz. 142, (haufe.de , E.T. 28.01.2024) Tarihi ve güncel amaçsal yorum ayrımı hakkında ayrıca bkz. **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 76-78.

⁶⁶ Malî güç ile orantılı vergilendirmeyi talep etmek mükellef haklarındandır. Mali gücü aşan şekilde kamu giderlerine katılma yükümlülüğünden söz edilemez (**Çağan**, s. 200).

inşaat olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Özel vasıflı olma ve normal gibi kavramlar değişen zaman içerisinde anlamı değişen ve oldukça soyut kavramlardır. Bu noktada 1982 yılı itibariyle camın özel vasıflı olması ve normal camın neyi ifade ettiği araştırılmalı daha sonra bulunan sonucun günümüzdeki karşılığı itibariyle ne anlam ifade ettiği irdelenmelidir. “Normal” sözlük anlamı ile “alışılmış olan, olağan”⁶⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bakımdan bundan seneler önce alışılmış ya da olağan görülen bir uygulama bugün itibariyle terk edilmiş olabilmektedir. Buna mukabil hangi cam vasıflarının “özel” sayılacağını tespit edebilmek de normal olanı kavramak kadar güçlük arz etmektedir⁶⁸. Örneğin binalarda güneş kontrolü, ışık geçirgenliği, ısı yalıtımı ve enerji tasarrufu gibi sebeplerle “ısıcam” ya da “çift cam” uygulanmaktadır⁶⁹. Öte yandan günümüzde bu uygulama yaygın, olağan başka bir ifade ile “normal” bir uygulama haline gelmiştir. Bilakis binaya tek kat cam takılması olağan dışı ve şaşırtıcı bir uygulama olarak kabul edilebilir. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere Cetvel’de belirlenen bina özelliklerinin değişen şartlara ve amacına uygun yorumlanması önem arz etmektedir.

Bunun yanında cetvelde klima mevcudiyetinin lüks sınıfa ait olduğu görülmektedir. Bu açıklamaya belediyeler binanın veya bağımsız bölümün tesisatına tabi olmayan duvar tipi klimayı da dahil etmektedirler. Bununla birlikte 1982 yılının şartlarında lüks bir bina açısından klima tesisatının duvar tipi klimayı değil de merkezi sistem klimayı ifade ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim kat kliması ya da duvar tipi klima olarak adlandırılan ve ayrı bir dayanıklı tüketim malı olma özelliği taşıyan klimalar o dönemde Türkiye’de bulunmamaktadır⁷⁰. Kaldı ki cetvelde bahsedilen özellikler ve donanımların emlakın değerinin tespitinde kullanılması için o emlaka birleşik olması gerekmektedir. Kiracının mülkiyetinde de olabilecek bir eşyanın bina inşaat sınıfının tespitinde ölçüt alınması ekonomik gerçeklikle bağdaşmamaktadır.

⁶⁷ <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 31.01.2024)

⁶⁸ Bir yapı malzemesi olarak camın özellikleri ve niteliği hakkında bkz. **Hegger/Drexler/Zeumer**, s. 62-65. Ayrıca bkz. **Serfiçeli**, Y. Saip: Malzeme Bilgisi, Geliştirilmiş İkinci Baskı, (Form Ofset), Ankara, 2000, s. 227 vd.

⁶⁹ Çift camlı pencere ve cam malzeme hakkında bkz. **Serfiçeli**, s. 228; **Özrahat**, Evrim: “Değişik Gazlar İçin Çift Camlı Pencere Boyutlarının Sayısal İncelenmesi”, (T.C. Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Makine Mühendisliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Kayseri, 2007, s. 1-10.

⁷⁰ Türkiye’ye duvar tipi klimanın 1988 yılında gelmesine ilişkin bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/o-zamanlar-ismi-kat-klimasiydi-9591070> (E.T. 31.01.2024)

c. Düzenlemelerin Ekonomik Yaklaşım İlkesine Uygun Değerlendirilmesi Gerekliliği

Vergi hukukunun karakteristik bir özelliği olan ekonomik yaklaşım ilkesi, Vergi Usul Kanunu'nda belirlenen ayrı bir yorum yöntemi değildir. Amaca dayalı yorumun bir uzantısı olarak günlük durum ve olayların vergi hukuku bakımından yorumlanmasında ikincil derecede etkili bir değerlendirme tarzıdır. Vergi idaresinin yanı sıra vergi yargısına da hitap eden bir ilke olarak hem somut olayın hem de vergi ödevi getiren bir normun anlamının belirlenmesini içeren bir üst kavramdır⁷¹. Ekonomik yaklaşım ilkesinin belirlenmesinin temelinde mükellefin ödeme gücünün tespitinin yanında vergilendirmede eşitliğin sağlanması amacı yatmaktadır. Bina vergisinin konusunu oluşturan konut, iş ve alışveriş merkezi gibi yapılar, gelirin statik/stok halini ifade eden servet unsurunun günümüzdeki en temel görünümle-ridir. Özünde şekillerin ötesine geçerek malî gücün kavranması anlamına gelen ekonomik yaklaşım ilkesi ile bina inşaat sınıfını belirleyen standart, olgusal ölçütlerin ekonomik nitelendirmesini sağlamak gerekmektedir⁷². Kuşkusuz amaca uygun yorum faaliyetinin sınırı olarak, ekonomik yaklaşımı getirirken kanunilik ilkesini, kıyas yasağını ve kanunda yer alan ifadeleri her zaman dikkate almaya devam etmek gerekmektedir⁷³.

Lüks kavramı kişisel ve kamusal anlamda zaman içerisinde kültürel olarak devamlı değişim ve gelişim içerisinde olan bir tasarım olgusudur. Bu bakımdan binalara lüks niteliğini kazandıran ya da sınıfını yükselten unsurların tarihsel süreçte değişiklik gösterebileceği kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, bir binanın sınıfını belirleme sonucunu doğuran materyalleri malzeme bilimi/malzeme mühendisliği incelemektedir. Binaların mimarî tasarımları yapı malzemeleri ile hayata geçirilmekte ve o binanın çevrede uyandıracığı etkide malzeme belirleyici bir rol oynamaktadır⁷⁴. Malzeme biliminin ve mühendisliğinin amacı, malzemeleri tanıyıp anlayarak yeni/değişik malzemelerin keşfini/tasarlanmasını sağlamak; uygun işleme ve üretim süreçlerinden geçirerek onları insanlığın kullanımına sunmaktır⁷⁵. Dolayısıyla mal-

⁷¹ **Birsenoğul**, s. 156.

⁷² Vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesine ilişkin genel açıklamalar için bkz. **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 79-84; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 143, 144; **Oktar**, s. 62 vd.; **Taşkan**, s. 45-47.

⁷³ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 153, 154.

⁷⁴ **Hegger/Drexler/Zeumer**, s. 8.

⁷⁵ **Uzun**, Hüseyin: Mühendisler İçin Malzeme Biliminin Temel İlkeleri, (Değişim Yayınları), İstanbul, 2012, s. 3; **Keleş**, Özgür: Malzeme Bilimi ve Mühendisliği, Ders Notları

zeme bilimindeki bu yaklaşım, bina inşaat sınıfı için ölçüt olarak belirlenen her bir malzemenin 1982 yılından bu yana üretim faaliyetleri ile sıkı bağlantılı olan bu bilim dalının konusu olmaya devam ettiği anlamını çıkarmak için yeterlidir⁷⁶. Teknolojik gelişmelerin hızlı bir ivme kazandığı son 30-40 yıllık sürecin üretim süreçlerine de yansdığı hususu göz önünde bulundurulunca 1982 yılındaki malzeme anlayışının, kullanıcıya sağlamayı vaat ettiği lüks, konfor, sağlık gibi unsurlar açısından günümüzdekinden çok farklı olacağı inkâr edilemez. Günümüzde özellikle yaşam alanları bakımından lüksün veyahut 1'inci ya da 2'nci sınıfın algılanış şekli nitelikli -kaliteli- en doğal yapı malzemelerinin kullanıldığı alanlardan, sentetik, yapay ve doğaldan uzağa; ısınma gibi temel bir yaşamsal ihtiyaç için elektrik, soba, odun, kömür vb gibi alternatif maliyetlere katlanılması gerekene doğru bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu açıdan bina vergisinde her bir vergilendirme dönemi ya da vergi değerinin takdir komisyonlarınca yeniden belirlendiği dönemler itibarıyla çağdaş/güncel anlamıyla bina inşaat sınıfının neyi ifade ettiği gözden geçirilmelidir.

Lüks ve kalite anlayışının zamana yayılı değişimine örnek olarak, günümüzde zemin kaplama malzemesi olarak sıkla kullanılan; ekonomik ve kolay döşenebilir olması itibarıyla toplumun tüm sosyo-ekonomik kesimlerine tercih edilen ahşap türevi ürün olarak "laminat" kaplamalar⁷⁷ ele alınabilir. Laminat, en basit haliyle istenilen renk ve desende basılan kağıtlara reçine emdirilmesi suretiyle elde edilen; balans kağıdı, HDF, dekor kağıdı ve overlay kağıdı olmak üzere dört farklı katmanın lamine edilmesi ile oluşturulan kaplama levhaları olarak tanımlanabilir⁷⁸. 1970'lerin sonunda İsveç'te ilk olarak üretilen laminatın 80'li yılların sonlarına doğru Avrupa'ya ve

(https://web.itu.edu.tr/ozgulkeles/dersler/MalzemeBilimi_01_2010.pdf , E.T. 31.01.2024), s. 6. Malzeme-endüstri ilişkisi hakkında ayrıca bkz. **Serfiçeli**, s. 1.

⁷⁶ Önceki dönemlerde yapı malzemelerinde fazla seçenek yokken endüstrileşmeyle birlikte malzemelerin çeşitliliğinin artışı hakkında bkz. **Hegger/Drexler/Zeumer**, s. 11. Ağaç işleri endüstrisindeki hızlı gelişmelere bağlı olarak orman varlığının azalması; ağaç malzemenin en verimli şekilde kullanılması için laminasyon tekniğinin uygulanmasının zorunluluk arzemesi örneği hakkında bkz. **Ay**, Nurettin: "İç Mekân Zemin Kaplamasında Laminat Parkelerin Tercih Sebepleri", (Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Mobilya ve Dekorasyon Eğitimi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2001, s. 15.

⁷⁷ Laminat gibi yüzeyi kaplanmış (sentetik) levhaların masif ağaç malzemelerin yerini alması hakkında bkz. **Nemli**, Gökay: Sentetik Laminat Endüstrisi Ders Notları, (Karadeniz Teknik Üniversitesi Orman Fakültesi Yayınları), Ders Teksirleri Serisi No: 71, Trabzon, 2003, (file:///C:/Users/kullanici/Downloads/sentetik%20laminat%201.pdf , E.T. 31.01.2024), s. 1.

⁷⁸ Laminat parke yapısı hakkında bkz. **Ay**, s. 18 vd.; **Alkan**, s. 1-4.

diğer pazarlara girdiği bilinmektedir⁷⁹. İlk giriş tarihi itibarıyla belki daha çok üst gelir grubunca tercih edilen laminat, üretim maliyetinin azalması, ekonomik olması ve uygulanma sıklığının artışı ile daha dar gelirli kesimlerin erişimine açık hale gelmiştir⁸⁰. Günlük hayat deneyimleri ile bu ürünün bir lüks olmadığını ve standart bir uygulama haline geldiğini söylemek mümkündür⁸¹. Bina İnşaat Sınıfının Tespitine Dair Cetvel'e baktığımızda ise, laminat kelimesinin herhangi bir standartta geçmediğini görmekteyiz. Bununla birlikte "taban" açısından "ahşap parke" ölçütü lüks ve 1'inci sınıfta yer almakta bunun dışında 3'üncü sınıf inşaat kriterleri arasında basit ahşaba yer verilmektedir. Nitekim ahşap, hemen her yerde bulunabilen ve yenilenebilir bir malzeme olmakla birlikte -ağacın türüne göre- maliyeti yüksek bir yapı malzemesidir. Bu nedenle ahşap malzeme veya atıklar parçalanıp ayrıştırılarak ahşap asıllı ürünler elde edilmekte; ahşabın doğal özellikleri geri plana atılarak ahşaba yakın görünümde yeni malzemeler elde edilebilmektedir⁸². Laminat kaplamanın bu kriterlerden hangisine gireceği konusuna bakıldığında ise, ahşabın fiziksel ve kimyasal değişime tâbi tutularak işlendiği ve yeni, sentetik bir malzemeye dönüşmüş halini ifade eden "laminatın"⁸³ gerçek ekonomik değeri itibarıyla Cetvel'de bir karşılığının olduğundan bahsedebilmek mümkün görülmemektedir. Ahşap asıllı ürünler arasında sınıflandırılan laminatlar, yüksek kaliteli ahşap kaplamalar yerine düşük maliyetli kaplama altı malzeme olarak kullanılmaktadır⁸⁴.

Şehirleşme açısından dikkate alındığı bilinen bir algı olarak lüks yaşam çevresi oluşturulması özellikle göç alan büyükşehirlerde yaşanan hızlı ve olumsuz kentsel gelişmenin önlemi olarak görülmektedir. Deprem gibi birçok kez ve farklı yerlerde gerçekleşmesi muhtemel görülen Türkiye şartlarında kentsel dönüşüm, yerinde dönüşüm gibi uygulamalara da bu algı yan-

⁷⁹ Nemli, s. 1; Alkan, s. 4, 5.

⁸⁰ Laminatın tercih sebepleri hakkında bkz. Nemli, s. 1; Ay, s. 15-17.

⁸¹ Günümüzde pahalı doğal ahşap kaplamalar yerine ahşap taklidi kaplamaların üretildiği hakkında bkz. Hegger/Drexler/Zeumer, s. 37.

⁸² Hegger/Drexler/Zeumer, s. 36. Ayrıca bkz. Onaran, Kâşif: Malzeme Bilimi, Düzeltilmiş Birinci Baskı, (Çağlayan Basımevi), İstanbul, 1986, s. 276.

⁸³ Laminat, piyasada kullanıma sunulan zemin kaplama malzemeleri arasında "ahşap yer döşemeleri" arasında değil, "ahşap kökenli yer döşemeleri" arasında sınıflandırılmaktadır. Nitekim ahşap yer döşemeleri; tahta yer döşemesi, masif parke, rabuta, mozaik parke, tabla parke ve lamine parke şeklinde sıralanmaktadır. Açıklamalar için bkz. Ay, s. 3, (Şekil 1. 1. Yer Döşemelerinin Sınıflandırılması ve Çeşitleri). Laminatın avantaj ve dezavantajları kapsamında ahşap parkeden farkını ortaya koyan açıklamalar için bkz. Alkan, s. 8, 9.

⁸⁴ Hegger/Drexler/Zeumer, s. 37.

sımsaktadır. Öte yandan; inşaat sınıfı itibarıyla lüks ve basit inşaatların yan yana durabildiği şehirleşme realitesinde ülkenin geneline yaygın bir lüks ya da 1'inci 2'nci sınıf belirlemesi, malî gücü kavrama bakımından sosyal adalete yaklaştıran bir sonuç doğurmayacaktır. Bu bakımdan günümüzün ekonomik şartları itibarıyla Bina İnşaat Sınıfının Tespitine Dair Cetvelinde yer alan ölçütlerin günün şartlarını karşılayacak ve malzeme bilimi açısından yaşanabilecek gelişmelere ayak uyduracak şekilde ele alınması gerekli görülmektedir.

4. Sınıf Değişikliği Kararlarına Dayalı Olarak Geçmiş Etkili Cezalı Tarhiyat Yapılması

Bina inşaat sınıfı değişikliğine dair tutanaklara dayalı olarak yapılan tarhiyatların, tarh zamanaşımı süresini dikkate alarak geçmiş beş yılı kapsayacak şekilde yapıldığı görülmektedir. Ancak, vergi tadil sebeplerinin hangi yılda yapıldığına ilişkin bir tespitte bulunulmaksızın bu şekilde geçmişe etkili bir vergilendirmede bulunulması uygun değildir. Örneğin, özel vasıflı cam taktırılması, kalorifer tesisatı döşenmesi gibi işlemler yoklama tarihinin hemen öncesinde gerçekleştirilmiş olabilir. Buna yönelik bir tespitte yer verilmeksizin yeknesak bir uygulama ile geçmiş beş yıl için ek vergi tarhiyatında bulunulması hukuka uygun değildir.

Ayrıca belediyelerin sınıf değişikliği kararına dayalı ek tarhiyat yaptıkları durumlarda bir kat temel vergi ziyayı cezası kestikleri görülmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun idareye tarhiyat yapma yetkisi veren bu hükmünde yalnızca tarhiyat yapılacağı düzenlenmiş bulunması ve ceza kesme ibaresine yer verilmemesi, Danıştay tarafından bu durumlarda idarenin ceza kesme yetkisi olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁵. Kanaatimizce ceza ke-

⁸⁵ “1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanununda 09/04/2002 tarihinden itibaren beyanname verme zorunluluğunun kaldırılarak, emlak vergisi bildirim verilmesi gereken hallerde mükellefin bildirim vermemesi durumunda verginin idarece tarh edileceği kuralının benimsenmesi ve vergi ziyayı cezası kesileceğine dair bir hükme yer verilmemesi karşısında, 2002 yılı ve sonraki yıllar için vergi ziyayı cezası kesilmesi mümkün olmadığından, davacı şirket adına 2020 yılına ilişkin olarak kesilen vergi ziyayı cezasında hukuka uyarlık görülmediği,” (Dnş. 9.D. 27.10.2022 tarih ve E. 2021/67, K. 2022/5187, kazancı içtihat bankası, 07.03.2024). “Emlak Vergisi Kanununda 9.4.2002 tarihinden itibaren 4751 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, beyan esasına ilişkin 20. madde kaldırılarak 23. maddede yapılan değişiklik ile Kanunun 33. maddesinde belirtilen vergi değerini tadil eden sebeplerin meydana gelmesi halinde bildirim verilmesi esas getirilmiş olup, 32. maddede de bildirim süresinde verilmemesi durumunda verginin idarece tarh edileceği belirtildiği halde vergi ziyayı cezası kesileceğine dair bir ibareye yer verilmediğinden, kesilen vergi ziyayı cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı” (Dnş. 9. D.

silmemesi gerekliliğinin sebebi Emlak Vergisi Kanunu'nda beyan usulünün kaldırılmış olmasıdır. Yoksa Vergi Usul Kanunu'nun "Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar." hükmü gereği süresinde vergi tadil sebeplerini bildirmeyen mükellef açısından da geçerli genel hüküm niteliğindedir⁸⁶. Buna rağmen, Danıştay'ın yerleşik içtihadına rağmen belediyelerin cezalı tarhiyat yapmakta ısrar etmesi davaların en azından kısmen kaybedilmesi sonucu doğurmakta ve kamu zararına yol açmaktadır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bina vergisinde vergi değeri, Maliye ve Bayındırlık ve İskân bakanlıklarınca müştereken tespit ve ilân edilecek bina metrekare normal inşaat maliyetleri ile takdir komisyonu kararı ile tespit edilen arsa veya arsa payı değeri esas alınarak hesaplanan bedeldir. Bu bedelin tespitinde bina inşaat sınıfı büyük önem taşımaktadır. Belediyeler, bina ruhsatında ve emlak vergisi bildiriminde yer alan bina sınıfına göre emlak vergisi tahakkuk ettirmekle birlikte bazı binaların sınıflarının bildirimde bulunan sınıfın daha üstünde bir sınıfa dahil olduğunu tespit etmekte ve bu yönde geçmiş beş yıla dönük vergi tahakkuk ettirmektedirler.

Bina inşaat sınıfının değiştirilmesine dayalı bu tarhiyatların hakkaniyetsiz bazı sonuçlara yol açtığı açıktır. Öncelikli olarak, bina inşaat sınıfının tespitine ilişkin işlemlerin hukuken geçerli bir yoklamaya dayandırılması gerekmektedir. Yoklamaya dayanmayan veya dayandığı yoklamanın kanundaki şartları taşımadığı görülen ek vergi tarhiyatlarının, bina sınıfına ilişkin tespitin doğruluğundan bağımsız iptali gerekmektedir. Bunun yanında uygulamada belediyelerin yaptığı aksine, yapılan yoklamaların her bir bağımsız bölümde var olan ölçütler göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir.

Yoklama sırasında dikkate alınan cetvel, 1982 yılına dayanan bina sınıfı ölçütlerini içermektedir. İlgili cetvelde lüks kategorisinde yer alan birçok özellik günümüzde sıradan ve basit olarak nitelendirilebilecek özellik-

12.10.2022 gün ve E. 2020/5611, K. 2022/4712, kazancı içtihat bankası, E.T. 07.03.2024).

⁸⁶ Benzer yönde bkz. **Taylar**, Yıldırım: Emlak Vergisi Kanunu'nda Arsa Sayılabilecek Arazilerin Belirlenmesi Hususunda Cumhurbaşkanına (Önceden Bakanlar Kuruluna) Verilen Yetkinin Vergilerin Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Vergilendirme Yetkisi Sempozyumu, (Ed. Prof. Dr. Cenker Göker/ Dr. Öğretim Üyesi Zeynep Müftüoğlu), Atılım Yayınları, Ankara 2023, s. 208, dn. 35.

tedir. İlgili cetvelin günümüz teknolojik imkanlarına göre yenilenmesi ve ekonomik gerçekliklere uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Yine mevcut cetvelde yer alan kriterlerinde günümüz gerçeklerine ve ekonomik yaklaşım ilkesine uygun yorumlanması gerekmektedir.

İdare sınıf değişikliği kararını binaya sonradan eklenen bir unsura dayandırmakta ise bu unsurun binaya ne zaman eklendiğinin tespit edilmesi ve vergi değerinin o tarihi takip eden döneme uygulanması gerekmektedir. Yine, Danıştay'ın idarece yoklamaya dayalı olarak yapılan tarhiyata ilişkin kanun hükmünün ceza kesme yetkisi tanımadığı yönündeki yerleşik içtihadı belediyelerce göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Alkan**, Fırat: “Laminat Parkelerin Kalınlık ve Kalite Sınıflarına Göre Özelliklerinin Karşılaştırılması”, T.C. Bartın Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Orman Endüstri Mühendisliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bartın, 2019.
- Arslan**, Ahmet: “Emlak Vergisi Açısından Bina Kavramı”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 332, Mayıs 216, s. 85-90).
- Akdoğan**, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2023.
- Aşçı Akıncı**, Nuray: “Emlak Vergisi Takdir Komisyonları Kararlarına Karşı Dava Açma Hakkı (Taraf Ehliyeti ve Dava Açma Süresi Yönünden Bir Değerlendirme)”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 243, Nisan 2017, s. 29-42, (Takdir Komisyonları).
- Aşçı Akıncı**, Nuray: Teoride ve Uygulamada Emlak Vergisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, (Emlak Vergisi).
- Ay**, Nurettin: “İç Mekân Zemin Kaplamasında Laminat Parkelerin Tercih Sebepleri”, (Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Mobilya ve Dekorasyon Eğitimi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2001.
- Balci**, Mustafa: “Arazi ve Arsa Birim Değerlerine İlişkin Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Süre Aşımı Sorunu-2”, www.vergiyalgi.com, E.T. 27.04.2024).
- Bilici**, Nurettin: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 54. Baskı, Ankara 2023.
- Birsenoğlu**, Hakan: Vergi Hukukunda Yorum, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Can**, Bilal/**Bülbül**, Zübeyr/**Dağışan**, Veysel: Açıklamalı ve İçtihatlı Belediyelerde Emlak Vergisi Uygulaması, Türkiye Belediyeler Birliği, 2. Baskı, Eylül 2019.
- Canbazoğlu**, Kerem: “Vergilendirme ve Vergi Alacağının Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetim”, TBB Dergisi 2010 (89), s. 154-195.
- Candan**, Turgut: “Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak İdari Davalarda Hasım Sorunu”, Danıştay Dergisi, S. 64-65, Y. 17, s. 5-13.
- Çağan**, Nami: Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982.

- Gök, Özgecan:** “Emlak Vergisi Matrahını Belirleyen Takdir Komisyonu Kararlarının Dava Konusu Edilebilirliği (Bir Anayasa Mahkemesi Kararı’nın Sonuçlarının Değerlendirilmesi), IV. Vergi Hukuku Konferansı Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Göker, Cenker:** Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Hackköylü, Canatay/Heper, Fethi:** “Emlak Vergisinde Matrah Tespitine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Maliye Dergisi, S. 158, Ocak-Haziran 2010, s. 1-14.
- Hegger, Manfred/Drexler, Hans/Zeumer, Martin:** Adım Adım Yapı Malzemeleri, Yapı Endüstri Merkezi- YEM Yayın-194, İstanbul, 2012, (Çev. Volkan Atmaca).
- Kabakçı Karadeniz, Hülya:** Türkiye’de Emlak Vergisi ve Değerli Konut Vergisi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Kaneti, Selim:** Vergi Hukuku, 2. Bası, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Kaneti, Selim/Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut:** Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Karagöz, Işıl/Arslan, Metin:** “Bina Vergisine Esas Rayiç Bedellerin Belirlenmesinde Yaşanan Sorunların Analizi: Kayseri İli Talas İlçesi Örneği”, İdeal Kent Dergisi, Sayı 27, Cilt 10, Yıl 2019-2, s. 840-873.
- Karakoç, Yusuf:** Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Genel Vergi).
- Karakoç, Yusuf:** Vergi Yargılaması Hukuku Açısından Takdir Komisyonu Kararları, Vergi Dünyası, S. 161, Ocak 1995, s. 110-116, (Takdir Komisyonu).
- Keleş, Özgür:** Malzeme Bilimi ve Mühendisliği, Ders Notları, (https://web.itu.edu.tr/ozgulkeles/dersler/MalzemeBilimi_01_2010.pdf, E.T. 31.01.2024).
- Nemli, Gökay:** Sentetik Laminat Endüstrisi Ders Notları, (Karadeniz Teknik Üniversitesi Orman Fakültesi Yayınları), Ders Teksirleri Serisi No: 71, Trabzon, 2003, (file:///C:/Users/kullanici/Downloads/sentetik%20laminat%201.pdf, E.T. 31.01.2024).
- Oktar, S. Ateş:** Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul 2022.
- Onaran, Kâşif:** Malzeme Bilimi, Düzeltilmiş Birinci Baskı, (Çağlayan Basımevi), İstanbul, 1986.

- Organ, İbrahim/Çiftçi, Taha Emre:** Türkiye’de Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: Ekim 2015, Cilt-Sayı: 8 (4), s. 127-147.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker:** Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 28. Baskı, Ankara 2019.
- Özkök Çubukçu, Dilek:** Emlak Vergisinde Vergi Değeri, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Özrahat, Evrim;** “Değişik Gazlar İçin Çift Camlı Pencere Boyutlarının Sayısal İncelenmesi”, (T.C. Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Makine Mühendisliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Kayseri, 2007.
- Saban, Nihal:** Vergi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul 2019.
- Sağlam, Musa:** “Emlak Vergisi Kanunu’na Göre Vergi Değerinin Tespiti ve Vergi Değerinin İlgili Diğer Vergilere Etkisi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 324, Eylül 2015, s. 20-23).
- Sarıaslan, Osman:** “Takdire Dayalı Tarhiyatlarda Sistem Eleştirisi ve Reform İhtiyacı”, (TAAD, Y. 7, S. 29, 2017, s. 193-224).
- Schwarz, Bernhard/Pahlke, Armin/Keß, Thomas:** AO/FGO Kommentar, www.haufe.de , E.T: 31.01.2024)
- Serfiçeli, Y. Saip:** Malzeme Bilgisi, Geliştirilmiş İkinci Baskı, (Form Ofset), Ankara, 2000.
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan:** Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınevi, 14. Baskı, Bursa 2023.
- Taşkan, Yusuf:** Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2023.
- Taylar, Yıldırım:** Emlak Vergisi Kanunu’nda Arsa Sayılabilecek Arazilerin Belirlenmesi Hususunda Cumhurbaşkanına (Önceden Bakanlar Kuruluna) Verilen Yetkinin Vergilerin Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Vergilendirme Yetkisi Sempozyumu, (Ed. Prof. Dr. Cenker Göker/Dr. Öğretim Üyesi Zeynep Müftüoğlu), Atılım Yayınları, Ankara 2023, s. 194-211, (Emlak Vergisi).
- Taylar, Yıldırım:** Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, (Vergiyi Doğuran Olay).
- Uzun, Hüseyin:** Mühendisler İçin Malzeme Biliminin Temel İlkeleri, (Değişim Yayınları), İstanbul, 2012.

ACENTENİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAĞI, KONUSU VE SÜRESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1378871>

Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN*

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 102 ilâ 123 üncü maddelerinde acente düzenlenmektedir. TTK ve acentelik sözleşmesi gereği acente, faaliyetini yerine getirirken pek çok borç ve yükümlülük altındadır. Bu yükümlülüklerin bazıları TTK'da açık şekilde düzenlenmiştir. Ancak TTK'da acentenin sır saklama yükümlülüğü açık şekilde düzenlenmemiştir. Sır, gizli kalması sahibine menfaat sağlayan, sahibinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bilgidir. Sır sahibinin sır üzerinde maddi ve manevi menfaati olması sebebiyle, tacir yardımcılarında biri olan acentenin müvekkili ile ilişkisinde sır saklama yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı ve mevcut ise bu yükümlülüğün hukuki kaynağının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu makalede; acentenin sır saklama yükümlülüğünün hukuki kaynağı, yükümlülikle bağlantılı düzenlemeler, yükümlülüğün konusu ve süresi belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sır, Acente, Müvekkil, Acentelik Sözleşmesi, Menfaat

SOURCE, SUBJECT AND DURATION OF THE AGENT'S CONFIDENTIALITY OBLIGATION

(Research Article)

Abstract

Articles 102 to 123 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) regulate the agency. Pursuant to the TCC and the agency agreement, the agent

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (hediye@anadolu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-5175-8987 (Gönderim Tarihi: 20.10.2023-Kabul Tarihi: 08.12.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

is under many debts and obligations while performing its activities. However, the TCC does not explicitly regulate the confidentiality obligation of the agent. A secret is the information, the confidentiality of which benefits the owner and which the owner does not want to be learnt by others. Since the owner of the secret has a material and moral interest in the secret, it is necessary to determine whether the agent, who is one of the merchant assistants, has a confidentiality obligation in its relationship with its client, and if so, its legal source. In this article; the legal source of the confidentiality obligation of the agent, the regulations related to the obligation, the subject and duration of the obligation are tried to be determined.

Keywords

Secret, Acent, Client, Agency contract, Benefit

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 102/1 gereği acente; ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimsedir. Acente ile müvekkil arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olup bu ilişki süreklilik arz eder. Kendisine tacir tarafından verilen yetki kapsamında acente, işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık eder veya ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmeleri bizzat yapar¹.

Bir ticari işletmeye ilişkin sözleşmelerin yapılmasına aracılık eden veya tacir adına sözleşme akdeden acentenin acentelik sözleşmesinden kaynaklanan çeşitli hak ve borçları söz konusudur. TTK'da da acentenin çeşitli hak ve borçlarına yer verilmektedir. Acente ücret talep etme (TTK m. 113), bilgi verilmesini isteme (TTK m. 116/2), olağanüstü masrafların verilmesini isteme (TTK m. 117, 118) ve hapis hakkına (TTK m. 119) sahiptir. Bunun karşın acente; müvekkilin işlerini görme, menfaatlerini koruma (TTK m. 109), bilgi verme (TTK m. 105, 110/1), verilen talimata uygun hareket etme (TTK m. 110/2), önleyici tedbirler alma (TTK m. 111), müvekkile ait parayı zamanında ödeme (TTK m. 112) ve rekabet etmeme (TTK m. 104) borcu altındadır. TTK'da söz konusu borç ve yükümlülükler kapsamında acentenin sır saklama yükümlülüğü açık şekilde düzenlenmemektedir. Ancak doktrinde acentenin sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir². Bu çalışma kapsamında öncelikle sır kavramı incelenecek, acentenin sır saklama yükümlülüğünün hukuki kaynağı hususunda sır saklama yükümlülüğüne ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemeler değerlendirilecek ardından acentenin bu yükümlülüğünün konusu ve süresi incelenecektir.

¹ **Kayıhan**, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 271.

² **Dönmez**, Onur: Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 50; **Narbay**, Şafak/**Güllüce**, Muhammet Ali: "Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1992; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapevi, İstanbul 2019, 854.

I. SIR KAVRAMI, SIR TÜRLERİ VE SIRRIN ÖNEMİ

A. Sır Kavramı

Sır genel olarak, varlığı veya bazı yönleri gizli tutulan şeydir³. “Sır” kavramının mevzuatta net bir tanımı yapılmadığı gibi doktrinde üzerinde birlik olunan bir tanım da bulunmamaktadır⁴. Sır çok boyutlu ve çeşitli unsurları bünyesinde barındıran bir kavram olduğu için tanım vermekten kaçınılmaktadır. Sırrın doktrinde genel kabul gören unsurları ise bilginin gizli olması, sır sahibinin sırrı gizli tutma iradesinin olması, sır sahibinin sırrın gizli tutulmasında yararının olması ve bilginin gerçek olmasıdır⁵.

B. Sır Türleri

Gerek mevzuatta gerek doktrinde sır kavramı ile bağlantılı olarak ticari sır, iş sırrı, meslek sırrı, müşteri sırrı, işletme sırrı, fabrika sırrı gibi pek çok kavram bulunmaktadır. Acentenin saklamakla yükümlü olduğu sırrın belirlenebilmesi için sır türlerinin konu çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

³ TDK Sözlüğü <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.3.2023).

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bağrıaçık**, Safiye Nur: Üretim ve İş Sırlarının Korunması (Özellikle Haksız Rekabet Hukuku Açısından) XII Levha, İstanbul 2017, s. 7-13; **Çiftcioğlu**, Cengiz Topel: Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 36-41; **Kaya**, İlknur: Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre Ve Türk Hukukunda), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, Eskişehir 2019, s. 4-7; **Bağrıaçık**, s. 7-13.

⁵ **Aksoy**, Muhammed Ramazan: Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 117-124; **Bağrıaçık**, s. 8-13; **Başer Doğan**, Zehra: Türk ve Alman Hukukunda Anonim Şirketlerde Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 79; **Çiftcioğlu**, s. 36-42; **Ekinci**, Akın: Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı, Bankacılar Dergisi, S. 63, Y. 2007, s. 53; **Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 11; **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 4-7; **Kaya**, Arslan: “4982 Sayılı Kanun Kapsamında Bilgi Edinme Hakkının Sınırlarından Olan Ticari Sır ve Fikir ve Sanat Eserleri”, Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Hakkı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 133; **Kandırhaoğlu**, Pınar Çağla: Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü, 1. Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011, s. 73; **Karshoğlu**, Hasan: Ticari Sırrın Kapsamı Hukuki Niteliği ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 27-30.

1. Ticari Sır

Ticari sır⁶, yoğun emek sonucu oluşan bilgi olduğu için bu sırrın korunması önem arz etmektedir. Bu da ancak ticari sırrın kapsamının belirlenmesi ile gerçekleşebilmektedir. Ancak ticari sırrı kapsamlı şekilde tanımlamak zordur. Mevzuatta ticari sır ile ilişkin bazı tanımların yapıldığı görülmektedir. 2008 tarihli Ticari Sır Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı m. 2/a'ya göre ticari sır, “Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade etmektedir”⁷. Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ⁸ md. 12'ye göre ise “Ticari sır; teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali⁹ bulunan her türlü bilgi ve belgedir.” Yargıtay ise haksız rekabet kaynaklı bir uyuşmazlıkta ticari sırrı; “gerçek ya da tüzel kişi tacire, rakiplerine karşı ekonomik anlamda menfaat sağlayan, sır olarak saklanan ve gizli kalması için gerekli önlemlerin sahibi tarafından alındığı bilgi” olarak tanım-

⁶ Bir bilgiyi ticari sır olarak nitelendirmenin en önemli sonucu bu bilgilerin “ticari sır” olarak koruma altına alınmasıdır. Ticari sırrın korunması, sır sahibinin menfaatinin korunmasına hizmet eder. Sır sahibinin “sırrın ekonomik olarak korunan haklı bir menfaat” olmasından kaynaklı koruma talep etme hakkı mevcuttur. **Karşoğlu**, s. 121.

⁷ Tanımın geniş kapsamından yola çıkarak işletmeler veya şirketler için önemli olan bilgilerin korunması ve ticari yaşamda güvenliğin sağlanmasının hedeflediği söylenebilir.

⁸ 18.04.2010 tarih ve 27556 sayılı RG.

⁹ Temel kıstas olarak sırrın açıklanmasında sır sahibinin zarar görme ihtimalinin bulunması değil, sır sahibinin sırrın gizli kalmasında menfaatinin bulunmasının esas alınması konusundaki eleştiri için bkz. **Sulu**, Muhammed: Ticari Sırların Korunması, 3. Baskı, XII Levha, İstanbul 2020, s. 11. Aksi görüş için bkz. **Saatcioğlu**, Onur Can: Kanunlar İhtilafı Hukukunda Ticari Sırların İhlâli. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Ankara 2017, s. 8.

lamaktadır. Yine haksız rekabet ilkeleri de göz önünde bulundurularak bir başka tanım olarak ticari sır; “Tacirin ticari faaliyetleri esnasında kullandığı, aynı olanağa sahip olmayan veya kullanamayan rakiplerine karşı kendisi için avantaj teşkil eden herhangi bir formül, düzen, model vs. toplam bilgiler” şeklinde ifade etmektedir¹⁰.

Ticari sırrın kapsamını belirlemek zor olsa da doktrinde de ticari sırra ilişkin çeşitli tanımlar verildiği görülmektedir. Doktrinde yapılan bir tanıma göre, ticari sır “bağımsız ekonomik bir değeri olan veya iktisadi faaliyetlerde sahibi lehine bir rekabet avantajı sağlayan, aleni olmayan (sadece sınırlı bir çevrede bilinen) ve sahibinin gizli kalmasını istediği her türlü bilgi”dir¹¹. Diğer bir tanıma göre ise ticari sır, “herkes tarafından bilinmeyen ve araştırılamayan bağımsız ekonomik değeri olan bilgidir”¹². Bir diğer tanıma göre ise ticari sır, “ticari işletme ve şirketin faal olduğu alanla ilgili olarak belli sayıdaki mensupça bilinen, rakiplerince bilinmemesi ve kamuya açıklanması gereken, işletme başarısı için gerekli olan bilgidir”¹³.

Ticari sır kapsamında verilecek örnekler de kavramın somutlaşmasına katkı sunmaktadır. Bu kapsamda, işletme ekonomisini ilgilendiren teknik, ticari, yenilikçi bilgiler de dahil, satış-pazarlama stratejilerine ilişkin bilgiler, işletmenin müşteri çevresi¹⁴, stok bilgisi, kazanç bilgisi, iş yazışmaları¹⁵, acente ile ilişkileri, işletme sahibinin kişisel kabiliyet ve karakteri¹⁶, müşteri listeleri¹⁷, mal, hammadde kredi kaynakları, bilgisayar program kodları¹⁸,

¹⁰ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi T. 21.10.2019 E. 2016/6958 K. 2019/4349; Yine bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 02.06.2005 E. 2004/7827, K. 2005/5755 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.05.2023)

¹¹ **Bilge**, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, 2. Bası, Asil Yayın, Ankara 2005, s. 5; **Kandırhaloğlu**, s. 78.

¹² **Uşan**, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 25.

¹³ **Turanboy**, Asuman: “Ticari Sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s. 368.

¹⁴ **Bilge**, s. 7-8; **Karaahmetoğlu**, Atanur: “İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu”, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, YBHD, Sayı 2, 2022, s. 1302.

¹⁵ **Bilge**, s. 5-6; **Gürbüz Usluel**, s. 27-28.

¹⁶ **Yeşiltepe**, Salih Önder: “Ticari Sır-İş Sırrı” Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 409-410.

¹⁷ Globalleşen dünyada rekabet etmede önem arz eden husus sadece ucuz ve kaliteli mal ve hizmet üretmek değil, arz edilen ürün ve hizmetlerin hitap ettiği müşteri çevresine ulaşabilmektir. Bu sebeple, belirli bir emekle müşteri çevresi elde eden tacir bu çevrenin

pazar payı, sözleşme bağlantıları, işletmenin yönetim, dağıtım, üretim açısından ortaya koyduğu teknik ticari bilgi ve tecrübe sır olarak değerlendirilir¹⁹. Bu bağlamda, ticari sır mutlaka yüksek teknolojiye ilişkin bilgi değildir²⁰. Ayrıca sadece olumlu bilgiler değil, terk edilmiş teknik çözüm, başarısız girişimler konusundaki olumsuz bilgiler de ticari sır kapsamındadır²¹.

Sonuç olarak mevzuattaki düzenlemeler, doktrin, yargı kararları ve örnekler ışığında ticari sırrın unsurları şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle ticari sırrın, sırrın unsurlarını taşıması gerekir. Bunlar ayırt edilebilir nitelikte bir bilginin olması, bilginin aleniyet kazanmamış olması, sır sahibinin bilginin saklanması konusunda subjektif iradesinin ve menfaatinin bulunmasıdır²². Sırta ticari niteliğini veren husus ise sırrın tacirin ticari işletmesi ile ilgili olması, ticari nitelik ve ekonomik değer taşımasıdır²³.

2. İş Sırrı

İş sırrı; işletme ile ilgili sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaate sahip bulunduğu ve işverence saklı kalması istenen olguları ifade

başkaları tarafından öğrenilmesini istemez ve müşteri listeleri ticari sır olma niteliği taşır. **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 28. Bası, Ankara 2022, s. 360; **Aksoy**, s. 381; **Uşan**, s. 39.

¹⁸ **Sulu**, s. 12; **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 108-109.

¹⁹ **Kaya**, Arslan: Ticaret Kanunu Şerhi I. Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 117, dpn. 117; **Kaya**, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 109; **Kaplan**, İbrahim: Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Kavramları, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 285; **Yeşiltepe**, s. 409.

²⁰ **Saatcioğlu**, s. 8.

²¹ **Sulu**, s. 13.

²² **Bilge**, s. 16-32; **Çiftcioğlu**, s. 120-122; **Karaahmetoğlu**, s. 1303; **Kandırhaoğlu**, s. 75-77; **Usluel Gürbüz**, s. 42-45; **Uşan**, s. 33; **Seçer**, Tuğçem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekilin Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Ticari Sır Bakımından Değerlendirilmesi, Başkent Üniversitesi Ticari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2022, s. 160.

²³ **Bilge**, s. 18; **Kandırhaoğlu**, s. 78. Sırrın diğer unsurlar yanında bağımsız ekonomik değer taşıması gerektiği hususunda bkz. **Bağrıaçık**, s. 43; **Bilge**, s. 18; **Sulu**, 18-20; **Karshoğlu**, s. 62; **Sorkun**, Ahmet Furkan: Tacir Yardımcıları İle Akdedilen Rekabet Yasağı Anlaşmaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 39-40; **Uşan**, s. 25. Ticari sırrın bağımsız ekonomik değer taşıması yanında bilginin kullanılıyor olması unsuru için bkz. **Gürbüz Usluel**, 40, 42. Ticari sırrın rekabet avantajı sağlaması gerektiği hususunda bkz. **Turanboy**, s. 368; **Sulu**, s. 12.

eder²⁴. Başka bir deyişle; iş ve iş yeri ile ilgili olan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, ancak iş yerinde çalışan kişi veya kişilerce bilinen, işverenin de saklı kalmasında yarar gördüğü, kolay yollarla öğrenilemeyen bilgidir²⁵. İş sırrı daha çok iş hukukunda kullanılan bir kavram olup işçinin saklaması gereken bilgileri, iş ve iş yeriyle ilgili her türlü gizli bilgiyi, üretim ve ticari sırları içerir²⁶. Bu bağlamda iş sırrı, ticari sırrı ve üretim sırrını içine alan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda; ekonomik değeri olmadığı için ticari sır olarak nitelendirilmeyen bazı bilgiler, iş sırrı kapsamına girebilmektedir²⁷. Doktrinde, ticari sır veya üretim sırrı niteliği taşımayan ancak gizli tutulmasında işverenin haklı menfaatinin olduğu hallerde işverenin kişisel, mali ve ailevi tüm bilgilerinin iş sırrı olarak kabul edilebileceği de belirtilmektedir²⁸.

İş sırrı kavramı ayrıca “üretim ve iş sırrı” ifadesi ile TTK’da haksız rekabet düzenlemeleri kapsamında da yer almaktadır (TTK m. 55/I, b-3, d)²⁹. Üretim sırrı, bir malın üretilmesi için gereken teknik bilgiyi ifade eder³⁰. Üretim sırrının teknik yönü ağır basar ve üretim teknikleri, makine ve teçhizatla ilişkin bilgiler içerir³¹. Üretime ilişkin usul ve esaslar, yeni üretim yöntemleri, matematiksel/teknik çizelge ve modeller, stok bilgileri, personel yapısı bu kapsamdadır³². Hüküm kapsamındaki iş sırrı ise işletme açısından önem taşıyan bilgilerin toplamından oluşur³³.

²⁴ **Soyer**, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dön. Ser. Yayınları, Ankara: 1994, s. 12, dph. 40, 53; **Yeşiltepe**, s. 405. Doktrinde yapılan başkaca tanımlar için bkz. **Bağrıaçık**, s. 18; **Çiftcioğlu**, s. 109; **Karaahmetoğlu**, s. 1304; **Uşan**, s. 29.

²⁵ **Bağrıaçık**, s. 19; **Karshoğlu**, s. 82; **Sulu**, s. 22; **Uşan**, s. 29.

²⁶ **Bilge**, s. 35; **Yeşiltepe**, s. 405. Doktrinde yapılan başkaca tanımlar için bkz. **Bağrıaçık**, s. 18; **Uşan**, s. 29.

²⁷ **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 12; **Özkan Koç**, Sema D.: İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü. Adalet Yayınevi, Ankara: 2022, s. 93; **Yaprak**, Işıl: İş Sırrının Korunması ve Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 28.

²⁸ **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 90.

²⁹ **Sulu**, s. 23. Hüküm kapsamına iş ve işletme sırrı, teknik sır, sinai ve ticari sırrın girdiği hususunda bkz. **Kaya**, *Ticari Sır*, s. 135. TTK m. 437’de düzenlenen “şirket sırrı” kavramı eTTK m. 363/2’de “iş sırrı” şeklinde ifade edilmişti. TTK m. 55/I, b-3’nin cezai müeyyidesinin düzenlendiği m. 62’de ise “üretim ve ticaret sırları” ifadesine yer verilmiştir. Üretim ve iş sırrı kavramının yer aldığı diğer kanuni düzenlemeler için bkz. **Bağrıaçık**, s. 56-62.

³⁰ **Nomer Ertan**, N. Fusun: Haksız Rekabet Hukuku, XII Levha, İstanbul 2016, s. 298.

³¹ **Bilge**, s. 37; **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 16; **Aksoy**, s. 373-374.

³² **Bağrıaçık**, s. 17; **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 16.

³³ **Nomer Ertan**, *Haksız Rekabet*, s. 298; Üretim ve iş sırlarının ticari sırrı oluşturduğu konusunda bkz. **Aksoy**, s. 374; Ticari sırrın iş sırrı ile aynı anlama geldiği hususunda bkz.

3. İşletme Sırrı

İşletme sırrı, ticari sırları ifade etmek için kullanılan kavramlardan biridir. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda (UWG) ve Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB) ticari sır kavramı yerine iş ve işletme sırrı (Geschäfts und Betriebsgeheimnisse) kavramları kullanılmaktadır. Betriebsgeheimnisse" işletme sırrını, "Geschäftsgeheimnisse" ise iş sırrını ifade etmektedir. Bu bağlamda, iş sırrı genel iş ilişkilerine ilişkin iken işletme sırrı işletmenin teknik işleyişine ilişkin sırları içermektedir³⁴. İş ve işletme sırrı kavramları yaratabileceği sorunlar sebebiyle Alman hukukunda yasal olarak tanımlanmamış; kavram, doktrin ve yargı kararları ışığında şekillenmiştir. Bu bağlamda, iş ve işletme sırrı; işletme ile bağlantılı olup, aleni niteliği olmayan ve işletme sahibinin belgelendirilebilir veya anlaşılabilir haklı menfaati dolayısıyla gizli kalmasını istediği her türlü vakadır. İş sırrı işletmenin ticari yönüne ilişkin iken işletme sırrı teknik alana ilişkin sırları ifade etmektedir³⁵. Doktrinde, işletme sırrına "fabrika sırrı" da denildiği görülmektedir. Fabrika sırrı; üretim biçim ve süreci, makina yapı ve patent bilgileri gibi işletmenin teknik alanına yönelik bilgilerdir³⁶. Doktrinde bir görüşe göre, fabrika sırrı; üretime yönelik usul, ürün patent bilgileri ve benzeri know-how sırları ifade etmektedir³⁷. TTK'da da iş ve işletme sırrına dair düzenlemeler bulunmaktadır (Örneğin, TTK m. 401/1).

4. Mesleki Sır

Ticari yaşamda saklı kalması gereken bilgilerden bir diğeri meslek sırrıdır. Meslek sırrı; bir mesleğin yapılması sırasında öğrenilen, objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyecek nitelikte olan, sır sahibi tarafından açıklanması istenmeyen, bireye ait özel bilgi ve olaylardır³⁸. Sır sahibi, mesleğin

Kaya, *Ticari Sır*, s. 135. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ileride IV. A. 2. Haksız Rekabet Düzenlemeleri.

³⁴ **Bilge**, s. 33.

³⁵ **Bilge**, s. 7. İş ve işletme sırrının bir işletmenin işletilmesi ile bağlantılı olan sınırlı sayıdaki kişiden oluşan bir çevre tarafından bilinen ve tacirin açık iradesinin bilginin gizli tutulması yönünde olduğu hususlar konusunda bkz. **Yazıcıoğlu**, Emine: Sigorta Aracıları Hukuku I, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 167, dnp. 143; **Oetker**, Hartmut (Hrsg): *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 7. Auflage, C.H.Beck 2021, § 90, N. 3.

³⁶ **Karasu**, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, *BATİDER*, Cilt XXIII, Sayı 2, 2005, s. 89.

³⁷ **Kaya**, *Ticari Sır*, s. 138.

³⁸ **Bağrıaçık**, s. 50; **Çiftcioğlu**, s. 102; **Gürbüz Usluel**, s. 49; **Gürsel**, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel

gereği gibi yapılabilmesi için bazı gizli bilgilerini meslek sahibi ile paylaşmakta ve bu bilgilerin saklanacağı konusunda da güven duymaktadır³⁹. Meslek sırrının daha çok serbest meslek erbabı olarak çalışanların sahip oldukları bilgiler olduğu yönünde görüşler⁴⁰ olduğu gibi bu sırların denetim niteliğinde faaliyetler dolayısıyla öğrenilen veya gerçek veya tüzel kişi tacirin çalışanlarının veya organlarının öğrendiği sırlar olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır⁴¹.

5. Müşteri Sırrı

Müşteri sırrı; meslek sırrının özel bir görünümü olup meslek sırrı, müşteri sırrı anlamında da kullanılmaktadır. Müşteri sırrı genel olarak müşterinin şahsi, mali ve kredi durumuna ilişkin elde edilen bilgi, belge ve kayıtlardır⁴². “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’nın” 2-c maddesinde ise müşteri sırrı; “*ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşterisiyle ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler*” şeklinde tanımlanmıştır. Müşteri sırrı sadece banka ile kurulan hukuki ilişkide değil, hizmet alınmak istenen kişi veya kuruluşa hizmetin bir gereği olarak gizli bilgilerin verilmesiyle de oluşabilmektedir⁴³. Müşterinin ticari işletmesiyle ilgili bilgileri paylaştığı ölçüde müşteri sırrı, ticari sır niteliği taşıyabilmektedir⁴⁴.

C. Sırrın Önemi

Sır sahibinin sırrı koruma iradesi, bilgiyi sır haline getiren unsurlardan biridir. Sırrın korunmasında sır sahibinin hukuken korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Bu menfaat çoğunlukla sırrın açık-

Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı, İzmir 2016, s. 13-14; **Karshoğlu**, s. 96; **Kaya**, *Ticari Sır*, s. 134; **Sulu**, s. 21.

³⁹ **Atabek**, Reşat: “Banka Sırrı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 11, Sayı 4, 1982, s. 95, 97; **Sulu**, s. 21.

⁴⁰ **Bilge**, s. 34, 37; **Gürsel**, s. 13-14.

⁴¹ **Kaya**, *Ticari Sır*, s. 133.

⁴² **Bilge**, s. 34; **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 26.

⁴³ **Çiftcioğlu**, s. 97; **Bilge**, s. 34, 37; **Gürsel**, s. 16.

⁴⁴ **Kaya**, *Müşteri Sırrı*, s. 39; Ticari sır, müşteri sırrı bağlantısı konusunda ayrıca bkz. **Bağrıaçık**, s. 49. Müşteri sırrının ticari sır ile bağlantılı olmadığı hususunda bkz. **Sulu**, s. 24.

lanması halinde sır sahibinin ekonomik zarara uğrama tehlikesi ile kendisini göstermektedir. Özellikle ekonomik menfaatin zarar görmesi veya böyle bir tehlike ile karşılaşılması ilgilinin rekabet gücünü ve kârlılığını etkilemektedir⁴⁵.

Sır sahibinin menfaatinin maddi yarar şeklinde olması zorunlu değildir. Sır sahibinin manevi yararı da bulunabilir⁴⁶. Örneğin sır sahibi tacirin mali durumunun bozulmuş olduğunun duyulması hem diğer işletmelerle ilişkilerinin bozulmasına hem de bankalardan kredi almasına engel olabilir. Bu durum, sır sahibinin ticari itibarını sarsabilir⁴⁷.

Sırrın sahibinin sırrın açıklanmamasında maddi ve manevi menfaatinin bulunması dolayısıyla acentenin müvekkilinin sırlarını saklama yükümlülüğünün incelenmesi önem arz etmektedir.

II. ACENTENİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ TEMELLERİ

Açık veya örtülü şekilde sır saklama yükümlülüğünün söz konusunu olmadığı hallerde sırrı öğrenen kişinin sırrı istediği gibi kullanma tehlikesi mevcuttur⁴⁸. TTK’da ise acentenin sır saklama yükümlülüğü açık şekilde düzenlenmemektedir. Ancak doktrinde acentenin sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Bu kapsamda öncelikle mevzuattaki sır saklama yükümlülüğüne ilişkin temel düzenlemeler incelenecek ardından acente ile müvekkil arasındaki ilişkinin hukuki niteliği bağlamında acentenin sır saklama yükümlülüğünün kaynağı saptanmaya çalışılacaktır.

A. Anayasa Hükümleri

Genel olarak sır saklama yükümlülüğünün kaynağını Anayasa’nın⁵⁰ “Kişinin Hak ve Ödevleri” bölümünde yer alan 17/1 ilâ 20/1 maddeleri oluşturmaktadır. Anayasa md. 17’ye göre “Herkes, yaşama, maddi ve manevi

⁴⁵ Gürbüz Usluel, s. 11; Özkan Koç, s. 114

⁴⁶ Aksoy, s. 119; Çiftcioğlu, s. 42; Gürbüz Usluel, s. 11; Kaya, *Müşteri Sırrı*, s. 7; Özkan Koç, s. 113-114.

⁴⁷ Gürbüz Usluel, s. 11; Kaya, *Müşteri Sırrı*, s. 7 ve dñn. 19.

⁴⁸ Bilge, s. 101.

⁴⁹ Dönmez, s. 50; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 308; Kayıhan, Şaban: *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.118-119; Narbay/Güllüce, s. 1992; Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Bası, Seçkin Kitapevi, İstanbul 2022, s. 299; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 854.

⁵⁰ 9/11/1982 tarih ve 17863 (Mükerrer) sayılı RG.

varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”, md. 20’ye göre ise “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”. Söz konusu hükümler, gerçek ve tüzel kişilerin maddi ve manevi bütünlüğünün ve ekonomik sınırlarının korunmasına hizmet etmektedir⁵¹. Ayrıca “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”nin düzenlendiği Anayasa’nın 26 ncı maddesi⁵² ile “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlıklı Anayasa’nın 167 inci maddesi bu düzenlemeler kapsamında değerlendirilmektedir⁵³.

B. Türk Medeni Kanunu Hükümleri

Sır saklama yükümlülüğünün bir diğer kaynağı ise kişilik haklarına ilişkin Türk Medeni Kanunu (TMK)⁵⁴ düzenlemeleridir (TMK m. 23-25). Kişilik hakları; hak sahibinin hayatının, sıhhatinin, vücut tamlığının ve ruh bütünlüğünün, manevi ve fikri varlığının üzerindeki haklarıdır⁵⁵. Bu çerçevede, kişilik değeri olarak maddi-manevi bütünlük, ekonomik ve ticari itibar ile kredi korunma altındadır⁵⁶. Kişinin gizli tutulmasında menfaati olan sırları da kişilik hakları kapsamındadır⁵⁷. Bu korumadan gerçek kişiler yanında tüzel kişiler de yararlanmaktadır. Ticari yaşamda büyük şirketlerin ticari sırlarının bu kapsamda korunması önem taşımaktadır⁵⁸. Burada son olarak TMK md. 2’de düzenlenen koruma yükümlerinin dayanağı ve güven ilişkisinin temelini teşkil eden “dürüstlük kuralı”na da işaret etmek gerekir⁵⁹.

C. Acentenin Müvekkille Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliğinden Kaynaklanan Türk Borçlar Kanunu Hükümleri

Türk hukuku açısından acentenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK’da açık düzenleme olmaması nedeniyle sır saklama yükümlülüğünü

⁵¹ Çiftcioğlu, s. 56; Engin, B. İlkey/Atamer, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Bası, XII Levha, İstanbul 2022, s. 460; Kaplan, s. 285; Karshoğlu, s. 121; Sulu, s. 51.

⁵² Bilge, s. 56; Çiftcioğlu, s. 56; Karshoğlu, s. 121-122; Uşan, s. 77.

⁵³ Bilge, s. 56; Karshoğlu, s. 121-122.

⁵⁴ 8/12/2001 tarih ve 24607 sayılı RG.

⁵⁵ Yargıtay 4. Dairesi 29.11.1977 tarih E. 1976/12714, K. 1977/11212. Helvacı, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK m. 24/a fıkra 1/İMK md. 28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 41.

⁵⁶ Engin/Atamer, s. 460; Kaplan, s. 285.

⁵⁷ Çiftcioğlu, s. 59.

⁵⁸ Kaplan, s. 285.

⁵⁹ Kandıraloğlu, s. 36; Karshoğlu, s. 122; Uşan, s. 78, 81.

saptamada acente ve müvekkil arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi yol gösterici olabilir.

Doktrinde bir görüşe göre, acentelik sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin bir türüdür⁶⁰. Sözleşme türünün kanunda düzenlendiği hallerde ilgili kanun hükümleri, düzenlenmediği hallerde tarafların iradeleri ile oluşturdukları sözleşme ilişkisine bakılmak suretiyle hangi hükümlerin uygulanacağı belirlenir. Ancak kanun koyucu acentelik sözleşmesine uygulanacak hükümleri tespit etmiştir (TTK m. 102-123)⁶¹. Kanunun acenteye ilişkin kısmında hüküm bulunmaması halinde aracılık eden acentelere simsarlık sözleşmesi hükümleri, sözleşme yapan acentelere komisyon sözleşmesi hükümleri, bunlarda hüküm bulunmayan hallerde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 102/2)⁶². TTK m. 102/2 hükmü dolayısıyla simsarlık ve komisyonculuk sözleşmelerinin incelenmesinde fayda vardır.

Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasına veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir ve bu sözleşmeye kural olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır (Türk Borçlar Kanunu⁶³ (TBK) m. 520/1, 2). Simsarın sır saklama borcu kanunda düzenlenmemiştir. Simsarlık ilişkisi ve vekâlet ilişkisi karşılıklı güvene dayanmakta olup simsarın sır saklama yükümlülüğü simsarın sadakat borcundan kaynaklanmaktadır⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁶⁵ m. 532'de ise alım satım komisyonculuğu düzenlenir. “Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret

⁶⁰ **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2021, s.148; **Bozkurt**, Tamer: Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâlık, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 397; Aracı acentenin özel bir hizmet sözleşmesi, sözleşme yapmaya yetkili acentenin vekâlet sözleşmesinin bir çeşidi olduğun hususunda bkz. **Domanıç**, Hayri/**Ulusoy**, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s. 390.

⁶¹ **Yazıcıoğlu**, s. 126.

⁶² Vekâlet sözleşmesine doğrudan bir atıf olmaması sebebi ile bu düzenlemenin acentelik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilmesini zorlaştırdığı hususunda bkz. **Ayan**, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir 2008, s. 12.

⁶³ 11.1.2021 tarih ve 27836 tarihli RG.

⁶⁴ **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 547; **Bozkurt**, s. 192; **Şener**, Oruç Hami: İşletme Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 322.

⁶⁵ 04.01.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınurların alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir. Bu bölümdeki hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır⁶⁶. TTK m. 917-930'da ise taşıma işleri komisyonculuğu düzenlenmiştir. Komisyoncunun da sadakat borcu kapsamında sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir⁶⁶.

Simsarlık ve komisyonculuk farklı hukuki kurumlar olsalar da hem simsarlık sözleşmesine (TBK m. 520/2) hem de komisyon sözleşmesine (TBK m. 532/2) temelde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Bu bağlamda, acentelik sözleşmesi simsarlık ve komisyonculuk sözleşmeleri gibi vekâlet sözleşmesinin özel bir görünümünü teşkil etmektedir⁶⁷.

Doktrinde acentelik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin bir başka görüşe göre ise acentelik sözleşmesi kendine özgü özellikleri olan⁶⁸ bir iş görme sözleşmesidir⁶⁹. İş görme sözleşmelerinin ortak noktası taraflardan birinin diğerine karşı iş görme borcu üstlenmesinde görülmektedir. Eser, vekâlet ve hizmet (iş) sözleşmeleri TBK'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinden birkaçı olup TBK m. 502/2 gereği, vekâlete ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK'da düzenlenen diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır.

Acente ile müvekkil arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen her iki görüş açısından vekâlet sözleşmesinin önem arz ettiği görülmektedir; TBK m. 502/1'de vekâlet sözleşmesi, "vekilin vekâlet verenin bir

⁶⁶ **Arkan**, s. 252; **Oyal**, Ahmet Batuhan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taşıma İşleri Komisyoncusu, XII Levha, İstanbul 2023, s. 51.

⁶⁷ **Mutlu**, Arif Koray: Acentelik Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012, s. 15.

⁶⁸ Kanunda esaslı unsurları düzenlenen sözleşmelere isimli sözleşme, kanunda düzenlenmesi olmayan sözleşmelere ise isimsiz sözleşme adı verilmektedir. İsimsiz sözleşmeler karma, kendine özgü yapısı olan (sui generis) ve bileşik sözleşmeler olarak ayrılmaktadır. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinde mevcut değildir. **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 15-16. Acentelik sözleşmesinin temsil ilişkisi, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinin çeşitli unsurlarını bünyesinde barındıran kendine özgü sözleşme olduğu hususunda bkz. **Ayan**, s. 12-13.

⁶⁹ **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 574; **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş - Ticari İşletme, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1957, s. 358; **Kayıhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 95; **Kayıhan**, *İşletme*, s. 56-58; **Kınacıoğlu**, s. 36; **Mutlu**, s. 13; **Şener**, *İşletme*, s. 372; **Mutlu**, s. 15. Sigorta acentesi açısından aynı yönde görüş için bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 128.

işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. Vekâlet sözleşmesinin unsurları; bir işin veya hizmetin görülmesi, işin başkasının menfaatine ve iradesine uygun yapılması, vekilin edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumlu olması⁷⁰ ve işin bağımsız olarak görülmesidir⁷¹. TBK m. 506/2 gereği “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmek zorundadır”. Vekil sonucun gerçekleşmesi için çaba sarf etmeyi üstlenir⁷². Bu husus acentelik sözleşmesini vekâlet sözleşmesine yaklaştırmaktadır⁷³.

Diğer bir iş görme sözleşmesi hizmet sözleşmesi olup bu sözleşme “işçinin belirli veya belirli olmayan bir süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” (TBK m. 393). Hizmet sözleşmesinde işçinin üstlendiği işi özenle ve işverenin menfaatini koruyarak, sadakatle yapması gerekmektedir⁷⁴. TBK m. 396/4’de “işçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür” ifadeleri ile işçinin sır saklama yükümlülüğü açık şekilde düzenlenmiştir. İşçinin sır saklama yükümlülüğü kanunda açık şekilde düzenlenmesine rağmen işçinin bu borcunun sadakat yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁷⁵. Bu noktada, işçinin sır saklama yükümlülüğünün konusunu

⁷⁰ **Aksoy**, s. 37-65; **Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 70; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 708-714; **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk ve İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 26-38.

⁷¹ **Başpınar**, *Vekilin Özen Borcu*, s. 70; **Gümüş**, s. 30.

⁷² **Gümüş**, s. 32; **Başpınar**, *Vekilin Özen Borcu*, s. 74.

⁷³ Vekâlet sözleşmesinde vekilin müvekkil adına hukuki işlemde bulunması, vekilin işin rizikosunu üstlenmemesi acentelik sözleşmesi ile benzerlik arz eden hallerdir. Vekâlet sözleşmesinin geçici nitelik taşıması ve sadece belirli bir işi yerine getirmekle sınırlı olması, müvekkilin işin ifası sırasında yapılan masrafları ödemesi ve vekilin bağımsızlığının sınırlı olması ise vekâlet sözleşmesini acentelik sözleşmesinden ayıran yönlerdir. **Ayan**, s. 12. Vekilin iş ve hizmeti görürken müvekkilin talimat verme hakkı ile sınırlı olarak zaman, mekân ve maddi açıdan bağımsızlık içerisinde organize etmesi acente ve vekâlet ilişkisinin benzerlik arz eden yönleridir. Vekâlet sözleşmesi açısından bkz. **Gümüş**, s. 30.

⁷⁴ **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 542; **Güçlü**, Hamide Merve: İşçiyi Sadakat Borcuna Aykırı Davranmaya Yönelmenin İş Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 337.

⁷⁵ **Ceylan**, Ebru: “Hizmet Sözleşmeleri” In Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed: Turgut Öz), Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 418; **Yaprak**, s. 28.

üretim ve iş sırrı oluşturmakta ve bu yükümlülük sözleşme süresince ve sözleşme sona erse bile devam etmektedir⁷⁶. Acentenin müvekkiline ticari hizmet vermesi, müvekkilin talimatlarına uymak zorunda olması, müvekkilini bilgilendirme, menfaatlerini koruma yükümlülüğünün olması acentelik sözleşmesini hizmet sözleşmesine yakınlaştırmaktadır⁷⁷. Ancak, hizmet sözleşmesini belirleyen temel kriter hukuki ve kişisel bağımlılıktır⁷⁸. Acente ise tacirin bağımsız yardımcılardan olup tacirin denetim ve gözetimi altında değildir⁷⁹. Müvekkilden bazı emir ve talimatlar alması acente-müvekkil ilişkisini bağımlı hale getirmemektedir⁸⁰. Bu bağlamda; bağımsızlık, acentenin faaliyet gösterdiği ticari işletme organizasyonu şemasında yer almaksızın ve işletme sahibinin talimat ve emirlerine sürekli şekilde bağlı olmaksızın mesleğini gerçekleştirmesidir⁸¹. Dolayısıyla bu noktada acentelik sözleşmesinin hizmet sözleşmesine değil, vekâlet sözleşmesine yaklaştığı tespit edilebilir.

Bir diğer iş görme sözleşmesi eser sözleşmesi olup bu sözleşme “*Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” (TBK m. 470). TBK m. 471/1 gereği, yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, özen ve sadakatle ifa etmek zorundadır. Sadakat borcu gereği yüklenici faaliyeti sırasında öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür⁸². Vekâlet sözleşmesinde vekilin bir sonuç meydana getirme sorumluluğu bulunmaz⁸³. Bu husus vekâlet sözleşmesinin eser sözleşmesinden en önemli farkını oluşturur⁸⁴. Nite-

⁷⁶ Ceylan, s. 419; Güçlü, s. 87; Yaprak, s. 44.

⁷⁷ Ayan, s. 11.

⁷⁸ Doğanç, Doğa Ekrem: “Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2014, s. 109.

⁷⁹ Şener, *İşletme*, 350; Arkan, s. 218. Acentenin müvekkiline ticari hizmet vermesi, müvekkilinin talimatlarına uymak zorunda olması, müvekkilini bilgilendirme, müvekkilinin menfaatlerini koruma yükümlülüğünün olması acentelik sözleşmesini hizmet sözleşmesine yakınlaştırır. Alman hukukunda da acentelik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi unsurları ağır basan bir iş görme sözleşmesi olduğu hususundaki ve aksi yöndeki görüşler için bkz. Ayan, s. 11, dpn. 27.

⁸⁰ Arkan, s. 218; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 569; Bozer/Göle, s. 147.

⁸¹ Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 34.

⁸² Avcı, Ali: “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, TBB Dergisi, Sayı 119, 2015, s. 372; Eren, *Özel Hükümler*, s. 626; Özdemir, Hayrunnisa: “Eser Sözleşmesi” In Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed: Turgut Öz), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 522.

⁸³ Akipek Öcal, Şebnem: Şahsen İfa, Sadakat ve Özen Gösterme (m. 506), In Vekâlet Sözleşmelerinin Kısa Şerhi (Ed: Hakan Tokbaş), Aristo Yayınları, İstanbul 2017, s. 74.

⁸⁴ Seçer, *Sır Saklama*, s. 154.

kim acente de belli sayıda aracılık faaliyetinde bulunma veya sözleşme yapmayı değil, aracılık ve sözleşme yapılması konusunda çaba göstermeyi borçlandığından⁸⁵, bu noktada da acentelik sözleşmesi vekâlet sözleşmesine yaklaşıyor.

Hukukumuzda genel olarak vekâlet, hizmet, eser sözleşmelerinde vekile, işçiye, yükleniciye sadakat ve özen borcunun yüklendiği görülmektedir⁸⁶. Bahse konu hukuki ilişkilerde özel düzenleme olmasa dahi ilgililer özen ve sadakat borcunun bir görünümü olarak sır saklama yükümlülüğü altına girmektedir⁸⁷. Bu bağlamda acente ile müvekkil arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda hangi görüş benimsenir ise benimsensin acentenin de bu kapsamda sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu görülmektedir. Ancak kanaatimizce bu yükümlülük kaynağını, acentelik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin özel bir görünümü olmasından almaktadır.

D. Sır Saklama Yükümlülüğünün Kaynağı Olarak Sözleşme

Sır saklama yükümü içeren sözleşmelerden başlıcaları vekâlet, hizmet, eser ve franchise⁸⁸ sözleşmeleri olup, bu sözleşmelerde sır saklama yükümü açık şekilde düzenlenmemiş olsa bile taraflar kendiliğinden sır saklama borcu altındadır⁸⁹. Yukarıda izah edildiği gibi açık veya örtülü şekilde bazı hüküm ve düzenlemeler gereği, acentenin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sözleşme serbestisi ilkesi (TBK m. 25) gereği, taraflar sözleşme içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Bu ilke kapsamında, somut olay ve sır sahibinin makul ihtiyaçları dikkate alınarak, acentelik sözleşmesinden ayrı bir gizlilik sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür. Tarafların ayrı bir “gizlilik sözleşmesi”⁹⁰ akdetmesi yanında mevcut acentelik sözleşmesine “gizlilik

⁸⁵ Arkan, s. 225.

⁸⁶ Güçlü, s. 28.

⁸⁷ Aydın, Sema ve Kaplan, H. Ali: “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 3-4, 2014, s. 172.

⁸⁸ Bu sözleşmede sır saklama yükümlülüğü konusunda bkz. Doğanay, Zahit M.: Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 86.

⁸⁹ Sulu, s. 114.

⁹⁰ Gizlilik sözleşmesi, gizli bilgileri koruma amacıyla gizli bilgiyi alan kimseye bu bilgiyi açıklamama ve kullanmama yükümlülüğü yükleyen, taraflar arasında gizlilik ve güven ilişkisinin korunmasını teminat altına alan sözleşmedir. Gürbüz Usluel, s. 147. Doktrinde bu sözleşmeyi saklama, vekâlet ve hizmet sözleşmesi olarak nitelendirenler olduğu gibi (Bu hususta bkz. Çiftcioğlu, s. 55), atipik sözleşme olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Karshoğlu, s. 128; Sulu, s. 107.

hükmü” koymaları da imkân dahilindedir⁹¹. Bu durumda, sır saklama borcunun kaynağını “gizlik sözleşmesi” veya “gizlilik hükmü” oluşturmaktadır⁹². Gizlilik sözleşmesi veya gizlilik hükmünün bulunduğu hallerde taraflar sırrın varlığı, sırrın ifşası, zarar gibi hususlarda ispat kolaylığı elde ederler⁹³. Böyle bir sözleşmenin olmaması halinde tarafların sır saklama yükümlülüğünün varlığı, kapsamı ve süresi sözleşmenin yorumu ile belirlenmektedir⁹⁴.

Kural olarak sözleşme ilişkilerinin sona ermesi ile tarafların hak ve yükümlülükleri de sona ermektedir. Ancak gizlilik sözleşmesinde, sözleşme konusunu “bilginin gizli tutulması” oluşturmaktadır. Sözleşmede süre belirlenmesi halinde, ilgili süre boyunca sırrın saklanması gerekmektedir. Kanunda yer alan sebeplerle sözleşmenin sona erdiği, sözleşmenin feshedildiği, veya sözleşmeden dönüldüğü hallerde dahi sırrı saklama yükümlülüğü devam etmektedir⁹⁵.

III. ACENTENİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Her borç ilişkisi taraflara çeşitli hak ve yükümlülük yüklemektedir. Sözleşmeye tipini veren asli edim yükümlülükleri yanında yan edim yükümlülükleri de söz konusudur. Yan edim yükümlülükleri asli edime bağlı olan asli edim yükümündeki ifa yararının gerçekleşmesine hizmet eden yükümlülüklerdir (Örneğin, malın montajının yapılması)⁹⁶.

Bir de edim yükümlülükleri dışında yan yükümlülükler söz konusudur ki bu yükümlülükler edim yükümlülüklerinin doğru şekilde ifasına hizmet etmek suretiyle sözleşmede güdülen amacın gerçekleşmesini sağlarlar. Bu yükümlülükler ifaya yardımcı yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri şeklinde ayrılmaktadır. İlgili kanunda düzenlenmese veya sözleşmede yer almasa bile dürüstlük kuralı ve güven ilişkisi taraflara bazı yan yükümlülükler yüklemektedir. Bunlar; aydınlatma, bilgi verme⁹⁷, sır saklama, rekabet etmeme ve özen gösterme gibi yükümlülüklerdir⁹⁸. Dolayısıyla acentenin sır

⁹¹ **Sulu**, s. 114-115; **Karshoğlu**, s. 134.

⁹² **Helvacı**, s. 64.

⁹³ **Karshoğlu**, s. 134.

⁹⁴ **Bilge**, s. 100, 102; **Karshoğlu**, s. 127; Zımnî sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını belirlemenin zor ve göreceli olduğu hususunda bkz. **Sulu**, s. 114.

⁹⁵ **Bilge**, s. 102; **Karshoğlu**, s. 129.

⁹⁶ **Antalya**, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 63; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 33.

⁹⁷ **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 38.

⁹⁸ **Antalya**, s. 63; **Kandırhaoğlu**, s. 97.

saklama borcu da sözleşme hükmü ile özel olarak düzenlenmediği hallerde bir yan yükümlülüktür. Bu yükümlülük, ifaya yardımcı yükümlülük kapsamında olup alacaklı bu yükümlülüğün ifasını talep edemez ancak söz konusu yan yükümlülüğe aykırı davranış sebebiyle meydana gelen zararın tazmin edilmesini talep edebilir⁹⁹.

IV. TÜRK TİCARET KANUNU VE SİGORTACILIK KANUNUNDA ACENTENİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜYLE BAĞLANTILI DÜZENLEMELER

Acentenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK'da açık bir düzenleme mevcut olmadığını belirtmiştik. TTK'da açık bir düzenleme olmasa da acentelik sözleşmesinde acentenin bazı hakları ve borçları kapsamında acentenin sır saklama yükümlülüğünün doğup doğmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca doğrudan bir düzenleme olmasa da TTK'da düzenlenen haksız rekabet hükümleri ile sır saklama yükümlülüğü arasında yakın ilişki mevcuttur. TTK'da açık şekilde düzenlenmemiş olan bu yükümlülük, sigorta acentelerinin sır saklama yükümlülüğü bağlamında Sigortacılık Kanunu'nda (SK)¹⁰⁰ düzenlenmiştir. Bu başlık altında bahsi geçen düzenlemeler incelenecektir.

A. Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

1. Acentenin Hak ve Borçlarına İlişkin Düzenlemeler

TTK'da acentenin çeşitli hak ve borçlarına yer verilmiştir¹⁰¹. TTK'da yer alan bu hak ve borçların bazıları özellikleri itibariyle acentenin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantı içindedir.

a. Müvekkilin İşlerini Görme ve Menfaatlerini Koruma

Acentenin göreceği işler esas olarak sözleşmede belirlenir. Sözleşmede açık bir belirleme yapılmamış ise kural olarak acentenin borcu, işletmenin

⁹⁹ Antalya, s. 63; Eren, *Genel Hükümler*, s. 37; Vekilin sır saklama borcu açısından aynı yönde bkz. Aksoy, s. 196; Seçer, *Sır Saklama*, 157; Bankanın sır saklama yükümlülüğü açısından bkz. Kaya, *Müşteri Sırrı*, s. 45-46. Hizmet sözleşmesinde işçinin sır saklama yükümlülüğü açısından bkz. Uşan, s. 65.

¹⁰⁰ 3.6.2007 tarih ve 26552 sayılı RG.

¹⁰¹ Acentelik ilişkisinde tarafların temel borcunun acente açısından müvekkil adına ve hesabına faaliyette bulunmak, müvekkil açısından ücret ödemek olduğu ve TTK'da açıkça bir ayırım yapılmamışsa da acentenin borçlarının ana borç-yan borç şeklinde sınıflandırılmasının mümkün olduğu, acentenin faaliyette bulunma dışındaki tüm borçlarının yan borç niteliğinde olduğu hususunda bkz. Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 91-92.

faaliyet alanına giren olağan işlemlere¹⁰² aracılık etmek veya işlemleri müvekkil adına bizzat yapmaktır¹⁰³. Bu yönden müvekkilin işlerini görme borcunun kapsamı geniştir. Müvekkil yararına yapılacak sözleşmeler ve işler bağlamında bu borcun kapsamının acentelik faaliyeti ile sınırlı iş görme ve aktif çaba gösterme olarak anlaşılması gerekir¹⁰⁴.

“İşleri bizzat yapma” borcu açısından acente, aksine sözleşme olmadığı sürece faaliyetini bizzat ve/veya çalışanları yardımı ile gerçekleştirir¹⁰⁵. İşleri bizzat yapma, her ne kadar müvekkilin yetenekleri düşünülerek acentelik ilişkisi kurulmasına işaret etse de aynı zamanda acentenin şahsına duyulan güven ve inançtan dolayı onunla sözleşme yapılmasına ve işletme ile ilgili sırların paylaşılmamasına da işaret etmektedir¹⁰⁶. Bu bağlamda, acentenin sır saklama yükümlülüğü için bizzat yapılması ile somutlaşmaktadır¹⁰⁷.

TTK m. 109/1 gereği, acentenin müvekkilinin işlerini görme yanında müvekkilin menfaatlerini koruma borcu bulunmaktadır. Acentelik sözleşmesinin güvene dayanan bir ilişki olması, müvekkilin menfaatlerini koruma borcu ile uyumludur. Bu borç; acente, müvekkil adına aracılık ettiği veya sözleşme akdettiği sürece devam etmektedir¹⁰⁸. Menfaatleri koruma borcu bir yandan müvekkilin menfaatinin acentenin kendi menfaatlerine göre önceliğini, diğer yandan müvekkilin müşteriye karşı menfaatinin korunması hususunu içermektedir¹⁰⁹. Menfaat çatışmasının söz konusu olduğu hallerde dahi acente müvekkile ait menfaatleri ön planda tutmalıdır¹¹⁰. Acentenin müvekkilin menfaatini koruma borcu; müvekkilin menfaatine yapılabilecek her şeyi yapmayı, menfaate zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmayı içermektedir. Bu borç, emredici nitelikte olup aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün değildir¹¹¹. Acente müvekkilinin işlerini görürken

¹⁰² Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 577.

¹⁰³ Arkan, s. 226; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 97; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 93-94.

¹⁰⁴ Arkan, s. 225; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 96, dpn. 12; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 852.

¹⁰⁵ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 577; Kaya, *Acentelik*, s. 115.

¹⁰⁶ Kınacıoğlu, Naci: *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 39.

¹⁰⁷ Gümüş, s. 34.

¹⁰⁸ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 577; Kaya, *Acentelik*, s. 111; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 101.

¹⁰⁹ Hopt, Klaus/Kumpan, Christoph/Leyens, C. Patrick/Merkt, Hanno/Roth, Markus: *Handelsgesetzbuch*, 42 Auflage, C.H.Beck 2023, § 86, N. 20.

¹¹⁰ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 103; Gümüş, s. 32, 33.

¹¹¹ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 99.

müvekkilin menfaatlerini özenle ve gerektiği şekilde korumalı ve gözetmelidir¹¹².

Acentenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin açık düzenleme bulunmaması doktrinde söz konusu yükümlülüğün bağlantılı olduğu borç ve yükümlülükler konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bir görüşe göre, sır saklama yükümlülüğü acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcu kapsamında olup¹¹³, bu borcun değişik bir görünümü¹¹⁴, borcun somutlaşmış şeklidir¹¹⁵. Diğer bir görüşe göre ise acentenin sır saklama yükümlülüğünün kaynağı sadakat borcudur¹¹⁶. Kanaatimizce bu farklı görüşlerin sebebi acentenin borçlarına ilişkin doktrinde farklı sınıflandırmaların¹¹⁷ olmasıdır. Doktrinde acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcu kapsamında sadakat, talimatlara uyma, rekabet etmeme borçlarının olduğu şeklinde bir ayırım da yapılmaktadır¹¹⁸. Biz de çalışmamızda acentenin sır saklama yükümlülüğü gibi kanunda yer almayan bazı borçlarını “müvekkilin menfaatlerini koruma borcu” altında inceleyeceğiz.

aa. Sadakat Borcu

Sadakat, hukuki anlamda bağlayıcılığı olan bir sözün veya edimin yerine getirilmesidir. Sadakat borcu ise sözleşme ilişkilerinde tarafların uymaları gereken davranış kuralıdır¹¹⁹. Bu borcun içeriği hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenmektedir. Sadakat borcu daha çok tarafların birbirlerinin

¹¹² **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 577; **Kaya**, *Acentelik*, s. 113; **Kayıhan**, *İşletme*, s. 277; **Kınacıoğlu**, s. 41.

¹¹³ **Cengiz**, s. 151; **Karasu**, Rauf: “Acentenin Ücreti ile İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 71; **Arkan**, s. 226; **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 108; **Koç**, Mehmet: Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 25. Alman hukukunda da acentelik sözleşmesi devam ettiği sürece sır saklama yükümlülüğünün kaynağı §90 HGB hükmü dışında müvekkilin menfaatlerini koruma, sadakat ve bağlılık borcu olduğu kabul edilmektedir. **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 107, dpn. 72; **Hopt/Kumpan/Leyens/Merkt/Roth**, § 86, N. 22.

¹¹⁴ **Şener**, *İşletme*, s. 361.

¹¹⁵ **Poroy/Yasaman**, s. 299.

¹¹⁶ **Kaya**, *Acentelik*, s. 112; **Kayıhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 113.

¹¹⁷ Talimatlara uyma, haber verme ve rekabet etmeme borçlarının sadakat borcundan kaynaklanan borçlar olduğu ayırım için bkz. bkz. **Kayıhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 102-106; **Mutlu**, 87. Sadakat ve sır saklama yükümlülüğünün ayrı başlık altında incelendiği ayırım için bkz. **Kaya**, *Acentelik*, s. 112.

¹¹⁸ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 101-102; **Koç**, s. 25; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 854.

¹¹⁹ **Tuncay**, Aziz Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 1047.

şahsi ve mali değerlerini etkileme imkânına sahip olduğu sürekli hukuki ilişkilerde görülmektedir¹²⁰. Sadakat, hukuki ilişkiden kaynaklı borçların yerine getirilmesinde tarafların kişiliğine, mülkiyet hakkı gibi hukuken korunan diğer haklarına zarar vermeme, sözleşme ile sağlanmak istenen amacı tehlikeye atacak davranışlardan kaçınma borcunu içermektedir¹²¹.

Sadakat borcu başkası yerine iş gören vekilin bu yetkisini kötüye kullanmasını engelleme amacı gütmektedir¹²². Vekâlet sözleşmesinde, vekil, sadakat (bağlılık) borcu altındadır (TBK m. 506/2). Vekâlet verenin vekile duyduğu güvenin yoğunluğu ve vekilin göstermesi gereken özen, sadakat düzeyini belirlemektedir¹²³. Vekâlet ilişkisi bakımından sır saklama yükümlülüğü sadakat borcu kapsamında değerlendirilmekte¹²⁴ ve bu yükümlülük sadakat borcunun somutlaşmış hali olarak kabul edilmektedir¹²⁵.

Acentenin sadakat borcu, sır saklama yükümlülüğü gibi TTK'da düzenlenmemektedir¹²⁶. Güven ilişkisi temellerinde inşa edilen ve vekâlet sözleşmesi karakteri taşıyan acentelik sözleşmesi de doğal olarak içinde sadakat yükümlülüğü barındırmaktadır. Sadakat yükümlülüğü, acentenin gerek sözleşmenin ifası sırasında gerekse sözleşme sona erdikten sonra, kendisine duyulan güvene uygun olarak müvekkilin menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde koruması ve kendi menfaatini müvekkilin menfaatine tabi kılmasıdır¹²⁷. Doktrinde acentenin sadakat borcu kapsamında faaliyeti

¹²⁰ Örneğin, hizmet sözleşmesinde işveren işçisine işletmesini ve iş sırlarını emanet etmekte, işçiden işin görülmesini ve sadakat beklemektedir (TBK m. 396; İK m. 25/II, b, d). Vekâlet sözleşmesinde de vekil, müvekkilin kendisine bıraktığı işi müvekkil menfaatleri doğrultusunda gerçekleştirebilecek konumdadır (TBK m. 506). Şirket sözleşmelerinde de ortaklar (özellikle şahıs şirketlerinde) şirketin ve kendilerinin geleceklerini diğer ortaklara emanet etmektedir (TBK m. 628, 230, 231, 613). **Nomer**, N. Fusun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s. 16. Tacir tarafından atanan ticari temsilci ile tacir arasındaki ilişki hizmet, vekâlet, ortaklık ilişkisi olabildiğinden ticari mümessil sadakat borcu altındadır. **Şener**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi. Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 339-340.

¹²¹ **Koç**, s. 25; **Yaprak**, s. 38. Kısaca sadakat borcu yapılması gerekeni yapmak, yapılmaması gerekenden uzak durmaktır. **Kaya**, *Acentelik*, s. 116; **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 103.

¹²² **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 733; **Ceylan**, s. 418.

¹²³ **Akipek Öcal**, s. 73; **Gümüş**, s. 154.

¹²⁴ **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 733; **Ceylan**, s. 418.

¹²⁵ **Akipek Öcal**, s. 73; **Gümüş**, s. 154.

¹²⁶ **Kaya**, *Acentelik*, s. 117; **Kayıhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 118; **Mutlu**, s. 87.

¹²⁷ **Akipek Öcal**, s. 73; **Meyveci**, Kıvılcım Eda: Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Mükellefiyetler, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 26; **Mutlu**, s. 87.

sırasında öğrendiği ticari sırları saklamakla yükümlü olduğu ve sır saklama yükümlülüğünün sadakat borcundan kaynaklandığı ileri sürülmektedir¹²⁸. Bu kapsamda acentenin, faaliyeti sırasında kendisine emanet edilen veya öğrenilen müvekkile ait sırları koruması ve bu sırlardan kendi veya başkasının menfaati için yararlanmaması, ifşa etmemesi ve bu sırların korunması için gereken tüm tedbirleri alması gerekmektedir¹²⁹.

ab. Özen Borcu

Özen kavramına ilişkin bir hukuki tanım bulunmayıp kavram sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk bağlamında kusur (ihmal) kavramı ile birlikte değerlendirilmektedir. Özen, içsel bir süreç yanında dışsal bir davranış gerektirmektedir. Bu davranış söz konusu edimi karakterize etmektedir¹³⁰. Bu bağlamda özen, asıl borcun ifası için zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi borçludan beklenen niteliklerin tamamını ifade etmektedir¹³¹. Özen borcu, dürüstlük kuralının iş görme sözleşmelerindeki görünümü niteliğindedir¹³².

Vekilin özen borcu ile sadakat borcu yakın ilişki içindedir¹³³. Müvekkilin menfaatlerini koruma sadece sadakat borcu ile değil, aynı zamanda özen borcu ile de somutlaşır¹³⁴. Özen borcu; vekilin, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için iş ve hayat deneyimlerine göre gerekli davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınmasıdır¹³⁵. Vekilin özen borcunu yerine getirmemesi halinde, diğer borçla-

¹²⁸ **Karasu**, *Acente*, s. 71; **Kaya**, *Acentelik*, s. 112, 175; Sır saklama borcunun sadakat borcunun esasını oluşturduğu konusunda bkz. **Sorkun**, s. 39.

¹²⁹ **Kaya**, *Acentelik*, s. 117; **Kayhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 114; **Kınacıoğlu**, s. 48. Türk hukukundan farklı olarak acentenin sır saklama yükümlülüğünün açık şekilde düzenlendiği İsviçre hukukunda da acentenin sır saklama yükümlülüğünün kaynağını sadakat borcunun oluşturduğu kabul edilmektedir. **Bühler**, Theodor: *Der Agenturvertrag*, Art. 418a-418v OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) (Hrsg: Peter Gauch, Lörg Schmid). Schulhess Juristische Medien AG: Zürich 2000, s. 70.

¹³⁰ **Gümüş**, s. 45, 47.

¹³¹ **Başpınar**, *Vekilin Özen Borcu*, s. 124; **Başpınar**, Veysel: “Avukatın Özen Borcu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sa. 1-2, 2008, s. 42.

¹³² **Akıpek Öcal**, s. 75; **Başpınar**, *Avukatın Özen Borcu*, s. 42.

¹³³ Bu husustaki görüşler için bkz. **Gümüş**, s. 139. Sadakat ve özen borcu farklı sonuçlara yöneliktir. Özen borcuna aykırı davranış müvekkilin gereği gibi ifa menfaatinin; sadakat borcuna aykırı davranış ise güvenin boşa çıkmasından kaynaklı zararının tazminine yöneliktir. **Başpınar**, *Vekilin Özen Borcu*, s. 145-146.

¹³⁴ **Poroy/Yasaman**, s. 254.

¹³⁵ **Akıpek Öcal**, s. 75; **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 731.

rını gereği gibi yerine getirmesi mümkün değildir¹³⁶. Özen borcu, işin büyüklüğü veya işe verilen önem bakımından değişiklik gösterir. Bu noktada özenin derecesi önem arz eder. Özen derecesi objektif özen olup aynı şartlar altında iş gören basiretli, özenli vekil gibi işin ifa edilmesi gerekir¹³⁷. Acentenin borcu, müvekkilin işini görmek ve menfaatlerini korumaktır; özen yükümü ise bu borcun gereği gibi görülmesi ve sonuçlandırılmasıdır¹³⁸.

Özen borcu, sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılıdır. Sırrın açıklanmaması için vekilin gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Aksi hal, sırrın ifşa olması sonucunu doğurur ve müvekkilin ifa menfaatinin gerçekleşmesini engeller. Bu halde sır saklama yükümlülüğü kanunda düzenlenmemiş olsa da vekilin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle sorumluluğu gündeme gelir¹³⁹.

b. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

TTK'nın "İnhisar" başlığını taşıyan 104 üncü maddesine göre, "Yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz". Hüküm esasen hem müvekkil hem de acente açısından tekel hakkını düzenlemektedir¹⁴⁰. Bu bağlamda aksi kararlaştırılmadığı sürece acentenin tekel hakkına sahip olması kuraldır. Hüküm kapsamında, acentenin aynı yer veya bölgede bir-biriyle rekabette bulunan¹⁴¹ birden fazla ticari işletme hesabına acentelik

¹³⁶ Başpınar, *Vekilin Özen Borcu*, s. 144.

¹³⁷ Akipek Öcal, s. 76; Eren, *Özel Hükümler*, s. 731.

¹³⁸ Kaya, *Acentelik*, s. 113. Doktrinde bir görüşe göre acente tacir ise basiretli bir acenteden beklenen özeni göstermekle yükümlü (TTK m. 18/2) iken (Bkz. Arkan, s. 226; Şener, *İşletme*, s. 360; Kaya, *Acentelik*, s. 115; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 98; Bozer/Göle, s. 147, 149; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi* s. 41-41, 100; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 851) diğer bir görüşe göre ise TBK m. 400 uyarınca işçiden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür (Bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 577).

¹³⁹ Aksoy, s. 225; Kandrıaloğlu, s. 107.

¹⁴⁰ Kaya, *Acente*, s. 45, Kaya, Nazire: Acentenin Sözleşme Süresince ve Sözleşmeden Sonraki Rekabet Yasağı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 96, Ağustos 2014, s. 45.

¹⁴¹ "Birbiriyle rekabette bulunan" ibaresinin aynı ticaret dalı şeklinde anlamak gerektiği konusunda bkz. Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 107 ve dpn. 358'de adı geçen yazarlar. "Aynı ticaret dalı" ibaresinin dar yorumlanması gerektiği konusunda bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 835. Aksi halde acenteyi koruyan sistemin ihlal olunacağı konusunda bkz. Kaya, *Acentelik*, s. 46; Saraç, Tahir: "6102 Sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin

yapması önlenerek rekabet hakkının kötüye kullanılması engellenmektedir¹⁴². Ancak rekabet etmeme yükümlülüğü, acentelik mesleğinin mahiyetine, acentenin tacir-işleten sıfatına sahip olması sebebiyle bağımsızlığına ve birden fazla taciri temsil etmesinin acentelik faaliyetinin özel bir görünümü olması durumuna da aykırılık teşkil etmektedir¹⁴³. Bu sebeple; hüküm emredici şekilde kaleme alınmayıp acentenin kural olarak sözleşme süresince devam eden kanuni rekabet etmeme yükümlülüğünün taraflarca adi yazılı bir sözleşme ile ortadan kaldırılabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁴. Ancak “tekel” hakkının kaldırılması halinde; tarafların kanun veya sözleşmeden doğan yükümlülükleri ortadan kalkmamakta, acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma yükümlülüğü devam etmektedir¹⁴⁵. Alman¹⁴⁶ ve İsviçre¹⁴⁷ hukukunda ise acentenin tekel hakkına sahip olmaması kural, bu hakka sahip olması istisnadır¹⁴⁸. Acente tekel hakkına sahip olması halinde, müvekkilin korunan gizlilik çevresi genişlemektedir¹⁴⁹.

Acentenin rekabet etmeme yükümlülüğü kaynağını acentenin sadakat borcundan almaktadır¹⁵⁰. Zira sürekli bir borç ilişkisi doğuran acentelik sözleşmesi güven temeline dayanmaktadır¹⁵¹. Acentenin müvekkili ile rekabette

Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s. 719.

¹⁴² **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 836.

¹⁴³ **Kınacıoğlu**, s. 50; **Mutlu**, s. 74.

¹⁴⁴ **Kaya**, *Acentelik*, s. 46; **Kaya**, *Rekabet Yasağı*, s. 46; **Saraç**, s.715; **Şener**, *İşletme*, s. 363; **Yılmaz**, Asuman: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Antlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2011, s. 310.

¹⁴⁵ **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 836.

¹⁴⁶ Acenteye belirli bir yer veya müşteri çevresi tahsis edilmişse, acente sözleşme süresince söz konusu yer veya müşteri çevresinde kendi katılımı olmaksızın gerçekleştirilen işlemlerden ücret talep edebilir (§ 87 II HGB).

¹⁴⁷ Acente aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça başka müvekkiller için de faaliyette bulunabilir (OR Art. 418c/2).

¹⁴⁸ **Saraç**, s. 715.

¹⁴⁹ **Georg**, s. 243.

¹⁵⁰ **Kaya**, *Acente*, s. 47; **Saraç**, s. 716; **Sorkun**, s. 38; **Şener**, *İşletme*, s. 363. Alman doktrininde acentenin sözleşme ilişkisi süresince rekabet eylemlerinde bulunamayacağı, bunun kaynağının ise acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcu (§86 I HGB) olduğu ifade edilmektedir. **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 129; **Kaya**, *Rekabet Yasağı*, s. 45.

¹⁵¹ **Kaya**, *Rekabet Yasağı*, s. 45; **Kayihan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 98; **Mutlu**, s. 74; **Şener**, *İşletme*, s. 363.

bulunması, müvekkilin işlerini görme ve menfaatlerini koruma borcuna da aykırılık oluşturmaktadır¹⁵². Bu bağlamda, acentenin aynı yer ve bölgede birbiriyle rekabette bulunan birden fazla ticari işletme hesabına acentelik yapmasının engellenmesi, müvekkil sırlarının dolaylı olarak korunmasına hizmet eden bir işlev arz etmektedir.

c. Talimata Uygun Hareket Etme

Müvekkil, acentenin bağımsız tacir yardımcısı sıfatına uygun olduğu ölçüde acenteye talimat verebilir¹⁵³. Talimata uygun hareket etme yükümlülüğü acentenin sadakat borcundan kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Acente talimat alıncaya kadar işlemi geciktirebilir. Durumun talimat almaya uygun olmadığı hallerde veya acenteye en yararlı şartlar çerçevesinde hareket yetkisi verilmiş ise acente basiretli tacir gibi kendi görüşüne göre işlemi gerçekleştirir (TTK m. 110/2)¹⁵⁵. Müvekkil acenteye sırlarının saklanması konusunda da talimat verebilir. Sır saklama yükümlülüğünün bu kapsamda da değerlendirilmesi gerekir. Sır saklama talimatının somut bir bilgiye ilişkin veya genel olarak verilmesi mümkündür.

d. Rekabet Yasağı Anlaşması

Acentelik sözleşmesi süresince devam eden kanuni rekabet etmeme yükümlülüğü sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ortadan kalktığından, müvekkil, acentenin edindiği sırların rakip faaliyetlerde kullanılmaması için rekabet yasağı anlaşması¹⁵⁶ imzalamak isteyebilir¹⁵⁷. Zira acentelik sözleşmesi süresince müvekkile ait bilgiler toplayan ve deneyim elde eden acente, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra edindiği bu bilgileri müvek-

¹⁵² Koç, s. 28; Can, Ozan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 48.

¹⁵³ Arkan, s. 227; Kayıhan, Acentelik Sözleşmesi, s. 105; Mutlu, s. 68; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 854; Şener, İşletme, s. 362.

¹⁵⁴ Meyveci, s. 26-27; Mutlu, s. 87; Şener, Ticari Temsilci, s. 341.

¹⁵⁵ Bozer/Göle, s. 150; Kınacıoğlu, s. 44; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 855.

¹⁵⁶ TTK m. 123'de rekabet yasağı sözleşmesi yerine "anlaşması" kavramı yer almaktadır. Bunun sebebi mehzaz kanun §90a HGB'da "sözleşme (Vertrag)" kavramı yerine "Abrede" kavramının kullanılmış olmasıdır. Göksoy, Yaşar Can: "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 897.

¹⁵⁷ Can, s. 42; Günay, E. Deniz/Günay, G. Engin: Türk Ticaret Kanunu ve Karşılaştırmalı Hukukta Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 131, Temmuz 2015, 147-148; Kaya, Rekabet Yasağı, s. 47; Şener, Ticari Temsilci, s. 364.

kilin faaliyetleri çerçevesinde kullanmak istemesi halinde taraflar arasında menfaat çatışması doğabilmektedir¹⁵⁸.

TTK m. 123¹⁵⁹,te düzenlenen rekabet yasağı acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra diğer bir ifade ile taraflar arasında hukuki ilişkinin kalmadığı döneme ilişkin iki tarafa borç yükleyen, acentenin sözleşme sonrası rekabetini müvekkil lehine sınırlayan, yazılı bir sözleşmedir¹⁶⁰. Rekabet yasağı, esasen bir faaliyet sınırlaması olup vekilin sadakat borcunun sözleşme sonrasına yansımadır¹⁶¹.

Rekabet yasağı anlaşmasında sırrın saklanmasından bağımsız olarak işletme ile rekabet teşkil eden her türlü davranış yasaklanmakta, sır saklama da ise sırrın kullanımı ve açıklanması yasaklanırken sır tutma yükümlüsü sahip olduğu bilgiyi kendisi kullanamayacağı gibi sırrı kullanabileceği başka bir faaliyette de bulunamayacağından bir anlamda rekabet yasağı borcu altına da girmektedir. Ancak faaliyet sınırlaması sırrın saklanmasını öngörmese bile acentenin faaliyeti süresince öğrendiği ticari sırları kullanamayacağı kabul edilmektedir¹⁶². Bu bağlamda, rekabet yasağı anlaşması, sır saklama borcundan daha geniş bir koruma sağlamaktadır¹⁶³. Ancak sır saklama yükümlülüğünün acentenin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlaması halinde, söz konusu yükümlülüğün rekabet yasağı anlaşması olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁶⁴. Salt sadakat veya sır saklama yükümlülüğü öngören anlaşmalara TTK m. 123 hükmünün uygulanması ise mümkün değildir¹⁶⁵.

e. Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Acentenin acentelik sözleşmesinden kaynaklanan en önemli hakkı ücrettir (TTK m. 113). Acentenin ücret alma hakkı ile bağlantılı bir diğer hakkı ise ücretine ilişkin bilgi ve belge isteme ve inceleme hakkıdır. Müvekkil de acentelik ücretiyle ilgili bilgileri acenteye paylaşmak zorundadır. Bu kap-

¹⁵⁸ Can, s. 43, 48; Sorkun, s. 40; Yılmaz, s. 310.

¹⁵⁹ TTK m. 123 kapsamında; rekabet yasağı anlaşmasının geçerlilik şartları (TTK m.123/1), rekabet yasağı anlaşmasından vazgeçme (TTK m. 123/2), anlaşmadan dönülmesi (TTK m. 123/3), hükmün emredici niteliği (TTK m. 123/4) düzenlenmiştir.

¹⁶⁰ Kaya, *Acente*, s. 307; Göksoy, s. 895, 902.

¹⁶¹ Can, s. 45-46, 50.

¹⁶² Bilge, s. 155; Can, s. 51; Göksoy, s. 902, dpn. 18.

¹⁶³ Erdem, Ercüment: Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara 2004, s. 149, 152; Sorkun, s. 42, dpn. 159.

¹⁶⁴ Can, s. 51; Sorkun, s. 42, dpn. 159.

¹⁶⁵ Günay/Günay, s. 156; Göksoy, s. 902; Sorkun, s. 32.

samda acente ücrete ilişkin defter kayıtlarının gönderilmesini müvekkilden talep edebilir. Müvekkilin defter suretini vermekten kaçınması ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin varlığı halinde; acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını kendisi inceleyebilir veya bir uzmana inceletebilir (TTK m. 116/2).

Ticari defterler tacirin ticari işletmesinin mali durumu hakkında gizli bilgiler içerir¹⁶⁶. Bu bağlamda, ücreti sebebiyle söz konusu belgeler üzerinde inceleme yapan acentenin ücret hakkı ile ilgili olmayan pek çok sırrı öğrenmesi mümkündür. Acentenin bu kapsamda aldığı defter ve belgeleri güvenli şekilde saklaması, müvekkiline zarar verecek şekilde başkaları ile paylaşmaması gerekmektedir¹⁶⁷. Zira ticari defterler kapsamında öğrenilecek sırların korunmasında müvekkilin menfaati bulunmaktadır¹⁶⁸.

İnceleme hakkı sadece ticari defterlerle sınırlı olmayıp ücret hakkı ile bağlantılı yazışma, sözleşme, fatura ve bilgisayar kayıtlarını da içermektedir¹⁶⁹. TTK m. 116/2 gereği, acentenin söz konusu defter ve belgeleri kendisinin incelemesi veya uzman olan üçüncü bir kişiye inceletmesi mümkündür. Müvekkilin sırlarını saklamakla yükümlü olan acentenin defter ve belgeleri bizzat incelemesi halinde, defterler ve belgelerin üçüncü kişilerin incelemesine açılmasının önlenmesi sebebiyle bu konudaki müvekkil menfaati de korunmuş olacaktır¹⁷⁰.

¹⁶⁶ **Kınacıoğlu**, s. 66.

¹⁶⁷ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 252, dpn. 313.

¹⁶⁸ **Karaege**, *Özge: Acentenin Ücret Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 226; **Kayihan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 148; **Tekin**, *Ufuk: Acentenin Ücret Hakkı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2018, s. 160.

¹⁶⁹ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 261-262; **Karaege**, s. 224.

¹⁷⁰ **Karasu**, *Acente*, s. 71. Defterlerin uzmana inceletilmesi halinde ise § 87c HGB'den farklı olarak, TTK m. 116/2'de defterlerin kim tarafından inceleneceğini belirleme hakkı acenteye bırakılmıştır. Bu noktada doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; defterleri bizzat inceleme veya inceletme konusundaki seçim hakkı müvekkile ait olmalıdır. Ancak seçilecek uzmanın mesleği gereği sır saklama yükümlülüğüne tabi olması halinde böyle bir durumdan söz edilemez. **Kaya**, *Acentelik*, s. 175; **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 261. İkinci görüşe göre ise bu hak acente tarafından kullanılmalıdır. Zira hakkın sahibi acentedir. Acentenin ücretine ilişkin ortada bir kuşku vardır ve bu kuşku defterlerin bağımsız olduğuna inanılan bir kişi tarafından denetlenmesi ile giderilebilir. Ayrıca acentenin müvekkil menfaatlerini koruma ve sır saklama borcunun bulunması sebebi ile müvekkilin defterlerinin incelenmesinden kaynaklanan menfaatleri güven altındadır. **Karaege**, s. 227; **Karasu**, *Acente*, s. 70; **Tekin**, s. 171.

2. Haksız Rekabet Düzenlemeleri

TTK m. 54-63 arasında haksız rekabet düzenlemelerine yer verilir. TTK m. 54’de haksız rekabet halleri örnek kabilinden sayılmaktadır¹⁷¹. Bu hallerden biri de TTK m. 55/1, d’de düzenlenen “üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek”tir. Hüküm gereğince, “*Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur*”. Hüküm kapsamında, haksız rekabetin gerçekleşmesi için üretim ve iş sırrının mevcut olması ve sırrın hukuka aykırı şekilde ifşa edilmiş olması gerekmektedir. Hukuka aykırılığın söz konusu olması için kanundan veya sözleşmeden kaynaklı sır saklama yükümlülüğünün mevcut olması ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir¹⁷².

TTK m. 55/1, c’de “*Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle...*” bir diğer haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir¹⁷³. İş ürünü; teklif, hesap, plan şeklinde somutlaştırılmaktadır. Orijinal bir fikir, ürün veya buluş da ilgili hüküm kapsamındadır¹⁷⁴. İş ürünü, sır niteliğinde olabileceği gibi sır niteliği taşımayan ürünlerden de oluşabilmektedir. Bu bağlamda, üretim ve iş sırları da iş ürünü kapsamında değerlendirilebilir. TTK m. 55/1, c ve d arasındaki temel fark, TTK m. 55/1, c’de “yararlanma” asli unsur olarak kabul edilmesine rağmen TTK m. 55/1, d’de “değerlendirme” örnek hal olarak kabul edilip, ilgili haksız fiilin asli unsurunu üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı şekilde ifşa etmek oluşturmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷¹ Haksız rekabet hükümleri kapsamında sırrın korunmasına ilişkin bir diğer düzenleme TTK m. 55/1, b,3’de yer almaktadır. Burada, “*işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek*” haksız rekabet hali olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla hüküm ticari sırrı ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek fiilini düzenlediği için acentenin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olmaması sebebi ile bu çalışma kapsamına alınmamıştır. Ticari sır koruması içeren diğer haksız rekabet hükümleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Karşoğlu**, s. 310 vd.; **Sulu**, s. 52-56.

¹⁷² **Bahar Sayın**, Hediye: “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 136, 2017, s. 40; **Nomer Ertan**, *Haksız Rekabet*, s. 331-333; **Karşoğlu**, s. 375-377; **Yasaman**, Hamdi: *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 242.

¹⁷³ Acentenin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmenin aynı zamanda ilgili hükmü de ihlal edeceği konusunda bkz. **Kaya**, *Acentelik*, s. 117, dñn. 122.

¹⁷⁴ **Nomer Ertan**, *Haksız Rekabet*, s. 318.

¹⁷⁵ **Ersoy**, Fevzi Alperen: *Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma*, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022, s. 60, 74.

Kanuna veya sözleşmeye dayanan sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi ile sadece sır saklama yükümlülüğünün ihlali değil, haksız rekabet gündeme gelmektedir¹⁷⁶. Zira, müvekkiline ait ticari sırları korumakla yükümlü olan acentenin bu yükümlülüğünün ihlali ile acente müvekkilin menfaatlerini koruma borcunu (TTK m. 109/1) ve haksız rekabet düzenlemesini (TTK m. 55/1-d) ihlal etmektedir¹⁷⁷. Bu bağlamda, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bir rekabet yasağı düzenlemesi olmadığı takdirde, acentenin müvekkili ile olan rekabet sınırını haksız rekabet düzenlemeleri oluşturmaktadır¹⁷⁸.

B. Sigortacılık Kanununda Yer Alan Düzenleme

Sigortacılık Kanunu (SK) m. 2/1, m gereği, “*Sigorta acentesi, ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişidir*”. TTK’den farklı olarak SK’da sigorta acentesinin sır saklama borcu “*Sigorta acenteleri ile bunların yanlarında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ilgililerin izni olmaksızın açıklayamaz*.” ifadeleri ile açık şekilde düzenlenmiştir (SK m. 23/17). Bu hüküm uyarınca, sigorta acenteleri ile bunların yanlarında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ilgililerin izni olmaksızın açıklayamaz. Hüküm kapsamında, sigorta acentesi açık şekilde acentelik sözleşmesi süresince sır saklamakla yükümlü tutulmaktadır¹⁷⁹. Her ne kadar hükümde sadece “açıklayamaz” ifadesi yer alsada “acentenin bu sırları kendi menfaatine kullanması” da mümkün değildir¹⁸⁰. Hükümde sadece sigorta şirketlerine ait bilgi ve sırların açıklanması yasaklanmamış “işleri dolayısıyla öğrendikleri” ifadesi nedeniyle acentenin sigortacıdan ve diğer sigorta ilgililerinden öğrendikleri bilgi ve sırlar bakımından da düzenleme getirilmiştir¹⁸¹. Diğer bir ifade ile sadece sırlar değil, öğrenilen

¹⁷⁶ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, s. 331-333; Karshoğlu, s. 375-377; Yasaman, s. 242.

¹⁷⁷ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, s. 333; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 107-108, dñn. 72; Bu fiil ile sadakat yükümlülüğünün ihlal edileceği konusunda bkz. Aksoy, s. 375-380.

¹⁷⁸ Kaya, *Acentelik*, s. 306, dñn. 395; Sorkun, s. 42.

¹⁷⁹ Bkz. Kayıhan, Şaban: “Yeni Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 3, Sayı 27, 2008, s. 55.

¹⁸⁰ Gürbüz Usluel, s. 242.

¹⁸¹ Akgün, Evrim: “Sigorta Acentesi ile İlgili Bazı Tespitler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 153-154, 2017, s. 72.

tüm bilgiler bu yükümlülük kapsamındadır. Ayrıca hüküm gereğince; sadece acente değil, acentenin yanında çalışanlar da öğrendikleri bilgi ve sırları saklama yükümlülüğüne tabidir¹⁸². SK m. 23/17'de acentenin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması haline ilişkin bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir¹⁸³. Doktrinde acentenin sır saklama yükümlülüğünün SK yerine bütün acenteleri kapsayacak şekilde TTK'da düzenlenmesi gerektiğine haklı olarak işaret edilmektedir¹⁸⁴.

V. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KONU VE SÜRE BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Sırrın Konusu ve Türü

1. Genel Olarak Diğer Tacir Yardımcıları Bakımından

Acentenin sır saklama yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi için diğer tacir yardımcılarının sır saklama yükümlülüklerinin incelenmesi de önem taşımaktadır. Ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacı tacirin bağımlı yardımcılarından. Bağımlı tacir yardımcıları ile tacir arasındaki ilişki sürekli niteliktedir. Bağımlı tacir yardımcılığı ilişkisi hizmet, vekâlet, şirket sözleşmesi veya karma biçimde oluşabilmektedir¹⁸⁵.

Ticari temsilci (TBK m. 547-550), tacirin alter egosudur. Bazı istisnalar haricinde ticari temsilci, işletme konusuna giren işlerde taciri temsil yetkisine sahiptir¹⁸⁶. Doktrindeki çalışmalar genel olarak temsilcinin temsil yetkisi ve rekabet yasağına odaklanmış olup ticari temsilcinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir çalışmaya rastlanmamıştır. Ancak ticari temsilci iş görme borcu¹⁸⁷ dolayısıyla tacire karşı sadakat yükümlülüğü altındadır¹⁸⁸. Ticari temsilci, tacirin ticari işletmesinde sahip olduğu geniş yetkiler çerçe-

¹⁸² Yazıcıoğlu, s. 168.

¹⁸³ Narbay/Güllüce, s. 1992.

¹⁸⁴ bkz. Kayıhan, *Sigorta*, s. 55.

¹⁸⁵ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 735; Yolal, Oğuz: *Ticari Vekil*, Seçkin Yayın-
evi, Ankara 2020, s. 44-45; Söz konusu sözleşmeler dışında farklı hukuki ilişkilerin de
mevcut olabileceği konusunda bkz. Şener, *Ticari Temsilci*, s. 339.

¹⁸⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 731.

¹⁸⁷ Ticari temsil ilişkisinin tek taraflı hukuki işlemle verilen temsil yetkisi içerdiği ve temsil
yetkisinin verilmesine yol açan hizmet, vekâlet, ortaklık sözleşmesi şeklindeki alt ilişki-
den bağımsız olduğu konusunda bkz. Kırca, İsmail: *Ticari Mümessillik*, Yetkin Yayın-
evi, Ankara 1996, s. 171.

¹⁸⁸ Kırca, s. 171; Şener, *Ticari Temsilci*, s. 339; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.
736.

vesinde iş gördüğü için sır saklama yükümlülüğünün söz konusu olmadığı düşünülemez.

Ticari vekil TBK m. 551-554 arasında düzenlenir. Kanunda açık şekilde düzenlenmese de, ticari vekilin yetkisi sona ermiş olsa bile sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁸⁹. Yine doktrinde vekilin sır saklama yükümlülüğünün kapsamının ticari vekil tarafından yapılan işin niteliğine, ticari işletme sahibinin kişiliğine ve menfaatlerine göre belirleneceği belirtilmektedir¹⁹⁰.

Pazarlamacı da (TBK m. 448-460) TBK m. 469'un 396/4'e atfı gereği, sır saklama yükümlülüğü altındadır. Pazarlamacının hizmet sözleşmesi boyunca öğrendiği sırları kendi adına kullanması mümkün olmadığı gibi bu sırları üçüncü kişilere açıklaması da mümkün değildir¹⁹¹. Doktrinde sır saklama yükümlülüğünün kapsamında "üretim ve iş sırları"¹⁹² "ticari sır, iş ve fabrika sırları"nın olduğu yönünde görüşler vardır¹⁹³. Ayrıca doktrinde işverence iş sırrı olarak nitelendirilenler yanında işverenin menfaatinin söz konusunu olduğu kabul edilen her hususun bu kapsamda olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır. Buna göre, tacirin menfaatinin söz konusu olduğu hallerde ilişkinin sona ermesinden sonra da sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir. Ancak yükümlülük iş ilişkisi devam ettiği sürece en yüksek seviyede iken iş ilişkisinin sona ermesinden sonra işverenin menfaatlerini koruma ölçüsüne kadar hafiflemektedir. Ölçünün tespiti açısından dürüstlük kuralının esas alınması gerekmektedir¹⁹⁴.

Komisyoncu ve simsar, acente ile birlikte bağımsız tacir yardımcılarındadır. Acenteden farklı olarak komisyoncu ve simsarın tacirle olan ilişkisi geçici niteliktedir.

Komisyoncu da (TBK m. 532-546) sadakat borcundan kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü altında olup sır saklama yükümlülüğü kanunda açık şekilde düzenlenmemiştir. Komisyoncunun sır saklama yükümlülüğünün

¹⁸⁹ **Gümüş**, s. 155; **Yolal**, s. 223.

¹⁹⁰ **Yolal**, s. 223.

¹⁹¹ **Akdeniz**, Umut: "Pazarlamacılık Sözleşmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt XVII, Sayı 4, 2013, s. 20; **Topuz**, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)", MÜHF - HAD, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s. 320.

¹⁹² **Akdeniz**, s. 20; **Ceylan**, s. 472.

¹⁹³ **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan**, s. 768.

¹⁹⁴ **Tuncay**, s. 1069; **Topuz**, s. 321; **Zengin**, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2013, s. 67-68.

kapsamı belirlenirken işin niteliği, vekâlet verenin menfaati ve kişiliği dikkate alınmaktadır¹⁹⁵. Diğer bir ifade ile komisyoncunun sır saklama yükümlülüğünün konusu ve kapsamının somut olayın koşulları dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Komisyoncunun sır saklama yükümlülüğü komisyon ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir¹⁹⁶.

Simsar (TBK m. 520-525) sadakat borcu gereği müvekkilinin menfaatlerini gözetmek ve iş sırlarını korumakla yükümlüdür¹⁹⁷. Tacirle arasında geçici bir ilişki olan simsarın sır saklama yükümlülüğü sadece müvekkilinin imalat ve ticaretiyle ilgili sırları değil, aynı zamanda müvekkilinin menfaatine aykırı olan, işletmenin geliri, ekonomik durumu, özellikleri, reklam planı gibi her türlü bilgi ve tecrübeyi kapsamaktadır¹⁹⁸.

Tüm bu açıklamalar ışığında genel olarak denilebilir ki tacir yardımcılarının sır saklama yükümlülüğüne ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmadığı gibi doktrinde de sır saklama yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin bir açıklık söz konusu değildir. Tartışmasız olan tek husus ise ister bağımlı ister bağımsız olsun tüm tacir yardımcılarının sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğudur.

Tacirle acente arasındaki ilişki süreklilik gösteren yoğun bir güven ilişkisidir. Bu bağlamda acentenin sır saklama yükümlülüğünün kapsamı ilişkisinin süreklilik göstermediği tacir yardımcılarına oranla katı değerlendirilmelidir. Zira acenteye tacir arasında yoğun bir güven ilişkisi oluşmuş ve acentenin öğrenebileceği sırların kapsamı da genişlemiştir¹⁹⁹.

2. Acente Bakımından

TTK'da acentenin sır saklama yükümlülüğünün açık şekilde düzenlenmemesi, yükümlülüğün konu bakımından kapsam ve sınırını da belirsiz hale getirmektedir²⁰⁰. Acentenin sır saklama yükümlülüğünün konu bakımından kapsamı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre, acente sır saklama yükümlülüğü kapsamında müvekkiline ait iş sırlarını saklamalıdır. Bu yükümlülük kapsamına işletmenin imalat ve tica-

¹⁹⁵ **Deniz Çakmaklı**, Hande: Alım veya Satım Konusunda Komisyon Sözleşmesi. Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 145.

¹⁹⁶ **Seçer**, Öz: Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 137.

¹⁹⁷ **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 789.

¹⁹⁸ **Bozkurt**, s. 193; **Kınacıoğlu**, s. 48.

¹⁹⁹ **Bozkurt**, s. 193; **Kınacıoğlu**, s. 49.

²⁰⁰ **Can**, s. 50, dpn. 161.

retine ilişkin sırları; işletmenin ekonomik durumu, projeleri, yazışmaları, sevkiyatları ve müşteri listeleri²⁰¹ girmektedir²⁰². İkinci bir görüşe göre, acente ticari işletmeye dair sırları saklamalıdır. Bu görüşe göre, acentenin sır saklama borcunun kapsamını ticari işletmeye ait kendisine verilen veya herhangi bir şekilde öğrendiği tüm sırlar oluşturmaktadır²⁰³. Üçüncü görüşe göre ise acente sır saklama borcu kapsamında ticari sır, iş sırrı ve üretim sırlarını saklamakla yükümlüdür. Bu kapsama acentelik faaliyeti sırasında acenteye tevdi edilen veya acenteye öğrenilen iş ve işletme sırları girmektedir²⁰⁴.

Ticari sır, iş sırrı ve üretim sırrının kapsam ve sınırlarının belirlenmesindeki zorluğa yukarıda işaret etmiştik. Bu bağlamda, doktrindeki görüş farklılıklarının da sır türlerinin kapsam ve sınırının çizilmesindeki zorluktan kaynaklandığı kanaatindeyiz. İlk görüşün üretim ve iş sırlarını kapsamı sebebiyle acentenin de tabi olduğu haksız rekabet düzenlemeleri ile uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak yukarıda da izah edildiği gibi iş sırrı ticari sırı da kapsayan bir kavram olup acentenin sır saklama yükümlülüğünü genişletmektedir. Ayrıca, iş sırrı daha çok hizmet sözleşmesinden kaynaklı ilişkilerde söz konusu olmaktadır. Acente ile müvekkil arasındaki ilişki kural olarak hizmet sözleşmesi değildir²⁰⁵. İkinci görüş açısından bakıldığında, burada “işletme sırrı” ile ifade edilmek istenen sırrın tespiti gerekmektedir. Bu hususta Alman ve İsviçre hukukuna işaret edilmektedir. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda acentenin sır saklama yükümlülüğünün açık şekilde düzenlendiği § 90 HGB’ye göre; acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi kendisine tevdi edilen veya müvekkili için yaptığı iş dolayısıyla öğrendiği iş ve işletme sırlarından/ticari sır (işletmeye ait ticari sırları)(Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) -koşulların bütününe göre basiretli bir iş adamının mesleki görüşüne aykırı olduğu ölçüde- faydalanamaz veya sırları başkalarına açıklayamaz²⁰⁶. Alman Haksız Rekabet Kanununda da (UWG) “iş ve işletme sırrı” “ticari sırları” ifade etmektedir. İş sırrı genel iş ilişkilerine ilişkin sırlar için kullanılırken işletme sırrı işletmenin

²⁰¹ Alman hukukunda müşteri listelerinde ayırım yapılmaktadır. Eğer listelere erişim genel olarak mümkün ise ortada iş ve işletme sırrı mevcut değildir. **Oetker/Busche**, § 90, N. 4; **Hopt/Kumpan/Leyens/Merkt/Roth**, § 90, N. 7.

²⁰² **Kayhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 119.

²⁰³ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 107.

²⁰⁴ **Kaya**, *Acentelik*, s. 117; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 854.

²⁰⁵ **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 832.

²⁰⁶ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 107, dpn. 72; Bu kriterin Türk hukukunda da uygulanabileceği hususunda bkz. **Kayhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 119.

teknik işleyişine ilişkin sırlar için kullanılmaktadır²⁰⁷. İsviçre hukukunda da Alman hukukuna benzer şekilde acentenin “Geschäftsgeheimnisse” (iş sırrını) saklamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (OR Art. 418d). Bu sır, acenteye acentelik ilişkisi gereği tevdi edilen olgulardır. Bu temelde acente, müvekkilin bu bilgilerin gizli tutulması hususundaki iradesini ve menfaatinin bilmektedir²⁰⁸. İkinci görüşte, “işletme sırrı” ile “ticari sır” kastedilmekte ve somut olayda bir bilginin ticari sır niteliğini belirlemenin zorluğuna işaret edilmektedir. Zira işletme sahibinin ticari sır kapsamının geniş tutulmasındaki menfaati, acentenin ticari sır kavramının dar belirlenmesindeki menfaati ile çatışmaktadır²⁰⁹. Üçüncü görüş ise kapsama ticari sırrı, iş sırrını, fabrika sırrını ve işletme sırrını almaktadır. İlk görüşte iş sırrına ilişkin eleştiriler ile işletme sırrının kapsamı konusundaki açıklamalar bu görüş için de geçerlidir. Ayrıca bu görüş, kanunda açık şekilde düzenlenmeyen acentenin sır saklama yükümlülüğünün kapsamını daha da genişleterek, acentenin sır saklama yükümlülüğünü ağırlaştırmaktadır.

Esasen sır saklama yükümlülüğünün sınırı, kanun ve ahlaki düzene ilişkin hükümlerden tespit edilebilir²¹⁰. Vekâlet sözleşmesine baktığımızda vekilin sır saklama yükümlülüğü kapsamında müşteri sırrı, banka sırrı, işletme sırrı, iş sırrı veya ticari sır gibi herhangi bir sırrın söz konusu olabileceği ve bir bilginin pek çok sır türü kapsamına girebileceği belirtilmektedir. Burada önemli olan bilginin türü değil, bilginin sır niteliğidir²¹¹. SK m. 23/17’deki sigorta acentesinin sır saklama yükümlülüğüne baktığımızda “işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırlar” ifadesi de bu doğrultudaki sırlara işaret edilmektedir. Sır olarak nitelenen veya sır kapsamında acenteye paylaşılan, acentelik faaliyeti sırasında öğrenilen sırların korunması esas olmalıdır²¹². Bu bağlamda, acentenin sır saklama yükümlülüğü kapsamında sır türü ayrımı yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu düşünce ise acenteye tacir arasında süreklilik arz eden yoğun bir güven ilişkisinin ve acentenin öğrenebileceği sırların kapsamının da genişlemiş olması düşüncesi ile uyumludur²¹³. Alman hukukunda da sır saklama yükümlülüğünün dar bir

²⁰⁷ **Bilge**, s. 33.

²⁰⁸ **Gautschi**, Georg: BK-Berner Kommentar, (Hrsg: Arthur Meier-Hayoz) Stämpfli Verlag AG, Zürich 1964, s. 241.

²⁰⁹ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 108-110.

²¹⁰ **Kınacıoğlu**, s. 49.

²¹¹ **Aksoy**, Muhammed Ramazan: Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 160; **Seçer**, s. 157.

²¹² **Kaya**, *Acentelik*, s. 117, dñn. 123.

²¹³ **Bozkurt**, s. 193; **Kınacıoğlu**, s. 48.

kapsamda olmadığı, sır saklama yükümlülüğünün söz konusu olması için acentenin bilginin sır niteliğini bilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir²¹⁴.

B. Süre Bakımından

Vekil, vekâlet sözleşmesi sebebiyle öğrenmiş olduğu sırları işin görülmesi sırasında ve sözleşme sona erdikten sonra saklamak zorundadır²¹⁵. TTK'da acentenin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmediğinden acentenin sır saklamakla yükümlü olduğu süre hakkında da bir düzenleme bulunmamaktadır²¹⁶. Acentenin vakıf olduğu sırrı saklamakla yükümlü olduğu zamanın sözleşme temelinde tespit edilmesi gerekir²¹⁷.

1. Sözleşme Öncesi

Sözleşme görüşmeleri sırasında sır niteliğinde bilgilerin sözleşmenin diğer tarafına verilmesi halinde sır saklama yükümlülüğü sözleşme öncesinde de doğabilmektedir. Bu aşamada taraflar arasında sözleşme benzeri güven ilişkisi mevcut olup taraflar birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerini korumakla yükümlüdür²¹⁸. Acente de sözleşme görüşmeleri sırasında müvekkiline ait pek çok sırrı öğrenebilmektedir²¹⁹. Dolayısıyla acentenin müvekkilin menfaatini koruma borcunun ve bu bağlamda sır saklama yükümlülüğünün sözleşme görüşmelerinden itibaren başladığını söylemek yanlış olmayacaktır²²⁰. Acentenin bu safhada elde ettiği sırları açıklaması veya kullanması, acentenin sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğunu (Culpa in contrahendo) gündeme getirmektedir²²¹. Sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte tarafların "zımni susma yükümlülükleri" doğmaktadır. Bu yükümlülük ise bilginin saklı kalmasında ilgilinin haklı menfaati devam ettiği sürece devam etmektedir²²². Acentelik sözleşmesinin

²¹⁴ Hopt, § 90, N. 1.

²¹⁵ Akipek Öcal, s. 73-74.

²¹⁶ Can, s. 50, dñn. 161.

²¹⁷ Acentenin yükümlülüğün sözleşme sırasında olduğu hususunda bkz. Kaya, *Acentelik*, s. 117; Acentenin yükümlülüğünün sözleşme öncesinde, sözleşme sırasında ve sözleşme sona erdikten sonra mevcut olduğu hususunda bkz. Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 111-112; Yükümlülüğün sözleşme sırasında ve sonrasında devam ettiği hususunda bkz. Kınacıoğlu, s. 49; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 119.

²¹⁸ Bilge, s. 103.

²¹⁹ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 111.

²²⁰ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 111.

²²¹ Anonim şirketlerde ticari sır açısından bkz. Gürbüz Usluel, s. 116.

²²² Karshoğlu, s. 125.

imzalanmamış olması veya herhangi bir sebeple baştan itibaren geçersiz olması bahse konu borcu ortadan kaldırmamaktadır²²³.

Özellikle sözleşme görüşmeleri sırasında hangi hususun sır olarak kabul edilip edilmeyeceği kuşku yaratacak nitelikte olduğundan, bu hususun taraflar arasında belirlenmesi ve buna göre hareket edilmesi taraf menfaatlerine uygundur²²⁴. Bu noktada gizlilik sözleşmesinin yapılması faydalı olmaktadır. Böyle bir durum da sır; zimni susma yükümlülüğü kapsamında değil, gizlilik sözleşmesi kapsamında korunacaktır²²⁵.

Alman hukukunda da sözleşme müzakereleri sonucu sözleşme akdedilmese dahi, acentenin sözleşmesinin imzalanmasından önce de iş ve işletme sırlarını korumakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir²²⁶.

2. Sözleşme Süresince

Acente, sözleşme süresince kendisine verilen veya bir şekilde öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür²²⁷. Sözleşmenin akdedilmesi ile taraflar arasında bir sözleşme çerçevesi çizilmiştir. Bu noktada sır olan hususların belirlenmesi sözleşme görüşmeleri aşamasına göre kolaylık arz etmektedir. Faaliyet esnasında öğrenilen sırların açıklanması müvekkile zarar vereceğinden, sırrın saklanmaması müvekkilin menfaatini koruma borcu ile bağdaşmamaktadır²²⁸. Alman hukukunda; acentenin sözleşme süresince sır saklama yükümlülüğü, acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcundan kaynaklanmaktadır (86 Abs. 1 HGB)²²⁹. Acentelik sözleşmesi sırasında mevcut olan sır saklama yükümlülüğü sözleşme sonrası için rekabet yasağı getirmemektedir²³⁰.

3. Sözleşme Sonrası

Hukuki ilişkiler sona erdiğinde kural olarak tarafların hak ve borçları da sona erer. Bu kapsamda yan yükümlülükler de sona erer. Ancak sır saklama

²²³ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 113. Vekâlet sözleşmesi açısından benzer hususlar için bkz. **Aksoy**, s. 161; Banka sırrı açısından benzer hususlar için bkz. **Kandırалоğlu**, s. 148.

²²⁴ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 111.

²²⁵ **Kandırалоğlu**, s. 126-127.

²²⁶ **Ströbl**, Albin: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auf., Verlag C.H.Beck, München 2021, §90, N. 4; **Hopt**, §90, N. 1; **Oetker/Busche**, § 90, N. 2.

²²⁷ **Kaya**, *Acentelik*, s. 117; **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 107; **Kayıhan**, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 119.

²²⁸ **Kaya**, *Acentelik Hukuku*, s. 108.

²²⁹ **Albin**, § 90, N. 3; **Hopt**, §90, N. 1; **Oetker/Busche**, § 90, N. I.

²³⁰ **Can**, s. 51. Alman hukukunda da acentenin sözleşmenin sona ermesinden sonra sır saklama ve müvekkile ait sırlardan haksız olarak yararlanmama yükümlümün sadakat borcunun bir yansıması olarak kabul edilmektedir. **Kaya**, *Acentelik*, s. 117, dpn. 120.

yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükler, sözleşmenin sona ermesinden sonra da etkinliğini sürdürür²³¹. BK m. 396/4'de, işverenin haklı menfaatlerinin gerektirdiği hallerde sır saklama yükümlülüğünün akdin sona ermesinden sonra da devam ettiği düzenlenmektedir. Türk hukukunda tacir yardımcılarının tabi olduğu sır saklama yükümlülüğünün tacir yardımcısının tacir ile ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam edeceğine ilişkin düzenleme ise mevcut değildir²³². Ancak hukuki ilişkinin niteliği gereği böyle bir sonuç acente açısından da geçerli kabul edilmektedir²³³. Öncelikle acentelik ilişkisi sona erdikten sonra acentenin sözleşme sırasında öğrendiği sırları açıklaması müvekkile ciddi zarar vereceğinden dürüstlüğe aykırı bir davranış arz etmektedir²³⁴. Zira güven temeline dayalı sözleşme devam ederken geçerli olan sadakat ve menfaatleri koruma borcunun uzantısı niteliğindeki sır saklama yükümlülüğü, sözleşme sona erdikten sonra, bilgiler sır niteliğinde olduğu sürece devam etmektedir²³⁵.

Bizzat acentenin gayretleri ile müvekkilin müşteri çevresine kazandırılmış müşterilerden acentelik ilişkisi sona erdikten sonra yararlanıp yararlanılamayacağını değerlendirilmesi gerekir. Bizzat acente tarafından bulunup geçmişte müvekkil ile müşteri ilişkisi içinde bulunan müşterilere ait bilgiler de sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır. Acente acentelik ilişkisi sona erdikten sonra bu şekilde kazanılmış olan müşteriler ile kendi amaçları doğrultusunda ticari ilişki içine girebilmelidir. Acentelik ilişkisi sırasında müvekkil tarafından acenteye verilen müşteri listelerinden ise acentenin sözleşme sonrasında yararlanmaması gerekir²³⁶.

Acente ile müvekkil arasındaki ilişkinin esaslı şekilde değişmesi hali istisna olmak üzere sır saklama yükümlülüğü kural olarak zamanaşımına uğramamaktadır. Örneğin, müvekkil faaliyetlerine son vermişse veya müvekkile ait sırları saklamada müvekkilin artık bir menfaati söz konusu değilse, acentenin sır saklama borcu da sona ermiş kabul edilmelidir²³⁷.

²³¹ Oetker/Busche, § 90, N. 1.

²³² Sorkun, s. 41.

²³³ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 112; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 118 vd.; Sorkun, s. 41.

²³⁴ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 112; Sorkun, s. 42.

²³⁵ Başpınar, *Vekilin Özen Borcu*, s. 145; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 119; Kinacıoğlu, s. 49; Sorkun, s. 41; Meyveci, s. 26; Mutlu, s. 87. Ancak acentelik ilişkisinin sona ermesi ile sır saklama yükümlülüğü acentenin çalışma özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılmamalıdır. Burada menfaatler dengesi açısından eski müvekkilin zarar görüp görmediği ve acentenin çalışma özgürlüğü dikkate alınmalıdır. Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 112.

²³⁶ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 111-112.

²³⁷ Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 107, dpn. 72; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, s. 119.

İsviçre hukukunda acenteye müvekkilce verilen veya acentenin faaliyeti sırasında öğrendiği sırları sözleşmenin sona ermesinden sonra da saklamakla yükümlü olduğu açık şekilde düzenlenmiştir (OR Art. 418d). Ancak bu yükümlülük sözleşme sonrasında gevşemekte ve müvekkilin meşru menfaatini korumak için gerekli olduğu ölçüde var olmaktadır. Bu bağlamda, acente kural olarak edindiği beceri ve deneyimi ekonomik ilerlemesi için kullanabilmekte, ancak öğrendiklerini kullanma hakkını kötüye kullanmamaktadır²³⁸. Alman hukukunda da § 90 HGB ile acentenin acentelik ilişkisi sona erdikten sonra öğrendiği iş ve ticaret sırlarını başkalarına açıklamamakla ve bunlardan yararlanmamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Hüküm, acentenin sır saklama yükümlülüğünün acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile sona ermediğini, bunun ötesine geçtiğini açık şekilde düzenlemektedir²³⁹. Sır saklama yükümlülüğü sırrın saklanması için gerekli olması halinde süre sınırı olmaksızın mevcudiyetini korumaktadır. Ancak sır saklama yükümlülüğü sözleşmenin sona ermesinden sonra genişlememektedir. Zira acente artık müvekkil için çalışmadığından, acentenin yeni ekonomik faaliyetlerinin gereksiz yere kısıtlanamaması gerekmektedir²⁴⁰.

Son olarak sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra edinilen sırlar açısından yükümlülüğü değerlendirmek gerekir. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi tamamen sona erdikten sonra öğrenilen bilgiler sözleşme ilişkisi kapsamında öğrenilmediğinden acentenin söz konusu sırları saklama yükümlülüğü söz konusu değildir²⁴¹.

SONUÇ

Sır, gizli kalması sahibine menfaat sağlayan, sahibinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bilgidir. Sır; ticari sır, iş sırrı, meslek sırrı, müşteri sırrı ve işleme sırrı gibi pek çok türe ayrılmaktadır. Ancak sır türleri arasındaki sınır net değildir.

Ticari yaşamın gereği olarak tacirin bilgilerinin gizli tutulmasında menfaati bulunmaktadır. TTK m. 102-123'te düzenlenen acenteye ilişkin hükümler arasında acentenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin düzenleme

²³⁸ Böhler, s. 74.

²³⁹ Albin, §90, N. 2. Sır saklama gibi sözleşme sonrasına etki eden yükümlülüklerin mevcudiyetlerinin belirsizliği HGB 1953'de değişiklik yapılmasına sebep olmuştur. Yeni düzenleme ile §90 HGB'de acentenin sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğüne açıklık getirmiştir. Oetker/Busche, § 90, N. 1.

²⁴⁰ Hopt, §90, N. 4, 7.

²⁴¹ Aksoy, s. 161.

mevcut değildir. Ancak düzenlemenin olmaması acentenin sır saklama yükümlülüğüne tabi olmadığı anlamına gelmemektedir. TTK m. 102/2 gereği; Kanun'un acenteye ilişkin kısmında hüküm bulunmaması halinde aracılık eden acentelere simsarlık sözleşmesi hükümleri, sözleşme yapan acentelere komisyon sözleşmesi hükümleri, bunlarda hüküm bulunmayan hallerde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Simsarlık ve komisyonculuk farklı hukuki kurumlar olsalar da hem simsarlık sözleşmesine (TBK m. 520/2) hem de komisyon sözleşmesine (TBK m. 532/2) temelde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde de vekilin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel düzenleme olmasa dahi vekil özen ve sadakat borcunun bir görünümü olarak sır saklama yükümlülüğü altına girmektedir. Bu kapsamda acentenin sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu söylenebilir.

Acentenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin açık düzenleme bulunmaması doktrinde söz konusu yükümlülüğün bağlantılı olduğu acente borç ve yükümlülükleri konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu kapsamda TTK'da acentenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin doğrudan düzenleme "müvekkilin menfaatlerini koruma borcu"nun olduğu söylenebilir (TTK m.109/1). Menfaatleri koruma borcu kapsamına "sadakat borcu" ve "özen borcu" girmektedir. Bu borçlar ise kanunda açık şekilde düzenlenmemiştir. Söz konusu borçlarda sır saklama yükümlülüğü ile bağlantı içerisindedir. Ancak açık düzenleme olması sebebi ile menfaatleri koruma borcunun bu bağlamdaki temel düzenleme olduğu söylenebilir. Sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı diğer düzenlemeler ise acentenin "rekabet etmeme yükümlülüğü", "talimata uygun hareket etme yükümlülüğü", "ücret ile ilgili bilgi alma ve inceleme hakkı" ve haksız rekabet hükümleri kapsamında TTK m. 55/1, c'dir. Sigorta acentelerinin sır saklama yükümlülüğünü açık şekilde düzenleyen SK m. 23/17 hükmü ise bu konudaki en önemli düzenlemedir. Sır saklama yükümlülüğünün sigorta acenteleri özelinde açık şekilde düzenlenmesine rağmen konuya ilişkin tüm acente türlerini kapsayacak şekilde genel bir düzenleme olmaması önemli bir eksikliktir.

Doktrinde tacir yardımcılarının sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu kabul edilmektedir. Sır saklama yükümlülüğünün kapsamına giren sırrın türü konusunda ise bir açıklık söz konusu değildir. Bunun en önemli nedeni ticari sır, iş sırrı, müşteri sırrı gibi sır türleri arasındaki ayrımların net olmayışıdır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus sırrın türü değil, bilginin sır niteliği ve müvekkilin bu husustaki menfaatinin korunmasıdır. Bu kabul ise sır kapsamının dar belirlenmesi halinde müvekkilin, geniş belirlenmesi halinde acentenin menfaatlerinin ihlal edilmesine sebep olabilmektedir. Bu

sebeple acentenin saklamakla yükümlü olduğu sırrın türünün kanun koyucu tarafından açık şekilde belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Sır saklama yükümlülüğünde önem arz eden bir diğer husus acentenin sırrı saklayacağı süreye ilişkindir. Acentenin sözleşme görüşmeleri sırasında elde ettiği sırları açıklaması veya kullanması, acentenin sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra acente, müvekkil menfaatlerini koruma borcu gereği sırrı sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece korumakla yükümlüdür. Güven temeline dayalı sözleşme ilişkisi devam ederken geçerli olan sadakat ve menfaatleri koruma borcunun uzantısı niteliğindeki sır saklama yükümlülüğü, sözleşme sona erdikten sonra, bilgiler sır niteliğinde olduğu sürece devam etmektedir. Bu husus İsviçre ve Alman hukukunda açık şekilde düzenlenmiş ve yükümlülük tartışmadan uzak hale getirilmiştir. Zira sözleşme ilişkisinin sona ermesi ile tarafların hak ve borçları da kural olarak sona ermektedir. İlişkinin sona ermesine rağmen sözleşmesel yükümlülüklerin devam etmesi istisnai bir durumdur. İstisnai durumlar ise açık şekilde düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz**, Umut: “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt XVII, Sayı 4, 2013, s. 1-34.
- Akgün**, Evrim: “Sigorta Acentesi ile İlgili Bazı Tespitler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 153-154, 2017, s. 61-87.
- Akipek Öcal**, Şebnem: Şahsen İfa, Sadakat ve Özen Gösterme (m. 506), In Vekâlet Sözleşmelerinin Kısa Şerhi (Ed: Hakan Tokbaş), Aristo Yayınları, İstanbul 2017.
- Aksoy**, Muhammed Ramazan: Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Antalya**, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 28. Bası, Ankara 2022.
- Atabek**, Reşat: “Banka Sırrı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, Aralık 1982, s. 95-117.
- Avcı**, Ali: Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBB Dergisi, Sayı 119, 2015, s. 368-394.
- Ayan**, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir 2008.
- Aydın**, Sema ve **Kaplan**, H. Ali: “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 3-4, 2014, s. 165-203.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Bağrıaçık**, Safiye Nur: Üretim ve İş Sırlarının Korunması (Özellikle Haksız Rekabet Hukuku Açısından), XII Levha, İstanbul 2017.
- Bahar Sayın**, Hediye: “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 136, 2017, s. 36-43.
- Başer Doğan**, Zehra: Türk ve Alman Hukukunda Anonim Şirketlerde Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

- Başpınar**, Veysel: “Avukatın Özen Borcu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1-2, 2008, s. 39-62. (*Avukatın Özen Borcu*)
- Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004. (*Vekilin Özen Borcu*)
- Bilge**, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, 2. Bası, Asil Yayın, Ankara 2005.
- Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2021.
- Bozkurt**, Tamer: Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Bühler**, Theodor: Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) (Hrsg: Peter Gauch, Lörg Schmid). Schulhess Juristische Medien AG: Zürich 2000.
- Can**, Ozan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Turhan Kitapevi, Ankara 2011.
- Ceylan**, Ebru: “Hizmet Sözleşmeleri” In Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed: Turgut Öz), Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 395-489.
- Çiftcioğlu**, Cengiz Topel: Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Deniz Çakmalı**, Hande: Alım veya Satım Konusunda Komisyon Sözleşmesi. Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Doğanay**, Zahit M.: Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Doğancı**, Doğa Ekrem: “Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2014, s. 95-131.
- Domaniç**, Hayri/**Ulusoy**, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.
- Dönmez**, Onur: Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

- Ekinci**, Akın: “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırı”, Bankacılar Dergisi, Sayı 63, 2007, s. 51-70.
- Engin**, B. İlkay/**Atamer**, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Bası, XII Levha, İstanbul 2022.
- Erdem**, Ercüment: Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara 2004, 115-156.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018. (*Genel Hükümler*)
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018. (*Özel Hükümler*)
- Ersoy**, Fevzi Alperen: Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.
- Gautschi**, Georg: BK-Berner Kommentar, (Hrsg: Arthur Meier-Hayoz) Stämpfli Verlag AG, Zürich 1964.
- Güçlü**, Hamide Merve: İşçiyi Sadakat Borcuna Aykırı Davranmaya Yönelmenin İş Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Göksoy**, Yaşar Can: “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 895-943.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Türk ve İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- Günay**, E. Deniz/**Günay**, G. Engin: “Türk Ticaret Kanunu ve Karşılaştırmalı Hukukta Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 131-132, Temmuz 2015, s. 145-181.
- Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Gürsel**, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı, İzmir 2016.

- Helvacı**, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK m. 24/a fıkra 1/İMK md. 28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- Hopt**, Klaus/**Kumpan**, Christoph/**Leyens**, C. Patrick/**Merkt**, Hanno/**Roth**, Markus: Handelsgesetzbuch, 42 Auflage, C.H.Beck 2023.
- Kandırhaloğlu**, Pınar Çağla: Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü, 1. Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011.
- Kaplan**, İbrahim: Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Kavramları, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 277-301.
- Karaahmetoğlu**, Atanur: "İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu", Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, YBHD, Sayı 2, 2022, s. 1293-1334.
- Karasu**, Rauf: Acentenin Ücreti ile İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 61-74. (*Acente*)
- Karasu**, Rauf: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", BATİDER, Cilt XXIII, Sayı 2, 2005, s. 73-116. (*Tasarı*)
- Karaege**, Özge: Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş -Ticari İşletme, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1957.
- Karshoğlu**, Hasan: Ticari Sırrın Kapsamı Hukuki Niteliği ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Kaya**, Arslan: "4982 Sayılı Kanun Kapsamında Bilgi Edinme Hakkının Sınırlarından Olan Ticari Sır ve Fikir ve Sanat Eserleri", Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Hakkı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 127-141. (*Ticari Sır*)
- Kaya**, Arslan: Ticaret Kanunu Şerhi I. Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016. (*Acentelik*)
- Kaya**, İlknur: Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre ve Türk Hukukunda), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, Eskişehir 2019. (*Müşteri Sırrı*)

- Kaya**, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022. (*Acentelik Hukuku*)
- Kaya**, Nazire: “Acentenin Sözleşme Süresince ve Sözleşmeden Sonraki Rekabet Yasağı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 96, 2014, s. 42-52. (*Rekabet Yasağı*)
- Kayihan**, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. (*İşletme*)
- Kayihan**, Şaban: “Yeni Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 27, 2008, s. 43-60. (*Sigorta*)
- Kayihan**, Şaban: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018. (*Acentelik Sözleşmesi*)
- Kırca**, İsmail: Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.
- Kınacıoğlu**, Naci: Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Koç**, Mehmet: Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Meyveci**, Kıvılcım Eda: Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Mükellefiyetler, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- Mutlu**, Arif Koray: Acentelik Sözleşmesinde Tarafların Hakları ve Borçları, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012.
- Narbay**, Şafak/Güllüce, Muhammet Ali: “Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1963-2007.
- Nomer**, N. Fusun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.
- Nomer Ertan**, N. Fusun: Haksız Rekabet Hukuku, XII Levha, İstanbul 2016. (*Haksız Rekabet*)
- Oetker**, Hartmut (Hrsg): Handelsgesetzbuch Kommentar, 7. Auflage, C.H.Beck 2021.
- Oyal**, Ahmet Batuhan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taşıma İşleri Komisyoncusu, XII Levha, İstanbul 2023.

- Özdemir**, Hayrunnisa: “Eser Sözleşmesi” In Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed: Turgut Öz), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 491-649.
- Özkan Koç**, Sema D.: İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü. Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Seçkin Kitapevi, İstanbul 2022.
- Saatcioğlu**, Onur Can: Kanunlar İhtilafı Hukukunda Ticari Sırların İhlali. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Ankara 2017.
- Saraç**, Tahir: “6102 Sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s. 711-748.
- Seçer**, Öz: Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Seçer**, Tuğçem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekilin Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Ticari Sır Bakımından Değerlendirilmesi, Başkent Üniversitesi Ticari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2022, s. 152-169. (*Sır Saklama*)
- Soyer**, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dön. Ser. Yayınları, Ankara 1994.
- Ströbl**, Albin: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auf., Verlag C.H.Beck, München 2021.
- Sulu**, Muhammed: Ticari Sırların Korunması, 3. Baskı, XII Levha, İstanbul 2020.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Şener**, Oruç Hami: İşletme Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016. (*İşletme*)
- Şener**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi. Adalet Yayınevi, Ankara 2015. (*Ticari Temsilci*)
- Tekin**, Ufuk: Acentenin Ücret Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2018.
- Topuz**, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)”, MÜHF - HAD, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s. 293-356.

- Tuncay**, Aziz Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 1043-1085.
- Turanboy**, Asuman: “Ticari Sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s. 348-369.
- Uşan**, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapevi, İstanbul 2019.
- Yaprak**, Işıl: İş Sırrının Korunması ve Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Yasaman**, Hamdi: Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Yazıcıoğlu**, Emine: Sigorta Aracıları Hukuku I, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Yeşiltepe**, Salih Önder: “Ticari Sır-İş Sırrı” Doç Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2006 s. 403-422.
- Yılmaz**, Asuman: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Antlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2011, s. 309-342.
- Yolal**, Oğuz: Ticari Vekil, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Zengin**, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2013.

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr/>

**GAİBİN ÖLÜMÜ HAKKINDA KUVVETLİ OLASILIK
BULUNMASININ GAİPLİK KARARININ
VERİLEBİLMESİ İÇİN ARANMASI GEREKEN
ÖZEL BİR KOŞUL OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA
BİR DEĞERLENDİRME**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1434516>

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM*

Öz

Bu çalışmanın amacı gaiplik durumlarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" ifadesinin anlamının belirlenmesi ve gaiplik kararı verilebilmesi için kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının, aranması gereken özel bir koşul olup olmadığının değerlendirilmesidir. Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde konuya ilişkin başlıca eserlerin bazılarında kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması, gaiplik kararının verilebilmesinin koşulları arasında özel olarak sayılmakta bazılarında ise sayılmamaktadır. Yargıtay uygulamasında ise kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması, gaiplik kararı verilebilmesi için aranması gereken özel bir koşul olarak kabul edilmektedir. Bu çalışmada ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama durumlarının tek başına, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık doğurabilen durumlar olduğu savunulmaktadır. Bu bağlamda ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun süredir haber alınamama ile kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması arasında bir neden sonuç ilişkisi olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca Kanun'un 32. maddesinde yer alan "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" ifadesinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu bakımından gaiplik kararıyla ölüm karinesinin ayırt edilmesinde kullanılan; uzun süredir haber alınamama durumu bakımından ise haber alınamamanın makul bir gerekçeye dayanması hâlinde aradaki neden sonuç ilişkisinin kesilmesi sebebiyle gaiplik kararı verilmesini engelleyen bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (azizerman.bayram@ogu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6232-7928 (Gönderim Tarihi: 12.02.2024-Kabul Tarihi: 29.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Gaiplik kararı, Ölüm karinesi, Ölüm tehlikesi, Uzun süredir haber alınamama, Ölüm hakkında kuvvetli olasılık

**AN EVALUATION ON WHETHER THE HIGH PROBABILITY
OF THE DEATH OF THE ABSENTEE CONSTITUTES
A SPECIAL CONDITION TO BE REQUIRED FOR
ISSUING A DECLARATION OF ABSENCE**

(Research Article)

Abstract

The aim of this study is to determine the meaning of the expression “if there is a high probability of death” in Article 32 of the Turkish Civil Code, which regulates circumstances of absence, and to evaluate whether the presence of high probability of the death of the person is a special condition to be required for issuing a declaration of absence. In some of the main works on the subject in the Turkish and Swiss legal doctrine, the presence of a high probability of the death of the person is specifically mentioned among the conditions for issuing a declaration of absence, while in others it is not. In the practice of the Turkish Court of Cassation, however, the presence of a high probability of the death of the person is recognized as a special condition to be required for issuing a declaration of absence. This study claims that situations of disappearance under life-threatening circumstances or being missing for a lengthy period without any sign of life are the situations that alone can lead to a high probability of the death of the absentee. In this context, this study argues that there is a cause-and-effect relationship between disappearance under life-threatening circumstances or being missing for a lengthy period without any sign of life and the presence of a high probability of the death. In addition, this study concludes that the expression “if there is a high probability of death” in Article 32 of the Code should be considered as a criterion used to distinguish the presumption of death from the declaration of absence in the cases of disappearance under life-threatening circumstance, and as a criterion that prevents the declaration of absence due to the cessation of the cause-and-effect relationship in the case of being missing for a lengthy period without any sign of life, if the lack of news is based on a reasonable explanation.

Keywords

Declaration of absence, Presumption of death, Disappearance under life-threatening circumstances, Being missing for a lengthy period without any sign of life, High probability of death

GİRİŞ

Kişilik normal olarak doğumla başlar ve ölümlle sona erer. Fakat bir kimsenin ölüp ölmediği her zaman kesin olmayabilir. Bir kimsenin ölme ihtimalinin bulunduğu; ancak cesedinin veya kimliğini belirlemeye elverişli ceset parçalarının bulunamadığı durumlarda kişinin ölüp ölmediği kesin değildir. Bu şüpheli durum özellikle hakları o kimsenin kişiliğinin sona ermesine bağlı olanlar bakımından bir belirsizlik durumu yaratır.

Ölümün ispatlanamadığı durumlarda mevcut belirsizliğin giderilmesini ve kişiliğin sona erdirilmesini sağlayan hukukî yollardan biri gaipliktir. Gaiplik, hukukumuzda esas olarak Türk Medenî Kanunu'nun 32 ilâ 35 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun'un 32. maddesinde gaiplik kararının ön koşulları ve bu kararın verilmesine yetkili mahkeme, 33. maddesinde gaiplik kararının verilmesinde yargılama usûlü, 34. maddesi gaiplik isteminin düşmesi ve 35. maddesinde gaipliğin hükmü yer almaktadır.

Gaipliğin genel olarak düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.*” Bu hükümde yer alan “*ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa*” ifadesi, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının aranması gereken özel bir koşul olduğu yönünde bir çıkarım yapılmasına neden olmaktadır. Ne var ki anılan maddede sözü edilen “ölüm tehlikesi içinde kaybolma” ve “kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama” durumları tek başına, kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması sonucunu doğurabilen durumlardır. Özellikle ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaması ihtimali pek mümkün gözükmemektedir.

Hukuk öğretisinde bazı yazarlar tarafından gaiplik kararı verilebilmesinin koşulları arasında, ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin “ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının” özel olarak arandığı görülmektedir. Ancak öğretilerdeki diğer bazı yazarlar, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasına gaipliğin koşulları arasında yer vermemektedir.

Yargıtay, Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinde lafzına bağlı kalarak gaiplik kararının verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ancak

ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaipliğine karar verilebileceğini kabul etmektedir.

Hukuk öğretisindeki farklı görüşler ve Yargıtay uygulaması, bir kimse- nin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının gaiplik kararı verilebil- mesinin özel bir koşulu olup olmadığı konusunu tartışmalı hâle getirmek- tedir. Ayrıca öğretide, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının gerçekten gerekli olup olmadığı meselesi üzerinde henüz ayrıntılı olarak durulmamıştır.

Bu çalışmada Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası- nda yer alan "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" ifadesinin bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için aranması gereken özel bir koşul olup olmadığı, söz konusu ifadenin ne anlama geldiği ve ne tür bir işleve sahip olduğu konusu incelenmektedir. Mesele, Türk ve İsviçre hukuk öğre- tisindeki konuya ilişkin değerlendirmeler ve yargı kararları ışığında açıklan- maktadır. Böylece Türk hukukunda bugüne kadar üzerinde ayrıntılı olarak durulmamış olan bu konu hakkında teorik ve pratik açıdan yarar sağlayacağı düşünülen bilgilerin verilmesi amaçlanmaktadır.

I. GAİP VE GAİPLİK KAVRAMLARI

Gaip sözcüğünün kökeni Arapçadaki *gayb* kelimesidir. Arapçadaki *gayb* kelimesi dilimize ses değişimine uğrayarak *kaybolmak* (Arapça *gayb* + Türkçe *olmak*) şeklinde geçmiştir. Kaybolmak, yitmek demektir. Kaybolana, yitip gidene ise "gaip" yani kayıp veya yitik (kimse) denir¹.

Gaiplik ise gaip olma hâlini yani kaybolma, yitip gitme, göz önünde olmama, hazır bulunmama durumunu ifade eder². Hukukta gaiplik, bir kim- senin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınamaması hâlinde belirli usûllerin gerçekleştirilmesi sonucunda hâkim kararıyla o kimsenin kişiliğine son verilmesini ifade eder. Hukukumuzda bir kimsenin "gaip" olarak nitelendirilebilmesi için o kişi hakkında mahkemece gaiplik kararının verilmiş olması zorunludur (TMK m. 32).

Yargıtay, gaipliği kanunda tahdidi olarak sayılan belli durumlarda, sağ- mı ölü mü olduğu bilinmeyen kişi ile bu durumdan hakları etkilenenleri koruma amacı ile kanun tarafından öngörülen şüphe ve belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla ölüm olayına karine teşkil eden ve sonucu itibarıyla

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.09.2023).

² <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 11.09.2023).

ölüme bağlı hakların, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılması sonucunu doğuran bir müessese olarak tanımlamaktadır³.

II. GAİPLİĞE İLİŞKİN ULUSLARARASI ALANDA UYGULANAN SİSTEMLERE GENEL BAKIŞ

Gaiplelikle bağlantılı olarak uluslararası alanda iki farklı sistem gelişmiştir. Bunlardan biri Alman hukukundaki ölüm beyanı (ilân) sistemi (*System der Todeserklärung*), diğeri Fransız hukukundaki gaiplik kararı sistemidir (*déclaration d'absence*). Alman ölüm beyanı sisteminde belirli koşullar yerine getirildikten ve resmi ilân usûlü gerçekleştirildikten sonra gaip için yapay bir ölüm tarihi belirlenir. Bu tarih kural olarak gaiplik kararının (ölüm beyanının/kararının) verildiği gündür. O güne kadar, kaybolan kişi hakkında bir yaşam karinesi vardır; fakat daha sonra bu karine yerini ölüm karinesine bırakır. Fransız gaiplik beyanı sistemi ise ispat muafiyetine dayanır. Gaiplik kararıyla birlikte hak sahipleri haklarını, gaip olan kişinin ölümü sanki ispat edilmiş gibi kullanabilirler. Bu sistemde, zamansal açıdan son yaşam belirtisinin görüldüğü ana kadar giden geriye dönük bir etki söz konusudur⁴.

Kaynak İsviçre Medenî Kanunu ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu, ispat muafiyetini öngören Fransız gaiplik beyanı sistemini esas almıştır. Zira Türk ve İsviçre hukukunda gaiplik kararı, gaip hakkında bir yaşam karinesi meydana getirmez ve belirli bir süre sonra gaibin öldüğüne karar verilmesi sonucunu doğurmaz. Aksine Türk ve İsviçre hukukunda, Fransız hukukunda olduğu gibi belirli koşullar altında bir gaip bakımından ölüm karinesi söz konusu olur ve bu sayede hak sahipleri, ölümü ispat etmekten kurtularak kişinin ölümüne bağlanan haklarını tıpkı o kaybolan kişinin ölümü kanıtlanmışçasına kullanabilir⁵. Bununla birlikte Türk ve İsviçre hukuku, ölüm

³ Yarg. 8. HD., T. 15.01.2019, E. 2018/15738, K. 2019/369 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15.09.2023).

⁴ **Lardelli**, Flavio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch (BSK) I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2022, Art. 35, N. 1.

⁵ **Hafer**, Ernst: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Personenrecht, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1919, Vor. zu Art. 35-38, N. 2; **Egger**, August: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), Das Personenrecht, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 1930, Art. 35, N. 3; **Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1993, s. 39; **Grossen**, Jacques Michel: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1967, s. 306; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 1.

karinesine dayanan Alman ölüm beyanı sisteminden bazı unsurları da bünyesinde barındırmaktadır⁶.

Kısacası Türk ve İsviçre Medenî Kanunu'na göre gaiplik kararıyla birlikte gaibin ölümü karine olarak kabul edilir ve ispat yükü tersine çevrilir. Gaibin yaşadığını iddia eden kişi ise bunu ispat yükü altındadır⁷.

III. GAİPLİK KURUMUNUN AMACI VE İŞLEVİ

Kaybolan bir kişinin hâlâ hayatta olup olmadığı veya ölüp ölmediği konusunda kesin bir bilginin bulunmadığı, kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle de bakılmadığı durumlarda Türk Medenî Kanunu'nun "Kişiler Hukuku" başlıklı birinci kitabında, madde 32 ve devamında düzenlenen gaiplik kurumu devreye girer⁸.

Gaiplik kararı, hayatta olup olmadığı ölüp ölmediği belli olmayan bir kişinin kişiliğinin sona erdirilmesine hizmet eder. Gaiplik kararı ancak en başından beri varlığı bilinen belirli bir kişi hakkında verilebilir. Yoksa gaiplik kararının amacı, bir kişinin var olup olmadığını tespit etmek değildir⁹.

Gaiplik kararı, gaibin ölen bir kişiyle aynı muameleye tabi tutulması sonucunu doğurur. Gaiplik kararı, ispatlanamayan ölümün yerini alır. Gaiplik davasının başarıyla sonuçlanmasıyla birlikte özellikle evlilik, miras ve sosyal güvenlik hukuku kapsamında hakkında gaiplik kararı verilen kimse bakımından öngörülen hukukî sonuçlar meydana gelir¹⁰.

Türk Medenî Kanunu'nda yer alan gaipliğe ilişkin hükümlerin iki temel amacı bulunmaktadır. Şöyle ki gaiplik kurumu bir yandan gaibin diğer yandan hayatta kalanların menfaatlerinin korunmasını amaçlar¹¹. Gerçekten de gaip, artık kendi işleriyle ilgilenememektedir. Bu durum, geride kalanlar bakımından özellikle de eş ve diğer mirasçılar açısından mirasın açılması ve evliliğin feshiyle sonuçlanabilecek "askıda" bir durum yaratır. Bu askıdaki

⁶ Egger, ZK ZGB, Art. 35, N. 3; Lardelli, BSK ZGB I, Art. 35, N. 1.

⁷ Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2015, s. 113.

⁸ Dörr, Bianka S.: Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (KUKO), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 35, N. 1.

⁹ Egger, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

¹⁰ Dörr, KUKO ZGB, Art. 35, N. 1.

¹¹ Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, s. 35; Hofer, Sibylle: Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, s. 42; Egger, ZK ZGB, Art. 35, N. 3; Lardelli, BSK ZGB I, Art. 35, N. 2; Dörr, KUKO ZGB, Art. 35, N. 1.

durumun sona erdirilmesi gaiplik kararının alınması yoluyla sağlanır. Gaiplik kararı, belirtildiği üzere bir kimsenin ölümü hakkındaki belirsizliği, ona ölü muamelesi yapmak suretiyle sona erdirir. Gaiplik kararı sayesinde gaip bakımından kişiliğin sona ermesine bağlanan sonuçlar uygulanma imkânı bulur. Bu kapsamda gaibin eşi evlilik birliğini sona erdirebilir, gaibin mirasçuları mirasın açılmasını sağlayabilir¹². Ne var ki hakkında gaipliğe karar verilen kimsenin sadece geçici bir süre için bilinmeyen bir yerde bulunması ve sonradan çıkıp gelmesi ihtimali de vardır. Bu nedenle Kanun'da (TMK m. 33 vd.) bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için belirli bir sürenin geçmesi ve mahkeme tarafından belirli yargılama işlemlerinin gerçekleştirilmesi aranmıştır¹³. Ayrıca Kanun'da (TMK m. 584 vd.) gaibin mirası ve gaibe düşecek miras konusu özel olarak düzenlenerek çıkıp gelme ihtimali olan gaibin hakları korunmaya çalışılmıştır.

Gaiplik kurumunun sözü edilen amacı ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda hukukun çeşitli alanları için önem taşıyan ve hakkında gaiplik kararı verilen kişinin kişiliğiyle doğrudan bağlantılı olan bu hukukî kurumun Türk Medenî Kanunu'nun kişiler hukuku kitabında düzenlenmiş olması isabetlidir¹⁴.

IV. GAİPLİĞİN ÖLÜMDEN VE ÖZELLİKLE ÖLÜM KARİNESİNDEN FARKI

Ölüm bellidir, buna karşılık gaiplikte bir belirsizlik durumu söz konusudur. Gaiplikteki belirsizlik, kişinin gerçekten ölüp ölmediğine ilişkindir¹⁵. Bir kimsenin cesedi bulunmuşsa ve cesedin kimliği tespit edilmişse artık o kişi bakımından ölüm olayı gerçekleşmiştir ve bu durum nüfus kütüğüne işlenir¹⁶. Bu durumda gaiplikten değil ölümden söz edilir. Gaiplikte ise ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun süredir haber alınmayan kişinin cesedi veya kimliği teşhise elverişli ceset parçaları bulunamamıştır.

¹² **Breitschmid**, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Band 1, Personen- und Familienrecht: Art. 1-456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2023, Art. 35, N. 1; **Kley**, Andreas/**Seferovic**, Goran: ZGB : Kommentar : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021, Art. 35, N. 1.

¹³ **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 2.

¹⁴ **Haftner**, Vor. zu Art. 35-38, N. 1.

¹⁵ **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 1.

¹⁶ Ölüm belgesinin düzenlenmesi ve ölüm olaylarının bildirilmesi Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik madde 16 ve devamında düzenlenmiştir.

Gaiplik, ölüm karinesinden de farklıdır¹⁷. Zira bir kimse, ölümüne “kesin gözle” bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolursa ve cesedi bulunamazsa o kişi için gaiplik değil “ölüm karinesi” söz konusu olur. TMK m. 31 uyarınca bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten “ölmüş” sayılır¹⁸. Örneğin, bir teleferik tesisatçısının yirmi metre yüksekliğindeki bir direktan tanıkların gözü önünde dağdan gelen azgın bir dereye doğrudan doğruya düşmesi ve akıntıya kapılarak kaybolması durumunda TMK m. 31’de düzenlenen ölüm karinesinin gerçekleşmesinden söz edilebilir¹⁹.

Ölüm karinesinde gaipliğin aksine bir kesinlik söz konusudur. Çünkü ölüm karinesi kapsamında bir kişinin ölmüş sayılabilmesi için cesedinin bulunamamasına rağmen onun ölümünün kesin olması veya en azından onun ölümüne kesin gözle bakılması gerekir. Cesedi bulunamayan bir kimsenin ölümünde kesinlik söz konusu değilse bu kapsamda kişinin ölmüş olması sadece mümkün veya muhtemel ise onun hakkında ölüm karinesi geçerli olmaz. Bu durumda o kişi hakkında gaiplik kararı verilmesinin koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılabilir²⁰. Hâkim, bir olayda ölüm karinesinin mi geçerli olduğuna yoksa gaipliğe ilişkin bir yargılamanın mı yapılması gerektiğine takdir yetkisini kullanarak (TMK m. 4) karar verir²¹.

Ölüm karinesinin kabul edilebilmesi için uygulamada geliştirilen koşullar son derece katıdır. Böyle bir durum, örneğin kişinin deniz üzerinde uçarken düşen ve hayatta kalmanın mümkün olmayacağı bir uçağın içinde olduğunun ispat edilmesi hâlinde mümkündür²². Yine iş arkadaşlarının gözü önünde dökümhanenin fırınına düşen işçi veya devasa bir yangında alevlerin içine girerek bir daha çıkamayan itfaiyeci hakkında da ölüm karinesi geçerli

¹⁷ Gaiplik ile ölüm karinesi arasındaki farklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: “Ölüm Karinesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2022, s. 847 vd.

¹⁸ Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nin 39. maddesine göre bir kimse, ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlarda ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının yazılı başvurusu üzerine olaya ilişkin resmî belgelerin ibraz edilmesi ya da yetkili makamların durumu resmî yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri hâlinde mülkî idare amirinin onayı ile aile kütüğüne “ölüm olayı” tescil edilir.

¹⁹ **Baumann**, Max: Personenrecht des ZGB : natürliche Personen, juristische Personen, Vereine, Stiftungen, Schutz der Persönlichkeit, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2011, s. 23.

²⁰ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 34. N. 2.

²¹ **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 34, N. 3.

²² **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 3.

olur. Zira bu durumlarda kişinin cesedi veya cesedinin parçalarının bulunamamasına rağmen onun ölümü mevcut ve gözlemlenen koşullar altında kesin olarak kabul edilir²³.

İsviçre Federal Mahkemesine göre ölümüne kesin gözle bakılma dışında kalan diğer ihtimaller kesinlikle kapalı değilse yani bir olayda ölüm karinesi dışında kalan diğer olasılıklar göz ardı edilemiyorsa ölüm karinesine başvurulamaz; ancak gaiplik kararı alınması yoluna gidilebilir. Zira bu durumda ölüm sadece kuvvetle muhtemeldir ve olay, süreler dikkate alınarak gaiplik kararına ilişkin özel bir usülle açığa çıkarılmalıdır²⁴. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, uçağı Şili Santiago'ya hiç varmamış olan ve Şili'deki And Dağları'nda düştüğüne inanılan bir yolcunun öldüğünün ispat edilememiş olduğuna karar vermiştir²⁵.

V. GAİPLİK DURUMLARI

A. Genel Olarak

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilmesine yol açan veya başka bir ifadeyle bir kimse hakkında gaiplik kararı alınabilmesini sağlayan durumlar Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında "sınırlı sayıda" düzenlenmiştir. Buna göre "ölüm tehlikesi içinde kaybolan" veya "kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan" bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkemece bu kişinin gaipliğine karar verilebilir.

Ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma ve kendisinden uzun süredir haber alınamama, öldüğü düşünülen kişinin cesedinin hiç kimse tarafından görülmediği; ancak yine de söz konusu kişinin öldüğüne dair ciddi belirtilerin bulunduğu durumlardır²⁶.

Gaiplik kararının verilebilmesi için Kanun'da iki farklı hâl öngörülmüştür. Yukarıda belirtildiği üzere bunlar ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kendisinden uzun süredir haber alınamamadır. Bu iki durum alternatif niteliktedir. Dolayısıyla sözü edilen iki durumdan birinin meydana gelmesi, gaiplik kararı verilebilmesinin ön koşuludur. Bir başka ifadeyle bir olayda

²³ **Bieri**, Marisa/**Morand**, Anne-Sophie/**Müller**, Melanie/**Perren**, Rube: Übungsbuch Personenrecht und Einleitungsartikel, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2015, s. 88.

²⁴ **Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002, s. 88; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 29 vd; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 3.

²⁵ BGE 75 I 328 vd. (<https://www.fallrecht.ch/c1075328.pdf> Erişim Tarihi: 25.10.2023).

²⁶ **Riemer**, s. 88.

Kanun'da aranan diğer koşullar da varsa gaiplik kararının verilebilmesi için bu iki durumdan birinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir²⁷.

B. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesine yol açan birinci durum o kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolmasıdır. Ölüm tehlikesi; kaybolan kişinin ölmesi ihtimalini doğuran yangın, sel, deprem, çığ, heyelan, savaş, terör saldırısı, uçak düşmesi, gemi batması gibi tehlikeli durumlardır. Fakat bir kimse hakkında ölüm tehlikesi sebebine dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi doğuran yangın, deprem, çığ, gemi batması gibi somut bir olayın meydana geldiğinin ispat edilmesi zorunlu değildir²⁸. Gerçekten de ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan söz edilebilmesi için kaybolan kimsenin büyük ihtimalle onun ölümüne sebep olan bir olayla karşılaştığının bilinmesi ve bunun ispat edilmesi yeterlidir. Örneğin, bir kimse çıktığı gemi yolculuğundan veya dağ tırmanışından bir daha geri dönmemişse onun başına olası bir ölüm sonucunu doğuran olayın geldiği bilinir. Ayrıca geminin batmasının veya dağda çığın meydana gelmesinin ispatlanması gerekmez. Bu kapsamda Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ölüm tehlikesi içinde kaybolan" ifadesinin yanıltıcı olduğu söylenebilir. Şöyle ki burada sözü edilen kaybolma, insanlar tarafından tanık olunan bir "ölüm tehlikesi içinde kaybolmak" eylemi değildir. Aksine buradaki kaybolma iki olgudan oluşur: Birincisi, ilgili kişiden son bir işaretin (yaşam belirtisinin) gelmesi; ikincisi belirli bir tehlikeye delalet eden koşullarda daha sonra başka bir yaşam belirtisinin bulunmamasıdır. İlgili kişinin son yaşam belirtisi, tamamen gündelik koşullarda gerçekleşmiş olabilir. Son yaşam belirtisinden sonra kayıp kişi, mevcut emarelere göre belirli bir teh-

²⁷ Türk Medenî Kanunu m. 588/I uyarınca ise sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinesin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir. Yargıtaya göre TMK m. 588 ve devamı kapsamında gaipliğe karar verilebilmesi için kendisinden gaiplik isteminde bulunulan mahkemenin gaiplik yönünden gerekli araştırma ve ilânlar yapması ve ondan sonra bir karar vermesi gerekir (Yarg. 1. HD., T. 23.01.2013, E. 2012/13938, K. 2013/603; Yarg. 1. HD., T. 07.05.2013, E. 2013/4537, K. 2013/7024; Yarg. 1. HD., T. 12.01.2015, E. 2015/18604, K. 2016/185; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 2.11.2023).

²⁸ **Brückner**, Christian: Das Personenrecht des ZGB: (ohne Beurkundung des Personenstandes), 1. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2000, s. 40; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 36; **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 6; **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 3; **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 35, N. 2; Kley/Seferovic, OFK ZGB, Art. 35, N. 2.

likeyle bağlantılı koşullarla karşılaşmış olmalıdır. Bu tehlikeli koşullar, Kanun'da ölüm tehlikesi olarak ifade edilen durumlardır²⁹.

Gaipliğin maddi koşullarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan "ölüm tehlikesi içinde kaybolma" ifadesi, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinde "*in hoher Todesgefahr verschwunden*" şeklinde düzenlenmiştir. İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan sözü geçen ifade "feci/ciddi/büyük/yüksek bir ölüm tehlikesi içinde kaybolan" anlamına gelmektedir. Dikkat edilecek olursa Türk Medenî Kanunu'nda İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı olarak ölüm tehlikesinin niteliği belirtilmemiş; ölüm tehlikesinin "ciddi" (feci, büyük, yüksek) olması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte hukukumuzda da bir kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolmasına dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için o kişinin karşılaştığı ölüm tehlikesinin ciddi olması gerekir³⁰.

"Ölüm tehlikesi içinde kaybolma" ile "ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolma" birbirine benzeyen ancak farklı hukukî sonuçlar doğuran maddi kalıplardır. Yukarıda belirtildiği üzere kanun koyucu ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolan kimseyi ölü sayarken ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimseyi doğrudan doğruya ölmüş saymamakta ancak belirli koşullar altında onun hakkında gaiplik kararı verilebilmesini mümkün kılarak buna ölüme benzer sonuçlar bağlamaktadır. Yine yukarıda da vurgulandığı üzere uygulamada ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumda kaybolma sonucu ölüm karinesinin geçerli olduğunun kabul edilebilmesinin koşulları oldukça ağırdır. Ölüm karinesinin; örneğin okyanusta seyreden bir denizaltına torpido isabet etmesi ve kişinin de bu denizaltında olduğunun ispatlanabilmesi durumunda veya bir kimsenin deprem sırasında açılan yarığın veya bir buzul yarığının içine düşerek kaybolması durumunda geçerli olacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık sözü edilenler gibi ölümüne kesin gözüyle bakılan durumlar dışında kalan, sadece ölüm tehlikesi içinde kaybolanlar bakımından daha uzun ve karmaşık bir usûl gerektiren gaiplik kararı verilmesi yolunun işletilmesi gerekir. Kişinin ölümüne kesin gözle bakılan bir durumda mı kaybolduğu yoksa ölüm tehlikesi içinde mi kaybolduğu konusunda bir kuşku varsa kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi yolunun işletilmesi isabetli olur³¹.

²⁹ Brückner, s. 40.

³⁰ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 31.

³¹ Serozan, Rona/Engin, B. İlkay/Atamer, Yeşim M.: Serozan Medenî Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 429.

Kaybolan kişinin “ölüm tehlikesi içinde” kaybolup kaybolmadığını ve ölüm tehlikesinin “ciddi” olup olmadığını hâkim her somut olayın özelliğine göre takdir eder³². Örneğin bir bölgede meydana gelen selin ciddi bir ölüm tehlikesi oluşturup oluşturmadığına hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak TMK m. 4’te düzenlenen takdir yetkisini kullanarak karar verir. Ölüm tehlikesinin “ciddi” olmadığına kanaat getiren hâkim, ölüm tehlikesi içinde kaybolma sebebine dayanılarak yapılan gaiplik istemini reddedebilir.

C. Kişiden Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesine yol açan bir diğer durum o kişiden uzun zamandan beri haber alınmamasıdır. Bir kimseden uzun süredir haber alınmaması, onun nerede olduğunun bilinmemesi ve ondan uzun zamandan beri hiçbir haberin (bildirimin) gelmemesidir³³. Dolayısıyla onun ölü mü sağ mı olduğunun bilinmemesidir³⁴. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki bir kimse hakkında ondan uzun süredir haber alınmama durumuna dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için gaiplik kararının belirli bir kimse hakkında istenmiş olması gerekir. Yoksa yukarıda da altı çizildiği üzere gaiplik davasının amacı bir kimsenin var olup olmadığını, diğer bir anlatımla hiç yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen bir kişinin varlığını veya yokluğunu tespit etmek değildir³⁵.

Bir kimseden haber alınmasından söz edilebilmesi için o kişinin yaşadığına ilişkin haberin doğrudan doğruya o kişi tarafından gönderilmesi zorunlu değildir. Hakikaten bir kimsenin hayatta olduğuna dair haber bizzat o kişiden gelmiş olabileceği gibi bir başkasından da gelmiş olabilir. Nerede olduğu bilinmeyen kişinin kendisinden veya onun hakkında bir başkasından haber gelmesi durumunda ise artık o kişiden uzun süredir haber alınmamasından söz edilemez³⁶. Örneğin Butan’a giderek Budist olmaya karar verdiği bilinen ancak yakınlarına uzun süredir herhangi bir bildirim göndermeyen kişinin, doğrudan doğruya “kendisinin” bir haber göndermemesi söz konusudur. Buna karşılık, kendisi haber göndermeyen kişinin Butan’da yaşayan bir arkadaşının gönderdiği bildirimden o kişinin bir Budist manastırında

³² **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 4.

³³ **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 36; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 5; **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 35, N. 3; **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 35, N. 3.

³⁴ **Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 84.

³⁵ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

³⁶ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

inzivaya çekildiği yani hayatta olduğu anlaşılıyorsa artık ortadan kaybolma durumu yoktur. Hatta Butan'daki manastırda belgesel çeken bir ekibin çektiği görüntülerden o kişinin hayatta olduğu anlaşılıyorsa artık o kişiden haber alınmaması söz konusu değildir. Zira bahsedilen son iki durumda kişinin doğrudan doğruya kendisinden değil fakat o kişi hakkında bir başkasından haber gelmiştir.

Kendisinden haber alınamayan bir kişi hakkında sadece söylentilere dayanan; bu kapsamda doğrulanamayan veya güvenilir olmayan bir kaynaktan gelen habere itibar edilerek somut olayda kişiden uzun süredir haber alınmama koşulunun gerçekleşmediği söylenemez³⁷.

Kişiden uzun süredir haber alınamamadaki “uzunluk” kavramı, günümüzün gelişen iletişim teknolojileri ve uygulamaları sayesinde oldukça kısalmıştır. Gerçekten de bir kimseden haber gelme aralığı ülkeler veya kıtalar arasındaki iletişimin kervanlarla yahut gemilerle sağlandığı eski günlere nazaran oldukça kısalmıştır. Artık telgraf, telefon, faks, elektronik posta, sosyal medya kanalları ve diğer internet uygulamaları vb. sayesinde haberleşme hızı artmış, haberlerin ulaşma süresi kısalmıştır. Açıkçası bilgi çağında habersizlik (bildirimsizlik) neredeyse tek başına ölüm tehlikesi anlamına gelmektedir³⁸.

Kişiden uzun süredir haber alınmama sebebine dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için uzun süredir devam eden habersizliğin diğer bir ifadeyle yaşam belirtilerindeki eksikliğin, açıklanabilir bir nedene yani makul bir gerekçeye dayanmaması gerekir³⁹. Zira burada ölüme ilişkin karinenin temeli, bir sosyal çevrede bir kimseden uzun süredir haber alınmamasının o sosyal çevrenin koşullarına göre sadece ölümün meydana gelmesiyle açıklanabilir olmasıdır⁴⁰. Buna karşılık habersiz bir biçimde ortadan kaybolmanın, aile içi kavga nedeniyle gerçekleşmesi gibi “makul gerekçelere” dayanması durumunda gaiplikten söz edilemez. Örneğin fazla bir sosyal çevresi olmayan işsiz bir kimse tüm banka hesaplarını kapatır ve ertesi gün nereye gittiği belli olmayacak şekilde ortadan kaybolursa beş yıl sonra bile onun hakkında gaiplik kararı verilemez. Buna karşılık savaşta esir alınan veya teröristler tarafından kaçırılan bir kimse hakkında, beş yıllık haber alınmama süresinin ardından güvenilir bir kaynağın bu süre zarfında hayatta kalan tüm esirlerin

³⁷ Hausheer/Aebi-Müller, s. 36.

³⁸ Breitschmid, CHK ZGB, Art. 35, N. 3.

³⁹ Hofer, s. 43; Breitschmid, CHK ZGB, Art. 35, N. 3.

⁴⁰ Hürlimann, Bettina/Schmid, Jörg: Einleitungartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016, s. 217.

serbest bırakıldığını bildirmesi üzerine, gaiplik kararı verilebilir⁴¹. Çünkü burada esirlerin serbest bırakıldığının bildirilmesine rağmen serbest bırakılan kişinin yakınlarına hiçbir haber göndermemesi açıklanabilir nitelikte değildir yani bunun makul bir gerekçesi yoktur.

Türk Medenî Kanunu m. 33 uyarınca gaiplik kararının istenebilmesi için son haber tarihinin üzerinden “en az” beş yıl geçmiş olması gerekir. Fakat Türk Medenî Kanunu m. 33’te kişiden uzun süredir haber alınamama bakımından öngörülen beş yıllık sürenin mutlak bir değeri yoktur. Yukarıda da belirtildiği üzere beş yıl geçtikten sonra bile kendisinden haber alınamama, kendisinden haber alınamayan kimsenin ölümü dışında kalan bir durumla açıklanabiliyorsa gaiplik kararı verilemez. Ne var ki kişiden uzun süredir haber alınamamadaki uzunluk ne kadar çok devam ederse haber alınamama durumunun kaybolan kişinin ölümüyle açıklanması ihtimali de o ölçüde artar⁴².

Alternatif nitelikteki gaiplik durumu olan kişiden uzun süredir haber alınamamanın, diğer gaiplik durumu olan ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmadan farklı ölüm tehlikesi içinde kaybolmada kendisinden haber alınmayan kişinin özel bir tehlikeli durumla karşılaştığına dair emarelerin bulunmamasıdır⁴³. Gerçekten de kişiden uzun süredir haber alınamama nedenine dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için kaybolan kişinin ortadan kaybolmasıyla bağlantılı olarak özel bir tehlikeli durumun varlığı gerekli değildir⁴⁴. Buna karşılık ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan ancak cesedi veya kimliği tespiti elverişli ceset parçaları bulunamayan bir kimseden de aslında bir süredir (TMK m. 33/I uyarınca en az bir yıldır) haber alınamamaktadır.

Gaiplik durumlarından ikisinin de bir arada bulunduğu durumlarda ortaya bir sınırlandırma problemi çıkabilir. Bununla birlikte ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma nedenine dayanılarak gaiplik kararı alınması gerek gaiplik kararının verilebileceği en erken süre (TMK m. 33) gerek mirasçıların gaibin terekesindeki malları teslim alırken gösterecekleri güvencenin süresi (TMK m. 584/II) bakımından daha avantajlıdır⁴⁵.

⁴¹ Brückner, s. 44.

⁴² Brückner, s. 44.

⁴³ Brückner, s. 43.

⁴⁴ Hausheer/Aebi-Müller, s. 36; Hürlimann-Kaup/Schmid, s. 217; Tuor/Schnyder/Schmid, s. 113; Dörr, KUKO ZGB, Art. 35, N. 4.

⁴⁵ Hausheer/Aebi-Müller, s. 37.

İsviçre hukuk uygulamasında gaiplik durumlarının her ikisinin de bulunduğu olaylarda sınırlandırmanın bir zorluğa yol açmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin Luzern Yüksek Mahkemesi, Aralık 1939'da Varşova Gettosu'na sürülen ve 30 Temmuz 1942'den beri kendisinden hiçbir haber alınamayan bir adamın davasında, kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu sonucuna varmıştır (OGer LU, SJZ 1962, 236). Bununla birlikte söz konusu olayda gaiplik kararı, kendisinden uzun süredir haber alınamama koşuluna dayanılarak da verilebilirdi⁴⁶.

VI. BİR KİMSE HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN ONUN ÖLÜMÜNÜN KUVVETLE MUHTEMEL OLMASININ ZORUNLU OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası aynen şöyledir: “Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.”⁴⁷ Görüldüğü üzere sözü edilen hükümde gaiplik kararının verilebilmesi için “ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin” ifadesinden sonra “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” ifadesi kullanılmıştır. Hâl böyle olunca Kanun'un “sözünden” bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandır haber alınamaması seçeneklerinin bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmadığı; bu alternatif koşullara ek olarak bir de o kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının da gerektiği sonucu çıkmaktadır⁴⁸.

⁴⁶ Grossen, SPR II, s. 307.

⁴⁷ 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenî'sinin 31. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme de şöyle idi: “Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya çoktan beri kendisinden haber alınamayan bir kimsenin ölümü pek muhtemel görünürse, hakları ölüme muallak kimse-lerin talebi hakim gaipliğe karar verebilir.” Görüldüğü üzere Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası, mülga Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasından dilinin sadeleştirilmiş olması dışında farklılık arz etmemektedir.

⁴⁸ İlgili hükümdeki mantık şu şekildedir: “Ölüm tehlikesi içinde kaybolma” = (a), “Kendisinden uzun zamandır haber alınamama” = (b), “Ölüme hakkında kuvvetli olasılık bulunma” (c), “Hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir” = (d) olsun. Böylece hükme göre bir olayda (a) veya (b) ve (c) gerçekleşmişse sonuç (d) olur; yani $(a \vee b) \wedge c \Rightarrow d$.

Gaipliğin ön koşullarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesi, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinden farklıdır. Şöyle ki İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesine göre “*Bir kimsenin ölümü; ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolması veya uzun süredir habersizce ortada bulunmaması sebebiyle kuvvetle muhtemelse mahkeme, ölümünden hak elde edenlerin talebi üzerine, onun gaipliğini ilan edebilir.*”⁴⁹ Bu hükümden, bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya uzun süredir kendisinden haber alınamamasının, onun ölümünü kuvvetle olası hâle getirdiği sonucu çıkarılmaktadır. Buna karşılık Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin sözünden ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamamanın kişinin ölümünü kuvvetle olası hâle getirdiği sonucu çıkarılmamaktadır. Gerçekten de Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin lafzına göre gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama koşuluna bir de kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulu eklenmelidir. Buna karşılık yukarıda belirtildiği üzere İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinde gaiplik durumlarıyla ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında bir neden sonuç ilişkisi meydana getirilmiş; kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya kendisinden uzun süredir haber alınamamasının, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması sonucunu doğurabileceği ifade edilmiştir.

B. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolan Bir Kimse Hakkında Gaiplik Kararı Verilebilmesi İçin Onun Ölümü Hakkında Kuvvetli Olasılık Bulunmasının Gerekip Gerekmediğine İlişkin Değerlendirme

1. Türk Hukuk Öğretisindeki Belli Başlı Görüşler

Türk hukuk öğretisinde ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının diğer bir ifadeyle onun öldüğünün kuvvetle muhtemel olmasının özel olarak aranmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide *Tekinay*, konuya ilişkin olarak mülga Medenî Kanun döneminde yaptığı açıklamalarda; bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi

⁴⁹ İsviçre Medenî Kanunu m. 35: “*Ist der Tod einer Person höchst wahrscheinlich, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden oder seit langem nachrichtlos abwesend ist, so kann sie das Gericht auf das Gesuch derer, die aus ihrem Tode Rechte ableiten, für verschollen erklären.*”

için her şeyden önce iki şarttan birinin gerçekleşmesine ihtiyaç olduğunu, o kimsenin ya ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş olması ya da kendisinden uzun süredir haber alınmamış olması gerektiğini belirttikten sonra bu iki şarttan hangisi söz konusu olursa olsun ona ikinci bir şartın daha eklenmesi gerektiğini vurgulamakta ve bunun ölümün pek muhtemel olması olduğunu belirtmektedir. *Tekinay*, ölümün pek muhtemel görülebilmesi; ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve uzun süredir haber alınamama hâllerinden herhangi birine eklenmedikçe gaipliğe karar verilemez demekte ve mülga Medenî Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının bu konuda açık olduğunu söylemektedir⁵⁰.

Öğretide *Feyzioğlu/Doğanay*, mülga Medenî Kanun döneminde konuya dair açıklamalarında Medenî Kanun'da iki hâlde kişinin hayatta olup olmadığının şüpheli sayılabileceğini, bunların kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması ve kendisinden uzun süre haber alınamaması olduğunu belirttikten sonra ölüm tehlikesi içinde kaybolma bahsinde davaya bakan hâkimin gerek olayın ölüm tehlikesi arz edip etmediğini gerek bu tehlike içinde kaybolan şahsın ölümünün ihtimal dâhilinde olup olmadığını belirlemede takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir⁵¹.

Öğretide *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, gaiplik kararı istenebilmesi için gereken şartlar arasında kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle olası görülmesini de özel olarak saymakta, her ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimse için gaiplik kararı istenemez demekte ve ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimse hakkında gaiplik kararı ancak ölüm pek muhtemel ise istenebilir demektedir⁵².

Öğretide *Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman*, gaiplik kararı verilebilmesinin şartları arasında kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasını açıkça saymamakta ancak gaiplik kararının verilmesinin her iki hâlde

⁵⁰ **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 214.

⁵¹ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin/**Doğanay**, Y. Ümit: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I (Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku), Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1966, s. 60 - 61.

⁵² **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 32-33. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Şahin**, Eda: "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019 (144), s. 252; **Abik**, Yıldız: "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2, 2005, s. 159; **Tokat**, Hüseyin: "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 535; **Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 66 vd.

(kişiden uzun zamandan beri haber alınamama ve ölüm tehlikesi içinde kaybolma) de kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına bağlı olduğunu belirtmektedir⁵³.

Öğretide *Helvacı*, gaiplik kararının iki durumda verilebileceğini, bunlardan birinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma diğerinin ise kişiden uzun zamandır haber alınamama olduğunu belirtmekte ancak her iki durumda da hâkimin gaipliğe hükmedebilmesi için gaipliğine karar verilecek kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın bulunması gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁴. Bununla birlikte *Helvacı*, ölüm tehlikesi içinde kaybolma bahsinde, ölüm tehlikesiyle kastedilenin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren bir tehlike olmayıp ölüm sonucu doğurması kuvvetle olası bulunan bir tehlike olduğunu ifade etmektedir⁵⁵.

Öğretide *Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar*, gaiplik durumlarını kastederek her iki durumda da aranacak olan ortak koşulun kişinin ölümünün olası bulunması olduğunu belirttikten sonra ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma bahsine ilişkin açıklamaları doğrudan doğruya “*Kişinin, Ölümüne Çok Güçlü Bir Olasılıkla Bakılacak Olayda Kaybolması ve Olaydan Sonra Bir Yılın Dolmuş Olması*” başlığı altında yapmaktadır⁵⁶.

Öğretide *Baygın/Nar*, gaipliğe ilişkin genel açıklamalarda ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan veya uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayan bir kişinin “ölmüş olma ihtimali pek muhtemel ise” kanunun o kişinin gaipliğine karar verilmesi imkânını kabul ettiğini belirtmiştir. Buna karşılık *Baygın/Nar*, gaiplik kararının koşulları arasında kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını saymamış ayrıca ölüm tehlikesi içinde kaybolma bahsinde bir deniz kazasında veya savaş alanında kaybolmanın büyük

⁵³ **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 257. Mülga Medenî Kanunumuz döneminde aynı yönde açıklamalar için bkz. **Ataay**, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş – Hakikî Şahıslar, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 252; **Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 188; **Köprülü**, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984, s. 252 vd.; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 219.

⁵⁴ **Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 34.

⁵⁵ **Helvacı**, s. 34.

⁵⁶ **Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Acabey**, M. Beşir/**Gürpınar**, Damla: Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 77.

bir ölüm tehlikesi sayılacağını belirttikten sonra bu durumların ölümü çok muhtemel gösterecek olaylar olduğunu ifade etmiştir⁵⁷.

Öğretide gerek *Göktürk* gerek *Oğuzoğlu*, mülga Medenî Kanun döneminde konuyla ilgili olarak yaptıkları açıklamalarda gaiplik kararına iki hâlde cevaz verildiğini ve bunların birincisinin ölüm tehlikesi içinde gaip olma, ikincisinin ondan uzun zaman haber alınamama olduğunu belirtmekte ayrıca gaiplik kararının verilebilmesi için belirli bir zamanın geçmiş olması gerektiğini ifade etmektedirler⁵⁸. Bu kapsamda anılan yazarların her ikisi de gaiplik kararının verilebilmesinin koşulları arasında kişinin ölümünün pek muhtemel olmasından söz etmemektedir. Yazarlara göre gaiplik hâllerinde ölüm ihtimali aynı oranda olmayıp ölüm tehlikesi içinde kaybolma ihtimalinde ölüm ihtimali daha kuvvetlidir ve bu nedenle birinci hâlde gaiplik kararı için daha kısa süre öngörülmüştür⁵⁹.

Öğretide *Dural/Öğüz* gaiplik kararının maddi şartlarının, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da uzun süreden beri haber alınamama şartlarından birinin bulunması ve belirli sürelerin geçmesi olduğunu belirtmekte ancak kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle muhtemel gözükmemesini ayrıca özel olarak aranması gereken bir şart olarak saymamaktadır⁶⁰. *Dural/Öğüz*, ölüm tehlikesi bahsinde ölüm tehlikesiyle kastedilenin, kişinin içinde kaybolduğu durumun ölüm sonucu doğurması ihtimalinin yüksek olması olduğunu belirtmektedir⁶¹.

Öğretide *Öztan*, gaiplik kararı verilmesinde aranacak şartlar başlığı altında kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamıyor olması şartına yer vermiş ancak kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle olası gözükmemesinden ayrıca (özel olarak) aranması gereken bir şart olarak söz etmemiştir⁶². *Öztan*, ölüm tehlikesi

⁵⁷ **Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medenî Hukuk Dersleri I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 323 vd.

⁵⁸ **Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Güney Matbaacılık, Ankara 1954, s. 164; **Oğuzoğlu**, Hüseyin Cahit: Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Akın Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 1956, s. 231 vd.

⁵⁹ **Göktürk**, s. 164; **Oğuzoğlu**, s. 231.

⁶⁰ **Dural/Öğüz**, s. 30. Benzer yönde bkz. **Aslan Bingöl**, Kemale Leyla: “Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 48, 2021, s. 317.

⁶¹ **Dural/Öğüz**, s. 31. Mülga Medenî Kanunumuz döneminde aynı yönde açıklamalar için bkz. **Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 225.

⁶² **Öztan**, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 84.

içinde kaybolma bahsinde, kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasından ayırt etmek bakımından önemli olduğunu vurgulamakta; birincisinde gaipliğe ikincisinde ölüm karnesine dair hükümlerin uygulanma alanı bulacağını belirtmektedir⁶³.

Öğretide *Erdoğan/Keskin*, gaiplik kararının şartları arasında kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetli olası gözükmesini ayrıca saymamış; gerek ölüm tehlikesi içinde kaybolma gerek kişiden uzun zamandır haber alınmama durumlarında aslolanın söz konusu kişinin hayatta olup olmadığının belirsiz olmasından söz etmiştir⁶⁴.

Öğretide *Serozan/Engin/Atamer*, gaipliğin, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınmaması “yüzünden” ölümün pek olası gözükmesi hâlinde yargıçtan elde edilen bir gaiplik hükmüyle oluşmasından söz etmektedir⁶⁵. Buna göre *Serozan/Engin/Atamer*, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süredir haber alınmamasıyla ölümün pek olası gözükmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurmaktadır. Burada neden, kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolması sonuç ise ölümün pek olası gözükmesidir. Bu kapsamda *Serozan/Engin/Atamer*'in gaiplik tanımı ve kurduğu neden sonuç ilişkisinin, gaipliğin İsviçre Medenî Kanunu'ndaki düzenlenişine (m. 35) uygun olduğu söylenebilir. Ancak *Serozan/Engin/Atamer*, ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ayrıca onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulunun değerlendirilmesi gerekip gerekmediği konusunda özel bir açıklama yapmamaktadır.

Öğretide *Hatemi* gaiplik kararı sırasında ölümün muhtemel olduğunu belirttikten sonra ölümün muhtemel oluşunun iki olgudan biri “dolayısı ile” söz konusu olabileceğini ve bunlardan ilkinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma olduğunu ifade etmektedir⁶⁶.

2. Yargıtay Uygulamasından Bazı Örnekler

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 19.03.2019 tarihinde verdiği iki kararında da ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun zamandan beri haber alınmama olaylarının gaiplik nedeni teşkil edebilmesi için gaipliği istenilen

⁶³ Öztan, s. 85.

⁶⁴ Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 326.

⁶⁵ Serozan/Engin/Atamer, s. 429.

⁶⁶ Hatemi, s. 83.

kişinin “ölümü hakkında kuvvetli olasılık” olması kaydıyla gaipliğine karar verilebileceği vurgulamıştır⁶⁷.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği bir başka kararında talepte bulunanlarca 2005 yılından beri kayıp olduğu, dağda geçirdiği kaza sonucu öldüğüne dair haber alındığı iddia edilen ve yerel mahkemece toplanan delillere göre 2005 yılından beri haber alınmadığı tespit edilen kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶⁸.

3. İsviçre Hukuk Öğretisindeki Başlıca Görüşler

Öğretide *Grossen* ve ona atıfla *Lardelli*'ye göre gaiplik kararı, ancak başvurunun dayanağı olan koşullar somut olayda ölümün kuvvetle muhtemel olduğunu gösteriyorsa verilebilir⁶⁹. Kanun'un lafzına göre ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun süredir haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında yakın bir bağ bulunmalıdır. Ölüm, söz konusu kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya uzun süredir habersizce ortada bulunmadığı için kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ancak bunun tersi de geçerlidir şöyle ki ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma ve habersizce ortadan kaybolma belirli bir kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel görülmesini sağlamalıdır⁷⁰.

Öğretide *Bucher*'e göre İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrası gaiplik kararının verilebilmesinin mümkün olduğu iki durum öngörmektedir: Bunlardan ilki, ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma, ikincisi ise kişiden uzun süredir haber alınamamadır. Her iki durumda da koşullar ölümü kuvvetle muhtemel göstermelidir. Kesin olarak kabul edilemese de ölüm yine en olası hipotez olarak görülmelidir⁷¹. Bu kapsamda *Bucher*'in salt ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın, kaybolan kimsenin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirip getirmediği konusundaki görüşü açık değildir. *Bucher*'e göre önemli olan somut olayın koşullarının ölümü kuvvetle muhtemel göstermesidir.

⁶⁷ Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8842, K. 2019/2901; Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8841, K. 2019/2905 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 21.10.2023).

⁶⁸ Yarg. 8. HD., T. 07.11.2019, E. 2019/5158, K. 2019/10013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 21.10.2023).

⁶⁹ **Grossen**, SPR II, s. 307; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

⁷⁰ **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

⁷¹ **Bucher**, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, s. 50.

Öğretide *Hafter*'e göre bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için birinci ihtimalde onun ölüm tehlikesi içinde kaybolması yani (dolayısıyla) onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması gerekir⁷². Bu noktada *Hafter*'in bir kimsenin salt ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğine yönelik bir imada bulunduğu; ölüm tehlikesi içinde kaybolmak ile kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurduğu söylenebilir. Bu neden sonuç ilişkisinde neden, ölüm tehlikesi içinde kaybolma; sonuç ise ölümün kuvvetle muhtemel olmasıdır. Ancak *Hafter*'in ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan kimsenin ölümünün zaten kuvvetle muhtemel olduğunu kabul ettiği kesin biçimde söylenemez.

Öğretide *Egger*'e göre ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmada, kaybolmanın koşulları ölümün kuvvetle muhtemel görülmesine neden olabilir. Alman Medeni Kanunu bu türden çeşitli ölüm tehlikeleri için özel düzenlemeler öngörmüştür. Ancak İsviçre Medenî Kanunu genel olarak ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan söz etmiştir. Böyle bir tehlikenin var olup olmadığı her bir olayın koşullarına göre belirlenir. Burada ölüm tehlikesi doğuran tehlikeli somut bir olaya gerek olmadığı gibi kişiden gerekçelendirilemeyen bir şekilde haber alınamayan (İMK m. 36 uyarınca bir yıllık) sürenin sona ermesinin de bir önemi yoktur. O zamandan beri haber alınamamasıyla bağlantılı olarak bu kaybolmanın koşulları mantıklı bir değerlendirilmeye göre ölümü kuvvetle muhtemel göstermelidir⁷³.

Öğretide *Hausheer/Aebi-Müller*'e göre gaiplik kararına ilişkin yargılamanın başarılı şekilde başlatılabilmesi için ölüm gerek ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmada gerek kişiden uzun süredir haber alınamamada kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya uzun süredir haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantı bulunmalıdır. Kayıp kişi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu veya uzun süredir haber alınmadığı için ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır⁷⁴.

Öğretide *Pedrazzini/Oberholzer*'e göre bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuşsa kaybolmanın koşullarının ölümün kuvvetle muhtemel görülmesine yol açması hâlinde gaiplik kararı alınması için dava açılabilir. Eğer koşullar ölümün kesin olduğunu gösteriyorsa gaiplik kararı değil İsviçre Medenî Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen ölüm karinesi

⁷² **Hafter**, Art. 35, N. 2.

⁷³ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 6.

⁷⁴ **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 35-36.

uygulanma alanı bulur⁷⁵. Görüldüğü üzere *Pedrazzini/Oberholzer*, kaybolan kimsenin kaybolma koşullarının onun ölümünü kuvvetle muhtemel göstermesi hâlinde gaiplik kararının; onun ölümüne kesin gözüyle bakılmasını göstermesi hâlinde ise ölüm karinesinin geçerli olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla *Pedrazzini/Oberholzer*'in kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması hususunu, ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimse hakkında gaiplik kararı verilmesinin bir koşulu olarak aramasından değil kaybolan kişi hakkında Medenî Kanun'un gaiplik kararına dair hükümlerinin mi yoksa ölüm karinesine dair hükümlerinin mi geçerli olacağını ayırt etmede kullanılan bir ölçüt olarak kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Tuor/Schnyder/Schmid*'e göre ölümün kesin olarak varsayılabileceği belirtilen durumlara ek olarak ölümün kesin olmadığı ancak belirtilerin ölümün gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösterdiği vakalar da vardır. Gaiplik kararının alınmasına iki farklı durumda izin verilebilir: Bunlar ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kişinin içinde bulunmuş olabileceği belirli bir tehlike hakkında herhangi bir bilgisizsin uzun süre habersizce ortada bulunmamasıdır. Ancak ikinci durumda da “habersizlik süresi nedeniyle” ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır⁷⁶.

Öğretide *Hürlimann-Kaup/Schmid* gaipliğin İsviçre Medenî Kanunu'nun 35 ilâ 38 maddeleri arasında düzenlendiğini belirttikten sonra bunların ölümün “kesin” olmadığı (İMK m. 34!) ancak sadece “kuvvetle muhtemel olduğu” durumlara (İMK m. 35/I) uyarlanmış olduğunu vurgulamaktadır⁷⁷.

Öğretide *Baumann*'a göre bir kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolur veya uzun süredir habersizce ortada bulunmazsa onun ölümü kuvvetle muhtemel kabul edilir ve onun hakkında İsviçre Medenî Kanunu m. 35 ilâ 38'e göre gaiplik kararı verilebilir⁷⁸.

Öğretide *Riemer*'e göre gaiplik kararı iki durumda söz konusu olur; her iki durumda da kişiler, ölümlerini kuvvetle muhtemel kılan durumlar altında ortadan kaybolmuşlardır: Ya bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuştur ya da ondan uzun süredir haber alınamamaktadır⁷⁹. Görüldüğü üzere *Riemer* ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmayı kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel kılan bir durum olarak görmektedir.

⁷⁵ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39.

⁷⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, s. 113.

⁷⁷ **Hürlimann-Kaup/Schmid**, s. 217.

⁷⁸ **Baumann**, s. 23.

⁷⁹ **Riemer**, s. 90.

Öğretide *Dörr*, somut olaydaki kaybolma durumuyla ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantının bulunması gerektiğini belirttikten sonra aynen şöyle demektedir: “*Tam da bir kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu veya uzun süredir habersizce ortada bulunmadığı için bu kişide ölüm olayının gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir.*”⁸⁰ Böylece *Dörr*, açıkça kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya kendisinden uzun süredir haber alınmamasının o kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getireceğini ifade etmiştir.

Öğretide *Hofer*, gaipliğin koşulları arasında ölümün kuvvetle muhtemel olmasını saymamaktadır. *Hofer*’e göre gaiplik kararının ölüm karinesinden farkı, gaiplikte ölümün kuvvetle muhtemel olmasıdır. Ölümün kuvvetle muhtemel olup olmadığı ise yapılan uzun bir yargılamada incelenir⁸¹.

Öğretide *Kley/Seferovic*, ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma bakımından kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olması konusuna hiç değinmemiş⁸² buna karşılık alternatif bir şart olan uzun süredir kendisinden haber alınmama koşulu bakımından kendisinden uzun süredir haber alınmama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağın bulunması gerektiğini belirtmiştir⁸³. *Kley/Seferovic*’in ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda ölümün kuvvetle muhtemel olmasından söz etmemesine karşın kişiden uzun süredir haber alınmamasında ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağın bulunması gerektiğini belirtmesinin bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir.

Öğretide *Breitschmid*, İsviçre Medenî Kanunu’nun 35. maddesine, yani gaipliğin koşullarına ilişkin açıklamalarında alternatif gaiplik durumlarından söz etmiş ancak ölümün kuvvetle muhtemel olmasını gaiplik kararı verilebilmesinin bir koşulu olarak saymamış hatta ölümün kuvvetle muhtemel olması konusuna hiç değinmemiştir⁸⁴. *Breitschmid*’in bu tutumu bilinçli olabilir.

Öğretide *Brückner*, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda gaiplik kararını açıklarken “*Ciddi Ölüm Tehlikesi İçinde Ortadan Kaybolma Sonucu Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması (Bir Yıllık Bekleme Süresinden Sonra Gaiplik Kararı)*” başlığını kullanmıştır. Ayrıca konuyla ilgili açıklamalarında *Brückner*, bir yıllık bekleme süresinden sonra gaiplik kararı, bir kişinin

⁸⁰ **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 5.

⁸¹ **Hofer**, s. 42.

⁸² **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 35. N. 2.

⁸³ **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 35. N. 3.

⁸⁴ **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 35, N. 1-5.

ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını gerektirir çünkü bu kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuştur⁸⁵. Dolayısıyla *Brückner*'in ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmakla kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında açıkça bir neden sonuç ilişkisi kurduğu, ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle geldiğini kabul ettiği söylenebilir.

4. Değerlendirme

Bir kimsenin ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasına rağmen onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa artık onun ölümü en azından kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmak neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi ise sonuçtur. Yani ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştıktan sonra yaşam belirtisi göstermeme ile ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesi dikkate alınarak yorumlanması da ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın neden, ölümün kuvvetle olası hâle gelmesinin sonuç olarak kabul edilmesini gerektirir. Dolayısıyla hukukumuzda ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın tek başına kaybolan kimsenin ölümünü en azından kuvvetle muhtemel hâle getireceği söylenebilir. Örneğin, bir yerde şiddetli bir sel felaketi (ciddi ölüm tehlikesi) yaşansa ve orada bulunan bir kimsenin bu felakette sele kapıldığına ilişkin emareler olsa (ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı ispatlansa) şiddetli sele kapılarak öldüğü düşünülen ancak cesedi de bulunmayan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık vardır. Böyle bir olayda o kimsenin şiddetli bir sel felaketinde ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolması, en az bir yıl boyunca kendisinden haber alınmaması ve cesedinin de bulunmaması kendiliğinden onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirir. Hakları bu ölüme bağlı olanların, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçtikten sonra yapacakları başvuru üzerine hâkim, gerekli yargılama usûlünü gerçekleştirerek bu kişi hakkında gaiplik kararı verebilir.

Ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma sebebine dayanılarak açılan bir gaiplik davasında son yaşam belirtisinden sonra mevcut emarelere göre belirli bir tehlikeyle bağlantılı koşullarla yani ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı bilinen bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğunun ispat edilmesine veya hâkim tara-

⁸⁵ **Brückner**, s. 40.

fından özel olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla hâkim, bir kimsenin mevcut emarelere göre ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığının ve bundan sonra kendisinden bir yaşam belirtisinin alınmadığının ispatlandığı bir olayda o kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmadığı gerekçesiyle gaiplik kararı vermekten kaçınmaz. Hâkimin bu tür bir olayda değerlendireceği husus, kişinin karşılaştığı olayın ciddi ölüm tehlikesi doğuran bir olay mı olduğu ve kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılıp bakılamayacağıdır. Eğer hâkim ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan ve cesedi bulunamayan kişinin ölümüne “kesin gözüyle bakılacağı” kanaatindeyse (TMK m. 31) bu durumda gaiplik talebinin reddine karar verebilir. Zira bu hâlde Türk Medenî Kanunu’nun gaipliğe ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp ölüm karinesine başvurulması gerekir. Buna karşılık son yaşam belirtisinden sonra ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı ispat edilen bir kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmıyorsa yani dolayısıyla o kişinin ölümü sadece kuvvetle muhtemelse artık hâkimin gaipliğin şekli şartlarının yerine getirilmesi aşamasına geçmesi gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi, Bangkok bölgesinde gemiyle seyahat eden bekâr bir kadının kaybolması olayında gaipliğin koşullarının gerçekleştiğine hükmetmiştir. Şöyle ki bir sabah yolcu kadın kamarasında bulunamamıştır. Kamara içeriden kilitlidir. Kamaranın penceresi ise denize doğru açıktır. Bu deliller ışığında kadının gemiden denize düşmüş olması gerektiği aşikârdır. Açık denize düşme, ciddi ölüm tehlikesi taşıyan bir duruma yol açmıştır. Kadının başka bir gemi tarafından kurtarılmış olması ve daha sonra bilinmeyen bir yerde yeni bir hayat kurmuş olması ihtimali de tamamen göz ardı edilemez ancak ölüm bu olayda daha fazla muhtemeldir. Başka bir deyişle İsviçre Medenî Kanunu’nun 35 maddesinin birinci fıkrası uyarınca kuvvetle muhtemeldir⁸⁶. Görüldüğü üzere Federal Mahkeme kararına konu olan olayda gemiyle açık denizde seyahat eden yani yaşam belirtisi bulunan bir kimse, yaşam belirtisinden sonra kamarasının kapısı içeriden kilitliken seyahat hâlinde olan bir gemiden açık denize düşmüş yani mevcut emarelere göre belirli bir tehlikeyle bağlantılı koşullarla yani ölüm tehlikesiyle karşılaşmıştır. Bu olayda kadının başka bir gemi tarafından kurtarılmış olması ihtimali ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektirmemekle birlikte ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolması onun ölümünü kuvvetle olası hâle getirmiştir. Yani ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmadığından Federal Mahkeme, ölümü kuvvetle muhtemel olan kadın hakkında gaiplik kararı verilmesine hükmetmiştir.

⁸⁶ BGE 56 I 546 vd. (<https://www.fallrecht.ch/c1056546.pdf> Erişim Tarihi: 01.11.2023).

Tüm bu açıklamalardan sonra Yargıtayın; talepte bulunanlarca 2005 yılından beri kayıp olduğu, dağda geçirdiği kaza sonucu öldüğüne dair haber alındığı iddia edilen ve yerel mahkemece toplanan delillere göre 2005 yılından beri haber alınmadığı tespit edilen kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanmadığı gerekçesiyle 2019 yılında vermiş olduğu bozma kararının⁸⁷ isabetli olmadığı söylenebilir.

C. Kendisinden Uzun Süredir Haber Alınamayan Bir Kimse Hakkında Gaiplik Kararı Verilebilmesi İçin Onun Ölümü Hakkında Kuvvetli Olasılık Bulunmasının Gerekip Geremediği Meselesi

1. Türk Hukuk Öğretisindeki Belli Başlı Görüşler

Öğretide *Tekinay*, mülga Medenî Kanun döneminde konuya ilişkin açıklamalarında uzun süreden beri kendisinden haber alınamayan kimsenin ölmüş olması “pek muhtemel görünüyorsa” yine gaiplik söz konusu olur demektedir. *Tekinay*'a göre burada bir kimse ya önemsiz bir ölüm tehlikesi içinde ya da herhangi bir tehlike söz konusu olmadan ortadan kaybolmuştur ve kayboluş tarzına göre bir kimsenin ölümü büyük bir ihtimal teşkil ettiği takdirde gaiplik kararı verilebilir. *Tekinay*, bir kimseden uzun süre haber alınamamasının onun gaipliğine hükmetmek için başlı başına yeterli bir sebep olmadığını vurgulamakta ve haber alamama öyle hâller ve şartlar içinde olacak ki o kimsenin ölümü pek muhtemel sayılabilir demektedir⁸⁸.

Öğretide *Feyzioğlu/Doğanay*, mülga Medenî Kanun döneminde konuya dair açıklamalarında çoktan beri haber alınamayan kimsenin gaip sayılabilmesi için haber alınamamanın ölümü muhtemel kılacak vasıfta olması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, haber alınamamanın şahsın ölümünü kuvvetle muhtemel kılacak vasıfta olduğu konusundaki ispat yükünün gaipliğe karar verilmesini isteyen davacıda olduğunu vurgulamaktadır⁸⁹.

Öğretide *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, her kendisinden haber alınamayan kimse için gaiplik kararı istenemeyeceğini belirttikten sonra somut olaydaki şartların, kaybolan kişinin ölümünü kuvvetli bir olasılık içinde göstermesi ve kaybolanın hâlâ hayatta olduğuna dair büyük kuşkular uyandırması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁰. Ayrıca *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*,

⁸⁷ Yarg. 8. HD., T. 07.11.2019, E. 2019/5158, K. 2019/10013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 19.11.2023).

⁸⁸ *Tekinay*, s. 215.

⁸⁹ *Feyzioğlu/Doğanay*, s. 61.

⁹⁰ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 32.

ölümün kuvvetli bir olasılık içinde görülmesi şartının özellikle uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayanlar açısından daha da önemli olduğunu kabul etmektedir⁹¹.

Öğretide *Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman* gaiplik kararının verilmesinin her iki hâlde (ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun zamandan beri haber alınamama) de kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına bağlı olduğunu belirtmektedir⁹².

Öğretide *Helvacı*, gaipliğin şartları arasında kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını saymadığı gibi kişiden uzun süredir haber alınamama bahsinde de ölümün kuvvetle muhtemel olmasından özel olarak söz etmektedir⁹³. Bununla birlikte *Helvacı*, gaipliğe ilişkin genel açıklamalarda gaiplik kararının verilebileceği her iki durumda da (dolayısıyla kendisinden uzun süredir haber alınamama durumunda da) hâkimin gaipliğe hükmedebilmesi için gaipliğine karar verilecek kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın bulunması gerektiğini belirtmektedir⁹⁴.

Öğretide *Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar*, gaiplik durumlarını kastederek her iki durumda da aranacak olan ortak koşulun kişinin ölümünün olası bulunması olduğunu belirttikten sonra kişiden uzun süredir haber alınamama bahsine ilişkin açıklamaları doğrudan doğruya “*Kişiden Uzun Süre Haber Alınamamış Olması ve Ölümün Çok Güçlü Bir Olasılık Olması*” başlığı altında yapmaktadır⁹⁵.

Öğretide *Dural/Öğüz*, bir kimsenin gaipliğine karar verilebilecek olan ikinci durumun ondan uzun süre haber alınamaması olduğunu belirttikten sonra her uzun süreden beri haber almamanın hâkimin gaiplik kararı vermesine temel olamayacağını ifade etmektedir. Böylece bu haber almamanın kişinin yaşayıp yaşamadığından kuşku duyurması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁶. Buna karşılık *Dural/Öğüz*, kendisinden uzun süredir haber alınamayan kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulunun aranmasının gerekip gerekmediği konusunda ayrıca bir açıklama yapmamaktadır.

Öğretide *Öztan* kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını gaipliğin koşulları arasında saymamış, gaiplik durumlarından kişiden

⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32.

⁹² Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 255.

⁹³ Helvacı, s. 34-35.

⁹⁴ Helvacı, s. 34. Aynı yönde bkz. Ataay, s. 252.

⁹⁵ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 77.

⁹⁶ Dural/Öğüz, s. 31.

uzun zamandan beri haber alınamama bahsinde, sadece haber alınamamanın gaiplik kararı için yeterli olmadığını ayrıca haber alınamamanın ölümü pek muhtemel gösterecek mahiyette olmasının da gerektiğini belirtmiştir⁹⁷.

Öğretide *Erdoğan/Keskin* gaiplik kararının şartları arasında kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetli olası gözükmesini ayrıca saymamış; gerek ölüm tehlikesi içinde kaybolma gerek kişiden uzun zamandır haber alınamama durumunda aslolanın söz konusu kişinin hayatta olup olmadığının belirsiz olmasından söz etmiştir⁹⁸.

Öğretide *Baygın/Nar*, gaiplik kararının şartları arasında kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını ayrıca saymamış ancak kişiden uzun süreden beri haber alınamama bahsinde ise bir kişiden sadece uzun süreden beri haber alınamıyor olmasının gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmadığını ayrıca hâkimin kişiden uzun süreden beri haber alınamama sebebiyle gaiplik kararı verebilmesi için kendisinden haber alınamayan kişinin yaşamından kuşku duyulması ve ölümünün pek muhtemel görülmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁹.

Öğretide *Serozan/Engin/Atamer*, kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ayrıca onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda bir açıklama yapmamaktadır¹⁰⁰.

Öğretide *Hatemi* gaiplik kararı sırasında ölümün muhtemel olduğunu belirttikten sonra ölümün muhtemel oluşunun iki olgunun biri “dolayısı ile” söz konusu olabileceğini ve bunlardan ikincisinin bu kimseden uzun süredir haber alınamama olduğunu ifade etmektedir¹⁰¹.

2. Yargıtay Uygulamasından Bazı Örnekler

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, hakkında gaiplik kararı verilmesi istenilen kişiden uzun zamandan beri haber alınamamaktaysa da ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozduğu pek çok kararı bulunmaktadır¹⁰².

⁹⁷ **Özta**n, s. 84.

⁹⁸ **Erdoğan/Keskin**, s. 326.

⁹⁹ **Baygın/Nar**, s. 326.

¹⁰⁰ **Serozan/Engin/Atamer**, s. 429.

¹⁰¹ **Hatemi**, s. 83.

¹⁰² Yarg. 2. HD., T. 14.07.2010, E. 2009/12902, K. 2010/14215; Yarg. 2. HD., T. 22.09.2010, E. 2010/11290, K. 2010/15137; Yarg. 2. HD., T. 15.10.2012, E. 2011/11685, K. 2012/24677 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 23.11.2023).

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin de kişiden uzun süredir haber alınmadığının tespit edilmesine rağmen onun ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının ispatlanamadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozduğu pek çok kararı bulunmaktadır¹⁰³.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2018 yılında verdiği bir kararda TMK m. 32 uyarınca gaiplik kararının verilebilmesi için kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin, ancak ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaipliğine karar verilebileceğini vurgulamıştır. Daireye göre yerel mahkemece, gaipliğine karar verilmesi istenilen kişiden “40-50 yıldır” haber alınmadığı tespiti yapılmış ise de bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanmamıştır. Dolayısıyla mahkemece Türk Medenî Kanununun 32. maddesinde öngörülen “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” koşulu dikkate alınmaksızın adı geçenin gaipliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur¹⁰⁴.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2020 yılında verdiği bir kararda, 1993 yılından beri kayıp olduğu, yaklaşık 24 yılı aşkın zamandır kendisinden haber alınmadığı, gaipliğine karar verilmesi gerektiği iddia edilen, yerel mahkemece toplanan delillere göre yaklaşık “25 yıldır” haber alınmadığı tespit edilen bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁰⁵.

Yargıtayın; doğduğu tarih itibarıyla yüz yaşını aştığı görülen, toplanan delillerden kendisinden uzun zamandan beri haber alınmadığı anlaşılan kişinin yüz yaşını aşmış olmasının ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına delalet ettiği gerekçesiyle gaiplik istemini reddeden yerel mahkeme kararlarını bozduğu kararları da bulunmaktadır¹⁰⁶.

3. İsviçre Hukuk Öğretisindeki Başlıca Görüşler

Öğretide *Grossen* ve ona atıfla *Lardelli*'ye göre gaiplik kararı, ancak başvurunun dayanağı olan durumlar somut olayda ölümün kuvvetle muhte-

¹⁰³ Yarg. 8. HD., T. 02.07.2018, E. 2018/11269, K. 2018/14768; Yarg. 8. HD., T. 24.09.2018, E. 2018/12468, K. 2018/16073; Yarg. 8. HD., T. 10.10.2019, E. 2019/4908, K. 2019/8860 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁰⁴ Yarg. 8. HD., T. 10.05.2018, E. 2018/9579, K. 2018/12418 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁰⁵ Yarg. 8. HD., T. 13.10.2020, E. 2020/2827, K. 2020/6145 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁰⁶ Yarg. 2. HD., T. 29.03.2011, E. 2010/3609, K. 2011/5554; Yarg. 18. HD., T. 13.01.2015, E. 2014/11091, K. 2015/300; Yarg. 8. HD., T. 28.12.2017, E. 2017/3002, K. 2017/17652 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 28.11.2023).

mel olduğunu gösteriyorsa verilebilir¹⁰⁷. Yani bu durumların ilgili kişinin hâlâ hayatta olduğu konusunda büyük bir şüphe uyandırması gerekir¹⁰⁸. Ölümün gerçekleşme olasılığı, kişiden uzun süredir haber alınamaması hâlinde ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma hâline nazaran daha düşüktür¹⁰⁹. Haber alınamama, muhtemel bir ölüme işaret etmeyen belirli nedenlerle açıklanabiliyorsa bu koşul (ölümün kuvvetle muhtemel olması) yerine getirilmiş sayılmaz¹¹⁰.

Öğretide *Bucher*'e göre İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrası gaiplik kararının verilebilmesinin mümkün olduğu iki durum öngörmektedir. Her iki durumda da koşullar ölümü kuvvetle muhtemel göstermelidir¹¹¹.

Öğretide *Haftter*'e göre bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ikinci ihtimalde onun uzun süredir habersizce ortada bulunmaması yani (dolayısıyla) onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması gerekir. Buradaki uzun süre, İsviçre Medenî Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca en az beş yıldır¹¹². Bu bağlamda *Haftter*'in bir kimsenin uzun süre habersizce ortada bulunmamasının onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğine yönelik bir imada bulunduğu; kişiden uzun süredir haber alınamama ile kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurduğu söylenebilir.

Öğretide *Egger*'e göre kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak haber alınamayan kişi hakkındaki habersizliğin hâlihazırda uzun süredir devam ediyor olması gerekir. Bu koşullar altında onun varlığını sürdürmesi (yaşama ihtimali) giderek daha az olası hâle gelir. Bu durum, İsviçre Medenî Kanunu madde 36 uyarınca beş yıl boyunca kesintisiz olarak devam ederse kişinin ölümü kuvvetle muhtemel görünür¹¹³. Dolayısıyla *Egger*'in bir kimseden uzun süreden beri haber alınamamasının kesintisiz olarak beş yıl boyunca devam etmesi durumunda artık onun ölümünün kuvvetle muhtemel hâle geldiğini kabul ettiği söylenebilir.

¹⁰⁷ **Grossen**, SPR II, s. 307; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

¹⁰⁸ **Grossen**, SPR II, s. 307.

¹⁰⁹ **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 5.

¹¹⁰ **Grossen**, SPR II, s. 307; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

¹¹¹ **Bucher**, s. 50.

¹¹² **Haftter**, Art. 35, N. 3.

¹¹³ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

Öğretide *Hausheer/Aebi-Müller*'e göre gaiplik kararına ilişkin yargılamanın başarılı şekilde başlatılabilmesi için ölüm gerek ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmada gerek kişiden uzun süredir haber alınamamada kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kişiden uzun süredir haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantı bulunmalıdır. Kayıp kişi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu veya uzun süredir haber alınmadığı için ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır. Habersizce ortada bulunmama başka türlü gerekçelendirilebiliyorsa örneğin ciddi bir aile anlaşmazlığı söz konusuysa gaiplik kararının alınması gündeme gelmez¹¹⁴.

Öğretide *Pedrazzini/Oberholzer* gaiplik kararı alınmasının kişinin uzun süredir ortada bulunmaması durumunda da mümkün olduğunu belirttiğinden sonra bu durumun kayıp kişinin ne yerleşim yerinin bulunduğu ne de onun nerede olduğuna dair herhangi bir haber alınmadığı hâlde geçerli olduğunu ifade etmektedir. *Pedrazzini/Oberholzer*'e göre eğer bu durum kesintisiz olarak beş yıl devam etmişse (İsviçre Medenî Kanunu m. 36/I) o zaman bu durum kuvvetle muhtemel olarak görülür ve kaybolan kişinin gaipliğine karar verilebilir¹¹⁵. Hâl böyle olunca *Pedrazzini/Oberholzer*'in kaybolan bir kimsenin salt yerleşim yerinin bilinmemesinin ve kendisinden kesintisiz olarak beş yıldan beri de haber alınamamasının onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğini kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Tuor/Schnyder/Schmid*, gaiplik kararının alınmasına izin verilen durumları belirttiğinden sonra kişiden uzun süredir haber alınamamayı kast ederek ikinci durumda da “habersizlik süresi nedeniyle” ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır ve bu nedenle habersizliğin koşulları dikkate alınmalıdır demektedir¹¹⁶. Dolayısıyla *Tuor/Schnyder/Schmid*'in kişiden uzun süredir haber alınamamasında habersizlik süresiyle ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurduğu yani habersizlik süresinin neden, ölümün kuvvetle muhtemel olmasının ise sonuç olduğunu ancak habersizliğin koşullarının da dikkate alınması gerektiğini vurguladığı söylenebilir.

Öğretide *Hürlimann-Kaup/Schmid* ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve uzun süredir habersizce ortada bulunmama durumlarının ölümün kuvvetle muhtemel olduğu durumlar olduğunu belirttiğinden sonra uzun süredir habersizce ortada bulunmama durumunda ilgili kişinin özellikle tehlikeli

¹¹⁴ **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 35-36.

¹¹⁵ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39-40.

¹¹⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, s. 113.

bir durumla karşılaşmış olduğunun bilinmesine gerek olmadığını ancak haber alınamama süresinin ölümün kuvvetle muhtemel olduğunu göstermesi gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁷. Böylece *Hürlimann-Kaup/Schmid* kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilirken haber alınamama süresinin o kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirip getirmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Öğretide *Baumann* bir kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolur veya uzun süredir habersizce ortada bulunmazsa onun ölümü kuvvetle muhtemel kabul edilir dedikten sonra uzun süre habersiz ortada bulunmamak tek başına yeterli değildir şeklinde bir açıklama yapmaktadır¹¹⁸. Dolayısıyla *Baumann*'ın genel olarak ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın veya uzun süredir habersizce ortada bulunmamanın kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğini kabul ettiği ancak uzun süredir habersizce ortada bulunmamanın tek başına gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmadığını yani gaipliğe yol açan ikinci durumda hâkimin uzun süre habersizce ortada bulunmama dışında başka unsurları da dikkate alması gerektiğini kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Riemer*'e göre gaiplik kararı iki durumda söz konusu olur. Her iki durumda da kişiler, ölümlerini kuvvetle muhtemel kılan durumlar altında ortadan kaybolmuşlardır: Ya bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuştur ya da ondan uzun süredir haber alınamamaktadır¹¹⁹. Görüldüğü üzere *Riemer* kendisinden uzun süredir haber olmaksızın ortada bulunmamaı kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getiren bir durum olarak kabul etmektedir.

Öğretide *Dörr*, somut olaydaki kaybolma durumuyla ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantının bulunması gerektiğini belirttikten sonra bir kimseden uzun süredir haber alınamamasının o kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getireceğini açıkça ifade etmiştir¹²⁰. Dolayısıyla öğretide *Dörr*'ün kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ayrıca kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olup olmadığını özel olarak değerlendirilmesine gerek olmadığını kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Hofer*, kişiden uzun süredir haber alınamama koşulunu açıklarken ölümün kuvvetle muhtemel olması gereğinden söz etmemiş; uzun

¹¹⁷ **Hürlimann-Kaup/Schmid**, s. 217.

¹¹⁸ **Baumann**, s. 23.

¹¹⁹ **Riemer**, s. 90.

¹²⁰ **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 5.

süredir ortada bulunmama yaşama belirtilerinin eksikliğinin, örneğin önceden gerçekteşmiş bir tartışmanın bulunması gibi, açıklanabilir olmaması gerektiğini belirtmiştir¹²¹.

Öğretide *Kley/Seferovic* ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda ölümün kuvvetle muhtemel olmasından söz etmemiş buna karşın kişiden uzun süredir haber alınmaması durumunda haber alınamamaya ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağın bulunması gerektiğini açıkça belirtmiştir. *Kley/Seferovic* uzun süredir kendisinden haber alınmama ve ölümün kuvvetle muhtemel olması arasındaki bağın, örneğin aile içindeki şiddetli tartışma gibi geçerli nedeni varsa kesintiye uğrayacağını da vurgulamıştır¹²².

Öğretide *Breitschmid*, İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesine ilişkin açıklamalarında ölümün kuvvetle muhtemel olmasını gaiplik kararı verilebilmesinin bir koşulu olarak saymamış kişiden uzun süre haber alınmama konusunda da ölümün kuvvetle muhtemel olması konusuna hiç değinmemiştir. *Breitschmid*'in kişiden uzun süredir haber alınamamadaki "uzunluk" kavramının günümüzün gelişen iletişim teknolojileri ve uygulamaları sayesinde oldukça kısalđını, bilgi çağında haber alınamamanın neredeyse tek başına ölüm tehlikesi anlamına geldiğini vurgulaması¹²³ da dikkat çekicidir.

Öğretide *Brückner*, uzun süredir habersizce ortada bulunmama durumunda gaiplik kararını açıklarken "*Uzun Süredir Habersizce Ortada Bulunmama Sonucu Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması (Beş Yıllık Bekleme Süresinden Sonra Gaiplik Kararı)*" başlığını kullanmıştır. *Brückner*'e göre ikinci alternatifin, yukarıda açıklanan durumla (ölüm tehlikesi içinde kaybolma) ortak yanı ise ölümün tüm koşullar göz önüne alındığında kuvvetle muhtemel görülmesidir¹²⁴.

4. Değerlendirme

Bir kimseden uzun zamandan beri haber alınmaması; haber alınmama durumu makul bir gerekçeye dayanmıyorsa yani açıklanabilir nitelikte değilse kendisinden uzun süredir haber alınamayan kimsenin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirir. Bu kapsamda bir kimseden uzun süredir haber alınmama neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi ise sonuçtur.

¹²¹ Hofer, s. 42.

¹²² Kley/Seferovic, OFK ZGB, Art. 35. N. 3.

¹²³ Breitschmid, CHK ZGB, Art. 35, N. 3.

¹²⁴ Brückner, s. 43.

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesi dikkate alınarak yorumlanması da kişiden uzun süredir haber alınamamasının neden, ölümün kuvvetle olası hâle gelmesinin ise sonuç olarak kabul edilmesini gerektirir. Kişiden uzun süredir haber alınamama ile onun ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında sıkı bir bağ vardır ve bu bağ neden sonuç ilişkisi olarak ortaya çıkar. Fakat uzun süredir kendisinden haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasındaki bu sıkı bağ, kişiden haber alınamamasının açıklanabilir (makul) bir sebebe dayanması hâlinde kesilir ve bu durum kendisinden uzun süredir haber alınmayan kimse hakkında gaiplik kararı verilmesini engeller.

Kişiden uzun süredir haber alınamama sebebine dayanılarak gaiplik kararı istenebilmesi için hakkında gaiplik kararı istenilen kimsenin ölüm tehlikesi doğuran bir olayla karşılaşmış olması zorunlu değildir. Yukarıda da vurgulandığı üzere kişiden uzun süredir haber alınamamada kendisinden doğrudan veya dolaylı olarak haber gelmeyen kişinin ortadan kaybolmasıyla bağlantılı olarak özel bir tehlikeli durumun varlığı gerekli değildir. Zaten bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuşsa ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçtikten sonra (TMK m. 33/I) o kişi hakkında gaiplik kararı istenebilir. Ancak içinde bulunduğumuz bilgi çağında iletişim teknolojisinin ulaştığı olduğu gelişim göz önünde bulundurulursa ortada açıklanabilir bir neden yokken bir kimseden haber alınamaması, neredeyse tek başına ölüm tehlikesi anlamına gelir. Hâl böyle olunca bir kimse hakkında ondan uzun süredir haber alınamama nedenine dayanılarak gaiplik kararı istenebilmesi için o kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasına dahi gerek yokken kendisinden en son en az beş yıl önce haber alınmış olan bir kimsenin söz konusu haber alınamama sebebiyle ölümünün kuvvetle muhtemel hâle geldiği açıktır.

Kendisinden en az beş yıldır haber alınmayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğunun ispat edilmesine yahut hâkim tarafından bu hususun özel olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bir kimseden uzun süredir haber alınamamasının açıklanabilir yani makul bir gerekçesi varsa artık o kimseden uzun süredir haber alınmaması onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması sonucunu doğurmayacağından o kimse hakkında gaiplik kararı verilemez.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolmayan fakat kendisinden uzun süredir haber alınmayan bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolmasından da söz edilemeyeceğinden hâkimin önüne gelen böyle bir olayda ölüm karinesinin koşullarının gerçekleşip gerçekleş-

mediğini araştırmasına gerek yoktur. Zira bir kimseden en az beş yıldan beri açıklanabilir olmayan bir şekilde haber alınamıyor olması, onun ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektirmez; onun ölümünün kuvvetle muhtemel olduğunu gösterir. Hâkim, bir kimseden en az beş yıldır haber alınmadığı gerekçesiyle haber alınamayan kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi istenilen bir olayda en az beş yıldır haber alınamamanın açıklanabilir bir nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Yoksa kendisinden bu yönde bir talepte bulunulan hâkimin makul bir gerekçe olmaksızın kendisinden en az beş yıldır haber alınamayan kimsenin ölümünün kuvvetle muhtemel olmadığı gerekçesiyle gaiplik kararı verilmesine yönelik talebi reddetmemesi gerekir.

Evli olup da geride pek çok aynî veya nisbî hak, hatta faaliyetine devam eden bir işletme bırakarak açıklanabilir olmayan bir şekilde ortadan kaybolan ve kendisinden beş yılı aşkın süredir doğrudan veya dolaylı olarak haber alınamayan bir kimsenin eşinin, çocuklarının, diğer mirasçılarının ve hatta alacaklılarının söz konusu kişinin ölüp ölmediğine ilişkin belirsizliğin giderilmesindeki menfaatleri büyüktür. Buna rağmen söz konusu kişinin ölümünün kuvvetli bir olasılık dâhilinde olmadığı gerekçesiyle onun hakkındaki gaiplik talebinin reddi, telafisi imkânsız zararlar doğurabilir.

Tüm bu açıklamalardan sonra Yargıtayın yerel mahkemelerce yaklaşık 25 yıldır veya 50 yıldır kendisinden haber alınmadığı tespit edilen ve haklarında gaiplik kararı verilen kişilerin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozmasının¹²⁵ isabetli olmadığı söylenebilir.

SONUÇ

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.*” Bu hükümden yer alan “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” ifadesi, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının aranması gereken özel bir koşul olduğu yönünde bir çıkarım yapılmasına neden olmaktadır. Ancak sözü edilen maddedeki “ölüm tehlikesi içinde kaybolma” ve “kendisinden

¹²⁵ Yarg. 8. HD., T. 10.05.2018, E. 2018/9579, K. 2018/12418; Yarg. 8. HD., T. 13.10.2020, E. 2020/2827, K. 2020/6145 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 11.12.2023).

uzun zamandan beri haber alınamama” durumları tek başına, kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması sonucunu doğurabilen durumlardır.

Gaipliğin ön koşullarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu’nun 32. maddesinin kaynağını İsviçre Medenî Kanunu’nun 35. maddesi oluşturmaktadır. İsviçre Medenî Kanunu’nun 35. maddesinin düzenlemesinden bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya ondan uzun süredir haber alınamamasının, onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiği sonucu çıkarılmaktadır. Buna karşılık Türk Medenî Kanunu’nun 32. maddesinin sözünden aynı sonuç çıkarılamamaktadır. Aksine Türk Medenî Kanunu’nun 32. maddesinin lafzına göre bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama koşuluna bir de onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulu eklenmelidir. Ancak bu tür bir yorum gerek mantık kuralları gerek hükmün amacı ve tarihsel kaynağı gözetildiğinde geçerli kabul edilmemelidir.

Türk Medenî Kanunu’nun gaipliğe ilişkin düzenlemesinin asıl amacı gaibin ölümü konusundaki belirsizliği gidererek hakları gaiplik kararına bağlı olanların haklarına kavuşmasını sağlamak, onların menfaatlerini korumaktır. Diğer taraftan Türk Medenî Kanunu gaipliğe ilişkin düzenlemesinin tarihsel kaynağını İsviçre Medenî Kanunu’nun gaipliğe ilişkin düzenlemesi oluşturmaktadır ve sözü edilen düzenlemede gaiplik durumlarıyla gaibin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması arasında bir neden sonuç ilişkisi yaratılmış; gaibin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması, aranması gereken özel bir koşul olarak düzenlenmemiştir. Ayrıca bir kimsenin ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasına rağmen onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaması mantıken mümkün değildir. Yani bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa artık onun ölümü en azından kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmak neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi ise sonuçtur. Ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştıktan sonra yaşam belirtisi göstermeme ile ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmak tek başına kaybolan kimsenin ölümünü en azından kuvvetle muhtemel hâle getirir.

Ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma sebebine dayanılarak açılan bir gaiplik davasında son yaşam belirtisinden sonra mevcut emarelere göre belirli bir tehlikeyle bağlantılı koşullarla yani ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı bilinen bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğunun ispat edilmesine veya bu konunun

hâkim tarafından özel olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Hâkimin bu tür bir olayda değerlendireceği husus, kişinin karşılaştığı olayın ciddi ölüm tehlikesi doğuran bir olay mı olduğu ve kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılıp bakılamayacağıdır. Bu kapsamda hâkim ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan ve cesedi bulunamayan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacağı kanaatindeyse bu durumda gaiplik talebinin reddine karar verebilir. Çünkü artık bu hâlde Kanun'un gaipliğe ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp ölüm karinesine başvurulması gerekir.

Diğer taraftan bir kimseden uzun zamandan beri haber alınmaması da haber alınmama durumu makul bir gerekçeye dayanmıyorsa kendisinden uzun süredir haber alınmayan kimsenin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirir. Bu kapsamda bir kimseden uzun süredir haber alınmaması neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi sonuçtur. Kişiden uzun süredir haber alınmama ile onun ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında sıkı bir bağ vardır ve bu bağ neden sonuç ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat uzun süredir kendisinden haber alınmama ile onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması arasındaki bu sıkı bağ, kişiden haber alınmamasının açıklanabilir bir sebebe dayanması hâlinde kesilir ve bu durum kendisinden uzun süredir haber alınmayan kimse hakkında gaiplik kararı verilmesini engeller. Ölüm tehlikesi içinde kaybolmayan fakat kendisinden sadece uzun süredir haber alınmayan bir kimsenin, ölümüne “kesin gözüyle” bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolmasından söz edilemeyeceğinden hâkimin önüne gelen olayda ölüm karinesinin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmasına gerek yoktur.

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” ifadesinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu bakımından gaiplik kararıyla ölüm karinesini ayırt etmede kullanılan, kişiden uzun süredir haber alınmaması durumu bakımından ise ondan haber alınmamasının makul bir gerekçeye dayanması hâlinde neden sonuç ilişkisinin kesilmesi sebebiyle gaiplik kararının verilmesini engelleyen bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız: “Gaibliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2, 2005, s. 153-181.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Aslan Bingöl**, Kemale Leyla: “Gaibliğin Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 48, 2021, s. 313-334.
- Ataay**, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş – Hakikî Şahıslar, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Baumann**, Max: Personenrecht des ZGB : natürliche Personen, juristische Personen, Vereine, Stiftungen, Schutz der Persönlichkeit, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2011.
- Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medenî Hukuk Dersleri I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Bieri**, Marisa/**Morand**, Anne-Sophie/**Müller**, Melanie/**Perren**, Rube: Übungsbuch Personenrecht und Einleitungsartikel, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2015.
- Breitschmid**, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Band 1, Personen- und Familienrecht: Art. 1-456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2023.
- Brückner**, Christian: Das Personenrecht des ZGB: (ohne Beurkundung des Personenstandes), 1. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2000.
- Bucher**, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.
- Dörr**, Bianka S.: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (KUKO), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Egger**, August: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), Das Personenrecht, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 1930.
- Erdoğan**, İhsan/**Keskin**, A. Dilşad: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin/**Doğanay**, Y. Ümit: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I (Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku), Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1966.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Güney Matbaacılık, Ankara 1954.
- Grossen**, Jacques Michel: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1967.
- Hafer**, Ernst: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Personenrecht, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1919.
- Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Hofer**, Sibylle: Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- Hürlimann**, Bettina/**Schmid**, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016.
- Kley**, Andreas/**Seferovic**, Goran: ZGB : Kommentar : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021.
- Köprülü**, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984.
- Lardelli**, Flavio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch (BSK) I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2022.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Oğuzoğlu**, Hüseyin Cahit: Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Akın Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 1956.
- Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.
- Öztan**, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1993.
- Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002.
- Şahin**, Eda: “Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019 (144), s. 249-275.
- Serozan**, Rona/**Engin**, B. İlkay/**Atamer**, Yeşim M.: Serozan Medenî Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Tokat**, Hüseyin: “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 523-575.
- Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2015.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: “Ölüm Karinesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2022, s. 833-885.
- Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Acabey**, M. Beşir/**Gürpınar**, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE İMKÂN TANIYAN
BAZI NEDENLERİN YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'NİN
2018/21783 SAYILI “KEDİ KARARI” ÇERÇEVESİNDE
DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1416525>

Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK*

*“Çocuklar oyun olsun diye kurbağaya taş atarlar
oysa kurbağa gerçekten ölür.”*

Bion

Öz

Evde, işyerinde ya da bir arazide özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu üstlenilen kedi, köpek, tavşan, kuş gibi ev hayvanları ile onları sahiplenen insanlar arasında kurulan bağ, bir süredir bu hayvanlara yönelik bakış açısında değişime yol açmıştır. Söz konusu değişim toplumsal değerleri biçimlendirmiş, ev hayvanlarının canlı ve duyarlı birer varlık olarak hissetme ve acı çekme vasfına sahip olmaları onların yaşam hakkının, uluslararası ve ulusal düzeyde hukuk normları ile korunmasına imkân vermiştir. Ev hayvanı ve onun bakımını üstlenen kişi arasında kurulan duygusal bağ ise aynı zamanda sahiplenenin korunmaya değer menfaatine odaklanılmasını gerektirmektedir. Çalışma hayatı karşılıklı menfaatlerin genellikle uyum gösterdiği, bazen de çatıştığı bir alandır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan “kedi kararında” ihtilaf teşkil eden husus ise işçinin kendi inisiyatifi ile kimseye söylemeden işverenin işyerinde bakımını üstlendiği, koruma ve gözetim altında bulundurduğu ev hayvanını, alışkın olduğu ortamın dışına çıkararak yaşamını yitirmesine sebebiyet verip vermediğidir. Sözleşmenin işverence derhal feshedildiği somut olayın yargıya intikal etmesi neticesinde yerel mahkeme feshin haksız olduğuna hükmetmiş, Yargıtay ise oy çokluğu ile kararı onamıştır. Bu doğrultuda hayvanları korumaya yönelik hukuki düzenlemeler, ev hayvanı üzerindeki hakkın niteliği, ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde iş sözleşmesinin

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (olcayisk@anadolu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-8633-8680 (Gönderim Tarihi: 08.01.2024-Kabul Tarihi: 10.04.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

feshine imkân veren bazı haklı nedenler ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi gibi konular somut olay ve verilen karar ekseninde ele alınıp irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

İş sözleşmesinin feshi, Haklı neden, Ev hayvanı, İşçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, Hâkimin davayı aydınlatma ödevi

CONSIDERATIONS OF SOME REASONS THAT ALLOW TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE “CAT DECISION” NUMBERED 2018/21783 OF THE 9TH CIVIL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION

(Research Article)

Abstract

The bond established between pets such as cats, dogs, rabbits, birds, which are kept at home, at the workplace or in a field for special care and companionship, and the people who adopt them, has led to a change in the perspective towards these animals for some time. This change has shaped social values, and the fact that domestic animals have the ability to feel and suffer as living and sensitive beings has enabled their right to life to be protected by international and national legal norms. The emotional bond established between the pet and the person taking care of it also requires a focus on the interest of the adopter worthy of protection. Working life is an area where mutual interests are often harmonized and sometimes in conflict. The issue in dispute in the "cat decision", which is the subject of this study, is whether the employee, on his own initiative and without telling anyone, caused the death of the pet, which was taken care of, protected, and supervised by the employer at the workplace, by taking it out of its habitual environment. As a result of the judicial proceedings in the concrete case where the contract was terminated immediately by the employer, the local court ruled that the termination was unfair, and the Court of Cassation upheld the decision with a majority of votes. In this direction, legal regulations for the protection of animals, the nature of the right on the pet, some justified reasons that allow the termination of the employment contract within the framework of the rules of morality and good faith, and the judge's duty to enlighten the case will be discussed and analyzed on the axis of the concrete case and the decision.

Keywords

Termination of the employment contract, Justified reason, Pets, Employee's behavior incompatible with honesty and loyalty, Judge's duty to enlighten the case

GİRİŞ

İş hukukunun doğuşu ve gelişiminde işçiyi koruma düşüncesi ön plandadır. İşçinin korunması gerekliliği, iş ilişkisinin bazı kaçınılmaz özelliklerden kaynaklanır. Zira bu ilişkide işçi, ekonomik açıdan kendisinden üstün konumda olan işverene bağımlıdır. İşçinin işverene bağımlılığı sadece ekonomik yönden söz konusu olmayıp iş ilişkisinin devamı süresince işverenin emir ve otoritesi altında bulunan işçi, ona kişisel açıdan da bağımlıdır. Dolayısıyla işçinin ekonomik açıdan korunması kadar kişiliğinin, onurunun, sağlığının ve beden bütünlüğünün; diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerinin de korunması gerekir¹. İş hukuku, iş ilişkilerini düzenleyerek sosyal barışa ulaşma amacına hizmet etmektedir. Bu açıdan bakıldığında iş hukukunun, salt iş sözleşmesinin taraflarının iradeleriyle şekillenmeyeceği, dürüstlük kuralının içerdiği sosyal ahlakı, sosyal barışı sağlama amacına ulaşabilmek için zaman zaman bir araç olarak kullanıldığı söylenebilir².

Diğer yandan, iş hukukunun yegâne gayesinin istisnasız her hal ve şartta işçiyi korumak olduğu düşünülemez. İşçi kimi zaman doğrudan, kimi zaman iş ilişkisinde taraflar arasındaki hassas denge gözetilerek ve bu denge gereklileri yerine getirilerek dolaylı yoldan korunurken, diğer tüm hukuk dalları gibi iş hukukunun amacının nihayetinde toplumsal menfaatin gerçekleştirilmesi olduğu, böylece *sosyal olan* ve *ekonomik olan* arasında bir denge tesis edilmesi gerektiği göz ardı edilemez³.

¹ **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 16-17; **Çelik**, Nuri/**Canıklıoğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 20; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022, s. 12; **Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 7; **Arıcı**, Kadir: Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 5; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Başkan**, Esra: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 6-7; **Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2020, s. 9-10; **Akyiğit**, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 34.

² **Güzel**, Ali/**Çatalkaya**, Deniz Ugan: “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, 2014, s. 25.

³ **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, Ankara 2013, s. 11; **Süzek**, s. 18; **Kaplan**, Senyen Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s. 7-8; **Narmanlıoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 6; **Uşan**, M. Fatih/**Erdoğan**, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 40; **Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Kaplan**, Senyen Emine Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 9.

Toplumsal yaşamda kişilerin ihtiyaç, istek ve beklentileri farklılık arz eder. Bu durum kişiler arasında menfaat çatışmalarına sebebiyet verir. Menfaat çatışmaları sulh ile çözülmeyince, toplumsal uyumun ve düzenin bozulması kaçınılmazdır. Toplumsal düzeni sağlamak ve istikrarı korumak amacıyla var olan hukuk, bu amacı gerçekleştirirken adaleti de gözetmelidir⁴. Menfaat kavramı, kelime anlamı itibarıyla *yarar* ya da *çıkart* manasına gelmektedir. Menfaat çatışması ise bir hakkın engellenmesi veya engellenmesine yönelik bir tehlikenin varlığı söz konusu olduğunda, hakkı engelleyen ve hakkı engellenen arasında gerçekleşen durumu ifade etmektedir. Bu nedenle menfaat çatışması kavramı, hak kavramından ayrı düşünülemez⁵. Menfaat çatışmasının engellenmesi, büyük ölçüde hukuk düzenince alınacak bir takım önlemler ile sağlanmakta, menfaat çatışmasının sona erdirilmesi, menfaat dengesinin tesis edilmesiyle mümkün olmaktadır⁶.

İş ilişkisinde de bilhassa taraf menfaatleri temas halindedir. Bu menfaatler, bazen paralellik arz ederek aynı hedefe yönelse bile iş ilişkisi çoğu zaman, taraflar arasında menfaat çatışmalarının kaynağını oluşturur. İş ilişkisinde menfaat dengesinin gerçekleştirilmesi, tarafların bu ilişkiden beklentilerini karşılamaya hizmet ettiği kadar, sosyal barışın tesis edilmesine de imkân sağlamaktadır. Aslında her iki netice, iş hukukunun nihai amacı olan toplum yararının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Çalışma ilişkisinde taraf menfaatleri büyük ölçüde ekonomik mahiyettedir. Bu ilişki çerçevesinde dikkate almak durumunda olduğumuz toplumsal menfaatler bile genellikle ekonomik özellikler gösterir. Oysa hukuk kurallarının ortaya çıkışında ve hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde ekonomik menfaatler yanında kişilik, güvenlik gibi özel menfaatler⁷ de rol oynamaktadır.

Çalışma hayatının önemli bir unsuru olan iş ilişkileri kapsamında, tarafların ekonomik menfaatleri ön plana çıksa da çalışma barışının, toplumsal düzenin sağlanması için hukuk düzenince korunan ve bu düzende hak olarak varlık kazanmış diğer türde bazı menfaatlerin de gözetilmesi gerekmektedir. Hemen ilk bakışta iş sözleşmesinde işçinin kişiliğinin ön planda olduğu, bu

⁴ **Aksüt**, Demirbaş Burcu: “Kamu İcra Hukukunda Menfaat Dengesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 4674.

⁵ **Aksüt**, s. 4675; **Doğu**, Hakkı Mert: “Futbolcu Menajerliği Sözleşmesinde Menfaat Çatışması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, s. 404.

⁶ **Doğu**, s. 404.

⁷ **Yücel**, Yonca Fatma: “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 91, 2010, s. 340.

ilişkinin işçinin kişiliği gözetilerek kurulduğu ve zayıf taraf olarak işçinin kişiliğinin, kişilik değerlerinin korunması gerektiği söylenebilir. Fakat işverenin ekonomik açıdan güçlü konumda oluşu veya iş ilişkisinde yönetim yetkisine istinaden işçiye emir ve talimat verebilme imkânına sahip bulunmasından dolayı üstün durumu, bu ilişkide onun korunmaya değer menfaatlerinin olmadığı yahut bu menfaatlerin sadece ekonomik mahiyet arz ettiği anlamına gelmez. Dolayısıyla iş ilişkisinde menfaat dengesinin tesis edilmesi, işçi ve işveren arasındaki ekonomik menfaatlerin dengelenmesinden başka, kimi zaman ekonomik nitelikte olmayan menfaatlerin de dengelenmesini, hatta bazen bir tarafın ekonomik menfaati ile karşı tarafın ekonomik mahiyette olmayan menfaati arasındaki çatışmanın giderilmesini gerektirebilir.

İş sözleşmesinin sona ermesi, başlı başına menfaat çatışmasına neden olan bir olgudur. Zira iş sözleşmesi feshedilmek istendiğinde işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında çatışmaya neden olabilmektedir⁸. Diğer yandan tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip olması, aslında ortaya çıkan menfaat çatışmasının giderilmesi için hukuk düzenince öngörülen bir çözüm yöntemidir. Hatta hakkın, hukuk düzenince tanınan yetki ve korunan menfaat olduğu⁹ gerçeğinden hareketle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının çoğu zaman, taraflardan birinin menfaatinin ya da hakkının ihlal edilmesi nedeniyle bu ihlalin önlenmesine hizmet ederek, kişilere koruma imkânı sunduğu ve böylece hukuki güvenliğin sağlanmasında bir araç olarak kullanıldığı da söylenebilir.

İşçi ve işveren menfaatlerinin en belirgin şekilde çatıştığı durum, iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesidir. Fesih aşamasında, işçinin çatışma halinde bulunan menfaatleri; çalışma hakkına ve iş sözleşmesinin sürekliliğine dair menfaatlerdir. Bu durumda işverenin çatışan menfaati ise en geniş çerçevede sözleşme özgürlüğüne ilişkindir¹⁰. Kanun ve sözleşme ile işverenin fesih hakkına getirilen sınırlamalar doğrultusunda feshin neticelerini hafifletecek önlemleri ifade eden geniş anlamda iş güvencesi¹¹, işçinin feshe karşı korunması anlayışının temelini oluşturur.

⁸ **Birben**, Erhan: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2006, s. 68.

⁹ **Güriz**, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s. 48; **Bilge**, Necip: Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 211.

¹⁰ **Çatalkaya**, Deniz Ugan: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 462.

¹¹ **Göktaş**, Seracettin: “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, S. 1, 2009, s. 64.

Canlı bir varlığın çalışma ortamında bulunması, daha çok iş ilişkisinin taraflarına; yani işveren ve işçiye yahut diğer işçilere, en fazla üçüncü kişilere hasredilebilir. Çalışmamızın hareket noktasını oluşturan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2018 tarih, E. 2015/24613 ve K. 2018/21783 sayılı kararına konu somut olayda ise işverenin işyerinde bakmayı tercih ettiği ev kedisinin, davacı işçi girişimiyle işyeri dışına çıkarılması ve neticede zarar görerek yaşamını yitirmesi söz konusudur. Aslında bu durum dahi iş sözleşmesinin tarafları arasında bir menfaat çatışmasına neden olurken, canlı bir varlık olması sebebiyle ayrıca üçüncü bir unsurun menfaatine odaklanmayı gerekli kılar.

Ancak Yargıtay kararının gerekçesinden, yerel mahkemenin davaya konu olguyu maddi hukuk açısından irdelemekten ziyade, kararına dayanak teşkil eden usul hukuku meselesi doğrultusunda ele aldığı; Yargıtay'ın da bu kararı "*kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre*" onadığı görülmektedir. Bu çalışmada ise konu, büyük ölçüde maddi hukuk yönüyle ele alınacaktır. Kaldı ki usul hukuku açısından ele alacağımız kısımda dahi mahkemenin görüşüne katılmak mümkün değildir.

Dava dilekçesinde yer alan ifadelerden anlaşıldığı üzere davalı işveren davacının iş akdini, işyerinde bakıp beslediği kediyi işyeri dışına çıkarmak için koliye koyup ölümüne sebebiyet verdiği gerekçesiyle feshetmiştir. Davacı savunmasında "24.12.2013 tarihinde saat 11.00 civarında antreпода çalışırken YGM personeli ...'nin yanına gelerek "*şu kediyi atalım, ofiste duruyor, pislik ve kokusunu ben çekiyorum*" dediğini, kendisinin ise bu teklifi reddettiğini, ancak bu kişinin çok ısrarcı olduğunu, kimseye söyleme dediğini, bir koli içine kediyi koyduğunu, ardından gidip işyeri şoförü ile konuştuğunu, ona kediyi işyeri dışına bırakmasını söylediğini, şoförün de olanları kimseye söylememesini istediğini, kendisinin antrepo sorumlusu ...'yı durumdan haberdar ettiğini, bu olaydan dolayı çok rahatsız olduğunu, sabah şoförü arayıp kediyi bıraktığı yeri öğrenip antrepo şefi ...'yi bilgilendirdiğini, daha sonra kediyi bırakılan yerden alıp geldiğini, kediyi işyerine getirdiğini fakat kedinin o esnada topalladığını, kediyi veterinerine götürdüklerini, kedinin vefat ettiğini duyduğunda ise çok üzüldüğünü" beyan etmiştir.

Cevap dilekçesinde yer alan ifadelerle göre davacı "... işyerinde bakılmakta olan kediyi kimseye haber vermeksizin, karton koli içine bırakıp bu koliyi yine kimseye haber vermeden işyerindeki araca koymuştur. İşyerinde kedinin kaybolduğunun anlaşılması üzerine, güvenlik kamera kayıtları incelenmiş ve davacının kediyi koli içine koyup araca yüklediği tespit edilmiştir. Davacının üzerine vazife olmayan ve işyerinde bakılmakta olan kediyi kar-

ton koli içine koyarak işyeri dışına çıkarmak suretiyle bir canlının kapalı ortamda öleceği ihtimalini gözetmeksizin hareket etmesi üzerine, böyle bir çalışanın işyerinde istihdam edilmesinin hukuken ve fiilen mümkün olmadığı kanısıyla davalı işveren tarafından iş akdi derhal feshedilmiştir”.

Somut uyuşmazlık yargıya intikal etmiş, uyuşmazlık konusu davada davacı “iş akdinin haksız feshedildiğini iddia ederek diğer işçilik alacaklarının yanı sıra ihbar ve kıdem tazminatı ile kötüniyet tazminatı” talebinde bulunmuştur.

Yerel mahkemece “... davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayanmadığına kanaat getirilmiş, davacının ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı istemlerinin kabulüne ...” hükmedilmiştir. Dava sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından dosyada yazılanlara, kararın dayandığı deliller ile kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesi gerekçesiyle tarafların yerinde bulunmayan tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun görülen hükmün onanmasına oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Kararda yazılan karşı oy, olayın gerçekleşme biçimi bakımından yer verilen bazı hususlara vakıf olunabilmesi açısından ayrıca önem arz etmektedir. Kısa bir kesitine yer vereceğimiz karşı oyda, duyarlı bir varlık olarak ev hayvanının korunması gereken menfaatine de dikkat çekilmiştir. Buna göre “davacının ... uzun süredir şirkette bulunan bir kediyi şirket dışına çıkarmak için koliye koymak suretiyle firma antreposundan malzeme götüren bir araca bıraktığının güvenlik kamerası kayıtlarının incelenmesi neticesinde tespit edildiği; bunun üzerine davacıdan savunma alındığı, bu hususun davacı tarafından da ikrar edildiği, şirket yetkililerinin istemi üzerine davacının birkaç saat sonra kediyi bulup işyerine getirdiği, ancak kedi hasta ve yaralı bir şekilde bulunduğu veteriner götüldüğü, burada yapılan müdahaleye rağmen kedinin yaşamını yitirdiği, davacının bu hususta yazılı savunmasının alındığı fakat savunmasında belirttiği hususlara işveren tarafından itibar edilmeyerek, iş akdinin haklı nedene dayanılarak fesih bildiri ile feshedildiğinin anlaşıldığı, esasen taraflar arasında bu hususta ihtilaf bulunmadığı” belirtilmiştir.

Neticede Yargıtay 9. Hukuk Dairesi “dosyadaki yazılara, kararın dayandığı deliller ile kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre tarafların yerinde bulunmayan tüm temyiz itirazlarını reddetmiş, usul ve kanuna uygun bulunduğu hükmün onanmasına ... oyçokluğuyla” karar vermiştir.

Dava dilekçesi, davacının savunması ve cevap dilekçesi ile bilhassa karşı oy kapsamında yer alan açıklamalardan anlaşılacağı üzere somut olayda maddi hukuk açısından menfaatine ayrıca odaklanmamız gereken canlı varlık bir kedidir. Ancak işyerinin maskotu olarak görüldüğü ifade edilen, işverence sahiplenilen, işyerinde büyütülüp beslenen kedi ile işveren arasındaki bağ, işverenin bu yöndeki menfaatinin de irdelenmesini gerektirmektedir.

I. HAYVANLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

Hukuk; insanların, birbirlerinin menfaatlerine riayet ederek bir arada ve belirli bir düzen içinde yaşamalarını hedeflemektedir. Bu hedef, kaynağında ana ilke olarak onların eşitliğini esas almakta, böyle bir düzenin uyumu ifade ettiği düşünülmektedir. Fakat gerçek manada uyum, sadece insanlar değil hayvan ve bitkiler de dâhil olmak üzere tüm canlılar arasındaki ahenge işaret etmektedir. İnsanlar dışındaki canlı varlıklar arasında uyumu çağrıştıran bir düzen bulunduğunu, gözlem yoluyla kolayca idrak etmek mümkündür. İnsanların da dâhil olduğu ve tüm canlıların menfaat dengesinin gözetileceği bir yaşam düzeni ise elbette bu menfaatleri ve pozitif hukuku dikkate alan bir anlayışla inşa edilebilir¹².

İnsanların hayvanlardan daha güçlü olduğu, neredeyse hiçbir hayvanın insan ırkı için tehdit oluşturmadığı; hayvanların insan neslinin yaşamını tehdit etmesinin, onlara acı vermesinin ve temel menfaatlerini gerçekleştirme sine müdahale etmesinin söz konusu olmadığı, bilakis varlıklarının yaşamımızı sürdürmede olumlu yönde etkilerinin bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Birlikte yaşadığımız bu düzende amaç adaleti tesis etmek ise hayvanları insanların kötülüğünden korumak gerekecektir. Hayvanların ahlaki haklarının genişletilmesi ise bu korumaya imkân sağlayacaktır¹³. Hayvanların hukuki statüsü hakkındaki görüşler henüz ortaya konulmadan önce batı felsefesinde onların ahlaki statüsü sorgulanmış, insan - hayvan ilişkilerinin nasıl bir ahlaki çerçeveye oturtulması gerektiği meselesi, bu alanda kadim tartışma konularından biri olagelmiştir¹⁴. Bilindiği üzere insan davranışları, insanın biyolojisinden ziyade kültürel ve ahlaki (moral) etkiler neticesinde şekillen-

¹² **Cumaloğlu**, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 575-576.

¹³ **Sapontzis**, Steve F.: “Moral Community and Animal Rights”, American Philosophical Quarterly, C. 22, S. 3, 1985, s. 253.

¹⁴ **Olgun**, Hakan: “Batı Felsefesinde Hayvanın Ahlaki Statüsü: Francione’nin Abolisyonizmi Üzerine Bir Değerlendirme”, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 15, S. 25, Yıl:10, Mayıs 2020, s. 3918.

mektedir. Felsefeciler, insanların çevreleriyle ilgili ahlaki değerler oluşturmak zorunda oldukları konusunda hemfikirdirler. Buna karşın yöntem konusunda farklı düşünceler ileri sürerler. Moral sistemin ise insanlara özgü olduğu, insanlar tarafından anlaşılabilirdiği düşünülmektedir¹⁵.

19. yüzyıla kadar hayvanların içkin bir ahlaki değer taşımadığı, insanların amaçları doğrultusunda sınırsızca suiistimal edilebilecek birer nesne olarak kabul edildiği, onların genellikle insanlara özgü olduğu düşünülen; muhakeme yeteneği, dil kullanma becerisi, benlik bilinci ve ahlaki faillik gibi özelliklerden yoksun oldukları savıyla hareket edilerek ahlak toplumunun birer üyesi olamayacakları¹⁶ sonucuna varılmıştır. Faydacı filozofların etkisiyle hayvanlara ilişkin anlayış değişikliğinin yerleşmeye başlaması, insani muamele prensibi çerçevesinde hayvanların hissetme yeteneğine sahip canlılar olarak en azından acı çekmemekte menfaatlerinin bulunduğu kabul edilmesi ise 19. yüzyıla tekabül eder. Bu anlayış, ahlak toplumunun birer üyesi olarak insanlar için hayvanlara yönelik doğrudan bir ahlaki yükümlülük öngörerek, onlara eziyet edilmesini yasaklamaktadır. Nitekim bu yeni anlayış sadece bir ahlaki prensip olarak kalmamış, diğer ahlaki pren-

¹⁵ **Savaş, Türker/Yurtman, İsmail Yaman/Tölu, Cemil:** “Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış - Nesnel Arayışlar”, Hayvansal Üretim, C. 50, S. 1, 2009, s. 55. Avrupa öğretilerinde hayvan haklarına yönelik yaklaşımlar hakkında ayrıca bkz. **Çelebi, Özgün:** “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, S. 2, 2018, s. 564.

¹⁶ Hayvanların manevi haklara sahip olmadığını, ahlak toplumunun da birer üyesi olmadıklarını düşünmenin altında yatan temel neden, onların yükümlülüklerinin farkında olmayışları (mütekabiliyet şartını sağlamamaları) düşüncedir. Ancak bu durum zihinsel engelliler, bebekler, bazı yaşlılar ve hastalar için de geçerli olup bugün bizler onların hak sahibi olup olmadıklarını tartışmayız. Aslında mütekabiliyet şartı, bizim için ancak tehdit oluşturabilecek kadar güçlü olanların bize karşı manevi haklar kazanabileceğini ifade etmektedir. Oysa ahlaki haklara ilişkin böylesi bir makyavelist görüş, ortak ahlak anlayışımıza uymaz. Manevi hakların temel amacı, zayıfları güçlülere karşı korumak ve böylece zayıfların menfaatlerini gerçekleştirebilmeleri için adil bir imkânâna sahip olabilmelerini sağlamaktır. Güç dengesinde eşitler arası ilişkilerde mütekabiliyet esasını benimsemek, sömürüyü önlemek ve taraflara fırsat eşitliği sağlamak için gereklidir. Oysa bir tarafın zayıf, diğer tarafın güçlü olduğu ilişkilerde güçlünün zayıfı sömürmesini engellemek ve zayıfın menfaatlerini gerçekleştirmesini sağlamak, zayıfı desteklemekle mümkün olabilir. Zayıfı korumak ve herkesin menfaatlerini gerçekleştirmek için adil bir imkânâna sahip olmasını sağlamak ahlakın olduğu kadar hukukun da hedefleri arasındadır. Taraflar arasındaki denge ancak güçlüye yükümlülükler öngörerek, zayıfa ise manevi haklar tanımak suretiyle sağlanabilir. Dolayısıyla mütekabiliyet şartı, güçlü ve zayıf arasındaki ilişkilerde geçerli kabul edilemeyeceğinden, insan ve hayvan arasındaki ilişkilerde de genellikle geçerli olmadığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle hayvanlara manevi haklar tanınmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ahlaki hakların kapsamının hayvanları da içine alacak biçimde genişletilmesi, ortak ahlaki hedeflere ulaşılmasını da kolaylaştıracaktır. **Sapontzis**, s. 251 vd.

sipler gibi hukuk düzenini etkileyerek başta ABD ve İngiltere olmak üzere pek çok ülkede hayvanlara kötü muameleyi engellemeyi amaçlayan yasalarda hukuk kuralı olarak vücut bulmuştur¹⁷.

Yakın zamana kadar hayvanlar, ekonomik yararları ölçüsünde hukuki düzenlemelere konu olmuşlardır. Geçtiğimiz yüzyılda onların insanlara günlük yaşamında refakat ederek sağladıkları manevi fayda, hayvanlara farklı bir bakış açısıyla yaklaşılmasını gerekli kılmıştır. Çevre hakkının öneminin artması, düzenlenen ulusal ve uluslararası kampanyalar sağlıklı bir çevrenin parçası olan yabani hayvanları ilgi odağı haline getirirken; insanlara refakat eden, yaşamı paylaşan, tedavilerinde yardımcı olan evcil hayvanlar ise onların sadece etinden, sütünden ve postundan yararlanan canlılar olarak görülmesi fikrinde değişime yol açmıştır. Tüm bu gelişmeler, hayvanların hukuki niteliği hakkında yeni görüşlerin ileri sürülmesine de olanak sağlamıştır¹⁸.

Hayvanların hukuki statüsü hakkında farklı görüşler ortaya konulmuştur. Avrupa öğretisinde hayvanları insanlara faydası bulunduğu ölçüde korunmaya değer gören anlayış ile hayvanların birer canlı varlık olarak korunmalarında kendi menfaatlerinin bulunduğu dikkat çeken bakış açısı hâkimdir. Üstelik günümüzde etik hayvan koruma ilkesi, neredeyse tüm batı ülkelerinde temel bir değer olarak hatta yasal bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir¹⁹. Anglo-Amerikan öğretisinde ise hayvan haklarının gelişimi açısından benimsenen yaklaşımları refah teorisi ve hak teorisi olmak üzere iki başlık altında ele almak mümkündür. Refah teorisi, hayvanların mülkiyete konu olabileceklerini kabul etmekle birlikte onların yaşam koşullarının iyileştirilmesi ve gereksiz yere acı çekmelerinin engellenmesini hedefleyen hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu savunmaktadır. Buna karşın hak temelli yaklaşımlar, birçok tür için hayvan sömürsüne son verilmesi gerektiği ve hayvanların korunmasının ancak bu şekilde mümkün olabileceği konusunda hemfikirdir²⁰.

¹⁷ **Olgun**, s. 3918-3919; **Kılıç**, Selim: “Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, S. 22, Temmuz 2015, s. 101. Hayvanların eşya olduğunu savunan ve eşya olarak nitelendirilmemeleri gerektiğini ifade eden felsefe temelli görüşler için ayrıca bkz. **Nart**, Serdar: “Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2020, s. 129-130.

¹⁸ **Cumaloğlu**, s. 575.

¹⁹ **Çelebi**, s. 564; **Bradshaw**, Karen: “Animal Property Rights”, University of Colorado Law Review, C. 89, 2018, s. 811.

²⁰ **Goodman**, Ellen, P: “Animal Ethics and the Law”, Temple Law Review, C. 79, S. 1291, 2006, s. 1296; **Çelebi**, s. 564-565; **Bolliger**, Gieri: “Legal Protection of Animal

Her ne kadar hayvanın hukuki statüsü hakkındaki tartışmalar, onların korunması ile yakın temas içinde ilerlese de bir görüşe göre hayvanların gerektiği gibi korunabilmesi, onlar için biçilen hukuki statü ile ilgili değildir. Zira önemli olan hangi statüde kabul edersek edelim, hayvanlara yönelik hak ihlallerini, kötü muameleyi ve saldırıları önleyebilecek bir hukuki rejimin oluşturulabilmesidir²¹. Hayvanların hukuki statüsünün ne olduğu, kanaatimizce onlar üzerindeki hakkın niteliğini ve hayvanlara yönelik eylemlerin cezalandırılmasına ilişkin normların kapsamını belirleme açısından önem arz eden bir konu olarak aslında onları korumanın içeriğini de şekillendirmektedir. Bu nedenle hayvanların hukuki statüsü hakkında şimdiye kadar ortaya atılan görüşleri kısaca ele almakta fayda vardır. Hayvanların hukuki statüsüne ilişkin olarak uzun süredir ortaya konulan görüşler ise iki temel kavram etrafında şekillenmiştir. Bunlar tahmin edileceği üzere “eşya” ve “kişi” kavramlarıdır. Ancak hayvanların sıradan bir eşya ya da insan ile aynı kategoride yer alamayacağı düşüncesi üçüncü bir yolun benimsenmesini gerektirmiştir. Yine de söz konusu yaklaşımları iki temel başlık altında toplamak mümkündür.

A. Hayvanların Hukuki Statüsü Açıklanırken Eşya Kavramından Hareket Edilmesi

Bu görüşlerden ilkinde göre hayvanlar birer nesne yani eşya olup hayvanların korunması da ancak insanların korunması için gereklidir. Hayvanları taşınır birer eşya sayan bu görüşün kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunun etkisiyle hayvanlar, Avrupa hukuk sistemlerinin çoğunda yüzyıllar boyunca nesne, yani eşya olarak kabul edilmiştir. Ancak hayvanlar, Romalılar için yaşayan ve duyarlı bir varlık olması nedeniyle cansız eşyalardan açıkça ayırt edilerek, kendine özgü (sui generis) birer nesne olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunda yapılan bir diğer eşya ayrımında ise hayvanlar, taşınır (mobiles) ve taşınmaz (immobiles) eşyalardan farklı bir grup olarak köleler ile birlikte, hareket eden eşya (se moventas) olarak sınıflandırılmıştır. Roma hukukunda hayvanın cansız eşyadan ayrılmasını sağlayan anlayış ise doğal hukuktur. Zira doğal hukuk, sadece insanları değil hayvanları da kapsayan bir hukuk öğretisi olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre kendine özgü bir eşya statüsünde olan hayvanlar, kötü

Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives”, *Animal Law Review*, C. 22, 2016, s. 354.

²¹ **Tekinay**, S. Sulhi: *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, s. 179; **Dural**, Mustafa/**Ögüz**, Tufan: *Türk Özel Hukuku C. 2 Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 8.

muamelelere ve eziyet verici davranışlara karşı hukuki düzenlemeler ile korunmalıdır²².

Hayvanlara kişilik tanınmasına karşı çıkan ve onları eşya statüsünde nitelendiren görüşler çeşitlilik arz eder. Bir görüşe göre hayvanlar, iradeden yoksun oldukları için hak ve borçlara ehil olma açısından kişi ve eşya ayrımında zorunlu olarak eşya kategorisinde yer alırlar. Kişi ve eşya kavramları dışında bir üst kategori olarak canlı varlık sınıfının oluşturulması, hayvanların eşya olarak kabul edilmeye devam edilmekle birlikte insan haklarının sağladığı korumaya benzer bir korumadan yararlanması gerektiği savunulmaktadır. Bu kapsamda bir diğer görüş, hayvanların geleneksel anlamda kişi ve eşya ayrımından arı tutularak özel niteliği haiz bir eşya olarak kabul edilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağını, böylece onlar üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilirken, hak öznesi sayılmalarına da gerek olmadan özel bir statü tanınacağını ifade etmektedir²³.

Yine hayvanı eşya kategorisinde vasıflandıran bir diğer görüş hayvanların mülkiyete, alım satıma, rehne konu olabilmesinden dolayı onların hukukun ancak eşya sayılabileceklerini, bununla beraber özel düzenlemeler ile diğer eşyalardan farklı, kendine özgü kurallara tabi tutulduklarını belirtmektedir²⁴. İnsancıl çevrecilik anlayışı da hayvanları bitkiler gibi çevrenin bir parçası olarak kabul etmekte, onları eşya statüsünde görmektedir. Bu anlayışa göre insan, çevrenin merkezinde yer almakta ve doğadaki her şey ona göre konumlandırılmaktadır. İnsan merkezli çevrecilik anlayışına göre tüm doğa, insanın amaç ve menfaatlerine hizmet eden bir kaynaktır. Çevrenin, dolayısıyla hayvanların korunması da insanoğlunun menfaatlerine hizmet ettiği ölçüde gereklidir²⁵.

²² **Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Erişgin** Söğütü, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (C. 8, Özel Sayı), C. 2, 2013, s. 1692. Hayvanların eşya sayılmasının temelinde yatan felsefi düşünceler için ayrıca bkz. **Nart**, s. 130-132.

²³ **Çelebi**, s. 608.

²⁴ **Başpınar**, Veysel: “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukuki Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul 2016, s. 1386; **Çelebi**, s. 609; **Arı**, Benan: “Türk ve Fransız Hukuklarında Hayvanların Saklama Sözleşmelerine Konu Edilmesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2020, s. 70.

²⁵ **Keleş**, Ruşen/**Hamamcı**, Can/**Çoban**, Aykut: Çevre Politikası, İmge Kitabevi, Ankara 2012, s. 73 vd.; **Koçhisarlıoğlu**, s. 1693-1694; **Akbulut**, Onur/**Çobanoğlu**, Nesrin: “Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 36, 2020/1, s. 5.

Türk hukuk öğretisinde hayvanların eşya niteliğinin ancak onları koruma amacıyla örtüştüğü düzeyde kabul edilebileceğine dikkat çekilmiştir²⁶. Bununla birlikte ülkemizde özel bir yasa ile hayvanların yaşama hakkına sahip olduğunun hükme bağlandığı, artık onların eşya statüsünde kabul edilemeyecekleri; fakat İsviçre hukukunda olduğu gibi eşya hukuku anlamında eşya sayılması dahi aksi yönde bir hüküm yok ise taşınır eşyaya ilişkin hükümlerin kıyasen hayvanlar hakkında da uygulanacağı dile getirilmektedir²⁷. Hayvan sahiplerinin onlar üzerindeki haklarının cansız eşyalara nazaran oldukça sınırlandırılmış bulunduğu ve böylece hukuk düzenince korunan nevi şahsına münhasır bir eşya kategorisi oluşturdukları da belirtilmektedir²⁸.

B. Hayvanların Hukuki Statüsü Açıklanırken Kişi Kavramından Hareket Edilmesi

Hayvanların hukuki statüsüne dair ikinci yaklaşım, onları kişi ya da kişi benzeri olarak nitelendirmektedir. Hayvanlara kişilik tanınması gerektiğini savunan görüş, kaynağını hayvan hakları kuramından alır. Hayvan hakları savunucuları, hayvanların çeşitli amaçlar ile kullanılmasına, ev hayvanlarına kötü muamele edilmesine karşı çıkmaktadırlar. Hukukun menfaatleri korumak amacıyla hareketle hayvanların da hukukun öznesi olarak kabul edilmesi gerektiğini, hayvanların insanlar dışında birer canlı olarak bir değere sahip olduklarını, acı duyabilen her canlının hukukun öznesi olması gerektiğini savunmaktadırlar²⁹.

Hayvanlara kişilik tanıma yoluyla bazı temel haklara kavuşmaları gerektiğini savunan bir diğer görüş ise onların hissetme yetilerinin bulunmasından değil kendilerini kontrol edebilme kabiliyetine sahip olmalarından hareket ederek, benimsediği ölçüde “pratik otonomi” (işlevsel özerklik) adını vermiştir. Zira bu görüşe göre gerek gerçek kişilere gerek tüzel kişilere hukukun kişilik tanınarak, temel haklara sahip olabilmeleri esasen üç unsurdan oluşan pratik otonomiye dayanmaktadır. İşlevsel özerkliğin varlığına işaret eden unsurlar şunlardır; bir şeyi isteyebilecek kadar bilişsel karmaşıklığa

²⁶ **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdulkadir: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 50.

²⁷ **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir** Oktay, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 10.

²⁸ **Ertay**, Şeref: Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İleri Kültür Merkezi, 2. Baskı, İzmir 2012, s. 478.

²⁹ **Koçhisarlı/Erişgin**, s. 1696-1697; **Singer**, Peter (Çeviren: **Doğan**, Hayrullah): Hayvan Özgürleşmesi, Ayrıntı Yayınları, 2. Baskı, 2018, s. 54-55; **Nart**, s. 134-135.

sahip olmak, istediğini gerçekleştirebilmek amacıyla hareket edebilmek ve kendi hedefine ulaşmış ulaşmadığını önemseyecek benlik kompleksine sahip olmak. Bu görüş, bilinç düzeyi açısından hayvanları gruplandırır³⁰ ve özellikle birinci grupta yer alan şempanze, yunus, köpek gibi hayvanların sadece bilinçli olmayıp aynı zamanda öz bilinçlerinin (bilinçli olduğunun bilincinde olma durumu) bulunduğunu, dolayısıyla insanlar dışında bu şekilde işlevsel özerkliğe sahip canlılara da hukuken kişilik tanınması gerektiği kanaatinde-dir³¹.

Türk hukuk öğretisinde hayvanlar, kişi statüsünde görülmekten ziyade onların yaşama hakkına ve sınırlı hak ehliyetine sahip olmaları gerektiği savunulmuştur³². Hayvanları koruma mevzuatının amacından hareket eden bir başka görüşe göre ise hayvanların eşya ya da kişi statüsünde nitelendirilmesi, medeni hukuku ilgilendirir. Diğer yandan, yasa koyucu tarafından hayvanlara da kişilik tanınabileceği fakat böyle bir düzenleme yapmanın ve bu düzenlemeyi uygulamanın güçlüğüne dikkat çekerek, daha gerçekçi bir bakış açısıyla hayvanların yalnız nesnelere de olmadığını; insan ve nesne ayrımında hayvanların özel bir kategori oluşturduğunu, bu kategorinin de kendine özgü (sui generis) varlık kategorisi olduğunu kabul etmektedir. Neticede eşyaya dair hukuki düzenlemelerin hayvanlara kıyasen uygulanması da onların eşyadan farklı bir kategoride olduğu kabulüne dayanır ki bu görüşe göre hayvanları kısmi hukuk öznesi olarak nitelendirmek en doğrusu olacaktır³³.

Öğretide karma görüş olarak nitelendirebileceğimiz yaklaşıma göre bir hayvanın hukuki statüsünün ve dolayısıyla o hayvan üzerindeki hakkın niteliğinin hemen tüm hayvanlara teşmil edilecek şekilde belirlenmesinin güçlüğü ve gereksizliği karşısında, hayvanlara yönelik koruyucu kurallar için esas alınan hukuki sınıflandırmadan hareketle onların hukuki statülerinin de tespit edilebileceği; kişi kavramı ile uyumlu durumlarda birer hak süjesi

³⁰ Bu sınıflandırmaya göre hayvanlar dört gruptan oluşmaktadır. İkinci grupta yer alan hayvanlar, derecelendirme itibarıyla ne kadar birinci gruba yaklaşırsa aslında bu hayvanların da işlevsel özerkliğe sahip olduğu söylenebilir. Yazara göre Afrika gri papağanı bu derecededir. Üçüncü grupta yer alan hayvanlar aslında diğer gruplara dâhil edecek kadar hakkında bilgi sahibi olmadığımız hayvanlardır. Dördüncü grup ise işlevsel özerkliğe sahip olma ihtimali bulunmayan hayvanlardan oluşur. **Wise**, M. Steven: "Nonhuman Rights to Personhood", *Pace Environmental Law Review*, C. 30, S. 3, 2013, s. 1283-1286.

³¹ **Wise**, s. 1283-1287.

³² **Sungurbey**, İsmet: *Hayvan Hakları (Bir İnsanlık Kitabı)*, İstanbul Üniversitesi Basım-evi, İstanbul 1992, s. 77-82.

³³ **Koçhisarlı/Erişgin**, s. 1713-1716.

olduklarının, eşya kavramı ile uyumlu hallerde ise hakkın objesi olacaklarının kabulü isabetli olarak savunulmaktadır³⁴.

Hukuk öğretisindeki tartışmaların ve yaşanan gelişmelerin pozitif hukuka yansması ise zaman içinde hayvanları korumaya yönelik kuralların benimsenmesiyle sonuçlanmıştır. Düzenlemelerde hayvanların hukuki niteliğine ilişkin anlayış değişikliğinin yansmaları da görülmektedir. Bu kısmında genel olarak hayvanların korunmasına dair hukuki düzenlemelerden bahsedilecektir.

II. HAYVANLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

Hayvanları korumaya yönelik kuralların temelinde acı çekme yetisine sahip bulunmalarından (duyarlı olmalarından) dolayı korunmaları gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Ancak hayvanlar âlemi oldukça geniştir ve her hayvan türünün ya da alt kategorisinin acı çekme yetisine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle biyolojik kökenli hayvan sınıflandırması, hukuki düzenlemelerin koruma kapsamını da belirlemektedir. Yasal koruma kapsamının belirlenmesine etki eden bir diğer önemli husus ise insanların hayvanları ne şekilde kullandığı ve onlara ne derece ihtiyaç duyduğudur³⁵.

Hayvanın duyarlı bir canlı olması gerçeğinden hareket eden ilk kanuni düzenleme Birleşik Krallık'ta yürürlüğe konulmuştur³⁶. Hollanda'da 1700'lü yılların son çeyreğinde hayvanların sağlığını ve refahını korumak maksadıyla yasal bir düzenleme yapılmıştır³⁷. Henüz 1800'lü yıllarda İsviçre'nin tüm kantonlarında hayvanlara eziyet edilmesi yasaklanmıştır. İsviçre'de 1992 yılında hayvanların onurunun insanlarca dikkate alınması gerektiği Anayasa değişikliği ile kabul edilmiş, bundan on yıl sonra ise İsviçre Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ceza Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır³⁸. Fransız hukukunda hayvanlar canlı ve yaşayan birer

³⁴ Cumaloğlu, s. 575.

³⁵ Çelebi, s. 566.

³⁶ Nart, s. 135; Koçhisarlı/Erişgin, s. 1705.

³⁷ Uyumaz, Alper: "Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvan Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, 2016, s. 160.

³⁸ Aksoy, Hüseyin Can: "Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 162; Koçhisarlı/Erişgin, s. 1706-1707; Çelebi, s. 581-582; Yılmaz, Halil: "Hayvan Haklarına Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, 2006, s. 218.

eşya olarak kabul edilmekle³⁹ birlikte bazı ülkelerde olduğu gibi hayvan haklarına aykırı muameleler ceza kanununda suç olarak öngörülmüştür⁴⁰.

Birçok ülkede hayvanları koruma kanunlarının yürürlüğe girmesi ise 1950'lere tekabül eder. Bu tarihlerde Avusturya'nın bazı eyaletlerinde, ABD, İsviçre, Federal Almanya, Hollanda ve İsveç'te hayvanları koruma kanunları yürürlüğe konulmuş⁴¹, bazı ülkelerde hayvanların korunmasına dair düzenlemeler anayasal temele kavuşmuştur. Avrupa Birliği müktesebatı da birincil ve ikincil mevzuat kapsamında, hayvanların korunmasına dair çeşitli düzenlemeler içermektedir⁴². Hayvanları korumaya yönelik uluslararası çapta etik bağlayıcılığı bulunan ilk düzenleme, Birleşmiş Milletler tarafından 1978 yılında kabul edilen Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Konumuz itibarıyla ön plana çıkan ve yaygın etkiye sahip bir diğer düzenlemeyi ise 1987 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Ev Hayvanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (European Convention For The Protection of Pet Animals) oluşturmaktadır⁴³.

Hayvanların statüsüne ilişkin anlayış değişikliği zaman içinde medeni kanunlara da sirayet etmiştir. Nitekim Avusturya Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunu'nda hayvanların eşya olmadığı, bununla birlikte aksi yönde bir düzenleme yoksa eşyaya ilişkin hükümlerin

³⁹ **Koçhisarlı/Erişgin**, s. 1708. Böyle bir ifadenin etkisizliğine ilişkin olarak ayrıca bkz. **Çelebi**, s. 582.

⁴⁰ Avrupa Birliğinde Hayvanların Korunması ve Refahı, Ankara 2011, s. 8.

⁴¹ **Uyumaz**, s. 161-162.

⁴² Avrupa Birliği düzenlemelerinde, hayvanların hem fiziksel hem de akli iyiliğini içeren bir kavram olarak hayvan refahı esas alınmıştır. Hayvan refahını konu edinen ilk düzenleme ise aslında Roma Antlaşması'dır. Bir süre sonra Roma Antlaşması'nın gözden geçirilmesi neticesinde yapılan değişiklikler ile Amsterdam Antlaşması yürürlüğe konulmuştur. Amsterdam Antlaşması ile hayvanlar ilk kez duyarlı varlıklar olarak kabul edilmiştir. Ancak Amsterdam Antlaşması, hayvan refahına ilişkin ortak bir düzenlemenin yürürlüğe konulmasında yetersiz kalmıştır. 2004 yılında imzalanan Avrupa Birliği Anayasası'nda hayvan refahı kavramına yer verilmesiyle birlikte bu kavram Avrupa Birliği'nin öncelikli hedefleri arasında yerini almıştır. **Antalyalı**, A. Ahmet: Avrupa Birliği ve Türkiye'de Hayvan Refahı Uygulamaları, Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, Ankara 2007, s. 8, s. 11-13. **Uyumaz**, s. 162-163. Hayvan refahına ilişkin Avrupa Birliği düzenlemeleri için ayrıca bkz. <https://www.efsa.europa.eu/en/topics/topic/animal-welfare#eu-framework> (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

⁴³ Ev Hayvanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından 13.11.1987 tarihinde kabul edilmiştir. Ülkemiz bu sözleşmeyi 18.11.1999 tarihinde imzalamış, 4934 sayılı ve 15.07.2003 tarihli Kanun ile onaylanmasını uygun bulmuş ve Sözleşme Bakanlar Kurulu'nun 28.08.2003 tarih ve 2003/6168 sayılı Kararı ile onaylanmıştır.

hayvanlara da uygulanacağı düzenlenmiştir⁴⁴. Avusturya Medeni Kanunu'na (ABGB) 1986 yılında eklenen hükme (§285a) göre hayvanlar birer eşya olmayıp özel kanunlar ile korunurlar. Ancak aksine hüküm yoksa eşyalar hakkındaki hükümler hayvanlar hakkında da uygulanır. Benzer hüküm Alman Medeni Kanunu'na (BGB) (§90a) 1990 yılında, İsviçre Medeni Kanunu'na ise (641a) 2003 yılında eklenmiştir⁴⁵. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere aslında hayvanlara kişilik tanınmamış ya da eşya hukuku anlamında yeni bir kategori oluşturulmamıştır. Fakat bu şekilde hayvanların sıradan eşyadan ayrı tutulduğu rahatlıkla söylenebilir⁴⁶.

Türk hukukunda hayvanların sıradan eşyadan nitelik itibarıyla farkını dikkate alan düzenlemeler öteden beri mevcuttur. Lakin bu düzenlemelerin hiçbirinde hayvanın canlı bir varlık olarak korunması gereğinden hareket edilmemiştir⁴⁷. Hayvanların korunmasına yönelik Anayasa, kanun ve benzeri düzenlemeler bu korumayı dolaylı olarak sağlamaktadır⁴⁸. Türk Medeni Kanunu'nda (TMK)⁴⁹ ise hayvanların eşya olmadığına dair açık bir düzenleme mevcut olmadığı gibi hayvanlar üzerinde kurulabilecek haklara ilişkin olan ve TMK'nın "eşya hukuku" başlıklı dördüncü kitabında yer alan 764/2., 768/1. ile 768/2., 819/2. ve 940. maddeleri esas alındığında, hayvanların taşınır eşya hükümlerine tabi olduğu görülmektedir. Hakeza Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)⁵⁰ hayvanların satış ve kirasını konu edinen 220. madde ile 359. ve 376. maddelerde de hayvanın canlı bir varlık olarak korunması

⁴⁴ **Nart**, s. 138; **Koçhisarhoğlu/Erişgin**, s. 1705-1706; **Çelebi**, s. 581-582; **Genç Arıdemir**, Arzu: "Hayvanların Hukuki Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 342; **Türkdoğan Bolat**, Elif: "Hayvanlar Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Tesisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2022, s. 289-290; **İnci Özen**, Zekiye: "Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvanların Ceza Hukuku Açısından Korunması", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Yıl:5, 2019, s. 6-7.

⁴⁵ **Koçhisarhoğlu/Erişgin**, s. 1705-1706; **Çelebi**, s. 581-582; **Nart**, s. 138.

⁴⁶ **Aksoy**, s. 163-164; **Çelebi**, s. 583; **Nart**, s. 138; **Uyumaz**, s. 141; **Koçhisarhoğlu/Erişgin**, s. 1705-1706.

⁴⁷ **Çelebi**, s. 592-593.

⁴⁸ Anayasa'nın sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulmasını düzenleyen 56. maddesi, Türk Ceza Kanunu'nun m. 90/2-b, m. 142/2-g, m. 177/1 hükümleri ile korunan esasen hayvanın yaşama hakkı değil malikin mülkiyet hakkı ya da çevredir. Dolayısıyla bu düzenlemeler ile hayvanlar dolaylı olarak korunmaktadır. **Uyumaz**, s. 167 vd.; **Akbulut/Çobanoğlu**, s. 20 vd.; **Yılmaz**, s. 219; **İnci**, s. 10 vd.

⁴⁹ Kanun No: 4721, R.G. Tarih-Sayı: 08.01.2001-24607.

⁵⁰ Kanun No: 6098, R.G. Tarih-Sayı: 04.02.2011-27836.

düşüncesinden hareket edilmemiştir⁵¹. Yürürlükte bulunduğu süre zarfında hayvanların dolaylı olarak korunmasına hizmet eden hükümlerden bir diğeri, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)⁵² 151/2. maddesidir. 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14.07.2021 tarih ve 31541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle TCK'nın mala zarar verme suçu kapsamında düzenlenen 151/2. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece hayvanların mal olarak vasıflandırılarak bu suç kapsamında korunması yerine, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda (HKK)⁵³ düzenlenen cezai hükümler (m. 28/A) çerçevesinde korunması amaçlanmıştır.

Ülkemizde hayvanların korunması konusunda ilk müstakil yasal adım, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun yürürlüğe konulmasıyla atılmıştır. 2006 yılında ise HKK'nın uygulanmasına dair ayrıntıların düzenlendiği Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği⁵⁴ (HKDUY) yürürlüğe girmiştir. HKK ile hayvanların yaşam, beslenme ve bakım hakkı yanında kötü muameleye tâbi tutulmama hakkına sahip oldukları hüküm altına alınmıştır⁵⁵. Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ve HKK'da tüm hayvanların eşit olduğu ifade edilse de aralarında mevzuat ile öngörülen çeşitli farklılıkların bulunması, işlevsel temelli hayvan sınıflandırmasını akla getirmektedir. Zira hayvanlar omurgalı-omurgasız, memeli-memeli olmayan, sürüngen, balık, kuş vb. olarak biyolojik bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Fakat hukuki manada hayvan sınıflandırması, insanların onlara ne kadar ihtiyaç duydukları ve ne şekilde kullandıklarına göre belirlenmiştir⁵⁶. Bu sınıflandırma çerçevesinde hayvanlar yabani ve evcil olmak üzere ikiye ayrılmakta; evcil hayvanlar ise ev (kontrollü, sahipli) hayvanı ve sahipsiz (ev hayvanı olmayan, kontrolsüz) hayvan şeklinde alt kategorilerden oluşmaktadır. Ev Hayvanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve HKK'da da yabani ve evcil hayvan ile ev hayvanı ayrımının esas alındığı görülmektedir⁵⁷. Hukuki düzenlemelerde hayvanları sınıflandırma eğiliminin, insanla olan yakınlık derecesine göre o hayvan grubuna sağlanan korumayı arttırdığı

⁵¹ Akbulut/Çobanoğlu, s. 25-26; Çelebi, s. 593; Arı, s. 70-71.

⁵² Kanun No: 5237, R.G. Tarih-Sayı: 12.10.2004-25611.

⁵³ Kanun No: 5199, R.G. Tarih-Sayı: 01.07.2004-25509.

⁵⁴ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, R.G. Tarih-Sayı: 12.05.2006-26166.

⁵⁵ Ertaş, s. 479 vd.; Koçhisarhoğlu/Erişgin, s. 1711.

⁵⁶ Cumaloğlu, s. 586; Çelebi, s. 566.

⁵⁷ Ertaş, s. 475-476; Cumaloğlu, s. 586.

gözlemlenmiştir. Bu kapsamda en geniş korumadan yararlananlar ise ev hayvanlarıdır⁵⁸.

HKK'nın 3. maddesinde evcil hayvan, sahipsiz hayvan, ev hayvanı ve kontrollü hayvan gibi kavramlar tanımlanmıştır. Buna göre evcil hayvan; *“insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanları”* ifade etmektedir (HKK m. 3/1-e, HKDUY m. 4/1-i). Bu grupta bir alt kategoride yer alan ev hayvanı⁵⁹ HKK'da *“gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan”* (HKK m. 3/1-ı, HKDUY m 4/1-ı) olarak tanımlanmıştır. Sahipsiz hayvan sınıfının aksine, kontrollü hayvan sınıfı ise *“gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı”* kapsamaktadır (HKK m. 3/1-j, HKDUY m. 4/1-ü).

Ev hayvanlarına genellikle evde (konutta) bakılmakta, ancak yukarıda bahsi geçen düzenlemelerde belirtildiği üzere işyerinde bakım ve sorumluluğu üstlenilen evcil hayvanlar da ev hayvanı kategorisinde yer almaktadır. Dolayısıyla çalışmamıza konu kararda bahsi geçen ve işverenin işyerinde bakımını üstlendiği sahipli kedi, ev hayvanlarına ilişkin hukuki düzenlemelerin koruması kapsamındadır.

Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde tüm hayvanların eşit olarak dünyaya geldikleri, aynı derecede var olma hakkına sahip buldukları, bir hayvan türü olarak insanın diğer hayvanları yok edemeyeceği, tüm hayvanların gözetilme, bakılma ve korunma haklarının bulunduğu, hiçbir hayvana kötü davranılmayacağı, acımasız ve zalimce muamelede bulunulmayacağı, bir hayvanı terk etmenin acımasız ve aşağılık bir davranış olduğu ve zorunluluk olmaksızın bir hayvanı öldürmenin yaşama karşı suç teşkil ettiği hiç değilse etik bağlayıcılığı olan birer ilke olarak ifade bulmuştur. Taraf ülkeler için bağlayıcılığı bulunan Ev Hayvanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde (EHKİAS) ise hiç kimsenin bir ev hayvanının acı, ızdırap ve sıkıntı çekmesine neden olamayacağı ve bir ev hayvanını terk edemeyeceği düzenlenmiştir (m. 3). Benzer şekilde HKK'da da hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, aç ve susuz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ya da psikolojik acı çektirmek, **hayvanlara acımasız ve zalimce muamelede**

⁵⁸ Çelebi, s. 568.

⁵⁹ Ev Hayvanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan tanıma göre ev hayvanı; insan tarafından özellikle evde, özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen ya da edilmesi tasarlanan her türlü hayvanı ifade etmektedir.

bulunmak ve ev hayvanını terk etmek yasaklanmış (HKK m. 14) ve birer kabahat olarak Kanun'un 28. maddesinde yaptırıma (idari para cezası) bağlanmıştır. HKK'nın 28A maddesinde ise hayvanlara yönelik işkence ve kötü muamele niteliğindeki eylemler suç olarak düzenlenmiş⁶⁰ ve bu eylemler için seçimlik olarak adli para cezası ve hapis cezası öngörülmüştür. Nitekim HKK 28A/2. maddesi gereğince "12. madde kapsamındaki hayvan kesimleri ile 13. maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlar dışında **bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldüren kişi altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır**". Ayrıca HKK 28A/4. maddesine göre "14. maddenin birinci fıkrasının (m) bendinde düzenlenen yasağa aykırı davranmak suretiyle **bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence eden veya acımasız ve zalimce muamelede bulunan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır**".

III. EV HAYVANI (KONTROLLÜ-SAHİPLİ HAYVAN) ÜZERİNDEKİ HAKKIN NİTELİĞİ

Bu kısımda bilhassa ev hayvanları üzerindeki hakkın niteliği konusundaki görüşlere değinilecektir. Zira kanaatimizce sahiplenenin korunmaya değer menfaati, sahiplenen hayvan üzerindeki hakkın niteliği ile ilişkilidir. Mülkiyet hakkı yaklaşımı dışında hayvan üzerindeki hakkı çevre hakkı⁶¹, intifa benzeri hak⁶² ve velayet hakkı⁶³ olarak nitelendirenler mevcuttur. Bu-

⁶⁰ HKK'nın 28/A maddesinde yer alan düzenlemeye yönelik bazı tespitler ve öneriler için ayrıca bkz. İnci, s. 18 vd.

⁶¹ Hayvanları, çevrenin bir parçası olarak kabul eden bu anlayışa göre hayvan hakları çevre hakkına dâhil edilerek, çevre hakkı kapsamında korunmalıdır. Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1693-1694; Yılmaz, s. 219-220, s. 228.

⁶² Bu görüşe göre hayvanların mülkiyet hakkına konu olabileceğini kabul ettiğimiz sürece, hayvan refahını sağlamak ve onları korumak tam anlamıyla mümkün olmayacaktır. Bu nedenle insanlara hayvanlar üzerinde mülkiyet hakkı tanımak yerine intifa hakkı tanımak daha makuldür. Dambiec, Dieter: Enhancing the Legal Status of Animals-Part 1, <https://proutglobe.org/2013/03/enhancing-the-legal-status-of-animals-part-1/> (Erişim Tarihi: 25.07.2023).

⁶³ Evcil hayvanlar üzerindeki hakkı onları sahiplenen, kendi hayatlarına dâhil edenler için özel bir sorumluluk dolayısıyla velayet hakkı görüngesinden açıklayan bu görüşe göre tıpkı ebeveyn ve çocuk arasındaki ya da akrabalar arasındaki ilişkiden doğan yükümlülüklerin, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmamasında olduğu gibi evcil bir hayvanı sahiplenen kişinin de sözleşme kökenli olmayan sorumlulukları mevcuttur. Hayvanların da insanlar gibi ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu ihtiyaçları kendi başlarına karşılayamayacakları gibi zarar verici insan davranışları karşısında korunma ihtiyacı da duyarlar. Dolayısıyla ihtiyaçlarının, onları velayetlerine alan insanlarca karşılanması gerekir. Bu görüşe göre bir ebeveynin çocuğundan sorumlu olduğuna inanıyorsak, akıl yürütmenin eşitliği gereği insanın da hayatına kattığı hayvandan sorumlu olduğuna inanmamız

nun yanında hayvanlar üzerinde hakkın değil zilyetliğin tesis edilebileceğini savunanlar da bulunmaktadır. Mevzuat hükümleri dikkate alındığında hayvanlar üzerindeki hakka, mülkiyet hakkı çerçevesinde yaklaşıldığı görülmektedir. Fakat her hayvanın mülkiyete konu olabileceğini söylemek doğru olmaz. Esasen hayvan üzerindeki hakkın niteliğini, hayvanın dâhil olduğu hukuki sınıfa göre belirlemek gerekir. Ayrıca hayvanın türü yanında, sahiplenilme amacı da üzerindeki hakkın niteliğini belirlemede etkilidir. Bazı hayvan türlerinin mülkiyet hakkına konu olacağı kabul edilse bile bu hak elbette hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde kullanılabilir⁶⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre evcil hayvanın bir alt türü olan ev hayvanı üzerindeki hak, mülkiyet hakkı değildir. Bu görüşe göre ev hayvanları özgürdürler. Evcil bir hayvanı sahiplenerek onu yaşam alanına dâhil eden kişi, onu koruyup gözeterek bir çeşit vasi görevi üstlenmektedir. Ev hayvanı bulunduran kişiler, onların çıkarlarını vasileri gibi gözetmekle yükümlüdürler. Hayvanı sahiplenen kişi bu yükümlülüklerini yerine getirdiği müddetçe başka bir kişi onu vasisinden ayıramaz⁶⁵.

IV. İŞVEREN VE SAHIPLENDİĞİ HAYVAN ARASINDAKİ BAĞIN İŞ İLİŞKİSİNDE MENFAAT DENGESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Günümüzde bir insan ile sahiplendiği evcil hayvan arasında kurulan bağı açıklamak eskiye nazaran çok daha kolaydır. Zira bundan yüz yıl önce neredeyse tüm kedilere ev dışında bakılırken; köpeklerin, güç hayvanlarının ve av hayvanlarının evde bulunmasına nadiren izin verilirken, bugün birçok ülkede özellikle kedi ve köpekler sahipleri ile aynı yaşam alanını (ev, işyeri) paylaşmakta, hatta aynı yatakta uyuyup uyanabilmektedirler. Yani aslında bu süre zarfında insanların hayvan türlerine yönelik tutumları ve onlarla olan ilişkilerinde gözle görülür değişimler yaşanmıştır. Bir ev hayvanının yitiril-

gerekir. **Burgess Jackson**, Keith: “Doing Right By Our Animal Companions”, The Journal of Ethics, C. 2, S. 2, 1998, s. 163 vd, s. 168-169.

⁶⁴ **Cumaloğlu**, s. 585-587.

⁶⁵ **Cumaloğlu**, s. 590. Bu görüşün EHKİAS, HKK ve HKDUY’de yer alan düzenlemeler ile uyum içinde bulunduğunu da belirtmek gerekir. Zira HKK’nın 5/1 ve 5/2. maddelerinde ve HKDUY’nin 10. maddesinde hüküm altına alınan hayvan sahiplenenin görev ve sorumlulukları, büyük ölçüde aslında özgür olan ev hayvanının korunmasına işaret etmektedir. Bu görüşü destekleyen düzenlemelerden bir diğeri ise hiçbir ev hayvanının ebeveynlerinin ya da ebeveyn sorumluluğu taşıyan diğer şahısların açık rızası olmaksızın 16 yaşından küçükler satılamayacağını hükme bağlayan EHKİAS m. 6 ve HKK m. 14/1-d ile ev ve süs hayvanlarını 16 yaşından küçüklerin sahiplenemeyeceğini düzenleyen HKDUY m. 12/1-a’dır.

mesine üzülme son derece olağan kabul edilirken, ev hayvanları için özel yiyecekler satın almak, onlar için sağlık sigortası yaptırmak, resmini cüz-danda taşımak ya da doğum günlerini bir partiyle kutlamak normal birer davranış olarak değerlendirilmektedir. 1900’lerde insanlar ve hayvanlar arasındaki bağın tartışılıp bu bağın kurulmasına izin verilmemesi, böyle bir bağın bulunmadığı anlamına gelmez. Aslında bu bağ, insanlık tarihinin ve kültürünün her aşamasında var olmuştur. Bu bağın günümüzdeki anlamına ulaşmasında hiç kuşkusuz hayvanların evcilleştirilmesi önemli bir aşamadır. Ev hayvanları ve insanlar arasındaki ilişkilerin değerlendirilip bu bağın açıklanmasında ise antrozooloji alanındaki çalışmalar önemli bir rol oynamaktadır⁶⁶.

Bu çalışmaların çoğunda ev hayvanlarının sahiplenilmesinin arkadaşlık ihtiyacına dayandığı tespit edilmiştir. Antrozoolojik çalışmalar; kedi, köpek gibi “yoldaş hayvanlar” ile insanlar arasındaki ilişkinin genellikle şehir merkezli olduğunu, günümüzde insanların duygusal destek almak için ev hayvanlarına daha fazla ihtiyaç duyduğunu göstermektedir⁶⁷. Hayvan sahiplenmenin sağlık açısından sağladığı faydalar⁶⁸ yanında yalnızlık hissini azalttığını⁶⁹ ortaya koyan çalışmalar da mevcuttur.

Psikoloji alanında yapılan çalışmalarda ise evcil hayvan ve onu sahiplenen insan arasındaki ilişkinin, bağlanma kuramında tanımlanan bakım veren ile bebek ya da bakım veren ile çocuk arasındaki bağlanmaya benzer şekilde kurulduğu kabul edilmektedir. Evcil hayvan ve onu sahiplenen insan arasındaki bağın, bireyler arasındaki ilişkilerin özelliklerine benzediği, bu ilişkinin güvenli sayıldığı; sevecen, tutarlı ve sadık olarak nitelendirilen evcil hayvanların, insanların en temel gereksinimleri arasında yer alan sevildiğini hissetme ve güven duyma hissini karşılayabildikleri düşünülmektedir. Evcil hayvan ve insan arasındaki ilişkiyi konu edinen çalışmalarda evcil hayvanlardan ayrılmanın kaygıya, evcil hayvan kaybının ise yasa neden olduğu;

⁶⁶ **Sıddıq**, Abu Bakar/**Habib**, Ahsan: “Antropolojide Ortaya Çıkan Çok - Disiplinli Güçlü Bir Alt Bilim: Antrozooloji”, Artuklu İnsan ve Toplum Bilim Dergisi, C. 2, S. 1, 2017, s. 23.

⁶⁷ **Sıddıq/Habib**, s. 26.

⁶⁸ Hayvan beslemenin sağlık açısından sağladığı faydalar için bkz. **Mueller**, Megan, K./**Gee**, Nancy, R./**Bures**, Regina, M: “Humananimal Interaction As a social determinant of health: Descriptive Findings From The Health and Retirement Study”, BMC Public Health, C. 18, S. 1, 2018, s. 6.

⁶⁹ **Robinson**, Lawrence/**Segal**, Jeanne: “The Mood-Boosting Power of Pets”, <https://www.helpguide.org/articles/mental-health/mood-boosting-power-of-dogs.htm>, (Erişim Tarihi: 07.04.2023).

evcil hayvan ile yakınlığı korumanın önem verilen diğerleriyle yakınlığı korumaya benzetildiği, bazı insanların kaygı verici durumlarda evcil hayvanların varlığını bir nevi destek mekanizması olarak gördüğü ve bu insanların evcil hayvanlara bağlanma düzeylerinin diğerlerine nazaran daha yüksek olduğu tespit edilmiştir⁷⁰.

İşyeri ortamının kedi, köpek gibi ev hayvanları ile paylaşılmasının stresi azalttığı, işyerine aidiyet duygusunu arttırdığı, bazı işyerlerinde ise çalışma kültürünün önemli bir parçası olarak kabul edildiği görülmektedir. Kimi çalışanlar ise korktuğu için veya sağlık gerekçesiyle işyerinde hayvan bulundurulmasına sıcak bakmamaktadır. Nitekim işyerinde ev hayvanı bulundurulması zaman zaman uyumsuzluklara neden olmuştur. Yargıya yansıyan bu uyumsuzlukların ortak noktası, işyerinde ev hayvanı bulundurmaktan isteyen tarafın çalışan olmasıdır. Konuya ilişkin yabancı mahkeme kararlarında, hem işyerinde bulundurulmak istenen ev hayvanının hem de çalışanların menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği sonucuna varılmıştır⁷¹. Ayrıca ister çalışan tarafında ister işveren tarafından olsun işyerinde ev hayvanı bulundurulması, işverenin gözetim yükümlülüğü kapsamında iş sağlığı ve güvenliği açısından bazı tedbirlerin alınmasını gerekli kılar. İşverenin işyerinde doğması muhtemel risklere karşı çalışanları koruma yükümlülüğü gereğince alması gereken önlemler, işyerinde bulundurulan hayvanlar da dikkate alınarak belirlenmelidir⁷².

Neticede bir kimsenin herhangi bir maddi menfaat gözetmeksizin ona evinde/işyerinde refakat eden hayvana verilen zarar, hayvanın bakımını üstlenen kişide derin bir üzüntüye yol açmaktadır. Davaya konu somut olayda evcil bir hayvanı sahiplenen ve işyerinde bakımını üstlenen işveren ile bu hayvan arasında kurulan duygusal bağı reddetmek, dolayısıyla işyerinde bakımını üstlendiği kediden ayrılmanın, üstelik istihdam ettiği kişinin kabul edilemez eylemi neticesinde onu yitirmenin işverende kaygıya ve yasa neden olmayacağını söylemek mümkün değildir.

İşçi bu ilişkide zayıf taraftır. Ancak bu durum, ondan daha zayıf konumda olan bir canlının menfaatini -bu canlı sırf hayvan olduğu için- görmezden gelmemizi gerektirmez. İşçi, işverenin koruma ve gözetimi altında bulunan kediyi, yaşamını verilen bakım ile sürdürdüğü, alışık olduğu, tehli-

⁷⁰ **Şahin, Özge/Kahya, Yasemin:** “Evcil Hayvana Bağlanma Ölçeği: Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması”, *Nesne Psikoloji Dergisi*, C. 6, S. 12, 2018, s. 176-177.

⁷¹ **Sözer, Ali Nazım:** “İşçi İşyerinde Ev Hayvanı Bakabilir mi?”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, C. 1, S. 1, Ocak 2019, s. 2 vd.

⁷² **Sözer**, s. 30-32.

kelerden korunduğu ortamın dışına çıkararak zarar görmesine neden olmuş, kedinin kısa bir süre içinde yaşamını yitirmesine sebebiyet vermiştir. İşçinin bu hareketi ile canlı ve duyarlı bir varlık olarak kedinin hukuken korunan ve ihlal edilen menfaati yaşama hakkıdır. Neticede hayvanların yaşama hakkı HKK ile açıkça düzenlendiği gibi yine aynı Kanun'da ev hayvanına acımasız ya da zalimce muamelede bulunmak veya onu kasten öldürmek cezalandırılmıştır.

Diğer yandan kediyi muhafaza ederek bakımını üstlenen işveren ile evcil hayvan arasında kurulan duygusal bağdan dolayı kediye yapılacak bu tarz müdahalelerin, işverenin kişilik hakkına saldırı mahiyetinde olduğu açıktır⁷³. Bir kişinin kendine ait alanda beslediği, ilgilenmekten mutluluk duyduğu hayvanın, zarara uğramasından duyacağı üzüntü ve eksiklik hissi bir görüşe göre normatif zarar kapsamında değerlendirilmiş, bu zararların maddi ve manevi tazminat istemine konu olabileceği savunulmuştur. Ancak Almanya'da henüz 2002 borçlar hukuku reformu gerçekleştirilmeden önce öğretide ortaya atılan ve günümüzde de kabul gören normatif zarar kavramının, Türk-İsviçre hukukunda egemen olan görüş esas alındığında kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü Türk-İsviçre hukukunda manevi zarar ve manevi tazminatı hüküm altına alan genel düzenlemeler mevcuttur⁷⁴.

Türk hukukunda manevi tazminat istemleri, TBK'nın 56. ve 58. maddelerinde hükme bağlanmıştır. TBK 58. maddede genel olarak kişilik hakkının zedelenmesi haline ilişkin tazminat talebi düzenlenmektedir. "Kişilik hakkının zedelenmesi" başlığını taşıyan 58. madde gereğince "*kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir*".

Kişilik hakkı kavramının çeşitli tanımları bulunmakla birlikte Yargıtay'a göre "*kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ve aile bütünlüğü ile duygusal değerle-*

⁷³ Örneğin aktarıldığı eser. **Cumaloğlu**, s. 590.

⁷⁴ **Zevkliler**, Aydın: "Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar", Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan (3. Cilt), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2016, s. 808, s. 813-816.

*rinin tümü kişilik hakkını oluşturur*⁷⁵. Yargıtay çeşitli kararlarında⁷⁶, haksız fiilden ötürü hayvanı ölen kişilerin manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Bu kararlarda zarar gören hayvanlar eşya statüsünde ele alınmış, hayvanın ölümünün kişinin iç huzurunu bozacak derecede bir olgu olmadığı sonucuna varılmıştır.

Öğretide ise Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı eleştirilmektedir. Bir görüşe göre anılan kararlardan çıkan sonuç kişinin sahiplendiği evcil hayvana duyduğu sevginin, bir insana duyulan sevgi kadar değerli olmadığı ve bu kişinin evcil hayvanının ölümü halinde kendisine manevi tazminat ödenmesini gerektirecek düzeyde acı ve üzüntü hissetmeyeceği yönündedir. Varılan bu sonucu, olması gereken hukuk açısından kabul etmek mümkün olmadığı gibi pozitif hukuk yönünden açıklamak da güçtür. Zira hukukumuzda hayvanların birer eşya olmadığı açıkça düzenlenmekte, onların korunmasına ve kötü muamelede bulunulmasını engellemeye yönelik özel hükümler bulunmaktadır. Diğer yandan TBK'da İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) 43/1. madde hükmüne muadil bir hüküm bulunmaması dahi Yargıtay'ın evcil hayvana verilen zararları manevi tazminat (tazmini gereken duygusal değerler) kapsamında değerlendirmemesini gerektirmeyip bu zararlar, TBK 58. madde hükmü kapsamında giderilebilir⁷⁷. Bir diğer görüşe göre hayvanlar üzerindeki hak, özel bir malvarlığı hakkıdır. Dolayısıyla hayvanın ölümü halinde hak sahibi, kural olarak manevi tazminat talep edemez. Ancak zarar gören, HKK kapsamında bir ev ve süs hayvanı ise bu hayvan ile hak sahibi arasında bağlılık ve sevgi biçiminde oluşan duygusal rabıta nedeniyle hak sahibinin, manevi değerlerinin ihlal edildiğini ve manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmek gerekir⁷⁸.

⁷⁵ Yargıtay 4.HD., T.25.06.2007, E.2006/10084, K.2007/8592; Yargıtay 4.HD., T.10.04.2008, E.2007/9966, K.2008/5096; Yargıtay 3.HD., T.04.06.2009, E.2009/7290, K.2009/9561; Yargıtay 17. HD., T.19.02.2019, E.2018/6336 K.2019/1702; Yargıtay HGK., T.11.11.2021, E.2017/2603, K.2021/1389 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 19.04.2023).

⁷⁶ Yargıtay 4. HD., T.10.11.2014, E.2014/11340, K.2014/14928; Yargıtay 4. HD., T.30.03.2015, E.2014/8134, K.2015/3858; Yargıtay 4. HD., T.07.11.2017, E.2015/13435, K.2017/6889; Yargıtay 3. HD., T.06.12.2017, E.2016/9116, K.2017/17111 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 20.04.2023).

⁷⁷ Aksoy, s. 190-192, s. 172 vd.

⁷⁸ Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 230-231; Keskin, A. Dilşat: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 189-190.

V. AHLAK VE İYİNİYET KURALLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE İMKÂN VEREN HAKLI NEDEN KAVRAMI

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde iş sözleşmesinin derhal feshine imkân tanıyan haklı neden kavramı ele alınacaktır. Bununla birlikte, somut olayda işverenin derhal feshine imkân sağlayacak birden fazla haklı nedenin bulunduğu düşünülmektedir. Feshe konu olayın birden fazla işçinin katılımı ile gerçekleşip gerçekleşmediği, karardan net olarak anlaşılmasa da maddi hukuk yönüyle sözleşmenin feshinde işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun bulunup bulunmaması bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Kedinin ölümüne yol açan eylemin birden fazla işçinin katılımı ile gerçekleşip gerçekleşmediği meselesi, usul hukuku açısından da önem arz ettiğinden, konu taraflarca getirilme ilkesi ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi bağlamında irdelenerek bu husustaki düşüncelerimiz de ortaya konulacaktır.

Haklı nedenle fesih, iş ilişkisini dürüstlük kuralları gereğince sürdürmesi kendisinden beklenemeyen tarafa iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Ortaya çıkan bir durum, taraflardan biri için sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez kılmış ise ilgili taraf sözleşmeyi derhal fesih hakkını kullanabilir. Gerçekleşen olgunun sözleşme ilişkisinin devamını katlanılmaz kılıp kılmadığı, objektif iyiniyet yani dürüstlük kuralından hareketle anlaşılır. Taraflardan birinin davranışı nedeniyle iş ilişkisinin güven temeli çöker ise bu durum da karşı taraf için sözleşmenin derhal feshine imkân verecektir⁷⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'nda⁸⁰ haklı neden kavramı tanımlanmamış, bunun yerine işveren için sözleşmenin derhal feshine imkân tanıyan haklı fesih nedenleri “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı sebepler” ve “işçinin gözüaltına alınması ve tutuklanması” başlıkları altında düzenlemiştir. TBK'nın derhal feshin koşullarını düzenleyen 435/2. maddesinde ise “*sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük*

⁷⁹ Süzek, s. 691; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 799-800; Arıcı, s. 247-248; Sümer, s. 114; Alpogut, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı - Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, Mart 2006, s. 72; Güven/Aydın, s. 333; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 173; Narmanhoğlu, Ünal: İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 405-406; Savaş, F.Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 30.

⁸⁰ Kanun No: 4857, R.G. Tarih-Sayı:10.06.2003-25134.

kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep” olarak kabul edilmiştir.

Esasen iş sözleşmesinin feshine sebebiyet verecek haklı nedenlerin, günlük yaşamdaki ihtimallerini eksiksiz bir biçimde öngörmek ve düzenlemek mümkün değildir. İK’da “ahlak ve iyiniyet kuralları ve benzerleri” ifadesi ile haklı nedenlerin burada düzenlenenler ile sınırlı olmadığı, benzeri hallerin de haklı fesih nedeni oluşturacağı⁸¹ ortaya konulmuştur. Öğretideki baskın görüşe göre ahlak ve iyiniyet kurallarına benzer bir durumun TBK’nın 435/2. maddesi gereğince haklı sebep sayılabileceğini kabul etmek gerekir⁸². Taraflardan iş ilişkisini sürdürmelerini beklemenin iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı olay ve olgular ise genellikle kişilik hakkı ihlali biçiminde gerçekleşebilmektedir⁸³.

Yargıtay’ın kedi kararına konu olayda işverenin işyerinde muhafaza ettiği, bakımını üstlendiği ev kedisinin zarar göreceğini, hatta yaşamına mal olacağını öngörebildiği halde onu kutuya koyup işyeri dışına çıkararak davacı işçinin kamera kayıtları ve ikrarına göre sabit olan bu eylemi, iyiniyet kuralları ile bağdaşmayan bir olgu olup dürüstlük kuralı gereği işverenden iş ilişkisini sürdürmesini bekleyemeyeceğimiz, aynı zamanda işverenin kişilik hakkının ihlali biçiminde gerçekleşen bir durumdur. Bu yönüyle olguyu, İK’da işveren için öngörülen haklı fesih nedenleri bakımından değerlendirmeye dahi gerek olmayabilir. Ancak kanaatimizce işçinin bu davranışı, İK’nın 25/2. maddesi kapsamında birden fazla neden çerçevesinde işverene sözleşmeyi derhal feshetme imkânı tanımaktadır.

Hukukun gücü, kişilerin vicdanlarının kabulüne bağlıdır. Hiçbir vicdani kabul, hayvanlara değer vermenin, onları korumak ve gözetmenin, hayvanlara zarar vermektan kaçınmanın gereksiz bir davranış olduğunu savunamaz. Aksi yönde davrananlar bulunsa bile hayvanları korumak ve gözetmek, onlara zarar vermektan kaçınmak toplumda kabul gören, nesilden nesile aktarılmaya çalışılan güzel bir haslet, toplumsal bir değer ve esasen evrensel bir

⁸¹ **Alpagut**, (Haklı-Geçerli Neden Ayrımı), s. 72; **Güven/Aydın**, s. 346.

⁸² **Oğuzman**, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 43-44; **Süzek**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, s. 17-18; **Narmanlıoğlu**, s. 417; **Akyiğit**, Ercan: Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 940; **Savaş**, s. 36-38. Yazara göre İK 25. maddede olduğu gibi haklı fesih nedeni hallerinin sayılması yerine, TBK m.435’teki tanıma yer verilmesi hem haklı nedenlerin niteliğinin daha iyi ortaya koyacak hem de bu şekilde yabancı hukuk sistemleriyle uyum sağlanacaktır. **Çatalkaya**, s. 496-497.

⁸³ **Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, s. 304.

ahlak kuralıdır. Hatta bunun bir etik ilkeye dönüştüğü dahi söylenebilir. Sosyal düzen kurallarının bir türü olan ahlak kuralları, pek çok hukuki düzenlemenin temelini oluşturmaktadır. Hukuk kuralları ile ahlak kurallarının soyut ilkeleri somutlaşmaktadır. Bu yönüyle hukuk, asgari ahlak olarak nitelendirilmektedir⁸⁴.

Maddi bir yaptırımdan yoksun olan ahlak kuralları, hukuk kuralının kaynağını oluşturduğunda o hukuk kuralının niteliğine göre maddi yaptırıma bağlanmaktadır. Ahlak kuralları, pozitif hukuk kurallarının oluşturulmasında referans alındığı gibi birçok hukuki düzenlemede bu kurallara doğrudan atıf yapılmaktadır. Ahlakın hukuk kuralı haline dönüşmesi, ahlaki bir emrin ya da yasağın kanunlaşması yoluyla gerçekleşir. Hukuk kuralı ile ahlak kurallarına atıf yapılması ise hükmün boşluk⁸⁵ içermesi halinde söz konusu olabilmektedir⁸⁶. Bu nitelikteki düzenlemelerden biri de İK'nın ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenlerin derhal fesih sebebi olarak hükme bağlandığı 25/2. maddesidir.

Gerçekten de iş hukukunda özellikle sözleşmenin feshinde ahlak kurallarına yüklenen anlam büyük önem taşımakta, ahlak kurallarına aykırı davranışlar hem işçi hem işveren açısından birer haklı fesih nedeni olarak düzenlenmek suretiyle maddi bir yaptırıma bağlanmaktadır. İK'nın 25/2. maddesinde ahlak kuralları kimi zaman bu düzenlemeye referans teşkil etmekte; fakat ahlak kurallarına aykırılık biçiminde gerçekleşecek her durum ve olgunun öngörülerek madde metninde düzenlenmesi mümkün olmadığından, bazen de genel ifadeler ile bu kurallara atıfta bulunmaktadır.

Hukukun en kadim ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralı, kişilerce hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde hukuk kurallarına, toplumun geneli tarafından kabul görmüş ahlak anlayışına, örf ve adet kuralları ile doğruluk ve güven kurallarına uygun davranmayı gerektiren, borç ilişkisinin diğer tarafında varlığı zorunlu olan güven duygusunu zedelemeyi öngören bir ilkedir⁸⁷. Dürüstlük kuralı, hukuki ve ahlaki nitelikte olup

⁸⁴ **Güloğlu**, Yavuz: "Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020, s. 8.

⁸⁵ Kanun koyucunun tüm haklı nedenle fesih halleri bakımından isteyerek bıraktığı hüküm içi boşluk sebebiyle her durum ve olgu kendi şartlarına göre değerlendirilmeli, böylece iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan ve feshedilmesi sonucunu doğuran haklı bir nedenin mevcut olup olmadığı, öncelikle fesih hakkını kullanan kişi tarafından, fesih ihtilaf konusu yapıldığında ise hâkim tarafından tespit edilmelidir. **Savaş**, s. 40-41.

⁸⁶ **Güloğlu**, s. 9.

⁸⁷ **Arslan**, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989, s. 23-24; **Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk, Giriş – Temel

temeli güven düşüncesine dayanmaktadır. Diğer bir deyişle insan ilişkilerinde karşılıklı güvenin boşa çıkarılmamasını, kişinin dürüst bir kimseden beklenen davranışı sergilemesini öngörmektedir. Bu düşünce, kişinin haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken, başkasının haklı menfaatlerini gözetmesini gerektirir⁸⁸. Kanun koyucu dürüstlük kuralını öngörürken, objektif olarak herkesin uyması gereken davranış modelini belirlemektedir. Bunu yaparken esas alınan ölçüt yani dürüst davranış ölçütü; orta zekâ düzeyinde, dürüst, makul, davranışının neticelerinin farkında olan bir kişinin somut olayda nasıl davranması bekleniliyor ise o şekilde davranılmasını gerektirir. Böylece kanun koyucu herkesten, objektif ve soyut bir insan modelinin yapacağı gibi dürüst ve akla uygun davranışlar sergilemesini beklemektedir⁸⁹.

Her sözleşmede olduğu gibi iş sözleşmesinde de taraflar, sözleşmeden doğan borçlarını dürüstlük kuralına uygun olarak ifa etmelidirler. İşçinin dürüstlük kuralına uygun davranma zarureti sadece sözleşme ile üstlendiği iş görme edimini yerine getirirken aranmaz. Dürüstlük kuralı aynı zamanda örtülü olarak işyerinin menfaatlerinin korunması amacını taşıyan ve mevzuat ile ayrıca düzenlenen sadakat borcu, rekabet etmeme borcu, özen ve sır saklama borcu gibi bazı yükümlülüklerin kaynağını teşkil eder. İş sözleşmesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde, asli edim yükümleri yanında kanundan veya dürüstlük kuralından kaynaklanan yan edim yükümleri ile yan yükümlerin de ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekir⁹⁰.

Çekişmeye konu olayda ise işçinin davranışı sadece işverenin menfaatinin değil aynı zamanda canlı ve duyarlı bir varlık olarak kedinin menfaatinin de ihlal etmiştir. Böyle bir davranış hukuk kurallarına, toplumda kabul gören ahlak anlayışına, örf ve adetlere, her şeyin ötesinde doğruluk ve güven kurallarına uymamakta, diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi iş ilişkisinde varlığı zorunlu olan güven duygusunu zedelemektedir. Objektif iyiniyet kuralına aykırılığı açıkça ortada olan bu davranış, dürüst davranış ölçütüyle hiçbir şekilde örtüşmez. Dolayısıyla İK 25/2. maddede iyiniyet kurallarına yapılan

Kavramlar – Başlangıç Hükümleri, C. I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 449; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 238; **Kayıhan**, Şaban/**Ünlütepe**, Mustafa: Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 122.

⁸⁸ **Antalya/Topuz**, s. 458-459.

⁸⁹ **Dural/Sarı**, s. 238; **Helvacı**, Serap/**Erlüle**, Fulya: Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 44; **Kılıçoğlu**, M. Ahmet: Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 109-111; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 123; **Antalya/Topuz**, s. 458.

⁹⁰ **Güzel/Çatalkaya**, s. 40-41.

genel atıf ile işverene sözleşmeyi derhal feshetme imkânı veren haklı bir neden teşkil eder.

Öğretide haklı olarak bu maddenin çok geniş yorumlanmaması gerektiği, fesih için haklı sebep oluşturan halleri işçi aleyhine artırmanın doğru olmadığı⁹¹ ifade edilmekte, Yargıtay'ın eski tarihli birkaç kararlarında da söz konusu nedenlerin işçi aleyhine genişletilmesine izin verilmediği belirtilmektedir⁹². Ancak son tarihli kararlarından böyle bir ifadeye rastlanmamıştır. Kanaatimizce somut olayın gerçekleşme biçimi nedeniyle işveren feshinin haklı nedene dayandığını savunmak, maddenin işçi aleyhine çok geniş yorumlanması olarak nitelendirilemez. Biz yine de olguyu aynı maddede düzenlenen diğer bazı haklı nedenler bakımından ayrıca değerlendirmek gerektiği kanısındayız.

VI. SOMUT OLAY BAKIMINDAN İŞVERENE SÖZLEŞMEYİ DERHAL FESHETME OLANAĞI TANIYAN HAKLI NEDENLER

Davaya konu olayda işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanıyan haklı nedenlerden ilki kanaatimizce İK'nın 25/2-d maddesinde düzenlenmektedir. Somut olayda işçinin davranışı ile ihlal ettiği bir diğer haklı fesih nedeni ise İK'nın 25/2-e maddesinde yer almaktadır. Dolayısıyla karara konu olay, işverenin disiplin cezası verme yetkisi ve sözleşmenin haklı nedenle feshinde eşit davranma borcu açısından değerlendirilmeden önce işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı veren bu iki neden kapsamında ele alınacaktır.

A. İşçinin İşverene Sataşması (İK m. 25/2-d)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2-d maddesine göre işçinin işverene ya da onun aile üyelerinden birine veya işverenin başka bir işçisine sataşması, işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı vermektedir. İşçinin sataşması, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali biçiminde kanunda haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir⁹³. Madde metninde geçen "sataşma" kavramı kanunda

⁹¹ **Çalık**, Şefik: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 259; **Başkan**, Esra: "Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanunu'na Etkisi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S. 35, 2012, s. 109.

⁹² **Çalık**, s. 259-260; **Sevimli**, K. Ahmet: "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 6, Kasım 2004, s. 15; **Başkan**, s. 109.

⁹³ **Narmanhoğlu**, s. 442; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 862; **Savaş**, s. 86; **Ertürk Arslan**, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayıncılık,

tanımlanmamış, içeriği zaman içinde yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Sataşma, bir kişinin kişilik haklarına saldırı mahiyeti taşıyan her türlü söz ve davranış olarak tanımlanmaktadır. İşverenin ve madde metninde bahsi geçen diğer kişilerin kişilik haklarından birine, bir kaçına yahut tümüne yönelen tecavüzler bu hükmün kapsamına girmektedir⁹⁴. Geniş içerikli bir kavram olarak sataşma, çeşitli söz ve davranışları kapsamaktadır. Nitekim yargı kararlarında işçinin hakaret içeren sözler söylemesi/yazması⁹⁵, tehdit etmesi⁹⁶, küfür etmesi⁹⁷, kaba kuvvet kullanması⁹⁸, etkili eylemde (darp) bulunması⁹⁹, tokat atması¹⁰⁰, bir cisimle vurması¹⁰¹, bir cisim fırlatması¹⁰², yaralaması¹⁰³ ve benzeri türden söz ve davranışlar sataşma olarak kabul edilmektedir.

Bir söz ya da davranışın sataşma olarak kabul edilebilmesi için ceza kanunları bakımından suç teşkil etmesi gerekmez¹⁰⁴. Yargıtay'a göre sözleşme sataşmanın haklı bir fesih nedeni oluşturması için kişinin manevi açıdan incitilmesi, üzüntü yaşamasına neden olunması yeterli olup hakaret biçiminde gerçekleşmesi gerekli değildir. Sarf edilen söz, kişinin ruhsal yapı-

İstanbul 2010, s. 348; **Ergin**, Hediye: "İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 34, 2015, s. 75; **Öktem Songu**, Sezgi: "Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak "Sataşma", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 114.

⁹⁴ **Süzek**, s. 696; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 622; **Narmanhoğlu**, s. 442; **Akyiğit** (Kıdem Tazminatı), s. 297; **Savaş**, s. 86. Sataşma kavramının çeşitli tanımları için ayrıca bkz. **Öktem Songu**, s. 114-115.

⁹⁵ Yargıtay 9.HD., T.28.11.2018, E.2018/2785, K.2018/21795 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

⁹⁶ Yargıtay 9.HD., T.01.03.2010, E.2009/44823, K.2010/5303 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

⁹⁷ Yargıtay 9.HD., T.24.02.2016, E.2014/30434, K.2016/3839; Yargıtay 9.HD., T.28.11.2018, E.2018/2785, K.2018/21795 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

⁹⁸ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30.HD., T.11.06.2019, E.2018/2990, K.2019/1254 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

⁹⁹ Yargıtay 9.HD., T.12.10.2009, E.2009/115, K.2009/26672; Yargıtay 9.HD., T.08.10.2015, E.2014/14137, K.2015/27900 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

¹⁰⁰ Yargıtay 9.HD., T.21.04.2008, E.2007/16255, K.2008/9377 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

¹⁰¹ Yargıtay 9.HD., T.17.05.2001, E.2001/5653, K.2001/8516 (Legalbank, Erişim Tarihi: 12.05.2023).

¹⁰² Yargıtay 9.HD., T.21.02.1994, E.1993/13441, K.1994/2600; Yargıtay 9.HD., T.04.07.1996, E.1996/5242, K.1996/15426 (Legalbank, Erişim Tarihi: 12.05.2023).

¹⁰³ Yargıtay 9.HD., T.30.10.2014, E.2012/39509, K.2014/31820 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 12.05.2023).

¹⁰⁴ **Oğuzman**, s. 55; **Narmanhoğlu**, s. 442; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 864; **Savaş**, s. 91; **Ergin**, s. 75; **Öktem Songu**, s. 121; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 623; **Süzek**, s. 699.

sında etki uyandıracak mahiyette ise bu durum bir haklı fesih nedeni teşkil eder¹⁰⁵. Bununla birlikte sataşmanın mutlaka işyerinde ya da çalışma saatleri içinde gerçekleşmesi gerekmez. Sataşma, işyeri dışında yahut çalışma saatleri haricinde gerçekleşse bile eğer işyeri disiplinini, işyerindeki çalışma düzenini doğrudan veya dolaylı olarak olumsuz yönde etkiliyor ise iş sözleşmesi işverence derhal feshedilebilir¹⁰⁶.

Karara konu olayda işçi, işverenin işyerinde yaşayan kedisini karton kutuya koyup işyeri dışına çıkarılmasını sağlamış, kedinin bırakıldığı yerde zarar görmesine ve ölümüne sebep olmuştur. Kanaatimizce eylemin ağırlığı, doğrudan işverenin kişilik hakkı kapsamındaki bazı duygusal değerlere yönelmiş olması, kedinin bu şekilde ölümü nedeniyle işverenin üzülmüş olmasında şüphe bulunmaması ve çalışma düzenini bozacak mahiyette oluşu bu davranışın sataşma olarak kabul edilmesini gerektirmekte ve bir haklı fesih nedeni olarak işveren için İK m. 25/2-d kapsamında sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanımaktadır.

B. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması (İK m. 25/2-e)

İşçinin işverene karşı kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerden biri de sadakat borcudur. Sadakat borcu işçinin işletme içindeki konumu ve iyiniyet kurallarına göre kendinden beklenen güvenin derecesi ile orantılı olarak işverenin menfaatlerini koruma ve gözetme mükellefiyetini ifade eder¹⁰⁷. Bu borç, işçinin işverene karşı üstlendiği asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcu yanında bir yan edim yükümlülüğü ve davranış yükümü niteliğindeki edim fiillerini

¹⁰⁵ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 862-863. Örneğin Yargıtay 9.HD., T.14.02.2001, E.2001/1787, K.2001/2667; Yargıtay 9.HD., T.27.01.2021, E.2019/2966, K.2021/2511 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi:13.05.2023).

¹⁰⁶ **Savaş**, s. 89; **Ergin**, s. 75; **Öktem Songu**, s. 123; **Süzek**, s. 698-699. Yazarlara göre işyeri dışında işverene sataşılmış ise bu durum her halükârda haklı fesih nedenidir. Eğer işyeri dışında diğer işçiye yönelik bir sataşma söz konusu olmuş ise bu durumun işyerindeki çalışma düzenini etkilemesi halinde işverenin sözleşmeyi feshetme imkânının bulunduğu kabul edilmelidir. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku Ders Kitabı), s. 257; **Ertürk**, s. 349; **Arslan**, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 77-78.

¹⁰⁷ **Alpagut**, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, s. 24; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 601; **Güven/Aydın**, s. 182; **Kayırgan**, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Özel Sayı, C. 20, S. 1, 2014, s. 461.

içerir¹⁰⁸. TBK m. 396/1 gereğince işçi, işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Genel itibarıyla sadakat borcu, işverenin meşru çıkarlarını korumak için işçinin iyiniyet kurallarına göre kendisinden beklenen davranışları yerine getirmesini, bu menfaatleri ihlal edecek nitelikteki davranışlardan ise kaçınmasını gerektirir¹⁰⁹.

Bir yan edim yükümü ve davranış yükümü niteliğindeki sadakat borcu, bilindiği üzere somut sınırları olmayan geniş kapsamlı bir yükümlülüktür. İşçinin sadakat borcu kanunen, işverenin haklı menfaatleri çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Sadakat borcu kapsamında korunacak işveren menfaatleri ise ölçülülük ilkesine göre belirlenebilir¹¹⁰. Buna göre ölçülülük ilkesi çerçevesinde somut olayın özellikleri dikkate alındığında, işverenin haklı menfaati karşısında işçinin buna eş veya daha üstün derecede bir menfaatinin bulunması halinde artık o davranışın, sadakat borcuna uyma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği söylenebilir¹¹¹.

İşçinin davranışının sadakat borcuna aykırılık teşkil etmesi için bu davranışın bir zarara neden olması gerekmeyip işvereni zarar görme riski altına sokması yeterlidir. İşçinin davranışının işyeri sınırları dâhilinde ya da dışında, mesai saatleri içinde veya haricinde gerçekleşmesi yahut işçinin davranışının suç teşkil edip etmemesi sadakat borcuna aykırılık bakımından fark oluşturmaz¹¹². Hatta sadakat yükümünü ihlal eden davranış, işveren vekili tarafından talimat olarak verilse bile bu durum işçiyi sorumluluktan kurtarmaz¹¹³.

İşçinin sadakat borcunun olumlu yönü öğretisi ve Yargıtay tarafından oluşturulan esaslar ile ortaya konurken, olumsuz yönü İK'nın 25/2-e mad-

¹⁰⁸ Oğuzman, s. 67 vd.; Narmanhoğlu, s. 273; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 602; Kayırgan, s. 460; Ertürk, s. 140-144.

¹⁰⁹ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 602; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 303-304; Narmanhoğlu, s. 273; Sümer, s. 74-75; Güven/Aydın, s. 351; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan, s. 133; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s. 103.

¹¹⁰ Süzek, s. 347-348; Kayırgan, s. 462-463.

¹¹¹ Kayırgan, s. 463. Yargıtay kararlarında sadakat borcu "... sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü" olarak açıklanmaktadır. Örneğin bkz. Yargıtay 9.HD., T.12.01.2021, E.2020/8871, K.2021/425 (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 27.05.2023).

¹¹² Süzek, s. 700; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 304; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 868; Savaş, s. 97; Arslan, s. 86; Kayırgan, s. 463; Ertürk, s. 255.

¹¹³ Kayırgan, s. 463; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 868.

desinde işçinin doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan davranışlarda bulunmayacağı esasından hareketle bir takım sonuçlara bağlanmıştır¹¹⁴. İK'nın 25/2-e maddesi uyarınca işçi, işverenin güvenini kötüye kullanır hırsızlık veya işverenin mesleki sırlarını açığa vurmaya gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunur ise işveren iş sözleşmesini derhal feshetme hakkına sahiptir.

İK'nın 25/2-e maddesinde işçinin sadakat borcuna aykırı davranışları, işveren için birer haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiş, hükümde sadakat borcu "doğruluk ve bağlılık" kelimeleri ile ifade edilmiş, bu türden davranışlara örnekler verilmiştir¹¹⁵. Ancak işçinin sadakat borcunun kapsamını belirlemek, dolayısıyla doğruluk ve bağlılığa aykırılık teşkil edecek davranışların tamamını düzenlemek mümkün ve gerekli olmadığından "gibi" ifadesi ile benzeri davranışlar da yaptırma bağlanmıştır¹¹⁶. Bu durumda işçinin hangi davranışlarının doğruluk ve bağlılığa aykırılık teşkil ettiği ise somut olayın özellikleri, iş hayatının gerekleri, işyerinin özellikler ve güven ilişkisinin zedelenip zedelenmediği dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir¹¹⁷.

Kanaatimizce bahsi geçen objektif ölçütlerden hareketle Yargıtay'ın "kedi kararına" konu somut olayda işverenin kedisini onun bilgisi ve talimatı dışında işyeri dışına çıkarmak biçiminde gerçekleşen davranışı, doğrudan doğruya dürüst hareket etme yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan, işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisini zedeleyen böylesi bir davranış, işverenin derhal feshine evleviyetle imkân vermektedir. İşçinin ağır kusurunu oluşturan bu davranış, esasen güven ilişkisini temelinden sarsarak iş ilişkisinin devamını işveren açısından çekilmez kılacak mahiyettedir.

VII. YEREL MAHKEME KARARININ FESİH NEDENİNİN NİTELİĞİNE ODAKLANMAMIZI SAĞLAYAN YÖNTEM ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yerel mahkeme tarafından verilen kararda davacının savunmasına işaret edilerek, işyeri çalışanlarından YGM personeli ve antrepo şefinin de olaydan haberdar olduğunun anlaşıldığı, buna rağmen işverenin herhangi bir araştırma yapmadığı, bahsi geçen çalışanların beyanlarının alınmadığı, işve-

¹¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 303.

¹¹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 865-866.

¹¹⁶ Süzek, s. 699-700.

¹¹⁷ Savaş, s. 97; Arslan, s. 93-94.

rende davacıdan alınan savunmanın gerçeği yansıtmadığı veya geçerli mazeret sayılmayacağı kanısının oluştuğu, bu kanı gereğince iş akdini doğrudan tazminatsız olarak feshettiği, davacının işyerindeki 6 yıl 6 ay 24 günlük kıdemi göz önünde bulundurulduğunda **feshin ölçülü olmadığı**, davacının feshe konu davranışının **davalı işveren tarafından ihtar, uyarı ya da kınama gibi cezalar ile cezalandırılması mümkün iken doğrudan haklı nedene dayanılarak sözleşmenin feshedilmesinin ağır bir yaptırım olduğu** gerekçesine dayanılmış, bu doğrultuda feshin haksız olduğuna hükmedilmiştir.

İşçinin davranışı, bu davranışın mahiyetine göre kimi zaman bir geçerli fesih nedeni bazen de fesih için haklı neden teşkil edebilmektedir. Kanun gerekçesinde geçerli fesih nedeni olarak işçinin davranışlarıyla ilgili verilen bazı örnekler (örneğin işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliği yaratmak) aynı zamanda soyut anlamlarına göre birer haklı fesih nedeni. Bunların geçerli neden mi yoksa haklı neden mi teşkil ettikleri, uyumsuzluğa konu olaya göre yani nedenin somut olarak ele alınması yoluyla belirlenebilir. İşçinin davranışı, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği ağırlıkta ise geçerli bir fesih nedeni teşkil ettiği, ahlak ve iyiniyet kuralları açısından sürdürülmesi beklenemeyecek ağırlıkta ise haklı bir fesih nedeni teşkil ettiği kabul edilmelidir. Bir çok hukuk sisteminde benimsenen ve “beklenemezlik” olarak ifade edilen bu kriter, bildirim süresi içinde işçinin çalıştırılmaya devam edilmesinin işverenden beklenip beklenemeyeceği, diğer bir deyişle sözleşme ilişkisinin derhal sona erdirilmesi gereğinin doğup doğmadığı çerçevesinde işletilmelidir¹¹⁸.

Eğer fesih, işçinin davranışlarından kaynaklanıyor ise fesih türünün tespiti bakımından Yargıtay’ın birçok kararında¹¹⁹ yer verildiği üzere bazı aşamalardan oluşan yöntem izlenebilir. Aslında bu yöntem, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının ve geçerli nedenle feshin belirli koşullara bağlı olarak yapılıp yapılmadığının tespiti açısından izlenen bir yoldur. Fakat bu yöntemde feshin geçerli nedene mi yoksa haklı nedene mi dayandığı ayırımından hareket edildiği için yargılamada öncelikle fesih nedenine odak-

¹¹⁸ **Alpagut**, (Haklı - Geçerli Neden Ayırımı), s. 77; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 1068-1069.

¹¹⁹ Yargıtay 9.HD., T.13.01.2020, E.2019/5468, K.2020/116; Yargıtay 9.HD., T.07.09.2015, E.2015/18744, K.2015/24755; Yargıtay 9.HD., T.25.11.2019, E.2019/3480, K.2019/20857; Yargıtay 9.HD., T.09.12.2019, E.2019/4225, K.2019/21916; Yargıtay 9.HD., T.25.11.2019, E.2019/3669, K.2019/20770; Yargıtay 9.HD., T.08.04.2019, E.2018/9463, K.2019/8051 vb. (Lexpera İBB., Erişim Tarihi: 18.06.2023).

lanılmasına, en başta neden yönünden yapılması gereken ayrıma riayet edilmesine olanak sağlamaktadır. Bu sebeple bahsi geçen yöntem, çalışmamızda “fesih nedeninin niteliğine odaklanmamızı sağlayan yöntem” olarak adlandırılmıştır.

Söz konusu yönetime göre davaya konu olayda olduğu gibi işçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini gerektirmektedir. Bu itibarla öncelikle işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmelidir. Daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. İşçinin iş sözleşmesini ihlal eden davranışının, işverene sözleşmeyi derhal feshetme hakkı verecek ağırlıkta olup olmadığı da incelenmelidir. Daha sonra ise işçinin ihlal ettiği yükümlülüğü, ihlal etmekten kaçınıp kaçınamayacağı tespit edilmelidir. Eğer bu aşamada işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma imkânına sahip olduğu anlaşılır ise fesih yaptırımına başvurmadan önce işçiye uyarıda bulunulup bulunulmadığı, uyarıya rağmen davranışı tekrar etmesi halinde İK m. 19 uyarınca savunması alınarak, iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılmalıdır. Ancak, ağır yükümlülük ihlali nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde (yani işçinin davranışından kaynaklanan nedenin somut olay bakımından haklı fesih nedeni teşkil etmesi durumunda) işçiye uyarı verilmesine gerek yoktur. Buna göre işverene derhal fesih hakkı veren İK. m. 25’te belirtilen hallerden dolayı kural olarak işçiye önceden uyarı verilmesi gerekli değildir.

Yargıtay kararlarında benimsenen yöntemin en önemli aşamalarından biri, hiç kuşkusuz fesih nedeninin ağırlığının belirlenmesidir. Çünkü fesih nedeninin ağırlığı; feshin daha başlangıçta geçerli ya da haklı fesih sayılmasını gerektirebilecek son derece önemli bir göstergedir. İşverenin haklı nedenle fesih iddiası karşısında yerel mahkeme, somut olay bakımından işverenin derhal fesih hakkının doğup doğmadığını; gerçekleştirilen feshin usul açısından da derhal fesih sayılıp sayılmayacağını tespit etmekle görevlidir. Ancak çalışmamıza konu kararın gerekçesine bakıldığında bu hususlara yeterince girilmediği anlaşılmakta, ulaşılan netice itibarıyla gereken incelemenin yapılmadığı sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan kararda bahsi geçen ihtar, uyarı, kınama gibi uygulamalar birer disiplin cezası olup işverenin yönetim yetkisine istinaden disiplin cezası uygulama yetkisini haiz olduğu kabul edilmektedir. Çift karakterli norm özelliği arz eden işten çıkarma ise hem bir hukuki yaptırım hem de bir disiplin cezasıdır. İşveren, İK m. 18/1 veya İK m. 25/2’de düzenlenen ne-

denler gerçekleştiğinde sözleşmeyi feshetme hakkını, hukuki bir yaptırım ve kanundan doğan bir disiplin cezası olarak kullanabilecektir¹²⁰.

İşverenin disiplin cezası uygulaması hususunda iş mevzuatında genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İK'daki birkaç madde (m. 18/1, m. 25/2 ve m. 38) dışta bırakılacak olursa Türk hukukunda disiplin cezaları, iç yönetmelik ya da toplu iş sözleşmesine konulan hükümler ile düzenlenmektedir¹²¹. İşverenin disiplin cezası uygulama yetkisi bakımından genel bir düzenleme bulunmasa da bu yetkiyi bir takım koşullara ve usullere uygun olarak kullanması gerektiği kabul edilmektedir¹²². Bu koşullardan biri de toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmelik ile öngörülen disiplin cezasının kaynaklar hiyerarşisine uygun olmasıdır. Yani örneğin iş sözleşmesi ya da iç yönetmelik ile öngörülen bir disiplin cezasının, kanunda öngörülenden daha ağır olması mümkün değildir. Buna karşın işçi lehine olmak üzere kanunda öngörülenden daha hafif bir disiplin cezası, pekâlâ iç yönetmelikte düzenlenebilir¹²³.

Eğer İK m. 25/2'de düzenlenen ve somut olay bakımından gerçekleşen fesih nedeni toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ya da iç yönetmelik ile daha hafif bir disiplin cezası olan geçerli fesih yaptırımına tabi kılınmış ise ancak bu durumda işverenin işçi aleyhine olan İK madde 25/2. çerçevesinde yapacağı fesih, haksız fesih¹²⁴ olarak nitelendirilmelidir. Çalışmamıza konu kararda, böyle bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı anlaşılamamaktadır. Eğer bahsi geçen kaynaklardan birinde böyle bir hüküm var ise ve buna rağmen işveren sözleşmeyi derhal feshetmiş ise bu fesih, haksız fesih olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde işveren feshi İK madde 25/2 çerçevesinde haklı nedene dayandığından, bu durumda işçiye davranışı nedeniyle ihtarda bulunulmasına lüzum yoktur.

Zira feshin haklı nedene dayandığı hallerde iş ilişkisinin devamı çekilmez boyutlara ulaştığı için fesih, son çare olarak uygulanan bir hukuki yaptırım ve disiplin cezasıdır. Bu durumda işverenden daha hafif bir disiplin cezasını uygulamasını beklemek mümkün değildir. Böyle bir beklenti ancak

¹²⁰ **Süzek**, Sarper: "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 28, 2011, s. 10-15; **Elbir**, Nazlı: Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 49-50.

¹²¹ **Elbir**, s. 70 vd.; **Süzek**, Disiplin Cezaları, s. 12-13; **Süzek**, s. 127.

¹²² İşverence işçiye disiplin cezası uygulanabilmesinin koşulları için ayrıca bkz. **Süzek**, Disiplin Cezaları, s. 10-12; **Süzek**, s. 126-129.

¹²³ **Süzek**, s. 129.

¹²⁴ **Süzek**, s. 129.

iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesinin, geçerli nedenle fesih yoluyla sona erdirilmesinde makul ve gerekli görülmektedir. Feshin son çare olması ilkesi, kanunda açıkça ifade edilmese de İK'nın gerekçesinde belirtildiği üzere geçerli nedenle fesihte işverenden beklenen bir davranıştır. Bu durumda işverenin feshe son çare olarak yaklaşması gerekirken, fesihten kaçınma imkânına sahip olunup olunmadığı her zaman araştırılmalıdır. İşveren, geçerli nedene dayanan fesih yoluna başvurmadan önce alabileceği her türden önlemi almış olmalı, örneğin işçinin kusuruna göre başka bir disiplin cezasını uygulaması mümkün ise öncelikle bu yola başvurmalı, disiplini ihlal eden davranış ile uygulanacak disiplin cezasının orantılı olmasına dikkat etmelidir¹²⁵.

Ayrıca bunun için işçinin sözleşmeyi ihlal niteliğindeki davranışının, uygulanacak daha hafif bir yaptırım neticesinde tekrar etmeyeceğine ilişkin objektif beklentilerin de bulunması gerekir¹²⁶. Oysa karara konu olayın gelişimi itibarıyla işverenin sözleşmeyi derhal fesih hakkının doğduğunu, işçinin kusurunun ağırlığı dikkate alındığında, işverenden iş ilişkisine devam etmesinin beklenemeyeceği, dolayısıyla ihtar gibi başkaca bir disiplin cezası uygulamasına gerek bulunmadığı söylenebilir..

Son çare ilkesi (ultima ratio) Alman hukukunda mahkemeler tarafından geliştirilen bir ilkedir¹²⁷. Sonrasında Alman ve Fransız hukuklarında kanuni düzenleme ile uygulama alanı bulan feshin son çare olması ilkesine, Türk hukukunda İK'nın dar anlamda iş güvencesi ve geçerli fesih nedenlerini düzenleyen 18. madde gerekçesinde yer verilmiştir¹²⁸. Öğretide son çare ilkesi ile ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden biri olan gereklilik ilkesinin özdeş olduğu ve aynı anlama geldiği savunulmaktadır¹²⁹. Bunun yanında Alman hukukunda haklı nedenle derhal feshin, başvurulması olanaklı son çare olması gerektiği de kabul edilmektedir. Ancak İK m. 25 hükmünün mevcut halinin feshin son çare olması ilkesi ile uyumlu olmadığı, bu maddenin feshin son çare olması ilkesi ile uyumlaştırılarak yeniden düzenlenmesi gerektiği, aksi takdirde yargı mercilerinin sorun yaşanmaya devam edileceği isabetli olarak dile getirilmektedir¹³⁰.

¹²⁵ Elbir, s. 57-58; Çatalkaya, s. 492.

¹²⁶ Çatalkaya, s. 492.

¹²⁷ Birben, s. 85.

¹²⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1052.

¹²⁹ Birben, s. 86; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1061.

¹³⁰ Çatalkaya, s. 504-505. Alman öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre kanunda düzenlemediği halde feshin son çare olması ilkesinin mahkemeler tarafından işletilmesinin,

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde somut olayda esasen haklı fesih nedeninin tespitine imkân sağlayan beklenemezlik kriterinin işletilmesi gerektiği ortadadır. Buna göre yargılamada somut olayın koşulları bağlamında bir değerlendirme yapılarak öncelikle işçinin borca aykırılık teşkil eden davranışının ağırlığına odaklanılmalı, bu aşamada işçinin davranışının özellikleri ve somut olay bakımından iş ilişkisine etkisi belirlenirken işçinin kusur derecesi, verdiği zararın türü ve ağırlığı, bu davranışın işyeri barışı ve düzenini ne derece etkilediği, taraflar arasındaki güven ilişkisini hangi ölçüde sarstığı değerlendirilmeliydi. Kanaatimizce somut olay bakımından sözleşmenin ihlalinde, işçinin ağır kusurunun bulunduğu ve işverenden bu ilişkiye devam etmesinin beklenemez olduğu dikkate alınmalı ve bu nedenle işçinin genel tutum ve davranışlarına, bu davranışı tekrarlayıp tekrarlamadığına ya da uyarılıp uyarılmadığına vb. bakılmaksızın işverenin derhal fesih hakkının doğduğu kabul edilmeliydi. Başka bir ifadeyle davaya konu olayda olduğu gibi olgunun niteliği bu yönde bir değerlendirmeyi açıkça dışladığında işçinin kıdemi, işyerindeki görevi, önceki tutum ve davranışları, bu davranışın daha önceden tekrarlanıp tekrarlanmadığı veya söz konusu davranış için uyarılıp uyarılmadığı¹³¹ dikkate alınmamalıydı.

VIII. GEÇERLİ NEDENİN YARGISAL DENETİMİNDE BAŞVURULAN BAZI İLKELERİN SOMUT OLAY BAKIMINDAN İŞLETİLİP İŞLETİLEMeyeCEĞİ MESELESİ

Yukarıda açıkladığımız gerekçeler ile somut olayda işveren feshinin haklı nedene dayandığı kanaatine varmış olmamıza karşın, ne yerel mahkeme ne de Yargıtay aynı kanaatte değildir. Üstelik yerel mahkemenin olayda fesih sebebine yaklaşımı maddi hukuk açısından, geçerli neden kavramı ekseninde şekillenmiştir.

Yargıtay işe iade davalarını temyiz mercii olarak karara bağladığı dönemde, yargısal denetime tabi tuttuğu geçerli neden için bir dizi ilke¹³²

kanun koyucunun yasa yapmadaki tercihleri üzerinde değişiklik, adeta bozma anlamına geleceği yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz. **Birben**, s. 85.

¹³¹ Açıklamaların somut olaya uyarlandığı eser. **Alpagut**, (Haklı - Geçerli Neden Ayrımı), s. 77.

¹³² Yargıtay'ın bazı kararlarında işaret edildiği üzere işverenin iş sözleşmesini feshederken geçerli bir sebebe dayansa bile ayrıca belirli bazı ilkelere uyması gerektiği yönündeki beklentiye yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **Taşkent**, Savaş: "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 21, 2011/1, s. 16 vd.; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 1066-1067.

benimsemiş ve bu ilkelere göre dava konusu olayda geçerli nedenin bulunup bulunmadığını tespit etmiştir. Taraflar, bir süredir işe iade davalarında yerel mahkeme kararına karşı istinaf yoluna başvurabilmektedir. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun¹³³ 8/1-a maddesi gereğince işe iade davalarında Yargıtay nezdinde temyiz yolu kapalıdır. Şu durumda işe iade davalarına dair Bölge Adliye Mahkemesi kararları Yargıtay huzuruna taşınmasa da söz konusu ilkeler, Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından kullanılmaktadır. Nitekim feshin son çare olması (ultima ratio), objektif seçim, ölçülülük, menfaatlerin değerlendirilmesi ve tahmin ilkesi geçerli nedenin yargısal denetiminde başvuru ilkelere¹³⁴.

Geçerli nedenin yargısal denetiminde başvuru ilkelere bir kısmı, çalışmamıza konu kararda yerel mahkeme tarafından da kullanılmıştır. Ancak yerel mahkeme kararında, işveren feshinin geçerli nedene mi yoksa haklı nedene mi dayandığı konusuna neredeyse hiç girilmediği, beklenemezlik ilkesinin işletilmediği, bu açıdan ayrıntılı bir inceleme, değerlendirme ve gerekçelendirmeye gidilmediği görülmektedir.

Diğer yandan ölçülülük ilkesinin haklı nedenle derhal fesihte uygulanıp uygulanamayacağı meselesi üzerinde de durmak gerekir. Ölçülülük ilkesi Alman hukuku ve İsviçre hukuku bakımından haklı nedenle derhal fesihte uygulanabilirken¹³⁵ İK 25/2. madde kapsamındaki fesihlerde aynı kanaate varmak güçtür. Zira kanun koyucunun İK'nın 25. maddesinde kesin bir katalog şeklinde düzenlediği mutlak fesih nedenlerinin kural olarak işverene iş sözleşmesini sona erdirmeye hususunda kesin yetki tanıdığı ve bu nedenle hâkime menfaat kıyaslaması yapması için izin vermediği kabul edilmektedir. Haklı neden – geçerli neden ayrımının feshe karşı koruma hukukunun temel ilkelerine göre yapılmasına engel teşkil eden bir diğer husus ise ülkemizde iş güvencesi sistemine geçilmesine rağmen aynı şekilde muhafaza edilen kıdem tazminatı kurumudur. İK'nın 25. maddesi ve kıdem tazminatını düzenleyen hüküm kanun koyucu tarafından yeniden ele alınmadıkça, ölçülülük ilkesini haklı nedenle derhal fesihte işletmeye çalışmak sorunlara gebe olacaktır¹³⁶.

Daha önce izah ettiğimiz nedenlerle işçinin davranışı, işverenin bu ilişkiye katlanmasını bekleyemeyeceğimiz ağırlıkta olup İK m. 25/2-d ve İK m.25/2-e çerçevesinde işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanımaktadır.

¹³³ Kanun No: 7036, R.G. Tarih-Sayı:25.10.2017-30221.

¹³⁴ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 1051 vd.

¹³⁵ **Elbir**, s. 313-316.

¹³⁶ **Elbir**, s. 333-334.

Yerel mahkemenin yukarıda açıklanan nedenler ile ölçülülük, son çare gibi ilkeleri işletmeye çalışması, Yargıtay'ın ise kararda ifade edildiği üzere kanuni gerektirici sebeplere dayanarak usul ve kanuna uygun görülmesi gerekcesiyle yerel mahkeme kararını onaması isabetli olmamıştır.

IX. SÖZLEŞMENİN HAKLI NEDENLE FESHİNDE İŞVERENİN GENEL ANLAMDA EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Somut olay bakımından akla gelen bir diğer soru, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğüne¹³⁷ aykırı davranıp davranmadığıdır. Çünkü davacı işçi iddiasında, başka bir işçinin ısrarı neticesinde kediyi kutuya koyduğunu, kedinin içinde bulunduğu kutuyu işyerindeki araca bıraktığını (bu husus kamera görüntüsü ile sabittir) -olay örgüsünden de anlaşıldığı üzere- kedinin, kutunun içinde işyeri dışına aracın şoförü tarafından çıkarıldığı, hatta ertesi gün kediyi nereye bıraktığını aracın sürücüsünden öğrendiğini ifade etmiştir. Bu bilgiler doğrultusunda maddi hukuk açısından sözleşmenin işverence derhal feshedilmesine olanak tanıyan eylemin, aynı zaman diliminde¹³⁸ birden fazla işçinin katılımı ile gerçekleşip gerçekleşmediği önemli bir meseledir. Kaldı ki konu bu yönüyle usul hukuku açısından da önem arz etmektedir. Ancak konunun usul hukuku bakımından önemine maddi hukuk ayağı öncülük ettiğiinden, somut olay ilk olarak işverenin derhal fesih hakkını kullanırken genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü altında olup olmaması bakımından ele alınacaktır.

¹³⁷ Türk hukuku bakımından işverenin eşit davranma borcunun temelinde Anayasa m. 10 hükmü, hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralının yer aldığı kabul edilmektedir. Anayasa m. 10. hükmü ile işçinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklanan sebeplerle farklı işleme maruz kalmasına karşı bir koruma öngörülmüş, bu koruma İK m. 5 ile iş hukukunda özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin türü kaynaklı ayrımcılık yasağı dışta tutulmak şartıyla İK m. 5'de yer alan düzenlemeler bağlamında ayrımcılık yasağı, temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasının temel koşulu olduğu gibi başlı başına bir temel hak ve özgürlük teşkil eder. Bu anlamda işverenin iş ilişkisinde ve dahi sözleşmenin sona ermesinde dil, din, ırk, renk, cinsiyet, gebelik, siyasi düşünce, felsefi inanç, meshep ve sendikaya üyelik gibi sebepler ile ayrımcılık yapamayacağı tartışmadan ari bir konudur. Ancak ayırım yasaklarından başka işverenin bir de genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. **Yenisey Doğan**, Kübra: "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 2, Haziran 2006, s. 61; **Baysal**, Ulaş: "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, 2010, s. 61; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 815-816.

¹³⁸ Aynı zaman dilimi ifadesi ile kast edilen, işyerinde karşılaştırılabilir durumda olan işçilerin çalışma koşullarının aynı biçimde devam ettiği süredir. **Yıldız**, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 190.

İş hukukunda ayrımcılık nedenleri¹³⁹ dışında, işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bilindiği üzere bu yükümlülük, mutlak olarak işverenin tüm işçilere her hal ve koşulda eşit menfaat sağlama zorunluluğu olarak anlaşılabilir. İşverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü, onun işçiler arasında keyfi ve subjektif nedenler ile ayrımcılık yapmaması gerektiğini ifade eder¹⁴⁰.

İşverenin sözleşmeyi feshetmesi halinde genel anlamda eşit davranma borcu altında olup olmadığı hususunda Türk iş hukuku öğretisi tarafından farklı görüşler ileri sürülmüştür¹⁴¹. Bu görüşleri iki başlık altında toplamak

¹³⁹ 4857 sayılı İş Kanunu'nun "eşit davranma ilkesi" başlığını taşıyan 5. maddesinin ayrımcılık yasağına ilişkin olduğu ve işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü kapsamadığı öğretisi tarafından kabul edilmektedir. Oysa Yargıtay bu maddeyi, işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü kapsayacak şekilde anlamakta ve uygulamaktadır. **Sur**, Melda: "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, s. 36. Yazar, İK 5. maddenin lafzına bakıldığında sadece ayırım yasaklarını düzenlediği sonucuna varılabileceğini, ancak madde gerekçesinde işverenin işe almadan başlayarak, tüm çalışma koşulları yönünden eşit davranma yükümlülüğüne dikkat çekildiği, eşit davranma borcunun en önemli dayanağının Anayasa'nın 10. maddesi olmasına karşın, İK 5. maddenin salt ayrımcılık yasaklarını kapsadığını söylemenin güç olduğunu ifade etmiştir. **Çatalkaya Ugan**, Deniz: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı", Çalışma ve Toplum, C. 2, S. 69, 2021, s. 864.

¹⁴⁰ **Tuncay**, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 6 vd.; **Yenisey Doğan**, Kübra: "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, s. 979; **Uşan**, Fatih: "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 8, 2005, s. 1626; **Çatalkaya**, (Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni), s. 862.

¹⁴¹ Konu Alman öğretisinde de tartışmalıdır. Alman öğretisinde çoğunluğu oluşturan klasik görüşe göre genel eşit işlem ilkesi, sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda kural olarak uygulanmaz. Zira fesih hakkı, yenilik doğuran bir hak olup bu hak kullanılırken her özel durum kendi şartları çerçevesinde incelenmelidir. Çoğunluk görüşten ayrılan bir diğer görüşe göre işçi açısından somut koşulların değerlendirilmesi gerekse bile sözleşmenin sona erdirilmesinde işverenin geniş bir takdir yetkisi bulunduğundan, eşit işlem ilkesinin nadir hallerde uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Ayrıca eşit işlem ilkesinin uygulanabilmesi için bir topluluğun varlığı gereklidir. Fesih doğası gereği bireysel bir işlem olduğu halde, kimi zaman bir topluluğu ilgilendirebilir. Bu görüşü savunan bir diğer yazarlara göre birden fazla işçinin katıldığı bir olay nedeniyle sözleşmenin feshedilmesinde, eşit işlem ilkesinin uygulama alanı bulacağı bir topluluk mevcuttur. Fakat sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi, bu ilkenin mutlak bir eşitlik biçiminde anlaşılabilmesi anlamına gelmez. Sözleşmenin feshinde eşit işlem ilkesinin sınırlı bir uygulama alanı bulunmaktadır. Sözleşmenin feshinde eşit davranma ilkesi, işverenin objektif ve haklı bir neden bulunmaksızın keyfi nedenlerle yahut kötü-

mümkündür. Bir görüşe göre iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴². Bizim de katıldığımız bir diğer görüş, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir. Bu kanaatte olan yazarlar, doğrudan ya da dolaylı olarak söz konusu yükümlülüğün mutlak şekilde eşit davranma gerekliliği olarak anlaşılamayacağını ifade etmektedir¹⁴³. Yargıtay ise 4857

niyetli olarak topluluğu oluşturan bazı işçilerin sözleşmelerini sona erdirirken, diğerlerinin sözleşmelerini sona erdirmemesi anlamına gelir. **Yenisey**, (Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcu), s. 61-62.

¹⁴² Yazar, haklı nedenle derhal fesih halinde de işverenin istediği işçinin sözleşmesini feshedebileceğini ifade etmektedir. **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 164. Yazar, özellikle sözleşmenin haklı nedenle feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı görüşündedir. **Uşan**, s. 1630-1632. Yazarlar benzer şekilde sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde kural olarak eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığını savunmaktadır. **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 146. Yazarlar, işverenin eşit davranma borcunu geçerli nedenle fesih kapsamında ele almış ve açıklamışlardır. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 539 vd.

¹⁴³ Yazara göre eşit davranma borcunun, feshe imkân veren haklı nedenin işverence sözleşmesi feshedilecek işçiler arasında keyfi ayırım sayılacak biçimde kullanılamaması bakımından, özellikle olağanüstü fesihte önem arz ettiği düşünülmektedir. **Tuncay**, s. 213-214. Yazara göre birden fazla işçi, davranışları ile geçerli veya haklı fesih nedeni oluşturmuşlar ise işveren her durumda bu şekilde davranan tüm işçilerin sözleşmelerini feshetmek zorunda değildir. Ancak bu davranışta bulunan işçilerden sadece birinin ya da bir kısmının sözleşmesini feshediyor ise yapacağı tercihin olayın özelliğine göre hakkaniyete, yani aslında genel anlamda eşit davranma borcuna uygun olması gerekir. **Süzek**, s. 466. Yazara göre sözleşmenin feshinde eşit işlem ilkesi, sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Birden fazla işçinin karıştığı bir olayda, işverenin mutlak surette olaya katılan tüm işçilerin sözleşmesini feshetmesi gerektiği söylenemez. Bu durumda her bir işçi açısından sözleşmenin feshinin geçerliliği yahut haklılığı değerlendirilirken, o işçinin durumu ve diğer işçiler karşısındaki konumu esas alınmalıdır. **Yenisey**, (Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcu), s. 61 vd.. Yazar, işverenin eşit davranma borcunun genel bir yükümlülük olduğunu, tüm işçilerine mutlak şekilde eşit davranma yükümlülüğü biçiminde anlaşılmasını gerektirecek mutlak bir borç niteliği arz etmediğini ifade etmektedir. İşverenin, keyfi bir ayırım yapmadıkça ve ayrımcılık yasaklarına aykırı davranmadıkça, sözleşmesini sona erdireceği işçiyi serbestçe belirleyebileceğini savunmaktadır. Ancak genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranışı haklı kılan nedenler için orantılılık ilkesinin aranması gerektiğini kabul etmekte ve fakat bu durumda aranacak orantılılık ilkesinin, ayrımcılık yasaklarına nazaran daha gevşek nitelikte olduğunu dile getirmektedir. **Yenisey**, s. 996-997. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde önem arz eden hususun, iş ilişkisine devam etmenin artık işverenden beklene-memesi olduğuna işaret eden Yazar, bu konuda işverenin kendisinin karar verebileceğini, fakat bu serbesti çerçevesinde işverence gerçekleştirilen feshin, genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal etmemesi gerektiğini savunmaktadır. Birden fazla işçiyi ilgilendiren bir haklı neden söz konusu olduğunda, bu işçilerden birinin ya da bir kısmının sözleşmesi feshedilirken diğerlerinin sözleşmesinin feshedilmemesi, ancak işverenin eşit

sayılı İş Kanunu öncesi dönemde verdiği kararlarda, ağırlıklı olarak işverenin haklı nedenle fesih yoluna başvururken eşit davranma yükümlülüğü altında olduğu sonucuna ulaşmıştır. Sonraki tarihli bazı kararlarda ise somut olayın gerçekleşme koşullarına göre farklı yönde hüküm tesis ettiği de görülmektedir¹⁴⁴.

Bu bakımdan çekişmeye konu olayı değerlendirecek olursak, eğer davacı işçi iddia ettiği gibi bir başka işçinin ısrarı neticesinde kediye kutuya koyup işyeri dışına çıkarılmasını sağladı ise bu hususun da aydınlatılması gerekirdi. Hatta kutuyu araç ile işyeri dışında bir yere götüren ve kediye orada bırakan araç şoförünün, işverenin işçisi olup olmadığı; olayda aktif rol aldığı göz önünde bulundurularak ayrıca tespit edilmeliydi. Maddi hukuk bakımından işverenin, sözleşmenin haklı nedenle feshinde genel anlamda eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı yönündeki görüşlerden hangisine katıldığınıza göre netice değişiklik arz edecektir. Bu değişiklik ise konunun usul hukuku yönünü de etkileyecektir.

Eğer fesih hakkının kullanılmasında, işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun bulunmadığı görüşüne katılır isek olaya birden fazla işçinin karışıp karışmadığı önem arz etmeyecek, bu durum ne maddi hukuk ne de usul hukuku bakımından bir sorun teşkil etmeyecektir. Oysa birden fazla işçinin olaya katılımının söz konusu olması ve işverenin bu olay nedeniyle derhal fesih hakkını kullanması halinde, genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü altında bulunduğu görüşüne katılır isek işverenin her şeyden önce

davranmamasını mazur gösteren haklı bir gerekçenin varlığı durumunda genel anlamda eşit davranma borcunun ihlal edilmediğini gösterir. **Baysal**, s. 85. Yazar, İK 5/6. madde hükmü uyarınca işverenin sözleşmenin feshinde eşit davranması gerektiğini, ayrımcılık yasakları çerçevesinde işçiler arasında ayırım yapılamayacağını, bununla birlikte işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna işaret ederek, farklı muameleyi makul kılan durumlarda ayırımdan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. **Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 110. Yazarlara göre mutlak ayırım yasakları söz konusu olduğunda, işverenin eşit davranma borcu fesih hakkının kullanılmasına doğrudan etkilidir. Aynı zaman diliminde aynı davranışı gerçekleştiren, aynı kusurlu eyleme katılan işçiler arasında iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, genel anlamda eşit davranma borcu dolaylı olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda işveren, aynı eyleme katılan tüm işçilerin sözleşmelerini feshetmek zorunda değildir. Ancak bu durum, söz konusu işçiler arasında keyfi bir ayırım yapabileceği anlamına gelmez. Eğer işveren, bu işçilere sözleşmelerin sona erdirilmesi açısından farklı davranmış ise objektif olarak bu davranışı haklı kılan bir nedenin varlığı halinde artık genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemez. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 816-819; **Yıldız**, s. 257.

¹⁴⁴ Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşünü yansıtan bazı karar örnekleri için ayrıca bkz. **Baysal**, s. 86-87.

neden işçilerden birinin sözleşmesini derhal feshederken, diğerlerinin sözleşmesini feshetmediği, yani sözleşmelerin sona erdirilmesi açısından farklı davranışı objektif olarak haklı kılan bir nedenin bulunup bulunmadığının tespiti gerekecektir.

Bununla birlikte işçilerden birinin açık şekilde daha kusurlu olması, diğer bir deyişle daha fazla sorumlu olması söz konusu ise bu kez daha az kusurlu olanın veya olanların da sözleşmelerinin feshedilmesi eşitlik ilkesinin temelinde yatan adalet ve hakkaniyete uygun düşmeyecektir¹⁴⁵. İşverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü, farklı davranışı objektif olarak haklı kılan nedenlerin varlığı halinde, aslında aynı durumda olmayan işçilere farklı davranmayı gerektirmektedir¹⁴⁶. Farklı olana farklı muamele edilmesi de eşitlik ilkesinin bir gereğidir¹⁴⁷. Somut olayda davacı işçinin kamera kayıtları¹⁴⁸ ve ikrarı¹⁴⁹ ile sabit eylemine istinaden davalı işverenin, kusuru-

¹⁴⁵ **Süzek**, s. 467; **Yenisey** (Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcu), s. 64-65; **Yıldız**, s. 586 vd. Genel anlamda eşit davranma borcu, işverenin işçileri arasında farklı uygulamalar yapmasını yasaklayan bir borç olmayıp işverenin uygulama farklılığını objektif, tutarlı ve denetlenebilir gerekçeler ile temellendirmesinin arandığı bir borçtur. İşveren, aynı veya benzer durumda olmayan işçiler açısından eşit uygulama yapmakla yükümlü olmadığı gibi farklı uygulamayı gerekçelendirmesi de gerekmez. Eşit davranma ilkesi bilakis, objektif olarak farklı durumda bulunanlara farklı işlem yapılmasını gerektirmektedir. **Çatalkaya**, (Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni), s. 879.

¹⁴⁶ **Çatalkaya**, (Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni), s. 870.

¹⁴⁷ **Sur**, s. 40.

¹⁴⁸ İşyerinde alınan kamera kayıtları, bilhassa feshin haklı nedene dayandığı iddiasında olgunun ispatı için kullanılmaktadır. Yargıtay kararlarında da işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarının ispatı için diğer deliller ile desteklenen kamera kayıtlarının, feshin haklı nedene dayandığını ispatlayan bir fonksiyonunun bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak kamera kayıtlarının incelenmesi neticesinde feshi haklı çıkarabilecek davranışların tespit edilmiş olması yeterli olmayıp bu davranışın aynı zamanda güven duygusunu zedelediği sonucuna da varılabilmelidir. Kamera kayıtlarının delil olarak kullanılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bu kayıtların elde edilme şeklidir. HMK'nın 189/2. maddesinin mefhumu muhalifinden, ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerin, dolayısıyla kamera kayıtlarının mahkeme tarafından bir olgunun ispatında dikkate alınabileceği kabul edilir. **Kemer**, Nurten: İş Yargılamasında İspat ve Deliller, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 144-146. Somut olayda davalı işverence delil olarak sunulan kayıtların, güvenlik kamerası görüntüleri olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁴⁹ Günümüzde ikrarın kesin delil olup olmadığı tartışmalıdır. İkrarın niteliği hakkında görüşler için ayrıca bkz. **Kemer**, s. 67-68. İkrar, taraflardan birinin aleyhine olarak ileri sürülen bir olayın doğruluğunu mahkemeye beyan etmesi anlamına gelir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu beyan diğer tarafı ispat yükünden kurtaracağından, ikrara konu olayın ispatına gerek kalmaz. İkrar, HMK'da deliller arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikrar, hâkimi bağlamaz.

nun/sorumluluğunun ağırlığı nedeniyle sadece bu işçinin sözleşmesini feshetmesinin, genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmediği sonucuna dahi varılabilir. Hatta davacı vekilinin kötüniyet tazminatı talebine karşın, yerel mahkemenin sadece ihbar ve kıdem tazminatına hükmettiği kararında, işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığına yönelik herhangi bir değerlendirmeye yahut tespite yer verilmediğini ayrıca belirtmek isteriz.

X. TARAFLARCA GETİRİLMESİ İLKESİ VE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ BAĞLAMINDA YEREL MAHKEME KARARI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasında ispat yükünün kimde olacağı özel olarak düzenlenmiştir. Ancak öğretilerdeki genel kabule göre İK 5. madde, ayrımcılık yasaklarına ilişkin olup -sözleşmenin türüne dayalı ayrımcılık hali hariç- işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu kapsamamaktadır. Bu kabulden hareketle İK 5/7. maddede yer verilen “20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur” biçimindeki düzenlemenin, davaya konu somut olay bakımından uygulama imkânı bulamayacağı, olgunun ispat açısından genel kurallara tabi olduğu sonucuna varılacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁵⁰ (HMK) 190. maddesi uyarınca “ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”. Kendisine ispat yükü düşen taraf, iddiasını ispat edemez ise kendisine ispat yükü düşmeyen diğer tarafın onun iddiasının aksini ispat etmesine gerek bulunmamaktadır. Karşı ispat faaliyeti için kanıt sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz. Dolayısıyla kural olarak işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini ispat yükünün, bu olguya bağlanan hukuki neticeden kendi lehine hak çıkaran işçiye ait olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu durumda işçinin ispat yükünü ortadan kaldıran veya hafifleten bir hüküm de bulunmamaktadır.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 343-344. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda ikrar, ikrar eden taraf aleyhine kesin delil teşkil eder. Hâkim de ikrar ile bağlıdır. **Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 247-250.

¹⁵⁰ Kanun No: 6100, R.G. Tarih-Sayı:04.02.2011-27836.

Yerel mahkeme ise “... *davacının savunma yazısında adı geçen YGM Personeli ... ile olaydan bilgisi olduğu ve Antrepo Şefi olarak çalıştığı anlaşılan ...'ün, davacının savunması doğrultusunda işverence beyanı alınması gerekirken, işverence hiçbir şekilde bu yönde araştırma yapılmadan, davacının savunmasının gerçeği yansıtmadığı ve/veya geçerli mazeret sayılmayacağı kanısına*” varmış, bu nedenle doğrudan iş akdinin tazminatsız olarak feshedilmesini ağır bir yaptırım olarak değerlendirmiş ve feshin haksız olduğuna hükmetmiştir.

Oysa somut olayda işverenin diğer işçilerin sözleşmelerini feshetmeye gerek olmadığı kanaatine varması, muhtemeldir ki bu nedenle bahsi geçen işçilerin beyanlarına başvurmadığı, davacı işçinin kusurlu eyleminin kamera görüntüsü ve ikrarı ile sabit olması nedeniyle başkaca bir araştırma yapma ihtiyacı duymadığı düşünülebilir.

Yerel mahkemenin özellikle bu gerekçeden hareketle hüküm tesis etmesi, esasen iş yargılamasında da geçerli olan taraflarca getirilme ilkesiyle¹⁵¹ çelişmektedir. Davacı işçi, işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davrandığını iddia ediyor ise (davacı işçinin savunması ile davacı vekilinin ayrıca kötüniyet tazminatı talep etmesi dikkate alındığında) yine aynı ilke gereğince bu olguyu ispatlayacak dava malzemelerini de mahkemeye bildirmelidir. İşverenden ise savunmasını dayandırmadığı olguları ileri sürmesi beklenemeyecektir.

Diğer yandan davayı aydınlatma yükü kapsamında tarafların kendi hukuki himaye istemleri ile örtüşmeyen delillerin toplanmasına ve gerçeğe ulaşılmasına katkıda bulunmaları gerektiği kabul edilse¹⁵² de medeni usul hukuku öğretinde baskın görüş, genel bir usuli aydınlatma ödevi olarak nitelendirilebilecek, iddia ve ispat yükünü taşımayan tarafa dava malzemesinin toplanmasına katkıda bulunma biçiminde genel bir yükümlülük yüklenemeyeceği yönündedir¹⁵³. Çünkü bu mahiyette bir yükümlülüğün kabulü, taraf-

¹⁵¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 192; Taraflarca getirilme ilkesi, davanın ve savunmanın dayanağını oluşturan olgu ve delillerin, dava malzemesinin taraflarca mahkemeye bildirilmesini ifade eder. HMK 25. maddede düzenlenen taraflarca getirilme ilkesi iş yargılamasında da kural olarak geçerlidir. Buna göre davacı, talep sonucunu haklı gösterecek olguları mahkemeye sunmalıdır. Davalı da savunmasını dayandırdığı itiraz ve def'ileri haklı gösterecek olguları ileri sürmelidir. **Akpolat Köme**, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 232-233; **Kar**, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 69-70.

¹⁵² **Erdönmez**, Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 61.

¹⁵³ **Börü**, Levent: Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 111-112; **Bilgiç**, Basri, Hasan: Medeni Usul Hukukunda Delillerin

larca getirilme ilkesinin göz ardı edilmesine ve re'sen araştırma ilkesinin medeni yargılamada egemen hale gelmesine neden olacağı¹⁵⁴ gibi kimsenin kendi aleyhine delil getirmeye zorlanamayacağı kuralının da ihlali neticesini doğuracaktır¹⁵⁵. Kanaatimizce işverenin dosyada adı geçen diğer işçilerin ifadesine başvurmamış olmasını, davacı işçinin ihtiyaç duyduğu bir ispat aracı olarak nitelendirmek ve davalı işverenin bir nevi delillerin ileri sürülmesine katkıda bulunma yükünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmak suretiyle hüküm tesis etmek, taraflarca getirilme ilkesinin sınırları bakımından son derece sorunludur.

Zira ne dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü düzenleyen HMK m. 29 ne de cevap dilekçesinin içeriğinin düzenlendiği HMK m. 129/1-d'ye göre bir tarafın kendi aleyhine ileri sürülen dava olguları hakkında açıklama yapmak zorunda olduğu neticesine ulaşılamaz¹⁵⁶.

Bu yönüyle konuyu hâkimin davayı aydınlatma ödevi bağlamında değerlendirmek gerekir. Medeni usul hukukunda kural taraflarca getirilme ilkesi olsa da bu ilkenin vazgeçilmez, mutlak ve sınırsız olduğu söylenemez. Bu ilkenin sınırlarını belirleyen başka bazı ilke ve kurallar mevcuttur. Bunlardan biri de hâkimin davayı aydınlatma ödevidir¹⁵⁷. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin düzenlendiği HMK m. 31'e göre "*hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir*". Madde hükmünün kaleme alınış biçiminden açıklama yaptıрма, soru sorma veya delil gösterilmesini isteme bakımından hâkime bir serbestlik tanındığı izlenimi uyansa da gerektiğinde söz konusu faaliyetlerin yerine getirilmesinin hâkim için bir ödev olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁸. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin

İleri Sürülmesi, T.C. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2018, s. 48-49; **Erdönmez**, s. 52; **Yardımcı**, Emre Taner: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 170-171.

¹⁵⁴ **Börü**, s. 111; **Bilgiç**, s. 49.

¹⁵⁵ **Bolayır**, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 63; **Börü**, s. 111; **Bilgiç**, s. 49.

¹⁵⁶ **Yardımcı**, s. 175.

¹⁵⁷ Taraflarca getirilme ilkesi hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi ile yumuşatılmıştır. **Kar**, s. 73; **Akpulat**, s. 233. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, taraflarca getirilme ilkesi karşısındaki durumu hakkında görüşler için ayrıca bkz. **Karaaslan**, Varol: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 108-112.

¹⁵⁸ **Bolayır**, s. 139-140; **Karaaslan**, s. 17-18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 196. Maddi olgu bakımından örneğin, fesih hakkında tarafların ve tanıkların beyanları çelişkili ise

amacı, doğru hüküm verilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesidir. Zira davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacaktır¹⁵⁹.

Hâkim, yalnızca tarafların ileri sürdükleri olgulara zımnen dâhil olan olguların getirilmesini isteyebilecektir. İleri sürülen olgulara zımnen dâhil olan ve fakat taraflarca açık şekilde bildirilmemiş olan olgular, tarafların dinlenilmesi yoluyla dava kapsamına alınabilecek, böylece olguların ileri sürülmemeleri sebebiyle oluşan belirsizlik ve eksiklikler giderilebilecektir. Olgular için geçerli olan bu durum, hükümdeki ifadeden hareketle deliller bakımından da geçerlidir. Ancak hâkim istediği her delilin değil yalnızca dava dosyasından anlaşılabilen, tarafların iddia ve savunmaları kapsamında kalan, uyuşmazlığın çözümü için gerekli gördüğü delillerin gösterilmesini talep edebilir¹⁶⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bazı kararlarında iş hukukunun hem özel hukuk hem de kamu hukuku karakteri taşıması, iş yargısının kamu hukuku özelliği de gösteriyor olması sebebiyle bu alanda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, taraflarca getirilme ilkesine ağır bastığını ifade etmiştir. Hukuk Genel Kurulu bu kararlarda hâkimin olayı aydınlatmak ve gerçeğe ulaşabilmek için delil ikamesi isteyebileceği, davanın her aşamasında iki tarafın iddiaları kapsamında olmak üzere tarafları dinleyeceği ve gerekli delillerin gösterilmesini emredebileceği, mahkemenin taraflara belirli bir delili hatırlatamayacağı fakat talep edileni netleştirmesi ve aydınlatması gerektiğine işaret etmiştir¹⁶¹. Yargıtay, taraflar arasındaki uyuşmazlığın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilip edilmediği noktasında toplandığı davaya ilişkin kararında da hâkimin aydınlatma ödevine dikkat çekerek, olay ile ilgili olarak müşteki konumunda olan çalışanın ifadesi dışında net bilgi taşıyan bir delilin bulunmadığı, bu haliyle feshe sebep gösterilen olayın tam olarak aydınlatılmadığı, HMK m. 31 hükmü dikkate alınarak servis müdürü ...'ın tanık olarak ifadesine başvurulması gerektiği, hatta daha önce dinlenen ve görgüye dayalı ifadeleri bulunan taraf tanıklarının yüzleştirilmesi sağlanarak feshe sebep teşkil eden olayın kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya kon-

hâkim tarafından ayrıntılı tanık beyanları alınmalıdır. Zira tanık beyanlarındaki çelişkinin giderilmesi hâkimin aydınlatma görevi kapsamında yer alır. **Kar**, s. 92-93.

¹⁵⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 196; **Akpulat**, s. 235.

¹⁶⁰ **Bolayır**, s. 142-147; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 196.

¹⁶¹ Yargıtay HGK., T.20.02.2013, E.2012/843, K.2013/253; Yargıtay HGK., T.14.05.2014, E.2013/1920, K.2014/666 (Lexpera İBB, Erişim Tarihi: 24.11.2023).

ması ve sonuca göre sözleşmenin işverence haklı sebeple feshedilip feshedilmediğinin belirlenmesinin gerektiği ifade edilmiştir¹⁶².

Netice itibarıyla kedinin işyeri dışına çıkarılması fiiline birden fazla işçinin katılıp katılmadığı hususunun açık olmadığı, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında bu konuyu açıklığa kavuşturma yükümlülüğünün bulunduğu, ancak bu şekilde maddi gerçeğe ulaşılması ve doğru hüküm verilebilmesi mümkün iken karardan anlaşıldığı üzere yerel mahkemenin aksi yönde hareket etmesi sebebiyle hükmün usul hukuku açısından da isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Bu çalışmanın hareket noktasını oluşturan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2018 tarih, E. 2015/24613 ve K. 2018/21783 sayılı kararına konu somut olayda, işverenin işyerinde bakmayı tercih ettiği ev kedisinin, güvenlik kamera kayıtları ve ikrarı ile sabit olduğu üzere davacı işçi girişimiyle işyeri dışına çıkarılması ve neticede zarar görerek yaşamını yitirmesi söz konusudur. Davalı işveren, böyle bir çalışanın işyerinde istihdam edilmesinin mümkün olmadığı kanısıyla sözleşmeyi derhal feshetmiştir. Davacı işçi ise iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini iddia ederek işçilik alacakları yanında ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatı talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme, feshin haklı nedene dayanmadığına kanaat getirip davalı aleyhine ihbar ve kıdem tazminatına hükmederken, Yüksek Mahkeme özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesi gerekçesiyle oyçokluğu ile hükmün onanmasına karar vermiştir.

Hayvanların korunmasına dair kurallar, onların acı çekme yetisine sahip olmaları nedeniyle korunmaları gerektiği gerçeğine dayanır. Pek çok ülkede hayvanları koruma kanunları, 1950'li yıllarda kabul edilmiştir. Ülkemizde ise hayvanların korunmasına ilişkin ilk müstakil kanun (5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu - HKK) 2004 yılında yürürlüğe konulmuştur. HKK'na göre ev hayvanı; evde, işyerinde veya arazide özel ilgi ve refakat amacıyla korunan, bakımı ve sorumluluğu sahibi tarafından üstlenilen hayvanlardır. Çalışmamıza konu olayda bahsi geçen ve işveren tarafından işyerinde bakımı üstlenilen sahipli kedi de ev hayvanlarına ilişkin ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerin korunması kapsamındadır.

Sahiplenenin korunmaya değer menfaati, sahiplenilen hayvan üzerindeki hakkın niteliği ile ilişkilidir. Ev hayvanı üzerindeki hakkın niteliği

¹⁶² Yargıtay 22.HD., T.03.12.2012, E.2012/7584, K.2012/27072 (Legalbank, Erişim Tarihi: 24.11.2023).

konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız görüşe göre ev hayvanları özgür ve duyarlı varlıklar olduğundan, sahiplenenin hayvan üzerindeki hakkı mülkiyet hakkı olmayıp bir nevi vesayet hakkıdır. Diğer hayvan türlerine nazaran insanlar ile sahiplendiği evcil hayvan arasında, duygusal yönü bulunan ve günümüzde son derece olağan karşılanan bir bağ bulunmaktadır. Psikoloji alanındaki çalışmalar göstermektedir ki evcil hayvan ve onu sahiplenen insan arasındaki ilişki, bakım veren ile bebek/çocuk arasındaki bağlanmaya benzer şekilde kurulmaktadır. Bu nedenle evcil hayvandan ayrılmanın sahiplenende kaygıya, yaşamını yitirmesinin ise yasa neden olduğu kabul edilmektedir. Dava konusu somut olayda da evcil bir hayvanı sahiplenerek işyerinde bakımını üstlenen işverenin, bu hayvan ile arasında kurulan duygusal bağı görmezden gelmek, istihdam ettiği işçinin kabul edilemez eylemi neticesinde kedinin yaşamını yitirmesinin onda kaygıya ve yasa neden olmayacağını düşünmek mümkün değildir. İşyerinde bakımını üstlenen işveren ile kedi arasında kurulan duygusal bağ nedeniyle kediyeye yönelik bu tarz müdahalelerin, işverenin kişilik hakkına saldırı mahiyetinde olduğu ortadadır. Üstelik işçi, doğruluk ve bağlılığa uymayan bu davranışı ile sadece işverenin kişilik hakkını değil aynı zamanda canlı ve duyarlı bir varlık olan kedinin hukuken korunan yaşama hakkını da ihlal etmiştir.

Çekişmeye konu olayda kişilik hakkı ihlali biçiminde ortaya çıkan bu durumun, işveren için sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez kıldığı ve işçinin davranışının iş ilişkisinin güven temelini çökerttiği açıktır. Dolayısıyla davacı işçinin kamera kayıtları ve ikrarına göre sabit, objektif iyiniyet kuralına aykırılığı aleni olan eyleminin, işverene İK 25/2. maddede iyiniyet kurallarına yapılan genel atıf ile sözleşmeyi derhal feshetme imkânı tanıdığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte kanaatimizce somut olay bakımından işçinin işverene sataşmasının hüküm altına alındığı İK 25/2-d. maddesi ile işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasını düzenleyen İK 25/2-e maddesi de işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanımaktadır.

Yerel mahkeme verdiği kararın gerekçesinde, davacının savunmasında yer verdiği ifadelere işaret ederek işverenin herhangi bir araştırma yapmadan, olaya karıştığı iddia edilen diğer bazı işçilerin beyanlarını almadan davacı işçinin sözleşmesini feshetmesinin, işçinin işyerindeki kıdemi dikkate alındığında ölçülü olmadığını, davalı işverenin uyarı, kınama gibi cezalar vermesi mümkün iken doğrudan haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesinin ağır bir yaptırım olduğunu belirtmiştir. İşçinin davranışı, kimi zaman geçerli bir fesih nedeni; bazen de fesih için haklı neden teşkil edebilmektedir. Eğer somut olayda olduğu gibi işçinin davranışı, ahlak ve iyiniyet kuralları açısın-

dan iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği ağırlıkta ise bu davranış haklı bir fesih nedeni teşkil edecektir. “Beklenemezlik” olarak ifade edilen bu kriter gereğince, geçerli nedenle fesihten farklı olarak artık işçiye ihtar, uyarı vb. türden disiplin cezası verilmesine gerek olmaksızın sözleşme derhal feshedilebilir. Diğer yandan, dava konusu olayda olduğu gibi olgunun niteliği böyle bir değerlendirmeyi açıkça dışladığında, işçinin kıdeminin, önceki tutumunun ve bu davranış için uyarılıp uyarılmadığının dikkate alınmaması gerekir.

Söz konusu sebeplerle işveren feshinin haklı nedene dayandığı kanaatine varmamıza karşın, yerel mahkeme ve Yüksek Mahkeme aynı kanaatte değildir. Kararda işveren feshinin geçerli nedene mi yoksa haklı nedene mi dayandığı konusuna neredeyse hiç girilmeden, beklenemezlik kriteri işletilmeksizin, ayrıntılı bir değerlendirme ve gerekçelendirmeye gidilmeden feshin haksız olduğu ifade edilmiştir.

Davacı işçinin, işyerinde görev yapan başka bazı işçilerin olaya dâhil olduğu iddiası ise kararı hem maddi hukuk hem de ispat hukuku açısından ilgilendiren bir meseledir. Zira Türk iş hukuku öğretisinde de çoğunluk görüşe göre işverenin sözleşmenin feshinde genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Böylece somut olaya söz konusu işçilerin dâhil olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. İK madde 5’in işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu kapsamadığı kabulüne ve davayı aydınlatma ödevine rağmen mahkeme, bu durumun tespiti için herhangi bir girişimde bulunmamış, işverenin gerekli araştırmayı yapmadığı gerekçesiyle feshin haksız olduğuna hükmetmiştir. Kaldı ki genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü gereğince işverenden, farklı davranışı objektif olarak haklı kılan nedenlerin varlığı halinde aynı durumda olmayan işçilere farklı davranması beklenecektir.

KAYNAKÇA

- Arı**, Benan: “Türk ve Fransız Hukuklarında Hayvanların Saklama Sözleşmelerine Konu Edilmesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2020, s. 59-78.
- Arıcı**, Kadir: Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022.
- Arslan**, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.
- Arslan**, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Akbulut**, Onur/**Çobanoğlu**, Nesrin: “Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 36, 2020/1, s.1-37.
- Aksoy**, Hüseyin Can: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, ss.161-194.
- Aksüt**, Demirbaş Burcu: “Kamu İcra Hukukunda Menfaat Dengesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan, S. 16 (Özel Sayı 2014), 2015, s. 4671-4735.
- Aktay**, Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- Akyiğit**, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Akyiğit**, Ercan: Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- Alpagut**, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, s. 23-32.
- Alpagut**, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, Mart 2006, s. 71-83.
- Antalyalı**, A. Ahmet: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Hayvan Refahı Uygulamaları, Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, Ankara 2007.
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

- Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat:** Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, C. I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Başkan, Esra:** “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanunu’na Etkisi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S. 35, s. 105-124.
- Başpınar, Veysel:** “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukuki Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul 2016, s. 1343-1362.
- Baysal, Ulaş:** “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, 2010, s. 60-99.
- Bilgiç, Basri, Hasan:** Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, T.C. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2018.
- Birben, Erhan:** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2006.
- Bolayır, Nur:** Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Bolliger, Gieri:** “Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives”, Animal Law Review, C. 22, 2016, s. 311-395.
- Börü, Levent:** Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Bradshaw, Karen:** “Animal Property Rights”, University of Colorado Law Review, C. 89, 2018, s. 809-861.
- Burgess Jackson, Keith:** “Doing Right By Our Animal Companions”, The Journal of Ethics, C. 2, S. 2, 1998, s. 159-185.
- Cumalıoğlu, Emre:** “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 573-610.
- Çalık, Şefik:** İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

- Çatalkaya Ugan**, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, C. 2, S. 69, 2021, s. 859-898.
- Çatalkaya Ugan**, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Çelebi**, Özgün: “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, 2018, s. 559-622.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Çelik**, Nuri: *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Dambiec**, Dieter: *Enhancing the Legal Status of Animals-Part 1*, <https://proutglobe.org/2013/03/enhancing-the-legal-status-of-animals-part-1/> (Erişim Tarihi: 25.07.2023).
- Doğu**, Hakkı Mert: “Futbolcu Menajerliği Sözleşmesinde Menfaat Çatışması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, 2018, s. 400-414.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: *Türk Özel Hukuku C. 2 - Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Elbir**, Nazlı: *Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları*, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku) Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.
- Erdönmez**, Güray: *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Ergin**, Hediye: “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 34, 2015, s. 71-88.
- Ertaş**, Şeref: *Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku*, İleri Kültür Merkezi, 2. Baskı, İzmir 2012.
- Ertürk Arslan**, Arzu: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Başkan**, Esra: *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

- Goodman**, Ellen, P: “Animal Ethics and the Law”, Temple Law Review, C. 79, S. 1291, 2006, s. 1291-1314.
- Göktaş**, Seracettin: “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, S.1, 2009, ss.61-74.
- Güloğlu**, Yavuz: “Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020, s. 1-18.
- Güven Ercan/Aydın Ufuk**: Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2020.
- Güzel**, Ali/Çatalkaya, Deniz Ugan: “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, 2014, s. 17-66.
- Hatemi**, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- Helvacı**, Serap/Erlüle, Fulya: Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- İnci Özen**, Zekiye: “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Açısından Korunması”, İstanbul Saydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2019, s. 1-24.
- Kar**, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Kayihan**, Şaban/Ünlütepe, Mustafa: Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Kayırgan**, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Özel Sayı, C. 20, S. 1, 2014, s. 459-478.
- Keleş**, Ruşen/Hamamcı, Can/Çoban, Aykut: Çevre Politikası, İmge Kitabevi, Ankara 2012.
- Kemer**, Nurten: İş Yargılamasında İspat ve Deliller, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Keskin**, A. Dilşat: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Kılıç**, Selim: “Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 22, Temmuz 2015, s. 91-121.

- Kılıçoğlu, M. Ahmet:** Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Erişgin Söğütlü,** Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (C. 8, Özel Sayı), C. 2, 2013, s. 1691-1725.
- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Mollamahutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal,** Ulaş: İş Hukuku, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.
- Mueller, Megan, K./Gee, Nancy, R./Bures, Regina, M:** “Humananimal Interaction As a Social Determinant of Health: Descriptive Findings From The Health and Retirement Study”, BMC Public Health, C. 18, S. 1, 2018, s. 2-7.
- Narmanlıoğlu, Ünal:** İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Nart, Serdar:** ”Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2020, s. 123-170.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir Oktay,** Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal:** Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.
- Olgun, Hakan:** “Batı Felsefesinde Hayvanın Ahlaki Statüsü: Francione’nin Abolisyonizmi Üzerine Bir Değerlendirme”, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 15, S. 25, Mayıs 2020, s. 3916-3948.
- Öktem Songu, Sezgi:** “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 113-145.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes,** Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Robinson, Lawrence/Segal, Jeanne:** “The Mood-Boosting Power of Pets”, <https://www.helpguide.org/articles/mental-health/mood-boosting-power-of-dogs.htm> (Erişim Tarihi: 07.04.2023).
- Sapontzis, Steve F.:** “Moral Community and Animal Rights”, American Philosophical Quarterly, C. 22, S. 3, 1985, s. 251-257.
- Savaş, F. Burcu:** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

- Savaş, Türker/Yurtman, İsmail Yaman/Tölu, Cemil:** “Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış - Nesnel Arayışlar”, Hayvansal Üretim, C. 50, S. 1, 2009, s. 54-61.
- Sevimli, K. Ahmet:** “4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 6, Kasım 2004, s. 4-22.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay:** Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2018.
- Sıddıq, Abu Bakar/Habib, Ahsan:** “Antropolojide Ortaya Çıkan Çok - Disiplinli Güçlü Bir Alt Bilim: Antrozooloji”, Artuklu İnsan ve Toplum Bilim Dergisi, C. 2, S. 1, 2017, s. 22-35.
- Singer, Peter (Çeviren: Doğan, Hayrullah):** Hayvan Özgürleşmesi, Ayrıntı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- Sözer, Ali Nazım:** “İşçi İşyerinde Ev Hayvanı Bakabilir mi?”, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.1, Ocak 2019, s. 1-55.
- Sungurbey, İsmet:** Hayvan Hakları (Bir İnsanlık Kitabı), İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1992.
- Sur, Melda:** “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, s. 33-51.
- Sümer, Haluk Hadi:** İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Sümer, Haluk Hadi:** İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Süzek, Sarper:** İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Kazancı Yayınları, Ankara 1976.
- Süzek, Sarper:** İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Süzek, Sarper:** “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 28, 2011, s. 9-18.
- Şahin, Özge/Kahya, Yasemin:** “Evcil Hayvana Bağlanma Ölçeği: Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması”, Nesne Psikoloji Dergisi, C. 6, S. 12, 2018, s. 174-197.
- Taşkent, Savaş:** “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 21, 2011/1, s. 15-24.
- Tekinay, S. Sulhi:** Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973.

- Tuncay, A. Can:** İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut:** İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Türkdoğan Bolat, Elif:** “Hayvanlar Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Tesisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2022, s. 287-314.
- Uşan, Fatih:** “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 8, 2005, s. 1624-1632.
- Uyumaz, Alper:** “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, 2016, s. 133-184.
- Wise, M. Steven:** “Nonhuman Rights to Personhood”, Pace Environmental Law Review, C. 30, S. 3, 2013, s. 1278-1290.
- Yardımcı, Emre Taner:** Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Yenisey Doğan, Kübra:** “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, s. 974-1003.
- Yenisey Doğan, Kübra:** “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 2, Haziran 2006, s. 60-65.
- Yıldız, Gaye Burcu:** İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Yılmaz, Halil:** “Hayvan Haklarına Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, 2006, s. 212-229.
- Zevkliler, Aydın:** “Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan (3. Cilt), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2016, s. 799-819.

ALMAN CEZA YARGILAMASINDA MERKEZİ BİR YAPI TAŞI: ARA MUHAKEME*

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1442251>

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN**

Öz

Ara muhakeme, ceza davası açılması talebinin mahkeme tarafından karara bağlandığı aşamadır. Ara muhakemede yargılamanın esası hakkında bir değerlendirme yapılmamakta; soruşturma aşamasında yapılan araştırma kapsamında, davanın açılması için gereken koşulların oluşup oluşmadığına karar verilmektedir. Diğer bir ifadeyle, iddianamenin hangi içerikle kabul edilebileceği incelenmektedir. Ara muhakemede mahkemenin normatif olarak kabul edilmiş olan bir kontrol işlevi bulunmaktadır. Soruşturma aşamasında yapılan işlemler denetimden geçirilmektedir. Soruşturmanın sonuçlarının iddianameyi haklı kılıp kılmadığı; soruşturmanın düzenli, verimli ve adil yürütülüp yürütülmediği kontrol edilmektedir. Ara muhakemede mahkeme, iddianamenin içeriğini sanığa bildirir ve daha sonra sanık aleyhinde yeterli şüphe olup olmadığını inceler. Bu incelemenin bir parçası olarak sanığı dinleyebilir ve yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını belirlemek adına delil toplayabilir. İddianamenin açıklanmasıyla birlikte sanığa dosyayı inceleme ve delil toplama talebinde bulunma fırsatı verildiğinden, bir nevi asıl yargılamadan önce savunma hakkı verilmektedir. Bu sayede mahkemenin de ana duruşmaya hazırlanabilmesine katkı sağlanmış olmaktadır. Asıl yargılamadan önce delillerin toplanmasını teşvik ettiği için ara muhakeme, sanığın haklarını koruma ve yargılamayı hızlandırma açısından merkezi bir rol oynamaktadır.

* Bu makale, 9. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu'nda (24-26 Mayıs 2023), çevrimiçi sunulan özet tebliğın, genişletilerek ve gözden geçirilerek makale haline dönüştürülmüş halidir.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi, Ankara (recep.kahraman@hbv.edu.tr) ORCID: 0000-0002-0991-9692 (Gönderim Tarihi: 26.02.2024-Kabul Tarihi: 13.05.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Soruşturma, Ara muhakeme, Ana yargılama, Kontrol işlevi, İddianamenin iadesi

**A CENTRAL BUILDING BLOCK IN GERMAN CRIMINAL
PROCEEDING: INTERIM PROCEDURE**

(Research Article)

Abstract

The interim procedure is the phase in which the court decides on the request to initiate a criminal case. In the interim procedure, no evaluation is made about the merits of the proceedings. It is decided whether the conditions required for filing a public prosecution have been fulfilled within the scope of the investigation carried out during the investigation phase. In other words, the content of the indictment is being examined. In the interim procedure, the court has a control function which has been accepted as normative. Transactions carried out during the investigation phase are audited during the interim procedure phase. Whether the results of the investigation justified the indictment; It is checked whether the investigation is carried out regularly, efficiently and fairly. In the interim procedure, the defendant is informed of the content of the indictment. The court then examines whether there is sufficient suspicion against the defendant. The court may listen to the defendant and gathering evidence to determine whether sufficient suspicion exists. With the announcement of the indictment, the defendant is given the opportunity to examine the file and request evidence, thus giving the defendant the right to defend herself before the actual proceeding. In this way, it contributes to the preparation of the court for the actual proceeding. For this reason, the interim procedure plays a central role in protecting the rights of the defendant and speeding up the trial.

Keywords

Investigation, Interim procedure, Actual trial, Control function, Returning of indictment

GİRİŞ

Alman hukukunda ara muhakeme (Zwischenverfahren), ceza davası açılması talebinin, esasa bakmakla görevli mahkeme tarafından karara bağlandığı aşama olarak tanımlanmaktadır¹.

Ara muhakeme, dava açma koşullarının gerçekleşmesiyle birlikte, hukuka uygun ve yeterli delilin elde edilmesinin ardından, iddianamenin tüm yönleriyle doğru ve eksiksiz bir şekilde ana duruşmaya aktarılmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir². Bu aşamada, yargılamanın esası hakkında bir

¹ **Meyer-Goßner**, Lutz/**Schmitt**, Bertram: Strafprozessordnung: Kommentar, C.H. Beck, 63. Auflage, München 2020, s. 991.

² **Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd: Strafverfahrensrecht, C.H. Beck, 29. Auflage, München 2017, s. 338; **Kindhäuser**, Urs/**Schumann**: Kay H. Strafprozessrecht, Nomos, 5. Auflage, Baden-Baden 2019, s. 208; **Ünver**, Yener/**Hakeri**: Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2020, s. 529; **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 992; **Hegmanns**, Michael: Das Zwischenverfahren im Strafprozess: Entwicklung, Zustand und Vorschläge zu einer Reform, VVF, München 1991, s. 62; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul 2020, s. 625; **Ernst**, Christoph: Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, Peter Lang, Frankfurt am Main 1986, s. 4; **Mavany**, Markus: “Hidden champion des Strafverfahrens – das Zwischenverfahren”, JA, 2015, s. 489; **Evik**, Vesile Sonay: “İddianamenin İadesi”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008, s. 815; **Beulke**, Werner/**Swoboda**, Sabine: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 15. Auflage, Heidelberg 2020, s. 272; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 495; **Schroeder**, Friedrich Christian/**Verrel**, Torsten: Strafprozessrecht (Grundrisse des Rechts), C.H. Beck, 8. Auflage, München 2022, s. 123; **Stuckenberg**, Carl Friedrich: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz / §§ 151-212b in Löwe-Rosenberg StPO, De Gruyter, 27. Auflage, Berlin 2018, s. 705; **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 686; **Vormbaum**, Moritz: “Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform”, ZIS, 2015 (6) s. 328; **Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 101; **Rieß**, Peter: “Das Zwischen- oder Eröffnungsverfahren im Strafprozess”, JURA, 2002, s. 736; **Öztürk**, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2020, s. 621; **Julius**, Karl-Peter/**Schmidt**, Eike: Strafprozessordnung Heidelberger Kommentar, (Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming und Mark A Zöller) (Hrsg.) C.F. Müller, 6. Auflage, Heidelberg 2019, s. 1173; **Meraklı**, Serkan: “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, s. 1596; **Kühne**, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 9. Auflage, Heidelberg 2015, s. 402; **Koch**, Karsten: “Das Zwischenverfahren im Strafprozess – Mauerblümchen oder verborgener Schatz?” StV, 2002, s. 222; **Karakurt**, Ahu: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, TBBD, 2009, Sayı:

değerlendirme yapılmamakta³; soruşturmada yapılan araştırma kapsamında davanın açılması için gereken koşulların oluşup oluşmadığına karar verilmektedir⁴. Sanığın suçlanabilmesi adına yeterli ve gerekli delillerin asıl yargılamadan önce toplanmasını teşvik ettiği⁵ için ara muhakeme, sanığın haklarını koruma, soruşturmayı etkin kılma, yargılamayı hızlandırma ve bu şekilde yargılama maliyetini düşürme açısından merkezi bir rol oynamaktadır⁶.

Ceza muhakemesi hukukunda karar verme sürecinin parçaları olarak hazırlık ve ana yargılama aşamaları öğreti ve uygulamada özel bir önem taşıırken, süreçte “ara muhakeme” olarak anılan “kovuşturmanın yani asıl yargılamadan önce açılmasına ilişkin karar” bölümüne gerçekte daha az dikkat edilmektedir⁷. Yine de bu, sanığı alelacele yapılacak bir kamuya açık yargılamadan korumaya hizmet ettiği için, muhakemenin oldukça önemli bir parçası olarak görülmektedir⁸. Bu nedenle çalışmanın amacı; ara muhakemenin işlevi ve önemini ortaya koyarak, ceza muhakemesi hukukunun işleyişine ilişkin olarak yapılacak çalışmalara katkı sağlamaktır. Çalışmada, ara muhakemeye ilişkin olarak öğretide ve yargı kararlarında yapılan tüm tartışmalara yer verilerek kavramın, ceza muhakemesi açısından özelliği açıklanmakta, uygulamaya nasıl yansdığı değerlendirilmektedir.

I. ALMAN CEZA YARGILAMASINDA ARA MUHAKEME

A. Ara Muhakeme Kavramı

Alman hukukunda ceza yargılaması, hazırlık - ön soruşturma (Vorverfahren), ara muhakeme (Zwischenverfahren) ve asıl yargılama - kovuşturma (Hauptverfahren) aşamalarından oluşmaktadır⁹. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarından bağımsız olarak yürütülen ara muhakeme, iddia-

82, s. 6; **Walter**, Tonio: Strafprozessrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2020, s. 131; **Özen**, Mustafa: “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, ABD, 2009, Yıl: 67, Sayı: 3, s. 22; **Wickel**, Tobias: Das strafprozessuale Zwischenverfahren, Duncker & Humblot, Berlin 2021, s. 33; **Hellmann**, Uwe: Strafprozessrecht, Springer, Aktualisierte 2. Auflage, Berlin 2006, s. 211; **Volk**, Klaus/**Engländer**, Armin: Grundkurs StPO, C.H. Beck, 10. Auflage, München 2021, s. 161.

³ **Meraklı**, s. 1602.

⁴ **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 400.

⁵ **Karakurt**, s. 6.

⁶ **Wickel**, s. 33.

⁷ **Mavany**, s. 488.

⁸ **Volk/Engländer**, s. 161.

⁹ **Stuckenberg**, s. 702.

namenin mahkemeye teslim edilmesiyle birlikte başlamakta ve kovuşturmanın açılması kararına kadar da devam etmektedir¹⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre soruşturmanın sonunda suçun işlendiğine dair yeterli şüpheyeye ulaşılması halinde iddianame düzenlenmek zorundadır¹¹. İddianamenin hazırlanmasından sonra ise hemen asıl yargılama aşamasına geçilmemektedir. Bunun yerine, esas davaya bakmakla görevli mahkeme, önce ara muhakeme bağlamında sanığın iddianamede itham edildiği suçtan dolayı yeterli şüphenin bulunup bulunmadığını ve iddianamenin hangi içerikle kabul edilebileceğini incelemektedir¹². Bu yönüyle ara muhakeme, soruşturma aşaması ile asıl yargılama arasındaki “merkezi nokta veya merkezi bir yapı taşı” olarak konumlandırılarak, sanığı alelacele yapılacak bir kamuya açık yargılamadan korumaya hizmet ettiği için muhakemenin önemli bir parçasını oluşturmaktadır¹³.

Öğretide ara muhakeme için “şüphenin izlenme merkezi”¹⁴, “geçiş istasyonu”¹⁵, “ceza yargılamasında bir menteşe”¹⁶, “vazgeçilmez bir çıkış noktası”¹⁷ ve “gizli şampiyon”¹⁸ gibi terimler kullanılmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme de ara muhakeme için “suçun ön değerlendirmesi” tanımını yapmaktadır¹⁹.

Ara muhakemede mahkeme, suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunduğuna karar verirse, kovuşturmanın açılmasına karar vermektedir. Bu haliyle ara muhakeme, soruşturma aşamasından ana yargılamaya geçiş için bir araç olarak düzenlenmiştir²⁰. Açılış kararı, yeterli suç şüphesinin varlığını ve dolayısıyla ara muhakemede mahkeme tarafından yürütülen incelemenin sonucunu belgeler. Karar, iddianameyi, açılış kararının ayrılmaz bir parçası

¹⁰ **Beulke/Swoboda**, s. 273.

¹¹ StPO § 152/2.

¹² **Putzke, Holm/Scheinfeld**, Jörg: Strafprozessrecht, C.H. Beck, 7. Auflage, München 2017, s. 135.

¹³ **Ellbrück**, Carla: “Einschränkungen der Funktionalität des Zwischenverfahrens im Strafprozess und Möglichkeiten diesen zu begegnen”, KriPoZ, 2022 (5) s. 355.

¹⁴ **Rieß**, s. 736.

¹⁵ **Hellmann**, s. 211.

¹⁶ **Vormbaum**, s. 328.

¹⁷ **Rosenau**, Henning: Strafprozessordnung Kommentar, (Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier und Gunter Widmaier) (Hrsg.) Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, Köln 2022, s. 1296.

¹⁸ **Mavany**, s. 488.

¹⁹ Bkz. BGH. 01.06.1970 - 3 StR 210/68 (dejure.org, erişim tarihi: 05.02.2024).

²⁰ **Julius/Schmidt**, s. 1152.

haline getirmektedir²¹. Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye kovuşturmanın açılması kararı, tıpkı iddianame gibi yargılamanın bir bütün olarak kabul edilebilirliğinin en önemli koşulları arasındadır²². Açılış kararına bu önemin atfedilmesinin nedeni, soruşturma sonucunun bağımsız bir yargı denetimi yoluyla ara muhakemeyi sonuçlandırmasıdır²³.

B. Kanuni Düzenleme

Ara muhakeme, Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 199 ile 211 arasında düzenlenmiştir.

Soruşturmanın mecburiliği prensibi gereğince, maddi olaya ilişkin yeterli fiili dayanak noktaları varsa, kovuşturulabilen bütün suçlarda, kamu davası açılmasının gerekip gerekmediğine karar verilmesi için olay derhal araştırılmaktadır (Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung)²⁴. Soruşturma aşamasında başlangıç şüphesi olan basit şüphesi temellendirilerek, olayla ilgisi olan deliller toplanmakta veya en azından araştırılmaktadır²⁵. Bu aşamada somut vakıya, kamu davasının açılmasına veya soruşturmanın sonlandırılmasına karar verilebilecek ölçüde aydınlanmış olmalıdır²⁶. İddia makamının, mevcut deliller nispetinde mahkumiyetin olası olduğunu değerlendirmesi

²¹ Meyer-Goßner/Schmitt, s. 1013.

²² Bkz. BGH. 25.10.2000 - 2 StR 232/00 (dejure.org, erişim tarihi: 05.02.2024). Yine Mahkeme'ye göre açılış kararı, iddianamenin zımnen kabulüdür. Mahkemenin, davanın açılmasına ilişkin koşulları inceledikten sonra iddianameyi herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ana duruşmaya kabul etmek istediğine dair bir niyet beyanıdır. BGH. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 (dejure.org, erişim tarihi: 05.02.2024). Bir başka karara göre kovuşturmanın açılması kararı, ceza muhakemesi hukuku dogmatığı açısından, öncesinde yargısal bir inceleme ve karar verme süreci bulunan emir niteliğinde bir yargı kararıdır. Emir niteliğinde olmasından dolayı, ana yargılamanın görüleceği mahkemenin aksi irade ile açılış kararını kabul etmeme ihtimali bulunmamaktadır. BGH. 05.08.2020 - 3 StR 194/20 (dejure.org, erişim tarihi: 05.02.2024).

²³ Moldenhauer, Gerwin/Wenske, Marc: "Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zu möglichen aus dem strafprozessualen Zwischenverfahren fortwirkenden Verfahrensfehlern", JA, 2019 (12) s. 941.

²⁴ Schroeder/Verrel, s. 34. Ceza muhakemesinde "soruşturma işlemlerinin amiri" olarak hareket eden savcı, kovuşturulabilir tüm suçlara müdahale ederek, her hangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın maddi vakıya dair her türlü delili araştırabilmektedir. Mavany, s. 489.

²⁵ Kühne, Strafprozessrecht, s. 401. Soruşturma, iddianamenin hazırlanması için gereken koşulların yerine getirilip getirilmediğinin açıklığa kavuşturulmasına hizmet etmektedir. Böylece yargılamanın bir sonraki aşaması olan ara muhakemeye geçişin belirleyicisi olmaktadır. Heggmanns, s. 40.

²⁶ Ritscher, Christian: Strafprozessordnung Kommentar, (Jürgen Peter Graf) Hrsg.) C.H. Beck, 3. Auflage, München 2019, s. 1097.

halinde, iddianamenin düzenlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır²⁷. Bu nedenle, soruşturmanın sonunda yeterli suç şüphesi mevcut olduğu takdirde, iddianame düzenlenerek²⁸ görevli mahkemeye teslim edilmektedir²⁹. Aksi takdirde, soruşturmaya son verilerek kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmektedir³⁰.

İddianamenin görevli mahkemeye verilmesiyle birlikte ara muhakeme süreci başlamaktadır³¹. İddianamenin mahkemeye sunulmasıyla birlikte şüpheli, sanık olarak nitelendirilmektedir³². İddianamede, soruşturma aşamasında yapılan araştırmaların esaslı sonuçları açıklanarak, soruşturma dosyası da iddianameyle birlikte mahkemeye gönderilmektedir³³.

Ara muhakemede mahkeme, iddianameyi sanığa tebliğ ederek kendisinden, belirlenecek bir süre içinde ve esas davanın açılmasına ilişkin karardan önce münferit delillerin toplanmasını isteyip istemediğini veya esas

²⁷ Federal Yüksek Mahkeme'ye göre savcı, dava açıp açmama konusunda kararını verirken, ana yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilmesinin, beraat kararı verilmesinden daha olası olduğunu kabul etmelidir. Her ne kadar iddia makamı, soyut bir hukuki terim olan yeterli şüphenin tespit edilmesi için takdir yetkisine sahip olsa da yeterli şüphe ve diğer koşullar belirlendikten sonra ara muhakeme aşamasına geçişi gerçekleştirmelidir. BGH. 18.06.1970 - 3 StR 95/68 (dejure.org, erişim tarihi: 14.01.2024).

²⁸ İddianamenin amacı, isnat edilen suçla ilişkin asgari ayrıntıları belirterek, kovuşturmanın açılması kararında yer alması gereken dava konusunu sınırlamaktır. Bu sınırlama işlevine ek olarak, iddianamenin ikili bir bilgilendirme amacı da bulunur: Savunmasını düzgün ve kapsamlı bir şekilde hazırlamak için ihtiyaç duyduğu koşullar hakkında sanık ile iddia makamının olaya ilişkin değerlendirmesi hakkında hâkimler bilgilendirilmektedir. **Schroeder/Verrel**, s. 115. İddianamenin, merkezi bir bilgilendirme işlevini yerine getirdiği ve böylece hukuki dinlenme hakkının güvence altına alınmasına hizmet ettiği gerçeği, Federal Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir. BGH. 11.01.1994 - 5 StR 682/93 (dejure.org, erişim tarihi: 15.01.2024).

²⁹ StPO § 170/1.

³⁰ StPO § 171.

³¹ StPO § 199/1. İddianame mahkemeye teslim edildiğinde, savcılık makamının usule ilişkin yetkisi de sona erer. Soruşturmanın efendisi (Herrin des Vorverfahrens) olan savcının bu rolü değişir ve muhakemenin kontrolü mahkemeye geçer. Bundan böyle savcı, sanık gibi yargılamanın basit bir tarafı olup sadece öneri, başvuru veya itiraz yoluyla etki yaratabilmekte, doğrudan karar verme veya kontrol etme yetkisi bulunmamaktadır. **Hegmanns**, s. 133.

³² **Beulke/Swoboda**, s. 274.

³³ StPO § 200/2. Soruşturma dosyası, soruşturma işlemleri sırasında ortaya çıkan ve yargılamanın konusuyla ilgili olan tüm kesin ve kesin olmayan durumları, yani suçluluk sorunu ve herhangi bir yasal sonuçla nesnel olarak ilgili olan tüm gerçekleri içermektedir. **Ritscher**, s. 1096.

davanın açılmasına itiraz edip etmeyeceğini bildirmesini talep etmektedir³⁴. Mahkeme, kovuşturmanın açılması hakkında karar vermeden önce maddi vakianın aydınlatılabilmesi için sanığın talebi üzerine veya resen, delillerin araştırılmasına karar verebilmektedir³⁵. Sanığın, delillerin toplanmasına ilişkin talebi hakkında mahkeme tarafından verilen karara karşı kanun yoluna başvurulamamaktadır³⁶.

Ara muhakeme aşamasında, ne savcının ne de sanığın talepleriyle bağlı olmayan mahkeme, kovuşturmanın açılması yönünde niyeti olduğu takdirde, davanın ilerlemesi için uygun ve faydalı gördüğü ölçüde muhakemenin bulunduğu hali, taraflarla görüşebilmektedir. Bu durum mahkemenin kolektifliği, işbirliğini ve istişareyi önemseydiğini göstermektedir³⁷.

Soruşturmasının sonuçlarına göre bir suç işlendiği hususunda yeterli şüphe³⁸ mevcut ise mahkeme, kovuşturmanın açılmasına karar vermektedir (Eröffnungsbeschluss)³⁹. Kovuşturmanın açılması kararı, derdestliğin oluşmasına ve ana yargılamaya geçişe işaret eder⁴⁰. Kovuşturmanın açılması ka-

³⁴ StPO § 201/1.

³⁵ StPO § 202.

³⁶ StPO § 201/2.

³⁷ **Julius/Schmidt**, s. 1166. Federal Yüksek Mahkeme, ana yargılama öncesinde mahkeme ve sanığın görüşmesini, taraflar arasında bir güven ilişkisinin kurulabilmesi adına uygun ve arzu edilir bulmaktadır. BGH. 17.07.1984 - 5 StR 449/84 (dejure.org, erişim tarihi: 17.01.2024).

³⁸ Yeterli şüphe kavramı ve nedenlerine ilişkin olarak ayrıntılı açıklama için bkz. **Eisenberg**, Ulrich: "Kriterien der Eröffnung des strafprozessualen Hauptverfahrens", JZ, 2011 (13) s. 672.

³⁹ StPO § 203. Ceza Muhakemesi Kanunu § 170'de "yapılan soruşturma, kamu davasının açılması için yeterli şüphe sağladığında, savcı görevli mahkemeye bir iddianame sunarak kamu davasını açar" hükmü yer alsa da savcı, iddianameyi mahkemeye teslim ederek aslında sadece ara muhakeme sürecini başlatmaktadır. Usuli işlem olarak bakıldığında görülmektedir ki savcı, ceza davası açma adı altında esasen sadece kamu adına şikâyetle bulunmaktadır. Daha sonra ise ara muhakemede mahkeme, yeterli şüphe ve diğer koşulların varlığı halinde kovuşturmanın açılması kararını vermektedir.

⁴⁰ **Mavany**, s. 491. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre ara muhakemenin sonunda mahkeme tarafından kovuşturmanın açılması kararı verilmeden ana yargılamanın başlatılması mümkün olmamaktadır. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre ara muhakeme aşaması yürütülmesizin doğrudan ana yargılamaya başlanabilmesi mümkün olabilmektedir. Şöyle ki asıl yargılama sırasında sanığın, isnat edilen suçun ötesinde başka suçlar işlemiş olabileceği ortaya çıkarsa, § 266 hükmü ek iddianame düzenlenmesine izin vermektedir. Bu halde iddianame, doğrudan ana yargılamayı yürüten mahkemeye teslim edilir ve diğer suçların mevcut yargılamaya dâhil edilip edilmeyeceğine mahkeme karar verir. Bu şekilde, ortaya çıkan yeni suç veya suçlardan dolayı mahkemenin görevli olması, yeterli şüphenin bulunması ve en önemlisi sanığın dâhil etmeye rıza göstermesi halinde, devam etmekte olan ana yargılama sırasında yargılamanın konusunu genişlet-

rarıyla birlikte iddianame, açılış kararının ayrılmaz bir parçası haline gelir ve böylece kovuşturma yapılmasının gerekliliği ve iddianamenin ana yargılama aşamasına geçilmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Yargılamanın konusu, olgusal ve kişisel olarak somutlaştırılır ve bu şekilde isnat edilen suçun niteliği ve kapsamı belirlenmektedir⁴².

Ceza Muhakemesi Kanunu § 156'ya göre dava açıldıktan sonra artık geri alınamamaktadır⁴³. Buna karşılık, ara muhakeme aşamasında savcı tarafından iddianame geri çekilebilmektedir⁴⁴. Böyle bir geri çekme, -önceden fark edil(e)meyen- suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunmaması nedenine dayanabilmektedir⁴⁵. İddianamenin geri çekilmesi, açılış mahkemesinin, iddianamedeki eksiklikleri fark etmesi ve düzeltme amacıyla savcıdan iddianameyi geri çekmesini talep etmesi halinde daha olasıdır⁴⁶.

mek mümkündür. Tüm gerekliliklerin yerine getirilmesi halinde mahkemenin takdirine bağlı olarak verilen dâhil etme emri, kovuşturmanın açılması kararının yerini alır. Bu halde diğer suçlar için ara muhakeme süreci atlanmış olmaktadır. **Ritscher**, s. 1129.

⁴¹ **Hellmann**, s. 213. Kovuşturmanın açılması kararı, ana yargılamanın temelini oluşturur ve varlığı usule ilişkin bir ön koşuldur. Böylece davanın açılmasına ilişkin kararla birlikte davanın kontrolü ve maddi gerçeği araştırma görevi kesin olarak davanın açıldığı görevli mahkemeye geçmektedir. Uygulamada ise ara muhakemenin sonunda kovuşturmanın açılmasına dair kararın verilmesi unutulurken, ana yargılamaya başlanabilmektedir. Bu halde Ceza Muhakemesi Kanunu § 229 gereğince sanık, yargılamanın durdurulması talebinde bulunabilir. Ana yargılamaya başlamış olan mahkeme tarafından, yargılama sırasında kovuşturmanın açılmasına karar verilerek bu usuli eksikliğin sonradan tamamlanabilmesi mümkündür. Bu karar, geçmişe etkili olarak, ana yargılamanın başından itibaren sonuç doğurmaktadır. **Moldenhauer/Wenske**, s. 942. Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'de sanığın esas hakkında sorgulanmasına kadar bu durumun telafi edilebileceğini, kovuşturmanın açılması kararının sonradan verilmesiyle, sanığın korunmaya değer menfaatlerinin ve hukuki durumunun zarar görmediğini kabul etmektedir. BGH. 28.07.2015 - 4 StR 598/14 (dejure.org, erişim tarihi: 19.01.2024).

⁴² **Moldenhauer/Wenske**, s. 941. Kovuşturmanın açılması kararı, belirli bir suçlamanın ana yargılamaya kabul edileceğine ve ana yargılamanın başlayacağına dair yazılı beyandır. Yeterli suç şüphesinin varlığını ve dolayısıyla ara muhakemede yapılan incelemenin sonucunu belgelemektedir. **Walter**, s. 132.

⁴³ Ana yargılama açıldıktan sonra sanığın kamuya açık bir duruşmada suçlamaya karşı kendisini savunma ve dolayısıyla rehabilite edilme hakkı vardır. Bu nedenle kovuşturmanın açılması kararı hiçbir şekilde geri alınmaz. **Beulke/Swoboda**, s. 275.

⁴⁴ **Hellmann**, s. 214.

⁴⁵ **Volk/Engländer**, s. 165.

⁴⁶ **Hegmanns**, s. 142. Kovuşturmanın açılmasının reddi kararı, iddianamenin reddi olup kısmen kesin hüküm niteliğine sahiptir. Ceza Muhakemesi Kanunu § 211'e göre yeni delil ortaya çıkmadığı sürece aynı konuya dair yeni bir iddianame düzenlenememektedir. Kovuşturmanın açılmaması kararı verildikten sonra, ceza davasının yeniden açılması bu yasal zorluk nedeniyle ara muhakemede mahkeme, iddianameyi geri çekmesi konusunda savcayı uyurabilmektedir. **Volk/Engländer**, s. 165.

Ara muhakemenin sonunda mahkeme iddianameyi kabul edebilir veya etmeyebilir⁴⁷. Muhakeme şartları gerçekleşmediğinde, fiil tipik olmadığına ya da yeterli suç şüphesi bulunmadığında, kovuşturmanın açılmasının reddi (Nichteröffnungsbeschluss) kararı verilmektedir⁴⁸. Kovuşturmanın açılması kararına karşı sanık kanun yoluna başvuramazken⁴⁹ reddi kararına karşı ise savcı kanun yoluna başvurabilmektedir⁵⁰. Kovuşturmanın açılmaması kararına karşı itiraz edilmediğinde, ara muhakeme süreci sona erer ve soruşturma aşamasına geri dönlür. Bu durumda savcı, yeterli şüpheye ulaşabilmek için ek soruşturma yürütebilir ya da § 170/2 uyarınca soruşturmayı sonlandırabilir. Yeni delillerin ortaya çıkması halinde savcı, aynı suçla ilişkin olarak yeniden iddianame düzenleyebilir⁵¹. Ancak değişmeyen delillere dayanarak yeni bir suçlamada bulunması mümkün olmamaktadır⁵².

C. Tarihsel Gelişim

Araştırma konusunun tarihsel olarak sınıflandırılmasını sağlamak amacıyla, 1879'da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden, 2009'daki son değişikliğe kadar ara muhakemenin yasal-tarihsel gelişimindeki ana aşamalarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

⁴⁷ **Hegmanns**, s. 100.

⁴⁸ **Rosenau**, s. 1311. Mahkemenin, kovuşturmanın açılmasını reddetmesi halinde, davanın açılmamasına ilişkin kararda, bunun olgusal mı yoksa hukuki gerekçelere mi dayandığı açıkça belirtilmelidir. Olgusal (maddi) gerekçe, delil eksikliğiyle ilgili olup somut, olaya ilişkin sebeplerle kovuşturmanın açılmasının reddidir. Bu halde yeterli şüpheyi ortaya koyan delil bulunmamaktadır. Hukuki gerekçe ise örneğin sanığın kimlik tespitinin yeterli bir şekilde yapılmaması ya da isnat edilen fiilin yeterince belirlenmemesi gibi hukuki sebeplerle kovuşturmanın açılmasının reddi halidir. **Mavany**, s. 493.

⁴⁹ StPO § 210/1. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre kovuşturmanın açılması kararına karşı itiraz hakkının bulunmamasının nedeni, açılış kararının nihai bir suçluluk değerlendirmesi değil, yalnızca suçun ön değerlendirmesi olması ve bunun daha sonraki ana yargılamada gözden geçirilebilmesidir. Bu nedenle ana yargılamada sanığa, kamuya açık ana duruşmada savunmasını yeterli ve daha etkili bir şekilde yapabilme fırsatı verilmektedir. BGH. 22.07.1970 - 3 StR 237/69 (dejure.org, erişim tarihi: 08.02.2024).

⁵⁰ StPO § 210/2. Sanığın, kovuşturmanın açılmaması kararına karşı itiraz hakkının bulunmamasına değinmeye gerek yoktur. Bunun nedeni, sanığın kararla birlikte ceza yargılamasından muaf tutulması ve dolayısıyla bu durumdan olumsuz etkilenmemesidir. **Rosenau**, s. 1323.

⁵¹ Kural olarak sanığın açılış kararına karşı itiraz hakkı olmamasına karşın ana davanın açılması reddedildikten sonra yeni olgu veya delillere dayanılarak davanın yeniden açılması halinde Federal Yüksek Mahkeme, sanığın bu tür olguların veya delillerin gerçekten var olup olmadığını kontrol etmek için denetim yapma fırsatı bulunması gerekliliğinden bahisle, sanığın itiraz hakkının olması gerektiğini kabul etmektedir. BGH. 08.11.2000 - 5 StR 433/00 (dejure.org, erişim tarihi: 22.01.2024).

⁵² **Rosenau**, s. 1324.

1877 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (RStPO) döneminde, soruşturmanın sonuçlanması ile kamu davasının açılması arasında ayrı bir usul bölümünün gerekliliği ve organizasyonu, Kanun'un müzakereleri sırasında tartışılmıştır⁵³. Soruşturma tamamlandıktan sonra iddianamenin esas mahkemesine nasıl sevk edileceği ve ana yargılamanın nasıl yapılacağı sorusuna cevap aranırken, uygulanabilir olduğu düşünülen iki seçenek ortaya konulmuştur. Bunlar; ceza davasının açılmasına ilişkin kararın tamamen savcılık makamına bırakılması ve böylece iddianamenin teslim edilmesiyle birlikte doğrudan ana yargılamanın başlatılması; diğeri ise iddianamenin teslim edilmesine karşın kovuşturmanın kendiliğinden açılmaması, hâkimin bu konuda yetkilendirilmesidir⁵⁴. Bunlardan ikinci ihtimal tercih edilmiş ve ceza davasının açılıp açılmasına doğrudan savcının karar vermemesi gerektiğine dair düzenleme yapılmıştır. Buna göre savcı, iddianameyi düzenledikten sonra görevli mahkemeye teslim etmekte ve mahkeme de koşullarının bulunup bulunmamasına göre kovuşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar vermektedir. Bu şekilde soruşturmanın sona ermesi ile ana yargılamanın başlaması arasındaki ara muhakeme aşaması oluşturulmuş olmaktadır⁵⁵.

Ceza Muhakemesi Kanunu § 168'e göre savcı, iddianameyi düzenledikten sonra doğrudan görevli mahkemeye teslim edebilirken, diğer yandan iddianameyi teslim etmeden önce gerekli olduğunu düşündüğünde, bir ön mahkeme soruşturması yapılması için hâkime başvurabilmektedir⁵⁶. Ön mahkeme soruşturması (gerichtliche Voruntersuchung) savcı tarafından değil, daha fazla güven duyulan bağımsız hâkim tarafından yürütülen bir usul aşaması olup amacı, kamu davasının açılmasına ilişkin kararı hazırlamaktır⁵⁷. Soruşturma hâkiminin görevi, davanın açılması kararının haklı olup

⁵³ Wickel, s. 20.

⁵⁴ Heghmanns, s. 25.

⁵⁵ Stuckenberg, s. 794.

⁵⁶ Wickel, s. 21.

⁵⁷ Heghmanns, s. 26. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (RStPO) soruşturma ve ön mahkeme soruşturması ayrımı vardır. Soruşturmayı savcılık makamı yürütürken, ön mahkeme soruşturması ise yine soruşturma aşamasında hâkim tarafından yürütülmektedir. Ön mahkeme soruşturmasının yapılabilmesi için savcının veya sanığın talebi aranmaktaydı. Bağımsız bir hâkim tarafından yürütülen ve 1877-1974 yılları arasında uygulanan usul, soruşturma işlemlerinin savcı tarafından tek başına kontrol edilmesini, savcının yetkisini kötüye kullanmasını ve keyfiliğini önlemeyi; ayrıca, soruşturmada etkin sonuçlar elde etmeyi ve olayın daha iyi aydınlatılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Soruşturma hâkimi, delil toplama işlemini doğrudan kendisi yapmak zorundadır. Bugünkü yasal durumla karşılaştırıldığında, sanık adına güvenceli bir usul kesiti olarak düzenlenmişti. Ön mahkeme soruşturmasında sanığa, tarafsız ve bağımsız hâkim huzurunda savunma hakkı

olmadığının belirlenmesinin ötesine genişletilemezdi. Bir diğer işlevi de kovuşturmada gerekli olan ve kaybolmasından korkulan deliller burada toplanabilirdi. Usul, soruşturma hâkiminin, araştırmanın amacına ulaştığını düşünmesi halinde, dosyayı savcılığa göndermesiyle birlikte sona ermektedir⁵⁸. Dolayısıyla, iddianame düzenleyerek kamu davasını açma görevi savcılık makamına aittir. Soruşturma hâkiminin yargılamanın sonraki seyri hakkında karar verme konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Kovuşturmanın açılmasına ilişkin hükümler (ara muhakeme) Ceza Muhakemesi Kanunu (RStPO) § 196 ile 211 arasında yer almaktadır. Ön mahkeme soruşturması yapılmamışsa ya da tamamlanmış ve dosyalar savcılık makamına teslim edilmişse, ceza davasının açılması talebiyle birlikte bir iddianame düzenlenerek mahkemeye başvurulmakta ve böylece ara muhakeme süreci başlamaktadır. Mahkeme, iddianameyi sanığa tebliğ etmek ve aynı zamanda delillerin toplanması için başvuruda bulunmasını, itiraz etmesini istemek zorundadır. Sanığın, suçu işlediğine dair yeterli şüphenin mevcut olduğu anlaşıldığında mahkeme, ana davanın açılmasına aksi halde açılmamasına karar verebilmektedir⁵⁹.

Tarafsızlığı sağlamak adına ara muhakemenin sonunda kovuşturmanın açılması kararını veren hâkimlerden en fazla ikisi asıl yargılamaya katılabilirdi. Açılış kararını veren hâkimlerin yargılamaya katılma yasağına ilişkin hüküm, yargılama maliyetini azaltmak amacıyla 1924 yılında yapılan düzenleme ile kaldırılmıştır. Bu durum, ana yargılamadaki hâkim ile açılış hâkimi arasındaki ayrımın terk edildiği anlamına gelmekteydi⁶⁰.

Nasyonal Sosyalist rejim döneminde, iddianamenin kapsamlı denetimini içeren kovuşturmanın açılması usulü (ara muhakeme) ortadan kaldırılmıştır. 1942 tarihli Kanun, ara muhakemede kovuşturmanın açılması kararı yerine, ana yargılamanın başlatılması için sadece mahkeme başkanının iradesini yeterli görmekteydi. Mahkemenin görevli olmaması ya da olgusal veya hukuki nedenlerle mahkûmiyetin kesin olarak beklenmemesi halinde

verilmekte ve böylece dinlenilme ve özellikle de hâkimin delil toplamasına katılma hakkına sahip olmaktadır. **Stuckenberg**, s. 795.

⁵⁸ **Wickel**, s. 22.

⁵⁹ **Wickel**, s. 23. Tarihsel süreçten de anlaşılacağı üzere, sadece iddianamenin hazırlanması, sanığın suçlanması adına yeterli görülmemektedir. Kovuşturmanın açılması kararı, mahkeme tarafından verilmelidir. Sanığın mahkûmiyetinin yeterince olası görülüp görülmediği ve dolayısıyla suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu usul, bugün de iddianamenin görevli mahkemeye ulaşmasıyla başlayan ara muhakeme aşamasında gerçekleşmektedir.

⁶⁰ **Hegmanns**, s. 35.

ana yargılamanın başlatılması reddedilmekteydi. Görüldüğü üzere artık yeterli şüphe incelemesi yapılmadığından, ara muhakemede sanığa sağlanan koruma seviyesi büyük ölçüde azaltılmış olmaktadır. Ancak 1950 tarihli Kanun ile eski duruma geri dönmüştür⁶¹.

1964 tarihli Kanun ile birlikte, soruşturmasının sonuçlanması ile kovuşturmanın açılması arasındaki ara muhakeme aşaması, ceza yargılaması boyunca sanığın konumunu güçlendirmek amacıyla bir kez daha değiştirilmiştir. Kanun, iki önemli düzenleme içermektedir. Bunlardan ilki; savcılık duruşmasının oluşturulmasıdır. Savcılık duruşması, soruşturma tamamlandıktan ancak iddianame düzenlenmeden önce sanığın dinlenilmesini zorunlu hale getirmektedir. Sanık, yazılı beyanda bulunabilir, delil toplanması için başvurabilir veya itiraz hakkını kullanabilirdi. Sanığa, savcı ile duruşma hakkı yoluyla maddi gerçeğin erken bir aşamada açıklığa kavuşturulmasını etkileme fırsatı verilmektedir. Savcılık duruşması, iddianamenin erken bir aşamada gözden geçirilmesini sağlamak için tasarlanmıştır ve bu nedenle ara muhakemeye bağlantılı olarak düşünülmelidir. Diğer düzenleme ise ara muhakemenin sonunda kovuşturmanın açılması kararında, açıkça ve sadece iddianamenin kabul edildiğinin belirtilmesidir. Böylece, bugün hala geçerli olan Ceza Muhakemesi Kanunu § 207/1 gereğince kovuşturmanın açılması kararının yasal olarak gerekli içeriği değiştirilmiş olmaktadır. Bu düzenleme, kovuşturmanın açılmasına karar veren mahkemenin, iddianameden bağımsız olarak ana yargılamadan önce davayı hukuki veya olgusal açıdan değerlendirdiğine ve sanık hakkında bir karar verdiğine dair olumsuz izlenimi ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu şekilde ana yargılamanın, doğrudan iddianameye dayandırılması ve mahkemece kabul edilen iddianamenin içeriğinin ana yargılamanın özünü belirlemesi amaçlanmaktadır⁶².

Ceza yargılamasını kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla 1974 yılında yapılan değişiklikle birlikte ön mahkeme soruşturması kaldırılmıştır⁶³.

Ara muhakemeye yönelik son yasal düzenleme 2009 yılında yapılmıştır. Düzenlemeye göre ara muhakemenin sonunda kovuşturmanın açılmasına karar verecek olan mahkeme, ana yargılamaya hazırlanmak adına uygun gördüğü ölçüde, davanın mevcut durumunu yargılamanın taraflarıyla görüşebilmektedir⁶⁴.

⁶¹ **Schroeder/Verrel**, s. 272.

⁶² **Wickel**, s. 27.

⁶³ **Wickel**, s. 28.

⁶⁴ **Julius/Schmidt**, s. 1171

II. ARA MUHALEMENİN İŞLEVİ

A. Genel Açıklamalar

Ara muhakemenin odak noktası, ceza muhakemesini etkili kılmaktır⁶⁵. Burada söz edilen etkililik kavramı, “iyileştirme” anlamında kullanılmakta; sanığın haklarının ve muhakemenin kalitesinin bu süreçten olumlu etkilenmesi beklenmektedir⁶⁶.

Ara muhakeme, tüm ceza yargılamasının yapısında bir dizi merkezi işleve sahiptir. Her şeyden önce, bir kontrol ve filtreleme işlevi sağlayarak sanığın korunmasına hizmet eder⁶⁷. Buna ek olarak, sanık ilk kez kapsamlı bir duruşmaya tabi tutulur. Ayrıca, görevli mahkeme ve yargılamanın konusu da en azından geçici olarak belirlenmektedir⁶⁸.

B. İddianameyi Kontrol İşlevi (Filtre)

Ana yargılama, savcılık makamının yanı sıra ara muhakemede görevli mahkemenin de kovuşturmanın devamının mümkün ve gerekli olduğunu teyit etmesi halinde yapılmaktadır⁶⁹. Bu şekilde ara muhakemede mahkemenin, normatif olarak kabul edilmiş olan bir kontrol işlevi oluşmaktadır⁷⁰.

⁶⁵ **Roxin/Schünemann**, s. 338.

⁶⁶ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 991.

⁶⁷ **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 405.

⁶⁸ **Wickel**, s. 33.

⁶⁹ **Rieß**, s. 736. Sanığın, gereksiz yere bir kamu davasının külfetine maruz kalmama menfaati, kovuşturmanın açılması iradesinin iki kez teyit edilmesini gerektirir. Bunlardan ilki soruşturma aşamasında savcılık makamı tarafından, ikincisi ise ara muhakemede mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir. Böylece henüz bir cezalandırma tehdidi bulunmasa da haksız ana yargılamanın başlatılması engellenerek, sanığın suçlu olduğuna dair hatalı olasılığın açığa vurulması engellenebilmektedir. Çifte incelemenin bu yapısı, bir yandan siyasi olarak kontrol edilebilir bir makam olarak savcılığa duyulan güvensizliğe, diğer yandan ve hepsinden önemlisi, dört göz prensibi (Vier-Augen-Prinzip) gereğince ikinci bir irade tarafından yapılan kontrolün, daha özenli olacağı ve böylece yanılabilirliği ortaya çıkarmaktaki önemine dayanmaktadır. **Hegmanns**, s. 45.

⁷⁰ **Kindhäuser/Schumann**, s. 208; **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 992; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 496; **Mavany**, s. 489; **Beulke/Swoboda**, s. 272; **Ünver/Hakeri**, s. 530; **Hegmanns**, s. 57; **Evik**, s. 815; **Stuckenberg**, s. 705; **Vormbaum**, s. 328; **Centel/Zafer**, s. 624; **Rieß**, s. 736; **Julius/Schmidt**, s. 1173; **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 402; **Meraklı**, s. 1602; **Koch**, s. 222; **Walter**, s. 131; **Ellbrück**, s. 355; **Şahin/Göktürk**, s. 100; **Hellmann**, s. 211; **Volk/Engländer**, s. 161; **Öztürk**, s. 622; **Roxin/Schünemann**, s. 338; **Schroeder/Verrel**, s. 123; **Karakurt**, s. 17; **Wickel**, s. 34; **Aritürk**, Ramazan: “İddianamenin İadesi ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TAAD, 2022, Sayı: 50, s. 188; **Özen**, s. 22; **Elmas**, Birsen: “Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi”,

Savcının iddiası, mahkeme tarafından kontrol edilmekte, iddianame bir nevi ön denetime, incelemeye tabi tutulmakta⁷¹ ve böylece koşulları bulunmayan ceza davalarının açılması engellenmiş olmaktadır⁷². Fiilin suç teşkil edip etmediği, dava şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, yeterli şüphenin ve delilin varlığı gibi hususların iddia makamı dışında bağımsız bir mahkeme tarafından incelenmesi, sanık ve muhakeme lehine önemli bir güvence olarak değerlendirilmektedir⁷³.

Federal Yüksek Mahkeme kararlarında ara muhakeme için iddianamede yer alan isnadı ve delilleri “kontrol mekanizması” tanımı yapılmaktadır⁷⁴. İddianamenin denetlenmesi adına ara muhakemeye “kontrol (filtre) işlevi” (Filterfunktion) atfedilmektedir⁷⁵. Mahkeme’ye göre kovuşturmanın açılmasına ilişkin kararın amacı, açıkça umutsuz vakıaların filtrelenmesidir. Ara muhakemenin sonunda verilen kovuşturmanın açılmasının reddine dair karar ile birlikte esas yargılamaya önyargılı yaklaşılmadan, ümitsiz olduğu anlaşılan davalar ayıklanmaktadır⁷⁶.

Ara muhakemenin kontrol işlevi iki yönde koruyucu bir etkiye sahiptir: Bir yandan sanık, gerçeklere dayanmayan suçlama nedeniyle yürütülen ana yargılamadan korunurken⁷⁷, diğer yandan davaya bakan mahkeme de gerek-

TAAD, Ekim 2016, Yıl: 7, Sayı: 28, s. 208; **Keskin**, İbrahim: “Uygulama ve Öğretide İddianamenin İadesi”, SHD, 2022, 10 (1) s. 331.

⁷¹ **Meraklı**, s. 1602.

⁷² **Roxin/Schünemann**, s. 52. Yapısal ve psikolojik nedenlerle hiçbir savcının görevini tarafsız olarak yerine getiremeyeceği gerçeği göz önüne alındığında, kovuşturmanın açılması sürecine mahkemenin hiç katılmaması sorunlu görünmektedir. Bu nedenle tarafsız bir mahkeme, hukuka aykırı olabilecek suçlamayı önleyebilmelidir. Mahkemenin bu yetkisi, soruşturma tamamlandıktan ve iddianame hazırlandıktan sonra kullanıldığı için kontrol işlevi, savcılık makamının yetkisinin gaspı olarak değerlendirilmemelidir. **Kindhäuser/Schumann**, s. 33.

⁷³ **Julius/Schmidt**, s. 1173.

⁷⁴ Bkz. BGH. 10.02.2023 - 2 W 336/22 (dejure.org, erişim tarihi: 09.01.2024).

⁷⁵ **Hegmanns**, s. 63. İddianame ve soruşturma evraklarının denetiminin sonucunda, yeterli şüphenin bulunmadığının tespit edilmesi halinde bu durum, kovuşturmanın açılmasına engel olduğundan yapılan inceleme doktrinde; “olumsuz inceleme” veya “ara muhakemenin negatif kontrol işlevi (Negative Kontrollfunktion) olarak da adlandırılmaktadır. **Rosenau**, s. 1296.

⁷⁶ Bkz. BGH. 19.01.2010 - StB 27/09 (dejure.org, erişim tarihi: 10.02.2024).

⁷⁷ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 991. Sanık hakkında beraat kararı verilse dahi sadece esas yargılamanın yürütülmesi bile onun şahsında bir kusur veya leke oluşturabilmektedir. Bu halde sanığın bu tür bir olumsuzluktan korunabilmesi, ithamın yargısal denetimi ile sağlanabilmekte ve mahkûmiyete yol açması muhtemel olmayan suçlama filtrelenmektedir. **Hegmanns**, s. 119.

çesiz ana yargılamadan ve bunun getirdiği ek yükten korunmuş olmaktadır⁷⁸. Ara muhakeme her şeyden önce, hukuka aykırı veya kötüye kullanılabilen bir iddianamenin yargısal denetimine hizmet eder ve bu da erken bir hata kontrolünü mümkün kılar⁷⁹. Böylece, kovuşturmanın açılması kararı verilmesinin sanık üzerindeki etkileri engellenmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle kontrol işlevi sayesinde, haksız suçlama erken bir aşamada önlenmektedir⁸⁰. Kovuşturmanın aleni olmasının bir sonucu olarak psikolojik veya sosyal yükü böylece azaltılabilir. Nihayetinde bu, sanığın ceza yargılamasının sadece bir nesnesi olarak indirgenmesini ve dolayısıyla kişilik hakkının zedelenmesini önler⁸¹. Ara muhakeme bu nedenle (dar anlamda) orantılılık ilkesinin ve bunu yapmakla yükümlü olan kamu otoritesinin eyleminin gerekliliğinin bir tezahürüdür. Orantılılık ilkesine göre kamu otoritesinin hakka müdahalesinin, gerekli olanla sınırlı olması gerektiğinden, hukuka aykırı iddianameyle ilgili olarak sanığa erken bir koruma imkanı da sunulmalıdır. Böylece sanık, mümkün olduğunca daha az yük altına girmektedir⁸². Ara muhakeme, yargılama faaliyeti için oldukça yararlı olmaktadır. Kovuşturmanın açılmaması kararıyla birlikte, gereksiz esas yargılamadan kaçınılması, personel ve mali kaynakların yanı sıra tanık veya bilirkişi gibi delillerin gereksiz kullanımından tasarruf edilebileceği için yargıyı rahatlatma veya kaynakları koruma etkisine sahip olmaktadır⁸³. Kovuşturmanın başlatılmasına karar verilmesi durumunda bile ara muhakeme, yaklaşan ana duruşma

⁷⁸ Ellbrück, s. 355.

⁷⁹ Öztürk, s. 622.

⁸⁰ Meraklı, s. 1636; Kovuşturmanın açılması kararı verilmesinin, sanığı doğrudan etkileyen, yargılama içi ve yargılama dışı olmak üzere olumsuz etkileri bulunmaktadır. İlk olarak, sanık duruşmada hazır bulunmak zorunda olduğundan zaman kaybetmektedir. Bu bakımdan sanık olma, kişiyi nihai, doğrudan ve bağlayıcı bir şekilde kısıtlanmaktadır. Ayrıca uygulanabilecek koruma tedbirleri ile de temel haklarına doğrudan müdahale edilmektedir. Temel haklara yönelik bu yargılama içi müdahaleye ek olarak, sanığın sosyal olarak damgalanması şeklinde düzenli “yargılama dışı” müdahaleler de söz konusudur. Kendisine karşı kovuşturma yürütüldüğü gerçeğinin özel ve mesleki çevresinde bilinmesi, sanığın diğer insanlardan düzenli olarak sosyal tepkiler almasına yol açar. Çevresi ondan uzaklaşır veya en azından ona şüpheyle yaklaşır. Sosyal çevresi, devam eden ceza yargılaması nedeniyle sanığın itibarını zedeleyecek şekilde ona karşı ayrımcılık yaparak, sanığın genel kişilik hakkını zedelemektedir. Sonuç olarak sanık, bu tür olayların bir sonucu olarak ve yaklaşan hüküm karşısında psikolojik açıdan olumsuz etkilenir. Wickel, s. 60.

⁸¹ Heghmanns, s. 119.

⁸² Rieß, 736.

⁸³ Centel/Zafer, s. 624.

için bir hazırlık aracı olarak işlev görmektedir⁸⁴. Zira mahkeme, esas duruşma başlamadan önce davayı inceleyerek soruşturmanın sonuçları ve en önemli deliller hakkında genel bir fikir edinebilmektedir. Bu, müteakip ana yargılamanın kısaltılması ve hızlandırılması dolayısıyla yanı sıra önemli miktarda masraftan tasarruf edilmesini sağlamaktadır⁸⁵.

Ceza muhakemesinde soruşturma aşamasının temel işlevi, kovuşturma aşamasına hazırlık olmayıp, bir vakıanın kovuşturulmasına gerek olup olmadığının araştırılmasıdır⁸⁶. Bu durum soruşturma makamına, kapsamlı ve etkin bir soruşturmanın yapılması yükümlülüğünü getirmektedir⁸⁷. Soruşturmanın derhal başlatılmasını ve seri şekilde yürütülmesini içeren etkin soruşturma, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması adına gerekli inceleme ve araştırma faaliyetinin bütünüdür gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Bu durum, özellikle delillerin eksilmeden ve işlevini kaybetmeden elde edilebilmesi ve kullanılabilmesi açısından önem arz etmektedir⁸⁹. Soruşturma işlemlerinin yeterliliğine yönelik bir denetim mekanizmasının bulunmaması, soruşturmanın etkinliğinin gerçekleşmesine engel olabilmektedir⁹⁰. İşte burada ara muhakemenin kontrol işlevi sayesinde, savcı tarafından yürütülen soruşturma işlemleri denetlenmekte ve bu durum soruşturmanın etkin olarak yürütülmesine katkı sağlamaktadır⁹¹.

Soruşturma işlemlerinin eksik ya da hatalı yapılmasına bağlı olarak, yeterli delil toplanmadan ceza davası açıldığında, maddi gerçeğin ortaya çı-

⁸⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 495.

⁸⁵ **Roxin/Schünemann**, s. 338.

⁸⁶ **Stuckenberg**, s. 704-705.

⁸⁷ **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 101.

⁸⁸ **Ernst**, s. 40. Soruşturma aşamasında, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ya da şüphelinin, suçun faili olduğunun kuvvetli ihtimal olduğunu kanıtlamak gibi bir gaye bulunmamaktadır. Bu aşamada, sadece isnat edilen suçun ana yargılamada tartışılabilmesi, muhakeme edilebilmesi adına delil toplanmaktadır. Bu nedenle soruşturmada delillerin araştırılması ve toplanmasında hata yapılmamalıdır. Adil bir yargılanmanın gerçekleşmesi mahkemeye bir sorumluluk yüklediği kadar, iddia makamını da özenli davranmaya zorlamaktadır. Soruşturmanın etkin yürütülmesinin sonucunda hazırlanmış olan bir iddianame ile toplanan deliller nispetinde iddia desteklenecek ve böylece maddi gerçeğe ulaşılacaktır. **Schroeder/Verrel**, s. 27.

⁸⁹ **Vormbaum**, s. 335.

⁹⁰ **Karakurt**, s. 4.

⁹¹ **Ernst**, s. 66. İddianamenin yargısal denetiminin sonucunda, ara muhakemede davanın reddedilme olasılığının öngörülmesi, davanın soruşturulması ve delillendirilebilir suçlamalarda bulunulması yönündeki savcılık makamının çabasını artırmaktadır. **Walter**, s. 131.

kartılması için yargılama makamı delil araştırmak zorunda bırakılmaktadır⁹². Ana duruşma sürecinde delil araştırılması ise yargılama faaliyetinin uzamasına neden olmaktadır. Bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal etmesi, kontrol işlevinin oluşturulmasının en önemli nedenleri arasında gösterilebilmektedir⁹³. Etkin yürütülen soruşturmanın sonucunda, yeterli delil toplanarak özenli bir iddianame hazırlandığında ise “ortaya konulan iddia çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmak” amacına yönelik adil bir yargılama gerçekleştirilebilecek ve böylece sanığa yönelik doğru bir yargıya varılabilecektir⁹⁴.

Ara muhakemede iddianame denetiminin esas noktası, suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin mevcut olup olmadığıdır⁹⁵. Ara muhakemenin bu adli işlevi, yargısal denetimin amacını açıkça belirtmek için genellikle “garanti fonksiyonu” veya “şüphe kontrolü” olarak adlandırılmaktadır⁹⁶. Yeterli şüphe kavramsal açıdan, soruşturmanın sonuçlarına dayalı olarak suçun ön değerlendirmesinde mahkûmiyet olasılığının beraat etme olasılığından fazla olmasıdır⁹⁷. İddianamede isnat edilen fiilin bir başka suçun unsurlarını oluşturmasının kovuşturmasının açılmasına engel olmaması ve dolayısıyla kovuşturma aşamasında mahkemenin, suçun hukuki nitelendirmesini kendisinin yapması nedeniyle, yeterli şüphenin somut olayda mevcut olup olmadığı incelenirken, maddi ceza hukukuna ilişkin unsurlar dikkate alınmamaktadır. Somut olayda isnat edilen suçla ilişkin yeterli delilin var olup olmadığı ve dava şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği gibi yeterli şüphenin sadece muhakeme hukukunda yer alan unsurları incelenmektedir⁹⁸.

Ceza muhakemesi hukukunda iddianame bir nevi tek yanlış görüşü yansıttığı için salt iddianameyi dikkate alarak kovuşturmanın açılması kararı verilmemeli, iddianameyle birlikte ayrıca mahkemenin kendi soruşturma-

⁹² **Meraklı**, s. 1622.

⁹³ **Kindhäuser/Schumann**, s. 208.

⁹⁴ **Volk/Engländer**, s. 140.

⁹⁵ **Volk/Engländer**, s. 162.

⁹⁶ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 1005. Federal Yüksek Mahkeme’ye göre mahkemenin yeterli şüphe değerlendirmesi, savcının kararının doğruluğunun, yani nihai karara ilişkin takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının incelenmesini içermemekte; bunun yerine mahkeme, kendi öngörüsüne göre mahkûmiyet olasılığını incelemektedir. Diğer bir deyişle mahkeme, iddia makamının öngörüsünü onaylamak yerine inceleme yapmakla yükümlüdür. Bu durum, § 202’de yer alan ve mahkemenin vakıyı açıklığa kavuşturmak için münferit delillerin toplanmasına karar verme yetkisine sahip olduğu hükümle açıkça ortaya konmaktadır. BGH. 14.09.2017 - 4 StR 274/16 (dejure.org, erişim tarihi: 23.01.2024).

⁹⁷ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 686.

⁹⁸ **Roxin/Schünemann**, s. 340.

sının sonuçları da değerlendirilmelidir⁹⁹. Bu amaçla yeterli suç şüphesini incelemenin bir parçası olarak Ceza Muhakemesi Kanunu § 202'ye göre mahkeme, kovuşturmanın açılmasına karar vermeden önce vakıanın açıklığa kavuşturulması için münferit delillerin toplanmasına karar verebilmektedir¹⁰⁰. Delillerin toplanmasının düzenlendiği § 202'nin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasına dair öğretide yer alan genel görüşe göre ara muhakemede, yalnızca davanın açılıp açılmamasında etkili olabilecek deliller araştırılmalıdır¹⁰¹. Ceza Muhakemesi Kanunu § 202 ilke olarak, olguların yalnızca tamamlanması veya gözden geçirilmesine atıfta bulunmaktadır¹⁰². Bu nedenle mevcut olan yeterli suç şüphesinin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması ile yeterli olmayan suç şüphesinin kuvvetlendirilmesi amacıyla (münferit) delil toplanabilmektedir¹⁰³. Buna karşılık, asıl yargılamanın görevi olduğundan, yeterli olan bir şüpheyi daha da kuvvetlendirmek ya da maddi gerçeği ortaya çıkartmak amacıyla delil toplanmamalıdır¹⁰⁴. Ara muhake-

⁹⁹ Kindhäuser/Schumann, s. 209.

¹⁰⁰ Heghmanns, s. 59. Ara muhakemede delillerin toplanmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Beining, Sebastian: "Gerichtliche Beweiserhebung im Zwischenverfahren", HRRS, 2016 (8-9), s. 407-409. Ara muhakemede olası bir delil araştırmasının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu § 202'de yer alan "olabilir" ifadesi, bir soruşturma yükümlülüğü anlamına gelmediğinden, delil araştırmasında mahkemenin takdir yetkisinin var olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Beining, s. 408. Bununla birlikte mahkeme, ek delil araştırmak suretiyle yeterli şüphenin ortadan kaldırabileceğini kabul ederse, bu durumu araştırmaksızın kovuşturmanın başlatılmasına karar veremez. Bu halde delil araştırma konusunda takdir yetkisi ortadan kalkacağından soruşturma yapmak zorundadır. Benzer şekilde mahkeme, yeterli şüphenin henüz bulunmadığını ancak ek delil elde edilmesi halinde tamamlanacağını kabul ettiğinde yine araştırma yapmak zorundadır. Meyer-Goßner/Schmitt, s. 1003.

¹⁰¹ Meyer-Goßner/Schmitt, s. 1003.

¹⁰² Rosenau, s. 1303.

¹⁰³ Eisenberg, s. 674. Ara muhakeme, iddiayı zayıflatma, hatta çürütme; yargılamanın bütününe ise mümkün olan en iyi sonuca götürme olasılığını içermektedir. Bu durum, her bir delilin yeniden incelenmesini ve yeniden değerlendirilmesini gerektirir. İddianamenin ortaya çıkmasıyla birlikte sanığın her açıdan suçlanmasına sadık kalındığı izlenimi olduğundan, her bir delil parçası ve onun usule ilişkin taktiksel kullanımı eleştirel bir şekilde sorgulanmalı ve değerlendirilmelidir. Sanığı suçlayan delillerin tamamı iddianamede yer aldığından, aksi farklı şekilde değerlendirebilmeli ve masumiyet ortaya konulabilmelidir. Bu incelemenin sonucunda sadece delillerin zayıflatılması amacının yanında delillerin olgunlaştırılması da söz konusu olabilecektir. Böylece ara muhakemeyle birlikte, kovuşturma aşamasına da hazırlanılmış olmaktadır. Stuckenberg, s. 791.

¹⁰⁴ Beining, s. 408. Ceza Muhakemesi Kanunu § 24'e göre önyargı endişesi nedeniyle tarafsızlığa duyulan güvensizliği haklı çıkaracak bir neden bulunduğu, hâkimin reddi mümkündür. Ara muhakemede toplanması talep edilen delilin tamamlayıcı bir şekilde değil de her ne pahasına olursa olsun mahkûmiyet izlenimine neden olabilecek kadar

mede delil toplanması, soruşturma aşamasındaki bariz eksikliklerin giderilmesine hizmet etmediğinden, soruşturma dosyasında mevcut olmayan bir suç şüphesini belirlemek amacıyla da delil toplanmamaktadır¹⁰⁵. § 202'nin lafzına göre mahkeme yalnızca “münferit” delil parçaları toplayabilmektedir. Bu nedenle, mevcut olmayan bir şüpheyi ortaya çıkartmaya değil sadece yeterli olmayan bir şüpheyi kovuşturmanın başlatılması adına “tamamlamaya” ya da iddia makamı tarafından yeterli görülen şüphenin aslında yeterli olmadığını kanıtlamaya yarayan deliller toplanabilmektedir¹⁰⁶. § 202'nin başlığında tamamlayıcı delil (ergänzender Beweis) ifadesi yer almaktadır. Düzenlenemeye göre soruşturma dosyasında olmayan delillerin mi yoksa dosyada mevcut olup da aydınlatılmasına ihtiyaç olan delillerin mi araştırılabileceği konusu açık değildir. Ancak normun lafzına bakılarak mahkemenin maddi olaya dair her delili araştırılabileceği yorumu yapılabilmektedir¹⁰⁷. Ayrıca unutulmamalıdır ki § 202'de yer alan delillerin toplanmasına dair araştırma, esasen bir soruşturma faaliyetidir¹⁰⁸. Ancak § 202'de belirtilen soruşturmanın, temelde ön soruşturmada zaten açıklığa kavuşturulmuş olan olguların bireysel olarak tamamlanması veya doğrulanmasına yönelik soruşturmalar olduğu dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ara muhakemede delil toplanması, kapsamlı ve zaman alıcı bir soruşturmaya konu edilememektedir¹⁰⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığını belirlemek için delil araştıran, soruşturmanın sorumlusu olan savcı olup¹¹⁰ ara muhakemenin başlaması bu durumu değiştiremez ve mahkeme, soruşturma makamı işlevinde savcılık makamının yerini alamaz¹¹¹. Mahkeme, bu tür kapsamlı soruşturmaları kendisi yürütmek yerine, savcıya id-

kapsamlı bir şekilde toplanması veya toplanmaya çalışılması halinde bu durum önyargı endişesine yol açabilmektedir. Örneğin ara muhakemede sanık bilgilendirilmeden dinlenen tanığın ifadesi, esas yargılamada okunursa bu durum savunma hakkını etkileyebileceğinden ön yargı endişesi nedeniyle hâkimin reddi talep edilebilecektir. **Stuckenberg**, s. 797.

¹⁰⁵ **Eisenberg**, s. 672.

¹⁰⁶ **Ritscher**, s. 1110.

¹⁰⁷ **Beining**, s. 407.

¹⁰⁸ **Julius/Schmidt**, s. 1164.

¹⁰⁹ **Rosenau**, s. 1303.

¹¹⁰ StPO § 152/1, 160/1.

¹¹¹ **Julius/Schmidt**, s. 1165. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre savcı, soruşturmanın efendisi olarak her türlü delili toplamakla yetkilendirilmiştir. BVerfG, 23.03.2015 - 2 BvR 1304/12 (dejure.org, erişim tarihi: 06.01.2024) Bu nedenle savcı, mahkemeden bağımsız bir ceza adaleti yönetim organı olarak soruşturmanın başlangıcına, sonuna ve seyrine ayrıntılı olarak karar verir; delil toplayarak mahkemenin hem hukuki hem de olgusal açıdan yürütülmesinin sorumluluğunu taşır. **Schroeder/Verrel**, s. 35.

dianameyi geri çekmesini önermeli; kabul edilmediğinde de kovuşturmanın başlatılmasını reddetmelidir¹¹².

Soruşturma işlemlerinin kontrol edilmesi amacıyla ara muhakemede mahkemenin, zorunlu olarak yerine getirmesi gereken ölçütler bulunmamaktadır¹¹³. Kovuşturmanın açılması hakkında karar verilmeden önce, vakıanın aydınlanması için somut delillerin araştırılmasına karar verilebilmesi ve kovuşturmanın açılması görüşü benimsediğinde, muhakeme açısından yararlı olacağı anlaşılıyorsa, mahkemenin içinde bulunduğu durumun süjelerle birlikte değerlendirilebilmesi, tamamen mahkemenin takdirindedir¹¹⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu § 202 uyarınca mahkeme, delil araştırılmasına karar vermediğinde ya da mahkemenin durumu hakkında süjeleri dinlemediğinde kanun yoluna başvurma hakkı da tanınmamıştır¹¹⁵. Ancak mevcut yeterli bir suç şüphesinin ortadan kaldırılabileceği veya henüz mevcut olmayan bir suç şüphesinin münferit delillerin toplanmasıyla tespit edilebileceği ihtimali ortaya çıkarsa, mahkemenin bu delilleri ara muhakemede mi yoksa sadece ana yargılamada mı toplayacağı kendi takdirine bağlı değildir; aksine, Ceza Muhakemesi Kanunu § 202’de tanınan delil toplama olanağını zaten kullanması gerekir¹¹⁶.

¹¹² **Stuckenberg**, s. 792. Örneğin bir açık hava etkinliğindeki saldırı sırasında M’nin şikâyetçi K’nın bir dişini kırdığı iddia edilmektedir. M, bunu reddetmekte ve suçu tanımadığı üçüncü bir kişinin işlediğini ifade etmektedir. Tanık olarak da iki arkadaşının ismini vermesine karşın savcı onların ifadesini almadan, M hakkında derhal saldırı suçlamasıyla iddianame düzenlemiştir. Bu durumda ara muhakemede mahkeme, suçun işlenip işlenmediğinin doğru bir incelemesini yapmak istiyorsa, soruşturma makamının şimdiki kadar yaptığından daha kapsamlı bir soruşturma yapmak zorunda kalacaktır. Tabiri caizse, ara muhakemede soruşturmanın eksik yürütülen tüm bölümlerini tamamlamalıdır. Ancak § 202 gereğince bu durum uygun olmamaktadır. Çünkü iddianameyi, kendi yapacağı kapsamlı soruşturmaya “kurtarmak” zorunda olan bir mahkeme, temelde eski engizisyon sürecinin yargısal rolüne kayar ve ana duruşmada tarafsız bir şekilde yargılamayı yapamaz. Dolayısıyla bu tür davalarda kapsamlı soruşturma yapmak yerine, § 204 uyarınca davanın açılmamasına karar verilmesi yerinde olmaktadır.

¹¹³ **Julius/Schmidt**, s. 1163.

¹¹⁴ **Eisenberg**, s. 673. Mahkeme, delillerin seçiminde, toplanma şeklinde ve delilleri kullanma biçiminde süreci tamamen kendisi belirlemektedir. **Rieß**, 737. Esas yargılamada olduğu gibi ara muhakemede mahkeme, tarafların hareket ve isteklerine bakılmaksızın maddi gerçeğin açığa kavuşturulmasına katkı sağlamakla yükümlüdür. **Beining**, s. 408. Tarafların iradesine karşı dahi delil toplanması gerekebileceği için mahkeme, delillerin toplanmasına yönelik kararı konusunda savcı ve sanığı dinlemek zorunda olmayıp onları bilgilendirmesi yeterlidir. **Stuckenberg**, s. 793.

¹¹⁵ **Ritscher**, s. 1108. Mahkemenin, delillerin toplanmasına ilişkin kararına kural olarak itiraz edilemese de istisnai olarak, toplanmasına karar verilen delilin hukuka aykırı olması halinde, karara itiraz edilebilmektedir. **Beining**, s. 409.

¹¹⁶ **Eisenberg**, s. 672.

C. Dinlenilme Hakkının Temin Edilmesi

Ara muhakemenin bir parçası olarak sanık, tüm yargılama sürecinde ilk kez kapsamlı bir hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaktadır¹¹⁷. Dinlenilme hakkı Ceza Muhakemesi Kanunu § 201/1 uyarınca, mahkemenin sanığı iddianame hakkında bilgilendirmesi ile sağlanır¹¹⁸. Sanık, bu aşamada ifade verme hakkını kullanabilir, etkili bir savunma hazırlamaya hizmet eden ve gerekli olan delillerin toplanması için başvuruda bulunabilir veya ana yargılamanın açılmasına itiraz edebilir¹¹⁹. Bu şekilde, ara muhakemenin kontrol işlevine savunma tarafı etkin olarak katılabilmektedir¹²⁰.

¹¹⁷ **Mavany**, s. 489. Ara muhakemede mahkeme tarafından sanığın dinlenilmesinin dayanağı olarak, Federal Anayasa'nın 103'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gösterilmektedir. Düzenlemeye göre "Herkesin mahkemede dinlenilme hakkı vardır." Anayasal hukuki dinlenilme hakkı genel olarak sanığa üç ayrıcalık sağlamaktadır: Birincisi, mahkeme tarafından olgusal ve hukuki durum hakkında bilgilendirilme; ikincisi, yargılama sırasında beyanda bulunma ve üçüncüsü ise mahkemenin yapılan beyanı değerlendirmesidir. **Rieß**, s. 736.

¹¹⁸ **Rosenau**, s. 1296. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre iddianamenin, suçlamayı somutlaştırma ve sınırlandırma işlevi, sanık lehine bir güvence içermektedir. Bu güvenceden sanığın yararlanabilmesi için iddianame, mutlaka sanığa tebliğ edilmelidir. BGH. 28.10.2009 - 1 StR 205/09 (dejure.org, erişim tarihi: 08.01.2024). Sanık, Ceza Muhakemesi Kanunu § 163a/2 uyarınca, iddia hakkında görüş bildirerek ve delil sunarak soruşturmanın sonucunu etkileyebilmektedir. Bu şekilde iddia makamının "tek yönlü" soruşturmasını düzeltebilmesi mümkün olmaktadır. Bununla birlikte, soruşturma aşamasında şüphelinin delil sunması son derece nadirdir. Bunun sebebi ise soruşturmanın dağınık olma özelliği nedeniyle, savunmanın ve delil ileri sürmenin etkisinin zayıf olacağı düşüncesidir. Ayrıca soruşturma makamları da mevcut delilleri, şüpheliye izah etme konusunda istekli olmamaktadır. Ara muhakemede ise iddianamenin tebliği ile birlikte somutlaştırılan isnada ve dosyada yer alan delillere karşı savunma yapılması, muhakemenin seyrini değiştirebilir algısını açığa vurmaktadır. **Wickel**, s. 177.

¹¹⁹ **Eisenberg**, s. 673. Dinlenilme hakkı, Ceza Muhakemesi Kanunu § 163a/1'de yargılama öncesi işlemlerde zaten yer almakta ve şüphelinin soruşturma sonuçlanmadan önce ifadesinin alınması gerekmektedir. Ancak soruşturma aşamasındaki ifade alma işleminden sonra savcının fiile ve şüpheliye yönelik bakış açısında, olgusal veya yasal yönlerde değişiklikler ortaya çıkabilmektedir. Diğer bir deyişle soruşturma aşamasında ifade alma sırasındaki suçlama ve gerekçesi ile iddianamede yer alan birbirinden farklı olabilmektedir. Bu değişiklik ihtimali de iddianamenin hazırlanmasıyla birlikte ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimale karşı beyanda bulunabilmek de ara muhakeme aşamasında sanığın dinlenilmesiyle mümkün olmaktadır. Ayrıca uygulamada -hatalı olarak- şüphelinin ifadesi alınmadan da soruşturma tamamlanabilmektedir. Soruşturma aşamasında şüphelinin dinlenilme hakkının ihlali, ara muhakeme aşaması ile telafi edilmeye çalışılmaktadır. **Wickel**, s. 36.

¹²⁰ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 1002. Ara muhakemede iddianameye karşı sanığın beyanını açıklayabilmesi, diğer bir deyişle savunma yapabilmesi, ayrımcı olabilecek bir kovuşturma aşaması ile muhatap olmasını engellemektedir. **Gubitz**, Michael: "Der Anwalt als

Federal Yüksek Mahkeme'ye göre sanığın kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında bilgilendirilmesi gerektiğinden, suçlama hakkındaki bilgilerin yanı sıra bunu doğrulayan soruşturma bulguları da ara muhakeme sırasında gecikmeksizin sanığa iletilmelidir¹²¹. Bu tür bilgiler esasen soruşturma aşamasında zaten verilmektedir. Ancak, söz konusu bilgiler ancak iddianame hazırlandıktan sonra, yani soruşturma tamamen sonuçlandığında daha açık hale geleceğinden, ara muhakeme aşamasındaki bildirim daha değerli olduğu düşünülmektedir. Bu yöntemin yardımıyla ara muhakeme, sanığın yargılamaya katılım hakkının güçlendirilmesine hizmet edebilir ki bu da ana yargılamanın açılıp açılmayacağına adli olarak belirlenmesi açısından önemlidir¹²².

İddianamenin tebliğ edilmesiyle birlikte savunma tarafına görüşünü sunma hakkının verilmesi, çelişmeli muhakeme ilkesini temin etme amacını taşımakta ve isnat edilen suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını değerlendiren hâkimin tarafsızlığının şüpheli olarak görülmemesi adına gerekli olmaktadır¹²³. Böylece savunma hakkının ihlal edilmemesi ve dolayısıyla silahların eşitliği prensibine aykırı davranmamak adına¹²⁴, savunma tarafı da ara muhakeme aşamasına güçlü taraf olarak dâhil edilmiş olmaktadır¹²⁵.

İddianamenin tebliğ edildiği sanık, mahkeme tarafından belirlenen süre içinde, kovuşturma başlatılmadan önce mevcut delillere dair görüşlerini bildirmelidir. Bu süre içinde sanık, mevcut delillere karşı gelebilir ve yeni delil toplanmasını isteyebilir¹²⁶. Bu halde sanığa, kendisine yönelik isnat edilen suç işlediğine dair olası nedenleri çürütme ya da en azından hafifletme ve savunmasını hazırlama fırsatı verilmektedir¹²⁷. Olayın aydınlatılmasına kat-

Strafverteidiger im Zwischenverfahren", JA, 2007 (5) s. 370. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkının işlevi uyarınca sanık muhatap alınmalı ve usulüne uygun talepleri hakkında olumsuz da olsa mutlaka yanıt verilmelidir. **Eisenberg**, s. 673.

¹²¹ Bkz. BGH. 22.08.2001 - 5 StR 431/00 (dejure.org, erişim tarihi: 18.01.2024).

¹²² **Hegmanns**, s. 121.

¹²³ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 1000.

¹²⁴ **Meraklı**, s. 1598.

¹²⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 495.

¹²⁶ **Beulke/Swoboda**, s. 274. Sanığın delil sunma talebinin, kovuşturmanın açılmasının niteliğini veya kapsamını etkileyebileceği hallerde, mahkeme tarafından uygun görülmesi beklenmektedir. **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 404.

¹²⁷ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 1002. Ara muhakeme aşamasına kadar dosyanın içeriği genellikle iddia makamının tek taraflı bakış açısını yansıtmaktadır. Bu aşamada ise etkili ve aktif savunma, kovuşturmanın devamını sanık lehine etkileyebilmektedir. Ana yargılamadan kaçınılmasa bile delillerin sanık lehine iyileştirilmesi, suçlamanın azaltılması

kıda bulunmak veya en azından aklayıcı deliller sunmak ve böylece açılış mahkemesinin kararının temelini etkilemek mantıklı olabilmektedir¹²⁸. Bu sayede, aynı zamanda ana yargılama mahkemesi olan ara muhakemedeki mahkemenin de ana yargılamayı yapılandırarak ana duruşmaya hazırlanabilmesine katkı sağlanmış olacağından mahkeme, sanığın beyanına özel bir ilgi duyabilmektedir¹²⁹.

D. Dava Konusunun Belirlenmesi

Ceza muhakemesi hukukunda iddianame düzenlendikten ve kavuşturmanın açılmasına karar verildikten sonra, sanığın suçlu olup olmadığı ve kendisine hangi yasal sonuçların uygulanacağı açıklığa kavuşturulmaktadır¹³⁰. Bu durum doğal olarak, yargılamayı nihai olarak sona erdiren kararın konusunu oluşturacak suçun, başlangıçta somutlaştırılmasını gerektirmektedir¹³¹.

Ara muhakemenin, yargılamanın konusunu olgular ve kişiler açısından somutlaştırma işlevi bulunmaktadır¹³². Savcı, iddianameyi düzenleyerek, kendi adına yargılamanın konusunu sınırlandırmasına karşın, yargılamanın konusunu (Der Prozessgegenstand) yani isnat edilen suçun niteliğini ve kapsamını belirlemek kovuşturmanın açılmasına karar veren mahkemenin görevidir¹³³.

Ara muhakemenin sonunda mahkeme iddianameyi tümüyle veya değişiklik yaparak kabul edebilir¹³⁴. İddianamede isnat edilen fiil, bir başka suçun unsurlarını oluşturduğu takdirde Ceza Muhakemesi Kanunu § 206 ve 207'ye göre değerlendirme yapılmalıdır. Şöyle ki § 206'ya göre ara muhakemede mahkeme, kararını verirken savcının talebiyle bağlı değildir. § 207/3'e göre kovuşturmanın açılması kararında mahkeme, isnat edilen suç, iddianameden farklı bir şekilde değerlendirmişse, bu durum kovuşturmanın açılmasına engel olmamaktadır¹³⁵. Bu durum ara muhakemenin, vakıyı aydınlatmayı amaçlayan ve gereksiz ana yargılamaya karşı bir "filtre" olarak var olan temel işlevi açısından da kavramsal olarak gereklidir. Mahkeme,

veya suçun niteliğinin değişmesi bakımından savunma faaliyeti bu aşamada önemli rol oynayabilmektedir. **Gubitz**, s. 369.

¹²⁸ **Mavany**, s. 493.

¹²⁹ **Hegmanns**, s. 59.

¹³⁰ **Roxin/Schünemann**, s. 141.

¹³¹ **Wickel**, s. 37.

¹³² **Stuckenberg**, s. 911.

¹³³ **Volk/Engländer**, s. 163.

¹³⁴ **Hegmanns**, s. 100.

¹³⁵ **Walter**, s. 133.

iddianamede yer alan suçun hukuki nitelendirilmesiyle bağlı olmaksızın, kovuşturmanın açılması kararında suçun niteliğini belirleyebilmektedir¹³⁶. Örneğin, kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı iddianame düzenlendikten sonra ara muhakeme aşamasında ölüm gerçekleştiğinde, vakıa aynı olduğundan, mahkeme açılış kararında bu suçu değişen olgular temelinde yeniden değerlendirebilir ve kovuşturmanın açılması kararını verebilir. Bu durumda sanığın, değişen hukuki değerlendirmenin nedenleri hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Ara muhakemede iddianamenin kabul edilmesi ve böylece yargılamanın konusunun yukarıda açıklanan şekilde somutlaştırılması, bu tespitin hüküm verilene kadar değiştirilemez olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, davanın açılmasına ilişkin karardan sonra da dava konusunun değişebilmesi mümkündür. Yargılamanın başlatılması kararından sonra isnat edilen suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu § 265 uyarınca sanığa bildirim yapılmalıdır. Bu durum, dinlenilme hakkının somutlaştırılmasıdır. Buna göre sanık, değişiklikten haberdar edilmeden ve savunma hakkı verilmeden, iddianamede belirtilen dışında bir başka suçtan dolayı mahkûm edilemez¹³⁷.

E. Görevli Mahkemenin Tespiti

Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından ara muhakemeye atfedilen bir diğer işlev de aynı zamanda Federal Anayasa'nın 101'inci maddesinin 1'inci fıkrasında güvence altına alınan ve kanuni hâkim ilkesini koruyan görevli mahkemenin belirlenmesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu § 207'ye göre asıl yargılamanın hangi mahkeme önünde yapılacağı, kovuşturmanın açılması kararında belirtilmelidir. Böylece, hangi mahkemenin görevli olduğu önceden açıklığa kavuşturulmaktadır¹³⁸.

Savcı, iddianameyi görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye teslim etmiş olsa da Ceza Muhakemesi Kanunu § 206 uyarınca sadece iddianamenin

¹³⁶ Wickel, s. 41. Soruşturma aşamasında gerekli ve yeterli incelemesi tamamlanan, delilleri toplanarak yeterli şüpheye ulaşılan bir fiil isnadı bulunmaktadır. Bu nedenle iddia makamının, fiile dair hukuki nitelendirmesi hatalı olsa da diğer koşullar mevcut olduğu takdirde ara muhakemede mahkeme, kovuşturmanın açılması kararını vermelidir. Bu aynı zamanda, isnat edilen fiilin, ana yargılamada doğru ceza hükmüne dönüştürülmesi amacıyla hukuki bir tavsiye olarak da değerlendirilmektedir. Kindhäuser/Schumann, s. 210. Aynı görüş doğrultusunda bkz. Federal Yüksek Mahkeme. BGH. 06.06.2023 - 5 StR 136/23 (dejure.org, erişim tarihi: 09.01.2024).

¹³⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, s. 996.

¹³⁸ Putzke/Scheinfeld, s. 137.

sunulmasıyla yargı yetkisi tesis edilmiş olmamaktadır¹³⁹. Mahkeme, kendisinin gerçekten görevli olduğunu kabul ettiğinde, esas yargılamayı yapacak mahkemenin kendisi olduğunu belirtir ve yargılamayı kendisi yapar. Kendi yargı çevresindeki alt derece mahkemesinin görevli olduğu kanaatindeyse, ana davayı doğrudan bu mahkeme önünde açabilir. Öte yandan, daha yüksek dereceli bir mahkemenin konuya ilişkin yargı yetkisine sahip olduğu kanaatine varırsa, dosyayı karar vermesi için bu mahkemeye göndermektedir¹⁴⁰.

Görevli mahkemenin kovuşturmanın açılması kararında belirlenmesiyle birlikte ana duruşma başlamadan önce yargı yetkisinin kapsamlı bir şekilde incelenmesi mümkün kılınmıştır¹⁴¹. Bu erken inceleme, yargı yetkisinin sonradan el değiştirmesini ve buna bağlı olarak usule ve esasa ilişkin işlemlerin tekrarlanmasını önlemektedir¹⁴².

III. ARA MUHAKEMENİN İŞLERLİĞİ: KONTROL İŞLEVINİN EKSİKLİĞİ

Öğretide, genel olarak ara muhakeme aşamasının verimsiz¹⁴³ olduğu, kontrol işlevinin hakkını veremediği¹⁴⁴, şekil ve usul incelemesi dışında maalesef etkili olamadığı kabul edilmektedir¹⁴⁵.

¹³⁹ **Hegmanns**, s. 112.

¹⁴⁰ **Volk/Engländer**, s. 162.

¹⁴¹ **Rosenau**, s. 1320.

¹⁴² **Ritscher**, s. 1134.

¹⁴³ **Rosenau**, s. 1296. Farklı anlamlar yüklenebildiği için “verimsizlik” kavramı açıklığa kavuşturulmalıdır. “Verimsizlik” bir yandan “etkisiz”, diğer yandan da “ekonomik olmayan” anlamında anlaşılabilir. Ara muhakemeyle ilgili olarak bu kavram, amaçlanan filtreleme işlevinin etkili olmadığı veya ceza yargılamasındaki usul aşamasının ekonomik olmadığı ve dolayısıyla harcanan çabaya değmediği anlamına gelmektedir. **Koch**, s. 223.

¹⁴⁴ **Stuckenberg**, s. 720. Ara muhakemenin etkin olmadığı teorisi, genellikle vakıaların çoğunda ana yargılamanın açıldığı ve sadece çok az sayıda vakıada yargılamanın açılmasına karar verildiği gerçeğiyle desteklenmektedir. Federal İstatistik Dairesi tarafından hazırlanan çalışmaya göre 2014 - 2022 arasında ara muhakemenin sonunda kovuşturmanın açılmaması, % 0,4 - % 0,6 gibi düşük bir orandır. Sadece kovuşturmanın açılmama oranının belirlenmesi, ara muhakemede yargısal denetimin etkinliği sorusuna sınırlı katkıda bulunabilir. Ancak ana yargılamasının sonundaki beraat oranı, ara muhakemenin etkinliğini değerlendirmek için etkili bir gösterge olabilir. Çünkü ara muhakemenin temel işlevi, esas yargılamaya değmeyecek ve mahkumiyetle sonuçlanmayacak davaları filtrelemektir. Bu nedenle her beraat kararı, ara muhakemenin işlevi olması gereken filtrenin neden etkili olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. İstatistik Dairesi tarafından 2014-2022 yılları için yapılan çalışmalara göre beraat oranı yaklaşık % 3’te sabit kalmaktadır. Beraat oranının, kovuşturmanın açılmama oranından yaklaşık altı kat daha yüksek olması nedeniyle, ara muhakemenin işlevselliği kısmen sorgulanabilmektedir. **Wickel**, s. 152.

Kontrol işlevi, “normatif olarak tanınmış” olsa bile ara muhakemenin hem yasal düzenlemesinde hem de pratik uygulamasında sanığın korunmasını etkisizleştiren bir takım zayıflıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki; muhakemeye dâhil olanların ara muhakemenin olanaklarından yeterince yararlanmalarındır¹⁴⁶. Görevli mahkeme, delil incelemesine başvurmamakta, dolayısıyla soruşturmanın sonuçları hakkında yeterli adli inceleme yapılmamaktadır¹⁴⁷. Delillerin geçerli bir şekilde değerlendirilebilmesi için mahkeme tarafından bizzat incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Sadece tutanakların okunması ki bu tutanaklar sadece özetlenmiştir, kişisel izlenimin yerini alamaz. Bu nedenle, uygulamada delil incelemesinin sadece dosya ile sınırlandırılmasının ara muhakemenin zayıf noktası olduğu açıktır¹⁴⁸. Ara muhakeme aşamasında hukuki dinlenme hakkı mevcut olmasına karşın sanık kendisi için öngörülen savunma hakkını kullanmamaktadır¹⁴⁹. Bu hakkın kullanılmamasının sebebi, soruşturma aşamasında yeteri kadar savunma yapılmış olmasına karşın iddianamenin düzenlenmesidir. Sanık, ara muhakeme aşamasında savunma yapmasının sonucu değiştirmeyeceğini, kovuşturmanın açılması kararının verileceğine inanmaktadır¹⁵⁰. İkincisi, özellikle Federal Yüksek Mahkeme kararlarında da yer aldığı üzere, ara muhakemenin sadece usuli bir aşama olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, ana yargılamaya biran önce geçilmesi gerektiği algısının bulunmasıdır¹⁵¹. Federal Yüksek

¹⁴⁵ **Stuckenberg**, s. 725; **Roxin/Schünemann**, s. 338; **Julius/Schmidt**, s. 1174; **Hegmanns**, s. 139; **Rieß**, s. 740; **Koch**, s. 223; **Putzke/Scheinfeld**, s. 136; **Rosenau**, s. 1296; **Hellmann**, s. 211; **Volk/Engländer**, s. 161; **Vormbaum**, s. 329; **Walter**, s. 131; **Kindhäuser/Schumann**, s. 208; **Schroeder/Verrel**, s. 123.

¹⁴⁶ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 1003.

¹⁴⁷ Uygulamada, ara muhakemede mahkeme tarafından yapılan delil araştırması ile sanığın savunma adı altında beyanda bulunması, istisnai olarak başvuru araçlarıdır. Bu nedenle ara muhakemede, kovuşturmanın açılması kararının temelini incelen(e)memesinin ve dolayısıyla etkin ol(a)mamasının nedeni, dosyaya dayalı değerlendirme yapılmamasıdır. Bu durum, hatanın fark edilmesini ya da bir delilin öneminin anlaşılabilmesini engellemektedir. Dosya özelinde karar verilmesinin sonucu olarak özellikle tanık delili ara muhakemede gerektiği gibi değerlendirilememektedir. Çünkü mahkemenin elinde sadece kolluk tutanakları şeklinde dosyalar vardır ve bunların delil değerini belirlemek oldukça zor olmaktadır. **Koch**, s. 223.

¹⁴⁸ **Koch**, s. 222.

¹⁴⁹ **Gubitz**, s. 371. Uygulamada savunma tarafı, ara muhakemede aktif hareket etmemektedir. Mümkünse davanın açılmasından kaçınmayı istemekle birlikte diğer yandan taktiksel nedenlerle, başarısızlık durumunda ana yargılama için hala materyale sahip olmak amacıyla tüm aklayıcı araçlarını sunamama ikilemiyle karşı karşıya kalan savunma, çekingen davranmaktadır. **Hegmanns**, s. 141.

¹⁵⁰ **Vormbaum**, s. 332.

¹⁵¹ **Roxin/Schünemann**, s. 35. Ara muhakemenin sonunda yüksek olasılıkla kovuşturmanın açılmasına karar verilmesi hali olumlu olarak yorumlanırsa, bunun nedeni Savcılık

Mahkeme, genel olarak ara muhakeme aşamasının kontrol işlevinin katı olmaması gerektiğini, kovuşturmanın açılması yönünde bir eğilimin yerinde olacağını benimsemektedir. Mahkeme'ye göre şüphenin tam olarak açıklığa kavuşturulması adına ana yargılamanın üstün bilgi araçlarının kullanılması gerekli olmaktadır¹⁵². Üçüncüsü ise kontrol işlevinin etkinliğini destekleyecek mevzuat hükümlerinin yeterli olmamasıdır¹⁵³. Örneğin kovuşturmanın açılması kararı verilirken gerekçe belirtme zorunluluğu olmamasına karşın red kararı verilirken gerekçesi belirtilmelidir. Bu nedenle, ana davanın açılması, en azından kabul veya ret kararının verildiği anda, ara muhakemede hâkime en az iş çıkarıcı seçenektir. Bu da iddianın “önce kabul edilmesi” tutumunu desteklemektedir¹⁵⁴. Ayrıca ara muhakemede, yargılamayı hızlandırmak ve yargılama maliyetini sınırlandırmak ana amaç olmayıp öncelikli olarak sanığın korunmasına hizmet edilmelidir. Ancak ana yargılamanın açılması durumunda, sanığın açılış kararına karşı itiraz etme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iddianamenin kabul edilmesi durumunda, ara muhakemenin sonucunu gözden geçirmek mümkün değildir. Bu durum, sanık aleyhine olacak şekilde bir kontrol denetimi eksikliğine neden olmaktadır¹⁵⁵. Ara muhakemenin etkili olmasını engelleyen son neden, ara muhakemede görevli mahkeme ile ana yargılamayı yürütecek mahkemenin aynı olmasıdır. Bu halde yeterli şüpheyi belirleyerek kovuşturmanın açılması kararını veren mahkeme, esas yargılamayı da kendisi yaparak suçun sübut olup olmadığını değerlendirmektedir. Bu durum, ara muhakemede mahkemenin, sanığın suçluluğu hakkında bir önyargıya sahip olarak esas yargılamayı gerçekleştirdiği algısını oluşturmaktadır¹⁵⁶.

Kühne, kontrol işlevinin etkisizliği dolayısıyla ara muhakemenin kaldırılmasını önermektedir¹⁵⁷. Yazara göre gerekli ön koşulların varlığı ana

makamının kapsamlı soruşturmasında yatıyor olabilir. Bu da neredeyse tüm davalarda hâkimin de kendi değerlendirmesine göre mahkûmiyet olasılığını varsaymasına yol açmaktadır. Öte yandan, olumsuz taraf vurgulanmak istenirse, bunun nedeninin hâkimin, savcının görüşüne yönelmesi ve dava dosyasını sadece yüzeysel veya şematik olarak incelemesi olduğu düşünülebilir. Hâkimin, hem iş yükünün fazla olması hem de soruşturmanın sonucunun savcı tarafından yeterince incelediğine dair (muğlak) güveni, bunun nedeni olabilir. **Ernst**, s. 71.

¹⁵² Bkz. BGH. 19.01.2010 - StB 27/09 (dejure.org, erişim tarihi: 01.02.2024).

¹⁵³ **Wickel**, s. 194.

¹⁵⁴ **Meyer-Goßner/Schmitt**, s. 1000.

¹⁵⁵ **Heghmanns**, s. 168.

¹⁵⁶ **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 406.

¹⁵⁷ Ara muhakemenin etkisizliği dolayısıyla kaldırılmasına ilişkin ayrıntılı analiz için ayrıca bkz. **Kühne**, Hans-Heiner: “Die realen und potentiellen Auswirkungen des

yargılamada zaten kontrol edilmektedir. Bu durum yeterli bir “filtre etkisine” sahiptir. Yargılamanın hızlandırılması ve masrafların azaltılmasının usul hukuku reformlarında düzenli olarak merkezi bir rol oynadığı düşünülürse, ara muhakemenin kaldırılması kanun koyucu açısından da yararlı olacaktır¹⁵⁸. Bu öneri, öğretide neredeyse ittifakla kabul görmemektedir. Ara muhakeme, sanığı aceleci bir yargılamadan koruması beklenen hukukun üstünlüğünün önemli bir aracıdır. Soruşturmanın büyük bir bölümünü kolluk üstlendiğinden, ara muhakemenin kaldırılmasından sonra, ana yargılamanın yapılıp yapılmayacağı nihayetinde kolluğun çalışmasının kalitesine bağlı olacaktır¹⁵⁹. Soruşturma aşamasında fiili işlevin büyük bir kısmı kolluğun

Beschleunigungsgebots für die Struktur des Strafverfahrensrechts: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?” JZ, 2010 (17) s. 821 vd.

¹⁵⁸ **Kühne**, Die realen und potentiellen Auswirkungen des Beschleunigungsgebots für die Struktur des Strafverfahrensrechts: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? s. 823. Ara muhakemenin amacı, sanığı, soruşturmanın adli kontrolü yoluyla kişisel ve toplumsal olarak suçlayıcı bir ana yargılamadan korumaktır. Ancak bu ara muhakemenin uygulamada ele alınış biçimi nedeniyle çoktan geçerliliğini yitirmiştir. Kural olarak, adli “ara denetim” en iyi ihtimalle iddianamenin kesinliği ile sınırlıdır ve mahkeme tarafından son derece zaman alıcı kabul edilmekte ve üstünlük bir şekilde ele alınmaktadır. Bu durum, iddianamenin karmaşıklığı ve uzunluğu arttıkça daha da yoğunlaşmaktadır. Bu bakımdan ara muhakeme, iddianamenin kanunla öngörülen kapsamlı incelemesi fiilen gerçekleştirilmeye başlandığında yeniden tartışılabilir. Bu da öngörülebilir bir gelecekte beklenmemektedir. **Weigend**, Thomas: “Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht”, ZStW, 2001 (2) s. 286.

¹⁵⁹ **Schünemann**, Bernd: “Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schultereffekt”, StV, 2000, s. 159. Ara muhakeme, futboldaki çifte stoper gibi hareket eden, savcının arkasındaki ikinci bir bariyerdir. Sanığı aceleci bir soruşturma makamından korumak için tasarlanmış önemli bir araçtır. Dahası, soruşturma işinin büyük bir kısmı artık kolluk tarafından yürütüldüğünden, ara muhakemenin kaldırılmasının ardından ana duruşmanın yapılıp yapılmayacağı nihayetinde kolluğun işinin kalitesine bağlı olacağı endişesi ortaya çıkabilmektedir. Ara muhakemenin kaldırıldığı dönemden edinilen deneyimler de bu adımın tekrarlanmasına karşı çıkmaktadır. Nasyonal Sosyalist dönemde ara muhakeme, savcılık makamını güçlendirme ve ceza yargılamalarını hızlandırma çabasının kurbanı olmuştu. 1942 tarihli bir Kanun ile ara muhakemenin yerine, mahkeme başkanı tarafından verilen ana yargılamanın açılması emri getirildi. Bu emir ancak mahkemenin kendisini görevli görmemesi ya da sanığın mahkûm edilmeyeceğinin kesin olarak beklenmesi halinde reddedilebiliyordu. Ancak uygulamada savcı, Nazi yasa koyucusunun umduğunun aksine, “soruşturmacı” olarak çalışmalarında her zaman gerekli titizliği gösteremedi. Mahkemeler, ana yargılama aşamasında sürekli soruşturma aşamasının eksikliklerini tamamlamak zorunda bırakıldı. Bu durum özellikle hâkimler arasında eleştirilere yol açtı. Ana yargılamada soruşturma işlemlerine yetişmenin mahkemelerin görevi olmadığı ve yetersiz hazırlık nedeniyle, mahkeme başkanından ana duruşmayı planlamasının ve ana duruşma için hazırlık yapmasının beklenmemesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

elinde olduğundan, ana yargılamanın yapılmasının tamamen kolluğun çalışmasının kalitesine bağlı olmasından korkulmalıdır. Kanun koyucuya göre adli makam olarak savcı, Ceza Muhakemesi Kanunu § 152 ve 161 uyarınca soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu olsa da uygulamada durum nadiren böyledir. Vakialardaki niceliksel artış nedeniyle, savcının her soruşturmaya dâhil olması pratik olmamaktadır. Kolluk, hem araç hem de personel açısından daha donanımlı ve daha iyi eğitilmiştir. Ayrıca, önleyici ve baskıcı kolluk faaliyeti giderek daha fazla birleştirilmekte, birincisi savcı tarafından herhangi bir işleme tabi tutulmamaktadır. Özellikle daha az önemli vakalarda, kolluk soruşturması iddianame düzenlenene kadar bağımsız olarak yürütülmekte ve daha sonra savcıya devredilmektedir. Savcılık makamının, kolluğun fiili üstünlüğüne alışmasından ve bunun sonucunda hafif suçların yanında önemli suçlarda da soruşturma inisiyatifinin kolluğa bırakılmasından korkulmalıdır. Bu nedenle, savcının arkasında “ikinci bariyer” olarak ara muhakemeye ihtiyaç vardır ve ana yargılama sırasında temel haklara müdahale edilmeden önce bir yargı denetimi yapılmalıdır¹⁶⁰. Ayrıca ara muhakemenin kaldırılması, ana yargılamanın sanık için her zaman kabul edilebilir olduğu varsayımı anlamına gelecektir. Ana yargılama sonunda temyize başvurma hakkı, sadece uzun ve masraflı olabilmesi nedeniyle, ara muhakemenin yerini tutamaz. Dahası, ara muhakemenin temel görevi, sanığı delil yetersizliği olan bir ana yargılamanın yapılmasından korumaktır. Bu nedenle, ara muhakeme muhafaza edilmeli ve mevcut eksikliklerinin giderilmesi için başka yollar aranmalıdır¹⁶¹.

Sonuçta, yetersiz soruşturma ile da olsa ceza davasının açılabilmesinin yolu açılmış olduğundan soruşturma aşaması önemli ölçüde kalitesiz hale dönüştürüldü. **Heghmanns**, s. 48.

¹⁶⁰ **Vormbaum**, s. 331.

¹⁶¹ **Ellbrück**, s. 359. Federal hükümetin girişimiyle ara muhakemeyi iyileştirmek ve etkili hale getirmek için 2014 yılında bir Komisyon oluşturulmuştur (Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens). Öğretide yer alan reform beklentisi, filtre işlevinin kuvvetlendirilmesini öngördüğü için Komisyon’un oluşturulması temelde memnuniyet verici bir girişim olarak düşünülmekteydi. Ancak beklentilerin aksine Komisyon raporunun giriş bölümünde; ara muhakemenin, yargılamanın hızlandırılmasına katkıda bulunabilecek usuli bir aşama olduğu, yargılama maliyetini azaltarak, ana yargılamada olası bir tasarruf sağlanması amacına hizmet ettiği vurgulanmaktaydı. Ara muhakemenin asıl tarihsel amacı yani sanığın korunması için soruşturma sonuçlarının gözden geçirilmesi, dikkate alınmamaktaydı. Yargılamanın hızlandırılması menfaatinin, sanığın yargılamadan kurtarılması menfaatine göre öncelik kabul edildiği kamu otoritesinin bu iradesi eleştirilmelidir. Yargılamanın hızlandırılması, temelde ana yargılamanın başlatılmasına dayanmaktadır. Buna karşılık, ara muhakemenin ilk amacı olan kovuşturmanın başlatılmaması, “sanık için hukuka aykırı yar-

Normatif ve uygulamada mevcut olan eksikliklerine karşın ara muhakemenin statükosu ve daha da kötüsü eksiklikleri kabullenilmiş gibi görünmektedir. Bu tutum, ceza hukuku literatüründeki pek çok görüşü de karakterize etmektedir. Örneğin, ara muhakemenin en azından “ana yargılamanın belli bir ölçüde yapılandırılmasına” olanak tanıdığına işaret edilmektedir¹⁶². Uygulamadaki verimsizlik algısına karşın ara muhakemenin, eksiksiz bir iddianamenin hazırlanmasına teşvik ettiği savunulmaktadır¹⁶³. Böyle bir durumda bile kurumun yüksek sembolik değer taşıdığı ileri sürülmektedir. Ara muhakemenin, varlığıyla “kendisi müdahale etmeden savaşın gidişatını etkileyen bir asker” olduğu görüşü vardır¹⁶⁴.

Esas davanın açılmasının önlenmesinden yola çıkılırsa, ara muhakemenin odak noktasının öncelikle, sanık için hukuka aykırı yargılamanın erken sona erdirilmesi olduğu sonucuna varılır. Buna ek olarak ara muhakeme, yargılamanın nihai olarak sona erdirilmesi sağlanamayacak olsa bile savunma hakkının kullanılmasına izin vermektedir. Bu nedenle, sanığın korunması, ara muhakemenin ön önemli amacı olarak kabul edilmelidir¹⁶⁵. Ara muhakemenin bu önemi, verimsiz olduğu varsayımı nedeniyle reddedilmelidir. Savcının suçlama yönelttiği çoğu davada açılış kararının verildiği inkâr edilemez. Ancak uygulamada, savcının bilinçli olarak -örneğin siyasi kaygıların etkisi altında- ya da bilinçsiz olarak -örneğin karmaşıklığı nedeniyle delilleri yanlış değerlendirmesine dayanarak- hatalı bir iddianame hazırladığı durumlar tamamen göz ardı edilemez. Bu durumda, tek başına açılmama kararının düşük oranının bir sonucu olarak sanığın korunması ihtiyacı ötelenemez bir gerçektir. Aksine, bundan tersine bir sonuç çıkarılmalıdır: “Sanıkların sadece yüzde 1’i değil, aslında önemsiz olmayan bir kısmı hukuka aykırı yargılamalardan korunmaya ihtiyaç duymaktadır”. Toplam sayı

gılamanın erken sona erdirilmesi” anlamında sanığın korunmasına hizmet etmektedir. Eğer bu iki menfaat arasında bir çatışma varsa, sanığın korunmasına öncelik verilmelidir. Sanık için davanın açılmaması her zaman davanın açılmasından önce gelmelidir. **Hegmanns**, s. 119. Ara muhakeme prensipte sanığın korunmasına hizmet etmesi gereken bir kurumdur. Ana yargılamanın hızlandırılması ve masraflardan tasarruf edilmesi, ara muhakemenin yalnızca olumlu bir yan etkisi olarak değerlendirilmelidir. Ana yargılamanın açılmasını öngören ve hem ara muhakemede hem de yargılamanın diğer tüm aşamalarında gözetilmesi gereken yargılamanın hızlandırılması önceliği, sanığın haksız bir yargılamadan erken bir aşamada kurtulmayı isteme menfaatinin zedelenmesini haklı çıkarmak için kullanılamaz.

¹⁶² **Ellbrück**, s. 359.

¹⁶³ **Vormbaum**, s. 330.

¹⁶⁴ **Volk/Engländer**, s. 161.

¹⁶⁵ **Stuckenberg**, s. 786.

veya toplamın yüzde ne olursa olsun, ceza muhakemesi sonuç olarak her zaman bireyi koruyacak araçları etkili şekilde kullanmalıdır. Mahkeme, daha sonra ana yargılamayı açmayı reddederse, her halükarda ara muhakemenin yürütülmesinden kaynaklanan olası bir ek yük, “zarar” olarak değerlendirilmeyecektir. Böyle bir yük, sanığın korunmasına hizmet eden bir çaba olarak - yargı tarafından da - olumlu bir şekilde takdir edilmelidir¹⁶⁶.

Ara muhakemenin işlevsel olmasında beklenti henüz karşılanmamış olsa da çözüm ara muhakemenin kendisi yerine, mevcut haliyle etkisizleşmesine neden olan sorunların ortadan kaldırılmasında yatmaktadır¹⁶⁷. İşlevin eksikliklerini ortadan kaldırabilecek ve aynı zamanda filtre işlevini optimize edebilecek veya hatta genişletebilecek, yargılamanın bu aşamasının iyileştirilmesine katkıda bulunabilecek çeşitli seçenekler değerlendirilmelidir. Böylece, hem ara muhakeme usulüne yönelik eleştiriler ortadan kalkmış veya azalmış hem de temel işlevi güvence altına alınmış olacaktır¹⁶⁸. Ara muhakemeyi etkili bir kontrol aracına dönüştürmek için ilk seçenek, soruşturma faaliyetinin ara muhakemede daha yakından incelenmesini zorunlu kılacak şartlar getirmektir¹⁶⁹. Ara muhakemenin filtre işlevini güçlendirmek adına Koch tarafından, zorunlu duruşma yapılması önerilmektedir. Böylece kanıtlar daha yoğun bir şekilde incelenebilecektir. Örneğin, kolluk raporunda sadece yüzeysel olarak ifadesi alınan bir tanık şahsen dinlenirse ve raporda yer alanlardan farklı bulgular ortaya çıkarsa, ana yargılamadan kaçınmak mümkün olabilmektedir. Dahası, zorunlu duruşma, sanığın doğrudan dinlenmesini sağlayacağından, yargılamanın öznesi olarak rolünü de koruyacaktır¹⁷⁰. İddianamede yer alan eksik ve hatalı hususların ara muhakeme

¹⁶⁶ Ernst, s. 66.

¹⁶⁷ Mavany, s. 489.

¹⁶⁸ Vormbaum, s. 334.

¹⁶⁹ Hellmann, s. 211.

¹⁷⁰ Zorunlu duruşmanın amacı sanığı, bir itirafa veya anlaşmaya zorlamak değildir. Elbette esas hakkında ifade verip vermemekte özgürdür. Sanık, iddianame hakkında yorum yapmama hakkı konusunda da bilgilendirilmektedir. Zorunlu duruşma sanığın, mahkeme ile “doğrudan yüzleşmesini” ve savcı tarafından sunulan iddianamenin “tarafsız” bir şekilde incelenmesini sağlar. Amaç, ceza yargılamasında bir özne olarak rolünü etkin bir şekilde yerine getirmesine fırsat vermek ve soruşturmadaki olası boşlukları kapatmaktır. Bu öneri, olası ana yargılamayı bile kısaltmaktadır. Mahkeme ve delillerle yüzleşme garantisi, sanığın davanın açılması kararına ve kendisini aklayan delillere itirazlarını daha aktif bir şekilde dile getirmesine imkân tanıyacağından, gereksiz ana davalardan kaçınılmış olacaktır. Bu da sanığın mümkün olduğunca erken korunmasını sağlayacaktır. Bu nedenle, bu tür bir zorunlu duruşmanın yasal olarak kurulması ve düzenlenmesi, savcının ara muhakeme bağlamındaki soruşturmasının etkili bir şekilde kontrol edilmesine katkıda bulunacak bir önlemdir. Koch, s. 224.

aşamasında ortaya çıkartılabilmesi ve düzeltilebilmesi, savunma ve mahkeme arasında işbirliğini gerekli kılmaktadır. Sanığın delil toplanması için başvurması ve mahkemenin de bunun, suç şüphesinin incelenmesi bakımından önemli olduğunu düşünmesi halinde, hatalı olgular düzeltilebilir veya tamamlanabilir ve gereksiz bir yargılamadan kaçınılabilir ya da en azından sınırlandırılabilir. Bu durum, ara muhakemenin aktif, iletişimsel ve açık bir şekilde yürütüldüğünü, ayrıca yargılamanın da etkili bir şekilde filtrelenebileceğini kanıtlamaktadır¹⁷¹. Kovuşturmanın açılmaması kararının aksine, açılma kararı için gerekçe gösterme yükümlülüğünün olmaması, şüphe durumunda suçlamayı kabul etme tutumunu desteklemektedir¹⁷². Bu, ara muhakemede adli karar verme sürecinin açık ve aynı zamanda etkili bir kontrol unsurunun eksik olduğu anlamına gelmektedir¹⁷³. Oysa gerekçe, hukuki dinlenilme hakkını somutlaştırmakta ve hâkimi genel olarak özdenetim yapmaya zorlamaktadır. Sanığa bilgi verilmekte ve üst mahkeme tarafından inceleme yapılmasının önü açılmaktadır¹⁷⁴. Delillerin ön bulgularının değerlendirilmesini de içeren kesin gerekçelerle verilen bir açılış kararı, mahkemenin davayı erken bir aşamada yoğun bir şekilde tanınmasına yardımcı olacak ve böylece suç şüphesinin daha etkili bir şekilde incelenmesini sağlayacaktır. Öte yandan, gerekçenin açıklanmasıyla birlikte yargılamaya ilişkin değerlendirmenin erkenden ortaya konulması, aynı derecede erken ve hedefe yönelik bir savunmanın yapılabilmesine olanak sağlayacaktır¹⁷⁵. Kontrol işlevini güçlendirmek adına, son olarak kovuşturmanın açılması kararına karşı sanığa kanun yoluna başvurma hakkı tanınmalıdır¹⁷⁶. Ana yargılamanın açılmasının reddedilmesi halinde sadece iddia makamı böyle bir hakka sahiptir. Davanın açılması kararına karşı bir itiraz hakkının getirilmesi sanığın, silahların eşitliği ilkesi açısından tartışmalı olan durumunu ortadan kaldıracaktır. Sanığın, ana yargılamanın açılmasına karşı yasal koruması iyileştirilmiş olacaktır. Dolayısıyla, sanığa itiraz hakkı tanınması, ara muhakemedeki kontrolü daha etkili ve daha sanık dostu hale getirecektir. Bu da ara muhakemenin asıl amacına, yani sanığın korunmasına yönelik kontrole uygun olacaktır¹⁷⁷.

¹⁷¹ Wickel, s. 181.

¹⁷² Rieß, s. 741.

¹⁷³ Ellbrück, s. 360.

¹⁷⁴ Roxin/Schünemann, s. 340.

¹⁷⁵ Ellbrück, s. 360.

¹⁷⁶ Mavany, s. 493.

¹⁷⁷ Vormbaum, s. 335.

IV. GÖREVLİ MAHKEMEYE KARŞI GÜVENSİZLİK ÖNYARGISI

Soruşturma aşaması tamamlandıktan sonra savcı, iddianameyi görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye teslim etmekte ve ara muhakeme süreci başlamaktadır. Böylece ara muhakeme, iddianamenin teslim edildiği görevli mahkeme tarafından yerine getirilmektedir. Ara muhakemenin sonunda, bir başka mahkemenin görevli olduğuna karar verilmediği takdirde, kovuşturmanın açılması kararıyla birlikte esas yargılamayı da kendisi yapmaktadır¹⁷⁸.

Ara muhakeme sürecini yürüten ve kovuşturmanın açılması kararını veren mahkeme ile esas yargılamadaki mahkemenin aynı olmasıyla birlikte, yeterli şüphenin belirlenmesinin sonucu olarak mahkûmiyet kararının verilme ihtimali olduğunu varsayan bir hâkim, ana yargılamada görev yapmış olmaktadır¹⁷⁹. Bu durum öğretilerde; hâkimin iddianameyi kabul ederek asıl duruşmadan önce sanık hakkında bir nevi hüküm oluşturduğu ve bu kararı ile sanığın suçluluğu hakkında önyargıya sahip olarak asıl duruşmaya katıldığı düşüncesiyle şiddetle eleştirilmektedir¹⁸⁰.

Kovuşturmanın açılmasına karar verilerek bir nevi ön hüküm oluşturulması ve esas yargılamaya bu “önyargı” ile başlanması, hâkimin tarafsız-

¹⁷⁸ **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 406.

¹⁷⁹ **Wickel**, s. 87.

¹⁸⁰ **Ernst**, s. 88; **Vormbaum**, s. 330; **Kindhäuser/Schumann**, s. 208; **Aritürk**, s. 195; **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 406; **Feyzioğlu**, Metin: “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, CHD, Eylül 2006, Sayı: 1, s. 33; **Weigend**, s. 284; **Volk/Engländer**, s. 161; **İsfen**, Osman: “Die Befangenheit des „dealenden” Richters”, ZStW, 2013, 125 (2) s. 325; **Walter**, s. 137; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 496; **Schünemann**, s. 160; **Centel/Zafer**, s. 630; **Özen**, s. 23; **Stuckenberg**, s. 710; **Karakurt**, s. 20. Ana yargılamada, sanığın suçluluğu ya da masumiyetine ilişkin nihai bağlayıcı karar, tüm deliller göz önünde bulundurularak, kesin delil kuralına, sözlülük ve doğrudanlık ilkelerine uygun olarak verilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu § 261’den de anlaşılacağı üzere esas mahkemesi, kararını yargılamanın bütününden çıkardığı kanaate dayandırmaktadır. Ancak, daha önce bir suçun işlenme olasılığının yüksek olduğuna karar vermiş olan hâkim, ana duruşmada da sanığın suçluluğuna ya da masumiyetine karar verecekse, tarafsız bir yaklaşım ilk bakışta pek mümkün görünmemektedir. Bu doğrultuda, kovuşturmanın açılması kararını veren hâkim ile esas davaya bakan hâkim arasındaki özdeşlik reddedilmelidir. **Roxin/Schünemann**, s. 339; Aksi görüşte olan Meraklı’ya göre hakimin, ön yargılı olup olmayacağı belirlenmesi kovuşturma aşamasında mümkün olup, iddianamenin kabul edilmesine kararına bakılarak hakimin, yargılamada önyargılı olacağı sonucunun doğrudan çıkartılması yerinde olmamaktadır. Yargılamanın sonunda sanığın beraat etmesi veya mahkum edilmesi, elde edilen bilgilerden ulaşılan bir sonuç olacaktır; iddianamenin kabulü kararının doğru veya hatalı olduğunun ikrarı olarak kesinlikle kabul edilmeyecektir. Kaldı ki yargılamada tarafsızlığını şüpheye düşüren bir sebep ortaya çıktığında hakimin reddi de istenebilecektir. **Meraklı**, s. 1637.

lığını olumsuz etkilemektedir¹⁸¹. İddianameyi kabul ederek kovuşturmanın açılmasına karar veren ve uyuşmazlığı nihai olarak karara bağlayacak hâkimin aynı olması, taraflılık algısını tartışma konusu yapabilecek nitelikte öneme sahiptir¹⁸². Hâkime yönelik olarak oluşan bu güvensizlik ön yargısı, bu şüpheli durum, hukukun üstünlüğüne dayalı ceza yargılaması için oldukça zehirlidir. Ara muhakemede, iddia konusu suçun işlendiğinin muhtemel olduğu ve muhtemelen mahkûm edileceğini bildiren hâkim ile sanığın, ana yargılamada yine karşı karşıya gelmesi ve bu güvensizlik duygusuyla savunma yapmaya zorlanması sanık açısından büyük çaresizliktir¹⁸³.

Ara muhakemede kovuşturmanın açılmasına karar veren hâkimin, ana yargılamada görevli olması, hâkimin tarafsızlığını şüpheye soktuğu ve bu nedenle Federal Anayasa'nın 101'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen kanuni hâkim ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüştür. Mahkeme'ye göre yasada bu konuda bir açıklık bulunmadığı için kovuşturmayı başlatan hâkimin, ana yargılamaya katılması, bir istisnadan ziyade, yasama organının karar vermesi gereken bir durum olarak değerlendirilmelidir. Ceza muhakemesi hukuku, "yargıcın, aynı olgular üzerinde daha önce bir hüküm vermiş olsa bile, bir davanın değerlendirilmesine tarafsız bir şekilde yaklaşacağı" önermesine dayanmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, kovuşturmanın başlatılmasına karar verilmesini, ana yargılamada tarafsızlığa ilişkin bir şüphe nedeni olarak görmemektedir¹⁸⁴. Hâkimin, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından tasvir edilen normatif imajına öğretide eleştirel bir gözle bakılmaktadır. Buna göre bir hâkimin bir davayı tarafsız bir şekilde karara bağlamak için çaba sarf etmediğinin genel olarak varsayılamayacağı doğrudur. Abartmak gerekirse, yargıcının kendi algısı şu şekilde özetlenebilir: "Bir yargıç önyargılı olamaz çünkü önyargılı olmaması gerekir." Bu, bilimsel olarak kanıtlanmış algı mekanizmasına ters düşen ve bu nedenle açıkça yetersiz kalan bir değerlendirmedir. Sanığın, nihayetinde hakimin her şeyi doğru yapacağına fiilen güvenmesi gerektiğine yönelik argüman, kendisini bağımsız ve etkili bir şekilde savunabilmesi gereken yargılamanın bir öznesi olarak sanığın imajıyla gerçekten uzlaştırılmamaktadır¹⁸⁵.

¹⁸¹ **Beulke/Swoboda**, s. 44.

¹⁸² **Vormbaum**, s. 330.

¹⁸³ **Weigend**, s. 285.

¹⁸⁴ Bkz. BVerfG. 26.01.1971 - 2 BvR 443/69 (dejure.org, erişim tarihi: 08.01.2024).

¹⁸⁵ **Wickel**, s. 112. İnsan algısının mekanizmasına ilişkin sosyolojik ve ampirik bulguların düpedüz sistematik olarak bastırılması, hakimin taraflı olmasını "imkansız bir gerçek"

Hâkimin, icra ettiği meslek gereği tarafsızlığı ilke olarak kabul edilebilir olsa da sadece bu tür bir teorik ifadeyle, ana yargılamadaki önyargı ortadan kaldırılamaz. Bu bulgu, psikolojik perspektife dayalı ampirik çalışmalarla da doğrulanmıştır. Yönlendirme olmaksızın serbestçe elde edilen bir dizi bilgi bağlamında, kişinin ilk algıladığı bilginin en iyi şekilde özümseindiği ve akılda tutulduğu kabul edilmektedir. Bu durum “öncelik etkisi” (Primat effekt) olarak bilinmektedir. Daha sonraki izlenimlerin, ilk izlenimle özdeşleştirilmesi yönünde güçlü bir eğilim bulunmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir bilgi alımında, ilk algılanan bilgi büyük önem taşımaktadır, çünkü tüm diğer ek bilgiler insan beyninde konsolide edilmiş olan bu birincil bilgiye göre ölçülmektedir¹⁸⁶. Diğer bir deyişle, ilk kez algılanan bilgi her zaman, daha sonraki tüm değerlendirmeler için bir başlangıç noktası olarak hizmet eder. Dolayısıyla sunulan bilgilerin sırası -örneğin ara muhakemedeki deliller- ana yargılamada belirleyici öneme sahiptir¹⁸⁷. Ara muhakemede görevli olmasından dolayı vakıa ve deliller hakkında bilgi sahibi olan hâkim, eğer herhangi bir kişi gibi algısal psikolojinin belirli olgularına karşı bağışık değilse -yukarıda özetlenen öncelik etkisi gibi- ana yargılama sürecine önyargılı olarak girme riskini taşımaktadır¹⁸⁸.

Ara muhakemede görevli hâkim, savcılık tarafından iddianame şeklinde sunulan hipotezi kendi hipotezi olarak kabul ederek, bunu daha sonraki yargılamanın temeli haline getirmekte ve bu amaçla başlangıçta iddianamede anlatılan vakıayı kabul etmektedir¹⁸⁹. Hatta iddianame, “sonraki yargılamanın yürütülmesinde önemli bir araç” ve daha sonra da “yargıyı temize çıkaran bir unsur” olarak görülmektedir. Bu durum başlı başına sorunludur, zira hâkimin savcı tarafından sağlanan bilgiler, yani iddianame nedeniyle öncelik etkisine maruz kalması ve dolayısıyla daha sonra gelen tüm bilgileri bu perspektiften algılaması riski bulunmaktadır¹⁹⁰.

figürüne dönüştürmektedir. Hâkime körü körüne duyulan bu güven, yargılamanın bir öznesi olarak sanığa haksızlık etmektedir. **Ellbrück**, s. 357.

¹⁸⁶ **Ellbrück**, s. 356.

¹⁸⁷ **Ernst**, s. 92

¹⁸⁸ **Wickel**, s. 91.

¹⁸⁹ **Ernst**, s. 94.

¹⁹⁰ **Schünemann**, s. 160. Kovuşturmanın açılması kararını veren hâkim, esasen kamu davasını açmaktadır. Bu halde bir nevi aynı somut olayda iddia makamı ile yargılama makamı aynı kişi üzerinde birleşmiş olmaktadır. Açılış yargılamasındaki hâkim, delillerin ne ölçüde yeterli şüphe değerine sahip olduğunu belirlemek için dosya materyalini incelemekte ve bu nedenle artık kendisini uzak tutamayacağı delillere ilişkin bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Hâkimin, ana yargılamada, yaptığı önceki değerlendirmeler tarafından yönlendirilmesi “çok insani bir şeydir”. **Rieß**, s. 736.

Güvensizlik önyargısının oluşmasında, savcı ve hâkim arasındaki ilişki de dikkate alınmalıdır. Hâkim, genellikle sübjektif argümanları satın almış olarak algılanan müdafî yerine, güvenilir olarak algılanan savcının önceki incelemesine inanmaya daha meyillidir. Bu olgu, “omuz omuza veya dayanışma etkisi” (Schulterschluss effekt) olarak bilinmektedir¹⁹¹.

Bilişsel uyumsuzluk teorisi (Theorie der kognitiven Dissonanz) adıyla, mahkeme tarafından vakıa, dava dosyası ve açılış kararı hakkında önceden bilgi sahibi olmanın, esas mahkemesinde görevli hakim üzerindeki etkileri üzerine, Schünemann tarafından ampirik çalışmalar yapılmıştır. Bu teoriye göre insan, birbirini izleyen kararlarında, bilgi ve görüşü arasında çelişkisiz ilişki aramaktadır. Böylece bilgisine ters düşen bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, bunu ortadan kaldırmak ister. Diğer bir deyişle, insanın kendisi ve çevresi hakkındaki bilgisi, düşüncesi ve kanaati arasında bir iç denge kurma çabası nedeniyle, daha önce doğru olduğu düşünülen bir hipotezi onaylayan yeni edinilen bilgiler sistematik olarak abartılırken, karşıt ve bu anlamda uyumsuz bilgiler sistematik olarak ötelenmek istenir. Bu hipotez, ceza mahkemesi hakiminin karar verme davranışı için ampirik olarak test edilebilirdir. Daha önce somut vakıa bilgisi ve kovuşturmanın açılması kararından kaynaklanan ayrıntıların, hakimde bilişsel bir uyumsuzluk yarattığı varsayılabilirdir. Hâkim, önyargısıyla çelişen bilgilerin önemini (bilinçsizce) küçümseyerek ve/veya bunlara nispeten daha az dikkat ederek, bu uyumsuzluğu azaltmaya çalışmaktadır. Buna “atalet veya sebat etkisi” (Inertia oder Perseveranz effekt) denir. Sonuçta, kovuşturmanın açılmasına karar veren hâkim, esas yargılamada, önceden edindiği bilgiler nispetinde karar verme eğiliminde olmaktadır. İddianamede formüle edilen ve kendisinin de dolaylı olarak desteklediği hipotezin, kovuşturma aşamasında sadece doğrulanmasını aramaktadır¹⁹².

¹⁹¹ Schünemann, s. 162.

¹⁹² Schünemann, s. 161. Schünemann, teoriyi mümkün olduğunca ampirik olarak doğrulamak için çaba sarfetmiştir. Rastgele seçilen elli sekiz ceza hâkimi, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı hayali bir ceza yargılamasında görevlendirilmişlerdir. Bağımsız değişkenler, dosyalar hakkında bilgi sahibi olma (var/yok) ve tanık dinleme olasılığı (evet/hayır) olarak belirlenmiştir. Ayrıca, verilen bilgilerin genel içeriğinin her katılımcı için aynı biçimde mevcut olması sağlanmıştır. Dava dosyası hakkında bilgi sahibi olan tüm (on yedi) hâkimler mahkûmiyet kararı vermiştir. Buna karşılık, dava dosyası hakkında bilgisi olmayan hâkimlerin kararları farklı olmuştur. On hâkim beraat, sekiz hâkim ise mahkûmiyet kararı vermiştir. Schünemann böylece, hâkimin, soruşturma dosyasından elde ettiği suç resmine sadık kalma eğiliminde olduğunu ve uyumsuz bilgileri hafife aldığını kanıtlamayı başarmıştır. Schünemann, s. 161.

Öncelik ve dayanışma etkisi ile bilişsel uyumsuzluk teorisinden elde edilen psikolojik bulgular da göz önünde bulundurulduğunda, kovuşturmanın açılması kararını veren hâkim ile ana yargılamada görevli hâkimin farklı olmasına yönelik düzenleme yapılması gerektiği, öğretide genel olarak kabul edilmektedir¹⁹³.

Kovuşturmanın açılmasına karar veren hâkimin ana yargılamada da görev yapması halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu § 24/2 uyarınca “önyargı endişesine” dayalı bir reddin mümkün olup olmadığı öğretide ve yargı kararlarında tartışılmaktadır¹⁹⁴. Genel olarak hâkimin tarafsızlığının şüpheli görülmesine bağlı olarak reddin düzenlendiği § 24’e göre güvensizliği haklı çıkarabilecek bir sebep varsa önyargı mevcut olup reddi mümkündür¹⁹⁵. Önyargıda belirleyici unsur, “kendisini reddetme hakkına sahip normal bir kişinin” mevcut koşullara dayanarak hâkimin tarafsızlığından şüphe duymak için makul gerekçelere sahip olup olmadığıdır¹⁹⁶. Schünemann’a göre ara muhakeme hâkiminin ana yargılamanın dışında tutulması, Ceza Muhakemesi Kanunu § 24’te öngörülen red nedenleriyle karşılaştırıldığında haklı önyargı nedeniyle normatiftir. Çünkü § 24’e göre önemli olan normal bir sanığın bakış açısıdır. Mahkûmiyetin olası olduğunu düşünen ve bu nedenle ana davayı açan hâkimin daha sonra ana davada da bulunacağını öğrenen sanığın, hâkimin tarafsızlığına güven duyması zor olacaktır¹⁹⁷. Federal Yüksek Mahkeme’ye göre hâkimin, ana davanın açılması kararına müdahil olmasının bir sonucu olarak tarafsızlığından şüphe etmek için hiçbir neden bulunmamaktadır. Reddi haklı kılmak için hâkimin, ön kararından ayrılmaya hazır olmadığı endişesini haklı çıkararak ek, özel nedenler gereklidir. Bu tür özel durumlara saçma olan, keyfilik izlenimi veren ara kararlar veya ana duruşmadan önce sanığın (tam) suçluluğuna kesin olarak ikna olunduğuna ilişkin beyanlar örnek olarak verilebilmektedir. Ayrıca Mahkeme’ye göre hâkim tutuklama kararı verirken de böyle bir geçici karar vermesine karşın bu durum

¹⁹³ Ellbrück, s. 356; İsfen, s. 325; Stuckenberg, s. 710; Ernst, s. 88; Kindhäuser/Schumann, s. 208; Kühne, Strafprozessrecht, s. 406; Weigend, s. 284; Volk/Engländer, s. 161; Walter, s. 137; Schünemann, s. 160; Vormbaum, s. 330.

¹⁹⁴ Wickel, s. 106.

¹⁹⁵ Schroeder/Verrel, s. 105.

¹⁹⁶ İsfen, s. 328. Federal Yüksek Mahkeme, reddin nedeni olarak önyargıyı, hakimin davaya karşı tamamen adil bir tutum sergilemesini, her türlü yanlış düşünceden arınmış olmasını, tarafsızlığını ve yargılamanın taraflarından uzak durmasını engelleyebilecek içsel bir durum olarak tanımlamaktadır. BGH. 07.06.2012 - 1 StR 212/12 (dejure.org, erişim tarihi: 11.01.2024).

¹⁹⁷ Schünemann, s. 159. Aynı görüş doğrultusunda bkz. İsfen, s. 329.

hâkimin taraflı olmasına yol açmamaktadır¹⁹⁸. Federal Yüksek Mahkeme'nin kararı ve gerekçesi, öğretide de büyük ölçüde kabul görmektedir. Kovuşturmanın açılması kararına katılım nedeniyle reddedilme, yaygın olarak kabul edilmemektedir¹⁹⁹. Ayrıca ara muhakemede, yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını ortaya koymak amacıyla delil toplanması veya sanık ile görüşme yapılması ya da sanığa savunma hakkının verilmesinin, reddin gerekçesi olarak kabul edilmesi halinde bu durum, mahkemenin ara muhakemede hareket etme kabiliyetini fiilen ortadan kaldırmak ve dolayısıyla etkinliğini büyük ölçüde yok etmek anlamına gelecektir²⁰⁰. Buna ek olarak, ana yargılamada çok sayıda önyargı nedeniyle red başvurusu olacak ve bu nedenle muhakeme yapay olarak uzayacaktır. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu § 24/2 hükmü, kovuşturmanın açılması kararını veren hâkime karşı ana yargılamada güvensizlik önyargısı oluşmasına ilişkin algıyı ortadan kaldırmak için uygun olmayan bir çözüm önerisidir. Ara muhakemede, esasa bakan hâkim ile davayı açan hâkimin farklı kişiler olmasını sağlayacak bir reform yapılmalıdır. Ara muhakemenin yapısı göz önüne alındığında, sosyopsikolojik açıdan önyargıyı teşvik eden ve Ceza Muhakemesi Kanunu § 24 aracılığıyla herhangi bir düzeltme imkânı da bulunmayan güvensizliğin ortadan kaldırılması için, kanunda böyle bir değişikliğin yapılması neredeyse zorunluluktur²⁰¹.

Hâkimin, ara ve ana muhakemede kimliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca adil yargılanma ilkesi bakımından şüphe uyandırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre hâkimin taraflı olup olmadığı sorusu, bireysel davanın koşullarına bağlı olup yalnızca yargılamanın erken bir aşamasına (duruşma öncesi karar) katılması, taraflılığına ilişkin haklı şüphelere neden olmamaktadır. Taraflı

¹⁹⁸ Bkz. BGH. 14.07.2005 - 3 StR 216/05 (dejure.org, erişim tarihi: 03.02.2024).

¹⁹⁹ **Stuckenberg**, s. 723; **Wickel**, s. 112; **Hegmanns**, s. 54; **Ernst**, s. 191; **Volk/Engländer**, s. 161. Aksi görüşü savunan İsfen'e göre yeterli şüphenin mevcut olduğunu kabul ederek kovuşturmanın açılması kararını veren hâkimin ana yargılamada bulunması, sanık nazarında bir tedirginliğe neden olabilecektir. Bu sebeple ara muhakemede görev alan hâkimin ön yargı nedeniyle reddi mümkün olabilmelidir. Ayrıca, tutuklama kararı veren hâkimin ana yargılamada görevli olmasının güvensizlik önyargısına neden olmadığına dair Federal Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi tatmin edici değildir. Kovuşturmanın açılması ile tutuklama kararları, tamamen karşılaştırılabilir değildir. Çünkü birincisinde soruşturmanın sonucuna dayanan iddianameye dayalı yargı denetimi söz konusuysen, ikincisinde ise soruşturma henüz tamamlanmamıştır ve bu nedenle sonucu henüz belirlenmemiştir. **İsfen**, s. 329.

²⁰⁰ **Hegmanns**, s. 53.

²⁰¹ **Wickel**, s. 113.

olup olmadığı bakımından dikkate alınması gereken husus ön kararın içeriğidir. Bu durum özellikle, hâkim tarafından incelenen konuların daha sonra değerlendirilecek olanlardan farklı olmaması halinde söz konusudur²⁰². Mahkeme'ye göre hâkimin ön karar bağlamında sadece özet bir inceleme şeklindeki ön değerlendirmesi, adil yargılanma hakkını ihlal etmemektedir²⁰³. Ancak Mahkeme, değerlendirmenin, özet incelemenin ötesine geçtiği veya ara karar ile nihai kararda cevaplandırılması gereken soruların neredeyse birbirine yakın olduğu durumlarda, ihlal şüphesini haklı görmektedir²⁰⁴. Ara muhakemede hâkim, kovuşturmanın açılması için gereken yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını değerlendirmektedir. Şüphenin mevcut olduğuna karar vermekle birlikte, müteakip ana yargılamada sanığın mahkûmiyet olasılığını kabul etmektedir. Bu halde açılış kararını veren hâkimin, ana yargılamada da aynı soruları veya konuları incelediği anlaşılmaktadır²⁰⁵. Buna karşın Federal Anayasa Mahkemesi, ara muhakemedeki adli incelemenin sadece suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin ön tahminine dayandığını, esas yargılamada ise mahkûmiyet için hâkimin kanaatinin gerekli olduğu itirazını yapmaktadır. Mahkeme'ye göre soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hâkimin de esas yargılamada görev almasına itiraz edilmektedir. Ancak soruşturma aşamasında esasa katılmayan hâkime, kovuşturma aşamasında ön yargı gerekçesiyle şüpheli yaklaşılması yerinde olmamaktadır. Mahkeme'ye göre ara muhakemedeki şüphe "ön inceleme" ile sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla yoğun bir şüphe incelemesi yapılmadığından, hâkimin ana yargılamada önyargılı olmadığı ilke olarak kabulü gerekir²⁰⁶. Anayasa Mahkemesi'nin önyargı için dava açma koşullarının önceden incelenmesinin ardından basit bir kovuşturmanın açılmasına karar verme faaliyetinin ötesinde ek koşulların var olması gerektiği görüşü başlangıçta kabul edilebilir. Bununla birlikte, bu ek koşullara ilişkin gereklilikler, aşırı genişletilmemeli; daha ziyade, hâlihazırda mevcut olan önyargı nedeniyle önemli ölçüde azaltılmalıdır. Açılış hâkimi, yeterli şüpheyi kanıtlamak için münferit delillerin toplanmasına karar vermektedir. İlave olarak davanın açılışından önce hâkiminin kendi inisiyatifıyla davanın sonucunu taraflarla görüşmesine imkân tanıyan hükme göre açılış kararından önce

²⁰² Ellbrück, s. 358.

²⁰³ Bkz. Hauschildt v. Denmark, Application No: 10486/83, 24.05.1989 (hudoc.echr.coe.int, erişim tarihi: 12.02.2024).

²⁰⁴ Bkz. Binder v. Germany, Application No: 44455/07, 20.09.2011 (hudoc.echr.coe.int, erişim tarihi: 12.02.2024).

²⁰⁵ Ernst, s. 116.

²⁰⁶ Bkz. BVerfG, 26.01.1971 - 2 BvR 443/69 (dejure.org, erişim tarihi: 06.02.2024).

sanık, hâkim huzurunda savunma yapmaktadır. Burada, dosyanın basit, “pasif” bir incelemesinin ötesine geçilerek davayla çok yoğun bir şekilde ilgilenilmektedir. Görüldüğü üzere ara muhakemede yürütülen faaliyetin niteliği, önyargıyı destekler mahiyettedir²⁰⁷. Kovuşturmanın açılmasına karar veren hâkim, mahkûmiyet kararını teyit etmek amacıyla asıl yargılamada olduğu gibi hareket eder. Buradan çıkan sonuca göre aslında ara muhakemedeki şüphe incelemesi, tüm yargılamanın yapısı göz önüne alındığında sanık açısından, esas yargılamadaki suçluluk tespitine eşdeğerdir. Çünkü burada söz konusu olan, açılış kararının verilmesine katılan hâkimin taraflılığının fiilen kanıtlanması değil, üçüncü şahsın bakış açısından tarafsızlığına ilişkin şüphe dir. Dolayısıyla burada, ara ve ana muhakemedeki - sanığı suçlayan - adli değerlendirmeler arasında bir fark bulunmamaktadır.

Ara muhakemenin temel zayıflığı olarak kabul edilen, asıl yargılamadaki hâkimin olası tarafgirliğinin ortadan kaldırılması için öğretilde iki farklı çözüm önerilmektedir. İlk öneriye göre ara muhakemede görevli olan hâkim esas yargılamada görev almamalıdır. Bu durum yeni bir çözüm olmayıp Ceza Muhakemesi Kanunu (RStPO) § 23’te yer almaktaydı. Ön mahkeme soruşturmasını yürüten bir hâkim, ana duruşmanın tamamen dışında tutuluyordu. Buna ek olarak, ana davanın açılması kararına katılmış olan hâkimlerden en fazla ikisinin ana davaya katılmasına izin verilmiyordu²⁰⁸. Yargısal önyargıyı ortadan kaldırmak için ikinci öneri; ara muhakemeyi genişletmek ve bağımsız bir ara derece mahkemesi oluşturmaktır. Roxin, bir “açılış mahkemesi” kurulmasını önermektedir²⁰⁹. Weigend, reform için olası bir model olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Ön Yargılama Dairesi önündeki onay duruşmasının referans olarak alınabileceğini önermektedir²¹⁰.

²⁰⁷ Wickel, s. 113.

²⁰⁸ Stuckenberg, s. 72. Kovuşturmanın açılması kararını veren hâkim ile duruşma hâkiminin özdeşliğinin sebep olduğu taraflılık sorununun çözümü amacıyla oluşturulan hüküm, yargılama maliyetini azaltmak amacıyla 1924 yılında kaldırılmış olup bugüne kadar da herhangi bir düzenleme yapılmaması gereği duyulmamıştır. Isfen, s. 329.

²⁰⁹ Roxin/Schünemann s. 339. Roxin’in, ara muhakeme için ayrı bir mahkeme kurulması önerisi, öğretilde eleştirilmektedir. Eleştirinin odak noktası, ayrı mahkemenin maliyet artışına ve muhakemeyi önemli ölçüde geciktirebilmesine neden olabilmesidir. Kaldı ki böyle bir ayrı mahkeme oluşturulsa dahi bu mahkeme ile ana yargılamada görevli hâkimlerin birbirleriyle dava hakkında bilgi alışverişinde bulunmaları halinde, ayrı mahkemenin amacına oluşması yine de mümkün olmayacaktır. Volk/Engländer, s. 161.

²¹⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kuruluş belgesi olan Roma Statüsü’nün 34’üncü maddesine göre Mahkeme’nin organları ön yargılama, yargılama ve temyiz olmak üzere üç daireye ayrılmıştır. Başkanlık divanı tarafından deneyimli hakimler arasından seçilen ön yargılama dairesinin üyeleri, üç yıl boyunca ana yargılamada görev almaksızın sa-

V. İDDİANAMENİN İADESİ KURUMUYLA KARŞILAŞTIRMA

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170'inci maddesine göre kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilmektedir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa savcı, bir iddianame düzenler ve görevli mahkemeye teslim eder. En geç on beş sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır ve ceza davası açılmış olur²¹¹.

İddianamenin kabulü kararıyla birlikte, savcının düzenleyerek mahkemeye sunduğu iddianame, hüküm ve sonuç doğurmuş olmaktadır. Bu durum, kabul kararının Alman hukukuna benzer şekilde kurucu şart niteliğinde bir irade olduğunu göstermektedir²¹².

Soruşturma aşamasında tüm deliller hukuka uygun şekilde toplanmalı ve böylece kovuşturma aşaması hızlıca sonuçlandırılmalıdır²¹³. Soruşturma aşaması eksiksiz tamamlandığında isnat, yargılama aşamasına bırakılmadan somutlaştırılmaktadır²¹⁴. Suçun işlendiğine dair yeterli şüpheye ulaşılmadan iddianame düzenlenerek soruşturmanın tamamlanması ise kovuşturma aşamasında mahkemenin delil araştırmak zorunda bırakılmasına ve dolayısıyla kovuşturma aşamasının gereksiz şekilde uzamasına neden olmaktadır. Bu sorunların ortadan kaldırılması ve iddianamenin yeterli olup olmadığının denetlenmesi adına, 5271 sayılı Kanun'da iddianamenin iadesi kurumu

dece ön yargılama dairesinde görevlendirilirler. "Duruşma öncesi mahkeme" olarak da tanımlanabilen ön yargılama dairesinin temel amacı, savcı tarafından oluşturulan dosyanın kabul edilebilir olup olmadığını belirlemektir. Bunun için savcı, sanık, avukatı, temsilcisinin katılımıyla, iddianamenin onaylanması duruşması yapılır. Statü'nün 61'inci maddesine göre ön yargılama dairesi, mevcut bilgi ve belge özelinde, isnat edilen suçun işlendiğine dair yeterli delil olup olmadığına karar verir. Ön yargılama dairesi iddianameyi onayladığında mahkeme başkanlığı, ana yargılamayı yürütmesi için yargılama dairesini oluşturur. **Weigend**, s. 285.

²¹¹ İddianame mahkeme tarafından kabul edilmediğinde kovuşturma aşamasına geçilmez. Bu durumda, kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmesi gerekli görülmezse, iade kararında gösterilen eksiklikler veya hatalı noktalar giderilir ve yeniden iddianame düzenlenerek mahkemeye teslim edilir. İlk iade kararında belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez (174/4). Düzenleme ile birlikte bir tıkanıklığın olması ve sürecin belirsiz kalması engellenmek istenmektedir. Böylece mahkeme, iade kararında, iddianamedeki tüm hatalı ve eksik noktaları belirtmek zorundadır. **Karakurt**, s. 25. Mahkemenin belirtmesine rağmen, iade kararında gösterilen eksiklikler ve hatalı noktalar giderilmeden aynı iddianame mahkemeye yeniden verildiğinde eksiklik veya hata giderilinceye kadar tekrar iade mümkündür. **Şahin/Göktürk**, s. 101.

²¹² **Feyzioğlu**, s. 31.

²¹³ **Özen**, s. 22.

²¹⁴ **Feyzioğlu**, s. 31.

düzenlenmiştir²¹⁵. İddianamenin iadesi aşamasında, dava açan makamdan bağımsız bir merci olarak mahkeme, kovuşturmanın aşamasına geçilmesi için somut, yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığını incelemektedir²¹⁶.

Kanunu'nun 174'üncü maddesine göre mahkeme, soruşturma aşamasına ilişkin bütün belgeleri inceleyerek, 174'üncü maddenin 1'inci fıkrasının (a) bendinde yazılı sebepler gerçekleştiğinde, iddianamenin iadesine karar vermek zorundadır²¹⁷. İddianamenin iadesi sebepleri sınırlı sayıda düzenlenmiştir. İddianamenin, 5271 sayılı Kanun'un 170'inci maddesine aykırı olarak düzenlenmesi; suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması; ön ödeme, uzlaştırma ve seri muhakeme usulüne tabi suçlarda bu alternatif çözüm yollarına başvurulmaması; soruşturulması veya kovuşturulması izne veya talebe bağlı suçlarda, izin veya talebin alınmamış olması halinde iddianame iade edilmek zorundadır. Yargıtay'a göre sınırlı sayıda gösterilen iade sebeplerinin kıyas yapılarak genişletilmesi, madde metninde gösterilmeyen nedenlere dayalı olarak iddianamenin iade edilmesi yerinde değildir²¹⁸.

İddianamenin iadesi nedenleri her ne kadar 174'üncü maddede sınırlı sayıda gösterilmiş ise de iade nedeni olarak kabul edilebilecek mevcut hususların, kovuşturma aşamasında yargılama makamı tarafından zaten telafi edilebileceği, bu nedenle sınırlı olan iade nedenlerinin dar yorumlanması gerektiğine dair uygulamada bir anlayış bulunmaktadır. Bu düşünceyle birlikte kovuşturma aşamasının sanık için oluşturacağı yük, göz ardı edilmektedir. Bu anlayış, özellikle sanığın lekelenmeme hakkı, eksiksiz yürütülen bir soruşturma ve sonucunda yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması prensipleriyle uyumlanmaktadır²¹⁹. Esasen bu prensipler birbiriyle doğrudan bağlantılıdır. Şöyle ki eksiksiz yürütülen bir soruşturmada, soruşturma makamı vakıaya ilişkin tüm delilleri toplar, yeterli şüphenin ve diğer koşulların mevcut olduğunu bu şekilde belirler ve iddianame düzenler. Soruşturmanın ve iddianamenin eksiksiz olmasının sonucunda da maddi gerçeğe ulaşmak ve yargılamayı tamamlamak adalet duygusuna zarar vermeden kısa sürede gerçekleşir. Aksi halde soruşturmanın ve iddianamenin eksik olup olmadığının yeteri kadar denetlenmeyeceğinin fark edilmesi, niteliksiz iddianame ile

²¹⁵ Evik, s. 813-814.

²¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495.

²¹⁷ Ünver/Hakeri, s. 536.

²¹⁸ Bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 18.10.2019, 2019/4393 Esas, 2019/6487 Karar (www.sinerji.com, erişim tarihi: 12.02.2024).

²¹⁹ Elmas, s. 233.

kovuşturma aşamasına geçilmesine, yargılama makamının delil toplamak zorunda bırakılmasına ve muhakemenin uzamasına, sonuç olarak da sanığın lekelenmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, iade sebeplerinin dar yorumlanması anlayışının terkedilmesi, iade kurumunun etkinliğinin artırılmasına doğrudan katkı sağlayabilecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 5271 sayılı Kanun'un 170'inci maddesine aykırı olarak düzenlenen iddianame iade edilir. 170'inci madde ise sadece iddianamede bulunması zorunlu unsurlardan (3'üncü fıkra) ibaret değildir. 170'inci maddenin 4'üncü fıkrasında iddianamede, yüklenen suç oluşturulan olayların, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması; 5'inci fıkrada iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususların değil, lehine olan hususların da bulunması gerektiği yer almaktadır. Dolayısıyla şüphelinin lehine olan hususların iddianamede yer almaması ve delillerin vakıa ile ilişkilendirilmemesi²²⁰ de iade nedenidir.

İddianamenin iadesi kurumu, esasen Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan ara muhakemeye kısmen benzer özellikler taşımaktadır. Buna göre savcının düzenlediği iddianame, hakim kontrolünden geçmeksizin kovuşturma aşamasına geçilememektedir²²¹. Alman hukukunda, yeterli suç şüphesinin mevcut olup olmadığı değerlendirilmesi, iddia makamının ve daha sonra ara muhakemede mahkemenin yetkisindedir. Türk hukukunda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki iddianamenin düzenlenmesi için savcının, yeterli şüphenin mevcut olduğuna karar vermesi gerekir. Şüphenin mevcut olup olmadığı denetlenmesi ise iddianamenin değerlendirilmesi yoluyla mahkemeye ait olmaktadır²²². Benzer özellikler taşımasına karşın Alman hukukunda ara muhakeme, iddianamenin iadesi kurumuna nazaran oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiştir²²³. Şöyle ki ara muhakeme aşamasında iddianamenin mahkeme tarafından sanığa tebliğ edilmesi, sanığın ve müdafinin savunma hakkına sahip olması ve özellikle delil sunabil-

²²⁰ Delillerin vakıa ile ilişkilendirilmesinde bir nevi fiilin gerekçelendirilmesi aranmaktadır. **Keskin**, s. 338. Dolayısıyla iddianamede vakıaların ve delillerin liste halinde sıralanması, bir delil ve vakıa değerlendirmesinin yapılmaması, sonuç olarak vakıa ve delillerin ilişkilendirilmesi ile delillerin takdirinin yargılama makamına bırakılması iade nedenidir. **Karakurt**, s. 15; Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre isnat edilen eylemin ne olduğu açıklığa kavuşturulmaksızın, eylem ile delillerin bağlantısı kurulmaksızın, sadece beyanlara yer verilerek "atılı suçun işlendiği anlaşılmaktadır" şeklinde hazırlanan belgenin iddianame vasfı bulunmamaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 15.04.2013, 2011/13328 Esas, 2013/11412 Karar (www.sinerji.com, erişim tarihi: 13.02.2024).

²²¹ **Şahin/Göktürk**, s. 100.

²²² **Ünver/Hakeri**, s. 530.

²²³ **Meraklı**, s. 1596.

mesi, kovuşturmanın açılmasına karar verilmeden önce mahkemenin delil araştırabilmesi ve muhakemenin mevcut durumunu taraflarla istişare edebilmesi gibi haller, iddianamenin hukuki denetiminin tam anlamıyla gerçekleşmesi adına önemli kazanımlar olarak kabul edilmektedir. İddianamenin iadesi kurumunda ise Alman hukukunda sayılan bu kazanımlar maalesef bulunmamaktadır. Bu durum iade kurumunun sadece şeklen denetimi kapsadığını, özellikle sanığın korunması adına oldukça önemli olan haksız yargılamalardan koruma amacını taşıyan filtre fonksiyonunun yeteri kadar işler olmadığını göstermektedir.

5271 sayılı Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "suçun hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez" hükmü nedeniyle, Alman hukukuna benzer şekilde yeterli şüphenin somut olayda mevcut olup olmadığı incelenirken maddi ceza hukukuna ilişkin unsurlar dikkate alınmamaktadır. Yeterli delilin var olup olmadığı ve dava şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği gibi sadece muhakeme hukukunda yer alan unsurlar incelenmektedir²²⁴.

Ceza muhakemesi hukukunda yeterli şüphenin, delil, olgu veya emarelere dayandırılması, akla ve mantığa uygun objektif olarak suç isnadının desteklenebildiğini kanıtlamaktadır²²⁵. Bu anlayışa uygun olarak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202'nci maddesinde, yeterli olmayan bir şüpheyi "tamamlamaya" ya da yeterli görülen şüphenin aslında "yeterli olmadığını kanıtlamaya" yarayan delillerin toplanabileceği hüküm altına alınmıştır²²⁶. Dolayısıyla yeterli şüphe ile mevcut deliller arasında doğrudan bir ilişki olup, suçun işlendiği hususundaki şüphe, mutlaka delillere dayandırılmalıdır²²⁷. Aynı görüş doğrultusunda Türk öğretisinde de yeterli şüphenin mutlaka yeterli delil ile ilişkilendirilmesi, desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir²²⁸. Yargıtay'a göre ise iddianamenin düzenlenmesi için yeterli şüphe zorunlu koşul olup, iddia makamının bunu değerlendirme yetkisi

²²⁴ **Meraklı**, s. 1608. Kanun koyucuya göre maddi ceza hukukuna ilişkin değerlendirme iddia makamının takdir yetkisinde olup, mahkemenin bu değerlendirmeyi kabul etmeyerek iade hakkı bulunmamaktadır. 5271 sayılı Kanun'un 170'inci maddesinin gerekçesinde bu husus; "Savcının değerlendirmesine tabi hususlar iade gerekçesi olamaz. Bu nedenle mahkeme, savcının nitelendirmesine katılmadığını belirterek bir husus iade konusu yapamaz. Ancak iddianamede bulunması gereken hususlarda bir eksiklik veya yanlışlığa dayanarak iade yoluna gidebilir." şeklinde ifade edilmektedir.

²²⁵ **Ünver/Hakeri**, s. 513.

²²⁶ **Ritscher**, s. 1110.

²²⁷ **Eisenberg**, s. 672.

²²⁸ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 686; **Şahin/Göktürk**, s. 102; **Centel/Zafer**, s. 627; **Ünver/Hakeri**, s. 531; **Meraklı**, s. 1610; **Evik**, s. 824; **Karakurt**, s. 19; **Arıtürk**, s. 201.

bulunmamaktadır. Yeterli şüpheyi ortaya koyan delillerin değerlendirilmesi bakımından ise iddia makamının takdir yetkisi bulunmaktadır²²⁹. Mahkeme'ye göre mahkûmiyet kararının verilmesi için gerekli olan delil değerlendirmesi ile soruşturmanın sonunda ceza davasının açılması için yapılacak değerlendirme kıyaslanmamalıdır. Yeterli şüphe, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması sürecinin başlangıcıdır. Yeterli delil ise maddi gerçeği ortaya çıkartmak adına yapılan bir değerlendirme olup çoğunlukla kovuşturma aşamasında elde edilmektedir. Kovuşturma aşamasında da iddia ve savunma makamı tarafından delil ibraz edilebileceğinden, delillerin araştırılması ve toplanması kovuşturma aşamasına bırakılabilmektedir. Bu nedenle, soruşturma dosyasında yer alan bilgi veya belgelerden suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheye ulaşılabildiği takdirde, yeterli delil bulunmasa da bu durum iddianamenin iadesi nedeni olmamaktadır²³⁰.

5271 sayılı Kanun'un 170'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, yeterli şüphenin oluşmasının nedeni olarak mevcut deliller gösterilmektedir. Kural olarak hükmeye etkisi olabilecek tüm deliller, soruşturma aşamasında toplanmalıdır²³¹. Yeterli delil olmadan yeterli şüpheye ulaşmasına dair bir anlayış, soruşturma aşamasında savcılık makamının yeterli delil toplamayabileceğine ve sonuçta soruşturmanın etkin yürütülmeyebileceğine dair endişeyi haklı çıkartabilmektedir²³². 5271 sayılı Kanun'un 170'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre iddianamede isnat edilen suçun oluşturan vakıalar, mevcut delillerle ilişkilendirilmelidir. Söz konusu düzenleme, yeterli delil toplanmadan ve maddi vakıa delillerle ilişkilendirilmeden, yeterli şüphenin elde edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu sebeple, delillerin kuvveti ile şüphenin yoğunluğu doğru orantılıdır²³³. Yeterli delil, yeterli şüphenin ölçütü olarak kabul edilmelidir. Soyut düşünceye veya ihtimale dayalı bir değerlendirme ile yeterli şüphenin mevcut olduğu kabul edilerek, iddianame düzenlenmemelidir²³⁴. 5237 sayılı Kanun'un 174'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b)

²²⁹ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 20.01.2016, 2015/15916 Esas, 2016/765 Karar. (www.sinerji.com, erişim tarihi: 13.02.2024). İddianamenin düzenlenmesinde yeterli şüphe - yeterli delil ilişkisine dair ayrıntılı açıklama için bkz. **Kahraman**, Erkut Güçlü: "Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi", DEÜHFD, 2014, 16 (1) s. 142.

²³⁰ Bkz. Yargıtay 23. Ceza Dairesi, 09.12.2015, 2015/20337 Esas, 2015/7830 Karar. (www.sinerji.com, erişim tarihi: 14.02.2024).

²³¹ **Özen**, s. 22.

²³² **Evik**, s. 824.

²³³ **Centel/Zafer**, s. 627.

²³⁴ **Karakurt**, s. 16.

bendine göre suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan hazırlanan iddianame iade edilmektedir²³⁵. Düzenleme ile toplanma imkanı olan tüm delillerin, soruşturma aşamasında elde edilmesi amaçlanmakta, bu şekilde yeterli delile ulaşıldığında ve diğer gerekli koşullar sağlandığında iddianamenin kabul edilmesi gerekmektedir²³⁶. İddianamenin en önemli dayanağı yeterli suç şüphesi oluşturan delillerdir²³⁷. Bu nedenle, mahkûmiyet olasılığını ortaya koymayan delil durumuna dayanan bir iddianamenin iade edilmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında, soruşturma aşamasında yeterli delilin toplanmamış olmasının iade sebebi sayılmamasına ilişkin yukarıda yer alan Yargıtay kararı, 174'üncü maddenin 1'inci fıkrasının (b) bendi ile çelişmektedir. Yukarıda yer alan karar, iddianamenin iadesi kurumunun kapsamının genişletilerek yeniden düzenlendiği 25.05.2005 gün ve 5353 sayılı Kanun'un gerekçesiyle de uyumlu değildir. 5353 sayılı Kanun'un gerekçesinde, ceza davasının mümkün olan en kısa sürede tamamlanması için iddianamede yeterli delillerin mevcut olması gerektiği; bu şekilde hazırlanarak mahkemeye sunulan iddianamenin tüm yönleriyle doğru

²³⁵ Örneğin kaçak içki ölümlerinde otopsi raporunun, sosyal güvenlik kurumu aleyhine işlenen dolandırıcılık suçunda kamu zararı veya resmi belgede sahtecilik suçunda belgenin işgal kabiliyetinin olup olmadığına ilişkin bilirkişi raporunun, vakıya ilişkin belge üzerindeki imzanın kabul edilmemesi durumunda imza incelemesine dair raporun iddianamede yer almaması ya da soruşturma dosyasından varlığı anlaşılan önemli bir tanığın savcı tarafından dinlenmemiş olması önemli bir eksiklik olup iddianame iade edilmelidir. Bu şekilde soruşturmanın, amacına uygun olarak eksiksiz yürütülmesi amaçlanmaktadır. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 502. Ceza muhakemesinde şüphelinin ifadesi en önemli deliller arasında olup vakıanın aydınlatılmasına katkı sağlayarak suçun sübutuna doğrudan etki edeceği mutlaklıdır. Ancak soruşturma makamlarının yeterli çabasına karşın şüphelinin ifadesi alınamamışsa ve fakat soruşturma dosyasında mevcut olan bilgi veya belgelerden suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheye ulaşılabiliyorsa, ifadenin eksikliği iade nedeni olarak kabul edilmemelidir. **Meraklı**, s. 1624.

²³⁶ **Şahin/Göktürk**, s. 101. İddianameyi değerlendirecek mahkeme, delil araştırma yetkisine sahip değildir. Bu nedenle suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianame iade edilmek zorundadır. Düzenleme, delillerin kovuşturma aşamasından önce toplanmasını zorunlu kılmakta; yeterli olmayan iddianameyle birlikte kovuşturma aşamasına geçilmesinin ve böylece kovuşturmanın uzamasının engellenmesini amaçlamaktadır. **Centel/Zafer**, s. 628. Suçun sübutuna doğrudan etkisi olan elde edilebilecek delillerin toplanmamasının iade nedeni olmasıyla yapılmak istenen; dosyayı tamamlamak, eksiksiz bir hale getirmek ve böylece iddia faaliyetinin eksiksiz yapılmasını sağlamaktır. Bilindiği üzere ceza muhakemesi sisteminde mahkemenin delil toplama yetkisi esasen bulunmamaktadır. Bu yetki ve görev savcı ve adli kolluğa aittir. Bu nedenle dosyanın şeklen ve delil yönünden tamamlanması son derece önemlidir. Kovuşturmanın çok kısa sürede tamamlanması ve adil bir yargılama yapılabilmesinin yolu buradan geçmektedir.

²³⁷ **Arıtürk**, s. 204.

ve eksiksiz olacağı ifade edilmektedir. Gerekçenin devamında, yeterli delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin, mahkemenin iş yükünü artıracığı, mahkemenin adeta soruşturma makamı gibi delil toplamak zorunda kalacağı ve bu nedenle iade edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Ceza muhakemesi sürecinde, verilecek kararın adaletli olması için delillerin hukuka aykırı elde edilmemiş olması aranmaktadır. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilin bir iddia veya ispat aracı olması kabul edilemez²³⁸. Bu nedenle, bu deliller sadece kovuşturma aşamasında değil, aynı zamanda soruşturma aşamasında da kullanılmamalıdır. Aynı doğrultuda yeterli şüpheyi oluşturan ve somutlaştıran hukuka aykırı delillerin sonucu olarak iddianamenin hazırlanması halinde de suçlama hukuka aykırı olacaktır. İddianamenin iadesi, filtre fonksiyonu gereğince hukuka aykırı olabilecek suçlamayı önlemeyi amaçladığından, bu hukuka aykırılık bir iade nedeni olmalıdır.

5271 sayılı Kanun'un 174'üncü maddesinin 5'inci fıkrasına göre iddianamenin kabulü kararına karşı sanık kanun yoluna başvuramazken reddi kararına karşı ise savcı kanun yoluna başvurabilmektedir. İddianamenin kabul edilmesine karşı, sanığa itiraz hakkının verilmemesi, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilmelidir²³⁹.

Alman hukukunda ara muhakemenin yargılamayı hızlandırma işlevinin yanında, sanığın haklarının korunmasına hizmet eden çok değerli bir amacı bulunmaktadır. İddianamenin sanığa tebliğ edilmesi, sanığın delil araştırılmasını talep edebilmesi, savunma yapabilmesi, savunmanın da aktif şekilde ara muhakemede yer aldığını göstermektedir²⁴⁰. İddianamenin iadesi kurumunda ise savunma tarafı yer almamakta, mahkemenin vermiş olduğu kararda etkisi kesinlikle bulunmamaktadır²⁴¹. Soruşturmanın genişletilmesini veya yeni delil toplanmasını talep edememekte ya da soruşturmaya ilgili görüşlerini ileri sürememektedir²⁴². İddianamenin içeriği, mahkeme tarafından şüpheliye bildirilmediğinden, iddianamenin düzenlenmesi için gereken yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını ve bu durumu destekleyen delillerin neler olduğunu ancak kovuşturma aşamasında öğrenebilmektedir²⁴³. İddianamenin yeterli olup olmadığına dair mahkeme tarafından yapılan denetime

²³⁸ Öztürk, s. 418.

²³⁹ Meraklı, s. 1645.

²⁴⁰ Gubitz, s. 370.

²⁴¹ Centel/Zafer, s. 630.

²⁴² Evik, s. 815.

²⁴³ Meraklı, s. 1598.

şüpheli, sadece soruşturma aşamasındaki beyanlarıyla katılmaktadır. Ancak soruşturma aşamasının dağınıklığı göz önüne alındığında, şüphelinin beyanlarının da aynı şekilde toplu ve etkili olduğunu söylemek mümkün olmadığından²⁴⁴, bu durum adil yargılanma ilkesine uygun düşmemektedir²⁴⁵.

Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkartılma çabası sadece kovuşturma aşamasında gerçekleşmemektedir. Muhakemenin her aşamasında bu gayenin elde edilmesi için yargılamanın süjeleri aktif olarak sürecin içinde olmak hakkına sahip olmalıdırlar. Şüpheli beyanı ve mevcut diğer deliller nispetinde yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını değerlendiren iddia makamının, eksik veya hatalı değerlendirme yapma ihtimali bulunmaktadır. Bu halde iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında mahkemenin, iddianamede yer alan iddia makamı yorumunu yine iddianamede yer alan bilgiler ölçüsünde denetlemekten başka alternatifi bulunmamaktadır. Mahkeme, iddia makamının özellikle suç şüphesinin yoğunluğuna dair değerlendirmesini yine onun tarafından elde edilen delillerle değerlendirmek zorunda bırakılmaktadır. Bu durumda mahkemenin tarafsız değerlendirme yapabilmesi adına, iddianamenin değerlendirilmesi aşamasına şüphelinin de aktif katılımı gerekli olup beyanın mutlaka alınması gerekmektedir.

Mahkeme tarafından iddianamenin değerlendirilmesi sürecinin, soruşturma ve kovuşturmadan bağımsız bir ara muhakeme olup olmadığı, öğretide tartışılmaktadır. İddianamenin mahkemeye teslim edilmesi ile başlayıp kabulüne kadar devam eden bu aşama, soruşturma tamamlandıktan sonra ve fakat kovuşturma başlamadan önce iddianamenin hâkim denetiminden geçmesinden dolayı, öğretide ağırlıklı olarak bağımsız bir ara muhakeme olarak kabul edilmektedir²⁴⁶. Diğer görüşe göre ise 5271 sayılı Kanun'un sistematigi açısından, iddianamenin iadesi, bir ara muhakeme aşaması olmayıp soruşturmanın bir parçasıdır. İddianamenin kabulü kararı, mahkeme tarafından iddianamenin değerlendirilmesinden sonra verilen bir karar olduğu için değerlendirme süreci soruşturma evresinin içinde yer almaktadır²⁴⁷. İddianame kabul edilmediği sürece ceza davasının açılmış sayılmaması, iade aşamasında soruşturmada bir hareketsizliğin olduğu ve iade kararı verilse dahi soruşturma aşamasının devam ettiği, iadede belirtilen hata ya da eksikliklerin

²⁴⁴ Karakurt, s. 27.

²⁴⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495.

²⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495; Öztürk, s. 621; Evik, s. 814; Centel/Zafer, s. 625; Yenisey/Nuhoğlu, s. 685; Ünver/Hakeri, s. 529; Karakurt, s. 8; Özen, s. 23; Kahraman, s. 128; Elmas, s. 209; Keskin, s. 328.

²⁴⁷ Şahin/Göktürk, s. 27; Fezyioğlu, s. 36; Merakh, s. 1598; Arıttürk, s. 194.

giderilmesinden sonra aynı iddianamenin mahkemeye tekrar verildiği gözeltildiğinde, iddianamenin iadesi aşaması soruşturmadan bağımsız bir ara muhakeme değildir²⁴⁸. Muhakeme, iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin bir arada bulunmasını gerekli kılmaktadır. İddianamenin iadesi aşamasında ise savunma hakkının kullanılmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Muhakemeden söz edebilmek için savunma makamının da bu faaliyete katılabiliyor olması gerektiğinden, iddianamenin iadesi aşamasının, muhakeme kavramı ile anılmaması daha uygun olmaktadır²⁴⁹. İddianamenin iadesi aşamasında mahkeme, kendisine normatif olarak tanınan sınırlı yetki kapsamında, soruşturma işlemlerini nihayete erdirmek adına sadece bir değerlendirme yapmaktadır. Yeterli şüphenin mevcut olup olmadığını belirlemek adına, iddianamede yer alan delillere yönelik dahi bir araştırma yapılmamaktadır. Dosyada yer alan ve iddia makamı tarafından değerlendirilen vakıaları ve delilleri yine onun bakış açısıyla sadece onaylayabilmektedir. Bu nedenle 5271 sayılı Kanun'da yer alan iddianamenin iadesi sürecini, Alman hukukunda yer alan düzenlemenin aksine bir ara muhakeme olarak değerlendirmek yerinde olmamaktadır.

SONUÇ

Ceza muhakemesinde soruşturmanın sonunda, savcılık makamı esas davanın açılması talebini (iddianame) ve soruşturma dosyasını mahkemeye sunar. Böylece soruşturma sona erer ve ara muhakeme aşaması başlar. Ara muhakemede mahkeme, iddianamenin içeriğini inceleyerek, sanık hakkında kovuşturmanın açılıp açılmayacağına karar vermektedir.

Yeterli şüphe, ceza davasının açılmasının değil iddianamenin düzenlenerek görevli mahkemeye teslim edilmesinin sebebidir. Bu halde ceza davasının açılması konusunda salt iddia makamı görevli olmayıp, iddianamenin teslim edildiği mahkemenin iradesi de öne çıkartılmaktadır. Yeterli şüphenin doğrulanması adına, mahkemenin delil araştırarak nihai kararını gerekçelendirme hakkı bulunmaktadır. Bu durum, mahkemenin aktif olarak sürecin içinde olduğunu kanıtlamaktadır. Mahkeme, iddianamenin değerlendirilmesinden sonra ceza davasının açılıp açılmayacağına karar vermektedir.

Ara muhakeme aşaması, tüm ceza yargılamasının yapısında bir dizi merkezi işleve sahiptir. Her şeyden önce, isnat edilen suçlama gözden geçirilerek sanık korunmaktadır. Suçlamanın haksız olduğu ve dolayısıyla ceza yargılamasının devamının da haksız olacağı ortaya çıktığında, kovuşturma-

²⁴⁸ Şahin/Göktürk, s. 27.

²⁴⁹ Meraklı, s. 1598.

nın açılmaması kararı verilmektedir. Bu, ara muhakemenin “filtre işlevi” olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca ara muhakemede, iddianamenin tebliğ edilmesiyle birlikte sanığa hukuki dinlenilme hakkı verilmektedir. Sanık ilk kez kapsamlı bir duruşmaya tabi tutulur. Böylece sanığa, ilke olarak kendisi için kesin bir şekilde tanımlanmış olan davanın gerçekleriyle ilgilenme ve savunma hakkını kullanma fırsatı verilmektedir. Ara muhakemeye yüklenen bir diğer işlev de yargılamanın konusunun belirlenmesidir. Ceza yargılamasının amacı, sanığın suç işleyip işlemediğini ve kendisine hangi yasal sonuçların uygulanacağını açıklığa kavuşturmadır. Doğal olarak bu, öncelikle kovuşturulacak fiillerin sınırlandırılmasını gerektirir ki bu fiiller yargılamanın konusudur. Bu sınırlandırma ara muhakemede, daha doğrusu kovuşturmanın açılması kararında gerçekleşir. Mahkeme, hangi suçtan dolayı kovuşturmanın açıldığını kararında belirtir. Ara muhakemenin sonunda verilen kovuşturmanın açılması kararında, ana yargılamanın yürütüldüğü görevli mahkeme de belirlenmektedir.

İddianamenin, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına elverişli olmasının yanında, sanık haklarını da gözetmesi için etkin bir soruşturmanın sonunda hazırlanmış olması ideal olanıdır. Etkin soruşturma da ara muhakemede, iddianame ve soruşturma işlemlerinin denetlenmesi yoluyla sağlanmaktadır. Bu kontrol ile birlikte isnat edilen suçlamanın haksız olup olmadığı, ceza davası açılmadan önce ara muhakemede belirlenebilmektedir. Soruşturmanın sonuçlarının iddianameyi haklı kılp kılmadığı; soruşturmanın düzenli, verimli ve adil yürütülüp yürütülmediği kontrol edilmekte, böylece iddia makamı, titiz davranmaya teşvik edilmektedir.

Sanık, gerekçesiz, temelsiz bir ana yargılamadan korunmalıdır. Bu nedenle, ara muhakemenin sonunda verilen kovuşturmanın açılması kararı, delillerle ilgili konularda ana yargılamaya önyargılı yaklaşmadan, ümitsiz olduğu anlaşılan vakıaları ayıklamaktadır. Haksız ana yargılamadan kaçınılması ihtiyacı, hukukun üstünlüğü ilkesinden, özellikle de orantılılık ilkesinden kaynaklanmakta ve sanığın lekelenmesi önlenebilmektedir.

Ara muhakeme, temelde sanığın korunması amacıyla oluşturulmasına karşın, uygulamada kendisine atfedilen kontrol işlevini yerine getiremediği ve çoğunlukla kovuşturmanın açılması kararının verildiği görülmektedir. İşlevinin kuvvetlendirilmesi için iddianamenin daha kapsamlı bir şekilde incelenbilmesine katkı sağlayabilecek, örneğin kovuşturmanın açılması kararını veren hâkimin ana yargılamanın dışında tutulması, zorunlu duruşmanın yapılması, kovuşturmanın açılması kararında gerekçenin açıklanması ve kovuşturmanın açılması kararına karşı sanığa itiraz hakkının verilmesi gibi düzenlemeler hayata geçirilmelidir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen iddianamenin iadesi kurumu, yeterli şüpheyi ortaya koyacak deliller elde edilmeksizin iddianame düzenlenerek kovuşturma aşamasının uzamasını ve lekelenmeme hakkının ihlal edilmesini önlemek amacıyla oluşturulmuştur. Böylece yeterli olmayan iddianame ile kovuşturma aşamasına geçilmesi engellenebilecek ve kovuşturmanın mümkün olan en kısa sürede bitirilmesi için elde edilmesi olanaklı olan tüm deliller kovuşturmadan önce toplanabilecektir.

5271 sayılı Kanun'da iddianame, esas mahkemesi tarafından değerlendirilmekte, Kanun'da yer alan nedenler gerçekleştiği takdirde iade edilebilmektedir. İade nedeni olarak belirtilen birçok hususun kovuşturma aşamasında da telafisinin mümkün olduğu gerekçesiyle uygulamada, iade nedenleri oldukça dar yorumlanmaktadır. Kamu davasının açılması için gerekli olan yeterli şüpheyi oluşturacak deliller elde edilmeden iddianame düzenlenmesinin sonucu olarak kovuşturma aşaması "delil toplama" sürecine dönüşmektedir. Bu nedenle iade sebeplerinin dar yorumlanması anlayışı terk edilmeli ve mahkeme, yeterli şüpheyi tamamlamak veya ortadan kaldırmak adına delil araştırabilme yetkisine sahip olmalıdır. Bu durum, iddianamenin değerlendirilmesi aşamasının etkinleştirilmesine doğrudan katkı sağlayabilecektir.

5271 sayılı Kanun'un 158'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma başlatılmaz ve kişiye şüpheli sıfatı verilmez. Düzenleme, doğrudan lekelenmeme hakkını korumayı amaçlamaktadır. Soruşturma aşamasının dahi hukuka aykırı şekilde iz bırakabileceği öngörülen bir sistemde, kovuşturma aşamasının sanık aleyhine sonuçlarının daha da ağır olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, soruşturma aşamasında ve iddianamedeki eksiklikler ötelenmeden, iddianamenin verimli olacak şekilde denetimi yapılmalıdır.

Mevcut düzenlemede iddianameye karşı savunma tarafı oldukça zayıftır. Ceza davası açılmadan önce iddianamenin şüpheliye tebliğ edilmemesi ve sonuç olarak iddianamenin değerlendirilme aşamasına şüphelinin katılmaması, çelişmeli yargı ilkesine aykırı olacak şekilde savunma hakkını kısıtlamaktadır. Şüpheli, adil bir yargılama için iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında, soruşturma dosyasında ve iddianamede yer almayan delillerin araştırılmasını, toplanmasını talep edebilmeli ve isnat edilen suçlamaya karşı görüşlerini beyan edebilmelidir. Bu nedenle, Alman hukukuna benzer şekilde savunma tarafının da aktif olarak katıldığı bir duruşmalı ara muhakeme aşamasında, iddianamenin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arıtürk**, Ramazan: “İddianamenin İadesi ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TAAD, 2022, Sayı: 50, s. 181-218.
- Beining**, Sebastian: “Gerichtliche Beweiserhebung im Zwischenverfahren”, HRRS, 2016 (8-9), s. 407-409.
- Beulke**, Werner/**Swoboda**, Sabine: Strafprozessrecht, C.F.Müller, 15. Auflage, Heidelberg 2020.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul 2020.
- Eisenberg**, Ulrich: “Kriterien der Eröffnung des strafprozessualen Hauptverfahrens”, JZ, 2011 (13) s. 672-681.
- Ellbrück**, Carla: “Einschränkungen der Funktionalität des Zwischenverfahrens im Strafprozess und Möglichkeiten diesen zu begegnen”, KriPoZ, 2022 (5) s. 355-362.
- Elmas**, Birsen: “Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi”, TAAD, Ekim 2016, Yıl: 7, Sayı: 28, s. 207-234.
- Ernst**, Christoph: Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, Peter Lang, Frankfurt am Main 1986.
- Evik**, Vesile Sonay: “İddianamenin İadesi”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008, s. 811-829.
- Gubitz**, Michael: “Der Anwalt als Strafverteidiger im Zwischenverfahren”, JA, 2007 (5) s. 369-375.
- Feyzioğlu**, Metin: “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, CHD, Eylül 2006, Sayı: 1, s. 31-36.
- Hegmanns**, Michael: Das Zwischenverfahren im Strafprozess: Entwicklung, Zustand und Vorschläge zu einer Reform, VVF, München 1991.
- Hellmann**, Uwe: Strafprozessrecht, Springer, Aktualisierte 2. Auflage, Berlin 2006.
- İsfen**, Osman: “Die Befangenheit des “dealenden” Richters”, ZStW, 2013, 125 (2) s. 325-338.
- Julius**, Karl-Peter/**Schmidt**, Eike: Strafprozessordnung Heidelberger Kommentar, (Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming und Mark A Zöller) (Hrsg.) C.F. Müller, 6. Auflage, Heidelberg 2019.

- Kahraman**, Erkut Güçlü: “Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, 2014, 16 (1) s. 123-150.
- Karakurt**, Ahu: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, TBBD, 2009, Sayı: 82, s. 1-31.
- Keskin**, İbrahim: “Uygulama ve Öğretide İddianamenin İadesi”, SHD, 2022, 10 (1) s. 323-355.
- Kindhäuser**, Urs/**Schumann**: Kay H. Strafprozessrecht, Nomos, 5. Auflage, Baden–Baden 2019.
- Koch**, Karsten: “Das Zwischenverfahren im Strafprozess – Mauerblümchen oder verborgener Schatz?” StV, 2002, s. 222-225.
- Kühne**, Hans-Heiner: “Die realen und potentiellen Auswirkungen des Beschleunigungsgebots für die Struktur des Strafverfahrensrechts: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?” JZ, 2010 (17) s. 821-828.
- Kühne**, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 9. Auflage, Heidelberg 2015.
- Mavany**, Markus: “Hidden champion des Strafverfahrens – das Zwischenverfahren”, JA, 2015, s. 488-494.
- Meraklı**, Serkan: “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, s. 1595-1652.
- Meyer-Goßner**, Lutz/**Schmitt**, Bertram: Strafprozessordnung: Kommentar, C.H. Beck, 63. Auflage, München 2020.
- Moldenhauer**, Gerwin/**Wenske**, Marc: “Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zu möglichen aus dem strafprozessualen Zwischenverfahren fortwirkenden Verfahrensfehlern”, JA, 2019 (12) s. 941-946.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2020.
- Özen**, Mustafa: “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, ABD, 2009, Yıl: 67, Sayı: 3, s. 17-28.
- Öztürk**, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2020.

- Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg:** Strafprozessrecht, C.H. Beck, 7. Auflage, München 2017.
- Rieß, Peter:** “Das Zwischen- oder Eröffnungsverfahren im Strafprozess”, JURA, 2002, s. 735-742.
- Ritscher, Christian:** Strafprozessordnung Kommentar, (Jürgen Peter Graf Hrsg.) C.H. Beck, 3. Auflage, München 2019.
- Rosenau, Henning:** Strafprozessordnung Kommentar, (Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier und Gunter Widmaier) (Hrsg.) Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, Köln 2022.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd:** Strafverfahrensrecht, C.H. Beck, 29. Auflage, München 2017.
- Schroeder, Friedrich Christian/Verrel, Torsten:** Strafprozessrecht (Grundrisse des Rechts), C.H. Beck, 8. Auflage, München 2022.
- Schünemann, Bernd:** “Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt”, StV, 2000, s. 159-165.
- Stuckenberg, Carl Friedrich:** Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz / §§ 151-212b in Löwe-Rosenberg StPO, De Gruyter, 27. Auflage, Berlin 2018.
- Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2021.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2020.
- Volk, Klaus/Engländer, Armin:** Grundkurs StPO, C.H. Beck, 10. Auflage, München 2021.
- Vormbaum, Moritz:** “Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreiarbeit? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform”, ZIS, 2015 (6) s. 328-335.
- Walter, Tonio:** Strafprozessrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- Weigend, Thomas:** “Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht”, ZStW, 2001 (2) s. 271-304.
- Wickel, Tobias:** Das strafprozessuale Zwischenverfahren, Duncker & Humblot, Berlin 2021.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2019.

PAKET TUR BAŞLAMADAN ÖNCE TUR FİYATININ DEĞİŞTİRİLMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1408026>

Dr. Öğr. Üyesi Burcu YAĞCIOĞLU*

Öz

Paket tur başlamadan önce tur fiyatının değiştirilmesine ilişkin hükümler, turun başlamasından önce tüketicinin korunmasını sağlayan düzenlemeler arasında yer alır. Ancak mevcut hükümler bu özelliği taşısa da belli noktalarda tüketiciler aleyhine yorumlanabilecek şekilde muğlak ve eksiktir. Özellikle, sadece tur düzenleyicisine tüketicinin aleyhine olacak şekilde fiyat değişikliği yapabilme yetkisinin tanınması, üzerinde önemle durulması gereken bir eksikliklerdir. Bunlara ilişkin olarak çalışmada, tüketicinin korunması amacıyla uygun olarak, birtakım değişiklik ve yenilik önerilerinde bulunulmuştur. Konunun sunumu açısından, esaslı ve esaslı olmayan fiyat artışları şeklinde ikili bir ayırım benimsenmiştir. Bu noktada sadece hukukumuzdaki düzenlemeler değil, ilgili AB Direktifi, Alman ve İsviçre Hukukundaki ilgili hükümler de göz önünde bulundurulmuştur. Bu bağlamda çalışma, tüketicinin ne ölçüde korunduğu, konuyla ilgili olarak hukukumuzdaki mevzuat hükümleri açısından ne gibi düzeltme veya değişiklik yapılması gerektiği, bunun yanında ilgili hükümlerin hangi yönlerden ilerici bir tavır takındığı konularında fikir vermeyi amaçlamıştır.

Anahtar Kelimeler

Paket tur sözleşmesi, Fiyat değişikliği, İkame paket tur, Sözleşmeden dönme, Tazminat

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (burcu_kanatlarli@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-8794-6901 (Gönderim Tarihi: 21.12.2023-Kabul Tarihi: 27.02.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

MODIFICATION OF THE PACKAGE TOUR PRICE BEFORE DEPARTURE OF THE TOUR

(Research Article)

Abstract

The provisions regarding the change of the price of the package tour contract before the departure of the tour are among the regulations that provide the protection of the consumer before the departure of the tour. However, although the provisions have been settled for this purpose, they are ambiguous and incomplete. This situation may cause to interpret to the detriment of the consumer. In particular, it is a deficiency the fact that only the tour organizer is authorized to change the price to the detriment of the consumer. This should be emphasized. In this respect, the study proposes amendments and innovations in accordance with the purpose of the protection of the consumer. In this study the subject has been separately analyzed under the head of substantial and non-substantial price increases. Not only the regulations in our law, but also the relevant provisions in the EU Directive, German and Swiss Law have been considered. In this context, the study aims to give an idea to what extent the consumer is protected, what kind of corrections or amendments should be made in terms of the relevant provisions in our law, as well as in which aspects the relevant provisions have a progressive attitude.

Keywords

The package tour contract, Change of the price, Substitute package tour, Termination of the contract, Compensation

GİRİŞ

Hukukumuzda bir tüketici sözleşmesi olarak paket tur sözleşmesi, 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 7.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m.51’de on fıkra hâlinde düzenlenmiş; ayrıca 14.01.2015 tarihli 29236 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “*Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği*”nde (PTSY) de ayrıntılandırılmıştır. İsviçre’de ise 13.06.1990 tarihli 90/314/EEC sayılı Paket Seyahat, Paket Tatil ve Paket Turlar Hakkındaki Konsey Direktifi (90/314 sayılı AB Direktifi) esas alınarak, 01.06.1994 tarihinde yürürlüğe giren ve hâlâ yürürlükte olan 18.06.1993 tarihli İsviçre Paket Seyahatlere İlişkin Federal Kanun [*Bundesgesetz über Pauschalreisen (PauRG)*] kabul edilmiştir. Ancak 25 Kasım 2015 tarihli ve 2015/2302 sayılı Paket Seyahat ve Bağlantılı Seyahat Düzenlemeleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (2015/2302 AB Direktifi) 90/314 sayılı AB Direktifini 01.07.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırmıştır. İsviçre Hukuku’ndaki PauRG’de ise, 2015/2302 sayılı AB Direktifinde getirilen yenilik ve değişiklikler çerçevesinde bir kanun değişikliğine gidilmemiştir. Oysaki AB üyesi olan Almanya’da sözü edilen Direktif kapsamında Alman Medeni Kanunu’nun [*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*] paket tur sözleşmesiyle ilgili 651a-651y paragrafları arasında gerekli değişiklikler yapılmıştır.

Tüketicinin ayrı bir korumaya sahip olması gerektiği düşünülen sözleşmelerden biri olan paket tur sözleşmesinin düzenlendiği mevzuat hükümlerinin de bu korumanın gerekliliğini ortaya koyan hükümlere sahip olduğu görülmektedir. Hukukumuz bakımından, paket tur sözleşmesinin kurulmasından önce tüketiciye ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi (TKHK m.51/4, PTSY m.5) paket tur düzenleyicilerinin veya aracılarının, yazılı veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmelerinin bir nüshasını kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye vermek zorunda olması (TKHK m.51/5, PTSY, m.8), paket tur düzenleyicisinin Türkiye’de temsilcisinin bulunmadığı hâllerde paket tur aracısının paket tur düzenleyicisi gibi sorumlu tutulması (TKHK m.51/3, PTSY m.17), paket tur sözleşmesinin turun başlamasından önce fiyatının (PTSY m.9), esaslı unsurlarından birinin değiştirilmesi veya turun başlamadan iptal edilmesi (TKHK m.51/6, PTSY m.10, m.11) gibi düzenlemeler, turun daha başlamasından önce tüketiciyi koruma güvencesi veren hükümlerden bazılarıdır.

Bu kapsamda yer alan konulardan biri olan “*tur düzenleyicisinin turun başlamasından önce turun fiyatında değişiklik yapması*” hususu, mevzuatta

ayrıca düzenlenmiş ve bu ihtimalde tüketicinin sahip olduğu hakların neler olduğu belirtilmiştir. Buna rağmen tur düzenleyicilerinin bu hükümleri uygulamaktan kaçınması, kendi menfaatleri doğrultusunda yorumlaması, birçok uyumsuzluğun ortaya çıkmasına neden olmakta ve tüketicileri mağdur etmektedir. Ayrıca kanaatimizce hükmün amaca uygun düzenlenmemesi de tüketicilerin korunmasının önüne geçmektedir. Bu sebeplerle konunun sistematik şekilde incelenerek değerlendirilmesi ve yoruma açık hususlar bakımından hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde yorumlanması, hükmün mevcut hâliyle tüketicinin korunması ilkesini gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin ortaya konulması hayli önem taşımaktadır. Konunun bu açılardan önemi dolayısıyla, sözü edilen çerçevede bir inceleme yapılması gerekliliği bulunmaktadır.

Bu gereklilik doğrultusunda, bu çalışmada, paket tur sözleşmesinde turun başlamasından önce tur düzenleyicisi (veya aracısı) tarafından tur fiyatının değiştirilmesi, özellikle artırılması konusu, üç ana başlık altında değerlendirilmeye çalışılmıştır. İlk başlıkta önce paket tur sözleşmesinin ve bu kapsamda özellikle tur fiyatının değiştirilmesine genel bir bakış açısıyla değinilerek sonraki başlıklar için genel bir çerçeve çizilmek istenmiştir. Bu çerçevede ikinci başlıkta esaslı olmayan nitelikteki fiyat değişiklikleri (artışları), üçüncü başlıkta esaslı nitelikteki fiyat değişiklikleri (artışları) ele alınmıştır. İlgili başlıklar altında hukukumuz bakımından TKHK m.51/VI ve PTSY m.9-m.10 hükümleri; 2015/2302 sayılı AB Direktifi hükümleri (m.10, m.11); İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7, m.8; Alman Hukuku bakımından BGB § 651f, § 651g; hatta yeri geldikçe, yürürlükten kaldırılan 90/314 sayılı AB Direktifi m.4 hükmü de dikkate alınarak incelenmiştir. Dolayısıyla hem hukukumuzdaki hem de Alman ve İsviçre Hukukundaki doktrindeki görüşler de dikkate alınmıştır.

I. PAKET TUR FİYATININ DEĞİŞTİRİLMESİNE GENEL BİR BAKIŞ

Sözleşmeler Hukukuna hâkim olan önemli bir ilke ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesidir. Buna göre, borçlu, şartlar kendi aleyhine sonradan ağır bir şekilde değişse bile, sözleşmeyle bağlı kalacak ve edimini aynen ifa edecektir. Elbette bu ilkeyi bazı durumlarda istisnasız bir şekilde kabul edip uygulamak, borçlu aleyhine adil olmayan, hakkaniyet ve dürüstlük kuralına aykırı durumlara yol açabilir. Bu sebeple bu ilkenin bazı durumlar bakımından katı şekilde uygulanmasının mümkün olmadığı zaman içinde ortaya çıkmıştır. En belirgin istisnasının da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması olduğu ifade edilebilir. Sözleşme şartlarının sonradan önemli şekilde

değişmesi hâlinde, sözleşme koşullarını değişen şartlara uyarlamayı hedef alan bu ilke, bozulan sözleşme adaleti dengesini tekrar düzeltmeye çalışmaktadır. Sözleşmenin uyarlanması ilkesi, 4.2.2011 tarihli 27836 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 11.1.2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 138’inci madde ile “*Aşırı İfa Güçlüğü*” başlığı ile genel bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, yani tarafların hak ve borçlarının değişen koşullara uygun olarak yeniden belirlenmesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Şöyle ki taraflar, sözleşmeye koyacakları kayıtlarla (hükümlerle) bunu gerçekleştirebileceği gibi, kanunda bulunan kurallara dayalı olarak da gerçekleşebilir, sözleşmede ya da kanunda hüküm bulunmayan hâllerde ise yargısal uyarlama da söz konusu olabilir.

Tüketici sözleşmeleri bakımından TKHK’da tüketici açısından genel bir aleyhe uyarlama yasağı getirildiği görülmektedir. TKHK m.4/II’de “*Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.*” denilmek suretiyle, taraflar arasında akdedildikten sonra bir tüketici sözleşmesinin kural olarak tüketici aleyhine değiştirilmesinin mümkün olmadığı açık şekilde ifade edilmiştir.

Ancak bazı öyle durumlar vardır ki bir değişiklik kaçınılmaz nitelikte olabilir. İşte böyle durumları göz önünde bulunduran kanun koyucu hem TKHK’da hem de PTSY’de paket tur sözleşmesinin değiştirilmesi, koşulları ve sonuçları bakımından istisna olarak nitelendirilebilecek düzenlemelere yer verilmiştir. Yapılacak değişikliklerin istisnai niteliğe sahip olmasından ötürü doktrinde, ilgili hükümlerin olabildiğince sınırlı uygulanması yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre yapılacak değişikliğin, sözleşmenin kurulması anında bilinmeyen, öngörülemeyen ve sonradan ortaya çıkan bir sebebe dayanması; değişiklik için gerçek bir zorunluluğun bulunması; değişikliğin dürüstlük kuralına uygun olması ve değişikliğin paket tur sözleşmesinin genel karakteristik özelliğini bozmayacak şekilde yapılmış olması gerektiği ifade edilmiştir¹.

¹ **Yurt**, Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 88-89; **Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah: “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 68, Sayı 1-2, 2010, s. 288. Program değişikliği bakımından aynı yönde bkz. **Oktay**, Saibe: Gezi Sözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s. 83; **Ceylan**, Ebru: “Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan), Sayı 1, 2004, s. 247-248. Alman Hukuku’nda BGB § 651f uyarınca fiyatta değişiklik yapılabilmesi için, değişikliğe yol açan sebebin sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkmış olması gerektiği yönünde bkz. **Geib**, Stefan A.:

Hukukumuz bakımından paket tur sözleşmesinin değiştirilmesi bakımından, değişikliğin konusuna ilişkin olarak, TKHK’da herhangi bir ayırım yapılmaksızın, paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin tüketiciden kaynaklanmayan nedenlerle değişmesi hâlinde tüketicinin bu değişikliği veya sunulan alternatif turu kabul edebileceği ya da sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. PTSY’de ise fiyat değişikliği ve sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre ilk olarak, 9’uncu maddede yapılan sınırlı sayımla, bazı durumların (kanaatimizce öngörülmesi mümkün olmayan durumların) varlığı hâlinde tur fiyatının değiştirilmesinin koşulları ve sınırları ele alınmıştır. İkinci olarak 10’uncu maddede, 9’uncu maddede belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişikliği haricindeki fiyat değişiklikleri hâlleri esaslı sözleşme değişiklikleri olarak kabul edilmiş, bu değişikliklerin ve tüketiciden (*PTSY’deki ifadesiyle katılımcıdan*) kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişikliklerin yapılmasının koşulları ve sonuçları düzenlenmiştir.

2015/2302 AB Direktifi de 10. maddesinde fiyat değişikliğini, 11. maddesinde de sözleşmenin diğer şartlarındaki değişiklikleri düzenlemiştir: 10. maddesindeki %8’in üzerindeki fiyat artışlarının 11. madde kapsamına (2. ve 5. fıkrası) gireceğinin belirtilmesi; söz konusu hüküm çerçevesinde yapılan değişikliklerin önemli değişikliklere ilişkin olması, iki durumun da ayrı koşulları ve sonuçları olması gerekçeleriyle bu düzenlemelerin hukukumuzdakiyle benzer bir ayırım yapıldığı ifade edilebilir².

“§§ 651e-651q”, Beck’scher Online-Kommentar, (Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck), 67. Auflage, C.H.BECK Verlag, München 2023, (beck-online, die Datenbank, Erişim Tarihi: 30.08.2023), § 651f, kn. 5. İsviçre Hukuku bakımından PauRG’de bir hüküm bulunmamasına rağmen, m.8 kapsamında yapılacak değişikliklerde, asıl kuralın sözleşmeye uygun davranılması olduğu; ancak kaçınılmaz ve öngörülemeyen durumlar için sözleşme şartlarının değiştirilmesi imkanının sağlandığı; kaçınılmaz ve öngörülemeyen durumların, tur düzenleyicisinin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapmasının ön koşulu olduğu yönünde bkz. **Donauer**, Daniel/**Möri**, Barbara A.: “Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz -Aktuelle Entwicklungen”, Aktuelle Juristische Praxis, 2015, s. 343-344; **Wiede**, Andreas: Reiserecht, Schulthess Verlag, Zürich 2014, kn. 852; benzer yönde bkz. **Frank**, Richard: Bundesgesetz über Pauschalreisen, Kurzkomentar, Schulthess Verlag, Zürich 1994, Art. 8-10, kn. 20 vd.; hatta bu hükmün başka türlü yorumlanmasının ahde vefa ilkesine aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. **Wiede**, kn. 852.

² 90/314 sayılı önceki AB direktifinin 4’üncü maddesinde de fiyat değişiklikleri dördüncü ve beşinci fıkralarında ayrı ayrı düzenlenmişti. Düzenlemelere bakıldığında dördüncü fıkra; hareket tarihinden önce bazı hâllerle sınırlı olarak yapılan fiyat değişikliği ve koşullarının; beşinci fıkra ise, hareket tarihinden önce tur düzenleyicisi tarafından fiyatın değiştirilmesinin koşulları ve sonuçları düzenlenmişti.

Alman Hukukunda BGB § 651f'de “*Değişiklik hakkının saklı tutulması, fiyat indirimi*” başlığı ile § 651g'de ise “*Sözleşmede yapılan diğer değişiklikler*” başlığı ile fiyat değişikliğine ilişkin iki ayrı düzenlemeye yer verildiği görülmektedir: § 651f'de, diğer hükümlerle benzer şekilde, öngörülemeyen bazı sebeplerle sınırlı olarak fiyat değişikliğinin yapılabileceği hâller ve koşulları düzenlenmişken; § 651g'de, 651f çerçevesinde yapılabilecek tur fiyatı değişikliğinin (artışının) %8'i aşması hâlindeki değişiklikler önemli değişikliklerle birlikte düzenlenmiştir.

İsviçre Hukukunda ise, PauRG m.7 ve m.8'de hukukumuzdaki PTSY hükümlerinde olduğu gibi bir ayırım esas alınmıştır. İsviçre Hukuku doktrininde, iki tarafın rızasına dayalı olarak sözleşmenin değiştirilmesinin bu hükümlerin kapsamında olmadığı, karşılıklı anlaşma yoluyla sözleşmenin değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu ifade edilmiştir³. Ancak bahsedilen durumlar bakımından kanun koyucunun getirmiş olduğu hükümlerin emredici ve özel hüküm olma nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda bu fikre katılmak mümkün gözükmemektedir. Bilakis kanun koyucu, bu hususu ayrıca düzenleyerek, tüketiciyi koruma düşüncesinden hareket etmiş ve bu açıdan tarafların irade serbestisini sınırlandırmıştır. Konunun yasal olarak ayrıntılı şekilde düzenlenerek tarafların irade serbestisinin sınırlandırılmasının asıl nedeni tüketiciyi korumaktır. Bir başka neden de sözleşmeler hukukunun temel bir ilkesi olan ahde vefa ilkesinin bir istisnasının düzenleniyor olmasıdır. Ancak sözleşmede değişiklik ihtiyacının ortaya çıkması ihtimali karşısında kanun koyucu, sözleşmede tur düzenleyicisine değişiklik imkânı tanımış, bunu da belli koşullara, sınırlamalara tabi tutmuştur. Buna karşılık bunların ihlali hâlinde tüketiciye birtakım haklar sağlamıştır. Böylelikle hem tüketicinin korunması hem de taraf menfaatlerinde dengenin sağlanması amacı hedeflenmiştir. Ancak bu tutumun, amaçlanan hedefe ulaşmayı sağlayıp sağlamadığı tartışılmaya muhtaç bir konudur.

Paket tur sözleşmesinin imzalanmasından sonra ve turun başlamasından önce tur düzenleyicisi tarafından fiyatta yapılacak değişiklik için, söz konusu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, iki ayrı durum bakımından bunun mümkün olduğunu söylemek gerekir.

Birinci durumda, hukukumuz bakımından PTSY m.9 dikkate alındığında, bu kapsamda yapılacak fiyat değişikliği, mevzuatta sınırlı şekilde sayılan ve sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan belli sebeplere dayanmalıdır. Değişiklik miktar bakımından ancak belli bir orana kadar yapılabilir. Ayrıca tur düzenleyicisinin, tüketiciye belli özelliklere sahip bir

³ Wiede, kn. 856.

bildirimde bulunması gerekir. Bundan başka sözleşmede bu değişikliğe izin veren bir hükme de yer verilmiş olması gerekir. İkinci durum olan PTSY m.10'da ise, m.9 haricindeki fiyat değişiklikleri esaslı değişiklik olarak kabul edilmiş; ayrı şartlara ve sonuçlara bağlanmıştır.

Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, PTSY m.9 kapsamında yapılacak fiyat değişikliğinin “*esaslı olmayan nitelikteki fiyat değişiklikleri (artışları)*” başlığı altında incelenmesi yerinde olacaktır. Nitekim, Alman Hukuku'nda da bu kapsamda yapılacak fiyat değişiklikleri “*önemsiz (esaslı olmayan) fiyat değişiklikleri*” olarak nitelendirilmiş; bu sonuca BGB § 651g/ I ile § 651f'nin birlikte değerlendirilmesiyle varıldığı ifade edilmiştir⁴.

PTSY m.10 kapsamında yapılacak fiyat değişikliğinin ise, ilgili mevzuattaki açıklık gereği, “*esaslı olmayan fiyat değişiklikleri (artışları)*” başlığı altında incelenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki her ne kadar mevzuatta fiyat değişikliği ifadesi tercih edilmiş olsa da aslında düzenlenmek istenen ve bu noktada tüketicinin korunması ihtiyacını doğuran değişiklik, artış şeklindeki değişikliktir. Dolayısıyla konunun sunumunda yer yer “*değişiklik*” yerine “*artış*” ifadesinin kullanılması bir farklılık oluşturmak amacıyla değil, iki kavramın örtüşmesi sebebiyledir.

II. ESASLI OLMAYAN NİTELİKTEKİ FİYAT DEĞİŞİKLİKLERİ

A. Genel Olarak

Taraflar arasında asıl olan sözleşmeyle bağlılıktır, ancak bazı sebeplerle sözleşmede birtakım değişikliklerin yapılmasının zorunlu ya da gerekli olduğu hâller ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda taraflar kural olarak anlaşarak aralarındaki sözleşmeyi değiştirebilirler ancak paket tur sözleşmesinde getirilen düzenlemeyle bu durum bir adım daha ileriye götürülmüştür. Şöyle ki tur düzenleyicisinin sözleşmenin imzalanmasından sonra tek taraflı olarak fiyatta değişiklik yapabileceği kabul edilmiştir. Bu hakkın tur düzenleyicisine hiçbir koşula bağlanmadan tanınması, tüketicinin menfaatlerini zedeleyecek bir durum oluşturabileceği şüphesizdir. Bu sebeple kanun koyucu, tur düzenleyicisinin bu hakkını PTSY m.9'da, gerek kullanma şekli gerek kullanabileceği hâller gerekse miktar bakımından sınırlandırmıştır. Bu hükümde sayılan koşulların gerçekleşmesi sonucunda, söz konusu olan değişikliğin esaslı olmayan bir değişiklik olduğu ifade edilebilir. Buradaki esaslı olmama nitelendirmesi, PTSY m.10'un PTSY m.9'a yaptığı atfa dayanmaktadır.

⁴ Geib, § 651f, kn. 1-2.

Gerçekten PTSY m.10, PTSY m.9 dışındaki fiyat değişikliklerini, esaslı fiyat değişikliği olarak kabul etmiş, m.9'dan farklı şart ve sonuçlara bağlamıştır. Bu sebeple takip eden başlıkta açıklanacak olan fiyat değişikliği koşullarının gerçekleşmiş olması, aynı zamanda esaslı olmayan değişikliği de ortaya koymaktadır.

B. Değişikliğin Koşulları

Tur düzenleyicisinin esaslı olmayan fiyat değişikliği yapabilmesi, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Paket Tur Sözleşmesinde Fiyatın Değiştirilebileceğine İlişkin Açık Hüküm Bulunması

PTSY m.9'a göre, tur düzenleyicisinin kendisine tanınmış olan fiyat değişikliği (artışı) hakkını kullanabilmesi, tüketici ile aralarında akdedilmiş olan paket tur sözleşmesinde fiyatın değiştirilebileceğinin açıkça belirtilmiş olmasına bağlı tutulmuştur.

2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/I'de benzer şekilde, paket tur sözleşmesinin imzalanmasından sonra paket tur fiyatının artırılmasının ancak bu ihtimalin açıkça sözleşmede saklı tutulması hâlinde söz konusu olacağı belirtilmiş; ancak hukukumuzdaki ve önceki 90/314 sayılı AB Direktifinden farklı olarak, tüketicinin m.10/IV uyarınca fiyat indirimi hakkına da sahip olduğunun belirtilmesi ek şartı getirilmiştir⁵. Bu şart Alman Hukuku bakımından BGB § 651f'de de belirtilmiştir. Buna göre, tur düzenleyicisinin yükümlülüğünün sözleşmenin imzalanmasından sonra, koşulların olağanüstü biçimde değişmesi nedeniyle ağırlaşması hâlinde tüketicinin (*BGB'deki ifadesiyle seyahat edenin*) aleyhine de olsa nasıl ki tur düzenleyicisi bir koruma öngörülecekse; benzer imkân tüketici açısından da onun lehine bir iyileşme olması hâlinde de tanınmalıdır. Aslında tüketicinin aleyhine olan bu sözleşmesel kaydın geçerliliği, lehine bir kaydın varlığına bağlı tutulmuştur da denilebilir⁶.

⁵ 2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/IV'de, paket tur sözleşmesi fiyat artışı olasılığını öngörüyorsa, tüketicinin, birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen maliyetlerde, turun başlamasından önce sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelen herhangi bir düşüşe karşılık gelen bir fiyat indirimi hakkına sahip olacağı; beşinci fıkrasında da fiyat düşüşü durumunda, tur düzenleyicisinin fiili idari masrafları tüketiciye yapılacak geri ödmeden düşme hakkına sahip olacağı; tüketicinin talebi üzerine, tur düzenleyicisinin bu idari masrafların kanıtını sağlayacağı belirtilmiştir.

⁶ Ayrıca BGB § 651f/IV'te de buna ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmede tur fiyatında bir artış olasılığı öngörülüyorsa, tüketici, birinci fıkranın ilk cümlesinin ikinci bendinde belirtilen fiyatların, ücretlerin veya döviz kurlarının sözleşmenin

Hukukumuzdaki düzenlemelere bakılırsa, önceki 90/314 sayılı AB Direktifi'nde olduğu gibi⁷, tur düzenleyicisine fiyatta artırım yetkisinin, ancak tüketiciye fiyatta indirim hakkının da tanınması şartıyla, verilmesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak hukukumuz bakımından ifade edilmeli ki, önceki 90/314 sayılı AB direktifinde indirim şartının tanınması konusunda bir zorunluluk bulunmasa bile, PTSY'nin yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı TBK m.24 göz önünde bulundurularak, PTSY'de böyle bir şarta yer verilebilirdi. Zira genel işlem koşullarıyla ilgili “*Değiştirme yasağı*” başlıklı hükme göre; “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*” Görüldüğü üzere kanun koyucu, genel işlem koşulu olarak bir aleyhe değişiklik kaydına yer verilecekse, bunun her iki taraf için de olması gerektiğini, 2015/2302 sayılı AB Direktifinden, hatta PTSY'nin yürürlüğe girmesinden çok önce kabul etmiştir. Dolayısıyla TBK'nın ilgili hükmü göz önünde bulundurularak, PTSY'de bu yönde bir düzenleme kabul edilebilirdi. Bu konudaki önerimiz 2015/2302 sayılı AB Direktifinde olduğu gibi, sadece tüketici (*Direktifteki ifadesiyle seyahat eden*) aleyhine olacak şekilde değil, tur düzenleyicisi aleyhine de olacak şekilde tüketiciye bir indirim hakkının öngörülmesine yönelik olarak PTSY hükmünde bir değişiklik yapılmasıdır. Zira böyle bir değişiklik, PTSY'nin bağlı olarak çıkarıldığı TKHK'nun ruhuna ve amacına; ayrıca değişikliğin artış veya indirim şeklinde olabilmesi ihtimaline rağmen sadece fiyat artışlarına ilişkin düzenleme getirip de “*Fiyat Değişikliği*” başlığını tercih eden PTSY m.9'da açısından madde içeriği ile başlığı arasında da uygunluk sağlanmış olacaktır.

imzalanmasından sonra ve turun başlamasından önce değişmesi ve bunun tur düzenleyicisi için daha düşük maliyetlerle sonuçlanması durumunda tur fiyatında bir indirim talep edebilir. Eğer tüketici, bu sözleşme kapsamında borçlu olduğu tutardan daha fazlasını ödemişse, tur operatörü fazla ödenen tutarı geri ödeyecektir. Tur operatörü, fiilen yapılan idari masrafları geri ödenecek fazla tutardan düşebilir. Tüketicinin talebi üzerine, tur düzenleyicisi, yapılan idari masrafların miktarına ilişkin kanıtı sağlar.

⁷ Önceki 90/314 sayılı AB Direktifi m.4/IV-bent a'da “*sözleşme açıkça fiyatın indirim ya da artırım değişikliği ihtimali için değişime imkan vermedikçe, fiyatın açık şekilde nasıl hesaplanacağı ve sadece yakıt masrafları dahil taşıma masrafları, vergiler ya da liman veya havaalanlarındaki biniş veya iniş ücreti, iniş vergileri gibi belirli hizmetler için alınan harçlar, döviz ile ödemenin kararlaştırıldığı paket turlarda döviz kuru değişiklikleri durumları için değişime izin verildiği sözleşmede açıkça belirtilmedikçe, sözleşmede düzenlenmiş olan fiyatların değişikliğe konu olamayacağı*” belirtilmekteydi. Görüldüğü üzere, bu direktif hükmünde fiyatta artırım talebi, fiyatta indirim talebinin de sözleşmede öngörülmesi ve düzenlenmiş olmasına bağlı tutulmamıştı.

İsviçre Hukuku bakımından, 90/314 sayılı AB Direktifi esas alınarak çıkarılmış olan PauRG m.7’de de, sözleşmeyle kararlaştırılan fiyat artışlarının yapılabilmesi için öncelikle sözleşmede bunun açıkça öngörülmesi ve yeni fiyatın nasıl hesaplanacağına ilişkin kesin bilgilerin yer alması, ayrıca fiyat artışının kalkış tarihinden en az üç hafta önce yapılması gerekir. Bundan başka fiyat artışının, yakıt maliyetleri de dahil olmak üzere taşıma maliyetlerindeki artış; iniş ücretleri, limanlardaki biniş veya iniş ücretleri ve havaalanlarındaki ilgili ücretler gibi belirli hizmetlere ilişkin ücretlerdeki bir artış veya pakete uygulanan döviz kurlarındaki bir değişiklik gerekçelerine dayalı olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, tüketicinin fiyatta indirim talep etme hakkına sahip olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple, İsviçre Hukuk doktrininde bu husus eleştirilmiştir. Bir görüş, burada kanun koyucunun 90/314 sayılı AB Direktifi m.4/IV’ten kasıtlı olarak saptığını değerlendirerek, tüketicinin bu hakka sahip olmadığını doğal karşılamış, ancak bu düzenlemeyi tüketici dostu olmayan bir düzenleme olarak nitelendirmiştir⁸.

Sözleşmede fiyat değişikliğine ilişkin hiçbir hükme yer verilmemişse, tur düzenleyicisi diğer şartları sağlamış olsa dahi, hukukumuz bakımından PTSY m.9 kapsamında fiyatta bir değişiklik yapamaz. Yönetmeliğin ilgili hükmü “*açıkça sözleşmede belirtilmesi*”nden söz ettiği için, örneğin, “*Yönetmeliğin ilgili hükmü çerçevesinde tur düzenleyicinin değişiklik hakkının bulunduğu*” belirtilerek, yani sadece Yönetmelik hükmüne bir atıf yapmak suretiyle hatta fiyatta değişiklikten dahi bahsedilmemesi, bu koşul için yeterli değildir⁹. Kanaatimizce Yönetmelikte, sözleşmede yer verme koşulu karşısında, broşürde bir kayıt şeklinde yer verilmesi de bu şartı sağlamak için yeterli değildir¹⁰.

⁸ **Wiede**, kn. 847, 848. Bunun Avrupa ile uyumlu olmadığını ifade eden görüş için bkz. **Hangartner**, Sandro: Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Zürich 1997, s. 78.

⁹ Alman Hukukunda, değişiklik çekincesinde hangi durumlarda değişikliğin olacağı ayrı ayrı adlandırılması gerektiği; sadece “*fiyat, değişikliğe tabidir*” şeklinde bir kayıt ekleme durumunda bunun geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Kappus**, Andreas: “Klauselwerke, Allgemeine Reisebedingungen”, Vertragsrecht und AGB Klauselwerke, (Hrsg. Friedrich Graf von Westphalen, Rüdiger Pamp, Gregor Thüsing), C.H. Beck Verlag, München 2023, kn. 46.

¹⁰ İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Zeiter**, Alexandra/**Schlumpf**, Michael: “PauRG Art.7-10”, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, (Hrsg. Marc Amstutz, Vito Roberto, Hans Rudolf Trüb), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art. 7, n. 3. Buna karşılık sadece broşürde yer alan bir açıklamanın yeterli olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **Hangartner**, s. 75.

Değişikliğin gerçekleşebilmesi, sözleşmede buna yer verilmesine bağlı tutulduğundan, aslında bu durum, tur düzenleyicisinin tek taraflı olarak sözleşme koşullarını değiştirme yetkisine sahip olması şeklinde yorumlanmalıdır. Öncesinde taraf iradelerinin bu yönde bir uyuşma içinde olması, bir tarafın gerçekte tek taraflı bir değişiklik yapmadığını ortaya koyar¹¹. Bu yönüyle, ilgili hükmün cevaz vermesiyle sözleşmeye dahil edilen bir yetkinin kullanımı söz konusudur.

Ayrıca burada ifade edilmelidir ki, tur düzenleyicisinin tek taraflı olarak hazırlanmış olduğu sözleşmede bu şekilde bir kayda yer vermiş olması bu kaydın geçerliliği bakımından bir fark yaratmayacaktır.

Bununla birlikte PTSY'nin bu düzenlemesi çerçevesinde sözleşmede yer verilen değişiklik hükümlerinin, TKHK anlamında haksız şart olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorusu akla gelebilir. TKHK m.5/IX uyarınca çıkarılmış olan 17.06.2014 tarihli "*Tüketici İşlemlerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*" ekindeki haksız sözleşme şartlarının sayıldığı fıkra 1 bent i'deki "*i) Sözleşmeyi düzenleyen mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması hâlinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,*" ile

Alman Hukuku bakımından ise bir görüş, fiyat değişikliği kaydının belli bir şekli olmadığı, hatta telefonla rezervasyon yapılması hâlinde, tur düzenleyicisinin fiyata ilişkin çekincesini telefonla beyan edebileceği; bunun mümkün olduğunca yazılı metinde teyit edileceği ve yeterli olacağı; sözleşmenin imzalanmasından sonra gönderilen bilgilendirme metninde bu çekinceye yer verilmesi hâlinde ise bunun yeterli olmayacağı, tur düzenleyicinin sözleşmenin değiştirilmesi yolunu izlemesi gerektiği, tüketicinin rızasını alması gerektiği; açık şekilde fiyat hesabında hata yoksa, bu şekilde yapılan bir fiyat artırımı maddesinin geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Kappus**, kn. 46. Daha sonra düzenledikleri için bilgilendirme mektuplarının da bu kapsamda sayılmayacağı yönünde ayrıca bkz. **Geib**, 651f, kn. 3.

Hukukumuz bakımından önceki TKHK ve önceki yönetmelik dönemi için, paket tur sözleşmesinde tur programında değişiklik bakımından, tur düzenleyicisinin bu hakkı, tur broşüründe saklı tutabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Ceylan**, Tüketicinin Korunması, s. 247.

¹¹ Düşüncemize göre esasen sözleşmeye dayanan bu yetki, İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre kanun hükmüne dayanmaktadır. Bkz. **Milivoje**, Mitrovic: Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Dike Verlag, Zürich 2022, kn. 14, 159.

Alman Hukukunda da, öncesinde sözleşmeyle sahip olunan bu yetki irdelemesinde bulunmadan, tur düzenleyicisinin tek taraflı değişiklik yapmasından söz edilmektedir. Bkz. **Staudinger**, Ansgar: "§ 651f- § 651g", Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, (Hrsg. Reiner Schulze), 11. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2022, § 651f, kn. 1, § 651g, kn. 1.

bağlantılı fıkra 2 bent b'deki "b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir." hükümleri göz önünde tutulduğunda, değişiklik yapılmasına ilişkin kayıtların haksız şart olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçekten öncelikle artış miktarının ilk fiyata nazaran oldukça yüksek sayıldığından söz etmek mümkün değildir, zira aşağıda açıklanacağı üzere¹², PTSY m.9 anlamında bir değişiklik ancak tur bedelinin yüzde beşine kadar mümkündür. Sonrasında, fiyat değişikliği yöntemi, PTSY m.9'da belirli koşullara bağlanarak açıklanmakta ve sözleşmede buna yer verilmesi zorunlu tutulmaktadır. Bu açıdan da, Tüketici İşlemlerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çerçevesinde, böyle bir şarta yer verilebilmesinin koşulları gerçekleşmiş görünmektedir. İfade edilmelidir ki, bu kayıtların haksız şart sayılmaması, sadece haksız olarak nitelendirilmemesi yönündendir, aksi düşünceyle, bu kayıtlar bireysel olarak müzakere edilmiş sözleşme kayıtları olarak anlaşılmamalıdır.

2. Tur Düzenleyicisinin Yapacağı Fiyat Değişikliğini Tüketicie Bildirmesi

Hukukumuzda, tur düzenleyicisinin, fiyat değişikliğinin gerekçesini ve nasıl hesaplanacağını sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir (PTSY m.9).

90/314 sayılı önceki AB Direktifi m.4/IV'te de, öngörülen hareket tarihinden önceki yirmi gün boyunca sözleşmede belirtilen fiyatın artırılmayacağı belirtilmişti. İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de ise, en az üç hafta önce yapılması gereken bildirim yeni fiyatın nasıl hesaplanacağına ilişkin kesin bilgileri içermesi; yakıt maliyetleri de dahil olmak üzere taşıma maliyetlerindeki artış, iniş ücretleri, limanlardaki biniş veya iniş ücretleri ve havaalanlarındaki ilgili ücretler gibi belirli hizmetlere ilişkin ücretlerdeki bir artış veya pakete uygulanan döviz kurlarındaki bir değişiklikle gerekçelendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/III'de, kapsamı ne olursa olsun, fiyat artışının ancak; tur düzenleyicisinin turun başlamasından en geç 20 gün önce tüketiciyi bu artışa ilişkin bir gerekçe ve hesaplamayla birlikte kalıcı veri saklayıcı ile açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmesi hâlinde mümkün olacağı ifade edilmiştir. Alman Hukuku bakımından BGB § 651f/T'de de

¹² Bkz. II.B.3 başlığı altındaki açıklamalarımız.

tur düzenleyicisinin, fiyat artışını ve bunun nedenlerini açık ve anlaşılır bir şekilde, fiyat artışının hesaplanmasını¹³ da belirterek, kalıcı veri saklayıcı ile tüketiciye bildireceği; bir fiyat artışının ancak bu gerekliliklere uygun olması ve turun başlamasından en geç 20 gün önce tüketicinin bilgilendirilmesi hâlinde geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, tur düzenleyicisinin fiyat değişikliği (artışı) yapabilmesi için sadece bunun sözleşmede açıkça belirtilmiş olması yeterli görülmemiş; bu talebin tüketiciye bildirmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ancak söz konusu bildirim kapsam, süre ve şekil yönünden belli kurallara tabi tutulmuştur. Bununla birlikte tüketiciyi koruma amaçlı getirilen bu kurallar uygulamada sıklıkla ihlal edilmektedir. Dolayısıyla bu kurallara daha yakından değinmek önem taşımaktadır.

a. Bildirimin Kapsamı

Hukukumuz bakımından tur düzenleyicisinin PTSY m.9 kapsamında yapmak istediği fiyat değişikliği (artışı) bildirimının neleri içermesi gerektiği ilgili hükümde belirtilmiştir. Buna göre, fiyat artışının gerekçesi ve nasıl hesaplanacağı bildirimde yer alması gereken hususlardır. İsviçre Hukuku bakımından da PauRG m.7'de fiyatın nasıl hesaplanacağını yer alması ve fiyat artışının gerekçelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. 2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/III'de de fiyat artışının, bu artışa ilişkin bir gerekçe ve hesaplama ile birlikte tüketicinin bilgilendirmesi hâlinde mümkün olacağı belirtilmiştir. Alman Hukuku bakımından benzer şekilde, BGB § 651f/I'de tur düzenleyicisinin, fiyat değişikliğini, tur fiyatındaki değişikliklerin nasıl hesaplanacağını ve bunun nedenlerini tüketiciye bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla sadece fiyat artışının yapılmak istendiğine ilişkin yapılan bir bildirim, yeterli bir bildirim olarak nitelendirilemez. Bildirimin fiyat artışının gerekçesini ve fiyattaki artış neticesinde oluşan güncel fiyatın nasıl hesaplanacağını da içermesi gerekir.

Anılan düzenlemelerin tamamı göz önünde bulundurulduğunda, fiyat artışının gerekçesi konusunda tur düzenleyicisinin bir serbesti içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Aşağıda ayrıca fiyat artışıyla ilgili PTSY m.9'daki diğer koşullar arasında değinileceği üzere¹⁴, fiyatta bir artış ancak hükümde belirtilen sınırlı hâllerde mümkün olabilir. Dolayısıyla tur düzenleyicisi, yapacağı fiyat artışı bildiriminde artışı bu hâllerle gerekçelendirmek

¹³ Alman Hukuku'nda bir görüş, fiyat artışının nasıl hesaplanacağına dair bilginin sözleşmede de belirtilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Geib**, § 651f, kn. 3.

¹⁴ Bkz. II.B.4. başlığı altındaki açıklamalarımız.

zorundadır. Bu konuda 90/134 sayılı önceki AB Direktifi'nde ve İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de açıklayıcı bir ifadeye yer verilmiştir. Şöyle ki, fiyattaki değişikliğin yakıt maliyetleri de dahil olmak üzere taşıma maliyetlerindeki artış, iniş ücretleri, limanlardaki biniş veya iniş ücretleri ve havaalanlarındaki ilgili ücretler gibi belirli hizmetlere ilişkin ücretlerdeki bir artış veya pakete uygulanan döviz kurlarındaki bir değişiklik ile gerekçelendirilmesi koşuluyla yapılabileceği ifade edilmiştir.

Gerekçeye yer verilse ve değişen fiyat veya artış miktarı belirtilmiş olsa dahi, söz konusu bildirim bu kapsamda yapılmış bir bildirim olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğu düşünülmemelidir. Çünkü fiyat artışının nasıl hesaplanacağına da bildirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Burada sözü edilen hesaplama, güncel fiyattan önceki fiyatın çıkarılması gibi basit bir hesaplama olarak algılanmamalıdır. Bunun yerine güncel fiyattaki değişikliğin hesabı ayrıntılı olarak belirtilmelidir. Örneğin 10.000 TL olarak kararlaştırılan turun benzin fiyatlarındaki artış dolayısıyla 10.500 TL olacağı şeklindeki bir fiyat artış bildiriminde, sözleşmenin imzalandığı tarihte benzinin litre fiyatının 10 TL olduğu, ancak şu an itibarıyla 40 TL olduğu, tur için toplam 500 km yol yapılacağı, daha önce yol giderinin 5.000 TL olacağı öngörülürken, şu an bu giderin 20.000 TL olduğu; taşıma giderlerinde 15.000 TL'lik bir artış olduğu; tura katılan 30 kişiye bu gider paylaştırıldığına, tur ücretinin kişi başı 500 TL artacağı, dolayısıyla 10.500 TL olacağı şeklinde bir hesaplama yapılarak bildirilmesi uygun olur.

b. Bildirimin Zamanı

Hukukumuzda tur düzenleyicisinin fiyat değişikliğine (artışına) ilişkin bildirim belli bir zamana kadar yapabileceği ifade edilmiştir (PTSY m.9). Buna göre tur düzenleyicisi, fiyat değişikliği bildirimini, sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde tüketiciye bildirmelidir. 90/314 sayılı önceki AB Direktifi m.4/IV-bent b'de; 2015/2302 sayılı yürürlükteki AB Direktifi m.10/III'de ve Alman Hukuku'nda BGB § 651f/I'de benzer şekilde, fiyat artışının ancak tur düzenleyicisinin turun başlamasından en geç 20 gün önce tüketiciyi bu artışa ilişkin bilgilendirmesi hâlinde mümkün olacağı belirtilmiştir. İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de ise, sözü edilen düzenlemelerden farklı olarak, bu bildirim hareket tarihinden en az üç hafta önce yapılması gerekliliğinden söz edilmiştir. Buna rağmen İsviçre Hukuk doktrininde, bildirim, gün esas alınarak, en geç hareket tarihinden 22 gün önce yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵.

¹⁵ Zeiter/Schlumpf, Art. 7, kn. 5; Wiede, kn. 801.

İlgili düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, fiyatta artış yapmak isteyen tur düzenleyicisi bu hakkını dilediği zamanda ya da zamana kadar değil, kendisine yönetmelikte tanınan zamana kadar yapmış olmalıdır.

Tur düzenleyicisinin bu bildirimının sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde (*İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de en az üç hafta öncesinde*) tüketiciye gönderilmiş olması mı yoksa varmış olması mı gerekeceği açık değildir. Yoruma ihtiyaç duyulan bu noktada tüketici lehine bir yorum yapılması gerekir. Dolayısıyla kanundaki "... en az yirmi gün öncesinde katılımcıya bildirmelidir." ifadesini hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde bu bildirim tüketiciye varmış olmasının gerekli olduğu şeklinde anlamak ve yorumlamak tüketicinin lehine olacaktır. Çünkü, kanun koyucunun buradaki yirmi günlük süreyi kabul etmesinin amacı, tüketicinin esasında aleyhine olan bu değişikliği bir an önce öğrenmesini ve ekonomik durumunu buna göre ayarlamasını, hazırlık yapmasını sağlamaktır. Hâl böyle iken, aksi bir yorumla, bildirim tüketiciye ulaşması bakımından postada veya herhangi bir sebeple yaşanacak olan gecikmeyi tüketiciye yüklemek, onun korunması amacına hizmet etmeyecektir.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken bir husus da, 20 günlük sürenin ne şekilde hesaplanacağıdır. Bu konuda hukukumuz bakımından TKHK m.83 atfıyla uygulama bulabilen TBK m.92/I, bent 1'deki "*Gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur.*" hükmü kıyasen göz önünde bulundurulabilir. Şöyle ki hesaplamaya başlanacak tarih, öngörülen hareket tarihi olacağı için, hareket günü sayılmaksızın sürenin son gününü tespit etmek gerekir. Örneğin, bir turun öngörülen hareket tarihinin 30 Nisan 2023 olduğunu varsayalım. Bildirim yapılabilmesi için son günü belirleyebilmek için 30 Nisan 2023 gününü saymaksızın 20. günü tespit etmek için geriye doğru sayıldığında, 20. gün, 10 Nisan 2023 günü olacaktır. Bu kapsamda, hükümdeki ifade en az 20 gün öncesini işaret ettiği için, 20 gün öncesi, 9 Nisan 2023 günü olmalıdır. Dolayısıyla turun fiyatının değişikliği bildiri en geç 9 Nisan 2023 gününde tüketiciye varmış olmalıdır. Nitekim Alman Hukuku'nda da hareket gününün, 20 günlük süre hesabında belirleyici olması sebebiyle, o günün hesaplanmanın dışında bırakılması gerektiği, dolayısıyla tur düzenleyicisinin bildirimini turun başlangıcından önceki 21. günde varmış olmasının gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple genel seyahat koşullarında, -yasal ifadede olduğu gibi- en geç 20 gün şeklinde değil, az önce bahsedilen şekilde daha açıklayıcı bir şekilde ifade edilmesi gerektiği, sadece yasadaki ifadenin

kullanılmasının yanıtıcı olduğu belirtilmiştir¹⁶. Buna karşılık turun başlangıcının 30 Haziran olduğu bir örnek bakımından doktrinde, bildirim son varma tarihinin 10 Haziran olduğunun belirtilmesi¹⁷, kanaatimizce yerinde değildir.

Dolayısıyla hareket tarihi 30 Nisan 2023 olan tur örneği çerçevesinde, 9 Nisan 2023 ve sonrasında fakat turun hareket tarihinden önceki herhangi bir tarihte yapılmış olan ya da daha önce bir tarihte yapılmış olsa bile 9 Nisan 2023'ten sonra tüketiciye ulaşan bir bildirim varlığında artık, tur düzenleyicisinin değişiklik yapma hakkının koşullarının gerçekleşmediği, böylece değişiklik yapma hakkının ortadan kalkacağı sonucuna varılacaktır¹⁸. İsviçre Hukuk doktrininde bir görüş, geç bildirim hâlinde, tüketicinin PauRG m.10'da tüketiciye tanınmış olan seçimlik haklarını kullanabileceğini ifade etmişse de¹⁹ kanaatimizce burada değişikliğin yapılması için koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle, bu hüküm çerçevesinde herhangi bir değişiklik yapma imkânı kalmayacaktır, bu sebeple, tüketicinin aleyhine bir sonuç doğmayacağı için, kanunda belirtilen haklarını kullanmasına da yer olmayacaktır. Kaldı ki ne İsviçre Hukukundaki ne de hukukumuzdaki yasal düzenlemede, bu kapsamda yapılan değişiklikler bakımından seçimlik hakların kullanılabilirliğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Nitekim İsviçre Hukukunda yerinde olarak başka bir görüş, bu koşulların kümülatif koşullar olduğunu, herhangi birinin sağlanmamış olması hâlinde, artık fiyat değişikliğinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir²⁰.

¹⁶ **Kappus**, kn. 47.

¹⁷ **Kern**, Christoph Alexander: "Titel 9 Werkvertrag und ähnliche Verträge, Untertitel 4a Pauschalreisevertrag, Reisevermittlung und Vermittlung verbundener Reiseleistungen, § 651f-651g", Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (Hrsg. Rolf Stürner), 19. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2023, kn. 2.

¹⁸ Tura katılan birden fazla tüketicinin olduğu düşünüldüğünde, tur düzenleyicisinin bazı tüketiciler açısından bildirim süresine uygun davranıp bazı tüketiciler açısından uygun davranmadığı ihtimalinde tur bedelinin ne şekilde olacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce, bildirim süresine uygun davranılan tüketiciler (diğer koşullar da gerçekleşmiş olursa), fiyatı değişmiş olan tur bedelini ödemekle yükümlü olacakken; bildirim süresine uyulmayan tüketiciler, fiyat değişikliğinin koşullarının sağlanmaması sebebiyle mevcut tur bedelini ödemekle yükümlü olacaklardır.

¹⁹ **Hangartner**, s. 77.

²⁰ **Wiede**, kn. 846. Ancak bu yazar, tüm koşulların sağlanıp da fiyat artışının %10'dan fazla olması hâlinde bunun esaslı sözleşme değişikliği olacağını, bunu kabul etmeyen tüketicinin sözleşmeden dönebileceği ve buna bağlı haklarını kullanabileceğini ifade etmiştir. Bunun için bu artışın tur düzenleyicisi için öngörülemez ve önlenemez olması gerektiğini, aksi takdirde, sözleşmede kabul edilemez bir değişiklik olacağını, tüketicinin bunu kabul etmek zorunda olmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Wiede**, s. 846.

3. Fiyat Değişikliğinin Sözleşme Bedelinin Belli Bir Yüzdesini Geçmemesi

Hukukumuz bakımından PTSY m.9 kapsamında yapılacak bir fiyat değişikliğinin (artışının) sözleşme bedelinin %5'ini geçemeyeceği belirtilmiştir (m.9/I). 2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/I'de, fiyat artışının paket turun toplam fiyatının %8'i aşması hâlinde, diğer değişiklikleri düzenleyen m.11/II ve V hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Alman Hukuku bakımından, önemli değişikliklerin düzenlendiği BGB § 651g/I'de, § 651f/I uyarınca sözleşmede saklı tutulan fiyat artışının tur fiyatının %8'ini aşması hâlinde, tur düzenleyicisinin bunu tek taraflı olarak yapamayacağı; bu şekildeki bir fiyat artışını tüketiciye teklif edebileceği ve tüketicinin fiyat artış teklifini kabul etmesini veya tur düzenleyicisi tarafından belirlenen ve makul olması gereken bir süre içinde sözleşmeden döndüğünü beyan etmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, § 651f'nin uygulama alanına Direktiftekiyle aynı oranda bir sınır getirilmiştir. 90/314 sayılı önceki AB Direktifinde ise bir oran sınırı getirilmemişti. İsviçre Hukuku bakımından ise esaslı değişikliklerin düzenlendiği PauRG m.8'de, sözleşmede kararlaştırılan fiyatta %10'dan fazla artış yapılmasının esaslı değişiklik olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu hükümden yola çıkılarak, İsviçre Hukuku bakımından %10'luk bir sınır getirildiği görülmektedir.

Fiyat değişikliğine neden olan hâllerden biri gerçekleşmiş olsa dahi tur düzenleyicisi, bu değişikliği, hukukumuz bakımından en fazla sözleşme bedelinin %5'i (Alman Hukuku bakımından %8'i, İsviçre Hukuku bakımından %10'u) kadar bir artışla yapabilecektir. Örneğin, 10.000 TL bedelli bir turun fiyatında bir artış yapılmak isteniyorsa bu en fazla 500 TL olacaktır, yani güncel bedel 10.500 TL'den fazla olamayacaktır.

Yabancı para kaydı borçlarında, artış oranının hangi bedel esas alınarak uygulanacağı da belirtilmelidir. Şöyle ki sözleşmede turun bedelinin "avro/dolar karşılığı TL" olarak belirlendiği durumlarda, artışın para borcunun ifa edilmiş olduğu zamandaki TL karşılığının %5'ini geçmemesi gerektiği kabul edilmelidir. Örneğin 5.000 avro karşılığı TL olarak kararlaştırılan turun bedelinde yapılacak artışta, paranın ifa zamanındaki kur karşılığı üzerinden bir hesaplama yapılmalı, yoksa 5.000 avronun %5'inin geçemez şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü buradaki borç, bir yabancı para borcu değil, yabancı para kaydı borcudur.

Hukukumuz bakımından doktrinde %5'i geçen bir artışın yapılması hâlinde, tüketicinin PTSY m.10 gereği herhangi bir tazminat ödemediği sözleşmeden dönebileceği ya da değişikliği ve fiyat üzerindeki etkilerini açıkça

belirten ek sözleşmeyi kabul edebileceği ifade edilmiştir²¹. İsviçre Hukuk doktrininde de bir görüş, %10'dan fazla bir fiyat artışını kabul etmek istemeyen tüketicinin PauRG m.10'a göre sözleşmeden dönebileceğini ifade etmiştir²². Gerçekten de iki yönetmelik hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bahsedilen oranın üzerinde kalan artışlar bakımından PTSY m.10 hükmünün uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Artış oranları kıyaslandığında, AB Direktifi ve buna göre Alman Hukukunda %8, İsviçre'de ise %10 oranı bulunmasına rağmen, hukukumuzda %5 oranında sınırlama getirilmesi ilk bakışta tüketici lehine daha ilerici bir düzenleme gibi görünmektedir. Ancak konu, PTSY m.10 ile birlikte değerlendirildiğinde, fiyat artışı %5 oranını geçtiği anda, PTSY m.10 uygulama alanı bulacaktır. İleride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere²³, bu madde tüketici aleyhine olacak şekilde birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Kısaca bahsetmek gerekirse, m.10, AB Direktifi ve BGB hükümlerinden farklı olarak, en başta sözleşmede buna ilişkin bir kayda yer verilmesini aramadığından tüketici aleyhinedir. Bundan başka tüketici, m.10 düzenlemesi ile, sadece seçimlik hakları kullanma yönünde bir zorlamaya maruz bırakılmaktadır. Bunun anlamı, tüketicinin ya artışı ya da alternatif turu kabul etmesi yahut sözleşmeden dönmesidir. Görüşümüze göre tüketici ayrıca her zaman sahip olduğu mevcut fiyat üzerinden turun ifasına yönelik talebi de ileri sürebilmelidir. Ancak bu görüş kabul edilmediğinde, m.10'un, tüketiciyi, sözleşmede buna ilişkin bir kayıt bile bulunmayan bir artışı kabul etmeye zorlayan bir içeriğe sahip olacağı belirtilmelidir.

Sonuç olarak, ilk bakışta tüketici aleyhine bir öneri olduğu izlenimi verecekse de belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, PTSY m.9'daki artış oranı sınırlamasının %8 oranına yükseltilmesini önermekteyiz.

4. Fiyat Değişikliğinin Yapılabileceği Bir Durumun Ortaya Çıkması

Tur düzenleyici, paket tur sözleşmesinde kendisine verilen fiyat değiştirme (artırma) yetkisini ancak belli durumların varlığı hâlinde kullanabile-

²¹ **Demir**, Bahadır: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 133. Sözleşmede, tur düzenleyicisine, bu oranın üzerinde fiyat değiştirme yetkisi veren hükümlerin geçersiz olduğu yönündeki görüş için bkz. **Çabri**, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet yayınevi, Ankara 2016, s. 843.

²² **Rusch**, Arnold F./**Huguenin**, Claire: "Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen - das trojanische Pferd im Vertrag", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2008, s. 50-51; **Zeiter/Schlumpf**, Art. 7, kn. 6; **Wiede**, s. 846.

²³ Bkz. III. B, C.1 ve D. başlığı altındaki açıklamalarımız.

cektir. Sınırlı şekilde ele alınan bu durumlar, sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkmış olmalı²⁴; ilgili hukukî düzenlemede ifade edilmiş olmasa da, tur düzenleyicisi tarafından öngörülemez olmalıdır²⁵. Ayrıca bu durumların ortaya çıktığını, iddiada bulunan paket tur düzenleyicisi ispat edecektir.

Hukukumuz bakımından PTSY m.9'da açıkça ve sınırlı şekilde sayılan durumlar şu şekildedir:

a. Fiyat Değişikliğinin Sözleşme Bedelinin Döviz Cinsinden Belirlendiği Yurt Dışına Yönelik Paket Turlarda Döviz Kurunda Meydana Gelen Olağan Dışı Değişikliklerden Kaynaklanması

Döviz kurundaki herhangi bir değişiklik değil, olağan dışı değişikliklerin bu kapsamda olduğu anlaşılmaktadır. Hem 90/314 sayılı önceki AB Direktifinde hem de 2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/I bent c'de, döviz kurlarındaki değişikliğin, hukukumuzda olduğu gibi, olağan dışı niteliğe sahip olması aranmamıştır. Alman Hukuku bakımından BGB § 651f'de ve İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de Direktifle benzer tutum sergilenmiştir.

Tur bedelinin döviz cinsinden belirlenmediği durumlarda, Türk lirasının değer kaybetmesi gerekçesiyle bir değişiklik yapmanın mümkün olup olmayacağı da değerlendirilmelidir. İlgili hüküm açıkça sözleşme bedelinin döviz cinsinden belirlendiği yurt dışına yönelik paket turlardan söz etmektedir. Bu sebeple, bu kapsamda bir değişiklik yapmak mümkün olmaz²⁶. Yurt dışına yönelik bir turun fiyatının ülke parasıyla belirlendiği ve paranın aşırı değer kaybettiği durumlarda, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğacağı düşünülebilir. Ancak, tacir olan tur düzenleyicisinin, tur bedelini, basiretli bir tacir gibi davranarak PTSY m.6/II uyarınca döviz cinsinden belirleyebilecekken; TL cinsinden belirlemesi ve sonradan fiyat değişikliği talep etmesi kabul edilmemelidir. Yurt dışına yönelik turun fiyatını ülke parasıyla belirleyen tur düzenleyicisi, fiyatta değişiklik yapmak istiyorsa bunu PTSY m.10

²⁴ Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Tonner**, Klaus: “§§ 651a-Anh. § 651y”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), 9. Auflage, C.H.BECK Verlag, München 2023, § 651f, kn. 2.

²⁵ **Roberto**, Vito: “Das neue Pauschalreisegesetz” recht, Cilt 12, Sayı 1, 1994, s. 15, dn 63; **Yurt**, s. 89.

²⁶ Doktrindeki bir görüş, bedeli Türk Lirası cinsinden belirlenen paket turlar bakımından da Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Sayın**, Feyza Eren: Paket Tur Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 192.

kapsamında yapabilir. Bundan başka tur düzenleyicisinin, TBK m.138'e dayanan uyarılama talebi de saklıdır. Aynı sonuçlar, yurt dışına yönelik paket tur fiyatının yabancı para kaydı borcu olarak belirlendiği durumlarda da geçerlidir.

b. Fiyat Değişikliğinin Yakıt Giderlerindeki Olağan Dışı Değişikliklerden Kaynaklanması

Görüldüğü üzere, yakıt giderlerinin de fiyat değişikliğine yol açabilmesi için olağan dışı bir değişiklik olması aranmıştır. 90/314 sayılı önceki AB Direktifinde "yakıt masrafları dahil taşıma masraflarındaki değişiklikten kaynaklı durumlar"dan; 2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/I bent a'da, "fiyat artışının yakıt veya diğer güç kaynaklarının maliyetinden kaynaklanan yolcu taşıma fiyatındaki değişikliğin doğrudan bir sonucu olması"ndan; Alman Hukuku bakımından BGB § 651f/I'de, "yakıt veya diğer enerji kaynaklarının maliyetlerinin artması nedeniyle yolcu taşımacılığının fiyatının artması"ndan; İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de, "yakıt maliyetleri de dahil olmak üzere taşıma maliyetlerindeki artış"tan söz edilmiştir. Görüldüğü üzere, hukukumuzdakinden farklı olarak, olağan dışı değişiklik şartı aranmamış ve sadece yakıt giderleri ile sınırlandırılmamış, taşıma masrafları şeklinde genel bir ifade tercih edilmiştir. Hukukumuzda, taşıma masrafı olarak sadece yakıt giderleri şeklinde dar kapsamlı bir ifadenin tercih edilmesi, tüketicinin lehine bir durum olarak görülebilir.

c. Fiyat Değişikliğinin Liman, Havaalanı Gibi Yerlerde Tahsil Edilen Vergi, Resim, Harç ve Benzeri Yasal Yükümlülüklerde Meydana Gelen Değişikliklerden Kaynaklanması

Hukukumuzda bu durumla ilgili meydana gelen değişikliğin olağan dışı olması aranmamış, sözü edilen kalemlerde meydana gelen her türlü değişikliğin fiyatta değişikliğine neden olacağı kabul edilmiştir.

90/314 sayılı önceki AB Direktifinde "vergiler ya da liman veya havaalanlarındaki biniş veya iniş ücreti, iniş vergileri gibi belirli hizmetler için alınan harçlar"dan; 2015/2302 sayılı AB Direktifi m.10/I, bent b'de, "turist vergileri, iniş vergileri veya limanlarda ve havaalanlarında biniş veya iniş ücretleri dahil olmak üzere, paketin gerçekleştirilmesinde doğrudan yer almayan üçüncü taraflarca sözleşmeye dahil edilen seyahat hizmetlerine uygulanan vergi veya ücretlerin seviyesindeki değişikliğin doğrudan bir sonucu olması"ndan; Alman Hukuku bakımından BGB § 651f/I'de, "turist vergisi, liman veya havaalanı ücretleri gibi kararlaştırılan seyahat hizmetlerine ilişkin vergi ve diğer harçlardaki artış"tan; İsviçre Hukuku bakımından PauRG m.7'de, "iniş ücretleri, limanlardaki biniş veya iniş ücretleri ve

havaalanlarındaki ilgili ücretler gibi belirli hizmetlere ilişkin ücretlerdeki bir artış”tan söz edilmiştir.

C. Tur Düzenleyicisinin Fiyatta Değişiklik Yapma Hakkının ve Bu Değişikliğin Hukukî Niteliği

Koşulları gerçekleştiği takdirde, tur düzenleyicisinin tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanabileceği bir hakkın varlığı söz konusudur. Hukukî ilişkinin kapsamında yaratacağı değişiklik sebebiyle, bu hak, değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmelidir²⁷. Tur düzenleyicisinin usulüne uygun şekilde yapacağı bildirimle bu hakkını kullanmasıyla, sözleşmenin fiyatında değişiklik tüketicinin sonradan ayrıca kabulüne bağlı olmaksızın gerçekleşecektir²⁸.

Tur düzenleyicisinin tek taraflı olarak yapacağı bu değişiklik, kanuni ya da yargısal bir uyarlama olarak nitelendirilemez. Çünkü sözleşmedeki değişiklik, kanuni uyarlamada bir kanun maddesine dayanmaktayken; yargısal uyarlamada bir mahkeme kararına dayanmaktadır. Burada geçerliliği ve sınırları kanun tarafından düzenlenmiş iradi bir uyarlamanın varlığından söz edilebilir. Çünkü burada olduğu gibi iradi uyarlama her iki tarafın ortak iradesiyle gerçekleşmektedir. Tur düzenleyicisinin sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifasından önce tek taraflı olarak bu şekilde bir değişiklik yapabilmesinin dayanağı aslında tüketici ile arasındaki sözleşme hükmüdür. Sözleşmede bu şekilde bir kayda yer verilmediği durumlarda bir fiyat değişikliğinden, yani iradi uyarlamadan söz edilemeyecektir. Bu ihtimalde tur düzenleyicisinin TBK m.138 çerçevesinde uyarlama talep edip edemeyeceği açıklanmalıdır. Aslında, tarafların böyle bir uyarlama kaydına yer vermeleri hâli uygulamada ender rastlanabilir bir durumdur. Böyle bir durumda,

²⁷ Doktrinde, PTSY m.9 kapsamında kalan ve usulüne uygun olarak yapılan bu değişikliği tüketicinin kabul etmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Çınar**, Ömer: “Madde 51/Çınar Şerhi”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, (Millî Şerh), s. 843; **Gözüküçük**, Hilal Nur: Paket Tur Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2021, (<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/73997/PAKET%20TUR%20S%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 22.09.2023), s. 70.

Ancak zaten yapılan değişiklik PTSY m.9’a uygunsuzsa, tüketicinin bu yönde bir kabul iradesini aramaya dahi gerek yoktur. Bu beyanın ya tur düzenleyici ya da aracısı tarafından tüketiciye mevzuata uygun şekilde açıklanmasıyla değişiklik gerçekleşecektir.

²⁸ Benzer yönde bkz. **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Tüketici Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 906, dn. 3417. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Geib**, § 651f, kn. 9.

tarafının uyarılama talep etmekten vazgeçmiş oldukları düşünülerek TBK m.138'in uygulanmayacağı sonucuna varılmamalıdır. Bu durumda, iradi uyarılama olmaz; ancak tur düzenleyicisi, TBK m.138 çerçevesinde (TKHK m.83 atfıyla), şartlar da gerçekleşmişse, yargısal uyarılama talep edebilir²⁹.

Doktrinde, PTSY m.9 kapsamında yapılan fiyat değişikliğini öğrenen tüketicinin, tur düzenleyicisinin kendisine benzer nitelikte başka bir paket tur önermesi hâlinde teklif edilen bu paket tura katılabileceği veya bu teklifi kabul etmediği takdirde sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir³⁰. Ancak kanaatimizce, tüketici, PTSY m.10 kapsamında yapılan değişiklikler bakımından bu haklara sahiptir, PTSY m.9'da bu yönde bir düzenleme bulunmadığından bu görüşe katılmak mümkün değildir³¹.

III. ESASLI NİTELİKTEKİ FİYAT DEĞİŞİKLİKLERİ

A. Esaslı Fiyat Değişikliğinin Kapsamı

Hukukumuzda, PTSY m.10'da “Sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik” başlığı altında esaslı fiyat değişikliklerini de içerecek şekilde şöyle bir düzenleme benimsenmiştir: “Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından paket turun başlamasından önce, katılımcıdan kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişiklikler ile 9 uncu maddede belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişikliği hariç diğer fiyat değişiklikleri esaslı sözleşme değişikliği olarak nitelendirilir.” Görüldüğü üzere, PTSY m.9'da belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişiklikleri haricindeki fiyat değişiklikleri esaslı sözleşme değişikliği olarak kabul edilmiştir. PTSY m.10 kapsamında nelerin esaslı sözleşme değişikliği sayılacağına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekeceken³²; esaslı sözleşme değişikliği niteliğindeki

²⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu m.365/II'nin (TBK m.480) kıyasen uygulanabileceği kabulüyle benzer yönde bkz. **Yurt**, s. 90. Farklı yönde bkz. **Arslan**, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s. 597. PTSY m.9'un TBK m.138 ve TBK m.480/II hükümlerinin bir görünümü olduğu yönünde bkz. **Şahin**, Turan: “Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2022, s. 76, dn. 35.

³⁰ **Kara**, İlhan: Tüketici Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 974; **Şahin**, s. 76.

³¹ Benzer yönde bkz. **Özlük**, Betül: “Pandeminin Paket Tur Sözleşmelerine Etkisi”, Pandeminin (Covid-19'un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi, (Ed. Çiğdem Kırca, F. Tülay Karakaş), Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 177, dn. 603.

³² Fiyat değişikliği dışında bir değişiklik için, nelerin esaslı sözleşme değişikliği olarak nitelendirileceğine ilişkin, hükümde “tura katılanlardan kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişiklikler” ifadesine yer verildiği için, bir yorum ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Çünkü ilgili mevzuatta sözleşme içeriğinde yapılan hangi değişikliğin önemli bir değişiklik sayılması gerektiği açıklanmamıştır. TKHK'nun

fiyat değişikliği bakımından bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Sadece, PTSY m.9 kapsamında belirtilen sebepler dışında yapılan bir fiyat değişikliğinin varlığı yeterlidir.

Bu noktada PTSY m.9'da belirtilen sebeplere dayanıp da %5'in üzerinde yapılmak istenen fiyat değişiklikleri de m.10 kapsamında düşünülebilir midir? Aslında yönetmelik hükmündeki ifadenin “9 uncu maddede belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişikliği hariç diğer fiyat değişiklikleri” olması karşısında, ifadenin lafızıyla bağlı kalındığında, fiyat değişikliğinin sebepleri bakımından bir dışlamanın olduğu sonucuna ulaşılabılır. Bunun anlamı, m.9'daki sebepler dışındaki bir sebeple yapılan bir fiyat değişikliğinin aranacak olmasıdır. Mesela tura yeni bir bölgenin eklenmesi, konaklanacak otelin değiştirilmesi gibi başka sebeplere bağlı olarak da fiyatta değişiklik yapılması söz konusu olabilir. Ancak, burada amaca uygun bir yorum yapıldığında ve AB Direktifleri ile diğer hukuk sistemlerindeki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, yapılan fiyat değişikliğinin m.9'da belirtilen sebeplerden birine dayansa da, %5'i aşan her türlü fiyat değişikliklerini m.10 kapsamından esaslı bir sözleşme değişikliği olarak saymak uygun olacaktır³³.

90/314 sayılı önceki AB Direktifi m.4/V'te, tur düzenleyicisinin, hareket tarihinden önce fiyat gibi esaslı şartlardan herhangi birini önemli ölçüde değiştirmek zorunda kalması hâlinde, tüketiciye ya herhangi bir ceza ödemeksizin sözleşmeden dönebileceğini ya da yapılan değişiklikleri kabul edebileceğini bildirerek; herhangi bir oransal sınırla bağlı kalmaksızın, bu değişikliği yapabileceği düzenlenmişti. 2015/2302 sayılı AB Direktifinde ise, esaslı olan değişiklikler için diğer değişiklikler ifadesi tercih edilmiş ve m.10/II'de, birinci fıkra kapsamındaki fiyat artışının paket turun toplam fiyatının %8'i aşması hâlinde, direktifin 11'inci maddesinin 2 ile 5'nci fıkrasının uygulanacağı kabul edilerek, sözü edilen oranın üzerindeki artışlar, diğer (esaslı) sözleşme değişikliği olarak kabul edilmiştir. İsviçre Huku-

51'inci maddesinin altıncı fıkrasının gerekçesinde ise nelerin esaslı sözleşme değişikliği olarak değerlendirileceğiyle ilgili olarak şu ifadeler yer vermiştir: “Özellikle gezi ile amaçlanan sonucun elde edilmesinin imkânsızlaştığı hâller her zaman için esaslı sözleşme değişikliği olarak kabul edilecektir. Buna karşılık tüketiciyi etkilemeyecek, küçük değişiklikler açısından (örneğin otobüs kalkış saatinin yarım saat ertelenmesi) tüketicinin herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.” Doktrinde, paket tur tarihinin değiştirilmesi, uçakla gidilecekken gemiyle gidilmesine karar verilesi hâllerinin bu kapsamda olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Ceylan**, Ebru: “Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2015, s. 86.

³³ **Sayın**, s. 196.

kunda PauRG m.8'de ise, tur fiyatının %10'unun üzerindeki bütün fiyat artışlarının esaslı sözleşme değişikliği olacağı açıkça ifade edilmiştir. Alman Hukukunda BGB § 651g/I'de de, BGB § 651f/I uyarınca sözleşmede saklı tutulan fiyat artışının tur fiyatının %8'ini aşması hâlinde esaslı sözleşme değişikliği nitelmesi yapılmaktadır.

B. Fiyatın Değiştirilebileceğine İlişkin Sözleşmede Bir Hükümün Varlığının Gerekmemesi

Hukukumuzda, tur düzenleyicisinin esaslı bir fiyat değişikliği yapabilmesi için, PTSY m.9'dan farklı olarak, sözleşmede buna ilişkin bir hükümün varlığı aranmamıştır.

İsviçre Hukukunda PauRG m.8'de de böyle bir şart öngörülmemiştir. Ancak buna rağmen, doktrinde, esaslı olmayan sözleşme değişiklikleri için PauRG m.7 kapsamında yapılacak değişikliklerde olduğu gibi, sözleşmede buna ilişkin açıkça bir kaydın ya da bir çekincenin olmasına gerek olmadığı³⁴; zaten böyle bir çekincenin ya da kaydın varlığı söz konusu olursa, öngörülemezlik özelliğinin bulunmayacağı ve bununla bağlantılı olarak bu kaydın, PauRG m.8'le bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre böyle bir çekinceye veya kayda yer verilirse, artık PauRG m.8 değil, İsviçre Borçlar Kanunu [Obligationenrecht (OR)] m.151 ve devamı hükümleri uygulanacaktır³⁵.

Alman Hukuk doktrininde, esaslı fiyat artışı düzenleyen BGB § 651g/I'de, “§ 651f/I uyarınca saklı tutulan fiyat artışının tur fiyatının %8'ini aşması hâlinde” ibaresi dolayısıyla, bu kapsamda yapılacak değişiklik için de değişiklik yapma hakkının sözleşmede saklı tutulmasının gerekli olduğu belirtilmiştir³⁶. Hatta bir görüş aynı ibareyi dikkate alarak, BGB § 651g'nin BGB § 651f'yi tamamladığını, § 651f'nin önemsiz (esaslı olmayan) fiyat değişikliklerini; § 651g'nin ise önemli (esaslı) fiyat değişikliklerini düzenlediğini belirtmiştir. Bu kapsamda %8'in üzerindeki fiyat değişiklikleri bakımından § 651f'deki gerekliliklerin yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hatırlanacağı üzere § 651f'deki gereklilikler, sözleşmede bir düzen-

³⁴ Zeiter/Schlumpf, Art. 8, kn. 6; Wiede, s. 853; Milivoje, kn. 174. Ancak bahsedilen son yazar, sözleşmede bu şekilde bir kayda yer verilecekse, bunun PauRG m.8 vd. hükümleri ile uyumlu olması gerektiğini de ifade etmiştir. Bkz. Milivoje, kn. 174.

³⁵ Wiede, s. 853. Sözü edilen OR m.151 vd. hükümler, sözleşmenin koşula bağlı yapılmasıyla ilgilidir. Anılan görüş açık bir şekilde bunu belirtmediği için, burada hangi açıdan koşul ile bağlantı kurulduğu tam olarak anlaşılamamaktadır.

³⁶ Staudinger, § 651g, kn. 2; Kern, kn. 3.

lemenin olması, bunun karşılığında tüketiciye fiyat indirimi talep hakkının tanınması, bir önceki hükümde belirtilen fiyat artışına neden olan durumlardan birinin gerçekleşmesi, sözleşmenin imzalanmasından sonra fiyat artışına neden olan olayın gerçekleşmesidir³⁷.

2015/2302 sayılı AB Direktifinde, esaslı olan değişiklikler için de m.10/II'deki atıf dolayısıyla, sözleşmede buna ilişkin bir kaydın varlığının arandığı söylenebilir. Kaldı ki, m.11/I'de, tur düzenleyicisinin, turun başlamasından önce m.10'a göre yapılan önemsiz fiyat değişiklikleri bakımından bile, bu hakkın sözleşmede saklı tutulması hâlinde (tüketicinin açıkça, anlaşılır şekilde ve özellikle bu hususlara işaret edilerek (vurgulanarak) kalıcı bir araçla bilgilendirmesi şartlarıyla) tek taraflı olarak yapabileceği belirtilmiştir³⁸.

Kanaatimizce PTSY m.10'daki düzenlemenin tekrar gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır. Nasıl ki biraz önce anılan düzenlemelerde, esaslı olmayan fiyat değişikliğiyle ilgili kurala atıf yapılarak, esaslı fiyat değişiklikleri bakımından da aynı gereklilik aranmışsa, bizde de en azından daha açık bir ifadeyle PTSY m.9 ile bağlantı kurularak bu gereklilik aranmalıdır. Ayrıca, genel hükümlere göre bir sözleşme değişikliği yapılmak istendiğinde, iki taraf iradelerinin bunun için uyuşması aranırken, tüketiciler açısından bu kuraldan ayrı bir durum yaratılması için hiçbir haklı sebep bulunmamaktadır. Kaldı ki evleviyet kuralı da, esaslı olmayan fiyat değişikliğinde yani daha düşük artışlar (%5'e kadar) için sözleşmesel bir kaydın bulunması gerekliliğinin esaslı olan fiyat değişikliğinde yani daha yüksek artışlar (%5'ten fazla) için de geçerli olması sonucunu destekler.

C. Tur Düzenleyicisinin Fiyat Değişikliği Beyanı

1. Beyanın Hukukî Niteliği

Hukukumuz bakımından hem PTSY hem de TKHK hükmü kapsamındaki ifadeler, tur düzenleyicisinin esaslı sözleşme değişikliği yapma konusunda bir serbesti içinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Şöyle ki, kanunda "*paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi*"nden; yönetmelikte "*tur düzenleyicisi veya aracısının, esaslı sözleşme değişikliklerini*

³⁷ Geib, § 651g, kn. 2.

³⁸ Alman Hukuku bakımından da, BGB § 651f/II'de tur fiyatı dışındaki sözleşme koşullarının tur düzenleyici tarafından, ancak sözleşmede öngörülmesi ve değişikliğin önemsiz olması hâlinde ve değişiklik hakkında tüketicinin açıkça, anlaşılır şekilde ve özellikle bu hususlara işaret edilerek (vurgulanarak) kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirmesi koşuluyla değiştirilebileceği belirtilmiştir.

ve bunun fiyat üzerindeki etkilerini katılımcıya derhâl bildirmesinin zorunlu olduğundan” söz edilmesi bu şekilde bir izlenime sebebiyet vermektedir. Aslında kanun koyucunun amaçladığı sonucun bu olmadığı ifade edilmelidir, zira böyle bir izlenim, tüketicinin korunması ilkesiyle uyuşmamaktadır. Zaten PTSY m.9’da tur düzenleyicisine tek taraflı olarak fiyatta değişiklik hakkı tanıyan kanun koyucunun, m.10’da da aynı sonucu doğurur şekilde, hatta bir bakıma daha ağır bir sonuca (esaslı nitelikteki bir fiyat değişikliğine) daha kolay ulaşmasını sağlayan bir hükmü kabul etmesi, bu bakımından yerinde olmayacaktır.

Bu kapsamda ayrıca, PTSY m.10 çerçevesinde yapılan fiyat değişikliği hâlinde, tüketicinin sadece seçimlik haklarla kısıtlanması şeklinde bir yoruma gitmek de doğru olmaz. Şöyle ki, kanun, “Sözleşmenin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi hâlinde katılımcı, bu değişikliği kabul edebileceği gibi, yapılan değişikliği kabul etmediğini paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek koşuluyla aşağıdaki seçimlik haklardan birisini kullanabilir” demiştir. Bu değişikliği kabul etmeyen tüketicinin tek seçeneği bu seçimlik haklardan birini kullanmak olsaydı, kanun koyucu “kullanabilir” ifadesi yerine “kullanmak zorundadır” ifadesine yer verirdi. Aksi durumda, tüketicinin tek korunduğu nokta, hayalini kurduğu turdan başka turlara yönelmesi ya da hayalini kurduğu turdan vazgeçmesi şeklindeki seçimlik hakları ona tanımak olurdu. Bu ise, tur düzenleyicisinin, sözleşme konusu turu istemediği fiyat üzerinden sunmaktan kurtulması anlamına gelirdi. Tüketici bu doğrultuda değişikliği kabul etmeme seçeneğine sahip olmazdı. Kanaatimizce hükmün bu şekilde anlaşılması tüketicinin korunmasına hizmet etmeyecektir. Gerçekten, uygulamada, edimini çok önceden ifa eden tüketicinin, enflasyonist ekonomik koşullarında, sözleşmeden dönme hakkını kullanması ne yazık ki onun lehine sonuç doğurmaz. Bu gerçek ve tur düzenleyicilerinin, tüketicilerin diğer seçimlik haklarını kullanmaması yönündeki çabaları göz önünde tutulduğunda, hükmün ilk şekildeki yorumu, tüketiciyi korumaktan ziyade tur düzenleyicilerine can simidi sağlamak olacaktır.

Bize göre tüketici, paket tur sözleşmesi çerçevesinde mevcut fiyat üzerinden turun ifasını talep etme imkânına da sahip olmalıdır, hükmün içeriğinde bunu engelleyici bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla tüketici, tur düzenleyicisinin kendisine sunduğu fiyat değişikliğini içeren beyanı kabul etmek veya etmemek hakkına sahiptir. Tüketicinin bu hakkı ilerleyen başlıkta ayrıntılı şekilde ele alınacaktır³⁹. Şimdilik bu hakkın varlığına, tur

³⁹ Bkz. III.D. başlığı altındaki açıklamalarımız.

düzenleyicisinin beyanının hukukî niteliğini açıklayabilmek adına kısaca değinmekle yetiniyoruz.

Tur düzenleyicisinin tüketicinin sözü edilen hakkı karşısında bu beyanı, aslında yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde sayılamaz. Çünkü bu beyanın bildirilmesi ile hukukî sonuç, tüketici açısından doğrudan doğmamaktadır. Bu bağlamda bu beyan, *sözleşme değişikliği konusunda bir öneri* niteliğinde sayılmalıdır. Böylece bu beyan muhatabın kabulüyle hüküm ifade edebilir. Tüketici seçimlik haklarını kullanmaz ve değişikliği de kabul etmezse, sözleşme değişikliği gerçekleşmez. Ancak tüketici kendisine tanınan seçimlik haklardan birisini kullanmayı tercih ederse, buna göre sözleşmeden döndüğünde aralarındaki sözleşmenin sona ermesinden; başka bir turu kabulünde ise sözleşmenin değiştirilmesinden söz etmek gerekecektir.

90/314 sayılı önceki AB direktifi m.4/V'deki "*tur düzenleyicisi hareket tarihinden önce fiyat gibi esaslı şartlardan herhangi birini önemli ölçüde değiştirmek zorunda kalırsa, ya herhangi bir ceza ödemeksizin sözleşmeden dönme ya da yapılan değişiklikleri ve fiyat üzerindeki etkilerini belirten sözleşme değişikliklerini kabul etme hususunda uygun kararları alabilmesini sağlamak amacıyla tüketiciyi mümkün olan en kısa süre içinde bilgilendirecektir*" hükmüne ve götüren İsviçre Hukuku'nda PauRG m.9'daki düzenlemeye (tur düzenleyicisinin mümkün olan en kısa sürede esaslı değişikliği tüketiciye bildirmesi gerektiğiyle ilgili) bakıldığında; PTSY m.10'a nazaran daha kesin ifadeler kullanıldığı görülür. Buna göre tur düzenleyicisinin esaslı sözleşme değişikliğini tek taraflı olarak gerçekleştireceği, tüketicinin bu değişikliği kabul etme ya da sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu rahatlıkla kabul edilebilir. Ancak PTSY m.10'da daha önce de belirtildiği üzere, kullanılan muğlak ifadeler, savunduğumuz görüşü destekler niteliktedir.

2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/II'de ve Alman Hukukunda BGB § 651g/I'de savunduğumuz görüşle uyumlu şekilde teklif ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Şöyle ki, tur düzenleyicisi, paket turun başlamasından önce, m.10/II uyarınca paket turun fiyatını %8'den fazla şekilde artırmayı *teklif ederse*, tüketici, tur düzenleyicisi tarafından belirlenen makul bir süre içinde teklif edilen değişikliği *kabul edebilir* ya da herhangi bir dönme tazminatı ödemeksizin *sözleşmeden dönebilir*. Kullanılan ifadeler daha isabetli olsa da bu düzenleme için de tüketicinin değişikliği kabul etmeyip mevcut fiyat üzerinden turun ifası talebinde ısrarlı bir tutum içinde olması ihtimali açıkça belirtilmiş değildir.

Bununla birlikte Alman doktrininde düzenlemede her ne kadar tekliften söz edilse de, bu teklifin reddi imkanının tüketiciye sağlanmadığı, bu kapsamda mevcut hâliyle sözleşmeyle bağlı kalma gibi bir imkânının olmadığı savunulmaktadır. Buna göre tüketici ya değişikliği kabul edecek, ya sözleşmeden dönecek ya da tur düzenleyicisi tarafından teklif edildiyse alternatif bir tura katılmayı tercih edecektir⁴⁰.

Belirtilmelidir ki, AB Direktifi ve Alman Hukukunda anılan düzenlemelerde, PTSY m.10'dan farklı olarak, esaslı olmayan fiyat değişiklikleriyle ilgili bir önceki hükümlerle bağlantı kurularak, esaslı fiyat değişiklikleri için de önceden sözleşmede açık bir kayda yer verilmesi aranmaktadır. Bu sebeple, tüketicinin sadece seçimlik haklara sahip olduğunu benimseyen bu yorum; tüketici açısından lehe sonuçlar doğuracaktır. Oysa ki hukukumuzda PTSY m.10'da böyle bir bağlantı kurulmadığından, başka bir deyişle sözleşmede saklı tutma şartı aranmadığından, tüketicinin sadece seçimlik haklara sahip olduğunu kabul etmek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Kaldı ki tekraren hatırlatmak gerekirse, kanundaki ve yönetmelikteki ifadelerden ("*isteyebilir*" şeklindedir), tüketicinin seçimlik haklar dışında mevcut fiyat üzerinden turun ifasını da isteyebilmesi sonucuna ulaşmakta bir sakınca bulunmamaktadır.

2. Beyanın Kapsamı

Hukukumuz bakımından PTSY m.10/II'de, paket tur düzenleyicisi veya aracısının, esaslı sözleşme değişikliklerini ve bunun fiyat üzerindeki etkilerini tüketiciye derhâl bildirmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/III'de de bu beyanın kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre, tur düzenleyicisi, tüketiciyi gecikmeksizin ikinci fıkraya göre teklif edilen değişiklikler, paket turun fiyatı üzerine etkileri; tüketicinin ikinci fıkra uyarınca kararını bildirmesi gerektiği makul süre; tüketicinin bu makul süre içinde tur düzenleyicisine yanıt vermemesi durumunda yürürlükteki ulusal hukuka uygun olarak doğuracağı sonuçlar ve ikame paket tur teklif edilmişse, o tur ve fiyatı hakkında açıkça, anlaşılır şekilde ve özellikle bu hususlara işaret edilerek (vurgulanarak) kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirecektir⁴¹.

⁴⁰ Geib, § 651g, kn. 9.

⁴¹ 90/314 sayılı önceki AB direktifi m.4/V'te de tur düzenleyicisinin, hareket tarihinden önce fiyat gibi esaslı şartlardan herhangi birini önemli ölçüde değiştirmek zorunda kalırsa, ya herhangi bir ceza ödemeksizin sözleşmeden dönme ya da yapılan değişiklikleri ve fiyat üzerindeki etkilerini belirten sözleşme değişikliklerini kabul etme hususunda uygun kararları alabilmesini sağlamak amacıyla tüketiciyi mümkün olan en kısa süre içinde bilgilendireceği belirtilmiştir.

Alman Hukukunda, BGB § 651g/II'nin yaptığı atıf uyarınca Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu [*Das Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB)*] m.250, § 10'da tur düzenleyicisinin beyanının kapsamında nelerin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmede önerilen değişiklik; bunun nedenleri ve tatilin fiyatında bir artış olması durumunda, bunun hesaplanması; sözleşmede başka bir değişiklik olması durumunda, bu değişikliğin BGB § 651g/III, cümle 2 uyarınca tatilin fiyatı üzerindeki etkileri; tüketicinin tazminat ödemediği sözleşmeden dönebileceği veya sözleşmeyi değiştirme teklifini kabul edebileceği süre; sözleşmeyi değiştirme teklifinin, tüketicinin süresi içinde kabul ettiğini beyan etmemesi hâlinde kabul edilmiş sayılacağı gerçeği; varsa ikame olarak sunulan paket tur ve tur fiyatı bu bildirimde yer alacaktır. Alman Hukukunda bir görüş, bu bildirim her ne kadar kanun koyucu tarafından destekleyici bir önlem olarak görülmüş olsa da bunun, değişikliğin gerçekleşmesi için gerekli bir ön koşul olduğunu; kanun bunu açıkça öngörmemiş olmasa da, onun sistematik bağlamından olması gereken bir sonuç olduğunu ifade etmiştir⁴².

3. Beyanın Derhâl Bildirilmesi

Hukukumuz bakımından, PTSY m.10/II'de, bu beyanın derhâl tüketiciye bildirilmesi gerekliliğinden söz edilmektedir. Ancak “*derhâl*”den ne anlaşılması gerektiği yoruma açık bir konudur.

Hem 90/314 sayılı önceki AB direktifi hem 2015/2302 sayılı AB direktifi hem de İsviçre Hukukunda PauRG hükmünde “*mümkün olan en kısa süre içinde*” ifadesine yer verilmesi sebebiyle benzer bir düzenlemenin bulunduğu söylenebilir. Bu benzerlik sebebiyle İsviçre doktrininde bu hususta ifade edilen görüşler önem arz etmektedir. İsviçre Hukukunda bir görüş, bu bildirim yolculuğun başlangıcına kadar yapılabileceği, ancak tüketicinin PauRG m.10'da belirtilen haklar çerçevesinde kendisini savunabilecek bir zamanının bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁴³. Başka bir görüş de bu bildirim her hâlükârda yolculuk başlamadan önce ancak tüketicinin PauRG m.10'da kendisine tanınan hakları acele etmeden kullanabileceği kadar önce yapılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁴. İsviçre doktrininde PauRG m.7 kapsamında daha sınırlı hâller bakımından uygulama alanı bulacak fiyat değişikliği için 22 günlük bir sürenin öngörülmüş olmasına rağmen, daha

⁴² Geib, § 651g, kn. 7.

⁴³ Zeiter/Schlumpf, Art. 9, kn. 1.

⁴⁴ Wiede, s. 858.

önemli değişiklikler bakımından bu şekilde bir sürenin benimsenmemiş olması, tüketicinin korunması gerekliliği karşısında eleştirilmekte, m.8 ve devamında yapılan değişiklikler bakımından da daha uzun veya en azından aynı 22 günlük sürenin uygulanmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir⁴⁵.

İsviçre doktrininde haklı olarak belirtildiği gibi, daha hafif bir fiyat değişikliği hâli için, tüketiciye belli düşünme süresi tanınmışken, daha ağır fiyat değişiklikleri karşısında hiçbir süreden bahsedilmemesi eksiklik olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple kanaatimizce, fiyat değişikliğine yol açan durum ortaya çıkınca derhâl ancak en geç PTSY m.9'da olduğu gibi; turun başlamasından 20 gün öncesine kadar bu beyanın bildirimini gerçekleştirmelidir. Nitekim 2015/2302 sayılı AB direktifinde “*gecikmesizin*” bu bildirim yapılacağı belirtilmiş olsa da, Alman Hukuku bakımından BGB § 651g/I'de, fiyat artışı teklifinin “*turun başlamasından en geç yirmi gün önce*” yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁶. Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda, esaslı olmayan fiyat değişiklikleriyle ilgili hükümdeki süre ile aynı süre kabul edilmiştir.

4. Beyanın Şekli

Hukukumuz bakımından değişiklik beyanının hangi şekilde bildirileceğine ilişkin PTSY m.10'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak TKHK m.4/I'de, “*Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir.*” hükmü çerçevesinde bir sonuca ulaşılabilir. Bu doğrultuda söz konusu bilgilendirmenin, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye yapılmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılacaktır⁴⁷.

⁴⁵ Wiede, s. 861.

⁴⁶ BGB § 651g/II'nin yaptığı atıf uyarınca EGBGB m.250, § 10'da bu beyanın her ne kadar gecikmeksizin yapılacağı belirtilmiş olsa da, BGB § 651g/I'de fiyat artışları bakımından özel bir süre öngörüldüğü için, (fiyat artışı teklifinin turun başlamasından en geç yirmi gün önce yapılması gerektiği belirtildiği için) bu süre sınırına uyulması gerektir.

⁴⁷ Eğer TKHK m.4/I olmasaydı da aynı sonuca ulaşmak mümkün olacaktı. Şöyle ki, TKHK m.83 atfıyla TBK m.13 hükmü uygulanabilirdi. Bu hükme göre, “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.*” Dolayısıyla TBK m.13'e göre, tur düzenleyicisinin esaslı sözleşme değişikliği beyanı

İsviçre doktrininde bir görüş ise, buradaki bildirim sözlü veya yazılı şekilde olabileceğini belirtmiştir⁴⁸.

90/314 sayılı önceki AB direktifinin aksine 2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/III'de bu beyanın hangi şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre tur düzenleyicisi bu beyanını kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açıklamalıdır.

Alman Hukuku'nda ise, BGB § 651g'de bu hususta bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak BGB § 651g/II, cümle 2'de tur düzenleyicisinin, EGBGB m.250, § 10 uyarınca tüketiciyi bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükme göre, tur düzenleyicisinin, BGB § 651g çerçevesinde yapacağı fiyat değişikliğinde; değişikliğin nedenini öğrendikten sonra gecikmeksizin tüketiciyi açıkça, anlaşılır şekilde ve özellikle bu hususlara işaret edilerek (vurgulanarak) kalıcı veri saklayıcısıyla bilgilendirmesi gerekecektir.

D. Tüketicinin Fiyat Değişikliğini Kabul Etmesi veya Etmemesi

1. Genel Olarak

PTSY m.10 çerçevesinde tur düzenleyicisinin esaslı fiyat artışı önerisi karşısında tüketici, bu değişikliği kabul edip etmemek bakımından bir serbesti içinde sayılmalıdır. Buna göre tüketici, sözleşme değişikliğini kabul ederse, sözleşme değişikliğe uğramış olacak⁴⁹ ve tur yeni artışlı fiyat üzerinden ifa edilecektir. Buradaki kabul, sözlü olarak ya da iradeyi gösteren davranışla açıklanabilir⁵⁰.

görüştümüze göre hukuken öneri niteliği taşıdığından, değişiklik önerisinin şekli de asıl sözleşmenin şekline uygun yapılmak gerekecekti. TKHK m.51 ile PTSY m.8 hükümleri çerçevesinde, paket tur sözleşmesi en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmeli ve bunların bir örneği kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmelidir. Sözleşme değişikliği sayılan esaslı fiyat değişikliği önerisinin de aynı şekle uyularak yapılması gerekecekti.

⁴⁸ **Zeiter/Schlumpf**, Art. 9, kn. 2. Yazılı bir paket tur sözleşmesinin varlığı hâlinde, değişikliğin bildirilmesinin bir e-posta aracılığıyla yapılmasının yeterli olacağı yönünde bkz. **Wiede**, s. 857.

⁴⁹ Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Geib**, § 651g, kn. 10. İsviçre Hukukunda bir görüş, tüketicinin bu değişikliği kabul etmesi hâlinde, OR m.116 (borcun yenilenmesi) uyarınca yeni bir paket tur sözleşmesinin kurulacağını ifade etmiştir. Bkz. **Wiede**, s. 862.

⁵⁰ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Zeiter/Schlumpf**, Art. 10, kn. 2; **Wiede**, s. 865. Örneğin İsviçre doktrininde, tüketicinin herhangi bir açıklamada bulunmayıp, rıza olarak yorumlanabilecek eylemlerde bulunması, değiştirilmiş hâliyle tura katılması hâlinde bunun zımnî rıza olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Wiede**, s. 865.

Tüketici söz konusu değişikliği kabul etmemekle birlikte, seçimlik haklarından birini kullanırsa ve bu seçimlik haklar başka bir tura katılma şeklinde olursa yine bir sözleşme değişikliği gerçekleşecektir⁵¹. Tüketici, sözleşmeden dönme şeklindeki seçimlik hakkı tercih ederse, sözleşme sona erecektir. Tüketici seçimlik haklarından birini kullanmak istediğinde, bu değişikliğin reddi beyanını mutlaka yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile paket tur düzenleyicisi veya aracısına bildirmek zorundadır. Tüketicinin seçimlik hakları kullanması ayrıca ve özel olarak aşağıda incelenecektir⁵².

Tüketici bu serbesti içinde, isterse sözleşme değişikliğini kabul etmemek ve seçimlik haklarını da kullanmamak yönünde bir tavır da sergileyebilir. Bu durumda tüketicinin sessiz kalması, değişikliği kabul etmediği, tur hizmetinin mevcut tur fiyatıyla ifa edilmesinde ısrar etmesi, başka bir deyişle sözleşmenin orijinal içeriğiyle bağlı kaldığı şeklinde yorumlanmalıdır⁵³. Elbette tüketici bu ısrarını açıkça da beyan edebilir. Bu ihtimallerde tüketici PTSY m.10'da bahsedilen seçimlik hakları kullanmaya zorlanamaz. Tüketici bu ihtimalde tur düzenleyicisine herhangi bir bildirimde bulunmakla yükümlü değildir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kanun ve yönetmeliğin “*isteyebilir*” şeklindeki ifade tarzından anlaşılacağı üzere, değişikliği kabul etmeyen tüketiciye birtakım seçimlik haklar tanınmıştır. Ancak kanaatimizce bu düzenlemeden değişikliği kabul etmeyen tüketicinin bu hakları kullanmak zorunda olduğu şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır⁵⁴. Kanun ve yönetmelik hükümleri, tüketiciyi korumayı amaçlayarak, özel bir düzenleme getirerek

Ancak kanaatimizce verilen örnek yerinde değildir. Tüketici sözleşmenin orijinal içeriğiyle bağlı kalmak niyetiyle tura katılmış olması da ihtimal dahilinde olabilir. Burada zımnî rızayı ancak, değişikliğin kabulünü sözlü olarak ifade etmese de belirtilen hesap numarasına fiyat farkını yatırması şeklinde örneklendirmek daha yerinde olacaktır.

⁵¹ Alman Hukukunda, ikame paket turun kabul edilmesiyle yeni bir sözleşmenin oluşacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Kern**, kn. 3.

⁵² Bkz. III.E. başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁵³ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Frank**, Art. 8-10, kn. 32; **Wiede**, s. 865. Tüketicinin sessiz kalmasının kabul olarak yorumlanmaması gerektiğini, OR art.6'nın paket tur sözleşmesinde tüketici için geçerli olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Wiede**, s. 846.

⁵⁴ 4077 sayılı TKHK ve önceki Paket Tur Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde benzer eleştiri için bkz. **Öksüz**, Ömer: “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, 2006, s. 345. Buna karşılık öğretide aksi yorumla, tüketicinin sadece; değişikliği ya da alternatif turu kabul edebileceği veya sözleşmeden dönebileceği yönünde bkz. **Özel**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 256; **Kara**, s. 976-977. İsviçre Hukukunda benzer yönde bkz. **Roberto**, s. 15; **Zeiter/Schlumpf**, Art. 10, kn. 1, 2; **Donauer/Möri**, s. 343.

tüketicieye birtakım seçimlik haklar getirmiştir. Yoksa değişikliği kabul etmeyen tüketiciyi bu hakları kullanmak zorunda bırakmamıştır. Nasıl ki TBK hükümleri çerçevesinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçlu karşısında alacaklı, kendisine tanınan seçimlik haklar yanında, her zaman borcun aynen ifasını ve gecikme nedeniyle zararını talep etme hakkına sahipse⁵⁵, aynı düşünce tarzı burada da benimsenmelidir. Aslında fiyat değişikliği, tur düzenleyicisinin ediminde değil, tüketicinin karşı ediminde bir değişikliktir. Bu sebeple borçlu temerrüdündeki aynen ifa örneği, tam olarak konumuzla örtüşmemektedir. Ancak burada bağlantı kurulmak istenen husus, kanun koyucunun seçimlik hak tanıma yoluyla, hak sahibine sadece bu haklarla yetinmek zorunda bırakmama iradesini emsal almaktır. Bundan başka, ahde vefa ilkesi de, değişikliğin gerçekleşmesini istemeyen tüketicinin bu iradesine saygı duyulmasını gerektirir. Yine de kanun koyucunun tercihi, tur düzenleyicisinin menfaatlerini gözetmekse, metinde buna uygun ifadelerin (mesela zorundadır gibi) kullanılması uygun olurdu. Son olarak, PTSY m.10'da, Direktif ve Alman Hukuku'ndan farklı olarak, tur düzenleyicisinin bu şekilde bir değişiklik yapabileceğine ilişkin paket tur sözleşmesinde açık ve anlaşılır bir düzenlemeye yer verilmesi şart olarak aranmamaktadır. Bu durumda tüketicinin, böyle bir değişiklik girişimi karşısında korunma ihtiyacının daha fazla olacağı açık olup, böylece varmış olduğumuz sonuç, tüketici lehine ve kanunun lafzına, ruhuna ve amacına uygundur.

2. Tüketicinin Değişikliği Kabul Ettiğini veya Kabul Etmeyip de Seçimlik Hakları Kullandığını Tur Düzenleyicisine Bildirmesi

Hukukumuzda PTSY m.10'da tüketicinin değişikliği kabul etmesine ilişkin belli bir şekil veya süre belirtilmemiş, ancak tüketicinin değişikliği kabul etmeyip de seçim haklarını kullanmak istemesi durumunda, bu beyanını paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi gerektiği belirtilmiş ancak süre konusunda bir kural getirilmemiştir. Tüketici, her iki durum için süre belirtilmemiş olsa da, bunu dürüstlük kuralı çerçevesinde makul süre içinde kararını bildirmelidir, aksi

⁵⁵ **Serozan**, Rona: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, § 17, kn.6, 14; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, kn. 3434, 3445, 3469, 3486, 3489; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 297, kn. 75, s. 300, kn. 84; **Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 441, kn. 197.

takdirde seçimlik hakların kullanılmak istenmediği ve değişikliğin reddedildiği sonucuna varmak gerekir.

90/314 sayılı önceki AB direktifi m.4/V'te, tüketicinin kararını “*mümkün olan en kısa süre içinde*” tur düzenleyicisine veya aracısına bildireceği düzenlenmişti. İsviçre Hukukunda ise değişikliği kabul etmeyen tüketicinin tur düzenleyicisine ya da aracısına mümkün olan en kısa süre içinde dönme bildiriminde bulunması gerektiği düzenlenmiştir (PauRG m.10)⁵⁶. İsviçre Federal Meclis Komisyonunun gerekçesine göre, uygulamanın ihtiyaçları ve tarafların çıkarları göz önünde bulundurulduğunda, tüketicinin sessiz kalması hâlinde, yani değişikliği kabul ettiğini açıkça bildirmeyip ve kendisine tanınan dönme hakkını da kullanmadığı ihtimalde, değişikliği kabul ettiğine yönelik rıza gösterdiğinin kabul edileceği ifade edilmiştir⁵⁷.

2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/II'de tur düzenleyicisinin tüketiciye yapacağı değişiklik bildiriminde, tüketicinin ikinci fıkra uyarınca tur düzenleyicisine kararını bildirmesi gerektiği makul sürenin ve tüketicinin bu makul süre içinde tur düzenleyicisine yanıt vermemesi durumunda yürürlükteki ulusal hukuka uygun olarak doğuracağı sonuçların yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüketicinin tur düzenleyicisi tarafından belirlenen makul süre içinde yanıt vermemesinin hukukî sonucu, 2015/2302 sayılı AB direktifinin yaptığı iç hukuk atfının gereği, Alman Hukukunda BGB § 651g/II'de açık şekilde düzenlenmiştir. BGB § 651g/II'ye göre, tüketiciye haklarını kullanması için tur düzenleyicisi tarafından verilen makul sürenin⁵⁸ sona ermesinden sonra, tur düzenleyicisi tarafından belirtilen fiyat artırma

⁵⁶ Tur düzenleyicinin m.8 kapsamında yapacağı sözleşme değişikliği için tanınan bildirim süresinden biraz daha uzun bir süre tanınması gerektiği, on günlük bildirim süresinin çok uzun olduğu, tüketicinin araştırma yapması için üç ile dört günün yeterli olacağı yönünde bkz. **Wiede**, s. 863.

⁵⁷ Bkz. BBI 1993 I 888, (https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/1_805_757_609/de, Erişim Tarihi: 21.09.2023). Ancak bu varsayımın kanunda kesinlikle olmadığı yönünde eleştiri için bkz. **Roberto**, s. 15, dn 65. Ayrıca böyle bir kabulün kanunun ruhuna ve tüketicinin korunması ilkesine de aykırı düşeceği yönünde eleştiri için bkz. **Wiede**, s. 864.

⁵⁸ Alman doktrininde, makul sürenin tüketicinin konuyu incelemek ve değerlendirmek için yeterli zamana sahip olacağı şekilde belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Staudinger**, § 651g, kn. 3. Başka bir görüş de kural olarak bu sürenin yedi günden az olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. **Tonner**, § 651g, kn. 5. Bir başka görüş de tüketicinin alternatifleri incelemek ve bir karar vermek için yeterli zamanı varsa makullüğün sağlanacağını; tüketicinin değişikliği reddettikten sonra yararlanabileceği diğer sağlayıcılar tarafından sunulan karşılaştırılabilir turları görme fırsatına sahip olması gerektiği hâlde de makullüğün sağlanmış olacağını; bu kapsamda kural olarak en az bir haftalık sürenin uygun olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Geib**, § 651g, kn. 8.

veya sözleşmeyi başka bir şekilde değiştirme teklifi kabul edilmiş sayılır⁵⁹. Görüleceği üzere Alman Hukukunda değişiklik teklifi karşısında susma kabul olarak sonuç doğurmaktadır. Hâlbuki BGB § 151'e göre işlem hayatındaki teamüllere göre açık bir kabulün beklenmediği veya öneride bulunanın böyle bir kabulü beklemekten baştan vazgeçtiği durumlarda, açık bir kabul aranmaksızın sözleşmenin kurulacağı belirtilmiştir. Bu hükümden hareketle susmanın kural olarak kabul anlamına gelmeyeceği belirtilmelidir. Ancak BGB § 651g'de bunun istisnası düzenlenmiştir. Bu düzenleme ilk bakışta tüketici aleyhine görünse de ilgili hükümde tur düzenleyicisinin değişiklik yapma hakkının sözleşmede saklı tutulması gerektiği de belirtildiğinden, sonuç itibarıyla tüketici aleyhine bir durum doğmamaktadır.

Tekraren vurgulamakta önem görüyoruz ki, hukukumuzdaki düzenlemeler çerçevesinde aynı sonuca varmak mümkün değildir. Nitekim TBK m.6'daki "*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*" hükmünün zıt anlamından çıkacak bir yorumla, susma kabul olarak yorumlanmamaktadır. Alman Hukukunda olduğu gibi, kanunda (ne PTSY'de ne de TKHK'da) buna ilişkin istisnai bir hüküm bulunmamaktadır.

E. Fiyat Değişikliğini Kabul Etmeyen Tüketicinin Seçimlik Haklarını Kullanması

Tüketicinin fiyat değişikliğini kabul etmeyip de seçimlik haklarını kullanmak istemesi ihtimalinde, bu hakların neler olduğu ve nasıl kullanılacağı konuları özel öneme sahip olduğundan, bu başlık altında bunlara değinilmesi yararlı olacaktır.

Hukukumuz bakımından, fiyat değişikliğini kabul etmeyen tüketicinin kullanabileceği seçimlik haklar PTSY m.10/III'de şu şekilde belirtilmiştir:

- Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan, eşit veya daha yüksek değerinde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma,

⁵⁹ Alman doktrininde, buradaki kabul etmiş sayılmanın sadece yapılan fiyat değişikliği veya sözleşmenin başka şekilde değiştirilmesi bakımından olacağı; teklif edilen ikame tur bakımından kabulün ancak açık bir şekilde beyan edilmesiyle mümkün olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Führich**, Ernst: "Das neue Pauschalreiserecht Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302 in deutsches Recht", Neue Juristische Wochenschrift, Sayı 4, 2017, (<https://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffnjw%2F2017%2Fcont%2Ffnjw.2017.2945.1.htm&pos=1&hlwords=on>, Erişim Tarihi: 01.09.2023), s. 2948. Benzer yönde bkz. **Kappus**, kn. 29; **Geib**, § 651g, kn. 13.

- Fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma,

- Herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme.

TKHK'da ise seçimlik haklar şu şekilde düzenlenmiştir: “Tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi veya turun başlamadan önce iptal edilmesi hâllerinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir” (m.51/VI).

Görüleceği üzere, TKHK açıkça, paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif turun kabulünden ve sözleşmeden dönme hakkında; PTSY ise, paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeden katılmadan, fiyat farkının tüketiciye iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir tura katılmadan ve herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönmeden söz etmiştir. PTSY, TKHK'ya göre “fiyat farkının tüketiciye iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir tura katılma” şeklinde ek bir seçimlik hak getirmiş; TKHK'daki “alternatif tur” ifadesinin yerine “eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tur” ifadesini kullanmıştır. Bu farklılığın sebebi, TKHK m.52/X hükmünde yönetmeliğe atıf yapılmış olmasıdır. Şöyle ki TKHK m.52/X'da, sözleşmede değişiklik yapılmasının koşulları ve bu hâllerde tüketicinin haklarının yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla PTSY hükümleri konuyla ilgili daha ayrıntılı kurallar getirmektedir. Buna göre değişikliği kabul etmeyen ve seçimlik haklarını kullanmak isteyen tüketicinin üç tane seçimlik hakkının bulunduğu ve eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket turun alternatif tur kapsamında olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

90/314 sayılı önceki AB direktifi m.4/V-VI'da, tüketicinin, herhangi bir ceza ödemeksizin sözleşmeden dönme veya yapılan değişiklikleri ve fiyat üzerindeki etkilerini belirten sözleşme değişikliklerini kabul etme şeklinde iki temel seçimlik hakkı bulunmaktaydı. Sözleşmeden dönme hâlinde, tüketicinin, sözleşmeye göre ödemiş olduğu tüm meblağları mümkün olan en kısa sürede geri alma hakkına sahip olduğu gibi, tur düzenleyicisinin veya aracısının sunabildiği durumlarda eşit veya daha yüksek kalitede ikame bir paket tur alma (teklif edilen paket tur daha düşük kalitede olursa, aradaki fiyat farkını iade alarak bu turu kabul etme) hakkına da sahipti. İkame turla ilgili seçimlik hakkın dönme hakkıyla birlikte ele alınması, dönmeye sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmasına karşın ikame turun sözleş-

menin devamına yönelik bir değişiklik olması karşısında, kanaatimizce bir-biriyle bağdaşan bir çözüm değildi.

İsviçre’de PauRG m.10’da, bu direktifle benzer şekilde, tüketicinin değişikliği kabul etme veya sözleşmeden dönme şeklinde temelde iki hakkının olduğu; sözleşmeden dönen tüketicinin ise eş değer ikame bir tura katılım, fiyat farkının kendisine iadesi ile birlikte daha düşük bir tura katılım ve hâlihazırda yapmış olduğu tüm ödemelerin iadesi taleplerinden birini isteyebileceği belirtilmiştir.

2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/II’de de tüketicinin, teklif edilen değişikliği kabul edebileceği ya da herhangi bir ücret ödemeksizin sözleşmeden dönebileceği; sözleşmeden dönme ihtimalinde, tur düzenleyicisinin kendisine teklif etmesi kaydıyla, mümkün olduğunca eşit ya da daha yüksek bir özellikte (kalitede) ikame bir paket turu kabul edebileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere İsviçre Hukukundaki ve AB Direktifindeki düzenlemelerde, ikame turun talep edilmesinin, dönme hakkının kullanılmasına bağlanmasının yerindeligi konusunda daha önceki açıklamalar burada da geçerlidir.

Alman Hukuku bakımından da BGB § 651g/II’de ise, tüketicinin, fiyat artış teklifini kabul etme, sözleşmeden dönme veya tur düzenleyici sunduğu takdirde; önceki tura nazaran daha az değerde olmamak şartıyla başka bir paket tura (ikame tur) katılma seçeneklerinin olduğu belirtilmiştir⁶⁰.

Seçimlik hakların her birini açıklamadan önce, önemle ifade etmek gerekir ki, özellikle hukukumuz bakımından kanunda ya da yönetmelikte bu seçimlik hakların kullanılma sırası bakımından bir öncelik belirtilmemiştir⁶¹. Şöyle ki, tüketici bu üç haktan dilediğini kullanma hakkına sahip olacaktır.

⁶⁰ BGB § 651g/III’e göre, tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda, BGB § 651h/I cümle 2 ve § 651h/V uygulama alanı bulur; tüketicinin § 651i/III bent 7 kapsamındaki talepleri saklıdır. Tüketicinin sözleşme değişikliği veya ikame bir tura katılma teklifini kabul etmesi ve paket turun başlangıçta karşılaştırılan tura kıyasla en azından eş değerde olmaması hâlinde § 651m; eş değerde olması ancak tur düzenleyicisi için daha düşük maliyeti içermesi hâlinde, aradaki farklılığın tüketiciye iadesiyle ilgili § 651m/II kıyasen uygulanır.

⁶¹ Doktrinde bir görüş, tüketicinin seçimlik hakları arasında bir sıra bulunduğunu, tüketicinin, sözleşmeden dönme hakkını, ancak ikame edim mümkün değilse veya tur düzenleyicisi tarafından sunulmamışsa kullanabileceğini ifade etmişse de [bkz. **Demir**, s. 124; benzer yönde bkz. **Sert**, Selin: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükmüne Göre Paket Tur Sözleşmeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 22, Yıl:6, Temmuz 2015, s.236-237], bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Dilirse başka bir tura katılmayı seçmeyip doğrudan sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir.

1. Eşit veya Daha Yüksek Değerde Başka Bir Paket Tura Ek Bir Bedel Ödemeksizin Katılma

Hukukumuz bakımından, esaslı sözleşme değişikliği niteliğindeki fiyat değişikliğini kabul etmeyen tüketici, değişikliği kabul etmediğine ilişkin beyanını paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirerek, paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma hakkını kullanabilir (TKHK m.51/VI; PTSY m.10). Bu hak bakımından TKHK sadece “*alternatif tur*”dan söz etmiş olsa da PTSY’nin bu noktada daha açıklayıcı olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla, esaslı bir sözleşme değişikliği niteliğindeki fiyat değişikliğinin yapılmasının istendiği hâllerde, tüketici, tur düzenleyicisinin düzenlemiş olduğu turlar arasında eşit değerde bir turu seçebileceği gibi daha yüksek değerde bir turu seçme imkânına da sahip olacaktır. Daha yüksek değerde bir turun seçilmesi durumunda, tüketiciden ek bir bedel talep edilemeyeceği de PTSY’de belirtilmiştir.

Burada turun değerinin eşitliğini veya daha yüksek olduğunu belirlerken, sadece katalogdaki fiyatını esas alarak bir değerlendirme değil, nitelik olarak yani kalitesi bakımından da bir değerlendirme yapılmalıdır⁶². Aşırı maliyet artışları dolayısıyla, tur fiyatları da buna paralel olarak yükselmiş olabilir. Bu ihtimalde, önceki tur fiyatına nazaran, ikame turun fiyatı daha pahalı görünse de, kalitesi daha düşük olabilir. Bu noktada fiyat dikkate alınacaksa da, genellikle uygulamada karşılaşıldığı üzere, önceki tura yönelik sözleşme yapılırken bedelin belirlenmesinde yabancı para kaydı kullanıldıysa, bu para kaydı ikame tur için de gözetilerek eş değerlilik sağlanmalıdır.

Kanunda, tur düzenleyicisi tarafından ve kanaatimizce aleni olarak sunulduğu şekilde yorumlanması gereken; eşdeğer veya daha yüksek değerde ikame turlar arasında seçim hakkının kullanılması, kanaatimizce, tüketiciye bir öncelik sırası olmaksızın tanınmıştır. Nitekim tüketici daha önce hayalini kurduğu turdan vazgeçerek, salt kalite bakımından eşdeğer diye hiç düşünmediği bir turu kabul etmek zorunda kalmamalıdır. En azından daha yüksek değerde bir turla, onun yaşadığı hayal kırıklığı bir nebze de olsa telafi edilebilmelidir. Ancak tüketici dilerse elbette eş değer turu da seçebilir. Özellikle önceki turun düzenleneceği bölge içinde veya yakınında başka bir tur söz konusuysa, bu ikame turun seçimi anlam taşıyabilir. Kimi zaman rota kap-

⁶² İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Wiede**, s. 867; **Hangartner**, s. 88.

samına yakınlık, konaklama, rehberlik, ulaşım araçları ve sunulan diğer hizmetlerin benzerlik taşıması gibi gerekçelerle, tüketicinin eşdeğer turu seçmesi, dürüstlük kuralı gereği ondan beklenebilir. Örneğin, İskandinav Turuna (3 ülke kapsamlı, 10 gün 40.000 TL) ilişkin bir sözleşmede tur düzenleyicisi tarafından fiyat değişikliği yapılmak istendiğinde bunu kabul etmeyen tüketici; tur düzenleyicisinin düzenlediği Benelux Turu (3 ülke kapsamlı, 14 gün, 60.000 TL) veya Akdeniz Kurvaziyer Turu (6 ülke, 10 gün, 70.000 TL) arasında bir seçimde bulunurken, Benelux turunu seçmesi ondan beklenebilir.

Yeri gelmişken PTSY'deki "*paket tur düzenleyicisi ya da aracısı tarafından sunulan*" ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğini kısaca açıklamak gerekir. Bu noktada, tüketicinin seçebileceği turları belirleme yetkisinin tur düzenleyicisinin inisiyatifinde olup olmadığı sorusu önem taşır. Buna göre tüketici, tur düzenleyicisinin hâlihazırda düzenlemiş olduğu ya da düzenlemeyi planlayıp tanıtımını yaptığı (broşürünü yayınladığı) turlar arasından bir seçimde bulunup alternatif turu talep edebilecek mi yoksa, tur düzenleyicisinin kendisine alternatif tur sunmasını mı bekleyecektir? Doktrinde bir görüş, tüketicinin ikame tur talep etme hakkına sahip olmasından söz etmiştir⁶³. Başka bir görüş ise hem tüketicinin alternatif bir turu talep edebileceğini hem de tur düzenleyicisinin kendisine sunmuş olduğu alternatif bir turu seçebileceğini belirtmiştir⁶⁴. Kanaatimizce tüketici, tur düzenleyicisinin hâlihazırda düzenlemiş olduğu ya da düzenlemeyi planlayıp tanıtımını yaptığı (broşürünü yayınladığı) turlar arasından seçimde bulunabilmelidir. Buna göre PTSY'deki "*paket tur düzenleyicisi ya da aracısı tarafından sunulan*" ifadesi, ilgili tüketiciye fiilen sunulmamış olsa da, paket tur düzenleyicisinin hâlihazırda düzenlemiş olduğu ya da düzenlemeyi planlayıp tanıtımını yaptığı (broşürünü yayınladığı), yani herkese açık (aleni) olarak sunduğu turlar olarak anlaşılmalıdır. Bu arada tüketicinin, kendisine fiilen sunulan ikame turlar ile bağlı kalmaksızın, aleni olarak sunulan başka turları seçme imkânı da saklıdır.

90/314 sayılı önceki AB direktifi m.4/VI'da "*tüketicilere sunabildiği durumlarda*", İsviçre Hukukunda PauRG m.10'da ise "*tur düzenleyicisi veya aracısı tüketiciye sunabiliyorsa*"⁶⁵; 2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/II'de,

⁶³ Demir, s. 134.

⁶⁴ Pekmez, Kadir Erk: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 124. Ayrıca bkz. Arslan, s. 597; Sert, s. 236.

⁶⁵ İsviçre doktrininde bu ifade sebebiyle tüketicinin alternatif tur seçim hakkını kullanmasının tur düzenleyicisi ya da aracısına bağlı olması sebebiyle uygulanabilir yasal bir

“tur düzenleyicisi tarafından teklif edilen mümkünse eşit ya da daha yüksek bir özellikte (kalitede) ikame bir paket turun kabul edebileceği”; m.11/III’de, “tur düzenleyicisinin değişiklik bildiriminde, uygulanabilir olduğu durumlarda teklif edilen ikame paket tur ve fiyatı hakkında tüketiciyi bilgilendireceği”; Alman Hukukunda BGB § 651g/II’de, “tur düzenleyicisinin seyahat edene başka bir paket tura (ikame tur) katılma seçeneğini de sunabileceği”; BGB § 651g/III’de “ikame bir tura katılma teklifi”⁶⁶ ifadeleri kullanılmıştır. Bu düzenlemelerden tüketicinin alternatif tur hakkını kullanmasının, tur düzenleyicisinin kendisine bu yönde fiili bir teklifte bulunmuş olmasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

2. Fiyat Farkının Kendisine İade Edilmesi Şartıyla Daha Düşük Değerde Bir Paket Tura Katılma

Hukukumuz bakımından PTSY m.10’da belirtildiği üzere, tüketici, kendisine fiyat farkının ödenmesini isteyerek daha düşük değerde bir tura katılma hakkına da sahip olacaktır. İsviçre Hukukunda PauRG m.10’da da benzer şekilde ancak tüketicinin sözleşmeden dönmesinin sonucunda kullanabileceği bir seçimlik hak olarak; sözleşmeden dönen tüketicinin daha düşük değerli bir paket tura katılma ve kendisine fiyat farkının ödenmesini isteme hakkının bulunduğu düzenlenmiştir.

90/314 sayılı önceki AB Direktifi m.4/VI’da ise sözleşmeden dönen tüketicinin, tur düzenleyicisinin böyle bir ikameyi sunabildiği durumlarda eşit veya daha yüksek kalitede ikame bir paket tur alma hakkına sahip olacağı belirtilirken; teklif edilen paket turun daha düşük kalitede olması hâlinde, tur düzenleyicisinin fiyattaki farklılığı tüketiciye geri ödeyeceği belirtilmişti. 2015/2302 sayılı AB direktifi m.11/III’de de önceki direktifle benzer şekilde; tüketicinin paket tur sözleşmesinden dönmesi durumunda, tur düzenleyicisinin mümkünse eşit veya daha yüksek kalitede ikame bir paket tur sunması hâlinde bahsedilmiş; m.11/IV’te sözleşmeden dönülmesi hâlinde seçilen ikame paket turun daha düşük maliyetle sonuçlanması veya daha düşük kalitede olması hâlinde, tüketicinin uygun bir fiyat indirimi alma hakkına sahip olacağı belirtilmiştir.

talebin söz konusu olamayacağı eleştirileri ileri sürülmüştür. Bkz. **Roberto**, s. 15; **Wiede**, s. 870, 872; **Hangartner**, s. 89 vd.

⁶⁶ Paket tur sözleşmesine ilişkin BGB hükümlerinin 2015/2302 sayılı AB direktifinin uyarlanmasından önceki hâline göre, tüketicinin artık bu durumda ikame tura katılmayı talep edemeyeceği; tur düzenleyicisinin ikame tur teklif edip etmemek bakımından bir serbesti içinde olduğu yönünde bkz. **Führich**, s. 2948; **Staudinger**, § 651g, kn. 3; **Tonner**, § 651g, kn. 1, 8.

Alman Hukuku'nda BGB § 651g/II'de tur düzenleyicisinin, fiyat artışı için yapılan teklifte, tüketiciye başka bir paket tura (ikame tur) katılma seçeneğini de sunabileceği belirtilmiştir. BGB § 651g/III'te de tüketicinin ikame bir paket tura katılma teklifini kabul etmesi ve paket turun başlangıçta kararlaştırılan tura kıyasla en azından eş değer kalitede olmaması veya eş değer kalitede olması ancak tur düzenleyicisi için daha düşük maliyeti içermesi hâlinde, tur fiyatında indirim yapılmasına ilişkin 651m paragrafının kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

Görüleceği üzere Direktifte ve Alman Hukuku bakımından BGB'de, “*fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma*” şeklinde bir seçimlik haktan söz edilmemiş; tüketicinin “*ikame tur*” tercihinde, bu ikame turun eş değer kalite çıkmaması ya da öncekine göre düşük maliyetle sonuçlanması ihtimallerinde bedelde indirim hakkına sahip olacağı kabul edilmiştir.

Daha düşük değerde turdan ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili hukukumuzdaki mevzuatta bir nitelendirme ya da sınırlandırma yapılmamıştır. Bir önceki başlıkta, daha yüksek değerli tur açısından sadece fiyatın esas alınmayıp, niteliğe yani kaliteye dikkat edilmesi gerektiği yönündeki açıklamalarımız dikkate alınabilir. Buna göre daha düşük değerli turdan, daha düşük nitelikte bir tur anlaşılmalıdır. Nitekim AB Direktifinde, “*daha düşük kaliteli*” ve “*daha düşük maliyetli*” ifadelerinin; BGB'de de “*başlangıçta kararlaştırılan tura kıyasla en azından eş değer kalitede olmaması*” ifadesinin kullanılması, sadece parasal bir değerlendirmenin değil, nitelik olarak da bir değerlendirmenin yapılması gerekliliğini vurgulamaktadır⁶⁷.

Daha düşük değerde bir paket tura katılan tüketiciye, aradaki fiyat farkının ne kadar sürede iade edilmesi gerekeceği de ortaya konulmalıdır. Doktrinde, sözleşmenin esaslı unsurlarında değişikliği düzenleyen PTSY m.10/IV'teki “*Sözleşmeden dönülmesi halinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, sözleşmeden dönme bildirimünün kendisine ulaştığı tarihten itibaren katılımcının ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın en geç on dört gün içerisinde iade etmesi zorunludur.*” hükmünün burada da kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, tüketicinin daha düşük bedelle başka bir tura katılmasından itibaren on dört gün içinde fark bedelinin kendisine ödenmesi gerekecektir⁶⁸.

⁶⁷ İsviçre doktrininde, daha düşük değer, farklı bir tasarıma sahip tur olarak değil; alt paket tur olarak anlaşıldığı yönünde bkz. **Wiede**, s. 869; **Hangartner**, s. 89.

⁶⁸ **Çabri**, s. 845.

3. Herhangi Bir Tazminat Ödemeksizin Sözleşmeden Dönme

TKHK m.51/VI'da ve PTSY m.10'da belirtildiği üzere, tüketicinin, bir diğer seçimlik hakkı da sözleşmeden dönmedir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısı, tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli, herhangi bir kesinti yapmaksızın, iade etmesi gerekecektir. İade süresi, TKHK'da dönme bildirimının kendisine ulaştığı tarihten itibaren derhâl; PTSY'de on dört gün olarak belirlenmiştir.

90/314 sayılı önceki AB Direktifi m.4/V'te de, tüketicinin herhangi bir ceza ödemeksizin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu belirtilmiş ve bu hakla bağlantılı olarak tüketiciye ikame tur veya ödediği bedelin mümkün olan en kısa sürede iadesi şeklinde iki seçenek sunulmuştu. İsviçre Hukukunda da PauRG m.10'da, sözleşmede yapılan esaslı değişiklikler karşısında tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönmeyi tercih eden tüketicinin, sözleşmeden döndüğünü mümkün olan en kısa süre içinde⁶⁹ tur düzenleyicisine veya aracısına bildirmesi gerektiği belirtilmişti. Sözleşmeden dönen tüketici, ya tur düzenleyicisinin veya aracısının kendisine sunduğu eşdeğer veya daha yüksek değerli başka bir pakete katılmak; ya daha düşük değerli bir pakete katılarak fiyat farkının iadesini istemek ya da ödediği bedelin mümkün olan en kısa sürede iade edilmesini talep etmek şeklinde seçimlik haklara sahiptir.

2015/2302 sayılı AB Direktifi m.11/II'de de tüketicinin paket tur sözleşmesini herhangi bir dönme tazminatı ödemeksizin sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. Sözleşmeden dönen tüketicinin ya tur düzenleyicisi tarafından teklif edilen mümkünse eşit ya da daha yüksek özellikte (kalitede) ikame bir paket turu kabul edebileceği ya da tur yapılan tüm ödemelerin gecikmeksizin ve her hâlükârda sözleşmeden dönülmesinden sonra en geç 14 gün içinde kendisine iadesini isteyebileceği belirtilmiştir.

Alman Hukukunda BGB § 651g/II'de ise, sözleşmeden dönme hukukumuzdaki gibi ayrı bir seçimlik hak olarak kabul edilmiştir. Şöyle ki, sözleşmeden dönen tüketici bununla bağlantılı olarak sadece ödemiş olduğu bedelin iadesini talep edebilir. Bu talebin de sözleşmeden döndüğü tarihten itibaren on dört günlük süre içinde gerçekleştirilmesi gerektiği, BGB 651g/III'teki BGB 651h/V'e yapılan atıftan anlaşılmaktadır.

Tüm düzenlemelerde, sözleşmeden dönen tüketiciden herhangi bir tazminat istenemeyeceği belirtilmiştir. Bu sonucun gerçekleşmesi zaten tüketici-

⁶⁹ İsviçre doktrininde mümkün olan en kısa süre ifadesinin, yurt içi gönderiler bakımından en fazla üç günlük süre olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Hangartner**, s. 90; **Wiede**, s. 873.

cinin borca aykırı bir davranışa dayanmayıp, bilakis tur düzenleyicisinin sözleşme değişikliği girişimi sebebiyledir. Tüketici aynı zamanda sözleşmeden dönme hakkını, kanun bu hakkı kendisine tanıdığı için kullanmaktadır. Dolayısıyla tüketicinin bu hakkını, bir miktar tazminat ödeyerek kullanabileceği şeklinde bir kayda sözleşmede yer verilmesi, düzenlemenin emredici ruhuyla bağdaşmaz⁷⁰.

İade edilecek tutarın sadece tur bedeli olmadığı, ayrıca alınan ek ücretleri ve sigorta sözleşmesi yapılmışsa bunun için ödenen primleri de kapsayacağı ifade edilmelidir⁷¹. Nitekim ilgili mevzuatta, ödenmiş olan bedellerden söz edilerek, bu talebin daha geniş kapsamlı olabileceği göz önünde tutulmuştur.

Sözleşmeden dönen tüketicinin, zararlarının varlığı hâlinde bunları da talep edip edemeyeceği de değerlendirilmelidir. Paket tur sözleşmesinde zararların tazmini hakkında TKHK m.51/VIII ve PTSY m.13/I'de, tur düzenleyicisinin sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının (tüketicinin) uğradığı her türlü zarardan sorumlu olacağı, hatta katılımcının (tüketicinin) boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Dikkat edilirse, bu hükümlerde tur düzenleyicisinin borca aykırı nitelikteki davranışları yaptırma bağlanmıştır⁷².

⁷⁰ İsviçre Hukukunda da benzer bir düşünceyle olsa gerek, paket tur sözleşmesinde, tüketicinin PauRG m.10/III'teki haklarını kullanmasına izin vermeksizin sonradan yapılan bir değişikliği kabul edeceğine ilişkin bir hükme yer verilmesi hâlinde, bu hükmün geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Wiede**, s. 856.

⁷¹ **Donauer/Möri**, s. 344.

⁷² Gerçekten de yüksek mahkeme, bir kararında tur düzenleyicisinin vize alamaması sebebiyle tur hizmetini hiç yerine getirmemesi ve tüketicinin sözleşmeden dönmesi neticesinde oluşan menfi zararın tazminini kabul edilmiştir. Bkz. "... Davacı, davalının vize işlemlerini gerçekleştirmediğinden balayı için yurtdışı turuna katılmadığı için ödediği 3.296,55-TL'nin ve yeniden yaptığı sözleşme için fazladan ödemek zorunda kaldığı 906,45-TL'nin davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı ise, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, basiretli bir tacir gibi davranması gereken davalı şirketin vizelerin alınması için daha erken hareket etmediği, vize için gereken belgeleri daha önce temin etmesinin gerektiği, bu nedenle vizelerin tur tarihinden önce alınamamasından doğan sorumluluğun davalı şirkete ait olduğu, Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde yer alan "Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu Yönetmelikte yer alan haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya seyahat acentesinin bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir" düzenlemesi karşısında, acentenin sorumsuzluğuna dair az yukarıda anılan sözleşme hükmünün haksız şart niteliğinde olduğu, davacıların sözleşme nedeniyle davalıya ödediği hizmet bedelinin tamamını talep hakkı yanında tura katılmamaları nedeniyle yaptıkları ikinci sözleşme nedeniyle ödedikleri fazla bedelden dolayı uğradıkları menfi zararlarını talep

Oysaki konumuzla ilgili TKHK m.51/VI ve PTSY m.10 hükümlerinde tur düzenleyicisinin herhangi bir borca aykırı davranışından söz edilmemiş, kanaatimizce bilinçli olarak da tur düzenleyicisi için sadece tur bedelinin iadesi yükümlülüğünden bahsedilmiştir⁷³. Görüldüğü üzere düzenleme bir tazminat yaptırımına yer vermemekle birlikte bu sonuç, kanaatimizce tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Tüketici, sözleşmeden dönme yolunu tercih ettiğinde, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle birtakım zararlara katlanmak zorunda kalabilir. Şöyle ki, turun gerçekleşeceği ümidiyle birtakım masraflar yapmış olabilir; zamanında bütçesine uygun gördüğü başka bir turu tercih etmek yerine mevcuttaki turu tercih etmiş ancak bu turun da fiyat değişikliği yapması dolayısıyla sözleşmeden dönmüş olabilir. Bu durumdaki tüketicinin zararlarını talep edebilmesi mevcut hükme göre mümkün değildir. Bu noktada yapılacak bir kanun değişikliğiyle zararların tazmini de mümkün olmalıdır. Sözleşmeden dönen tüketicinin talep edebileceği bu zararlar, menfi zararlar olarak nitelendirilmelidir⁷⁴. Menfi zararlar, bilindiği üzere, sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle uğranılan zararlardır. Başka bir ifadeyle sözleşme hiç yapılmayacak olsaydı, malvarlığında gerçekleşmeyecek olan kayıplardır. Konumuz açısından örnekle açıklamak gerekirse, tur kapsamındaki seyahat için bazı aşuların yapılmasının zorunlu olduğu hâllerde, bu aşuların yapılması için harcama yapan kişinin yapmış olduğu bu masrafları, menfi zarar kalemlerinden birisi sayılan fiili zararlar kapsamında nitelemek mümkündür⁷⁵. Menfi zarar kapsamında fiili zararlar yanında, tüketici, kaçırılan fırsat olarak da nitelendirilen menfi zarar kalemini de talep edebilmelidir. Örneğin, 10.000 Dolar bedelle anlaşılan bir turun fiyatının 12.000 Dolar bedel olarak değiştirilmesinin istendiği bir durumda, tüketici erken rezervasyon yaptığı dönemde, aynı turu başka bir tur düzenleyicisinden 11.000 Dolar üzerinden alabilme imkanının olduğunu ve o turun o bedel üzerinden gerçekleştirildiğini ve kendisinin şu anki zamanda aynı turu başka bir tur düzenleyicisinden 14.000 Dolar bedelle anlaştığını varsayalım. Böyle bir ihtimalde, tüketici, 11.000-10.000=1.000 Dolar bedeli

etme hakkı bulunduğundan davanın kabulüne karar verilmiştir. ...", (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: 16.01.2024).

⁷³ Buna karşılık mevcut hükme rağmen, esaslı fiyat değişikliği ihtimalini de içine alacak şekilde tüketicinin tazminat talep edebileceği yönünde aksi açıklamalar için bkz. **Çınar**, Milli Şerh, s. 845.

⁷⁴ Paket tur sözleşmeleri bakımından, sözleşmeden dönülmesi halinde talep edilebilecek zararların menfi zararlar olduğu yönünde bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 298; **Özlük**, s. 179.

⁷⁵ Alman Hukuku bakımından bkz. **Geib**, § 651g, kn. 12.

kaçırılan fırsat olarak, dönmüş olduğu sözleşmenin karşı tarafı olan tur düzenleyicisinden menfi zararı kapsamında talep edebilmelidir. Ayrıca sözü edilen örnek bakımından, tüketicinin mevcut tur düzenleyicisinin kendisine fiyat artışlı şekilde sunduğu 12.000 Dolar bedelli tur varken, başka bir tur düzenleyicisinden 14.000 Dolar bedelli turu tercih etmesi halinde, aradaki $14.000-10.000=4.000$ Dolar farkı isteyememesi gerekir. Benzer özellikte turu mevcut tur düzenleyicisinden daha uygun bedelle tercih etme imkânı varken, daha yüksek bedelli turu tercih etmesi, öncelikle tüketicinin kendi seçimi olduğundan, aradaki fazla ödemeyi zarar olarak tur düzenleyicisine yüklemek adil olmaz. Bu konuda tüketicinin malvarlığında kendi iradesi dışında meydana gelen bir eksilme olmadığı yorumuyla ortada bir zararın bulunmadığı sonucuna varmak yerinde olur. Dolayısıyla bu örnek bakımından tüketicinin $14.000-10.000=4.000$ Dolar talep edemeyeceği, kaçırılan fırsat olarak sadece 1.000 Doları talep edebileceği ifade edilmelidir.

Boşa harcanan tatil zamanı hakkında tazminat talebi bakımından da benzer düşüncelerle, mevcut düzenleme çerçevesinde, ortada tur düzenleyicisinin borca aykırı bir davranışı bulunmadığından olumsuz sonuca varmak gerekir⁷⁶. Kanaatimizce, tüketicinin esaslı fiyat değişikliğini kabul etmeyip sözleşmeden dönmek zorunda kalması hali için yapılacak bir kanun değişikliğiyle, bu tür tazminat talebine de cevaz vermek gerekir. Tüketicinin özellikle erken rezervasyon yaparak bütün planlarını turun gerçekleşeceği tarihe göre yaptığı ve kendisini bu tatile hazırladığı durumlarda, tur düzenleyici-

⁷⁶ Buna karşılık mevcut hükme rağmen, esaslı fiyat değişikliği ihtimalini de içine alacak şekilde tüketicinin bu tazminat türünü talep edebileceği yönünde aksi açıklamalar için bkz. **Çınar**, Milli Şerh, s. 845-846. Alman Hukuku yönünden benzer yönde bkz. **Geib**, § 651g, kn. 12. Boşa harcanan tatil zamanı bakımından tazminat için ayrıca bkz. **Büyüksağış**, Erdem: "Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilmemiş Olmasının Hukuki Niteliği: Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 3, 2004, s. 203 vd.; **Topuz**, Murat: "Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Ed. Hakan TOKBAŞ, Fehim ÜÇİŞİK), Bilgi Yayınevi, Ankara 2016, s. 292 vd.; **Zevkliler**, Aydın: "Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar", Prof. Dr. İlhan ULUSAN'a Armağan, Cilt: III, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 799 vd.; **Zeytin**, Zafer: "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-III Manevi Zarar Olarak Boşa Giden Tatil Zamanı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, Haziran 2003, s. 185 vd.; **Baş Süzel**, Ece: Tatil Sözleşmeleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 263-264; **Çınar**, Ömer: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, (Ed. Hakan TOKBAŞ, Fehim ÜÇİŞİK), Bilgi Yayınevi, Ankara 2015, s. 455-456; **Sayın**, s. 255 vd.

sinin esaslı fiyat değişikliğini kabul etmeyen tüketiciyi hiç istemediği alternatif bir tura veya farklı bir tura katılmaya ya da sözleşmeden dönmeye mecbur bırakması ve sonuçta tüketicinin tatil zamanının boşa harcanmış olması hakkaniyete uygun değildir. Boşa harcanan tatil zamanı sebebiyle oluşan zararın niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu zararın; maddi zarar türü olan normatif zarar (malvarlığında azalma olmasa bile meydana gelen zarar) kapsamında olduğunu savunanlar olduğu gibi⁷⁷; manevi zarar kapsamında talep edilebileceğini savunanlar da bulunmaktadır⁷⁸. Hatta doktrinde, bu zararın ne maddi ne manevi zarar kapsamında olduğunu, ikisinin karmasından oluşan kanunda özel olarak ifade edilmiş olan bir zarar türü olduğunu ve sadece sözleşme ihlalinin varlığının (tatilin boşa geçirilmesinin) yeterli olduğunu, maddi veya manevi zararın koşullarının araştırılmasına gerek olma-

⁷⁷ **Topuz**, s.297-298. Yüksek mahkeme, bir kararının muhalefet şerhinde, boşa harcanan tatil zamanına yönelik tazminatı maddi tazminat kapsamında kabul ettiği yorumuna ulaşılacak bir ifadeye yer vermiştir. Bkz. "... Paket tur şirketi veya aracısı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Paket tur sözleşmesi kapsamında, ..., tüketici (katılımcı) eksik ve ayıplı ifa nedeni ile veya aksaklık tur yetkilisine bildirilmesine rağmen sorunun çözülememesi nedeni ile gerçekleşen eksik veya ayıplı hizmet ya da tüketicinin boşa harcanan tatil zamanı için tur şirketinden uygun bir tazminat talep edebilir. Bu durumda maddi tazminat dışında ayrıca yasal koşulları oluşturduğu takdirde manevi tazminat da istenebilir. ...", Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 25.6.2019, E. 2017/9297, K. 2019/7690, (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

⁷⁸ **Başpınar**, Veysel/**Demir**, Bahadır: "Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 99, Kasım 2014, s.151; **Baş Süzel**, s. 264; **Büyüksağış**, s. 232; **Oktay**, s. 182-183; **Zevkliler**, s. 816; **Zeytin**, s. 185 vd.; **Gözüküçük**, s. 103. Yüksek mahkeme de bir kararında bu tür zararları manevi zarar kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. "... Davacı vekili 24/09/2017 tarihli dava dilekçesiyle; müvekkilinin, davalıdan Baltık Başkentleri Gemi Turu'nu yeşil pasaportunu kullanıp gitmek üzere 4.097-TL karşılığında satın aldığını, ... ancak davalının ..., ayıplı hizmet sunduğunu, bu nedenle tur bedeli iadesinin yanı sıra boşa harcanan tatil zamanı ve manevi zarar için davalıdan 500-TL manevi tazminat ile paket tur sözleşmesi için ödenen 4.097-TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davalıdan tahsilini istemiştir. ... Dava konusu uyuşmazlık, ... davacının tura katılmaması nedeniyle ödediği tur bedelini isteyip isteyemeyeceği ile manevi tazminata hükmedilmesinin gerekliği gerekeceğine ilişkindir. ... TBK'nın 58. maddesi, aynı kanunun 114/2. maddesi yollaması ile sözleşmeye aykırı davranışlarda da uygulanmaktadır. Ne var ki, anılan madde hükmüne göre manevi tazminat isteğinin kabul edilebilmesi için, diğer koşulların yanında kişilik haklarına hukuka aykırı, haksız bir saldırının varlığı da şarttır. Dava konusu olayda, davacının kişisel haklarına hukuka aykırı bir saldırının varlığı kanıtlanmamıştır. Buna göre, mahkemece olayda manevi tazminatın koşullarının bulunmadığı düşünüldükçe, bu kalem isteğinin reddedilmesinde usul ve yasaya aykırılık görülmemiştir. ...", Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, T. 11.01.2018, E. 2017/1343, K. 2018/82, (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.01.2024).

dığını⁷⁹ kabul eden bir görüş de bulunmaktadır. Kanaatimizce tüketici lehine olan bu son görüşe üstünlük tanımak uygun olur. Boşa harcanan tatil zamanı bakımından istenebilecek tazminatın miktarının ne olması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde, tatil hiçbir şekilde yapılamadıysa, istenebilecek tazminatın en az paket tur bedeli kadar olması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁰. Hâkimin takdirinde olmakla birlikte, tazminat miktarının en az paket tur bedeli olarak tayin edilmesi, caydırıcı niteliğiyle tüketici aleyhine ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı sonuçları önceden önlemesi bakımından yerinde olur.

SONUÇ

Paket tur fiyatının değiştirilmesine ilişkin hukukumuzda TKHK'nın, PTSY'nin; AB Hukukunda 2015/2302 sayılı AB Direktifinin, İsviçre Hukukunda PauRG'nin, Alman Hukukunda BGB'nin ilgili hükümlerinin, her ne kadar aralarında belli noktalarda farklılıklar olsa da temelde, hepsinin ortak düşünce ve amacının sözleşmenin her iki tarafının menfaatini gözetmek, ancak zayıf konumda olan tüketicinin de menfaatlerinin zarar görmemesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca sözü edilen hükümler incelendiğinde, fiyat değişikliğine ilişkin olarak, esaslı olmayan nitelikteki fiyat değişiklikleri ve esaslı nitelikteki fiyat değişiklikleri şeklinde ikili bir ayırım yapılması uygun olur.

PTSY m.9 kapsamında yapılacak fiyat artışları bakımından, 2015/2302 sayılı AB Direktifinde, Alman Hukuku bakımından BGB'de, tur düzenleyicisinin fiyat değişikliği yapabilmesi, sözleşmede tüketici lehine bir indirim şartının varlığına bağlı tutulmuştur. Hukukumuzda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak PTSY'nin kabulünden önce yürürlükte bulunan TBK m.24 göz önünde bulundurulabilir ve tüketici lehine indirim yönünde bir düzenleme kabul edilebilirdi. Bu konudaki önerimiz, AB Direktifindeki gibi, sadece tur düzenleyicisi lehine olacak şekilde değil, tüketici lehine de olacak şekilde tüketiciye bir indirim hakkının tanınmasına ilişkin bir değişiklik yapılmasıdır.

PTSY m.9 kapsamında yapılmak istenen fiyat artışı bildiriminde, fiyat artışının gerekçesi ve nasıl hesaplanacağı yer almalıdır. Gerekçe konusunda tur düzenleyicisi bir serbesti içinde değildir; artış ancak hükümde belirtilen sınırlı hâllerde yapılabilecektir. Artışının hesabı da güncel fiyattan önceki fiyatın çıkarılması gibi basit bir çıkarma işlemi olarak değil; güncel fiyattaki değişikliğin detaylı hesabı olarak anlaşılmalıdır.

⁷⁹ Sayın, s. 263-265; Aydoğdu/Kahveci, s. 912.

⁸⁰ Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 317; Aydoğdu/Kahveci, s. 912; Gözüküçük, s. 103-104.

Fiyatta artış yapmak isteyen tur düzenleyicisi, bu hakkını dilediği zamanda ya da zamana kadar kullanamaz. Artış bildirimini sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az 20 gün öncesinde tüketiciye varmış olmalıdır. 20 günlük sürenin ne şekilde hesaplanacağı bakımından TBK m.92/I, bent 1'deki hüküm kıyasen uygulanabilir.

PTSY m.9, bu kapsamda yapılacak fiyat değişikliğini %5 ile sınırlamıştır. AB Direktifi ve Alman Hukukundaki %8, İsviçre Hukukundaki %10 ile kıyaslandığında, %5 oranı tüketici lehine gözükse de, bu oranı aşan hâllerde PTSY m.10'un uygulanacak olması, gerçekte tüketici aleyhine birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple ilk bakışta tüketici aleyhine bir öneri olduğu izlenimi verecekse de PTSY m.9'daki artış oranı sınırlamasının %8 oranına yükseltilmesini önermekteyiz.

Tur bedelinin döviz cinsinden belirlenmediği durumlarda, Türk lirasının değer kaybetmesi gerekçesiyle ya da yabancı para kaydı borcunun belirlendiği hâllerde, PTSY m.9 kapsamında bir fiyat değişikliği yapmak mümkün değildir.

Tur düzenleyicisinin bu hüküm kapsamındaki hakkı, koşulları gerçekleştirdiği takdirde, tur düzenleyicinin tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanabileceği değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Burada geçerliliği ve sınırları kanun tarafından düzenlenmiş iradi bir uyarılmanın varlığından söz etmek mümkündür. Taraflar, bu şekilde bir sözleşme kaydına yer vermemiş olurlarsa, iradi bir uyarılama söz konusu olamaz; ancak tur düzenleyicisi, şartları da gerçekleşirse TBK m.138 (TKHK m.83 atfıyla uygulama bulan) çerçevesinde talepte bulunabilir.

"Sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik" başlıklı PTSY m.10/I'de, PTSY m.9'da belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişiklikleri haricindeki fiyat değişiklikleri esaslı sözleşme değişikliği olarak kabul edilmiştir. PTSY m.9'dan farklı olarak, tur düzenleyicisinin bu değişikliği yapabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmede buna ilişkin bir kaydın varlığı aranmamıştır. Ancak önerimiz, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, burada da sözleşmede bir kayda yer verilmiş olması şartının aranması, bunun için yönetmelikte gerekli değişikliğin yapılmasıdır.

PTSY m.10/II'de, paket tur düzenleyicisi veya aracısının, esaslı sözleşme değişikliklerini ve bunun fiyat üzerindeki etkilerini tüketiciye derhâl bildirmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Alman Hukuku bakımından ise BGB § 651g/I'de, fiyat artışı teklifinin turun başlamasından en geç yirmi gün önce yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce Alman Hukukundaki bu düzenlemenin hukukumuz bakımından da örnek alınması gereklidir.

Tur düzenleyicisinin PTSY m.10 çerçevesinde bir fiyat değişikliği yapmak istemesi hâlinde, tüketici bu değişikliği kabul etmekte veya etmemekte serbest sayılmalıdır. Kanaatimizce değişikliği kabul etmeyen tüketicinin seçimlik haklarını kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tüketici dilerse mevcut fiyat üzerinden tur hizmetinin ifasını da talep edebilmelidir. Nitekim PTSY m.10’da seçimlik hakların kullanılması bakımından yer verilen “*isteyebilir*” ifadesi de bu kabulümüzü desteklemektedir. Görüşümüzle uyumlu olarak tur düzenleyicisinin sözleşmenin fiyatında yapmak istediği bu değişiklik beyanı, sözleşme değişikliğine yönelik bir öneri niteliğindedir.

PTSY m.10 kapsamında yapılmak istenen değişikliği kabul etmeyen ve seçimlik haklarını da kullanmak istemeyen tüketicinin tur düzenleyicisine herhangi bir bildirimde bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tüketicinin değişikliği kabul ettiğine dair bir açıklaması olmadıkça, bu konuda sessiz kalması, değişikliği kabul etmediği olarak yorumlanmalıdır.

Esaslı sözleşme değişikliği niteliğindeki fiyat değişikliğini kabul etmeyen ve eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma hakkını kullanmak isteyen tüketici bakımından, turun değerinin eşitliğini veya daha yüksek olduğunu belirlerken, sadece katalogdaki fiyatını esas alarak bir değerlendirmenin değil, nitelik yani kalitesi bakımından da bir değerlendirmenin yapılması gereklidir. Ayrıca tüketicinin bu hakkını kullanmasının tur düzenleyicisinin inisiyatifinde olmadığı; tüketicinin, tur düzenleyicisinin kendisine alternatif tur sunmasını beklemeden, hâlihazırda düzenlemiş olduğu ya da düzenlemeyi planlayıp tanıtımını yaptığı (broşürünü yayınladığı) turlar arasından bir seçim yapıp alternatif turu talep edebileceği kabul edilmelidir.

Esaslı sözleşme değişikliği niteliğindeki fiyat değişikliğini kabul etmeyen ve sözleşmeden dönmek zorunda kalan tüketici bakımından, kanaatimizce, tur düzenleyicisinin borca aykırı bir davranışı söz konusu olmadığından kanun koyucu tarafından bilinçli olarak tazminat yaptırımına yer verilmiş değildir. Ancak tur düzenleyicisinin sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi karşısında tüketicinin, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğramış olduğu menfi zararların ve boşa harcanan tatil zamanı bakımından ortaya çıkan zararın talep edebilmesini konu alan TKHK m.51/VIII ve PTSY m.13/I’de olduğu gibi; esaslı sözleşme değişikliği niteliğindeki fiyat değişikliğini kabul etmeyen ve sözleşmeden dönmek zorunda kalan tüketici bakımından da benzer bir kurala, yapılacak bir kanun değişikliğiyle yer verilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan**, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.
- Aydoğdu**, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Tüketici Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Baş Süzel**, Ece: Tatil Sözleşmeleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Başpınar**, Veysel/**Demir**, Bahadır: “Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:99, Kasım 2014, s. 144-155.
- Büyüksağış**, Erdem: “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilmemiş Olmasının Hukuki Niteliği: Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 3, 2004, s. 203-239.
- Ceylan**, Ebru: “Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Getirilen Düzenlemeler”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2015, s. 71-100, (6502 Sayılı TKHK).
- Ceylan**, Ebru: “Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan), Sayı 1, 2004, s. 241-260, (Tüketicinin Korunması).
- Çabri**, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet yayınevi, Ankara 2016.
- Çınar**, Ömer: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, (Ed. Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Bilgi Yayınevi, Ankara 2015, s. 442-459, (Paket Tur).
- Çınar**, Ömer: “Madde 51/Çınar Şerhi”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, (Millî Şerh).
- Demir**, Bahadır: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.

- Donauer, Daniel/Möri, Barbara A.:** “Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz –Aktuelle Entwicklungen”, Aktuelle Juristische Praxis, 2015, s. 339-350.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Frank, Richard:** Bundesgesetz über Pauschalreisen, Kurzkomentar, Schulthess Verlag, Zürich 1994.
- Führich, Ernst:** “Das neue Pauschalreiserecht Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302 in deutsches Recht”, Neue Juristische Wochenschrift, Sayı 4, 2017, s. 2945-2950, (<https://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2017%2Fcont%2Fnjw.2017.2945.1.htm&pos=1&hlwords=on>, Erişim Tarihi: 01.09.2023).
- Geib, Stefan A.:** “§§ 651e–651q”, Beck'scher Online-Kommentar, (Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck), 67. Auflage, C.H.BECK Verlag, München 2023, (beck-online, die Datenbank, Erişim Tarihi: 30.08.2023).
- Gözüküçük, Hilal Nur:** Paket Tur Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2021, (<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/73997/PAKET%20TUR%20S%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 22.09.2023).
- Hangartner, Sandro:** Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Zürich 1997.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Kappus, Andreas:** “Klauselwerke, Allgemeine Reisebedingungen”, Vertragsrecht und AGB Klauselwerke, (Hrsg. Friedrich Graf von Westphalen, Rüdiger Pamp, Gregor Thüsing), C.H. Beck Verlag, München 2023.
- Kara, İlhan:** Tüketici Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Kern, Christoph Alexander:** “Titel 9 Werkvertrag und ähnliche Verträge, Untertitel 4a Pauschalreisevertrag, Reisevermittlung und Vermittlung verbundener Reiseleistungen, § 651f-651g”, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (Hrsg. Rolf Stürner), 19. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2023.

- Milivoje**, Mitrovic: Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Dike Verlag, Zürich 2022.
- Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- Oktay**, Saibe: Gezi Sözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 1997.
- Öksüz**, Ömer: “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, 2006, s. 331-351.
- Özel**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Özlük**, Betül: “Pandeminin Paket Tur Sözleşmelerine Etkisi”, Pandeminin (Covid-19’un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi, (Ed. Çiğdem Kırcı, F. Tülay Karakaş), Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 171-198.
- Pekmez**, Kadir Erk: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Roberto**, Vito: “Das neue Pauschalreisegesetz” recht, Cilt 12, Sayı 1, 1994, s. 6-16.
- Rusch**, Arnold F./**Huguenin**, Claire: “Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen - das trojanische Pferd im Vertrag”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2008, s. 37-56.
- Sayın**, Feyza Eren: Paket Tur Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Sert**, Selin: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:22, Yıl:6, Temmuz 2015, s. 217-240.
- Staudinger**, Ansgar: “§ 651f- § 651g”, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, (Hrsg. Reiner Schulze), 11. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2022.
- Şahin**, Turan: “Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2022, s. 66-78.
- Tonner**, Klaus: “§§ 651a–Anh. § 651y”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Hartmut

Oetker, Bettina Limperg), 9. Auflage, C.H.BECK Verlag, München 2023.

Topuz, Murat: “Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Ed. Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Bilgi Yayınevi, Ankara 2016, s. 292-298.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 68, Sayı 1-2, 2010, s. 275-304.

Wiede, Andreas: Reiserecht, Schulthess Verlag, Zürich 2014.

Yurt, Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000.

Zeiter, Alexandra/**Schlumpf**, Michael: “PauRG Art.7-10”, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, (Hrsg. Marc Amstutz, Vito Roberto, Hans Rudolf Trüb), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016.

Zevkliler, Aydın: “Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”, Prof. Dr. İlhan ULUSAN’a Armağan, Cilt: III, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 799-819.

Zeytin, Zafer: “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-III Manevi Zarar Olarak Boşa Giden Tatil Zamanı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, Haziran 2003, s. 185-200.

**İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNİN
ÇALIŞMA HAYATINA ETKİLERİYLE MÜCADELE:
ADİL BİR GEÇİŞ İÇİN TOPLU İŞ HUKUKU
DÜZENLEMELERİNDEN YARARLANILMASI**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1383496>

Dr. Öğr. Üyesi Didem YARDIMCIOĞLU*

Öz

Sanayileşme, orman alanlarının azalması, kentleşme ve fosil yakıt kullanımı gibi çeşitli etkenler sonucu meydana gelen iklim değişikliğinin olumsuz etkileri, günümüzde özellikle de aşırı hava olayları şeklinde kendini göstermeye başlamıştır. İklim değişikliğinin çalışma hayatını ve istihdamı da ciddi şekilde etkilemesi beklenmektedir. Özellikle enerji, su, tarım, balıkçılık, ormancılık, turizm, ulaşım, inşaat ve madencilik gibi doğal kaynaklara ve iklime daha çok bağımlı olan sektörlerin, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine de en çok maruz kalacağı öngörülmektedir. Sera gazı emisyonlarının düşürülmesi, uluslararası anlaşmalar doğrultusunda küresel sıcaklık artışının 2°C'nin altında tutulması için karbon yoğun işlerden yeşil işlere geçiş yapılması ve bu geçişin adil olması gerekmektedir. Bu doğrultuda biz de çalışmamızda konu hakkındaki ulusal ve uluslararası düzenlemeleri ortaya koyarak, adil geçiş kavramını olumlu adil geçiş örneklerini de belirtmek suretiyle açıklayarak, Türkiye'de toplu iş hukuku düzenlemelerinden faydalanılarak adil geçişi sağlamaya yönelik atılabilecek adımları inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler

İklim değişikliği, Adil geçiş, Toplu iş hukuku, Sendikal hareket, İstihdam

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Diyarbakır (didem.yardimcioglu@dicle.edu.tr) ORCID: 0000-0003-2890-5867 (Gönderim Tarihi: 30.10.2023-Kabul Tarihi: 29.11.2023) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**FIGHTING THE EFFECTS OF CLIMATE CHANGE
ON WORKING LIFE:
USING COLLECTIVE LABOUR REGULATIONS
FOR JUST TRANSITION**

(Research Article)

Abstract

The negative effects of climate change, which occur as a result of various factors such as industrialization, decrease in forest areas, urbanization and fossil fuel use, have begun to manifest themselves today, especially in the form of extreme weather events. Climate change is expected to seriously affect working life and employment. It is predicted that sectors that are more dependent on natural resources and climate, such as energy, water, agriculture, fishing, forestry, tourism, transportation, construction and mining, will be most exposed to the negative effects of climate change. In order to reduce greenhouse gas emissions and keep the global temperature increase below 2°C in line with international agreements, a transition from carbon-intensive jobs to green jobs should be made and this transition should be fair. In this regard, in our study, we will reveal the national and international regulations on the subject, explain the concept of just transition by pointing out positive examples of just transition, and examine the steps that can be taken to ensure a just transition by making use of collective labour law regulations in Türkiye.

Keywords

Climate change, Just transition, Collective labour law, Trade union movement, Employment

GİRİŞ

İklim değişikliği kavramı günümüzün en önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Zira iklim değişikliği artık insan ve diğer canlıların yaşamını tehdit eden yoğunlukta kendini hissettirmektedir. İklim değişikliği neticesinde, aşırı sıcaklık artışları; buzullar ve buz tabakalarının erimesine bağlı gerçekleşen deniz seviyesi yükselmesi; kasırgalar, tropikal fırtınalar ve seller gibi aşırı hava olayları; sıcaklık değişiklikleri nedeniyle ekosistemlerde yaşanan dengesizlikler ve bunun sonucunda meydana gelen biyolojik çeşitlilik kaybı; tarımsal üretimin olumsuz etkilenmesi nedeniyle gıda güvenliği riskinin ortaya çıkması; artan sıcaklıklar, hava kirliliği ve su kaynaklarının azalması doğrultusunda insan sağlığı üzerinde ciddi etkileri olan hastalıklar hatta salgınlarla karşı karşıya kalınması beklenmektedir¹.

Konu hakkında uluslararası ölçekte imzalanan sözleşmeler, protokoller, yapılan konferanslar doğrultusunda insan faaliyetlerinin iklim değişikliği üzerinde önemli bir etkisinin bulunduğu öğretilerde günümüzde ağırlıklı görüş olarak kabul edilmektedir². Nitekim Birleşmiş Milletler Hükümetler Arası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) 2021 raporunda da bu durumun altı çizilerek 1750’li yıllardan günümüze kadar sera gazı emisyonlarında görülen artışların doğrudan insan kaynaklı girişimlerden meydana geldiği belirtilmiştir³. Bu yüzden iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılabilmesi için üretim ve tüketim alışkanlıklarından istihdam politikalarına kadar çevre ve iklim kavramlarını merkeze alan çok yönlü dönüşümlerin gerçekleştiril-

¹ **Kurnaz**, Mehmet Levent: “İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye”, *Dirençlilik Dergisi*, C. 7, S. 1, 2023, s. 200; **Gökalp**, Süheyla Suzan: “Paris Anlaşması ve Türkiye’ye Yansımaları”, Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan/Bozkurt, Kutluhan/Kulaç, Duygu (ed.), *İklim Krizi ve Hukuk, Legal*, İstanbul 2022, s. 2.

² **Özel**, Mehmet/**Kılıç**, Selim: “Küresel Bir Sorun Olarak İklim Değişikliği ve İklim Politikaları”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 34, 2006, s. 139-141; **Birpınar**, Mehmet Emin: “Küresel Sorun: İklim Değişikliği-Gelişimi Uluslararası Müzakereler ve Türkiye”, *Çevre, Şehir ve İklim Dergisi*, S. 1, 2022, s. 22 vd.; **Roschmann**, Christian (çev. Fırat Engin): “İklim Değişikliği ve İnsan Hakları”, *AÜHFD*, C. 70, S. 4, 2021, s. 1157; **Selçuk**, Sefa Furkan: “Uluslararası İklim Değişikliği Anlaşmaları ve Türkiye’nin Tutumu”, *Ulusal Çevre Bilimleri Araştırma Dergisi*, C. 6, S. 1, 2023, s. 17; **Köse**, İsmail: “İklim Değişikliği Müzakereleri: Türkiye’nin Paris Anlaşması’nı İmza Süreci”, *Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi*, C. 9, S. 1, 2018, s. 59; **Kurnaz**, s. 200; **Gökalp**, s. 3.

³ **IPCC**: Summary for Policymakers, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, USA 2021, s. 4; **Öner**, Şerif: “İklim Değişikliği Sorununun Uluslararası Gelişmeler Eşliğinde Türkiye’nin Politika ve Kurumlarına Yansımaları”, *Ombudsman Akademik*, S. 18, 2023, s. 14.

mesi gerekmektedir⁴. Bu doğrultuda ülkelerin artık kalkınma stratejilerinde iklim değişikliğini de göz önünde bulundurması bir tesadüf değildir. Nitekim Avrupa Yeşil Mutabakatı bu dönüşümün önemli göstergelerinden biridir. Kapsamlı bir ekonomik dönüşüm programı olan, sınırda karbon vergisi gibi düzenlemeleri içeren Avrupa Yeşil Mutabakatı, Avrupa Birliği'nin (AB) çevre ile iklim kavramlarını odak noktasına alan, düşük karbonlu yeni büyüme stratejisini oluşturmakta ve Avrupa'yı karbon nötr bir kıta haline getirme hedefi taşımaktadır⁵.

Avrupa Yeşil Mutabakatı'nda belirlenen iklim değişikliğinin olumsuz etkileriyle mücadeleye dair hedeflerden biri de adil geçiş mekanizması ihdas edilmesidir. Böylece dönüşümden "*ekonomik ve sosyal açıdan en çok etkilenecek kesimlerin desteklenmesiyle sürecin adil ve kapsayıcı olmasının sağlanması*" amaçlanmaktadır. Bu dönüşüm sürecinin "*kaybedilen işler*" yerine "*büyük çaplı bir mesleki dönüşüm reformu*" olarak ön plana çıkması AB'nin amacını oluşturmaktadır⁶. Ayrıca mutabakatta belirlenen hedeflerin üye devletlerin hukuk sistemlerine aktarılabilmesi amacıyla 30 Haziran 2021 tarihinde Avrupa İklim Kanunu kabul edilmiştir⁷. Ülkemiz de halihazırda AB'ye üyelik müzakerelerini sürdürmekte olduğundan Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Avrupa İklim Kanunu ile öngörülen hedefleri karşılayabilmek için gerekli hazırlık çalışmalarını, yasal ve ekonomik alt yapıyı oluşturmakla mükelleftir. Bu durum ise başta enerji sektörü olmak üzere karbon yoğun işlerden yeşil işlere geçişi kaçınılmaz kılacak ve istihdamı yakından etkileyecektir. Bu dönüşüm esnasında en kırılgan pozisyonda olan işçilerin mağdur edilmemesi ve gerçek bir adil geçişin sağlanabilmesi için hangi hukuki araçların kullanılması gerektiğinin saptanması ülkemiz açısından da bir gerekliliktir.

Şüphesiz ki farklı pek çok yöntemin bir arada kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gereken bu dönüşüm sürecinde, özellikle de sendikalara

⁴ UNFCCC: Just Transition of the Workforce, and the Creation of Decent Work and Quality Jobs, United Nations Framework Convention on Climate Change, 2020, s. 25; **Martinez-Fernandez**, Cristina/**Hinojosa**, Carlos/**Miranda**, Gabriela: Greening Jobs and Skills: Labour Market Implications of Addressing Climate Change, OECD LEED Working Paper Series, 2010, s. 11.

⁵ **Hochscheidt**, Lukas/**Wixforth**, Susanne/**Rohde**, Jan Philipp: Die sozial-ökologische Transformation der Europäischen Wirtschaft, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2021, s. 2; **Birpınar**, s. 30-31.

⁶ **Şeren Güler**, Begüm: "Avrupa Yeşil Düzeni: Yeşil Kıtadan Yeşil Dünya'ya Geçiş", Sürdürülebilir Ekonomi ve Finans Araştırmaları Derneği, 2021, <https://sefia.org/blog/avrupa-yesil-duzeni-yesil-kitadan-yesil-dunyaya-gecis>, (Erişim: 21.08.2023); **Hochscheidt/Wixforth/Rohde**, s. 6.

⁷ https://www.ab.gov.tr/fasil-27-cevre_92.html, (Erişim: 21.08.2023).

büyük görevler düşmesi nedeniyle, toplu iş hukukunun hangi araçlarının kullanılabileceğinin belirlenmesinin önem arz ettiği kanaatindeyiz. Biz de bu doğrultuda çalışmamızda ilk önce iklim değişikliği kavramını açıklayarak konuyla ilgili ulusal ve uluslararası kanuni çerçeveyi ortaya koyacağız. Ardından iklim değişikliğinin istihdama yönelik etkilerini inceleyerek adil geçiş kavramını, çeşitli ülkelerdeki olumlu adil geçiş örneklerini de belirtmek suretiyle açıklayacağız. Son olarak ise ülkemizdeki mevcut toplu iş hukuku düzenlemelerinden yola çıkarak adil geçişi sağlamaya yönelik atılabilecek adımların neler olabileceğini inceleyeceğiz.

I. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ KAVRAMI

İklim değişikliği kavramının tanımlanabilmesi için öncelikle “iklim” kavramının bir tanımının yapılması gerekmektedir. İklim kavramı, Türk Dil Kurumu tarafından “*Yeryüzünün herhangi bir yerinde hava olaylarına bağlı olarak gerçekleşen etkilerin uzun yılların ortalamasına dayanan durumu*” olarak tanımlanmaktadır⁸. İklim değişikliği ile ilgili temel uluslararası sözleşmelerden biri olma niteliğini taşıyan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin (BMİDÇS) 1. maddesinde ise iklim sistemi kavramının tanımının “*atmosfer, hidrosfer, biyosfer, jeosfer ile bunların karşılıklı etkileşimlerinin toplamı*” şeklinde yapıldığı görülmektedir. İklimlerin meydana gelmesinde dünya ile güneşin konumu oldukça önem arz etmektedir. Zira güneş ışınlarındaki yoğunluk değişimi ve buna bağlı olarak farklılaşan enerji akımı iklim üzerinde büyük rol oynamaktadır. Fakat bunun yanı sıra okyanus akıntıları, tektonik hareketler, sera gazları gibi çeşitli başka etkenler de iklim üzerinde etkiye sahiptir⁹.

İklim değişikliği kavramı ise “*karşılaştırılabilir zaman dilimlerinde gözlenen doğal iklim değişikliğine ek olarak, doğrudan veya dolaylı olarak küresel atmosferin bileşimini bozan insan faaliyetleri sonucunda iklimde oluşan bir değişiklik*” anlamına gelmektedir (BMİDÇS m. 1). İklim değişikliği, sera gazları ve ozon tabakasının incilmesi ile yakından ilgilidir. Sera gazları, “*hem doğal, hem de insan kaynaklı olup atmosferdeki, kızıl ötesi radyasyonu emen ve tekrar yayan gaz oluşumları*”dır (BMİDÇS m. 1). Kyoto Protokolü EK A’da belirtilmiş olduğu üzere bu gazlar “*karbondioksit, metan, nitroz oksit, hidrofluorokarbonlar, perfluorokarbonlar, kükürt heksaflorür*” olarak sayılabilir¹⁰. Sera gazları esasında atmosferde belirli

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 21.08.2023).

⁹ Özel/Kılıç, s. 139.

¹⁰ Kyoto Protokolü’nün Türkçe metni için bkz. <https://iklim.gov.tr/kyoto-protokolu-i-35>, (Erişim: 21.08.2023).

oranlarda bulunan ve dünya üzerinde canlı yaşamının devamını sağlayan gazlardır. Ayrıca sera gazları, güneşten gelen ve dünya yüzeyinden atmosfere geri yansıyan kızıl ötesi ışınları tutmakta, böylelikle yeryüzünün ortalama sıcaklığını yükseltmektedir. Nitekim sera gazları olmadığı takdirde yer kürenin ortalama sıcaklığı -18°C olacak iken, bu gazların yarattığı etki sayesinde ortalama sıcaklık $+15^{\circ}\text{C}$ 'ye yükselmektedir¹¹. Bu etkiye ise sera etkisi adı verilmektedir. Sera etkisi bu yönüyle yer kürenin ısı dengesini sağlamaya hizmet etmektedir¹². Ancak sanayileşme ile birlikte fosil yakıt kullanımının artması, ormansızlaşma ve arazilerin kullanım amaçlarının değişmesi gibi etkenlerle karbondioksit, metan ve nitrojen oksit gazlarının miktarlarında artış meydana gelmiştir¹³. Bunun sonucunda da yer kürenin ortalama sıcaklığı yükselmeye başlamıştır. Küresel ısınma denilen bu durum önemli iklim değişikliklerine de yol açmaktadır. Yine nüfus yüksekliği, kentleşme ve sanayileşmenin artışıyla birlikte atmosfere bırakılan kirleticilerin oranı hızla yükselmeye başlamış, havanın doğal yapısı bozularak yüksek oranlarda hava kirliliği meydana gelmiştir. Ozon tabakasının da incelişmesiyle birlikte dünya üzerinde giderek artan bir şekilde, aşırı sıcaklığa bağlı kuraklık, uzun süreli yangınlar, mevsimlerde yaşanan kayma, aniden meydana gelen fırtınalar ve seller gibi afet düzeyinde yaşanan doğa olaylarının görülmesi iklimde meydana gelen değişikliklere örnek olarak gösterilebilir¹⁴. Şüphesiz gezegenimizin varoluşundan bu yana dünyanın güneş etrafındaki hareket yörüngesinde meydana gelen değişimler, tektonik ve volkanik hareketler gibi çeşitli doğal faktörler nedeniyle bazı dönemlerde iklim değişiklikleri yaşanmıştır¹⁵. Fakat doğal süreçler neticesinde meydana gelen bu değişimler 11 bin ila 150 bin yıllık oldukça uzun periyotlar sonunda oluşmuş iken günümüzde insan faaliyetleri neticesinde meydana gelen iklim değişikliği yalnızca 200 ila 300 yıl arası bir sürede ortaya çıkmıştır. Bu kadar hızlı bir şekilde meydana gelen değişim ise doğanın düzenini bozmakta ve ekolojik sistemin kendini onarmasına vakit tanımadığından kalıcı hasarlara neden olmaktadır¹⁶.

İklim değişikliğinin canlıların yaşamları üzerinde yarattığı tehlikeli sonuçların önlenmesi uluslararası işbirliğini gerektirmektedir. Özellikle

¹¹ Wittpahl, Volker: Klima, Springer, Berlin 2020, s. 37; Germanwatch: Der globale Klimawandel, 3. aktualisierte Auflage, Köln 2014, s. 1; Birpınar, s. 24; Özel/Kılıç, s. 147; Köse, s. 57.

¹² Kurnaz, s. 200; Köse, s. 57.

¹³ Öner, s. 17 vd.; Birpınar, s. 24; Köse, s. 57; Germanwatch, s. 2.

¹⁴ Özel/Kılıç, s. 141.

¹⁵ Roschmann, s. 1157; Wittpahl, s. 32; Birpınar, s. 23.

¹⁶ Birpınar, s. 23.

sera gazı salımları dolayısıyla emisyon oranları yüksek olan ülkeler başta olmak üzere alınması öngörülen tedbirlere uyulması oldukça önemlidir. Bu doğrultuda hem uluslararası ölçekte imzalanan hem de ulusal mevzuatımızda yer alan hukuki düzenlemelere değinilmesi yol gösterici olacaktır.

II. ULUSLARARASI BELGELERDE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ

A. Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı Bildirgesi

Stockholm Bildirgesi olarak da bilinen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı Bildirgesi, çevresel konularla ilgili uluslararası düzeydeki endişenin belgelendirilmesinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. 5-16 Haziran 1972 tarihinde Stockholm’de gerçekleştirilen konferans sonucunda hazırlanan bildirge yalnızca bir program niteliğinde kalmıştır. Fakat yine de bildirge çevre konulu müzakereler ve sözleşmeler için başlangıç noktası niteliği taşıması nedeniyle önem arz eden hukuki metinler arasında bulunmaktadır¹⁷.

B. Uzun Menzilli Sınırlar Ötesi Hava Kirliliği Sözleşmesi

1979 yılında Cenevre’de imzalanıp 1983 yılında yürürlüğe giren ve Cenevre Sözleşmesi olarak da adlandırılan bu sözleşme ile asit yağmurlarına neden olan hava kirliliğinin önlenmesi, asit yağmurları nedeniyle Avrupa’da zarar gören ormanların korunması ve ağaçlandırma yapılması amaçlanmıştır¹⁸. Sözleşme ile uluslararası hukukta ilk kez, bölgesel düzeyde artan hava kirliliği ile ilgilenilmiştir. Sözleşme neticesinde hükümetler arası işbirliği yapılarak önlemler alınmış ve bu önlemler sonucunda da Avrupa’daki asit yağmurları azalmış, ağaçlandırmada artış sağlanmıştır¹⁹. Bu yönüyle sözleşme, hükümetler arası kurulacak işbirlikleriyle devletlerin ortak hareket etmelerinin hava kirliliğinin önlenmesi konusunda ne kadar başarılı bir etki yarattığını kanıtlamıştır. Belirtelim ki, Türkiye de sözleşmeye 1983 yılında taraf olmuş²⁰, fakat sözleşmenin ilk protokolü hariç diğer protokollerine taraf olmamıştır²¹.

¹⁷ Roschmann, s. 1169.

¹⁸ Sözleşme hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Orhan, Gökhan: “Hava Kirliliği ve Asit Yağmurları: Uzun Menzilli Sınırlar Ötesi Hava Kirliliği Sözleşmesi ve Protokolleri Karşısında Türkiye’nin Konumu”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2012, s. 123-150.

¹⁹ Roschmann, s. 1169-1170.

²⁰ Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun 30.04.1982 tarihli ve 17680 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış; ardından Sözleşme onaylanarak 23.03.1983 tarihli ve 17996 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²¹ Orhan, s. 125.

C. Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi

Hükümetler arası işbirliğine örnek bir başka sözleşme ise 1985 tarihli Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi'dir. Ülkemizin de tarafı olduğu²² Viyana Sözleşmesi ile “araştırma yapılması, ozon tabakasının sistematik olarak gözlenmesi, kloroflorokarbon (CFC) üretiminin izlenmesi ve bilgi paylaşımı hususlarında hükümetler arası işbirliğinin sağlanması” teşvik edilmiştir. Çerçeve sözleşme niteliği taşıyan Viyana Sözleşmesi'nde gelişmekte olan ülkelere teknoloji transferi sağlanması hususu da vurgulanmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki Viyana Sözleşmesi, taraf devletlere yasal bağlayıcılığı olan somut yükümlülükler getirmemiştir²³.

D. Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü

1987 yılında kabul edilen Montreal Protokolü'nde²⁴, CFC ve bazı halon gazlarının hem üretimlerinin hem de tüketimlerinin azaltılması ve böylece atmosfere salınan sera gazlarının kademeli bir şekilde azaltılması hedeflenmiştir. Ayrıca Protokol'de taraf devletlerce alınacak kontrol tedbirleri, kota yükümlülükleri, Protokol'e taraf olmayan ülkelerle yapılacak ticaretin kontrolü, verilerin raporlanması, gelişmekte olan ülkelere getirilen özel teşvik hükümleri gibi hükümler yer almaktadır²⁵. Montreal Protokolü'ne Türkiye de taraf olmuş²⁶, ayrıca Protokol'de günümüze kadar yapılan tüm değişiklikleri de kabul etmiştir²⁷.

E. Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi

Özel olarak iklim değişikliğini konu edinen ilk Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olma özelliğini taşıyan BMİDÇS, 1992 yılında Rio de Janeiro'da

²² Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun 20.06.1990 tarihli ve 20554 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; ardından Sözleşme onaylanarak 08.09.1990 tarihli ve 20629 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²³ **Duru**, Bülent: “Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni”, Mülkiye, C. 25, S. 230, 2001, s. 307; **Roschmann**, s. 1170; **Öner**, s. 20. Viyana Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi ve sözleşmenin Türkçe metni için ayrıca bkz. <https://iklim.gov.tr/viyana-sozlesmesi-i-36>, (Erişim: 30.08.2023).

²⁴ Protokol metni için bkz. <https://iklim.gov.tr/montreal-protokolu-i-38>, (Erişim: 30.08.2023).

²⁵ **Roschmann**, s. 1170 vd.

²⁶ Protokolün onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun 20.06.1990 tarihli ve 20554 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; ardından Protokol onaylanarak 08.09.1990 tarihli ve 20629 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://iklim.gov.tr/montreal-protokolu-i-38>, (Erişim: 30.08.2023).

gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda (Yerküre Zirvesi olarak da bilinmektedir) imzaya açılmış, 1994 yılında ise yürürlüğe girmiştir²⁸. Sözleşmenin amacı 2. maddede “atmosferdeki sera gazı birikimlerini, iklim sistemi üzerindeki tehlikeli insan kaynaklı etkiyi önleyecek bir düzeyde durdurmayı başarmak” olarak belirtilmiştir. Yine aynı maddeye göre, “böyle bir düzeye, ekosistemin iklim değişikliğine doğal bir şekilde uyum sağlamasına, gıda üretiminin zarar görmeyeceği ve ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir şekilde devamına izin verecek bir zaman dahilinde ulaşılmalıdır”²⁹.

Sözleşme, ülkelerin gelişmişlik seviyelerini, iklim değişikliğindeki tarihsel sorumluluklarını, kalkınma önceliklerini ve farklı koşullarını esas alarak sözleşmenin tarafı olan ülkeleri yükümlülük türleri açısından sınıflandırmıştır³⁰. Bu gruplardan ilki sözleşmenin Ek I listesinde belirtilen, 1992 yılında Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) üyesi olan ülkeler, AB üyesi ülkeler ile “pazar ekonomisine geçiş sürecindeki ülkeler” olarak isimlendirilen eski doğu bloku ülkelerinden oluşmaktadır. Bu ülkeler “sera gazı emisyonlarını azaltmak, karbon yutak alanlarını korumak ve geliştirmek, salınan ve uzaklaştırılan sera gazı emisyonları ile ilgili envanter tutmak ve paylaşmak, iklim değişikliği sorununa karşı alınan önlemleri paylaşmak ve diğer taraf ülkelerle işbirliği içerisinde bulunmak” gibi yükümlülüklerle sorumlu tutulmuştur (BMİDÇS m. 4). Ek II listesinde yer alan ikinci grup ülkeler ise OECD üyesi devletler ile AB üyesi devletlerdir. Bu ülkelere Ek I devletlerine getirilen ve yukarıda belirtmiş olduğumuz yükümlülüklerin yanı sıra, “gelişmekte olan ülkelere iklim değişikliği sorunuyla mücadele, iklim değişikliğinin etkilerini en aza indirme ve uyum kapsamında teknoloji transferi ile bilgi paylaşımı yapılması, finansman sağlanması ve teşviklerde bulunulması” gibi ek yükümlülükler de getirilmiştir (BMİDÇS m. 4)³¹. Üçüncü grup ülkeler olarak kategorize edilebilecek ve Ek-I ile Ek-II listelerinin dışında kalan diğer devletler ise iklim değişikliğinin meydana gelmesinde en az tarihsel sorumluluğu olan, fakat iklim değişikliğinden de en çok etkileyecek ülkeler olma özelliğini taşımaktadır³².

²⁸ <https://unfccc.int/process-and-meetings/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>, (Erişim: 21.11.2023).

²⁹ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://iklim.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-33>, (Erişim: 30.08.2023).

³⁰ **Birpınar**, s. 26-27.

³¹ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Selçuk**, s. 11; **Birpınar**, s. 27; **Duru**, s. 310-311.

³² **Selçuk**, s. 11.

Türkiye ise OECD üyesi bir devlet olması nedeniyle hem Ek I hem de Ek II ülkeleri arasında yer alması gerektiğinden, uzun bir süre Sözleşmeye taraf olmamıştır. Zira özellikle Ek II listesinde yer alması Türkiye'ye gelişmekte olan ülkelere teknoloji transferi yapması ve finansman sağlaması gibi bazı sorumlulukların yüklenmesine neden olacaktı. İklim değişikliğinin meydana gelmesinde tarihsel sorumluluğu bulunan gelişmiş ülkelerle aynı yükümlülüklerle tabi tutulmak istemeyen ülkemiz, sözleşmenin ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesine dayanarak, farklı konumunun ve yükümlükler karşısında yaşayacağı zorlukların göz önünde bulundurulmasını istemiştir³³. 6. Taraflar Konferansı'nda (COP 6)³⁴ Türkiye'nin Ek II listesinden çıkarılması, Ek I listesinde ise özel şartlarla bulunması talebi olumlu karşılanmış ve 2001 yılında COP 7'de bu konuda resmi bir karar alınmıştır. Böylelikle ülkemiz Ek I listesinde yer almaya devam etmiş, Ek II listesinden çıkarılmış ve gelişmekte olan ülkelere teknoloji transferi veya finansman desteği sağlama gibi ağır yükümlülüklerle tabi tutulmak zorunda kalmaksızın BMİDÇS'ye taraf olmuştur³⁵.

F. Kyoto Protokolü

Japonya'nın Kyoto şehrinde 1997 yılında gerçekleştirilen COP 3 toplantısında, BMİDÇS'nin ekinde yer alan ve Ek-I ülkeleri olarak adlandırılan ülkelerin sera gazı azaltım yükümlülüklerinin net bir şekilde belirlenebilmesi için Kyoto Protokolü kabul edilmiştir. Zira BMİDÇS'nde taraf ülkelere sera gazı azaltımları konusunda uymaları gereken sayısal değerler getirilmemiş ve sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletlere hukuki yaptırım uygulanabilmesine dair bir mekanizma da geliştirilmemiştir. Bu aksaklıkları gidermek amacıyla, Kyoto Protokolü COP 7'de taraf ülkelerin onayına uygun hale getirilmiş, ardından 2004 yılında Rusya'nın da protokolü onaylamasıyla 2005 yılında yürürlüğe girebilmiştir³⁶. Kyoto Protokolü 2008-2012 ile 2013-2020 yılları arasını kapsayacak şekilde iki döneme ayrılacak şekilde hazırlanmış ve ülkelerin sera gazı salımı sınırlan-

³³ **Duru**, s. 324 vd.; **Köse**, s. 61-62; **Birpınar**, s. 28 vd.; **Selçuk**, s. 11-12.

³⁴ BMİDÇS'nin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için her yıl "Taraflar Konferansı (Parties of the Conference)" toplantıları düzenlenmektedir. Bu toplantıların ilki 1995 yılında Berlin'de düzenlenmiştir, **Birpınar**, s. 27.

³⁵ Sözleşmeye katılmamızın uygun bulunduğu dair kanun 21.10.2003 tarihli ve 25266 sayılı Resmi Gazete'de; Sözleşmeye katılmamız hakkında karar ise 18.12.2003 tarihli ve 25320 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁶ **Selçuk**, s. 12. Kyoto Protokolü'nün Türkçe metni için bkz. <https://iklim.gov.tr/kyoto-protokolu-i-35>, (Erişim: 02.09.2023).

dırma veya azaltım taahhüdü değerleri protokolün Ek-B kısmında sayısal olarak net bir şekilde belirlenmiştir. Bu yönüyle protokol sayısallaştırılmış emisyon hedefi belirten ilk uluslararası anlaşmadır³⁷. Ancak taraf devletlere emisyon kotaları tanınarak bu kotaların ticaretine izin verilmiş olması protokolün etkinliğine gölge düşüren bir faktör olmuştur. Zira bu şekilde sanayileşmiş ve sera gazı emisyon oranı yüksek olan, bu nedenle de sera gazı azaltım taahhüdünü yerine getiremeyen ülkeler, sera gazı azaltım taahhüdü bulunmayan veya taahhütte bulunduğundan daha fazla azaltımda bulunan ülkelere ücretini ödeyerek kota satın alma ve emisyon miktarlarını artırabilme hakkına sahip olmuşlardır. Bu durum ise adeta ücretini ödeyen ülkenin çevreyi ve havayı kirletme hakkına da sahip olması sonucunu doğurmuştur³⁸.

Kyoto Protokolü yürürlüğe girdiğinde Türkiye henüz BMİDÇS'ne taraf olmadığından, protokolün, Ek-I ülkeleri için öngörülen sera gazı salımı sınırlandırma veya azaltım taahhüdü değerlerinin bulunduğu Ek-B kısmında yer almamıştır³⁹. Fakat daha sonra ülkemiz BMİDÇS'ne taraf olmasını takiben 2009 yılında Kyoto Protokolü'ne de katılmıştır⁴⁰. Belirtelim ki, buna rağmen Türkiye'nin Kyoto Protokolü çerçevesinde sera gazı salımı sınırlandırma veya azaltım yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak BMİDÇS ve protokol doğrultusunda ülkemiz, “*Türkiye Cumhuriyeti İklim Değişikliği Eylem Planı 2011-2023*”⁴¹, “*Türkiye'nin İklim Değişikliği Uyum Stratejisi ve Eylem Planı*”⁴² ile “*Türkiye İklim Değişikliği Stratejisi 2010-2023*”⁴³ belgelerini hazırlamıştır⁴⁴. Ayrıca “*Türkiye'nin Yedinci Ulusal Bildirimi*” 26 Aralık 2018 tarihinde, “*Dördüncü İki Yıllık Rapor*” ise 27 Aralık 2019 tarihinde BMİDÇS sekreteryasına sunulmuştur. İlave olarak sera gazı emisyon

³⁷ <https://iklim.gov.tr/kyoto-protokolu-i-35>, (Erişim: 02.09.2023).

³⁸ **Köse**, s. 63; **Selçuk**, s. 15.

³⁹ **Selçuk**, s. 14.

⁴⁰ Protokole katılmamızın uygun bulunduğu dair kanun 17.02.2009 tarihli ve 27144 sayılı Resmi Gazete'de; Protokole katılmamız hakkında karar ise 13.05.2009 tarihli ve 27227 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴¹ Eylem planı için bkz. <https://iklim.gov.tr/eylem-planlari-i-19>, (Erişim: 02.09.2023).

⁴² Uyum stratejisi ve eylem planı için bkz. <https://iklim.gov.tr/eylem-planlari-i-19>, (Erişim: 02.09.2023).

⁴³ Belge için bkz. <https://iklim.gov.tr/strateji-belgeleri-i-20>, (Erişim: 02.09.2023).

⁴⁴ Eylem planları ve strateji belgelerinin süresinin 2023 yılında dolacak olması nedeniyle bu belgelerin güncellenmekte olduğu Türkiye Cumhuriyeti Güncellenmiş Birinci Ulusal Katkı Beyanında ifade edilmiştir, Türkiye Cumhuriyeti Güncellenmiş Birinci Ulusal Katkı Beyanı, s. 4, <https://www.iklim.gov.tr/guncellenmis-birinci-ulusal-katki-beyani-sunuldu-haber-1139>, (Erişim: 04.09.2023).

envanterinin ve sera gazı emisyon projeksiyonlarının hazırlanması konusunda da çalışmalar yürütülmektedir⁴⁵.

G. Paris Anlaşması

Paris Anlaşması, Kyoto Protokolü'nün 2020 yılında sona erecek olması nedeniyle, bu tarihi takip eden dönemde iklim değişikliği ile ilgili uluslararası işbirliğini sürdürmeyi amaçlamaktadır. Anlaşma ile “*petrol, kömür gibi fosil yakıt ürünlerinin kullanımının aşamalı olarak azaltılması, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelimin teşvik edilmesi yoluyla sanayileşme öncesi döneme kıyasla küresel sıcaklık artışının 2°C'nin altında tutulması, ayrıca 1,5°C'nin altında tutulmasına ilişkin küresel çabaların da sürdürülmesi ve böylelikle 2050 yılına kadar sera gazı emisyonlarının sıfırlanması için ülkelerin ortaklaşa çalışmalarının teşvik edilmesi*” hedeflenmektedir⁴⁶. 2015 yılında Paris'te gerçekleştirilen COP 21'de oy birliği ile kabul edilen Paris Anlaşması 4 Kasım 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁷.

Paris Anlaşması'nda Kyoto Protokolü'nden farklı olarak BMİDÇS'nin ekleri (Ek-I ve Ek-II listeleri) referans alınmamış, bunun yerine “*gelişmiş ülkeler-gelişmekte olan ülkeler*” şeklinde başka bir ayrıma gidilmesi yolu tercih edilmiştir. Anlaşma doğrultusunda gelişmiş ülkeler geliştirmekte olan ülkelere iklim değişikliğine uyum ve sera gazı emisyonlarının azaltılması yolunda “*Yeşil İklim Fonu*” adı verilen fon üzerinden finansman sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu düzenleme ile geliştirmekte olan ülkelerin sera gazı emisyonlarını azaltma konusunda teşvik edilmesi amaçlanmıştır. Buna ilave olarak anlaşmada, sera gazı emisyonlarının azaltımı konusunda Kyoto Protokolü'nde düzenlendiği gibi ülkelere belirli bir oranda azaltım yapma zorunluluğu getirilmemiştir. Bunun yerine ülkelerin emisyon azaltım taahhütlerinin, kendilerinin belirli bir tarih aralığını kapsayacak şekilde oluşturacakları “*Amaçlanan Ulusal Katkı Beyanı*”na göre tespit edileceği kararlaştırılmıştır. Ancak her yeni beyanda belirlenecek hedef, bir önceki beyanda belirlenen hedeften daha düşük olamayacaktır⁴⁸.

Türkiye ise finans ve teknoloji desteklerine erişim talebinin karşılanması şartıyla Paris Anlaşması'nı 2015 yılında kabul etmiş, 2016 yılında anlaşmayı imzalamıştır⁴⁹. Fakat buna rağmen Türkiye, BMİDÇS uyarınca Ek-I

⁴⁵ <https://iklim.gov.tr/ulusal-bildirimler-i-21>, (Erişim: 02.09.2023).

⁴⁶ **Gökalp**, s. 8.

⁴⁷ <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>, (Erişim: 21.11.2023).

⁴⁸ **Selçuk**, s. 16; **Birpınar**, s. 27; **Gökalp**, s. 10-11.

⁴⁹ **Öner**, s. 29.

ülkesi olarak kabul edilmesi ve hukuki statüsünde belirsizlikler taşıması nedeniyle, Paris Anlaşması'nı ancak 2021 yılında Paris Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun⁵⁰ ile uygun bularak kabul etmiş ve 10 Kasım 2021 tarihinde anlaşmaya taraf olmuştur⁵¹. Ülkemiz Paris Anlaşması doğrultusunda ilk ulusal katkı beyanını 30 Eylül 2015 tarihinde BMİDÇS sekreteryasına sunmuştur. Daha sonrasında ise BMİDÇS ve Paris Anlaşması'na ek olarak kabul edilen Glasgow İklim Mutabakatı doğrultusunda “*Türkiye Cumhuriyeti Güncellenmiş Birinci Ulusal Katkı Beyanı*”nı sekreteryaya iletmıştır. Bu beyan ile önceki beyanda belirtilen, 2021 yılından 2030 yılına kadar olağan emisyon seviyesinden %21'e varan azaltıma gidileceği hedefi güncellenerek %41'e yükseltilmiştir. Güncel beyana göre Türkiye, “*en geç 2038 yılında emisyonlarını tepe noktasına çıkarmayı, ardından azaltıma giderek 2053 yılına kadar net sıfır emisyon hedefine ulaşmayı*” amaçlamaktadır⁵².

III. TÜRK HUKUKUNDA ÇEVRE VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ MEVZUAT

Ulusal mevzuatımızda iklim, ekosistem ve çevre konulu çeşitli düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Ayrıca belirtelim ki, Anayasa m. 90/son hükmü doğrultusunda Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşme ve protokoller de ulusal mevzuatımıza dahil kabul edilmektedir. Zira Anayasa m. 90/son hükmünün ilk cümlesine göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*”. Anayasa m. 90/1 hükmünde, “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır*” düzenlemesi yer almaktadır⁵³. Anayasa m. 104/11 hükmünde ise uluslararası sözleşmeleri onaylama yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Dolayısıyla, bir uygun bulma kanunu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen ve

⁵⁰ Paris Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ve Paris Anlaşmasının İlişik Beyanla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar için bkz. RG. 07.10.2021, 31621.

⁵¹ 7.10.2021 Tarihli ve 4618 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile Onaylanan Paris Anlaşmasının Yürürlük Tarihinin 10.11.2021 Olarak Tespit Edilmesi Hakkında Karar için bkz. RG. 04.11.2021, 31649.

⁵² Türkiye Cumhuriyeti Güncellenmiş Birinci Ulusal Katkı Beyanı, s. 2.

⁵³ Ancak Anayasa m. 90/2 ve m. 90/3 hükümlerinde belirtilen uluslararası sözleşmelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması gerekmeksizin doğrudan Cumhurbaşkanı kararı ile onaylanması mümkündür.

Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan uluslararası sözleşmeler, Anayasa m. 90/son hükmünün ilk cümlesi uyarınca “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş*” uluslararası sözleşmeler statüsünde kabul edilecektir⁵⁴. Bu doğrultuda yukarıda incelemiş olduğumuz uluslararası sözleşme ve protokoller de iç hukukumuzun bir parçasını oluşturmaktadır.

Ulusal mevzuatımızdaki çevre konulu temel düzenleme Anayasanın “*Sağlık ve çevrenin korunması*” başlıklı 56. maddesidir. 56. maddenin ilk fıkrasında, “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*” denilerek sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının bir insan hakkı olduğu vurgulanmış; ardından aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*” ifadelerine yer verilerek hem Devlete hem de tüm yurttaşlara bu konuda bir sorumluluk yüklenmek istenmiştir⁵⁵. Ayrıca kıyılarla ilgili 43. madde, toprağın korunmasıyla ilgili 44. madde, tarım arazileri, çayır ve meraların korunmasını da düzenleyen 45. madde, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63. madde, tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168. madde ile ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin 169. madde de Anayasanın konumuzla ilgili olarak Devlete koruma yükümlülüğü getirdiği düzenlemeleridir.

Ulusal mevzuatımızda kanun düzeyinde yer alan hukuki metinlerin başında ise 1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu gelmektedir. Kanunun amacı ise 1. maddede, “*bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak*” olarak belirlenmiştir. Kanunda çevrenin korunmasına, iyileştirilmesine ve kirliliğin önlenmesine ilişkin genel ilkeler belirlenmiş; çevrenin korunmasına ilişkin önlemler ve yasaklar düzenlenerek ihlal halinde uygulanacak idari para cezalarına yer verilmiştir. İdari para cezalarına ilaveten Kanunun 28. maddesinde çevreyi kirletenlerin ve çevreye zarar verenlerin hukuki sorumluluğu da düzenlenmiştir. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanu-

⁵⁴ **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 53-54; **Odaman**, Serkan: “Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi”, Legal İSGHD, S. 3, 2004, s. 820. Uluslararası sözleşme hükümlerinin iç hukuk normu haline gelmesine dair monist ve dualist görüşler hakkında bilgi için ayrıca bkz. **Ertürk**, Şükran: “Türkiye’de Sendikalar Yaşam Türkiye’nin Onaylamış Bulunduğu 87 ve 151 Sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 727-728.

⁵⁵ **Bilgili**, Muhammed Yunus: “Anayasal Bir Hak Olarak Çevre Hakkı”, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 6, S. 2, 2015, s. 578.

nunda “Çevreye karşı suçlar” başlığı altında, çevrenin kasten (m. 181) veya taksirle (m. 182) kirletilmesi, gürültüye neden olma (m. 183) ve imar kirliliğine neden olma (m. 184) suç olarak düzenlenmiştir. Öte yandan 6831 sayılı Orman Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 4122 sayılı Milli Ağaçlandırma ve Erozyon Kontrolü Seferberlik Kanunu, 4342 sayılı Mera Kanunu, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu da bu konudaki önemli temel ulusal düzenlemelerdir.⁵⁶

Ulusal mevzuatımızda ayrıca 2014 tarihli Sera Gazı Emisyonlarının Takibi Hakkında Yönetmelik, 2017 tarihli Ozon Tabakasını İncelten Maddele İlişkin Yönetmelik, 2017 tarihli Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönetmeliği, 2014 tarihli Sera Gazı Emisyonlarının İzlenmesi ve Raporlanması Hakkında Tebliğ ve 2017 tarihli Sera Gazı Emisyon Raporlarının Doğrulması ve Doğrulama Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Tebliğ yürürlükte olup çevre ve iklim ile ilgili düzenlemeler içermektedir.

İklim değişikliğini doğrudan ele alan kanuni bir düzenlemeye ise henüz mevzuatımızda yer verilmemiştir. Ancak BMİDÇS sekreteriyasına sunulan Türkiye Cumhuriyeti Güncellenmiş Birinci Ulusal Katkı Beyanı’nda belirtilmiş olduğu üzere bir İklim Kanunu hazırlanarak yürürlüğe girmesi planlanmaktadır. Nitekim Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı⁵⁷ tarafından taslak kanun metni incelemeye açılmış bulunmaktadır⁵⁸. Benzer şekilde Yerel İklim Değişikliği Eylem Planı Yönetmeliği hakkında da çalışmalar yapılmaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Bu düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aykul, Ömer**: “İklim Krizinde Hukuksal Sorunlar ve Öneriler”, Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan/Bozkurt, Kutluhan/Kulaç, Duygu (ed.), İklim Krizi ve Hukuk, Legal, İstanbul 2022, s. 95 vd.

⁵⁷ İklim değişikliğinin etkileriyle mücadeleye verilen önemin bir göstergesi olması amacıyla 29.10.2021 tarihli ve 31643 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının ismi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. Ayrıca aynı kararname ile Bakanlığın ana hizmet birimleri arasına Çölleşme ve Erozyonla Mücadele Genel Müdürlüğü eklenmiş, İklim Değişikliği Başkanlığı kurulmuş, İklim Değişikliği ve Hava Yönetimi Koordinasyon Kurulunun adı İklim Değişikliği ve Uyum Koordinasyon Kurulu olarak değiştirilerek bakan yardımcısı statüsünde bir başmüzakereci tarafından iklim değişikliği müzakerelerinin yürütüleceği belirtilmiştir.

⁵⁸ Kanun taslağı için bkz. <https://pmrturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/12/Taslak-Iklim-Kanunu-1.pdf>, (Erişim: 09.09.2023).

⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Güncellenmiş Birinci Ulusal Katkı Beyanı, s. 3-4.

IV. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNİN ÇALIŞMA HAYATINA ETKİLERİYLE MÜCADELE VE ADİL GEÇİŞ HAKKI

A. İklim Değişikliğinin İstihdama Yönelik Etkileri

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından belirtilmiş olduğu üzere, iklim değişikliğinin, hem sektörel hem de bölgesel olarak istihdamı ciddi şekilde etkilemesi beklenmektedir. İklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden ilki iş kayıplarıdır. Nitekim aşırı hava olayları neticesinde çalışanların yer değiştirmek zorunda kalmaları veya bu olaylar sonucunda ulaşımda, sanayiye ilişkin altyapılarda, yerleşim yerlerinde ve işyerlerinde meydana gelecek zararlar neticesinde iş kayıpları ortaya çıkabilecektir. Benzer şekilde tarım sektöründe de aşırı yağış, sıcaklık artışları, kasırga oluşumları gibi nedenlerle tarımsal ürünlerde meydana gelecek zararlar iş kayıplarına yol açabilecektir. Aşırı hava olayları sonucunda yaşanabilecek diğer bir olumsuz durum ise iş kesintileridir. Hava koşulları nedeniyle işyerlerinde, hammadelerde, üretim sahaları ve tedarik zincirlerinde meydana gelebilecek aksamaların iş kesintilerine yol açması öngörülmektedir. Kuşkusuz iklim değişikliği işgücü verimliliğini etkileyen çalışma koşulları ile iş sağlığı ve güvenliği üzerinde de büyük etkiye sahiptir. Örneğin, sıcaklık artışına bağlı olarak işçilerde ortaya çıkacak sıcaklık stresinin çalışma saatlerinin ve hatta çalışma günlerinin kaybına neden olacağı öngörülmektedir. Ayrıca yaşanmaz bir çevre nedeniyle ortaya çıkacak göç olgusu da istihdamı yakından etkileyecektir⁶⁰. İklim değişikliğinin istihdama olan olumsuz etkilerine yoksul kesimlerin, kayıt dışı çalışanların, mevsimlik işçiler ile göçmen işçilerin, mikro ve küçük ölçekli işletmelerin; sektörel olarak ise enerji, su, tarım ve gıda üretimi, balıkçılık, ormancılık, turizm, ulaşım, inşaat, demir ve çelik imalatı gibi ağır sanayi, madencilik gibi doğal kaynaklara ve iklime daha çok bağımlı olan sektörlerin en çok maruz kalması beklenmektedir⁶¹.

⁶⁰ **Eurofound**: Anticipating and Managing the Impact of Change-Impact of Climate Change and Climate Policies on Living Conditions, Working Conditions, Employment and Social Dialogue: A Conceptual Framework, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2023, s. 15; **Üstün**, Alkan/**Cizreli**, Bahattin: “Yeni Bir Dönemin Eşiğinde Adil Dönüşüm Yaklaşımı”, Kent Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 37, 2022, s. 1917-1918; https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_371589/lang-en/index.htm, (Erişim: 10.09.2023); **ILO**: The Employment Impact of Climate Change Adaptation, Geneva 2018, s. 8, 15 vd., (Adaptation); Ayrıca bkz. **ILO**: Working On a Warmer Planet: The Impact of Heat Stress on Labour Productivity and Decent Work, Geneva 2019.

⁶¹ **Olsen**, Lene: The Employment Effects of Climate Change and Climate Change Responses: A Role for International Standards, International Labour Office, Geneva

Belirttiğimiz bu olumsuz etkilere karşılık alınacak önlemler ve atılacak adımlar ile düşük karbonlu ekonomiye geçişin sağlanması durumunda iklim değişikliğinin istihdam üzerinde olumlu etkileri de olabilecektir. Örneğin her geçen gün mal ve hizmet talebinin arttığı yenilenebilir enerjiler gibi yeşil sektörlerde istihdam yaratılması, atık yakma tesislerindeki işlerin geri dönüşüm tesislerindeki işlerle değiştirilmesi gibi karbon yoğun ve çevreyi kirleten bazı işlerin yerine başka işlerin ikame edilmesi söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde, işletmelerin daha çevre dostu ve düşük karbonlu yeşil ürün ve hizmetlere yatırım yapmasının teşvik edilmesiyle yeni pazarlara ulaşılması ve bu alanlarda yeni işletmelerin kurulması sağlanabilir. İşletmelerin hammadde ve enerji verimliliğinde yapacakları iyileştirmeler sonucunda üretim için ihtiyaç duyulan kaynak miktarı azaltılabilir ve enerji maliyetlerinden tasarruf edilebilir⁶².

B. Önemli Bir Sendikal Hareket: Adil Geçiş Hakkı

İklim değişikliğinin istihdama yönelik etkilerinin ortaya konulması beraberinde yüksek karbonlu sektörlerde çalışan işçilerin geleceklerinin ne olacağı sorusunu getirmiştir. Zira sera gazı salımlarını azaltabilmek için karbon yoğun sektörlerde bir dönüşümün ve geçişin olması kaçınılmaz görünmektedir. Bu durum ise özellikle de dönüşümün ani bir şekilde gerçekleşmesi halinde bu sektörlerde çalışan işçilerin işsiz kalmasına yol açabilecektir. İşte bu noktada “*adil geçiş (just transition)*” kavramı ileri sürülmüştür⁶³.

Adil geçiş kavramından ilk kez Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde petrol, kimya ve atom endüstrisindeki işçilerin çevre mevzuatı nedeniyle

2009, s. 4 vd.; **Doorey**, David J.: “A Transnational Law of Just Transitions for Climate Change and Labour”, Research Handbook on Transnational Labour Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton USA 2015, s. 551; **Eurofound**, s. 13-14, 25; **Üstün/Cizreli**, s. 1917-1918; **ILO**, Adaptation, s. 14; **UNFCCC**, s. 23; https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_371589/lang-en/index.htm, (Erişim: 10.09.2023); **European Parliament**: The Impact of Climate Change Policies on the Employment Situation, Brussels 2010, s. 3; **Martinez-Fernandez/Hinojosa/Miranda**, s. 10.

⁶² **ILO**: World Employment Social Outlook 2018 Greening With Jobs, Geneva 2018, s. 42 vd.; **Haberfellner**, Regina/**Sturm**, René: Ökologisierung, Strukturwandel und Arbeitsmarkt: Eine globale Perspektive auf die Green Economy, Arbeitsmarktservice Österreich, Wien 2014, s. 1; **ILO**, Adaptation, s. 22 vd.; **Üstün/Cizreli**, s. 1928-1929; https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_371589/lang-en/index.htm, (Erişim: 10.09.2023); **UNFCCC**, s. 16; **Martinez-Fernandez/Hinojosa/Miranda**, s. 21.

⁶³ **Özyer**, Berkan: “Adil Geçiş”, EKOIQ Yeşil İş ve Yaşam Dergisi, S. 60, 2016, s. 44.

işlerini kaybetme riskiyle karşılaştıkları 1970’li yıllarda bahsedilmeye başlanmıştır⁶⁴. 1992 yılında gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı’nda fosil yakıtların iklim değişikliğine yol açtığına ortaya konulmasının ardından, ABD Petrol, Kimya ve Atom İşçileri Sendikası liderlerinden Tony Mazzocchi, adil geçiş kavramını gündemde tutarak çevre koruma politikaları nedeniyle yerlerinden edilen işçiler için mali destek ve yüksek öğrenim imkanı sağlayacak bir fonun savunuculuğunu yapmaya başlamıştır⁶⁵. Adil geçiş kavramı, 1990’lı yılların sonunda ise ABD’de pek çok sendika tarafından benimsenen ve uluslararası sendikalar tarafından da savunulan bir kavram haline gelmiştir⁶⁶. COP 3 ile COP 16 toplantılarında da gündeme getirilen adil geçiş kavramı, sendikaların ve çevre örgütlerinin baskısının bir sonucu olarak, 2015 yılında Paris Anlaşması’nın giriş metninde, “*Ulusal düzeyde tanımlanmış kalkınma öncelikleri doğrultusunda, işgücünün adil geçişi ile onurlu ve nitelikli işler oluşturmanın gerektirdiği şartları dikkate alarak... aşağıdakiler üzerinde anlaşmaya varılmıştır*” ifadeleriyle yer bulmuştur⁶⁷. Ayrıca başta kömür olmak üzere fosil yakıtların yerini hızla daha ucuz yenilenebilir seçeneklerin almaya başlaması, özellikle kömür sanayinde istihdam edilenlerin karşılaştığı riskin gözle görülür bir hale gelmesini ve adil geçiş süreçlerinin hızlı bir biçimde devreye alınması gerektiğinin farkına varılmasını sağlamıştır⁶⁸. Böylelikle adil geçiş kavramı günümüzde sıklıkla kullanılan bir kavram haline gelmiştir.

Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu (ITUC) tarafından kabul edilen tanıma göre, “*Adil geçiş, düşük karbonlu ekonomiye geçiş sürecinde işçilerin ve toplulukların geleceğini ve geçim kaynaklarını güvence altına alan ve işçiler ile üye oldukları sendikalar, işverenler, hükümet ve topluluklar*

⁶⁴ **Franssen**, Marie-Monique/**Holemans**, Dirk: “Yeşil ve Sosyal Bir Adil Geçiş İçin İklim, İstihdam ve Adalet”, s. 2, https://gef.eu/wp-content/uploads/2021/05/GEF_just-transition-paper-turkish_final-3.pdf, (Erişim: 23.09.2023); **Stavis**, Dimitris/**Felli**, Romain: “Global Labour Unions and Just Transition to a Green Economy”, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, Vol. 14, No. 4, 2014, s. 7.

⁶⁵ **Franssen/Holemans**, s. 2; **Climate Action Network Europe**: “İklim Dostu Bir Ekonomiye Adil Dönüşüm Nasıl Gerçekleşebilir?”, s. 2, https://caneurope.org/content/uploads/2019/12/TR_JTbriefing_Final_16.12.pdf, (Erişim: 23.09.2023); **ILO**: Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All, Geneva 2018, s. 1, (Just Transition); **Stavis/Felli**, s. 7-8.

⁶⁶ **Stavis**, Dimitris: “Unions and the Environment: Pathways to Global Labor Environmentalism”, WorkingUSA: Journal of Labour & Society, Vol. 14, No. 2, 2011, s. 146; **Doorey**, s. 557; **Franssen/Holemans**, s. 2.

⁶⁷ **ILO**, Just Transition, s. 2, 5; **Özyer**, s. 48.

⁶⁸ **Climate Action Network Europe**, s. 2.

arasında geliştirilen sosyal diyaloga dayanan bir kavramdır. Bu bağlamda adil geçiş planı, küresel ısınma ve iklim değişikliği politikalarından etkilenen bütün işçiler için daha iyi ve insan onuruna yakışır iş imkanları, sosyal koruma, daha fazla eğitim fırsatı ve daha kapsamlı iş güvenliği sağlayan ve bu hakları güvence altına alan bir planlamadır⁶⁹. ILO'ya göre ise adil geçiş, “ekonomiyi ilgili herkes için mümkün olduğunca adil ve kapsayıcı bir şekilde yeşillendirmek, insana yakışır iş fırsatları yaratmak ve kimseyi geride bırakmamak” anlamına gelmektedir. Ayrıca adil geçiş, “iklim eyleminin sosyal ve ekonomik fırsatlarını en üst düzeye çıkarırken, etkilenen tüm gruplar arasında etkili sosyal diyalog ve temel çalışma ilkeleri ve haklarına saygı gösterilmesi de dahil olmak üzere her türlü zorluğu en aza indirmeyi ve dikkatli bir şekilde yönetmeyi” içermektedir⁷⁰.

Adil bir geçişin sağlanması tüm ülkeler açısından, yalnızca enerji sektörüyle sınırlı kalmaksızın tüm sektörler için ve hem kentsel hem de kırsal alanlar bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak adil geçiş dikkatli bir şekilde yönetilmediği takdirde, ekonomik açıdan olumsuz yönde değişimlere, toplu eylemlere ve grevlere, sosyal eşitsizliğin ve işsizliğin artmasına, üretkenliğin ise azalmasına yol açabilir⁷¹. Bu doğrultuda doğru bir adil geçiş sürecinin nasıl yürütülmesi gerektiği sorusu sorulabilir. ILO'ya göre bir geçişin adil olabilmesi, hem işçi sendikası temsilcilerinin hem de işveren veya işveren sendikası temsilcilerinin, genellikle bu konuda oluşturulmuş politika çerçevesinde ve hükümet temsilcilerinin de desteğiyle yürütecekleri dikkatli istişarelere bağlıdır. Gerçek bir adil geçişten söz edilebilmesi için işçi ve işveren sendikaları arasındaki diyalog ve işçiler hakkında alınacak kararların yürütülen müzakerelerin ortak bir sonucu olması büyük önem taşımaktadır⁷². Bu nedenle adil geçişin sağlanabilmesi, güçlü bir iş hukuku sistemine ve özellikle de güçlü bir toplu pazarlık sistemine sahip olmayı gerektirmektedir⁷³. Nitekim aşağıda inceleyeceğimiz çeşitli ülkelerdeki adil geçiş örnekleri

⁶⁹ Franssen/Holemans, s. 4; **International Trade Union Confederation**: “Just Transition-Where Are We Now and What’s Next? A Guide to National Policies and International Climate Governance”, s. 6, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc_climate_justice_frontline_briefing_2017.pdf, (Erişim: 23.09.2023).

⁷⁰ https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_824102/lang--en/index.htm, (Erişim: 23.09.2023).

⁷¹ **Özyer**, s. 46; https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_824102/lang--en/index.htm, (Erişim: 23.09.2023).

⁷² **ILO**: Guidelines for a Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All, Geneva 2015, s. 5, 8 vd.; **Üstün/Cizreli**, s. 1921; **UNFCCC**, s. 21.

⁷³ **Doorey**, s. 558.

de bunu desteklemektedir. Ülkemizde de karbon yüksek işlerden yeşil işlere dönüşümün sağlanmasında adil bir geçişten söz edilebilmesi için toplu iş hukuku araçları aktif bir şekilde kullanılmalıdır.

C. Adil Geçiş Örnekleri

1. Almanya

Almanya'nın en büyük kömür bölgesi olan Ruhr bölgesinde yaşanan kömürden çıkış sürecinde, bu bölgedeki kömür madenlerinde çalışan işçiler için adil geçişin sağlanması dünyadaki önemli örneklerden birini oluşturmaktadır. 1957-1958 yılları arasında yaşanan kömür-çelik krizi ile bölgede gündeme gelen kömürden çıkış stratejisi, iklim değişikliği ile mücadele kapsamında atılan adımlarla günümüzde nihayete erdirilebilmiştir. Oldukça uzun bir zamana yayılan kömürden çıkış süreci sonunda Ruhr bölgesi turizm, eğitim, yenilenebilir enerji ve bilişim sektörlerini içeren, ağırlıklı olarak bilgi ve bilişime dayalı bir ekonomiye kavuşturulmuştur. Bu büyük dönüşüm istihdamı da yakından etkilemiştir. Zira bölgede 1957 yılında yaklaşık 473.600 kömür işçisi çalışırken 2013 yılında bu sayı 11.448'e düşmüştür. 21 Aralık 2018 tarihinde bölgedeki son taşkömürü ocağının da kapatılmasıyla birlikte bölgede çalışan kömür işçisi kalmamıştır. Bu dönüşümün adil olabilmesi ve binlerce işçinin birden bire işsiz kalmasını engellemek için kapsamlı bir süreç işletilmiş, yerel ve federal hükümet yetkililerinin yanı sıra işçiler ve sendikalar da karar alma süreçlerine dahil edilmişlerdir. Özellikle de 1987 yılında kurulan "*kömür yuvarlak masası (Kohlerunde)*" ile birlikte geçiş sürecinde gerçekleştirilmesi planlanan pek çok konu üzerinde uzlaşma sağlanmıştır. 1993 yılına gelindiğinde ise sendikalar, işverenler ve hükümet sosyal sorumlulukları vurgulayan kapsamlı bir anlaşmayı imzalamıştır. Ardından 2007 yılında bu üçlü yapı 2018 yılı sonuna kadar bölgedeki tüm taşkömürü madenlerinin kapatılacağı konusunda anlaşmaya varmıştır. Bu doğrultuda 31 Aralık 2012 tarihinde Almanya Kömür Birliği (GVSt) ile madencilik, kimya ve enerji sektörlerinde faaliyet gösteren işçi sendikası IG BCE arasında Ruhr Kömür Endüstrisinin Kapatılması Anlaşması imzalanmıştır. Bu geçişin sonucunda işçilerin haklarının korunabilmesi amacıyla toplu iş sözleşmeleri, yeni yasalar, yeni sözleşme düzenlemeleri hayata geçirilmiştir. Bu kapsamda şirketlere işçileri farklı işlerde istihdam etme veya farklı bir sektördeki işlere yerleştirme sorumluluğu verilmiş, en az 25 sene çalışmış olan işçilere erken emeklilik hakkı tanınmış, genç ve tecrübesiz işçilere ise farklı alanlarda istihdam edilebilmeleri için mesleki eğitimler verilmiştir. 1972 yılından itibaren işçilere belirli yaş ve çalışma süresi kriterlerine bağlı

olarak geçiş ödemesi sistemi adı altında düzenli finansal destek sağlanmıştır. Tüm bu sürecin sonunda gerçekten de bölgedeki tüm kömür madenleri kapatılmıştır. Buna karşılık, bölgede 1980 yılı öncesinde hiç üniversite bulunmazken eğitime yapılan yatırımlar ile 22 üniversite kurulmuş, bazı madenler sanayi tarihini yansıtabilecek şekilde müzelere dönüştürülerek turizme açılmış, bölgedeki Gelsenkirchen kenti yenilenebilir enerji sektörünün, Dortmund ise bilişim sektörünün merkezi haline getirilerek yeni iş alanları yaratılmıştır⁷⁴.

2. İspanya

İspanya kömür sanayisi ise 1960'lı yıllarda kömür madenlerinde 100.000'den fazla işçiyi istihdam eden bir kapasiteye sahipti. Ancak kömürün enerji sektöründeki hakimiyeti ucuz ithalat, çevre, sağlık ve iklim değişikliğine yönelik farkındalığın artmasıyla birlikte sarsılmaya başlamıştır. 2018 yılında İspanyol hükümeti ile sendikalar arasında “*Adil Geçiş*” anlaşması yapılmıştır. Bu anlaşma doğrultusunda geliştirilen “*Plan del Carbon*” uyarınca kömür madenlerinin çoğunun kapatılacağı kamuoyuna duyurulmuştur. İspanyol maden sendikaları tarafından madencilik bölgeleri açısından sürdürülebilir kalkınma planları eşliğinde adil geçişi sağlayabilecek bir anlaşma olarak kabul edilen bu anlaşma, özel sektöre ait maden ocaklarını kapsamına almıştır. Adil geçiş anlaşması uyarınca 2019-2023 yıllarını kapsayan beş yıllık süreçte madencilik bölgelerindeki iş ve yeşil enerji girişimlerine finansal destek sağlanması planlanmaktadır. Ayrıca anlaşmada 48 yaş üstü madencilere erken emeklilik fırsatı sunulması, diğer işçilere özellikle yeşil işlerde istihdama yönelik mesleki eğitim verilmesi ve kapatılan maden alanlarında çevresel restorasyon yapılması hükümleri yer almaktadır. AB tarafından finanse edilen anlaşma, adında açıkça “*adil geçiş*” kavramının ifade edildiği ilk anlaşma olma özelliğini taşımaktadır⁷⁵.

3. Kanada

Gayri safi yurt içi hasılasının %8'ini ve ihracatının %15'ini fosil yakıt üretiminin oluşturduğu Kanada'da ise 200.000'den fazla işçi doğrudan kömür, petrol ve doğal gaz sektörlerinde çalışmaktadır. Bu rakam ülkedeki

⁷⁴ UNFCCC, s. 40 vd.; Avcı, Duygu/Acar, Sevil/Adaman, Fikret/Uncu, Baran Alp: “Net Sıfıra Giden Yolda Adil Dönüşüm İçin Yol Haritası Önerisi”, https://wwftr.awsassets.panda.org/downloads/acil_donusum_cozunurlukdusuk.pdf?13101/Net-Sifira-Giden-Yolda-Adil-Donusum_s.70-72, (Erişim: 30.09.2023); Climate Action Network Europe, s. 9; ILO, Just Transition, s. 6-7.

⁷⁵ Climate Action Network Europe, s. 7; Franssen/Holemans, s. 8; European Parliament, s. 21.

toplam işgücünün %1'ini oluşturmaktadır. Yüz binlerce işçi ise dolaylı bir şekilde bu sektörlerle dayalı işlerde istihdam edilmektedir. Özellikle Kanada'nın Alberta eyaleti fosil yakıt üretiminin kalbi niteliğindedir. Fakat Kanada hükümeti 2015 yılında kömürden doğal gaz ve yenilenebilir enerjiye geçişi hızlı bir şekilde hayata geçirmek amacıyla bir ulusal plan açıklamıştır. Ayrıca 2015 yılında toplam enerji üretiminin %9'unu oluşturan yenilenebilir enerji oranının 2030 yılında %30'a yükseltilmesine yönelik bir direktif hazırlanmıştır. Ardından Alberta Enerji Verimliliği Programı yasalaştırılmıştır. Başta kömür sektörünün aşamalı olarak sonlandırılması yönünde atılan adımlar, bu durumdan etkilenen işçilerin adil geçişe yönelik taleplerine neden olmuştur. 2018 yılında Kömür Koalisyonu ile ortak çalışma yürüten Alberta Emek Federasyonu kömür işçilerine geçiş dönemi süresince önceki ücretlerinin %75'i oranında gelir desteği sağlanması, 12.000 Kanada Doları değerinde eğitim kuponu verilmesi, yaşlı işçiler için yaşlılık aylığı düzenlenmesi yapılması ve yeni işlere yerleştirilen işçilere yeniden yerleştirme ödeneği adı altında bir ödeme yapılmasını kapsayan bir geçiş anlaşması imzalamıştır⁷⁶.

4. İngiltere

Adil geçiş kavramının önemli yanlarından biri de işçi haklarını korurken aynı zamanda yeni istihdam alanları yaratılması ve kapatılmış madenlerin çevresel dönüşümünün sağlanarak atıl ve sağlık riski oluşturan alanlara dönüşmelerini engellemektir. Bu konudaki güzel örneklerden biri de İngiltere Cornwall'daki kapatılan kil ocağının dönüşümüdür. 1990'lı yılların başında Cornwall'daki açık maden ocağı şeklindeki kil ocağı 150 yıllık bir çalışmanın ardından kapatılmıştır. Terk edilen maden alanında Eden Projesi adı altında başlatılan proje ile ülkenin en büyük seralarından biri oluşturulmuştur. Proje kapsamında devasa büyüklükteki maden kraterlerini dolduran yağmur suları saflaştırılmış ve kurulan seradaki bitkilerin sulanmasında kullanılmıştır. Projenin daha ilk yılında 400 istihdam sağlanmış ve 190 milyon avroluk bir gelir elde edilmiştir. Günümüzde ise eski maden ocağı yılda 10 milyondan fazla ziyaretçiyi ağırlayan bir turizm merkezi niteliğine sahip olmanın yanı sıra İngiltere'nin en önemli botanik araştırma ve eğitim merkezlerinden biri haline de gelmiştir. Önemli etkinliklere ve eğitimlere ev sahipliği yapan eski maden ocağı bu yönüyle yerel ekonomiye de katkı sunmakta ve adil geçişin çok boyutlu yönünü gözler önüne sermektedir⁷⁷.

⁷⁶ Franssen/Holemans, s. 8; ILO, Just Transition, s. 6.

⁷⁷ Climate Action Network Europe, s. 10.

V. ÜLKEMİZDE TOPLU İŞ HUKUKU DÜZENLEMELE- RİNDEN FAYDALANILARAK ADİL GEÇİŞİ SAĞLA- MAYA YÖNELİK ATILABİLECEK ADIMLAR

A. Adil Geçiş İçin İşçi, İşveren ve Hükümet İşbirliği

Uygulamadaki olumlu ülke örneklerinin de göstermekte olduğu üzere başarılı bir adil geçiş süreci ancak etkin bir diyalog ortamıyla ve tarafların sürece aktif katılımı ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle de sürecin her aşamasında işçi, işveren ve hükümet işbirliğinin sürdürülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla adil geçiş sürecinde sosyal diyalog kavramı oldukça önem arz etmektedir. ILO'ya göre sosyal diyalog “*Hükümet, işçi ve işveren temsilcileri arasında, ekonomik ve sosyal politikayı ilgilendiren ortak konularda yürütülen her türlü müzakere, danışma ve bilgi paylaşımı*” anlamına gelmektedir⁷⁸. Sosyal diyalogun “*sosyal tarafların ve bazen çıkar gruplarının da gönüllü olarak bir araya gelip bazı durumlarda hükümet temsilcilerinin de katılımıyla gerçekleştirilen demokratik bir tartışma ve karar alma süreci*” olarak da tanımlanabilmesi mümkündür⁷⁹. Bu doğrultuda sosyal diyalog, ekonomik ve sosyal yaşamın aktörlerini bir araya getiren, toplumsal uzlaşmaya katkı sunan önemli bir süreci ifade etmektedir⁸⁰. Belirtelim ki sosyal diyalog, bölgesel, ulusal ve uluslararası olmak üzere farklı düzeylerde uygulama alanı bulabilir⁸¹. Her ülkede uygulanan sosyal diyalog düzeyleri ve mekanizmaları benzer yapıda olmayabilir. Zira sosyal diyalog her devletin kendi siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal geçmişine bağlı olarak şekillenmekte ve gelişmektedir. Buna bağlı olarak bazı ülkelerde sosyal diyalog sistemi anayasal ya da yasal bir temele dayalı iken, bazılarında hukuki ya da

⁷⁸ **ILO**: Ulusal Üçlü Sosyal Diyalog: Daha İyi Bir Yönetişim İçin ILO Rehberi, Uluslararası Çalışma Bürosu Sosyal Diyalog ve Üçlü Yapı Birimi, Cenevre 2013, s. 12, (Üçlü Sosyal Diyalog); **Bedir**, Eyüp/**Uyanık**, Yücel/**Demirci**, Sertaç/**Karaman**, Nursel: Türkiye’de Sosyal Diyalog Mekanizmalarının Değerlendirilmesi ve Analizi, Çalışma Hayatında Sosyal Diyalogun Geliştirilmesi Projesi, Ankara 2018, s. 8-9.

⁷⁹ **Tuncay**, A. Can: “Avrupa Birliği İle Görüşme Sürecinde Türkiye’de Üçlü Sosyal Diyalog”, Sicil İHD, S. 1, Mart 2006, s. 206.

⁸⁰ **Odaman**, Serkan: “Sosyal İşbirliği ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Sonrasında 144 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Üçlü Danışma Kurulu”, Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 1, 2005, s. 9, (Üçlü Danışma Kurulu); **Görmüş**, Ayhan: “Türkiye’de Sosyal Diyalogun Gelişimi”, Çalışma ve Toplum, S. 14, 2007/3, s. 117; **Bedir/Uyanık/Demirci/Karaman**, s. 9.

⁸¹ **Dere**li, Tokar: “Sosyal Diyalog”, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997, TÜHİS Yayın No: 26, s. 107.

kurumsal dayanak olmadan kendiliğinden doğmuş istişare ya da işbirliği sistemlerinden meydana gelmektedir⁸².

Sosyal diyalogun işçi ve işveren örgütleri arasında olmak üzere iki taraflı, işçi ve işveren örgütleri ile hükümet arasında üç taraflı olarak yahut toplumda organize olmuş diğer çıkar gruplarının da katılımıyla çok taraflı bir yapıda yürütülebilmesi mümkündür⁸³. Üçlü sosyal diyalogda işçi, işveren ve hükümetin istihdama ilişkin konularda karar alma süreçlerine katılımı mevcut iken, ikili sosyal diyalogda işçi temsilcileriyle işveren veya temsilcilerinin bir araya gelerek görüş alışverişinde bulunmaları söz konusudur⁸⁴.

Hukukumuzda yer verilen başlıca üçlü sosyal diyalog mekanizmalarından biri de üçlü danışma kuruludur. İşçi, işveren ve hükümet işbirliği konusunda, Türkiye tarafından da onaylanmış⁸⁵ olan Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışma Hakkında 144 sayılı ILO Sözleşmesi doğrultusunda, İş Kanununun 114. maddesinde üçlü danışma kurulu düzenlenmiştir⁸⁶. 144 sayılı ILO Sözleşmesi taraflar arasındaki diyalogu ILO sözleşmelerinin çerçevesi ile sınırlı tutmuştur. Fakat öğretilerde de haklı olarak belirtilmiş olduğu üzere, ILO'nun çalışma yaşamının neredeyse tüm alanları ile ilgili düzenlemeler yaptığı dikkate alındığında üçlü danışma mekanizmasının esasında geniş bir uygulama alanına sahip olduğu görülecektir⁸⁷. İş Kanununun 114. maddesine göre, “*Çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile*

⁸² Tokol, Aysen: “Çeşitli Boyutları İle Sosyal Diyalog”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, TÜHİS Yayın No: 38, Ankara 2000, s. 525-527; Bedir/Uyanık/Demirci/Karaman, s. 9; Görmüş, s. 118.

⁸³ Tuncay, s. 206; Tokol, s. 526; Görmüş, s. 118; Bedir/Uyanık/Demirci/Karaman, s. 9.

⁸⁴ Sur, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 2286, (Sosyal Diyalog).

⁸⁵ RG. 25.02.1993, 21507.

⁸⁶ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta, İstanbul 2022, s. 935-936; Tuncay, s. 213; İren, Ertan: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Üçlü Diyalog, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2005, s. 75-77; Dereli, Toker: “Yeni Bir Sosyal Diyalog Aracı Olarak “Üçlü Danışma Kurulu”: Genel Bir Değerlendirme, Mercek, Nisan 2004, s. 15 vd.; Ünsal, Engin: “Sosyal Diyalog Yeniden Düzenlenmelidir”, Legal İSGHD, S. 11, 2006, s. 846 vd.; Odaman, Üçlü Danışma Kurulu, s. 12.

⁸⁷ Kutal, Metin: “Türk Çalışma Hayatında Üçlü Yapılanma”, İHD, Ekim-Aralık 1993, s. 489; Süzek, Sarper: “İş Hukukunda Katılım”, Coşkun Kırca’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 2, Ankara 1996, s. 164, (Katılım); Tuncay, s. 209; Odaman, Üçlü Danışma Kurulu, s. 12.

işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin danışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette bir danışma kurulu oluşturulur” (İş K. m. 114). Ayrıca İş Kanununun 114. maddesine dayanılarak Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır⁸⁸. Yönetmeliğin 4. maddesinde üçlü danışma kurulunun kimlerden oluşacağı; 5. maddesinde ise görevleri düzenlenmiştir. Kurul Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başkanlığında, “gündem konularına göre Bakanlık, bağlı ve ilgili kurumların birim amirlerinden; işçi sendikaları konfederasyonlarından birer ve en fazla üyeye sahip işveren konfederasyonundan üç temsilciden; kamu görevlileri sendikaları konfederasyonlarından birer temsilciden oluşur” (Yön. m. 4/1, (a),(b),(c)). Kurulun görevleri arasında sayılan “a) Çalışma hayatına ilişkin politikaların oluşumuna katkı vermek, b) Taraflar arasında uzlaşma ve işbirliğini güçlendirecek çalışmalar yapmak, c) Çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarını ve uygulamalarını izlemek, yeni mevzuat ve yasa değişiklikleri ile ilgili hususlarda görüş oluşturmak” düzenlemeleri adil geçiş süreci hakkında tarafların işbirliğini ve diyalog ortamını sağlamada temel teşkil edecek düzenlemelerdir. Üçlü danışma kurulu, iş ilişkilerinin ve çalışma barışının geliştirilmesi ile çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla danışmanlık görevi yapmaktadır⁸⁹. Ayrıca işçi, işveren ve hükümetten oluşan üçlü ve eşitlik temelinde oluşturulmuş bir yapıya sahip olan üçlü danışma kurulunun karar alma süreçlerinde etkili bir şekilde hareket edebileceği öğretilmektedir⁹⁰. Dolayısıyla tüm bu yönleriyle üçlü danışma kurulu, ülkemizde karbon yoğun işlerden yeşil işlere geçişte, sürecin etkin bir iletişim kurularak sürdürülebilmesini sağlama konusunda önemli katkı sunabilecektir.

B. Adil Geçiş Sürecinde Toplu İş Sözleşmelerinden Yararlanılması

Adil geçiş sürecinde toplu iş sözleşmeleri, faydalanılması gereken başlıca toplu iş hukuku araçlarındandır. Anayasanın “*Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı*” başlıklı 53. maddesinin ilk fıkrasında “*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler*” denildikten sonra ikinci fıkrasında “*Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir*” ifadesine yer verilmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve

⁸⁸ Yönetmeliğin değişiklikler işlenmiş son hali için bkz. RG. 15.05.2004, 25463.

⁸⁹ **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2021, s. 52, (İş Hukuku).

⁹⁰ **Bedir/Uyanık/Demirci/Karaman**, s. 21.

Toplu İş Sözleşmesi Kanununda ise toplu iş sözleşmesinin “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ifade ettiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere toplu iş sözleşmesi hakkı hem işçilere hem de işverenlere karşılıklı olarak tanınmıştır. Ancak 6356 sayılı Kanundaki düzenleme uyarınca işçilerin bu haklarını ancak sendikaları aracılığıyla kullanabilmeleri mümkündür. Toplu iş sözleşmesi hakkı işçiler ile işverenlere karşılıklı olarak tanınmış olmakla birlikte, tarihsel süreç de göz önünde bulundurulduğunda esasen işçilerin haklarının korunmasının amaçlandığı sonucuna varılmaktadır⁹¹. Adil geçiş bakımından, sosyal tarafların bağitlayacakları toplu iş sözleşmelerine koyacakları geçiş hükümleri ile işçilerin mağdur edilmeden süreci tamamlayabilmeleri sağlanabilecektir. Zira toplu iş sözleşmesi özerkliği, sözleşmenin işçi ve işveren taraflarına karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma koşullarını kolektif düzeyde serbestçe düzenleme hak ve yetkisi verdiğiinden, taraflar bağitladıkları toplu iş sözleşmeleri ile adeta yasa koyucu gibi genel ve objektif hukuk kuralları koyabilmektedirler⁹². Bu duruma ilaveten, toplu iş sözleşmelerinin hukuk kaynağı olarak bireysel iş sözleşmelerinden önce gelmesi ve kural olarak toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümlere aykırı iş sözleşmesi yapılamaması sayesinde taraflar adil geçişe yönelik düzenlemeleri toplu iş sözleşmeleri yoluyla kolaylıkla yapabilecektir. Almanya ve Kanada uygulamalarında da görüldüğü üzere toplu iş sözleşmelerinde geçiş

⁹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 930; Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Toplu İş Hukuku, 8. Bası, Beta, İstanbul 2023, s. 180; Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Hukuku, Onikilevha, İstanbul 2020, s. 307.

⁹² Tuğ, Adnan: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayın No: 1, Ankara 1998, s. 52; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2022, s. 362; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 567-568; Esener, Turhan/Demir, Ender: Toplu İş Hukuku Toplu İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 16; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 180-181; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s. 21; Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 307-308; Subaşı, İbrahim: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 603; Şahlanan, s. 307-308; Arıcı, Kadir: Türk İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 218-219, (Toplu İş İlişkileri); Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 24-25; Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 273-274; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996.

sürecindeki işçilere önceki ücretlerinin belirli bir oranında gelir desteği sunulması, belirli parasal miktarlarda eğitim kuponları verilmesi ve farklı işlere yerleştirilmesi öngörülen işçilere ayrıca bir ödemenin yapılması kararlaştırılabilir. Fakat dikkat edilmelidir ki, “işverenin muhatap olamayacağı, ancak Devlet tarafından yerine getirilmesi mümkün olabilecek konular” işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması ve düzeltilmesine hizmet etmeler bile toplu iş sözleşmelerinde düzenlenemezler⁹³. Bu doğrultuda örneğin adil geçiş süreçlerinde sıklıkla gündeme alınan bir konu olan, belirli bir yaşın üzerindeki maden işçilerinin başkaca bir şart aranmaksızın erken emekli edilerek yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin hükümlerin toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenebilmesi mümkün değildir.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer önemli husus ise adil geçiş sürecine ilişkin toplu iş sözleşmesinde yer verilen parasal hükümlerden hangi işçilerin yararlanabileceği sorunudur. 6356 sayılı Kanunun m. 39/1 hükmü ile m. 25/2 hükmünün birlikte değerlendirilmesi neticesinde, adil geçişe yönelik parasal hükümlerin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılması durumunda bu hükümlerden toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan tüm işçilerin değil, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye işçilerin yararlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁹⁴. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmenin bir diğer yolu ise dayanışma aidatı ödemektir. Dayanışma aidatı ödeyen işçi, esasen üye olmadığı bir sendikanın yaptığı toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanı elde etmekte, bu menfaatin karşılığı olarak da dayanışma aidatı adı altında bir miktar bedel ödemektedir⁹⁵. Dolayısıyla adil geçiş sürecindeki işçiler bakımından toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılacak ödemelerden üye işçilerin yanı sıra taraf işçi sendikasına

⁹³ **Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 222, Ankara 1967, s. 75; **Alp**, Mustafa: “Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Diğer Normlarla İlişkisi”, Türk Alman Uluslararası İş Hukuku Sempozyumu, 23-26 Haziran 2011, Şenocak, Kemal (ed.), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, s. 170; **Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 192; **Şahlanan**, s. 309-310; **Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 278, (Toplu İlişkiler); **Uşan/Erdoğan**, s. 274.

⁹⁴ **Şahlanan**, s. 432; **Yıldız**, Gaye Burcu: Türk Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 25; **Narmanhoğlu**, s. 428.

⁹⁵ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 1010; **Şahlanan**, s. 444-445; **Ekmekçi**, Ömer: Toplu İş Hukuku, 5. Baskı, Onikilevha, İstanbul 2023, s. 435-436, (Toplu İş Hukuku); **Arıcı**, Toplu İş İlişkileri, s. 262; **Akyiğit**, Ercan: Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s. 484; **Aktay**, Ahmet Nizamettin/**Özdemir Ertürk**, Olgu: Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, s. 210.

dayanışma aidatı ödeyen işçiler de yararlanabilecektir. Fakat adil geçiş sürecinin genellikle tüm bir işkolunu etkilediği göz önünde bulundurulacak olursa toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının genişletilmesi ihtiyacı doğabilecektir. Bu noktada da teşmil uygulamasından faydalanılabilmesi düşünülebilir. Teşmil, uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer bakımından uygulama alanının Cumhurbaşkanı kararıyla genişletilmesi ve toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerinde uygulanmaya başlanması olarak tanımlanabilir⁹⁶. Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri teşmile konu edildiğinden, örneğin geçiş sürecindeki işçilere önceki ücretlerinin belirli bir oranında ek ödeme yapılacağına dair bir hükmün teşmile konu edilebilmesi mümkün olabilecektir. Teşmil edilen sözleşmeden yararlanmak için işçilerin taraf işçi sendikasına üye olmalarına veya dayanışma aidatı ödemelerine de gerek yoktur⁹⁷. Bu yönüyle teşmil uygulamasından faydalanılarak adil geçişe ilişkin özellikle de parasal hükümler içeren toplu iş sözleşmesinden tüm bir işkolundaki işyerlerinin ve bu işyerlerinde çalışan tüm işçilerin yararlandırılması sağlanabilir.

C. Çerçeve Sözleşmelere İşlerlik Kazandırılarak Adil Geçişin Sağlanması

6356 sayılı Kanunun m. 2/1, (b) bendinde çerçeve sözleşme, “*Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Çerçeve sözleşmenin içeriği ise aynı Kanunun m. 33/3 hükmünde, “*Çerçeve sözleşme, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Çerçeve sözleşmelerin her ne kadar 6356

⁹⁶ **Demir**, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir 2016, s. 639; **Esener/Demir**, s. 72; **Şahlanan**, s. 461; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 1013; **Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 334-335; **Subaşı**, s. 628-629; **Ekmekçi**, s. 469; **Arıcı**, Toplu İş İlişkileri, s. 277-278; **Yıldız**, s. 136; **Akyiğit**, s. 499; **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 383; **Uşan/Erdoğan**, s. 302; Teşmil hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Reisoğlu**, s. 213 vd.; **Sur**, Melda: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 21, Ankara 1991; Kalkış, İlknur: Çeşitli Ülkelerde ve Türkiye’de Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulamadaki Görünümü, Kamu-İş Yayını, Ankara 1993.

⁹⁷ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 1014; **Şahlanan**, s. 469; **Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 340; **Akyiğit**, s. 484; **Aktay/Özdemir Ertürk**, s. 235; **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 387; **Demir**, s. 642; **Narmanhoğlu**, s. 482; **Uşan/Erdoğan**, s. 304; **Eyrenci, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s. 632.

sayılı Kanunun m. 2/1, (b) bendinde işkolu düzeyinde yapılacak sözleşmeler olduğu belirtilmişse de bu sözleşme türü işkolu toplu iş sözleşmelerinin yerini tutacak şekilde düzenlenmemiştir. Nitekim çerçeve sözleşmenin toplu iş sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığı dahi tartışma konusudur. Kanunda bu sözleşme türünün çerçeve toplu iş sözleşmesi olarak değil de yalnızca çerçeve sözleşme olarak adlandırılmış olması, içeriğinin sadece mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin olması ve toplu iş sözleşmelerinde bulunması zorunlu olan normatif hükümleri içermemesi, çerçeve sözleşmenin akdedilmesinde işçi sendikasının sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde belirli bir çoğunluğa sahip olması ve yetki belgesi alması gibi şartların aranmaması gibi hususlar çerçeve sözleşmenin toplu iş sözleşmesinden daha farklı bir nitelik taşıdığını göstermektedir⁹⁸.

Hukukumuzda ilk kez 6356 sayılı Kanunda düzenlenen çerçeve sözleşme, uygulamada çok da tercih edilen bir sözleşme türü olamamıştır. Oysa ki çerçeve sözleşmeler yoluyla da adil geçiş süreçlerinin işçilerin mağdur olmasının önüne geçilerek tamamlanması sağlanabilir. Zira 6356 sayılı Kanunun 33. maddesinde de belirtilmiş olduğu üzere, çerçeve sözleşme mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebildiğinden adil geçiş süreçlerinde etkin bir şekilde kullanılabilir konu başlıklarına sahiptir. Örneğin taraflar çerçeve sözleşme ile enerji işkolunda çalışan işçilere sürdürülebilir ve yenilenebilir

⁹⁸ **Şahlanan**, s. 342; **Esener/Demir**, s. 33; **Canbolat**, Talat: 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta, İstanbul 2013, s. 154, (Düzeyi ve Türleri); **Canbolat**, Talat: “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 532, (6356 Sayılı Kanun); **Alpagut**, Gülsevil: “6356 Sayılı Yasanın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, Legal İSGHD, C. 9, S. 35, 2012, s. 29; **Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul 2014, s. 217; **Ekmekçi**, Toplu İş Hukuku, s. 301; **Akyiğit**, s. 444 vd.; **Arıcı**, Toplu İş İlişkileri, s. 239-240; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 149; **Narmanhoğlu**, s. 331; **Kılıç**, Şebnem: Toplu İş Sözleşmesi Türleri Açısından Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme Türk Hukukunda Grup Toplu İş Sözleşmeleri ve Çerçeve Sözleşmeler, Beta, İstanbul 2019, s. 356 vd.; **Subaşı**, s. 608-609; **Eyrenci, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s. 594; **Kandemir**, Murat: “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı”, Çalışma ve Toplum, S. 39, 2013/4, s. 173. Öğretideki aksi görüşe göre ise çerçeve sözleşmeler işkolu toplu iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır, bkz. **Aktay/Özdemir Ertürk**, s. 157; **Demir**, s. 594. Çerçeve sözleşmenin kendine ait bir hukuki rejime tabi kolektif bir sözleşme türü olduğu görüşü için bkz. **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 302. Çerçeve sözleşmenin kendine özgü bir toplu iş hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz. **Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 257.

enerji türlerine ilişkin bilgi ve becerilerinin arttırılabilmesi için belirledikleri süre ve nitelikte mesleki eğitim verileceğini kararlaştırabilirler. Böylece karbon yoğun enerjiden yeşil enerjiye dönüşümde işçilerin mesleki eğitim eksikliği nedeniyle işsiz kalmasının önüne geçilebilir. Benzer şekilde sosyal sorumluluk ile ilgili konuların da çerçeve sözleşmelerde düzenlenebilmesi adil geçiş süreçlerine olumlu katkı sunacak niteliktedir. Zira sosyal sorumluluk kavramı “*işverenlerin her ne pahasına olursa olsun kar elde etmek için faaliyette bulunmalarını değil, insanlığın ortak yaşam ideali olan dünyanın daha iyi yaşanabilir bir yer olması için de faaliyet göstermelerini*” ifade etmektedir⁹⁹. Bu doğrultuda çevrenin korunması ve çevre sorunlarının önlenmesi, iklim değişikliğinin zararlı etkileriyle mücadele ve bu mücadelede izlenecek yöntemlerin belirlenmesi, çevre dostu teknolojilerin gelişimi ile yaygınlaşmasının desteklenmesi gibi konular çerçeve sözleşmeler ile düzenlenebilir. Son olarak belirtelim ki, çerçeve sözleşmede düzenlenebilecek konulardan biri olan istihdam politikaları da adil geçiş ile ilgili hükümlere bu sözleşme türünde yer verilebilmesini mümkün kılmaktadır. 6356 sayılı Kanunda “*istihdam politikaları*” kavramından neyin anlaşılması gerektiği belirtilmediğinden kavramın içeriğini sözleşmenin tarafları belirleyecektir¹⁰⁰. Bu kapsamda taraflar kavramı geniş yorumlayarak çerçeve sözleşmeye, adil geçiş sürecindeki işçilerin yeni işlerde istihdamı, ilgili işkolunda belirli yaşın üstündeki veya altındaki işçilerin istihdam edilmeyeceği, hatta adil geçiş sürecindeki işçilere bazı ek ödemeler yapılacağı ile ilgili hükümler koyabilirler¹⁰¹.

D. İşyeri Sendika Temsilcileri ve İşyeri İşçi Temsilcileri Aracılığıyla İşçilerin Adil Geçiş Sürecine Katılımının Sağlanması

İşçilerin yönetime katılmalarının biçimi, yöntemi ve kapsamı her ülkenin içinde bulunduğu sosyal, siyasi ve ekonomik yapıya göre değişkenlik

⁹⁹ **Canbolat**, Düzeyi ve Türleri, s. 291.

¹⁰⁰ **Canbolat**, Düzeyi ve Türleri, s. 170.

¹⁰¹ İstihdam politikaları kavramının bu şekilde esasen toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerini oluşturan konuları dahi kapsayacak şekilde geniş anlaşılması halinde uygulamada sorunlar çıkabilecek ve mevcut toplu iş sözleşmeleri ile çerçeve sözleşme hükümlerinin çatışması söz konusu olabilecektir. Çerçeve sözleşme kural olarak taraflar arasında borç ilişkisi doğurucu nitelikte olup toplu iş sözleşmesi niteliği taşımamakta, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerini doğrudan doğruya ve emredici olarak etkilememektedir. Bu sebeple de iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesindeki çerçeve sözleşmeye aykırı hükümlerin yerini çerçeve sözleşmedeki hükümler almamaktadır. Ancak yine de konularına ve düzenleniş şekillerine göre çerçeve sözleşmede yer alan hükümlerin işçiyeye talep hakkı vermesi söz konusu olabilir, **Canbolat**, Düzeyi ve Türleri, s. 155 vd.; **Canbolat**, 6356 Sayılı Kanun, s. 539.

göstermektedir¹⁰². Bu doğrultuda yönetime katılım, ayrıntılı düzenlemeler içeren uygulamalar ya da işçilerin gönüllü olarak sadece bilgilendirilmesini öngören daha basit uygulamalar şeklinde gerçekleşebilir. Genel olarak işçilerin yönetime katılması, işçilerin mikro ve makro ekonomi düzeyinde yönetim gücüne ortak olarak daha çok özgürlük elde edebilmelerini, ekonomik ve sosyal olarak daha fazla kişilik ve hak kazanmalarını sağlamaya hizmet etmektedir¹⁰³. Böylelikle işçilerin işyerindeki karar verme süreçlerine dahil olması ve bu süreçleri etkilemesi yoluyla işçi ile işveren arasındaki güç dengesinin eşitlenmesi ve işçilerin yönetim üzerindeki etkisinin artırılması amaçlanmaktadır¹⁰⁴. Yönetime katılma ile demokrasinin çalışma ilişkilerine yayılması, işçinin işine ve işyerine yabancılaşmasının önlenmesi, işyerinde verimliliğin artması, işyerlerinde çalışma barışının kurulması, işçinin kişiliğinin ve onurunun korunması sağlanmaktadır¹⁰⁵.

İşçilerin yönetime katılmalarının gereği olarak ortaya çıkan işçi temsilciliği kurumu, ülkemizde ilk kez 3008 sayılı İş Kanununun 78. maddesinde düzenlenmişti. Ancak daha sonra toplu sözleşme düzenine geçilmesiyle beraber işçi temsilciliği kurumu köklü bir değişikliğe uğramış ve 274 sayılı Sendikalar Kanununun 1963 yılında yürürlüğe girmesiyle, 3008 sayılı İş Kanunundaki işçi temsilciliğinin yerini sendika temsilciliği almıştır¹⁰⁶. 3008

¹⁰² **Süzek**, İş Hukuku, s. 53; **Tunçomağ/Centel**, s. 12; **Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 13. Baskı, Yetkin, Ankara 2023, s. 14.

¹⁰³ **Talas**, Cahit: Toplumsal Ekonomi, İmge Kitabevi, Ankara 1997, s. 492. Yönetime katılma konusunda ayrıca bkz. **Turan**, Kamil: İşçinin Yönetime Katılması ve Türkiye Uygulaması, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973; **Arıcı**, Kadir: Türk İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 8-9; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion, Ankara 2022, s. 24-30; **Taşkent**, Savaş: "Türkiye'de İşçinin Yönetime Katılması", İHD, Ekim-Aralık 1993, s. 513 vd.; **Hekimler**, Alpays: Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Ülkelerde Yönetime Katılım, Legal, İstanbul 2005; **Erbaş**, Cevat Gökhan: Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Seçkin, Ankara 2013; **Senyen Kaplan**, s. 13-16.

¹⁰⁴ **Blanpain**, Roger (çev. Toker Dereli): "İşçilerin İşletme Yönetimi Karar Sürecine Etkisi: Yönetime Katılma Konusuna Genel Bir Bakış", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 30, 1979, s. 58; **Seçer**, Barış: "Endüstriyel Demokrasi: İşçilerin Yönetime Katılımından İşçi Katılımına", Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2009, s. 22-24; **Tunçomağ/Centel**, s. 12.

¹⁰⁵ **Taşkent**, s. 514-515; **Süzek**, Katılım, s. 166; **Süzek**, İş Hukuku, s. 54; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 24-25; **Tunçomağ/Centel**, s. 12.

¹⁰⁶ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 851; **Çelik**, Nuri: "İşyeri İşçi Temsilciliği", Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1, 2005, s. 408; **Başbuğ/Bodur**, s. 252; **Engin**, Murat: İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, Beta, İstanbul 2012, s. 114; **Hekimler**, s. 195 vd.; **Keser**,

sayılı İş Kanununun 78. maddesine göre, işçi temsilcileri işyerinde çalışmakta olan tüm işçiler arasından seçilmekteydi¹⁰⁷. Ancak tıpkı 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve bu Kanunun yerini alan 2821 sayılı Sendikalar Kanununda olduğu gibi günümüzde de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 27. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilciliğinde ise temsilciler, toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikanın işyerinde çalışan üyeleri arasından sendika tarafından belirlenmektedir. Bu sebeple ülkemizde işçilerin genellikle sendikaları aracılığıyla dolaylı olarak yönetime katıldıkları söylenebilir¹⁰⁸.

Adil geçiş süreçlerinin doğru işletilebilmesinin yapı taşlarından biri sağlıklı bir diyalog ortamının kurulması ve sürece işçilerin de katılımının sağlanmasıdır. Zira sosyal diyalog, iklim değişikliğinin etkisinin hafifletilmesi, sürdürülebilir iş imkanları ve işletmeler yaratılmasına dönük etkin tedbirlerin şekillendirilmesinde kilit rol oynamaktadır¹⁰⁹. Bu noktada ikili sosyal diyalog kavramı ön plana çıkmaktadır. ILO'ya göre ikili sosyal diyalog, *“iki tarafın (bir ya da birden fazla işverenin ve/veya bir ya da birden fazla işveren örgütünün ve bir ya da birden fazla işçi örgütünün)*

Hakan: “İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi”, Sicil İHD, S. 15, Eylül 2009, s. 131; **Çil**, Şahin: “İşçi Temsilciliği Kurumunun Gerekliliği ve İş Güvencesi İle Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Katkıları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016 İstanbul, Seçkin, Ankara 2017, s. 360; **Yıldız**, Gaye Burcu: “İşçinin Yönetime Katılması Usulü Olarak İşçi Temsilciliği Sistemi”, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 19-21 Nisan 2018 İstanbul, Seçkin, Ankara 2021, s. 61.

¹⁰⁷ **Çelik**, s. 408; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 851; **Okur**, Ali Rıza: Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985, s. 7; **Demir**, Fevzi: “İşyeri Sendika Temsilciliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2001, s. 1556; **Yürekli**, Sabahattin: İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, Beta, İstanbul 2004, s. 41; **Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul 2007, s. 254; **Odaman**, Serkan: “Fransız Hukukunda ve 2821 Sayılı Kanunda Yapılması Öngörülen Değişiklik Çerçevesinde Türk Hukukunda İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 563; **Urhanoglu Cengiz**, İstar: “İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması”, Kamu-İş, C. 11, S. 1, 2009, s. 60; **Engin**, s. 113-114.

¹⁰⁸ **Çelik**, s. 409. İşyeri sendika temsilcisinin işçileri değil, sendikayı temsil ettiği ve bu nedenle de ülkemizde gerçek anlamda işçi temsilciliği kurumunun 1963 yılında kaldırıldığı yolunda bkz. **Çil**, s. 360. İşyeri sendika temsilciliğinin bir yönetime katılma kurumu olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı yönünde bkz. **Ulucan**, Devrim: “Avrupa Topluluğu Hukuku’na Uyum Açısından Türkiye’de İşçinin Yönetime Katılması”, Avrupa Topluluğu ve Türkiye’nin Uyumu Semineri, İstanbul 1989, s. 359; **Doğan**, Berin: İşçinin İşletmenin Yönetimine Katılması, İstanbul 1973, s. 134; **Taşkent**, s. 519-520; **Süzek**, Katılım, s. 167.

¹⁰⁹ **ILO**, Üçlü Sosyal Diyalog, s. 254.

*hükümetin müdahalesi söz konusu olmaksızın, bilgi paylaşımında bulunması, karşılıklı danışma veya müzakere gerçekleştirilmesi” anlamına gelmektedir*¹¹⁰. İkili sosyal diyalog yoluyla ücretler, çalışma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği gibi konuların yanı sıra daha genel politika konularının da ele alınabilmesi mümkündür. Hükümet kural olarak ikili sosyal diyalog sürecinin bir parçası değildir. Fakat hükümetin sosyal ortaklara yardımcı olmasında yahut anlaşmazlık durumlarında uzlaşma ve aracılık hizmeti sunmasında bir engel yoktur. Esasında hükümetin ikili sosyal diyalog sürecine nasıl ve hangi seviyede dahil olabileceği o ülkede öngörülmuş olan sosyal diyalog sistemi ile ilgilidir. Bu yönüyle bazen hükümetin de katkı sunduğu sosyal diyalog süreçlerinde, sosyal diyalogun ikili mi yoksa üçlü mü gerçekleştirildiği konusunda net bir sınır çekilmesi zor olabilmektedir¹¹¹.

Hukukumuzda düzenlenen ikili sosyal diyalog mekanizmalarından biri de işyeri sendika temsilciliğidir¹¹². Mevcut yasal düzenlemeler doğrultusunda, adil geçiş sürecinde işyeri sendika temsilcileri aracılığıyla işçilerin süreç hakkında söz sahibi olabilmeleri sağlanabilecektir. Nitekim 6356 sayılı Kanunun m. 27/3 hükmünde işyeri sendika temsilcilerinin “*işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevli*” olduğu belirtilmiştir. İşyeri sendika temsilcileri aracılığıyla işçilerin sürece katılmalarının, süreçten beklentilerinin ve taleplerinin işverenlerine ve adil geçiş sürecinde söz sahibi olan diğer aktörlere iletilmesinin sağlanması, aynı şekilde konu hakkındaki gelişmelerin de işçilere duyurulması mümkün olabilecektir¹¹³. Bu noktada, işyerinde yetkili sendika olmayan işçilerin işyeri sendika temsilcileri de olmadığından sürece katılımlarının yeterli düzeyde gerçekleşmemesi sorunu ortaya çıkabilir. Zira 6356 sayılı Kanunun m. 27 hükmü, işyeri sendika temsilcisini atama yetkisini toplu iş sözleşmesi yetkisini kazanan sendikaya vermiştir. Dolayısıyla temsilcilik sadece toplu sözleşme düzeni ile sınırlı tutulmuştur. Bu da sözleşme yetkisinin alınmadığı durumlarda işyerlerinde işçi ya da sendika temsilciliğinin varlığından söz edilememesi sonucunu doğurmaktadır¹¹⁴. Böyle bir durumda,

¹¹⁰ ILO, Üçlü Sosyal Diyalog, s. 17.

¹¹¹ Bedir/Uyanık/Demirci/Karaman, s. 9; ILO, Üçlü Sosyal Diyalog, s. 17.

¹¹² Sur, Sosyal Diyalog, s. 2299-2300.

¹¹³ European Parliament, s. 21.

¹¹⁴ Çelik, s. 410-411; Süzek, İş Hukuku, s. 55; Sur, Sosyal Diyalog, s. 2305.

yapılacak yasal düzenlemeler ile işyerinde yetkili sendika olmayan işyerlerinde işçi temsilciliği sisteminin uygulanabilmesinin önünün açılması bir çözüm önerisi olarak sunulabilir¹¹⁵. Böylelikle adil geçiş sürecinde tüm işçilerin yönetime katılımının sağlanması yoluyla, adil geçiş kavramının hedeflediği kimsenin arkada bırakılmaması prensibi, insan onuruna yakışır iş ile sosyal adalet kavramlarının gerçekleşebilmesi mümkün kılınabilir.

E. Sendikaların Mesleki Amaçlı Eğitim ve Bilgilendirme Faaliyetleriyle Adil Geçiş Sürecine Katkı Sunması

Sendikalar üyelerinin mesleki bilgi ve tecrübelerini arttırmak için kurs, konferans ve seminerler düzenleyebilirler. Nitekim 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 44/2 hükmünde, işçi sendika ve konfederasyonlarına gelirlerinin yüzde onunu üyelerinin mesleki eğitimi ile mesleki bilgi ve tecrübelerini arttırmak için kullanma zorunluluğu getirilmişti. 6356 sayılı Kanunda ise böyle bir yasal zorlayıcı hüküm öngörülmemiştir. Fakat 6356 sayılı Kanunun m. 26/9 hükmünde sendikaların üyelerine eğitim amaçlı yardım yapabilecekleri belirtilmiştir. Böylelikle, her ne kadar Kanunda sendikaların eğitim faaliyetleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemeler öngörülmemiş olsa da, m. 26/9 hükmü doğrultusunda sendikaların mesleki amaçlı eğitim ve bilgilendirme faaliyetlerini tüzüklerinde kararlaştırabilmeleri mümkün kılınmıştır¹¹⁶. Sendikaların mesleki amaçlı kurslar vermesi, konferans ve seminerler düzenlemesi adil geçiş süreci bakımından oldukça önem arz etmektedir. Zira bu şekilde sendikalar üyelerine yeni mesleki beceriler kazandırabilir ve adil geçiş süreci sonunda işçilerin başka işkollarında, özellikle de sürdürülebilir ve yenilenebilir nitelik taşıyan yeşil işlerde (örneğin kömürden güneş veya rüzgar enerjisine geçiş sürecinde olduğu gibi) istihdam edilebilmelerini sağlayabilirler¹¹⁷.

¹¹⁵ **Dereli**, Toker: "Çalışma İlişkilerinde Güncel Sorunlar", BASİSEN, İstanbul 1997, s. 17; **Çelik**, s. 411; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 851; **Yürekli**, s. 41-42, 74; **Urhanoglu Cengiz**, s. 64. Bu konuda yasal bir düzenleme getirilmesinden başka, şirketlerin de bu yönde bir davranış kuralı benimsemelerinin düşünülebileceği, ayrıca 6356 sayılı Kanunda düzenlenen çerçeve sözleşmelerden de yararlanılabileceği görüşü için bkz. **Sur**, Sosyal Diyalog, s. 2305.

¹¹⁶ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 919; **Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 161; **Şahlanan**, s. 275; **Arıcı**, Toplu İş İlişkileri, s. 155; **Akyiğit**, s. 286; **Demir**, s. 550-551; **Eyrenci**, **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s. 546; Ayrıca bkz. **Korkusuz**, Refik: Dünyada İşçi Sendikalarının Faaliyetleri, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2003, s. 25-27.

¹¹⁷ **ILO**, Just Transition, s. 13-14.

SONUÇ

Günümüzün en önemli tartışma konularından birini oluşturan iklim değişikliği, giderek hem insan ve diğer canlıların yaşamını hem de gezegenimizi tehdit eder bir hale gelmiş bulunmaktadır. Bu durum ise ivedi bir şekilde önlemlerin alınmasını ve ülkelerin kapsamlı iklim politikaları üretmelerini gerektirmektedir. Ülkemizin de, tarafı olduğu başta Paris Anlaşması olmak üzere uluslararası sözleşmelerde düzenlenen ve ayrıca müzakereci devlet statüsü taşıması nedeniyle Avrupa Yeşil Mutabakatı ile Avrupa İklim Kanununda belirtilen hedef ve ilkeler doğrultusunda bir dönüşüm sürecine girmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu dönüşüm esnasında en kırılgan kesim olan işçilerin mağdur edilmemesi ve gerçek bir adil geçişin sağlanabilmesi için sendikaların etkin bir rol oynaması gerekmektedir. Nitekim başarılı adil geçiş örnekleri ortaya koyan çeşitli ülkelerde de süreç, işçi ve işveren sendikaları ile yerel ve merkezi hükümet yetkililerinin aktif katılımı yoluyla, ağırlıklı olarak toplu iş hukuku düzenlemelerinden faydalanılarak tamamlanabilmiştir. Bu doğrultuda ülkemizde de adil geçiş süreçlerinde işçi, işveren ve hükümet işbirliğinin sağlanabilmesi için 4857 sayılı İş Kanununun 114. maddesinde düzenlenen üçlü danışma kurulunun aktif kullanılması önem arz etmektedir.

Adil geçiş sürecinde yararlanılacak başlıca toplu iş hukuku araçlarından biri de toplu iş sözleşmeleridir. Özellikle geçiş sürecindeki işçilere önceki ücretlerinin belirli bir oranında gelir desteği sunulması, belirli parasal miktarlarda eğitim kuponları verilmesi ve farklı işlere yerleştirilmesi öngörülen işçilere ayrıca bir ödemenin yapılması toplu iş sözleşmeleri yoluyla kararlaştırılabilir. Toplu iş sözleşmesinin bu nitelikteki parasal hükümlerinden toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyeleri ile bu sendikaya dayanışma aidatı ödeyen işçiler yararlanabilecektir. Ayrıca teşmil uygulamasından faydalanılarak da adil geçişe ilişkin imzalanmış olan bir toplu iş sözleşmesinden tüm bir işkolundaki işyerleri ve bu işyerlerinde çalışan işçiler yararlandırılabilir.

Hukukumuzda ilk kez 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda düzenlenmiş olan çerçeve sözleşmelere işlerlik kazandırılarak da adil bir geçiş sağlanabilir. Zira çerçeve sözleşmenin içerik konularından mesleki eğitim, sosyal sorumluluk ve istihdam politikaları adil geçiş sürecinde etkin bir şekilde kullanılabilir niteliktedir. Örneğin taraflar çerçeve sözleşme ile enerji işkolunda çalışan işçilere sürdürülebilir ve yenilenebilir enerji türlerine ilişkin bilgi ve becerilerinin artırılabilmesi için belirledikleri süre ve nitelikte mesleki eğitim verileceğini kararlaştırabilirler. Böylece

karbon yoğun enerjiden yeşil enerjiye dönüşümde işçilerin mesleki eğitim eksikliği nedeniyle işsiz kalmasının önüne geçilebilir. Benzer şekilde sosyal sorumluluk ile ilgili konuların da çerçeve sözleşmelerde düzenlenebilmesi adil geçiş süreçlerine olumlu katkı sunacak niteliktedir. Bu doğrultuda çevrenin korunması ve çevre sorunlarının önlenmesi, iklim değişikliğinin zararlı etkileriyle mücadele ve bu mücadelede izlenecek yöntemlerin belirlenmesi, çevre dostu teknolojilerin gelişimi ile yaygınlaşmasının desteklenmesi gibi konular çerçeve sözleşmeler ile düzenlenebilir. Ayrıca çerçeve sözleşmede düzenlenebilecek konulardan biri olan istihdam politikaları da adil geçiş ile ilgili hükümlere bu sözleşme türünde yer verilebilmesini mümkün kılmaktadır.

İşyeri sendika temsilcileri aracılığıyla da işçilerin adil geçiş sürecine katılmalarının, süreçten beklentilerinin ve taleplerinin işverenlerine ve adil geçiş sürecinde söz sahibi olan diğer aktörlere iletilmesinin sağlanması, aynı şekilde konu hakkındaki gelişmelerin de işçilere duyurulması söz konusu olabilecektir. Ayrıca yapılacak yasal düzenlemeler ile yetkili sendika bulunmayan işyerlerinde işçi temsilciliği sisteminin uygulanabilmesinin önünün açılarak adil geçiş sürecinde tüm işçilerin yönetime katılımı sağlanabilir. Böylece adil geçiş kavramının dayanak noktalarından en önemlilerini oluşturan kimsenin arkada bırakılmaması prensibi, insan onuruna yakışır iş ile sosyal adalet kavramlarının gerçekleşebilmesi mümkün kılınabilir.

Son olarak belirtelim ki, sendikaların mesleki amaçlı kurslar vermesi, konferans ve seminerler düzenlemesi adil geçiş süreci bakımından oldukça önem arz etmektedir. Zira bu şekilde sendikalar üyelerine yeni mesleki beceriler kazandırabilir ve adil geçiş süreci sonunda işçilerin başka işkollarında, özellikle de sürdürülebilir ve yenilenebilir nitelik taşıyan işlerde istihdam edilmesini sağlayabilir.

KAYNAKÇA

- Aktay**, Ahmet Nizamettin/**Özdemir Ertürk**, Olgu: Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.
- Akyiğit**, Ercan: Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.
- Alp**, Mustafa: “Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Diğer Normlarla İlişkisi”, Türk Alman Uluslararası İş Hukuku Sempozyumu, 23-26 Haziran 2011, Şenocak, Kemal (ed.), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, s. 169-185.
- Alpagut**, Gülsevil: “6356 Sayılı Yasanın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, Legal İSGHD, C. 9, S. 35, 2012, s. 25-55.
- Arıcı**, Kadir: Türk İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022.
- Arıcı**, Kadir: Türk İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, (Toplu İş İlişkileri).
- Avcı**, Duygu/**Acar**, Sevil/**Adaman**, Fikret/**Uncu**, Baran Alp: “Net Sıfıra Giden Yolda Adil Dönüşüm İçin Yol Haritası Önerisi”, https://wwftr.awsassets.panda.org/downloads/acil_donusum_cozunurlu_kdusuk.pdf?13101/Net-Sifira-Giden-Yolda-Adil-Donusum.
- Aykul**, Ömer: “İklim Krizinde Hukuksal Sorunlar ve Öneriler”, Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan/Bozkurt, Kutluhan/Kulaç, Duygu (ed.), İklim Krizi ve Hukuk, Legal, İstanbul 2022, s. 91-106.
- Başbuğ**, Aydın/**Yücel Bodur**, Mehtap: İş Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2018.
- Bedir**, Eyüp/**Uyanık**, Yücel/**Demirci**, Sertaç/**Karaman**, Nursel: Türkiye’de Sosyal Diyalog Mekanizmalarının Değerlendirilmesi ve Analizi, Çalışma Hayatında Sosyal Diyalogun Geliştirilmesi Projesi, Ankara 2018.
- Bilgili**, Muhammed Yunus: “Anayasal Bir Hak Olarak Çevre Hakkı”, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 6, S. 2, 2015, s. 563-584.
- Birpınar**, Mehmet Emin: “Küresel Sorun: İklim Değişikliği-Gelişimi Uluslararası Müzakereler ve Türkiye”, Çevre, Şehir ve İklim Dergisi, S. 1, 2022, s. 20-36.

- Blanpain**, Roger (çev. Toker Dereli): “İşçilerin İşletme Yönetimi Karar Sürecine Etkisi: Yönetime Katılma Konusuna Genel Bir Bakış”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 30, 1979, s. 57-76.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Canbolat**, Talat: 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta, İstanbul 2013, (Düzeyi ve Türleri).
- Canbolat**, Talat: “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 523-541, (6356 Sayılı Kanun).
- Climate Action Network Europe**: “İklim Dostu Bir Ekonomiye Adil Dönüşüm Nasıl Gerçekleşebilir?”, https://caneurope.org/content/uploads/2019/12/TR_JTbriefing_Final_16.12.pdf
- Çelik**, Nuri: “İşyeri İşçi Temsilciliği”, Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1, 2005, s. 407-414.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta, İstanbul 2022.
- Çil**, Şahin: “İşçi Temsilciliği Kurumunun Gerekliliği ve İş Güvencesi İle Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Katkıları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016 İstanbul, Seçkin, Ankara 2017, s. 359-370.
- Demir**, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir 2016.
- Demir**, Fevzi: “İşyeri Sendika Temsilciliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2001, s. 1555-1575.
- Dereli**, Toker: “Çalışma İlişkilerinde Güncel Sorunlar”, BASİSEN, İstanbul 1997.
- Dereli**, Toker: “Sosyal Diyalog”, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997, TÜHİS Yayın No: 26.
- Dereli**, Toker: “Yeni Bir Sosyal Diyalog Aracı Olarak “Üçlü Danışma Kurulu”: Genel Bir Değerlendirme, Mercek, Nisan 2004, s. 15-20.
- Doğan**, Berin: İşçinin İşletmenin Yönetimine Katılması, İstanbul 1973.
- Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul 2007.

- Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul 2014.
- Doorey**, David J.: “A Transnational Law of Just Transitions for Climate Change and Labour”, Research Handbook on Transnational Labour Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton USA 2015.
- Duru**, Bülent: “Viyanadan Kyoto’ya İklim Değişikliği Serüveni”, Mülkiye, C. 25, S. 230, 2001, s. 301-333.
- Ekmekçi**, Ömer: Toplu İş Hukuku, 5. Bası, Onikilevha, İstanbul 2023, (Toplu İş Hukuku).
- Ekmekçi**, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996.
- Engin**, Murat: İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, Beta, İstanbul 2012.
- Erbaş**, Cevat Gökhan: Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Seçkin, Ankara 2013.
- Ertürk**, Şükran: “Türkiye’de Sendikal Yaşam Türkiye’nin Onaylamış Bulunduğu 87 ve 151 Sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 723-740.
- Esener**, Turhan/**Demir**, Ender: Toplu İş Hukuku Toplu İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Eurofound**: Anticipating and Managing the Impact of Change-Impact of Climate Change and Climate Policies on Living Conditions, Working Conditions, Employment and Social Dialogue: A Conceptual Framework, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2023.
- European Parliament**: The Impact of Climate Change Policies on the Employment Situation, Brussels 2010.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Baskan**, Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- Franssen**, Marie-Monique/**Holemans**, Dirk: “Yeşil ve Sosyal Bir Adil Geçiş İçin İklim, İstihdam ve Adalet”, https://gef.eu/wp-content/uploads/2021/05/GEF_just-transition-paper-turkish_final-3.pdf.
- Germanwatch**: Der globale Klimawandel, 3. aktualisierte Auflage, Köln 2014.

- Gökalp**, Süheyla Suzan: “Paris Anlaşması ve Türkiye’ye Yansımaları”, Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan/Bozkurt, Kutluhan/Kulaç, Duygu (ed.), İklim Krizi ve Hukuk, Legal, İstanbul 2022, s. 1-29.
- Görmüş**, Ayhan: “Türkiye’de Sosyal Diyalogun Gelişimi”, Çalışma ve Toplum, S. 14, 2007/3, s. 115-140.
- Haberfellner**, Regina/**Sturm**, René: Ökologisierung, Strukturwandel und Arbeitsmarkt: Eine globale Perspektive auf die Green Economy, Arbeitsmarktservice Österreich, Wien 2014.
- Hekimler**, Alpay: Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Ülkelerde Yönetime Katılım, Legal, İstanbul 2005.
- Hochscheidt**, Lukas/**Wixforth**, Susanne/**Rohde**, Jan Philipp: Die sozial-ökologische Transformation der Europäischen Wirtschaft, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2021.
- ILO**: Guidelines for a Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All, Geneva 2015.
- ILO**: Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All, Geneva 2018, (Just Transition).
- ILO**: The Employment Impact of Climate Change Adaptation, Geneva 2018, (Adaptation).
- ILO**: Ulusal Üçlü Sosyal Diyalog: Daha İyi Bir Yönetişim İçin ILO Rehberi, Uluslararası Çalışma Bürosu Sosyal Diyalog ve Üçlü Yapı Birimi, Cenevre 2013, (Üçlü Sosyal Diyalog).
- ILO**: Working On a Warmer Planet: The Impact of Heat Stress on Labour Productivity and Decent Work, Geneva 2019.
- ILO**: World Employment Social Outlook 2018 Greening With Jobs, Geneva 2018.
- International Trade Union Confederation**: “Just Transition-Where Are We Now and What’s Next? A Guide to National Policies and International Climate Governance”, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc_climate_justice_frontline_briefing_2017.pdf.
- IPCC**: Summary for Policymakers, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, USA 2021, s. 3-32.
- İren**, Ertan: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Üçlü Diyalog, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2005.
- Kandemir**, Murat: “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı”, Çalışma ve Toplum, S. 39, 2013/4, s. 167-214.

- Keser**, Hakan: “İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi”, Sicil İHD, S. 15, Eylül 2009, s. 129-152.
- Kılıç**, Şebnem: Toplu İş Sözleşmesi Türleri Açısından Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme Türk Hukukunda Grup Toplu İş Sözleşmeleri ve Çerçeve Sözleşmeler, Beta, İstanbul 2019.
- Korkusuz**, Refik: Dünyada İşçi Sendikalarının Faaliyetleri, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2003.
- Köse**, İsmail: “İklim Değişikliği Müzakereleri: Türkiye’nin Paris Anlaşması’nı İmza Süreci”, Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 55-81.
- Kurnaz**, Mehmet Levent: “İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye”, Dirençlilik Dergisi, C. 7, S. 1, 2023, s. 199-208.
- Kutal**, Metin: “Türk Çalışma Hayatında Üçlü Yapılanma”, İHD, Ekim-Aralık 1993.
- Martinez-Fernandez**, Cristina/**Hinojosa**, Carlos/**Miranda**, Gabriela: Greening Jobs and Skills: Labour Market Implications of Addressing Climate Change, OECD LEED Working Paper Series, 2010.
- Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion, Ankara 2022.
- Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2016.
- Odaman**, Serkan: “Fransız Hukukunda ve 2821 Sayılı Kanunda Yapılması Öngörülen Değişiklik Çerçevesinde Türk Hukukunda İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 563-599.
- Odaman**, Serkan: “Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi”, Legal İSGHD, S. 3, 2004, s. 816-834.
- Odaman**, Serkan: “Sosyal İşbirliği ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Sonrasında 144 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Üçlü Danışma Kurulu”, Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 1, 2005, s. 4-17, (Üçlü Danışma Kurulu).
- Okur**, Ali Rıza: Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985.

- Olsen**, Lene: The Employment Effects of Climate Change and Climate Change Responses: A Role for International Standards, International Labour Office, Geneva 2009.
- Orhan**, Gökhan: “Hava Kirliliği ve Asit Yağmurları: Uzun Menzilli Sınırlar Ötesi Hava Kirliliği Sözleşmesi ve Protokolleri Karşısında Türkiye’nin Konumu”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2012, s. 123-150.
- Öner**, Şerif: “İklim Değişikliği Sorununun Uluslararası Gelişmeler Eşliğinde Türkiye’nin Politika ve Kurumlarına Yansıması”, Ombudsman Akademik, S. 18, 2023, s. 13-47.
- Özel**, Mehmet/**Kılıç**, Selim: “Küresel Bir Sorun Olarak İklim Değişikliği ve İklim Politikaları”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 34, 2006, s. 137-169.
- Özyer**, Berkan: “Adil Geçiş”, EKOIQ Yeşil İş ve Yaşam Dergisi, S. 60, 2016, s. 43-63.
- Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukda Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 222, Ankara 1967.
- Roschmann**, Christian (çev. Fırat Engin): “İklim Değişikliği ve İnsan Hakları”, AÜHFD, C. 70, S. 4, 2021, s. 1155-1198.
- Seçer**, Barış: “Endüstriyel Demokrasi: İşçilerin Yönetime Katılmasından İşçi Katılımına”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2009, s. 19-35.
- Selçuk**, Sefa Furkan: “Uluslararası İklim Değişikliği Anlaşmaları ve Türkiye’nin Tutumu”, Ulusal Çevre Bilimleri Araştırma Dergisi, C. 6, S. 1, 2023, s. 9-19.
- Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 13. Baskı, Yetkin, Ankara 2023.
- Stavis**, Dimitris: “Unions and the Environment: Pathways to Global Labor Environmentalism”, WorkingUSA: Journal of Labour & Society, Vol. 14, No. 2, 2011, s. 145-159.
- Stavis**, Dimitris/**Felli**, Romain: “Global Labour Unions and Just Transition to a Green Economy”, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, Vol. 14, No. 4, 2014, s. 1-18.
- Subaşı**, İbrahim: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 595-653.

- Sur, Melda:** İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, (Toplu İlişkiler).
- Sur, Melda:** “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 2281-2308, (Sosyal Diyalog).
- Sur, Melda:** Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 21, Ankara 1991.
- Sur, Melda:** Uluslararası Hukukun Esasları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.
- Süzek, Sarper:** İş Hukuku, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2021, (İş Hukuku).
- Süzek, Sarper:** “İş Hukukunda Katılım”, Coşkun Kırca’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 2, Ankara 1996, s. 161-168, (Katılım).
- Şahlanan, Fevzi:** Toplu İş Hukuku, Onikilevha, İstanbul 2020.
- Şeren Güler, Begüm:** “Avrupa Yeşil Düzeni: Yeşil Kıtadan Yeşil Dünya’ya Geçiş”, Sürdürülebilir Ekonomi ve Finans Araştırmaları Derneği, 2021, <https://sefia.org/blog/avrupa-yesil-duzeni-yesil-kitadan-yesil-dunyaya-gecis>.
- Talas, Cahit:** Toplumsal Ekonomi, İmge Kitabevi, Ankara 1997.
- Taşkent, Savaş:** “Türkiye’de İşçinin Yönetime Katılması”, İHD, Ekim-Aralık 1993.
- Tokol, Aysen:** “Çeşitli Boyutları İle Sosyal Diyalog”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, TÜHİS Yayın No: 38, Ankara 2000, s. 525-536.
- Tuğ, Adnan:** Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayın No: 1, Ankara 1998.
- Tuncay, A. Can:** “Avrupa Birliği İle Görüşme Sürecinde Türkiye’de Üçlü Sosyal Diyalog”, Sicil İHD, S. 1, Mart 2006, s. 205-214.
- Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz:** Toplu İş Hukuku, 8. Bası, Beta, İstanbul 2023.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut:** İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2022.
- Turan, Kamil:** İşçinin Yönetime Katılması ve Türkiye Uygulaması, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973.
- Ulucan, Devrim:** “Avrupa Topluluğu Hukuku’na Uyum Açısından Türkiye’de İşçinin Yönetime Katılması”, Avrupa Topluluğu ve Türkiye’nin Uyumu Semineri, İstanbul 1989.

UNFCCC: Just Transition of the Workforce, and the Creation of Decent Work and Quality Jobs, United Nations Framework Convention on Climate Change, 2020.

Urhanoglu Cengiz, İhtar: “İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması”, Kamu-İş, C. 11, S. 1, 2009, s. 59-83.

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

Ünsal, Engin: “Sosyal Diyalog Yeniden Düzenlenmelidir”, Legal İSGHD, S. 11, 2006, s. 845-851.

Üstün, Alkan/**Cizreli,** Bahattin: “Yeni Bir Dönemin Eşiğinde Adil Dönüşüm Yaklaşımı”, Kent Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 37, 2022, s. 1913-1935.

Wittpahl, Volker: Klima, Springer, Berlin 2020.

Yıldız, Gaye Burcu: “İşçinin Yönetime Katılması Usulü Olarak İşçi Temsilciliği Sistemi”, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 19-21 Nisan 2018 İstanbul, Seçkin, Ankara 2021, s. 55-73.

Yıldız, Gaye Burcu: Türk Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Yürekli, Sabahattin: İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, Beta, İstanbul 2004.

<https://iklim.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-33>

<https://iklim.gov.tr/eylem-planlari-i-19>

<https://iklim.gov.tr/kyoto-protokolu-i-35>

<https://iklim.gov.tr/montreal-protokolu-i-38>

<https://iklim.gov.tr/strateji-belgeleri-i-20>

<https://iklim.gov.tr/ulusal-bildirimler-i-21>

<https://iklim.gov.tr/viyana-sozlesmesi-i-36>

<https://pmmrturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/12/Taslak-Iklim-Kanunu-1.pdf>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>

<https://unfccc.int/process-and-meetings/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>

https://www.ab.gov.tr/fasil-27-cevre_92.html

<https://www.iklim.gov.tr/guncellenmis-birinci-ulusal-katki-beyani-sunuldu-haber-1139>

https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_371589/lang-en/index.htm

https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_824102/lang-en/index.htm

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YÜKLEME VE YÜKLEMENİN TENFİZİNE İLİŞKİN SORUNLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1391971>

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK*

Öz

Yükleme, mirasbırakanın yasal veya iradi mirasçısını olumlu ya da olumsuz bir edimde bulunmakla yükümlü kıldığı ve fakat yararlanıcısına alacak hakkı vermeyen bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türüdür. Yükleme yoluyla mirasbırakan, ölüme bağlı son dileklerini yerine getirmeyi amaçlayarak belirli eylemlerin yapılması hususunda, belirlediği kimselere, olumlu veya olumsuz yükümlülükler getirir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna koyduğu bir kaydın hukuken nasıl nitelendirileceğini belirlemek her zaman kolay değildir. Özellikle ölüm sonrasına etkili bir kazandırma yapmış olan mirasbırakanın kazandırmaya eklediği kaydın, belirli bir davranışta bulunulmasını gerektirdiği durumlarda, bu nitelendirme daha da zorlaşmaktadır. Bu nedenle yükleme kavramının daha iyi anlaşılabilmesi ve doğru bir hukuki nitelendirme yapılabilmesi için, benzer hukuki kurumlardan farklarının ortaya konulması gereklidir. Zira uygulanacak olan hükümler ve bunlara bağlanan sonuçların, yapılacak hukuki nitelendirmeye göre, doğru şekilde belirlenmesi gerekir. Öte yandan yükleme ilgisine gerçek bir alacak hakkı tanımayıp yalnızca tenfiz talep etme imkânı verdiğinden bunun beraberinde getirdiği başkaca sorunlar çıkabilmektedir. Bu çalışma ölüme bağlı son dileklerin yükleme yoluyla nasıl uygulanabileceğini inceleyerek yükleme kavramını tanımlar, yüklemenin unsurlarını, çeşitlerini, ölüme bağlı tasarruflar üzerindeki etkisini ve özellikle tenfize ilişkin hukuki sonuçlarını ele alır.

Anahtar Kelimeler

Yükleme, Ölüme bağlı tasarruf, Miras, Koşullar, Yüklemenin tenfizi

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kırklareli (bzenginozkucukparlak@klu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-9032-1507 (Gönderim Tarihi: 16.11.2023-Kabul Tarihi: 05.01.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**BURDEN IN TESTAMENTARY DISPOSITION AND
PROBLEMS REGARDING
THE ENFORCEMENT OF THE BURDEN**

(Research Article)

Abstract

Burden is a type of testamentary disposition in the substantive sense, in which the legator obliges his legal or voluntary heir to perform a positive or negative act, but does not give the beneficiary a right to claim. By means of impositions, the heir imposes positive or negative obligations on those whom the heir designates to perform certain actions with the aim of fulfilling his/her last wishes. It is not always easy to determine the legal characterisation of a record made by the heir in a testamentary disposition. This qualification becomes even more difficult, especially in cases where the record added by the heir, who has made a gift effective after death, requires a certain behaviour. For this reason, in order to better understand the concept of imposition and to make a correct legal characterisation, it is necessary to reveal its differences from similar legal institutions. This is because the provisions to be applied and the consequences thereof must be correctly determined according to the legal characterisation to be made. On the other hand, since it does not provide the shipper with a real right of claim, but only with the opportunity to request enforcement, other problems may arise. This study analyses how testamentary last wishes can be enforced through predicates, defines the concept of predication, discusses the elements and types of predication, its effect on testamentary dispositions and especially its legal consequences regarding enforcement.

Keywords

Burden, Testamentary disposition, Inheritance, Conditions, Enforcement of the burden

GİRİŞ

Kişilerin öldükten sonra miras bırakma hakkı, mülkiyet hakkının ve irade özgürlüğünün bir uzantısıdır. Zira mülkiyet üzerinde tasarruf ederek kazandırıcı işlemlerde bulunabilme imkânı, yalnızca ölüm anına kadar sınırlandırılmış değildir. Kişiler, ölüme bağlı tasarruflar vasıtasıyla mülkleri üzerinde ölümden sonrasına etkili olabilecek işlemler yapabilmektedir. Öte yandan kişiler ölüme bağlı tasarruflar yoluyla yalnızca mülkiyet üzerinde etkili tasarruflar değil, ölüme bağlı son dileklerini de gerçekleştirebilme imkânı elde ederler ve ölümlerinden sonra mirasçılarının belirli şekilde davranmalarını isteyebilirler. Böylece bir mirasbırakan son dileklerini ölüme bağlı tasarruflar yoluyla belirlediği kişilerce, belirlediği biçimde gerçekleştirme olanağına sahip olur. Bu kapsamda kişi ölümden sonra hukuksal sonuç doğurmak üzere geride bırakacağı terekesini düzenlemek ve ölümünden sonraki isteklerine saygı duyulmasını sağlamak için çeşitli yollara sahiptir. Bu yollardan biri de yapılacak ölüme bağlı tasarruflarda yüklemeye yer verilmesidir.

Miras hukuku bağlamında yükleme, mirasbırakanın yasal veya iradi mirasçısına olumlu ya da olumsuz bir edimde bulunma yükümü yüklediği bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türüdür¹. Bu öyle kendine has bir yükümdür ki her ilgili tarafından yerine getirilmesi istenebilirse de *-eğer varsa- yararlanıcısına -belirli mal vasiyetinde olduğu gibi-* gerçek manada bir alacak hakkı sağlamayacağı doktrinde neredeyse oybirliğiyle kabul edilmek-

¹ **Weimar**, Peter: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, 1. Abteilung (Art. 457-536 ZGB), (Herausgeber: Heinrich Honsell and Peter Walter), Stämpfli Verlag, Bern 2009, ZGB Art. 482 N. 2; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017, s. 142; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 162; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 356; **Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 243; **İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 216; **Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 276; **Studhalter**, Philipp: Orell Füssli Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zurich 2021, ZGB Art. 482 N. 1; **Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Erbrecht, ZGB 457-640, (herausgeber: Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2016, ZGB Art. 482 N. 6; **Arter**, Oliver: "Auflagen und Bedingungen Als Mittel Der Nachlassgestaltung", Der Schweizer Treuhänder, S. 9, 2011, s. 745-750, s. 745. Aynı tanımı içeren İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz., E. 6; BGE 99 II 375, E. 7a, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 03.06.2023)

tedir². Borcun konusu olabilecek her türlü yapma veya yapmama eylemi yüklemenin de konusunu oluşturabilir³. Örneğin öğrencilerin kullanımına sunulacak bir kütüphane oluşturulması, bir el yazmasının yayınlanması, belirli mal vasiyeti olarak bırakılan bir arsaya park yapılması, mezarına çok sevdiği bir çiçek türünün ekilmesi vb. eylemler yüklemenin konusu olabilir. Örneklerden görüleceği üzere yükleme bir kazandırmaya bağlı olabileceği gibi, kazandırmadan bağımsız bir edimin yüklemeye konu olması da mümkündür. Bununla birlikte mirasbırakanın belirlediği kişilere bu türden yükümler öngörebilme imkânı, kimi zaman yüklemeyi yerine getirecek mirasçının kişilik haklarıyla çatışabilir veyahut bu yüküm hukuka veya ahlaka aykırı olabilir. Bu durumda ise mirasbırakanın öngördüğü yüklemelerle mirasçılarını ne kadar etkileyebileceği sorusu incelenmesi gereken bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

² **Stahelin**, Daniel: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB/Art. 1-61 SchlT ZGB) (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser) 3. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Basel 2007, ZGB Art 482 N. 14; **Öztan**, s. 277; **Serozan/Engin**, s. 356; **Antalya**, s. 243; **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 145; **Dural/Öz**, s. 162. Bununla birlikte yüklemenin kişiye kendi adına ifayı talep yetkisi vermiyor olmasının tek başına bunu bir alacak hakkı olmaktan çıkarmadığını, ifanın her ne kadar kural olarak alacaklıya yapılması gerekse de eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede de sözleşmenin tarafı olan vaat ettirenin talep yetkisini ifanın ancak üçüncü kişiye yapılmasını isteme şeklinde kullanabileceğini, bu durumda kişinin kendi adına ifa talebinde bulanamamakla birlikte alacaklı sıfatını halen haiz olduğunu ifade eden bir görüşe göre, yüklemenin her durumda alacak hakkı vermediğini söylemek isabetli değildir. Söz konusu görüşe göre, TMK m. 515 kapsamında tanınan tenfiz istemi, “*sui generis*” bir talep yetkisi olarak değerlendirilmelidir. Söz konusu görüş için bkz. **Bilgetekin**, Tuğçe: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükeme ve Özellikle. Yüklemenin Sui Generis Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 88. Kanaatimizce ölüme bağlı tasarruflarda yüklemenin kanuni düzenlemesi esas alındığında söz konusu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Kanun koyucu açıkça tenfiz istemini tazminat imkanından yoksun ve alacak hakkı vermeyen bir istem olarak düzenlemiştir. Öte yandan yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilecek “ilgili”, mirasbırakanın güttüğü amaca göre belirsiz kimseler olabileceği gibi, sayısız kişi de olabilir. Bu kişilerin tamamına tazminat isteyebilme, alacağı devredebilme vb. yetkilerle donatılmış bir alacak hakkı tanımak, kanun koyucunun kastetmediği bir biçimde hükmün gereğinden fazlasıyla genişletilmesine sebep olacağından, yüklemenin ilgiliye alacak hakkı vermediği yönünde doktrindeki hakim görüşe katılmayı uygun buluyoruz.

³ **Lüdi**, Michael: Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Schulthess Verlag, Zürich 2016, s. 25; **Arter**, s. 745; **Stahelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 15; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 10; **Serozan/Engin**, s. 356; **Oğuzman**, s. 150. Bu hususu açıkça ifade eden İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. BGE 87 II 359, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 03.06.2023)

Türk Medeni Kanunu'nda⁴ ("TMK") -*mehaz kanun İsviçre Medeni Kanunu'nda*⁵ ("ZGB") *olduğu gibi*- yükleme, yalnızca tek bir maddede koşullar ile birlikte düzenlenmiştir. Kanunda herhangi bir tanım yapılmamıştır. Gerçek anlamda bir alacak hakkı sağlamayan, mirasbırakanın ölüme bağlı son dileklerini gerçekleştirme için belirlediği kişileri deyim yerindeyse görevlendirmesiyle oluşan yüklemeleri, kanunda birlikte düzenlendiği koşullardan -*özellikle iradi şarta bağlı ölüme bağlı kazandırmalardan*- ayırmak oldukça zordur. Bununla birlikte yüklemeyi, yararlanıcısına tüm imkanlarıyla bir alacak hakkı sağlayan vasiyet kazandırmasından ayırt etmek de kolay değildir. Bu nedenle yüklemeyi esas alan bir çalışmanın yalnızca bu kavramın hukuki niteliği ve sonuçlarına değil, benzer kavramlarla olan ilişkisini açıklamaya da yönelik olması gerekir. Çalışmamızda ölüme bağlı son dileklerin yüklemeler aracılığıyla nasıl uygulanabileceği incelenecektir. İlk olarak ölüme bağlı tasarruflarda yükleme kavramı, benzer kavramlardan farklarıyla ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Daha sonra yüklemenin konusu ve çeşitleri incelenecektir. Son olarak yüklemenin tenfizi talebine ve pratik sonuçlarına ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlara yer verilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

I. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFTA YÜKLEME

A. Yükleme Kavramı ve Benzer Kurumlardan Farkı

1. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükleme Kavramı

a. Kavram Olarak Yükleme

Yükleme (mükellefiyet) kavramı, kanunda tanımlanmamış olup doktrinde biri geniş ve biri dar olmak üzere iki anlamıyla ifade edilmektedir. Geniş anlamda yükleme, hukuk düzeninin emrettiği bir yükümün yerine getirilmesi zorunluluğu olarak tanımlanmaktadır⁶. Esasında yükleme (mükelle-

⁴ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch Act vom 10. Dezember 1907.

⁶ **Akıntürk**, Turgut: "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 1970, s. 219-, 247, s. 231; **Gömeç**, Müjgan: "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Yüklemeler", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 1, 2021, s. 31-53, s. 44; **Pulaşlı**, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989, s. 71; **Yıldırım**, Abdülkerim: Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 40; **Ercişkun-Şenol**, Kübra: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler, (Yayınlanmamış Yüksek

lefiyet) bu anlamıyla yükümlülük kavramını karşılamakta olup 743 sayılı mülga Medeni Kanun'da (mMK) ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda birçok hükümde yer verilmiştir. Örneğin mMK m. 2/1'de yer alan “*herkes haklarını kullanmakta veya borçlarını ifada hüsniniyet kaidelerine mükelleftir*” düzenlemesinde mükellefiyet geniş anlamıyla, hukuken yerine getirilmesi zorunlu olan yükümlülüğü ifade etmektedir⁷.

Dar ve teknik anlamıyla yükleme ise, ivazsız kazandırmalara eklenebilen ve bir kimseyi bir edada bulunmakla yükümlü kılan fer'i bir kayıt olarak tanımlanmaktadır⁸. Hukuki işleme eklenen bir yükleme ile mirasbırakanın isteğini gerçekleştirmek üzere yükümlü kılınan kimseye, yapması ya da yapmaması gereken bir görev yüklenir. Bununla beraber karşı edim niteliğinde olmayan bu yükümün karşılıksız kazandırmada bulunulan kişi veya yüklemeden yararlanan üçüncü kişiler bakımından bir alacak hakkı doğurmayacağı doktrinde neredeyse oybirliği ile kabul edilmektedir⁹.

Çalışmamızda ölüme bağlı tasarruflar bağlamında ele aldığımız yükleme, dar ve teknik anlamıyla yüklemedir. Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda bu anlamıyla yüklemeden üç yerde bahsedilmiştir. Bunlar, yüklemeli bağışlamaya ilişkin TBK m. 291, vakıflara yapılan kazandırmalar bakımından amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde engelleyen yükümlerin kaldırılmasını düzenleyen TMK m. 113/2¹⁰ ve son olarak çalış-

Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2011) s. 119; **Tuhan-Boz**, Reyhan: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yüklemenin Yerine Getirilmesi Talebinin İleri Sürülebileceği Süre”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi C. 4, S. 2, 2022, s. 798-822, s. 801.

⁷ “Mükellefiyet” teriminin geniş anlamıyla yükümlülüğü karşıladığı örnekler mMK kapsamında oldukça fazladır. Örneğin, mMK m. 151 eşlerin sadakat mükellefiyeti, mMK m. 315 nafaka mükellefiyeti vb. gibi.

⁸ **Akıntürk**, s. 231; **Gürsoy**, Kemal Tahir: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler-Kısım I”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10, S. 1, 1953, s. 457-541, s. 468. Lüdi'ye göre yüklemenin fer'i bir kayıt olarak nitelendirilmesinin nedeni, TMK m. 515/2 (ZGB Art. 482/1) hükmünün mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunu yüklemelere ve koşullara “*bağlayabileceği*” yönündeki ifadesidir. Buradaki bağlama (*anfügen*) terimi, en azında oluşturma aşamasında öümlle bağlı tasarruf ile yükleme arasında bir bağlılık olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Lüdi**, s. 22.

⁹ **Dural/Öz**, s. 162; **Bilgetekin**, s. 67-119, s. 82; **Öztan**, s. 277; **Gömeç**, s. 44; **Akıntürk**, s. 233-234; **Pulaşlı**, s. 72; **Türkmen**, Ahmet: Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 40; **Yıldırım**, s. 41; **Ercoskun-Şenol**, s. 119.

¹⁰ Esasında TBK m. 291, TMK 515 hükümlerinde “yükleme” terimi kullanılmışken TMK m. 113/2 hükmünün ifadesinde “yükümlülük” kavramı kullanılmıştır. Her ne kadar TMK m. 113/2 hükmünün ifadesinde kullanılan terim yükümlülükse de burada dar ve teknik anlamıyla yüklemeden bahsedilmektedir. Esasında bu hükümlerin 743 sayılı mülga Medeni Kanun'daki ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'daki karşılığı olan

mamızın konusunu oluşturan ölüme bağlı tasarruflarda yüklemeyi düzenleyen TMK m. 515 hükmüdür. Görüldüğü üzere üç hal bakımından da ortak olan nokta, yüklemenin eklendiği hukuki işlemlerin, ivazsız kazandırma niteliğinde olmasıdır.

b. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükleme

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından yükleme, dar ve teknik anlamıyla yüklemeyi ifade eder. TMK m. 515’de (ZGB Art. 482) sınırlı şekilde düzenlenmekle beraber kanunda bir tanımına yer verilmemiştir. Doktrinde, mirasbırakanın yasal veya iradi mirasçısını olumlu ya da olumsuz bir edimde bulunmakla yükümlü kıldığı ve fakat yararlanıcısına alacak hakkı vermeyen bir “*maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türü*” olarak tanımlanmaktadır¹¹. Buna göre mirasbırakan gerçekleşmesini istediği arzusunu ölüme bağlı tasarrufunda belirlediği kişiye “*bir edada bulunma mecburiyeti*”¹² olarak yüklemiş ve fakat bu edadan yararlanacak kişiye bir ifa taahhüdünde bulunmamıştır. Örneğin mirasbırakan yapmış olduğu resimleri bir ölüme bağlı tasarrufla (A)’ya bırakmış olup bu kazandırmaya (A)’nın her yıl belirli bir dönemde resimleri halka sergilemesi şeklinde bir kayıt eklemişse (A)’ya yüklenen bu görev yükleme olarak değerlendirilir ve resim sergisini görmek isteyen halk bakımından bir alacak hakkı oluşturmaz¹³. Mirasçılarının, ban-

hükümlerin hepsinde (mMK m. 80/2, mMK m. 462, mBK m. 240) “mükellefiyet” terimi tercih edilmişti ve doktrinde bunun “dar anlamda mükellefiyet” (Auflage) kavramını ifade ettiği kabul ediliyordu. Bkz. **Akıntürk**, s. 232. Kanunkoyucunun TBK m. 291 ve TMK m. 515 kapsamında yer verdiği yükleme kavramına, TMK m. 1113/2 kapsamında yer vermemesi doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **Tuhan-Boz**, s. 802; **Sarıkaya**, Murat: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 602-619, s. 612.

¹¹ **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 2; **Öztan**, s. 277; **İmre/Erman**, s. 142; **Serozan/Engin**, s. 356; **Arter**, s. 745; **Akıntürk**, s. 231; **Stahelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 14; **Tuhan-Boz**, s. 801; **Gürsoy**, Kısım I, s. 468; **Yıldırım**, s. 97; **Eren**, **Fikret/Yücer-Aktürk**, İpek: Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 152. İsviçre Federal Mahkemesi yüklemeyi, kanuni veya atanmış bir mirasçı veya belirli mal vasiyeti alacaklısını, mirasbırakan tarafından belirlenen bir amaç için, bir şeyi yapmakla veya yapmaktan kaçınmakla yükümlü kılan ve fakat bu yükümlülüğün bir alacak hakkını değil, sadece ilgili kişilerin yükümün yerine getirilmesi talebini doğurduğu bir ölüme bağlı tasarruf türü olarak tanımlamaktadır. Bkz. BGE 99 II 375, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 11.05.2023)

¹² **Gürsoy**, Kısım I, s. 468.

¹³ Resim sergisinin yapılması yönünde herhangi bir alacak hakkından söz edilemeyeceği de TMK m. 515 gereği, her ilgilinin bu yüklemenin yerine getirilmesini isteme hakkı mevcuttur. Bu husustaki açıklamalarımız aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. II, B.

kadaki parasından her ay belirli bir meblağı öğrencilere burs olarak vermesini öngören bir mirasbırakının bu arzusunun da yükleme teşkil ettiği söylenebilir. Benzer şekilde mirasbırakanın bir kimseye restoranını bırakması ve bu kazandırmaya eklediği her gün fakir bir ailenin doyurulması yönündeki arzusu yükleme olarak nitelendirilecektir¹⁴. Mirasbırakanın cenaze törenine ilişkin yapılmasını veya yapılmamasını istediği “*post-mortal (ölüm sonrası) dilekleri*” de ölüme bağlı tasarrufunda birer yükleme olarak öngörmesi mümkündür. Görüldüğü üzere esasında mirasbırakan yükleme ile istediği bir amacın gerçekleşmesini arzu etmektedir. Bu amaç, mezarına belirlediği bir çiçeğin ekilmesi gibi kişisel nitelikli olabileceği gibi, arsasına park yapılması gibi toplumsal bir nitelik de taşıyabilir¹⁵.

Ölüme bağlı tasarruflara konan yükleme kayıtları kendisine ivazsız kazandırma yapılan kişiyi, bunu yapmaya yönelik bir taahhüdü bulunmamasına rağmen söz konusu edayı yerine getirmekle yükümlü kılar. Başka bir deyişle kendisine bir edayı yerine getirme mecburiyeti yüklenen kişi, bunu sözleşmesel bir ilişkinin karşı edimi olarak yüklenmiş değildir¹⁶. Miras sözleşmesiyle mirasbırakana karşı bir ivaz yüklenmiş olan kişi bakımından dahi yüklemenin bir karşı edim olduğu söylenemez¹⁷. Örneğin mirasbırakan kendisini mirasçı olarak ataması karşılığında ona ölüncüye kadar bakmayı taahhüt eden bir kimseye kitaplarını kütüphaneye bağışlaması yönünde bir yükleme de yüklemişse, kitapları bağışlama edimi mirasçı atamanın karşılığını oluşturmayacaktır. Zira ivaz, miras sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmaktan ziyade, onun yanında bağımsız olarak bulunur ve ölüme bağlı tasarrufun saikini oluşturur¹⁸. Miras sözleşmesinde mirasbırakan karşı tarafı mirasçı atayarak veya belirli mal vasiyeti kazandırması yaparak ona karşı bir borç altına girmeyip aksine borcunu yerine getirmiş olduğundan, miras sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak tanımlanamaz¹⁹.

¹⁴ Gömeç, s. 44.

¹⁵ Mirasbırakanın amacı dini, ilmi veya sosyal de olabilir. **Tuhan-Boz**, s. 801; **Gürsoy**, Kısım I, s. 469; **Akıntürk**, s. 234; **Yıldırım**, s. 98; **Gömeç**, s. 44.

¹⁶ **Akıntürk**, s. 235.

¹⁷ **Dural**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

¹⁸ Her ne kadar miras sözleşmelerinde mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufa karşılık diğer taraf sağlararası bir borç altına girse de, miras sözleşmesi yine de ölüme bağlı tasarruf niteliğini korumaktadır. **Dural**, s. 50.

¹⁹ Bununla birlikte kanun koyucunun TMK m. 547 hükmünde sağlararası edim borcunu ifa etmeyen taraf bakımından borçlar hukuku kurallarının uygulanacağına ilişkin tercihi, miras sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmesi anlamına gelmemektedir. Burada kanun koyucunun tercihi sanki tam iki tarafa borç yükleyen bir

Vasiyetnamede yüklemenin karşı edim olmama özelliği daha da belirgindir. Zira vasiyetnamede mirasbırakan tek taraflı iradesiyle bir kimseye ivazsız bir kazandırma yapmakta ve ondan bir karşı edim almamaktadır. Dolayısıyla vasiyetnameyle yükleme öngörülmesi halinde bunun bir karşı edim teşkil etmeyeceği de açıktır. Bununla beraber aşağıda inceleneceği üzere yüklemenin mutlaka bir kazandırmaya eklenmesi de gerekmez²⁰. Kazandırmadan bağımsız bir yüklemenin de ölüme bağlı tasarruf ile düzenlenmesi mümkündür.

2. Benzer Kavramlardan Farkı

a. Genel Olarak

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna koyduğu bir kaydın hukuken nasıl nitelendirileceğini belirlemek her zaman kolay değildir. Özellikle ölüm sonrasına etkili ivazsız bir kazandırma yapmış olan mirasbırakanın bu kazandırmasına eklediği kaydın, kendisine kazandırma yapılan kimsenin belirli bir davranışta bulunmasını gerektirdiği durumlarda hukuki nitelendirme daha da zorlaşmaktadır. Örneğin, yapmış olduğu vasiyetnameyle öldükten sonra evini torununa bırakan mirasbırakan ayrıca torununun okulumu bitirmesini istediğini de ifade etmiştir. Şu hâlde okulu bitirmeye ilişkin söz konusu kayıt, TMK m. 515 kapsamında ölüme bağlı tasarrufa eklenen ve onun geçerliliğini etkileyen bir “koşul” mudur? Yoksa hukuken yaptırımdan yoksun bir nasihatten mi ibarettir? Veyahut her ilgili tarafından tenfizi (yerine getirilmesi) istenebilen bir yükleme midir? Görüldüğü üzere ölüm sonrasında gerçekleşmesini istediği arzularını ifade eden bir kimsenin bu arzusunu hukuken doğru şekilde tespit etmek oldukça önemlidir. Zira uygulanacak olan hükümler ve bunlara bağlanan sonuçlar, yapılacak hukuki nitelendirmeye göre değişecektir.

Ölüme bağlı tasarrufta yükleme kavramının daha iyi anlaşılabilmesi ve doğru bir hukuki nitelendirme yapılabilmesi için, benzer hukuki kurumlardan farklarının ortaya konulması gereklidir. Bu kapsamda aşağıda yüklemenin, ölüme bağlı tasarruflarda yer alabilecek ve yükleme ile karıştırılması muhtemel olan benzer kurumlara ilişkisi incelenecektir.

b. Koşuldan Farkı

Koşul ve yükleme, TMK m. 515 kapsamında aynı hükümde düzenlenmiş olmalarına ve sıkça karıştırılmalarına rağmen esasında birbirlerinden

sözleşme varmış gibi basit ve pratik bir çözüm getirmek amacıyla yapılmıştır. Bkz. **Dural**, s. 50.

²⁰ Bağımsız yüklemeye ilişkin açıklamalarımız için bkz. I, B, 2, a.

oldukça farklıdır. Zira en başta doğurdukları hukuki neticeler aynı değildir. Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunda farklı hüküm ve sonuçlara tabi olan bu iki kavramdan hangisine yer verdiğinin tespiti büyük önem arz etmektedir.

Her şeyden önce koşula bağlanmış bir ölümüne bağlı tasarrufun geçerliliği bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlıdır²¹. Oysa yüklemenin, eklendiği hukuki işlemin geçerliliğine bir etkisi yoktur²². Başka bir deyişle mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufuyla bir kimseye bir şey yapma yüklemesiyle birlikte bir kazandırma yaparsa, kazandırma lehdarı bu şeyi yerine getirmese dahi ölümüne bağlı tasarruf ile kendisine yapılan kazandırma geçerli olacaktır²³. Zira lehdara yapılan kazandırmanın geçerliliği, yüklemenin geçerli olup olmamasından ayrı tutularak değerlendirilir. Örneğin kendisine belirli mal vasiyeti olarak bir ev bırakılan ve mirasbırakanın köpeğine bakma yüklemesi yüklenen bir kimse, köpeğe bakmasa dahi evin mülkiyetini mirasçılardan istemeye yönelik bir alacak hakkı kazanmış olacaktır²⁴. Bununla birlikte örnek bakımından eğer evin bu kimseye bırakılmasının köpeğe bakılması koşuluna bağlandığı söylenebiliyorsa, o halde ölümüne bağlı kazandırmanın geçerliliği de koşulun gerçekleşmesine bağlı olacak ve yüklemenden farklı olarak köpeğe bakılmaması halinde evin kazanılamayacağı sonucuna ulaşılacaktır. Bu anlamda koşul, bağlı olduğu ölümüne bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlayabileceği gibi (geciktirici koşul), doğmuş hüküm ve sonuçların ortadan kalkmasına (bozucu koşul) da sebep olabilir²⁵. Yüklemenin ise ölümüne bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarına hiçbir etkisi yoktur. Görüldüğü üzere koşul, yüklemenden daha ağır sonuçları haizdir²⁶.

²¹ **Dural/Öz**, s. 164; **Tuhan-Boz**, s. 806; **Akıntürk**, s. 242; **Gürsoy**, Kısım I, s. 499; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 9; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 217.

²² **Dural/Öz**, s. 164; **Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag Bern 2002, s. 149; **Stachelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 1; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 282; **Gömeç**, s. 48; **Tuhan-Boz**, s. 806; **Gürsoy**, Kısım I, s. 499; **Akıntürk**, s. 241; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 9; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 217.

²³ Burada lehdar açısından gündeme gelebilecek tek yaptırım, TMK m. 515 kapsamında yüklemenin tenfizinin her ilgili tarafından istenebilmesidir.

²⁴ Belirli mal vasiyeti, kişiye *-mirasbırakanın mirasçılardan veya varsa vasiyeti yerine getirme görevlisinden-* yerine getirilmesini isteyebileceği bir alacak hakkı kazandırmaktadır. Bu hususu TMK m. 600, "*Vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı kişisel bir istem hakkına sahip olur*" şeklinde ifade etmiştir.

²⁵ **Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992, s. 53 vd.; **Ercoskun-Şenol**, s. 128; **Akıntürk**, s. 241; **Gömeç**, s. 48.

²⁶ Nitekim doktrinde de yüklemenin ölümüne bağlı tasarruflar bakımından ciddi bir yaptırımının bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Gürsoy**, Kısım I, s. 540; **Akıntürk**, s. 244.

Koşul doğası gereği mutlaka bir hukuki işleme bağlı olmak zorunda olup salt koşulu içeren bağımsız bir hukuki işlemde söz edilemez²⁷. Zira koşulda irade, bir şey olması veya olmaması koşuluyla bir hukuki sonuca yönelmiştir. Ölüme bağlı tasarruflar açısından bakarsak, koşulun mutlaka bir ölüme bağlı kazandırmaya bağlanması gerekmektedir. Yükleme ise muhakkak bir ölüme bağlı kazandırmaya bağlı olmak zorunda değildir. Kimi durumlarda mirasbırakanın bir mirasçısına özel bir kazandırma yapmaksızın yalnızca yükleme öngörmesi de mümkündür. Başka bir ölüme bağlı tasarrufa bağlı olmaksızın tek başına bir ölüme bağlı tasarruf teşkil eden bu haller bağımsız yükleme olarak adlandırılmaktadır²⁸.

Koşulun konusu, irade ile yerine getirilebilecek bir olgu olabileceği gibi, irade dışı bir olay da olabilir²⁹. Örneğin, mirasbırakanın Ankara'daki evini, yapılacak bir sonraki genel seçimlerde milletvekili seçilmesi koşuluyla bir kimseye bırakması halinde, koşulu yerine getirmek kişinin iradesine bağlı değildir. Oysa yüklemenin mutlaka kişinin iradesine bağlı olması gerekir. Zira yükleme tanımı gereği, "yerine getirmekle yükümlü olanın iradesiyle yerine getirebileceği bir görev"dir³⁰.

Koşulun gerçekleşmesi için dava açmak mümkün değilken, yüklemenin yerine getirilmesi için dava açılabilir³¹. Koşulun gerçekleşmesi, kişinin iradesine bağlı olsa dahi *-örneğin alkol tedavisine başlama-* koşulu gerçekleştirmeye zorlayacak bir hukuki imkân düzenlenmiş değildir³². Başka bir deyişle karşı taraftan koşulu gerçekleştirmesini istemek mümkün değildir. Oysa yüklemenin tenfizi davası ile yüklemenin icrasını her ilgili isteyebilmektedir.

²⁷ Dural/Öz, s. 163; Ercoşkun-Şenol, s. 127 vd.; Serozan/Engin, s. 360; Akıntürk, s. 241; Gömeç, s. 47; Gürsoy, Kısım I, s. 499; Antalya, s. 245; İnan/Ertas/Albaş, s. 217.

²⁸ Öztan, s. 279; Studhalter, Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 482 N. 1; Gömeç, s. 47; Ercoşkun-Şenol, s. 128; Gürsoy, Kısım I, s. 500; Akıntürk, s. 242; Kocayusufpaşaoğlu, s. 282.

²⁹ Bu anlamda hukuki işlemin sonuçlarının bağlandığı bir olgunun koşul olarak nitelendirilebilmesi için gereken şey iradi bir davranışa bağlı olup olmasından ziyade, bu olgunun şüpheli olmasıdır. İradi bir davranışa bağlı olsun olmasın, hukuki işlemin sonuçlarının bağlandığı olgunun şart olarak kabul edilmesini sağlayan temel unsur, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmamasıdır. Bkz. Sirmen, s. 47.

³⁰ Ercoşkun-Şenol, s. 128; Gömeç, s. 47.

³¹ Tuhan-Boz, s. 806; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 2; Studhalter, Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 482 N. 11; Gömeç, s. 48; Türkmen, s. 35-36.

³² Her ne kadar TMK m. 515'in ifadesi ilk başta koşulların yerine getirilmesini de mümkün kıldığı izlenimi veriyor ise de koşulun yerine getirilmesini isteme imkânı bulunmamaktadır. Bkz. Serozan/Engin, s. 360; Kocayusufpaşaoğlu, s. 284; Akıntürk, s. 241; Gürsoy, Kısım I, s. 485 vd.

Koşul ve yüklemeyi birbirinden ayıran bir diğer önemli özellik de koşulun kural olarak bütün hukuki işlemlere eklenebilmesi mümkünken, yüklemenin yalnızca ivazsız hukuki işlemlere eklenebilmesidir³³. Nitekim daha önce belirtmiş olduğumuz üzere Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda yüklemekten üç yerde bahsedilmiş olup bunlar, yüklemeli bağışlamaya ilişkin TBK m. 291, vakıflara yapılan kazandırmalar bakımından amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde engelleyen yükümlerin kaldırılmasını düzenleyen TMK m. 113/ 2 ve son olarak çalışmamızın konusunu oluşturan ölüme bağlı tasarruflarda yüklemeyi düzenleyen TMK m. 515 hükmüdür.

Görüldüğü üzere aynı maddede düzenlenen ve oldukça benzemelerine rağmen birbirlerinden tamamen farklı hüküm ve sonuçlara yol açan bu iki kavramın ayırt edilmesi son derece önemlidir. Yukarıda ifade edilen farklar ise, hukuksal etkilere ilişkin olup ancak mirasbırakanın gerçek tercihini belirleme konusunda yardımcı olabilir. Bununla beraber koşul ve yükleme arasındaki bu farklı sonuçlar, somut olayda hangisinin bulunduğunu saptamada tek başına belirleyici olamaz³⁴. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda koşula mı yoksa yüklemeye mi yer vermiş olduğunun tespitinde şüpheye düşüldüğünde ise ölüme bağlı tasarrufun yorumu gündeme gelecektir. Özellikle mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna eklediği kaydın, kendisine kazandırma yapılan kişinin belli bir şekilde davranmasını gerektiren iradi bir davranışa ilişkin olduğu hallerde bu iki kavramı ayırt etmek oldukça güçleşmektedir. Doktrinde ölüme bağlı tasarrufta öngörülen olgunun yükleme mi koşul mu olduğunun tespit edilemediği hallerde, ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğini etkilemeyen ve dava yoluyla icrası sağlanabilen yükleme lehine yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Zira ölüme bağlı tasarrufta esas olan işlemi ayakta tutan yorumdur³⁶. Bununla birlikte yorum yapılırken,

³³ Akıntürk, s. 241; Gömeç, s. 48; Antalya, s. 245; Ercoskun-Şenol, s. 128; Gürsoy, Kısım I, s. 501. Kural koşulun her türlü hukuki işleme eklenebilmesi ise de evlenme, evlat edinme gibi aile hukukunu ilgilendiren işlemler ile tapu sicilindeki tescil işlemi gibi diğer bazı hukuki işlemlerin şarta bağlanması mümkün değildir. Akıntürk, s. 240; Kaşak, Fahri Erdem: "Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 548-562, s. 560.

³⁴ Serozan/Engin, s. 359.

³⁵ Ercoskun-Şenol, s. 128; Serozan/Engin, s. 359.

³⁶ Ölüme bağlı tasarrufun hüküm ifade edip etmeyeceğine ilişkin yorum yapılırken, tasarrufu ayakta tutan yorumun esas alınacağına ilişkin ilke olan *favor testamenti* ilkesi temel bir yorum kuralıdır. Bu hususta bkz. Kırkbeşoğlu, Nagehan, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 4, Y. 2019, s. 197-225.

koşul ve yüklemenin yukarıda sayılan hukuki neticelerine de dikkat edilmelidir. Örneğin mirasbırakan, vasiyetnamesinde “evlenmesi kaydıyla Sarıyer’deki evimi (A) ’ya bırakıyorum” demişse buradaki evlenme kaydının, “evlenmesi koşuluyla” mı yoksa “evlenmesi yüklemesiyle” mi anlamına geldiğini tespit ederken, koşulun yerine getirilmesinin istenemeyeceği ve fakat yüklemenin her ilgili tarafından yerine getirilmesinin (tenfizinin) istenebileceğinin göz önüne alınması gerekir. Şu halde bir kimsenin evlenmesinin dava yoluyla istenebilmesi mümkün görünmediğinden, buradaki ifadenin koşul olduğunu söylemek isabetli olacaktır³⁷.

c. Tavsiye veya Nasihatten Farkı

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna eklediği kaydın, kendisine kazandırmada bulunulan kişiden bir davranışta bulunmasını veya bulunmamasını istediği durumlarda, bunun bir yükleme mi yoksa tavsiye, temenni, nasihat niteliğinde bir *post-mortal* (ölüm sonrası) istek mi olduğunun tespitine dikkat edilmelidir. Yükleme, hukuksal bağlayıcılığı zayıf olan ölüme bağlı son dileklerden ayırt etmek kolay değildir.

Yükleme ile mirasbırakan, TMK m. 515 gereği, arzuladığı amacın gerçekleşmesi için bir kimseye belli bir davranışta bulunma veya bulunmama görevini yüklemekte ve bu görevin icrası her ilgili tarafından istenebilmektedir. Oysa mirasbırakanın arzusunun yalnız bir nasihatten ibaret olduğu söylenebiliyor ise, bunun bir hukuki bağlayacağı bulunmadığından yerine getirilmesinin istenmesi de mümkün değildir³⁸. Başka bir deyişle tavsiye veya nasihatın yaptırımını hukuki değil, ahlakidir³⁹. Yüklemenin tenfizinin talep edilebiliyor olması, onu basit bir nasihat, dilek, temenniden ayırmaktadır. Mirasbırakan bir kimseye yükleme yükleyerek, sadece sıradan bir nasihatte bulunmamakta ve fakat bir amaca ulaşmayı arzu etmektedir⁴⁰. Mirasbırakanın esas amacının ne olduğunun tespiti her durumda kolay olmamakla beraber, iradenin yorum yoluyla belirlenmesi gerekir⁴¹.

³⁷ Nitekim Akıntürk bu hususta, kendisine kazandırma yapılan kimseden beklenen şeyin zorla yaptırılamayacak nitelikte bir hareket olması halinde, söz konusu kaydın koşul olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Akıntürk, s. 244. Aynı yönde bkz. Serozan/Engin, s. 358.

³⁸ Tuhan-Boz, s. 803; Serozan/Engin, s. 359; Akıntürk, s. 235; Stachelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 19; Gürsoy, Kısım I, s. 468.

³⁹ Akıntürk, s. 235; Gürsoy, Kısım I, s. 468.

⁴⁰ Ercoşkun-Şenol, s. 122; Akıntürk, s. 234; Gürsoy, Kısım I, s. 473.

⁴¹ Arter, s. 745.

d. Belirli Mal Vasiyetinden Farkı

Belirli mal vasiyetinde mirasbırakan, kazandırmada bulunduğu kişiye tazminat imkânı da sağlayan gerçek bir alacak hakkı tanıyarak, malvarlıksal bir değerinin bu kimseye intikal etmesini sağlamaktadır⁴². Böylece belirli mal vasiyeti lehdarı, vasiyet alacaklısı sıfatını kazanarak ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturan şeyi mirasçılardan *-varsa vasiyeti yerine getirme görevlisinden-* talep etme hakkına sahip olmaktadır. TMK m. 517 gereği *“mirasbırakanın bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunması”* imkânı mevcuttur. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre ise, *“Belirli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de”* yapılabilmektedir. Görüldüğü üzere belirli mal vasiyetinde mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla bir kimseye malvarlıksal bir menfaat sağlamaktadır. Halbuki yüklemde mirasbırakan belirli bir amacın gerçekleşmesi için bir kimseye bir şeyi yapma veya yapmama görevi yüklemektedir⁴³. Bu anlamda yüklemde malvarlıksal bir değer diğer tarafa geçişi amaçlanmamaktadır. Mirasbırakanın bir kimseye yükleme yüklerken güttüğü amaç, mezar taşının belirli bir biçimde yaptırılması gibi kişisel nitelikte olabileceği gibi, arsasına park yaptırılması gibi toplumsal nitelikte de olabilir. Oysa belirli mal vasiyetinde malvarlıksal menfaat sağlama amacı ön plandadır. Şayet mirasbırakanın tasarrufunun içeriği esas olarak malvarlıksal bir değer bir kimseye kazandırılmasına ilişkin ise, o halde bunun yükleme değil belirli mal vasiyeti olduğu söylenmelidir⁴⁴. Mirasbırakanın belirli mal vasiyeti ile yüklemeyi birlikte öngörmesi mümkündür. Örneğin, mirasbırakan pansiyonunu vasiyet ettiği bir kimseden her dönem iki fakir öğrenciyi pansiyonun bir odasında barındırmasını istediye, burada yüklemeli bir vasiyet kazandırması söz

⁴² İmre/Erman, s. 142; Öztan, s. 293; Serozan/Engin, s. 358; Antalya, s. 234; Gürsoy, Kısım I, s. 472; Gömeç, s. 41; Yıldırım, s. 51; Ercoşkun-Şenol, s. 107.

⁴³ İmre/Erman, s. 142; Öztan, s. 277; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 2; Serozan/Engin, s. 356; Antalya, s. 244; Studhalter, Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 482 N. 1; Arter, s. 745.

⁴⁴ Ercoşkun-Şenol, s. 123; Gürsoy, Kısım I, s. 472; Tuhan-Boz, s. 804; Druey, s. 148; Lüdi, s. 67; Ergüne, s. 130; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 482 N. 7. Ayrıca bkz. BGE 101 II 25 E 1, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 03.07.2023)

konusudur⁴⁵. Burada mirasbırakan lehdara malvarlıksal bir değerinin intikali için belirli mal vasiyeti yaparken, bu tasarrufuna *-toplumsal bir amacı gerçekleştirme gayesiyle-* fakir öğrencilerin barındırılması görevini yüklemektedir.

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere yükleme, yüklemeyen yararlanan lehine bir alacak hakkı doğurmaz⁴⁶. Yüklemenin yerine getirilmesini her ilgili, TMK m. 515 gereği yüklemenin tenfizi davasıyla isteyebilirse de, bu istem tazminat imkanından yoksun olup bu anlamıyla bir alacak hakkı olarak nitelendirilememektedir. Yükleme lehdarının, yüklemenin tenfizini isteyebilme imkânı teknik anlamda bir ifa davası değildir⁴⁷. Zira davacı bu davayla var olan bir alacak hakkına dayanarak ifanın kendisine yapılmasını değil, yalnızca mirasbırakanın yükleme ile ulaşmak istediği gayenin yerine getirilmesini isteyebilmektedir. Örneğin, mirasbırakan bir mirasçısına resimlerinin sergilenmesi görevini yüklemişse, her ilgili *-mirasçı sıfatını haiz olmak zorunda değildir-* yalnızca serginin açılması için bu mirasçıya tenfiz davası açabilmekte ve fakat tazminat isteyememektedir. Oysa belirli mal vasiyetinde lehdar, kendisine malvarlıksal bir değer kazandıran ve tazminat, ifa davası açma gibi imkanlar veren gerçek bir alacak hakkı olanağına kavuşmaktadır⁴⁸. Belirli mal vasiyetinin içeriğinin kazandırıcı bir işlem olmasının hukuki sonucu, lehdarın bu malvarlıksal değeri talebe ilişkin olarak bir dava hakkına sahip olmasıdır⁴⁹.

Yükleme ile vasiyetin birbirine en çok yaklaştığı durumlar, yüklemenin kendisinin bir kazandırma içerdiği hallerdir. Örneğin mirasbırakan, mirasçılardan terekeden alınacak belli bir miktar parayı mahalledeki fakirlere dağıtmalarını veya bilimsel araştırma yapacak bir kuruma vermelerini istemiş olsun. Burada acaba fakir kimseler bilimsel araştırma kurumu lehine yapılan bir belirli mal vasiyeti mi vardır, yoksa salt mirasçılara yüklenmiş ve yararlanıcısına alacak hakkı vermeyen bir yükleme mi söz konusudur? Söz

⁴⁵ Ercoskun-Şenol, s. 123.

⁴⁶ İmre/Erman, s. 142; Öztan, s. 277; Antalya, s. 244; İnan/Ertay/Albaş, s. 217; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 14; Serozan/Engin, s. 356; Yıldırım, s. 97; Druey, s. 148; Tuhan-Boz, s. 805; Eren/Yücer-Aktürk, s. 152; Ercoskun-Şenol, s. 123; Ergüne, s. 130; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Akıntürk, s. 239; Arter, s. 745.

⁴⁷ Tuhan-Boz, s. 804; Serozan/Engin, s. 358; Yıldırım, s. 123; Arter, s. 745.

⁴⁸ Serozan, bu yönüyle vasiyet ve yükleme arasındaki farkı şu sözlerle ortaya koymaktadır: *"mirasçı atamanın bir sınıf altında vasiyet yer alıyorsa, vasiyetin bir sınıf altında da yükleme yer alır. Gerçekten de teşbihde hata göze alınacak olursa, yükleme bir tür eksik vasiyettir, eksik olacaktır."* Bkz. Serozan/Engin, s. 356.

⁴⁹ Gürsoy, Kısım I, s. 501.

konusu örnekler bakımından kazandırmanın belli bir kimseden ziyade, belli bir amaç doğrultusunda yapıldığı söylenebilir. Bu amaç, kazandırma lehdarına salt bir malvarlıksal değer geçişini sağlamaktan ziyade, mirasbırakan tarafından gözetilen başkaca bir amaç, belki iyilik yapma arzusu, belki topluma bir katkı yapmaktır. Burada ön planda olan, bu malvarlıksal değerleri kazanacak kişiler değil ve fakat güdülen amaçtır. Bununla beraber yükleme ve belirli mal vasiyeti arasındaki ayrımın silikleştiği hallerde somut olayda mirasbırakanın amacını tespit etmek kolay değildir. Şüpheli durumlarda ölüme bağlı tasarrufla kişiye malvarlıksal bir menfaat sağlanması halinde, mirasbırakanın belirli mal vasiyeti yapmış olduğu kabul edilmelidir⁵⁰. İki ölüme bağlı tasarruf türü arasındaki ayrımın silikleştiği durumlarda, somut olay bakımından lehdarın alacak hakkına ve bu kapsamda tazminat imkanına sahip olması menfaatler dengesine uygun görülüyorsa belirli mal vasiyetinin bulunduğu yorumunu yapmak isabetli olacaktır⁵¹.

B. Yüklemenin Konusu ve Çeşitleri

1. Yüklemenin Konusu

Gerek Türk Medeni Kanunu gerekse İsviçre Medeni Kanunu, yüklemeye yalnızca bir maddede yer vermiştir. TMK m. 515 (ZGB Art. 482) ilk fıkrasında, yalnızca mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunu “*yüklemelere bağlayabileceğini*” belirtmekle birlikte, nelerin yükleme konusu yapılabileceğini düzenlememiştir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında, hukuka veya ahlaka aykırı olan veyahut anlamsız, yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte yüklemelerin öngörülemeyeceği belirtilerek, yüklemenin olumsuz anlamda sınır çizilmiştir.

Doktrinde, borcun konusu olabilecek her türlü edimin yüklemenin de konusu olabileceği ifade edilmektedir⁵². Kişinin hayattayken taahhüt edebileceği her şey, bu kapsamda para, mal, iş görme kısacası her türlü verme, yapma ve yapmama edimi *-hukuka veya ahlaka aykırı, anlamsız, başkalarını*

⁵⁰ Ercöşkun-Şenol, s. 132; Ergüne, s. 130; Gürsoy, Kısım I, s. 507; Tuhan-Boz, s. 805; Druey, s. 149; Arter, s. 746.

⁵¹ Şüphe halinde ortada belirli mal vasiyetinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Öztan, s. 277; Serozan/Engin, s. 358; Ercöşkun-Şenol, s. 132; Gürsoy, Kısım I, s. 507.

⁵² Dural/Öz, s. 165; Lüdi, s. 25; Arter, s. 745; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 15; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 10; Serozan/Engin, s. 356; İnan/Ertas/Albaş, s. 216; Oğuzman, s. 150; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281.

rahatsız edici nitelikte olmadığı sürece- yüklemeye konu edilebilir⁵³. Vasiyet edilen belirli bir malın elden çıkarılmaması gibi tasarruf yasakları da yükleme konusu olabilir⁵⁴. Öte yandan salt kişisel bir davranışın *-örneğin bir mirasçının sigarayı bırakmasının-* da yüklemeye konu edilmesi mümkündür⁵⁵.

Mirasbırakanın evcil hayvanına bakılması yönündeki son arzularının da yüklemeye konu olması mümkündür⁵⁶. Bununla birlikte ölüme bağlı tasarrufun bir hayvan lehine yapılması halinde *-örneğin mirasbırakan vasiyetnamesinde mirasını kedisine bıraktığını ifade etmişse-* ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutacak şekilde yorum yapılarak, bunun hayvana bakılması yönünde mirasçılara yapılmış bir “yükleme” olduğunun kabul edilmesi gerekir⁵⁷. Zira hak ehliyeti bulunmayan ve kişi olma vasfını haiz olmayan hayvanların, mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatını kazanmaları mümkün değildir. Nitekim mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun 482. maddesine 2003 yılında eklenerek yürürlüğe giren yeni bir fıkra ile *“hayvan lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların, hayvanın uygun biçimde bakılması için yapılmış bir yükleme olarak geçerli olacağı”* açık hükümlerle düzenlenmiştir⁵⁸.

⁵³ Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 87 II 355, E.2b; BGE 94 II 88, E. 6, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 22.06.2023)

⁵⁴ Bununla birlikte ölüme bağlı kazandırmaya eklenen tasarruf sınırlamasına ilişkin yüklemelerin, üçüncü kişiye karşı aynı etkisi yoktur. Malı devralan kimse, bir tasarruf yasasının bulunduğunu biliyor olsa dahi eşyanın mülkiyetini kazanır. Burada kanun koyucunun eşyanın serbestçe el değiştirebilmesini (alışveriş yaşamını), mirasbırakanın son dileklerine saygıyı arka plana ittiği söylenmektedir. Bkz. **Serozan/Engin**, s. 356.

⁵⁵ **Arter**, s. 745; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 12; **Studhalter**, Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 482 N. 24. Gürsoy, mirasbırakanın *“şahsi endişelerinin ve egoist arzularının”* dahi yüklemenin konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Gürsoy**, Kısım I, s. 473.

⁵⁶ **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 120; **Hrubesch-Millauer**, CHK, ZGB Art. 482 N. 8. Hayvanların da yüklemeden yararlandırılması mümkündür. Bkz. **Öztaş**, s. 278.

⁵⁷ **Taşatan**, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2021, s. 571-605, s. 596; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 120; **Hrubesch-Millauer**, CHK, ZGB Art. 482 N. 8; **Baygın**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 567-594, s. 581. Öte yandan terekedeki malvarlı değerleri tükendiğinde hayvanın başkasına verilebileceği yönünde bkz. **Stachelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 3a.

⁵⁸ Bkz. Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002 (Grundsatzartikel Tiere), in Kraft seit 1. April 2003 (AS 2003 463; BBl 2002 4164 5806). Söz konusu hüküm, Türk Medeni Kanunu’na alınmamıştır. Bununla beraber aynı sonuca Türk hukuku bakımından çevirme (tahvil) yoluyla ulaşmanın mümkün olduğu yönünde bkz. **Ergüne**, s. 259-260.

2. Çeşitleri

a. *Bağımsız Yükleme ve Bağımsız Olmayan (Bağımlı, Bağlı) Yükleme*

TMK m. 515 mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere “*bağlayabileceğini*” düzenlemektedir. Yürürlükten kaldırılan 748 sayılı Medeni Kanun m. 462’de de benzer şekilde ölümüne bağlı tasarruflarına yükleme “*konulabileceği*” düzenlemiştir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nun 482. maddesinde (Art. 482) ise, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufuna koşul ve yüklemeler “*ekleyebileceği*” ifadesine yer verilmiştir⁵⁹. Bununla birlikte kanun koyucu yüklemenin muhakkak başka bir ölümüne bağlı tasarrufa bağlanmasını veya eklenmesini zorunlu kılmadığından, ölümüne bağlı tasarrufun içeriğinin yalnızca bir yüklemeden oluşmasına bir engel bulunmamaktadır⁶⁰. Doktrinde kanundaki bu ifadelerden yola çıkılarak yüklemenin mirasbırakan tarafından başka bir ölümüne bağlı tasarrufa bağlanıp bağlanmamasına göre, bağımlı ve bağımsız yükleme ayrımı yapılmaktadır⁶¹.

Bağımlı yükleme, ölümüne bağlı tasarrufun içeriğinde yalnızca yüklemenin değil, bunun yanında başka bir ölümüne bağlı tasarrufun da yapıldığı yüklemidir⁶². Diğer bir ölümüne bağlı tasarrufun fer’isi niteliğinde olan bağımlı yüklemeyle mirasbırakan, bir kimseye yaptığı kazandırmaya yükleme ilave etmiştir. Örneğin, evini bir derneğe bırakan mirasbırakanın söz konusu derneğe bu evde hasta ve yaşlı kimselere bakılması yönünde bir yükleme yüklemesi halinde *-başka bir ölümüne bağlı tasarrufa (belirli mal vasiyetine) ilave olarak yükleme yaptığı görüldüğünden-* bağımlı yükleme söz konusudur.

Bağımsız yükleme ise, herhangi başka bir ölümüne bağlı tasarrufa bağlı olmaksızın, salt kendisi maddi anlamda bir ölümüne bağlı tasarruf olarak ön-

⁵⁹ ZGB Art. 482/1: “*Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat*” Maddede kullanılan “*anfügen*” fiili “*ilave etmek, eklemek*” anlamına gelmekle, esasen yüklemenin başka bir ölümüne bağlı tasarrufa eklenebileceğini ifade etmektedir. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch Act vom 10. Dezember 1907) (Tam metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de, Erişim Tarihi: 10.07.2023)

⁶⁰ **Gürsoy**, Kısım I, s. 535; **Hrubesch-Millaue**, CHK, ZGB Art. 482 N. 9; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 8.

⁶¹ **Özcan**, s. 279; **Yıldırım**, s. 112; **Gömeç**, s. 46; **Lüdi**, s. 22 vd.; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 8; **Ercoskun-Şenol**, s. 126; **Gürsoy**, Kısım I, s. 518; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 216 dp 176.

⁶² **Yıldırım**, s. 112; **Serozan/Engin**, s. 358; **Gömeç**, s. 46; **Gürsoy**, Kısım I, s. 518; **Ercoskun-Şenol**, s. 126.

görülen yükleme türüdür⁶³. Bağımlı yüklemekten farklı olarak burada mirasbırakan ayrıca ölüme bağlı kazandırma yapmaksızın istediği amacı gerçekleştirmek üzere yalnızca yükleme öngörmektedir. Bağımsız yüklemeler çoğunlukla mirasbırakanın kendi yararına olacak görevleri içermektedir. Örneğin, mirasbırakanın cenaze törenine, mezarına ilişkin yapılmasını istediği görevler bağımsız yükleme niteliğindedir.

b. Alt Yükleme

Mirasbırakanın, öngördüğü yüklemenin yerine getirilmesinden faydalanacak kimseler (lehdar) bakımından da bir yükleme öngörmüş olması halinde, ikinci yüklemeye alt yükleme adı verilmektedir⁶⁴. Örneğin mirasbırakan, arkadaşı (A)'ya evini belirli mal vasiyeti ile bırakmış ve (A)'yı her ay evin kira gelirinin yarısını (D) Derneği'ne vermekle yükümlü tutmuş olsun. Eğer mirasbırakan bu yüklemenin yerine getirilmesinde menfaati olan (D) Derneği için de ikinci bir yükleme öngörmüşse *-mesela (D) Derneği'nin bu parayla her yıl üç öğrencinin eğitim masrafını karşılamasını istemişse-* o zaman bu ikinci yükleme alt yükleme olarak isimlendirilecektir. Böylece mirasbırakan esasında yükleme ile ulaşmak istediği amacı güvence altına almaktadır⁶⁵.

c. Seçimlik Yükleme

Seçimlik yükleme, yüklemenin konusunun mirasbırakan tarafından birden fazla edim olarak belirlenmekle birlikte bunlardan bir tanesinin seçilerek yerine getirileceği durumları ifade etmektedir⁶⁶. Yüklemenin konusu, birden fazla edimden birinin seçilmesinden sonra belirli hale gelecektir.

Seçim hakkını kimin haiz olduğu konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta öncelikle mirasbırakanın iradesine bakmak gerekir. Eğer mirasbırakan seçim hakkı sahibini belirlememiş ise, doktrinde seçimlik borçlara ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanarak boşluğun doldurulacağı ifade edilmektedir⁶⁷. Seçimlik borcu düzenleyen TBK m. 87'ye göre hukuki ilişki ya da işin özelliğinden aksi anlaşıl-

⁶³ İmre/Erman, s. 144; Öztan, s. 279; Gömeç, s. 46; Antalya, s. 245; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 8; Oğuzman, s. 146; Yıldırım, s. 112; Ercoşkun-Şenol, s. 126; Gürsoy, Kısım I, s. 536; Serozan/Engin, s. 358.

⁶⁴ İmre/Erman, s. 144; Öztan, s. 279; Gürsoy, Kısım I, s. 534; Gömeç, s. 46; Ercoşkun-Şenol, s. 126; Yıldırım, s. 113.

⁶⁵ Gürsoy, Kısım I, s. 534; Yıldırım, s. 113; Ercoşkun-Şenol, s. 127.

⁶⁶ Yıldırım, s. 113; Gürsoy, Kısım I, s. 531; Gömeç, s. 47.

⁶⁷ Yıldırım, s. 113; Gürsoy, Kısım I, s. 531; Gömeç, s. 47.

madıkça, seçim hakkının borçludur. Şu halde mirasbırakan tarafından seçimlik yüklemeyi yerine getirmekle görevlendirilen kimse, hangi edimin yerine getirileceğine ilişkin seçimi yapacaktır. Yükleme yükümlüsünün yapacağı seçimle, yüklemenin konusu *-mirasın açılması anından itibaren-* belirli hale gelir⁶⁸.

II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFTA YÜKLEMENİN TENFİZİ

A. Genel Olarak

Bir alacak hakkı, kural olarak alacaklıya iki temel imkân sağlar: borçludan borcun aynen ifasını talep etme ve borcun yerine getirilmemesinden dolayı uğradığı zararın tazminini isteme (TBK m. 112). Doktrinde yüklemenin konusu “*edim*” olarak nitelendirilip yükleme yükümlüsünün borçlar hukuku kapsamında “*borçlu*” olduğu ifade edilmekle birlikte⁶⁹, yükleme lehdarı bakımından bir “*alacak hakkı*”nın doğmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Başka bir deyişle yükleme mirasbırakan tarafından kendisine görev yüklenen kimseyi, bir şeyi yapmak, yapmamak veya vermekle yükümlü kılıyor ise de, bunun yerine getirilmesinden fayda sağlayacak kimselerin hukuken bir alacak hakkı yoktur⁷¹. O halde borçluya yöneltilebilecek yegâne talep, aynen ifaya yönelik olabilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında yüklemenin yararlanıcısına bir alacak hakkı vermediğini, yalnızca aynen ifaya ilişkin bir talebin söz konusu olduğunu ifade etmektedir⁷².

Nitekim TMK m. 515 (ZGB Art. 482) ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurmasından itibaren her ilgilinin yüklemenin yerine getirilmesini isteyebileceğini düzenlemiştir. Burada davacının teknik anlamda bir alacak hakkından değil, yalnızca yükümlülüğün yerine getirilmesine yönelik “*sui generis*” bir tenfiz talebinden bahsedilmektedir⁷³. Dolayısıyla yükleme

⁶⁸ Yıldırım, s. 113.

⁶⁹ Gürsoy, Kısım I, s. 535.

⁷⁰ İmre/Erman, s. 145; Öztan, s. 280; Akıntürk, s. 236; Gürsoy, Kısım I, s. 475; Ercoşkun-Şenol, s. 122; Tuhan-Boz, s. 804; Gömeç, s. 45; Druey, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Ergüne, s. 130; Eren/Yücer-Aktürk, s. 152; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 17; Lüdi, s. 239; Serozan/Engin, s. 357.

⁷¹ Öztan, s. 280; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 17; Serozan/Engin, s. 357; Akıntürk, s. 236; Gürsoy, Kısım I, s. 475; Ercoşkun-Şenol, s. 122; Tuhan-Boz, s. 804; Gömeç, s. 45; Druey, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Ergüne, s. 130; Eren/Yücer-Aktürk, s. 152.

⁷² Örneğin BGE 99 II 375, BGE 94 II 92; BGE 108 II 278, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 22.06.2023)

⁷³ Lüdi, s. 239; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 28; Yıldırım, s. 123; Tuhan-Boz, s. 807.

lehdarı ifanın doğrudan kendisine yapılmasını değil, yalnızca yüklemenin yerine getirilmesini istemektedir. Bir alacak hakkına sahip olmayan davacının, temerrüt veya ifa etmemeden kaynaklanan tazminat talep imkânı da bulunmamaktadır⁷⁴.

Öte yandan amacı yalnızca yüklemenin aynen ifasını sağlamaya yönelik olan tenfiz davası sonucunda yüklemenin aynen ifasına karar verilmesi halinde bu hükmün nasıl icra edileceği de cevaplanması gereken bir sorudur. Aşağıda öncelikle kimlerin tenfiz talebinde bulunabileceği incelenecektir. Ardından bu talebin kime, hangi sürede ileri sürülebileceği meselesi ele alınacak, son olarak tenfiz talebinin icrasına ilişkin görüş ve tartışmalara yer verilecektir.

B. Tenfiz Talebi

1. Tenfiz Talebini İleri Sürebilecek Kişiler

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda yüklemeye yer verirken, ulaşmak istediği amaca yönelik olarak bu yüklemenin yerine getirilmesi arzudur. Bununla birlikte yükleme yerine getirilmese de veya hükümsüz olsa da ölüme bağlı tasarruf geçerli kalmaya devam etmekte⁷⁵ ve fakat bu durum mirasbırakanın yüklemeyle ulaşmak istediği son arzusunun gerçekleşmemesine neden olmaktadır. Bu durumda ölmüş mirasbırakanın yüklemenin yerine getirilmesini istemesinin mümkün olmadığını gözetken kanun koyucu TMK m. 515’de yalnızca yüklemeden yararlanan kimselerin değil, “*her ilgili*”nin tenfiz davası açabileceğini düzenlemiştir.

Doktrinde TMK m. 515’in (ZGB Art. 482) “*her ilgili*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini tespit ederken, öncelikle en geniş anlam esas alınarak

⁷⁴ Akıntürk, s. 236; Serozan/Engin, s. 357; Gömeç, s. 45; Antalya, s. 244; Ercoşkun-Şenol, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Tuhan-Boz, s. 804; Eren/Yücer-Aktürk, s. 154; Lüdi, s. 239; Druey, s. 148; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 17; Yıldırım, s. 99; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 482 N. 10; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 25. Aynı yönde bkz. BGE 99 II 375 (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 22.06.2023) Eğer lehdarına tazminat imkanıyla donatılmış komple bir alacak hakkı tanıyan bir malvarlıksal kazandırma söz konusu ise zaten yüklemekten değil, belirli mal vasiyetinden bahsedilecektir. Dolayısıyla bu noktanın iki hukuki kurumu birbirinden ayırdığı dikkatten kaçmamalıdır. Belirli mal vasiyeti ve yükleme arasındaki farklarla ilgili açıklamalarımız için bkz. I, A, 2, d.

⁷⁵ Koşuldan farklı olarak yüklemenin, eklendiği hukuki işlemin geçerliliğine etkisi yoktur. Bkz. Druey, s. 149; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 1; Kocayusufpaşaoğlu, s. 282; Gömeç, s. 48; Tuhan-Boz, s. 806; Gürsoy, Kısım I, s. 499; Akıntürk, s. 241.

değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶. Bunun sebebi mirasbırakanın son arzularının gerçekleştirilmesini garanti altına almaktır. Dolayısıyla yüklemenin yerine getirilmesini talep edecek kimselerin mutlaka bu yüklemekten ekonomik bir fayda elde etmesi şart olmamalı, manevi veya ahlaki bir menfaat da ilgili sıfatını almak için yeterli sayılarak geniş bir insan çevresi dava açmaya muktedir kabul edilmelidir. Menfaat, yasal, olgusal, ideal, etik, maddi veya manevi olabilir⁷⁷. Buna karşılık tenfiz davasını açabilecek “*ilgili*” kişiler, yüklemenin ifasıyla doğrudan ilgili kişiler olmalıdır⁷⁸. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre ifanın gerçekleşmesinde dolaylı olarak menfaat sahibi herkese dava imkânı tanınması, mirasbırakanın yararlanmasını kastetmediği ve fakat bir şekilde yüklemenin ifasından fayda sağlayabilecek kişilere davacı sıfatı vermek, fazlaca ileri gitmek olacaktır⁷⁹. Menfaatin, mirasbırakan tarafından öngörülen amaçla ilişkili olması gerekir⁸⁰. Örneğin mirasbırakanın kendisine istediği biçimde bir mezar taşının yaptırılması ve dua okunması yönünde bir yükleme öngördüğünü varsayalım. Bu durumda o civardaki mezar taşı satıcılarının dolaylı bir ekonomik menfaatlerinin bulunduğu söylenmekle beraber, kanaatimizce de bunların ifa talebinde bulunamayacaklarını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte mirasbırakan tarafından yüklemenin yararlanıcısı olarak belirli bir kimse belirlenmiş veya bu kimselerin taşıdığı belirli özellikler belirlenmiş ise, o halde bu kimselerin ifa talebinde bulunacaklarına şüphe yoktur. Zira bu kişiler en başta mirasbırakan tarafından “*ilgili*” sıfatına layık görülmüştür.

Şu halde kanun koyucunun tenfiz talebinde bulunabileceğini kabul ettiği ilgililer, öncelikle mirasbırakanın yüklemenin yararlanıcısı olarak belirlediği kişilerdir⁸¹. Yüklemenin yerine getirilmesi davası özünde bir aynen ifa

⁷⁶ Lüdi, s. 243; Arter, s. 746; Gürsoy, Kısım I, s. 484. İsviçre Federal Mahkemesi de bir yüklemenin yerine getirilmesini talep edebilecek kimselerin çerçevesinin dar şekilde çizilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. BGE 108 II 278, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 07.07.2023)

⁷⁷ Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 25; Lüdi, s. 243; Gürsoy, Kısım I, s. 484; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 34.

⁷⁸ Dural/Öz, s. 165; İmre/Erman, s. 146; Lüdi, s. 243; Gürsoy, Kısım I, s. 484.

⁷⁹ Gürsoy, Kısım I, s. 484.

⁸⁰ Dural/Öz, s. 165; İmre/Erman, s. 146; Öztan, s. 280.

⁸¹ İmre/Erman, s. 146. Mirasbırakanın olası yükleme yararlanıcılarını belirlememiş ve tanımlanmamış potansiyel yararlanıcılar söz konusuysa (örneğin ilçedeki yoksullara destek verilmesine ilişkin bir yükleme öngörmüşse) bu gruba dahil olan herkesin dava hakkının bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Örnek bakımından ilçedeki tüm yoksullara yüklemenin icrasını talep imkânı verilip verilmeyeceğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Mirasbırakanın iradesinin mümkün olduğu kadar yerine getiril-

davası olup bu davanın açılması bakımından da HMK m. 114 (ZPO Art. 59) anlamında “hukuki yarar” gerekmektedir. Bir yükleme yararlanıcısının yüklemenin ifasına yönelik menfaati, hukuki korunma için yeterli bir menfaat teşkil eder⁸². Öte yandan yükleme her ne kadar yararlanıcısına bir alacak hakkı vermiyorsa da, yüklemenin icrasını isteme hakkı verir⁸³. Bu durumda yüklemenin icrasını isteyebilecek kişiler en başta yükleme yararlanıcılarıdır. Örneğin, mirasbırakan evini (A)’ya vasiyet etmiş ve fakat evin kira gelirinden her yıl mezun olduğu lisenin birincisine burs vermesine ilişkin bir yükleme öngörmüş ise, yükleme yararlanıcısı olan lise birincisinin tenfiz isteyebileceğini söylemek lazımdır.

Mirasbırakan vasiyeti yerine getirme görevlisi atamışsa bu kişinin de TMK m. 515 kapsamında yüklemenin yerine getirilmesini isteyebileceği söylenmelidir⁸⁴. Zira vasiyeti yerine getirme görevlisi TMK m. 552’nin ifadesiyle mirasbırakan tarafından aksi öngörülmedikçe “*mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir*”. Dolayısıyla yüklemenin yerine getirilmesini sağlamak da bu kapsamda değerlendirilir.

Tenfiz talebinde bulunabilecek diğer kişiler murisin mirasçıları⁸⁵ veya mirasçı sıfatını haiz olmayan akrabaları ve dostlarıdır⁸⁶. Bu kimselerin de mirasbırakanın yüklemeye ulaşmak istediği amacın gerçekleşmesinde manevi menfaatleri olduğu söylenebilir. Benzer şekilde toplumun yararına olan veya kamu kurumlarının faaliyet alanına giren yüklemelerde, kamu idarelerinin ve dernek gibi tüzel kişilerin de yüklemenin icrasını talep edebileceği

mesi gerektiği dikkate alınarak, şüphe durumunda bir yüklemenin yerine getirilmesindeki menfaatin tüm potansiyel hak sahiplerine ait olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Lüdi**, s. 245.

⁸² **Lüdi**, s. 242.

⁸³ **Akıntürk**, s. 236; **Gürsoy**, Kısım I, s. 475; **Ercoskun-Şenol**, s. 122; **Tuhan-Boz**, s. 804; **Gömeç**, s. 45; **Druey**, s. 148; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 281; **Ergüne**, s. 130; **Eren/Yücer-Aktürk**, s. 152; **Stahelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 17; **Serozan/Engin**, s. 357.

⁸⁴ **Lüdi**, s. 245; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 32.

⁸⁵ **Arter**, s. 746; **Gürsoy**, Kısım I, s. 484; **Weimar**, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 32; **Stahelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 27.

⁸⁶ Yasal mirasçı olmayan veya yüklemenin yerine getirilmesinden doğrudan bir menfaati bulunmayan kimselerin dava açma hakkına sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Eğer yükleme ile dava açacak kişi arasında hiçbir bağlantı yoksa dava hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte mirasbırakanla yakın ilişkisi (örneğin mirasbırakanın partneri, bakıcısı, komşusu vb) olan bir kimsenin yüklemenin yerine getirilmesinde meşru bir menfaatinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Lüdi**, s. 245; **Stahelin**, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 25.

kabul edilmektedir⁸⁷. Örneğin mirasbırakan değerli bir koleksiyonunun sergilenmesi yönünde yükleme yüklemişse, bunun yerine getirilmesini, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Belediye veya faaliyeti değerli eserlerin sergilenmesi olan bir dernek isteyebilir.

2. Tenfiz Talebinin İleri Sürülebileceği Kişiler: Yükleme Yükümlüsü

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda belirlediği bir mirasçıyı veya belirli mal vasiyeti alacaklısını yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü kılabilir⁸⁸. Ölüme bağlı tasarruftan (özellikle mirasbırakanın ifadelerinden) kimin yükümlü olduğu açıkça anlaşılmıyorsa yorum yoluyla tespit edilmesi gerekir⁸⁹. Bir görüşe göre eğer yorum sonuç vermezse, vasiyet alacağından tüm mirasçılardan sorumluluğunu öngören TMK m. 600/1 (ZGB Art. 562/1) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla tüm mirasçılardan yüklemenin yükümlüsü olduğu varsayılır⁹⁰. Weimar'a⁹¹ göre ise, kural olarak yüklemeyi kanuni mirasçı veya belirli mal vasiyeti alacaklısı yerine getirmelidir. Bu nedenle tenfiz talebi öncelikle onlara yöneltilmelidir. Yazara göre mirasçı veya belirli mal vasiyeti alacaklısı ancak kendisine yapılan kazandırmayı redderse yüklemeyi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulabilir. Kanaatimizce ise öncelikle mirasbırakanın iradesine bakılmalıdır. Eğer mirasbırakanın yükleme yükümlüsünün kim olduğuna ilişkin iradesi açıkça veya yorum yoluyla tespit edilebiliyorsa yükümlü bu kişi olmalıdır. Mirasbırakanın yükümlüyü belirlemediği veya yorum yoluyla tespit edilemediği hallerde ise, TMK m. 600/1 hükmünü kıyasen uygulayıp bütün mirasçıları yüklemenin yükümlüsü varsaymak yerine, yüklemenin bağlı olduğu kazandırmanın lehdarını yükümlü olarak kabul etmek, nimetten faydalanın külfetine de katlanacağı düşüncesi gereği kanaatimizce daha isabetli bir yorum olacaktır. Bununla beraber yük-

⁸⁷ Gürsoy, Kısım I, s. 484; Lüdi, s. 245-246.

⁸⁸ Lüdi, s. 29; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 21; Arter, s. 746.

⁸⁹ Lüdi, s. 29; Arter, s. 746; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 21.

⁹⁰ Lüdi, s. 29; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 21; Arter, s. 746. Alman Medeni Kanunu'nda ise, vasiyete ilişkin bazı hükümlerin yüklemeler bakımından da uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir (bkz. BGB § 2192) Yükleme bakımından da uygulanacağı belirtilen hükümlerden biri de BGB § 2148 düzenlemesidir. Bu hüküm, mirasbırakanın aynı vasiyet borcundan birden fazla mirasçının yükümlü olduğunu öngördüğü hallerde, tereddüt halinde mirasçılardan miras payları oranında birlikte sorumlu olacaklarını düzenlemektedir. Şu halde Alman Medeni Kanunu'nda yüklemeler bakımından da vasiyete ilişkin bu hükmün uygulanacağı ve yüklemelerden tüm mirasçılardan sorumlu olacağı açıkça kabul edilmiştir.

⁹¹ Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 32.

lemenin bağlı olduğu herhangi bir kazandırmanın bulunmaması durumunda (bağımsız yükleme söz konusu ise) o zaman TMK m. 600/1 kıyasen uygulanarak tüm mirasçıların yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü olduklarının kabul edilmesiyle söz konusu boşluğun doldurulması yerinde olacaktır.

Yüklemeyi yerine getirmesi için mirasbırakan tarafından belirlenen borçlu, mirasbırakandan önce ölmüş ve yüklemenin konusu borçlunun kişiliğine ayrılmaz bir şekilde bağlı değilse, yüklemeyi yerine getirme borcunun, yükümlünün mirasçılara geçeceği doktrinde ifade edilmektedir⁹². Aynı durum yükleme borçlusunun mirastan feragat etmesi halinde de geçerlidir⁹³. Bu anlamda, yükleme tamamen yerine getirilmeden önce borçlunun ölmesi halinde de *-mirasbırakanın tasarrufunun yorumlanması yükümlülüğün borçlunun ölümüyle birlikte ortadan kalktığını göstermediği sürece-* yüklemeyi yerine getirme borcu kural olarak miras yoluyla intikal edebilir.

Mirasbırakanın mirasçısı olmayan hatta hiç tanımadığı bir kimseyi, herhangi bir kazandırmanın lehdarı yapmaksızın, salt bir dileğini gerçekleştirmek üzere yükleme yükümlüsü olarak belirleyip belirleyemeyeceği bir soru olarak akla gelmektedir. Örneğin bir kimsenin çok beğendiği ünlü bir pop yıldızına cenaze töreninde konuşma yapması yönünde bir yükleme öngörmesi mümkün müdür? Kanunda bu soruya bir cevap verilmiş değildir. Daha önce bahsettiğimiz üzere yüklemenin herhangi bir kazandırmaya bağlı olmadan yapılması mümkün olup bu tarz yüklemeye *“bağımsız yükleme”* denilmektedir⁹⁴. Bununla birlikte doktrinde isabetle belirtildiği üzere bağımsız yüklemenin sadece ve doğrudan kanuni mirasçılara yükümlülük altına sokacağı ifade edilmektedir⁹⁵. Buna göre bağımsız yüklemenin borçlusu

⁹² Lüdi, s. 29; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 21; Arter, s. 746. Bu hususta benzer bir hüküm, belirli mal vasiyeti bakımından açık hükümlerle düzenlenmiştir. TMK m. 519 (ZGB Art. 486/2) düzenlemesine göre, vasiyeti yerine getirme borcunun yerine getirilmesinde tasarrufu yerine getirme yükümlüsünün önce ölüm, mirası red veya yoksunluk gibi bir nedenle bunu yerine getirememesi halinde, tasarrufun yürürlükte kalarak, yerine getirme borcunun bu durumdan yararlanan diğer mirasçılara geçeceği öngörülmüştür. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de yükümlünün şahsına bağlı olmayan yüklemeler bakımından, bu hükmün kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir. Bkz. BGE 76 II 202, E 2, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 03.07.2023)

⁹³ Lüdi, s. 29; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 23; Arter, s. 746.

⁹⁴ Bkz. yukarıda I, B, 3, a.

⁹⁵ Öztan, s. 279; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 8; Ercoskun-Şenol, s. 126; Serozan/Engin, s. 358; Gürsoy, Kısım I, s. 535; Yıldırım, s. 112. Buna göre bağımsız yüklemenin borçlusu yalnızca kanuni mirasçılar olabilirken, bağımlı yüklemenin kanuni mirasçılar dışında mirasbırakan tarafından iradi olarak atanmış mirasçılar veya belirli mal vasiyeti alacaklısı bakımından da öngörülebilmesi mümkündür. Bkz. Serozan/Engin, s. 358; Weimar, Berner Kommentar, ZGB Art. 482 N. 8; Yıldırım, s.

yalnızca kanuni mirasçılar olabilirken, bir kazandırmaya bağlı olarak yapılan bağımlı yüklemeler kanuni mirasçılar dışında mirasbırakan tarafından iradi olarak atanmış mirasçılar veya belirli mal vasiyeti alacaklısı bakımından da öngörülebilir⁹⁶. Her ne kadar yüklemenin kazandırmadan bağımsız olarak yapılabilmesi mümkün olsa da, bir kimsenin iradi veya yasal mirasçısı olmayan bir kimseye *-hiçbir kazandırma yapmaksızın-* yalnızca yükleme öngörmesinin kanaatimizce kabul edilmemesi gerekir. Bu anlamda doktrinde bağımsız yükleme lehdarının yalnızca mirasbırakanın kanuni mirasçıları olabileceği yönündeki görüşe katılmayı uygun buluyoruz. Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte, kanaatimize göre, mirasbırakanın sadece görev yüklediği kişinin kendisine yabancı biri olması durumunda, herhangi bir kazandırmada bulunmamasına rağmen ona bir görev yükleyebilmesi, hiçbir nimet-külfet dengesinin olmadığı ve hiçbir mantıklı temele dayanmayan bu ilişki açısından kabul edilememelidir. Verdiğimiz pop yıldızı örneği üzerinde düşünerek bir an için mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda ünlü pop yıldızını cenazesinde konuşma yapmakla veya evcil hayvanına bakmakla yükümlü kılabilirdiğini farzedelim. Bu durumun kabulü halinde, her ilgili tarafından da bu yüklemenin tenfizinin istenebileceği sonucuna ulaşılır ki söz konusu sonucun isabetli olmayacağı ortadadır.

Mirasbırakanın belirli mal vasiyeti yaptığı bir kimseye bu kazandırmayla birlikte bir yükleme öngörmesi halinde ise durum değişmektedir. Bir kazandırmaya bağlı kılınan yüklemeli vasiyet kazandırmasının *-hukuka veya ahlaka aykırı, imkânsız veyahut rahatsız edici nitelikte olmadığı müddetçe-* geçerli olacağına şüphe yoktur. Örneğin, kütüphanesini dostu (A)'ya vasiyet eden *-başka bir deyişle dostu (A)'yı belirli mal vasiyeti alacaklısı haline getiren-* mirasbırakan bu ölüme bağlı kazandırmasına *"kütüphaneden öğrencilerin yararlandırılması"* yüklemesini eklerse bu yüklemenin geçerli olacağını söylemek gerekir. Tartışılan durum ise, kendisine kazandırma yapılma-

112; **Ercoskun-Şenol**, s. 126; **Gürsoy**, Kısım I, s. 535. Serozan'a göre, bağımlı yükleme ile kendisine yüklenen görevi yerine getirmek, *"yüklemeyle bağlantılı olan ölüme bağlı kazandırma lehdarının boynunun borcu"* iken, bağımsız yüklemeye uygun davranmak *"yasal mirasçılarının boynunun borcu"*dur. Bkz. **Serozan/Engin**, s. 358. Buna göre, bağımlı yükleme lehdarı ne zaman ki kendisine ölüme bağlı tasarrufla kazandırılan şeye kavuşur, o zaman her ilgili kendisine tenfiz davası açabilir. Buna karşılık bağımsız yüklemeye kendisine görev yüklenen yasal mirasçılar, mirası kazandıkları andan itibaren tenfiz istemiyle karşılaşabilirler. Tuhan-Boz yükümlünün, yüklemenin tanımı gereği ancak karşılıksız bir kazandırmanın lehdarı olabileceğini, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla yüklediği yüklemenin yükümlüsünün mirasçıları veya vasiyet alacaklıları dışında bir kimse olamayacağını kabul etmektedir. Bkz. **Tuhan-Boz**, s. 817.

⁹⁶ **Yıldırım**, s. 112.

yan başka bir deyişle “iradi mirasçı”, “kanuni mirasçı” veya “belirli mal vasiyeti alacaklısı” sıfatını kazanmamış bir kimseye, salt bir yükleme yüklenip yüklenemeyeceğidir. Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gereklidir. Belirli mal vasiyetindeki gibi alacak hakkı ve ret imkanını bünyesinde taşımayan yükleme, bağlayıcılıktan yoksun bir dilek veya temenniden öte tenfiz davası ile karşı karşıya kalmaya yol açabilen bir ölüme bağlı tasarruf türüdür. Bu haliyle basit bir dilek veya ricadan fazlasını ifade eder. Dolayısıyla kanaatimizce mirasbırakanın her istediğine yükleme yükleyebilmesinin kabul edilmesi yerine, “iradi mirasçı”, “yasal mirasçı” veya “belirli mal vasiyeti alacaklısı” sıfatını haiz olan kimselerin yüklemenin tenfizi davasına muhatap olabileceğinin kabul edilmesi gereklidir.

Şu halde mirasbırakanın herhangi bir kazandırmada bulunmadığı için iradi mirasçı, kanuni mirasçı veya belirli mal vasiyeti alacaklısı olamamış kimseleri yükleme yükümlüsü olarak öngörmüş olması ihtimalinde bunun yaptırımının ne olacağının da belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce ölüme bağlı tasarrufta böyle bir yükleme yapılmış ise, bu ifadeleri doğrudan hükümsüzlüğe mahkum etmek yerine *favor testamenti* gereği ölüme bağlı tasarrufu geçersizlikten kurtarıcı yorum yapılmalıdır. Bu kapsamda yüklemeye olabildiğince geçerlilik tanıyarak ve fakat yükleme borçlusunun kanuni mirasçılar olduğunu kabul ederek mirasbırakanın son arzularını gerçekleştirme imkânı tanımak, miras hukukunun temel ilkeleriyle de bağdaşan isabetli bir çözüm olacaktır. Evcil hayvanına ünlü pop yıldızının bakmasını isteyen mirasbırakanın bu yüklemesi, kanuni mirasçılara tahvil edilmek suretiyle en başından beri kanuni mirasçılara yapılmış gibi geçerli sayılmalıdır. Cenaze töreninde pop yıldızının konuşma yapmasını isteyen mirasbırakanın bu isteğini ayakta tutmak ise kanaatimizce mümkün görünmemektedir.

3. Tenfiz Talebinin İleri Sürülebileceği Süre

Yüklemenin yerine getirilmesinin hangi andan itibaren ve hangi ana kadar istenebileceği cevaplanması gereken bir sorudur. TMK m. 515/1’de yüklemenin tenfizinin, ölüme bağlı tasarrufun “*hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren*” talep edilebileceği düzenlemiştir. Öncelikle yüklemenin tenfizinin istenebileceği muacceliyet anı olarak kanunda ifade edilen tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurma anından ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Muacceliyet anı, yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü olan kişinin mirası kabul ettiği veya artık reddetme süresinin geçtiği veyahut yükleme yükümlüsü olan kişi bir belirli mal vasiyeti alacaklısı ise vasiyet

alacağına TMK m. 600/2 (ZGB Art. 562/2) anlamında muaccel hale geldiği an olarak anlaşılmalıdır⁹⁷. Başka bir ifadeyle belirleyici faktör, mirasın kabul edildiği veya artık reddedilemediği veya miras talebinin TMK m. 600/2 uyarınca muaccel hale geldiği zamandır.

TMK m. 515 yüklemenin yerine getirilmesinin istenebileceği anı bu şekilde belirlemesine rağmen, bu talebin ne zamana kadar yapılabileceği, başka bir deyişle talebin bir üst süreye tabi olup olmadığı sorusunu cevaplamamıştır. Öncelikle mirasbırakanın bu hususta iradesi bulunup bulunmadığına bakılmalıdır⁹⁸. Mirasbırakan yükleme yükümlüsünden tenfiz istenebileceği süreyi açıkça belirlemiş olabileceği gibi, tasarrufun yorumuyla da bu sonuca varılabilmesi mümkündür. Eğer mirasbırakanın iradesiyle yükümlüyü bir süreyle sınırlandırdığı anlaşılıyorsa, üst süre olarak bunun esas alınması gerekir⁹⁹. Mirasbırakan yükümlülüğünün süresi için bir yıl belirtmişse (örneğin 2040 yılına kadar) veya süreye ek olarak vade tarihini de belirtmişse (örneğin ölümünden itibaren 5 yıl), bu tarih üst süre süresi kabul edilir ve bunun sona ermesinden sonra artık yüklemenin yerine getirilmesi talep edilemez¹⁰⁰.

Mirasbırakanın yüklemenin talep edilebileceği böyle bir süre öngörmesi durumunda bir zaman sınırının aranıp aranmayacağı hususunda kanunda bir düzenleme bulunmayıp konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, belirli mal vasiyeti ve yükleme arasındaki benzerlik nedeniyle belirli mal vasiyeti alacağına uygulanan 10 yıllık zamanaşımı süresinin (TMK m. 602, ZGB Art. 601), kıyasen yükleme bakımından da uygulanması gerekmektedir¹⁰¹. Bazı yazarlar ise, yüklemenin lehara alacak

⁹⁷ **Öztan**, s. 281; **Lüdi**, s. 82; **Hrubesch-Millauer**, CHK, ZGB Art. 482 N. 10; **Weimar**, Berner Kommentar, Art. 428, N. 27. TMK m. 600/2’de vasiyet alacağına muacceliyet anı “*tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa, vasiyet yükümlüsünün mirası kabul etmesi veya ret hakkının düşmesi*” olarak belirlenmiştir.

⁹⁸ **Tuhan-Boz**, s. 809; **Yıldırım**, s. 125; **Stachelin**, Basler Kommentar, Art. 482 N. 33; **Lüdi**, s. 248; **Brückner**, Christian/**Weibel**, Thomas: Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2012, N. 278.

⁹⁹ **Tuhan-Boz**, s. 809; **Lüdi**, s. 248; **Stachelin**, Basler Kommentar, Art. 482 N. 33; **Yıldırım**, s. 125; **Brückner/Weibel**, N. 278.

¹⁰⁰ **Lüdi**, s. 248; **Stachelin**, Basler Kommentar, Art. 482 N. 32; **Arter**, s. 746; **Tuhan-Boz**, s. 817 vd.

¹⁰¹ **Uffer-Tobler**, Beatrice: Die erbrechtliche Auflage (Dissertation Universität Zürich), Stämpfli Verlag, Bern 1982, s. 97 vd.; **Spiro**, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Die Verjährung der Forderung, Stämpfli Verlag, Bern 1975, s. 132; **Lüdi**, s. 248.

hakkı vermemesi nedeniyle bir zamanaşımı süresinin uygulanamayacağını ifade etmektedir¹⁰².

İsviçre Federal Mahkemesi eski bir kararında¹⁰³, yüklemelerin zamanaşımına tabi olup olmadığı konusunda belirsizlik olduğunu dile getirmiş ve fakat dava hakkı doğmadığı sürece zamanaşımının başlamayacağına işaret ederek, vasiyetnamelerin yerine getirilmesinde TMK m. 602 (ZGB Art. 601) kapsamında öngörülen on yıllık sürenin kıyasen uygulanabileceğini vurgulamıştır. Daha sonraki bir kararında ise, mirasbırakanın yerine getirilmesi bakımından üst süre belirlemediği bir yüklemenin ne kadar sürede yerine getirileceği uyuşmazlık konusu olmuştur. Yüksek Mahkeme bu kararında¹⁰⁴, kanunda bir üst süre belirlenmemiş olmasının boşluk anlamına gelmediğini, tasarruf özgürlüğünün esas alınması gerektiğini, mirasbırakanın bir süreyle sınırlandırmadığı bir yükümlülüğün devam edeceğini ve fakat TMK m. 521 (ZGB Art. 488) düzenlemesinde art mirasçılık için getirilen iki kuşak sınırlamasının 50-70 yıl olarak anlaşıldığını ve mirasbırakanın da bu sürelerle hukuki bağlar kurabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, yükümlünün hayatta olduğu sürece veya vasiyetten yararlandığı sürece yükümlülüğü yerine getirmesi gerektiğini belirtirken, yükümlünün ölümünden sonra mirasçılara yüklemeyi yerine getirme talebinin nasıl değerlendirileceği konusunda bir hüküm vermemiştir.

Kanaatimizce miras hukuku kapsamındaki ilgili davalar ve bunlar için öngörülmüş zamanaşımı veya hak düşürücü süreler göz önüne bulundurulursa -ölüme bağlı tasarrufun iptali davası hak düşürücü süre: 1 yıl ve 10 yıl (TMK m. 559); tenkis davası hak düşürücü süre: 1 yıl ve 10 yıl (TMK m. 571); miras sebebiyle istihkak davası zamanaşımı: 1 yıl ve 10 yıl (TMK m. 639); belirli mal vasiyeti alacağı için ifa davası zamanaşımı: 10 yıl (TMK m. 602)- kanun koyucunun özellikle 1 ve 10 yıllık süre sınırlamaları öngördüğü açıktır. Bu sistem dikkate alındığında yüklemelerin yerine getirilmesinde de 10 yıllık bir üst sürenin kabul edilmesinin kanun koyucunun tercihlerine uygun olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan kişinin yüklemeye sorumlu tutu-

¹⁰² **İmre/Erman**, s. 145 dipnot 20; **Stachelin**, Basler Kommentar, Art. 482 N. 31; **Hrubesch-Millauer**, CHK, ZGB Art. 482 N. 10; **Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar) Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt., Die Erben (Art. 457-536), neu bearbeitet von Arnold Escher, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 1959, ZGB Art. 482 N. 22; **Weimar**, Berner Kommentar, Art. 428, N. 25. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yüklemeler bakımından zamanaşımının söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Bkz. YHGK E. 1982/2-540 K. 1982/922 T. 26.11.1982, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.06.2023)

¹⁰³ BGE 76 II 208, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 03.06.2023)

¹⁰⁴ BGE 87 II 355, (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 03.06.2023)

labileceği bir üst sürenin olmaması kişiyi hayatının her döneminde ifa davasıyla karşı karşıya kalma tehdidi altına sokar ki, kanaatimizce bu sonuç sağ-lararası işlemler bakımından söz konusu olan ve lehdarına “gerçek” bir alacak hakkı veren borçlar için bile zamanaşımını 10 yıl olarak düzenleyen genel kural ile çelişir¹⁰⁵. Buna karşılık mirasbırakan tasarrufunda yükleme yükümlüsü için daha uzun bir üst süre düzenlemişse, o halde bunun esas alınması gerekecektir.

Peki mirasbırakanın yüklemenin konusu olarak periyodik bir edimi belirlemiş olması halinde üst süre nasıl hesaplanacaktır? Örneğin mirasbırakan evlerini bıraktığı mirasçısına kira gelirinin dörtte biriyle her yıl fakir öğrencilere burs verilsin demişse bu yükleme, yükümlüsü tarafından ne kadar süreyle yerine getirilecek veya her ilgili tarafından ne kadar süre tenfiz davasına konu edilebilecektir? Doktrindeki bir görüşe göre¹⁰⁶, periyodik bir yükümlülük söz konusu ise, her bir yükümlülüğün süresi ayrı ayrı hesaplanmalıdır ve fakat eğer mirasbırakan periyodik yükümlülük için bir süre sınırı öngörmüşse (örneğin 2030 yılına kadar) o halde bu sınır, üst süre olarak uygulanmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşünden yola çıkan başka bir görüş ise¹⁰⁷, periyodik edimler de dahil her türlü edim bakımından mirasbırakanın yükleme için bir süre sınırı getirmediği her durumda yüklemenin yerine getirilmesinin “*yükümlünün ömrü boyunca, en azından vasiyetten faydalandığı sürece*” istenebileceğini ifade etmektedir. Zira yükleme muhakkak bir kazandırmaya bağlı olmalı ve kazandırma lehdarına yüklenmelidir. Kendisine yükleme yapılan kimse de o kazandırmadan faydalandığı müddetçe bunu yerine getirmekle yükümlü olur ve fakat yükleme kural olarak yükümlüsünün ölümüyle sona erer. Kanaatimizce periyodik olmasın her türlü edim bakımından yukarıda ifade ettiğimiz gibi kanun koyucunun miras davalarında benimsemiş olduğu 10 yıllık üst sürenin *-mirasbırakan tasarrufunda daha uzun bir süre öngörmedikçe-* uygulanması, kanunun sistematiği ve ruhuna daha uygun bir çözüm olacaktır. 10 yıllık üst sürenin başlangıç anı, her bir yüklemenin muacceliyet anı olmalıdır.

4. Tenfizin İcrasının Mümkün Olup Olmaması Sorunu

Kural olarak bir alacak, alacaklıya borçludan yükümlülüklerini yerine getirmesini isteme ve yerine getirmemesi halinde tazminat talep etme hakkı

¹⁰⁵ Bkz. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 146.

¹⁰⁶ Lüdi, s. 249.

¹⁰⁷ Tuhân-Boz, s. 817. Arter de bir yüklemenin yükümlü kişinin hareket özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlamadığı sürece, bu kişi ölünceye kadar tenfiz davasının açılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Arter, s. 746. Aynı yönde Staehelin, Basler Kommentar, Art. 482 N. 32; Weimar, Berner Kommentar, Art. 428, N. 5.

sağlar (TBK m. 112). Daha önce ifade ettiğimiz üzere yükleme, yararlanıcısına bu imkânları içeren bir alacak hakkı vermediği için yüklemenin yerine getirilmemesi halinde durum, borçlar hukuku anlamında klasik bir alacak hakkının yerine getirilmemesinden farklı sonuç doğurur. Yükleme yalnız alıcısına değil her ilgisine sadece *sui generis* bir yüklemenin tenfizini isteme imkânı tanır ve fakat bu talep bir aynen ifa davası olmayıp tazminat imkânından yoksun salt yerine getirme talebi içerir¹⁰⁸ (TMK m. 515/1, ZGB Art. 482/1).

Tenfiz talebi kural olarak yalnızca gelecekteki edimler için söz konusu olabilir¹⁰⁹. Örneğin, mirasbırakan cenaze töreninde yapılmasını istediği usule ilişkin bir yüklemde bulunmuş ve bu yükleme yerine getirilmediyse artık tenfiz davasının açılması mümkün değildir. Bunun nedeni yüklemelerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir tazminat talebinde bulunulamamasıdır. Özellikle mirasbırakanın bir süre sınırı koyduğu yüklemeler, bu süre sona erdikten sonra artık bir tenfiz talebine konu olamaz. Bu türden yüklemelerin imkânsız yükleme olarak nitelendirilmeleri gerekir.

Bir yönüyle ahlaki bir yükümlülüğü ifade eden ve lehdarına alacak hakkı tanımayan yüklemenin yerine getirilmesi talep edildiğinde esas olan, yükümlünün mirasbırakanın son dileklerini kendi rızasıyla yerine getirmesidir. Yükümlü, rızasıyla yüklemeyi yerine getirmediğinde ilgililerin elindeki tek imkân TMK m. 515 kapsamında tenfiz davası açmaktır. Yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin bir dava açıldıysa, hâkim bu borcun yerine getirilmesi için borçluyu mahkûm edecektir, ancak bu hükmün nasıl uygulanacağı icra hukuku tarafından belirlenir. Şayet davalı yükümlü, mahkeme kararını yerine getirmese, davacı ilamın yerine getirilmesi için icra dairesine başvuracaktır. Burada ilamlı icraya ilişkin kurallar olan 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu'nun¹¹⁰ ("İİK") m. 24-41 hükümleri, yüklemelerin mahiyetine ve mirasbırakanın arzusuna uygun düştüğü müddetçe uygulama alanı bulacaktır¹¹¹. Bununla birlikte yükümlülüğün içeriğinin bizzat yükümlü tarafından yapılması gereken bir iş olması halinde, bunun icrasının nasıl yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Zira İİK m. 30 f. 2'ye göre kural, bir işin yapılmasına ilişkin icra emrinin borçluya tebliğ edilmesi ve ilamda gösterilen sürede

¹⁰⁸ Bu davada borçlunun davacıya bir ifade bulunması istenmez. Davanın konusu, mirasbırakanın yükleme ile ulaşmak istediği amacın yerine getirilmesine yöneliktir. Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. II, B.

¹⁰⁹ Lüdi, s. 239.

¹¹⁰ İcra İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

¹¹¹ Gürsoy, Kısım I, s. 537.

borçlunun işi yapması yönündedir. Eğer borçlu belirlenen sürede işe başlamaz veya bitirmezse veyahut “iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse” masrafı borçluya ait olarak o iş başkasına yaptırılır. Bununla birlikte iş yalnızca borçlu tarafından yapılabilecek bir işse -kimseye cebri icrayla zorlayarak bir iş yaptırmak mümkün olmadığı için- alacaklı İİK m. 343 kapsamında borçlunun cezalandırılmasını isteyebileceği gibi, genel hükümlere göre zararının tazminini de isteyebilecektir. Bu noktada yüklemenin klasik anlamda bir alacak hakkından farkı ortaya çıkmaktadır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere yükleme, lehdarına bir alacak hakkı ve buna bağlı olarak da tazminat talep etme imkânı vermemektedir¹¹². Özellikle yalnız borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükleme söz konusu olursa, o zaman İİK m. 30’da belirtildiği üzere “iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse” masrafı borçluya ait olmak üzere başkasına yaptırma seçeneği söz konusu olamayacaktır. Bu durumda hukuki sonucun ne olacağı cevaplanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Başkasına yaptırılması mümkün olmayan ve bizzat yükümlü tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükleme söz konusu ise İİK m. 30’da geriye kalan ve yükleme kurumunun mahiyetine uygun düşen tek imkân, yükümlünün İİK m. 343’e göre cezalandırılmasını talep etmektedir. Bununla birlikte bu imkânın kullanılması halinde borçlu üç aya kadar hafif hapisle cezalandırılabilir ve fakat günün sonunda mirasbırakanın yüklemeye ulaşmak istediği amaca ulaşamaması ve son dileğinin yerine getirilmemesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda kanunda bir boşluk olduğu ortadadır.

Alman Medeni Kanunu’na bakıldığında BGB § 2196 hükmünün bu hususta açık düzenlemesi olduğu görülmektedir: Esasında düzenleme, imkânsız olan yüklemelere ilişkindir. Bununla beraber düzenlemenin ikinci paragrafı, bizzat yükümlü tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükleme (üçüncü bir tarafça yerine getirilmesi mümkün olmayan bir yükleme) söz konusu olup bunun yerine getirilmesine ilişkin mahkeme kararına uyulmadığı hallerde de bu hükmün uygulanacağını ifade etmektedir. Böylece düzenleme hem imkânsız yüklemelerde hem de bizzat yükümlü tarafından yerine getirilmesi gereken yüklemelerde uygulama alanı bulmaktadır. Öncelikle şunu söylemek gerekir ki BGB § 2196 hükmü, yüklemenin bir kazan-

¹¹² Akıntürk, s. 236; Serozan/Engin, s. 357; Gömeç, s. 45; Antalya, s. 244; Ercoskun-Şenol, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Tuhân-Boz, s. 804; Eren/Yücer-Aktürk, s. 154; Lüdi, s. 239; Druey, s. 148; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 17; Yıldırım, s. 99; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 482 N. 10.

dırmaya bağlı olduğu halleri (örneğin belirli mal vasiyeti kazandırması lehdarına veya atanmış mirasçı olan kimseye yükleme yapıldığı durumları) esas almakta ve bundan yola çıkarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yapmaktadır. Düzenlemeye göre, yükümlünün sorumlu olduğu bir durum nedeniyle yüklemenin yerine getirilmesi imkânsız hale gelirse, yükümlüye yapılan kazandırmadan doğrudan fayda sağlayacak kişi, sebepsiz zenginleşmenin iadesine ilişkin hükümler uyarınca *-yükümlülüğün yerine getirilmesi için kullanılması gerektiği ölçüde-* yükümlüden bunun iadesini talep edebilir. Düzenlemenin ikinci paragrafı, bizzat yükümlü tarafından yerine getirilmesi gereken bir yüklemenin söz konusu olduğu ve fakat yükümlünün bundan kaçındığı haller bakımından da hükmün uygulanacağını ifade etmektedir. Örneğin, bir çocuğundan başka kimsesi olmayan ve ünlü bir hikâyeye yazarı olan mirasbırakan (M)'nin, ressam olan dostu (A)'ya hikâyelerini resim olarak çizmesi ve bunu sergilemesi yüklemesiyle birlikte Sarıyer'deki evini vasiyet ettiğini varsayalım. Bu durumda (A)'nın resimleri yapmaması ihtimalinde BGB § 2196 hükmüne göre (M)'nin çocuğu, (A)'dan kendisine yapılmış kazandırma olan Sarıyer'deki evin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesini talep edebilecektir.

Türk Hukuku açısından söz konusu örneğe bakıldığında ise, her ilgilinin TMK m. 515'e göre (A)'ya tenfiz davası açabileceğini ve bunun sonucunda (A)'nın resimleri yapmaya mahkûm edilmesine karar verilebileceğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte (A)'nın ilama rağmen resimleri yapmaması durumunda bir tazminat imkânı olamayacak ve ancak İİK m. 30 atfıyla İİK m. 343'e göre cezalandırılabilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda eklediği yüklemeye ulaşmak istediği amaca ulaşamaması ve son dileğinin yerine getirilmemesi söz konusu olduğundan kanunda bir boşluk olduğu kabul edilmelidir. Alman Medeni Kanunu'na bakıldığında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını açık hükümle düzenlenerek kanaatimizce bir anlamda yüklemenin yerine getirilmemesi halinde tazminat imkânı bulunmaması telafi edilmekte ve bir ölçüde yükleme yükümlüsüne yüklemeyi yerine getirmesi yönünde bir itici güç sağlanmaktadır. Türk hukukunda yüklemenin yerine getirilmesini sağlama bakımından var olan bu boşluğa TMK m. 1 kapsamında yapılabilecek boşluk doldurma faaliyeti kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gereken bir husustur. Bu kapsamda TBK m. 295 b. 3 hükmü yüklemeli bağışlamalar bakımından haklı bir sebep olmaksızın yüklemenin yerine getirilmemesi halinde bağışlayanın, elden yaptığı bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabileceğini ve bağışlanandan *“istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde bağışlama konu-*

sunun geri verilmesini isteyebileceğini” düzenlemiştir. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufta yüklemenin yerine getirilmemesi durumunda yükleme yükümlüsü bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması bakımından bu hükme bir kıyasın mümkün olup olmayacağı da ele alınmalıdır.

Öncelikle yüklemeli bağışlama ile ölüme bağlı tasarruflarda bağışlama arasında bazı farklar bulunmaktadır. Esasında miras hukukunda öngörülen yükleme ve TBK m. 291’de öngörülen yüklemenin ortak yanı yalnızca ivazsız kazandırmalar bakımından söz konusu olmalarıdır¹¹³. Sağlararası bir işlem olan bağışlama sözleşmesi bakımından yükleme, bağışlayanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğururken; ölüme bağlı tasarrufta yükleme mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple de yüklemeli bağışlamada yüklemenin yerine getirilmesi isteminin yalnızca bağışlayana *-ve eğer yükleme kamu yararına ise bağışlayanın ölümünden sonra ilgili kamu kurumuna-* ait olduğu düzenlenmişken, ölüme bağlı tasarruflarda her ilgili yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilmektedir¹¹⁴. Ölüme bağlı tasarruflarda yükleme söz konusu olduğunda ise, kanun koyucu tarafından yükleme lehdarına bir alacak hakkı tanınmamış olup her ilgiliye yalnızca tenfiz isteme imkânı verilmiştir. Öte yandan bağışlayanın bağışlanana belli bir şekilde davranma ödevi yüklediği yüklemeli bağışlama bakımından, bağışlayan *-tıpkı ölüme bağlı tasarrufunda yükleme öngören mirasbırakan gibi-* yaptığı kazandırmayla birlikte yükleme yükümlüsünün belirli bir işi yapması veya yapmaktan kaçınmasını sağlamak niyetinde ol-

¹¹³ Akıntürk, s. 232; Yıldırım, s. 41; Bilgetekin, s. 74.

¹¹⁴ Bununla birlikte öğretilerde ve Yargıtay kararlarında bağışta bulunanın ölümü halinde, onun mirasçılarının da yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilecekleri ifade edilmektedir. **Olgaç**, Senai, Bağışlama, İstanbul Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 232; **Kutluay**, Ezgi, Bağışlama Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 116; **Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 366; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 175; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 293. Bkz. YHGK E. 1969/7-1241 K. 1973/715 T. 19.09.1973, (www.legeshukuk.com, Erişim Tarihi: 03.06.2023). Ayrıca doktrinde bir görüşe göre yükleme tam üçüncü şahıs lehine ise, bağışlayan ve bu kimsenin yüklemenin ifasını talep edebileceği, zira burada üçüncü şahsın bir “alacak hakkına” sahip olduğu ifade edilmekle birlikte bu husus tartışmalıdır. Bkz. **Olgaç**, s. 232; **Uygur**, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 1668. Diğer bir görüş ise, tam üçüncü kişi lehine sözleşmede zaten bir alacak hakkı bulunduğu ve alacak hakkının karşısında yükleme değil edim olduğundan bahisle bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. **Kutluay**, s. 117. Bağışlama sözleşmesi kapsamında yapılan bu tartışmalara, çalışmamızın konusunu ve kapsamını aşması nedeniyle daha fazla girilmemiştir.

maktadır. Hatta çoğu kez yüklemenin yerine getirilmesi *-mirasbırakan açısından olduğu gibi-* bağışlayanına doğrudan bir yarar sağlamamaktadır¹¹⁵.

Gerek yüklemeli bağışlamanın gerekse ölüme bağlı tasarruflarda yüklemenin birbirine benzeyen ve farklılaşan yönleri bulunduğundan kimi hal-lerde yüklemeli bağışlamalar için düzenlenen hükümlerin, ölüme bağlı tasarruflarda yüklemeler için bünyesine uygun düşmesi şartıyla kıyas yoluyla uygulanabilmesi mümkündür. Bununla birlikte yüklemeli bağışlamalarda yüklemenin yerine getirilmemesi halinde bağışlanan bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını öngören TBK m. 295 b. 3 hükmü, ölüme bağlı tasarrufların kendine has özelliklerine uymamaktadır.

Kanaatimizce sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ölüme bağlı tasarruflarda yüklemelerin bünyesine uygun düştüğünü söylemek pek mümkün görünmemektedir. Zira öncelikle TBK m. 77 vd. hükümlerine göre sebepsiz zenginleşme için *“haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşme”* nin söz konusu olması gereklidir. Yüklemenin bir kazandırmaya bağlı olarak yapıldığı durumlarda o kazandırmanın konusunun artık yükümlünün malvarlığına girdiği kabul edilebilirse de bunun *“haklı bir sebep olmaksızın kazanılmış bir zenginleşme”* olduğunu söylemek kanaatimizce isabetli görünmemektedir. Zira kazandırmanın sebebi bir ölüme bağlı tasarruftur ve yükleme yerine getirilmemiş olsa da yüklemenin geçerliliği olmasa da yapılan kazandırma geçerlidir¹¹⁶. Yüklemenin yerine getirilmemiş olması bu kazandırmayı sebepsiz zenginleşmeye yol açacak haksız bir kazandırma haline getirmez. TBK m. 295 f. 3 hükmünde yüklemenin haklı sebep olmaksızın yerine getirilmemesi halinde yapılan bağışlamanın sebepsiz zenginleşme ile geri alınabileceği düzenlenmekle beraber, miras hukuku bağlamında yüklemenin ifa edilmemesi ölüme bağlı tasarrufun kendisine etki edecek ağırlıkta düzenlenmemiştir ve bu etki ancak ölüme bağlı tasarrufun *-yüklemeye değil-* koşula bağlanması ile sağlanabilir¹¹⁷.

Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yüklemeler bakımından uygulanıp uygulanamayacağını değerlendiren Gürsoy’a göre¹¹⁸ de ölüme bağlı tasar-

¹¹⁵ Kutluay, s. 58;

¹¹⁶ Yükleme ile koşulu birbirinden ayıran en temel nokta da budur. Her şeyden önce koşula bağlanmış bir ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmesinine bağlıdır. Oysa yüklemenin, eklendiği hukuki işlemin geçerliliğine hiçbir etkisi yoktur. Yükleme yerine getirilmese veya yükleme geçersiz olsa bile ölüme bağlı tasarruf ve kazandırma geçerli olacaktır. Bkz. Tuhun-Boz, s. 806; Akıntürk, s. 242; Gürsoy, Kısım I, s. 499; Druey, s. 149; s. 149; Staehelin, Basler Kommentar, ZGB Art 482 N. 1; Kocayusufpaşaoğlu, sç 282; Gömeç, s. 48; Akıntürk, s. 241.

¹¹⁷ Bilgetekin, s. 74.

¹¹⁸ Gürsoy, Kısım I, s. 539.

rufla yapılan kazandırmanın sebepsiz olduğu söylenemez. Öte yandan yazara göre, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için malvarlıksal artışın fakirleşen davalının malvarlığı aleyhine olması gerekirken, burada davacıların kendi malvarlıkları aleyhine olduğu söylenemez. Olsa olsa tereke aleyhine bir kazandırma olduğu kabul edilse dahi, bütün tereke mensuplarının birlikte sebepsiz zenginleşme davası açmaları gerekir ki yazar bunun açık hüküm olmaksızın yapılamayacağını ifade etmektedir. Öte yandan yazarın da isabetle belirttiği üzere sebepsiz zenginleşme için her şeyden önce mutlaka bir “zenginleşme” gerekmektedir¹¹⁹. Oysa daha önce de ifade ettiğimiz üzere, her yüklem bir kazandırmaya bağlı olmak zorunda değildir¹²⁰. Örneğin mirasbırakanın cenaze törenine ilişkin isteklerini içeren veya evcil hayvanına bakılmasına yönelik yüklemeler bu türden olup sebepsiz zenginleşmeye konu edilemeyecektir. Açık düzenleme öngören Alman hukuku açısından dahi durum böyle olup yüklemeye tam bir aynen ifa davası tanınmış değildir.

Hal böyleyken kanaatimizce Türk Hukuku açısından yürürlükteki kuralara bakıldığında yüklemenin bizzat yükümlü tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir iş olup tenfiz davası mahkûmiyet kararına rağmen yükümlünün bunu yerine getirmekten kaçınması durumu için uygulanabilecek tek yaptırım İİK m. 30 atfıyla İİK m. 343 hafif hapis cezasıdır. Bunun dışında yükümlüyü bir aynen ifa yerine tazminat talebiyle karşı karşıya bırakabilmek mümkün değildir. Zira yüklem TMK m. 515’de düzenlendiği hukuki niteliği diğer ölüme bağlı tasarruflardan farklıdır. Serozan’ın ifadesiyle “*basit bir dilekten fazlası*”dır¹²¹ ama lehdarına tazminat talep etme imkânı içeren bir alacak hakkı tanıyan belirli mal vasiyetinden de bağlı olduğu kazandırmayı kendisiyle beraber geçersiz kılacak güçte koşuldan da aşağıdadır. Dolayısıyla gerçekleşmesini istediği amacının güçlü bir yaptırıma tabi olmasını, lehdarına alacak hakkı vermesini isteyen mirasbırakanın bunu bir yüklem olarak değil, yerine göre koşul, yerine göre belirli mal vasiyeti olarak öngörmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır. Nitekim ölüme bağlı tasarrufun yorumlanmasından mirasbırakanın iradesinin bu yönde olduğu sonucu çıkarılabiliyor ise, ortada bir yüklemenin olmadığı kabul edilmelidir.

¹¹⁹ **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 324; **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 561; **Sezgin**, Sedat: Roma Hukukunda *Condictio Causa Data Causa Non Secuta* ve Türk Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 31.

¹²⁰ Bağımsız yüklem olarak ifade edilen bu yüklem türüne ilişkin açıklamalarımız için bkz. I, B, 3, a.

¹²¹ **Serozan/Engin**, s. 359.

Son arzusunun yerine getirilmesini garanti altına almak isteyen mirasbırakanın kanaatimizce yükleme öngörmek yerine, bu dileğini şüpheye yer bırakmayacak biçimde koşula bağlaması daha uygun olacaktır. Yapacağı kazandırmaya bağlayacağı bir koşulla bu dileğinin yerine getirilmesini sağlama alması mümkündür. Zira daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere geciktirici koşul gerçekleştirilmeksizin kazandırma lehdarının ölüme bağlı tasarrufla kendisine yapılan kazandırmayı elde etmesi mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde bozucu koşula bağlanmış bir kazandırmada da bozucu koşulu gerçekleştirmesi halinde ölüme bağlı tasarrufun doğmuş sonuçları ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla örneğin mirasbırakanın kirasının belli bir kısmıyla burs verilmesi koşuluyla evini yeğenine bırakması halinde, yeğenin evi kazanabilmesi burs vermesine bağlı olacağından mirasbırakanın öğrencilere yardım etme yönündeki son dileğinin bir anlamda güvence altına alındığını söylemek mümkün olacaktır.

SONUÇ

Ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü, kişilerin yalnızca mülkiyetleri üzerinde ölüm sonrasına etkili işlemler yapmasına yaramaz, aynı zamanda ölüm sonrası süreçte de ulaşmak istedikleri amaçları gerçekleştirmelerine aracılık eder. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri olan yükleme, kişilerin ölüm sonrası isteklerine ulaşma araçlarından birini oluşturur.

Yüklemeye mirasbırakan, ölümünden sonra ulaşmak istediği amacını veya yapılmasını istediği son dileğini, tasarrufunda belirlediği kişiye bir edada bulunma mecburiyeti olarak yüklemektedir. Örneğin, hayatının bir eser olarak kaleme alınması, evcil hayvanına bakılması veya evlerinin kira gelirlerinin dörtte birinin öğrencilere burs verilmesi vb. dilekler böyledir. Örneklerden görüleceği üzere yükleme bir kazandırmaya bağlı olabileceği gibi, kazandırmadan bağımsız bir edimin yüklemeye konu olması da mümkündür. Gerek Türk Medeni Kanunu gerekse İsviçre Medeni Kanunu'nda yüklemeye yalnızca bir maddede yer verilmiş olup (TMK m. 515, ZGB Art. 482) nelerin yükleme konusu yapılabileceğini düzenlememiştir. Kişinin hayattayken taahhüt edebileceği her şey, bu kapsamda para, mal, iş görme kısacası her türlü verme, yapma ve yapmama edimi *-hukuka veya ahlaka aykırı, anlamsız, başkalarını rahatsız edici nitelikte olmadığı sürece-* yüklemeye konu edilebilir.

Gerçek anlamda bir alacak hakkı sağlamayan, mirasbırakanın ölüme bağlı son dileklerini gerçekleştirmesi için belirlediği kişileri deyim yerindeyse görevlendirmesiyle oluşan yüklemeleri, özellikle ivazsız bir kazandırmaya eklendiği durumlarda diğer ölüme bağlı tasarruflardan *-özellikle koşul*

ve belirli mal vasiyetinden- ayırt etmek kolay değildir. Koşul ve yükleme arasındaki en temel fark, koşula bağlanmış ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğinin bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlıyken yüklemenin bağlı olduğu kazandırmanın geçerliliğini etkilememesidir. Bununla birlikte koşul ve yüklemeyi birbirinden ayırmada kullanılan farklı kriterlerin tamamı her iki ölüme bağlı tasarrufun hukuksal neticelerine ilişkindir. Bu nedenle doğru bir nitelendirmenin yapılabilmesi ölüme bağlı tasarrufun yorumu ile mümkündür. Aynı esas belirli mal vasiyeti ve yüklemeyi birbirinden ayırt etmede de geçerlidir. Belirli mal vasiyeti, lehdara komple bir alacak hakkı ve tazminat imkanı sağlayan ve konusu malvarlıksal bir değer kazandırılması olan ölüme bağlı tasarruf türüdür. Burada önemli olan malvarlıksal bir değer kazandırılmasıdır. Mirasbırakanın bir vasiyet kazandırması mı yoksa yükleme mi öngördüğü somut olayda mirasbırakanın amacını tespit ederek belirlenir. Şüpheli durumlarda ölüme bağlı tasarrufla kişiye malvarlıksal bir menfaat sağlanması halinde, mirasbırakanın belirli mal vasiyeti yapmış olduğu kabul edilmelidir.

Her şeyden önce bir amaç etrafında şekillenen yüklemenin temel unsuru, mirasbırakanın ulaşmak istediği bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmesidir. Ölüme bağlı tasarrufla bir kazandırmada bulunan kimsenin, istediği bir amacının gerçekleştirilmesini, bu kazandırmasına ekleyeceği bir yüklemeye sağlaması mümkündür. Öte yandan yükleme mirasbırakan tarafından kendisine görev yüklenen kimseyi, bir şeyi yapmak, yapmamak veya vermekle yükümlü kılıyor ise de, bunun yerine getirilmesinden fayda sağlayacak kimseler *-yükleme lehdarı-* mevcutsa bu kimselerin hukuken bir “alacak hakkı” yoktur. Onların yalnızca bu yüklemenin yerine getirilmesini talep ve dava etme hakları (*yüklemenin tenfizi davası*) mevcuttur (TMK m. 515). Hatta bu talep imkânı sadece yükleme lehdarına mahsus olmayıp, TMK m. 515 kapsamında “*her ilgiliye*” bahşedilmiştir. Bu kapsamda yüklemenin yerine getirilmesini, yalnızca mirasçılar ya da yükleme lehdarları değil, örneğin mirasbırakanın tanıdık çevresinden bir kimse de isteyebilecektir. Bununla birlikte ifanın gerçekleşmesinde dolaylı olarak menfaat sahibi herkese dava imkânı tanımaktan ziyade, mirasbırakan tarafından öngörülen amaçla ilişkili bir menfaati bulunanlara dava açma hakkı tanınması gerekir.

Yükleme yükümlüsünün kim olduğuna ilişkin olarak mirasbırakanın bir belirleme yapmadığı veya yorum yoluyla tespit edilemediği hallerde TMK m. 600/1 hükmünü kıyasen uygulayıp bütün mirasçıları yüklemenin yükümlüsü varsaymak yerine, yüklemenin bağlı olduğu kazandırmanın lehdarını yükümlü olarak kabul etmek, nimetten faydalanın külfetine de katlanacağı düşüncesi gereği daha isabetli bir yorum olacaktır. Bununla beraber yükle-

menin bağlı olduğu herhangi bir kazandırmanın bulunmaması durumunda (bağımsız yükleme söz konusu ise) o zaman TMK m. 600/1 kıyasen uygulanarak tüm mirasçılardan yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü olduklarının kabul edilmesiyle söz konusu boşluğun doldurulmasının yerinde olacağı söylenmelidir.

Öte yandan mirasbırakanın mirasçısı olmayan hatta hiç tanımadığı bir kimseyi, herhangi bir kazandırmanın lehdarı yapmaksızın, salt bir dileğini gerçekleştirmek üzere yükleme yükümlüsü olarak belirleyemeyeceğini ifade etmek gereklidir. Bu anlamda yükleme lehdarının yalnızca mirasbırakanın kanuni mirasçıları olabileceği yönündeki görüşe katılmayı uygun buluyoruz. Zira mirasbırakanın sadece görev yüklediği kişinin kendisine yabancı biri olması durumunda, herhangi bir kazandırmada bulunmamasına rağmen ona bir görev yükleyebilmesinin, hiçbir nimet-külfet dengesinin olmadığı ve hiçbir mantıklı temele dayanmayan bu ilişki açısından kabul edilmemesi gerekmektedir.

Yüklemenin tenfizi için açılacak bu sui generis dava talebinin hangi ana kadar ileri sürülebileceğine ilişkin olarak TMK m. 515’de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK m. 515/1 yalnızca yüklemenin tenfizinin, ölüme bağlı tasarrufun “hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren” talep edilebileceğini düzenlemiş olup bu talebin hangi ana kadar yapılabileceği sorusunu cevaplamamıştır. Doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekle beraber bu hususta öncelikle mirasbırakanın iradesi bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Eğer mirasbırakanın iradesiyle yükümlüyü bir süreyle sınırladığı anlaşılıyorsa, üst süre olarak bunun esas alınması gerekir. Mirasbırakanın yüklemenin talep edilebileceği böyle bir süre öngörmemesi durumu tartışmalıdır. Kanaatimizce miras hukuku kapsamındaki ilgili davalar ve bunlar için öngörülmüş zamanaşımı veya hak düşürücü süreler göz önüne bulundurularak 10 yıllık bir üst sürenin kabul edilmesi, kanun koyucunun tercihlerine uygun olacaktır.

Yükleme, her ilgisine tazminat imkanından yoksun sui generis bir yüklemenin tenfizini isteme imkânı tanıdığından yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin bir dava açıldıysa, hâkim bu borcun yerine getirilmesi için borçluyu mahkûm edebilmekle birlikte bu hükmün nasıl uygulanacağı icra hukuku tarafından belirlenir. İİK m. 30’da belirtildiği üzere “iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse” masrafı borçluya ait olmak üzere başkasına yaptırma seçeneği söz konusu olamayacaktır. Bu halde İİK m. 30 göndermesiyle yükleme kurumunun mahiyetine uygun düşen tek imkân, yükümlünün İİK m. 343’e göre cezalandırılmasını talep etme imkanı gündeme gelecektir. Bu imkânın kullanılması halinde

borçlu üç aya kadar hafif hapisle cezalandırılabilir ve fakat günün sonunda mirasbırakanın yüklemeye ulaşmak istediği amaca ulaşamaması ve son dileğinin yerine getirilmemesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda kanunda bir boşluk olduğu kabul edilse de bu boşluğun yüklemeli bağışlamalar bakımından TBK m. 295 hükmüne kıyasen doldurulması, kanaatimizce ölüme bağlı tasarruflarda yüklemelerin bünyesine uygun düşmemesi nedeniyle mümkün görülmemektedir. Hal böyleyken Türk Hukuku açısından yürürlükteki kurallara bakıldığında yüklemenin bizzat yükümlü tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir iş olup tenfiz davası mahkûmiyet kararına rağmen yükümlünün bunu yerine getirmekten kaçınması durumu için uygulanabilecek tek yaptırım İİK m. 30 atfıyla İİK m. 343 hafif hapis cezasıdır. Son arzusunun yerine getirilmesini garanti altına almak isteyen mirasbırakanın kanaatimizce yüklemeye öngörmek yerine, bu dileğini şüpheye yer bırakmayacak biçimde koşula bağlaması daha uygun bir tercihtir.

BİBLİYOGRAFYA

- Akıntürk**, Turgut: “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 1970, s. 219-, -247.
- Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Arter**, Oliver: “Auflagen und Bedingungen Als Mittel Der Nachlassgestaltung”, Der Schweizer Treuhänder, S. 9, 2011, s. 745-750.
- Ateş**, Derya: “Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 4, 2022, s. 1619-1652.
- Ayiter**, Nurşin/**Kılıçoğlu**, Ahmet: Miras Hukuku, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1993
- Baygın**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 567-594.
- Bilgetekin**, Tuğçe: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükleme ve Özellikle Yüklemenin Sui Generis Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Brückner**, Christian/**Weibel** Thomas: Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2012.
- Druvey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2002.
- Dural**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Ercoskun-Şenol**, Kübra: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yükleme, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2011).
- Eren**, Fikret/**Yücer-Aktürk**, İpek: Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1966.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Eren, Borçlar Özel).

- Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar) Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt., Die Erben (Art. 457-536), neu bearbeitet von Arnold Escher, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 1959.
- Gömeç**, Müjgan: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Yüklemeler”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 1, 2021, s. 31-53.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler-Kısım I”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 1953, s. 457-541 (Gürsoy, Kısım I).
- Gürsoy**, Kemal Tahir: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler-Kısım II”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1-2, 1954, s. 371-477 (Gürsoy, Kısım II).
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Erbrecht, ZGB 457-640, (herausgeber: Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2016.
- İmre**, Zahit/ **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017.
- İmre**, Zahit: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Ahlaka Aykırılık Sebebiyle İptali Konusunda İsviçre Mahkeme İçtihatlarında Görülen Gelişme ve Temayüller”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 1, S. 1, 1967, s. 138-148.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Kaşak**, Fahri Erdem: “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 548-562.
- Kırkbeşoğlu**, Nagehan: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 4, 2019, s. 197-225.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 1987.
- Kurt**, Leyla Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Yetkin Yayınevi, İstanbul 2016.
- Kutluay**, Ezgi: Bağışlama Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

- Lüdi**, Michael: Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Schulthess Verlag, Zürich 2016.
- Olgaç**, Senai: Bağışlama, İstanbul Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Pulaşlı**, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989.
- Sarıkaya**, Murat: “Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 602-619.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Sezgin**, Sedat: Roma Hukukunda Condictio Causa Data Causa Non Secuta ve Türk Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992.
- Spiro**, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band I, Die Verjährung der Forderung, Stämpfli Verlag, Bern 1975.
- Stahelin**, Daniel: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB/ Art. 1-61 SchlT ZGB) (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser) 3. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Basel 2007.
- Studhalter**, Philipp: Orell Füssli Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zurich 2021.
- Şener**, Ersat: Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi, Seçkin Kitabevi, Ankara 1988.
- Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Taşatan**, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2021, s. 571-605.

Tuhan-Boz, Reyhan: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yüklemenin Yerine Getirilmesi Talebinin İleri Sürülebileceği Süre”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi C. 4, S. 2, 2022, s. 798-822.

Türkmen, Ahmet: Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Uffer-Tobler, Beatrice: Die erbrechtliche Auflage (Dissertation Universität Zürich), Stämpfli Verlag, Bern 1982.

Weimar, Peter: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, 1. Abteilung (Art. 457-536 ZGB), (Herausgeber: Heinrich Honsell and Peter Walter), Stämpfli Verlag, Bern 2009.

Yıldırım, Abdülkerim: Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

ZARURET DOKTRİNİ ÇERÇEVESİNDE KONKORDATO PROJESİNE TÂBİ BİR BORCUN TASDİK KARARINDAN ÖNCE ÖDENMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1449069>

Arş. Gör. Dr. Abdulkadir HAŞHAŞ*

Öz

Yeniden yapılandırma yönteminde, icra takibi ve iflâs tasfiyesinden farklı olarak, esneklik büyük bir öneme sahiptir. Keyfilik anlamına gelmeyen bu esneklik, yeniden yapılandırma yönteminin varoluşu ve başarısı için elzemdir. Yeniden yapılandırmada esneklik ve somut dosyanın ihtiyaçlarına karşılık verebilme kapsamında incelenmesi gereken konulardan bir tanesi de borçlunun konkordato projesine tâbi bir borç için tasdik kararından önce ödeme yapıp yapamayacağı sorusu etrafında şekillenmektedir.

Temel amacı, işletmenin sağlığına kavuşturularak ve faaliyetlerine devam ederek borçlarını ödemesi şeklinde özetlenebilecek konkordato usûlünde, borçlunun iyileştirilmesi sürecinde faaliyetlerin kesintiye uğramaması gerekmektedir. Borçluya mal veya hizmet tedarik eden konkordato alacaklıları, prensipte borçlunun faaliyetlerini kesintiye uğratabilecek baskı gücüne sahiptirler. Konkordato sürecini başarısızlığa sürükleyebilecek bu olumsuz durumun gerçekleşmesini önleme yollarından bir tanesi de “kritik tedarikçilere” ödeme yapılmasına izin verilmesidir.

Bu çalışmada, “kritik tedarikçi” kavramı açıklandıktan sonra, kavramın “zaruret doktrini” çerçevesinde Amerikan İflâs Hukuku’ndaki gelişim süreci ve doktrine yöneltilen eleştiriler incelenmiştir. Çalışmanın son kısmında Türk Konkordato Hukuku’nda projeye tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesine ilişkin görüşler incelendikten sonra sorunla ilgili görüşlerimize yer verilmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (abdulkadirhashas@gmail.com) ORCID: 0000-0002-6731-3904 (Gönderim Tarihi: 08.03.2024-Kabul Tarihi: 17.04.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Yeniden yapılandırma, Amerikan İflâs Hukuku, Konkordato mühletinin etkileri, İcra ve İflâs Kanunu

**UNDER THE NECESSITY DOCTRINE, THE PAYMENT OF
A DEBT SUBJECT TO A CONCORDAT PROJECT BEFORE
THE APPROVAL DECISION**

(Research Article)

Abstract

In the method of restructuring, flexibility is of great importance, unlike in enforcement and bankruptcy liquidation. This flexibility, which does not imply arbitrariness, is essential for the existence and success of the restructuring method. In restructuring, flexibility and the ability to meet the specific needs of the case should be examined within the scope of whether the debtor can make payments before the approval decision for a debt subject to the concordat project.

In the concordat procedure, which can be summarized as bringing the business back to health and continuing its activities to pay off debts, it is crucial that the activities of the debtor are not interrupted during the improvement process. Concordat creditors supplying goods or services to the debtor generally have the power to exert pressure that could disrupt the debtor's activities. One way to prevent this negative situation, which could lead to the failure of the concordat process, is to allow payments to be made to "critical suppliers".

In this study, after explaining the concept of "critical supplier", the development process of the concept in American Bankruptcy Law within the framework of the "doctrine of necessity" and criticisms directed at the doctrine have been examined. In the last part of the study, after examining the views on the payment of a debt subject to the project before approval in Turkish Concordat Law, our opinions on the issue are presented.

Keywords

Concordat, Restructuring, American Bankruptcy Law, Effects of concordat moratorium, Enforcement and Bankruptcy Law

I. GENEL ÇERÇEVE VE ZARURET DOKTRİNİ KAVRAMI

Mahkeme içi yeniden yapılandırma yönteminde mühlet kararı, iflâsın açılmasındaki gibi, bir milat olarak kabul edilir. Yeniden yapılandırma borçlusunu ilgilendiren birçok meseleye mühlet öncesi ve mühlet sonrası olmak üzere iki farklı rejim uygulanır¹. Bu farklılıklardan bir tanesi de mühletten önce ve sonra doğan borçlara uygulanacak rejimdir. Yeniden yapılandırma hukukunda temel kural, borçlunun mühlet öncesi borçlarının yeniden yapılandırma projesine tâbi olmasıdır². Bu kapsamda borçlu, projeye tâbi borçları tasdikten önce ödeyemezken, alacaklılar da borcun ödenmesini talep edemezler (takip yasağı)³. Mühlet sonrasında doğan borçları ise, kural olarak, borçlu yeniden yapılandırma sürecinde değilmiş gibi işlem görür. Bununla birlikte mühlet öncesinde doğan ve projeye tâbi olması gereken bazı borçların istisnâi olarak kısmen veya tamamen tasdikten önce ödenmesine izin verilebilir. Söz konusu istisna, Amerikan iflâs hukukunda “Zaruret Doktrini (Doctrine of Necessity)” olarak ifade edilmektedir.

Zaruret doktrini, borçlunun, adî alacaklılarından bazılarının alacağını, projenin tasdikinden önce, mahkeme kararıyla, tamamen ödeyebilmesine imkân sağlayan bir istisna olarak tanımlanmaktadır⁴. İstisnayı eleştiren ve ona karşı çıkanlar ise bu kavramı alacaklıların borçluya yaptıkları “Ekonomik Şantaj (Economic Blackmail)” olarak nitelendirmektedirler⁵.

Doktrin kapsamında projenin dışına çıkarılan söz konusu “bazı alacaklılara” “kritik tedarikçi” denilmektedir. Kritik tedarikçi, borçlunun alacaklıları arasında dar bir grubu ifade eder. Bununla borçlunun ticarî alacaklıları içerisinde ona mal ve/veya hizmet sağlayanlar arasında, sunmuş olduğu mal

¹ Yeniden yapılandırma usûllerinde söz konusu milat, kanun koyucunun tercihi göre yeniden yapılandırma başvurusunun yapılması, mühlet kararının verilmesi veya ilân edilmesi gibi farklılıklar gösterebilir.

² **Eisenberg**, Russell A./**Gecker**, Frances F.: “The Doctrine of Necessity and Its Parameters”, *Marquette Law Review*, C. 73, S. 1, 1989, s. 1; **Sabino**, Anthony Michael: “The Death of Critical Vendor Motions and the Potential Demise of the Doctrine of Necessity: Farewell to Two Misbegotten Doctrines”. *Tennessee Journal of Business Law*, C. 6, S. 1, 2004, s. 49.

³ **Sabino**, s. 49.

⁴ **Resnick**, Alan N.: “The Future of the Doctrine of Necessity and Critical-Vendor Payments in Chapter 11 Cases”, *Boston College Law Review*, C. 47, S. 1, 2005, s. 183; **Eisenberg/Gecker**, s. 1-2; **Sabino**, s. 47.

⁵ **Resnick**, s. 195; **Sabino**, s. 47; **Gilday**, Joseph: “Critical Error: Why Essential Vendor Payments Violate the Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, C. 11, S. 2, 2003, s. 414.

ve hizmet, işletmenin faaliyetlerinin devamlılığı için zorunlu olan alacaklılar kastedilir. Tüm tedarikçiler bu kapsamda yer almazlar. Borçlu işletmenin özelliğine göre, kritik tedarikçi olarak sınıflandırılacak hiç kimse olmayabileceği gibi, yüzlerce alacaklı arasından birkaç kişiyle sınırlı bir grup da söz konusu olabilir.

Bu alacaklıları “kritik” yapan şey, sunmuş oldukları mal ve hizmetin işletmenin faaliyetlerini “kesintiye uğramaksızın” sürdürebilmesi için zarurî olmasıdır. Aynı mal veya hizmet, aynı veya daha iyi koşullarda, derhal, başka bir kişiden sağlanabiliyorsa alacağı mühlet öncesinde doğan tedarikçiler kritik olarak kabul edilmezler.

Örneğin, bazı borçlular bakımından belirli bazı malları/markaları satmak zorunlu olabilir⁶. Belirli bazı markaların ürünleri daha fazla müşteri, daha fazla satış ve daha fazla gelir elde etmek anlamına geliyorsa, borçlunun bu tedarikçilere ihtiyacı olduğunu kabul etmek gerekir⁷. Borçlunun bu ihtiyacı, söz konusu tedarikçilere önemli bir pazarlık gücü sağlamaktadır. Borçlunun başka bir marka ile faaliyetlerini sürdürmesi mümkün değilse, bu durumda borçludan ikame tedarikçi bulmasını beklemek doğru olmayacaktır. Bu durumda işletmenin faaliyetlerinin devamı için o markanın tedarikçisine ödeme yapmak haklı bir temele dayanmaktadır.

Borçlu işletmenin alternatif bir tedarikçi bulması mümkün olsa bile sorunun maliyet, zaman ve lojistik tarafını da gözardı etmemek gerekir. Yeni bir tedarikçinin bulunması, pazarlıkların yapılması, sözleşmelerin hazırlanması, sevkiyatın gerçekleşmesi ve alınan mal veya hizmetin borçlu işletmenin faaliyet döngüsüne dahil olmasının gerektirdiği süre, her şey yolunda gitse bile, borçlunun faaliyetsiz kalmasına neden olarsa işletmenin iflâsına neden olabilir.

⁶ **Turner**, Travis N.: “Kmart and Beyond: A ‘Critical’ Look at Critical Vendor Orders and the Doctrine of Necessity”, *Washington and Lee Law Review*, C. 63, S. 1, 2006, s. 437-438; **Ehrenfeld**, Joshua A.: “Quieting the Rebellion: Eliminating Payment of Prepetition Debts Prior to Chapter 11 Reorganizations”, *The University of Chicago Law Review*, C. 70, S. 2, 2003, s. 625.

⁷ Örneğin devisa bir spor ayakkabısı zinciri olan *Just for Feet* firması, sadece belirli bazı markaların spor ayakkabılarını özel olarak dizayn edilmiş mağazalarda sattığı bir işletme modeli geliştirdi. Sıradan bir spor ayakkabısı mağazasından onlarca kat fazla ürün bulduran bu firma, ürün çeşitliliği sayesinde kısa bir süre içerisinde tüm piyasayı domine etti. Daha sonra nakit akışını kontrol edemediği için yeniden yapılandırma başvurusunda bulundu. Satışlara devam edebilmesi için kendi ürünlerine duyulan ihtiyacın farkında olan üretici firmalar (Nike, New Balance, Fila, Reebok, Adidas, Asics, K-Swiss ve Converse) borçludan mühlet öncesi borçların ödenmesini talep ettiler aksi takdirde sevkiyatları durduracaklarını belirttiler (**Sabino**, s. 58).

Bazı tedarikçilerin ise ikamesini bulmak mümkün olmayabilir. Borçlunun ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet, özel bir ekipman veya bilgiye sahip olan tek bir satıcı/sağlayıcıda olabilir veya bu alanda faaliyet gösteren birden fazla tedarikçi bulunmakla birlikte bunlardan sadece bir tanesi borçlunun işletmesine uygun kapasiteye sahip olabilir⁸.

Her yeniden yapılandırma dosyasında gerçekleşeceği garanti olmayan bu zaruret, tabiri caizse, “ya kritik tedarikçiye ödeme yapılması ya da iflâsın açılması” şeklinde özetlenebilir.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılması en başta iyileştirmenin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Kritik tedarikçi istisnasına izin vermenin iyileştirmenin gerçekleştirilmesi dışında bir diğer avantajı da borçlu ve alacaklıları dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak davranışlardan alı koymasındadır. Kritik tedarikçilere mahkeme kararı ile ödeme yapılmasına izin verilmesiyle birlikte süreçte şeffaflık sağlanmış olacaktır⁹. Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının mutlak bir şekilde yasaklanması, borçlu ve ilgili alacaklıyı istenilmeyen bazı davranışlar sergilemeye sevk edebilir. Tedarikçinin mühlet sonrası sunacağı mal veya hizmetin fiyatını yükselterek, mühlet öncesi alacaklarını üstü kapalı bir şekilde tahsil etmesi veya tarafların çeşitli muhasebe hileleri yahut da mevzuattaki boşluktan yararlanarak ödemeyi gerçekleştirmeye çalışmaları muhtemeldir¹⁰. Buradaki zarureti reddetmek kişileri gizli işlemler yapmaya yöneltir ki bu da hem borçlunun hem de mahkemenin dosya üzerindeki kontrolünü kaybetmesi anlamına gelir. Zaten gerçekleşecek olan bir şeyi mahkeme kontrolünde yapmak, sürecin şeffaf ve daha adil olmasını sağlar.

Tedarikçilere tam ödeme yapılmasında borçlu açısından başka bazı avantajlar da vardır. Bu tam ödeme talebi, çoğunlukla borçlunun devam edecek tedarikin şartlarını sabitlemesi anlamına da gelir. Çoğunlukla belirli bir süre tedarik edilecek mal veya hizmetin fiyatı sabitlenerek maliyet kontrolü sağlanmış olur¹¹.

Doktrindeki zaruret, çoğunlukla borçlu açısından incelense de burada söz konusu tedarikçiler bakımından da bir zaruretin varlığı dikkate alınma-

⁸ **Turner**, s. 438.

⁹ **Turner**, s. 439; **Tabb**, Charles Jordan: “Emergency Preferential Orders in Bankruptcy”, *American Bankruptcy Law Journal*, C. 65, S. 1, 1991, s. 97-98.

¹⁰ **Pomerantz**, Jeffrey N.: “The Bare Necessities of Critical Vendor Motions- It’s a Jungle Out There”, *Journal of Bankruptcy Law & Practice*, C. 13, 2004, s. 86; **Tabb**, s. 97-98.

¹¹ **Cieri**, Richard/**Fitzgerald**, Judith/**Greenstone Miller**, Judith: “Forum Shopping, First Day Orders, and Case Management Issues in Bankruptcy”. *DePaul Business and Commercial Law Journal*, C. 1, S. 4, 2003, s. 529.

lıdır. Ticarî hayatta bazen bir firmanın sunmuş olduğu mal veya hizmetin sadece bir alıcısı olabilmektedir. Bir başka deyişle bazı firmaların sadece bir müşterisi bulunmaktadır. Bu müşterinin iflas etmesi demek, ona tedarikte bulunan firmanın da faaliyetlerinin son bulması anlamına gelebilir. Borçluya tedarike devam etmesi arzulan mal veya hizmet sağlayıcının da üretim yapabilmesi için borçludan talep ettiği ödemeye ulaşması zorunluluk arz edebilir. Bu şekilde ödeme yapılmasına karar verilmezse, tedarikçinin ne borçluya ne de başka bir müşteriye mal veya hizmet tedarik etmesi mümkün olmayabilir ve kendisinin de bir külli yola başvurma zorunluluğu ortaya çıkabilir¹². Kritik tedarikçilere ödeme yapılması iflâsların domino etkisiyle artmasının önüne geçilmesi bakımından da önem taşır.

II. AMERİKAN HUKUKUNDA

A. Tarihi Gelişim

Modern yeniden yapılandırma hukukunun temelleri 19. yüzyılda Amerika'da atılmıştır. Oldukça karmaşık sermaye ve ortaklık yapısı bulunan demiryolları konsorsiyumları, tüm Amerikan halkının menfaatlerini ilgilendirmekteydi. Demiryolları girişiminin başarısızlıklarını önlemek için alınacak her türlü tedbir, geniş anlamda kamu menfaatini ilgilendirdiği için meşru kabul edilmekteydi. Zaruret doktrini de bu kapsamda yeniden yapılandırma hukuku ile aynı dönemde, aynı kamu menfaatini korumak için geliştirilmiştir.

Zaruret doktrininin doğumu ve gelişimi, üç aşamaya ayrılarak incelenebilir¹³. Doktrinin temeli, yeniden yapılandırmanın 1898 yılında kanunî bir düzenlemeye kavuşmasından önce uygulanan “kayımlık (equity receivership)” yönteminde atılmıştır¹⁴. Demiryolu şirketlerinin malî sıkıntı içerisine girmesiyle birlikte demiryolu ve trenlerin inşası için malzeme sağlayan tedarikçiler, kayyımın atanmasından önce doğan borçlar için ödeme yapılmaz ise mal tedarikini keseceklerini belirtmişlerdir¹⁵. Bunun üzerine

¹² Sabino, s. 68; Turner, s. 460.

¹³ Sabino, s. 49.

¹⁴ Resnick, s. 186; Douglas, Mark G.: “Paying Pre-Petition Critical Vendor Claims without Relying on the Doctrine of Necessity”, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law, C. 1, S. 1, 2005, s. 75; Turner, s. 443; Hunt, Christopher D.: “Not-so-Critical Vendors: Redefining Critical Vendor Offers”. Kentucky Law Journal, C. 93, S. 4, 2005, s. 917; Eisenberg/Gecker, s. 3-4.

¹⁵ Demiryolu taşımacılığı sektörü, gerçekten kendine özgü bazı özellikler göstermektedir. Uzun vadeli ve çok katmanlı bir proje olarak dikkate alındığında, demiryolu şirketlerinin

mahkemeler “ Ödeme Mecburiyeti Kuralı (Necessity of Payment Rule)” adı altında bu kişilere ödeme yapılmasına karar vermeye başlamışlardır¹⁶.

Doktrinin gelişiminde ikinci aşama, 1898 tarihli Kanun’un 77(b) maddesinde “Altı Ay Kuralı (Six Month Rule)” olarak bilinen düzenlemenin yapılmasıydı¹⁷. Söz konusu düzenleme, demiryollarının iyileştirilmesinde, başvurudan altı ay önce doğmuş olan tedarikçi alacaklarına, mahkeme kararıyla “masa borcu” statüsü kazandırmakla ilgili bir kuraldır¹⁸. Ancak burada dikkat çeken husus, Altı Ay Kuralında söz konusu alacaklılara bir ödeme yapılmıyor olmasıdır. Bu kural, sonraki muhtemel bir iflâsta korunmaları amacıyla belirli bazı alacaklıların öncelik sırasını değiştirmektedir.

Doktrinin gelişimindeki son aşama ise 1945 yılında, bir yerel mahkemenin Zaruret Doktrini (Doctrin of Necessity) adı altında bazı tedarikçilere ödeme yapılmasına ilk defa demiryolu sektörü dışındaki bir borçlu için karar vermesidir¹⁹. Bu uygulamadan sonra “Kritik Tedarikçi” adıyla anılan doktrin, sıkça uygulanır ve bir o kadar da eleştirilir oldu.

1898 tarihli kanunun 77(b) maddesinde düzenlenen Altı Ay Kuralı, 1978 tarihli Kanun’un 1171(b) maddesinde muhafaza edilmiştir. Hükmün düzenlendiği yer, Amerikan İflâs Kanunu’nun 11. Bölümünün IV. Altbölümünde “Demiryolları Yeniden Yapılandırması” başlığı altındadır. Yani mevcut kanun hükmü sadece demiryolu şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin dosyalarda uygulanabilecektir. Bu kuralın 1978 tarihli Kanun’da tüm borçluları kapsayacak şekilde düzenlenmemesi o tarihten bu yana süregelen tartışmaları başlatmıştır.

Demiryollarına ilişkin öncelik kuralının, 1978 tarihli Kanunda tüm borçluları kapsayacak şekilde düzenlenmemesini birçok hukukçu, Kongre’nin bu imkânı demiryolları dışındaki borçlulara tanımak istemediğini susarak gösterdiği şekilde yorumladı²⁰. Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi, söz konusu kuralın 1978 tarihli kanunda sadece demiryolları için düzenlenmesini, kanun koyucunun bu istisnanın diğer şirketlere uygulanmasını istemediği şeklinde yorumlayan kararlar vererek istisnanın demiryolu sektöründe faaliyet göstermeyen bir borçlu için hiçbir şekilde uygulanamayacağına dair

herhangi bir işletme gibi iflasına izin vermek ve ortaya çıkan boşluğun hızlıca piyasa tarafından doldurulmasını beklemek gerçekçi değildir.

¹⁶ Pomerantz, s. 76.

¹⁷ Turner, s. 444; Hunt, s. 918; Ehrenfeld, s. 627; Gilday, s. 426; Resnick, s. 187.

¹⁸ Eisenberg/Gecker, s. 4; Pomerantz, s. 76.

¹⁹ Gilday, s. 426; Resnick, s. 188; Turner, s. 445; Eisenberg/Gecker, s. 3-4.

²⁰ Hunt, s. 926; Ehrenfeld, s. 627; Sabino, s. 86; Resnick, s. 189.

kararlar verdi²¹. Ancak, Amerikan Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court), Kongre'nin bu konuda pozitif bir düzenleme yapmamasının doktrin'in uygulanmasının sona erdiği şeklinde yorumlanamayacağını, uzun süredir uygulanan bu istisnanın yasaklanması istenseydi bu açıkça yapıldı diyerek, tartışmanın daha da artmasına sebep olmuştur²².

Bu karardan itibaren tartışma, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına ilişkin tedbir kararına hukukî bir dayanak bulmak ve bulunan dayanakların reddedilmesi şeklinde günümüze kadar geldi. Aşağıda, bu tartışmaların kısa bir özetini sunmaya çalışacağız.

B. Zaruret Doktrininin Temellendirilmesi

Kritik tedarikçilerin tedbir kararıyla proje kapsamından çıkarılmasına doğrudan olanak sağlayan bir düzenleme, Amerikan İflâs Kanunu'nda yer almamaktadır. Uygulamada ortaya çıkan bu istisnaya ise çeşitli Kanun hükümleri dolaylı bir şekilde dayanak olarak gösterilmektedir²³. Amerikan hukukunda, mahkemenin böyle bir tedbire karar vermeye yetkili olup olmadığı ardından ise, bazı alacaklılara farklı muamele edileceğinin açıkça düzenlendiği Kanun hükümlerinden yola çıkılarak kritik tedarikçilere ödeme yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır.

Amerikan İflas Kanunu'nun genel hükümler başlığı altında yer alan 105. maddesi, iflâs mahkemesinin yetkilerini düzenlemektedir²⁴. Hükme göre mahkeme, kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak ve desteklemek için gerekli ve uygun gördüğü her türlü kararı alabilir. Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına ilişkin doktrinin temeli öncelikle iflas mahkemesine verilmiş bu genel takdir yetkisine dayandırılmaktadır²⁵.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına 105. madde kapsamında mahkemece karar verilebileceğini kabul edenler, söz konusu maddenin bilinçli

²¹ Turner, s. 446.

²² Resnick, s. 189.

²³ Resnick, s. 186; Turner, s. 443; Hunt, s. 916-917.

²⁴ Bu hüküm, İcra ve İflâs Kanunu'muzun 287/1. maddesinde yer alan "*Konkordato talebi üzerine mahkeme, 286 ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhâl geçici mühlet kararı verir ve 297 nci maddenin ikinci fıkrasındaki hâller de dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır.*" düzenlemeye karşılık gelmektedir.

²⁵ Uygulamanın en çok tartışılan ve eleştirilen yönü de bu maddenin mahkemeye vermiş olduğu takdir yetkisinin sınırlarının belirli olmamasıdır. Douglas, s. 75; Ehrenfeld, s. 626; Eisenberg/Gecker, s. 5; Sabino, s. 87; Gilday, s. 423; Tabb, s. 81; Pomerantz, s. 73; Resnick, s. 198.

bir şekilde, sürecin ihtiyaç duyduğu esnekliği sağlayabilmek için ayrıntılı bir sayımdan kaçındığı ve bunun doğru bir yaklaşım olduğunu dile getirmektedirler²⁶.

İflâs mahkemesinin takdir yetkisini düzenleyen 105. maddenin kritik tedarikçilere ödeme yapılmasında kullanılamayacağını ileri sürenler ise, hükmün sadece borçluyu korumak için kullanılmasını kastetmediğini, lacaklıların menfaatlerini korumak için de kullanılması gerektiğini belirtmektedirler²⁷. Yine bu maddenin, açık kanun hükümlerinin aksine karar verilmesine imkân sağlayan bir yetki vermediğini, sadece hüküm olmayan yerlerde uygulanabileceğini ve özellikle mahkeme tarafından, kanunda öngörülmeyen bir hak yaratmak için kullanılamayacağını savunmaktadırlar²⁸. *Pomerantz*, 105. maddede hâkime verilen yetkinin böyle bir tedbir kararı için yeterli olacağını belirterek, kanunda açıkça düzenlenen hususlar bakımından zaten kanunun ilgili maddesi uygulanacağı için 105. maddeye dayanmanın gerekli olmadığını, hükmün açıkça düzenlenmeyen -esasen düzenlenmesi mümkün veya gerekli olmayan- hususlar için mahkemeye takdir yetkisi verdiğine vurgu yapmaktadır²⁹.

Amerikan Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi, konuyla ilgili olarak 105. maddenin iflâs mahkemesine Kanun'un diğer hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere yetki verdiğini, onları ortadan kaldırmak için yetki vermediğine vurgu yaparak, son sıradaki bir adi alacaklının mahkeme kararıyla proje kapsamında çıkarılarak alacağına kavuşturulmasının, paylaş-tırma kurallarını ihlâl ettiğini belirten bir karar vermiştir³⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesi paralel bir şekilde, hükümde verilen yetkinin Kanun'un sınırları içerisinde uygulanması gerektiğini belirtmekle birlikte, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının tamamen yasak olduğunu belirtilen bir içtihatla bulunmaktan kaçınmıştır³¹.

Tartışmanın ikinci aşamasında ise bir iflâs dosyasında iyileştirmeyi gerçekleştirmek amacıyla getirilen istisnâî düzenlemeler yer almaktadır. Bu

²⁶ **Gilday**, s. 431.

²⁷ **Gilday**, s. 432.

²⁸ **Gilday**, s. 432-434.

²⁹ **Pomerantz**, s. 77.

³⁰ **Douglas**, s. 76; **Eisenberg/Gecker**, s. 35; **Sabino**, s. 87; Yedinci Daire, Zaruret Doktrini yeniden yapılandırma usûlünün kanunlaştırılmasından önceki antik çağlardan kalan ve sıra kurallarını değiştirmek için söylenen süslü sözler ve mahkemeyi hak ihlaline ve yetki aşımına götüren bir uygulama olarak eleştirel bir şekilde tanımlamaktadır (**Sabino**, s. 81).

³¹ **Turner**, s. 447.

düzenlemelerin kritik tedarikçiler bakımından dayanak olamayacağını belirten görüş ise, söz konusu istisnaî düzenlemelerin açık bir Kanun hükmüne, kritik tedarikçiye ödeme yapılmasının ise mahkeme kararına dayandığını, ikisinin aynı şey olamayacağını dile getirmektedir³².

Bunlar arasında 363. madde, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasını mümkün kılacağı kabul edilen ve en çok taraftar toplayan hükümdür³³. Söz konusu hüküm, borçluya masa mallarını satıp, elde ettiği tutarı iyileştirme amacıyla kullanmak üzere yetki vermektedir. Sonraki muhtemel bir iflasta alacaklıların tek güvencesi olan malların satışına mühlet içerisinde izin verilmesi, görünüşte alacaklıların zararına bir tasarruf olarak algılanır. Ancak burada “iyileştirme amacı”, söz konusu riski makul gerekçelerle alınabilir kılmaktadır. Eğer borçlu, masa mallarını satıp bunu borçlarını ödemek dışında bir amaç için kullanabiliyorsa ve buna alacaklıların lehine olduğu gerekçesiyle izin verilebiliyorsa, o halde tedarikçilere de aynı amaçlar doğrultusunda tam ödeme yapılmasına karar verilebilir³⁴.

Borçlunun masa malları üzerinde tasarruf yetkisini düzenleyen 363. maddenin kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına dayanak teşkil edemeyeceğini belirten görüşün temel argümanı bu hükmün sonuçları ile kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının sonuçlarının birbirinden farklı olmasına dayanmaktadır³⁵. Şöyle ki, 363. maddenin borçluya vermiş olduğu yetki incelendiğinde, masa mallarının satılması ve elde edilen gelirin iyileştirme için kullanılması, arzu edilen sonucu sağlasa da sağlamasa da bütün alacaklıları aynı şekilde etkilemektedir. Bununla birlikte tedarikçiye ödeme yapılması halinde, bu strateji işe yararsa, bir kısım alacaklı iki birim fayda sağlarken, kapsam dışında kalanlar bir birim fayda sağlamaktadır. Öte yandan arzulanan sonuç gerçekleşmez ve borçlu iflâs ederse, ödeme yapılan alacaklılar elde ettikleri iki birim faydayı muhafaza ederken, kapsam dışında kalan alacaklıların herhangi bir fayda elde edememeleri daha olasıdır.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına dayanak olarak gösterilen istisnaî düzenlemelerden bir diğeri ise Amerikan İflâs Kanunu’nun 364. maddesidir. Bu düzenleme, yeniden yapılandırma borçlusunun kredi bulmasını kolaylaştırmak için, teminatsız veya teminatlı bir şekilde borçlanabilmesine

³² Turner, s. 450.

³³ Özellikle tartışmalı Kmart dosyasından sonra tedbir kararları bu maddeye dayandırılmaktadır (Turner, s. 434); Ehrenfeld, s. 626; Eisenberg/Gecker, s. 5 vd.

³⁴ Pomerantz, s. 78-79; Turner, s. 454; Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 536; Douglas, s. 74.

³⁵ Turner, s. 450.

imkân sağlamaktadır. Borçlu, teminatsız bir şekilde borçlanma olanağı bulamıyor ise mahkeme kararıyla, mevcut rehinlerden de önce gelmek üzere mühlet içerisinde teminatlı borçlanabilmektedir. Bir başka deyişle bu hüküm çerçevesinde tesis edilen rehinler, sonraki bir iflasta, mühlet öncesi doğmuş alacakların önüne geçer. Bu hükmü kritik tedarikçi istisnasına dayanak olabileceğini söyleyen görüşe göre, iyileştirme amacıyla bazı alacaklılara mühlet öncesinde sahip olmadıkları bir imtiyaz tanınmasıyla bazı alacaklılara tedbir kararı ile tam ödeme yapılması aynı amacı güder ve meşrudur³⁶. Karşıt görüştekilere göre kredi vermeye teşvik etmek için bazı alacaklılara ayrıcalık tanınması, projeye tabi bir borcun tam olarak ödenmesiyle aynı şey değildir³⁷. Çünkü burada bir “ödeme” söz konusu değildir³⁸.

Amerikan İflâs Kanunu’nun 503. maddesi, masa mevcudunu muhafaza etmek ve değerini artırmak amacıyla harcama yapılmasına mahkeme kararı ile izin verilebileceğini düzenleyen bir maddedir. Öğretide, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının da masayı muhafaza etmek ve değerini artırmak amacıyla yapıldığı ve bu nedenle söz konusu maddenin dayanak teşkil edeceği ileri sürülmüştür³⁹. Amerikan Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi, mühlet öncesi “borçlarla”, hükümde düzenlenen mühlet sonrası “masrafların” aynı şey olmadıklarını, üstelik birbirine “karşıt” iki husus olduklarını belirterek, tedarikçiye ödeme yapılmasına dayanak teşkil edemeyeceğine karar vermiştir⁴⁰.

Azınlıkta kalan bir görüş ise, kritik tedarikçilere yapılacak ödemeleri, Amerikan İflâs Kanunu’nun 507. maddesine dayandırmaktadır⁴¹. Bu düzenleme İcra ve İflâs Kanunu’nuzun 206. maddesindeki “adi ve rehinli alacakların sırası” hükmünün karşılığıdır. İmtiyazlı olarak kabul edilen ve projeden etkilenmeyen alacaklar da olduğu gibi, kritik tedarikçilere de ödeme yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır. Birinci sırada yer alan ve alacakları mühletten ve projeden etkilenmeyen kişilere ilişkin düzenlemenin mantığından yola çıkarak mahkemeler, “*madem bir alacaklıya proje dışında tam ödeme yapılabilir, o halde tedarikçiye de yapılabilir*” şeklinde bir gerekçe ile tedbire karar vermektedirler⁴².

³⁶ Pomerantz, s. 80.

³⁷ Hunt, s. 921.

³⁸ Sabino, s. 82.

³⁹ Pomerantz, s. 82-83.

⁴⁰ Sabino, s. 82; Resnick, s. 204.

⁴¹ Eisenberg/Gecker, s. 5 vd.

⁴² Turner, s. 440.

C. Doktrine Yöneltilen Eleştiriler

Zaruret doktrini, yeniden yapılandırma hukukuna hâkim olan iki ilkenin çatışması nedeniyle yoğun eleştiriye maruz kalmaktadır. Bir taraftan borçlunun iyileştirilmesi ihtiyacı, öte taraftan ise aynı veya benzer nitelikteki alacaklılara eşit muamele edilmesi ilkesi⁴³ bu istisna kapsamında çatışmaktadır⁴⁴. Borçlunun iyileştirilmesi halinde kamu menfaatinin korunacağı, ancak bu gerçekleşmezse kendisine ödeme yapılmayan alacaklıların zarara uğraması arasında denge kurmak, tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Her iki amaç da esasen geleceğe ilişkin bir mesele olup gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair inanç, kişinin pozisyonuna göre değişmektedir. İstisna dışında bırakılan alacaklılar, haklı olarak zarara uğratıldıkları/uğratılacakları, borçlu ise iyileşme gerçekleşirse bundan tüm alacaklılar ve alacaklı olmayan menfaat sahiplerinin de yararlanacağı iddiasındadır. Bu kurumu tartışmalı ve sorunlu yapan ve sorunun çözümünü de bir o kadar zorlaştıran husus, az önce de ifade ettiğimiz üzere sonucun belirli ölçüde tahmine/şansa bağlı olmasıdır.

Doktrinin ve uygulamasının en çok eleştirilen yönlerinden bir tanesi, yaklaşık 150 yıl önce ortaya çıkmış bir anlayışın ve ihtiyacın halen varlığını sürdürüp sürdürmediği yönündedir⁴⁵. Bugün, her sektör ve borçlu tipi için 19. yüzyılın şartlarında demiryolları için geliştirilmiş bir çözümü zaruret saymak mantıklı mıdır? Demiryollarının, bağımsızlığını yeni kazanmış bir devlet ve gelişmekte olan bir ekonomi için önemi, o dönem için tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Doktrine karşı çıkanlara göre, her şeyin her yerde kolaylıkla bulunduğu ve lojistik açısından demiryollarından daha etkili ulaşım yöntemlerinin yaygınlaştığı bir çağda, halen aynı ihtiyacın varlığından söz edilmemelidir⁴⁶. Ayrıca demiryollarının yeniden yapılandırılmasının Amerikan İflâs Kanunu'nda halen ayrı bir altbölüm altında mevcudiyetini sürdürmesi, diğer sektörlerin demiryolları gibi önemli kabul edilmediği şeklinde yorumlanabilecektir⁴⁷.

⁴³ Kanunda, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi mutlak olarak düzenlenmeyip, aynı veya benzer nitelikteki alacaklılara, gerekçesi gösterilmek ve hukuka aykırı bir ayrımcılık teşkil etmemek şartıyla farklı muamele yapılmasına izin verilebilmektedir. Bu amaçla projede farklı alacaklı sınıfları oluşturulabilir. Kritik tedarikçilere ödeme yapılması, alt alacaklı sınıfları oluşturulmasıyla aynı mantığa dayanıp, zamansal açıdan bu sonucu öne çeken bir istisnadır. Bu nedenle, alacaklılar arasındaki eşitlik, bu tedbir kararıyla ihlal edilmiş sayılamaz (Pomerantz, s. 84).

⁴⁴ Turner, s. 436; Pomerantz, s. 85; Gilday, s. 414.

⁴⁵ Sabino, s. 48; Gilday, s. 430; Tabb, s. 100.

⁴⁶ Gilday, s. 430.

⁴⁷ Gilday, s. 431.

Kritik tedarikçilere tam ödeme yapılması için tedbir talep edilmesi, her dosyada karşılaşılan bir husus değildir. Bu durum doktrine karşı çıkanların yönelttiği eleştiriler arasında dikkat çekmektedir⁴⁸. Bu görüştekilere göre, uygulamada birçok borçlunun, böyle bir tedbir kararına ihtiyaç duymadan yeniden yapılandırmadan yararlanması, doktrinin gerçek bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığını göstermektedir. Kanaatimizce bazı dosyalarda tedbir talep edilmemesi, ödeme yapma mecburiyetinin yersiz olduğunu göstermez. Yeniden yapılandırma uygulamaları kendine has şartları barındırırlar. Her dosyada ödeme yapılmasına ihtiyaç duyulmayabileceği gibi, ihtiyacın ağırlığı da dosyadan dosyaya değişebilir.

Uygulamaya yöneltilen eleştirilerden bir tanesi de tedarikçilerin tedariki keseceğine dair herhangi bir beyanları yokken borçlunun talepte bulunması ve mahkemenin tedbire karar vermesidir⁴⁹. Gerek tedarikçilerin herhangi bir beyanda bulunmadan gerekse de alternatif bir tedarikçi bulmanın maliyeti hesaplanmadan verilen tedbir kararları dayanaktan yoksun olduğu için eleştirilmektedir⁵⁰.

Yerel mahkemeler tarafından verilen tedbir kararlarının birçoğu temyiz mahkemesince bozulmaktadır. Temyiz mahkemesinin bozma nedenleri arasında en çok dayandığı gerekçe ise, söz konusu uygulamanın iflâs hukukunda kabul edilen paylaşırma kurallarını ihlâl etmesidir⁵¹. Amerikan iflâs hukukunda aynı veya benzer nitelikteki alacaklılara eşit muamele edilmesi çok temel bir ilke olarak kabul edilmektedir⁵². Kritik tedarikçi istisnası ise, adî alacaklıların bir kısmını aynı veya benzer nitelikteki diğer alacaklılar karşısında oldukça avantajlı bir konuma getirmektedir. Kritik tedarikçi kabul edilen alacaklılara, mühlet öncesi alacaklarının tamamı ödenmek istenmektedir. Alacağın tamamının ödenmesi bir zorunluluk olmamakla birlikte talebin ve tedbir kararlarının alacağın tamamı üzerinden verildiği bilinmektedir. Kritik tedarikçi kabul edilmeyen adî alacaklılar ise tipik bir yeniden yapılandırma dosyasında alacaklarının yaklaşık %5 ilâ %10'u arasında bir kısmını tahsil edebilmektedirler⁵³. Bu istisna, iflâs tasfiyesinde son sırada tatmin edilecek alacaklılardan bazılarını tasfiyeden hatta yeniden yapılandırma projesinin tasdikinden de önce tamamen tatmin etmeye yaradığından, Amerikan iflas hukukunun öncelik rejimi içerisinde olağanüstü bir etkiye sahiptir.

⁴⁸ Sabino, s. 65; Gilday, s. 442.

⁴⁹ Gilday, s. 442.

⁵⁰ Gilday, s. 442.

⁵¹ Douglas, s. 74; Turner, s. 434-435; Hunt, s. 927.

⁵² Resnick, s. 184.

⁵³ Turner, s. 432.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılması acil tedbirler arasında kabul edildiği için, diğer alacaklılara haber verilmesi, duruşmada dinlenilmeleri ve itiraz haklarını kullanmaları ya hiç mümkün olmuyor ya da bunun için makul bir süre kendilerine verilmemektedir⁵⁴. Kritik tedarikçi sayılmayan alacaklıların mülkiyet hakkına yönelen bu tedbir kararına karşı itiraz hakkı tanınmaması veya kısıtlı olarak tanınması, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle ağır bir şekilde eleştirilmektedir⁵⁵. Bu sorunun temelinde ise, acil korunma ihtiyacı ile temel hakların tam bir şekilde korunmaya çalışılmasının alacağı vakit yatmaktadır.

İstisna kapsamında yoğun bir şekilde tartışılan hususlardan bir tanesi de kimin “kritik tedarikçi” kabul edileceğinin kim tarafından ve nasıl belirleneceğidir⁵⁶. Bu konuda takdir genellikle borçluya bırakılmakta, mahkemenin ise bu konuda değerlendirme yapmaması eleştirilmektedir. Bu konuda en çok tartışma yaratan olay, devasa bir perakende zinciri olan Kmart’ın yeniden yapılandırma dosyasında verilen kararlardır. Kmart’ın toplamda 43.000 alacaklısından 4.330 tanesi tedarikçi statüsünde olup yerel mahkeme, borçluya, iki yıl boyunca kritik tedarikçi olarak seçtiği alacaklılara ödeme yapma yetkisi vermiş, borçlu da kendi seçtiği 2.330 alacaklısına yaklaşık 320 Milyon Dolar tutarında tam ödeme yapmıştır⁵⁷. Proje kapsamında diğer alacaklıların alacaklarının sadece %10’unu alabilecekleri öngörülmüştü. Temyiz mahkemesi, yapılan itiraz üzerine tedbir kararını kaldırarak, yapılan ödemelerin masaya iadesine karar verdi⁵⁸. Kmart dosyasının en çok tartışılan yönü, söz konusu dosyada borçlunun talebinde, seçmiş olduğu alacaklıların neden kritik sayılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmaması ve bunlara ödeme yapılmazsa tedariki keseceklerine dair herhangi bir delilin

⁵⁴ Eisenberg/Gecker, s. 26; Gilday, s. 415.

⁵⁵ Tabb, s. 102; Resnick, s. 186; Turner, s. 434-435; Eisenberg/Gecker, s. 24-26; Hunt, s. 925-926; Hunt’a göre; Borçlunun yeniden yapılandırma başvurusu ile birlikte tüm alacaklılar dosyanın ilgilisi haline gelirler. İlaveten, tedbir talebi ile birlikte, kritik tedarikçi sayılmayan alacaklılar bakımından yargılama artık çekişmeli hale gelir. Çekişmeli yargıda ise, ilgililerin dinlenilmesi bir zorunluluktur. Kritik tedarikçi sayılmayan alacaklılar dinlenilmeden, kendilerine itiraz hakkı tanınmadan verilen tedbir kararları, hukukî dinlenilme hakkını ve açık kanun hükümlerini ağır bir şekilde ihlâl eder (Federal Rules of Civil Procedure, R. 4-5) (Hunt, s. 934-935).

⁵⁶ Resnick, s. 186; Gilday, s. 419; Tedbir kararları, borçlunun tedarikçilere ödeme yapmasını zorunlu kılmayıp çoğunlukla belirli bir üst sınıra kadar, dilediği tedarikçiye faaliyetlerin kesintiye uğramaması için ödeme yapabileceğine izin veren bir şekilde verilmektedir (Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 530).

⁵⁷ Hunt, s. 920.

⁵⁸ Resnick, s. 197.

sunulmamış olmasıdır⁵⁹. Bu kararı tartışmalı yapan hususlardan bir diğeri ise mahkemenin iki yıl boyunca dilediği alacaklıya ödeme yapabilmesi için sınırsız bir yetki vermesiydi⁶⁰. İflas mahkemesinin bu kadar kolay ve keyfi bir şekilde sadece borçlunun beyanıyla karar vermesi, zaruret doktrininin yoğun bir şekilde eleştirilmesine ve yasaklanması gerektiği düşüncesinin kuvvetlenmesine neden olmuştur⁶¹.

Doktrinin meşruluğuna şüpheyle yaklaşanlar, borçlunun kritik tedarikçilere ihtiyacı olduğu kadar, kritik tedarikçilerin de borçluya satış yapmaya ihtiyaçları olduğunu belirterek, proje kapsamındaki alacaklarının tamamının derhal ödenmezse, tedariki kesecekleri yönündeki tehditlerinin gerçekçi olmadığını belirtmektedirler⁶². Burada yapılanın, paylaşırma kurallarını zorunluluk kisvesi altında ihlal etmekten başka bir amacı olmadığını vurgulamaktadırlar. Mühlet sonrası tedarik edilecek mal ve hizmetin bedeli, projeye tâbi olmadığı gibi sonraki bir iflasta masa borcu olarak kabul edilmektedir. Doktrini eleştirenler, bunun tedarikçiler için, yeterli bir koruma olduğu görüşündedirler⁶³. Öte yandan, bu durumun yeterli bir koruma sağlamadığı çeşitli gerekçelerle ifade edilmektedir⁶⁴. Öncelikle, mühlet sonrası doğan alacakları masa borcu saymak, sonraki muhtemel bir iflasta bu alacaklıya ödeme yapılacağını garanti etmemektedir. Bir diğer gerekçe, tedarikçinin kendisinin de malî sıkıntı içine girecek olması ve tedbir kararıyla ödeme almazsa faaliyetlerinin sona ereceği, borçluya tedarikte bulunamayacağı gibi, malî durumu bozulan şirket sayısını da artıracığı ihtimalidir. Bir diğer ihtimal, tedarikçinin borçluya tedariki kesip mal veya hizmetini, borçlunun rakiplerinden birine sunmasıdır. Bu durumda borçlu, alternatif bir tedarikçi bulsa bile satışlarında yaşanacak düşüş ile iyileşme şansını azaltabilir veya daha kötüsü, bir başka tedarikçi bulamadığı için iflâs edebilir.

Doktrini tamamen reddeden bir görüşe göre, yeniden yapılandırma yöntemi, iyileşmesi ve faaliyetlerine devam ederek borçlarını ödeyebilir hale gelmesi mümkün olan borçlulara tanınmış bir imkân olup hiçbir borçlunun bu yola başvurma zorunluluğu yahut başvuran borçluların sistem tarafından iyileştirilme zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁵. Borçlunun iyileştirilmesi için

⁵⁹ Douglas, s. 77; Gilday, s. 415.

⁶⁰ Resnick, s. 196.

⁶¹ Sabino, s. 89.

⁶² Hunt, s. 922; Gilday, s. 419; Tabb, s. 97; Resnick, s. 201.

⁶³ Gilday, s. 420.

⁶⁴ Gilday, s. 420.

⁶⁵ Ehrenfeld, s. 633.

kritik tedarikçilere tam ödeme yapılmasının ekonomik bir zorunluluk olması, mahkemelerin Kanun'un açık hükümlerini ve ruhunu ihlâl eden tedbir kararları vermesine gerekçe olamaz. Böyle bir tedbir kararı verilmeden borçlunun iyileşmesi mümkün değilse o halde bu borçlu, yeniden yapılandırmaya uygun (eligible) bir aday değildir ve iflâsının açılması hukuka daha uygun bir tercih olur⁶⁶.

Öğretide **Eisenberg/Gecker**, doktrinin adının “zaruret” olduğunu “uygunluk” olmadığını belirterek, böyle bir ödemenin yapılmasının “uygun” olduğu her dosyada tedbire karar verilmesini eleştirmektedirler⁶⁷. Yazarlara göre, tedbire karar verebilmek için ortada kelimenin tam anlamıyla bir “zaruret” olması gerekmektedir. Sıkı şartlar altında, detaylı bir inceleme neticesinde gerekçeli bir şekilde verilen tedbir kararının yeniden yapılandırma hukuku için gerekli olduğunu savunmaktadırlar⁶⁸.

Kritik tedarikçi istisnasının bu kadar yoğun eleştiriye maruz kalmasının iki yönü vardır. Eğer borçlunun yeniden yapılandırması başarılı olursa kritik tedarikçiler, diğer alacaklılara göre alacaklarının daha yüksek bir kısmını tahsil etmiş olurlar. Diğer alacaklılar da iflâsa nazaran daha fazlasını tahsil etmekle birlikte, tahsil oranları tedarikçilerin altında kalacağı için bu durum eşitliğe aykırı olmakta ve vicdanları rahatsız etmektedir. Diğer bir yönü ise eğer borçlunun yeniden yapılandırması başarılı olmaz ve iflâsına karar verirse, kritik tedarikçilerin iflâs sürecinden hiç veya diğerleri kadar ağır bir şekilde etkilenmeyecek olmalarıdır⁶⁹.

Zaruret Doktrinine tamamen karşı çıkanlar dışında getirilen diğer eleştirileri, zorunluluk hallerinde istisnaen uygulanması kabul edilebilecek bir imkânın, mahkemelerin kolaylıkla verdikleri ve neredeyse kural haline gelmiş bir uygulamaya dönüşmesi şeklinde özetleyebiliriz. Kritik tedarikçi istisnasının uygulamada neredeyse kural haline gelmesinin arkasında ise hâkimlerin, iyileştirilebilir bir şirketi henüz sürecin başında iflâsa mahkûm etmek endişesi yatmaktadır⁷⁰.

⁶⁶ Ehrenfeld, s. 637.

⁶⁷ Eisenberg/Gecker, s. 37.

⁶⁸ Eisenberg/Gecker, s. 39.

⁶⁹ Bazı alacaklılara imtiyazlar tanıyan istisnaî hükümlere rağmen birçok şirket, yeniden yapılandırma sürecinde başarılı olamamıştır. Kritik tedarikçi de dahil olmak üzere istisnaî hükümlerin herkes lehine sonuç doğuracağına kimse garanti veremez. Bu nedenle tedbir kararının daha sıkı şartlar altında verilmesi gerekir (Tabb, s. 78).

⁷⁰ Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 531; Tabb, s. 75.

Ç. Tedbire Karar Verilmesinin Şartları

Kritik tedarikçiye istisna kapsamında ödeme yapılması ihtiyacını kabul eden ve doktrinin tamamen yasaklanmasını düşünmeyen birçok hukukçu, istisnanın sorunlu uygulamasını asgari düzeyde tutmak adına çeşitli çözüm önerilerinde bulunmuştur. Bu önerilerin bir kısmı tedbir şartlarını ağırlaştırmak ve/veya sayısını artırmak şeklinde iken, diğer bir kısmı ise tedarikçiye ödeme yapılmasından önce başka alternatiflerin denenmesini bunlar mümkün olmaz ise son çare olarak mahkeme tarafından tedbire karar verilmesi şeklindedir⁷¹.

Alternatif çözümler kapsamında, borçluya mal veya hizmet tedarikini keseceğini belirten alacaklılar için, mühlet sonrası teslim edilen mallar veya sunulan hizmetler için peşin ödeme yapılabileceği veya kesin teminat mektupları ile ödemenin garanti altına alınabileceği, böylelikle istisnaya karar vermeden borçlunun ticarî faaliyetlerinin kesintiye uğramasının önlenebileceği belirtilmektedir⁷². Buradaki temel amaç, yeniden yapılandırma sürecinde borçluya işlem yapmaya devam eden alacaklıların, muhtemel bir iflâsta tanınan öncelikleri yeterli bir koruma olarak görmemeleri nedeniyle söz konusu “korumayı” öne çekmektir⁷³.

Bu şekilde alternatif çözümlerle sorun ortadan kalkmaz ise tedbir kararı verilmesinin şartları ağırlaştırılmalıdır⁷⁴. Örneğin, tedbir kararı verilebilmesi için ispat ölçüsü artırılırsa, borçlunun istisna kapsamında tam ödeme yap-

⁷¹ Pomerantz, s. 87; Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 529; Resnick, s. 196; Hunt, s. 923.

⁷² Turner, s. 461; Yedinci Daire, borçlunun kritik tedarikçilere ödeme yapmak yerine teminat mektubu ile alacaklarını güvence altına almasının daha uygun olacağını belirterek, eğer borçlunun bankalardan bu şekilde bir teminat mektubu alamaması halinde, projenin başarıya ulaşma ihtimalinin düşüklüğüne işaret ettiği ve dosyanın tasfiyeye dönüştürülmesinin düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir (Hunt, s. 921-922).

⁷³ Amerikan İflas Kanunu, 2005 yılında, BAPCPA isimli kanunla önemli değişiklikler geçirdi. Bu değişiklikler, iflas kanunu hükümlerinin istismar edilmesini önlemek adına kanundan yapılan tadilatları içermektedir. Bu Kanun'un içerisinde de kritik tedarikçilere ödeme yapılması talebinin azaltılması için getirilmiş iki değişiklik yer almaktadır. Bunlardan ilki, Kanun'un 503(b)(9) hükmüyle borçluya yeniden yapılandırma başvurusundan önceki 20 gün içerisinde teslim edilen malların bedeline, masa borcu statüsü tanınmasıdır. Kanun'un 546. maddesinde yapılan değişiklikle, borçlunun aciz halindeyken satın almış olduğu ve bedelini ödemediği mallar bakımından satıcıya bu malları aynen geri alma hakkı verildi. Bu şekilde alacaklıların tedariki kesecekleri tehdidi nedeniyle borçluların tedbir taleplerinin azaltılması amaçlandı (Resnick, s. 203-206).

⁷⁴ Sabino, s. 91.

cağı kişi sayısının azalacağı, tedarikçilerine karşı pazarlık gücünün artacağı belirtilmektedir⁷⁵.

Öğretide tedarikçilere ödeme yapılmasına karar verilebilmesi için alacaklıların kendilerine ödeme yapılmaz ise tedariki keseceklerini açıkça belirtmiş olmaları; söz konusu alacaklılarla borç ilişkisinin devam etmesinin yeniden yapılandırmanın başarısı için zarurî olduğunu ispat etmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶. Eğer kritik tedarikçilere ödeme yapılmazsa yeniden yapılandırma süreci, iflâs tasfiyesine dönüşecekse bu durumda ödeme yapılmasına karar verilmelidir⁷⁷.

Bu kapsamda ayrıca, söz konusu tedarikçi ile ticarete devam edilmezse bu durum, borçlunun zarara uğrama ihtimalini barındırmalı veya masa ekonomik bir avantajını kaybetmeli yahut işletmenin işleyen teşebbüs (going concern) değerinde bir azalma gerçekleşmelidir. Burada belirtilen olumsuz sonuçların parasal değeri ile ödenmesine izin verilmesi talep edilen tutar arasında orantısızlık bulunmalıdır. Bir başka deyişle, ödeme yapılmamasının ortaya çıkaracağı zarar, yapılacak ödemededen daha fazla olmalı⁷⁸.

Bu şartlar sağlandıktan sonra söz konusu tedarikçiye ödeme yapıldığında diğer alacaklıların, ödeme yapılmazsa içinde bulunacakları durumdan daha kötüye düşmemeleri gerekmektedir⁷⁹. Öğretide *Turner*, Kritik tedarikçiye ödeme yapılması diğer alacaklıların da faydasına ise veya bu alacaklılar iflâs tasfiyesinden daha kötü duruma düşmeyeceklerse istisnanın mümkün kılınması gerektiğini belirtmektedir⁸⁰. Buradaki mantık, esasen yeniden yapılandırmanın da temelinde yatan anlayışla paraleldir: “1”, “0”dan büyüktür. İflâs tasfiyesinden elde edilecek tutardan daha fazlasını veren her çözüm meşrudur. Ancak burada yatan temel sorun, gerek iflâs tasfiyesinden gerekse de yeniden yapılandırmadan elde edilecek tutarların varsayıldığı şekliyle gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini kimsenin mutlak olarak bilememesidir. Bununla birlikte, kesine yakın bir şekilde bilinen tek şey kritik tedarikçilerin tam ödeme alacak olmasıdır. İşte, bu istisnayı kolay bir şekilde sindirmek, kapsam dışında bırakılan hiçbir alacaklı için başlangıçta kolay değildir.

⁷⁵ **Turner**, s. 470.

⁷⁶ **Resnick**, s. 183-184; **Douglas**, s. 77-79; **Pomerantz**, s. 87; **Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller**, s. 529.

⁷⁷ **Gilday**, s. 423; **Pomerantz**, s. 86-87.

⁷⁸ **Sabino**, s. 70; **Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller**, s. 529; **Pomerantz**, s. 87; **Resnick**, s. 196.

⁷⁹ **Gilday**, s. 423; **Pomerantz**, s. 86-87.

⁸⁰ **Turner**, s. 459-459.

Özelde kritik tedarikçilere ödeme kararı, genelde ise “İlk Gün Kararları” çerçevesinde dört temel hususun asgari olarak sağlanması ve yeknesak bir şekilde uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bunlar⁸¹:

- Birincisi, söz konusu kararlardan olumsuz etkilenen alacaklılara yeterli usûlî koruma (ihbar, duruşmaya davet ve itiraz hakkı) sağlanmalıdır.
- İkincisi, zaruretin açık bir şekilde gösterilmesi ve yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekir.
- Üçüncüsü, yeniden yapılandırmanın başarı şansının bulunduğu yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekir.
- Son olarak yeniden yapılandırmanın başarılı olmasında kamu menfaati bulunduğu tespit edilmesi gerekir.

Öğretide, tedbir kararı verilmeden önce projeye tâbi alacaklıların görüşü veya onayının alınabileceğine ilişkin bir çözüm önerisi getirilmişse de verilen tedbir kararlarına yapılan itirazlar ve yüksek mahkeme kararları dikkate alındığında alacaklıların bu tedbire onay vermesini beklemek pek gerçekçi değildir⁸².

III. TÜRK HUKUKUNDA

A. Konkordato Projesine Tâbi Bir Borcun Tasdikten Önce Ödenmesine İlişkin Görüşler

Hukukumuzda konkordato projesine tâbi bir borç için mühlet içerisinde ödeme yapılıp yapılamayacağı, borçlunun mühlet içerisinde sahip olduğu tasarruf yetkisi kapsamında incelenmiştir. Hukukumuzda konkordato bakımından mühlet kararı ile birlikte borçlunun işletmenin başında kalması ve kanunda sayılan yasaklar dışında kural olarak tasarruf yetkisinin tam olduğu kabul edilmektedir. Eğer mahkeme, mühlet kararı ile birlikte veya daha sonra borçlunun bazı işlemlerinin komiserin izniyle geçerli olarak yapılabileceğine yahut işletmenin faaliyetlerinin komiser tarafından devam ettirilmesine karar vermemişse borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam eder (m. 297). Konkordato mühletinin borçlu bakımından sonuçlarını düzenleyen 297. maddenin ikinci fıkrasında borçlunun mahkemenin izni ile yapabileceği, bu izin olmadan yapıldığında hükümsüz sayılan bazı tasarruf işlemleri düzenlenmiştir. Bunlar kural olarak bir işletmenin olağan faaliyetleri arasında yer almayan ve gerçekleştirildiğinde borçlu malvarlığını geniş

⁸¹ Tabb, s. 115.

⁸² Gilday, s. 448.

bir ölçüde, alacaklılar aleyhine etkileyebilecek nitelikteki işlemlerdir. Söz konusu yasak tasarrufların sınırlı bir şekilde sayıldığı ve kıyasla genişletilemeyeceği de kabul edilmektedir⁸³. Hükümde sayılan yasak tasarrufların kapsamı, 7101 sayılı değişikliklerden önce 290. maddede paralel şekilde düzenlenmişti⁸⁴.

Türk hukukunda çoğunluk, konkordato projesine tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesinin mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır⁸⁵. Öğretide konuya ilişkin değerlendirmede bulunan yazarların büyük çoğunluğu, ödeme yapılacak kişinin tedarikçi olup olmaması hakkında herhangi bir incelemede ve özel değerlendirmede bulunmamıştır. Bununla birlikte ileride açıklayacağımız üzere daha az sayıdaki yazar, alacağı konkordato projesi kapsamında bulunan bazı tedarikçilere ödeme yapılabileceğini belirtmiştir.

Öğretide, 297. maddenin lafzı doğrultusunda projeye tâbi borcun ödenmesinin yasaklanmadığı ve bu sebeple yapılan ödemelerin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁸⁶. Bununla birlikte projeye tâbi bir borcun ödenmesinin, konkordatoya ilişkin birçok hükmü ve ilkeyi ihlâl edeceği de belirtilmiştir. Bir başka deyişle, projeye tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesi mümkün olmamalı ancak 297. madde (eski 290), bu ödemeyi açıkça yasak tasarruflar arasında saymadığı için ödemenin maddi hukuk açısından geçersiz olmayacağı savunulmuştur.

Borçlunun proje kapsamındaki bir borcu ödemesinin mümkün olması gerektiğini savunanların gerekçelerini şu şekilde sayabiliriz: alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl eder⁸⁷; ödeme yapılan alacaklıları diğerlerine

⁸³ **Berkin**, Necmeddin: İflas Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1970, s. 541; **Postacıoğlu**, İlhan E.: Konkordato, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 65; **Tanriver**, Süha: “Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, 2001, (Düşünceler), s. 5.

⁸⁴ Hükümün geçirmiş olduğu değişikliklerin bir tablo halinde sunumu için bkz. **Yeşilova**, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 297, No. 15, (**Öztekin**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Yeşilova**, Bilgehan: Yeni Konkordato Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023).

⁸⁵ **Altay**, Sümer/**Eskiocak**, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 179.

⁸⁶ **Simil**, Cemil: Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 222; **Köksoy**, Mesut: “Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2022, s. 594.

⁸⁷ **Tanriver**, Düşünceler, s. 5; **Simil**, s. 223; **Tunç Yücel**, Müjgan: Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 14; **Memiş**,

göre imtiyazlı hale getirir⁸⁸; malvarlığının korunması ilkesini ihlal eder⁸⁹; borçlunun dürüstlük şartına aykırı davrandığını gösterir⁹⁰; borçlunun alacaklıları zarara uğratma kastı ile hareket ettiğini gösterir (m. 292/I-c); Kanun'un 308/d maddesine aykırılık teşkil eder⁹¹.

Konkordatonun ilke ve kurallarına aykırılık teşkil edecek bu ödemenin kanunda açıkça yasaklanması gerektiği savunulmuş⁹², ancak böyle bir düzenleme yapılana kadar, borçluyu ödemekten menetmek amacıyla komiserin, borçluya vereceği talimatla ödemeyi yasaklayabileceği çözümlü üretilmiştir⁹³. Ancak komiserin borçlunun tasarruf yetkisini, vereceği talimatla kısıtlaması veya kaldırması mümkün olmayacağından, verilen talimata rağmen yapılan ödemenin yine de geçerli olacağı kabul edilmektedir⁹⁴. Ancak bu durumda komiserin durumu mahkemeye bildirmesi ve kademeli olarak işletmenin komiser aracılığıyla faaliyetlerini sürdürmesi veya mühletin kaldırılması ve şartları oluşmuşsa iflâsın açılmasına karar verilmesi yaptırımları uygulanmalıdır⁹⁵.

Türk hukukunda borçlunun bazı tedarikçilerine projeye tâbi bir borcu ödemesinin mümkün kılınması gerektiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. İşletmenin faaliyetlerinin kesintiye uğramadan sürdürülmesi ve konkordato ile iyileşerek borçlarını ödeme ve iflâstan kurtulma amacının gerçekleştirilebilmesi için bazı alacaklılara ödeme yapılması mümkün olmalıdır⁹⁶.

Şefika: Konkordato Sürecinde Borçlunun Doğrudan Doğruya İflâsına Karar Verilmesi, Onikilevha, İstanbul 2023, s. 74-75.

⁸⁸ Altay/Eskiocak, s. 179.

⁸⁹ Tunç Yücel, s. 14.

⁹⁰ Kuru, C. IV, s. 3660.

⁹¹ Altay/Eskiocak, s. 179.

⁹² Tanrıver, Düşünceler, s. 5.

⁹³ Berkin, s. 541; Postacıoğlu, s. 65.

⁹⁴ Berkin, s. 541; Kuru, C. IV, s. 3660; Kuru, 1971, s. 435; Şahin, s. 193-194; Köksoy, s. 594; Yargıtay da 1983 yılında vermiş olduğu bir kararında eski 290. madde kapsamında sayılan yasak tasarruflar arasında mühletten önce tahakkuk etmiş borçların ödemesinin sayılmadığını ve komiserce yasaklanmamışsa yapılan ödemenin geçerli olduğuna karar vermiştir. Komiserin ödeme yapılmasını yasaklaması halinde borçlu bu yasağa uygun hareket etmeyip borcu öderse komiserin, mühletin kaldırılmasını talep edebileceğini belirtmiştir. Somut olayda borçlunun ödeme yapması yerel mahkemece konkordato talebinin reddi sebebi sayılmış ancak Yargıtay bunun isabetli olmadığını belirtmiştir (12. HD, 10.02.1983, 1982/10613, 1983/921 (Lexpera)).

⁹⁵ Berkin, s. 541; Postacıoğlu, s. 65; Kuru, C. IV, s. 3660; Kuru, 1971, s. 435; Tanrıver, Düşünceler, s. 5; Altay/Eskiocak, s. 178; Memiş, s. 75.

⁹⁶ Köksoy, s. 597.

Konuyu tedarikçiler özelinde inceleyen *Buruloğlu/Reyna*, projeye tâbi bir borcun ödenmesinin yasak tasarruflar arasında düzenlenmesi gerektiğini⁹⁷ belirttikten sonra, zaruretin bulunması halinde ham madde sağlayanlara, işçilere, kiraya verene, komisere ve borçlunun avukatına komiserin muvafakati ile ödeme yapılabileceğini belirtmektedir⁹⁸.

Üstündağ, 297. madde (eski 290) kapsamındaki yasak tasarrufların tahdidi olarak sayıldığını, bunların bir işletmenin olağan faaliyetleri içerisinde yer almadığı için doğal olarak alacaklıları zarara uğratacak işlemlerden olduğu için yasaklandığını belirtmiş, maddede sayılan işlemler dışındakilerin ayrıca yasaklanmamışsa yapılabileceğini, bunun işletmenin devamlılığını sağlamak için bir ihtiyaç olduğunu ve geçerli olduğunu belirtmektedir⁹⁹. Yapılan işlemlerin, alacaklıların menfaatine olup olmadığı hususunun komiser tarafından denetlenmesi zorunluluğuna vurgu yapmaktadır¹⁰⁰. Yazar, projeye tâbi bir borcun tam ödenmesine örnek olarak, işveren sendikası üyesi borçlunun aidatları tam ödemediği için üyelikten ihraç edilebileceği ve üyeliğin sağladığı avantajlardan mahrum kalacağı bir durumda tam ödemenin mümkün olduğunu belirtmektedir¹⁰¹.

Atalay, borçlarını ödemek niyetinde olan borçlulara daha fazla irade serbestisi tanınması ve bu serbestinin etkin bir denetimle suistimale karşı korunmasının önemini vurguladıktan sonra, kritik tedarikçilere ilişkin iki farklı öneride bulunmuştur. Tedarikçiyle olan ilişkinin devamında konkordatonun başarısı için zorunluluk var ise konkordatoya tâbi alacağa mahsuben kısmî ödeme yapılmasına izin verilmesi gerektiğini, aksi takdirde konkordatonun terk edilerek iflâsın açılmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰². Yazar ayrıca, tedarikçiler için konkordatodan etkilenmeyen alacaklılar sınıfı oluşturulması gerektiğini ve bu sınıf için mutlaka özel düzenleme yapılması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁰³.

⁹⁷ Yazarlara göre alacaklılar arasında farklı muameleye neden olan ödemelerin iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı için yasaklanması gerekir (**Buruloğlu**, Enver/**Reyna**, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, 1968, s. 37).

⁹⁸ **Buruloğlu/Reyna**, s. 37, dn. 20.

⁹⁹ **Üstündağ**, Saim: İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 8. Bası, İstanbul 2009, s. 238.

¹⁰⁰ **Üstündağ**, s. 239.

¹⁰¹ **Üstündağ**, s. 239.

¹⁰² **Atalay**, Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, (editör Muhammet Özkes), Onikilevha, 2018, s. 127; **Atalay**, Oğuz: “Konkordato Projesinin Hazırlanması”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Ankara 2019, (Proje), s.105; **Simil**, s.222.

¹⁰³ **Atalay**, s. 125.

Tunç Yücel, kritik tedarikçilere ödeme yapılabileceğini, bu konuda ödeme yapılması planlanan tedarikçiden mal veya hizmet alınmasında zorunluluk bulunması gerektiğinin komiserce somut olay özelinde karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴. Bir başka tedarikçiden daha iyi şartlarda mal/hizmet sağlamak mümkünse, bu durumda ödeme yapılmasına karar verilmemelidir. Ödeme yapılması, konkordatonun gerçekleştirilmesi ile eşitlik ilkesinin çatışmasına neden olur. Bu amaçlardan hangisinin ağır bastığına somut olay özelinde karar verilmelidir. Yazara göre, işletmelerin kurtarılmasında kamu yararı bulunmaktadır. Borçlunun tedarikçilerine ödeme yapılmaması iflâsına neden olarsa bu sonuç, alacaklılar bakımından ödeme yapılmasına kıyasla daha fazla zarara sebep olabileceği için ödeme yapılmasına izin verilmelidir.

Erdönmez, kritik tedarikçilere tam ödeme yapılmasını prensipte gerçek bir ihtiyaç olarak görmekte ve şartlarının kanun tarafından belirlenmesi halinde uygun bulmaktadır¹⁰⁵. Ancak yazara göre mevcut hükümler çerçevesinde bazı alacaklılara bu şekilde ödeme yapılması eşitlik ilkesini ihlâl eden ve mühletin kaldırılmasına dayanak teşkil eden bir sebeptir¹⁰⁶.

Akil, projeye tâbi borçların ödenmesinin yasak tasarruflar arasında sayılmadığını, ancak yapılacak ödemenin alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl edeceğini belirterek ödeme yapılmasına izin verilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁷. Bununla birlikte tedarikçilere ödeme yapılmamasının konkordatonun başarı şansını olumsuz etkileyebileceğini belirterek bu tip ödemelerin mahkeme kararıyla komiserin iznine bağlanması çözümünü önermiştir¹⁰⁸.

Akkaya, konkordatonun tasarrufun iptali davalarına etkisini incelediği çalışmasında, tedarikçilere ödeme yapılması ihtiyacını borçlunun faaliyetlerine devam edebilmesi ve iflâsın açılmasının önlenmesi bakımından gerekli olabileceğini belirtmektedir¹⁰⁹. Yazar, tedarikçilere ödeme yapılmasının komiserin izniyle mümkün kılınabileceğini ve bu ödemelerin iptale tâbi tutulması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁰⁴ **Tunç Yücel**, s. 18.

¹⁰⁵ **Erdönmez**, Güray: “Borçlunun Alacaklıları Zarara Uğratma Amacıyla Hareket Ettiği Hâllerde Konkordato Mühletinin Kaldırılması”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. II, Filiz Kitabevi, 2022, s. 1201.

¹⁰⁶ Yazar, bu şekilde bir ödeme gerçekleştirildiğinde somut olayın özelliğine göre mühletin kaldırılmasından önce borçlunun tasarruf yetkisinin kısmen veya tamamen kaldırılmasının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (**Erdönmez**, s. 1202).

¹⁰⁷ **Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet, 2019, s. 169.

¹⁰⁸ **Akil**, s. 169-170.

¹⁰⁹ **Akkaya**, Tolga: “Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2021, s. 236.

B. Görüşümüz

Bu başlık altında öncelikle kritik tedarikçilerin alacaklarının proje kapsamına çıkarılıp çıkarılmayacağı hakkındaki görüşümüzü belirttikten sonra yukarıda özetlediğimiz hukukumuzda ileri sürülen görüşleri değerlendireceğiz.

Proje kapsamında kalan bir borç için kritik bir tedarikçiye ödeme yapılmasının alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl ettiği gerekçesiyle tamamen yasaklanması fikri, bazı durumlarda konkordatoyu işlevsiz bir kurum haline getirir. Alacaklılar arasında eşitlik ilkesi, icra ve iflâs hukukumuzda kabul edilen önemli bir ilke olmakla birlikte, bu ilkedен birçok yerde kanun hükmü ile ayrıldığını görmekteyiz. Cüz’i icrada hacze iştirakin sıkı şartlara bağlanması, hem cüz’i hem de küllî icrada uygulama alanı bulan 206. maddenin sorunlu yapısı, finans kesiminin alacağının tahsilinde sınırları zorlayan hükümler dikkate alındığında eşitlik ilkesinin mutlak bir şekilde algılanmadığını göstermektedir. Rehinli alacakların konkordato dışına çıkarılması (308/h) da ayrıca eşitlik ilkesini tekrar değerlendirme ihtiyacına işaret etmektedir.

Projeye tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesi halinde malvarlığının korunması ilkesinin ihlâl edileceği öne sürülmüştür. Konkordatoda borçlunun malvarlığının korunması kavramına nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği konusunda yeniden düşünülmesi uygun olacaktır. Hukukumuzda malvarlığının korunması daha çok mevcudun eksiltilmemesi şeklinde anlaşılmaktadır. Hacizde ve iflâsta borçlunun, malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması engellenmektedir¹¹⁰. Burada borçlunun hem hukukî işlem tesis etmesi hem de malvarlığına zarar vererek değerini düşürmesi engellenmek istenir. Ancak bir malvarlığının “değeri”ni muhafaza etmek için bazen üzerinde tasarruf etmek gerekir. Hem değeri korumak hem de artırmak bakımından çeşitli giderlerin yapılması zorunluluk arz edebilir¹¹¹. Normal olan ise bu giderlerin yine borçlu mevcudundan karşılanmasıdır.

Borçlunun malvarlığında yer alan 100 liralık bir malın değerini korumak veya artırmak için 10 liralık bir harcama yapılması gerekiyorsa bu, şüphesiz o harcamanın yapılmaması halinde malın değer kaybetmesi ihti-

¹¹⁰ Hacizde malların muhafaza altına alınarak depolarda çürümeye bırakılmasının herkes için kötü bir sonuç yarattığına şüphe yoktur.

¹¹¹ Konkordato sürecinde borçlunun malvarlığı üzerinde yaptığı tasarrufların olumlu sonuç doğurabileceği ve hatta bu durumun mühletin iyileşme nedeniyle kaldırılması gibi olumlu bir sonuç doğurabileceği hakkında bkz. **Erdönmez**, s. 1184.

maline göre alacaklıların daha lehine bir durumdur. Söz konusu 10 liralık harcamanın yapılmaması halinde malın değeri 50 liraya düşecek ise bu harcama, “malvarlığının korunması” ilkesi veya alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl etmez.

Borçlunun üretimde kullandığı bir ekipmanın tamiri veya kapasitesinin artırılması için yaptığı harcama, faaliyetin devamı için zorunlu bir harcama kabul edilir ve kural olarak konkordato hukukunun herhangi bir ilkesini ihlâl etmez. İşte kritik tedarikçilere ödeme yapılması da bu kapsamda faaliyetlerin devamı için yapılan bir harcama şeklinde görülmelidir. Projede öngörülen vaatlerin gerçekleştirilmesi için yapılan zorunlu bir harcamadır.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılması gerçek bir ihtiyaçtır. Konkordato borçluya böyle bir imkânın tanınması, kötüye kullanılma riski nedeniyle görmezden gelinemez. Konkordatonun kendisinin de kurum olarak kötüye kullanılma potansiyeli vardır ve hatta bu potansiyelin birçok dosyada hayata geçtiği de bilinmektedir. Bu yaklaşımla konkordatonun da yasaklanması gerekir.

Kritik tedarikçiye ödeme yapılmaması halinde iflâs edecek borçlunun bu alacaklılarına daha iyi koşullarda muamele edilmesi, diğer alacaklıların iflâsta elde edeceği tutardan daha fazlasına kavuşmasını sağlayacaksa bu durum katlanılması gerekli bir kötülüktür (necessary evil)¹¹².

Yürürlükteki konkordato hükümlerimiz bakımından projeye tâbi bir borç için tasdikten önce yapılan ödemenin geçerli olup olmadığını belirlemek bakımından 297. maddeye başvurulmaması gerektiği kanaatindeyiz¹¹³. İcra ve İflâs Kanunu’nuzun 308/c maddesinin ikinci fıkrası, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan borçların, birinci fıkraya göre bağlayıcı hale gelen proje çerçevesinde işlem göreceğini açıkça düzenlemiştir. Bu çerçevede projeye tâbi borçlar, alacaklılar tarafından kabul ve mahkemece tasdik edilerek bağlayıcı hale gelen ödeme planı kapsamında ifa edilir. Bu hükmün projeye kabul oyu vermeyen alacaklı bakımından olduğu gibi borçlu bakımından da bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir.

¹¹² Gerekli kötülük, daha iyi bir sonuca ulaşmak için gerekli olduğu için, özellikle de olası alternatif eylem veya eylemsizlik yollarının daha kötü olması beklendiği için yapılması veya kabul edilmesi gerektiğine inanılan bir kötülüktür (wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Necessary_evil).

¹¹³ Tunç Yücel, projeye tâbi bir alacağın tam ödenmesi konusunda yasaklayıcı bir hükme ihtiyaç olmadan da ödeme yapılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (**Tunç Yücel**, s. 9 vd.).

Projenin bağlayıcılığını düzenleyen 308/c maddesi dışında, projeye tâbi borçların konkordatonun bağlayıcı hale gelmesinden önce ödenemeyeceğine ve eğer yapılırsa ödemenin hükümsüz olduğuna, Kanun'un 308/d maddesinden açıkça ulaşılabileceği kanaatineyiz. Söz konusu madde, “*Borçlu taraftan alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatler hükümsüzdür.*” düzenlemesini içermektedir¹¹⁴. Kanun, açıkça alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl eden bir taahhüdü hükümsüz kıldığına göre, bu taahhüdün tasarruf işlemi de hükümsüz kılmak niyetinde olsa gerektir¹¹⁵. Oysa 297. maddede sayılan tasarruflar, mahkemeden izin alınmadan yapıldığı takdirde hükümsüz olarak kabul edilmektedir. Projeye tâbi bir borcun ödenemeyeceği kuralı 297. maddede düzenlenir ise bu durumda mahkeme kararıyla ödemeye izin verilebileceği de mecburen kabul edilmek zorundadır. Borçlu tarafından bazı alacaklılara ödeme yapılmasının birçok açıdan konkordatoya aykırı olduğu ve ödeme yapılması halinde mühletin kaldırılması veya borçlunun iflâsına karar verilmesi gerektiği savunuluyorsa, ödeme yasağının 297. maddede düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce hukukumuzda halihazırda ne tedbir kararıyla ne de komiser izniyle projeye tâbi bir borç için konkordatonun bağlayıcılık kazanmasından önce ödeme yapılması mümkün değildir. Yasak tasarruflar arasında, ödeme yapılmasının sayılmaması 308/c, II ve 308/d hükümleri karşısında ödemenin geçerli olduğunu söylemeye de yeterli değildir. Bununla birlikte işletmenin sürekliliğini ve konkordatonun başarısını sağlamak için zorunluluk arz eden durumlarda projeye tâbi bir borcun ödenmesine izin verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Projeye tâbi bir borcun ödenmesinin 297. madde kapsamında yasaklanmasına kadar eksikliğin komiser talimatıyla giderilebileceği çözümüne de iştirak edemiyoruz. Öğretide de belirtildiği üzere, komiserin borçlunun tasarruf yetkisini sınırlandırması mümkün değildir¹¹⁶. Komiserin bu konuda borçluya vereceği talimat, yukarıda zikredilen 308/c ve 308/d maddelerinin hatırlatılmasından ibaret olacaktır. Mevcut düzenlemeler ve anlayış çerçe-

¹¹⁴ Konkordato projesinin bağlayıcılığını düzenleyen 308/c-II hükmü de, projeye tâbi bütün alacakların proje kapsamında ödenmesi gerektiği düşüncesini destekler niteliktedir. **Tunç Yücel**, s. 14.

¹¹⁵ **Kuru**, C. IV, s. 3660.

¹¹⁶ **Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 86; **Akil**, s. 168; **Atalı**, Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçlan”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, editör Muhammet Özkes, Onikilevha, 2018, s. 97.

vesinde komiserin, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına izin de veremeyeceğini düşünüyoruz.

SONUÇ

İşletmenin sürekliliği prensibini esas alan gerek bilançoğu gerekse de organizasyonu iyileştirerek borç ödemeyi olanaklı kılmaya çalışan prosedürler, nitelikleri gereği iflâs tasfiyesi gibi işletmeyi sona erdirmeye odaklanan usûllerden ayrılırlar. Haliyle iyileştirici yöntemlere dair sorunlara, sona erdirici yöntemlerin anlayışı ile yaklaşılması gerekir. Bu yöntemlerin sürekliliği ve iyileştirmeyi gerçekleştirmeye yönelik ihtiyaçlarına ve zorunluluklarına kendi kavramlarıyla bir bütün olarak bakmak gerekmektedir.

İşletmenin borçlarını iyileşerek ödemeye çalıştığı konkordato prosedürü bakımından faaliyetlerin kesintisiz bir şekilde devam ettirilmesi için zorunluluk arz eden durumlarda kritik tedarikçilere olan borçların tasdikten önce ödenmesine mahkeme kararıyla izin verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Yukarıda aktarmış olduğumuz Amerikan hukuku tecrübesi ışığında, kendisine ödeme yapılması arzulanan konkordato alacaklısının, işletmenin faaliyetlerinin kesintiye uğramaması ve iyileşmenin gerçekleştirilebilmesi için kritik bir konumda olduğunun; borçlunun bu alacaklının sunmuş olduğu mal veya hizmetin benzerini derhal ve/veya daha iyi koşullarda temin etmesinin mümkün olmadığını; bu tedarikçiye ödeme yapılmamasının ortaya çıkaracağı sonuçların, ödeme yapılmasına kıyasla diğer alacaklılar bakımından daha aleyhe olduğunun ispatlanması şartıyla, mahkemece tedbiren ödemeye karar verilebileceği şeklinde bir çözümün kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Yapılacak kanunî bir düzenlemeyle, borçlunun şartlarının gerçekleştiğini yaklaşık olarak ispat edeceği bir tedbir talebiyle, komiserin de görüşü alınarak mahkemece, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına imkân sağlanmalıdır. Bazı alacaklıları proje dışına çıkarma ihtiyacını, ayrıntılı bir kullanma kılavuzu gibi ve sorunsuzca işleyecek bir şekilde kaleme almak mümkün olmadığı için bu konuda somut olayın özelliğine göre hareket edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet, 2019.
- Akkaya**, Tolga: “Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2021, s. 221-252.
- Altay**, Sümer/**Eskiocak**, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Atalay**, Oğuz: “Konkordato Projesinin Hazırlanması”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Ankara 2019, (Proje).
- Atalay**, Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, (editör Muhammet Özekes), Onikilevha, 2018.
- Atalı**, Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçlan”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, (editör Muhammet Özekes), Onikilevha, 2018.
- Berkin**, Necmeddin: İflas Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1970.
- Buruloğlu**, Enver/**Reyna**, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, 1968.
- Cieri**, Richard/**Fitzgerald**, Judith/**Greenstone Miller**, Judith: “Forum Shopping, First Day Orders, and Case Management Issues in Bankruptcy”. DePaul Business and Commercial Law Journal, C. 1, S. 4, 2003, s. 515-538.
- Douglas**, Mark G.: “Paying Pre-Petition Critical Vendor Claims without Relying on the Doctrine of Necessity”, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law, C. 1, S. 1, 2005, s. 74-80.
- Ehrenfeld**, Joshua A.: “Quieting the Rebellion: Eliminating Payment of Prepetition Debts Prior to Chapter 11 Reorganizations”, The University of Chicago Law Review, C. 70, S. 2, 2003, s. 621-638.
- Eisenberg**, Russell A./**Gecker**, Frances F.: “The Doctrine of Necessity and Its Parameters”, Marquette Law Review, C. 73, S. 1, 1989, s. 1- 39.
- Erdönmez**, Güray: “Borçlunun Alacaklıları Zarara Uğratma Amacıyla Hareket Ettiği Hâllerde Konkordato Mühletinin Kaldırılması”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. II, Filiz Kitabevi, 2022, s. 1183-1208.

- Gilday**, Joseph: “Critical Error: Why Essential Vendor Payments Violate the Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, C. 11, S. 2, 2003, s. 411-450.
- Hunt**, Christopher D.: “Not-so-Critical Vendors: Redefining Critical Vendor Offers”. *Kentucky Law Journal*, C. 93, S. 4, 2005, s. 915-937.
- Köksoy**, Mesut: “Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2022, s. 585-602.
- Memiş**, Şefika: *Konkordato Sürecinde Borçlunun Doğrudan Doğruya İflâsına Karar Verilmesi*, Onikilevha, İstanbul 2023.
- Öztek**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Yeşilova**, Bilgehan: *Yeni Konkordato Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: *Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Pomerantz**, Jeffrey N.: “The Bare Necessities of Critical Vendor Motions- It’s a Jungle Out There”, *Journal of Bankruptcy Law & Practice*, C. 13, 2004, s. 73-93.
- Postacıoğlu**, İlhan E.: *Konkordato*. Fakülteler Matbaası, 1965.
- Resnick**, Alan N.: “The Future of the Doctrine of Necessity and Critical-Vendor Payments in Chapter 11 Cases”, *Boston College Law Review*, C. 47, S. 1, 2005, s. 183-216.
- Sabino**, Anthony Michael: “The Death of Critical Vendor Motions and the Potential Demise of the Doctrine of Necessity: Farewell to Two Misbegotten Doctrines”. *Tennessee Journal of Business Law*, C. 6, S. 1, 2004, s. 47-92.
- Simil**, Cemil: *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Tabb**, Charles Jordan: “Emergency Preferential Orders in Bankruptcy”, *American Bankruptcy Law Journal*, C. 65, S. 1, 1991, s. 75-116.
- Tanrıver**, Süha: “Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 3, 2001, s. 1-9, (Düşünceler).
- Tunç Yücel**, Müjgan: *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Turner, Travis N.: “Kmart and Beyond: A ‘Critical’ Look at Critical Vendor Orders and the Doctrine of Necessity”, Washington and Lee Law Review, C. 63, S. 1, 2006, s. 431-482.

Üstündağ, Saim: İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 8. Bası, İstanbul 2009.

CİNSEL SUÇLARIN HİLEYLE İŞLENMESİ: RIZA GÖSTERİLEN KİŞİNİN KİMLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1434498>

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT*

Öz

On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren, cinsel özgürlüğe yönelik anlayış değişmeye başlamıştır. Yalnızca evli çiftler arasındaki cinsel ilişkileri meşru kabul edip diğer bütün cinsel ilişki türlerini yasaklayan anlayışın yerini, bireylerin partner seçiminde özgür oldukları bir anlayış almıştır. Bu durum, bireylerin hukuk düzeni tarafından korunan bir cinsel otonomiye sahip olmalarını sağlamıştır. Günümüzde bireylerin cinsel otonomisinin, cebir veya tehditle gerçekleştirilen cinsel davranışlarla ihlal edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte cinsel suçlar bakımından hilenin rolü yeterince anlaşılabilmiş değildir. Hukuk sistemleri genellikle yalnızca cinsel davranışın mahiyetine yönelik hileleri cinsel suçların oluşumu bakımından önemli addetmektedir. Halbuki rıza gösterilen kişinin kimliğine ilişkin hileler de aynı ölçüde mağdurun iradesini sakatlayabilecek niteliktedir. Bu nedenle cinsel davranışlara yönelik hilelerin tespitinde, halihazırda kullanılan maddi gerçeklik-saik ayırımından vazgeçilerek, hilenin daha geniş yorumlanması mağdurların cinsel otonomisinin korunması bakımından elzemdir. Cinsel rızaya yönelik hilelerin kapsamı hem subjektif hem de objektif ölçütlerden yararlanmak suretiyle karma bir yöntemle belirlenmelidir. Böylelikle bireylerin cinsel otonomisi koruma altına alınırken ceza sorumluluğunun aşırı genişlemesinden de kaçınılabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Cinsel suçlar, Cinsel saldırı, Cinsel otonomi, Hile, Rıza

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara (efekarabulat@gmail.com) ORCID: 0000-0002-2181-1692 (Gönderim Tarihi: 09.02.2024-Kabul Tarihi: 26.03.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

SEXUAL CRIMES BY DECEPTION: ISSUES REGARDING THE IDENTITY OF THE CONSENTED PARTY

(Research Article)

Abstract

Starting from the mid-nineteenth century, the understanding of sexual freedom began to change. The understanding that only considered sexual relations between married couples as legitimate and prohibited all other types of sexual relations has been replaced by an understanding in which individuals are free to choose a partner. This situation has enabled individuals to have sexual autonomy protected by law. Today, it is accepted that the sexual autonomy of individuals can be violated by sexual behavior carried out by force or threat. However, the role of deception in sexual crimes is not sufficiently understood. Legal systems generally consider only manipulations regarding the nature of sexual behavior as important for the formation of sexual crimes. However, frauds regarding the identity of the consented person can equally invalidate the consent of the victim. For this reason, in detecting deception in sexual behavior, it is essential to abandon the currently used factum-inducement distinction and interpret the deception more broadly in order to protect the sexual autonomy of the victims. The scope of manipulation of sexual consent should be determined using a mixed method, using both subjective and objective criteria. In this way, while the sexual autonomy of individuals is protected, excessive expansion of criminal liability can be avoided.

Keywords

Sexual crimes, Sexual assault, Sexual autonomy, Deception, Consent

GİRİŞ

Bir başkasının cinsel dokunulmazlığına müdahale teşkil eden cinsel davranışların, eğer karşı taraf cinsel davranışa veya cinsel ilişkiye rıza göstermeye ehil ise, ancak karşı tarafın rızası ile hukuka uygun olarak kabul edilebileceği kuşkusuzdur. Bu anlamda geleneksel olarak bütün hukuk sistemlerinde cinsel davranışların rıza olmaksızın, cebir ve tehdit ile işlenmesi cinsel saldırı¹ suçu olarak kabul edilmekte; cinsel saldırı denildiğinde ortalama bir bireyin aklına bu suçun cebir veya tehdit ile işlenen şekli gelmektedir.

Halbuki cebir veya tehdit kadar, hile de bireyin cinsel davranışlara ilişkin rızasını geçersiz kılabilme özelliğini haizdir. Hatta bazı görüşlere göre hile, bu anlamda cebir ve tehditten daha vahim bir irade sakatlığına neden olmaktadır. Bununla birlikte hile yoluyla bir bireye cinsel davranışlarda bulunulması ya da onunla cinsel ilişkiye girilmesi², hukuk sistemlerince ya cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmemiş ya da hilenin kapsamı çok dar bir biçimde mütalaa edilmiştir.

Günümüzde hem Türkiye’de hem de karşılaştırmalı hukukta kural olarak iki tür hilenin cinsel saldırı suçuna vücut verebileceği kabul edilmektedir: Bunlardan ilki *cinsel davranışın mahiyetine yönelik hilelerdir*. Bu durumda mağdur kendisine cinsel davranışta bulunulduğunun farkına varama-

¹ Kuşkusuz, cinsel davranışların bir çocuk mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı yerine çocukların cinsel istismarı suçu söz konusu olacaktır. Belirtilmelidir ki çalışmada yapılacak izahlar, büyük ölçüde çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, çocukların cinsel istismarı suçunu çalışmaya dahil etmek, yetişkinlerle çocuklar arasında cinsel otonominin karşılaştırılması ve çocuklar ile yetişkinler bakımından cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerler farklı olup olmadığına dair uzun tartışmaların yapılmasını gerektirdiği gibi, pratikte önemli bir faydası da olmayacaktır. Zira failin kimliğine yönelik hileler çoğu kez yetişkinler arasındaki cinsel ilişkiler bakımından söz konusu olmaktadır. Çocuklara yönelik hileler genellikle cinsel ilişkinin mahiyetine ya da çocuğun hileyle bir yere götürülmesine veya hileyle kendini savunamayacak hale getirilmesine yöneliktir. Bu itibarla, çalışmadaki açıklamalar cinsel saldırı suçuna yönelik olup, uyarılığı ölçüsünde diğer cinsel suçlar bakımından da dikkate alınmalıdır.

² Aynı şekilde, her ne kadar gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta farklı bir suç tipine ya da aynı suçun nitelikli haline vücut vermekteyse de, çalışmanın amaçları bakımından “cinsel davranış” ile “cinsel ilişki” arasında bir fark yoktur. Çalışmada ele alınan hususlar bağlamında hile, genellikle cinsel ilişkiye girmek için kullanılmaktadır. Bu anlamda çalışmada, özel bir gereklilik olmadıkça, cinsel davranışları da kapsayacak şekilde “cinsel ilişki” lafzını benimsemiş bulunuyoruz. Hiç kuşkusuz, bu çalışmada öne sürülen düşünceler, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar bakımından da geçerli olacaktır.

makta ve esasen başka bir saikle rıza gösterdiği eylem cinsel davranış olarak zuhur etmektedir. Bir doktorun ya da doktor olduğunu iddia ederek karşısındaki kandıran failin, muayene bahanesiyle mağdurun erojen bölgelerine dokunması³; “cin çıkarma”, “büyü bozma” ya da “Allah katında derece yükseltme” kisvesi altında dini inançları istismar etmek suretiyle cinsel davranışlarda bulunulması gibi durumlar bu hususa örnektir^{4,5}.

Cinsel suçlara yönelik yaygın olarak kabul edilen ikinci hile şekli ise *rıza gösterilen kişinin kimliğine yönelik hilelerdir*. Bu takdirde ise fail, mağdurun tanıdığı birinin (genellikle eşi ya da sevgilisi) yerine geçerek mağdura cinsel davranışlarda bulunmaktadır⁶. Söz gelimi karanlıktan yararlanarak, karşısındakinin gözlerini bağlayarak ya da görme engelli olmasını kullanarak onunla eşiymiş gibi ilişkiye giren kişi; esasen mağdurun cinsel ilişkiye rızası bulunmakla birlikte, rıza faile yönelik olmadığından, cinsel saldırı suçunu işlemektedir.

Her iki durumun da hile teşkil ettiği yaygın olarak kabul edilmekle birlikte, üzerinde uzlaşma sağlanamayan çok fazla konu da bulunmaktadır. Söz gelimi cinsel ilişkinin koşullarına yönelik aldatıcı hareketlerin (örneğin failin kondom kullanacağına söz vermesine rağmen kullanmaması ya da cinsel ilişki esnasında çıkarması) hile sayılıp sayılmayacağı günümüzde en önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır.

Bizim bu çalışmada ele almak istediğimiz mesele ise en önemli tartışma konularından bir diğeri olan *rıza gösterilen kişiye dair bilgilere ilişkin hile* konusudur. Söz gelimi failin, karşı tarafın rızasını temin etmek için, dinini ya da milliyetini gizlemesi veya bu konularda açıkça yalan söylemesi, cinsel ilişki bakımından hile olarak kabul edilecek midir?

³ Daha geniş bilgi için bkz. **Mullen**, Michael: “Rape by Fraud: Eluding Washington Rape Statutes”, Seattle University Law Review, Sayı 41, 2018, s. 1036 vd., **Clement**, Rachel: Deception, Mistake, Privacy and Consent: A Conceptual Framework for Resolving the ‘Line-drawing’ Problem in Sex-by-Deception and Mistaken Sex, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Oxford 2018, s. 5 vd.

⁴ Bu hususta daha detaylı bilgi ve karar örnekler için bkz. **Şare**, Ersin: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 2, 2019, s. 1004 vd.

⁵ Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu konuda içtihat değiştirmiş olup, güncel içtihadında bu tür hileler ile cinsel ilişkiye girildiği durumlarda, hilenin “aldatıcı niteliği haiz olmadığı” gerekçesiyle, beraat kararı vermektedir. Bu hususta örneğin Yargıtay 14. CD, 11.02.2021, E. 2020/326, K. 2021/1125. Çalışmanın kapsamı dışında kalan bir konu olması nedeniyle yalnızca kararın isabetsiz olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

⁶ Bazı örnek olaylar için bkz. **Scutt**, Jocelyne A.: “Fraudulent Impersonation and Consent in Rape”, The University of Queensfand Law Journal, Cilt 9, Sayı 1, 1976, s. 59-60.

Bu sorunun önemi gün geçtikçe artmaktadır. Romantik ve/veya cinsel ilişkilerin bireylerin ilk etapta birbirini görmeden iletişim kurduğu online ortamlarda kurulmasının norm halini aldığı, birbirlerine ilişkin bilgilerini doğrulayacak ortak bir sosyal çevreye de sahip olmadıkları bir durumda hilelerin giderek yaygınlaştığı da göz önüne alındığında⁷ bireylerin gerçekte istemedikleri cinsel ilişkilere daha sık girmek durumunda kalacakları aşıkardır. Hukuk sistemlerinin de bu yeni sosyal soruna hazırlıklı olması ve gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Çalışmada bu konuya ilişkin sorunlar, farklı hukuk sistemlerindeki çözümler ışığında ele alınacak ve sorunun çözümü için önerilerde bulunulacaktır.

Cinsel suçlarda hile meselesi Türk doktrininde müşahhas olarak hiç incelenmemiş konulardan bir tanesidir. Cinsel suçlara ilişkin kaleme alınmış olan tez veya monografi niteliğindeki çalışmalarda dahi, hile meselesine birkaç cümle ya da paragraf ayrılması ile yetinilmiş ve bu konuya ilişkin sorunlara dair değerlendirilmelerde bulunulmamıştır⁸. Esasen bu durum şaşırtıcı değildir. Tartışmaların ilk başladığı Anglo-amerikan hukuk sistemlerinde dahi konunun öneminin anlaşılması son on yılda olmuştur ve bu konudaki eserlerin kahir ekseriyeti bu dönemde yazılmıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde ise konuya ilişkin tartışmaların yeni başladığı ve daha fazla çalışmaya ihtiyaç duyulduğu müşahade edilmektedir⁹. Bu tablo, bu hususta özel bir çalışma yapılmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koyar niteliktedir.

Çalışmanın bazı sınırlılıklarından bu noktada söz edilmelidir: Cinsel davranışlar bakımından rızanın varlığı veya yokluğunun tespiti -ve bu bağlamda rızanın nasıl ifade edilmesi gerektiği- meselesi başlı başına incelenmeyi gerektiren ve oldukça tartışmalı konulardır. Çalışmanın amaçları gereği, bu konu tümüyle inceleme dışında bırakılarak, mağdurun rızasının bulunup bulunmadığının her durumda kesin olarak tespit edilebildiği varsayılacaktır¹⁰.

⁷ Bu hususta daha geniş bilgi için **Dougherty**, Tom: “Sex, Lies and Consent”, *Ethics*, Cilt 123, Sayı 4, 2013, s. 717 vd., **Manson**, Neil C.: “How Not to Think about the Ethics of Deceiving into Sex”, *Ethics*, Cilt 127, Sayı 2, 2017, s. 415 vd.

⁸ Bu bağlamda örneğin **Sinekçi**, İbrahim, *Cinsel Saldırı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2015, s. 34. **Kaya**, Funda: *Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016, s. 71.

⁹ Aynı yönde tespitler için **Vavra**, Rita: “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Cilt 12, 2018, s. 611, 618.

¹⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Herring**, Jonathan: “Rape and the Definition of Consent”, *National Law School of India Review*, Cilt 26, Sayı 1, 2014, s. 64 vd., **Clement**, s. 52 vd., **Rubinfeld**, Jed: “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of

Aynı şekilde, bazı durumlarda hile ile iradeyi etkileyen başka bir neden birleşebilmektedir. Söz gelimi fail, cinsel saldırı suçunu tehdit ile işlemek üzere, korkutuculuğunu artırmak amacıyla kendisini kolluk görevlisi olarak tanıtabilir. Keza, mağdurun içkisine madde karıştırılarak bilincini yitirmesini sağlaması örneğinde olduğu üzere hile (veya hileli vasıta) kimi zaman mağdur kendisini savunamayacak duruma getirmek için de kullanılabilir. Hilenin mağdur ile bir araya gelmek veya onu bir yere götürmek için kullanılması, daha sonra cebir veya tehditle cinsel saldırıda bulunulması da bu minvaldedir¹¹. Bu tür durumlarda failin zaten cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılacağında kuşku bulunmamakta olup, bu çalışmada hilenin iradeyi etkileyen diğer nedenlerle birleşmesi meselesi inceleme dışı bırakılmıştır¹².

Çalışmanın Türk doktrin ve uygulaması için faydalı olmasını, bireylerin cinsel dokunulmazlıklarının hukuk düzeni tarafından layığıyla korunmasına katkı sağlamasını temenni ederiz.

I. CİNSEL SUÇLARA İLİŞKİN CEZA NORMLARI İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Eğer hile yoluyla gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel suçlara vücut verip vermediği inceleme konusu yapılacak ise, bu noktada öncelikle cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer ne olduğunun ortaya konulması ve bu anlamda hilenin bu suçlar bakımından ne anlama geldiğinin tartışılması gerekir. Ancak böyle bir usul takip edilmekle hileli davranışların hangi durumlarda suç kabul edilmesi gerektiğinin anlaşılması mümkündür.

Esasen cinsel suçlara ilişkin genel açıklamalar ve ceza normları ile korunan hukuki değere ilişkin tartışmalar üzerine çok sayıda nitelikli çalışma mevcuttur¹³. Bu bağlamda bu genel açıklamalara yalnızca hile ile bağlantılı olduğu nispette çok kısaca değinilmekle yetinilecektir.

Sexual Autonomy”, The Yale Law Journal, Cilt 122, 2013, s. 1438 vd., **Schulhofer**, Stephen J.: “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond”, Law and Philosophy, Cilt 11, Sayı 1-2, 1992, s. 41 vd.

¹¹ “Mağdur ile sanığın internet ortamında tanıştıkları, burada sanığın kendisini “Sarp Tolga” adıyla ve bir şarkıcı resmi kullanarak mağdura tanıttığı, olay günü mağdur ile sanığın buluştukları, araba ile yaklaşık 20-25 dakika gittikten sonra sanığın toprak yol üzerinde aracı durdurduğu ve kapıları kilitleyerek mağdura cinsel amaçla saldırdığı olayda...” Yargıtay 8. CD, 15.01.2024, 2021/18532 E., 2024/274 K. sayılı kararı.

¹² Bu hususta bkz. **Taştan**, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 22 vd.

¹³ Bu bağlamda özellikle **Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 65 vd.

Tarihsel süreçte cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerler, esasen bireysel değil toplumsal niteliği ağır basmaktaydı. Cinsel suçlar, bilhassa kadınların *iffetine halel getirmek* suretiyle aile kurumuna bir saldırı ve/veya kadının kocasına veya ailesine yapılmış bir saldırı olarak görülmekteydi¹⁴. Bu bağlamda eşler arası ve heteroseksüel cinsel ilişki hariç, diğer tüm cinsel davranışların birer suç tipi kapsamında mütalaa edilerek (zina, eşcinsellik, ensest, evlenme vaadiyle kandırma vb.) cezalandırılması yoluna gidilmekte olup, böyle bir düzen içerisinde bireylerin cinsel özgürlüğünün korunması da bir anlam ifade etmemekteydi. Cinselliğin nasıl yaşanması gerektiğine dair karar, *devlet* tarafından halihazırda alınmış durumdaydı ve bu anlamda bireysel otonomi -eş seçimi haricinde- söz konusu değildi. Tarihsel olarak cinsel davranışlara yönelik ceza normları diğer hukuk sistemlerine kıyasla liberal olarak kabul edilebilecek Türk hukukunda dahi, bu düşüncelerin bir sonucu olarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların *umumi adap ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümler* başlığı altında düzenlenmesi yoluna gidilmiş idi.

19. yüzyılın ortalarından itibaren bu yaklaşım dünya genelinde değişmeye başlamış, devletin cinsel davranışların çerçevesini bizzat tayin ettiği bir yaklaşımdan, bireylerin kendi cinsel hayatları üzerinde söz sahibi oldukları ve devletin rolünün onları istemedikleri cinsel davranışlardan korumaya yöneldiği bir anlayışa geçilmiştir¹⁵. Bu bağlamda günümüzde gerek Türk hukukunda gerek Kıta Avrupası ve Angloamerikan hukuk sistemlerinde cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerler, mağdurun *cinsel dokunulmazlığı* ya da *cinsel (karar alma) hürriyeti/otonomisi* olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu savunulduğu

¹⁴ Bu hususta Kıta Avrupası bakımından değerlendirmeler için bkz. **Scheiddeger**, Nora: "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German Law Journal*, Cilt 22, 2021, s. 770 vd., Angloamerikan hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. **Rubinfeld**, s. 1384 vd., **Bergelson**, Vera: *Sex, Lies and Law: Rethinking Rape-By-Fraud*, in: *Consent and Control: Legal Perspectives on State Power*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2016, s. 156 vd., **Zhuang**, Jin/Liu, Xin: "Solving the Myth of Rape-by-Deception: Based on the Restatement of Sexual Autonomy", *Beijing Law Review*, Cilt 13, 2022, s. 691. **Licea**, Ricardo: "How to Expand Rape by Deception and Protect Consent", *University of Massachusetts Law Review*, Cilt 17, Sayı 2, 2022, s. 116 vd., **Clement**, s. 4 vd. Türk hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. **Kılıç**, Abbas: "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 78, 2008, s. 170 vd., **Taner**, s. 67 vd.

¹⁵ **Scheiddeger**, s. 770.

¹⁶ **Yokuş Sevük**, Handan: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 57, 2005, s. 246. **Zhuang/Liu**, s. 675, **Licea**, s. 116. Müşahhas bir inceleme için ayrıca bkz. **Clement**, s. 42 vd.

gibi¹⁷, birbiri yerine kullanıldığı da sıklıkla müşahede edilmektedir¹⁸. Kanaatimizce, cinsel dokunulmazlık, cinsel otonomiye de kapsamakla birlikte ondan daha geniş bir kavramdır.

Cinsel otonomi, bireyin cinselliğini, hukuk kurallarına uygun olmak kaydıyla, özgürce yaşayabilmesini; bu bağlamda karar alma tekeline sahip olmasını ifade eder¹⁹. Bireyler, cinsel hayatlarını kiminle ve nasıl paylaşacaklarını, yalnızca kendileri ve karşılıklı rızaya dayalı olarak belirleme hakkına sahiptir²⁰. Bu cümleden olarak, cinsel suçlara ilişkin ceza normları, bireyleri rıza göstermedikleri cinsel nitelikli söz (cinsel taciz) ve davranışlardan (cinsel saldırı) korumayı; cinsel davranışlara/cinsel ilişkiye rıza göstermeye ehil olmayan kimseleri ise her türlü cinsel davranıştan korumayı (çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki) öncelikli amaç edinmiştir.

Kanaatimizce cinsel dokunulmazlık yalnızca karar alma hürriyetiyle sınırlı olmayıp, bireyin sağlıklı bir cinsel hayatının olabilmesi, fizyolojik ve

¹⁷ Bu hususta özellikle **Özgenç**, İzzet: “Türk Ceza Kanunu’nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı XXIV, 2020, s. 259. Yazar, Türk ceza hukuku sistematikinde, cinsel suçlara ilişkin ceza normlarıyla korunan hukuki değerlerin cinsel dokunulmazlık olduğunu ve cinsel özgürlük ibaresine özellikle yer verilmediğini belirtmektedir.

¹⁸ “Bu fiiller... ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ başlığı altında düzenlenmiş ve böylece korunan hukuki değerlerin cinsel özgürlük olduğu konusu açıklığa kavuşturulmuştur.” **Özbek**, Veli **Özer/Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 329.

¹⁹ **Yokuş Sevük** aynı tanımlamayı “cinsel özgürlük” kavramı altında yapmaktadır. **Yokuş Sevük**, s. 246. Otonomi ve özgürlük kavramlarının sıklıkla birbiri yerine kullanıldığını kabul etmekle birlikte, kanaatimizce iki kavram birbirinden farklıdır. Bu kavramsallaştırmayı yapmak çalışmanın konusu olmamakla birlikte, cinsel karar alma ve davranışta bulunma bakımından daha isabetli kavramın *otonomi* olduğu kanısındayız. Bu konuda daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Chiesa**, Luis E.: “Solving the Riddle of Rape-by-Deception”, Yale Law & Policy Review, Cilt 35, Sayı 2, 2017, s. 407-460., s. 421 vd.

²⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki *Rubinfeld*’e göre, cinsel otonomi mademki kişinin cinselliğini dilediği gibi yaşayabilmesidir, o halde bu otonominin tekamülü mümkün değildir. A, eğer B ile birlikte olmak istiyor ancak B, A ile birlikte olmak istemiyorsa, bu takdirde A’nın cinsel otonomisi sağlanamamıştır. A, eğer B ile zorla cinsel ilişkiye girerek otonomisini tamamen kullanırsa, bu takdirde de B’nin otonomisi ihlal edilmiş olacaktır. **Rubinfeld**, s. 1417-1420. **Herring**, bu düşünceleri eleştirerek, otonominin anlaşılmasında cinsel vücut bütünlüğünün (sexual bodily integrity) esas alınması gerektiğini savunmuştur. **Herring**, s. 67 vd. Kanaatimizce bu tartışmalar, kavramlara işkence etmenin ötesinde bir anlam taşımamaktadır. Zaten hiç kimse, cinsel otonomiye, bireyin cinselliğini *sınırsızca* yaşaması olarak anlamamaktadır. Yine de bu tartışmaların dışında kalmak amacıyla yaptığımız tanımlamaya “...*karşılıklı rızaya dayalı olarak*...” ifadesini ilave ettik.

psikolojik olarak buna hazır olabilmesini gerektirdiğinden, onun cinsel kimliğini zedeleyen, cinselliği aşağılanmayla ve acıyla özdeşleştirmesine neden olan ya da fizyolojik olarak cinsel hayatını sürdürmesini aşırı derecede güçleştiren ya da imkânsız hale getiren fiillerden korunması da cinsel dokunulmazlığın bir parçasıdır.

Hile, mağdurun, maddi gerçekliğe ilişkin yanıltılarak, irade oluşumunun sakatlanmasına neden olur ve bu anlamda verilen rızanın hukuken sonuç doğurmasını engeller. Bireyler, kararlarını, algıladıkları maddi gerçekliği yorumlayarak, kendi iyilikleri için ideal stratejiyi geliştirmek suretiyle verirler. Bu anlamda maddi gerçek hakkında yanıltılmış olan bireyin ortaya koyduğu “irade”nin de gerçek anlamda kendi iradesi olduğu söylenemez²¹; onun iradesi onu yanıltan kişinin çıkarlarına hizmet eden bir aygıtla dönüştürülmüştür²².

Hukuka uygun cinsel davranışları hukuka aykırı cinsel davranışlardan ayıran nokta, mağdurun davranışa rıza göstermesidir²³. Nasıl ki cebir veya tehdit, mağdurun iradesini ortadan kaldırarak, rızası olmadığı halde onun üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesini sağlayabiliyor ve bu anlamda cinsel suçların birer unsurunu teşkil ediyor ise, hile bakımından da farklı düşünmek için bir gereklilik yoktur²⁴. Aynı şekilde mağdurun iradesinin sakatlanması da onun cinsel karar alma hürriyetini zedelediğinden cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunmayı gerektirdiğine göre, cinsel suçlar bakımından hile kavramı önemli bir tartışma konusu halini almaktadır.

Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçu ancak rızanın olmadığı hallerde ve zorla işlenebilir²⁵.

²¹ Aynı yönde **Vavra**, s. 612.

²² **Wertheimer**, Alan: *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, 193 vd. **Dougherty**, komadaki bir kişiyle cinsel ilişkiye girmekle birini belli bir konuda yanıltarak cinsel ilişkiye girmek arasında ahlaken hiçbir fark olmadığını savunmaktadır. Her ikisi de büyük olasılıkla fiziksel olarak “zarar” görmemiştir ve ikisi de kendisine iradesi dışında bir müdahalede bulunulduğunun farkında değildir. **Dougherty**, s. 726, 742.

²³ **Herring**'in de isabetle belirttiği üzere, bir davranışın rıza gerektirmesi için, o davranışın ilk bakışta haksızlık teşkil ediyor gibi görünmesi gerekir. Cinsel davranışlar da ilk bakışta haksızlık teşkil ediyormuş gibi görünen davranışlardır. Daha geniş açıklama için ayrıca bkz. **Herring**, s. 63 vd.

²⁴ **Scheidegger**, s. 771-772, **Licea**, s. 114, **Herring**, s. 63 vd., **Dougherty**, s. 710, **Chiesa**, s. 408.

²⁵ Bu hususta literatür bilgisi için **Schulhofer**, s. 37 vd. Cinsel suçların birer “şiddet” suçu olmaktan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara doğru evrimi ve bu kapsamda hileyi de kapsayacak şekilde mütalaa edilmeye başlanması konusunda değerlendirmeler

Burada *zor*, iradenin zorlanmasını, yani cinsel davranışın cebir veya tehditle işlenmesini gerektirmektedir. Bu anlamda, yanıltılmış da olsa, cinsel davranışa yönelik iradenin bulunduğu yerde artık cinsel suçtan söz edilebilmesi mümkün değildir²⁶. ABD eyalet yasalarının bu düşünceye göre kaleme alındığı ve hile yoluyla cinsel ilişkinin kural olarak cinsel saldırı suçu oluşturmadığının kabul edildiği müşahade edilmektedir²⁷. Bununla birlikte ceza sorumluluğunu bu denli sınırlayan bir yaklaşımın sorunları bulunduğu kabul edilerek, aşağıda ele alınacağı üzere, bazı hileli davranışların cinsel suçlara vücut vereceği bu sistemde de kabul edilmektedir.

Bu görüşe karşı çıkan ikinci görüşe göre, mademki hile cinsel suçlar bakımından rıza oluşumunu engellemektedir, şu hâlde onu malvarlığına karşı işlenen suçlar ya da hürriyete karşı suçlar bakımından hileden ayrı değerlendirilmek için bir neden yoktur²⁸. Bir kişiye yalan söylenerek ondan bir miktar para alınması dolandırıcılık, bir yere götürülmesi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konutuna girilmesi konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmakta iken, aynı yalan ile ona cinsel davranışta bulunulması neden cinsel saldırı suçuna vücut vermemektedir? Cinsel dokunulmazlık, malvarlığından daha mı önemsizdir²⁹? Bu görüş, aşağıda da açıklanacağı üzere, cinsel suçlar bakımından hilenin sınırını oldukça geniş yorumlama taraftarıdır.

Buna karşılık hâkim görüşe göre, her ne kadar hileli davranışların mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiği doğru ise de, rızanın hileyle temin edilmesi suretiyle ilişkiye girilmesinin cinsel suçlara vücut verdiğinin kabulü halinde, ceza sorumluluğunun kapsamı ölçüsüzce genişleyecek ve kişinin dürüstlükten uzak her türlü söz ve davranışının bir cinsel suça vücut vermesi olasılığı ortaya çıkacaktır. Bu anlamda mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal eden, belli bir önemi haiz hilelerin neler olduğunu belirleme hususunda ciddi bir sınırlandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ya hilenin cinsel suçlara vücut vermeyeceği ya da ancak çok istisnai hilelerin cinsel dokunulmazlığı ihlal ettiği kabul edilmelidir³⁰.

Nihayet son bir görüşe göre, hile, gerçekten de cinsel otonomiye -ve dolayısıyla cinsel dokunulmazlığı- ihlal etmekte olup; hem cinsel suçlara

çin ayrıca bkz. **Chiesa**, s. 412 vd., Zor içermeyen fiillerin cinsel saldırı olamayacağına dair eski mahkeme kararları için s. **Chiesa**, 427 vd.

²⁶ **Rubinfeld**, s. 1408 vd.

²⁷ Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Chiesa**, s. 409 vd., **Mullen**, s. 1040 vd., **Schulhofer**, s. 37 vd.

²⁸ **Licea**, s. 114 vd.

²⁹ **Licea**, s. 125 vd., **Chiesa**, s. 409.

³⁰ Bu hususta daha geniş literatür bilgisi için ayrıca bkz. **Scheidegger**, s. 771, dn. 20.

ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer in cinsel otonomi olduğunu kabul edip hem de hile yoluyla cinsel suçların işlenemeyeceğini kabul etmek kendi içinde çelişmektedir. Bu nedenle ikisinden birinin feda edilmesi gerekmektedir. Hâkim görüşün taraftarları bu çelişkinin farkında olmakla birlikte, cinsel suçların hile yoluyla işlenebileceğinin kabul edilmesi halinde ortaya çıkacak sonuçlardan çekindikleri için bu çelişkili tavrı sürdürmekte ve hilenin kapsamını daraltarak her ikisini birlikte savunmaya çalışmaktadırlar³¹. Bu savı ileri süren *Rubinfeld*'e göre, cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer, bu nedenle, cinsel otonomi değil, *kişinin bedeni üzerinde tahakkümü* (self-possession) olmalıdır. Yazar, bu gerekçe ile cinsel suçların kural olarak hile yoluyla işlenemeyeceğini kabul etmektedir³².

II. KİMLİĞİN BOYUTLARI VE CİNSEL SUÇLARDA RIZA BAKIMINDAN OLASI ETKİLERİ

Cinsel davranışa gösterilen rızanın boyutlarından ilki, rıza gösterilen davranışın içeriği ve cinsel karakteridir. Çalışmanın konusunu oluşturması bakımından konu üzerinde geniş olarak durulmayacak olmakla birlikte, kısaca ifade etmek gerekirse, bireylerin kendilerine cinsel davranışlarda bulunulmasına rızası, bu davranışların kapsamı, oluşum şekli ve davranışın cinsel niteliği hakkındaki bilgiyi kapsar. Bu kapsamda bireyin, karşısındaki kişinin belli bir cinsel davranışta bulunmasına izin vermiş olması başka davranışlara da izin vermiş olduğu şeklinde anlaşılamayacağı gibi³³, bireyin cinsel nitelik taşımadığını düşündüğü davranışlara rıza göstermesi (doktor muayenesi gibi), bu davranışların cinsel amaçla gerçekleştirilebileceği anlamına da gelmemektedir. Kuşkusuz her durumda bireylerin karşılıklı olarak cinsel davranışların gerçekleşme koşullarını uzun uzadıya ve detaylı olarak tartışması ya da cinsel ilişki esnasında her hoş gitmeyen davranışın cinsel saldırı olarak kabul edilmesi, hayatın olağan akışına ve cinselliğ in doğasına

³¹ Aynı yönde **Scheidegger**, s. 777 vd.

³² *Rubinfeld*'in kişinin kendi bedeni üzerinde tahakküm düşüncesi gerçekten ilginçtir ve cinsel suçların teorisine önemli katkıları olmuştur. Bununla birlikte teorinin, ABD hukukundan farklı olarak, cinsel suçları rıza yokluğu temelinde anlayan Türk hukuku bakımından özel bir değeri yoktur. Bu bağlamda, yazarın düşüncelerine çalışmada sıklıkla değinecek olmakla birlikte, kendi bedeni üzerinde tahakküm düşüncesini, pratik bir önemi bulunmaması nedeniyle, geniş bir biçimde açıklamayı tercih etmedik. Bu hususta bkz. **Rubinfeld**, s. 1423-1440.

Kendi bedeni üzerinde tahakküm düşüncesine yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. **Licea**, s. 117 vd., **Zhuang/Liu**, s. 681 vd., **Scheidegger**, s. 778, **Chiesa**, s. 410 vd., **Bergelson**, s. 158 vd.

³³ **Scheidegger**, s. 777.

aykırıdır. Bununla birlikte, tarafların genel olarak cinsel davranışın doğası ve kapsamı hakkında iyi bir fikre sahip olması, birbirlerinin iradesine saygı göstermesi ve dışı yansıyan kabul veya ret ifadelerine uygun hareket etmesi gerekir.

Cinsel davranışa gösterilen rızanın ikinci boyutunu ise, *rıza gösterilen kişi* oluşturmaktadır. Esasen cinsel suçların hile yoluyla işlenip işlenemeyeceğine yönelik tartışmaların kaynağını oluşturan temel unsur da budur. *Rıza gösterilen kişi* ne anlama gelmektedir ve hangi unsurları kapsamaktadır? Bu anlamda bir bireyin kimliğini oluşturan unsurlar nelerdir ve bunlardan hangileri cinsel davranışlara yönelik rızaya etki etmektedir? Oldukça derinlikli bir psikolojik alana tekabül eden bu meselenin çok detaylı incelenmesi gerekmektedir. Biz bu çalışmada meseleyi yalnızca bireyin cinsel davranışları bakımından önem arz edebilecek noktalar bağlamında ele alacağız.

Hemen belirtmek gerekir ki, rıza gösterilen kişinin bilinen bir kişi (eş, partner vb.) olduğu durumlarda, rıza gösterilen kişi, *failin tanıdığı belli bir kişidir* ve bu kişinin yerine geçilerek (impersonation) mağdura cinsel davranışta bulunulması halinde, rıza gösterilen kişinin fail olmadığına kuşku yoktur. Neredeyse bütün hukuk sistemlerinde bu davranış cinsel saldırı suçuna vücut vermektedir³⁴. Bu hususta bir tartışma bulunmadığından, ayrıca bir incelemenin yapılmasına da gerek yoktur. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, başka birinin yerine geçmenin farklı şekilleri de mevcuttur. Fail, bir kaynaktan edindiği görüntü ve ses kayıtlarını kullanarak, tümüyle bir başkasının kimliğine de bürünebilir (catfishing). Hatta, yapay zekâ programlarının yardımıyla, hiç var olmayan insanların görüntü ve seslerinin kullanılarak hayali karakterler yaratılması dahi mümkün hale gelmiştir.

Bu hususta ilginç bir olay Avusturalya’da yaşanmıştır. Orta boylu, esmer ve sıradan görümlü bir Hintli olan fail; bir tanışma ve partner bulma sitesinde sarışın, kaslı ve yakışıklı bir erkeğe ait sahte fotoğraflar ve *Jamie* ismiyle bir profil açmış ve bir kadınla tanışmıştır. Fail, mağdureyi, bir sadomazo fantezi icabı olduğundan bahisle, evinin kapısını açık bırakarak kendisini yatak odasında beklemeye ve ilişki sırasında da hiçbir şekilde gözlerini açıp kendisine bakmamaya ikna ederek, onunla bu şekilde cinsel ilişkiye girmiştir. Cinsel ilişki esnasında gözlerini açan mağdure, karşısında *Jamie*’yi

³⁴ Esasen Alman Ceza Kanunu’nun mülga 179. maddesinde bazı hile hallerine ilişkin hükümler bulunmakta ise de bu hüküm pratikte uygulanmamış ve 1969 yılında ilga edilmiştir. Bu hususta **Vavra**, s. 611. Alman hukukunda bu konuda düzenleme olmamasının bir eksiklik olduğu yönündeki eleştiri için bkz. **Hoven, Elisa/Weigend**, Thomas: “Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht”, *KriPoZ*, 3, 2018, s. 158.

değil başka bir erkeği gördüğünde cinsel saldırıya uğradığından bahisle şikayetçi olmuş ve yargılama sonucunda fail cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır³⁵.

Türkiye’de gerçekleşen bir olayda ise, fail, sahte bir isimle ve kendisini -öğretmen olduğu halde- mimar olarak tanıtmak suretiyle, internet üzerinden mağdure ile tanışmış ve daha sonra yüz yüze görüşmüştür. Fail, sahte bir nişan ve nikah merasimi düzenleyerek mağdure ile evlendiği izlenimi uandırmış ve bir yıl boyunca müteaddit defalar kendisiyle cinsel ilişkiye girmiştir. Mağdure durumu öğrendikten sonra şikayetçi olmuş ve fail cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır³⁶. Belirtmek gerekir ki, kararda açıkça ifade edilmemekle birlikte, olayda Yargıtay’ın hilenin varlığını kabul etmesinin sebebi, failin başka biri gibi davranması değil, mağdurenin *eşiyile cinsel ilişkiye girmeye* rıza göstermesi ve evlilik hukuken geçerli olmadığından rızanın da geçerli olmamasıdır.

Bir başkasının yerini almaya ilişkin meseleler görece kolay bir biçimde çözümlenebilmektedir. Sorun, rıza gösterilen kişinin bu şekilde belirlenmediği durumlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi, bir sosyal ortamda yeni tanışmış olan ve birbiri hakkında pek az bilgi sahibi olan iki kişi bakımından, rıza hangi unsurları kapsamaktadır?

Meri hukuk sistemlerinde yaygın olarak benimsenen düşünce, rıza gösterilen kişiyi en dar anlamıyla, *kişinin karşısında gördüğü ve kendisine cinsel davranışlarda bulunmasını kabul ettiği kişi* olarak mütalaa etmektedir. Bu kişinin özellikleri, cinsel davranışlara yönelik rızanın oluşumu bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir.

Bu düşünce, çok ağır eleştirilere maruz kalmış ve cinsel otonomiye gerektiği gibi korumadığı öne sürülmüştür³⁷. Bu yaygın kabulün muarızlarına göre, bireylerin, eğer yanıtılmamış olsalardı cinsel davranışlara rıza göstermeyecekleri çok sayıda kişisel özellik mevcuttur. Bunların tümüyle göz ardı edilerek, kimliğin yalnızca fizik vücut ile sınırlandırılması, diğer konularda hileye başvurulabilmesine hukuk düzenince göz yumulması kabul edilemez.

Belirtmek gerekir ki bu görüşü savunanlar arasında, bireylerin cinsel davranışlara göstereceği rızanın oluşumunu etkileyen özelliklerin neler ola-

³⁵ Karara ilişkin detaylar için bkz. <http://www.news.com.au/national/victoria/indianborn-man-who-duped-woman-into-sex-by-pretending-he-was-caucasian-avoids-jail/news-story/3defd87c9b97f40bf53dd789a8114570>, E.T: 23.12.2023.

³⁶ Yargıtay 14. CD, 04.07.2013 tarih ve 2013/4640 E., 2013/8615 K. sayılı kararı.

³⁷ Bu hususta bkz. **Alencar**, Ticiania: “Conditional Consent and Sexual Crime: Time for Reform?”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 85, Sayı 6, 2021, s. 464. **Mullen**, s. 1046, **Clement**, s. 8 vd., **Schulhofer**, s. 35 vd.

bileceği, daha da önemlisi bu özelliklerin hangi usule göre tespit edilmesi gerektiği konusunda bir görüş birliği yoktur. Biz bu anlamda öncelikle, cinsel rızayı³⁸ etkilemeye namzet özelliklerin neler olabileceğini ortaya koyacak ve ardından bunların hangileri bakımından hilenin cinsel suçlara vücut verebileceği konusundaki görüş ve uygulamaları tespit edeceğiz.

Rıza oluşumuna etki edebilecek özelliklerden ilki, kişinin **genel kimlik bilgileridir**. Bu kapsamda kişinin ismi, yaşı, doğum yeri gibi bilgiler bu kapsama girmektedir. Özel önemleri nedeniyle milliyet ve cinsiyet ayrıca ele alınacaktır. Bu bağlamda özellikle yaşın, rızanın oluşumu bakımından önem arz edebileceği durumlar mevcuttur. Hatta yaş konusunda yalan söylenmesi, bir anda karşı tarafın bir cinsel suçun faili olmasına dahi sebep olma riskini haizdir.

Yukarıda zikredilenlere ek olarak, örneğin İsrail’de görülen *Mehadakar* davasında, 30 yaşında olmasına rağmen yirmili yaşların başında olduğunu belirterek kadınlarla ilişkiye giren fail, çok sayıda cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır³⁹. Bu anlamda, en azından bazı hukuk sistemlerinde, partnerin kimlik bilgilerinin, cinsel ilişkinin temel unsurlarından birini oluşturduğu kabul görmektedir.

İkinci özellik kişinin **dini inancı ve ırkıdır**. Esasen bu konuda tartışmaların şiddetlenmesine sebep olan *Kashur* kararında da failin dini inancı ve ırkı konusunda mağduru yanıltmasının cinsel saldırıya vücut verecek bir hile olduğuna karar verilmiştir. Kudüs Bölge Mahkemesi tarafından 2010 yılında verilen mezkûr kararda, mağdureye kendisini ciddi ve romantik bir ilişki arayan bekar bir Yahudi olarak tanıtan ancak gerçekte evli bir Arap olan fail, kısa bir sohbetten sonra mağdureyi konutuna davet etmiş ve onunla cinsel ilişkiye girmiştir. Fail, mağdurun eğer gerçeği bilseydi onunla cinsel ilişkiye girmeyeceği gerekçesiyle, mağdurun cinsel ilişkiye yönelik rızasını hileyle temin ettiği kabul edilerek cezalandırılmıştır⁴⁰.

Üçüncü özellik, kişinin **cinsiyetidir**. Bu çalışmada cinsiyet (sex) ve toplumsal cinsiyet (gender) ayrımı, trans bireylerin özel durumu gibi hususlara değinilmeyecek olmakla birlikte, kısaca ifade edilmelidir ki uygulamada

³⁸ Çalışmada “cinsel davranışlara gösterilen rıza” veya “cinsel ilişkiye gösterilen rıza” ifadeleri yerine, okuma kolaylığı açısından kısaca *cinsel rıza* (sexual consent) ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

³⁹ State of Israel v Mehadakar 522/07, Karar için bkz. **Bergelson**, s. 154.

⁴⁰ Kararda esasen hüküm pazarlığı sonucu verilmiş bir karar bulunmakla birlikte, çalışmanın amaçları bakımından bir önemi bulunmaması nedeniyle bu detaylara değinilmeyecektir. Karar hakkında daha geniş bilgi için bkz. **Pundik**, Amit: “The Law of Deception”, Notre Dame Law Review Online, Cilt 93, Sayı 1, 2018, s. 172 vd.

trans birey olduğu halde bu durumu gizleyen ve bu şekilde karşı tarafın rızasını temin ederek onunla cinsel ilişkiye giren kişilere rastlanmaktadır. Bu itibarla bireyin cinsiyeti konusundaki bilgi de rızanın kapsamında önemli bir tartışma konusunu oluşturmaktadır.

Bu hususta çok sayıda yargı kararına rastlanabilmektedir. Örneğin İsrail’de görülmüş olan *Alkoby* davasında, kadın cinsel organları ile doğmuş bir trans erkek olan ve bu özelliğini gizlemek suretiyle kendisini mağdureye *Koby* isimli bir erkek olarak tanıtan ve cinsel ilişkiye giren fail, cinsel saldırı ve çok sayıda cinsel saldırıya teşebbüs suçlarından dolayı cezalandırılmıştır⁴¹. Aynı şekilde, Birleşik Krallık’ta görülmüş olan *R. v McNally* davasında, kadın cinsel organları ile doğmuş olan fail, bir online oyun sitesinde tanıştığı mağdureye *Scott* isimli bir erkek olduğunu söylemiş, uzun bir tanışıklık ve görüşme döneminden sonra buluşarak onunla müteaddit defalar -dildo (yapay penis) kullanmak suretiyle- cinsel ilişkiye girmiş ve kadın olduğunu cinsel ilişki esnasında da bir şekilde gizlemeyi başarmıştır. Failin kadın olduğunu mağdurenin annesi sonradan fark edip olayı açığa çıkardığında ise mağdure cinsel saldırıya uğradığından bahisle şikayetçi olmuş ve fail organ veya sair cisim sokma suretiyle cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır^{42,43}.

Dördüncü özellik, kişinin **sosyal ve ekonomik statüsüdür**. Esasen bir özellik değil, çok sayıda özelliği bünyesinde toplayan bir kategori olan sosyal ve ekonomik statünün, her bir unsuru ayrı ayrı saymaya gerek görülmediğinden bu şekilde başlıklandırılması yoluna gidilmiştir. Kişinin bireysel serveti, mesleği, eğitim durumu, ailesi, yaşadığı muhit gibi bilgiler bu kapsamdadır.

Sosyal ve ekonomik statünün, partner seçiminde önemli bir kriter olduğu bir psikolojik gerçeklik olarak karşımızda durmakta olup, bu bağlamda cinsel davranışlar bakımından rıza oluşumuna da etki ettiği düşünülmelidir. Nitekim, partnerinin sosyoekonomik statüsü itibarıyla kendisine anlattığı gibi biri olmadığını sonradan anlayan kişilerin, cinsel saldırıya uğradıklarından bahisle şikayetçi olmaları sıklıkla yaşanan bir durum halini almıştır.

Bu hususta İsrail’de görülmüş olan *Ben Avraham* davasında, kendisini mağdura eski bir pilot, başarılı bir doktor ve zengin bir kişi olarak tanıtan ve

⁴¹ Karara ilişkin daha geniş bilgi için bkz. **Pundik**, s. 173.

⁴² *McNally v R*, Crim 1051 (2013).

⁴³ Çok sayıda benzer davaya ilişkin bilgiler için bkz. **Sharpe**, Alex: “Expanding Liability for Sexual Fraud Through the Concept of ‘Active Deception’: A Flawed Approach”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 80, Sayı 1, 2016, s. 38-39.

onunla cinsel ilişkiye giren fail, o tarih itibarıyla henüz bu davranışın cinsel saldırı suçuna vücut vereceğine yönelik içtihat ortaya çıkmamış olduğu için, dolandırıcılık suçundan cezalandırılmıştır⁴⁴. Aynı şekilde İtalya’da görülen bir davada, kendisini fotoğrafçı olarak tanıtan ve genç kızlara iş bulmayı vadederek onlarla cinsel ilişkiye giren failin cinsel saldırı suçunu işlediğine hükmedilmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi, kararında, başkasının yerine geçmenin muhakkak [eş gibi] hukuki bir statüye bürünme anlamına gelmediğini kabul etmiştir⁴⁵.

Çin’de görülen *Yunnan Kunming Procuratorate v. Lu Chunhong*⁴⁶ davasında fail, bir hayat kadınıyla internet üzerinden iletişim kurarak pazarlık etmiş ve belli bir fiyatta anlaştıktan sonra onunla buluşmuştur. Buluşmada sivil polis olduğunu söyleyen ve mağdureyi kelepçeleleyen fail, mağdureyi tutuklayacağını ve cezalandırılmasını sağlayacağını söyleyerek onu tehdit etmiş ve kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlamıştır. Mahkeme, failin polis olduğunu belirtmesi nedeniyle mağdurenin direnememiş olmasını göz önünde tutarak, failin cinsel saldırı suçunu işlediğine hükmetmiştir⁴⁷.

Kimi durumlarda ise bazı mesleklere veya sosyal gruplara mensubiyet, cinsel ilişkiden kaçınma iradesini doğurabilir. Söz gelimi, karşısındaki bireyin uyuşturucu satıcısı ya da suç örgütü üyesi olduğunu bilse idi onunla cinsel ilişkiye girmeyecek olan bir kişi, bu bilgiyi haiz olmaması nedeniyle ilişkiyi kabul etmiş olabilir. Bu konuda ilginç bir örnek, Birleşik Krallık’ta yaşanan *R. (Monica) v. DPP* davasıdır⁴⁸. Olayda bir çevreci sivil toplum kuruluşunun üyesi olan mağdure, bu STK’ya sızarak faaliyetleri hakkında bilgi temin eden bir sivil polis ile onun bu özelliğini bilmeden cinsel ilişkiye girmiş ve gerçeği öğrendikten sonra cinsel saldırıya uğradığından bahisle şikayetçi olmuştur. Birleşik Krallık yüksek mahkemesi, olayda hile yoluyla cinsel saldırı suçunun söz konusu **olmadığına** karar vermiştir. Bu kararın dayanağı olan düşünceler hemen aşağıda ele alınacaktır.

Son olarak belirtmeli ki, bazı mesleklere mensubiyet veya bazı sosyal pozisyonları haiz olmak, sıklıkla hile yoluyla cinsel davranışlarda bulunmak için bir araç olarak kullanılmaktadır. Kişinin kendini doktor ola-

⁴⁴ Karara ilişkin daha geniş bilgi için bkz. **Pundik**, s. 173.

⁴⁵ Karar için bkz. **Taner**, s. 145-146.

⁴⁶ Yunnan Kunming IC, No. 465, 2020. Karar için bkz. **Zhuang/Liu**, s. 677.

⁴⁷ Bir kez daha belirtmek isteriz ki, bu olaydaki gibi hile ile tehdidin birlikte bulunduğu ve hilenin tehdidi güçlendirme amacına matuf olduğu böyle durumlar, ayrıca bir incelemeyi gerektirmemektedir. Zira cinsel suçların tehdit ile işlenebileceğinde bir kuşku yoktur.

⁴⁸ *R (Monica) v DPP* [2018] EWHC 3508.

rak tanıtarak muayene adı altında mağdurun vücuduna dokunması, “tarikat şeyhi” ya da “hoca” olduğunu iddia eden kişilerin bazı dini ritüeller uyguladığı iddiası ile mağdura cinsel davranışlarda bulunması gibi fiiller bu duruma örnektir. Kanaatimizce bu tür durumlar, sosyal ve ekonomik statüye ya da daha genel olarak kimliğe ilişkin hileler değil, cinsel davranışların mahiyetine yönelik hileler kapsamında değerlendirilmelidir ve bu anlamda çalışmamızın konusunun dışında kalmaktadır. Zaten bu tür davranışların cinsel saldırı suçunu oluşturacağı konusunda bir tereddüt de yoktur.

Beşinci özellik, kişinin **medeni halidir**. Kuşkusuz burada “medeni hal” kavramını yalnızca kavrayış kolaylığı bakımından bu şekilde ifade etmekteyiz. Kastettiğimiz kapsam bundan daha geniştir: Kişinin herhangi bir romantik ilişki içinde olup olmadığı ve süregelen başkaca bir cinsel yaşantısının bulunup bulunmadığı, hatta kimi zaman bu hususlara ilişkin geçmiş yaşantılar gibi konular genel itibarıyla bu kapsamdadır⁴⁹. Bu konunun, özellikle taraflardan birinin evli olması bakımından, cinsel rıza bağlamında önemi izahtan varestedir. Ayrıca, partner sayısının çokluğu, hemen aşağıda değinilecek olan cinsel yolla bulaşan hastalık riski bakımından olumsuz bir işaretçi olduğundan, bu anlamda da rızayı etkileyebileceği belirtilmelidir.

Bu bağlamda örneğin İsrail’de görülen *Denino* davasında mahkeme evli olduğu halde boşanmış olduğunu belirterek bir kadınla ilişkiye giren faili cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırmıştır⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, İsrail örneği hariç, tespit edebildiğimiz kadarıyla medeni hale ilişkin hilelerin cinsel suçlara vücut verebildiğinin kabul edildiği başka bir örnek henüz yoktur.

Altıncı özellik, kişinin **cinsel sağlık durumudur**. “Cinsel sağlık durumu” ifadesiyle kastettiğimiz, kişinin cinsel yaşantısını herhangi bir şekilde doğrudan etkileyen hususlardaki sağlık sorunlarının varlığı ya da yokluğudur⁵¹. Bu kapsamda en önemli husus cinsel yolla bulaşan hastalıklardır ve cinsel rızanın oluşumuna etki edebileceği kuşkusuzdur. Aynı şekilde kısırlık, özellikle istenmeyen hamilelik riski gibi konularda karşı tarafı yanıltabileceğinden önemli bir husustur. Bununla birlikte cinsel hayatı ancak dolaylı yoldan etkileyebilecek, kişinin grip olması gibi sağlık sorunları, bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

⁴⁹ Örneğin önceden mağdurenin kız kardeşiyle cinsel birliktelik yaşamış olan failin, eğer bu durumu bilse kendisiyle ilişki yaşamaktan kaçınacak olan mağdureden bu durumu saklaması, cinsel geçmişin gizlenmesine yönelik hilelerdendir. bkz. **Wertheimer**, s. 196.

⁵⁰ *Denino v. State*, karar için bkz. **Bergelson**, s. 154.

⁵¹ *Hoven ve Weigend*, bu başlık altında incelediğimiz özellikleri *failin fiziki sağlık durumu* (körperlichen Zustand des Täters), geri kalan bütün kimlik özelliklerini ise *failin diğer özellikleri* başlığı altında değerlendirmektedir. **Hoven/Weigend**, s. 157.

Cinsel sağlık durumuna ilişkin önemli kararlar, genellikle failin HIV pozitif olduğunu gizleyerek cinsel ilişkiye girmesi ve gerçeği sonradan öğrenen mağdurun şikayetçi olması şeklindedir. Örneğin Birleşik Krallık'ta görülen *R v B* davasında failin HIV pozitif olduğunu gizlemesinin hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut **vermeyeceği** yönünde karar verilmiştir^{52,53}.

Belirtmek gerekir ki, sadece HIV pozitif olma haline ilişkin olarak, bu durumun cinsel partnere önceden açıklanmaksızın ilişkiye girilmesinin açıkça suç olarak kabul edildiğine de rastlanmaktadır. Söz gelimi ABD'nin Arkansas eyaletinde bu fiil, cinsel suçlar başlığı altında ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir⁵⁴.

Kısırlığa ilişkin olarak ise, önceden vasktomü yaptırdığını ve bir kadını hamile bırakma olasılığının bulunmadığını öne süren failin, ilişkiden sonra yalan söylediğini itiraf ettiği *R v. Jason Lawrence* davasında mahkeme, failin mağduru bu konuda yanıltmasının hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut **vermeyeceğine** karar vermiştir⁵⁵.

Yedinci özellik, kişinin **suçlulukla ilişkisidir**. Esasen çoğu kez “sabıka (kaydı)” olarak ifade edilen bu özelliğin, suçlulukla ilişki lafzıyla anılmasının daha doğru olduğu kanısındayız. Zira işlenen suçlar daima yargı kararlarına yansımamış veya mahkumiyete neden olmamış, bununla birlikte özel bir sohbet karşılığında taraflara açıklanmış ya da mağdur tarafından doğrudan şahit olunmuş da olabilir. Her halükârda, özellikle cinsel suçlar veya şiddet içeren (yaralama, öldürme vb.) suçlar işleyen bireylerin, cinsel partnerleri bakımından da nispeten daha yüksek tehlike arz ettikleri açıktır. Bu bağlamda bireyin suçlulukla ilişkisi, karşı tarafın cinsel rızasının oluşumunu etkileyebilecek hallerdendir. Bu konudaki hilelerin cinsel suçlara vücut verip vermeyeceğine dair her iki yönde de karara rastlayabilmiş değiliz.

Şu ana dek sayılmış olan özellikler, bir kısmı hayatı boyunca bireye eşlik eden ve hiçbir zaman değişmeyecek, diğerleri ise zaman içinde değişebilecek özellikler olmakla birlikte, genel olarak o bireyi tanımlayan ve onun kimliğinin bir parçası olduğu aklen kolayca kabul edilebilen özellik-

⁵² R v B [2007] 1 WLR 1567. Karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Alencar**, s. 456 vd.

⁵³ Her ne kadar failin HIV pozitif olduğunu belirtmemesinin cinsel saldırı suçuna vücut vermediği kabul edilmiş olsa da, önemle belirtilmelidir ki Birleşik Krallık yüksek mahkemesi içtihatlarına göre mağdura kasten veya taksirle HIV bulaştırmak halihazırda yaralama suçuna vücut vermektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Clement**, s. 256, dn. 694. Alman hukuku bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. **Hoven/Weigend**, s. 159.

⁵⁴ Arkansas Ceza Kanunu, 5-14-123.

⁵⁵ R v Jason Lawrence (2020) EWCA Crim 971.

lerdir. Bununla birlikte, esasen cinsel rızanın oluşumunu, özellikle de gelecek yaşantılardan beklentiler bağlamında, etkileyebilecek daha soyut özellikler de söz konusudur. Bu özelliklerin de ilavesiyle, rıza gösterilen kişinin kimliği en geniş anlamına ulaşmaktadır:

Bu özelliklerden ilki, kişinin **duygu ve düşünceleridir**. Kuşkusuz her duygu ve düşüncenin açıklanması veya bu konuda herkese karşı dürüst olunması beklenemez. Hatta kanaatimizce kişinin duygu ve düşüncelerinden çoğu kez kendisinin dahi emin olması mümkün değildir. Burada inceleme konusu olan, yalnızca kişinin cinsel davranışta bulunmak istediği kişiye karşı duygu ve düşünceleridir. Bu kapsamda ceza hukuku bakımından en önemli husus, kişinin karşısındakine romantik bir sevgi hissedip hissetmediği, onunla uzun süreli bir ilişki yaşamayı isteyip istemediği ve yalnızca cinsel ilişkiye dair rıza elde edebilmek amacıyla bu hususta yalan söyleyip söylemediğidir. Geçmişte -Türk hukuku da dahil olmak üzere- hukuk sistemlerinin bu hususu gözetmediği, evlenme vaadiyle kandırarak cinsel ilişkiye girmeyi (seduction) ya da kızlık bozmayı cezalandırdığı müşahede edilmektedir⁵⁶.

Nihayet, kişinin **hayatının seyri ve gelecek planları** da onun cinsel rıza bakımından önemli özelliklerinden biridir. Kuşkusuz burada yine, yalnızca karşı tarafın cinsel davranışa rıza göstermesi bağlamında cinsel ilişki ve/veya romantik ilişki bakımından önem arz edebilecek hususlar bu kapsamda dikkate alınmalıdır. Söz gelimi, iki geceliğine bir şehirde tatilde bulunan ve esasen başka bir ülkede yaşayan bir kişi, karşı taraftan bu hususu gizleyerek sanki o şehirde yaşıyormuş gibi davranır ve onda aralarında uzun süreli bir ilişkinin gelişebileceğine dair fikirlerin uyanmasına neden olursa, bu durumun cinsel davranışlar bakımından rızayı etkileyebileceği pekâlâ öne sürülebilir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, karşı tarafa verilen vaatler, cinsel rızanın oluşumunu etkileyebilir ve hatta hayat kadınlarına cinsel ilişki karşılığında para vaat edilmesi gibi durumlarda cinsel ilişkinin birincil sebebi haline de gelebilir. Bunun haricinde, cinsel tavizler karşılığında, kitap yayımlatma ya da albüm çıkarma gibi konularda yardımcı olacağını vaat etme gibi doğrudan parasal olmayan vaatler de aynı kapsamdadır. Bununla birlikte biz karşı tarafa verilen vaatleri kimliğin bir parçası olarak mütalaa etmiyor ve çalışmamızın konusu dışında kabul ediyoruz⁵⁷.

⁵⁶ Schulhofer, s. 89.

⁵⁷ Bu hususta değerlendirmeler için ayrıca bkz. Zhuang/Liu, s. 678 vd., Lincea, s. 127, Dougherty, s. 719. Türk hukukunda vaatlere ilişkin yargı kararları için bkz. Şare, s. 1006, Taştan, s. 50.

Görüldüğü üzere, cinsel rızanın oluşumunda, ilk bakışta göze çarpanın çok ötesinde faktörler rol oynamaktadır. Bu hususların her birine ilişkin olarak mutlak bir dürüstlüğün ve açıklığın beklenmesi mümkün olmadığı gibi, hangilerinin mağdurun cinsel rızasının oluşumunda ne gibi bir önem taşıdığına da önceden bilinebilmesi mümkün değildir. Bu anlamda, kimliği meydana getiren bu özelliklerin hangi durumlarda cinsel suçlara ilişkin hilenin konusunu oluşturabileceği ayrıca tartışılmalıdır.

Hiç kuşkusuz, iki bireyin tanışması ile cinsel ilişkiye girmesi arasındaki süreçte, bazı gerçek dışı bilgilerin verilmesi, abartılı iltifatlar edilmesi, gerçek düşüncelerin gizlenmesi veya açıklanmasının sonraya bırakılması, utanç verici ve travmatik anların hemen ifşa edilmemesi doğaldır. Bunların failin cinsel ilişkiye hileyle girmiş olduğu sonucunu doğurması ise kuşkusuz makul değildir.

Şu hâlde, ya bu özelliklerin hiçbirinin cinsel rızanın oluşumu bakımından önemi olmadığı kabul edilmeli ya da bu özelliklerden yalnızca bir kısmının cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz ettiğinin kabul edilebilmesi için ayırıcı ölçütler geliştirilmelidir. Aşağıda bu konuda ortaya atılmış olan fikirler ve mevcut uygulamalar değerlendirme konusu yapılacaktır.

III. CİNSEL SUÇLARIN KİMLİĞE İLİŞKİN HİLELERLE İŞLENMESİNE YÖNELİK GÖRÜŞ VE UYGULAMALAR

A. Cinsel Suçların Kimliğe İlişkin Hilelerle İşlenemeyeceği Yönündeki Görüş ve Uygulamalar

Günümüzde hem dünyada hem de Türkiye’de baskın görüş, cinsel suçların istisnai durumlar hariç hileyle işlenemeyeceği yönündedir. Hemen aşağıda da ele alınacağı gibi ABD, Birleşik Krallık, Almanya, İspanya vb. çok sayıda ülkenin ceza hukuku sistemlerinde cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik bir hüküm ya hiç bulunmamakta ya da çok istisnai bazı hallerde hilenin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Kâğıt üzerinde cinsel suçları rıza yokluğu temelinde anlayan Türk hukuku gibi örneklerde de esasen zikredilen diğer örneklerden farklı bir uygulama söz konusu değildir. Bu uygulamaların açıklanmasında yarar görülmektedir.

Söz gelimi Alman Ceza Kanunu’nda cinsel saldırı suçunun cebir, tehdit, kişinin kendisini savunamayacak durumda olmasından yararlanma ve beklemediği bir anda cinsel davranışta bulunma (Überraschungsmoment ausnutzen) hallerinde işlenebileceği belirtilmekte (AICK m. 177) ancak hileyle mağdura cinsel davranışta bulunulması hali kanunda yer almamakta-

dır⁵⁸. İtalyan Ceza Kanunu'nda, hile yoluyla cinsel saldırı suçunun işlenmesi ancak bir başkasının yerine geçilmesi suretiyle mümkün olabilmektedir (İCK, m. 609-bis)⁵⁹. Aynı şekilde, İngiliz hukukunda cinsel suçlar bakımından hile yalnızca failin bir başkasının yerine geçmesi veya mağduru cinsel ilişkinin maddi gerçekliğine ilişkin olarak yanıtlanması halleriyle sınırlıdır (SOA 2003, m. 76, f. 2)⁶⁰.

Hilenin hiç kabul edilmediği Almanya gibi örnekler dışında, ABD'nin bazı eyaletleri ve Birleşik Krallık gibi sistemlerde benimsenen prensip, yalnızca maddi gerçekliğe (factum) ilişkin yanıtmanın cinsel suça vücut verebileceği, buna karşılık saikte (inducement) yanıtmanın cinsel suça vücut veremeyeceği yönündedir⁶¹.

Bu bağlamda, cinsel davranışlar bakımından *maddi gerçeklik*, gerçekleştirilen davranışın cinsel karakterini ifade eder. Eğer mağdur, gerçekleştirilen davranışın cinsel bir davranış olduğunun farkında değilse ya da cinsel ilişkinin doğası ve koşulları hakkında yanıtlanmış ise bu takdirde maddi gerçekliğe ilişkin yanıtlanmış demektir ve bu davranışlar cinsel saldırı suçuna vücut verecektir. Saikte yanıtma ise mağdurun kendisine bir cinsel davranışta bulunduğu bilmesi ve buna rıza göstermesi ancak rıza göstermesini sağlayan nedenler bakımından yanıtlanmış olmasıdır. Mezkûr ayrıma göre mağdurun saikte yanıtılması cinsel suçlar bakımından hile teşkil etmeyecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hâkim uygulamaya göre, cinsel rıza yalnızca cinsel davranışların kendisiyle sınırlıdır, insanı rıza göstermeye iten sebepleri kapsamaz. Bu anlamda, yukarıda sayılan özelliklerin tamamı mağduru rıza göstermeye iten sebeplere ilişkin olduğundan, bizatihi cinsel rızanın hukuki geçerliliği üzerinde bir etkiye sahip değildir.

Söz gelimi çok zengin olduğu sanılan -ama gerçekte öyle olmayan- bir kişi ile bu nedenle cinsel ilişkiye girilmesi halinde, cinsel ilişkiye rıza gösterildiğinde kuşku yoktur ve bu rıza geçerlidir. Kişiyi cinsel ilişkiye girme saikinde yanıtılmasının ise, kişi gerçeği bilseydi cinsel ilişkiyi kabul etmeyecek olsaydı bile, hukuken bir önemi yoktur. Bu ayrım, Birleşik Krallık

⁵⁸ Alman hukukundaki mevcut düzenlemeye ilişkin müşahhas bir inceleme için bkz. **Hoven/Weigend**, s. 156 vd. Belirtmek gerekir ki yazarlar, cinsel suçlar bakımından hilenin dışlanmasını eleştirmekte ve ilgili hükümlerin hile yoluyla cinsel saldırıyı da kapsayacak şekilde genişletilmesini önermektedir.

⁵⁹ Hükme ilişkin daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Taner**, s. 55.

⁶⁰ Bu hükmün geniş eleştirisi için ayrıca bkz. **Clement**, s. 8 vd.

⁶¹ Bu hususta bkz. **Zhuang/Liu**, s. 680, **Schulhofer**, s. 88 vd.

Yüksek Mahkemesi tarafından “...eğer bilseydi cinsel ilişkiye rıza göstermezdi şeklindeki testin cinsel rızayı ortadan kaldırmak için yeterli olmayacağı... hilenin ancak cinsel ilişkinin doğasına ve amacına ilişkin olması halinde rızayı geçersiz kılacağı⁶²” şeklinde ifade edilmiştir.

Örneğin yukarıda zikredilen *R. (Monica) v DPP* davasında, Birleşik Krallık yüksek mahkemesi, bir çevreci sivil toplum kuruluşuna üyeymiş gibi sızarak bilgi temin eden ve bu esnada STK üyesi mağdure ile cinsel ilişkiye giren sivil polis sıfatlı failin cinsel saldırı suçunu işlemediğini kabul etmiştir. Zira mahkemeye göre, mağdurenin yanıtıldığı nokta cinsel ilişkinin kendisi değil, [cinsel ilişkinin oluşumunu hazırlayan] *tanışıklığın sebebidir*. Bu ise bir saikte yanıtma hükmündedir ve cinsel rızayı ortadan kaldırmaya yetmez⁶³.

Aynı şekilde *R. v Jason Lawrence* davasında kısır olduğunu iddia eden fail ile ilişkiye giren mağdur, cinsel ilişkinin kendisine ilişkin değil, *olası sonuçlarına* ilişkin (hamilelik riski) yanıtıldığı için, cinsel ilişkiye gösterdiği rıza geçerliliğini korumaktadır⁶⁴.

ABD’de görülen *Goldberg v. State* davasında da, mağdureye serbest çalışan bir fotoğrafçı olduğunu ve mağdurenin çok iyi bir model aday olduğunu söyleyen fail, fotoğraflarını çekmek bahanesiyle mağdureyi evine götürmüş ve daha sonra onu -üstü kapalı bir biçimde- tehdit ederek cinsel ilişkiye girmiştir. Yüksek mahkeme olayda hilenin bir önem taşımadığı, tehdidin ise mağduru zorlayacak boyutta olmadığı gerekçesiyle cinsel saldırı suçunun oluşmadığına karar vermiştir⁶⁵.

Türk hukukunda da benzer kararlara rastlanmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin bir kararında, maddi gerçeklik-saik ayırımına açıkça başvurulduğu ve failin mesleği konusunda yalan söylemesinin saikte yanıtma olarak kabul edildiği müşahede edilmektedir⁶⁶.

⁶² R v Jason Lawrence (2020) EWCA Crim 971.

⁶³ R (Monica) v DPP [2018] EWHC 3508.

⁶⁴ R v Jason Lawrence (2020) EWCA Crim 971.

⁶⁵ Commonwealth v. Goldenberg, 155 N.E.2d 187. Mezkur karar ve yeni tarihli benzer diğer kararlar için ayrıca bkz. **Mullen**, s. 1040 vd.

⁶⁶ “Sanık, tanışma aşamasında **kendisini farklı isimde ve polis memuru olarak tanıtmış ise de**, mağdurenin ifadelerinde **cinsel ilişkinin kendisinin hile ile ikna edilmesi sonucu gerçekleştirildiğine dair herhangi bir anlatımının bulunmaması**, dosya içeriğine uymayan şekilde mağdurenin kolasına uyusturucu katılması sonucu tecavüz edildiğini ifade etmiş olması karşısında, dosya kapsamına göre nitelikli cinsel istismar suçunun hile unsurunun oluşumuna yetecek nitelikte sübuta yeter delil bulunmadığı...” Yargıtay 14. CD, 01.10.2014 tarih ve E. 2014/4514, K. 2014/10774 sayılı kararı.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda da belirtildiği üzere, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne göre, *partnerin cinsiyeti* cinsel davranışın maddi gerçekliğine ilişkin olup, bu hususta mağdurun yanıltılması hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut verecektir.

Maddi gerçeklik-saik yanılığısı ayrımının tek yaygın istisnası başkasının (genellikle eş) yerine geçme olarak kabul edilmektedir. Fail eğer başkasının yerine geçerek mağdur ile ilişkiye girmiş ise, mağduru saikte yanıltmış olmasına rağmen bu davranışı hile olarak kabul edilerek cinsel saldırı suçuna vücut verecektir. Bununla birlikte, kanaatimizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, esasen başkasının yerine geçme hali bu ayrımın bir istisnası olmayıp, böyle düşünülmesinin nedeni cinsel rızanın kapsamının eksik değerlendirilmesidir. Eşiyile ilişkiye girdiğini zanneden mağdur, herhangi bir cinsel ilişkiye değil, *eşiyile girdiği cinsel ilişkiye* rıza göstermektedir ve bu anlamda kişinin eşi olduğuna dair bilgi, maddi gerçekliğe ilişkin bilgidir⁶⁷.

Maddi gerçeklik-saik yanılığısı ayrımı, iki kavramı birbirinden ayıran somut bir ölçüt bulunmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Cinsel davranışlar bakımından neyin maddi gerçeklik, neyin onu hazırlayan koşullar olarak tanımlanması gerektiği konusu muğlaktır⁶⁸. Bu anlamda tarafların birbirine karşı hissettiği duygular dahi, cinsel ilişkiye boyut ve anlam kazandırması zımında, maddi gerçeklik olarak kabul edilebilir⁶⁹.

Nitekim bu ayrımın benimsenmesi Birleşik Krallık hukukunda çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. *R v Jason Lawrence* davasında mağdurenin, failin kısır olduğu konusunda yanıltılması, hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut vermezken; *Assange v Sweeden* davasında failin cinsel ilişki sırasında taktığı kondomu mağdureden gizli olarak çıkarması hile yoluyla cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmiştir⁷⁰. Her ne kadar yüksek mahkeme iki davanın birbirinden farklı olduğu konusunda "*Lawrence davasında, Assange davasından farklı olarak mağdurenin cinsel ilişkiye herhangi bir şart veya sınırlama öngörmeden girdiği*" gibi bazı argümanlar

⁶⁷ Bu minvalde, her iki durumun birbirinden eylemlerin ahlaki temeli noktasında tümüyle ayrıştıkları yönündeki argümanlar ve rıza gösterilen kişinin cinsel davranışın içkin bir unsuru olduğuna yönelik argümanlar için bkz. **Scutt**, s. 60-62.

⁶⁸ **Scheidegger**, s. 776. **Zhuang/Liu**, s. 681.

⁶⁹ "*V'nin, kendisini seviyormuş gibi yapan D ile birlikte olma kararının, [romantik duygular içeren] bir sevişmeye dair karar olduğu, derin duygular içermeyen [gelgeç bir] sekse yönelik olmadığı da pekala savunulabilir. Bu nedenle her şey vakanın nasıl tarif edildiğine göre şekil alacaktır.*" **Scheidegger**, s. 776. Aynı yönde **Dougherty**, s. 719, dn. 4.

⁷⁰ *Assange v Sweden* [2011] EWHC 2849.

ortaya koymaya çalışmış ise de bu argümanlar ikna edici olmaktan uzaktır. Her iki olayda da cinsel ilişki bakımından rızası bulunan ancak cinsel ilişkinin sonuçları bakımından endişeler taşıyan mağdurelerin, aynı konuda (hamilelik riski) farklı yalanlarla yanıltılmış olmasının nasıl olup da bir durumda cinsel saldırı suçuna vücut verdiği, diğer durumda vermediğinin izahı oldukça güçtür⁷¹. Mağdurenin *Assange* davasındaki mağdure gibi kondom şartı koşmamış olmasının tek sebebi failin kısır olduğu konusunda yalan söylemiş olması iken, daha nitelikli bir kandırmacaya başvuran failin cezajsızlıkla ödüllendirilmesi dikkate şayandır⁷².

Saik ile maddi gerçekliğin birbirinden ayrılmasının güçlüğü noktasında ABD’de görülen *State v. Hickey* davası gerçekten ilginçtir. Olayda fail, ekonomik açıdan zorluk çeken ve bakıcı olarak hayatını idame ettirmeye çalışan mağdureyle iletişime geçerek, kendisinin -gerçekte öyle olmadığı halde-pornografik filmler için casting işi yapan bir kişi olduğunu belirtmiş ve ona pornografi sektöründe çalışmayı önermiştir. Teklifi kabul eden mağdureye, pornografik filmlerin nasıl bir performans gerektirdiğini anlaması ve başarılı olup olamayacağını ortaya çıkması için bir “deneme çekimi” yapmaları ve bunun için de kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi gerektiğini söylemiştir. Fail ile mağdure bunun üzerine bir otele cinsel ilişkiye girmişlerdir. Gerçeği sonradan öğrenen mağdure, mahkeme önünde, gerçekten cinsel ilişkiye girdiğinin bilincinde olmadığını ve eğer gerçeği bilseydi rıza göstermeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, eyalet yasalarında hileyle cinsel saldırı suçunun işlenmesine yönelik bir hüküm bulunmadığından, olayda cinsel saldırı suçunun *oluşmadığına* hükmetmiştir⁷³. Acaba bu olayda fail ile rızayla cinsel ilişkiye giren ancak bunun bir film çekimi gereği olduğunu düşünen mağdur, maddi gerçeklik bakımından mı yoksa saik bakımından mı yanıltılmıştır? Görüldüğü üzere, maddi gerçeklik-saik ayrımının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi dahi başlı başına oldukça güç bir iştir.

⁷¹ Benzer eleştiriler için bkz. **Vavra**, s. 614, **Alencar**, s. 459 vd. Yazar ayrıca failin HIV pozitif olduğunu gizlemesi cinsel rızayı geçersiz hale getiren bir hile olarak kabul edilmezken, trans birey olduğunu gizlemesinin rızayı geçersiz hale getirdiğinin kabul edilmesini de bir çelişki olarak kabul etmekte ve sorgulamaktadır. Aynı eleştiriye *Clement*’in eserinde de rastlanmaktadır. **Clement**, s. 13 vd.

⁷² Bu tespiti yaparken *Assange* davasının politik yönünü gözden geçiriyor değiliz. Bununla birlikte, bir akademik çalışmanın gereği olarak, bu içtihadın davaya özgü olmadığını ve gelecekteki davalarda da sürdürüleceğini, kamu otoritelerinin ve mahkemelerin politik saiklerle hareket etmediğini varsaymak gerekmektedir.

⁷³ *State v. Hickey*, No. 16-1-05400-1, Karar ve değerlendirmeler için bkz. **Mullen**, s. 1041 vd.

Maddi gerçeklik-saik ayırımına yöneltile bir başka eleştiri de, ölçütün maddi gerçekliğe ilişkin yanılgıları saik yanılgılarına kıyasla daha önemli ya da kötücül bularak cezalandırmaya layık görmesi, ancak böyle bir kabule gidilmesi için herhangi bir mantıki neden bulunmamasıdır. Her iki durumda da ihlal edilen hak aynı olduğu gibi, saik yanılgıları da en az maddi gerçeklik yanılgıları kadar ciddi olabilir⁷⁴. Bu konu, hemen aşağıda daha geniş olarak ele alınacaktır.

B. Cinsel Suçların Kimliğe İlişkin Hilelerle İşlenebileceği Yönündeki Görüş ve Uygulamalar

Cinsel suçların hileyle işlenebileceğinin kural olarak kabul edilmiyor olması, ceza hukuku sistemlerinin bireylerin cinsel otonomisini korunmadığı yönündeki eleştirilerin giderek artmasına neden olmaktadır. Cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerlerin mağdurun cinsel otonomisi olduğunu kabul eden görüşün taraftarları arasında; cinsel suçların hileyle işlenmesinin cebir ve tehditle işlenmesinden haksızlık içeriği bakımından bir farkı bulunmadığını ve bu anlamda hileyle gerçekleştirilen cinsel davranışların da cinsel suçlara vücut vermesi gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur. Hatta bazı yazarlara göre hile, cebir ve tehditten daha ağır bir haksızlık içermektedir. Zira cebir veya tehdit, mağdurun iradesini zorlayarak ona üstün gelirken; hile, mağdurun iradesini failin elinde bir enstrümana çevirmektedir⁷⁵. Bu anlamda, cinsel suçların hileyle işlenemeyeceğini ya da hilenin sınırının keyfi uygulamalarla daraltılabileceğini kabul etmek için hiçbir neden yoktur. Maddi gerçeklik-saik ayırımı da sorunu çözmeye yetmemekte, hatta yeni sorunlara yol açmaktadır.

Bu düşüncelerle günümüzde cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik görüş doktrinde giderek güç kazanmakta⁷⁶ ve bu durum yasama faaliyetlerine de yansımaktadır. Geleneksel olarak cinsel suçların hileyle işlenemeyeceğini kabul eden ABD eyalet yasalarında bu hususta reform faaliyetleri başlamış olup, on iki eyalette cinsel suçların hileyle işlenebileceği

⁷⁴ **Zhuang/Liu**, s. 681. **Schulhofer**, s. 67-69, **Wertheimer**, s. 206.

⁷⁵ **Wertheimer**, s. 193-194.

⁷⁶ Bu hususta tespitler için bkz. **Bergelson**, s. 154 vd. Yaptığımız inceleme sonucunda, doktrinde konuya ilişkin güncel eserlerin kahir ekseriyetinin cinsel suçların hileyle işlenebileceği yönündeki görüşleri benimsediği ve bu hususta yasama çalışmaları önerdiğini müşahade etmekteyiz. Hatta aksi yöndeki görüşlere oldukça nadir rastlandığını belirtmemiz gerekir. Literatürü inceleyen **Lazenby** ve **Gabriel** de aynı tespiti yapmıştır. **Lazenby**, **Hugh/Gabriel**, Jason: "Permissible Secrets", *The Philosophical Quarterly*, Sayı 68, 2018, s. 265, dn. 1.

hallere yönelik düzenlemeler yapılmış, sekiz eyalette ise, Model Ceza Kanunu'na uygun olarak, rızanın hileyle de geçersiz hale gelebileceğine yönelik genel hükümler tahsis edilmiştir⁷⁷. Almanya'da 2016 reformunu müteakiben, *Cinsel Suçlar Reform Komisyonu* tarafından, mağdurun cinsel otomisini korumak amacıyla matuf olarak, cinsel suçların hileyle de işlenebileceği yönünde bir hüküm eklenmesi önerilmiş ve bu görüş doktrinde de destek bulmuştur⁷⁸.

Bununla birlikte, cinsel suçların hileyle işlenebileceğinin kabul edilmesi, sorunu çözmek için tek başına yeterli değildir. Nitekim, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çok sayıda hukuk düzeninde, hile hali zaten kanunlarda yer almaktadır. Bununla birlikte bu hükümlerin nasıl uygulanacağı ve hangi yanlıtların cinsel suçlar bakımından hile olarak kabul edileceği büyük kafa karışıklıklarına neden olmakta ve bu durum uygulayıcıları hile hükümlerini hiç uygulamamaya itmektedir. Bu bağlamda yukarıda da belirtildiği üzere, cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik görüşün temel sorunu, hangi hileli davranışların cinsel suçlara vücut verebileceği konusundaki sınır çizme sorunudur. Görüşün taraftarları arasında bu hususta fikir ayrılıkları meydana gelmiş ve bu konuda belirleme yapılması bakımından bazı kriterler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Aşağıda bu konudaki tartışmalar ele alınacaktır.

1. Hangi Yanlıtların Cinsel Suçlar Bakımından Hileye Vücut Vereceği Sorunu

Cinsel rızanın oluşumunda, partnere ilişkin bütün bilgilerin önem taşımadığı, zaten bu bilgilerin büyük bölümünün bilinmesinin de mümkün olmadığı aşıkardır. Şu hâlde her yanlış veya eksik bilginin cinsel suçlar bakımından hileye vücut veremeyeceği, bunlardan yalnızca önemli olanların hilenin konusunu oluşturabileceği bellidir⁷⁹. Ne var ki "önem" lafzının dahi içeriğinin nasıl doldurulacağı açık değildir. Bir özelliğin önemli olup olmadığına objektif olarak mı karar verilecektir yoksa mağdurun subjektif arzu ve istekleri mi dikkate alınacaktır? Örneğin sırf mağdur bu konuyu çok önemsediyi için, failin yükselen burcunu yanlış söylemiş olması, cinsel suçlar bakımından hileye vücut verebilecek midir?

⁷⁷ Detaylı bilgi için **Mullen**, s. 1043 vd.

⁷⁸ **Hoven/Weigend**, s. 159. Belirtmek gerekir ki yazarlar, Birleşik Krallık hukukundaki mevcut düzenlemeye benzer şekilde, hilenin maddi gerçeğe ilişkin olduğu durumlarda cezalandırılacağı bir sisteme taraftardır.

⁷⁹ **Licea**, s. 127.

Bu noktada failin hangi özelliklerinin cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz ettiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doğal olarak ilk akla gelen fikir, partner seçiminde evrensel bir ortak temel bulunmakla birlikte, her bireyin önemsedığı özellikler az ya da çok farklı olduğu için, cinsel rızanın somut olay bakımından oluşum şartlarının her olayda ayrı ayrı incelenmesi anlamına gelen subjektif kriter görüşüdür. Bu görüşün karşısında ise, cinsel rızanın subjektif kriterlere göre ortaya çıktığını kabul eden ancak ceza hukuku korumasının kapsamının herkes için ortak olan birtakım objektif kriterler ile sınırlandırılması gerektiğini kabul eden objektif görüş bulunmaktadır.

a. Subjektif Görüş

Subjektif görüş, en geniş anlamıyla şöyle ifade edilebilir: Mağdurun, eğer bilseydi kendisine karşı cinsel davranışlarda bulunulmasına rıza göstermeyeceği bütün bilgiler⁸⁰ önemli kabul edilmeli ve cinsel suçlar bakımından hilenin konusunu oluşturabilmelidir⁸¹.

Bu tanımlamada derhal göze çarpan nokta, mağdurun kararı hariç, hangi bilgilerin önemli olduğunu belirleyen hiçbir maddi ölçütün bulunmamasıdır. Bir başka deyişle her şey; bunlar toplumun geneline göre mantıksız, gayri ahlaki ve hatta çocukça kaprisler olarak kabul edilebilecek hususlar dahi olsa, cinsel rızanın konusunu oluşturabilir⁸². Konunun maddi içeriği objektif olarak ister önemli ister önemsiz olsun, eğer gerçeği bilseydi cinsel ilişkiye rıza vermeyecek olan mağdurun irade oluşumunun sakatlandığı ve rızasına geçerlilik atfedilemeyeceği açıktır. Bu görüşü savunan *Herring*'e göre, eğer bir kişi yalnızca Chelsea takımı taraftarlarıyla cinsel ilişkiye girmek istiyor olsa dahi, eğer onun kararı bu yönde ise, fail tarafından bu konuda kandırılmış olmasının, rızanın oluşumuna etkisi bakımından, başka [ve toplumun geneline daha önemli gelen] konularda kandırılmasından, hukuken hiçbir farkı yoktur ve mağdurun rızasına geçerlilik atfedilmemelidir⁸³.

Bu görüşün karşısında ise, bir kimseyi cinsel ilişkiden vazgeçirebilecek bütün kıstasların birbiriyle aynı güçte olmadığını ve bu anlamda her özelliğe aynı değerin atfedilemeyeceğini kabul eden görüş bulunmaktadır. Bu görüş-

⁸⁰ *Dealbreaker*. Çalışmada kısaca *caydırıcı* olarak anılacaktır.

⁸¹ **Herring**, s. 71.

⁸² Bazı örnekler için **Scheidegger**, s. 778.

⁸³ **Herring**, s. 72. Aynı yönde **Dougherty**, s. 727 vd. Yazar da aynı argümanı farklı bir örnek üzerinden kurarak, yeni tanıştığı bir kadına salt evcil hayvanları sevdiği yönünde yalan söyleyen bir kişinin dahi karşı tarafın hukuken geçerli rızasını almadan onunla cinsel ilişkiye girmiş olacağını ifade etmektedir. Aksi yönde **Wertheimer**, s. 195.

şün taraftarlarından *Manson*'a göre, bir kimseyle cinsel ilişkiye girme ya da girmeme kararının dereceleri vardır. Birçok faktör bu anlamda dengeyi rıza göstermek ya da göstermemek yönünde değiştirebilir. Bu neviden faktörler *zayıf caydırıcılar (weak dealbreakers)*, bir kimsenin cinsel rızasında tek başına belirleyici olan faktörler ise *güçlü caydırıcılar* olarak kabul edilmek suretiyle ikili bir ayrıma gidilmelidir⁸⁴. Zayıf caydırıcılar, tek başlarına, mağdurun rızasını geçersiz hale getirmezler. Bu nedenle de cinsel suçlar bakımından hilenin konusunu oluşturamazlar⁸⁵. Dikkat edilirse, her iki görüşün de uzlaştığı nokta, mağdur için subjektif olarak çok önemli olarak addedilen konuların, objektif içeriği her ne olursa olsun, cinsel rızanın oluşumunda kilit rol oynadığı ve bu konulardaki yanılmanın cinsel suçlar bakımından hileye vücut vereceğidir.

Bu noktada subjektif görüş taraftarları arasındaki ikinci tartışma, mağdurun taleplerinin maddi içeriğine dair hukuki ve ahlaki sınırlamalar hakkında çıkmaktadır. Bir görüşe göre, bireyler kiminle cinsel davranışları paylaşacağına kendileri karar verdiğine göre, bu kararı hangi saikle verdiklerinin de onların hukuki korumadan yararlanıp yararlanmayacaklarına bir etkisi olmamalıdır⁸⁶. Bir kimsenin söz gelimi Müslümanlarla veya Almanlarla birlikte olmak istemediğini söylemesi, kulağa hoş gelmesede, onun cinsel suçlara ilişkin normların korumasından yararlanamayacağı anlamına gelmez. Kaldı ki kimse, cinselliğini yaşarken “ayrımcılık yasağına” tabi değildir⁸⁷. Buna karşılık, mağdurun taleplerinin ırkçı, ayrımcı, homofobik, İslamofobik vb. olamayacağını; bu takdirde mağdurun ceza hukuku normları ile korunamayacağını savunanlar da mevcuttur⁸⁸.

Üçüncü tartışma konusu ise mağdurun taleplerine yönelik hukuki sınırlamalara ilişkindir. Bu tartışmanın temelinde ise taraflardan birinin cinsel otonomisi ile diğer tarafın özel hayatının gizliliğinin birbiriyle çatışması yatmaktadır. Bu çatışmanın nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda da farklı görüşler mevcuttur. İlk görüşün taraftarlarına göre cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz eden bilgilerin önemli bir bölümü, kişinin özel hayatına ilişkindir ve bu anlamda özel hayatın gizliliğinin de konusunu

⁸⁴ **Manson**, s. 416-420.

⁸⁵ **Manson**, s. 420.

⁸⁶ **Herring**, s. 71.

⁸⁷ **Herring**, s. 71, **Dougherty**, s. 730, **Vavra**, s. 613. Aksi yönde **Zhuang/Liu**, s. 683, **Bergelson**, s. 159. Yazarlara göre böyle bir serbestlik, mağdurların kamu düzeniyle ve toplumsal davranış normlarıyla çelişebilecek; ırkçı ve ayrımcı tercihler yapabilmesine kapı açmış olacaktır.

⁸⁸ **Zhuang/Liu**, s. 683. **Hoven/Weigend**, s. 160, **Bergelson**, s. 159.

oluşturmaktadır. Cinsel otonomi kişinin en önemli haklarından birini teşkil etmekle birlikte, özel hayatın gizliliği de aynı ölçüde önemlidir. Bu anlamda özel hayatın gizliliğine saygı hakkı tümüyle hiçe sayılarak bir çözüm benimsenemez⁸⁹. İki hak arasında bir denge kurulması gerekir.

Bu görüşün taraftarlarından *Scheidegger*'e göre, her özelliğe ilişkin yanılma rızayı geçersiz hale getirecek nitelikte değildir; bu bağlamda bir kişinin “bilmeye hakkının olmadığı” toplumsal cinsiyet, suçlulukla ilişki, cinsel yönelim, dini inanç, sadakat gibi hususların hiçbirinde yanılma hilenin konusunu oluşturamaz. Bunları cinsel rızanın konusu haline getiren kişi, bu davranışının sonucuna da kendisi katlanmalıdır⁹⁰. Yazara göre bu durumun istisnasını, arz ettiği büyük tehlike nedeniyle, cinsel yolla bulaşan hastalıkların gizlenmesi oluşturmaktadır. Kuşkusuz kişinin sahip olduğu cinsel yolla bulaşan hastalıklara ilişkin bilgi de özel hayatın konusunu oluşturduğundan, burada haksızlığın konusunu oluşturan şey yanılıcı bilgi verilmesi değil hastalığın bulaşması riskidir. Dolayısıyla bu durumda kişinin cinsel olmayan bir suçtan, söz gelimi kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerekir⁹¹.

Nispeten daha ılımlı bir görüşü savunan *Vavra*'ya göre ise cinsel ilişki öncesinde, karşı tarafın caydırıcılarını gözeterek bunlara ilişkin açıklamada bulunma yükümlülüğünün taraflara yüklenmesi, özellikle trans bireyler veya HIV pozitif kişiler gibi dezavantajlı grupların sürekli olarak kendi özel hayatlarına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunmak zorunda kalmalarına neden olacak ve onların cinsel hayattan soyutlanmalarına yol açacaktır. Bunun yerine, tarafların rızalarının oluşumu için önemli konuları bizzat ortaya koymaları gerekir. Bu konuları muhakkak açıkça sormaları gerekmez, ancak bir şekilde bu konunun önemsendiğini göstermeleri gerekir. Ancak bu durumda diğer taraf konuya ilişkin açıklamada bulunmakla yükümlü olur ki bu takdirde özel hayatın gizliliği daha etkin bir şekilde korunabilecek ve gereksiz ifşaattan sakınılabilecektir⁹². Altı çizilmelidir ki, yazar esasen herhangi bir bilginin karşı taraftan *gizlenebileceğini* kabul etmemektedir.

⁸⁹ **Zhuang/Liu**, s. 683, **Scheidegger**, s. 781.

⁹⁰ **Scheidegger**, s. 781. Aksi yönde **Alencar**, s. 461. Yazara göre, mağdura kendi cinsel hayatına yönelik olarak sınırlı bir otonominin tanınması, cinsel saldırıya uğrayan mağdurların yaşadıklarını [kamu otoritelerine] anlatabilmesini daha da güçleştirmekte, kendi bakış açılarının önemsenmediği düşüncesi mağdurelerin cinsel saldırı yüzünden yaşadıkları travmayı ve ruhsal bunalımı daha da derinleştirmektedir.

⁹¹ **Scheidegger**, s. 782.

⁹² **Vavra**, s. 617.

Farklı görüşte olan yazarlar ise, özel hayatın gizliliğinin önemini kabul etmekle birlikte, her iki hakkın çatışması söz konusu olduğunda, üstünlüğün cinsel otonomiye verilmesi görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüşün taraftarlarından *Herring*'e göre, özel hayatına ilişkin bilgileri ifşa etmek istemeyen kişi, bu takdirde karşı tarafa cinsel davranışlarda bulunmaktan vazgeçmeli, eğer cinsel davranışta bulunacak ise de bu bilgileri vermekten sakınmamalıdır⁹³.

Her üç görüşü de reddeden *Clement*'e göre ise, bu iki hakkın her durumda birbiriyle çatışma içinde olduğu söylenemeyeceği gibi, bu haklar arasında ne bütün durumları kapsayacak bir denge kurulması ne de birinin diğerine üstünlüğünün kabul edilmesi mümkündür. Bunun yerine yapılması gereken, her durum için ayrı ayrı değerlendirme yaparak nasıl hareket edileceğini tayin etmektir⁹⁴.

Sübjektif görüşe doktrinde çok sayıda eleştiri getirilmiştir. Görüşün muarızlarına göre sübjektif ölçütün kullanılması, ceza normunun öngörülebilirliğini neredeyse tümüyle ortadan kaldırmaktadır⁹⁵. Karşı taraf için neyin önemli olup olmadığını önceden bilme ihtimali hayatın olağan akışına göre çok düşük olan bireylerin, davranışlarını da buna uygun olarak düzenlemesi kendilerinden beklenemeyecektir⁹⁶. Özellikle de sübjektif görüşün herhangi bir şekilde sınırlandırılmadığı durumlarda, en objektif açıdan önemsiz konu dahi bir anda mağdurun rızası bakımından belirleyici hale gelebilmektedir⁹⁷. Böyle bir durum, hayatın olağan akışına uygun olmayan bir *her konuda mutlak dürüstlük* yükümlülüğüne yol açmaktadır. Sübjektif görüşün taraftarlarından *Dougherty*'e göre, bu endişe iki nedenle yersizdir: Öncelikle cinsel rızanın oluşumu bakımından önemli olan hususların, bilhassa caydırıcı niteliğindeki özelliklerin, büyük bir bölümü taraflar arasındaki doğal etkileşimin bir parçası olarak karşı tarafa iletilecektir. Bunun yanında, eğer taraflardan biri karşı tarafın rızasının geçerli olması için makul tedbirleri almışsa, öngöremediği hususlardan dolayı zaten kusurlu addedilerek cezalandırılmaması gerekir⁹⁸.

⁹³ **Herring**, s. 72-74, Aynı yönde **Alencar**, s. 461. Yazara göre, bazı şerhler düşülmekle birlikte, bir kişinin bedenine ne yapılacağına karar verme hakkı, diğer tarafın özel hayatına saygı hakkından üstün tutulmalıdır. Aksi yönde **Clement**, s. 179.

⁹⁴ **Clement**, s. 237-243.

⁹⁵ **Zhuang/Liu**, s. 683, **Clement**, s. 174.

⁹⁶ **Clement**, s. 174.

⁹⁷ **Bergelson**, s. 160.

⁹⁸ **Dougherty**, s. 738. Aksi yönde **Clement**, s. 179-180. Yazara göre, karşı taraf için önemli olan özelliklerin zaten karşı tarafa iletileceğini varsaymak için hiçbir neden

b. Objektif Görüş

Doktrinde azınlıkta kalan görüş, subjektif görüşe yöneltilen eleştiriler doğrultusunda hangi özelliklerin cinsel rızanın oluşumu bakımından önemli olduğuna karar verilmesinde objektif ölçütü önermiştir⁹⁹. Böylelikle subjektif ölçütün yukarıda zikredilmiş olan sorunları da tümüyle ortadan kaldırmış olacaktır. Bununla birlikte, objektif ölçüte ilişkin temel sorun, bu ölçütün veya ölçütlerin nasıl tayin edileceğidir.

Bu görüşün taraftarlarından *Bergelson*, makul bir kişi için önemli olan ve hukuken bir anlam ifade eden özelliklerin kullanılmasını önermektedir¹⁰⁰. Benzer şekilde, hile yoluyla cinsel suçların işlenebileceğini kabul eden İsrail uygulamasında, mahkemelerce geliştirilen içtihadı göre “*makul bir üçüncü kişinin cinsel rızanın oluşumu bakımından çok önemli olarak addedeceği*” özellikler, cinsel rızanın oluşumu bakımından hilenin konusunu oluşturmakta¹⁰¹. *Saliman* kararında mahkeme, bu hususu “*eğer bir kadın veya erkek, kendisini hileye başvurmak suretiyle yanlış tanıtılarak; onun gerçek özelliklerini bilseydi onunla cinsel birliktelik yaşamayı asla düşünmeyecek bir kişiyle [cinsel] ilişki kurarsa*” hile yoluyla cinsel saldırı suçunu işlemiş olacağı şeklinde formüle etmiştir¹⁰².

Kuşkusuz, meseleyi burada bırakmak, aynı sorunu farklı kelimelerle ifade etmekten başka bir şey değildir. Bu kez de “*makul bir kişi için önemli özellikler nelerdir?*” sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle doktrinde objektif unsurlara nelerin dahil olabileceğinin tespit edilebilmesine yarayışlı çeşitli ölçütler geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bazı yazarlar, objektif önemi haiz bir özelliğin yalnızca geçmiş veya şimdiki zamana ilişkin olabileceğini; geleceğin hiçbir zaman tek bir kişinin elinde olmadığını ve ortaya çıkabilecek yeni gelişmelerin daima kararları değiştirebileceğini göz önüne alarak, geleceğe dair hiçbir vaat ve sözün hilenin konusunu oluşturamayacağını savunmaktadır¹⁰³.

Aynı şekilde, doğruluğu ve yanlışlığı mahkeme önünde kolaylıkla sınanabilir olmayan duygu ifadelerinin veya iltifatların bir kriter olarak kulla-

yoktur. Bu itibarla *Dougherty*, ortaya çıkabilecek olan sorunları küçümseyerek, benimsemiği görüşün ortaya çıkardığı önemli bir sorunu görmezden gelmeye çalışmaktadır.

⁹⁹ **Bergelson**, s. 160.

¹⁰⁰ **Bergelson**, s. 160.

¹⁰¹ **Pundik**, s. 176.

¹⁰² Karar için bkz. **Zhuang/Liu**, s. 693.

¹⁰³ **Licea**, s. 127.

nılmaması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁴. Yalnızca mağdurun cinsel rızasını etkileyen konularda söylenen yalanların hile teşkil edebileceği, diğer yalanların cinsel suçlar bağlamında hile kabul edilmemesi gerektiği de öne sürülmüştür¹⁰⁵. Nihayet, yalnızca başka bir hakkın ihlalinin de içeren ya da fiziksel olarak zarara yol açan hilelerin cezalandırılması da savunulmuştur¹⁰⁶.

Objektif ölçüt de birçok açıdan eleştirilere maruz kalmıştır. Öncelikle bu düşünce, mağdur belli bir özelliği haiz olan (ya da olmayan) kişilerle cinsel yakınlık kurmayacağını açıkça karşı tarafa bildirmiş olsa ve karşı taraf onu yine de kandırılmış olsa dahi, bu özellik mahkemece önemli bulunmadığında failin cezalandırılmaması sonucuna yol açacağı ve bu anlamda mağduru korumakta yetersiz kaldığı düşüncesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁷. Görüşün taraftarlarından *Bergelson*, bu eleştiriye, gerçekten de bireylerin objektif içeriği ne olursa olsun istekleri konusunda yanıtılmasının cinsel otonomiyi ihlal ettiğini ancak bu ihlallerin tamamının cezalandırmaya layık olmadığını; bu anlamda ceza hukuku korumasının yalnızca objektif olarak önemli ihlallerle sınırlandırılmasının doğru olacağını ifade ederek yanıt vermiştir¹⁰⁸.

Bunun yanında, cinsel rızanın oluşumu bakımından “objektiflik” araştırması yapılması demek, cinsel rızanın neye dayanıp neye dayanmayacağını önceden belirlenmesi; birey için neyin önemli neyin önemsiz olduğuna *başkaları* tarafından karar verilmesi demektir. Fikrin muarızlarına göre bu durum, “cinsel ahlakçılık”tan başka bir şey değildir¹⁰⁹.

Ayrıca, objektif ölçüt de öngörülebilirlik bakımından sorunsuz değildir. Hangi özelliklerin uygulamada makul bir kişinin önemseydiği özellikler olarak kabul edileceğini bilme imkânı bulunmayan kişilerin, bu takdirde gereksiz yere kendileriyle ilgili çok fazla bilgiyi ifşa etmeleri ya da cinsel davranışlardan kaçınmaya başlamaları ihtimal dahilindedir¹¹⁰. Hatta kanaatimizce, objektif olarak önemli ölçütlerin ne olduğunun bilinmesi, mağdur için önemli olan subjektif ölçütlerin bilinmesinden daha zordur.

2. İcrai Hile-İhmali Hile Sorunu

Bazı yazarlara göre, hangi hileli davranışların cinsel suçlara vücut vermesi gerektiğinin tayininde, *failin aktif bir şekilde mağduru kandırması* ile

¹⁰⁴ **Licea**, s. 128.

¹⁰⁵ **Herring**, s. 71.

¹⁰⁶ **Bergelson**, s. 164.

¹⁰⁷ **Pundik**, s. 177.

¹⁰⁸ **Bergelson**, s. 160.

¹⁰⁹ **Dougherty**, s. 729-730.

¹¹⁰ **Pundik**, s. 177-178.

failin mağdurda halihazırda mevcut olan yanılığını ortadan kaldırmaması arasında bir ayırım gözetilmelidir. Nitekim bütün bireyler cinsel partnerleri hakkında belli yanılığlara sahiptir, eğer bu yanılığların ortadan kaldırılması ceza sorumluluğuna yol açacak ise, o takdirde bütün cinsel davranışların cinsel suç teşkil etmesi gerekmez miydi¹¹¹?

Kanaatimizce bu mantıksal açıdan hatalı bir sorudur ve bu nedenle iyi bir cevabı yoktur. Cinsel davranışlara öngelen her yanılığın cinsel suçlara vücut vermemesi gerektiği kuşkusuzdur ancak bu önermenin zorunlu mantıki sonucu *yalnızca icrai hilelerin cinsel suçlara vücut vermesi* değil, *yalnızca bazı yanılığların cinsel suçlara vücut vermesidir*. Bu anlamda ayırım ölçütü yanılığın nasıl ortaya çıktığı değil, yukarıda da ele alındığı üzere ne kadar önemli olduğudur. Zira eğer mağdurun cinsel otonomisi korunmak isteniyor ve bu anlamda maddi gerçeğe ilişkin yanılığın cinsel otonomiye zedelediği düşünülüyorsa, bu bağlamda yanılığa bizzat failin icrai bir davranışla sebep olmasıyla yanılığın mağdurda kendiliğinden bulunması arasında kategorik olarak hiçbir fark yoktur. Şu hâlde bu fikrin taraftarları neden icrai hile ile ihmali hile arasında bir ayırım gözetmektedirler?

Yalnızca failin aktif bir çaba ile faili yanılması halinde hilenin cinsel suçlar bakımından hukuken önemi haiz olacağını kabul eden *Scheidegger*'e göre, otonomi ve sorumluluk bu anlamda birbirini tamamlayan iki unsurdur. Otonomiye sahip birey, davranışlarından sorumlu olan birey demektir. Mağdur, bir davranışa rıza göstermekle ona ahlaken sahip çıkmakta olup, bu anlamda rıza belli bir sorumluluğu gerektirmektedir. Mağdur, rıza göstermeden önce gerekli bilgileri sorgulama ve edinme sorumluluğunu yüklenmiş durumdadır ve eğer bu sorumluluğu yerine getirmemiş ise buna kendisi katlanmalıdır; meğerki o bilgiyi vermek karşı tarafa hukuki bir sorumluluk olarak yüklenmiş olsun. Dolayısıyla, mağdur eğer kendisinde bir yanılığ varsa bunu kendisi gidermelidir ve fail bu durumdan sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte fail, eğer mağduru aktif bir çaba ile yanılmış ise, bu hileden dolayı failin ceza sorumluluğu doğacaktır¹¹².

Bu yaklaşım sözleşmesel ilişkiler bakımından, örneğin ikinci el otomobil alımında oldukça makul görünmektedir. Gerçekten de bir otomobili almaya talip olan kişi, bu hususta hem genel nitelikte hem de alacağı araca özgü araştırmayı yapmak, satıcıya gerekli soruları sormak, hatta gerektiğinde bu konuda ekspertize başvurmakla yükümlüdür. Eğer bunları yapmadan

¹¹¹ **Lazenby/Gabriel**, s. 255-256.

¹¹² **Scheidegger**, s. 774.

otomobili satın almış ise ortaya çıkacak sonuçlara da -icrai hileler hariç ve ayıba karşı tekeffül hükümleri saklı olmak üzere- katlanması gerekecektir.

Aynı yaklaşımın *cinsel otonomiye* uygulanmasının oldukça tuhaf sonuçlara yol açtığını ifade etmemiz gerekir. Bireylerin cinsel ilişkiye rıza göstermeden önce karşı tarafı sorguya mı çekmeleri gerekir? Yukarıda da belirttiğimiz gibi cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz etmeye namzet çok sayıda özellik bulunmaktadır. Bunların her birinin tek tek ve açıkça sorulması, aksi halde mağdurun yanılığısından kendisinin sorumlu olduğunun mu kabul edilmesi gerekir? Bireylerin birbirine cinsel yolla bulaşan hastalıklarının olup olmadığını, evli olup olmadıklarını, trans birey olup olmadıklarını, kimi zaman yeni tanıştıkları bir süreçte ve romantik bir bağlam içerisinde, sormaları ve bunun aralarındaki ilişkiye zarar vermemesi hayatın olağan akışına ne denli uygundur? Evli bir kişinin bir gece kulübüne gitmeden önce yüzüğünü çıkararak bekar olduğu izlenimi uyandırmasıyla, sorulduğunda evli olduğunu inkâr etmesi arasında ne gibi bir fark vardır? Böyle bir durumda bir gece kulübünde tek başına eğlenen ve parmağında yüzük de olmayan bir kişinin evli olmadığını varsayan mağdur, bunu bir de açıkça sormadığı için sorumsuz mu davranmıştır¹¹³?

Chiesa, cinsel suçlar bakımından hilenin cezalandırılması gerektiği görüşünü savunmamakla birlikte, böyle bir yapı oluşturulsaydı icrai hileleri cezalandırmak için daha güçlü nedenler bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu durumun üç nedeni vardır: Birincisi, bireyleri gerçeği açıklamaya mecbur etmek, onlara yalan söylemeyi yasaklamaya kıyasla özgürlüklerine daha hafif bir müdahale oluşturur [ve bu anlamda tercihe şayandır]. İkincisi, yalan söylemek, gerçeği saklamaya kıyasla genellikle daha büyük bir haksızlık içerir. Üçüncüsü, yalan söylemek, bilgi vermemeye kıyasla, mağdurun otonomisine daha ağır bir sınırlama teşkil eder. Zira bilgi sahibi olmayan kişiye kıyasla, yanlış bilgilendirilmiş kişinin otonomisi daha çok daralmıştır¹¹⁴.

¹¹³ Aynı yönde **Dougherty**, s. 734, 743. Yazarın da isabetli olarak belirttiği üzere, bir kimseyi cinsel davranışa rıza göstermekten caydıracak olan (dealbreaker) bir hususu bildiği halde bunu gizleyerek mağdur ile cinsel ilişkiye giren kişinin ahlaken geçerli bir rıza ile ilişkiye girdiği söylenemez. Ayrıca, mağdurun sorumsuz ve/veya ihmalkâr davranışı, failin daha az kınanabilir olduğu ya da failin daha az haksızlık içerdiği şeklinde de yorumlanamaz.

¹¹⁴ **Chiesa**, s. 458-459. Aynı yönde **Elewa**, Yomna: "Sexual Lies and Sexual Frauds: The Case for Criminalisation", *Edinburgh Student Law Review*, Cilt 3, Sayı 1, 2016, s. 32-34. Yazara göre yalnızca icrai hileler rızayı tam olarak ortadan kaldırır, ihmali hileler ise yalnızca kararı belli bir yönde etkiler. Ceza hukukunun son çare ilkesi gereğince, yalnızca haksızlık içeriği en yoğun olan hileler cezalandırılmalıdır ki bunlar icrai hilelerdir.

Yazarın görüşlerinin yanlış olduğu kanısında değiliz. Kanaatimizce de açık bir soru karşısında yalan söylemek, sessiz kalmaya kıyasla gerçekten de genellikle daha büyük bir haksızlık teşkil eder ve karşı tarafın karar alma mekanizmasını daha fazla ve kötü yönde etkiler. Bununla birlikte bu argümanlar, *yalnızca icrai hilelerin cezalandırılması* için değil, *icrai hilelerin daha ağır cezalandırılması* bakımından anlam taşımaktadır. Nitekim yazarın da yalnızca icrai hilelerin cezalandırılması gerektiği gibi bir iddiası yoktur.

Kanaatimizce, yukarıda zikredilen sebeplerle cinsel rızanın geçerliliğinin oluşumu bakımından icrai hile-ihmal hile ayrımının bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁵. Belirtmek gerekir ki dünya genelinde mevcut uygulama da bu yöndedir¹¹⁶. Bununla birlikte bu ayrım iki açıdan önem arz edebilir. Birincisi, bir özelliğin mağdur tarafından doğrudan sorgulanmış olması ya da fail tarafından bu konuda açıkça yalan söylenmesi, konunun hem subjektif hem de objektif açıdan önemine işaret eder. Bu anlamda icrai hilenin, hile konusu oluşturan özelliğin önemine ilişkin bir işaretçi olduğu kabul edilebilir. İkinci olarak ise, eğer cinsel saldırı suçunun oluştuğu kabul ediliyor ise, failin icrai hileye başvurması ve hilenin boyutları, somut cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir ve alt sınırdan uzaklaşılmasına dayanak teşkil edebilir.

3. Cinsel Suçların Hileyle İşlenmesine İlişkin Sorunlar

Cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik görüşlere yöneltilen temel eleştiri, bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, hangi ölçütler kabul edilirse edilsin, ceza sorumluluğunun alanının katlanılamaz bir biçimde genişleyecek olmasıdır¹¹⁷. Buna karşılık, cinsel suçların hileyle işlenebileceğini savunan yazarlar, görüşün muarızlarını, belli özel ve teorik örnekleri çok fazla abartarak böyle bir sonuca vardıkları yönünde eleştirerek, bazı sorunlu örneklerin bulunmasının teorik sistematığı sorunlu hale getirmeyeceğini ve cezalandırılabilirliğin alanının aşırı derecede genişlemesinin söz konusu olmayacağını belirtmektedirler¹¹⁸.

Bir diğer eleştiri ise manevi unsura ilişkin ispat güçlüğüdür. Failin, mağdurun *eğer gerçeği bilseydi cinsel davranışlara rıza göstermeyeceğini de biliyor olması* gerekir¹¹⁹. Bu ise en azından bazı hallerde ispatı oldukça

¹¹⁵ Aynı yönde **Sharpe**, s. 31 vd., **Taştan**, s. 49.

¹¹⁶ Birleşik Krallık uygulaması hakkında değerlendirmeler için bkz. **Alencar**, s. 460. Türkiye bakımından değerlendirmeler için bkz. **Taştan**, s. 49 vd.

¹¹⁷ **Pundik**, s. 180-182.

¹¹⁸ **Alencar**, s. 464.

¹¹⁹ **Scheidegger**, s. 778.

güç bir husustur¹²⁰. İşaret edilmelidir ki, yalnızca icrai hilelerin cezalandırılacağı kabul edildiğinde bu sorun daha da belirginleşmektedir. Taraflar arasındaki iletişim eğer yazılı değilse, bir sorunun karşı tarafa sorulup sorulmadığı ve bu sorunun nasıl yanıtlandığı ne şekilde ispatlanacaktır? İnsanların önemli ve hassas konuları genellikle yüz yüze konuşmayı tercih ettikleri de göz önüne alındığında meselenin ne kadar çetrefilli olduğu daha açık anlaşılmaktadır.

Cinsel suçların hileyle işlenemeyeceğine yönelik düşüncenin taraftarlarına göre, bir başka sorun da mağdurun bir yalana inandırılmasının, failin “tecavüzcü” olarak kabul edilmesine olanak tanınmasıdır. Bir insanı cebren cinsel ilişkiye zorlayan ya da öldürmekle tehdit ederek ilişkiye giren bir kişi ile onu söz gelimi zengin olduğuna yönelik yalan söyleyerek cinsel ilişkiye ikna eden kişi nasıl aynı kabul edilebilir^{121,122}? Bu düşüncenin bir uzantısı da; küçük yalanların, fantezilerin ve hikayelerin önemli bir yer tuttuğu cinsel hayatta, hile yoluyla cinsel suçların işlenmesini kabul etmenin *herkesi “tecavüzcü” haline getireceğidir*¹²³. Böyle bir anlayış ise, ceza normunun anlamını yitirmesine neden olacak ve gerçek cinsel saldırı mağdurlarına büyük bir saygısızlık teşkil edecektir¹²⁴.

¹²⁰ **Pundik**, s. 183 vd.

¹²¹ **Rubinfeld**, s. 1416. Prensipten cinsel suçların hileyle işlenebileceğini kabul eden *Scheidegger* de aynı düşünceyi paylaşarak, en azından bazı hilelerin “tecavüz” olarak kabul edilmeyi [ve cebir veya tehditle işlenen fiillerle birlikte anılmayı] hak etmediğini öne sürmektedir. **Scheidegger**, s. 783. Aynı yönde **Bergelson**, s. 166-167. *Rubinfeld* de bu tartışmayı ele almış ve hile yoluyla işlenen cinsel suçların, mevcut cinsel suçlar dışında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenip düzenlenmemesi gerektiğini sorgulamıştır. **Rubinfeld**, s. 1416, Aksi yönde **Licea**, s. 116 vd.

Dikkat edilirse, kanunda yer almasına rağmen “tecavüz” ifadesini meselenin anlaşılması bakımından özellikle kullanılmaktadır. Zira hem İngilizce hem Almanca konuşulan ülkelerin hukuk sistemlerinde bu tartışmanın sebebi, organ sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçlarının ayrı bir suç tipi ve ayrı bir isimle anılması (Rape/Vergewaltigung) ve bu ismin hileyle işlenen cinsel suçlar bakımından uygun bir isimlendirme olmadığı düşüncesidir. Hile sonucunda ekseriyetle cinsel ilişki yaşandığından, ortaya çıkan suçlar da bu isimlerle anılan suçlar olmaktadır. Bu anlamda bu eylemleri de cinsel saldırı (Sexual assault/Sexueller Übergriff) olarak isimlendiren Türk hukuku daha avantajlı bir konumdadır.

¹²² Cinsel suçların hile yoluyla işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek zararların, aynı suçların cebir ve tehdit ile işlenen şekli ile karşılaştırılması doktrinde önemli tartışmalara neden olmuş bir konudur. Bu hususta müşahhas bir inceleme için bkz. **Licea**, s. 116- 120.

¹²³ **Manson**, s. 417.

¹²⁴ Bu bağlamda örneğin **Chiesa**, s. 416.

C. Görüşümüz

Cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer, mağdurun (cinsel otonomiye de kapsayan) cinsel dokunulmazlığı olduğu ve rızaya dayanmayan cinsel davranışların cinsel suçların konusu olduğu açıktır. Bu kapsamda, doktrinde çok sayıda yazarın da ifade ettiği gibi, mağdurun rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, iradesinin zorlanmamış olması kadar, kararlarını doğru maddi gerçeklere dayanarak verebilmesi de şarttır. Bu anlamda, Türk ceza hukuku sistematiği ile uyumlu olarak, cinsel suçları rıza yokluğu temelinde anlıyor ve cinsel suçların hileyle de işlenebileceğini kabul ediyoruz¹²⁵. *Wertheimer*'in de isabetle belirttiği üzere “[Neden yalnızca cinsel suçlar bakımından hilenin iradeyi etkilemediğinin kabul edildiği] belirsizdir. Genel bir ilke olarak, A'nun hilesinin B'nin rızasını geçersiz kılacağı zira B'yi, A ile cinsel ilişkiye girmesinin kendisi için iyi ya da kendi prensiplerine uygun olup olmadığına yönelik karar vermekten alıkoyduğu açıktır.¹²⁶”

Cinsel suçların cebir veya tehditle işlenmesinin, hileyle işlenmesinden daha ağır bir haksızlık içerdiği düşüncesine, yukarıda irade oluşumuna yönelik serdedilen gerekçelerle iştirak etmiyoruz. Bunun yanında, *Licea*'nın da isabetle belirttiği üzere, cinsel davranışların ortaya çıkarabileceği en büyük riskler olan istenmeyen hamilelik ve cinsel yolla bulaşan hastalıklar, bu suçların hile ile mi yoksa cebir veya tehdit ile mi işlendiğine göre bir değişkenlik göstermemektedir¹²⁷. Bu anlamda, cinsel suçların hile ile işlenmesinin “o kadar da kötü olmadığı¹²⁸” yönelik düşünceye katılmak mümkün değildir¹²⁹.

Doktrinde cinsel suçların hileyle işlenemeyeceği ya da hilenin çok dar kapsamlı anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar bile, esasen hilenin mağdurun rızasını geçersiz kıldığını reddetmemektedirler. Bu bağlamda hileyi cezalandırmamayı teorik olarak gerekçelendirmemekte ve sınır çizme güçlüğüne bu uygulamaya gerekçe göstermektedirler¹³⁰. Halbuki pratik güçlükler, teorik yanlışlar için bir gerekçe olamaz. Bu anlamda hilenin çok dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüşe¹³¹ iştirak etmiyoruz.

¹²⁵ Bu hususta **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 326.

¹²⁶ **Wertheimer**, s. 193.

¹²⁷ **Licea**, s. 116-118.

¹²⁸ **Rubinfeld**, s. 1416.

¹²⁹ Aynı yönde **Herring**, s. 64 vd. **Mullen**, s. 1048.

¹³⁰ Bu hususta örneğin **Hoven/Weigend**, s. 160, **Taner**, s. 145.

¹³¹ **Taner**, s. 144, **Hoven/Weigend**, s. 160.

Kanaatimizce hileyi, dar yorum metoduyla maddi gerçeklik-saik ayrımına göre sınırlandırmak, bireylerin cinsel otonomisini tam anlamıyla korumamak anlamına gelmektedir. Zira böyle bir ayrımın kabulü halinde, mağdurun gerçeği bilseydi cinsel ilişkiyi açıkça reddedeceği durumlarda dahi hileyle rızası alınarak cinsel ilişkiye girildiği haller cezasız bırakılmış olmaktadır¹³². Kaldı ki yukarıda çok sayıda örnekle de ortaya konulduğu üzere, neyin cinsel ilişkiye dair maddi gerçeklik neyin ise cinsel ilişkinin saiki olduğunu belirlemek de her durumda mümkün olamamakta, sorunlu ve tutarsız hükümlere varılmasına yol açmaktadır.

Bir an için cinsel ilişkinin maddi gerçekliği ile saikleri arasındaki sınırın sorunsuzca çizilebildiği kabul edilse bile, bu durum ayrımın diğer sorunlarını gidermeye yetmemektedir. Çok sayıda yazarın da isabetle belirttiği üzere, ayrımın temelinde yatan “maddi gerçekliğe ilişkin hilelerin saik hilelerine kıyasla daha ağır bir haksızlık teşkil ettiği” varsayımını kabul etmek için hiçbir neden yoktur. Esasen, istenmeyen hamilelik ve HIV bulaşı gibi ölümcül risklerin dahi saik tarafında kaldığı ve *daha hafif* addedildiği bir sistemin en baştan sorunlu olduğu söylenmelidir.

Bu gerekçelerle cinsel suçlar bakımından hilenin geniş yorumunu kabul ediyoruz. Kuşkusuz, böyle bir kabul, hangi yanıltmaların cinsel suçlar bakımından hile teşkil edeceği konusunda bir tartışma yapılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, öncelikle mağdurun tercihlerinin sınırlandırılabilirliğine yönelik tartışmaları ele alacak, ardından hile teşkil edecek davranışların sınırının nasıl çizilebileceğine yönelik ölçütleri tartışacağız.

Cinsel otonominin bir gereği olarak kiminle cinsel ilişkiye gireceğine bireyler bizzat karar verir¹³³. Bu anlamda her bireyin, istediği ölçütlere göre cinsel partnerini seçme hakkı vardır. Bu kararı *kamu düzeni* gibi ölçütlerle sınırlandırmak; “devlet için üreme, üreme için cinsel ilişki” düşüncesinin¹³⁴ cinsel otonomi alanındaki izdüşümüdür ve reddedilmelidir. Kaldı ki bir bireyin, biriyle kuracağı şahsi ilişkide ırk, din, cinsiyet gibi kriterleri gözetmesi **haksız ayrımcılık değil, kişisel tercihtir**. Kanaatimizce bu konuda doktrinlerdeki tartışmaların temel nedeni, köken itibarıyla ceza hukukuna yabancı bir kavram olan “ayrımcılık” kavramının iyi anlaşılammış olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle kısa bir izahta bulunulması yararlı görülmüştür.

Bireylerin cinsel ilişki kuracağı kişiler konusunda tercihte bulunması; birilerini seçmek, birilerini de *seçmemek* anlamına gelmektedir. Bu tercihler

¹³² Aynı yönde **Herring**, s. 64 vd.

¹³³ Aynı yönde **Herring**, s. 71.

¹³⁴ Bu hususta **Taner**, s. 122.

yalnızca cinsel ilişki bakımından değil, her neviden sosyal ilişkiler (arkadaşlık, evlilik, komşuluk vb.) için yapılır. Bu anlamda her birey, kişisel ilişkilerini kurar ve hayatını sürdürürken her an ayrımcı davranışlarda bulunur. Bunlardan yalnızca küçük bir kısmı, hukukun konusunu oluşturan *haksız ayrımcılıktır* (wrong/unjust discrimination). Bireylerin cinsel partner seçimi sırasında, ayrımcılığın temel unsuru olan diğer gruba karşı öfke, nefret, tiksinti gibi duygular ile bir gruba karşı önyargılı ve düşmanca/aşağılayıcı davranışlar¹³⁵ sergilediğini düşünmek oldukça güçtür ve ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Söz gelimi, yalnızca kendi ülkesinin vatandaşlarıyla birlikte olmak isteyen ve bunun birçok açıdan (dil, sosyal çevre vb.) ilişkide kolaylık sağlayacağını düşünen bir kimse, diğer bütün etnik gruplara karşı *ayrımcı* mı davranmaktadır? Bu nedenle ceza hukuku korumasının dışında mı bırakılmalıdır?

Kaldı ki, haksız ayrımcılık, kural olarak kişisel değil toplumsal ilişkilere yönelik bir meseledir¹³⁶. Mal ve hizmetlerden eşit yararlanma, eğitim ve çalışma hayatında denklik gibi konular haksız ayrımcılığın yaygın olarak rastlandığı konuları oluşturur. Hukuk devletinin ve toplumsal barışın bir gereği olarak, bu alanlarda, tüm gruplara mensup bireylerin aynı hakları haiz olması bir zorunluluktur. Buna karşılık bir kişinin doğum günü partisine kimleri çağırdığı veya hangi semtte ev tutmayı ve hangi kesimden insanlarla komşuluk etmeyi tercih ettiği aynı ahlaki ve hukuki incelemeyi gerektiren hususlar değildir. Dolayısıyla ifade edilmelidir ki haksız ayrımcılık, esasen bireysel değil *kurumsal* bir olgudur¹³⁷. Bu anlamda söz gelimi, mutad olarak herkese hizmet veren bir otel sahibinin, Çinli müşterileri oteline kabul etmemesi bir haksız ayrımcılık örneğidir. Bir bireyin Çinlilerle cinsel ilişkiye girmeyeceğine karar vermesi ise, belki çoğunluk için rahatsız edici bir düşüncedir ama haksız ayrımcılık değildir.

Bir an için, bu tercihlerin gerçekten de ırkçı, İslamofobik veya homofobik olduğu kabul edilse dahi, bu durum mağdurun ceza hukuku korumasının dışında bırakılması için bir neden olamaz. *Hoven/Weigend*'e göre: "*Cinsel otonominin bir parçasının da cinsel partnerleri özgürce seçmek ol-*

¹³⁵ <https://dictionary.apa.org/discrimination>, E.T: 06.01.2024.

¹³⁶ **Arneson**, Richard J.: "What Is Wrongful Discrimination?", San Diego Law Review, Sayı 43, 2006, s. 778.

¹³⁷ Ayrımcılığın kurumsal mahiyetini göstermek açısından CCIF 2016 raporu iyi bir örnektir: Rapora göre Fransa'da o yıl içinde İslamofobi eylemlerini gerçekleştirenlerin yalnızca %2'si gerçek kişilerdir. Bu eylemleri gerçekleştirenlerin %34'ü tüzel kişiler, %64'ü ise kurumlardır. Collectif Contre L'Islamophobie en France, *Report 2016*, Ile-de-France, 2016, s. 21.

duğu ve bu seçim kriterlerinin kimi zaman ayrımcı da olabileceği doğrudur. Bununla birlikte, devletin görevi, kişisel -ve kimi zaman ırkçı veya ayrımcı-sakınmaları ceza hukuku ile koruma altına almak değildir¹³⁸” Bu düşüncelere iştirak etmiyoruz. Ceza hukuku korumasının kapsamı, mağdurun düşüncelerinin toplum veya hukuk düzeni tarafından ne kadar benimsendiğine veya hoş karşılandığına göre belirlenemez. Kanun koyucu, mağdurun kişisel tercihlerine hiçbir değer atfetmeme ve bu anlamda cinsel suçların hileyle işlendiği durumları cezalandırmama yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, eğer bu korumayı sağlamaya yönelik düzenleme yapmış ise, mağdurun tercihinin “ahlaki değerine” göre bir ayrıma gidemez¹³⁹. Böyle bir kabul, insan doğasıyla çatışan¹⁴⁰, ceza hukukunu onu devlet aygıtının çıkarlarına göre biçimlendirme aracı olarak kullanmayı öngören bir düşünce tarzının yansımasıdır¹⁴¹. Bu nedenle, bireylerin cinsel ilişkiye dair caydırıcılarının ahlaki gerekçelerle sınırlandırılabilmesi görüşüne iştirak etmiyoruz.

Bu noktada belirtilmelidir ki doktrinde rızanın geniş anlamını kabul eden pek çok yazarın da haklı olarak işaret ettiği üzere; bir kimseye dini, milliyeti veya başkaca bir özelliği nedeniyle cinsel ilişki yaşamak istemeyen bir kişi ile failin sonradan cebir veya tehdit kullanarak cinsel ilişkiye girmesi halinde, mağdurun bu ilişkiyi *en başta neden kabul etmediği* sorgulanmaksızın failin cezalandırılması yoluna gidilmektedir¹⁴². Şu hâlde neden fail bu konuda hileye başvurduğunda mağdurun bu ilişkiyi kabul etmeme gerekçeleri ceza hukuku korumasının kaldırılması için bir sebep haline gelmektedir? Bu sorunun iyi bir yanıtının bulunmadığı kanısındayız.

Bu düşünce tarzının ortaya çıkarabileceği sorunları gözden kaçırıyor değiliz. Söz gelimi, *Kashur* kararından sonra, hem İsrail’de hem de yabancı doktrin ve medyada kararın esasen ırkçı saiklerle verilmiş olduğu, Yahudi olmanın toplumda ayrıcalıklı bir konum olarak tescillendiği ve Yahudilerin Araplardan üstün olduğu bir sosyal düzenin mahkemeler eliyle yerleştiril-

¹³⁸ Hoven/Weigend, s. 160.

¹³⁹ Aynı yönde Lincea, s. 133, Vavra, s. 613, Herring, s. 71, Dougherty, s. 727 vd.

¹⁴⁰ Bireylerin partner seçerken, -başkaca kriterlerle birlikte- ırka, ten rengine, dini inanca göre ayırım yaptıkları bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda zengin istatistiki bilgiler için bkz. Rudder, Christian: Datacylsm: Who We Are, Crown Publishing Group, New York 2014, s. 97 vd.

¹⁴¹ Ceza hukukunun politika oluşturucular ile toplum arasındaki rolü ve sosyal normlarla ilişkisi hakkında daha detaylı bir inceleme ve kuramsal eleştiri için ayrıca bkz. Karabulat, Efe Can: Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2023., s. 58-63.

¹⁴² Bu hususta örneğin Lincea, s. 133.

meye çalıştığı eleştirileri yapılmıştır¹⁴³. Benzer bir sorun, Türkiye’de bazı dezavantajlı gruplar ve özellikle mülteciler bakımından ortaya çıkabilir. Bu tehlikeyi kabul etmekle birlikte, toplumu oluşturan bireylerin cinsel otonomilerinin, bu tür sosyal dengeler için bir *oyun alanı* olduğu fikrini reddediyoruz. Ayrıca, bu eleştirilerin zaten teorik temelden yoksun olduğu, mahkemeler eğer yargılamaları adil ve tutarlı bir biçimde yürütür ise söz gelimi kendini Suriyeli bir göçmen olarak tanıtan bir Türk’ün de aynı şekilde cezalandırılabilmesi izahıta varestedir. Bu bağlamda kanaatimizce bu eleştiriler, cinsel suçların hileyle işlenmesine yönelik fikirlere değil, çeşitli ülkelerde yargının siyasallaşmasına yönelik bir eleştiri olarak okunmalıdır.

Özel hayatın gizliliğinin de cinsel otonominin sınırlandırılması bakımından bir gerekçe olabileceği düşüncesinde değiliz. Kategorik olarak cinsel otonominin özel hayatın gizliliğinden daha önemli olduğunu söylemek mümkün olmamakla birlikte, her iki hak arasında denge kurulması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira özel hayatın gizliliği bağlamsaldır. Kişinin kim olduğuna ve bilgileri kime ifşa ettiğine göre bu gizliliğin kapsamı değişkenlik gösterecektir. Bu hakkın sınırlarını tartışmak çalışmanın konusu olmamakla birlikte, belirtilmelidir ki, cinsel birliktelik iki insan arasındaki en samimi ve yakın ilişkilerden biri olup, böylesi bir yakınlığı kabul etmek, özel hayatın gizliliğini tümüyle ortadan kaldırmamakla birlikte, sınırlarını oldukça daraltmaktadır. Bu itibarla, *Herring*’in de isabetle belirttiği üzere, bir konuda kendini yalan söylemek ya da susmak zorunda hisseden kişinin, o ilişkiyi kurmamayı tercih etmesi gerekir¹⁴⁴.

¹⁴³ Bazı örnekler için bkz. **Zhuang/Liu**, s. 694.

¹⁴⁴ Bu görüşü savunmakla birlikte *Lazenby ve Gabriel*’in ortaya koyduğu *söylenmesi zor sözler* (painful disclosure) konusunun çözümünde güçlük çektiğimizi ifade etmemiz gerekir. Yazarlar bu kapsamda şu örneği vermektedir: “*Ergenlik çağındayken cinsel saldırıya uğramış olan Emma için, bu konuyu partnerine açıklamak son derece acı verici ve güçtür. O da bu konuyu gizlemek [istemektedir]. Ne yazık ki, Emma’nın cinsel saldırıya uğramış olması, birçok insan için onunla cinsel ilişkiye girmeye engel olacak türden bir caydırıcıdır. Zira onlar, Emma’nın cinsel saldırıya uğramış olduğu için seksle ilgili sorunları olacağını, bu hususta aşırı kırılabilir olacağını ya da benzer genellemeleri kabullenebilirler. [Eğer taraflara, karşı taraf için caydırıcı olan her konuyu açıklama yükümlülüğü yüklenirse] bu, ondan gerçekleştirilmesi beklenemeyecek bir talep olacaktır. Tekrar tekrar bu olayla yüzleşmek zorunda kalacak ve bu konuyu [psikolojik olarak] aşması imkansızlaşacaktır. Bu da onun seks (ve aşk) hayatını son derece zora sokacaktır.*” **Lazenby/Gabriel**, s. 271.

Yazarların örneğinin istisnai olduğunu ve kabulü zorunlu olmayan birçok varsayım içerdiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce Emma’nın potansiyel partnerlerinin endişeleri, yazarların bir çırpıda kenara atabilecekleri kadar önemsiz değildir. Nasıl ki Emma’nın psikoseksüel sağlığı önemseniyorsa, partnerlerinininki de önemsenmeli ve onlar da ger-

Bu kapsamda, yukarıda zikredilen *Denino* kararında İsrail Yüksek Mahkemesi'nin tespitleri, başkaca bir açıklamaya yer bırakmayacak ölçüde açıktır: “*Bir kadının [mağdurun], evli bir erkekle veya bir babayla ilişki kurmak isteyip istemediğine ya da onun tarafından hamile bırakılmayı kabul edip etmeyeceğine yönelik karar alma hakkı vardır; erkeğin [failin] ise onun bu kararını etkileyebilecek gerçekleri ondan gizleyip gizleyemeyeceğine karar verme hakkı yoktur*”¹⁴⁵.

Kuşkusuz, şu ana dek yapılan açıklamalar, bütün yanıtların cinsel suçlar bakımından hileye vücut vermesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Bilakis, kanaatimizce cezalandırmanın sınırını aşırı derecede genişleterek toplumdaki cinsel hayatı sekteye uğratacak bir sistemden kaçınmak için, yanıtların hangi durumlarda önemli olacağına ve hile teşkil edeceğine dair bir model geliştirilmesi gerekir.

Esasen hilenin geniş yorumunu savunan yazarların, objektif açıdan en önemsiz görülebilecek konuların dahi, mağdurun rızasını geçersiz hale getirebileceğine ve bu anlamda onun cinsel otonomisini ihlal edeceğine yönelik argümanları felsefi açıdan sağlam bir temele oturmaktadır. Bununla birlikte, *Hoven ve Weigend*'in isabetle belirttiği üzere, kanun koyucu, hukuken koruma altına aldığı bir hakkı, bütünüyle ceza hukuku araçlarıyla koruyacağını garanti etmez¹⁴⁶. Bir başka deyişle, cinsel otonominin ihlal edildiği her fiilin ceza hukuku araçlarıyla karşılanması gerekmez. Bu cümleden olarak, subjektif ölçütü kabul etmekle birlikte, bazı objektif kriterlerin de sınır çizmekte kullanılabilmesi düşüncesine taraftarız. Aşağıda bu hususta kullanılacak ölçütlerin neler olduğu konusu ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki bu kriterlerin hepsinin aynı anda kullanılması gerektiği kanısında olmadığımız

çeği bilmeksizin uzun ve sancılı bir cinsel cinsel hayata mahkûm edilememelidir. Kaldı ki bütün açıklaması zor konuların, bu örnekte olduğu üzere karşı taraf için neredeyse bütünüyle zararsız olmadığı da bellidir. Söz gelimi bir kişinin Hepatit C virüsü taşıdığını açıklaması da oldukça güçtür ama karşı tarafa virüs bulaştırmasının doğuracağı zarar da hesaba katıldığında bu durumu açıklamasının önemi açıkça anlaşılmaktadır. Son olarak, yazarların Emma'nın bu olayı sürekli olarak tekrar tekrar açıklamak zorunda kalacağını; bir başka deyişle çok sayıda kısa süreli ilişki yaşayacağını varsayması da tartışmaya açık bir konudur. Emma'nın hayatı boyunca yalnızca bir veya birkaç cinsel partneri olması da mümkün ve hatta muhtemeldir. Olaya bu varsayım ile bakıldığında, Emma'nın uzun ve kalıcı olması umulan bir ilişkide zaten bu ifşaatta bulunması beklenmelidir.

Bütün bu itirazlara rağmen, yazarların örneğini önemli buluyor ve tarafların en azından bazı önemli konuları gizleyebilmesi gerektiği konusunda iyi bir argüman olduğunu düşünüyoruz.

¹⁴⁵ Denino v. State, karar için bkz. **Bergelson**, s. 154.

¹⁴⁶ **Hoven/Weigend**, s. 160.

gibi, zaten bu mümkün de değildir. Maksudımız, olası kriterleri ortaya koyarak bu alanda içtihat gelişebilmesi ve akademik tartışmanın ilerleyebilmesi için gerekli doneleri sunmaktır.

Bu kriterlerin ortaya konulmasından önce hemen belirtmek gerekir ki, cinsel suçlar bakımından hileye vücut verebilecek hallerin kanunda sayılması iyi bir çözüm yöntemi değildir. Zira her somut olayda hilenin önemini ve ağırlığını belirleyen çok sayıda değişken mevcuttur. Bu anlamda, sayma yöntemi yerine sınır çizme yoluna gidilerek olay bazlı bir çözüme gidilmesinin daha doğru olduğu kanısındayız. Nitekim doktrinde başka yazarlar da bu konuyu ele almış ve sayma yönteminin cinsel otonomiyi korumakta yetersiz kalacağı gerekçesiyle bu düşünceye karşı çıkmışlardır¹⁴⁷. Bu düşünceyi kısmen paylaştığımızı belirtmemiz gerekir. Gerçekten de bu yöntemin yeterli koruma sağlamaması riski mevcuttur. Bununla birlikte kimi zaman cezalandırmanın alanını aşırı derecede genişletme riskini haiz olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Bu kapsamda önerilen ölçütlerden ilki, hilenin neden olduğu *risk/zarardır*. Riskin dar anlamda, yalnızca bedensel zararlara yönelik olarak anlaşılması mümkündür¹⁴⁸. Söz gelimi HIV pozitif olan bir kimsenin, bu durumu gizleyerek karşı tarafın rızasını temin etmesi durumunda, mağdurun güvenli bir cinsel hayat yaşamaya dair otonomisini ihlal ettiği kuşkusuzdur¹⁴⁹. Bu bağlamda mağdurun rızasına geçerlilik atfedilmesi mümkün olmayıp, failin cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılması gerekir^{150,151}. Kuşkusuz böyle bir yaklaşım, hemen hemen bütün hile hallerini ceza sorumluluğu dışında bırakacaktır. Dolayısıyla riskin, duygusal ve psikolojik zarar ile mali zararları da kapsayacak şekilde daha geniş anlaşılması da mümkündür¹⁵². Şüph yok ki böyle bir düşünce de cezalandırmanın alanını çok genişletme riskini barındırmaktadır. Bu anlamda, başkalarıyla yakın ilişkiler kuran herkesin göze alması gereken kalp kırıklıkları ile psikolojik tanı almayı gerektiren travmatik deneyimler arasındaki farkın iyi anlaşılması, yalnızca ciddi psikolojik zararların bu kapsamda mütalaa edilmesi gerekir.

¹⁴⁷ **Licea**, s. 127.

¹⁴⁸ **Bergelson**, s. 162.

¹⁴⁹ **Zhuang/Liu**, s. 689.

¹⁵⁰ Aynı yönde **Zhuang/Liu**, s. 689, **Licea**, s. 134, **Bergelson**, s. 164. Aksi yönde **Clement**, s. 268.

¹⁵¹ *Chiesa* 'ya göre bu fiil, halihazırda bazı eyaletlerde uygulandığı üzere ayrı bir suç olarak tanımlanmalıdır. **Chiesa**, s. 454-455. *Scheidegger* de benzer bir görüşü savunmaktadır. **Scheidegger**, s. 782.

¹⁵² Aksi yönde **Licea**, s. 132.

Belirtmek gerekir ki risk/zarar düşüncesi, cinsel suçların hileyle işlenebileceğini kabul eden yazarların büyük bölümü tarafından eleştirilmiştir. Mezkûr yazarlara göre, riskin veya zararın araştırılması, *bizatihi hileyle cinsel ilişkiye girmenin haksızlığını* göz ardı eden fikrin bir uzantısıdır. Ayrıca hiçbir zarar doğmasa ya da tehlike ortaya çıkmasa da cinsel rızanın hileyle temini cezalandırmaya layık bir haksızlık olarak kabul görmelidir¹⁵³.

Objektif ilişkinlik de başka bir kriter olarak kullanılabilir. Buna göre, bir yanıltmanın hile olarak kabul edilebilmesi için, hilenin konusunun doğrudan cinsel rızanın oluşumu üzerinde etkili olması gerekir¹⁵⁴. Doktrininde bazı yazarlar bu bağlamda, hilenin konusunu oluşturacak özelliğin doğrudan faille ilişkin olması gerektiğini de belirtmektedirler. Bu bağlamda failin, mağdurun ilgisini çekmek için veya başka bir nedenle, ilgisiz konularda yalan söylemesi, hilenin konusunu oluşturmamalıdır¹⁵⁵. Bu düşünceye iştirak ettiğimiz gibi, cinsel rızanın oluşumunda doğrudan etkili olabilecek dışsal bir yalan düşünmenin de kolay olmadığı kanısındayız.

Herring, açıkça bu isimle anmamakla birlikte, *subjektif ilişkinlik* kriterini benimsemektedir. Yazara göre, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermek konusundaki kararını etkilemeyen konularda yalan söylenmesi, bu bağlamda hile olarak kabul edilmemelidir¹⁵⁶. Bu düşüncenin itiraz edilecek bir yanı olmamakla birlikte, konunun anlaşılmasına da katkı sağlamayan, malumun ilamı niteliğinde bir fikir olduğu kanısındayız.

Kanaatimizce *objektif ilişkinlik* bağlamında bir alt unsurun daha ilave edilmesi mümkündür. Bir yanıltmanın ceza sorumluluğuna sebebiyet verecek bir hile kabul edilebilmesi için, yanıltmanın, **yaşanan cinsel ilişkinin içeriği hakkında doğrudan bir etki doğurması gerekir**. Bu konuyu bir örnekle açıklamanın faydalı olacağı kanısındayız: Söz gelimi, yukarıda verdiğimiz başka bir ülkede yaşayan ama mağdurun bulunduğu şehre iki günlüğüne geldiğini gizleyerek orada yaşadığını belirten fail örneğinde, failin mağdurdan gizlediği gerçeğin, aralarında yaşanan cinsel ilişkinin içeriği üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur. Her iki durumda da fail, mağdurun arzu ettiği kişi olmayı sürdürmektedir. Failin bu davranışı, mağdurun yalnızca aralarındaki ilişkiden beklentileri konusunda onu yanıltacak ve muhtemelen

¹⁵³ Bu yönde örneğin *Licea*, s. 130. *Dougherty*, s. 726, *Clement*, s. 30 vd.

¹⁵⁴ *Manson*, bir kimsenin vücudunda bulunan potasyum miktarının, ne mağdurun bilmesi gereken ne de cinsel rıza üzerinde önem taşıyan [absürt] örneklerden biri olduğunu ifade etmektedir. *Manson*, s. 421.

¹⁵⁵ *Licea*, s. 128.

¹⁵⁶ *Herring*, s. 71.

sonrasında acı ve keder duymasına neden olacaktır. Bununla birlikte aralarındaki cinsel ilişkinin içeriği değişmemiştir.

Bu durum, failin evli olduğunu gizlemesi örneği ile kıyaslandığında aradaki farklılık açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu takdirde fail, mağduru yalnızca geleceğe yönelik beklentileri konusunda yanıltmamış, aynı zamanda aralarındaki ilişkinin içeriği bakımından da yanıltmıştır. Evli bir kişiyle, bunu önceden kabullenmeyerek, cinsel ilişkiye girmek, gayri ahlaki ve insanların önemli bir bölümü için travmatik bir deneyimdir. Fail, mağdurun bu anlamda rıza göstermediği bir cinsel ilişkiye hileyle girmesine neden olmuştur. Dolayısıyla failin evli olduğunu gizlemesi, cinsel ilişkinin içeriği üzerinde doğrudan etkilidir. Aynı şekilde, cinsel yolla bulaşan hastalıklar, kısırlık, bazı durumlarda partnerin cinsel geçmişi gibi konular doğrudan cinsel ilişki üzerinde etki olmaktadır.

Bu noktada cinsiyet meselesinin tartışılmasında yarar görmekteyiz. Kanaatimizce, partnerin cinsiyeti, cinsel ilişkinin maddi gerçekliğinin bir parçasıdır. Bu anlamda, hilenin dar yorumu kabul edilse dahi, bu konuda mağduru yanıltan kişinin cinsel saldırı suçundan cezalandırılması gerekir. Bununla birlikte, bir an için karşı tarafın cinsiyetinin mağdurun saikine ilişkin olduğu kabul edilirse dahi, bunun hilenin kabul ettiğimiz geniş yorumuna göre cezalandırılması gereken bir fiil olduğu kanısındayız. Zira bir bireyin cinsel yöneliminin temelinde hangi cinsiyetten insanlarla birlikte olduğu yatmaktadır. Her cinsel yönelim isimlendirmesi bu bilgiyi (heteroseksüel, gay, biseksüel, panseksüel gibi) açıkça ifade eder ve sıklıkla cinsel kimliğin temel unsurlarından biri olarak kabul edilir. Bu kapsamda failin *cinsel yönelimine aykırı* bir cinsel ilişki kurmasına neden olacak bir yanılgıdan daha ağır bir saik yanılgısı düşünmek güçtür¹⁵⁷. Bu anlamda mağdurun, failin cinsiyeti konusunda yanıltılması, objektif ilişkinliği en güçlü kriterdir ve cezalandırmanın konusunu oluşturabilecek bir hiledir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Aynı yönde **Licea**, s. 134, **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 334.

¹⁵⁸ Belirtmek gerekir ki doktrinde özellikle feminist harekete mensup yazarların, cinsiyet “hile”lerini hile olarak mütalaa etmedikleri bu tür durumlarda, herhangi bir suç oluşmadığının kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşlerine rastlanmaktadır. **Clement**’in görüşlerinin bu bakış açısını iyi izah ettiği kanısındayız: “*Bu tür davalardaki... güçlüğün sebebi, tarafların maddi gerçekliğe ilişkin uyumsuzluk içinde olmasıdır. Müştekiye göre fail ‘gerçekte kadın’dır, Faile göre ise kendisi bir erkektir. Hukuk, bu görüşlerin hangisinin gerçek olduğuna yönelik bir tutum belirlemelidir. Meri hukuk, müşterinin faile yönelik düşüncesini, failin kendisine ilişkin tanımlamasına üstün tutmaktadır. Bu hem trans bireylerin yaşamlarını ve tecrübelerini silip atması bağlamında isabetsizdir hem de... [trans bireylere cinsiyet değişikliği imkanı tanıyan ve eşit haklar veren] düzenlemelerle uyumsuzdur.*” **Clement**, s. 20.

Kuşkusuz, maddi içerik-saik ayırımına getirilen eleştiriler bu kritere de yöneltilebilir. Bir konunun ne zaman cinsel rıza ve cinsel ilişkinin içeriği üzerinde doğrudan etkili olduğunun kesin olarak söylenemeyeceği ileri sürülebilir. Şu hâlde bu kriteri öne sürmekle sorun yalnızca ötelenmiş mi olmaktadır? Kanaatimizce, gerçekten de doğrudan ilişkinliğin tespiti her durumda (söz gelimi din, ırk, sosyal ve ekonomik statü gibi konularda) kolay olmamakla birlikte, tek başına bu kriterin dahi maddi içerik-saik ayırımının çözemediği çok sayıda sorunu çözdüğünü belirtmek gerekir.

Doktrinde önerilen bir diğer kriter ise *el'an mevcudiyettir*¹⁵⁹. Buna göre, hilenin konusunu teşkil eden şeyin ya geçmişe ya da şimdije yönelik olması gerekir. Vaatler, tahminler ve olasılıklar hilenin konusunu oluşturamamalıdır. Kanaatimizce gerçekten de bu kriterin uygulanması, hem hayatın akışına daha uygundur hem de ceza sorumluluğuna doğru bir bakış açısının sonucudur. Gerçekten de hiç kimsenin, cinsel saldırı suçunun faili olmaktan kaçınmak için söz gelimi evlilik vaadine mecbur kılınması düşünülemeyeceği gibi¹⁶⁰; mağdurun cinsel otonomisi, onun gelecekteki olayların gelişimi üzerinde mutlak hakimiyet kurması şeklinde de genişletilemez.

Bu düşünceleri konunun anlaşılması bakımından değerli buluyor ancak iştirak etmiyoruz. Yazarın da isabetle belirttiği üzere, fail ve mağdurun maddi gerçekliğe ilişkin bakış açıları birbirinden farklıdır. Esasen bu farklılık, fail veya mağdurun şahsi ayrıksılığından ileri gelmeyip, konuya ilişkin dünya kamuoyundaki bölünmüşlüğü'nün bir sonucudur. Gerçekten de, trans bireylerin "gerçek cinsiyeti" konusunda bir konsensüs söz konusu değildir. Yazara katılmadığımız nokta, bu durumda hukuk düzeninin bir taraf seçmesi gerekliliğine ilişkindir.

Kanaatimizce toplumsal açıdan böyle bir görüş ayrılığının bulunduğu bir meselede, iki tarafın da kendi gerçekliğini diğerine dayatma hakkı olamaz. Bu nedenle bu tür durumlarda bir tarafın diğer tarafa durumunu açıklayarak onun kararına saygı duyması, gerekirse cinsel ilişkiden kaçınması gerekir. Hukuk düzenine düşen, böyle bir durumda *maddi gerçekliğin ne olduğuna karar vermek* değil, bireylerin karar alma hürriyetini korumaktır. Bu bağlamda, yazarın düşüncelerini "hukuk düzeninin mağdurun tarafını seçtiği" şeklindeki hatalı değerlendirmesi üzerine kurması bir *a falsis principis proficisci* örneğidir.

¹⁵⁹ Bu yönde **Licea**, s. 127.

¹⁶⁰ Aynı yönde **Licea**, s. 127, **Taner**, s. 146, **Schulhofer**, s. 91, **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 333, Aksi yönde **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 333, **Dougherty**, s. 719, dn. 4. Yazarın tespiti gerçekten ilginçtir: "*Vaatlerin...şimdije değil geleceğe dair olduğu için hile teşkil etmediğini kabul edenler... şu gerçeği gözden kaçırmaktadır ki, bir kimseye aşk ve evlilik vaat eden kişi, aynı zamanda çok daha muteber bir bilgiyi de ifşa eder -yalnızca kendisinin bilebileceği özel bir bilginin açıklanmasıdır bu: Bu hisleri açıklamakla kişi, o anda, aklıyla ve kalbiyle, bağlanma niyetiyle ve derin duygular ile dolu olduğunu belirtmiş olur.*"

Kuşkusuz bu tespitlerde karşı çıkılacak bir yön bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlilik vaadi şeklinde zuhur eden ve gerçekten de romantik duygulara işaret eden bu tür

Bunun yanında, zaten cinsel saldırı suçunun konusunu oluşturulmaması gereken, cinsel ilişki karşılığı maddi ve manevi “yardım” vaadinin tutulmaması türü eylemler de ceza sorumluluğu dışında bırakılmış olmaktadır. Kanaatimizce bu türden cinsel ilişkilere giren kişilerin cinsel otonomileri, salt vaatlerin yerine getirilmemesi dolayısıyla, zaten ihlal edilmiş olmamaktadır. Cinsel otonomilerini çıkar temini yönünde kullanan bu kişilerin, bekledikleri çıkarı elde edememiş olmaları, onların ceza hukuku normlarını bir tehdit aracı haline getirebilmelerinin bir gerekçesi olamaz¹⁶¹.

Cinsel suçlar bakımından hileye vücut veren hallere yönelik sınırlamalar böylece ortaya konulduktan sonra, son olarak ifade etmek gerekir ki, bu kapsamda icrai hile-ihmal hile ayrımının söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim yukarıda bu ayrımın sorunlarından bahsedilmiş durumdadır. Kanaatimizce, mağdurun rızasını geçersiz kılacak hususlarda, makul ve ortalama zekaya sahip bir birey, partnerine bu konuları açıklaması gerektiğinin bilincindedir. Söz gelimi HIV pozitif olan bir kişi, güvenli cinsel hayat pratikleri gereğince zaten bu durumunu partnerine açıklamalıdır. Aynı şekilde, evli olan bir kişinin partnerine bunu açıklaması gerektiğini düşünmemiş olması akla aykırıdır. Bunların mağdur tarafından açıkça sorulmamış olması nedeniyle failin ceza sorumluluğundan kurtulabileceği kanısında değiliz.

Her ne kadar rızanın geçersiz kılınması için icrai hilenin şart olduğunu kabul etmesek dahi, cinsel partnere açıklanması genel olarak zorunlu addedilmeyen hususlar bakımından, yalnızca icrai hilelerin rızayı geçersiz kılacağına kuşku yoktur. Söz gelimi, eğer kendilerine sorulmamış ise, bireylerin partnerlerine dini inançlarını, siyasi görüşlerini, hangi millete mensup olduklarını, şahsi servetlerini, cinsel geçmişlerini vb. açıklamaları gerekmez. Eğer bu konular mağdur için gerçekten önemliyse onun bu hususları ya açıkça sormuş olması veya isteklerini açıkça belirtmiş olması gerekir ki fail

sözlerin, gelecekte faili bir yönde davranmaya zorlayamayacağı ve bu bağlamda cinsel saldırı suçu bakımından hile teşkil edemeyeceği kanısındayız.

¹⁶¹ Aksi yönde **Dougherty**, s. 730. Hilenin tespitinde subjektif ölçütü benimseyen yazara göre, böyle bir düşünce bir “cinsel ahlakçılık” kalıntısıdır. Bireylerin cinselliğini söz gelimi bir iş edinmek, kendine alan açmak, yükselmek gibi amaçlarla kullanması da mümkün olup; bunların ahlaken doğruluğunu veya yanlışlığını değerlendirerek karar vermek hatalı bir yaklaşımdır.

Yazarın görüşlerine kısmen katılmakla birlikte, farklı görüşlere varmış olmamızın nedeni mağdurların cinselliklerini çıkar amacıyla kullanmalarını ahlaksızca bulmamız değil, bu tür durumlarda mağdurun cinsel otonomisinin nasıl ihlal edildiğini tespit edemiyor olmamızdır. Nitekim **Bergelson** da benzer bir gerekçe ile bu takdirde ancak mağdurun başka bir hakkı da ihlal edilmiş ise failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. **Bergelson**, s. 164-166.

bu hususlardan haberdar olup bu konularda açıklama yapmak ya da yapmamak konusunda bir karar verebilsin. Kuşkusuz, bu hususlar kişiler arasındaki ilişkinin mahiyetine göre büyük değişkenlikler gösterdiğinden, somut olayın özelliklerine göre olay bazlı çözüme varılması en doğru yöntemdir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, günümüzde romantik ilişkilerin kurulmasında temel araç halini almış olan online partner edinme sitelerinde; yaş, boy, ırk, din, atletik yapı, madde kullanımı vb. bilgiler kişilerin profillerinde halihazırda yer almakta ve diğer kullanıcılar tarafından en baştan itibaren görülebilmektedir. Bu bilgileri yanlış dolduran kişilerin bu davranışlarının gelecekte cinsel suçlar bakımından hile teşkil edebileceğinde kuşku yoktur¹⁶². Hileli davranışın fail ile mağdur tanışmadan önce gerçekleşmiş olma-

¹⁶² Bu görüşün çeşitli açılardan eleştirilebilmesi mümkündür. Öncelikle bahsi geçen platformlarda çokça gerçeğe aykırı bilgi ve beyanda bulunulduğu dikkate alındığında, mücerret yalanın, cinsellik odaklı bir eşleşmede hile olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, her iki tarafın da bu bilgileri yanlış doldurması nedeniyle fail ve mağdurun tespitinde güçlük doğması da olasıdır. (Çalışmanın sayın hakemine bu noktaları dile getirerek tartışmaya katkı sağladığı için şükranlarımızı sunuyoruz.)

Bu noktada ceza sorumluluğunun kapsamına dair bazı nüansların belirtilmesinde yarar görülmüştür: Öncelikle belirtmek gerekir ki, kullanıcı profilindeki mücerret yalan, o yalanın tanışıklık sonrasında sürdürülmesiyle bir “mizansen” halini almakta ve ceza hukuku bağlamında hileye vücut vermektedir. Yalanın sürdürülmesi, ille de yinelenmesini gerektirmez. Önceden söylenmiş mücerret yalanın inkâr edilmemesi ve ona uygun davranılması yeterlidir. Bu kapsamda profil bilgilerindeki yanıltıcı bilgilerin, dolandırıcılık suçunun işlenmesi için gazete veya internet sitelerine verilen ilanlarla benzer nitelikte olduğu kanısındayız. Yukarıda “...**gelecekte cinsel suçlar bakımından hile teşkil edebileceğinde...**” ifadesine yer verilmesinin nedeni de budur.

İkinci olarak belirtilmelidir ki, bir kişinin online tanışma sitesi profilindeki bir bilginin yanlış belirtilmesi ve taraflar tanıştıktan sonra cinsel ilişkiye girilene değin bir daha hiç konuşulmamış olması mümkündür ancak bu durum, bu platformlarda sıkça mücerret yalana başvurulduğu ve bilgilerin genellikle tanışma sonrası teyit edildiği dikkate alındığında, konunun mağdur bakımından gerçekten önemli olup olmadığı bakımından şüphe uyandırıcıdır. Kanaatimizce kural olarak, böyle bir durumda konunun subjektif önemi bulunmadığından bahisle cinsel saldırı suçunun oluşmadığı düşüncesi ağırlık kazanmalıdır.

Nihayet, bu neviden yanıltıcı bilgiler ancak cinsel davranışların gerçekleşmesi ile ceza hukuku bakımından anlam kazanacaktır. Bu da neredeyse her durumda fail ile mağdurun bir araya gelmesini ve birbirlerini tanımasını gerektirmektedir. Bu itibarla en sık mücerret yalana başvuru boy, kilo, yaş, cinsiyet, ten rengi, fiziki görünüş gibi konulardaki gerçekler (yukarıdaki *Jamie* örneği gibi olağandışı hadiseler bir yana bırakılırsa) taraflar bir araya geldiğinde zaten ortaya çıkmış olacaktır. Dolayısıyla bu platformlardaki yanıltıcı bilgilerin eğer şartları varsa hileye vücut vereceğinin kabul edilmesinin ceza sorumluluğunu uygulamada çok genişleteceği kanısında değiliz.

sının ve yalnızca mağdura yöneltilmemiş olmasının bu anlamda bir önemi yoktur. Belli bir kişiye yöneltilmeyen beyan ve ilanlar hazırlık hareketi olarak kabul edilse dahi, failin daha sonra mağdurda uyandırdığı bu yanlışlığa binaen söz ve davranışlarını düzenlemesi, mağdurdaki yanlışlığı sürdürmesi ve onunla cinsel ilişkiye girmesi, her halükârda bir bütün halinde hileli davranışı oluşturacaktır. Bu konular daha sonra fail ile mağdur arasında tekrar konuşulmamış olsa bile, mağdurun cinsel ilişkiye gösterdiği rızaya geçerlilik atfedilmemeli ve failin eğer şartları varsa cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

SONUÇ

20. yüzyılın ortalarından itibaren cinselliğe bakış açısı değişmeye başlamış, dünya genelinde evli çiftler arasındaki cinsel birlikteliklerin dışındaki bütün cinsel birliktelikleri yasaklamaya ve ceza hukuku müeyyidelerine tabi kılmaya yönelik anlayış da yavaş yavaş yerini bireylerin cinsel dokunulmazlığını korumakla sınırlı bir yaklaşıma bırakmıştır¹⁶³. Kuşkusuz bu kadar büyük bir alanın ceza hukuku alanı dışına çıkarılması, henüz çözümlenememiş birçok sorunu da peşinden sürüklemiştir.

Ceza hukuku sistemlerinde henüz cinsel davranışlar bakımından rızanın oluşumu, kapsamı, rızanın oluşumu bakımından iradeyi sakatlayan hallerin neler olabileceği konusunda nihai kararlar verilmemiştir. Bu konu, sıcak bir sorun olarak hala ceza hukukçularının karşısında durmaktadır.

Bu çalışma ile mevcut sorunu çözmeyi değil, soruna işaret etmeyi amaçlamış bulunuyoruz. Her ne kadar Türkiye’de bu hususta henüz dikkate değer bir uygulama sorunu ortaya çıkmamış ise de, çalışma boyunca zikredilenlere benzer davalar yakın gelecekte mahkemelerin önüne gelecektir. Esasen Türk hukuku 5237 sayılı TCK ile cinsel suçları kanaatimizce isabetli

Şüphesiz her iki tarafın birbirine aynı anda yalan söylemesi ve karşı tarafın cinsel rızasını hileyle temin ederek ilişkiye girmesi mümkündür. Bununla birlikte bu durum online tanışma platformlarına özgü bir sorun değildir, bireylerin herhangi bir vesileyle tanıştığı bütün durumlarda bu sorun yaşanabilir. Bu durumun ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından yarattığı pratik güçlüğü kabul etmekle birlikte, cinsel suçların hileyle işlenmesine yönelik teorik izahlara hanel getirmediği kanısındayız. Nitekim TCK m. 104’te de 15-18 yaş aralığındaki iki kişinin cinsel ilişkiye girmesinde benzer bir sorun sıklıkla ortaya çıkmakta ancak bu sorun -ceza sorumluluğunun kapsamına ilişkin eleştiriler hariç- hükmün meşruiyet ve uygulanabilirliğini ortadan kaldırmamaktadır. Her iki tarafın aynı anda hileyle başvurması halinde ceza sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiğine yönelik görüş (ve eleştiriler) için ayrıca bkz. **Rubinfeld**, s. 1414-1415.

¹⁶³ Türk ceza hukukunda 5237 sayılı TCK ile benimsenen ahlaki nötrleşmeye dair **Yokuş Sevik**, s. 246.

bir şekilde, *rıza yokluğu* temelinde algılayan bir yaklaşımı benimsemekle, bu anlamda cinsel suçların hile yoluyla işlenmesi açısından da ilerlemeci bir tutum takınmıştır. Bu noktada mahkemelerin, konuya ilişkin etraflıca bir bilgiye sahip kılınmasını ve dünyadaki mevcut yaklaşımlardan haberdar edilmesini önemsemekteyiz.

Kanaatimizce, cinsel dokunulmazlığın korunması, gerçekten de bireylerin iradelerini sakatlayan bir durum olmaksızın cinsel karar alma hürriyetlerine sahip olmalarını gerektirir ve bu anlamda hileli davranışların cinsel suçlara vücut vermesi gerekir. *Herring*'in de isabetle belirttiği üzere “*Rızanın elde edilmesi, karşı tarafa evet dedirtmek için ne dolaplar çevirmek gerektiğinin araştırıldığı bir oyun değildir; cinsel birliktelik, karşılıklı saygı ve desteğin egemen olduğu bir havada [gerçekleşmelidir] ki her iki tarafın da gerçekten arzu ettiği bir olguya dönüşebilsin*¹⁶⁴.”

Çalışmada da etraflıca ortaya konulduğu üzere, bireylerin cinsel dokunulmazlığını ceza hukuku araçlarıyla etkin bir biçimde koruyabilmenin yolu, gelecekte hukuk sistemlerinin hile hallerini de kapsayacak ölçüde genişlemesidir. Henüz bu genişlemenin teorik safhasının yaşandığı yılları idrak etmekteyiz. Konuya ilişkin eserler günden güne artmakta, farklı ülkelerin yüksek mahkemelerinden dünya kamuoyunu şaşkırtan kararlar çıkmakta ve tartışmalar yavaş yavaş şiddetlenmeye başlamaktadır. Nitekim konunun politika oluşturucular tarafından da dikkate alındığı ve çok sayıda ülkenin yasama çalışmalarında bu konuya yer verilmeye başlandığı görülmektedir. Bu itibarla, savunduğumuz görüşlerin -eski ve yeni görüşler birlikte değerlendirildiğinde- azınlıkta kaldığının ve hatta Türkiye örneğinde “radikal” olduğunun bile ileri sürülebileceğinin bilincinde olmakla birlikte, bu tablonun uzun vadede değişeceği ve değişmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kuşkusuz, ceza hukuku sorumluluğunun alanını ölçüsüzce genişletmek amacıyla, hileli davranışlardan yalnızca belli bir önemi haiz olanların cezalandırılması için sınırlayıcı ölçütlerin geliştirilmesine taraftarız. Çok sayıda ölçütü çalışmada ortaya koymuş, tartışmış ve önerilerde bulunmuş olmakla birlikte; kanaatimizce bu ölçütlerin geliştirilmesi, yalnızca hukukçuların masa başındaki fikir işçiliğine bırakılamayacak bir meseledir. Bu anlamda, onlara gerekli malzemeyi sunabilmek için, cinsel davranışlara yönelik rıza oluşumunun, karar alma mekanizmalarının; cinsel hayata dair objektif risklerin ve subjektif risk algılamalarının ortaya konulduğu çalışmalar yapılmalıdır. Ancak böyle bir usul takip edilmekle cinsel davranışlara gös-

¹⁶⁴ **Herring**, s. 76.

terilen rıza bir hukuki kavram olmaktan çıkarılarak maddi içeriğe sahip kılınabilir. Bir başka söyleyişle, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin kararında belirttiği “*makul bir üçüncü kişinin cinsel rızanın oluşumu bakımından çok önemli olarak addedeceği*” özelliklerin gerçekte ne anlama geldiği, psikolojik araştırmalarla ortaya çıkarılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Alencar**, Tician: “Conditional Consent and Sexual Crime: Time for Reform?”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 85, Sayı 6, 2021, s. 455-465.
- Arneson**, Richard J.: “What Is Wrongful Discrimination?”, *San Diego Law Review*, Sayı 43, 2006, s. 775-808.
- Bergelson**, Vera: *Sex, Lies and Law: Rethinking Rape-By-Fraud*, in: *Consent and Control: Legal Perspectives on State Power*, 1st Ed, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2016.
- Chiesa**, Luis E.: “Solving the Riddle of Rape-by-Deception”, *Yale Law & Policy Review*, Cilt 35, Sayı 2, 2017, s. 407-460.
- Clement**, Rachel: *Deception, Mistake, Privacy and Consent: A Conceptual Framework for Resolving the ‘Line-drawing’ Problem in Sex-by-Deception and Mistaken Sex*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Oxford 2018.
- Collectif Contre L’Islamophobie en France**, Report 2016, Ile-de-France 2016.
- Dougherty**, Tom: “Sex, Lies and Consent”, *Ethics*, Cilt 123, Sayı 4, 2013, s. 717-744.
- Elewa**, Yomna: “Sexual Lies and Sexual Frauds: The Case for Criminalisation”, *Edinburgh Student Law Review*, Cilt 3, Sayı 1, 2016, s. 27-40.
- Herring**, Jonathan: “Rape and the Definition of Consent”, *National Law School of India Review*, Cilt 26, Sayı 1, 2014, s. 62-76.
- Hoven**, Elisa/**Weigend**, Thomas, “Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht”, *KriPoZ*, 3, 2018, 156-161.
- Karabulat**, Efe Can: *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2023.
- Kaya**, Funda: *Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016.
- Kılıç**, Abbas: “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 78, 2008, s. 167-204.
- Lazenby**, Hugh/**Gabriel**, Jason: “Permissible Secrets”, *The Philosophical Quarterly*, Sayı 68, 2018, s. 265-285.

- Licea**, Ricardo: “How to Expand Rape by Deception and Protect Consent”, *University of Massachusetts Law Review*, Cilt 17, Sayı 2, 2022, s. 112-141.
- Manson**, Neil C.: “How Not to Think about the Ethics of Deceiving into Sex”, *Ethics*, Cilt 127, Sayı 2, 2017, s. 415-429.
- Mullen**, Michael: “Rape by Fraud: Eluding Washington Rape Statutes”, *Seattle University Law Review*, Sayı 41, 2018, s. 1035-1052.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Özgenç**, İzzet: “Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı XXIV, 2020, s. 257-276.
- Pundik**, Amit: “The Law of Deception”, *Notre Dame Law Review Online*, Cilt 93, Sayı 1, 2018, s. 172-186.
- Rubinfeld**, Jed: “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, *The Yale Law Journal*, Cilt 122, 2013, s. 1372-1443.
- Rudder**, Christian: *Dataclysm: Who We Are*, 1st Ed., Crown Publishing Group, New York 2014.
- Scheidegger**, Nora: “Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception”, *German Law Journal*, Cilt 22, 2021, s. 769-783.
- Schulhofer**, Stephen J.: “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond”, *Law and Philosophy*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1992, s. 35-94.
- Scutt**, Jocelyne A.: “Fraudulent Impersonation and Consent in Rape”, *The University of Queensfand Law Journal*, Cilt 9, Sayı 1, 1976, s. 59-65.
- Sharpe**, Alex: “Expanding Liability for Sexual Fraud Through the Concept of ‘Active Deception’: A Flawed Approach”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 80, Sayı 1, 2016, s. 28-44.
- Şare**, Ersin: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2019, s. 977-1023.
- Taner**, Fahri Gökçen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

- Taştan**, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Vavra**, Rita: “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Cilt 12, 2018, s. 611-618.
- Wertheimer**, Alan: Consent to Sexual Relations, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Yokuş Sevük**, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, 2005, s. 243-282.
- Zhuang**, Jin/**Liu**, Xin: “Solving the Myth of Rape-by-Deception: Based on the Restatement of Sexual Autonomy”, Beijing Law Review, Cilt 13, 2022, s. 673-696.

AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA TATMİN

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1404997>

Dr. Omca ÖZDEMİR* **

Öz

Devletlerin diğer bir devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden doğan zararlarının onarılması yöntemlerinden biri olarak uygulanagelen tatmin, zaman içerisinde devletlerin insan hakları ihlallerinden doğan zararların onarımı süreçlerinin de bileşeni haline gelmiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63. maddesinin kendisine sunduğu geniş yetkiyi uluslararası sorumluluk hukuku içtihatları ile güçlendirerek insan hakları ihlallerinden doğan zararların onarımında güçlü ve yaratıcı bir içtihat yaratmıştır. Mahkeme, devletler arasında uluslararası hukuka aykırı eylemlerden doğan zararların onarımı araçlarından biri olarak uygulanagelen tatmini insan hakları hukukunun özgül ihtiyaçları kapsamında yorumlayarak, çeşitlendirerek ve uygulayarak bu hukuk alanında işlevselleştirmede önemli bir rol oynamıştır. Mahkemenin bu bakımdan insan hakları hukukuna katkısı, tatminin insan onuruna saygıyı içeren sosyal normların güçlendirilmesinde, kendisinin tatmin içtihadından önce insan hakları hukukunda hakim onarım yöntemi olan tazminata kıyasla etkili oluşundan kaynaklanmaktadır. Zira tatmin; ihlallerin gerçekleştiği sosyal ortamın dışında bulunan ve devletin topluma müdahale araçlarından yoksun olan uluslararası mahkemelerin, insan haklarına dayalı bir hukuksal ve toplumsal düzenin ihlallerin gerçekleşmeleri beklenmeden sağlanmasını desteklemeleri açısından önemli bir hukuksal araçtır. Sosyal çevreye dönük bu tür katkıların yaygınlaşması, insan hakları mahkemelerinin artan iş yükleriyle başa çıkmaları bakımından da anlamlı sonuçlara yol açabilecektir.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara (omca-ozdemir@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-0168-768X (Gönderim Tarihi: 14.12.2023-Kabul Tarihi: 25.04.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

** Makale için değerlendirmelerini ve dolayısıyla zamanını esirgemeyen çok değerli arkadaşım Dr. Damla Akkaya'ya teşekkürlerimle...

Anahtar Kelimeler

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Onarım, Tatmin, Manevi tazminat, Tekrarlamama garantileri

**SATISFACTION IN THE JUDGEMENTS OF
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

(Research Article)

Abstract

Satisfaction, which has been used as one of the methods of repairing the damages caused by the acts of another state contrary to international law, has over time become a component of the processes of repairing the damages arising from the human rights violations of states. The Inter-American Court of Human Rights has established a strong and creative jurisprudence on the reparation of damages arising from human rights violations by strengthening the broad jurisdiction granted to it by Article 63 of the American Convention on Human Rights with the jurisprudence of international liability law. The Court has played an important role in embedding satisfaction in human rights law by interpreting, diversifying and applying it within the context of the specific needs of human rights law. The Court's contribution to human rights law in this respect stems from the fact that satisfaction is more effective in reinforcing social norms of respect for human dignity, compared to compensation, which was the dominant method of reparation in human rights law before the Court's jurisprudence on satisfaction. This is because satisfaction is an effective legal means of enabling international tribunals, which are outside the social environment in which the violations take place and lack the state's means of intervention in society, to support the construction of a social environment that will provide the basis for a legal and social order based on human rights before violations occur. The expansion of such contributions to the social environment may also have significant implications for human rights courts' ability to cope with their increasing workloads.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights, Reparation, Satisfaction, Non-pecuniary compensation, Guarantees of non-repetition

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları organları içerisinde, insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımı kapsamında geniş ve yaratıcı içtihadı ile öne çıkmış bulunan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM), tatmin bakımından da önde gelen uluslararası mahkeme olmuştur. AAİHM onarım kararlarına, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kendisine sağladığı geniş yetki çerçevesinde uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin içtihatları da kullanarak bir onarım yöntemi olarak tatmini dahil etmiş ve tatmine bu uygulamayı emreden ilk kararından itibaren yoğun ve giderek genişleyen bir kapsamda başvurmuştur. Böylece AAİHM, ilk bölgesel insan hakları sistemi olan Avrupa Sistemini öncelemiş; tatminin, uluslararası sorumluluk hukukundaki manevi zararların giderimine yönelik esasen sembolik uygulamalara işaret eden genel kapsamıyla uluslararası insan hakları hukukunda yerleşmesini sağlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesinde açıkça yer verdiği tatmini esasen tazminat ve ihlali tespit edici karar çerçevesinde sınırlandırarak uygulamıştır.

Tatmin, uluslararası sorumluluk hukukunun devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden doğan zararların onarımı yöntemleri içerisinde tazminat ve eski hale getirme ile birlikte yer almaktadır. Bu kapsamda tatminin temelleri söz konusu hukuk dalına dayanmakta ise de, tatminin insan hakları hukukunda uygulama bulması birtakım yeni ve farklı işlevleri yerine getirmesine ve bu işlevlere yönelik yeni özellik ve uygulamaları bünyesine almasına neden olmuştur. Bunlar özellikle, insan haklarının uluslararası alana geçişine kadar uluslararası sorumluluk hukukunun tipik ilişkisini devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin devletlere verdiği zararların telafisi oluştururken insan hakları hukukunda onarımın devletler tarafından devletlere değil, bireylere verilen zararların giderilmesine yönelik olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca mağdurların uğradıkları zararların telafisi sürecinde genel olarak insan onuruna ve insan haklarına dayalı bir hukuk düzenine verilen zararın onarımı da insan hakları hukukunda onarım konusunun önemli bir boyutunu teşkil etmektedir. Bu bakımdan kamusal özür gibi sembolik pratiklerle onarıma yönelen tatmin uygulamalarının insan hakları hukukunda özel bir önemi bulunmaktadır.

Uluslararası insan hakları mahkemelerinin konumları ve etki araçlarının kısıtlı niteliği, tatmine başvurulmasını gerektiren nedenlerden birini teşkil etmektedir. Zira bu mahkemeler hukuki kuruluşları ve nitelikleri itibarıyla, ihlallerin gerçekleştiği sosyal alanların dışında konumlanmışlardır ve ege-

menlik yetkilerinden yoksun olduklarından bu alanlara doğrudan müdahale araçlarına sahip değillerdir. Bu nedenle insan haklarının ihlallerinin sonuçlarının onarımında sadece tazminata başvurulması, mahkeme kararlarının insan haklarının korunmasındaki etkilerini sınırlandırmaktadır. Zira tazminat aracılığıyla onarım devletle birey arasındaki ilişki içerisinde doğrudan sağlanmaktadır. Bu nedenle insan hakları ihlallerinin onarımında tek başına tazminata başvuru; ihlallerin satın alınması mantığına hizmet etme tehlikesini barındırmakta, mağdurların manevi zararlarının toplumsal çerçevenin de onarım sürecine dahil edilerek tam anlamıyla onarılmasında yetersiz olmakta ve ihlallerin dayandığı sosyal çevre ve ilişkiler üzerindeki etkisizliği dolayısıyla ihlallerin tekrarına engel olma işlevi sınırlı bulunmaktadır. Bu hususlar mahkemelerin işyükleri bakımından da önemlidir. Zira ihlallerin mahkemelere taşınmadan gerçekleşmemesini sağlamak üzere insan haklarıyla uyumlu sosyal çevre ve ilişkileri destekleyecek tazminat dışı onarım araçlarının kullanımı, mahkemelerin iş yükü altında ezilmelerinin önüne geçilmesinin etkili bir boyutunu teşkil edecektir. Tatmin uygulamaları da, esasen bu arayışın bir parçası olarak uluslararası insan hakları hukukunda yaygınlaşmaya başlamış ve güncel bir hukuki inceleme alanı olarak ortaya çıkmıştır.

Bu kapsamda çalışmamızda tatminin uluslararası sorumluluk hukuku çerçevesinde ortaya konulması ardından uluslararası insan hakları hukukunda tatmine başvurunun ortaya çıkardığı özellikli durumlara işaret edilmiş ve bu alandaki düzenlemelerde tatminin izi sürülmüştür. Akabinde AAİHM içtihadında tatmin ve yöntemleri incelenmiş ve sonrasında bu incelemenin sonuçları ışığında Mahkeme içtihadında tatmin kurumunun kavramsal çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır. Tatminin insan hakları hukukunda onarım sorununa katkılarının değerlendirilmesiyle makale sonlandırılmıştır.

I. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA TATMİN

Uluslararası sorumluluk hukuku, insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımının temel hukuksal çerçevesini teşkil etmektedir. Nitekim bir onarım aracı olan tatmin de, devletlerin sorumluluğu kapsamında uluslararası hukuka aykırı eylemlerin sonuçlarının onarımı amacı içerisinde uygulanmaya başlanmış; bu kapsamda temellerini uluslararası sorumluluk hukukunda yer alan onarım yükümlülüğünden almıştır.

Uluslararası sorumluluk hukukunda onarım yükümlülüğü, devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin hukuki bir sonucu olarak ortaya çık-

maktadır. Bu kapsamda uluslararası hukuka aykırı bir eylemin¹ gerçekleşmesi halinde, eylemi gerçekleştiren devlet ile eylemden etkilenen devlet arasında uluslararası yükümlülüğe kaynaklık eden ilişki devam etmektedir. Ancak söz konusu eylem bu ilk ilişki yanında, uluslararası hukuka aykırı davranan devlete birtakım yükümlülükler yükleyen yeni bir hukuki ilişkinin doğmasına neden olmaktadır². Bu sorumluluk ilişkisi kapsamında eylemi gerçekleştiren devlet ilk olarak, eğer devam ediyorsa hukuka aykırı eylemi durdurma ve koşulların gerektirmesi halinde uygun tekrarlamama güvence ve garantileri sunma yükümlülüğü altında bulunmaktadır³. Sorumlu devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmesini takiben ikinci genel yükümlülüğü ise, onarımda bulunmadır⁴. Bu kapsamda onarım, uluslararası hukukun ihlalden kaynaklanan zararların giderilmesi yöntemlerini içermektedir⁵.

Devletler tarafından diğer devletlere verilen zararların onarımı, devletin sorumluluğuna ilişkin örf ve adet hukuku kuralları tarafından düzenlenmektedir. Bu kurallar zaman içerisinde, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kaleme alınan Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Sorumluluklarına Dair Taslak Maddeler’de bir araya getirilmiştir⁶. Taslak Maddeler henüz sözleşme haline getirilmediklerinden bir bütün olarak bağlayıcı değilse de, örf ve adet hukukunu yansıttıkları ölçüde bağlayıcı hükümlerden oluşmaktadır.

¹ Uluslararası hukuka aykırı eylem hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Uzun**, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2007, s. 37-58; **Erkiner**, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 99-182.

² **International Law Commission (ILC)**, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, md.29, s. 88; Taslak Maddeler Şerhi md.29 § 1-2, s. 88. (Buradan itibaren “Taslak Maddeler” ve “Taslak Maddeler Şerhi” olarak işaret edilecektir).

³ Taslak Maddeler md.30, s. 88. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Erkiner**, s. 189-190.

⁴ Taslak Maddeler md.31/1, s. 91; Taslak Maddeler Şerhi md.31 § 1, s. 91. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Erkiner**, s. 190-197.

⁵ **Çakmak**, Ufuk Ramazan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 45.

⁶ **Schneider**, Jan: Reparation and Enforcement of Judgments-A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems, doktora tezi, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, 2015, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34561.pdf> (erişim tarihi: 14.10.2023), s. 59. Ayrıca bakınız: **Özdemir**, Omca/**Akkaya**, Damla: “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Onarım”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1, Yıl 2023, s. 93-94.

Uluslararası hukuka aykırı bir eylemin gerçekleştirilmesinin sonuçları hakkında genel ilke, Taslak Maddelerde de sık sık atıfta bulunulduğu üzere, Uluslararası Daimi Adalet Divanının Chorzów'daki Fabrika (Yetki) Kararında ifade edilmiştir. Karar'a göre, "*Bir taahhüdün ihlal edilmesinin uygun bir biçimde onarma yükümlülüğünü içermesi, uluslararası hukukun bir ilkesidir. Onarım bu sebeple, bir sözleşmenin uygulanmamasının ayrılmaz bir parçasıdır ve bunun sözleşmenin kendisinde düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır*"⁷. Bu çerçevede Uluslararası Adalet Divanı da, belirli bir konudaki uyuşmazlık üzerinde yetkisinin mevcut olması durumunda, yükümlülüğün ihlaline karşı talep edilen onarımları dikkate alması için ayrı bir yetkiye ihtiyacı bulunmadığına işaret etmiştir⁸. Dolayısıyla Uluslararası Adalet Divanı'na göre onarım yükümlülüğünün uluslararası hukuk ihlalinin kaçınılmaz sonucu oluşunun bir diğer getirisi, bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verme yetkisi olan uluslararası bir mahkemenin, yargı yetkisinin kaynağını teşkil eden sözleşmede bu hususta açıkça yetkilendirilmiş olmasa da onarım hakkında karar verebilmesidir⁹.

Taslak Maddeler'in "*Onarım*" başlıklı 31. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Sorumlu devlet, uluslararası hukuka aykırı eylemin neden olduğu zararın tam onarımını sağlama yükümlülüğü altındadır*"¹⁰. Taslak Maddeler'in 31. maddesinde sorumlu devlete yüklenen onarım yükümlülüğü, Chorzów'daki Fabrika (Esas) kararında açıklanan tam telafi esasına dayanmaktadır¹¹. Buna göre, "*hukuka aykırı eylem kavramının içerdiği ve uluslararası uygulama, özellikle de tahkim heyetleri kararlarıyla oluşturulmuş ana ilke; onarımın mümkün olduğunca, hukuka aykırı eylemin tüm sonuçlarını yok etmesi ve eylem gerçekleştirilmeseydi büyük ihtimalle mevcut olacak durumu yeniden kurması*"dır¹².

Tam telafi için sağlanacak onarım biçimleri Taslak Maddeler'in "*Onarım Biçimleri*" başlıklı 34. maddesinde sıralanmış, sonraki maddelerde de

⁷ Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Factory at Chorzów (Jurisdiction), 26.7.1927, P. C. I. J. Series A, No. 9, s. 21.

⁸ Uluslararası Adalet Divanı, LaGrand (Germany v. United States of America), 27.6.2001, I. C. J. Reports 2001, s. 466, § 48.

⁹ **Schneider**, s. 70.

¹⁰ 31. maddede öngörülen onarım genel yükümlülüğü, devletin sorumluluğunun doğrudan sonucu olarak formüle edilmiştir. Diğer bir deyişle onarım, zarar gören devlet veya devletlerin bir hakkı olmaktan ziyade, sorumlu devletin ihlalden doğan bir yükümlülüğünü teşkil etmektedir. (Taslak Maddeler Şerhi md.31 § 4, s. 91).

¹¹ Taslak Maddeler Şerhi md.31 § 3, s. 91.

¹² Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Factory at Chorzów (Merits), 13.9.1928, P. C. I. J. Series A, No. 17, s. 47.

detaylandırılmıştır¹³. Buna göre, uluslararası hukuka aykırı eylemde bulunan devlet bu eylemi ile yol açtığı zararı onarma yükümlülüğünü eski hale getirme, tazminat veya tatmin aracılığıyla yerine getirebilecektir¹⁴. Bir başka deyişle zarara uğrayan devlet bu onarım biçimlerinin bir veya birkaçını talep edebilecektir¹⁵.

Taslak Maddeler'in "Tatmin" başlıklı 37. maddesine göre "Uluslararası hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan devlet, bu eylemin neden olduğu zarar için, eski hale getirme veya tazminat ile telafi edilemediği kadarıyla tatmin sağlama yükümlülüğü altındadır"¹⁶. Maddede yer alan "eski hale getirme veya tazminat ile telafi edilemediği kadarıyla" ifadesi tatminin ancak, önce eski hale getirme ve ardından tazminat¹⁷ aracılığıyla tam telafi sağlanamadığı durumlarda uygulanabileceğini, bu durumların istisnai olarak gerçekleştiğini ve bu bakımdan tatminin onarımın standart olmayan bir biçimi olduğunu göstermektedir¹⁸.

Tatmin, uluslararası hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmesi halinde, sorumlu devlet tarafından neden olunan maddi veya parasal olmayan, bir başka deyişle manevi nitelikteki zararın onarımına yöneliktir¹⁹. Taslak Maddeler uyarınca devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan zarar, maddi veya manevi nitelikte olabilmekte²⁰; tatmin de "devleti küçük düşürme anlamına gelen finansal olarak değer biçilemeyen zararlar" için onarım sağlamaktadır²¹. Bu zararlar çoğunlukla sembolik niteliktedirler²².

¹³ Taslak Maddeler Şerhi md.31 § 3, s. 91.

¹⁴ Bakınız: **Erkiner**, s. 199-216.

¹⁵ **Uzun**, s. 97, 100.

¹⁶ Taslak Maddeler md.37, s. 105.

¹⁷ Taslak Maddeler md.36/1: "Uluslararası hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan devlet, bu şekilde neden olunan zararı, eski hale getirme ile telafi edilmediği kadarıyla tazmin etme yükümlülüğü altındadır." (s. 98).

¹⁸ Taslak Maddeler Şerhi md.37 § 1, s. 105.

Ancak, onarım biçimleri arasında kurulan bu hiyerarşi mutlak değildir. Taslak Maddeler md.43/2-b uyarınca zarar gören bir devlet kural olarak, onarımın hangi biçimi alacağını belirleme hakkına sahiptir. (Bakınız: **Schneider**, s. 68; **Buyse**, Antoine: "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Cilt 68, Yıl 2008, s. 132; **Crawford**, James: State Responsibility-The General Part, Cambridge University Press, New York 2013, s. 506-510). Diğer yandan 35. maddede, eski hale getirmenin uygun düşmeyeceği durumlara işaret edilmiş bulunmaktadır. (Crawford, s. 509).

¹⁹ **Riedel**, Eibe: "Satisfaction", Encyclopedia of Public International Law, Elsevier, Amsterdam 1987, s. 383.

²⁰ Taslak Maddeler md.31/2, s. 91.

²¹ Taslak Maddeler Şerhi md.37 § 3, s. 106.

Taslak Maddeler 37. madde 2. fıkrada tatmin yöntemleri, örnek kabiline sıralanmıştır. Zira tatminin uygun biçimi koşullara bağlı olacaktır ve dolayısıyla önceden öngörülmesi mümkün değildir²³. 37. maddeye göre “Tatmin; ihlalin ikrarı, pişmanlığın ifadesi, resmi özür veya diğer uygun bir yöntemi içerebilir”²⁴. Tatminin içerebileceği diğer biçimlerden bazıları Şerhte, zararlar sonuçlanan bir kazanın nedenleri hakkında uygun araştırma, menfaat sahipleri lehine tazminat ödemelerini idare edecek bir emanet fonu, eylemi uluslararası hukuka aykırı eyleme neden olan bireylere karşı disiplin veya ceza işlemi veya parasal olmayan zarar için sembolik nitelikte ödeme şeklinde sıralanmıştır. Görüldüğü gibi, tatminin sembolik olduğu sürece parasal bir ödemeyi içermesi de mümkündür²⁵.

II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TATMİN

A. Onarımın Özgül Bir Alanı Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

Uluslararası sorumluluk hukuku kuralları, uluslararası hukuk sükjelerinin hak ve yükümlülüklerini gösteren birincil nitelikteki kuralların ihlali halinde

Ancak Taslak Maddeler’de, 31. maddenin 2. fıkrasındaki “*manevi*” kavramı, Şerhteki “*finansal olarak değer biçilemeyen*” şeklindeki totolojik tanım bir yana bırakılırsa açıklanmadığı gibi, maddi olmayan kayıpların nasıl ölçülebileceği de gösterilmemiştir. (Shelton, Dinah: “Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility”, The American Journal of International Law, Cilt 96, Sayı 4, Yıl 2002, s. 854).

²² Taslak Maddeler Şerhi md.37 § 3, s. 106. Şerhte bu hususta verilen örnekler; ulusal bayrak gibi devlet sembollerini aşağılama, ülkesel bütünlük ve egemenlik ihlali, hava veya deniz taşıtlarına yönelik saldırı, devlet veya hükümet başkanları, diplomatik veya konsolosluk temsilcileri veya diğer korunan kişilere yönelik kötü muamele veya bilinçli saldırı ile büyükelçilik veya konsolosluk binaları veya misyon üyelerinin meskenlerine yönelik ihlal durumlarıdır. (Taslak Maddeler Şerhi md.37 § 4, s. 106).

²³ Taslak Maddeler Şerhi md.37 § 5, s. 106.

²⁴ Taslak Maddeler md.37/2, s. 105.

²⁵ Taslak Maddeler Şerhi md.37 § 5, s. 106.

Örnek için bakınız: Case Concerning the Difference between New Zealand and France Concerning the Interpretation or Application of Two Agreements, Concluded on 9 July 1986 between the Two States and Which Related to the Problems Arising from the Rainbow Warrior Affair, 30.4.1990, United Nations Reports of International Arbitral Awards, 2006, vol. XX, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf (erişim tarihi: 23.9.2023), § 215, 224; S. S. “I’m Alone” (Canada, United States), 30.6.1933 ve 5.1.1935, United Nations Reports of International Arbitral Awards, 2006, vol. III, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1609-1618.pdf (erişim tarihi: 23.9.2023), s. 1609-1618.

uygulama bulacak ikincil kurallardır. Bu genel nitelikleri, ihlal edilen birincil uluslararası hukuk kuralının konusundan bağımsız olarak uygulanma kabiliyetine sahip olmaları sonucunu doğurmaktadır²⁶. Bu kapsamda Taslak Maddeler, devletin sorumluluğunun insan hakları ihlallerinde de uygulanabilir²⁷ temel ilkelerini içermektedir²⁸. Ancak birincil kuralların ait olduğu hukuk alanının kendi ikincil kurallarını içermesi durumunda özel nitelikteki bu ikincil kuralların uygulanması veya uluslararası sorumluluk hukukunun ikincil nitelikteki kurallarının hukuk alanının özgün ihtiyaçlarına uyarlanması söz konusu olacaktır. İnsan hakları hukukunda uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının uygulanmasında bu özellikli durumlar önem taşımaktadır²⁹.

Uluslararası hukuk, devletlerin asli hukuk kişisi olduğu bir çerçevede gelişmiş bir hukuk düzenidir³⁰. Uluslararası insan hakları hukuku³¹ ise, devletler arasındakilere ek olarak birey ve devlet arasındaki ilişkiden müteşekkil yeni bir uluslararası ilişkiler düzeyi getirdiğinden özgül niteliktedir³². Bu bakımdan bireylerin hak sahipliğine dayanan insan haklarının uluslararası hukuk alanına dahil oluşu, bu alanın uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesinde birtakım özelliklerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu durum; devletlerin, hukuksal temeli bir insan hakları sözleşmesi veya uluslararası örf ve adet hukuku normunun ihlalden doğan insan hakları ihlallerinden sorumlulukları³³ alanında da geçerli bulunmaktadır.

İnsan hakları sözleşmeleri; devletler arasındaki uluslararası sözleşmelerin sözleşmeciler devletlerin karşılıklı olarak menfaatlerini gerçekleştirmek

²⁶ **Altıparmak**, Kerem: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İzlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 36-37.

²⁷ Taslak Maddeler Şerhi md.28 § 3, s. 87-88.

²⁸ **Schneider**, s. 59; **Çakmak**, s. 53.

²⁹ **Altıparmak**, s. 37

³⁰ **Uzun**, s. 7.

³¹ Atıfta bulunulan kararda ifade, modern insan hakları sözleşmeleri hakkındadır.

³² AAİHM, The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), Advisory Opinion Oc-2/82, 24.9.1982, § 29; **Schneider**, s. 66.

³³ **Shelton**, Dinah: Remedies in International Human Rights Law, 3. baskı, Oxford University Press, New York 2015, s. 58.

Devletin uluslararası hukukun emredici hükümlerinden doğan yükümlülüklerini ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Pirim**, Ceren Zeynep: "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 32, Sayı 2, Yıl 2012, s. 155-177.

üzere akdettikleri geleneksel tipinden farklıdırlar. Zira uluslararası sözleşmelerin bu geleneksel tipinde, sözleşmeciler devletler arasında taahhütlerin birbirlerine karşılık olarak verilmesi, bir başka deyişle yükümlülüklerin karşılıklı olarak belirlenmesi anlamında sinalagmatik bir ilişki kurulmaktadır. İnsan hakları sözleşmelerinin konu ve amaçları ise, devletler arasında karşılıklı ilişkilerin kurulması değil³⁴ hem yurttaşı oldukları devlet hem de diğer bütün sözleşmeciler devletler karşısında bireylerin temel haklarının korunmasıdır. Böylece insan hakları sözleşmelerine taraf olarak devletler kendilerini, yetki alanlarındaki tüm bireylere yönelik çeşitli yükümlülükler üstlendikleri bir hukuk düzenine tabi kılmaktadırlar³⁵.

İnsan hakları yükümlülüklerinin objektif doğası, onarım alanında da etkilere sahiptir. Uluslararası hukuk ihlalleri nedeniyle devletler arasında doğan sorumluluk ilişkisi, eşit devletler arasında karşılıklı yükümlülükler kapsamında tasarlandığından; objektif nitelikteki insan hakları rejiminin gereksinimlerini tam olarak karşılayamayacaktır. Zira devlet ve birey eşit özneler değildir. Birey, devlet karşısında herhangi bir koza sahip olmadığından devletin yol açtığı zararı onarma yükümlülüğünü yerine getirmesi için teklif veya tavizde bulunabilecek bir konumda değildir. Dahası; devletin sorumluluğunun genel kuralları kapsamında zarar gören taraf için önemli bir savunma teşkil eden misilleme, insan hakları hukukunda anlam ifade etmeyen bir tedbirdir³⁶. Bu çerçevede insan hakları mağdurlarının ihlallere karşı kendilerini korumak için başka araçlara da sahip olan devletler değil insanlar olmalarının önemli bir fark yarattığı görülmektedir³⁷. Hatta insan hakları ihlalleri çoğunlukla mağdurların koruma umdukları devletler tarafından gerçekleştirilmektedir. Aslında devletlerin temel amaçları, iktidarlarına tabi olanların güvenlik ve iyiliklerini temin etmektir ve böylece yurttaşlarla aralarında karşılıklı hukuksal ve siyasal yükümlülükler tesis edilmektedir. Bu bakımdan insan hakları ihlalleri, yurttaşları korumak ve onlara haklarının

³⁴ AAİHM, "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention On Human Rights), Advisory Opinion Oc-1/82, 24.9.1982, § 24.

³⁵ AAİHM, The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), § 29.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Sözleşme'nin karşılıklı taahhütler açısından öte, nesnel yükümlülükler yarattığına işaret etmiştir. (AİHM, Ireland v. The United Kingdom, 18.1.1978, Application No. 5310/71, § 239). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin objektif niteliği hakkında ayrıca bakınız: AİHK (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu), Austria v. Italy, 11.1.1961, Application No. 788/6, s. 17-21.

³⁶ **Schneider**, s. 66; **Shelton**, Remedies in International Human Rights Law, s. 59-60.

³⁷ **Schneider**, s. 65.

kullanımı için güvenlik ve meşru menfaatlerinde tatmin sunmakla yükümlü olan kamusal iktidar organlarına emanet edilen güvenin ihlal edilmesi³⁸ anlamına gelmektedir. Bu nedenle devlet tarafından zarara uğratılan mağdur, bireysel eylemden kaynaklanan haksızlığa uğrayan birine kıyasla öfke duygusunu daha fazla yaşayacaktır.³⁹

Hakları ihlal edilen devletlerin onarım bağlamında insanlardan farklı gereksinimlerinin bulunması da, devletlerin asli hukuk kişisi olduğu bir çerçevede gelişmiş uluslararası hukukun⁴⁰ devletlerin insan hakları ihlallerinden sorumluluklarına uygulanmasında dikkate alınmalıdır. Bu durum özellikle sembolik onarım bakımından geçerlidir. Örneğin Taslak Maddeler’de tatmin; eski hale getirme ve tazminat ile zararın tam giderimi mümkün olmadığında uygulanacak istisnai bir onarım biçimi olarak öngörülmüştür. İnsan hakları ihlallerinde ise tipik durum, eski hale getirme ve tazminatın ihlalin sonuçlarının tam telafisini sağlayamaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Aynı zamanda tekrarlamama garantileri de devletlere kıyasla bireyler için daha büyük önem taşıyacaktır⁴¹. Zira bu alanda tekrarlanmamasına çalışılan ihlaller devletlerin ihlal edilen menfaatleri ile kıyaslandığında bireyler bakımından daha derin ve ağırdırlar.

Bu koşullarda uluslararası sorumluluk hukuku kuralları ve özel olarak Taslak Maddeler, insan hakları davalarında genel yönlendirici ilkeler olarak hizmet edebileceklerdir⁴². Nitekim evrensel ve bölgesel insan hakları organlarının onarıma ilişkin yorumlarında genel nitelikteki uluslararası sorumluluk hukukuna atıfta buldukları görülmektedir⁴³. Bununla birlikte uluslararası toplum, insan hakları ihlallerinden kaynaklanan zararların onarımını düzenleyen bir dizi kuralla insan hakları hukukunun onarım kapsamında içerdiği özgüllüğü tanımış bulunmaktadır⁴⁴. Bu kapsamda olmak üzere, esasen ulus-

³⁸ Yargıçlar A.A. Cançado Trindade ve A. Abreu-Burelli’nin müşterek mutabık görüşü, AAİHM, Loayza-Tamayo v. Peru (Reparations and Costs), 27.11.1998, Series C No. 42, s. 5, 10. dipnot.

³⁹ **Shelton**, Remedies in International Human Rights Law, s. 61.

⁴⁰ **Uzun**, s. 7.

⁴¹ **Schneider**, s. 64, 66.

⁴² **Schneider**, s. 65.

⁴³ **Altıparmak**, s. 38. Örneğin: AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs), 21.7.1989, Series C No. 7, § 25; AAİHM, v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 20.11.2013, Series C No. 270, § 470; AAİHM, Garrido and Baigorria v. Argentina (Reparations and Costs), 27.8.1998, Series C No. 39, § 40, 42; AAİHM, Blake v. Guatemala (Reparations and Costs), 22.1.1999, Series C No. 48, § 33.

⁴⁴ **Schneider**, s. 65.

lararası sorumluluk hukuku tarafından düzenlenen ve devletler arası hukuksal ilişkiler bağlamında uygulanmış olan tatmin kurumu, insan haklarının uluslararası alana taşınması ve insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımının gittikçe önemi fark edilen bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmasıyla birlikte uluslararası insan hakları hukuku metinlerinde yer almaya başlamıştır.

B. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Belgelerinde Tatmin

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde onarım bakımından söz konusu olduğu gibi kendisine yer verilmemiş olan tatmin, bireyi uluslararası hukukun süjesi haline getiren ve devlete karşı uluslararası bir mahkemeye başvurma hakkıyla donatan⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesinde ifade bulmuştur. “*Adil Tatmin*” başlığını taşıyan 41. madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme veya Protokollerin ihlali tespitinde bulunması, ihlalde bulunan taraf devlet hukukunun ihlalin sonuçlarının ancak kısmen onarımına olanak tanınması ve gerekli olması durumunda zarar gören tarafa adil tatmin sağlayacağını öngörmektedir.⁴⁶

Ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne de Protokolleri'nde adil tatmin kavramı açıklanmış bulunmaktadır⁴⁷. Sözleşmenin 41. maddesinde hâlihazırda uluslararası sorumluluk hukukunda belirli bir çerçeveye atıfta bulunan⁴⁸ “tatmin” sözcüğü kullanılmıştı ve “adil tatmin” kavramını parasal tazminatla sınırlayan bir uluslararası uygulama bulunmamaktaydı⁴⁹. Buna rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmenin ilk döneminde 41. maddenin dar yorumunu benimseyerek kararlarının açıklayıcı niteliğini vurgulamış ve tazminat dışında onarıma yönelik karar vermekten kaçınmıştır⁵⁰.

⁴⁵ **Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 11, 13-14.

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG (erişim tarihi: 8.10.2023).

⁴⁷ **Çakan**, Seher: Uluslararası Hukukta Bireyin Onarım Hakkı, Astana Yayınları, Ankara 2021, s. 55.

⁴⁸ **Çakmak**, s. 55.

⁴⁹ **Shelton**, Remedies in International Human Rights Law, s. 384.

⁵⁰ **Altıparmak**, s. 42, 50.

Mahkeme 1979 yılında, kararının esasen tespit edici nitelikte olduğuna ve böylece 53. madde kapsamında yükümlülüğünü yerine getirmek için iç hukuk sisteminde yararlanılacak araçlara yönelik tercihin devlete bırakıldığına işaret etmişti. (AİHM, Marecx v. Belgium, 13.6.1979, Application No. 6833/74, § 58.) Mahkeme Vocaturo v. Italy kararında da, başvuruçunun Mahkeme kararının Resmi Gazetede ve başlıca ulusal günlük gazetede yayımlanması talebini, Hükümetle aynı fikirde olarak, Devletin bu tür tedbirleri almasını emretmeye Sözleşme uyarınca yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddet-

Böylece Mahkeme tatmini kural olarak tazminat şeklinde uygulamış⁵¹; 41. madde kapsamında esasen maddi ve manevi tazminat yanında masraf ve harcamalara hükmetmiştir⁵². Mahkemenin bazı durumlarda da, ihlal tespitinin yeterli olduğuna karar verdiği görülmektedir⁵³. Bu süreçte ihlali devletler kararın gereğini yerine getirmek koşuluyla, Mahkeme tarafından tespit edilen ihlalin giderilmesi yöntemini seçmek bakımından serbest bırakılmışlardır⁵⁴.

Mahkeme taraf devlet ve başvuru sayısının artmasına bağlı gelişmelerle birlikte kararlarında, istisnai olarak bireysel ve genel önlemlere hükmetmeye başlamıştır⁵⁵. Değişimin başlangıcını, Mahkemenin 1995 yılında verdiği Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan (Adil Tatmin) kararı teşkil etmişse de⁵⁶; Mahkeme ilk kez, devam eden yasadışı tutukluluk hakkındaki 2004 yılına ait Assanidze/Gürcistan kararında devlete, başvurusunun salıverilmesi şeklindeki eski hale getirmenin bir türünü alternatif olarak parasal ödeme öngörmeksizin ve kararın hüküm paragrafında emretmiştir⁵⁷. Mah-

mıştır. (AİHM, Vocaturo v. Italy, 21.5.1991, Application No. 11891/85, § 21). Mahkemenin onarım yetkilerinin parasal tatminle sınırlı olduğuna yönelik geleneksel kabulü, Sözleşme hazırlık çalışmalarında ifade edilen ikincillik ilkesine ve Sözleşme'nin 41. maddesinde yer alan "ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku onarımın sadece kısmen yapılmasını mümkün kılar" ifadesinde ulusal hukukun önceliğine bulunulan atfa dayanmaktaydı. Bu kapsamdaki ikincillik yorumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşme ihlallerini tespit ederken ulusal otoritelerin karara uygun onarım tedbirlerini alması esasını içermekteydi. (Schneider, s. 58. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Schneider, s. 71-73, 80).

⁵¹ Altıparmak, s. 98; Erge, Recep Ersel: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin, On İki LevhaYayıncılık, İstanbul 2016, s. 34-45; Çakmak, s. 59. AİHM'nin tazminata yönelik yaklaşımının devletlerin kararlara uyumu problemi ve cezalandırıcı tazminat ihtiyacı bağlamında eleştirisi için bakınız: Fikfak, Veronika: "Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights", The European Journal of International Law, Cilt 29, Sayı 4, Yıl 2019, s. 1091-1125.

⁵² Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 321; Çakmak, s. 60, 64-65.

⁵³ Çakan, s. 62; Schneider, s. 76.

⁵⁴ Altıparmak, s. 51-52.

⁵⁵ Çakan, s. 62; Schneider, s. 72.

⁵⁶ Kararda, her ne kadar hüküm paragraflarında yer verilmemişse de, ilgili arazinin iadesinin başvuru sahipleri mümkün olduğunca 1. Protokolün 1. maddesinde düzenlenen hakları ihlal edilmeseydi bulunacakları duruma getireceğine işaret edilmekteydi. (AİHM, Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50), 31.10.1995, Application No. 14556/89, § 38)) Ancak kararın sonraki paragrafında, arazinin iade edilmemesi durumunda adil tatmin ödemesi yapılmasına yönelik bir arka kapı (Schneider, s. 81) açılmış bulunmaktaydı. (AİHM, Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50), § 39).

⁵⁷ AİHM, Assanidze v. Georgia, 8.4.2004, Application No. 71503/01, hüküm paragrafı 14/a; Schneider, s. 82.

keme içtihadının ilerleyen yıllarında ortaya çıkan ve tatminin esasen tazminat şeklinde olmasının istisnaları olarak gösterilen genel ve bireysel önlemler de klasik olarak kamusal özür gibi sembolik araçları içeren tatmin uygulamalarından farklı niteliktedirler⁵⁸. Bu kapsamda Mahkemenin adil tatmin yetkisi altında, tekrarlamama garantilerinden ve uluslararası sorumluluk hukukunda uygulanagelen ve diğer onarım araçlarını teşkil eden eski hale getirme veya tazminattan belirli özellikleriyle ayırt edilebilecek sembolik tatmin uygulamalarına hükmedilmediği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden yıllar sonra tatmin kurumu, Amerika insan haklarının korunması bölgesel sisteminde uygulamaya geçirilmiştir⁵⁹. Tatmin, 1969'da kabul edilen Amerika İnsan

⁵⁸ **Çakmak**, s. 64-66, 74. Bu onarımlardan mülkiyetin iadesi (Bakınız: **Erge**, s. 50-55, **Çakmak**, s. 147-153), başvurunun serbest bırakılması (Bakınız: **Erge**, s. 55-62, **Çakmak**, s. 153-170), yargılamanın yenilenmesi (Bakınız: **Altıparmak**, s. 56-61; **Çakmak**, s. 170-172) ve genellikle maddi bir değerın başvuruca verilmesine ilişkin yargı kararlarının uygulanmasından (Bakınız: **Erge**, s. 62-64) müteşekkil bireysel önlemler (Bakınız: **Çakan**, s. 67-75; **Schneider**, s. 80-87) eski hale getirmeye tatmine olduğundan daha yakın durmaktadır. Nitekim Mahkemeye göre, adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin ihlalinin telafisinde en uygun biçim, başvurunun mümkün olduğunca, ihlal gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı konuma kavuşturulmasının temin edilmesi olacaktır. (AİHM, Plotnikovy v. Russia, 24.2.2005, Application No. 43883/02, § 33; AİHM, Makarova and Others v. Russia, 24.2.2005, B. N. Application No. 7023/03, § 37; AİHM, Piersack v. Belgium (Article 50), 26.10.1984, Application No. 8692/79, § 12). Bu kapsamda Mahkemenin, genellikle maddi bir değerın başvuruca verilmesine ilişkin yargı kararlarının uygulanmasına eski hale getirme ile bağlantılı biçimde hükmettiği görülmektedir.

Genel önlemlerin ise, yapısal eksikliklerden kaynaklanacak yeni ihlallerin önlenmesine yöneldiklerinden (Bakınız: **Altıparmak**, s. 84-95; **Schneider**, s. 87-96; **Erge**, s. 67-73, **Çakan**, s. 75-81, **Çakmak**, s. 172-185) tekrarlamama garantileri kapsamında değerlendirilmeleri daha isabetli olacaktır. Nitekim hakikat, adalet, onarım ve tekrarlanmama garantileri hakkında Özel Raportör Pablo de Greiff'in 7.9.2015 tarihli tematik Raporunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tekrarlamama garantileri, bir başka deyişle genel önlemler hakkında önemli içtihadı bulunduğuna işaret edilmiştir. (Report of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Recurrence, Pablo de Greiff, Submitted pursuant to Human Rights Council Resolution 27/3, A/HRC/30/42, <https://digitallibrary.un.org/record/803412#record-files-collapse-header> (erişim tarihi: 24.9.2023), § 42, 16. dipnot).

⁵⁹ İki bölgesel insan hakları sözleşmesinin kabulü arasında geçen dönemde tatmin, 1965 yılında kabul edilen Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesinde ırka dayalı ayrımcılığın sonucu olarak uğranılan herhangi zarar için ulusal mahkemelerde adil ve uygun onarım veya tatmin arama hakkı kapsamında yer almıştır. (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN General Assembly Resolution 2106 (XX), 21.12.1965, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> (erişim tarihi: 16.9.2023), md.6).

Hakları Sözleşmesi'nin Mahkemeye geniş bir onarım yetkisi tanıyan 63. maddesinde doğrudan ifade edilmemiştir. Ancak, uluslararası sorumluluk hukuku ilke ve içtihadından da faydalanılarak Mahkeme kararlarında, Sözleşme'de düzenlenmiş hakların ihlallerinin sonuçlarının onarılması araçlarından biri olarak belirli bir aşamadan sonra sık sık ve yaratıcı biçimlerde geliştirilerek yer almıştır.

AAİHM'nin genişleyen tatmin içtihatlarının oluşmaya başlamasından sonraki süreç içerisinde uluslararası insan hakları hukuku belge ve uygulamalarında tatmine daha yaygın bir şekilde işaret edilmeye başlandığı görülmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 2004 yılında, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesini⁶⁰ yorumladığı 31. Genel Yorumunu çıkarmıştır. 31. Genel Yorumun 16. paragrafında; Sözleşme'nin 2. maddesinin, taraf devletlerin Sözleşme'de düzenlenen hakları ihlal edilen bireylere onarım sunmalarını gerektirdiğine; onarım yokluğunda, 2. madde bakımından merkezi önemde bulunan etkili bir çare sunma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olacağına işaret edilmiştir. Komite, Sözleşme'nin genel olarak uygun tazminatı gerektirdiğini göz önünde bulundururken uygun olması halinde onarımın insan hakları ihlalleri faillerinin adalet önüne çıkarılmaları yanında ilgili yasa ve uygulamaların değiş-

⁶⁰ “1. Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.

2. Mevcut mevzuatta ve diğer yasal tedbirlerde henüz düzenleme bulunmayan durumlarda, bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet, kendi anayasal kurallarına ve bu Sözleşme'nin hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşme'de tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan yasama ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür.

3. Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet:

(a) Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin şekilde telafi edilmesini güvence altına almakla;

(b) Böyle bir telafi talebinde bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürütme ya da yasama organlarınca ya da Devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal telafi olanaklarının sağlanmasını güvence altına almakla;

(c) Bu hukuki yollardan sağlanan kararların yetkili organlarca uygulanmasını güvence altına almakla yükümlüdür.” (Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/589), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf> (erişim tarihi: 14.2.2024), md. 2).

tirilmesi, tekrarlamama garantileri, kamusal anıtlar ve kamusal özürler gibi tatmin tedbirleri, rehabilitasyon ve eski hale getirmeyi içerebileceğini belirtmiştir⁶¹.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1985 yılında kabul edilen İktidar Suç ve İstismarı Mağdurları için Temel Adalet İlkeleri Beyanname-si'nde⁶² tatmine yer verilmemiştir. 2005 yılında yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve bağlayıcı nitelikte bulunmayan Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlallerinin ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Çare ve Onarım Hakkına Dair Temel İlkeler ve Kılavuz'da⁶³ ise tatmin içerilmiş bulunmaktadır. Kılavuzun "VII. Mağdurların Çarelere Hakkı" başlığı altında yer alan 11. maddesinin b bendinde işaret edilen zararın uygun, etkili ve seri onarımının araçları, "IX. Uğranılan Zararın Onarımı" başlığı altında 18. maddenin son cümlesinde eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlamama garantileri olarak sıralanmış; sonraki maddelerde de bu araçlar detaylandırılmıştır. 22. maddede tatminin, uygun olduğunda, şu uygulamaların herhangi birini veya hepsini içereceği belirtilmiştir: "(a) Devam eden ihlallerin durdurulmasını amaçlayan etkili tedbirler; (b) Mağdurun, mağdur yakınlarının, tanıkların veya mağdura yardım etmek veya daha fazla ihlalin gerçekleşmesini önlemek üzere müdahil olan kişilerin menfaatlerini ve güvenliklerini tehdit etmeyecek veya daha fazla zarara yol açmayacak ölçüde hakikatin tam ve kamusal olarak açıklanması ve vakaların teyidi; (c) Kayıp kişinin yerinin, kaçırılan çocukların kimliklerinin ve öldürülenlerin naaşlarının araştırılması ve naaşların kurtarılmasına, kimliklendirilmesine ve mağdurların açıklanmış veya varsayılan isteklerine veya ailelerin ve toplulukların kültürel pratiklerine uygun olarak yeniden gömülmesine yardım; (d) Mağdur ve mağdurla

⁶¹ UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26.5.2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> (erişim tarihi: 16.9.2023).

⁶² Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, General Assembly Resolution 40/34, 29.11.1985, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse> (erişim tarihi: 24.9.2023).

⁶³ Buradan itibaren "Kılavuz" olarak işaret edilecektir. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN General Assembly Resolution 60(147), UN Doc. A/RES/60/147, 21.3.2006, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/pdf/N0549642.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 9/4/2023).

yakından bağlantılı bulunan kişilerin haklarını, itibarlarını ve onurlarını iade eden yargısal bir karar veya resmi bir beyan; (e) Vakaların ikrarını ve sorumluluğun kabulünü içeren kamusal özür; (f) İhlallerden sorumlu olan kişilere yönelik idari ve yargısal yaptırımlar; (g) Mağdurlar için saygı ifadeleri ve anma törenleri; (h) Gerçekleşen ihlallerin doğru bir anlatımının uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk öğretimine ve tüm seviyelerde eğitim materyaline dahil edilmesi”⁶⁴.

Diğer yandan 1984 yılında kabul edilen İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin 14. maddesinin 1. fıkrasında onarım; taraf devletin hukuk sisteminin işkence mağdurunun telafi elde etmesini ve adil ve uygun tazminata yönelik icrai hakka sahip olmasını temin etmesi kapsamında ifade edilmiştir⁶⁵. Sözleşme kapsamında onarım konusu, İşkenceye Karşı Komite’nin Sözleşme’nin 14. maddesinin taraf devletlerce uygulanması hakkındaki 2012 tarihli 3. Genel Yorumunda detaylandırılmıştır. Genel Yorumun 3. paragrafında onarımın eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlamama garantilerini kapsadığına işaret edilmiş⁶⁶; 16. paragrafta ise tatminin içerdiği uygulamalar sıralanmıştır. Sözleşme’nin 12 ve 13. maddeleri altında soruşturma ve cezai kovuşturma yükümlülükleri aracılığıyla veya bunlara ek olarak uygulanacağı ifade edilen ve sıralanan tatmin uygulamaları, birkaç kelime farklılığı ve ihlallerin doğru bir anlatımının uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk öğretimine ve tüm seviyelerde eğitim materyaline dahil edilmesine yer verilmemiş olması dışında Kılavuzun 22. maddesinde gösterilenlerle aynıdır⁶⁷.

⁶⁴ Kılavuz md. 22.

⁶⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Assembly Resolution 39/46, 10.12.1984, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading> (erişim tarihi: 16.9.2023), md.14/1.

⁶⁶ Paralel biçimde, İnsan Hakları Konseyi’nin işkence mağdurlarının rehabilitasyonu hakkındaki 2013 yılına ait kararının 7 ve 8. paragraflarında da onarımın eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlamama garantilerini içerdiğine işaret edilmiştir. (UN Human Rights Council, Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Rehabilitation of Torture Victims, A/HRC/RES/22/21, 22.3.2013, https://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_22_21E.pdf (erişim tarihi: 16.9.2023).

⁶⁷ UN Committee Against Torture (CAT), General Comment No. 3, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Implementation of Article 14 by States Parties, 13.12.2012, <https://www.refworld.org/docid/5437cc274.html> (erişim tarihi: 16.9.2023).

Afrika İnsan Hakları bölgesel sisteminde ise, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Protokol'ün 27. maddesinin 1. fıkrasının Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesini (AİHHM) genel olarak onarım kararları vermeye yetkili kıldığı görülmektedir. Fıkra'ya göre "Mahkeme, bir insan veya halkın" hakkının "ihlal edildiğini tespit ederse, onarım veya adil tazminat ödenmesi de dahil olmak üzere ihlalin düzeltilmesi için uygun emirler verir"⁶⁸. Mahkeme bu kapsamda Taslak Maddeler'in onarım şekillerinin sıralandığı 34. maddesine atıfta bulunarak onarım araçlarını eski hale getirme, tazminat ve tatmin olarak belirlemiştir⁶⁹. Bu çerçevede Mahkeme içtihadında 27. maddenin sağladığı yetkiye dayanarak verilen tatmin kararları; ihlal tespit eden karar ve Mahkeme kararının yayımlanması uygulamalarını kapsamıştır⁷⁰.

Uluslararası insan hakları hukukunda tatmin uygulamasına ilişkin bu hukuksal tablo tarihsel olarak değerlendirildiğinde, insan hakları hukukunda tatmin kurumunun esasen AAİHM içtihadı ile geliştirildiği görülmektedir.

III. AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA TATMİN

A. Genel Olarak

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63. maddesinin 1. fıkrasına göre,

"Mahkeme, bu Sözleşme ile koruma altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlalinin söz konusu olduğunu tespit ederse, hakkı ihlal edilen⁷¹ tarafın ihlal edilen hak veya özgürlüğünden faydalanmasının temin edilmesine hükmedecektir. Mahkeme, uygun olması halinde ayrıca, söz konusu hak veya özgürlüğün ihlalinin teşkil eden durum veya tedbirin sonuçlarının onarılmasına ve hakkı ihlal edilen tarafa adil tazminatın ödenmesine hükmedecektir."

⁶⁸ Protocol to the African Charter on Human And Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, 10.6.1998, https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-treaty-0019_-_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_e.pdf (erişim tarihi: 17.2.2024); Çakan, s. 137.

⁶⁹ AİHHM, Beneficiaries of Late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema *Alias* Ablassé, Ernest Zongo and Blaise Ilboudo & The Burkinabè Human and Peoples' Rights Movement v. Burkina Faso (Judgment on Reparations), başvuru no: 013/2011, § 29.

⁷⁰ Bakınız: Çakan, s. 144.

⁷¹ Sözleşme'nin İngilizce orijinal metninde yer alan "injured party" ifadesi, Sözleşme'de yer alan bir hakkın ihlalinin mağduru olduğu tespit edilen kişi olarak kabul edilmektedir. (AAİHM, Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia (Merits, Reparation and Costs), 1.9.2010, Series C No. 217, § 232).

Fıkranın 2. cümlesi, bir taraf devletin Sözleşme’de düzenlenen bir hakkı ihlal etmesi sonucunda uğranılan zararların onarımına ilişkindir⁷² ve Mahkemeyi bu tür bir onarımı ihlalci devlete yüklemeye yetkilendirmektedir⁷³. Mahkemeye göre onarım; maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini, ihlalin sonuçlarının giderilmesini ve önceki durumun yeniden kurulmasını kapsayan *restitutio in integrum* üzerine kuruludur⁷⁴. Bu kapsamda 63. maddenin kendisine sunduğu geniş yetki alanı aracılığıyla Mahkeme, kararlarında tazminat, ihlalin soruşturulması ve sorumluların yargılanması⁷⁵, eski hale getirme, rehabilitasyon, tekrarlamama garantileri⁷⁶ ve tatmin uygulamalarından oluşan onarım araçlarına başvurmuştur. Her ne kadar 63. madde tatmine doğrudan atıfta bulunmamışsa da uluslararası sorumluluk hukuku, Taslak Maddeler ve AAİHM içtihadı dikkate alındığında 63. maddedeki onarım kavramı şüphesiz ki tatmin uygulamalarını kapsamaktadır.

Kıta’nın içerisinde bulunduğu sosyo-politik koşullar da, Mahkemenin tatmin uygulamalarına başvurmasını ihtiyaç haline getirmiş bulunmaktaydı. Zira ilgili Mahkeme kararları, Amerika Kıtası’nın 1970’lerde Güney Amerika diktatörlükleri ve 80’lerin Orta Amerika silahlı çatışmalarından müteşekkil siyasal manzarasının⁷⁷ sonuçları olan ağır ve sistematik insan hakları

⁷² Carrillo, Arturo J.: “Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past”, The Handbook of Reparations, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York 2006, s. 511.

⁷³ AAİHM, Aloeboetoe et al. v. Suriname (Reparations and Costs), 10.9.1993, Series C No. 15, § 46.

⁷⁴ AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs), § 26. *Restitutio in integrum* kavramı hakkında detaylı bilgi için bakınız: Bilgin, Fehmi Kerem: Uluslararası Hukukta Restitutio in Integrum İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, doktora tezi, 2014.

⁷⁵ Onarım aracı olup olmadığı tartışmalıdır. (Özdemir/Akkaya, s. 108-111).

⁷⁶ AAİHM içtihadında tatmin dışındaki onarım biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Özdemir/Akkaya, s. 98-125; Çakan, s. 97-104, 106-113, 118-121; Pasqualucci, Jo M.: The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, 2. baskı, Cambridge University Press, New York 2013, s. 196-203, 212-244; Antkowiak, Thomas M./Gonza, Alejandra: The American Convention on Human Rights, Oxford University Press, New York 2017, s. 292-299, 301-307; Carrillo, s. 512-527; Antkowiak, Thomas M.: “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, Columbia Journal of Transnational Law, Cilt 46, Sayı 2, Yıl 2008, s. 372-377, 382-384; Atıcı, Aysun: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve İşleyişi, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 191-199.

⁷⁷ Abramovich, Victor: “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, SUR – International Journal on Human Rights, Cilt 6, Sayı 11, Yıl 2009, s. 8.

ihlallerinin etkilerini giderme kapsamında ortaya çıkmıştı⁷⁸. Bu kapsamda 2001 yılında verilmiş Cantoral Benavides kararı⁷⁹ ve ardından özellikle kitlesel katliamlarla ortaya çıkan ihlaller hakkındaki 2004 yılına ait Plan de Sánchez Katliamı/Guatemala⁸⁰ ile başlayan davalar tatminin gelişiminde önemli aşamaları oluşturmuşlardır. Cantoral Benavides kararında⁸¹ üniversite öğrencisiyken gözaltına alınarak işkenceye maruz bırakıldığı; ayrıca suç ve cezaların geriye yürümezliği, kişi güvenliği ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği tespit edilen mağdur lehine burs sağlanması, Mahkeme kararının belirli kısımlarının yayımlanması ve resmi özür biçiminde tatmin uygulamalarına hükmedilmiştir. Nihayetinde Mahkeme, ardından gelen kararlar parasal olmayan onarımlar bakımından bu kararlar aynı yaklaşımı paylaşmadığı için bir anomali teşkil eden⁸² 1993 tarihli Aloeboetoe/Surinam⁸³ kararından itibaren zaman içinde bir yandan başvurduğu tatmin araçlarının kapsamını genişleterek belirlerken diğer yandan da yenilerini tasarlamıştır⁸⁴.

Bu süreçte AAİHM içtihadında tatminin önde gelen araçları; mağdurun Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiş bulunan haklarını ihlal eden devlet tarafından sorumluluğun kabul edilmesi ve mağdurdan kamusal özür dilenmesi, Mahkeme tarafından verilen ihlal kararının yayımlanması, mağdurların ve olayların anılması, mağdurun vücut kalıntılarının yerlerinin tespiti ve ailesine teslimi, mağdur ve yakınları için eğitim programları ve

⁷⁸ Nitekim Mahkeme de, tatmin uygulamalarının, kitlesel katliam durumlarında olduğu gibi vakaların uç noktada ağırlık taşıdığı ve yaratılan zararın kolektif niteliğinin öne çıktığı davalarda özellikle önem taşıdığına işaret etmiştir. (AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations), 19.11.2004, Series C No. 116, § 93). İnsan haklarının bu ağır ihlalleri, özellikle mağdurların ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Mahkeme üzerinde, sunulan onarımların genişletilmesi için sürekli bir baskı yaratmasına neden olmuştur. Bu kapsamda Cassel; mağdur, mağdur yakınları ve Komisyonun geniş onarım taleplerinin Mahkemenin onarım içtihadının evriminde önemli bir rol oynadığına işaret etmektedir. Cassel'e göre diğer bir neden de, Mahkemede yer alan yaratıcı hukukçuların teşvikidir. (Cassel, Douglas: "The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights", <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28153.pdf> (erişim tarihi: 14.10.2023), s. 99).

⁷⁹ AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, Series C No. 88, § 2.

⁸⁰ AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Merits), 29.4.2004, Series C No. 105.

⁸¹ AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, Series C No. 88, § 2.

⁸² Antkowiak, s. 366.

⁸³ AAİHM, Aloeboetoe et al. v. Suriname (Reparations and Costs), 10.9.1993.

⁸⁴ Özdemir/Akkaya, s. 128.

burslar, topluluklara yönelik uygulamalar ve bizatihi tatmin aracı olarak Mahkemenin ihlal tespit eden kararı şeklinde ortaya çıkmıştır.

B. İhlalin Dayandığı Vakaların ve Sorumluluğun Kabulünü İçeren Kamusal Özür

AAİHM, mağdurların Sözleşme’de düzenlenmiş haklarının ihlalinin ihlalci devlet tarafından kamusal olarak ikrar edilmesine ve ihlalle ilgili olarak özür dilenmesine yönelik taleplerini uzun süre reddetmiştir⁸⁵. Bu kararlardan biri; mağdurun, önde gelen uluslararası uyuşturucu ticareti örgütlerinden birinin tasfiyesine yönelik olarak gerçekleştirilen “Ciclón” adlı polis operasyonunda gözaltına alınmasıyla başlayan süreçte⁸⁶ kişi güvenliği (md. 7), adil yargılanma (md.8), insanca muamele (md.5) ve yargısal korunmaya (md.25) yönelik haklarının ihlal edildiğinin saptandığı Suárez-Rosero/Ekvador davasıdır. Ekvador Devleti, mağdur ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu’nun mağdurdan özür dilenmesine yönelik talepleri bakımından, Mahkeme önünde yaptığı sunumun mağdur lehine verilen kararın tanınmasının kamusal bir ifadesini teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, mağdurun mahkûmiyet kararının temyiz incelemesi tamamlanmadığından temyiz mağdur lehine sonuçlanana kadar bundan fazlasının yapılmasının mümkün olmadığını savunmuştur. Nihayetinde Mahkeme özür talebine karşılık esasa ilişkin mevcut kararının bizatihi, mağdur ve yakınları için manevi tatminin ve onarımın önemli ve dikkate değer bir biçimi olduğunu kabul etmiştir⁸⁷.

2001 yılı, Mahkemenin Cantoral-Benavides/Peru kararında kamusal özür emretmesiyle bu tatmin yöntemi bakımından dönüm noktası teşkil etmiştir⁸⁸. Davada; erkek kardeşini gözaltına almak üzere evlerine gelen Peru Ulusal Polisi Ulusal Anti-Terörizm Bürosu görevlileri tarafından yetkili merci kararı olmaksızın gözaltına alınan⁸⁹ mağdurun insanca muamele (md. 5), kişi güvenliği (md.7), adil yargılanma (md.8), suç koyan yasaların geriye yürümezliği (md.9) ve yargısal korunmaya (md.25) yönelik haklarının ihlal edildiği tespit edilmiştir. Mahkeme, Peru Devletinin bu tür ihlallerin tekrarını önlemek üzere olaydaki sorumluluğunu kabul eden bir kamusal özür dilemesine hükmetmiştir⁹⁰.

⁸⁵ Antkowiak, s. 379.

⁸⁶ AAİHM, Suárez-Rosero v. Ecuador (Merits), 12.11.1997, Series C No. 35, § 34/1(a).

⁸⁷ AAİHM, Suárez-Rosero v. Ecuador (Reparations and Costs), 20.1.1999, Series C No. 44, § 3, 71-72.

⁸⁸ Antkowiak, s.379; Antkowiak/Gonza, s. 304.

⁸⁹ AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Merits), 18.8.2000, Series C No. 69, § 63.

⁹⁰ AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, § 2, 81, 99/7.

Mahkemenin özür emirlerinde, özrün kamuya açık olarak ifade edilmesi önemli bir unsur teşkil etmektedir. Örneğin Montero-Aranguren ve Diğerleri/Venezuela davasında Mahkeme, Hükümetin oturumda sorumluluğunu kabul etmesini yetersiz bulmuştur. Zira oturumda mağdurun tüm yakınları bulunmamaktaydı ve kabul, tüm Venezuela toplumunun bilgisine sunulması gereken bir tekrarlamama garantisi teşkil etmekteydi. Bu nedenle, Devletin uluslararası sorumluluğunu kamuya açık olarak kabul etmesi ve mağdurun yakınlarından yine kamuya açık olarak bağışlanma istemesine karar verilmiştir⁹¹. Ayrıca Atenco'daki Cinsel İşkencenin Mağduru Kadınlar kararında Mahkeme, mağdurlar farklı devlet kurumları ve federal kurumlar tarafından uygulanan kurumsal şiddetle karşı karşıya kaldıklarından kamuya açık özrün gerekli olduğuna işaret etmiştir⁹².

Zaman içerisinde, kamusal özür emrinin formülasyonu detaylı bir kamuya açık tören gerektirecek biçimde genişletilerek güçlendirilmiştir⁹³. Bu kapsamda sorumluluğun kabulü ve özrün; devletin üst düzey yetkililerinin⁹⁴, istemeleri halinde mağdurların⁹⁵ ve mağdur yakınlarının⁹⁶ katılımıyla gerçekleştirilecek kamuya açık bir törende beyan edilmesi gerekmektedir. Törenin konum ve yer gibi ayrıntıları, mağdur veya ölen mağdurun yakınlarına önceden ve uygun olarak danışılarak veya anlaşılarak belirlenmelidir⁹⁷.

⁹¹ AAİHM, Montero-Aranguren et al (Detention Center of Catia) v. Venezuela (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 5.7.2006, Series C No. 150, § 150.

⁹² AAİHM, Women Victims of Sexual Torture in Atenco v. Mexico (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 28.11.2018, Series C No. 371, § 347.

⁹³ **Antkowiak**, s. 379; **Antkowiak/Gonza**, s. 304.

⁹⁴ Myrna Mack Chang v. Guatemala kararından beri talep edilmektedir. (AAİHM, Myrna Mack Chang v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2003, Series C No. 101, § 278, 301/8).

⁹⁵ Örneğin: AAİHM, The Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8.9.2005, Series C No. 130, § 235; AAİHM, Pavez Pavez v. Chile (Merits, Reparations and Costs), 4.2.2022, Series C No. 449, § 172; AAİHM, Maidanik et al. v. Uruguay (Merits and Reparations), 15.11.2021, Series C No. 444, § 236.

⁹⁶ Örneğin: AAİHM, Montero-Aranguren et al (Detention Center of Catia) v. Venezuela (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 5.7.2006, § 150; AAİHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, Series C No. 196, § 202; AAİHM, The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador (Merits, Reparations and Costs), 1.3.2005, Series C No. 120, § 194.

⁹⁷ Örneğin: AAİHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, § 202; AAİHM, Pavez Pavez v. Chile (Merits, Reparations and Costs), 4.2.2022, § 173; AAİHM, Digna Ochoa and Family Members v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2021, § 170.

Kabul ve özür beyanında, kararda tespit edilen ihlallere atıfta bulunulmalı⁹⁸ ve kararda işaret edilen vakalar bakımından sorumluluk kabul edilmelidir⁹⁹. Mahkemenin bazı kararlarında, törende ifade edilecek diğer bazı hususların da ihlalin niteliğine bağlı olarak belirlendiği görülmektedir. Örneğin Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Meksika kararında Mahkeme, emredilen uluslararası sorumluluğun kabulü ve özür töreninde insan hakları savunucularının çalışmalarının tanınmasına ve bu kişilere karşı gerçekleştirilen suç veya saldırıların açıkça kınanmasına hükmetmiştir¹⁰⁰.

Ihlallerin ikrarı, sorumluluğun kabulü ve özür beyanları; resmi dilin yanısıra mağdur ve yakınlarının dillerinde de yapılmalıdır¹⁰¹. Tören; radyo, basın, televizyon gibi¹⁰² ulusal kitle iletişim araçları ile kamunun bilgisine sunulmalıdır¹⁰³. Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Meksika davasında Mahkeme, törenin Dış İşleri ve İç İşleri Bakanlıklarının sosyal iletişim ağları ile tarafların törene davet ettikleri medya kuruluşları tarafından kamunun bilgisine sunulmasına ve söz konusu Bakanlıkların internet sitelerinde törenin yazılı ve görsel-işitsel biçimlerde yayımlanmasına karar vermiştir¹⁰⁴. Mahkeme ayrıca başka bir kararında, yaygınlaştırılmasını kolaylaştırmak üzere özrün uygun yerel ve federal otoriteler tarafından imzalanarak yazılı hale getirilmesine hükmetmiştir¹⁰⁵.

Öncelikle mağdur veya yakınlarına, bir başka deyişle bireylere hitap etmeleri itibarıyla uluslararası hukukun önceki özür pratiklerinden farklılaşan¹⁰⁶ sorumluluğun kabulü ve özür eylemleri; mağduru veya anısını onur-

⁹⁸ AAİHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, § 202; AAİHM, Pavez Pavez v. Chile (Merits, Reparations and Costs), 4.2.2022, § 172; AAİHM, Maidanik et al. v. Uruguay (Merits and Reparations), 15.11.2021, § 236.

⁹⁹ AAİHM, The Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8.9.2005, § 235.

¹⁰⁰ AAİHM, Digna Ochoa and Family Members v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2021, § 170.

¹⁰¹ AAİHM, Rosendo Cantú et al. v. Mexico, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 31.8.2010, Series C No. 216, § 226.

¹⁰² AAİHM, The Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8.9.2005, § 235.

¹⁰³ AAİHM, The Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 15.6.2005, Series C No. 124, § 216; AAİHM, Gomes Lund et al. (“Guerrilha Do Araguaia”) v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 24.11.2010, Series C No. 219, § 277.

¹⁰⁴ AAİHM, Digna Ochoa and Family Members v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2021, § 170.

¹⁰⁵ AAİHM, Women Victims of Sexual Torture in Atenco v. Mexico (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 28.11.2018, § 348.

¹⁰⁶ Pasqualucci, s. 205.

landirmek üzere gerçekleştirilmekte¹⁰⁷, kamuya açık olarak mağdurun onurunun teyidinde ve yakınlarının teselli edilmesine hizmet etmektedirler¹⁰⁸. Bu manevi onarım işlevleri, eylemler ilk olarak mağdur ve yakınlarına yönelse de nihayetinde kamuya açık olmaları dolayısıyla yerine getirilmektedir. Zira mağdur insan olmakla onuru hak ettiğiinden ve diğerleri ona bunu sağlamak zorunda olduğundan onur her zaman diğerleriyle ilişkilidir. Onurun diğerleri bakımından yükümlülük doğuran bu sosyal boyutu nedeniyle insan hakkı ihlalden kaynaklanan acı, onarımı için bireysel alandaki sıkışmışlığından kurtarılmalı; hakikat kamuya açılmalıdır. Bir başka deyişle acının mümkün olduğunca teskin edilmesi için sosyal travmalar hakkındaki hakikat duyulmalı, paylaşılmalı; yani sosyalleşmelidir¹⁰⁹. Böylece mağdur ve yakınlarının sosyal birliğe yeniden katılımlarının sağlanması¹¹⁰ ve mağdurların sosyal birliğin onurlu birer parçası oldukları duygusuna kavuşmaları hedeflenmektedir. Bu şekilde, sorumluluğun kamusal kabulü ve özrün gelecekteki muhtemel ihlallere karşı caydırıcı olacağı umulmaktadır¹¹¹.

C. Amerikalılar Arası Mahkeme Kararının Yayımlanması

AAİHM'nin Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ihlalini tespit ettiği kararının yayımlanması, Mahkemenin emretmeye başlamasından itibaren neredeyse her ihlal kararında hükmettiği¹¹² bir tatmin aracıdır. Bu uygulama; Mahkeme kararının kararda belirlenen kısımlarının¹¹³; resmi gazete, ulusal

¹⁰⁷ AAİHM, *Kawas-Fernández v. Honduras* (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, § 202.

¹⁰⁸ **Pasqualucci**, s. 204.

¹⁰⁹ **Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies**: "Reparations: A Judicial and Symbolic Act", *Comprehensive Attention to Victims of Torture in Cases under Litigation – Psychosocial Contributions*, Inter-American Institute of Human Rights, San José 2009, s. 281.

¹¹⁰ **Shelton**, *Remedies in International Human Rights Law*, s. 231.

¹¹¹ **Pasqualucci**, s. 204.

¹¹² **Antkowiak**, s. 380.

¹¹³ AAİHM, *The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* (Merits, Reparations and Costs), 1.3.2005, § 195; AAİHM, *The "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.9.2004, Series C No. 112, § 315; AAİHM, *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2003, § 280.

Mahkemenin yakın dönem kararlarında kararın yayımlanması emredilen kısımları, Mahkeme tarafından hazırlanan kararın resmi özeti ile kararın tümünden oluşmaktadır. (Örneğin: AAİHM, *Dial et al. v. Trinidad and Tobago* (Merits and Reparations), 21.11.2022, Series C No. 476, § 89, 115/8; AAİHM, *Vera Rojas et al. v. Chile* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 1.10.2021, Series C No. 439, § 169 (Sağlık Müfettişliği internet sayfasındaki yayın, Martina Vera davasının hukuki

bir gazete¹¹⁴ ve kimi zaman Mahkeme tarafından belirlenen bir resmi internet sayfasında giriş sayfasından ulaşılabilecek şekilde belirli bir süre boyunca¹¹⁵, uygun ve okunaklı bir yazı tipi ile¹¹⁶ ve resmi dil yanında mağdurların dillerinde¹¹⁷ yayımlanmasını içermektedir. Mahkeme bazı kararlarında, bilgiye erişimin radyo aracılığıyla sağlandığı bölgeler için yayımın radyo aracılığıyla da gerçekleştirilmesine hükmetmiştir¹¹⁸. Kararların yayımlanmasının kural olarak Sözleşme'yi ihlal eden devletin ülkesinde gerçekleştirilmesi gerekmekte ise de, Tibi/Ekvador kararında kararın Fransızcaya çevrilerek Fransa'da, özellikle Tibi'nin ikamet ettiği bölgede yaygın olarak okunan günlük bir gazetede yayımlanması emredilmiştir¹¹⁹.

Mahkeme kararının yayımlanmasının amacı, AAİHM yargıcı Sergio García Ramírez'e göre üç parçalıdır. Yayım ilk olarak, hatalı veya yanlış anlatım ve yorumlarla lekelenmiş itibar ve onurun aklanması kapsamında mağdur veya yakınlarının manevi tatminine yönelmektedir. Diğer yandan bu uygulama, hepsinden önce gelecek nesiller lehine hukukilik kültürünün kuruluşu ve güçlendirilmesi bakımından anlamlıdır. Son olarak da hakları ihlal edilenler ve bir bütün olarak toplumun menfaatine olarak hakikate hizmet etmektedir¹²⁰. Aynı zamanda maliyeti düşük bir onarım türüdür¹²¹. Ancak bu

arka planını da içerecektir.); AAİHM, Cuya Lavy et al. v. Peru (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 28.9.2021, Series C No. 438, § 199).

¹¹⁴ Örneğin: AAİHM, The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador (Merits, Reparations and Costs), 1.3.2005 § 195; AAİHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, § 199, 227/10.

¹¹⁵ Örneğin: AAİHM, Manuel Cepeda Vargas v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 26.5.2010, Series C No. 213, § 220; AAİHM, YATAMA v. Nicaragua (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.6.2005, Series C No. 127, § 275/7.

¹¹⁶ Örneğin: AAİHM, Bissoon et al. v. Trinidad and Tobago (Merits and Reparations), 14.11.2022, Series C No. 472, § 58; AAİHM, Moya Chacón et al. v. Costa Rica (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.5.2022, Series C No. 451, § 106, 135/6; AAİHM, The Former Employees of the Judiciary v. Guatemala (Preliminary Objections, Merits and Reparations), 17.11.2021, Series C No. 44, § 143.

¹¹⁷ Örneğin: AAİHM, YATAMA v. Nicaragua (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.6.2005, § 253; AAİHM, The Maya Kaqchikel Indigenous Peoples of Sumpango et al. v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 6.10.2021, Series C No. 440, § 185.

¹¹⁸ Örneğin: AAİHM, YATAMA v. Nicaragua (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.6.2005, § 275/8; AAİHM, González et al. v. Venezuela (Merits and Reparations), 20.9.2021, Series C No. 436, § 204.

¹¹⁹ AAİHM, Tibi v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 7.9.2004, Series C No. 114, § 280/11.

¹²⁰ Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, AAİHM, Bámaca-Velásquez v. Guatemala (Reparations and Costs), 22.2.2002, Series C No. 91, s. 3.

tedbir; mağdurların zulüm, aşağılama veya hırsızlık tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceği bazı durumlarda dikkatle uygulanmalıdır. Zaten kararın parasal tazminat yönünün kamuya açılması için pek az makul neden bulunmaktadır¹²².

D. Mağdurların veya Olayların Anılması

2001 yılında Mahkeme, plaket ve anıt inşasına hükmettiği bir tatmin pratiğine başlamış¹²³ ve hatta 2005 yılında verdiği The Serrano-Cruz Sisters/El Salvador kararında ulusal bir anma günü düzenlenmesini emretmiştir¹²⁴. Villagrán-Morales ve Diğerleri/Guatemala kararında Mahkeme; güvenlik güçleri tarafından öldürülen, öldürülmelerinden önce dördü kaçırılan ve işkenceye maruz bırakılan üçü çocuk beş genç¹²⁵ mağdur anısına bir eğitim merkezinin adlandırılmasına ve mağdurların adlarını içeren bir plaketin bu merkeze yerleştirilmesine hükmetmiştir¹²⁶. Zira Mahkemeye göre kamuya yönelik bu tür teşhirlerin, gerçekleşmiş ihlalleri gelecek nesiller dahil olmak üzere topluma hatırlatması önem taşımaktadır¹²⁷. Böylece bu uygulama, mağdurların anısını canlı tutacak ve benzer eylemlerin tekrarlanmasının önlenmesi için farkındalık yaratılmasına katkı sunacaktır¹²⁸. Mahkeme, genç mağdurlara ilişkin sonraki kararlarında benzer işlevlerini vurgulayarak eği-

¹²¹ Antkowiak, s. 380.

¹²² Antkowiak, s. 380.

¹²³ Antkowiak, s. 381.

¹²⁴ Kayıp çocukların nerede olduklarının ve hakikatin ortaya çıkarılması ile kayıp çocukların sayısı hakkında toplumda farkındalığın yükseltilmesi işlevleri vurgulanarak silahlı iç çatışma sürecinde kaybolan çocuklara adanmış bir günün tayin edilmesine karar verilmiştir. (AAİHM, The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador (Merits, Reparations and Costs), 1.3.2005, § 196). Mahkeme ayrıca Barbosa De Souza ve diğerleri v. Brezilya kararında, ulusal kapsamda olmasa da bir düşünme ve farkındalık yükseltme gününün Paraiba Eyaleti Yasama Meclisi tarafından kabul edilmesine hükmetmiştir. Kadın cinayetleri, kadınlara yönelik şiddetin etkisi ile milletvekilliği dokunulmazlığı hakkındaki bu güne Márcia Barbosa de Souza'nın adı verilecektir. (AAİHM, Barbosa De Souza et al. v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 7.9.2021, Series C No. 43, § 197.

¹²⁵ AAİHM, The "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Merits), 19.11.1999, Series C No. 63, § 2-3.

¹²⁶ AAİHM, The "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, Series C No. 77, § 103, 123/7.

¹²⁷ AAİHM, The Ituango Massacres v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 1.7.2006, Series C No. 148, § 408.

¹²⁸ AAİHM, The "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, § 103, 123/7.

tim kurumlarına mağdurların isimlerinin verilmesi emirlerini tekrarlamıştır¹²⁹.

Mahkeme, silahlı iç çatışmanın sonucu olarak ülke içinde yerinden edilenler hakkında çalışan bir sosyal antropoloğun devlet görevlileri tarafından öldürülmesine ilişkin 2003 yılında verdiği Myrna Mack Chang/Guatemala kararında da, öldürüldüğü yer veya yakınında bir yere mağdur anısına dikkat çekici bir plaket yerleştirilmesine ve Guatemala Şehrinde tanınmış bir cadde veya meydana mağdur adının verilmesine karar vermiştir¹³⁰. Sokak veya meydanlara mağdurların adını verme kararı yaygın değilse de, mağdurun doğduğu yerde bulunan ve mağdurun yakınlarıyla devletin mutabık kalarak belirleyeceği bir cadde, park veya okulun mağdur anısına adlandırılmasının emredildiği Baldeón-García/Perú kararıyla 2006 yılında yeniden belirlemiştir¹³¹. Bazı kararlarında Mahkeme; plaketlerde ve tabelalarda ölenin çalışmalarına¹³² veya belirli olaylara¹³³ atıfta bulunulmasına hükmetmiştir.

¹²⁹ Örneğin: AAİHM, Trujillo-Oroza v. Bolivia (Reparations and Costs), 27.2.2002, Series C No. 92, § 122; AAİHM, Molina-Theissen v. Guatemala (Reparations and Costs), 3.7.2004, Series C No. 108, § 88 (Guatemala Şehrindeki mevcut bir okulun, silahlı iç çatışma süreci boyunca kaybolan çocuklara ithafen adlandırılması); AAİHM, Contreras et al. v. El Salvador (Merits, Reparations and Costs), 31.8.2011, Series C No. 232, § 208 (silahlı iç çatışma sürecinde zorla kaybedilmeleri sistematik bir uygulama teşkil etmiş çocuklara işaret etmek üzere dava konusu olayda mağdur olan her bir aile grubu için bir tane olmak üzere üç okulun adlandırılması ve çocukların adlarını taşıyan plaketlerin bu okullara yerleştirilmesi).

¹³⁰ AAİHM, Myrna Mack Chang v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2003, § 134/1, 163, 247(a), 286.

¹³¹ AAİHM, Baldeón-García v. Peru (Merits, Reparations, and Costs), 6.4.2006, Series C No. 147, § 205.

¹³² AAİHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, § 206 (mağdur anısına adlandırılan ulusal parka mağdurun çevreyi ve özel olarak bu tür parkları koruma çalışmaları sırasında öldürüldüğüne işaret eden tabelaların konulması ve mağdur için anıt inşa edilmesi kararı); AAİHM, Myrna Mack Chang v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2003, § 286.

¹³³ AAİHM, Baldeón-García v. Peru (Merits, Reparations, and Costs), 6.4.2006, § 205 (mağdurun doğduğu yerde bulunan ve mağdurun ardından adlandırılacak cadde, park veya okul konusunda Devletin mağdurun yakınları ile anlaşması; park veya okula yerleştirilecek levhanın dava konusu olayların gerçekleştiği dönemde Peru'nun içerisinde bulunduğu tarım işçilerine yönelik şiddet ortamına atıfta bulunması); AAİHM, Contreras et al. v. El Salvador (Merits, Reparations and Costs), 31.8.2011, § 208 (Hükümet, ülkedeki silahlı iç çatışma sürecinde çocukların zorla kaybının sistematik bir uygulama halinde mevcut olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, davanın mağdurları anısına adlandırılacak üç okula plaket yerleştirilmesine, bu plaketlerde mağdurların adları yanında El Salvador Askeri Kuvvetleri tarafında zorla kaybedildiklerine dair kabulün yer almasına karar vermiştir).

Mahkemenin ayrıca katliamlar hakkında verdiği kararlarında sıklıkla, katliamın gerçekleştiği yerde anıt dikilmesine yer verdiği görülmektedir¹³⁴. Mağdurlar ve ihlallere yönelik plaket, anıt gibi hatırlama araçlarının emredildiği kararlarda; mağdurların veya yakınlarının açılış törenlerine¹³⁵ veya anıtların dizayn, içerik ve yerlerinin belirlenmesi sürecine katılmalarının¹³⁶ sağlanmasına önem verilmiştir.

Mahkeme; anıt, plaket gibi nesneye dayalı olanlar dışındaki hatırlama araçlarının kullanımını da devreye sokmuştur. Bu araçlardan bazıları; mağdur anısına verilecek burslar¹³⁷, ödüller¹³⁸, yürütülecek kurslar¹³⁹, farkındalık

¹³⁴ Örneğin: AAİHM, *The Pueblo Bello Massacre v. Colombia* (Merits, Reparations and Costs), 31.1.2006, Series C No. 140, § 278; AAİHM, *González et al. ("Cotton Field") v. Mexico* (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), 16.11.2009, Series C No. 205, § 602/17; AAİHM, *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru* (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2006, Series C No. 160, § 470/16 (Kararda öldürülmüş mağdurlar olarak ilan edilen herkesin adının "Ağlayan Göz" anıtına kaydedilmesi kararı), AAİHM, *The Miguel Castro Castro Prison v. Peru* (Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs), 2.8.2008, Series C No. 181, § 12, 57 (Peru Devletinin; esas, onarım ve masraflar hakkında kararın mağdurların sıralandığı 2. ekinde yer alan bir kişinin Sendero Luminoso örgütüyle soruşturulan ilişkisi nedeniyle kararın yerine getirilmesinde yaşadığı zorluk hakkında Mahkemeyi bilgilendirmesi üzerine Mahkeme, onarım tedbirinin amaç ve anlamını karşılayabilecek bir anıtın inşasını veya bir parkın oluşturulmasını kabul etmiştir.), Esas hakkında kararın Peru Devleti için ortaya çıkardığı zorluk hakkında ayrıntılı bilgi bakınız: **Cavallaro, James L./Brewer, Stephanie** Erin: "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *The American Journal of International Law*, Cilt 102, Yıl 2008, s. 824-825; AAİHM, *The Río Negro Massacres v. Guatemala* (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 4.9.2012, Series C No. 250, § 279-280 (silahlı iç çatışmanın sayısız mağduru anısına, çatışmanın sürdüğü 36 yıl boyunca ölen sivillere adanmış özel bir bölümle ve bu yıllarda sivil nüfusa karşı işlenen çok sayıda katliama yapılan özel atıfla bir müze kurulması).

¹³⁵ Örneğin: AAİHM, *Contreras et al. v. El Salvador* (Merits, Reparations and Costs), 31.8.2011, § 208; AAİHM, *The 19 Merchants v. Colombia* (Merits, Reparations and Costs), 5.7.2004, Series C No. 109, § 273.

¹³⁶ Örneğin: AAİHM, *The 19 Merchants v. Colombia* (Merits, Reparations and Costs), 5.7.2004, § 273; AAİHM, *Contreras et al. v. El Salvador* (Merits, Reparations and Costs), 31.8.2011, § 208; AAİHM, *Baldeón-García v. Peru* (Merits, Reparations, and Costs), 6.4.2006, § 205.

¹³⁷ Örneğin: AAİHM, *Valle Jaramillo et al. v. Colombia* (Merits, Reparations, and Costs), 27.11.2008, Series C No. 192, § 227/c-3; AAİHM, *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2003, § 285.

¹³⁸ Örneğin: AAİHM, *Digna Ochoa and Family Members v. Mexico* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2021, § 177/1 (Hukukçu Digna Ochoa y Plácido'nun adının verileceği insan haklarının savunulması konulu yıllık ödülün kurulması emri, "Tekrarlamama Garantileri" başlığında tartışılmıştır.)

kampanyaları¹⁴⁰ ile ihlaller hakkında yapılacak veya yayımlanacak görsel belgesellerdir¹⁴¹. Mağdurların anılmasına yönelik bu tedbirler, ihlallerin kolektif hafızanın parçası haline getirilerek gelecek kuşakların da bilgisine sunulması ve bu şekilde tekrarlanmalarının desteklenmesi bakımından anlamlıdır.

E. Mağdurun Vücut Kalıntılarının Yerlerinin Tespiti ve Ailesine Teslimi

Mahkemenin tazminat ve ihlal tespitleri dışında sunduğu ilk onarımlar, devletlerin kaybolan veya infaz edilenlerin bedenlerinden kalanları bulması ve ailelerine teslim etmesine yönelik hükümlerdir¹⁴². Bu kapsamdaki ilk

¹³⁹ Örneğin: AAİHM, Huilca-Tecse v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 3.3.2005, Series C No. 121, § 103/4, 124 emir 1/d (Universidad Nacional Mayor de San Marcos'ta, mağdur sendika lideri anısına 'Cátedra Pedro Huilca' adını taşıyan insan hakları ve iş hukuku konulu bir ders veya kursun açılması).

¹⁴⁰ Örneğin: AAİHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, § 214, 227/14 (Honduras'ta çevreciler tarafından yürütülen çalışmaların önemine ve bunların insan haklarının savunulmasına katkılarına ilişkin olarak güvenlik görevlileri, adalet sistemi çalışanları ve genel nüfusa yönelik ulusal farkındalık ve duyarlılık kampanyası yürütülmesi).

¹⁴¹ Örneğin: AAİHM, The "Las Dos Erres" Massacre v. Guatemala (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), 24.11.2009, Series C No. 211, § 263; AAİHM, Rodríguez Vera et al. (The Disappeared from The Palace of Justice) v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 14.11.2014, Series C No. 287, § 579, 615/25; AAİHM, Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 20.11.2012, Series C No. 253, § 346, 391 karar 6; AAİHM, Julien Grisonas Family v. Argentina (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.9.2021, Series C No. 437, § 282 (1976-1983 arasındaki yıllar boyunca işlenen ciddi insan hakları ihlalleri ve Cóndor Operasyonu kapsamındaki devletler arası işbirliği hakkında bir belgeselin hazırlanması kararı verilmiştir. Belgesel, mağdurlarla mutabık kalınarak olayların kadınlar ve çocuklar üzerindeki etkilerine dair özel bir vurgu içerecektir. Arjantin; belgeselin üretimi, yayımı ve dağıtımını harcamalarını üstlenecektir. Bu amaçla, mağdur ile temsilcilerinin de yer aldığı bir komite kurulacaktır. Belgesel, ülke çapında yayım faaliyetinde bulunan bir televizyon kanalında bir defa yayımlanacaktır.); AAİHM, Manuel Cepeda Vargas v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 26.5.2010, § 228-229 (Karara göre Devlet; Senatör Cepeda'nın siyasal yaşamı, gazetecilik kariyeri ve siyasal rolü hakkında, yakınlarıyla koordinasyon halinde görsel-işitsel bir belgesel ve bir yazılı eser hazırlayacaktır. İhlale vücut veren olaylara ilişkin bu belgesel, ulusal bir devlet televizyonu kanalında bir ay boyunca haftada bir kez gösterilecektir. Yanı sıra Devlet, ayrı bir eylem olarak veya sorumluluğun kabulü eylemi kapsamında Bogotá'da gerçekleştirilecek bir kamusal eylemde belgeseli gösterecektir. Söz konusu eylemler, mağdurların veya temsilcilerinin katılımıyla tertiplenecektir. Ayrıca belgesel; mağdurlar, temsilcileri ve ulusal üniversiteler arasında, sonraki tanıtım ve gösterimi için mümkün olduğunca geniş bir şekilde dağıtılacaktır.

¹⁴² Antkowiak, s. 367.

karar, 1996 yılında Neira-Alegría ve Diğerleri/Peru davasında¹⁴³ verilmiştir. Mağdurun vücut kalıntılarının yerlerinin tespiti ve ailesine teslimi bir sonuç değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür¹⁴⁴. Bunun anlamı, tespit ve teslim gerekli bütün çabanın gösterilmesine rağmen gerçekleştirilemese de, objektif olarak bu sonuca ulaşmak için gerekli olan ve makul bir beklentiyi teşkil eden tüm eylemlerde bulunulması gerektirir. Dolayısıyla devlet, mağdurun yerinin tespiti için gerekli tüm tedbirleri alma yönünde mutlak bir yükümlülük altındadır¹⁴⁵. Bu bakımdan devletler; güçleri dahilindeki tüm araçları kullanarak mağdurların akıbeti, eğer öldürüldülerse vücut kalıntılarının yeri hakkında mağdurun yakınlarını bilgilendirmekle¹⁴⁶ ve mağdurlardan kalanları ilişkilerinin genetik olarak doğrulanması ardından en kısa zamanda mağdurun yakınlarına teslim etmekle¹⁴⁷ yükümlüdür. Devlet; mağdurun naaşının yakınları tarafından seçilen yere, yakınlarına maliyet yüklenmeyecek biçimde nakledilmesi için gerekli koşulları sağlamak durumundadır¹⁴⁸. Ayrıca González ve Diğerleri/Meksika kararında Mahkeme, Devletin kayıp kadınların yerlerinin belirlenmesi amacıyla bir internet sayfası kurmasına hükmetmiştir. Söz konusu sayfa, Chihuahua’da 1993’ten beri kayıp olan tüm kadınlar hakkında gerekli kişisel bilgilerle sürekli olarak güncellenecek ve kayıp kadınların veya vücut kalıntılarının yeri hakkında bilgi sahibi olan herhangi bir kişinin ismini açıklamadan da yetkili mercilerle iletişime geçmesini sağlayacak nitelikte bulunacaktır¹⁴⁹. Mahkeme Bámaca-

¹⁴³ AAİHM, Neira-Alegría et al. v. Peru (Reparations and Costs), 19.9.1996, Series C No. 29, hüküm paragrafları § 4.

¹⁴⁴ AAİHM, Julien Grisonas Family v. Argentina (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.9.2021, § 268.

¹⁴⁵ AAİHM, Julien Grisonas Family v. Argentina (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.9.2021, § 268.

¹⁴⁶ AAİHM, Godínez-Cruz v. Honduras (Merits), 20.1.1989, Series C No. 5, § 191; AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Merits), 29.7.1988, Series C No. 4, § 181; AAİHM, Neira-Alegría et al. v. Peru (Reparations and Costs), 19.9.1996, § 69.

¹⁴⁷ AAİHM, Neira-Alegría et al. v. Peru (Reparations and Costs), 19.9.1996, § 69; AAİHM, Tiu Tojín v. Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), 26.11.2008, Series C No. 190, § 103; AAİHM, Garzón Guzmán et al. v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs), 1.9.2021, Series C No. 434, § 110.

¹⁴⁸ AAİHM, The “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 25.5.2001, Series C No. 76, § 204.

¹⁴⁹ AAİHM, González et al. (“Cotton Field”) v. Mexico (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), 16.11.2009, § 602/20.

Benzer kararlar: AAİHM, The Río Negro Massacres v. Guatemala (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 4.9.2012, § 324, emir 3 (genetik bilgi bankası); AAİHM, The “Las Dos Erres” Massacre v. Guatemala (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), 24.11.2009, § 310/17 (kaçırılan ve hukuka aykırı olarak

Velásquez/Guatemala kararında da Devletin bir tatmin aracı olarak ulusal bir mezardan çıkarma programı uygulaması gerektiğine işaret etmiştir¹⁵⁰.

Mağdurların vücut kalıntılarının yerlerinin tespiti ve ailesine tesliminde temel amaç, hem aile üyeleri hem de yerli topluluklara yönelik katliamlara ilişkin davalarda topluluk üyeleri için tatmindir¹⁵¹. Nitekim Mahkemenin bu tedbiri bir manevi onarım biçimi olarak nitelendirdiği görülmektedir¹⁵². Mahkeme, kaybolan mağdurların yakınlarının üzüntüsü ile hakikat hakkının ihlali arasında açık bir bağlantı kurmuştur¹⁵³. Bu kapsamda kaybolan mağdurların yerinin belirlenmesi; ailenin, kaybolan üyesinin yerine ilişkin belirsizlikten kaynaklanan keder ve ızdıraptan kurtulmasına imkân sağlayacaktır¹⁵⁴. Bu keder ve ızdırap o kadar derindir ki Mahkeme, kaybolanın yerine ilişkin hakikate erişimden mahrumiyetin yakın akrabaları için zalim ve insanlık dışı muamele teşkil ettiğini; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesiyle bağlantılı olarak 5. maddesinin ihlaline neden olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁵.

alkonulan çocuklar için internet sayfası kurulması); AAİHM, The “Mapiripán Massacre” v. Colombia (Merits, Reparations, and Costs), 15.9.2005, Series C No. 134, § 308 (mağdurların kimliklerinin belirlenmesini mümkün kılacak bir genetik bilgi sisteminin kurulması); AAİHM, The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador (Merits, Reparations and Costs), 1.3.2005, § 189 (kayıp çocukların izinin sürülmesi için internet sitesi oluşturularak bir veri tabanının kurulması).

Her ne kadar bu tedbir, kapasite geliştirme kapsamında tekrarlamama garantileri ile bağlantılı bulunmakta ise de, gelecekteki ihlallerin önlenmesinden çok hüküm konusu davanın mağdurlarının manevi zararlarının onarımına yönelik olması nedeniyle bir tatmin türü olarak kabul edilmiştir. The “Las Dos Erres” Massacre v. Guatemala kararındaki benzeri tedbir ise, dava konusu olayda kaçırılan çocuklar hâlihazırda bulunmuş olduklarından tekrarlamama garantilerine daha yakındır.

¹⁵⁰ AAİHM, Bámaca-Velásquez v. Guatemala (Reparations and Costs), 22.2.2002, § 83.

¹⁵¹ Antkowiak, s. 367.

¹⁵² AAİHM, Neira-Alegría et al. v. Peru (Reparations and Costs), 19.9.1996, § 69; AAİHM, The Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 15.6.2005, § 193.

¹⁵³ AAİHM, Anzualdo Castro v. Peru (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 22.9.2009, Series C No. 202, § 113.

¹⁵⁴ AAİHM, Gomes Lund et al. (“Guerrilha Do Araguaia”) v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 24.11.2010, § 240; AAİHM, Ticona Estrada et al. v. Bolivia (Merits, Reparations and Costs), 27.11.2008, Series C No. 191, § 155.

¹⁵⁵ Örneğin: AAİHM, Chitay Nech et al. v. Guatemala (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 25.5.2010, Series C No. 212, § 221; AAİHM, Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia (Merits, Reparation and Costs), 1.9.2010, § 130; AAİHM, Radilla-Pacheco v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 23.11.2009, § 166.

Mağdurun vücut kalıntılarının yerlerinin belirlenmesi ve ailesine teslimi, ailenin mağdura dini inanç ve geleneklerine göre uygun bir defin sağlama arzusunun tatmin edilebilmesini mümkün kılacaktır¹⁵⁶. Gizli mezarlardan naaşların çıkarılması, ölüme ilişkin ertelenen kültürel ve dini yükümlülüklerin yerine getirilerek mağdurun onurlandırılması ile yas süreçlerinin kapanışına olanak sağlayacaktır¹⁵⁷. Ölülerin gömülmesinin özellikle yerli topluluklarda çeşitli sosyal anlamları ve önemi bulunmaktadır. Örneğin, Moiwana Topluluğu/Surinam kararına konu olan katliam ardından ölenlerin defin ritüelleri N'djuka geleneğine göre gerçekleştirilemediğinden Moiwana topluluğu üyeleri, eğer uzlaşma başarılamazsa nesiller boyunca sürebileceğine inandıkları “ruhani nedenlere dayalı hastalıklardan” korkmaktadırlar¹⁵⁸. Tüm bu nedenlerle Mahkeme, mağdurun yerinin belirlenmesi ve ondan kalanların aileye teslim edilmesinin devletin mümkün olduğunca tatmin etmesi gereken makul bir beklentiyi temsil ettiğini vurgulamıştır¹⁵⁹.

Mahkeme kaybolan bir kişinin akıbetine yönelik hakikatten devam eden mahrum bırakılmanın mağdur yakınına karşı zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil ettiği tespitini yaptığı bir davada, mağdurun gözaltına alınması ve kaybolması sürecinde yakınlarının otoritelerin mağdurun gözaltına alınmasını reddettikleri birçok kurum bünyesinde giriştikleri arayışlarında yaşadıkları şu deneyimlere işaret etmiştir:

- Otoriteler bazı mağdurlardan kalanları yakınlarına süt kutuları içinde vermiştir.
- Birçok mağdurun yakınları, sevdiklerini ararken ve adalet arayışında gerçekleştirdikleri eylemlere bağlı olarak tehdit edilmişlerdir.
- Mağdurların kaybı ardından yakınları terörist yaftasıyla damgalanmıştır.
- Davalarda bir süre yetkili olan askeri mahkemeler, yakınların soruşturmalarda yer almalarını engellemiştir.
- Yakınlar tarafından işleme koyulan habeas corpus dilekçeleri etkisiz kalmıştır.
- Etkili çarelerin yokluğu, Mahkeme tarafından ek bir üzüntü ve kaygı kaynağı olarak dikkate alınmıştır. Zira sorumlu olanların cezalandırılması bakımından aynı zamanda etkisiz ve eksik bulunan soruşturmalardaki gecikme yakınların güçsüzlük duygularını artırmıştır.
- On mağdurun sekizinden kalanlar halen kayıp olduğundan yakınları sevdiklerini layıkıyla onurlandıramamışlardır. (AAİHM, La Cantuta v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 29.11.2006, Series C No. 162, § 125).

¹⁵⁶ AAİHM, The “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, § 102.

¹⁵⁷ Lykes, M. Brinton/Mersky, Marcie: “Reparations and Mental Health: Psychosocial Interventions towards Healing, Human Agency, and Rethreading Social Realities”, The Handbook of Reparations, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York 2006, s. 612.

¹⁵⁸ AAİHM, The Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 15.6.2005, § 195 (Mahkeme, bu durumu da dikkate alarak 196. paragrafta manevi tazminata hükmetmiştir).

¹⁵⁹ AAİHM, The “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 25.5.2001, § 204.

F. Eğitim Programları Düzenlenmesi ve Burs Sağlanması

İnsan hakları ihlalleri, mağdurun öğrenimini sürdürmesine veya çalışmalarına devam etmeleri için artık ölen ya da kaybolan mağdurun finansal kaynaklarına sahip olmayan çocuklarının eğitimlerine devam etmelerine engel olabilirler¹⁶⁰. Bu kapsamda Mahkemenin 2010 yılına ait Raporu'nda örnek kabilinde sıraladığı tatmin yöntemleri; mağdurlara ilk, orta ve yüksek öğrenim için burs verilmesi; bir devlet kurumunda okuryazarlık programlarına katılma olanağının verilmesi; burs verilerek mesleki eğitim, yardım veya mesleki yükselme sağlanması gibi uygulamaları içermiştir¹⁶¹.

Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika kararına konu olan olaylar, mağdur annelerinin maruz kaldığı ihlaller dolayısıyla çocukların öğrenimlerinin sekteye uğramasına neden olmuştur. Bu duruma dayanarak Mahkeme, kamu kurumlarında öğrenimleri için Devletin mağdurun çocuklarına burs vermesine hükmetmiştir¹⁶². Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz/Peru kararında da Mahkeme, mağdurlardan birinin çocukları için Peru kamu kurumlarında yüksek öğrenimleri sona erene kadar tüm eğitim masraflarını karşılayacak biçimde; eşi ve kardeşi için de mesleki eğitim veya güncelleme yönelik olarak aynı koşullarla burs sağlanmasına hükmetmiştir¹⁶³. Çocuklar için burs kararlarının genellikle öğrenim materyalleri, kitaplar, üniformalar ve okul eşyalarını kapsadığı görülmektedir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Pasqualucci, s. 208.

¹⁶¹ AAİHM: 2010 Yılı Raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2010.pdf, (erişim tarihi: 9.10.2023), s. 11. Mahkemenin 2012 yılına dair Raporunda ise "Tatmin Tedbirleri" başlığı altında örnek kabilinde sıralanmış uygulamalar içerisinde "(d) burslar ve anma hibeleri" içerisinde yer almıştır. (AAİHM: 2012 Yılı Raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2012.pdf, (erişim tarihi: 9.10.2023), s. 18).

Mahkemenin burs kararlarından bazıları: AAİHM, García-Asto and Ramírez-Rojas v. Peru (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2005, Series C No. 137, § 281; AAİHM, De La Cruz-Flores v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 18.11.2004, Series C No. 115, § 170; AAİHM, Manuela et al. v. El Salvador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.11.2021, Series C No. 441, § 279.

¹⁶² AAİHM, Fernández Ortega et al. v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 30.8.2010, Series C No. 215, § 263, 308/21.

¹⁶³ AAİHM, Cantoral-Huamaní and García-Santa Cruz v. Peru (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 10.7.2007, Series C No. 167, § 194.

¹⁶⁴ AAİHM, The Gómez-Paquiyaui Brothers v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 8.7.2004, Series C No. 110, § 237.

Mahkeme, burs sağlanmasına yönelik kararlarında “yaşam planı”¹⁶⁵ kavramına da atıfta bulunmuştur. Örneğin Valle Jaramillo ve Diğerleri/ Kolombiya kararında Mahkeme, ihlallerin davanın yaşayan mağdurlarını maruz bıraktığı yaşam planlarına yönelik zarara ve yaşam koşullarındaki değişikliğe işaret etmiş; devletin mağdurlara danışılması ardından bu kişilere meslek edindirme amaçlı burs sunmasına hükmetmiştir¹⁶⁶. Benzer şekilde Cantoral-Benavides/Peru davasında mağdura, takip etmeyi seçtiği yüksek öğrenimi sürdürmesi için öğrenimi boyunca ihtiyacı olacak yaşam harcamalarını da kapsayacak burs sağlanmasına hükmedilmiştir. Karar, bursun mağdurun yaşam planının onarılmasının en iyi yolu olmasına dayandırılmıştır¹⁶⁷.

Mahkeme; içtihadında uzun bir süre eğitim, kurs ve burs tedbirlerinin tatmin boyutuna işaret etmiştir¹⁶⁸. Bu kararlardan biri, The “Juvenile Reeducation Institute”/Paraguay davasında verilmiştir. Dava, kırılğan durumlarına ve Paraguay’ın geniş kapsamlı koruma tedbirleri alma yükümlülüğüne karşı kötü koşullarda ve birçok haklarından mahrum olarak 14 Ağustos 1996 ve 25 Temmuz 2001 tarihleri arasında Merkezde bulunan ve burada birçok hak ihlaline maruz kalan Merkezin önceki tutuklularına ilişkin. Mahkeme, mağdurlar için meslek kursu ve özel eğitim programı sağlanmasına hükmetmiştir¹⁶⁹. Bu karar, tatmin tedbirlerini içeren “D) Diğer Onarım Biçimleri” başlığında “c) Tıbbi ve Psikolojik Tedavi” altbaşlığı ardından belirlenmiştir. Mağdurların maruz kaldıkları tehlikeli ortam karşı-

¹⁶⁵ Bakınız: **Özdemir/Akkaya**, s. 105-107.

¹⁶⁶ AAİHM, Valle Jaramillo et al. v. Colombia (Merits, Reparations, and Costs), 27.11.2008, § 227/f, 252/19.

¹⁶⁷ AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, § 80, 99/6. Mahkeme, Gómez-Palomino/Peru davasında ise, Gómez-Palomino’nın kaybolmasının mağdurun o dönemde çocuk olan kardeşlerinin hem parasal koşullara hem de yaşadıkları depresyon, endişe ve üzüntüye bağlı olarak öğrenimlerini yarıda kesmek zorunda kalmalarına neden olarak yaşam projelerine zarar verdiğini tespit etmiştir. Bu tespiti dayanarak devletin, kardeşlerin istemeleri halinde ve durumun icabına göre, ilk ve ortaokulu bitirmelerini mümkün kılacak yetişkinlere yönelik eğitim programlarına katılmaları için gerekli tüm maddi kaynakları sağlamasına karar verilmiştir. Bu programların mümkün olduğunca kardeşlerin işlerini aksatmayacak uygun zamanlar dikkate alınarak geliştirilmeleri öngörülmüştür. (AAİHM, Gómez-Palomino v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 22.11.2005, Series C No. 136, § 144-145)

¹⁶⁸ Örneğin: AAİHM, Rosendo Cantú et al. v. Mexico, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 31.8.2010, § 257; AAİHM, Gómez-Palomino v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 22.11.2005, § 145.

¹⁶⁹ AAİHM, The “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.9.2004, § 321.

sında Mahkemenin bu kararı, mağdurlara devlet gözetiminde hukuka aykırı olarak reddedilen olanakları sağlama ve zulmün zararlı etkilerini tersine çevirme girişimi teşkil etmekteydi¹⁷⁰. Ancak karar, 2013 yılına ait sonraki tarihli Mendoza kararı ile karşılaştırıldığında Mahkemenin bu hususa ilişkin farklı yaklaşımı dikkat çekmektedir. Mendoza kararında Mahkeme, The “Juvenile Reeducation Institute”/Paraguay kararı örneğinde olduğu gibi tatmin niteliğine dikkat çektiği tedbirlerin benzerlerini tatminden ayrı bir başlıkta yer verdiği rehabilitasyon kapsamında değerlendirmiştir¹⁷¹.

G. Topluluklara Yönelik Tatmin Araçları

Mahkeme, genel olarak geniş kapsamlı insan hakları ihlalleri ve katliamları içeren davalarda kolektif onarımları emretmektedir. Bu onarımlar, tüm topluluğa yönelik olarak telafi sunmaktadırlar¹⁷². Bu kapsamda topluluğa yönelik onarımlar; Mahkemenin 2010 tarihli Raporunda “katliam davalarında, kolektif onarımın sosyo-ekonomik tedbirleri ile birlikte, ihtiyacı olan kurtulan mağdurlara uygun barınma imkânı sağlamak üzere bir programın uygulanması” ifadesiyle¹⁷³, 2012 Raporunda da “sosyal programların uygulanması”¹⁷⁴ şeklinde tatmin tedbirleri arasında gösterilmiştir.

Mahkeme içtihadında zamanına göre bir anomali teşkil etse de, 1993 yılında verilmiş Aloeboetoe kararı¹⁷⁵ bu alanda önde gelen karardır¹⁷⁶. Mahkemeye göre bir Maroon etnik topluluğu üyesi olan ve askeri güçler tara-

¹⁷⁰ **Antkowiak**, s. 376-377.

¹⁷¹ Mendoza kararında rehabilitasyon “Fiziksel ve Psikolojik” ile “Eğitim ve/veya Öğretim” başlıklarına ayrılarak tartışılmıştır. Mahkeme “Eğitim ve/veya Öğretim” başlığı altında yaşam projesi kavramını önceki kararlarına atıfla açıklamış (AAİHM, Mendoza et al. v. Argentina (Preliminary objections, merits and reparations), 14.5.2013, Series C No. 260, § 314) ve mağdurların çocukken işledikleri suçlar için aldıkları müebbet hapis cezasının, uzman tanığın ifadesiyle “bir yaşam projesi, fakat saygın sosyal varoluşun ve her türlü özerkliğin sonunu, kapanışını kast eden bir yaşam için” olduğuna işaret etmiştir. (§ 315). Bu nedenlerle Devletin mağdurlara, sosyal rehabilitasyon süreçlerini yaşamaları ve bir yaşam projesi geliştirmeleri için okul veya mesleki eğitim sağlama yükümlülüğü altında olduğu belirlenmiş (§ 316) ve mümkün olduğunca, salıverilmeleri halinde kamu kurumları veya aksi halde cezaevi sistemi aracılığıyla, üniversite öğrenimini içerecek şekilde, talep ettikleri öğrenim seçeneklerini sağlaması gerektiğine karar verilmiştir. Yükümlülüğün salıverilmeleri ardından gerçekleştirilmesi durumunda Devletin ayrıca kapsayıcı bir burs sunması gerektiğine hükmedilmiştir. (§ 317).

¹⁷² **Pasqualucci**, s. 209-210.

¹⁷³ **AAİHM**: 2010 Yılı Raporu, s. 11.

¹⁷⁴ **AAİHM**: 2012 Yılı Raporu, s. 18.

¹⁷⁵ **AAİHM**, Aloeboetoe et al. v. Suriname (Reparations and Costs), 10.9.1993.

¹⁷⁶ **Antkowiak**, s. 385.

fından öldürülen mağdurların mirasçıları için belirlenen tazminat, çocukların belirli bir yaşa ulaşınca kadar eğitimlerini sürdürmelerini mümkün kılacak bir miktarı içermekteyse de, bu amaçlar sadece tazminat ödenmesiyle gerçekleştirilemezler. Çocuklara temel tıbbi müdahalenin ve uygun eğitim alabilecekleri bir okulun sunulması da temel önemdedir. Nitekim mağdurların çocuklarının çoğu, okul ve sağlık merkezinin hâlihazırda kapanmış olduğu Gujaba'da yaşamaktadır. Bu çerçevede Mahkeme, Surinam'ın tazminatın bir parçası olarak Gujaba'daki okulu yeniden açma ve 1994 itibariyle sürekli olarak işlemini mümkün kılmak üzere okula öğretici ve idari personel sağlama yükümlülüğü altında bulunduğuna hükmetmiştir. Bunun yanında, mevcut sağlık merkezini aynı yıl itibariyle işler hale getirmek ve açmak için gerekli adımların atılması gerektiği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi okulun açılması mağdurlar lehine hükmedilen tazminatın bir parçası olsa da, faydası mağdur yakınlarının bir kısmıyla birlikte topluluğa yayılacak nitelikte bulunmaktadır. Oysa Mahkeme, esas hakkında kararında cinayetlerden topluluğun bir bütün olarak zarar gördüğü argümanlarını ve Komisyonun Sarakama Kabilesi'ne tazminat ödenmesi talebini reddetmişti¹⁷⁷. Diğer yandan okulun açılmasına mağdurların çocuklarına eğitimlerini tamamlamalarını mümkün kılmak üzere verilen tazminat kapsamında karar verilmişse de, okulun kapanması ihlalin doğrudan sonucu değildi ve aslında kapanmış dava ile ilgisiz, bağımsız bir olaydı. Devlet mağdurları öldürmeseydi yine okul bulunmayacaktı. Bu bakımdan okulun açılması topluluğun bütününe yönelik bir tatmin biçimi olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁸.

2004'te Mahkeme, Plan de Sanchez'de gerçekleşen kitlesel bir katliamın sonuçlarının onarımı sorunuyla yüz yüze gelerek dönüm noktası niteliğinde bir karara imza atmıştır¹⁷⁹. Plan De Sanchez/Guatemala¹⁸⁰, uluslararası bir mahkemenin geniş çaplı bir katliamın mağdurları ve yakınlarına yönelik onarımlar emrettiği ilk karardır¹⁸¹. Karara konu olay çocukların, sonuncusu da cinayetlere tanık olana kadar öldürülmedikleri; çoğu kadın ve çocuk iki yüz seksen civarı insanın katledilmesini içermekteydi. Mahkeme kararda, mağdurların Maya halkı mensupları olduğuna işaret ederek bireysel onarımın önemli bir unsurunun bir bütün olarak topluluk üyelerine sunulacak

¹⁷⁷ AAİHM, *Aloeboetoe et al. v. Suriname (Reparations and Costs)*, 10.9.1993, § 81-84, 96, 116/5.

¹⁷⁸ **Shelton**, *Remedies in International Human Rights Law*, 391-392; AAİHM, *Aloeboetoe et al. v. Suriname (Reparations and Costs)*, 10.9.1993, § 9, 20.

¹⁷⁹ **Antkowiak**, s. 385.

¹⁸⁰ AAİHM, *The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations)*, 19.11.2004.

¹⁸¹ **Antkowiak**, s. 353.

telafi olduğunu kabul etmiştir¹⁸². Bu çerçevede, tazminat ödenmesi ile ihlallerin soruşturulması, sorumluların yargılanması ve cezalandırılması yanında çok sayıda tatmin pratiğine hükmedilmiştir¹⁸³. Kararda, ihlallerden bir bütün olarak etkilenen topluluğa hizmet edecek bazı tatmin araçlarının da benimsendiği görülmektedir. Bu kapsamda Devletin, mağdurların katliamda infaz edilenlere saygı gösterisinde bulunacakları şapelin altyapısının bakımı ve geliştirilmesi için belirlenen miktarı ödemesi ve Plan de Sánchez köyünde yaşayan ve ihtiyaç duyan kurtulan mağdurlara uygun konut sağlaması emredilmiştir¹⁸⁴. Ayrıca Devletin Plan de Sánchez, Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul and Chichupa topluluklarında şu programları uygulamasına karar verilmiştir¹⁸⁵:

- Etkilenen topluluklarda Guatemala Maya Dilleri Akademisi veya benzeri bir organizasyon aracılığıyla Maya-Achí kültürünün çalışılması ve yayılması¹⁸⁶,
- Söz konusu topluluklarla, içerisinde buldukları Rabinal'ın merkezi arasındaki yol ağının bakımı ve geliştirilmesi,
- Kanalizasyon sistemi ve içme suyu sağlanması,
- Söz konusu topluluklardaki ilk ve orta öğretim kurumları için kültürler arası ve iki dilli öğretim eğitimi almış öğretici personelin sağlanması,
- Rabinal Sağlık Merkezi personelinin katliamdan etkilenen ve bu tür bir tedaviye ihtiyaç duyanlara tıbbi ve psikolojik bakım sağlamak

¹⁸² AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations), 19.11.2004, § 86.

¹⁸³ Bu pratikler; katliamın gerçekleştiği köyde, devletin üst düzey yetkililerinin, topluluk üyelerinin, mağdur ve ailelerinin katılımıyla ve medyada yayımlanarak ihlallerden sorumluluğun hem İspanyolca hem de Maya-Achí dillerinde kamusal olarak kabul edilmesi; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Mahkeme kararının uygun Maya diline çevrilmesi ve bunların halka duyurulması için gerekli kaynakların sağlanması; kararın belirli kısımlarının İspanyolca ve Maya dillerinde resmi gazetede ve günlük ulusal bir gazetede yayımlanması ile kurtulan tüm mağdurlara tıbbi ve psikolojik tedavi sunulmasını içermiştir. (AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations), 19.11.2004, § 125, emir 1-11)

¹⁸⁴ AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations), 19.11.2004, § 125, emir 6, 8.

¹⁸⁵ AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations), 19.11.2004, §125, emir 9.

¹⁸⁶ Benzer bir karar: AAİHM, The Río Negro Massacres v. Guatemala (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 4.9.2012, § 324 emir 7 (Maya Achí kültürünü kurtarmak üzere bir proje tasarlanması ve uygulanması).

üzere eğitimi yanında, Plan de Sánchez köyünde uygun personel ve koşullarla sağlık merkezi kurulması.

Mahkeme Plan de Sanchez kararında Devletin gerçekleştireceği daha belirli amaçları tespit ederken, Moiwana kararında farklı bir yaklaşım benimsemiştir¹⁸⁷. Moiwana kararında da, davanın mağdurları N'djuk kültürü mensubu olduklarından, hükmedilecek bireysel onarımların bir bütün olarak topluluğa sunulacak komünal tedbirlerle tamamlanması gerektiği vurgulanmıştır¹⁸⁸. “Tatmin Tedbirleri ve Tekrarlamama Garantileri” başlığı altında, Surinam’ın Moiwana topluluk üyeleri için sağlık, konut ve eğitim programlarına yöneltilecek 1.200.000 ABD Dolarından teşekkül eden bir kalkınma fonu¹⁸⁹ kurmasına karar verilmiştir. Programların muayyen veçhelerinin; mağdurlar ve devlet tarafından tayin edilecek birer temsilci ile bu iki temsilcinin anlaşmasıyla seçilecek bir üye olmak üzere üç üyeden oluşacak bir uygulama komitesi tarafından belirlenmesine hükmedilmiştir¹⁹⁰. Moiwana kararından sonra verilen Mapiripan¹⁹¹ kararında bu tür çarelere yer verilmiş, Pueblo Bello¹⁹² ve Ituango¹⁹³ kararlarında ise işleyiş detayları olmaksızın genel konut programı uygulamalarına yer verilmiştir. Dolayısıyla bu kararlarda kalkınma çarelerinin geri planda kaldığı görülmektedir. Sawhoyamaxa¹⁹⁴ ve Yakye Axa¹⁹⁵ kararlarında ise, kalkınma fonu ile benzer

¹⁸⁷ Antkowiak, s. 385.

¹⁸⁸ AAİHM, The Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 15.6.2005, § 194.

¹⁸⁹ “Yararlanıcıları menfaatine tazminat ödemelerini yönetecek bir vakıf fonu”, Taslak Maddeler 35. md Şerhinin 5. paragrafında örnek kabilinde sıralanan tatmin biçimleri içerisinde yer almıştır. (Taslak Maddeler Şerhi md.35 § 5, s. 106).

¹⁹⁰ AAİHM, The Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 15.6.2005, § 214-215.

¹⁹¹ AAİHM, The “Mapiripán Massacre” v. Colombia (Merits, Reparations, and Costs), 15.9.2005.

¹⁹² İsteyen mağdur yakınlarının Pueblo Bello’ya dönüşlerinin desteklenmesi amacıyla konut programı uygulanması (AAİHM, The Pueblo Bello Massacre v. Colombia (Merits, Reparations and Costs), 31.1.2006, § 276, 296/12).

¹⁹³ La Granja ve El Aro’da birçok yerleşimci dava konusu olaylar nedeniyle evlerini kaybettiklerinden, evlerini kaybeden ve ihtiyacı olan kurtulan mağdurlara yönelik konut programı uygulanması (AAİHM, The Ituango Massacres v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 1.7.2006, § 407, 426/19).

¹⁹⁴ AAİHM, The Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs), 29.3.2006, Series C No. 146, § 224-225, 248/7.

¹⁹⁵ AAİHM, The Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs), 17.6.2005, Series C No. 125, § 205-206, 242/9.

sosyal programların gerçekleştirilmesine yönelik olarak komitelerin kurulması içerilerek Moiwana yaklaşımı takip edilmiştir¹⁹⁶.

Mahkemenin topluluklara yönelik tatmin emirleri; 26. maddesinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tedrici gelişimini öngören Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sözü ve ruhunu takip etmektedir¹⁹⁷. Bu kapsamda Mahkeme onarım kavramını sosyal, ekonomik ve hatta kültürel boyutlarıyla tamamlayan bir içtihat geliştirmiş bulunmaktadır. Ancak bu tedbirlerin kapsamının giderek genişlediği ve ihlallerle bağlantılarının giderek daha dolaylı hale geldiği görülmektedir. Bu durum, AAİHM'nin giderek politika belirleme rolünü üstlendiğine yönelik eleştirilere¹⁹⁸ neden olmaktadır.¹⁹⁹

H. Diğer Tatmin Araçları

AAİHM, mağdur veya yakınlarının koşullarına özgü olan ve davada tespit edilen insan hakları ihlalleri ile bağlantılı bulunan diğer tatmin biçimlerine yönelik taleplere de karşılık verebilmektedir²⁰⁰. Bu kapsamda tatmin amacına yönelik olarak emredilmiş uygulamalardan bazılarının şu şekilde sıralanması mümkündür:

- Doğumundan önce babası yargısız infazla öldürülmüş ve doğduğu zamandaki koşulların sonucu olarak babasının gerçek adı annesi tarafından yetkililere beyan edilmemiş kız çocuğunun, babasının kızı olarak kaydedilmesi²⁰¹,
- Anneye, oğlundan kalanları defnedebilmesi için yerleşim yerinin yakınındaki bir anıt mezarda yer sağlanması²⁰²,
- Topluluk üyelerine kayıt altına alınma ve kimlik belgelerini edinme olanağının sunulmasını amaçlayan bir kayıt ve belgelendirme programının yürütülmesi²⁰³,

¹⁹⁶ Antkowiak, s. 386.

¹⁹⁷ Pasqualucci, s. 210.

¹⁹⁸ Chavez, Leiry Cornejo: "New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation", International Journal of Constitutional Law, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2017, s. 389.

¹⁹⁹ Mahkemenin onarım yetkisini kullanımına ilişkin eleştiriler hakkında bakınız: Atıcı, s. 195-196, 198-199.

²⁰⁰ Pasqualucci, s. 212.

²⁰¹ AAİHM, The Gómez-Paquiayauri Brothers v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 8.7.2004, § 238.

²⁰² AAİHM, The "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.9.2004, § 322.

- Ölüm cezasına çarptırılan mağdurların infazından kaçınma²⁰⁴.

I. Bizatihi Tatmin Biçimi Olarak İhlal Tespit Eden Karar

Devletin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğinin tespiti, mağdurun manevi zararını ihlalin konusuna göre belirli ölçüde telafi eden bir onarım türü olarak kabul edilmektedir. Devletler arası davalarda en sık sunulan çare olmuştur²⁰⁵. İhlali tespit eden karar, AAİHM kararlarında uluslararası içtihadı atıfla bizatihi bir onarım biçimi olarak nitelendirilmiştir²⁰⁶. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de dahil olmak üzere uluslararası mahkemeler tarafından bir ihlal kararının manevi zararlar için bizatihi uygun onarım teşkil ettiğine hükmedilen birçok dava bulunduğunu belirtmiştir²⁰⁷.

²⁰³ AAİHM, *The Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, 29.3.2006, § 239, 231.

²⁰⁴ AAİHM: 2010 Yılı Raporu, s. 11 ve **Pasqualucci**, s. 208-209'da tatmin tedbirleri kapsamında değerlendirilmiştir. Kanatımızca bu tedbir, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63. maddesinin ilk cümlesi uyarınca mağdurun Sözleşme'de düzenlenmiş haklarından yararlanmasının temin edilmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

²⁰⁵ **Shelton**, *Remedies in International Human Rights Law*, s. 285; **Çakmak**, s. 53. Uluslararası Adalet Divanı birçok davada hukuka aykırılığın beyan edilmesinin uygun bir tatmin biçimi teşkil edeceğini kabul etmiştir. Örneğin: *Uluslararası Adalet Divanı, The Corfu Channel Case (UK v. Albania) (Merits)*, 9.4.1949, *I. C. J. Reports 1949*, s. 35, 36; *Uluslararası Adalet Divanı, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26.2.2007, *I. C. J. Reports 2007*, § 463, 469; *Uluslararası Adalet Divanı, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 4.6.2008, *I. C. J. Reports 2008*, § 203, 204; *Uluslararası Adalet Divanı, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, 20.4.2010, *I. C. J. Reports 2010*, § 269; *Uluslararası Adalet Divanı, Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, 5.12.2011, *I. C. J. Reports 2011*, § 169. Hatta bazı davalarda Divan, ihlal açıklamasının tek uygun çare olduğuna kanaat getirmiştir. Örneğin Bosna Soykırımı davasında Divan, eski hale getirmenin mümkün ve tazminatın da uygun olmadığına karar vererek tatmin mahiyetinde ihlal tespitinde bulunmuştur. *Uluslararası Adalet Divanı, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, § 462-469.

²⁰⁶ Örneğin: AAİHM, *Vera Vera v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, 19.5.2011, Series. C No. 226, § 135; AAİHM, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs)*, 21.7.1989, § 36; AAİHM, *Mohamed v. Argentina (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs)*, 23.11.2012, Series C No. 255, § 155.

²⁰⁷ AAİHM, *El Amparo v. Venezuela (Reparations and Costs)*, 14.9.1996, Series C No. 28, § 35; AAİHM, *Castillo-Páez v. Peru (Reparations and Costs)*, 27.11.1998, Series C No. 43, § 84.

AAİHM, ihlal tespit ettiği neredeyse bütün kararlarında²⁰⁸ ihlali tespit eden kararın bizatihi onarım aracı olduğuna işaret etmiş, kararın bu işlevini ihlalin parasal olmayan sonuçlarıyla ilişkilendirmiştir²⁰⁹. Bu kapsamda varlığıyla manevi telafi sunan ihlal kararı, bir manevi tatmin biçimi teşkil etmektedir²¹⁰. Gerçekten de, maruz kaldıkları insan hakları ihlalleri yok sayılan ve görmezden gelinen mağdurlar için ihlalin varlığının uluslararası bir mahkeme tarafından tespit edilmesi önemli bir manevi onarım imkânı sunmaktadır. Ancak Mahkemenin de işaret ettiği üzere özellikle hukuka aykırı tutukluluk, işkence, zorla kayıp veya ölüm içeren ihlallerin telafisi bakımından ihlal kararının tek başına yeterli olmayacağı açıktır²¹¹. Bununla birlikte örneğin mağdurun Sözleşme'nin 8/1 ve 25. maddelerinde yer alan adil yargılanma ve yargısal korunma haklarının ihlal edildiğini ilan ettiği Cantos/ Arjantin kararında Mahkeme, tüm kararın manevi tatmin anlamına geldiğini kabul etmiş ve ihlal tespiti dışında sadece masraf ve harçlara hükmetmiştir²¹².

IV. AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN TATMİN İÇTİHADİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

A. Mahkeme İctihadında Tatmin Kavramının Çerçevesi

AAİHM içtihadında yer verilen tatmin yöntemleri bir bütün olarak ve diğer onarım araçlarına kıyasla ele alındığında, Amerika Sisteminde tatmin kurumuna ilişkin genel bir kavramsal çerçevenin ortaya çıkarılması mümkün

²⁰⁸ Örneğin: AAİHM, Cesti-Hurtado v. Peru (Reparations and Costs), 31.5.2001, Series C No. 78, § 59; AAİHM, Guevara Díaz v. Costa Rica (Merits, Reparations and Costs), 22.6.2022, § 120/4; AAİHM, The National Federation of Maritime and Port Workers (FEMAPOR) v. Peru (Preliminary Objections, Merits and Reparations), 1.2.2022, Series C No. 448, § 149/6.

²⁰⁹ Örneğin: AAİHM, The “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.9.2004, § 323; AAİHM, Maritza Urrutia v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 27.11.2003, Series C No. 103, § 166; AAİHM, Castillo-Páez v. Peru (Reparations and Costs), 27.11.1998, § 84.

²¹⁰ AAİHM, “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile (Merits, Reparations and Costs), 5.2.2001, Series C No. 73, § 99; AAİHM, Cantos v. Argentina (Merits, Reparations and Costs), 28.11.2002, Series C No. 97, § 71; AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs), 21.7.1989, § 36.

²¹¹ Pasqualucci, s. 229; AAİHM, The “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 25.5.2001, § 105; AAİHM, Castillo-Páez v. Peru (Reparations and Costs), 27.11.1998, § 84; AAİHM, El Amparo v. Venezuela (Reparations and Costs), 14.9.1996, § 35.

²¹² AAİHM, Cantos v. Argentina (Merits, Reparations and Costs), 28.11.2002, § 71, 77/1-5.

bulunmaktadır. Mahkemenin 63. maddeye ilişkin ilk açıklamalarını ortaya koyduğu Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar) kararında belirttiği gibi onarım; zararların tazmini, ihlalin sonuçlarının onarımı ve önceki durumun yeniden kuruluşunu kapsayan tam eski hale getirme üzerine kuruludur²¹³. Bu kapsamda tazminat, eski hale getirme ve tatmin aracılığıyla “mümkün olduğunca, hukuka aykırı eylemin tüm sonuçlarının yok edilmesi ve eylem gerçekleştirilmeseydi büyük ihtimalle mevcut olacak durumun yeniden kurulması”²¹⁴ hedeflenmektedir. Dolayısıyla onarım biçimleri tespit edilirken ve tatmine başvurulup başvurulmayacağına, başvurulacaksa hangi tatmin aracına başvurulacağına karar verilirken; ihlal ardından ortaya çıkan durum ile ihlal gerçekleşmeseydi büyük ihtimalle mevcut olacak durum karşılaştırılarak ihlalin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılmasına çalışılacaktır.

İnsan hakları ihlalleri, maddi ve/veya manevi nitelikte zararlara neden olmaktadır. Dolayısıyla ihlallerin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını içeren onarım, maddi ve manevi zararların telafi edilmesini gerektirmektedir. İhlalin maddi zarar doğuran sonuçları, eski hale getirme ve maddi tazminat ile giderilecektir. Manevi zararların telafisinde ise, Mahkemeye göre iki tür onarım yöntemi söz konusudur. Bunlar; manevi tazminat ve kapsam veya etkilerinde kamusal nitelikteki iş veya eylemlerin gerçekleştirilmesidir²¹⁵. Tatmin uygulamalarına karşılık gelen kamusal iş ve eylemler; mağdurların anısını onarır, onurlarını teyit eder ve yakınlarına teselli sunarlar²¹⁶. Görüldüğü gibi tatmin; mülkiyete ilişkin veya finansal olmayan, parasal değerle ölçülemeyen²¹⁷ manevi zararların giderilmesine yönelik²¹⁸ bir onarım aracıdır. Manevi tazminat ise, Mahkemenin hakkaniyet ve yargısal takdirin makul

²¹³ AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs), 21.7.1989, § 26.

²¹⁴ Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Factory at Chorzów (Merits), 13.9.1928, P. C. I. J. Series A, No. 17, s. 47.

²¹⁵ AAİHM, The “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, § 84; AAİHM, Caesar v. Trinidad and Tobago (Merits, Reparations and Costs), 11.3.2005, Series C No. 123, § 125; AAİHM: 2012 Yılı Raporu, s. 18; AAİHM: 2010 Yılı Raporu, s. 11.

²¹⁶ AAİHM, Huilca-Tecse v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 3.3.2005, § 96.

²¹⁷ AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, § 53; AAİHM, The “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, § 84.

²¹⁸ AAİHM, The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala (Reparations), 19.11.2004, § 93; AAİHM: 2012 Yılı Raporu, s. 18; **Martin**, Francisco Forrest/**Schnably**, Stephen J./**Wilson**, Richard J./**Simon**, Jonathan S./**Tushnet**, Mark V.: International Human Rights and Humanitarian Law – Treaties, Cases and Amalysis, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 304.

kullanımı ile belirleyeceği, parayla ölçülebilen mal ve hizmetlerin teminini veya belirli bir miktar paranın ödenmesini içermektedir²¹⁹. Bu bakımdan manevi tazminat, ekonomik terimlerle değerlemeye müsait olmakla birlikte parasal olmayan veya manevi zararlara karşılıktır²²⁰. Dolayısıyla tatmin, ihlalin yol açtığı parayla ölçülemeyen manevi zararların; manevi tazminat ise manevi zararın para ölçüsüyle takdir edilebilen²²¹ kısmının onarımında işlevselleşmektedir. Her ne kadar tatminin tazminata kıyasla sembolik niteliği ön plana çıkarılsa da; insan hakları hukukunda manevi tazminat da özellikle zorla kayıp, işkence, ölüm gibi insan hakları ihlallerinin tam karşılıklarının ödenmesinin veya hiç gerçekleşmemiş gibi olmalarının ne mağdurlar ne de yakınları bakımından mümkün olmaması nedeniyle nihayetinde sembolik niteliktedir²²². Ancak tazminatın nihayetinde nakdi bir bedelden ibaret bulunması, tatmine kıyasla etkilerinin farklılaşmasına neden olmaktadır.

İnsan haklarının temelinde bulunan ve esasen her insanın insan olmakla asgari bir değeri taşıdığı ve buna göre muamele görmesi gerektiğini ifade eden insan onuru kavramı, insan hakları ihlalinin mağdurun onurunun yokmuş gibi temsil edilmesini içerdiği anlamına gelmektedir. Bu temsil hem bizzat ve doğrudan ihlalden etkilenen mağdurlar, hem de her bir ihlalle dolaylı olarak insan oluşlarından kaynaklanan değerleri veya onurları tartışmalı kılınan diğer insanları etkilemektedir. Bu bakımdan insan hakları ihlali ardından ihlalin sonuçlarının mümkün olduğunca tam bir telafisi, insan onurunun yeniden teyit edilmesi ve insanın değerine bağlılığın ifade edilerek zımnen de olsa taahhüt edilmesi ile varlığının güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Tatmin uygulamaları da ihlalin ikrarı, sorumluluğun kabulü ve mağdurların onurlandırılması aracılığıyla insan onurunu vurgulamaktadır. Bu kapsamda onarım, insan hakları ihlali ile derinden etkilenen anlamların – ki bunlar mağdurların toplumla ilişkilerini ve geleceğe güvenle bakışlarını temellendirirler- kurtarılması ve yeniden yapılandırılmasını içermektedir²²³.

Tatmin dışındaki onarım yöntemleri de bir ölçüde ihlalin tanınması ve sonuçlarının giderilmesi aracılığıyla insan onurunun teyidi anlamına gelerek

²¹⁹ AAİHM, *Acosta-Calderón v. Ecuador* (Merits, Reparations and Costs), 24.6.2005, Series C No. 129, § 158.

²²⁰ **Carrillo**, s. 513.

²²¹ Manevi zarar karşılığının para ölçüsüyle takdir edilebileceği yaklaşımına yönelik eleştiri için bakınız: *Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, AAİHM, The “Street Children”* (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, s. 12-13 § 35-37.

²²² **Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies**, s. 273-274.

²²³ **Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies**, s. 293.

mağdurlara ve yakınlarına manevi nitelikte telafi sunmaktadırlar. Ancak tatmin, diğer onarım türlerine kıyasla manevi zarara karşı telafinin belirli bir biçimde sağlanmasını kapsamaktadır. AAİHM kararlarında hükmedilen tatmin yöntemleri bir bütün olarak dikkate alındığında, insan onuruna bağlılığın teyit edilmesine yönelik uygulamaların belirli özellikleri taşıdıkları görülmektedir. Tatmin uygulamalarında bir yanda ihlalin gerçekleşmiş olduğu artık sorgulanmamak üzere kabul edilmekte, diğer yandan da mağdurlara burslar ve topluluklara yönelik tatmin araçlarında olduğu gibi onurlu bir yaşam için gerekli bazı koşullar sunulmakta, mağdurların anısı yaşatılmakta ve maruz kaldıkları ihlaller hatırlanmaktadır. Bu suretle mağdurların onurlarının veya salt insan olmalarından gelen değerlerinin kamu tarafından açık iadesi gerçekleştirilmektedir. Onarım sürecinin kamusal nitelikteki eylemleri içeren bu boyutu, manevi tazminat ve tatmin uygulamaları arasındaki farklardan birini teşkil etmektedir. Manevi tazminat, ihlalin manevi sonuçlarının tatmine kıyasla daha fazla birey alanında ve -etkisi bir ölçüde genelleşse de- doğrudan devlet ile mağdur arasındaki ilişki içerisinde giderilmesini sağlamaktadır. Tatmin uygulamaları ise nihayetinde mağdurların manevi zararlarını telafi etmeye yönelmekle birlikte, genellikle bunu onarım sürecini topluma da açarak yapmaktadır. Bu bakımdan manevi tazminat nispeten daha dar bir çevrenin bilgisinde bulunmakta ve dolayısıyla toplumu dönüştürücü gücü kısıtlı olmakta, tatmin uygulamalarının önemli bir kısmında ise ihlalin kabulü ve mağdurların onurlarının teyidinde kamuya açıklık temel bir unsur durumunda bulunmaktadır.

Kamuya açıklık, ihlalin mağdur bakımından sonuçlarının telafisinin ancak hem sosyo-politik ve hem de psikolojik bir süreç²²⁴ içerisinde gerçekleştirilebilir oluşu ile ilgilidir. İnsan hakları ihlalleri, mağdurlara önemli olmadıkları ve dikkate alınmalarına gerek olmadığı algısından hareketle muamele ederek onların yaşamlarının da diğer her insanınki gibi anlamlı ve önemli olduğunu inkâr ederler ve bu şekilde onlara ahlaki değersizlik mesajı iletirler²²⁵. Bu koşullarda insan hakları ihlal edilen birey yalnız bırakılmışlık, dışlanma ve buna bağlı olarak ağır bir güçsüzlük ve güvensizlik duygusu deneyimlemektedir. Sonrasında ihlalin inkârı da, haksızlığın sürdürülmesi ve sahiplenilmesi anlamına gelerek bu duyguların artmasına ve öfkeye neden olmaktadır. Eğer ihlalin sonuçlarının mümkün olduğunca ihlal gerçekleşmemiş gibi giderilmesi isteniyorsa; mağdurlara topluluğun parçası olma, güven ve değer duygularının yeniden kazandırılması gerekmektedir. Bu kazanımın

²²⁴ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 26.

²²⁵ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 15.

ise, sadece mağdurun bireysel alanıyla sınırlandırılmış tedbirlerle sağlanması mümkün bulunmamaktadır²²⁶. Dolayısıyla insan hakları ihlallerinin sonuçları, örneğin bir alacak hakkının ihlal edilmesinde söz konusu olacağı gibi salt bireysel alana yönelik maddi araçlarla giderilemezler.

Mağdurların manevi zararlarının telafisi, salt bireysel psikoloji düzeyinde değil, toplumun mağdurların maruz bırakıldıklarını tanıyarak değerlerini vurgulayan mesajı ile gerçekleşebilecektir²²⁷. Bu kapsamda ihlalin sonuçlarının telafi edilmesinde psikolojik ve sosyo-politik süreçleri birbirine bağlayan tatmin uygulamaları da, “*insan haklarının ihlali ile insanlıkları bir anlamda inkâr edilmiş bulunan mağdur ve yakınlarına acılarının kamusal olarak tanınması ve dolayısıyla bir ölçüde paylaşılması ile toplumun saygın birer üyesi olarak değerli olduklarının ifade edilmesine dayanmaktadır*”²²⁸. Böylece tatmin araçları önyargı ve sosyal dışlama bağlamında sosyal dinamiklere yönelmekte²²⁹; kayıtsızlığın ve unutkanlığın reddini²³⁰ temsil etmek suretiyle toplumun ihlallerle verilen zararlar için tanıma, pişmanlık ve kefaletin tecessümü²³¹ olarak ortaya çıkmaktadırlar.

İnsani değerlerin hiçe sayılması ile diğer insanları da potansiyel mağdurlar haline getiren ihlallerin sonuçlarının manevi onarımı, gelecekteki ihlallerin önlenmesi bakımından da önemli bir rol oynayacaktır. Bu yöndeki uygulamalar, ihlallerin kolektif hafızaya²³² yerleşerek gelecek ihlal tehditlerine karşı toplumsal farkındalık ve uyanıklık sağlanmasına katkı sunarlar²³³. Bu

²²⁶ Ancak ihlallerin mağdurlar üzerindeki daha bireysel sonuçları giderilmeden salt sembolik araçlarla telafinin sağlanmasının mümkün olmadığı da ihmal edilmemelidir.

²²⁷ Nitekim Ruh Sağlığı ve İnsan Hakları Latin Amerika Enstitüsü insan hakları ihlallerinin manevi sonuçlarının telafisinde bireysel terapinin yetersiz olduğuna, mağdurların toplumun bir bütün olarak ihlalin varlığını kabul ettiğini bilmeye ihtiyaç duyduklarına işaret etmiştir. (Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 26).

²²⁸ Özdemir/Akkaya, s. 126.

²²⁹ Krsticevic, Viviana: “Remedies of the Inter-American Human Rights System”, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Cilt 111, Yıl 2017, s. 261.

²³⁰ Reasoned Opinion of Judge A.A.Cançado Trindade, AAİHM, Bulacio v. Argentina (Merits, Reparations and Costs), 18.9.2003, Series C No. 100, s. 10-11 § 40.

²³¹ Roht-Arriaza, Naomi: “Reparations Decisions and Dilemmas”, Hastings International and Comparative Law Review, Cilt 27, Sayı 2, Yıl 2004, s. 159.

²³² İnsan hakları ihlallerinin onarımı ve kolektif hafıza hakkında bakınız: Greiff, Pablo de, “Justice and Reparations”, The Handbook of Reparations, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York 2006, s. 468.

²³³ Diğer tatmin yöntemleri ihlalci devlet tarafından gerçekleştirilecek eylemleri içerirken AAİHM kararının bizatihi tatmin aracı olarak kabul edilmesi de, tatminin bu niteliklerinde anlamını bulmaktadır.

bakımdan tatmin tedbirlerinin bir anlamda insan haklarının korunmasına temel olacak sosyal normların yaratılması veya güçlendirilmesinde rolünün bulunduğu kabul edilebilir. AAİHM de, birçok kararında tatmin uygulamalarının ihlallerin tekrarının önlenmesi bakımından işlevini vurgulamıştır²³⁴.

Tatminin Mahkeme kararlarının önemli bir kısmında “*Diğer Onarım Biçimleri (Tatmin Tedbirleri ve Tekrarlamama Garantileri)*” başlığında tartışıldığı görülmektedir²³⁵. Hatta tatmin uygulamaları ve tekrarlamama garantileri arasındaki ayrım, Mahkemenin Raporlarındaki tanımlara ve diğer kararlarına göre tipik olarak tatmin uygulaması sayılan kimi tedbirleri “Tekrarlamama Garantileri” başlığında tartışmasıyla muğlak hale gelmiştir²³⁶. Ancak Mahkeme Raporlarındaki, Taslak Maddeler ve Kılavuz gibi belgelerdeki tanım ve örnekler yanında Mahkeme kararlarındaki hakim nitelendirmeler de esas alındığında tekrarlamama garantileri ile tatmin uygulamaları sayılan tedbirler arasında ihlallerin tekrarının önüne geçme yolları bakımından önemli bir fark ortaya çıkmaktadır. Mahkeme içtihadında öne çıkan örnekleri ceza adaleti sistemine yönelik reformlar, kamu görevlileri için insan hakları eğitimi, ulusal hukukun Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesine yönelik tedbirler olan tekrarlamama garantileri²³⁷ yapısal önlemlerle, tatmin uygulamaları ise insan onurunun korunmasına dayanak olacak sosyal normları güçlendirmek suretiyle gelecekteki potansiyel ihlallerin önüne geçmeye yönelmektedir. Böylece manevi tazminat daha çok mağdur ile devlet arasındaki ilişki üzerinden, tekrarlamama garantileri ise siyasi ve hukuksal yapının kuruluşu ile bağlantılı olarak onarım sunarken tatmin uygulamaları

²³⁴ Örneğin: AAİHM, Caesar v. Trinidad and Tobago (Merits, Reparations and Costs), 11.3.2005, § 125; AAİHM, Garzón Guzmán et al. v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs), 1.9.2021, § 121; AAİHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, § 81, 99/7.

²³⁵ Örneğin: AAİHM, Montero-Aranguren et al (Detention Center of Catia) v. Venezuela (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 5.7.2006; AAİHM, Caesar v. Trinidad and Tobago (Merits, Reparations and Costs), 11.3.2005; AAİHM, Dacosta Cadogan v. Barbados (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 24.9.2009, Series C No. 204; AAİHM, Tibi v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 7.9.2004.

²³⁶ AAİHM, Barbosa De Souza et al. v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 7.9.2021, § 197 (Kadın cinayetleri, kadınlara yönelik şiddetin etkisi ile milletvekilliği dokunulmazlığı hakkında, mağdurun adının verileceği bir günün belirlenmesi); AAİHM, Digna Ochoa and Family Members v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2021, § 177/3 (Öldürülen insan hakları aktivisti mağdur anısına sokak adlandırılması), § 177/1 (Hukukçu Digna Ochoa y Plácido'nun adının verileceği insan haklarının savunulması konulu yıllık ödülün kurulması).

²³⁷ Bakınız: **Özdemir/Akkaya**, s. 121-125.

bu bakımdan bu iki onarım tedbiri arasında yer almaktadır. Bu çerçevede kimi tatmin uygulamaları manevi tazminata, kimileri ise tekrarlamama garantilerine yakın durmaktadır. Örneğin eğitim programları ve burslar bireysel onarıma, dolayısıyla manevi tazminata; kamusal özür ise tekrarlamama garantilerine diğer tatmin araçlarına kıyasla daha yakın bulunan tatmin uygulamalarıdır.

Tatmin uygulamaları tekrarlamama garantileri gibi ihlallerin tekrarının önlenmesi bakımından etkili olduğu gibi, tekrarlamama garantilerinin de mağdurların ve yakınlarının manevi olarak tatmin edilmelerinde rolü bulunmaktadır. Nitekim Taslak Maddeler Şerhinde tekrarlamama garanti ve güvencelerinin de bir tatmin biçimi anlamına gelebileceğine işaret edilmiştir²³⁸. İnsan hakları ihlallerinin onarımında tekrarlamama garantileri, mağduru devletin potansiyel ihlalleri karşısında daha güvenceli hale getirirler. Güven duygusunun zayıflaması, insan hakları ihlallerinin dikkate değer sonuçlarından biri olduğundan, garantilerin manevi telafi bakımından önemli bir rolü bulunmaktadır. Diğer yandan maruz kaldıkları ihlallerin başkalarının da başına gelebileceği bilgisi mağdurların durumunda devam eden bir ağırlık teşkil ettiğinden tekrarlamama garantileri, mağdura yönelik onarımın gerçekleştirilmesinde doğrudan rol oynamaktadır²³⁹.

B. Tatminin İnsan Hakları Hukukunda Onarım Sorununa Katkısı

AAİHM, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesinde yer alan adil tatmin kavramını kural olarak tazminat ve ihlalin tespiti kararı çerçevesinde kavrayan AİHM'den farklı olarak tazminatı; tatmin, rehabilitasyon ve tekrarlamama garantilerini içeren çeşitli araçlarla tamamlayarak insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımına yönelik bütüncül bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu kapsamda Mahkeme içtihadının ana fikri, insan hakları ihlallerinin mağdurlarının tazminattan daha fazlasına ihtiyaç duyduklarıdır²⁴⁰.

Tazminat, mağdurlara yönelik kamusal saygıyı gösterme ve hakları ihlal edenlerin hatalarının kamusal olarak tanınmasına hizmet etme bakımlarından²⁴¹ önemli işlevlere sahiptir. Ayrıca belirli miktar tazminat, mağdurların koşullarını onurlu bir yaşamı karşılayacak şekilde düzeltmelerine ve

²³⁸ Taslak Maddeler Şerhi md.37 §5.

²³⁹ Beristain, Diálogo sobre la reparación, vol. 2, s. 462'dan aktaran: **Schneider**, s. 65.

²⁴⁰ **Antkowiak**, s. 399, 419.

²⁴¹ **Shelton**, Remedies in International Human Rights Law, s. 316.

topluluklarına yeniden katılmalarına yardım eder²⁴². Bu işlevlerine rağmen tazminatın diğer onarım araçlarına desteklenmemesi, özellikle gelecekteki potansiyel ihlallerin önlenmesi bakımından zaafılara yol açabilecektir. Öncelikle, devletin insan haklarını ihlal etme olanağını satın alabileceği izlenimini edinmesine uygun bir ortam doğabilecektir²⁴³. AAİHM Yargıcı A.A. Cançado Trindade, aslında fiyat biçilemez olan insan haklarının tazminat miktarı biçimine indirgemenin, insan ilişkilerini ticarileştiren günümüzün *homo economicus* mantığını yansıttığına işaret etmiştir²⁴⁴. Bu şekilde onarım sadece doğrudan mağdur ve devlet arasındaki tazminat ilişkisi içerisinde sağlanmaya çalışıldığında, insan onurunu korumaya elverişli bir sosyal ortamın yaratılması bakımından işlevsiz kalacaktır. Örneğin, Amerika Kıtasının diktatörlük geçmişi içerisinde yaygın bir uygulama haline gelmiş olan işkencenin gerçekleştiği sosyal durum örneği içerisinde değerlendirdiğimizde, ihlalin sonuçlarının onarımı sürecinde sadece tazminata başvurulduğunda, işkenceyi destekleyen sosyal ortamın ve algıların değişmesine, dolayısıyla bu tür ihlalin tekrarlanmasının engellenmesine pek az sosyal etkide bulunmuş olacağı dikkati çekmektedir.

Tatmin uygulamaları ise sadece mağdurlar tarafından değil, aynı zamanda mağdurların içerisinde buldukları topluluklar ve daha geniş sosyal çevre tarafından; ihlallerin devletin sorumluluğunda olmak üzere gerçekleşmiş olduğunun ve mağdurların birer insan olarak ahlaki değerlerinin teyit edilmesinin sembolü olarak görülürler²⁴⁵. Sembolik araçlarla artırılan toplumsal farkındalık insan haklarını temellendiren sosyal normları güçlendirirken, AAİHM'nin bağlayıcı hukuksal otoritesinin orantılı olarak sahada daha iyi insan hakları pratiklerine tercüme edilmesinin toplumsal zemini desteklenmektedir²⁴⁶.

²⁴² Antkowiak, s. 399.

²⁴³ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi de, “*Anayasanın yönetimin belirli zararları verme hakkını satın alması gerektiğini değil, bu zararları vermeyeceğini taahhüt ettiğine*” işaret ederek bu tür bir tehlikeyi ulusal düzeyde vurgulamış bulunmaktadır. (ABD Yüksek Mahkemesi, Owen v. City of Independence, 445 U.S. 622, 1980, s. 650-651).

²⁴⁴ Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, AAİHM, The “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, s. 12-13 § 35-37.

²⁴⁵ Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies, s. 270.

²⁴⁶ Ramirez, Sergio Garcia: “Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach Conference”, American University Law Review, Cilt 56, Sayı 6, Yıl 2007, s. 1433.

Salt sembolik araçlar da elbette insan hakları ihlallerinin sonuçlarının mümkün olduğunca onarımı bakımından yeterli olmayacaktır. Zira mağdurların yaşamlarından tamamen soyutlanmış sembolik telafi araçları, nihayetinde ihlallerin mağdurlar üzerinde yarattıkları özellikle bireysel sonuçları bertaraf edemeyecektir. Onarım aracı olup olmadığı tartışmalı olsa da ihlallerin soruşturulması ve sorumluların yargılanmaları bu kapsamda özellikle önemlidir. Neticede uygulanan tüm onarım biçimleri sembolikse ve adalet askıdaysa²⁴⁷ tam bir telafiden ve gelecek ihlallerin önüne geçilmesinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Bu noktada AAİHM, onarım araçlarına bütüncül yaklaşımı ile; özellikle de insan hakları hukukunda yaygın onarım aracı olan tazminat yanında tatmin gibi sembolik uygulamalar, rehabilitasyon gibi daha bireysel araçlar ve tekrarlamama garantileri gibi siyasi-hukuksal yapıya yönelen tedbirleri devreye sokarak ihlallerin bireyler üzerindeki olumsuz sonuçlarının telafi edilmesi yoluyla insan haklarının bir düzen ilkesi olarak korunmasını bağlamakta; böylece hem ortaklaşa hem bireysel düzeylerde güçlü bir telafi²⁴⁸ imkanı sunmaktadır. Bu şekilde kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik amaç ile insan haklarına dayalı hukuk düzeninin teminini içeren objektif amaç birarada takip edilmekte²⁴⁹; Mahkemenin onarımına yönelik bu bütünsel yaklaşımı ile mağdurların insan hakları altında insan haklarına dayalı hukuk düzenini koruma ve yeniden kurma²⁵⁰ bakımından önemli bir adım attığı görülmektedir.

Hakkaniyete dayalı sembolik uygulamalar olan tatmin araçları; Mahkemenin onarım yetkisine sunduğu esneklik ve yaratıcılık imkânları ile mağdurun gereksinimlerinin, öznelliklerinin ve taleplerinin telafi sürecine dahil edilmesine de olanak sağlamaktadır²⁵¹. Ekonomik olmayan zararların belirlenmesinde mağdurların tercihleri özellikle önem taşımaktadır. Zira psikolojik ve belki diğer bir uzman görüşü ile birlikte mağdurların bizzat kendileri, ihlal öncesi duruma her bir bağlamda nasıl yaklaşılacağına ortaya konulmasında en iyi konumdadırlar²⁵². Nihayetinde mağdurların onarım

²⁴⁷ Lykes/Mersky, s. 615.

²⁴⁸ Antkowiak/Gonza, s. 298.

²⁴⁹ Şirin, Tolga: “İnsan Hakkı İhlalinin Onarılmasını İsteme Hakkı”, Çevre, İnsan, Devlet (Anayasa Üzerine Güncel Denemeler), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 230.

²⁵⁰ Ramirez, s. 1433.

²⁵¹ Mağdur odaklı onarım tedbirlerinin önemi hakkında bakınız: Evans, Christine: The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict, Cambridge University Press, New York 2012, s. 84; McKay, s. 1-3.

²⁵² Antkowiak, s. 387.

kapsamındaki algıları ve ihtiyaçları yaş, cinsiyet, kültür, sosyo-ekonomik bağlam ve diğer birçok etkene bağlı olarak kişiden kişiye değişmektedir²⁵³. Dolayısıyla kişiselleşmiş bilginin yokluğunda; ne kadar bilgili, analitik ve iyi niyetli olsalar da yargıçlar hükmedilen onarımların tam telafiyi gerçekleştirmesi bakımından yetersiz kalabileceklerdir²⁵⁴.

SONUÇ

Tatmin kurumu, uluslararası sorumluluk hukukunda bir devletin başka bir devlete zarar veren uluslararası hukuka aykırı eyleminin sonuçlarının onarılması kapsamında uygulanmıştır. İnsan haklarının uluslararası alana geçişi ile birlikte insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımı sorunu insan hakları hukukunda hukuki bir mesele olarak ortaya çıkmış ve ilgili belgelerde kendine yer bulmaya başlamıştır. Bu süreçte uluslararası hukukun yaygın onarım biçimleri olan tazminat ve eski hale getirme yanında tatmin de, uluslararası insan hakları hukuku metinlerine dahil olmuştur. Tatmin ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan ifade bulunmuşsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 41. maddede düzenlenen "Adil Tatmin" uygulamasını uzun bir süre esasen tazminat ve ihlali tespit eden karar kapsamında sınırlamıştır. Mahkemenin tatmin içtihadı halen tatmine ilişkin uluslararası hukuk pratiği ve düzenlemelerini karşılar nitelikte bulunmaktadır. Böylece tatmin, uluslararası insan hakları hukukunda uluslararası sorumluluk hukukuna paralel biçimde ilk olarak, Amerikalılar Arası insan hakları sisteminde uygulanmaya başlamıştır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi "tatmin"i lafzen içermese de AAİHM, uluslararası sorumluluk hukuku içtihadından da faydalanarak Sözleşme'nin Mahkemenin onarım yetkilerinin kaynağı olan 63. maddesindeki onarım kavramına dahil etmek suretiyle tatmini ihlal kararlarının önemli bir parçası haline getirmiştir. Mahkeme zaman içerisinde içtihadında Sözleşme ihlallerin sonuçlarının onarımında tazminat, eski hale getirme, rehabilitasyon ve tekrarlamama garantileri yanında tatmine de yer vermiş; bu süreçte tatmini devletler arası sorumluluk ilişkilerinden farklılıkları dolayısıyla insan hakları hukukunun ihtiyaçlarına göre uyarlamış ve tatmin yöntemlerini çeşitlendirmiştir. Mahkemenin tatmin kapsamında emrettiği uygulamaların önde gelenlerini; kamusal olarak ihlalin ikrarı ve özür, Mahkeme kararının yayımlanması, mağdurların ve olayların anılması, mağdurun vücut

²⁵³ McKay, s. 2; Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies, s. 274.

²⁵⁴ Antkowiak, s. 387.

kalıntılarının yerlerinin belirlenmesi ve ailesine teslimi, eğitim programları ve burslar ile topluluklara yönelik onarımlar teşkil etmiştir. Diğer yandan Mahkeme ihlal tespit eden kararlarını da bizatihi tatmin aracı olarak vurgulamıştır.

Mahkeme, içtihadında kapsamlı bir tatmin tanımını ortaya koymamış ve kimi uygulamaların tatmin niteliğine ilişkin karar başlıklarında çelişkili yönlendirmelerde bulunmuştur. Bununla birlikte Mahkemenin tatmin kararları ve raporları ile uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası sorumluluk hukuku belgeleri dikkate alınarak Mahkeme içtihadının tatmine ilişkin kavramsal çerçevesini genel olarak tespit etmek mümkün görünmektedir. Tatmine başvurduğu ilk kararlarından itibaren Mahkeme, bu yöntemin ihlallerin ekonomik terimlerle değerlemeye müsait olmayan manevi sonuçlarının onarımına yönelik uygulamalardan oluştuğunu tespit etmiş bulunmaktadır. Mahkemenin kamusal niteliğine işaret ettiği tatmin uygulamaları, insani değer ihlallerin kamusal ikrarında ve özür dilenmesinde somutlaşan teyidi ve insan onuruna bağlılığa yönelik sembolik taahhüt ile mağdurların ihlallerden kaynaklanan ızdırabını telafiyi içermektedir. Bu kapsamda mağdur ve yakınlarının iyileşme süreçlerinde psikolojik ve sosyo-politik düzeyler ilişkilendirilmektedir. Nihayetinde insan hakları ihlallerinin neden oldukları ızdırabın kaynağı sosyo-politiktir. Bu bakımdan ihlallerle ortaya çıkan yalnızlık, güçsüzlük, dışlanma, güvensizlik gibi aslında toplumsal bağların temelini teşkil eden algıların zayıflamasını içeren olumsuz duyguların salt bireysel araçlarla giderilmeleri mümkün bulunmamaktadır. Mağdurlar ve yakınları, toplumun insan olmakla değerli birer üyesi olduklarına dair kamudan gelecek teyitlere ihtiyaç duyacaklardır. Bu tür kabuller aynı zamanda ihlalleri kolektif hafızanın parçaları haline getirerek insan haklarının dayanağı olacak bir sosyo-politik ortamı destekleyecekler ve insan haklarına dayalı bir hukuk düzenine toplumsal bir temelle istikrar kazandırılmasına katkı sunacaklardır. Bu nokta, siyasi ve hukuki yapıya dönük tedbirlerle insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik tekrarlamama garantileri ile tatmin uygulamaları arasındaki farkı ortaya koymaktadır.

İnsan hakları hukukunda tatmin, ihlallerin ikrarı ve insan onuruna bağlılık ifadeleri ile insan onuruna saygıyı içeren sosyal normların güçlendirilmesinde tazminata kıyasla işlevsel bulunmaktadır. Tatmin araçları bu normların desteklenmesinde iki taraflı işlev görmektedir. Bir yandan kamusal eylemler ile yaygınlaştırılan farkındalık aracılığıyla ihlallerin desteklendiği sosyal çevrenin zayıflamasına; diğer yandan da mağdurların aidiyet, güven ve dayanışma duygularının güçlendirilmesini hizmet etmektedir. Bu tür bir yaklaşım, özellikle uluslararası mahkemeler ihlallerin gerçekleştiği sosyal

ortamın dışında bulduklarından ve devletin topluma müdahale araçlarından yoksun olduklarından önemlidir. Zira tatmin, insan haklarına dayalı bir hukuksal ve toplumsal düzenin ihlaller gerçekleşmeden sağlanmasına dayanak olacak sosyal çevrenin inşasının tazminata kıyasla etkili bir araçtır. Sosyal çevreye dönük bu katkı, insan hakları mahkemelerinin artan iş yükleriyle başa çıkmaları bakımından da anlamlı sonuçlara yol açabilecektir.

KAYNAKÇA

- Abramovich**, Victor: “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, *SUR – International Journal on Human Rights*, Cilt 6, Sayı 11, Yıl 2009, s. 7-37.
- Altıparmak**, Kerem: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İzlenmesi*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Antkowiak**, Thomas M.: “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Cilt 46, Sayı 2, Yıl 2008, s. 351-419.
- Antkowiak**, Thomas M./**Gonza**, Alejandra: *The American Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York 2017.
- Atıcı**, Aysun: *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve İşleyişi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Bilgin**, Fehmi Kerem: *Uluslararası Hukukta Restitutio in Integrum İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, doktora tezi, 2014.
- Buyse**, Antoine: “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Cilt 68, Yıl 2008, s. 129-153.
- Carrillo**, Arturo J.: “Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past”, *The Handbook of Reparations*, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York 2006, s. 504-538.
- Cassel**, Douglas: “The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights”, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28153.pdf> (erişim tarihi: 14.10.2023).
- Cavallaro**, James L./**Brewer**, Stephanie Erin: “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *The American Journal of International Law*, Cilt 102, Yıl 2008, s. 768-827.
- Chavez**, Leiry Cornejo: “New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation”,

- International Journal of Constitutional Law, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2017, s. 372-392.
- Crawford**, James: State Responsibility-The General Part, Cambridge University Press, New York 2013.
- Çakan**, Seher: Uluslararası Hukukta Bireyin Onarım Hakkı, Astana Yayınları, Ankara 2021.
- Çakmak**, Ufuk Ramazan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Erge**, Recep Ersel: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Erkiner**, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Evans**, Christine: The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict, Cambridge University Press, New York 2012.
- Fikfak**, Veronika: “Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights”, The European Journal of International Law, Cilt 29, Sayı 4, Yıl 2019, s. 1091-1125.
- Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Greiff**, Pablo de: “Justice and Reparations”, The Handbook of Reparations, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York 2006, s. 451-477.
- Krsticevic**, Viviana: “Remedies of the Inter-American Human Rights System”, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Cilt 111, Yıl 2017, s. 261-263.
- Lykes**, M. Brinton/**Mersky**, Marcie: “Reparations and Mental Health: Psychosocial Interventions towards Healing, Human Agency, and Rethreading Social Realities”, The Handbook of Reparations, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York 2006, s. 589-622.
- Martin**, Francisco Forrest/**Schnably**, Stephen J./**Wilson**, Richard J./**Simon**, Jonathan S./**Tushnet**, Mark V.: International Human Rights and Humanitarian Law – Treaties, Cases and Amalysis, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Mental Health Team of The Center for Legal and Social Studies**: “Reparations: A Judicial and Symbolic Act”, Comprehensive Attention

to Victims of Torture in Cases under Litigation – Psychosocial Contributions, Inter-American Institute of Human Rights, San José 2009, s. 267-311.

Özdemir, Omca/Akkaya, Damla: “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Onarım”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1, Yıl 2023, s. 87-148.

Pasqualucci, Jo M.: The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, 2. baskı, Cambridge University Press, New York 2013.

Ramirez, Sergio Garcia: “Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach Conference”, American University Law Review, Cilt 56, Sayı 6, Yıl 2007, s. 1429-1435.

Riedel, Eibe: “Satisfaction”, Encyclopedia of Public International Law, Elsevier, Amsterdam 1987, s. 383-384.

Roht-Arriaza, Naomi: “Reparations Decisions and Dilemmas”, Hastings International and Comparative Law Review, Cilt 27, Sayı 2, Yıl 2004, s. 157-200.

Schneider, Jan: Reparation and Enforcement of Judgments-A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems, doktora tezi, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, 2015, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34561.pdf> (erişim tarihi: 14.10.2023).

Shelton, Dinah: “Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility”, The American Journal of International Law, Cilt 96, Sayı 4, Yıl 2002, s. 833-856.

Shelton, Dinah: Remedies in International Human Rights Law, 3. baskı, Oxford University Press, New York 2015.

Şirin, Tolga: “İnsan Hakkı İhlalinin Onarılmasını İsteme Hakkı”, Çevre, İnsan, Devlet (Anayasa Üzerine Güncel Denemeler); Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 227-232.

Uzun, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2007.

Mahkeme ve Heyet Kararları

AAİHM, “Other Treaties” Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention On Human Rights), Advisory Opinion Oc-1/82, 24.9.1982.

- AAIHM, “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile (Merits, Reparations and Costs), 5.2.2001, Series C No. 73.
- AAIHM, Acosta-Calderón v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs), 24.6.2005, Series C No. 129.
- AAIHM, Aloeboetoe et al. v. Suriname (Reparations and Costs), 10.9.1993, Series C No. 15.
- AAIHM, Anzualdo Castro v. Peru (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 22.9.2009, Series C No. 202.
- AAIHM, Baldeón-García v. Peru (Merits, Reparations, and Costs), 6.4.2006, Series C No. 147.
- AAIHM, Bámaca-Velásquez v. Guatemala (Reparations and Costs), 22.2.2002, Series C No. 91.
- AAIHM, Barbosa De Souza et al. v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 7.9.2021, Series C No. 435.
- AAIHM, Bissoon et al. v. Trinidad and Tobago (Merits and Reparations), 14.11.2022, Series C No. 472.
- AAIHM, Blake v. Guatemala (Reparations and Costs), 22.1.1999, Series C No. 48.
- AAIHM, Bulacio v. Argentina (Merits, Reparations and Costs), 18.9.2003, Series C No. 100.
- AAIHM, Caesar v. Trinidad and Tobago (Merits, Reparations and Costs), 11.3.2005, Series C No. 123.
- AAIHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Merits), 18.8.2000, Series C No. 69.
- AAIHM, Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs), 3.12.2001, Series C No. 88.
- AAIHM, Cantoral-Huamaní and García-Santa Cruz v. Peru (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 10.7.2007, Series C No. 167.
- AAIHM, Cantos v. Argentina (Merits, Reparations and Costs), 28.11.2002, Series C No. 97.
- AAIHM, Castillo-Páez v. Peru (Reparations and Costs), 27.11.1998, Series C No. 43.
- AAIHM, Cesti-Hurtado v. Peru (Reparations and Costs), 31.5.2001, Series C No. 78.
- AAIHM, Chitay Nech et al. v. Guatemala (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 25.5.2010, Series C No. 212.

AAİHM, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 20.11.2013, Series C No. 270.

AAİHM, *Contreras et al. v. El Salvador* (Merits, Reparations and Costs), 31.8.2011, Series C No. 232.

AAİHM, *Cuya Lavy et al. v. Peru* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 28.9.2021, Series C No. 438.

AAİHM, *Dacosta Cadogan v. Barbados* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 24.9.2009, Series C No. 204.

AAİHM, *De La Cruz-Flores v. Peru* (Merits, Reparations and Costs), 18.11.2004, Series C No. 115.

AAİHM, *Dial et al. v. Trinidad and Tobago* (Merits and Reparations), 21.11.2022, Series C No. 476.

AAİHM, *Digna Ochoa and Family Members v. Mexico* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2021, Series C No. 447.

AAİHM, *El Amparo v. Venezuela* (Reparations and Costs), 14.9.1996, Series C No. 28.

AAİHM, *Fernández Ortega et al. v. Mexico* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 30.8.2010, Series C No. 215.

AAİHM, *García-Asto and Ramírez-Rojas v. Peru* (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 25.11.2005, Series C No. 137.

AAİHM, *Garrido and Baigorria v. Argentina* (Reparations and Costs), 27.8.1998, Series C No. 39.

AAİHM, *Garzón Guzmán et al. v. Ecuador* (Merits, Reparations and Costs), 1.9.2021, Series C No. 434.

AAİHM, *Godínez-Cruz v. Honduras* (Merits), 20.1.1989, Series C No. 5.

AAİHM, *Gomes Lund et al. (“Guerrilha Do Araguaia”) v. Brazil* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 24.11.2010, Series C No. 219.

AAİHM, *Gómez-Palomino v. Peru* (Merits, Reparations and Costs), 22.11.2005, Series C No. 136.

AAİHM, *González et al. (“Cotton Field”) v. Mexico* (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), 16.11.2009, Series C No. 205.

AAİHM, *González et al. v. Venezuela* (Merits and Reparations), 20.9.2021, Series C No. 436.

AAIHM, Gudiel Álvarez et al. (“Diario Militar”) v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 20.11.2012, Series C No. 253.

AAIHM, Guevara Díaz v. Costa Rica (Merits, Reparations and Costs), 22.6.2022, Series C No. 453.

AAIHM, Huilca-Tecse v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 3.3.2005, Series C No. 121.

AAIHM, Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia (Merits, Reparation and Costs), 1.9.2010, Series C No. 217.

AAIHM, Julien Grisonas Family v. Argentina (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.9.2021, Series C No. 437.

AAIHM, Kawas-Fernández v. Honduras (Merits, Reparations and Costs), 3.4.2009, Series C No. 196.

AAIHM, La Cantuta v. Peru (Merits, Reparations and Costs), 29.11.2006, Series C No. 162.

AAIHM, Loayza-Tamayo v. Peru (Reparations and Costs), 27.11.1998, Series C No. 42.

AAIHM, Maidanik et al. v. Uruguay (Merits and Reparations), 15.11.2021, Series C No. 444.

AAIHM, Manuel Cepeda Vargas v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 26.5.2010, Series C No. 213.

AAIHM, Manuela et al. v. El Salvador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.11.2021, Series C No. 441.

AAIHM, Maritza Urrutia v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 27.11.2003, Series C No. 103.

AAIHM, Mendoza et al. v. Argentina (Preliminary objections, merits and reparations), 14.5.2013, Series C No. 260.

AAIHM, Mohamed v. Argentina (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 23.11.2012, Series C No. 255.

AAIHM, Molina-Theissen v. Guatemala (Reparations and Costs), 3.7.2004, Series C No. 108.

AAIHM, Montero-Aranguren et al (Detention Center of Catia) v. Venezuela (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 5.7.2006, Series C No. 150.

AAIHM, Moya Chacón et al. v. Costa Rica (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.5.2022, Series C No. 451.

- AAİHM, Myrna Mack Chang v. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2003, Series C No. 101.
- AAİHM, Neira-Alegría et al. v. Peru (Reparations and Costs), 19.9.1996, Series C No. 29.
- AAİHM, Palacio Urrutia et al. v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs), 24.11.2021, Series C No. 446.
- AAİHM, Pavez Pavez v. Chile (Merits, Reparations and Costs), 4.2.2022, Series C No. 449.
- AAİHM, Radilla-Pacheco v. Mexico (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 23.11.2009, Series C No. 209.
- AAİHM, Rodríguez Vera et al. (The Disappeared from the Palace of Justice) v. Colombia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 14.11.2014, Series C No. 287.
- AAİHM, Rosendo Cantú et al. v. Mexico, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 31.8.2010, Series C No. 216.
- AAİHM, Suárez-Rosero v. Ecuador (Merits), 12.11.1997, Series C No. 35.
- AAİHM, Suárez-Rosero v. Ecuador (Reparations and Costs), 20.1.1999, Series C No. 44.
- AAİHM, The “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2.9.2004, Series C No. 112.
- AAİHM, The “Las Dos Erres” Massacre v. Guatemala (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), 24.11.2009, Series C No. 211.
- AAİHM, The “Mapiripán Massacre” v. Colombia (Merits, Reparations, and Costs), 15.9.2005, Series C No. 134.
- AAİHM, The “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Merits), 19.11.1999, Series C No. 63.
- AAİHM, The “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 26.5.2001, Series C No. 77.
- AAİHM, The “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs), 25.5.2001, Series C No. 76.
- AAİHM, The 19 Merchants v. Colombia (Merits, Reparations and Costs), 5.7.2004, Series C No. 109.
- AAİHM, The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), Advisory Opinion Oc-2/82, 24.9.1982.

- AAIHM, *The Former Employees of the Judiciary v. Guatemala* (Preliminary Objections, Merits and Reparations), 17.11.2021, Series C No. 44.
- AAIHM, *The Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8.9.2005, Series C No. 130.
- AAIHM, *The Gómez-Paquiyaui Brothers v. Peru* (Merits, Reparations and Costs), 8.7.2004, Series C No. 110.
- AAIHM, *The Ituango Massacres v. Colombia* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 1.7.2006, Series C No. 148.
- AAIHM, *The Maya Kaqchikel Indigenous Peoples of Sumpango et al. v. Guatemala* (Merits, Reparations and Costs), 6.10.2021, Series C No. 440.
- AAIHM, *The Miguel Castro Castro Prison v. Peru* (Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs), 2.8.2008, Series C No. 181.
- AAIHM, *The Miguel Castro-Castro Prison v. Peru* (Merits, Reparations and Costs), 25.11.2006, Series C No. 160.
- AAIHM, *The Moiwana Community v. Suriname* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 15.6.2005, Series C No. 124.
- AAIHM, *The National Federation of Maritime and Port Workers (FEMAPOR) v. Peru* (Preliminary Objections, Merits and Reparations), 1.2.2022, Series C No. 448.
- AAIHM, *The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala* (Merits), 29.4.2004, Series C No. 105.
- AAIHM, *The Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala* (Reparations), 19.11.2004, Series C No. 116.
- AAIHM, *The Pueblo Bello Massacre v. Colombia* (Merits, Reparations and Costs), 31.1.2006, Series C No. 140.
- AAIHM, *The Río Negro Massacres v. Guatemala* (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 4.9.2012, Series C No. 250.
- AAIHM, *The Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* (Merits, Reparations and Costs), 29.3.2006, Series C No. 146.
- AAIHM, *The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* (Merits, Reparations and Costs), 1.3.2005, Series C No. 120.
- AAIHM, *The Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (Merits, Reparations and Costs), 17.6.2005, Series C No. 125.
- AAIHM, *Tibi v. Ecuador* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 7.9.2004, Series C No. 114.

- AAİHM, Ticona Estrada et al. v. Bolivia (Merits, Reparations and Costs), 27.11.2008, Series C No. 191.
- AAİHM, Tiu Tojín v. Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), 26.11.2008, Series C No. 190.
- AAİHM, Trujillo-Oroza v. Bolivia (Reparations and Costs), 27.2.2002, Series C No. 92.
- AAİHM, Valle Jaramillo et al. v. Colombia (Merits, Reparations, and Costs), 27.11.2008, Series C No. 192.
- AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Merits), 29.7.1988, Series C No. 4.
- AAİHM, Velásquez-Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs), 21.7.1989, Series C No. 7.
- AAİHM, Vera Rojas et al. v. Chile (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 1.10.2021, Series C No. 439.
- AAİHM, Vera Vera v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 19.5.2011, Series. C No. 226.
- AAİHM, Women Victims of Sexual Torture in Atenco v. Mexico (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), 28.11.2018, Series C No. 371.
- AAİHM, YATAMA v. Nicaragua (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 23.6.2005, Series C No. 127.
- ABD Yüksek Mahkemesi, Owen v. City of Independence, 445 U.S. 622, 1980.
- AİHHM, Beneficiaries of Late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema Alias Ablassé, Ernest Zongo and Blaise Ilboudo & The Burkinabè Human and Peoples' Rights Movement v. Burkina Faso (Judgment on Reparations), başvuru no: 013/2011.
- AİHK (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu), Austria v. Italy, 11.1.1961, Application No. 788/6.
- AİHM, Assanidze v. Georgia, 8.4.2004, Application No. 71503/01.
- AİHM, Ireland v. The United Kingdom, 18.1.1978, Application No. 5310/71.
- AİHM, Makarova and Others v. Russia, 24.2.2005, Application No. 7023/03.
- AİHM, Marckx v. Belgium, 13.6.1979, Application No. 6833/74.

AİHM, Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50), 31.10.1995, Application No. 14556/89.

AİHM, Piersack v. Belgium (Article 50), 26.10.1984, Application No. 8692/79.

AİHM, Plotnikov v. Russia, 24.2.2005, Application No. 43883/02.

AİHM, Vocaturo v. Italy, 21.5.1991, Application No. 11891/85.

Case Concerning the Difference between New Zealand and France Concerning the Interpretation or Application of Two Agreements, Concluded on 9 July 1986 between the Two States and Which Related to the Problems Arising from the Rainbow Warrior Affair, 30.4.1990, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. XX, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf (erişim tarihi 23.9.2023), s. 215-284.

S. S. "I'm Alone" (Canada, United States), 30.6.1933 ve 5.1.1935, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. III, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1609-1618.pdf (erişim tarihi 23.9.2023), s. 1609-1618.

Uluslararası Adalet Divanı, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26.2.2007, *I. C. J. Reports 2007*.

Uluslararası Adalet Divanı, Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), 5.12.2011, *I. C. J. Reports 2011*.

Uluslararası Adalet Divanı, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), 4.6.2008, *I. C. J. Reports 2008*.

Uluslararası Adalet Divanı, LaGrand (Germany v. United States of America), 27.6.2001, *I. C. J. Reports 2001*.

Uluslararası Adalet Divanı, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20.4.2010, *I. C. J. Reports 2010*.

Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Factory at Chorzów (Jurisdiction), 26.7.1927, *P. C. I. J. Series A*, No. 9.

Belgeler ve Elektronik Kaynaklar

AAİHM: 2010 Yılı Raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2010.pdf (erişim tarihi: 9.10.2023).

AAİHM: 2012 Yılı Raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2012.pdf (erişim tarihi: 9.10.2023).

Protocol to the African Charter on Human And Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, 10.6.1998, https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-treaty-0019_-_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_e.pdf (erişim tarihi: 17.2.2024).

European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG (erişim tarihi: 8.10.2023).

Greiff, Pablo de: Report of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Recurrence, Submitted pursuant to Human Rights Council Resolution 27/3, A/HRC/30/42, <https://digitallibrary.un.org/record/803412#record-files-collapse-header> (erişim tarihi: 24.9.2023).

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 30-143.

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/589), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf> (erişim tarihi: 14.2.2024).

UN Committee Against Torture (CAT), General Comment No. 3, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Implementation of Article 14 by States Parties, 13.12.2012, <https://www.refworld.org/docid/5437cc274.html> (erişim tarihi: 16.9.2023).

UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution 60(147), UN Doc. A/RES/60/147, 21.3.2006, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/pdf/N0549642.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 9/4/2023).

UN General Assembly, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Resolution 39/46, 10.12.1984, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading> (erişim tarihi: 16.9.2023).

UN General Assembly, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Resolution 40/34, 29.11.1985, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse> (erişim tarihi: 24.9.2023).

UN General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Resolution 2106 (XX), 21.12.1965, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> (erişim tarihi: 16.9.2023).

UN Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26.5.2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> (erişim tarihi: 16.9.2023).

UN Human Rights Council, Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Rehabilitation of Torture Victims, A/HRC/RES/22/21, 22.3.2013, https://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_22_21E.pdf (erişim tarihi: 16.9.2023).

OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME KOŞULU İÇEREN SUÇLARIN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1431511>

Arş. Gör. Dr. Burak TAŞ*

Öz

Objektif cezalandırılabilme koşullarının hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüşe göre bu koşullar haksızlık kapsamı dışında yer almaktadır. Objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçların özel görünüş biçimleri ise bu koşulların haksızlık içerisinde yer alıp almaması görüşü kapsamında değişiklik arz etmektedir. Failin cezalandırılabilirlik alanını doğrudan ilgilendiren bu koşulların hukuki niteliğini ortaya koymak ve teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından gösterdiği özelliği izah etmek oldukça önemlidir. Çalışmada bu koşulların suçun özel görünüş biçimleri bakımından gösterdiği özellik, detaylı ve sistemli bir incelemeye tabi tutulmuştur. İnceleme, finalist hareket teorisi esas alınarak yapılmıştır. Bu koşulları içeren suçlarda teşebbüs, iştirak ve içtima hususunda genel ve kesin bir yargıya varmaktan ziyade her bir suç tipinde ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Haksızlık, Objektif cezalandırılabilme koşulları, Teşebbüs, İştirak, İçtima

SPECIAL FORMS OF CRIMES WITH THE CONDITION OF OBJECTIVE PUNISHABILITY

(Research Article)

Abstract

Although the legal nature of the condition of objective punishability is controversial, according to the prevailing opinion, these conditions are outside

* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Bolu (tas.burak@outlook.com) ORCID: 0000-0001-6481-1580 (Gönderim Tarihi: 04.02.2024-Kabul Tarihi: 30.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

the scope of tort (unrecht). The special appearance of the crimes that include the condition of objective punishability varies within the scope of the view whether these conditions are included in the tort (unrecht) or not. It is very important to reveal the legal nature of these conditions, which are directly related to the area of the perpetrator's punishability, and to explain their characteristics in terms of attempt, accomplicity and joinder of crimes. In the study, the feature of these conditions in terms of special appearance forms of the crime was subjected to a detailed and systematic examination. The analysis was based on the finalist conduct theory. It has been concluded that in crimes involving these conditions, it is necessary to make a separate evaluation for each type of crime, rather than making a general and definite judgment about attempt, accomplicity and joinder of crimes.

Keywords

Tort (Unrecht), Condition of objective punishability, Attempt, Accomplicity, Joinder of crimes

GİRİŞ

Objektif cezalandırılabilme koşulları cezalandırılabilirlik alanını ilgilendiren koşullardandır. Bu kapsamda bu koşulların suçun özel görünüş biçimleri ile irtibatını ortaya koymak önemlidir. Türk doktrininde objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin göstereceği özellik sistemli ve münferiden bir araştırmaya tabi tutulmamıştır. Bu çalışmanın amacı, konunun sistemli bir şekilde araştırılıp suç tipleri özelinde konuyu somutlaştırabilmektir. Bunun için öncelikle objektif cezalandırılabilme koşulları hakkında genel bilgiler verilecek, ardından objektif cezalandırılabilme koşulları içeren suçlar; teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından doktrinindeki görüşler ve içtihatlar temel alınarak değerlendirilecektir. Son bölümde ise objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suç tiplerinde teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin gösterdiği özellik araştırılacaktır.

Taksirli suçlarda neticenin meydana gelmesinin suçun unsuru ya da objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiği hususu tartışmalıdır¹. Ancak taksirli suçlarda TCK m. 35'in lafzında "işlemeyi kastettiği" ifadesinden teşebbüsün, TCK m. 40/1 hükmünde "kasten ve hukuka aykırı fiil" ifadesinden şerikliğinin², TCK m. 43/1'de "suç işleme kararı" ifadesiyle zincirleme suçun uygulanması mümkün görülmemektedir³. Bu nedenle taksirli suçlarda neticenin hukuki niteliği tartışması, objektif cezalandırılabilme koşulları içeren suçların özel görünüş biçimleri bakımından önem arz etmediği için çalışmada ayrıca incelenmeyecektir.

I. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME KOŞULLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Bir suçtan söz edebilmek için kanunda düzenlenmiş, tipikliğe uygun, hukuka aykırı bir insan davranışı mevcut olmalıdır⁴. Bazı suç tiplerinde ise

¹ Azınlıktaki görüş taksirli hareketin iradîliğinin neticeye yönelik olmaması gerektiği kabulü üzerinden gerçekleşen sonucun objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu savunmaktadır.

² Müsterek faillik de yalnızca kasten işlenebilen suçlarda gündeme gelecektir. **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 530.

³ Fikri içtima bakımından ise ileride değinileceği üzere objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmeden cezalandırma mümkün olmayacağından taksirli suçlarda fikri içtimanın uygulanması özellik arz etmeyecektir. Bu nedenle taksirli suçlardan neticenin hukuki niteliği tartışmasına çalışmada yer verilmesinin pratik bir karşılığı bulunmayacaktır.

⁴ **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 375.

fiilin cezalandırılabilmesi için suçun unsurları⁵ dışında fiilin haksızlık muhtevasına etkili olmayan⁶ hukuka aykırılığa etki etmeyen, failin kast veya taksirine bağlı olmayan⁷ objektif bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir⁸. Bu kapsamda suç tipinin dışında, failin hareketinin hukuka aykırılığına⁹, ve failin kusurluluğuna etki etmeyen koşullar objektif cezalandırılabilme koşulları olarak tanımlanabilir¹⁰. Bu kapsamda fiil, tipik ve hukuka aykırı olsa dahi bu koşullar gerçekleşmedikçe fail hakkında cezai yaptırım uygulanamayacaktır¹¹. Bu koşulların objektif olarak adlandırılmasının sebebi ise bu

⁵ Benimsediğimiz finalist suç teorisine göre suçun unsurları ikiye ayrılmaktadır: Tipiklik ve hukuka aykırılık. Tipiklik ise kendi içinde maddi ve manevi unsur olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Maddi unsur; fiil (hareket), netice, fail, mağdur ve konudan oluşmaktadır. Manevi unsur ise kast, taksir, kast-taksir kombinasyonu, saik ve amaçtan oluşmaktadır.

⁶ **Özgenç**, İzzet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2021, s. 751.

⁷ Slovenya hukuku ile aynı yönde bkz. **Korošec**, Damjan: “Failure to Provide Information of Crime or Perpetrator as a Problem of Criminal Law”, Юридичний вісник, C. 3, S. 36, 2015, s. 149.

⁸ **Heinrich**, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım-Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 80, 81; **Önder**, s. 376; **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 25. Baskı, Ankara 2019, s. 478.

⁹ Objektif cezalandırılabilme koşullarının gerçekleşmesi tipik hareketi doğrudan hukuka aykırı hale getirmez; bu hareketleri cezalandırılabilir kılar. **Önder**, s. 376.

¹⁰ **Hilgendorf**, Eric/**Valerius**, Brian (çev. Salih Oktar): Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 114; **Mahmutoglu**, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 857; **Önder**, s. 376; **Özbek**, V. **Özer/Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 448; **İçel**, Kayıhan: Suç Teorisi, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 13; **Yüce**, Turhan Tufan: Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa 1982, s. 190; Slovenya hukuku ile aynı yönde bkz. **Korošec**, s. 149; **Evik**, A. Hakan: “Hileli İflas Suçunda, “Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine” İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1094; **Tiedemann**, Klauss, “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 305; **Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 871-872.

¹¹ **Uğur**, Ersoy: Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 8; **Erem**, Faruk: “Cezalandırılabilme Objektif Şartı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3-4, 1970, s. 13.

Bu koşullar gerçekleşmediklerinde cezasızlık nedeni oldukları için cezalandırılabilirliğin alanını daraltıcı niteliktedirler (**Zafer**, s. 474; **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2020, s. 666; **Dülger**, s. 872).

koşulların varlığı için kusurun aranmamasıdır¹². Bu koşullar failin kişiliğinden bağımsız yapıdadırlar¹³.

Her ne kadar bu koşullar failin kast veya taksirinden bağımsız yapıda olsalar da cezaların şahsiliği ilkesi gereği bu koşullar failin hareketinden kaynaklanmış olmalıdır. Ancak bu durum her zaman için geçerli değildir. İleride detaylandırılacağı üzere iflas suçlarında bir objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğinde olan iflas olgusu, failin fiili ile nedensel bir bağ içinde bulunmaz. Bu olgunun failin hileli veya taksirli hareketinden kaynaklanması aranmamaktadır. Suçun unsurlarından bağımsız olan ancak cezalandırılabilme bakımından elverişli vakıalar bu kapsamda değerlendirilecektir. İlaveten objektif cezalandırılabilme koşulları suçtan önceki bir vakıaya ilişkin olamazlar. Ancak bu husus bu koşulların unsurların tamamlanmadan önce veya sonra gerçekleşmesine aykırı değildir. Suçtan önceki vakadan kasıt, suç ile mekânsal, zamansal ve nedensel bir bağ bulunmayışını ifade etmektedir.

Objektif cezalandırılabilme koşuluna bağlanmış olan bir suç, koşul gerçekleştiğinde değil unsurların gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş sayılır¹⁴. Doktrinde suçun tamamlanmasında objektif cezalandırılabilme koşullarının gerçekleşmesi gerektiğine yönelik görüşler¹⁵ bulunsa da çoğunluk, suçun unsurları itibariyle işlendiği; sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleştiği, neticeli suçlarda neticenin gerçekleştiği anda suçun tamamlanacağı yönündedir.

Tipik hareketin gerçekleştirilmesinden sonra objektif cezalandırılabilme koşulunun ne zaman gerçekleşmesi gerektiği ile ilgili genel bir tespit bulunulamaz¹⁶. Bu koşullar suçun unsurları ile birlikte gerçekleşebildiği gibi unsurlardan sonra da gerçekleşebilir¹⁷. Tipik hareketten önce gerçekleşen

¹² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 448; **Kudlich**, Hans: “Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Koşulu İçeren Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 18, 2012, s. 283.

¹³ Objektif cezalandırılabilme koşulu olan sebepler; suçun işlendiği zamana, yere, suçun işleniş şekline (örneğin ihtilat), resmi makamların kararlarına, faile veya mağdura ilişkin bir özellikle ilgili olabilir (**Zafer**, s. 474). Ancak bu ilgili olma durumu, bu koşulların faile bağlı olduğu anlamına gelmemektedir.

¹⁴ **Zafer**, s. 478.

¹⁵ **Özgenç**, s. 755; **Demirel**, Muhammed: “Hileli İflas Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, 2018, s. 581; **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 532.

¹⁶ **Önder**, s. 376.

¹⁷ **Önder**, s. 376.

yahut gerçekleşmesi aranan koşullar objektif cezalandırılabilme koşulu niteliği taşımazlar. Bu koşullar ancak suçun normatif yapısı kapsamında değerlendirilebilir.

Objektif cezalandırılabilme koşulunun bir unsur teşkil edip etmemesi, bu koşulu içeren suçların özel görünüş biçimleri ile ilintilidir. Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartını kabul etmeyen bir görüşe göre bu koşullar suçun unsuru niteliğinde değerlendirilmelidir¹⁸. Başka bir görüşe göre ise bu koşullar bazı durumlarda suçun unsuru, bazı durumlarda da ön şartı ve bazı durumlarda da dava şartıdır. Bu görüşe göre bunların suç genel teorisinde yeri yoktur¹⁹. Diğer bir görüş ise bu görüşü, tipikliğin maddi unsuru olan netice ile bu koşulların birbiriyle karıştırıldığı yönünde eleştirmektedir²⁰. Gerçekten de kasten öldürme örneğinde netice unsuru teşkil eden mağdurun ölmesi vakıası gerçekleşmediğinde fail teşebbüsten sorumlu olacaktır. Ancak ölümün gerçekleşmesi neticesi objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirildiğinde, failin mağduru öldürmeye yönelik hareketleri gerçekleştirmesinden sonra mağdur ölmediğinde, mağduru öldürme düşüncesiyle yaralayan faili teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır²¹. Nitekim koşul gerçekleşmedikçe fail cezalandırılmayacaktır. Kanaatimizce de objektif cezalandırılabilme koşullarının haksızlık alanına dahil edilmesi, suç genel teorisinin yapısında mantıksız sonuçların doğmasına sebep olacaktır.

Objektif cezalandırılabilme koşulları, gerçek ve gerçek olmayan (görünüştü) olmak üzere doktrinde ikili bir ayrıma tabidir²². Yalnızca cezalandırılabilirliğin sınırlandığı bir hal olarak beliren koşullar gerçek; cezalandırılabilirliğin kurucu unsuru veya cezayı artırıcı bir unsur olarak haksızlığın örtülü unsuru ve şeklen cezalandırılabilme koşulu olarak düzenlenen koşullar görünüşte objektif cezalandırılabilme koşulu olarak adlandırılır²³.

Gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme koşulları, hukuka aykırılık unsuru içinde yer almaktadır²⁴. Bu koşullar kast veya taksire bağlanmayarak,

¹⁸ *Kunter*'e göre bu koşullar müstakil bir yapıya sahiptir. Bu koşullar teşekkül etmeden suç oluşmuş sayılamayacaktır. Bkz. **Kunter**, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1949, s. 195 vd.

¹⁹ **Yüce**, T. Tufan: Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa 1982, s. 191.

²⁰ Bkz. **Artuk**, M. Emin/**Alşahin**, M. Emin: "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zaman aşımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 20.

²¹ **Artuk/Alşahin**, s. 21.

²² **Dönmezer/Erman**, s. 18; **Artuk/Alşahin**, s. 23.

²³ **Koca/Üzülmez**, s. 375; **Koroşec**, s. 150.

²⁴ **Artuk/Alşahin**, s. 24.

şeklen cezalandırılabilirlik koşulu niteliğindedirler²⁵. Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 323a paragrafının; *"Her kim, kasten veya taksirle, alkol içeren içecekler veya sair sarhoş edici maddeler kullanarak, kendisini sarhoş eder ve bu durumda iken, hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirir ve sarhoşluğu nedeniyle kusur ehliyetine sahip bulunmadığı tespit edildiği veya kusur ehliyetine sahip olup olmadığı kesinlikle belli olmadığı için, cezalandırılmazsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır"*²⁶ ifadesinde, kasten veya taksirli olarak failin kendini sarhoş etme fiili cezalandırılabilirlik için yeterli görülmemiştir. İlaveten failin bu durumdayken hukuka aykırı tipik bir fiil işlemesi gerekecektir²⁷. Tam sarhoşken kusur yeteneği olmayan failin gerçekleştirdiği fiilden değil tam sarhoşluk suçundan dolayı cezalandırılması söz konusudur. Bu kapsamda da failin cezalandırılabilirliği için, *"hukuka aykırı bir fiilde"* bulunması koşulu aranmıştır²⁸. Bu nedenle *"hukuka aykırı bir fiilde bulunma"* bu suçta gerçek olmayan objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak öngörülmüştür²⁹. Gerçek olmayan objektif cezalandırılabilirlik koşulları haksızlığa dahil olup onun örtülü unsurunu oluşturan koşullardır³⁰. Bu yönüyle bu koşullar haksızlığın cezalandırılabilirliği için kurucu veya artırıcı etkisi olan koşullardır³¹. Kanaatimizce, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilirlik koşulları suçun unsurları içinde değerlendirilebileceği için cezalandırılabilirliği etkileyen ve suçun unsurlarına dahil olmayan öğelerin terim olarak objektif cezalandırılabilirlik koşulu altında ifade edilmesi doğru değildir³². Nitekim bu koşullar kusur ilkesi ile de bağ-

²⁵ Artuk/Alşahin, s. 24.

²⁶ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 419.

²⁷ Artuk/Alşahin, s. 24.

²⁸ Artuk/Alşahin, s. 24.

²⁹ İçel, s. 15.

³⁰ Akbulut, Berrin: "Kamuya Yararlı Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, C. 9, S. 25, 2014, s. 19.

³¹ Akbulut, s. 19.

³² Aynı yönde bkz. *"Suçun unsurları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve kovuşturma şartlarından ayırmada yararlı olması için yapılan gerçek-gerçek olmayan objektif cezalandırılabilirlik şartı ayırımına ihtiyaç yoktur."* Artuk/Alşahin, s. 25.

Slovenya hukukunda gerçek olmayan objektif cezalandırılabilirlik koşulları, genel suç kavramının bir unsuru olarak suçlulukla bağdaşmaması ve bunun dışında olması ve bir insan eyleminin cezalandırılabilirliğine önemli ölçüde eklenmesi nedeniyle, bu biçimin, sözde uygunsuz (gerçek olmayan) objektif koşul olduğu açık olduğunu vurgulayan görüşler söz konusudur (Korošec, s. 150). Yazara göre bu koşullar ceza hukukunda suçluluk ilkesinin anayasal önkoşullarıyla bağdaşmadığı için ağır bir şekilde eleştirilmektedir. Bununla birlikte, cezalandırmanın bu objektif koşulu tüm dünyada hala kullanılmaktadır

daşmamaktadır³³. Kusur bakımından önemli olmayan hususlar gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme koşullarında fiilin sosyal ahlak açısından kınanabilirliğinin içeriğini oluşturmaktadır³⁴.

II. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME KOŞULLARI İÇEREN SUÇLARIN TEŞEBBÜS, İŞTİRAK VE İÇTİMA BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Objektif Cezalandırılabilme Koşulları İçeren Suçlara Teşebbüs Edilip Edilemeyeceği

Suçun tamamlanması ve cezalandırılabilmesi aynı anlamı ifade etmemektedir. Buradan hareketle doktrinde genel kabul gören görüşte, objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda teşebbüsün mümkün olduğu, söz konusu koşul gerçekleşmedikçe failin suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı savunulmaktadır³⁵. Bu görüşe göre haksızlığın kapsamında yer almayan bu koşulların haksızlık alanını ilgilendiren bir konuda, yani suça teşebbüs edilmesini engellemesi mümkün olmayacaktır³⁶. Objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmişse ve icra hareketleri de tamamlanmamışsa teşebbüs gündeme gelebilecektir. Bu görüşün temelinde suçun objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleştiğinde değil, neticesiz suçlarda icra hareketlerinin, neticeli suçlarda neticenin gerçekleştiği anda tamamlandığı düşüncesi yatmaktadır. Ancak bu koşulların fiilin işlendiği anda yahut fiil işlendikten sonra gerçekleşmiş olması, cezalandırılabilme açısından önem arz etmemektedir³⁷.

ve hatta yukarıda açıklanan uygun (gerçek) objektif cezalandırma koşulundan çok daha yaygındır (Koroşec, s. 150).

³³ Tiedemann, s. 309.

³⁴ Tiedemann, s. 309.

³⁵ Koca/Üzülmez, s. 374; Karabulut, Efe Can: Karşılaştırmalı Olarak Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve Muhakeme Şartları, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 80; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 449-450; Üzülmez, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi: "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2007, s. 78, Kangal, Zeynel T.: "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 68, S. 1-2, 2010, s. 163; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 857; Hakeri, Hakan/Tekin, Derya: Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 373.

³⁶ Koca/Üzülmez, s. 374.

³⁷ Ancak tipik hareketten önce gerçekleşen veya gerçekleşmesi aranan koşullar objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değil, cezalandırılmaya engel koşullar olarak değerlendirilebilir. Önder, s. 376; Zafer, s. 474.

Doktrinde objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda genel olarak teşebbüsün cezalandırılmayacağını yahut bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunan görüşler ve Yargıtay kararları da bulunmaktadır³⁸. Bu görüşe göre cezalandırılabilme, koşula bağlandığı için koşul gerçekleşmezse cezalandırılabilme ve dolayısıyla suç söz konusu olmayacaktır. Buradan hareketle objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda evleviyetle teşebbüs de mümkün olmayacaktır³⁹. *Karakehya/Boran Güneysu*, objektif cezalandırılabilirlik koşuluna tabi bir suçta teşebbüsten cezaî sorumluluğun doğmayacağını savunmakla birlikte bu görüşlerini evleviyet kuralı ile temellendirmektedirler. Bu görüşe göre objektif cezalandırılabilme koşuluna tabi suçlarda, suç tüm unsurlarıyla tamamlanmış olsa ve failin kusurluluğu bulunsa bile, objektif nitelikteki koşul gerçekleşmediği sürece fail cezalandırılmayacaktır. Bu nedenle bu tür koşullara tabi olan suçlarda teşebbüsten dolayı cezaî sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Nitekim tamamlanmış suçlarda bile objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmedikçe cezaî sorumluluk söz konusu olmadığına göre, tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalmış suç bakımından cezaî sorumluluk doğması evleviyetle mümkün olmayacaktır⁴⁰. Aynı yönde diğer bir görüşe göre ise koşul gerçekleşse bile teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu koşullar suçun unsuru olan neticenin zararlılığını tespit için kabul olduğundan neticenin gerçekleşmesinden önce koşul gerçekleşmeyecektir. Koşul gerçekleşmişse halihazırda netice de gerçekleşmiş olacağından bu görüşte teşebbüs ihtimal dahilinde bulunmamaktadır⁴¹. Aynı yönde başka bir görüşe göre ise suçun tamamlanması için bu koşulların gerçekleşmesi gerekmez; ancak failin cezalandırılabilmesi ile suçun teşebbüs aşamasında kalması farklıdır. Objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçun teşebbüs aşamasında kalması müm-

³⁸ “Sanığın eyleminin hukuka aykırı olduğu kabul edilse dahi, 257. maddenin öngördüğü mağduriyet, kamu zararı ya da kişilere haksız kazanç sağlama hususları gerçekleşmediğinden, sanığın cezalandırılması olanağı yoktur. Objektif cezalandırma koşulu öngören suçlarda teşebbüsten söz edilemez” Y4.CD., 1.5.2008, 21/10. Karar için bkz. **Koca**, Mahmut, “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 106;

Dönmezer/Erman, s. 155; **Kunter**, s. 212; **Özen**, Mustafa: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 607.

³⁹ **Kunter**, s. 212; **İçel**, s. 352.

⁴⁰ **Karakehya**, Hakan/**Boran Güneysu**, Nilüfer: “Konkordatonun, Çekle İlgili “Karşılıksızdır” İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, 2019, s. 20; Aynı yönde bkz. **Gökçen**, Ahmet: *Belgede Sahtecilik Suçları*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 252.

⁴¹ **Kunter**, s. 212.

kündür; ancak suç tamamlandıktan sonra objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi gerekecektir. Bu nedenle suç halihazırda tamamlanmış olacağından teşebbüs söz konusu olmayacaktır; ancak suçun temel unsurlarının oluşması halinde teşebbüs mümkün olacaktır⁴². Bu görüşler ise azınlıkta olup eleştirilmektedir⁴³. Nitekim objektif cezalandırılabilme koşulu içeren ve icra hareketleri parçalara ayrılabilen suçlarda fail, icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşirse teşebbüs mümkün görülebilecektir⁴⁴. Halihazırda koşulun neticeden önce gerçekleşmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki her suçta netice bulunmayabilir. Örnek vermek gerekirse hileli iflas suçunda fail, icra hareketlerine başlamış ancak tamamlayamamış ve hakkında da iflas kararı verilmiş olabilir. Bu kapsamda hakkında iflas kararı verilen failin hileli tasarruflarda bulunmaya yönelik icra hareketlerine başlaması ancak tamamlayamaması durumunda objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmiş olsa dahi failin teşebbüsten dolayı sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁴⁵. Diğer bir ihtimal olarak ise parçalara ayrılabilen icra hareketi tamamlanmamış ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmemişse failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir⁴⁶. Hileli iflas suçu örneğinde failin iflas etmemiş ve hileli hareketleri tamamlayamamış olması durumunda teşebbüsten sorumluluk gündeme gelmeyecektir.

Objektif cezalandırılabilme koşulları suç genel teorisinde bir unsur niteliği taşımamaktadır. Nitekim failin kastı suçun unsurlarına yönelik bir araştırmaya tabii tutulurken bu koşullarda kast araştırması yapılmaz. Bu koşullar kastın kapsamı dışındadır⁴⁷. Eğer bu koşullar suçun unsuru olarak kabul edilirse failin gerçekleşmeyen neticeden dahi sorumlu tutulması gerekecektir⁴⁸. Bu ise ceza sorumluluğunu ölçsüz genişletmekle kalmayıp kastı dışında bir sebebin gerçekleşmesi ile fail cezalandırılmış olacaktır. İlaveten

⁴² **Özen**, s. 607; **Gökçen**, s. 252.

⁴³ **Bekar**, Elif: Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 152.

Bu görüşlerden birine göre bu koşulları içeren suçlarda koşul gerçekleşmedikçe faile ceza verilemeyeceği için teşebbüs mümkün olmayacaktır. **Önder**, s. 378.

⁴⁴ **Evik**, A. Hakan: Türk Ceza Hukukunda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 232-233.

⁴⁵ **Ersoy**, s. 193.

⁴⁶ **Artuk/Alşahin**, s. 22-23.

⁴⁷ **Bekar**, s. 153.

⁴⁸ **Bekar**, s. 153.

fail, bu koşulların gerçekleşeceğini bilmese veya ortaya çıkacağını öngörmese bile cezalandırılabilir. Nitekim objektif cezalandırılabilme koşulları tipiklik kapsamında değerlendirilemeyeceği için “suçun kanunî tanımındaki maddî unsurların” (TCK m. 30/1) kapsamına da girmemektedirler. Bu nedenle failin objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu ya da ortaya çıkacağına inandığı; ancak gerçekte bu koşul söz konusu olmadığı veya ortaya çıkmadığı durumlarda teşebbüsten dolayı fail cezalandırılmayacaktır⁴⁹.

Objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda TCK m. 35/2 temelinde teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığına yönelik görüşler de bulunmaktadır⁵⁰. Bu görüşe göre objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlara teşebbüs teoride mümkündür; ancak bu koşullar gerçekleştiğinde teşebbüsten sorumluluk doğmayacaktır. Bu koşullar netice benzeri bir işlev görmektedir⁵¹. Bu nedenle koşul gerçekleştiğinde artık failin teşebbüs aşamasında kaldığı savunulamayacaktır. TCK m. 35/2 gereği suça teşebbüs halinde, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre ceza belirlenmektedir. Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi durumunda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını karşılamamaktadır⁵². TCK m. 35/2’den hareketle objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda koşul gerçekleştiğinde teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varan bu görüşe⁵³ göre koşul gerçekleşmeyince cezalandırma için aranan bu ölçütler de gerek kalmayacaktır. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde ise teşebbüs aşaması sonlanmış ve suç tamamlanmış olacaktır. Bu yorum ise doktrinde bu koşulların suçun tipikliğinin maddi unsurlarından netice olarak değerlendirilmesi anlamına geleceği şeklinde eleştirilmektedir⁵⁴. Nitekim bu görüşte bu koşullar suçu teşebbüs aşamasından çıkarıp suçun tamamlanmasına neden olmaktadır⁵⁵. TCK m. 35/2’de yer alan “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre” ibaresi, hareketin konusu üzerinde meydana

⁴⁹ Kangal, s. 153-154.

⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 374; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 713; Kunter, s. 212-213.

⁵¹ Koca/Üzülmez, s. 374.

⁵² Koca/Üzülmez, s. 374.

⁵³ Üzülmez/Akkaş, s. 72, 78.

⁵⁴ Kangal, s. 163-164; Bekar, s. 153; Nitekim objektif cezalandırılabilme koşulları suç failinin sonucu olarak ortaya çıkan bir değişiklik, netice görünümünü de alabilir; ancak bu onların suçun unsuru olduğu şeklinde değerlendirilemez (Zafer, s. 474); Ersoy, s. 195.

⁵⁵ Ersoy, s. 195.

gelen zarar veya tehlikenin derecesini ifade etmektedir. Objektif cezalandırılabilme koşulları, haksızlık unsurunun dışında kaldığı için böyle bir değerlendirme haksızlık unsuru içerisinde yapılmak durumundadır⁵⁶. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşip icrayı tamamlayamamışsa bu durumda suçun konusu üzerinde meydana gelen tehlike veya zarar dikkate alınıp teşebbüsten dolayı failin cezasında indirim gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵⁷. Ayrıca suçun teşebbüse elverişliliği, objektif cezalandırılabilme koşulu kapsamında değil, suçun unsurları kapsamında ortaya konabilir⁵⁸.

Objektif cezalandırılabilme koşulları daha önce de vurgulandığı üzere suçun bir unsuru niteliğinde değil cezalandırılabilirliğe ilişkin bir hal niteliğindedir. Bu kapsamda bu koşulların bir suç tipinde nerede ve ne zaman incelenmesi gerektiğinin ortaya konması, teşebbüsün kapsamının ortaya konulması açısından önem arz etmektedir. Doktrinde bir görüş bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin incelemenin kusur incelemesinden sonra yapılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁹. Bu görüşe göre objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşse bile kusurlu değilse faile ceza verilemeyecektir⁶⁰. Doktrinde savunduğumuz diğer bir görüşe göre ise bu şartların varlığı ya da yokluğu, tipikliğin unsurları incelemesinden sonra ve hukuka aykırılık incelemesinden önce ortaya korsa bile teşebbüs bakımından bir farklılık söz konusu olmayacaktır⁶¹. Nitekim koşul gerçekleşmedikçe cezalandırılabilirlikten söz edilemeyecektir. Koşulun gerçekleşmesi halinde fiilin durumuna bakılıp meydana gelen tehlikenin veya zararın ağırlığına göre ceza tayin edilecektir⁶².

Objektif cezalandırılabilme koşulu ve teşebbüs açısından değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da bu koşulların gerçek ve görünüşte olarak bir ayrıma tabi tutulduğunda teşebbüs hükümlerinin ne şekilde değişiklik arz edeceğidir. Doktrinde gerçek objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik görüşler ağırlıktadır. Bu koşullar haksızlık bakımından kurucu bir unsur niteliğinde olmadığından koşulun gerçekleşmesi ve suçun tamamlanamaması halinde teşebbüs

⁵⁶ Ersoy, s. 195; Kangal, s. 163-164.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Bekar, s. 154.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Kangal, s. 163.

⁵⁹ Koca/Üzülmez, s. 374; Zafer, s. 479.

⁶⁰ Zafer, s. 479.

⁶¹ Bekar, s. 155.

⁶² Bekar, s. 155.

söz konusu olabilecektir⁶³. Görünüşte objektif cezalandırılabilme koşulu ise fiilin işlendiği anda bulunmaktadır ve *haksızlığın örtülü bir unsuru* olarak değerlendirilir⁶⁴. Bu kapsamda da görünüşte objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda teşebbüs hükümlerinin gündeme gelebileceği savunulmaktadır⁶⁵.

Son olarak objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmiş olması ancak failin icra hareketlerini tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesi ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumundan bahsetmek gerekmektedir. Bu şartların suçun tamamlanması bakımından bir değeri bulunmamaktadır ve bu koşullar netice unsuru ile ilgili değildir. Haksızlık ile ilgili olmayan bu koşullar, haksızlığı doğrudan ilgilendiren bir kurum olan gönüllü vazgeçme üzerinde etki doğurmamaktadır⁶⁶. Bu nedenle, failin objektif cezalandırılabilme koşulu içeren bir suçta icra hareketlerini tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesi ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi ancak bu koşulların olayda gerçekleşmesi durumunda artık failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulamaması gerekecektir⁶⁷.

B. Objektif Cezalandırılabilme Koşulunun İştirak Hükümlerinin Uygulanırılığine Etkisi

Genel olarak objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Bu koşulları içeren suçlara fail, azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilebilir. Suç tamamlanana kadar suça iştirak etmek mümkündür. Ancak suç işlendikten sonra suça iştirak etmek mümkün olmayacaktır.

Teşebbüste olduğu gibi iştirakte de söz konusu koşullar gerçekleşmedikçe suça iştiraktan dolayı cezalandırma yoluna gidilemeyecektir. Bu koşullar faile ilişkin olmayıp fiile ilişkin oldukları için⁶⁸ bilip bilmediklerine

⁶³ **Bekar**, s. 155.

⁶⁴ **Koca/Üzülmez**, s. 375; **Bekar**, s. 155.

⁶⁵ **Zafer**, s. 479.

⁶⁶ **Ersoy**, s. 196.

⁶⁷ **Ersoy**, s. 196; Hileli iflas suçu özelinde konuyu değerlendiren bir görüşe göre ise failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için hileli tasarruflardan vazgeçmesi gerekecektir. Fail hileli tasarrufu gerçekleştirdikten sonra suç tamamlanmış olacağından artık gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkün olmayacaktır. **Bacaksız**, Pınar: TCK'da Yer Alan İflas Suçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Doktora Tezi, İzmir 2011, s. 132.

⁶⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 449.

bakılmaksızın suç ortaklarının tamamı bakımından geçerli olacaktır⁶⁹. Kısaca koşul objektif nitelikte olduğundan koşul gerçekleşmedikçe iştirak halinde işlenen suçlarda hiçbir şerik cezalandırılmayacaktır⁷⁰.

Suç işlendikten sonra, koşul gerçekleşmeden önce suça iştirakten cezalandırma mümkün olmayacaktır⁷¹. Suç sonrası, koşul öncesi süreçte mevcut olan katkı ise suçluyu kayırma suçu bakımından değerlendirilebilecektir⁷².

Objektif cezalandırılabilme koşulunun fail ve şerikler bakımından eş zamanlı gerçekleşmemesi durumunda cezalandırılabilirliğin kapsamı özellik arz etmektedir. Bu kapsamın belirlenmesinde ise bağlılık kuralı yardımcı olmaktadır.

Bağlılık kuralı gereği şerikler suçun işlenişine sağladıkları katkıları kapsamında cezalandırılabilirler⁷³. TCK m. 40'a göre; suça iştirakten söz edebilmek için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı gerekli ve yeterlidir⁷⁴. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. Kısaca şeriklerin sorumluluğu, fiile bağlı

⁶⁹ Ersoy, s. 196; Dülger, s. 874; Evik, s. 1095.

⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin, s. 669.

⁷¹ Bekar, s. 156.

⁷² Ersoy, s. 197, 198.

⁷³ Bağlılık kuralı; asgari bağlılık, sınırlı bağlılık, aşırı bağlılık ve katı bağlılık biçiminde görülebilmektedir. Asgari bağlılık kuralında şeriklerin sorumlu olabilmesi için tipik bir fiilin gerçekleşmesi yeterli görülür (Koca/Üzülmez, s. 476; Önder, s. 426). Sınırlı (*limit*) bağlılık kuralında şeriklerin sorumluluğu için kasti, tipik ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı aranmaktadır (Önder, s. 426). Aşırı bağlılık kuralında şeriklerin sorumlu olabilmesi için tipik bir fiilin yanında failin kusurunun da söz konusu olması gerekmektedir (Koca/Üzülmez, s. 476). Katı bağlılık kuralındaysa şeriklerin sorumlu olabilmesi için tipiklik, hukuka aykırılık, kusur ve sayılanlara ek olarak cezalandırılabilirliğin diğer koşullarının da söz konusu olması gerekmektedir. Katı bağlılık kuralında şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için faillere ait cezayı artıran veya azaltan kişisel nedenlerin gerçekleşmesi aranmaktadır (Bekar, s. 157).

⁷⁴ Türk ve Alman Hukukunda (Alman Ceza Kanunu §§ 26, 27'de bağlılık, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin mevcudiyeti şartıyla sınırlandırılmıştır. Hilgendorf/Valerius, s. 229) genel olarak sınırlı bağlılık kuralı benimsenmektedir (Koca/Üzülmez, s. 477). Bu düzenleme kapsamında şeriklerin sorumluluğu, fiilin, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesine bağlı olacaktır. Katı bağlılık kuralında olduğu gibi şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için cezalandırılabilirlik bakımından aranan diğer koşulların gerçekleşmesi gerekmez (Bekar, s. 158). Sınırlı bağlılık kuralının gereği olarak objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi, şeriklerin cezalandırılabilirliğinin doğması açısından gerekli bir koşul olmayacaktır. Bu koşullar gerçekleşmediğinde şerikler unsurları tamamlanmışsa işlenmiş bir suça katılmış sayılacak; ancak cezalandırılmayacaklardır (Bekar, s. 158; Akbulut, Bağlılık Kuralı, s.180-181).

olarak belirlenmektedir. Bu koşullar faile özgü olmamaktadır ancak cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşip gerçekleşmemesi suç ortaklarının tümü yönünden önem arz etmektedir. Suç bütün unsurları ile tamamlanmış ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmemişse failler cezalandırılmayacaktır⁷⁵.

Doktrinde bir görüş, objektif cezalandırılabilme koşulu içeren ve unsurları tamamlanmış olan bir suçun iştirak halinde işlenmesi halinde fail bakımından gerçekleşmeyen koşulun şerikler bakımından da gerçekleşmeyeceğini ve şeriklerin cezalandırılmayacağını savunmaktadır⁷⁶. Bu görüşü eleştiren diğer bir görüşe göre ise objektif cezalandırılabilme koşulunun suç ortaklarının bir kısmı bakımından gerçekleşip diğerleri bakımından gerçekleşmemesi söz konusu değildir. Bu koşullar faile ilişkin olmayıp fiile ilişkindir. Fail bakımından koşulun gerçekleşmesini bir kıstas olarak değerlendirmek doğru bir yöntem olmayacaktır⁷⁷. Doktrinde diğer bir görüşe göre ise objektif cezalandırılabilme koşulunun fail bakımından gerçekleşmeyip şerikler için gerçekleşmiş olması ihtimali düşük de olsa⁷⁸ bulunmaktadır. Bu durumda, şeriklerin sorumluluğu için kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığını yeterli gören sınırlı bağlılık kuralı gereği cezalandırma şerikler bakımından gündeme gelebilecektir⁷⁹. Nitekim bu koşullar faile ilişkin değil fiile ilişkindir. Ancak son görüşte bir örnek verilmemiştir.

Kanaatimizce objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi cezai sorumluluğun doğması bakımından yeterli olmayacaktır. Ceza sorumluluğunun doğması için kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığı ile birlikte objektif cezalandırılabilme koşulu da olayda gerçekleşmiş olmalıdır. Bu aşamada faillerin veya şeriklerin objektif cezalandırılabilme koşullarının gerçekleştiğini bilip bilmemeleri ya da koşulun gerçekleşmesine etkilerinin bulunup bulunmaması önem arz etmemektedir⁸⁰. Objektif cezalandırılabilme koşulları olaya ilişkin koşullardır ve bu nedenle koşulun gerçekleşmesi durumunda hem fail hem de şerikler cezalandırılabilir⁸¹.

⁷⁵ İçel, s. 215.

⁷⁶ Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: 2, Beta Yayınları, İstanbul 1991, s. 408 (Aktaran: Karabulut, s. 84).

⁷⁷ Karabulut, s. 84.

⁷⁸ Bekar, s. 158.

⁷⁹ Bekar, s. 158.

⁸⁰ Karabulut, s. 84.

⁸¹ Bekar, s. 158.

C. Objektif Cezalandırılabilme Koşulunun İçtima Hükümlerinin Uygulanırlığına Etkisi

Zincirleme suç ve fikri içtima kurumunun uygulanırlığı için sadece suçun unsurlarının bulunması yeterli değildir. Aynı zamanda cezalandırılabilme koşullarının da söz konusu olması gerekir⁸².

Aynı neviden fikri içtima kapsamında değerlendirme yapmak gerekirse tek bir fiille birden fazla kişinin mağdur olduğu suçlarda objektif cezalandırılabilme koşulu bulunabilir. Bu koşul da mağdura bağlı olarak gerçekleşebilir. Bu durumda bu koşulların tek bir mağdur bakımından yahut mağdurların hepsi bakımından gerçekleşip gerçekleşmemesi gerekliliği sorunu ortaya çıkacaktır. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunda kişilerin mağduriyetine sebep olma koşulu bakımından aynı neviden fikri içtimanın uygulanmasında suçun tamamlanması ile cezalandırılabilirliği arasında değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu kapsamda kanun koyucunun aradığı bu koşul, bir objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğinde kabul edildiğinde bu koşulun birden fazla mağdur veya tek bir mağdur zararına gerçekleşmesinin, cezalandırma ve TCK m. 43/2 uygulamasına etkisi bulunmadığı sonucuna ulaşılabılır⁸³. Bu halde görevin gereklerine aykırı davranarak bir kişinin mağduriyetine sebep olmak ile birden fazla kişinin mağduriyetine sebep olmak, cezalandırılabilirlik açısından önem taşımayacaktır. Önemli olan haksızlığın gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak TCK m. 61/1-e kapsamında cezanın belirlenmesi aşamasında “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” kıstasının dikkate alınıp alınamayacağı hususu önemli bir sorundur. Doktrinde bu kıstasın failin temel cezasını belirlemede dikkate alınamayacağı savunulmaktadır⁸⁴. Nitekim objektif cezalandırılabilme koşulları failin kastına bağlı olmadığı için failin kastı kapsamında olmayan bir koşuldan dolayı failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Diğer bir görüş ise söz konusu ihtimalde görevi kötüye kullanma suçunun tek bir fiille birden fazla mağdura karşı işlenmiş olması halinde aynı neviden fikri içtima kuralı uygulanıp TCK m. 43/1 atfı ile tek ceza verilip artırım uygulanacağını savunmaktadır⁸⁵. Kanaatimizce burada sorunun çözümünde suç sayısı üzerinden hareket etmek gerekmektedir. Ceza hukukunda kural olarak ne kadar fiil o kadar suç var-

⁸² **Göktürk**, Neslihan: Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 209.

⁸³ Aynı yönde bkz. **Ersöy**, s. 210; **Bekar**, s. 160.

⁸⁴ **Ersöy**, s. 210.

⁸⁵ **Hacıfazlıoğlu**, Ali: Teori ve Uygulamada Suçların İçtimalı, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 777 (Aktaran **Bekar**, s. 160).

dır⁸⁶. Suç sayısı belirlenirken mağdura göre değil fiile dayalı olarak normun kaç defa ihlal edildiğine göre belirleme yapılır. Bu nedenle failin kastına yönelik olmayıp fiile yönelik olan objektif cezalandırılabilme koşullarının her bir mağdur bakımından ayrı ayrı gerçekleşmesini beklemek yerinde bir uygulama olmayacaktır. Unsurları tamamlanan suçlarda objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi halinde cezalandırılabilirliğin koşulları oluşmuş sayılmalıdır. Bu koşulların her bir mağdur bakımından gerçekleşmesi aranmamalıdır. Bu kapsamda mağdur sayısı bakımından TCK m. 61/1-e ve TCK m. 43/1,2 uygulamasına gidilmesi, bu koşulların niteliği ile bağdaşmayacaktır. Nitekim failin kastının kapsamına dahil olmayan bir husustan dolayı failin cezasının artırılması, kusursuz ceza olmaz ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Farklı nev’iden fikri içtimada tek bir fiille birden fazla farklı ve objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçun işlenmesi halinde de genel kuraldan bir ayrılış söz konusu olmayacaktır. Koşul gerçekleşmedikçe suçlar, fikri içtima uygulamasına dahil edilemeyecektir.

III. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME KOŞULU İÇEREN SUÇ TİPLERİNDE TEŞEBBÜS, İŞTİRAK VE İÇTİMA HÜKÜMLERİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK

A. Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK m. 161 ve 162)

1. Hileli İflas Suçu

Ticari bir faaliyet kapsamında malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişinin cezalandırılabilmesi, failin iflasına karar verilmiş olmasına bağlıdır. Doktrinde genel görüşe göre iflas olgusunun gerçekleşmesi, bu suçlar bakımından bir objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir⁸⁷. Doktrinde bu koşulu *suçun ön koşulu* olarak değerlendiren görüş de bulunmaktadır⁸⁸. Bir görüşe göre de iflas kararından sonra gerçekleştirilen

⁸⁶ **Göktürk**, Neslihan: “Türk Hukuku’nda Suçların İçtima” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 31.

⁸⁷ **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 3, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 2662; **Malkoç**, s. 2782; **Ersöy**, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 78; **Işıka**, Sertaç: “Hileli İflas Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 619.; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 164; **Evik**, s. 1097; **Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 404.

⁸⁸ **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 420.

hileli fiiller açısından iflas olgusu, suçun ön koşulu niteliğindedir⁸⁹. Bu görüşe göre iflas kararı sonrası hileli fiilde bulunulması halinde son icra hareketinin gerçekleştirildiği an ve mekânda suç tamamlanmış olacak ve bu halde objektif cezalandırılabilme koşulundan söz edilemeyecektir. İflas olgusu, hileli fiiller öncesi gerçekleştiğinde objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil edecektir⁹⁰. İflas olgusunu genel olarak suçun maddi unsurunu oluşturan netice olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır⁹¹.

İflas kararı asliye ticaret mahkemesi tarafından verilen bir karar olmakla birlikte failin kastından bağımsız bir nitelik taşımaktadır. Kanunda cezalandırılan fiil iflas olgusu değil, hileli tasarrufta bulunmaktır. Bu nedenle iflas olgusunun bir objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiği kanaatindeyiz. Modern suç teorisinde suçun ön koşulları şeklinde bir ayırmadan söz edilmemektedir. Bu kavramın suç unsurları teorisinde hizmet ettiği bir kurum söz konusu değildir. Hileli tasarruf sonrası iflas olgusunun gerçekleşmesinin suçun tamamlanması yönünden farklılık arz etmesi, objektif cezalandırılabilme koşulunun suçun unsuru olduğu ve koşul gerçekleştiğinde suçun tamamlanacağı kabul edildiğinde söz konusu olacaktır. Kanaatimizce objektif cezalandırılabilme koşulu suçun unsuru olmadığından ve suçun tamamlanmasında etkisi olmadığından suçun ön koşulu değerlendirmesi yapmanın pratik bir faydası bulunmamaktadır. İflas kararı verildikten sonra gerçekleştirilen hileli tasarrufların hileli iflas suçu için sorumluluk teşkil etmesinin önünde teknik bir engel bulunmamaktadır. TCK m. 161/1'e göre malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan failin, bu tasarruflardan önce veya sonra iflasına karar verilmiş olması, suçun tamamlanmış olması bakımından önem arz etmemektedir⁹².

a. Teşebbüs

Doktrinde bir görüşe göre iflas kararından sonra gerçekleştirilen hileli tasarruflara ilişkin icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde bu suç

⁸⁹ Evik, A. Hakan: Hileli İflas Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt IV-Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 329.

⁹⁰ Evik, Özel Ceza Hukuku-Hileli İflas Suçu, s. 329.

⁹¹ Kızıllarlan, Hakan: Hileli ve Taksiratlı İflas Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 88.

⁹² *Toroslu/Toroslu*'ya göre malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarrufların gerçekleştirilmesinden sonra verilen iflas kararı objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir. *Toroslu/Toroslu*, s. 482.

Doktrinde hileli iflas suçunun doğrudan somut tehlike suçu oluşturduğuna yönelik görüş de bulunmaktadır. Bkz. *Çoşkun*, Mahmut: İcra-İflas Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 264.

teşebbüse elverişli olacaktır⁹³. Diğer bir görüşe göre hileli tasarrufların iflas kararı verilmeden önce gerçekleştirilmesi halinde suç iflas kararı kesinleşince tamamlanmış sayılacağından⁹⁴ artık teşebbüsten söz edilemeyecektir. İflas kararından sonra seçimlik hareketlerin gerçekleşmesi durumunda ise teşebbüs söz konusu olabilecektir⁹⁵. Kanaatimizce bu hususta sonuca varabilmek için suçun ne zaman işlendiği meselesi açıklanmalıdır.

Yargıtay bazı kararlarında suçun işlendiği zamanın iflas kararının kesinleştiği tarih olduğuna hükmetmiştir⁹⁶. Son tarihli kararlarında ise yerinde olarak suçun hileli tasarruf gerçekleştiği zaman işlendiğine hükmetmiştir⁹⁷. Nitekim objektif cezalandırılabilme koşulu suçun unsuru olmadığından iflas olgusu gerçekleşmese de malvarlığın eksiltilmesine yönelik hileli davranışlar gerçekleşince suç tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle iflas olgusu gerçekleştiğinde ancak hileli tasarrufların icrası tamamlanmadığında teşebbüs gündeme gelebilecektir. Hileli iflas suçu sırf hareket suçu olduğundan iflas koşulu gerçekleştiğinde hareket parçalara bölünebiliyorsa teşebbüsün mümkün olduğu kanaatindeyiz. Borçlunun hileli tasarruf olarak nitelendirilen tipik seçimlik hareketleri tamamlayana kadar suça teşebbüs mümkündür; örneğin borçlun mallarını kaçırmaması sırasında yakalanması halinde suç teşebbüs aşsa-

⁹³ Bkz. **Coşkun**, s. 264.

⁹⁴ Suçun iflas olgusunun gerçekleştiği anda işlenmiş ve tamamlanmış sayılacağı görüşü için bkz. **Malkoç**, s. 2784.

⁹⁵ **Parlar/Hatipoğlu**, C. 3, s. 2671.

⁹⁶ Y15.CD, 2012/3353E., 2014/646K., 13.01.2014T. Karar için bkz. **Ersay**, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 94; Suçun iflas kararının kesinleştiği tarihte işlenmiş sayılacağı görüşü için ayrıca bkz. **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 404; İflas kararının verildiği anda suçun tamamlandığı görüşü için bkz. **Esen**, Sinan: Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 396.

⁹⁷ “5237 sayılı TCK.nın 161. madde gerekçesinde iflas kararının objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiş olup, dolayısıyla bir objektif cezalandırılabilme şartı olan iflas kararının suçun unsuru olmadığı, madde hükmünde de açıkça belirtildiği üzere kanun tarafından cezai yaptırıma bağlanan eylemin iflas etmek değil, iflas kararından önce veya sonra mal varlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflar olduğu, bu çerçevede hileli iflas suçunun hileli tasarrufların gerçekleştirildiği anda tamamlandığı ve bu tasarruflardan önce veya sonra verilen iflas kararının sadece bu hileli tasarrufların cezalandırılabilirliği açısından etkili olduğu, diğer bir deyişle esasen cezai yaptırıma bağlanan eylemler hileli tasarruflar olduğundan, iflas kararı bu tasarruflardan sonra verilse bile, suçun hileli tasarrufların yapıldığı tarihte meydana geldiği ve dolayısıyla bu tarihte geçerli olan cezai hükümlerin uygulanması gerektiği, bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davaya konu en son hileli tasarruf eyleminin 2002 tarihinde yapıldığı anlaşılmalı tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.” Y8.CD, 2019/9896E., 2019/8773K., 24.06.2019T.; Y23.CD, 2015/6116E., 2016/5370K., 27.04.2016T. **Ersay**, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 94.

masında kalmış olacak, iflas koşulu gerçekleşmişse fail cezalandırılacaktır⁹⁸.

b. İştirak

İcra İflas Kanunu (İİK) m. 311/4'e göre "Türk Ceza Kanununun iştirak hükümleri dışında kalsa dahi, müflisin aktifini azaltmak maksadiyle ona ait taşınır ve taşınmaz malları kısmen veya tamamen saklıyan veya kaçıran ve muvaza ile temellük eden veya bu hususlarda yataklık veya tavassut eden veya iflas masasına müracaat ile kısmen veya tamamen asılsız alacaklarını kaydettiren veya müflisin tediye kabiliyetini azaltmak maksadiyle kendi adına veya müstear adla ticari faaliyetlere girişen kimseler hakkında dahi aynı cezalar uygulanır."

İİK m. 311/3'te de alacaklıların müşterek rehini makamında olan mallarını tamamen veya kısmen kaçıran, gizleyen veya tahrip edenler müflisin evi halkından kimseler ise müflis gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Ancak TCK ile zımnen yürürlükten kaldırılan İİK m.311'de öngörülen özel iştirak hallerinin hileli iflas suçunda uygulanabilmesi mümkün değildir. TCK sonraki kanunu niteliğindedir. TCK m. 5'e göre TCK'nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. TCK'da zaten var olan iştirake ilişkin genel hükümlere göre değerlendirme yapılmalıdır⁹⁹.

c. İçtima

Hileli iflas suçunda zincirleme suç ve aynı nev'iden fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür¹⁰⁰. Fikri içtima hükümlerinin de uygulanmasında iflas olgusunun bir kez gerçekleşmesi ile birden fazla gerçekleşmesi arasında fark bulunmayacaktır¹⁰¹. Koşul gerçekleştiğinde başka bir suç da tek fiil kapsamında işlenecek olursa farklı nev'iden fikri içtima gündeme gelebilecektir.

2. Taksirli İflas

Taksirli suçlarda durum farklıdır. TCK m 162'de de tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet

⁹⁸ Işıka, s. 620.

⁹⁹ Işıka, s. 621.

¹⁰⁰ Ersoy, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 96.

¹⁰¹ Objektif cezalandırılabilme koşulunun birden fazla kez gerçekleşmesinin temel cezanın belirlenmesinde veri olarak kullanılmayacağı hususu daha sonra ayrıntılarıyla açıklanacaktır.

veren kişinin hakkında iflasa karar verilmiş olması halinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu taksirli iflasta objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışla iflasına sebebiyet veren kişiyi cezalandırma yolunu seçmiştir.

Taksirli suçlarda gerçekleşen sonucun hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş taksirli suçları sadece objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranış ve hukuka aykırılığın varlığı ile açıklamaktadır ve neticeyi objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirmektedir¹⁰². Çoğunluk-taki görüş ise taksirli suçlarda objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmanın neticesini, suçun unsuru olarak değerlendirmektedir¹⁰³. Ancak burada iflas sonucunun niteliği hakkında karar verebilmek için taksirli suçlarda neticenin niteliği ile ilgili teorik tartışmadan ziyade kanun koyucunun lafzi iradesine odaklanmak gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki taksirli iflas suçu, sırf hareket suçudur ve kanun herhangi bir neticenin meydana gelmesini aramamıştır. Kanun koyucu TCK m. 162'de tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet verme fiilini suç olarak düzenlemiş, failin cezalandırılabilmesi için hakkında iflasa karar verilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Burada iflasa sebebiyet verici fiillerin kapsamını ortaya koyabilmek içinse İcra İflas Kanunu m. 310'da yer alan taksirli iflas hallerine bakmak gerekecektir. Nitekim söz konusu kanun hükmü taksiratlı iflas hallerini saymakla birlikte failin TCK'ya göre cezalandırılacağı atfında bulunmuştur. Kanun koyucu TCK m. 161'de olduğu gibi TCK m. 162'de de lafzen taksiratlı iflas olgusunu bir objektif cezalandırılabilme koşulu olarak öngördüğü sonucuna ulaşmak gerekmektedir¹⁰⁴.

a. Teşebbüs

TCK m. 35'te yalnızca kasten işlenebilen suçlara teşebbüs edilebileceği düzenlenmektedir. Ancak doktrinde *Erman* farklı bir gerekçeyle taksirli iflas suçuna teşebbüs edilemeyeceğini kabul etmektedir. Şöyle ki yazar, bu suçta iflasa karar verilmiş olmasını objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul etmektedir. Objektif cezalandırılabilme koşullarının yer aldığı suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı kabulünden ha-

¹⁰² Koca/Üzülmez, s. 210.

¹⁰³ Koca/Üzülmez, s. 210 (Koca/Üzülmez burada gerçekleşen sonucu objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu savunmakta ancak çoğunluk görüşün aksi yönde olduğunu belirtmektedirler).

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. Ersoy, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 106.

reket eden yazara göre taksirli iflas suçunda da bu nedenle teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır¹⁰⁵.

Kanaatimizce TCK m. 35'in lafzından hareketle taksirli iflas suçuna teşebbüs edilemeyeceği için objektif cezalandırılabilme koşulları ile teşebbüs ilişkisi kapsamında yargıya varmaya gerek kalmayacaktır¹⁰⁶.

b. İştirak

TCK m. 40/1 uyarınca taksirli suçlara iştirak edilemeyeceği için taksirli iflas suçunda da objektif cezalandırılabilme koşulu bağlamında iştirak değerlendirilmesi yapılamayacaktır.

c. İçtima

Zincirleme suçta “suç işleme kararı” arandığı için taksirli iflas açısından TCK m. 43/1 uygulanamayacak; ancak iflas koşulu gerçekleştiğinde fikri içtima hükümleri niteliği elverdiği ölçüde uygulanabilecektir.

B. Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine icraî veya ihmalî olarak aykırı hareket etmek suretiyle “kişilerin mağduriyetine” veya “kamunun zararına neden olması” veyahut “kişilere haksız bir menfaat sağlaması” koşulunun netice mi yoksa objektif cezalandırılabilme koşulu mu teşkil ettiği hususu doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁷. TCK m. 257'de değişiklik yapan 6086 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde bu koşullar, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁸. Kanun koyucu doktrindeki bu belirsizliği aşmak adına gerekçede yer alan ifadelerle uygulamada birlik sağlamayı amaçlamıştır¹⁰⁹.

“Kişilerin mağduriyetine” veya “kamunun zararına neden olunması” veyahut “kişilere haksız bir menfaat sağlanması” koşulunun suçun neticesi olarak bir unsur niteliğinde kabul edilmesi¹¹⁰ halinde failin kastının bu neti-

¹⁰⁵ Erman, Sahir: Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1993, s. 200

¹⁰⁶ Ersoy, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 107.

¹⁰⁷ Yokuş Sevük, Handan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 39, 2018, s. 283.

¹⁰⁸ Yokuş Sevük, s. 284.

¹⁰⁹ Yokuş Sevük, s. 284.

¹¹⁰ Kanunda aranan bu koşulların görevi kötüye kullanma suçunu zarar suçu niteliğine dönüştürdüğü görüşü hakkında bkz. Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 1151.

ceyi de kapsamı gerekecektir. Bu koşulların objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilmesi¹¹¹ halinde ise failin kastının bu koşulların gerçekleşmesini kapsamı gerekmeyecektir. Görevinin gereklerine aykırı davranan kamu görevlisi haksızlığı gerçekleştirmiş olacak; ancak kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı gibi koşullar sağlanmadıkça fail cezalandırılmayacaktır.

Kanaatimizce görevi kötüye kullanma suçunun TCK sistematığında düzenlendiği yer dikkate alındığında, söz konusu koşulların niteliği ortaya konabilecektir¹¹². Bu suç kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Korunan hukuki değer de aynı yönde kamu idaresinin kamu yararı doğrultusunda düzgün ve etkili bir biçimde işleminin ve bu yolla kamu hizmetinde sürekliliğin sağlanmasıdır. Buradan çıkan sonuç, kanun koyucunun görevin gereklerine aykırı davranmak veya ihmal göstermek bakımından bir zararın doğmasını aramadığı; ancak kamu görevlisinin cezalandırılabilmesini güçleştirmek istediğidir. Nitekim kamu hizmetinde sürekliliğin sağlanabilmesi adına kamu görevlilerinin kamu hizmetini sürdürmede sürekli ceza tehdidi ile karşılaşmalarında kamu yararı söz konusudur. Görevin gereklerine aykırı davranmak veya ihmal göstermekle haksızlık tamamlanmış olmakta, failin cezalandırılabilmesi için aranan koşullar, objektif cezalandırılabilme koşulu niteliği göstermektedir¹¹³. Nitekim görevin gereklerine aykırılık fiilini münferiden haksızlık teşkil edeceği noktasında bir beis bulunmamaktadır.

1. Teşebbüs

Doktrinde bir görüşe göre objektif cezalandırılabilme koşulu haksızlığın kapsamına dâhil olmadığından teşebbüs bakımından bu koşulların göz önünde bulundurulması mümkün değildir¹¹⁴. Bu nedenle görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs, görevin gereklerine aykırı davranışın icrasının tamamlanması safhasına kadar mümkündür. Doktrinde ileri sürülen objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçların teşebbüse elverişli olmadığı yolundaki görüşe katılmayan bu görüşe göre görevin gereklerine aykırı davranışa rağmen kamunun zararının, kişilerin mağduriyetinin veya kişilere haksız bir yarar sağlamanın söz konusu olmadığı hallerde teşebbüsten bahsedile-

¹¹¹ Özgenç, s. 753.

¹¹² Aynı yönde bkz. Ersoy, s. 238-239.

¹¹³ Aynı yönde bkz. Ersoy, s. 239.

¹¹⁴ Üzülmüş, s. 210.

meyecektir¹¹⁵. Söz konusu koşullar netice unsuru olarak kabul edildiğinde¹¹⁶ bu neticeler gerçekleşince suç tamamlanmış olacaktır. Ancak görevin gereklerine aykırı hareket edilse bile mağduriyet, zarar veya menfaat neticesi gerçekleşmedikçe fiil teşebbüs aşamasında kalacaktır. Doktrinde bir görüşe göre mağduriyet, zarar veya menfaatin gerçekleşmesi objektif cezalandırılabilme koşulu¹¹⁷ olarak kabul edilirse bu suça teşebbüs mümkün olmayacaktır¹¹⁸.

Yargıtay ise bu suçta mağduriyet, zarar veya menfaati bir objektif cezalandırılabilme koşulu saymakta; ancak suçun bu koşullar gerçekleştiğinde tamamlandığını kabul etmektedir¹¹⁹. Yargıtay'ın yorumuna göre bu suça teşebbüs mümkün olabilecektir. Ancak doktrindeki genel görüş olan suçun işlendiği an suçun tamamlanacağı, objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi ile suçun tamamlanması arasında irtibat bulunmaması noktasında hatalı sonuca ulaşılmış olacaktır.

Bir görüşe göre koşul gerçekleşmiş ancak icrası tamamlanamamış görevi kötüye kullanma suçunun icraî davranışla işlenebilen şekli teşebbüse elverişlidir; ancak ihmali davranışla işlenen ikinci fıkra kapsamında teşebbüs mümkün değildir¹²⁰. Bir görüşe göre görevi kötüye kullanma suçlarının, hareketlerin bölünebildiği ve dolayısıyla zararın veya yararın ortaya çıkmasının zamana bağlı olduğu her durumda teşebbüse elverişli kabul edilmesi gerekmekte ve “kişisel mağduriyet”, “kamu zararı”, “üçüncü kişi lehine haksız menfaat” kavramlarının, suçun hareket kısmı olan yetkinin kötüye kullanılması veya ihmali veya gecikmeli kullanılması ile eş zamanlı oluşmasının arandığı durumda, görevi kötüye kullanma ve ihmali suçlarının teşebbüse müsait olmadıkları ve ancak bu kavramlardan birisinin varlığının

¹¹⁵ Üzülmöz, s. 211.

¹¹⁶ Koçoğlu, Y. Gökçehan: Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 105.

¹¹⁷ Üzülmöz, İlhan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2012, s. 199; Yokuş Sevük, s. 300; Koca/Üzülmöz, s. 393; Hakeri/Tekin, s. 370.

¹¹⁸ Bkz. Koçoğlu, s. 103.

¹¹⁹ “Bununla birlikte failin cezalandırılabilmesi için norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç ya da suç tarihinden sonra yapılan değişiklik sonrası haksız bir menfaat sağlanması” gerekmektedir... Norma aykırı davranışın maddede belirtilen sonuçları doğurup doğurmadığının saptanabilmesi için öncelikle “mağduriyet”, “kamunun zarara uğraması” ve “haksız menfaat” kavramlarının açıklanması ve somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediklerinin belirlenmesi gerekmektedir.” YCGK, 2017/271E., 2017/278K., 16.5.2017T.

¹²⁰ Üzülmöz, s. 211.

tespiti halinde suçun oluşacağını kabul etmek gerekecektir¹²¹. Nitekim bu görüşte kanunda tanımlanan bu üç kavram, suçun ön şartı olarak nitelendirilmekte ve bu üç unsurun bulunmadığı hallerde veya norma aykırı davranışın bu üç sonuçtan birisine yol açmaması ihtimalinde görevi kötüye kullanma suçu doğmayacaktır. Bu üç unsur gerçekleşmedikçe de teşebbüsten söz edilemeyecektir.

Kanaatimizce icra hareketleri TCK m. 35 kapsamında tamamlanamamışsa mantık kuralları gereği kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya haksız menfaat gerçekleşmeyecektir. Nitekim bu koşullar failin icra hareketi ile nedensel olarak bağlıdır¹²². Ancak bu nedensellik, suçun maddi unsurları kapsamında değil, bir korelasyon ilişkisi olarak algılanmalıdır. Failin sebep olduğu söz konusu üç olgu, failin görevin gereklerine aykırı davranması veya ihmal etmesi ile sıkı bir irtibat içindedir. Somutlaştırmak gerekirse fail elverişli hareketlerle görevin gereklerine aykırı hareket edecekken kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle hareketi tamamlayamamıştır. Failin teşebbüsten cezalandırılabilmesi için kamunun zararı gibi objektif cezalandırılabilme koşulları gerçekleşmiş olmalıdır. Ancak kamunun zarara uğramasının, görevin gereklerine aykırı davranışın gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkabileceği gerçekliği karşısında teşebbüsten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu koşullar objektif cezalandırılabilme koşulu olsa da görevin gerekleri neticesinde ortaya çıkabilecek nitelikte koşullardır. Ancak bu husus bu koşulların netice olarak değerlendirilmesini gerektirmeyecektir.

2. İştirak

İştirak hükümleri bakımından değerlendirmek gerekirse görevi kötüye kullanma, kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suç niteliğindedir. Kamu görevlisini, görevinin gereklerine aykırı davranmaya karar verdiren veya kamu görevlisinin fiiline, bu fiilin işlenmesini kolaylaştırıcı nitelikte bir katkıda bulunan kişiler ise azmettiren ve yardım eden olarak suça katılmış sayılacaklardır (TCK m. 40/2)¹²³. Görevi kötüye kullanma suçunda haksız menfaat suç ortaklarından yalnız birisi tarafından sağlansa bile bütün şerikler cezalandırılabilir¹²⁴.

¹²¹ Şen, Ersan, “Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet Suçları”, <http://www.hukukihaber.net/gorevi-kotuye-kullanma-ve-zimmet-suclarimakale,3854.html> E.T: 12.12.2021.

¹²² Aynı yönde bkz. Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 978.

¹²³ Üzülmez, s. 212.

¹²⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 669.

3. İçtima

TCK m. 257 hükmündeki “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ifadesiyle bu suç bir tali norm olarak vücut bulmaktadır. Görevin kötüye kullanılmasına yönelik davranışlar başka bir suç teşkil etmekteyse görünüşte içtima ilkesi kapsamında TCK m. 257’den sorumluluk gündeme gelmeyecektir¹²⁵.

İcrai veya ihmali davranışla işlenebilen görevi kötüye kullanma suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür¹²⁶. Örnek vermek gerekirse aynı kişi hakkında verilen atama ve görevlendirme işlemlerinin iptaline ilişkin mahkeme kararlarının kamu görevlisi tarafından, bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı tarihlerde yerine getirilmemesi durumunda, kamu görevlisi iki ayrı görevi kötüye kullanma suçundan ayrı ayrı cezalandırılmayacak olup tek bir görevi kötüye kullanma suçundan (TCK m. 257/2) verilecek ceza, TCK m. 43/1 uyarınca artırılacaktır¹²⁷. Fikri içtima noktasında tek fiille birden fazla kez objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi gerekmecektir. Bu koşullar fiile bağlı olduğundan koşulun bir ya da birden fazla kez gerçekleşmiş olmasının temel cezanın belirlenmesinde etkili olacağına kabulü, kusur prensibine aykırı olacaktır.

C. Somut Tehlike Suçları

Doktrinde somut tehlike suçlarında tehlikenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Somut tehlike suçlarında tehlikeye yol açan fiilden dolayı faile ceza verilebilmesi için somut tehlikenin gerçekleşmesinin aranması gerektiğini savunan görüşe göre somut tehlikenin somut olayda gerçekleşmiş olması, objektif cezalandırılabilme koşuludur¹²⁸. TCK m. 170-173, 175-179, 216,

¹²⁵ Görünüşte içtima gerçek anlamda suçların veya cezaların içtimaı kapsamında yer almaktadır. Görünüşte içtimada birden fazla fiilin içtiması söz konusu değildir. Birden fazla fiilden sadece birinin ceza sorumluluğu doğurması noktasında mevcut birleştirme (içtima) görünüştedir.

¹²⁶ “Somut olayda görevi kötüye kullanma suçunun “kişilerin mağduriyeti” unsuru gerçekleştiğinden, bir suç işleme kararıyla bazıları tutuklu olmak üzere birçok dosyada ya hiç bir işlem yapmamak ya da yapılması gereken işlemleri geç yerine getirmek biçiminde gerçekleşen ve kişilerin mağduriyetine neden olan fiillerin, zincirleme şekilde ihmali suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve Özel Dairece sanığın, 5237 sayılı TCK’nun lehe kabul edilen 6086 sayılı Kanun ile değişik 257/2 ve 43/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesinin isabetli olduğu kabul edilmelidir.” YCGK, 2012/4-1283E., 2014/430K., 21.10.2014T. **Yokuş Sevük**, s. 301.

¹²⁷ Y5.CD, 2014/9432E., 2017/4136K., 2.10.2017T. **Yokuş Sevük**, s. 302.

¹²⁸ **Özgenç**, Genel, s. 222-223, 753, 754; **Koca/Üzülmez**, somut tehlikenin haksızlık tipine dahil bir unsur olarak görülemeyeceğini savunmakla birlikte failin cezalandırılabilmesi

217, 220, 319'de düzenlenen suçlar somut tehlike suçuna örnek olarak gösterilmektedir¹²⁹. Somut tehlikenin objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiği görüşünün dayanak noktası, ceza siyaseti noktasında fiilin, somut tehlike gerçekleşmeden de haksızlık teşkil ettiği¹³⁰. Bu yönde bir görüşe göre kanuni tarife uygun fiil, somut tehlike dışında başlı başına haksızlık teşkil etmektedir. Bu nedenle somut tehlike haksızlık alanından bağımsız olarak objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilmektedir¹³¹.

Türk hukukunun aksine Alman hukukunda hâkim görüşün somut tehlikenin netice unsuru teşkil ettiği yönünde olduğu ifade edilmektedir¹³². Kanaatimizce somut tehlike suçlarının haksızlık alanından bağımsız şekilde değerlendirilmesi yerinde değildir. Burada, tipik fiilin belirsiz ve muğlak olmasının, somut tehlikenin varlığını aramakla haksızlığın ne şekilde sınırlandırılacağına ortaya konması amaçlanmaktadır¹³³. Ancak somut tehlikenin gerçekleşmesiyle bu belirsizlik ve muğlaklık ortadan kalkacak, suç unsurlarıyla tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle Alman hukukunda ağırlıklı olarak savunulduğu gibi somut tehlikenin suçun unsuru olan netice teşkil ettiği kanaatindeyiz¹³⁴.

Somut tehlikenin bizzat meydana gelmesini objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul eden görüş¹³⁵ benimsendiğinde somut tehlike neticesi gerçekleşmedikçe fail, teşebbüs aşamasında kalmış fiilden ötürü cezalandırılmayacaktır ve failin kastının bu somut tehlike neticesini kapsamaması gerekmeyecektir¹³⁶. Somut tehlike suçlarında tehlike gerçekleşmeden haksızlığın tamamlanamayacağını savunan görüşte somut tehlike suçlarına teşebbüsün uygulanırlığı hususu özellik genel hükümlerden ayrılma noktasında farklılık arz etmeyecektir. Konunun detaylı bir şekilde incelenip ortaya konabilmesi için doktrinde en fazla örneğe konu edilen TCK m. 170/1 üzerinden gidilebilir.

TCK m. 170/1'de failin yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, silahla ateş etme veya

için tehlikenin gerçekleştiğinin objektif olarak belirlenmesinin yeterli olduğu görüşündedir. Bkz. **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 121.

¹²⁹ **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 121.

¹³⁰ **Ersay**, Tehlike Suçları, s. 42.

¹³¹ **Dülger**, s. 354.

¹³² **Ersay**, Tehlike Suçları, s. 42.

¹³³ **Ersay**, Tehlike Suçları, s. 42.

¹³⁴ Aynı yönde **Ersay**, Tehlike Suçları, s. 42.

¹³⁵ **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 121.

¹³⁶ **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 121.

patlayıcı madde kullanma hareketlerinden dolayı cezalandırılabilmesi için bu hareketlerin “kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda” gerçekleştirilmesi gereği aranmıştır. Somut tehlikenin meydana gelmesini objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendiren görüşe göre failin TCK m. 170/1’den dolayı cezalandırılabilmesi için söz konusu fiilin; kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli bir durum ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratması gerekecektir. Somut tehlikenin gerçekleşmesini tipikliğin maddi unsurlarından netice olarak kabul eden görüşe göre ise somut tehlikenin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. Ancak soyut tehlike suçlarının bir alt kategorisi olarak değerlendirilen potansiyel tehlike suçları ayrımında ise farklı bir sonuca ulaşılabilecektir¹³⁷. Nitekim bu suç soyut tehlike suçu altında kategorize edildiğinde teşebbüs, iştirak ve ıçtima ilişkisi bakımından özellik arz eden bir husus bulunmayacaktır.

Suçun kanuni tanımında “*elverişlilik*” unsuruna yer veren suç tiplerinde potansiyel tehlike suçlarından bahsedilebilir¹³⁸. Elverişlilik unsuru fiilin somut bir tehlike meydana getirmesi kapsamında değil somut tehlike meydana getirmeye elverişli olması noktasında aranmaktadır¹³⁹. Ancak kanun ifadesinde yer alan her elverişlilik unsuru da bu kapsamda değerlendirilemez¹⁴⁰. Buna en somut örneği gizliliğin ihlali suçu oluşturmaktadır.

TCK m. 285’te soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Devamında bu suçun oluşabilmesi için soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin veyahut özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ya da soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerektiği düzenlenmiştir. Doktrinde elverişlilik düzenlemesinin objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır¹⁴¹. Bu görüşün temeli; soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerekliliğinin somut

¹³⁷ Ersoy’un bu suçun potansiyel tehlike suçu olduğu görüşüne katılmaktayız. Bkz. Ersoy, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 41, 2020, s. 54-55.

¹³⁸ Ersoy, Tehlike Suçları, s. 49.

¹³⁹ Ersoy, Tehlike Suçları, s. 49.

¹⁴⁰ Ersoy, Tehlike Suçları, s. 49.

¹⁴¹ Bkz. Ergan, Aykut: “Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 8, S. 22, 2013, s. 127.

bir tehlike oluşturacağına dayanmaktadır. Tehlikeye neden olan fiilden failin cezalandırılabilmesi için somut tehlikenin gerçekleşmesi gerekecektir¹⁴². Bu kapsamda bu görüşe göre suçun konusu üzerinde somut tehlikenin gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılabilme mümkün olacağından elverişlilik objektif bir cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir. Ancak kanaatimizce bu suç tipinde yer alan elverişlilik koşulu, somut bir tehlikenin meydana gelmesi şeklinde değerlendirilmemelidir¹⁴³. Potansiyel tehlike suçlarında tipik hareketin tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olması aranırken hareketin özelliği olan elverişlilikte, hareketin neticeyi meydana getirmeye objektif olarak uygun olması aranmaktadır¹⁴⁴. Kanun koyucu söz konusu suç tipinde soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerektiğini düzenlemekle basit, ilk bakışta anlaşılabilen veya detaylı bir araştırma yapılmasını gerektirmeyen açıklamaların suçun oluşumu bakımından önemli olmadığını vurgulamaktadır. Buradaki elverişlilik koşulunun elverişli hareket (TCK m. 35) kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Bu nedenle bu suçta elverişlilik koşulunun bir objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil etmediği; bu kapsamda da bu suçta teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin uygulanmasında özellik arz eden bir husus bulunmadığı kanaatindeyiz¹⁴⁵.

Tehlike suçları ve objektif cezalandırılabilme koşulu ilişkisi bakımından verilmesi gereken diğer bir örnek de 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 13. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında öngörülen suçlarda "müsabaka veya antrenman düzeninin bozulması" koşulunun aranması ve bu koşulun, objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiğine yönelik Yargıtay uygulamasıdır: "6222 sayılı Kanun'un 13/4. maddesine göre, anılan Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına giren alet veya maddeleri spor alanında kullanan kişi, bu suretle müsabaka düzeninin bozulması halinde, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Burada, anılan Kanun'un 13/2. maddesinden farklı olarak, esasen bulundurulması yasak olmamakla beraber kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri spor

¹⁴² Ersan, s. 127.

¹⁴³ Gizliliğin ihlali suçunda elverişlilik koşulunun maddi unsur kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında benzer yönde görüş için bkz. Bekar, s. 273.

¹⁴⁴ Ersoy, Tehlike Suçları, s. 52.

¹⁴⁵ Ersan gizliliğin ihlali suçunda elverişlilik koşulunu objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirdiği için bu suçta teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin uygulanabilirliğini tartışmıştır. Bkz. Ersan, s. 137-142.

*alanında kullanan kişinin bu suretle müsabaka düzeninin bozulmasına yol açması cezalandırılmaktadır. Bu suç açısından, müsabaka düzeninin bozulması objektif cezalandırılabilme şartını teşkil etmektedir. Failin kastının müsabaka düzeninin bozulmasını kapsamaması, bu suçta aranmayacağından, fail bu alet veya maddeleri spor alanında kullanmakla müsabaka düzeninin bozulmasını öngörmüş olmasa bile bu madde çerçevesinde cezalandırılacaktır.*¹⁴⁶

Yargıtay yakın tarihli kararlarında söz konusu suçları hem somut tehlike suçu olarak nitelemekte hem de aynı kararda bu suçlarda aranan koşulun objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu ifade etmektedir; ancak somut tehlike suçu ile objektif cezalandırılabilme koşulu arasındaki ilişkiyi açıklamamaktadır.¹⁴⁷

Yargıtay'ın müsabaka ve antrenman düzeninin bozulmasının¹⁴⁸ objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiği görüşü kabul edildiğinde 6222 sayılı Kanun m. 13/4 bakımından yasak maddelerin kullanılmasıyla; 6222 sayılı Kanun m. 13/5 bakımından yasak olmayan maddelerin kullanılmasıyla haksızlık gerçekleşmiş olacaktır. Bu müsabaka veya antrenman düzeninin bozulması objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edilirse TCK'nın temel felsefesini oluşturan kusur prensibiyle çelişki ortaya çıkacaktır.

Konunun anlaşılır kılınması için ilgili suç düzenlemelerinden bahsetmek yerinde olacaktır. 6222 sayılı Kanun m. 13/2'ye göre bulundurulması suç teşkil etmeyen bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri müsabaka, seyir, özel seyir ve antrenman alanları ile takım veya taraftarların toplu olarak seyahat ettikleri araçlara sokan kişi cezalandırılır. 6222 sayılı Kanun m. 13/3'ye göre bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri seyircilere temin etmek amacıyla müsabaka, seyir, özel seyir ve antrenman alanları ile takım veya

¹⁴⁶ Y19.CD, 2018/463E., 2018/10434K., 16.10.2018T.; Aynı yönde bkz. Y19.CD, 2018/1453E., 2018/4519K., 16.04.2018T.

¹⁴⁷ “Bu Kanunun 13. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen somut tehlike suçu bakımından, müsabaka düzeninin bozulması objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir. Failin kastının müsabaka düzeninin bozulmasını kapsamaması bu suçta aranmayacağından, fail, bu alet veya maddeleri spor alanında kullanmakla müsabaka düzeninin bozulmasını öngörmüş olmasa bile bu madde çerçevesinde cezalandırılacaktır.” Y19.CD, 2016/8336E., 2017/11532K., 25.12.2017T.

¹⁴⁸ Yargıtay müsabaka düzeninin bozulmasını şu şekilde açıklamaktadır: “Kanunun amaç ve kapsamı dikkate alınarak, müsabaka düzeninin bozulması, belli bir yer ve zaman diliminde başlayan sportif karşılaşmanın veya yarışmanın olağan akışının dışarıdan yapılan müdahale ile durdurulmasını ifade etmektedir.” Y19.CD, 2016/5114E., 2017/10074K., 27.11.2017T.

tarafklarının toplu olarak seyahat ettikleri araçlara sokan veya bu yerlerde seyircilere temin eden kişi cezalandırılır. 6222 sayılı Kanun m. 13/4'e göre bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri müsabaka, seyir veya antrenman alanlarında kullanarak müsabaka veya antrenman düzeninin bozulmasına sebebiyet veren kişi cezalandırılır. 6222 sayılı Kanun m. 13/5'e göre müsabaka, seyir veya antrenman alanlarına sokulması yasak olmayan maddeleri kullanarak müsabaka veya antrenman düzeninin bozulmasına sebebiyet veren kişi, fiili daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde cezalandırılır.

6222 sayılı Kanun m. 13/2, 13/3 ve 13/4 kapsamında bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddelerin bulundurulması veya kullanılması ile ilgili haksızlık belirlemesi yapılmıştır. 6222 sayılı Kanun m. 13/5 için ise müsabaka veya antrenman alanına sokulması yasak olmayan (ayrıca m. 12/1-b kapsamında bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı madde niteliği haiz olmayan), örneğin su şişesi, alet ve maddelerin kullanılmasının haksızlık teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Bu alet ve maddelerin kullanılması müsabaka ve antrenman düzenini bozarsa cezai sorumluluğun gündeme geleceği ifade edilmiştir.

Söz konusu alana yasak olmayan bir maddenin sokulması ve kullanılması ancak müsabaka ve antrenman düzeninin bozulmamış olması halinde haksızlığın gerçekleştiği ancak cezalandırılabilmenin söz konusu olmayacağını savunmak doğru olmayacaktır. Bu kişilerin özellikle beşinci fıkra bakımından yasak olmayan bir maddeyi alana sokması ve kullanması ancak düzenin bozulmaması halinde düzen bozulması olgusu objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde bu kişiler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmetmek ceza adaletiyle bağdaşabilir nitelikte değerlendirilemeyecektir.

Kanaatimizce düzen bozulması olgusu somut tehlike de oluşturmaktadır. Bu olgu, kanun koyucu tarafından netice olarak suçun unsuru kılınmıştır¹⁴⁹. Ayrıca bu koşullar objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirildiğinde yasak olmayan eşyanın kullanılması fiilinin tamamlanamaması ancak müsabaka ve antrenman düzeninin bozulması olgusunun bir arada bulunması mantıklı olmayacağından teşebbüs incelemesi yapmak da mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde iştirak ve içtima bakımından da değerlendirme sağlıklı bir sonuca ulaştırmayacaktır.

¹⁴⁹ Kanun maddesinde "sebebiyet verme" ifadesinin de gramatik yorumla netice olarak değerlendirilmesi gerektiğine argüman olabileceği kanaatindeyiz.

Örnek üzerinden görüşümüzü açıklamak gerekirse failin taraftarı olduğu takım kazanırken yasak olmayan maddeyi kullanması, örneğin konfeti patlatması, halinde kastının müsabaka düzeninin bozulmasına yönelik olmadığı ve neticenin kastını karşılamadığı düşünülebilir. Bu veya bunun daha vahim nitelik taşıdığı hallerde maç ertelenmesi sonucu doğabilir. Maç ertelenmesi veya iptali gibi vahim nitelikte müsabaka ve antrenman düzeninin bozulması sonucu doğacaksa failin bu neticenin gerçekleşeceğini bilmediği söylenemeyecektir¹⁵⁰. Nitekim doğacağı muhakkak olan neticenin bilinmediğini savunmak eşyanın doğasına aykırı olacaktır¹⁵¹. Bu kapsamda da müsabaka veya antrenman düzeninin bozulması olgusunun netice olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

D. Objektif Cezalandırılabilme Koşulu Teşkil Etmediğini Savunduğumuz Diğer Suçlar

1. Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar

TCK m. 340-342 arasında yer alan yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar bakımından aranan karşılıklılık koşulunun (TCK m. 343) bir objektif cezalandırılabilme koşulu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Karşılıklılık koşulunu objektif cezalandırılabilme koşulu sayan görüşe¹⁵² göre bir kimse, yabancı devlet başkanına karşı suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirdiğinde, yabancı devlet bayrağına veya diğer egemenlik alametlerine karşı hakaret ettiği ya da yabancı devlet temsilcilerine karşı görevlerinden dolayı suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirdiğinde, karşılıklılık koşulu mevcut değilse bu suçlar cezalandırılmayacaktır. Nitekim karşılıklılık koşulunun temelinde ceza hukukunu doğrudan ilgilendirmeyen, devletin dış politikasına ilişkin dinamikleri yatmaktadır.

Karşılıklılık koşulunu objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirmeyen, muhakeme koşulu olarak değerlendiren görüşe¹⁵³ göre ise ger-

¹⁵⁰ Kanaatimizce kast esasen bilme unsurundan oluşmaktadır. Doğrudan kast-olası kast ayrımında parametre bilmenin yoğunluğudur. Neticeye yönelik kast, isteme ile belirlendiğinde neticenin gerçekleşeceği ve muhakkak olduğu bilgisini haiz olan kişinin neticeyi istememesi veya kabullenmemesi halinde cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu ise ceza adaleti bakımından olumsuz sonuçların doğmasına sebebiyet verecektir.

¹⁵¹ Müsabaka veya antrenman düzeninin bozulabileceğinin öngörülememesi halinde ise basit taksir gündeme gelecektir. Ancak kanunda bu suçun taksirli hali düzenlenmiş değildir. Bu nedenle de cezai sorumluluktan söz edilemeyecektir.

¹⁵² Artuk/Gökçen/Alşahin, s. 24; Koroşec, s. 150; Dönmezer/Erman, s. 16; Dülger, s. 874.

¹⁵³ Koca/Üzülmez, s. 376.

çektirilen hareket, unsurları bazında suç teşkil etse de cezalandırma politikası gereği bir muhakeme koşulundan bahsedilebilir¹⁵⁴. Aksi görüşe göre ise bu görüş kabul edildiğinde cezalandırılabilmesi mümkün olmayan bir hareketin cezalandırılabilmesi söz konusu olacaktır¹⁵⁵. Muhakeme koşulları, suçun oluşmasından sonra suçtan zarar görenin veya yetkili merciin iradesiyle kullanılabilen hak ve yetkiler olarak tanımlanır. Karşılıklılık koşulunun fiilin gerçekleşmesinden sonra yabancı devletin kanununa eklenmesi ve soruşturma veya kovuşturmayaya başlanmasının kabulü fail aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Karşılıklılık koşulunun objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabulü hâlinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi gündeme geleceğinden, geçmişe yönelik uygulamanın da önüne geçilecektir¹⁵⁶. Kanaatimizce haksızlığın oluşumu ve fiilin cezalandırılabilmesini ilgilendiren objektif cezalandırılabilme koşulunun niteliğinin belirlenmesinde suçun muhakemesi ve geçmişe yürümeme ilkeleri üzerinden belirleme yapmak yerinde olmayacaktır. Lehe uygulama ve derhal uygulama kuralı ile objektif cezalandırılabilme koşulu yönünden değerlendirme yapmak yerine haksızlığın gerçekleşmesi ile cezalandırılabilmesi üzerinden sonuca varılması daha yerinde olacaktır. Nitekim muhakeme koşulu usule ilişkin olup objektif cezalandırılabilme koşulları maddi ceza hukuka ilişkindir, muhakeme koşulunun failin suçluluğuyla irtibatı söz konusu değildir¹⁵⁷. Bu nedenle karşılıklılığın muhakeme koşulu niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Failin ceza muhakemesiyle ilişkisini kesen, cezasını etkileyebilecek muhakeme değişiklikleri TCK m. 7/1 ve m. 7/2'deki maddi ceza hukukuna dair zaman bakımından uygulama rejimi kapsamında mütalaa edilebilse de bu hallerde haksızlığın içeriği noktasında bir değeri haiz değildirler. Haksızlığın muhtevasını belirlemekten ziyade cezaya layık olma durumunu ilgilendirirler. Lehe uygulama vb. argümanlar objektif cezalandırılabilme koşulu tespitinde veri olarak kullanılabilsa soruşturma izni, kovuşturma izni vb. muhakeme koşullarının da objektif cezalandırılabilme niteliği tartışmasının önünü açmak gerekecektir. Kanaatimizce muhakeme koşulları ile objektif cezalandırılabilme koşullarının söz konusu argümanlar üzerinden tespiti doğru sonuçlara ulaşmanın önünde engel teşkil edecektir. Bu yönüyle bu koşulu içeren suçların teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin uygulanması noktasında özellik arz eden bir durumu da bulunmayacaktır.

¹⁵⁴ **Özgenç**, Genel, s. 754.

¹⁵⁵ **Kangal**, s. 160.

¹⁵⁶ **Kangal**, s. 160.

¹⁵⁷ **Artuk/Alşahin**, s. 25.

2. Gıyapta Hakaret Suçu

Hakaret suçunun düzenlendiği TCK m. 125/1'in son cümlesine göre: “Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.” Doktrinde ihtilatın hukuki niteliği iki temel görüşe dayanmaktadır. İlk görüşe göre ihtilat (iletişim kurulması), gıyapta işlenen hakaret suçunda bir objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir¹⁵⁸. İkinci görüşte ise ihtilat suçun unsuru olarak kabul edilmektedir¹⁵⁹. İhtilatı suçun unsuru olarak kabul eden görüşe göre ihtilat failin kastına dahildir ve ihtilat koşulu esasen suçun niteliğine ilişkindir¹⁶⁰. Bu görüşte haksızlığın kapsamında değerlendirilen ihtilatın gerçekleşmesiyle haksızlık tamamlanacağı için kanun koyucu, bu koşulu suçun niteliğine ilişkin öngörmüştür¹⁶¹. İhtilat bu anlayışta hareketle bağlantılı bir unsur olacağından nedensellik bağı incelemesinin de yapılması gerekecektir¹⁶².

İhtilat unsuru hakaret suçunda objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde failin kastının ihtilat unsurunu kapsamaması gerekmez. Failin, hakaretimiz ifadelerinin mağdurun onur, şeref ve haysiyetini zedeleyeceğini bilmesi yeterli olacak ayrıca ihtilatın gerçekleştiğini bilmesi aranmayacaktır¹⁶³. İhtilatı suçun unsuru kapsamında değerlendiren görüşe göre ise

¹⁵⁸ Özgenç, s. 752; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 531; Bu ihtilat koşulunun Anayasa'nın başlangıç hükümlerine, 2. ve 5. maddelerine aykırılık iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir (AYM, 2006/136E., 2008/3K., 03.01.2008T). Kangal, s. 160-161; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 481;

Doktrinde Tulay'a göre, ihtilat unsuru objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilirse, kanun koyucunun cezalandırma alanını sınırlandırma gayesinin karşısında – suçun niteliği gereği – failin, eylemin yayılmasını istemediği halde cezai sorumluluğu doğacaktır. Bu noktada objektif cezalandırma şartının cezalandırma alanını daraltması özelliği ile TCK m. 125'te yer alan ihtilat şartının nitelik bakımından uyuşmadığı görülmektedir. Bu kapsamda Tulay, Alman Ceza Kanunu'nun 186. paragrafında olduğu gibi ihtilat şartı öngören hakaret suçunun seçimlik olarak değil ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği önerisinde bulunmaktadır. Bkz. Tulay, M. Emre: “Kast Unsuru ve Cezalandırılabilme Şartı Ekseninde Hakaret Suçu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 584,585.

Aynı şekilde TCK m. 130/1'de kişinin hatrasına hakaret suçunda en az üç kişi ile ihtilat koşulunun da bir objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil ettiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Cankurt, s. 154.

¹⁵⁹ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 653.

¹⁶⁰ Arısoy, Mine: “Hakaret”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007, s. 168.

¹⁶¹ Tulay, s. 582.

¹⁶² Türay, Aras/Erdoğan, İrmak: “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019, s. 1355.

¹⁶³ Tulay, s. 582.

kastın suçun unsurlarından biri olan ihtilatı da kapsamı gerekecektir. Failin hakaret fiilinde bulunurken ihtilatı da bilmesi gerekecektir. Yargıtay da genel olarak kararlarında ihtilatı kastın kapsamında değerlendirmektedir¹⁶⁴.

Doktrinde ihtilatı objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendiren bir görüşte verilen bir örneğe göre hakaretimiz ifadeler içeren bir iletinin üçüncü kişilere yayılması amacıyla bir kişiye gönderilmesi ve bu kişi tarafından üç veya daha fazla kişiye iletinin yayılması durumunda ihtilat gerçekleşmiş sayılmalıdır¹⁶⁵. Ancak failin kastının objektif cezalandırılabilme koşullarını kapsamı geremediği için bu iletinin yayılması hususunda failin iradesini aramaya da gerek yoktur. Failin yayma kastı olmasa dahi fiile ilişkin olan ihtilat, en az üç kişi tarafından iletinin içeriği öğrenilince gerçekleşmiş olacaktır.

İhtilat, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirildiğinde fail hakaretimiz ifadeleri bir kişiyle ihtilat etmiş olsa bile bu ifadeler ihtilat edilen kişi tarafından iki kişiye daha yayıldığında gerçekleşmiş sayılacaktır¹⁶⁶. Kişinin hakaretimiz ifadeleri üç kişiye duyurma noktasında bilme iradesi yoksa, kendi iradesinden bağımsız bir olguya dayalı olarak cezalandırılması kusur prensibine aykırılık oluşturacağı için ihtilatın suçun unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁶⁷. TCK m. 125'in lafzında da "*failin üç kişiyle ihtilat edilerek gerçekleştirilmesi*" ifadesiyle ihtilatın hareketin işlenişinde bir unsur olarak yer aldığı sonucu doğmaktadır¹⁶⁸. Bu da ihtilatın kast kapsamında olmasını gerektirmektedir. Madde metninde geçen "*cezalandırılabilmesi için*" ifadesinin ihtilatın objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilebilmesi için yeterli bir veri teşkil etmediği kanaatindeyiz¹⁶⁹. Nitekim lafızda en başta ihtilat, fiilin gerçekleştirilmesi aşamasıyla bağdaştırılmış ve manevi unsuru ilgilendiren bir kavram olarak tanıtılmıştır.

¹⁶⁴ "Suçun huzurda işlenmiş olması mutlaka fail ile mağdurun fiilin işlendiği sırada yüz yüze olmasını gerektirmez. Şayet fail, fiili işlediği sırada mağduru hedef alan hakaretinin mağdur tarafından da doğrudan algılanabileceğini biliyor ve istiyorsa, bu durumda da suç huzurda işlenmiş sayılacaktır... fail ancak ihtilat kastıyla hareket etmiş ve şartları oluşmuş ise, gıyapta hareket suçundan cezalandırılabilir." Y18.CD, 2016/10797E., 2018/16363K., 4.12.2018T. Karar için bkz. **Tulay**, s. 582; **Hakeri/Tekin**, s. 253.

¹⁶⁵ Bkz. **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 482.

¹⁶⁶ **Hakeri/Tekin**, s. 253.

¹⁶⁷ Aynı yönde **Türay/Erdoğan**, s. 1367.

¹⁶⁸ **Türay/Erdoğan**, s. 1368.

¹⁶⁹ Aynı yönde **Türay/Erdoğan**, s. 1368.

İhtilat için teşebbüs, iştirak ve içtima incelemesi yapmak, ihtilatın hukuki niteliğini ortaya koymada yardımcı olmakta ve ihtilatın suçun unsuru olduğu görüşümüzü destekleyecek sonuçlara ulaşmamıza katkı sağlayacaktır.

a. Teşebbüs

Teşebbüs açısından değerlendirme yapıldığında ihtilatı kast kapsamında gören görüşe göre suçun tamamlanma anı, ihtilat dahilinde failin hakaret teşkil eden ifadelerini üçüncü kişinin öğrenme anıdır¹⁷⁰. Bu görüşte ihtilat kastı yani failin hakaretimiz ifadeleri üçüncü kişilere yayma kastı söz konusu ise üçüncü kişi bu ifadeleri algılayana kadar hakaret fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekecektir¹⁷¹.

İhtilat koşulunun objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilmesi durumunda failin kastının ihtilatı kapsamaması gerekmeyecektir. Failin en az üç kişinin hakaret teşkil eden ifadelerini algılayabileceğini bilmesi gerekliliği aranmayacaktır. Fail; mağdur ve iştirakçiler dışında algılama yeteneğine sahip iki kişinin bulunduğu bir ortamda mağdura hakaret ederse ihtilat koşulu gerçekleşmemiş sayılacaktır. Nitekim failin kastının objektif cezalandırılabilme koşulunu kapsamaması gerekmemektedir. Failin, ortamda bulunan kişilerin sayısını ve hakareti algılayabileceklerini bilip bilmemesi önemli olmayacaktır.

Doktrinde bir görüş gıyapta hakarete ihtilat koşulunun objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edilmesi halinde gıyapta hakarete teşebbüsün mümkün olmayacağını savunmakta ancak gerekçe belirtmemektedir¹⁷². İhtilat objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde, teoride gıyapta hakaret bakımından ihtilat şartının gerçekleşmesi halinde fiil tamamlanamamış ise bu suça teşebbüsün mümkün olup olamayacağı problemi önem arz etmektedir. Örneğin en az üç kişinin bulunduğu bir konferansta mağdura yönelik hakaret içeren bir ifade ekrana yansıtılacakken failin elinde olmayan bir sebeple elektrik kesintisi yaşanması halinde gıyapta hakarete teşebbüs mümkün olabilecek midir? İhtilatın gerçekleşmesi için fail dışında en az üç kişinin isnad edilen fiil veya olguyu ya da sövmeyi öğrenmiş olmaları gerekmektedir¹⁷³. Öğrenme olanağına yahut algılama yetene-

¹⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 436.

¹⁷¹ Bu durum, posta yoluyla hakarete failin mektubunun, muhatabı tarafından henüz okunmadan alınması örneğine benzetilmektedir. Tulay, s. 583.

¹⁷² Tulay, s. 584.

¹⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 651.

ğine sahip olmak tek başına yeterli olmayacaktır¹⁷⁴. İhtilat koşulunun gerçekleşmesi için hakaretimiz ifadelerin en az üç kişi tarafından öğrenilmesi gerekecektir. Bu durumda da suç tamamlanmış olacaktır. Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleştiği durumlarda icra tamamlanamamışsa teşebbüsün mümkün olacağını savunan görüş burada işlerlik kazanamayacaktır. Nitekim ihtilat sağlanabilmesi için hakaret fiilinin işlenmesi gerekecektir. İhtilat unsur olarak kabul edildiğinde ise kanunun aradığı asgari sayıdaki son kişinin hakareti öğrenmesi ile suç tamamlanacağı için bu suç teşebbüse elverişli sayılamayacaktır¹⁷⁵. Bu nedenle ihtilatın suçun unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin en az üç kişiye mağdur hakkında hakaretimiz ifadelerin e-mail (e-posta) yoluyla gönderilmesi ancak mail içeriğinin failin elinde olmayan sebeplerle iletilmemesi halinde teşebbüsten söz edilebilecektir.

Yargıtay kararlarında genel olarak ihtilatı kast kapsamında değerlendirmektedir. Bir olayda olayda fail dışında iki kişinin bulunması sebebiyle ihtilat gerçekleşmediği için teşebbüsün varlığını kabul etmemiştir¹⁷⁶. Olayda mağdur Cumhuriyet savcısına yönelik hakaret söylemini duyan iki tanık dışında kimsenin olmaması nedeniyle gıyapta hakaret suçu için öngörülen “*en az üç kişiyle ihtilat*” unsurunun oluşmayacağı gözetilmeden, “*diğer polis memurlarının ve şahısların da duyabileceği şekilde*” gibi yerinde görülmeyen gerekçeyle mahkûmiyet kararı verilmesini kanuna aykırı bulmuştur. Bu olayda, üçüncü kişinin bulunmaması, tamamlanması mümkün olmayan bir suça teşebbüsün de mümkün olmayacağı sonucunu doğrulamaktadır.

¹⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 651.

¹⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 682; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 277.

¹⁷⁶ “*Hakaret suçu mağdurun olmadığı veya mağdurun doğrudan vakıf olamayacağı bir şekilde işlendiğinde gıyapta hakaret suçu oluşmaktadır. Ancak gıyapta hakaret suçunun cezalandırılması için, failin mağdur dışında toplu veya dağınık en az üç kişiyle ihtilat ederek bu suçu işlemesi gerekmektedir. Suçun faili ihtilatı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. İhtilat kişilerle birebir görüşerek gerçekleşebileceği gibi, üç veya daha fazla kişiye mektup göndermek, telefon etmek, SMS veya e-mail göndermek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Ancak ihtilat unsurunun gerçekleşmesi için, failin sözleri en az üç kişinin duyabileceği bir ortamda ve şekilde söylemesi yeterli olmayıp, muhatapların bizzat anlamaları ve vakıf olmaları lazımdır. Somut olayda, sanığın, mağdur Cumhuriyet savcısına yönelik hakaret söylemini duyan tanıklar ... ve ... dışında kimsenin olmayışı karşısında; gıyapta hakaret suçu için öngörülen “en az üç kişiyle ihtilat” ögesinin oluşmayacağı gözetilmeden, “diğer polis memurlarının ve şahısların da duyabileceği şekilde” gibi yerinde görülmeyen gerekçeyle mahkûmiyet kararı verilmesi, kanuna aykırı...” Y18.CD, 2016/16902E., 2018/16290K., 3.12.2018T.*

b. İştirak

İştirak açısından ise gıyapta hakaret suçu özellik arz etmemekte; teorik açıdan iştirakin tüm şekilleri (TCK m. 37-39) uygulanabilmektedir¹⁷⁷. İhtilat koşulu objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde koşul gerçekleşmedikçe faillerin ve şeriklerin sorumluluğuna gidilemeyeceği için en az üç kişinin hakaretamiz ifadeleri öğrenmesi halinde yani bu koşul gerçekleştiğinde sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak ihtilatın suça katılanlardan biri tarafından gerçekleşmemesi ihtimali somut olaylarda mümkün gözükmemektedir. Örneğin müşterek faillerden biri bakımından üç kişinin varlığı bilgisi bulunmamaktaysa, bu koşul objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde önem arz etmeyecektir. Bu ise kusur sorumluluğu noktasında haksız bir sonuç doğuracaktır.

İhtilat bir unsur olarak kabul edildiğinde ihtilat tamamlanmadan suça katılan kişiler cezalandırılmayacaktır. Ancak suçun unsurları suça katılan bütün kişiler bakımından gerçekleşeceği için suça katılan kişi bakımından ihtilat unsurunun gerçekleşmemesi ihtimal dahilinde görünmemektedir. İhtilat kastı olmayanın sorumluluğuna gidilmeyecektir. Böylece ceza adaleti bakımından daha isabetli bir sonuca ulaşılabilecektir.

Bir diğer ihtimal, hakaretamiz ifadelerin başka kişilerce yayılması halidir. Fail, mağdur hakkındaki hakaretamiz ifadeleri bir kişiyle, örneğin basın mensubuyla, paylaşmış olabilir. Bu paylaşım ile bu ifadelerin yayılmasını kastettiği ancak bu ifadelerin yayılmasını açıkça talep etmediği durumda nasıl bir sonuca ulaşılabilecektir? Fail, bu özel durumda hakaretimiz ifadeleri bizzat yaymamakla birlikte yayılmasına imkân tanımaktadır. Teorik açıdan failin olası kastla ihtilatı sağladığı düşünülse bile bu ihtimalde önemli bir ispat sorunu bulunmaktadır. Söz konusu ispat sorunu aşıldığında failin olası ihtilat kastı bulunduğu kabul edilmeli ve hakaret suçundan cezai sorumluluğu kabul edilmelidir.

c. İçtima

İhtilat, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima uygulamasında ihtilata dahil kişi sayısının cezanın belirlenmesinde dikkate alınması, failin kastı kapsamında olmayan bir hususa dayalı olarak cezanın artırılması sonucunu doğurabilecektir¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 278; Tezcan/Erdem/Önok, s. 683.

¹⁷⁸ Aynı yönde bkz. Bekar, s. 161.

İhtilat unsur olarak kabul edildiğinde, zincirleme suç ve fikri içtima bakımından en az üç kişinin hakaretamiz ifadeleri öğrenmesi veya üçün katı kadar insanın bu ifadeleri öğrenmesi arasında fark olmayacaktır¹⁷⁹. Kanunun aradığı asgari sayıda kişinin hakaretamiz ifadeleri öğrenmesi ile suç tamamlanacak, son kişinin bu ifadeleri öğrenmesi ile suç sona erecektir¹⁸⁰. Ancak üçten fazla kişiye karşı hakaretamiz ifadelerde bulunulması, TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek ve böylece ceza adaleti bakımından daha adil bir uygulama yapılmış olacaktır.

3. Mal ve Hizmet Satımından Kaçınma Suçu

TCK m. 240'a göre belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olan kişi cezalandırılır. Bu suçtan cezalandırılabilmek için ise kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması gerektiğinden bu durum objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilmektedir¹⁸¹. Kamu için acil ihtiyaç ortaya çıkması bir objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde, kamu için acil bir ihtiyaç doğmadıkça fail cezalandırılmayacak ancak belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınıldığında haksızlık gerçekleşmiş olacaktır. Kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıktığında ancak failin bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınma hareketini tamamlayamaması durumunda teşebbüsten söz edilebileceği düşünülebilir ancak mantiken böyle bir durumun doğması mümkün değildir. Nitekim Anayasa m. 38/8 gereği hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. Bir kişinin mal veya hizmeti satmaktan kaçınmasının teşebbüs aşamasında kalmasının mümkün olması olası değildir. İlaveten mal veya hizmeti satmaktan kaçınmak haksızlık teşkil etse de ceza hukukunun konusunu oluşturmakta yeterli değildir. Sözleşme özgürlüğü noktasında hukuki ilişki kurulması kural olarak tarafların iradesine bırakılmıştır ve kimse bir sözleşme yapmaya, bir mal veya hizmet satımına zorlanamaz¹⁸². Nitekim *ultima ratio* kapsamında da bu failin cezalandırılabilmesinin temeli bulun-

¹⁷⁹ Bekar, s. 161.

¹⁸⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 682.

¹⁸¹ Üzülmüş/Akkaş, s. 77-78; Özgenç, s. 753; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 720; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 857.

Dülger, bu suçta görünüşte objektif cezalandırılabilme koşulunun söz konusu olduğu kanaatindedir. *Dülger*, s. 873.

¹⁸² İnceoğlu, Aytekin: Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII-Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 187.

mamaktadır. Burada kamu için acil bir ihtiyacın doğması netice olarak arandığında ancak haksızlık teşkil eden fiilin ceza normuna konu olması meşru olabilecektir. Kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkmadığında ancak failin bu kapsamda mal veya hizmet satımından kaçınmasında suç teşkil eden fiilin tamamlandığı ve kişiye bu kapsamda ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak gerekecektir. Bu ise ceza adale-tini sağlamada yerinde bir değerlendirme olmayacaktır. Kanaatimizce bu unsur kanunda netice olarak öngörülmüştür ve bu kapsamda teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından genel hükümlerden ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmeyecektir.

4. Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu

TCK m. 238’de yer alan suç; *“Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Burada *“kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olma”* koşulu, doktrinde bir görüşe göre suçun tamamlanması için gerekli bir unsur olmayıp failin cezalandırılabilmesi için aranan bir koşul niteliğinde olduğu için objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir¹⁸³. Diğer bir görüşe göre ise belirli bir mal veya hizmet satılmaktan kaçınılarak kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkmasına rağmen ihtiyaç sonradan giderilip herhangi bir zarar doğmamış da olabilecektir. Bu kapsamda bu husus somut bir tehlike niteliğindedir¹⁸⁴. Katıldığımız diğer görüşe göre bu koşul netice niteliğindedir¹⁸⁵. Kanaatimizce taahhüdü yerine getirmeme hareket iken kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olmak netice unsurudur¹⁸⁶. İhtiyaç

¹⁸³ Akbulut, Berrin: “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebep Olma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 9, S. 25, 2014, s. 16, 18.

¹⁸⁴ İnceoğlu, s. 188.

¹⁸⁵ Çakmut, Özlem Yenerer: “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebep Olma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 5, S. 14, 2010, s. 46; Eroğlu, Fulya: Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII-Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 117.

¹⁸⁶ Eroğlu, s. 117.

ortaya çıkıp sonradan giderilmesinin teknik açıdan tehlike arz etmesi mümkün değildir. Kamu için acil ihtiyaç doğmuşsa artık suç tamamlanmış olacaktır. Bu ihtiyacın kısa süre sonra giderilmiş olması ancak cezanın bireyselleştirilmesinde bir veri olarak kullanılabilir.

Bu sonuç, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde ise taahhüt edilen işin yerine getirilmemesinin haksızlık teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak Anayasa m. 38/8 gereği hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. Bu çelişki nedeniyle bu suçta haksızlığın kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olmak suretiyle tamamlanacağı ve bu sonuçların suçun netice unsuruna karşılık geldiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda teşebbüse elverişli olan bu suçta, iştirak ve içtima bakımından da özellik arz eden bir husus bulunmamaktadır¹⁸⁷.

SONUÇ

Objektif cezalandırılabilme koşullarının hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte doktrinde çoğunluk görüşe göre bu koşullar suçun unsuru niteliğinde olmayıp cezalandırılabilmeyi sağlayan objektif bir nedendir. Bu koşulların varlığı veya yokluğu suçun ontolojik yapısını etkilememekte ancak suçun özel görünüş biçimleri açısından farklı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır.

Doktrinde çoğunluk görüşe göre objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlara teşebbüs mümkündür. Azınlıkta kalan ve bu koşullara teşebbüsü mümkün görmeyen görüşler de kendi içerisinde farklı gerekçelere dayanmaktadır. Ancak objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suç tipleri kendi içerisinde incelendiğinde her zaman için kesin bir belirlemede bulunmak mümkün görülmemektedir. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunda objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edilen üç şart, harekete nedensel olarak bağlı olmakta, bir nevi netice işlevi görmektedir. Objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmedikçe bu suça teşebbüs mümkün olmayacaktır. Ancak suçun yapısı ve bu koşulların gösterdiği netice benzeri özellik dolayısıyla teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacaktır. Koşul gerçekleşmedikçe iştiraktan sorumluluk doğmayacak, koşulların birden fazla kez gerçekleşmesi halinde ise bu koşullar failin kastı dahilinde kabul edilemeyeceği için cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınamayacaktır.

¹⁸⁷ Çakmut, s. 48.

Bazı suçlarda yer verilen koşullar incelendiğinde bunların objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil etmediği görülecektir. Örneğin gıyapta hakarete ihtilat objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edildiğinde bir ortamda algılama yeteneğine sahip üç kişinin bulunması ile teoride ihtilat gerçekleşmiş sayılacaktır. Ancak suçla korunan hukuki değer temelinde değerlendirme yapıldığında ihtilat şartının gerçekleşebilmesi için üçüncü kişinin hakaretimiz ifadeleri öğrenme anı ile ihtilatın tamamlanacağını kabul etmek gerekecektir. Bu nedenle bu koşulun failin kastı kapsamında sayılması, kusur prensibinin bir gereğidir. Öğrenme ile ihtilat tamamlanacağı için hali hazırda sırf hareket suçu olan gıyapta hakaret suçu da tamamlanacağından artık teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacaktır. İştirak ve içtima açısından da aynı sonuca ulaşılabilecektir.

Somut tehlike suçlarında ise somut tehlikenin gerçekleşmiş olmasının objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Nitekim somut tehlike suçun maddi yapısına dahil olan ve failin kastı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir unsur niteliğindedir. Somut tehlikenin meydana gelmesi netice olarak değerlendirilmelidir. Burada, tipik fiilin belirsiz ve muğlak olmasının, somut tehlikenin varlığını aramakla haksızlığın ne şekilde sınırlandırılacağına ortaya konması amaçlanmaktadır. Ancak somut tehlikenin gerçekleşmesiyle bu belirsizlik ve muğlaklık ortadan kalkacak, suç unsurlarıyla tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle de teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından genel hükümlerden farklı değerlendirmede bulunmaya gerek olmayacaktır.

Objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlarda doğrudan suçun özel görünüş biçimleri hakkında kesin bir yargıya varmak sağlıklı bir sonuç vermeyecektir. Bu nedenle her bir suç özelinde ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin hileli iflas suçuna teşebbüs mümkün görülebilecekken görevi kötüye kullanma suçunun özel yapısı nedeniyle bu suça teşebbüs edilmesi söz konusu olamayacaktır.

KAYNAKLAR

- Akbulut**, Berrin: “Kamuya Yararlı Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, 2014, s. 7-28.
- Arısoy**, Mine: “Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, 2007, s. 152-205.
- Artuk**, M. Emin/**Alşahin**, M. Emin: “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, 2013, s. 17-44.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2020.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2021.
- Bacaksız**, Pınar: *TCK’da Yer Alan İflas Suçları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Doktora Tezi, İzmir 2011.
- Bekar**, Elif: *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- Çakmut**, Özlem Yenerer: “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebep Olma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 14, 2010, s. 41-50.
- Demirel**, Muhammed: “Hileli İflas Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, 2018, s. 569-632.
- Dülger**, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Erem**, Faruk: “Cezalandırılabilme Objektif Şartı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3-4, 1970, s. 9-14.
- Eroğlu**, Fulya: *Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII-Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Ersan**, Aykut: “Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 22, 2013, s. 117-145.
- Ersoy**, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 41, 2020, s. 27-64.

- Esen**, Sinan: Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Evik**, A. Hakan: “Hileli İflas Suçunda, “Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine” İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1087-1100.
- Evik**, A. Hakan: Türk Ceza Hukukunda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- Evik**, A. Hakan: Hileli İflas Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt IV-Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Gökçen**, Ahmet: Belgede Sahtecilik Suçları, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Göktürk**, Neslihan: “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 31-59.
- Göktürk**, Neslihan: Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Hacıfazlıoğlu**, Ali: Teori ve Uygulamada Suçların İçtimaı, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- Hakeri**, Hakan/**Tekin**, Derya: Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Heinrich**, Bernd (Çev. Hakan Hakeri/Yener Ünver/Veli Özer Özbek/Özlem Yenerer Çakmut/Barış Erman/Koray Doğan/Ramazan Barış Atladı/Pınar Bacaksız/İlker Tepe): Ceza Hukuku Genel Kısım-Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Hilgendorf**, Eric/**Valerius**, Brian (Çev. Salih Oktar): Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Işıka**, Sertaç: “Hileli İflas Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 607-624.
- İnceoğlu**, Aytekin: Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII-Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- İçel**, Kayıhan: Suç Teorisi, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2000.

- Kangal**, Zeynel T.: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 68, S. 1-2, 2010, s. 151-168.
- Karabulat**, Efe Can: Karşılaştırmalı Olarak Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve Muhakeme Şartları, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- Karakehya**, Hakan/**Boran Güneysu**, Nilüfer: “Konkordatonun, Çekle İlgili “Karşılıksızdır” İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 4, 2019, s. 3-46.
- Kızıllarlan**, Hakan: Hileli ve Taksiratlı İflas Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Koca**, Mahmut: “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 2, 2015, s. 103-118.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2019.
- Koçoğlu**, Y. Gökçehan: Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Koroşec**, Damjan: “Failure To Provide Information Of Crime Or Perpetrator As A Problem Of Criminal Law”, Юридичний Вісник, C. 3, S. 36, 2015, s. 148-152.
- Kudlich**, Hans (Çev. İlker Tepe/Serkan Meraklı/Mustafa Oğlakçıoğlu): “Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Koşulu İçeren Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 7, S. 18, 2012, s. 283-293.
- Kunter**, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1949.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: 2, Beta Yayınları, İstanbul 1991.
- Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

- Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2021.
- Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2022.
- Özen, Mustafa:** Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2020.
- Özgenç, İzzet:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2021.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer:** Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 3, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Şen, Ersan:** “Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet Suçları”, [Http://Www.Hukukihaber.Net/Gorevi-Kotuye-Kullanma-Ve-Zimmet-Suclarimakale,3854.Html](http://www.hukukihaber.net/gorevi-kotuye-kullanma-ve-zimmet-suclarimakale,3854.html) E.T: 12.12.2023.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Tiedemann, Klaus:** “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 301-317.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk:** Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 25. Baskı, Ankara 2019.
- Tulay, M. Emre:** “Kast Unsuru ve Cezalandırılabilme Şartı Ekseninde Hakaret Suçu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 573-587.
- Türay, Aras/Erdoğan, İrmak:** “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019, s. 1325-1374.
- Uğur, Ersoy:** Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Üzülmez, İlhan:** “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2012, s. 191-216.
- Üzülmez, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi:** “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2007, s. 71-87.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried:** Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

Yokuş Sevik, Handan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”,
Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 39, 2018, s. 257-
316.

Yüce, T. Tufan: Ceza Hukuku Dersleri Cilt: 1, Şafak Basım ve Yayınevi,
Manisa 1982.

Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta
Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul 2019.

**INFLUENCER VE FENOMEN ARACILIĞIYLA
PAZARLAMA KAVRAMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
VE BU ÇERÇEVEDE INFLUENCERİN
TAKİPÇİLERİNE KARŞI DOĞAN SORUMLULUĞU**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1387978>

Arş. Gör. Hüseyin BULUT*

Öz

Fenomen aracılığıyla pazarlama, takipçilerin influencerlara olan güvenine dayanan yeni nesil bir pazarlama aracıdır. İşletmeler ise bu güveni kullanarak, influencer aracılığıyla mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmaktadır. Influencer, sosyal medyada düzenli paylaşımlarda bulunan, belli bir takipçi kitlesine ve bu kitleyi etkileme gücüne sahip olan kişidir. Influencer ile işletme arasındaki ilişki çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Influencer ile işletme doğrudan bir hukuki ilişki içerisine girmekte veya aracı firma olan ajanslar aracılığıyla da işletme ve influencer bir araya gelebilmektedirler.

Influencerın fenomen aracılığıyla pazarlama sonucu zarar görenlere karşı sorumluluğu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. İşletme ile takipçiler arasında mal veya hizmet alımından dolayı sözleşmesel bir ilişki bulunmaktadır. Takipçiler işletmeye akdi sorumluluk çerçevesinde başvurma imkanına sahiptir. Fakat influencer ile takipçiler arasında akdi bir ilişki bulunmamaktadır. Çalışmada fenomen aracılığıyla pazarlamanın ortaya çıkışı, influencerın hukuki niteliği ve sorumluluğu esas olarak incelenmektedir. Mal ve hizmet sunan kişilerin influencerın hareketlerinden dolayı sorumluluğu çalışmanın konusunu aşmaktadır. Bu sebeple yalnızca influencerın sorumluluğuna ilişkin inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Fenomen aracılığıyla pazarlama, Etkileyici pazarlama, Influencer, Web 2.0, Sosyal medya

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya (huseyinbulut091@gmail.com) ORCID: 0000-0001-6289-9662 (Gönderim Tarihi: 08.11.2023-Kabul Tarihi: 02.01.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**EVALUATION OF THE CONCEPTS OF INFLUENCER AND
INFLUENCER-MEDIATED MARKETING AND
THE LIABILITY OF THE INFLUENCER TO ITS FOLLOWERS
WITHIN THIS FRAMEWORK**

(Research Article)

Abstract

Influencer marketing is a new generation marketing tool. Influencer marketing is based on followers' trust in the influencer. Businesses promote their goods and services through influencer. Influencer is a person who shares regularly on social media, has a large following and has the power to influence this audience. The relationship between the influencer and the business can occur in various ways. Influencer and business can enter into a direct relationship; however, the business and the influencer can come together through agencies that are an intermediary firm.

It is a matter of debate whether those who are harmed as a result of the promotional activities of the influencer can apply to the influencer. There is a contractual relationship between the business and the followers due to the purchase of goods or services. Followers can apply to the business within the framework of the contractual responsibility, however, there is no contractual relationship between the influencer and the followers. In the study, the source of influencer marketing, the legal nature and responsibility of the influencer were examined. The liability of persons providing goods and services due to the actions of the influencer is beyond the scope of this study. For this reason, only the responsibility of the influencer is analyzed.

Keywords

Influencer marketing, Influencer, Web 2.0, Social media, Influencers responsibility

GİRİŞ

Sosyal medya günümüzde artık yalnızca sosyal ihtiyaçları karşılayan, insanların bir araya gelerek iletişim kurdukları bir mecra olmaktan çıkmıştır. Bu işlevini de hâlâ yerine getirmekle beraber artık bunun çok daha ötesine geçmiştir. Sosyal medyanın işlevinin değişmesi, teknolojinin gelişmesiyle de paralellik göstermektedir. Teknolojinin gelişmesi, internetin yaygınlaşması sosyal medyaya ulaşmayı çok daha kolay hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak çok geniş bir kitle sosyal medyada yer almaktadır.

Sosyal medyanın çok fazla kişiye kolay ve masrafsız ulaşabiliyor olması burada bir pazar oluşturmuştur. Hem tüketicilerin hem de piyasaya mal ve hizmet arz eden kişilerin kolayca birbirlerini bulması sosyal medyanın bu amaçla da kullanılabilmesi fikrini ortaya çıkarmıştır. Küresel çapta etkiye sahip olan covid-19'un da tesiriyle sosyal medya üzerinden pazarlama, ürün veya hizmet alımı çok hızlı artmıştır.

Mal ve hizmetler sosyal medya aracılığıyla geniş kitlelere ulaşabilmektedir. Fakat sosyal medyada herkes aynı etkiye, güce ve çevreye sahip değildir. Sosyal medyada insanlar üzerinde güçlü bir etkiye sahip olan, diğer insanların ulaşamayacağı sayıda insana ulaşan kişiler bulunmaktadır. Oldukça fazla sayıda takipçisi bulunan hesaplara sahip bu kimselere sosyal medya fenomeni denilmektedir. Sosyal medya üzerinden pazarlama yapan fenomenler ise influencer olarak adlandırılmaktadır.

Influencerlar, You Tube, Tik Tok, Instagram gibi sosyal medya platformları üzerinden içerik üreten, çok sayıda insana ulaşabilen ve onların tercihlerini etkileme yeteneğine sahip olan kimselerdir. Influencerların, çok fazla insana ulaşabilmeleri ve onların tercihlerine yön verebilmeleri, sosyal medyada mal ve hizmet sunan kişiler için önemli bir pazarlama yönteminin kullanılmasına imkan vermektedir.

Mal veya hizmet üreten kişiler ürünlerini pazarlamak için influencerlar ile birlikte çalışmaktadırlar. Fenomenler bazen kendi sayfalarında, bazen video aralarına konulan reklam videolarında söz konusu mal veya hizmetin tanıtımını yapmaktadırlar. Bu yeni tanıtım faaliyeti "*influencer pazarlama*", "*influencer marketing*", "*hatırlı pazarlama*", "*etkileyici pazarlama*" "*fenomen aracılığıyla pazarlama*" şeklinde ifade edilmektedir.

Bu çalışmada, reklam ve pazarlama anlamında oldukça etkili bir konumda olan influencerların, söz konusu tanıtım, reklam, etkileme faaliyetlerinden dolayı takipçilerine karşı sorumluluklarının doğru doğmadığı eğer doğuyorsa nasıl bir sorumluluğun doğduğu incelenmektedir.

I. SOSYAL MEDYA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Bir iletişim aracı olarak ortaya çıkan sosyal medya artık insanların gündelik yaşamının sıradan bir parçası olmuştur¹. Bununla birlikte ticari ilişkilerde kullanımı zorunlu bir hal almıştır. Sosyal medya bireylerin duygu ve düşüncelerini paylaşabildiği, başka bireylerin fikirlerini etkileyebildiği bir alan olma özelliğini aşmıştır

Sosyal medya kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır². Bu tanımlardan yola çıkarak sosyal medya, web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin belli dijital platformlar aracılığıyla birbirleriyle interaktif olarak iletişim kurduğu, içerik üretip başkalarına sunabildiği, yeni nesil medya aracı olarak tanımlanabilir.

¹ **Appel, Gil/Grewal, Lauren/Hadi, Rhonda/Stephen, Andrew T.:** “The Future of Social Media in Marketing”, Journal of the Academy of Marketing Science, Vol. 48, 2020, s. 79; **Isosuo, Heli:** Social Media Influencer Marketing, Jamk University of Applied of Science, Bachelor’s Thesis, Jyväskylä 2016, s. 8; **Joshi, Yatish/Lim, Weng Marc/Jagani, Khyati/Kumar, Satish:** “Social Media Influencer Marketing: Foundations, Trends, and Ways Forward”, Electronic Commerce Research, 2023, s. 2; **Tandoğdu, Gökçe Naz:** Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 10, **Yegen, Ceren:** Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2013, s. 120.

² Çelik’e göre, “*Sosyal medya bireylere, sınırlandırılmış bir sistem içinde genel ya da yarı genel bir sistem oluşturmaya, bağlantıyı paylaşan diğer kullanıcıların listesindkilerle konuşmaya, onların bağlantı listelerine bakmaya, oradan çapraz geçişler yapmaya ve sistem içindeki diğer bireylerin de bunları yapmasına imkân veren web tabanlı hizmetlerdir.*”, **Çelik, Sabahattin:** Sosyal Medyanın Pazarlama İletişimine Etkileri, Erciyes İletişim Dergisi, C. 3, S. 3, 2014, s. 30; Kaplan/Haenlein’e göre, sosyal medya “*web 2.0’in ideolojik ve teknolojik temelleri üzerine inşa edilen ve kullanıcı tarafından oluşturulan içeriğin oluşturulmasına ve değiştirilmesine izin veren internet tabanlı uygulamadır.*”, **Kaplan, Andreas M./Haenlein, Michael,** Users of the World Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media, Business Horizons, V. 53, 2010, p. 61; Akkurt’a göre, “*internet alt yapısına ve fakat web 2.0 teknolojisine dayanan; kişilerin, kullanıcı sıfatıyla ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, bilgilerini, kişisel hal ve durumlarını, sosyal- siyasi eğilimlerini, fotoğraflarını, videolarını, yazı ve yazışmalarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticari ve mesleki faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini ve benzeri değerleri ile kimi kişisel verilerini, gerek diğer münferit kişilerle gerekse belirli bir toplulukla yakut kamuoyuyla paylaşma olanağı buldukları; karşılıklı etkileşim, iletişim, paylaşım esaslarına dayanarak içeriğin kullanıcılar tarafından oluşturulmasına interaktif olarak izin veren dijital platformların genel olarak tümüdür.*”, **Akkurt, Sinan Sami:** Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 98.

Sosyal medya geleneksel iletişim ve sosyalleşme yöntemlerinden farklı olarak hayatımıza yeni bakış açıları kazandırmaktadır. Sosyal medyayla iletişim ve sosyalleşme daha kolay bir hale gelmekte, insanlar kendilerini ifade edebilmekte, fikirlerini ortaya koyabilme, belli bir gruba veya herkese açık paylaşım yapabilmektedir. Bunun sonucu olarak kanaat önderlerinin, popüler kişilerin, siyaset insanlarının toplumu yönlendirmesi, belli bir fikre kanalize etmesi (manipülasyon) mümkün hale gelmektedir³. Bu potansiyeli sebebiyle sosyal medya, politikacıların, ticaretle uğraşan kişilerin, reklam verenlerin dikkatini çekmektedir⁴.

Sosyal medyanın günümüzde bu denli yaygın ve bugünkü işlevlerine sahip olabilmesi teknolojik gelişmelerin bir sonucudur. Bilgisayar teknolojisinin ve özellikle internetin değişmesi ve gelişmesinin, sosyal medyanın etkinliğinin artmasındaki en önemli unsur olduğu ifade edilebilir⁵.

İnternetin ortaya çıkışı askeri personelin kendi arasında güvenli olarak iletişim kurabilmesi amacıyla kurulan sisteme dayanmaktadır⁶. İlerleyen süreçte ‘www’ keşfedildikten sonra internetin toplum genelinde yaygınlaşması hızlanmıştır⁷.

B. Sosyal Medyanın Unsurları

Web 2.0 tabanlı bir dijital platformun sosyal medya sayılabilmesi için belli başlı unsurları taşıması gerektiği ifade edilmektedir. Bir dijital platformun sosyal medya sayılabilmesi için gerekli unsurlar, ‘kullanıcı toplu-

³ **Alioğlu**, Nazan: Duygusal Tatmin Aracı Olarak Sosyal Medya Kullanımı Üzerine Bir Alan Araştırması, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 9, S. 2, 2016, s. 1-27; **Çalışkan**, Mustafa/**Mencik**, Yunus: Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya, Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, S. 50, 2015, s. 255; **Akkurt**, s. 97; **Isosuo**, s. 8.

⁴ **Başlar**, Gülşah, Yeni Medyanın Gelişimi ve Dijitalleşen Kapitalizm, XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, (ed. Mustafa Akgül vd.), C. 2, 2013, s. 776, 777; **Bayuk**, M. Nedim/**Aslan**, Mustafa: Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama), Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, S. 75, 2018, s. 174; **Leung**, Fine F./**Gu**, Flora F./**Palmatier**, Robert W.: “Online Influencer Marketing”, Journal of the Academy of Marketing Science, Vol. 50, 2022, s. 226; **Tandoğdu**, s. 10.

⁵ **Kapan**, Kaan/**Üncel**, Rumeysa: Gelişen Web Teknolojilerinin (Web 1.0- Web 2.0- Web 3.0) Türkiye Turizmine Etkisi, Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 3, 2020, s. 277; **Akkurt**, s. 99; **Başlar**, s. 775; **Isosuo**, s. 12.

⁶ **Albayrak**, Serhan: Sosyal Etki Pazarlaması (Influencer Marketing) Bağlamında Instagram ve Youtube Influencerlarının (Fenomenlerinin) Gençlerin Marka Algısına Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 8; Detaylı bilgi için bkz. **Kapan/Üncel**, s. 278.

⁷ **Kapan/Üncel**, s. 278.

luğu’, ‘sınırlandırılmamış erişim’, ‘içerik üretimi ve paylaşımı’, ‘iletişim’ şeklinde sayılabilir⁸.

Bir dijital platformun sosyal medya sayılabilmesi için bunun kullanıcı topluluğuna sahip olması gerekmektedir⁹. Web 2.0 teknolojisinin getirdiği imkân olarak artık herkesin sosyal medyanın parçası olması mümkündür. Bu çerçevede sosyal medyada aktif olarak içerik oluşturacak olan bir kullanıcı topluluğunun bulunması gerekmektedir. Kullanıcılar sosyal medyada profil ismi verilen sanal kimliklerle hareket ederler. Kullanıcı profili, bilgisayar ortamında kullanıcıyı temsil eden, kullanıcıya ait kişisel verileri ihtiva eden, onun dijital bir görüntüsü, temsilidir¹⁰. Bu husus “*dijital/ sanal kimlik*” olarak da ifade edilmektedir¹¹.

İkinci olarak sosyal medya araçlarının sınırlandırılmamış bir erişime sahip olması gerekmektedir. Bu erişimden kasıt genel bir kullanıcı topluluğunun zaman ve mekân fark etmeksizin sosyal medyanın içeriğine erişim sağlayabilmesini ifade etmektedir¹². Erişilebilir olmak yalnızca tek taraflı olarak içeriğe ulaşabilmeyi anlatmamaktadır. Bununla birlikte geleneksel medya unsurlarından farklı olarak genel bir kullanıcı topluluğunun ürettiği içeriği yayınlama anlamında da sınırlandırılmamış bir erişime sahip olması gerektiği ifade edilebilir.

Sosyal medya platformlarının eski nesil medya araçlarından en önemli farklarından biri sıradan kullanıcılara içerik üretme imkânı sunmasıdır¹³. Geleneksel medya araçlarında insanlar tek yönlü bilgi paylaşımının pasif süjesi iken, yeni nesil medya anlayışında sosyal medya kullanıcılarının içerik üretme ve yayınlama imkânı mevcuttur.

Sosyal medya araçları web 2.0’ın getirdiği imkânla, kullanıcılar ve içerik üreten diğer kullanıcılar arasında, çevrimiçi, anlık iletişim kurma imkânı

⁸ **Çalışkan, Mustafa/Mencik, Yunus:** Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya, Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, S. 50, 2015, s. 257; **Eşitti, Şakir/Işık, Mehmet:** Sosyal Medyanın Yabancı Turistlerin Türkiye’yi Tatil Destinasyonu Olarak Tercih Etmelerine Etkisi, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, C. 1, S. 27, 2015, s. 15, 16; **Süslü, Bilal/Uluç, Güliz:** Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 8, S. 17, 2016, s. 338; **Akkurts.** 100; **Çelik, s. 32; Kapan/Üncel, s. 281.**

⁹ **Akkurt, s. 101; Çalışkan/Mencik, s. 5; Çelik, s. 32; Eşitti/Işık, s.15; Kapan/Üncel, s. 281.**

¹⁰ <https://tr.wikipedia.org/>, (Et. 02.12.2021).

¹¹ **Akkurt, s. 101.**

¹² **Akkurt, s. 100.**

¹³ **Akkurt, s. 102.**

tanılmaktadır¹⁴. Söz konusu iletişim yazılı, sözlü veya görsel olarak sağlanabilmektedir. Örneğin içeriğe yorum yapma, mentionlama, görüntülü olarak katılma, direkt mesaj gönderme şeklinde hem içerik üreticisiyle hem de diğer sosyal medya kullanıcılarıyla iletişim sağlanmaktadır.

II. SOSYAL MEDYADA YAPILAN FENOMEN ARACILIĞIYLA PAZARLAMA

A. Genel Olarak

Günümüzde sosyal medya kullanımı, çocuklardan yaşlılara kadar çok geniş bir kullanım alanına ulaşmıştır ve gün geçtikçe artmaktadır. 2023 yılında sosyal medya araçlarını kullananların sayısı 4,76 milyara ulaşmıştır¹⁵. Sosyal medyanın bu denli yaygınlaşması, üye sayılarının gün geçtikçe artması, insanların teknolojiye ve bu sebeple sosyal medyaya ulaşmasının kolaylaşması ürün ve hizmet sunan kişilerin dikkatini cezbetmiştir¹⁶.

Sosyal medya, insanların içerik ürettiği, paylaştığı, birbirleriyle iletişim kurduğu bir mecra olarak sosyalleşme amacını aştığı söylenebilir. Sosyal medya günümüzde pazarlama stratejilerinin bir parçası haline gelmiştir. İfade edilen amaçlarla kullanıcılara hizmet veren sosyal medya araçları, artık markaların, ürün ve hizmet sunan kişilerin profil sahibi olduğu ve buradan reklamlarını yaptıkları bir mecra haline gelmiştir.

Ürün ve hizmet sunan kişiler sosyal medyayı kullanarak pazarlama yapmaktadırlar. Pazarlama “*ahlıklar, tüketiciler, ortaklar ve geniş boyutuyla toplum için değer ifade eden ürünlerin geliştirilmesi, dağıtımı, mübadelesi ve ilgili gruplarla iletişim kurulmasını sağlayan bir dizi işlemler ve kuruluşlardan oluşan bir faaliyettir.*”¹⁷ İnternet ve sosyal medya ürün ve hizmet sunan kişilerle hedef kitleleri arasındaki mesafeyi azaltmaktadır. Bunun

¹⁴ Akkurt, s. 103.

¹⁵ <https://wearesocial.com/uk/blog/2023/01/the-changing-world-of-digital-in-2023/> (Et. 15.12.2023).

¹⁶ Haenlein, Michael/Anadol, Ertan/Farnsworth, Tyler/Hugo, Harry/Hunichen, Jess/Welte, Diana: “Navigating the New Era of Influencer Marketing: How to be Successful on Instagram, TikTok, & Co.”, California Management Review, Vol. 63, Issue 1, 2020, s. 6; Yağcı, Sibel, Fenomen Pazarlama (Influencer Marketing): Dijital Pazarlamanın Kanaat Önderleri Üzerine Araştırma, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 2019, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 24; Albayrak, s. 12; Appel/Grewal/Hadi/Stephen, s. 82 83; Joshi/Lim/Jagani/Kumar, s. 2, 3.

¹⁷ <https://marketingdersleri.blogspot.com/2015/04/pazarlama-marketing-nedir.html> (Et. 15.12.2023).

sonucu olarak geleneksel pazarlama faaliyetleri yerine dijital pazarlama faaliyetleri ön plana çıkmaktadır¹⁸.

B. Fenomen Aracılığıyla Pazarlama

1. Kavram

Fenomen aracılığıyla pazarlama kavramı Türk bilim literatüründe farklı şekillerde kullanılmaktadır. Bunlar; etkileyici pazarlama¹⁹, fenomen pazarlaması²⁰, hatırlı pazarlama²¹, nüfuz pazarlaması²², influencer pazarlama²³, sosyal etki pazarlaması²⁴ olarak ifade edilebilir. Söz konusu kavramlar arasında önemli ölçüde bir farklılık bulunmamaktadır. Çalışmada “*influencer*” kavramı aynen kullanılmış, “*influencer marketing*” yerine ise “*fenomen aracılığıyla pazarlama*” kavramı tercih edilmiştir. Çünkü, daha sonra da açıklanacağı üzere, influencer kavramı dilimize yerleşmiş ve kamuoyu tarafından benimsenmiş bir kavramdır. Influencer yerine kullanılacak diğer kavramlar bunun tam anlamıyla karşılığını oluşturamamaktadır. Örneğin fenomen kavramı influencer kavramından çok daha geniş bir kavramdır. You Tube, Instagram, Tik Tok gibi sosyal medya mecralarında paylaşımlarda bulunan kişiler sosyal medya kullanıcıdır. Sosyal medya kullanıcısı olan bu kişilerden düzenli paylaşım yapanlara, paylaşım yaptıkları mecraya göre

¹⁸ **Kıran**, Selçuk/**Yılmaz**, Cansu/**Emre**, İlkin Ecem: Instagram’daki Influencer’ların Takipçiler Üzerindeki Etkisi, Uluslararası Yönetim Bilişim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi, C. 3, S. 2, 2019, s. 101.

¹⁹ **Sarıkoz**, Ensar: Etkileyici Pazarlamada Etkileyicinin ve Mesajlarının Özelliklerinin Satın Alma Niyetine Etkisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2020, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 20.

²⁰ **Yağcı**, s. 24.

²¹ **Alıklıç**, İnanç/**Özkan**, Buse: Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri Üzerine Bir Araştırma, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2018, s. 43; **Tandoğdu**, s. 16.

²² **Aktaş**, Aysel/**Şener**, Gül: Nüfuz Pazarlamasında (Influencer Marketing) Mesaj Stratejileri, Erciyes İletişim Dergisi, C. 6, S. 1, 2019, s. 399; **Şahin**, Derya: Nüfuz Pazarlaması (Influencer Marketing): Youtuberlar Üzerine Bir Araştırma, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, S. 2, 2019, s. 47, **Özel**, Merve: Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 31.

²³ **Eyel**, Cafer Şafak/**Şen**, Beliz: Influencer Pazarlama ve Tüketicilerin Influencer’lara Yönelik Tutumlarının Satın Alma Niyeti Üzerindeki Etkisi, Atlas Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 5, 2020, s. 7; **Gedik**, Yasemin: Sosyal Medyada Yükselen Bir Trend: Influencer Pazarlama Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 2, 2020, s. 362.

²⁴ **Albayrak**, s. 33.

You Tuber, Instagrammer veya Tik Toker gibi isimler verilmektedir. Bunlardan da bazıları -ki bunlar çok fazla takipçisi bulunan hesaplardır- sosyal medya fenomeni olarak nitelendirilebilir. Sosyal medya fenomenlerinden de yalnızca sosyal medyada pazarlama yapanlara influencer denilmektedir. Dolayısıyla fenomen ifadesinden, influencerın karşılıdığı anlamı çıkarmak mümkün olmamaktadır. Keza benzer şekilde nüfuzlu kişi, hatırlı kişi, kanaat önderi gibi ifadeler de influencerın kavramının karşılığını oluşturmaktan uzak kalmaktadır. Zorunlu unsurlarından dolayı, influencerın karşılığı olarak “sosyal medyada pazarlama yapan etkileyici kişi” gibi bir ifadenin ortaya konulması durumunda ise bunun kavram olmaktan ve olağan kullanımdan uzak kaldığı söylenebilir. Fakat her ne kadar influencer yerine fenomen kavramı kullanılamasa da influencer marketing kavramı yerine “fenomen aracılığıyla pazarlama” ifadesi kullanılabilir. Nitekim influencer kısaca, sosyal medya üzerinde pazarlama yapan etkileyici kişi yani fenomen anlamındadır. Fakat bu bir kavramdan ziyade tanımdır. Fenomenin influencerın karşılığını oluşturmayıp, fenomen aracılığıyla pazarlamanın influencer marketing kavramının karşılığını oluşturabilmesi hayli ilginç olmakla birlikte çalışmada bu şekilde bir kullanım söz konusudur.

Fenomen aracılığıyla pazarlama konusunda çeşitli tanımlar yapılmaktadır²⁵. Söz konusu tanımlarda belli başlı ortak unsurlar bulunmaktadır.

²⁵ Aktaş/Şener’e göre, “Nüfuz pazarlaması, bir markanın ürün ve hizmetlerini o markayı etkileme kapasitesine sahip kişiler aracılığıyla (nüfuzlu/influencer) tanıtma veya satma eylemlerinin tümünü kapsayan pazarlama etkinliği olarak tanımlanmaktadır.”, Aktaş/Şener, s. 401; Alikılıç/Özkan’a göre, “Hatırlı pazarlama, sosyal ağlarda belirli bir grubu etkileme gücüne sahip kişileri, sahip oldukları sosyal medya hesapları üzerinden, herhangi bir ürün ile ilgili hedef tüketici grubunu etkileme ve satın almaya yönlendirmeye yönelik düzenledikleri tanıtım ve pazarlama aktiviteleridir.”, Alikılıç/Özkan, s. 45; Bingöl’e göre, “Hatırlı pazarlama, reklam verenlerin belirli bir ürünün veya hizmetin tanıtımını yapmak üzere fenomen/blogger/etkileyici olarak adlandırılan kişilerle anlaşıp, kendi ürünlerinin veya hizmetlerinin bu kişiler aracılığı ile sosyal medya üzerinden tanıtımını yaptırdukları yeni bir pazarlama yöntemidir.”, Bingöl, K. Leyla: Influencer’ların Yaptıkları Reklam ve Tanıtımlardan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 178, 2021, s. 1074-1083; Şahin’e göre, “Nüfuzlu pazarlama (influencer marketing) çevrimiçi alanda etkili olan kişilerin markaların mesajlarını tüketiciler ile sponsorluk bağlamında paylaşmalarını sağlayan sanat ve bilim olarak adlandırılmaktadır.”, Şahin, Nüfuz Pazarlaması, s. 50; Özel’e göre “Nüfuz pazarlaması, ağırlıklı olarak sosyal medya mecralarında, etkileşim düzeyi yüksek olan kişilerin, reklamın temel işlevi olan bir mal/hizmet veya reklamverenin tanıtılması ve/veya pazarlanması faaliyetini, reklamveren adına üstlendiği pazarlama stratejisi olarak tanımlanabilecektir.”, Özel, s. 33; Ayrıca tanımlar için bkz.: Abbasoğlu, Hayriye Dilara: Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 32; Albayrak, s. 33; Eysel/Şen, s. 11; Gedik, s. 369; Sarıkız, s. 24; Tandoğan, s. 16; Yağcı, s. 25.

Fenomen aracılığıyla pazarlamanın en önemli unsuru olarak değerlendirilebilecek unsur, fikirleriyle, açıklamalarıyla başka kişileri etkileme yeteneğine ve imkânına sahip olan kişilerdir. Bu kişiler aracılığıyla tanıtım ve reklam faaliyetleri yapılmaktadır. Fenomen aracılığıyla pazarlamada bir ürün, hizmet veya markanın tanıtımı ve bunlar hakkında olumlu yönde fikir paylaşımı bulunmaktadır. Bu paylaşım kişileri o ürün veya hizmeti almaya teşvik etme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ortak unsur, ürün veya hizmetin tanıtımının sosyal platformlar aracılığıyla yapılmasıdır. Fenomen aracılığıyla pazarlama için çevrimiçi bir ortam gerekmektedir. Son olarak fenomen aracılığıyla pazarlama yeni nesil bir pazarlama yöntemidir. Fenomen aracılığıyla pazarlama web 2.0'ın sağladığı imkânlarla internet aracılığıyla yapılan pazarlama tekniğinin gelişmesi sayesinde ortaya çıkan bir pazarlama yöntemidir.

Sonuç olarak fenomen aracılığıyla pazarlama kavramı şu şekilde tanımlanabilir: Fenomen aracılığıyla pazarlama sahip olduğu yetenek ve sosyal çevre sayesinde insanları etkileme imkânına sahip olan kişilerin, sosyal medya araçları vasıtasıyla, bir başkasının sunduğu ürün veya hizmetlerin tanıtımını yaptığı ve sözleşme kurulmasına aracılık ettiği yeni nesil bir pazarlama yöntemidir.

2. Fenomen Aracılığıyla Pazarlama Türleri

Fenomen aracılığıyla pazarlama faaliyeti çeşitli yöntemlerle yapılmaktadır. Bunlardan birkaçı sponsorlu içerik üretme, komisyon modeli içerik üretme, ücretsiz ürün gönderimi yoluyla içerik üretme şeklinde sayılabilir²⁶.

a. Sponsorlu İçerik Üretme Yoluyla Fenomen Aracılığıyla Pazarlama

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sponsorluk Yönetmeliği m. 4'e göre sponsorluk "gerçek veya tüzel kişilerce, dolaylı olarak ticari fayda sağlamak ya da sosyal sorumluluklarını yerine getirmek amacıyla iletişim olanakları karşılığında ayni ve/veya nakdi destekte bulunulması" olarak tanımlanmaktadır. Mal veya hizmet sunan kişiler, sundukları mal veya hizmetlerin tanıtımı için influencer ile bir sponsorluk anlaşması yapmış olabilirler. Bu sponsorluk kapsamında influencerlar mal veya hizmetin tanıtımını, reklamını yapmaktadırlar.

Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m. 7'de yukarıda ifade edildiği şekilde yapılan bir tanıtımda a) "Bu video [reklam veren] reklamlarını

²⁶ Özel, s. 35.

içermektedir.” b) “Bu video, [reklam veren] ile ücretli işbirliğini içermektedir.” şeklindeki ibarelere yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

b. Komisyon Modeli Yoluyla Fenomen Aracılığıyla Pazarlama

Komisyon modeli yoluyla fenomen aracılığıyla pazarlama modeli “affiliate marketing” olarak isimlendirilmektedir²⁷. Bu tip içerik üretiminde influencer ürünü tanıtmakta ve bir link veya kod paylaşmaktadır. Takipçiler bu link ve kodu kullanarak alışveriş yaptığı takdirde, influencer söz konusu ürün veya hizmetin satılmasından komisyon almaktadır²⁸.

Komisyon modeli içerik üretiminde influencer ürünü satan kimse değildir. Influencer ile takipçileri arasında doğrudan sözleşmesel bir ilişki kurulmamaktadır. Influencer ürünün tanıtımını yapmakta, daha sonra ürün kod veya link kullanılarak satıldığı takdirde mal veya hizmeti sunan kişiden komisyon almaktadır.

c. Ücretsiz Ürün Gönderimi Yoluyla Fenomen Aracılığıyla Pazarlama

Ücretsiz ürün gönderimi aracılığıyla yapılan fenomen aracılığıyla pazarlamada influencerlar kendilerine ücretsiz olarak gönderilen ürünlerin tanıtımını yapmaktadırlar. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m. 6/1-d’ye göre “Kendisine reklam veren tarafından hediye edilmiş bir mal veya hizmeti kendisinin satın aldığı izlenimi oluşturamaz.” Ayrıca Kılavuz’un 7. maddesine göre influencer “Bu ürünleri [reklam verenden] hediye olarak aldım.”, “Ürünleri bana gönderdiği için [reklam verene] teşekkürler.” şeklindeki ibarelere içeriğinde yer vermelidir. Kılavuzda içeriğin tipine göre hangi ibarelere yer verilmesi gerektiği ayrı ayrı sayılmaktadır.

Ücretsiz ürün gönderimi yolu genellikle kozmetik, kişisel bakım ürünleri gibi alanlarda tercih edilmektedir. Bu yolda influencer genellikle kutu açılışı şeklinde yol izleyerek tanıtımı yaparak ilgiyi, ürünlerin bir kısmını izleyicilerle paylaşma yoluyla da etkiyi artırmaktadır.

²⁷ Özel, s. 35.

²⁸ “Trendyol Affiliate Programı sosyal medya kanallarında, beğendiğin ürünleri takipçilerinle paylaştığın ve senin linkin aracılığıyla Trendyol’a gelerek satın alınan ürünler üzerinden komisyon kazandığın bir gelir ortaklığı modelidir.”, <https://www.trendyol.com/s/trendyol-affiliate-programi>, (Et. 10.10.2023); “Hepsiburada üyeliğinle giriş yap. Moda, bakım, kozmetik veya teknoloji gibi pek çok kategoride listelerini oluştur. Listelerini paylaşarak takipçilerine önerilerde bulun. Takipçilerin listenden alışveriş yaptığında sen de kazan!”, <https://influencer.hepsiburada.com/>, (Et. 10.10.2023).

C. Influencer Kavramı

Influencerlığın bir iş kolu haline dönüşmesi yeni nesil teknolojinin ve sosyal medyanın eseridir. Sosyal medyada içerik üreten bu kişiler, takipçileriyle gittikleri, gezdikleri, yiyip içtikleri, giydikleri şeyleri kısacası tecrübelerini paylaşmaktadırlar. Özellikle ülkemizde sosyal medyanın yaygın olarak kullanılmaya başlaması Facebook ile gerçekleşmiştir. İnsanlar burada daha çok tanıdıklarıyla iletişime geçmiş, fotoğraf ve fikir paylaşmaya başlamıştır. Fakat influencer faaliyetinin gelişimi sosyal medyanın daha çok yaygınlaşmasıyla birlikte özellikle Instagram kullanımının popülerleşmesiyle olmuştur. Instagrammer²⁹, youtuber³⁰, tiktoker³¹ olarak adlandırılan kişilerin yaptıkları paylaşımların altına yapılan yorumlar ‘influencer’ kavramının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Zira paylaşımların altında, paylaşımı yapan kişinin giydiği kıyafeti nereden aldığı, hangi kuaföre gittiği, nerede yemek yediğinin öğrenilmeye çalışıldığı yorumlar yapılmıştır. Özellikle online alışverişin popüler hale gelmesiyle söz konusu ürün veya hizmetin ‘linkinin paylaşılması’ konusunda o kişinin takipçileri çokça talepte bulunmuşlardır. İşte bu gelişmeler sonucu içerik üreticiliğinden influencerlığa yeni nesil bir pazarlama aracı ortaya çıkmıştır.

Influencer kavramı ‘influence’ kelimesinden türemektedir. Influence sözlük anlamı olarak etkilemek; influencer ise etkileyen kişi/ etkileyici demektir. Fenomen aracılığıyla pazarlamada, influencerın sözlük karşılığı olan ‘etkileyici’ kelimesi büyüleyici (fascinating) anlamında kullanılmamaktadır. Etkileyici kelimesinden kasıt, süjedir; etkileme fiilini yapan kimsedir. Literatürde influencer kavramı yerine etkileyici kişi, nüfuzlu kişi, hatırlı kişi, kanaat önderi, sosyal medya etkileyicisi, fenomen kavramları da kullanılmaktadır.

Mal ve hizmet pazarlayanlar, reklam verenler, markalar influencerların sahip olduğu etkili iletişimden faydalanmaktadırlar. Zira influencerların, sahip oldukları sosyal çevre ve kendilerini takip eden insanlar üzerinde büyük etkileri vardır. İnsanlar takip ettikleri, hayranlık besledikleri influencerlara güven duymaktadır³². Fenomen aracılığıyla pazarlamanın temelini oluşturan en önemli unsur, insanların influencerlara duymuş olduğu bu güvendir.

²⁹ Instagram’da düzenli olarak içerik üreten veya paylaşan kimseye verilen isim.

³⁰ You Tube’da düzenli olarak içerik üreten veya paylaşan kimseye verilen isim.

³¹ TikTok’ta düzenli olarak içerik üreten veya paylaşan kimseye verilen isim.

³² **Aktaş/Şener**, s. 405; **Albayrak**, s. 33; **Baytan Avkovan**, s. 79; **Bayuk/Aslan**, s. 177; **Eyel/Şen**, s. 9; **Sarıkoz**, s. 24; **Şahin**, Nüfuz Pazarlaması, s. 50; **Tandoğan**, s. 34; **Yağcı**, s. 29.

Çeşitli kavramlarla ifade edilen bu kişiler için çeşitli tanımlar yapılmaktadır³³. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m. 4'te söz konusu kişiler "Sosyal medya etkileyicisi" olarak ifade edilmiş ve şu şekilde tanımlanmıştır: "*Sosyal medya etkileyicisi: Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişiye*"³⁴ denir.

Influencerdan bahsedilebilmesi için bu kişinin sosyal medya araçlarını kullanarak içerik üreten bir kişi olması gerekmektedir. Fakat influencerın yalnızca içerik üreticisi olarak ifade edilmesi eksik bir nitelendirme. Sosyal medyada, örneğin 'instagram'da, düzenli içerik üreten kişilere instagrammer, 'you tube'da düzenli içerik üreten kişileri youtuber denilmektedir. Fakat bu kişiler influencer olarak adlandırılmamaktadır. Sosyal medyada içerik üretenlerin influencer olarak nitelendirilebilmeleri için ürettiği içeriklerle kitleleri yönlendirebilmek, manipüle etmek amaçlarına ve yeteneğine sahip olması ve sosyal medya üzerinde bu yeteneği sebebiyle pazarlama yapıyor olması gerekmektedir. Bu kişilerin popüler ve dikkat çekici bir konumda bulunmaları yeterli olmayıp, kitleleri heyecanlandırma, toplumsal ve politik olaylarda manipüle etme ve tüketici tercihlerini yönlendirme yeteneğine sahip olmaları gerekir³⁵. Sonuç olarak influencer şu şekilde tanımlanabilir: Sosyal medyada çok sayıda takipçisi olan ve takipçilerinin, fikir ve görüşlerine, tavsiyelerine önem verdiği, kendisine güven duyduğu, zaman zaman bu tavsiyelere göre davranışlarını şekillendirdiği, çeşitli yöntemlerle sosyal medya üzerinde bazı mal ve hizmetlere ilişkin pazarlama yapan kimsedir³⁶.

³³ Şahin'e göre, "Nüfuzlular olarak tabir edilen bu yeni nesil, sosyal medya ünlüleri olarak bilinmekte, geniş takipçi ağına sahip, takipçilerini satın alma doğrultusunda etkileyen, içerik ürettikleri videolar hakkında bilgi sahibi olduğu düşünülen ve fikirlerine güvenilen kişiler olarak bilinmektedir.", Şahin, Nüfuz Pazarlaması, s. 50; Eysel/Şen'e göre, "Influencerlar; bloglar, tweetler ve diğer sosyal medya kanallarının kullanımı yoluyla bir kitlenin tutumunu şekillendiren yeni bir tür bağımsız, üçüncü taraf destekçiyi temsil eder.", Eysel/Şen, s. 9; Keskin'e göre "Influencer kavramı, basitçe sosyal medyada çok sayıda takipçisi bulunan ve onları etkileme gücüne sahip olan kimseleri ifade eder.", Keskin, Ayşe Dilşad: Influencer Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 135.

³⁴ <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafindan-yapilan-ticari-reklam-ve-haksiz-ticari-uyg>, (Et. 10.10.2023).

³⁵ Aktas/Şener, s. 405; Albayrak, s. 33; Sarıkız, s. 31; Şahin, Nüfuz Pazarlaması, s. 50.

³⁶ Baytan Avkovan, Serenat: Influencer Sözleşmeleri, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, (ed. A. Hulki Cihan, Tuğçe

III. FENOMEN ARACILIĞIYLA PAZARLAMANNIN VE INFLUENCERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamannın Hukuki Niteliği

1. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamannın Öneri Olarak Değerlendirilmesi

Öneri, sözleşmenin yapılması amacıyla bir teklif sunan, zaman olarak daha önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasıdır³⁷. TBK m. 1/1'e göre sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı olarak ve birbirine uygun şekilde açıklamalarıyla kurulmaktadır. Önerinin, sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı bütün noktalarını kapsamaması gerekmektedir.

Fenomen aracılığıyla pazarlamada influencerlar, ürünü kullanmakta, tanıtımını yapmaktadır. Bununla beraber influencer ürettiği içeriğin altına ilgili ürünün online satışının yapıldığı internet sitesinin linkini koymaktadır. Takipçiler bu link aracılığıyla internet sitesine yönlendirilmektedir. Bundan sonra eğer isterlerse site aracılığıyla alışveriş yapmaktadırlar. Bu internet sitesinde bulunan sekmeler ve ilanlar artık bir öneri niteliğinde olmaktadır. Fakat influencer öneriyi yapan kişi değildir.

Sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekmektedir. Fenomen aracılığıyla pazarlamada ise influencer ile takipçi arasında karşılıklı bir irade beyanının varlığı söz konusu değildir. Influencerın yaptığı faaliyet önerinin diğer unsurlarını taşımış olsa dahi öneriden bahsedilemez. Zira influencer sözleşmenin bir tarafı değildir. Bu sebeple ona yöneltilebilecek bir kabul beyanı bulunmamaktadır.

Tuzcuoğlu), 1. Baskı, s. 78; Aktas/Şener, s. 405; Abbasoğlu, s. 50; Albayrak, s. 33; Alikılıç/Özkan, s. 45; Bingöl, s. 1075; Eysel/Şen, s. 11; Sarıkız, s. 24; Şahin, Nüfuz Pazarlaması, s. 50; Tandoğan, s. 16; Yağcı, s. 25.

³⁷ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Genel), s. 283; Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I m. 1-48, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 398; Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 84; Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 148; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 82; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 52; Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 64.

2. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamanın Öneriye Davet Olarak Değerlendirilmesi

Sözleşmenin tüm esaslı noktalarını içeren önerinin, muhatap tarafından kabul edilmesiyle birlikte sözleşme kurulmuş olur. Fakat öneriye davette beyan sahibi sözleşmenin kurulması için gereken unsurları kesin olarak bildirmemekte, yalnızca muhatapla sözleşme kurmaya hazır olduğunu ifade etmektedir³⁸.

Influencer yaptığı faaliyette sözleşme kurmaya hazır olduğunu ifade edecek bir açıklama yapmamaktadır. Zira söz konusu içerikte influencer ürünün tanıtımını yapmakta, olumlu yanlarını göstermekte, takipçisini satın alma yönünde teşvikte bulunmakta, tavsiye vermektedir. Bunun sonucunda takipçi isterse ilgili ürünü almak için internet sitesinin linkine tıklayabilmektedir. Bu sebeple influencerın tanıtım faaliyetinin öneriye davet olduğunu söylemek de mümkün görünmemektedir.

3. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamanın Reklam Olarak Değerlendirilmesi

6502 S. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61'e göre "Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır." Çataloğlu'na göre reklam "En geniş anlamıyla bir mal ya da hizmetin tercih edilirliliğini arttırabilmek için bedel karşılığında yapılan her türlü tanıtım olarak"³⁹ tanımlanabilir.

Bir faaliyetin reklam olabilmesi için bunun belli başlı unsurlara sahip olması gerekir. Bunlar: 'Tanıtım', 'tanıtımın ticari gayelerle yapılması', 'reklam verenin kimliğinin belirtilmesi', 'reklam yapma iradesinin varlığı', 'kitleye hitap etme' olarak ifade edilebilir⁴⁰. Influencerlar aracılığıyla yapılan tanıtım faaliyetinin geniş anlamda bir reklam faaliyeti olduğunu söyle-

³⁸ Eren, Genel, s. 285; Gümüş, Genel, s. 148; Kılıçoğlu, s. 85; Reisoğlu, s. 65.

³⁹ Çataloğlu, Burcu Bahar: Reklama Hukuki Açıdan Bir Bakış, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2020, s. 603.

⁴⁰ Imrak, İsmet: Reklam Hukuku ve Aldatıcı/Yanıltıcı Reklamlar, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 19 vd.; Kati, Zülal: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 11 vd.; Özdemir, Hayrunnisa: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 67 vd.

mek mümkündür⁴¹. Fakat bu faaliyetin reklam olması, fenomen aracılığıyla pazarlamanın hukuki niteliğini tam olarak izah etmemektedir. Zira bu kez de reklamın hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim reklamın hukuki nitelik açısından öneri olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilmektedir⁴². Reklamın öneriye davet, ilan yoluyla ödül sözü verme şeklinde olması da mümkündür⁴³.

4. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamanın FSEK Anlamında Eser Olarak Değerlendirilmesi

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 1/B maddesinde ifade edildiği üzere eser "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*" ifade etmektedir. Bir ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar, fikri emeğin ürünü olması, fikri ürünün Kanun'da sayılan hallerden biri olmasıdır⁴⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan haller, "İlim ve edebiyat eserleri", "Musiki eserleri", "Güzel sanat eserleri" ve "Sinema eserleri"dir. Fenomen aracılığıyla pazarlamanın yakın sayılabildiği "*sinema eserleri: her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.*" Burada dikkat edilmesi gereken husus, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde, sinema eseri olarak kabul edilecek olan şeyin, fenomen aracılığıyla pazarlama faaliyeti değil, fenomen aracılığıyla pazarlama yaparken kullanılan içerik olduğudur. Bunun da her türlü fenomen aracılığıyla pazarlama için söz konusu olmadığı, her bir fenomen aracılığıyla pazarlamada kullanılan içeriğin eser sayılıp sayılmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Sonuç olarak fenomen aracılığıyla pazarlamanın değil, influencerın ürettiği içeriğin eser olabildiği, aksine pazarlama faaliyetinin eser niteliğine haiz olmadığı söylenebilir.

⁴¹ Keskin, s. 138.

⁴² Tekelioğlu, Numan: Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2018, s. 6.

⁴³ Tekelioğlu, s. 7 vd.

⁴⁴ Ercan, Cannur: Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 46, 2021, s. 382.

B. Influencerın Hukuki Niteliği

1. Influencerın Tacir Yardımcısı Olup Olmadığı

Ticari işletmenin faaliyetlerinin tamamının bizzat tacirin kendisi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. Bu sebeple tacir, bazı kişileri işletmenin idare edilmesi, faaliyetlerin yürütülmesinde kendisine yardımcı olarak belirleyebilir. Tacire bağlı olarak veya bağımsız bir şekilde, taciri temsil yetkisine sahip olarak veya temsil yetkisi olmadan faaliyet gösteren bu kişilere tacir yardımcısı adı verilir⁴⁵.

Türk işletme hukukunda tacir yardımcıları, bağlı tacir yardımcıları ve bağımsız tacir yardımcıları olarak iki başlıkta incelenmektedir⁴⁶. Bağlı tacir yardımcıları, işletmenin merkezinde, şubesinde veya başka tesislerinde ya da görev kapsamında işletme dışında, tacire bağımlı olarak çalışan, onun emir ve talimatları çerçevesinde hareket eden kişilerdir⁴⁷. Ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacı bağlı tacir yardımcılarıdır.

Bağımsız tacir yardımcıları, iş yönünden tacire bağlı olmakla birlikte, tacirden bağımsız ticari işletmeye sahip olan, bu işletmenin idaresi, çalışma yöntem ve zamanını kendisi serbestçe belirleyen, uzmanlığı bulunan tacir yardımcılarıdır⁴⁸. Simsar, acente ve komisyoncu bağımsız tacir yardımcılarıdır.

a. Ticari Temsilci

Türk Borçlar Kanunu m. 547'ye göre ticari temsilci, "*işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı*

⁴⁵ **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 27. Baskı (26. Basıdan Tıpkı Basım), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2020, s. 183; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 453; **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 215; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 287; **Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 253.

⁴⁶ **Küçükaydın**, Halil Doğan: Ticari İşletme Hukuku, (Ed. Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can, Esra Kaşak), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 116; **Arkan**, s. 183; **Bahtiyar**, s. 215; **Poroy/Yasaman**, s. 287.

⁴⁷ **Arkan**, s. 183; **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018, s. 117; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 728; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 454; **Bahtiyar**, s. 215; **Şener**, s. 253.

⁴⁸ **Arkan**, s. 184; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 454; **Bahtiyar**, s. 215; **Şener**, s. 253; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 729.

altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir." Ticari temsilci kural olarak sanki tacirin kendisiymiş gibi işlem yapabilmektedir. Yaptığı bu işlemler taciri kendisi yapmışçasına bağlamaktadır⁴⁹.

Ticari temsilci, işletmenin malvarlığıyla ilgili işlemleri yapabilir; ticari vekil tayin edebilir; teminat amacıyla sözleşmeler akdedebilir. Bunun aksine influencer, işletmeyle yaptığı sözleşme veya aralarındaki ilişki gereği markanın tanıtımını yapan kişidir. Influencerın işletme adına herhangi bir işlem yapması söz konusu değildir. Influencer, takipçileriyle sözleşme yapmaktadır. Yalnızca takipçilerini tanıtım konusu ürüne veya markaya kanalize etmekte, yönlendirmektedir. Bu anlamda influencerın ticari temsilci olmadığını söylemek mümkündür.

b. Ticari Vekil

Türk Borçlar Kanunu m. 551/1'e göre, ticari vekil, bir işletmeyi yönetmekle veya işletmenin bazı işlerini yürütmekle görevli olan, ticari temsilcilik yetkisi bulunmayan kişi olarak ifade edilmektedir⁵⁰. TBK m. 551/2'ye göre ticari temsilci işletmenin alışılmış işlemlerini yapmaya yetkilidir. Hükümde ticari vekilin yapamayacağı işlemler sayılmış, bunun dışında kalan alışılmış işlemleri yapabileceği ifade edilmiştir. Buna göre ticari vekil ayrıca yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez.

Ticari vekilin işletmenin alışılmış bütün işlemlerini yapabileceği göz önünde bulundurulduğunda, influencerın işletmenin ticari vekili olmadığı ifade edilebilir. Nitekim ticari vekil işletmenin tamamını veya bir bölümünü yönetme yetkisine sahip bir kimsedir⁵¹.

c. Pazarlamacı

Türk Borçlar Kanunu m. 448'de pazarlamacılık sözleşmesi tanımlanmıştır: "*Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*"

⁴⁹ Bahtiyar, s. 216; Poroy/Yasaman, s. 290; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 731.

⁵⁰ Arkan, s. 198; Bahtiyar, s. 220; Poroy/Yasaman, s. 291.

⁵¹ Arkan, s. 198.

Pazarlamacı, tacirin işletmesiyle alakalı faaliyetlerini genişletmesine, işletme dışında, bizzat müşterinin yanına giderek müşterinin işyerinde hukuki işlemler yapan kişidir⁵². Pazarlamacı işletme dışında gezmek suretiyle sözleşme yapar veya yapılmasına aracılık eder. Pazarlamacının unsurları: Bir pazarlamacılık sözleşmesinin bulunması, aracılık ya da sözleşme yapma şeklindeki faaliyetini ticari işletmenin dışında ve gezici olarak yapma, süreklilik, ücret, tacire bağlılık olarak ifade edilebilir⁵³.

Influencerlar kural olarak işletmelere bağlı olarak çalışmazlar. Influencer faaliyetlerinde bağımsızdır⁵⁴. Faaliyetin çerçevesi belirlendikten sonra influencerın bu faaliyeti nasıl icra edeceği kendisine kalmış bir husustur. Bundan başka influencer faaliyetlerini işletme dışında yapmakla beraber gezici olarak yapmamakta, sosyal medyada kendi sosyal medya hesabı üzerinden gerçekleştirmektedir. Influencerın sözleşmenin yapılmasına aracılık ettiği söylenebilirse de sözleşme yapma yetkisi söz konusu değildir. Bu çerçevede influencerın pazarlamacı olmadığını ifade etmek mümkündür.

d. Acente

Acentelik Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmektedir. TTK m. 102/1'e göre "*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.*"

Türk Ticaret Kanunu m. 102/1 hükmünün lafzından da anlaşıldığı üzere acente bağımsız tacir yardımcısıdır. Acente, işletme sahibiyle arasındaki bir acentelik sözleşmesiyle faaliyetlerini yürüten, sınırları belirli bir yer veya bölge içinde faaliyet gösteren, ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık veya tacir adına ve hesabına sözleşmeleri yapan kimsedir⁵⁵. Influencer işletmeden bağımsız olarak faaliyet göstermektedir. Fakat

⁵² Arkan, s. 202; Bahtiyar, s. 222.

⁵³ Arkan, s. 203; Küçükaydn, s. 123; Poroy/Yasaman, s. 293; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 757 vd.

⁵⁴ Örneğin, Hepsiburada influencer'ı olabilmek için gerekli şartlar: "Hepsiburada üyeliğinle giriş yap; moda, bakım, kozmetik veya teknoloji gibi pek çok kategoride listelerini oluştur; listelerini paylaşarak takipçilerine önerilerde bulun; takipçilerin listenden alışveriş yaptığında sen de kazan; Instagram'da takipçi sayımız 10.000'in üzerinde olmalıdır; takipçi sayınızın ve etkileşim oranlarınızın tamamen organik olması gerekir.", <https://influencer.hepsiburada.com/>, (Et. 22.12.2021).

⁵⁵ Arkan, s. 2016; Bahtiyar, s. 226; Küçükaydn, s. 127; Poroy/Yasaman, s. 298.

influencer sınırları belirli bir yer veya bölgede faaliyet göstermez. Influencer sosyal medyanın sınırsız alanında faaliyetlerini yürütmektedir. Bundan başka influencer ticari işletmeyi ilgilendiren konularda tacir adına sözleşme yapmamaktadır. Her ikisi de sözleşmenin kurulmasına aracılık etmektedir. Bu yönüyle influencerın acenteye benzediği söylenebilir. Fakat acente sınırları belirli bir alanda faaliyet gösterir. Bu çerçevede influencerın acente olmadığı söylenebilir.

e. Komisyoncu

Alım veya satım komisyonculuğu Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmektedir. TBK m. 532/1'e göre "*Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir.*"

Komisyonculuğun unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür: Komisyonculuk ilişkisi kuran bir sözleşme var olmalıdır; komisyoncu tacirden bağımsız bir tacir yardımcısıdır; komisyoncu kendi adına ve vekalet verenin hesabına hareket eder; sözleşmenin konusunu bir taşınırların alımı veya satımı oluşturur; komisyoncu ile tacir arasında sürekli bir ilişki olması gerekmediği gibi komisyoncunun bu faaliyeti meslek edinmiş olması da şart değildir⁵⁶. Influencer kendi adına ve tacir hesabına hareket etmemektedir. Alım satım komisyoncusu kendi adına tacir hesabına alım satım sözleşmeleri yapmaktadır. Fakat influencer takipçileriyle sözleşme yapmamaktadır. Bu çerçevede influencerın komisyoncu olmadığı ifade edilebilir.

f. Simsar

Simsarlık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmektedir. TBK m. 520/1'e göre "*Simsarlık sözleşmesi simsarin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.*" Simsar tacir ile müşteri arasında bir aracılık faaliyeti yürütür⁵⁷.

Simsarlık ilişkisi, simsar ile tacir arasında yapılacak bir simsarlık sözleşmesi ile kurulur; simsar faaliyetlerini tacire bağlı olmaksızın onun işletmesi dışında icra eder; simsar ile tacir arasındaki ilişkinin süreklilik arz

⁵⁶ **Bahtiyar**, s. 246; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 801 vd.

⁵⁷ **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (Özel), s. 206; **Şahin**, Turan: Uygulamada Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesi, 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul 2018, s. 12; **Bahtiyar**, s. 240, 241; **Poroy/Yasaman**, s. 352; **Küçükaydın**, s. 134; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 778.

etmesi zorunlu bir şart değildir; simsar kural olarak tacir ile üçüncü kişilerin sözleşme yapmasına aracılık eder; simsar, faaliyetlerini meslek edinmiş olmak zorunda değildir; ücret simsarlığın zorunlu bir unsurudur dolayısıyla simsar aracılık faaliyetlerini bir ücret karşılığında yapar⁵⁸.

Influencerın en çok benzerlik gösterdiği tacir yardımcısının simsar olduğu ifade edilebilir. Zira influencer faaliyetlerini işletmeye bağlı olmaksızın icra etmektedir; influencer ile işletme arasındaki ilişkinin süreklilik arz etmesi zorunlu değildir; influencer takipçileriyle işletme arasında sözleşme kurulmasına aracılık etmekte, bu sözleşmenin kurulması halinde ise aracılık ücretine hak kazanmaktadır. Bu çerçevede influencerın, hukuki nitelik bakımından simsar olduğunu söylemek mümkündür⁵⁹.

2. Influencerın Türk Borçlar Kanunu Anlamında Markanın Temsilcisi Olup Olmadığı

Genel olarak temsil müessesesi TBK m. 40 ve devamında düzenlenmektedir. Bir kimsenin hüküm ve sonuçlarını başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapmasına temsil denir⁶⁰. Temsilde üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Hukuki işlemi başkasının ad ve hesabına yapan kişiye temsilci; hukuki işlemin ad ve hesabına yapıldığı kişi temsil olunan; temsilcinin hukuki işlem yaptığı kişiye de üçüncü kişi denilmektedir.

Temsil yetkili temsil ve yetkisiz temsil olarak ikiye ayrılmaktadır. Başka açılardan ise temsil doğrudan temsil ve dolaylı temsil; kanuni temsil ve iradi temsil olarak ayrılmaktadır. Temsil olunanın iradesine dayanan, bilerek ve isteyerek verilen temsil yetkisine iradi temsil denilir. Temsil olunanın iradesi dışında bir sebepten kaynaklanan temsil ise kanuni temsildir.

Influencer ile işletme arasında kural olarak bir temsil ilişkisi bulunmadığı söylenebilir. Zira influencer hüküm ve sonuçlarını işletmenin hukuk

⁵⁸ Arkan, s. 207- 209; Bahtiyar, s. 242; Gümüş, Özel, s. 207; Küçükaydın, s. 134; Poroy/Yasaman, s. 352; Şahin, Simsarlık, s. 29; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 783 vd.

⁵⁹ Aksi yönde bkz. “Bir iş görme sözleşmesi olan “influencer sözleşmesi” konu itibarıyla, iş görme sözleşmelerinden yayım (neşir) sözleşmesinden, simsarlık (tellallık) ve komisyonculuk sözleşmelerinden ayrılmakta ve bu üç sözleşmeyi konumuzun dışında bırakmaktadır.”, Baytan Avkovan, s. 92.

⁶⁰ Antalya, Osman Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 580; Eren, Genel, s. 490; Furrer/Muller- Chen/-Çetiner, s. 244; Gümüş, Genel, s. 376; Kılıçoğlu, s. 303; Reisoğlu, s. 148.

alanında doğuracak, işletmenin ad veya hesabına herhangi bir hukuki işlem yapmamaktadır.

IV. INFLUENCER SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Influencerlar, mal ve hizmet sunanlar, reklam verenler ile çeşitli şekillerde ilişki kurmaktadır. Bunlar ücretsiz ürün gönderilmesi, mal ve hizmet sunanların influencerlara sponsor olması, influencer ile mal ve hizmet sunanlar arasında bir ortaklık kurulması şeklinde olabilir⁶¹.

Mal ve hizmet sunan kişiler ile influencerlar arasında sosyal medya üzerinde iş birlikleri yapılmaktadır. Bu iş birlikleri hukuki nitelik bakımından kendisini çeşitli şekillerde göstermektedir. Markalarla iş birliği, doğrudan markalarla influencerlar arasında yapılabildiği gibi, markalar ve influencer ajansları arasında da yapılabilmektedir.

Influencerlar doğrudan bu markaların internet sitesindeki başvuru formlarını doldurmak suretiyle başvuru yapabilirler. Bu formlarda markalar influencerla iş birliği yapabilmek için aradıkları şartları ortaya koymaktadırlar⁶². Bu halde influencer ile işletme arasında bir sözleşme kurulmuş olmaktadır. Bir diğer yöntem de ajanslar aracılığıyla markaların ve influencerların bir araya gelmesidir.

Influencer sözleşmesi farklı şekillerde ortaya çıkmakla birlikte her halükârda influencer ile mal ve hizmet sunan kişiler arasında yapılmaktadır. Üçüncü kişi olarak takipçiler bu sözleşmenin tarafı değildir. Bununla birlikte çalışmanın konusu influencerın mal ve hizmet sunan kişilere karşı sorumluluğu veya influencerın -yardımcı kişi olarak değerlendirildiği durumda fiilinden dolayı mal ve hizmet sunan kişilerin üçüncü kişilere karşı doğan sorumluluğu değildir. Çalışmanın konusu, bir influencer sözleşmesi gereği içerik üreten ve takipçilerinin güvenini kullanarak söz konusu mal ve hizmetin takipçileri tarafından satın alınmasını sağlayan influencerın, bu sebeple zarara uğrayan takipçilerine karşı nasıl bir sorumluluğunun olduğunun ortaya koyulmasıdır.

⁶¹ Abbasoğlu, s. 51.

⁶² Örnek olarak bkz.: “Instagram’da takipçi sayınız 10 binin üzerinde olmalıdır. Takipçi ve etkileşimlerinizin (beğeni, yorum, izlenme vs.) organik olmayan yollarla edinilmemesi, tamamen organik olması gerekir. Her influencer kazancı fatura edebileceği bir şirket/ajans ile çalışmalıdır ve aktif ürün satışı yapılan bir hesap olmalıdır.”, <https://www.trendyol.com/influencerbasvuru>, (Et. 22.12.2021).

Influencer sözleşmesi öğretilerde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır⁶³. Influencer sözleşmesi ile mal ve hizmet sunan kişilerle influencer arasında bir hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu hukuki ilişki çerçevesinde influencer, sözleşmede kararlaştırılan şekilde fenomen aracılığıyla pazarlama faaliyeti gerçekleştirmektedir. Sonuç olarak influencer sözleşmesi, mal veya hizmet sunan kişilerle influencerlar arasında yapılan, influencerın ürettiği içerikle, sunulan mal veya hizmetin tanıtımını yaptığı, karşılığında ücret veya başka menfaat aldığı sözleşme olarak tanımlanabilir.

B. Influencer Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

1. Influencer Sözleşmesinin Simsarlık Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

a. Genel Olarak

Simsarlık sözleşmesi TBK m. 520 vd.'nda düzenlenmiştir. Buna göre simsarlık sözleşmesinde simsar taraflar arasında bir sözleşme kurulmasına veya sözleşmenin yapılması için uygun ortamın hazırlanmasına aracılık etmekte, sözleşmenin kurulması durumunda ise ücrete hak kazanmaktadır⁶⁴.

Influencer sözleşmesinin kurulabilmesi için üçüncü kişilerle yapılacak sözleşme bakımından aracılık faaliyetlerinin olması, aracılık faaliyetleri karşılığında ücretin kararlaştırılmış olması, tarafların bu hususta anlaşmış

⁶³ Baytan Avkovan'a göre influencer sözleşmesi "Ürününün veya hizmetinin satışının artmasını hedefleyen şirketlerin 'influencer' lar ile akdettikleri 'Influencer sözleşmeleri' olarak adlandırılan iş birliği sözleşmeleri, 'influencer' ın sözleşme süresince ürününü/ürünlerini veya hizmetini/hizmetlerini deneyimleyip, deneyimlerini sosyal medya hesaplarında şirket ile karşılıklı olarak anlaşılan şekilde (video, fotoğraf, hikaye) ve sayıda (ayda 3 post vb.) paylaşmayı üstlendiği, şirketin ise 'influencer'ın bu iş görmesi karşılığında 'influencer'a aralarında kararlaştırdıkları tutarda ve şekilde bir bedel ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı üstlendiği sözleşmeler", **Baytan Avkovan**, s. 84; Keskin'e göre influencer sözleşmesi "influencer'ın, belirli mal veya hizmetlerin tanıtımı ve takipçilerinin bunları satın almaya yönlendirilmesi amacıyla oluşturulan veya bizzat oluşturduğu içerikleri sosyal medya hesaplarında paylaşmayı, müşterinin de buna karşılık influencer'a bir miktar ücret ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmedir", **Keskin**, s. 133.

⁶⁴ **Bilge**, Fatih Furkan: Simsarlık Sözleşmesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 7; **Sönmez**, Deniz: Simsarlık Sözleşmesinde Ücret, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 6; **Üçyıldız**, Himmet: Simsarlık Sözleşmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 8; **Arkan**, s. 205, 206; **Küçükaydın**, s. 134; **Poroy/Yasaman**, s. 352; **Şahin**, Simsarlık, s. 28; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 779.

olması gerekmektedir⁶⁵. Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için üçüncü kişi ile müvekkilin sözleşme yapılması gerekmektedir. Sözleşme yapılması halinde simsar ücrete hak kazanmaktadır.

Simsarlık sözleşmesinde ücretin serbestçe belirlenmesi mümkündür⁶⁶. Fakat ücret zorunlu unsur olmakla birlikte bunun sözleşmede kararlaştırılması zorunlu değildir. Zira TBK m. 522 hükmünde “*Ücret, belirlenmemişse tarifeye, tarife yoksa teamüle göre*” ödeneceği ifade edilmektedir. Ücret sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilir. Sözleşme serbestisi kapsamında ücretin belirlenmesinde her türlü yöntem kullanılabilir. Fakat uygulamada sıklıkla karşılaşılan yöntem, üçüncü kişiyle yapılan sözleşmenin değerinin belli bir oranının simsara ödenmesi şeklindedir⁶⁷. Simsarın alacağı ücret para olarak belirlenebilmektedir. Bununla beraber ücretin para dışında başka bir edim olmasına engel bir durum söz konusu değildir⁶⁸.

b. Simsarlık Sözleşmesinin İvazlı ve İki Taraflı Bir İş Görme Sözleşmesi Olması

Simsarlık sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcu onun asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bunun karşılığında simsarın da sözleşme kurulmasına aracılık etme veya uygun ortamı hazırlama yükümlülüğü asli edim yükümlülüğüdür⁶⁹. Bu yükümlülükler birbirleriyle karşılıklı ilişki içindedir. Bu sebeple simsarlık sözleşmesi ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷⁰.

Simsarlık sözleşmesinde simsar, sözleşme kurulmasına aracılık etmek veya sözleşme kurulmasına yönelik uygun ortamı hazırlamakla yükümlüdür⁷¹. Bu yükümlülük simsarın, simsarlık sözleşmesine kapsamında ayırt edici yükümlülüğüdür. Bununla birlikte simsarlık sözleşmesinin bir çeşit iş görme sözleşmesi olması sebebiyle simsar, yapısına uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesine ilişkin genel yükümlülüklerle de bağlıdır. Bu anlamda simsar iş sahibinin talimatlarına uymakla, borcunu şahsen yerine getirmekle,

⁶⁵ Bilge, s. 7 vd.; Küçükaydın, s. 134; Üçyıldız, s. 9; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 783 vd.

⁶⁶ Bilge, s. 11; Sönmez, s. 67; Üçyıldız, s. 113; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 795.

⁶⁷ Sönmez, s. 68.

⁶⁸ Üçyıldız, s. 114.

⁶⁹ Gümüş, Özel, s. 208, 212.

⁷⁰ Gümüş, Özel, s. 208.

⁷¹ Arkan, s. 209; Küçükaydın, s. 135; Poroy/Yasaman, s. 353; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 785.

borcunu yerine getirirken sadakat ve özen göstermekle, sır saklamakla yükümlüdür⁷².

c. Influencer Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Influencer sözleşmesinde, influencer işletmenin sunduğu mal veya hizmetin tanıtımını yapmaktadır. Ürettiği içeriğin altında ürünün satıldığı sitenin linkini bulundurmaktadır. Yani influencer, mal ve hizmet sunan kişiler ile takipçileri arasında sözleşme kurulmasına veya sözleşme kurulmasına uygun bir ortamın hazırlanmasına aracılık etmektedir.

Influencer, yaptığı tanıtım faaliyeti karşılığında bir ücrete hak kazanır. Bu ücret genellikle tanıtımını yaptığı ürünün satılmasından kazanılan miktarın belli bir oranı şeklinde olmaktadır. Söz konusu işletme influencerın paylaştığı linkten kaç kişinin siteye geldiğini, kaç kişinin alışveriş yaptığını tespit edebilmektedir. Tespit edilen satış ücreti çerçevesinde influencerın ücreti belirlenmektedir. Bununla beraber para dışında başka bir ücret de belirlenebilir⁷³. Bu durum tanıtım yapılan üründen influencera gönderme, tanıtım yapılan hizmetten influencerın ücretsiz yararlanması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Açıklamalar çerçevesinde influencerın yaptığı influencer sözleşmesinin bir tür simsarlık sözleşmesi olduğu ifade edilebilir.

Influencer sözleşmesi bir çeşit simsarlık sözleşmesi olarak değerlendirildiğinde, vekalet sözleşmesindeki vekilin yükümlülükleri dolaylı olarak influencerın da yükümlülükleri olmaktadır. Bu çerçevede influencer mal ve hizmet sunan kişiler karşı, asli yükümlülüğü olan takipçileriyle mal ve hizmet sunan kişiler arasında sözleşme kurulmasına veya uygun ortamın hazırlanmasına aracılık etme, borcunu özen ve sadakatle yerine getirme, sır saklama, mal ve hizmet sunan kişinin talimatlarına uygun hareket etmeyle yükümlüdür.

2. Influencer Sözleşmesinin Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 470 ve devamında düzenlenmektedir. Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirdiği, iş sahibinin de esere karşılık olarak bir bedel ödediği sözleşmedir⁷⁴. Eser sözleş-

⁷² Arkan, s. 209; Gümüş, Özel, s. 212, 214; Küçükaydın, s. 135; Poroy/Yasaman, s. 353; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 789.

⁷³ Gümüş, Özel, s. 215.

⁷⁴ Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 749; Bilge, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1971, (Özel), s. 244, 245; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler,

mesinin unsurları yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlenmesi, eser karşılığında ücretin ödenmesi, bu hususlarda anlaşılması şeklinde ifade edilebilir.

Eser sözleşmesinde yüklenici bir eser ortaya koymayı üstlenmektedir⁷⁵. Eser sözleşmesinde edim fiili değil edim sonucu üstlenilmektedir. Yüklenicinin edim fiillerini layıkıyla yerine getirmesi fakat edim sonucunun ortaya çıkmaması halinde, yüklenici borcundan kurtulamaz. Eser maddi varlığa sahip bir şeyin ortaya çıkarılması, bir binanın inşa edilmesi, bir kuaförün müşterini saçını yapması şeklinde olabileceği gibi “*bir reklam kuruluşunun yürüteceği kampanya, konser verilmesi*”⁷⁶ şeklinde de olabilir.

Influencerın yaptığı faaliyet bir tanıtım faaliyetidir. Influencer ücretini üçüncü kişiyle yapılan sözleşmenin kurulması sonucu alabilir. Fakat influencer yaptığı faaliyet sonucu işletmeyle takipçileri arasında bir sözleşme kurulacağını taahhüt etmemektedir. Burada yapılan tanıtım bir eser olarak kabul edilse dahi edim sonucunun taahhüt edilmesi işin mantığına aykırı olduğundan eser sözleşmesinden çok vekalet sözleşmesine yaklaşmaktadır⁷⁷.

3. Influencer Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

a. Vekalet Sözleşmesi Bir İş Görme Sözleşmesidir

Vekalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 502 ve devamında düzenlenmektedir. Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet veren adına bir iş görmeyi veya bir işlem yapmayı üstlendiği sözleşmedir⁷⁸.

10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Özel), s. 596; **Özdemir**, Hayrunnisa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. Turgut Öz), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023, (Özel), s. 491; **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 1082; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara 2021, s. 486; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 1; **Gümüş**, Özel, s. 1.

⁷⁵ **Aydoğdu/Kahveci**, s. 749; **Bilge**, Özel, s. 245; **Eren**, Özel, s. 596; **Gümüş**, Özel, s. 4; **Özdemir**, Özel, s. 494; **Tandoğan**, s. 3; **Yavuz**, s. 1082; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 487.

⁷⁶ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 487.

⁷⁷ **Baytan Avkovan**, s. 111, 112.

⁷⁸ **Akıpek Öcal**, Şebnem: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. Turgut Öz), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 697; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 791; **Bilge**, Özel, s. 285; **Eren**, Özel, s. 596; **Gümüş**, Özel, s. 122; **Tandoğan**, s. 355; **Yavuz**, s. 1260; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 634.

Vekalet sözleşmesi ile vekil bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması borcu altına girmektedir⁷⁹. Hekimin hastayı tedavi etmesi, öğretmenin özel ders vermesi, emek harcayarak bir işin yapılması iş görme sayılır⁸⁰. Bu kapsamda influencerın bir ürünün tanıtım faaliyetlerini yapması iş görme edimi olarak kabul edilebilir.

b. Vekalet Sözleşmesinde Vekil Sonuçtan Sorumlu Değildir

Vekalet sözleşmesi edim fiilinin taahhüt edildiği bir sözleşmedir⁸¹. Vekil sözleşme konusu edimi yerine getirmek için gerekli olan çabayı dikkatli ve özenli bir şekilde göstermişse, edim fiilini yerine getirmişse artık borcunu yerine getirmiş olmaktadır. Edim sonucunun gerçekleşmemiş olması vekilin borca aykırı davrandığı anlamına gelmemektedir. Influencer yaptığı tanıtım faaliyetiyle, ürünü paylaşmakla o ürünün alınacağı konusunda bir garanti vermemektedir. Influencer bu anlamda bir edim sonucu taahhüt etmemektedir. Dikkatli ve özenli bir şekilde edimini ifa eden influencer borcunu ifa etmiş olmaktadır. Fakat influencerın mal ve hizmet sunan kişiyle yaptığı sözleşme genellikle, tanıtım faaliyeti niteliğindeki bir içeriği ortaya koymaktır. Ürünün satılması edimin konusunu oluşturmamaktadır. Bu sebeple içerik oluşturmanın vekalet sözleşmesinden çok eser sözleşmesinin edimi niteliğinde olacağı söylenebilir. Fakat influencer sözleşmesinde, influencerın borcu içerik üretmek değil tanıtım faaliyeti yapmaktır.

c. Vekalet Sözleşmesinde Vekil Bağımsız Niteliktedir

Vekalet sözleşmesinde vekil kural olarak müvekkilden bağımsızdır. Müvekkil sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetle alakalı genel olarak emir ve talimat vermeye yetkilidir. Ancak işin esasıyla alakalı, uzmanlık gerektiren konularda vekil, gerekirse kendi bilgi ve tecrübesiyle müvekkilin talimatlarına uygun olmayan bir fiili de gerçekleştirebilir. Bu bakımdan influencer tanıtım fiilini yerine getirmek konusunda bağımsızdır. Kendi içerik üretme biçimine özgü olarak, işletmenin talep ettiği özel konular çerçevesinde tanıtım faaliyetini yerine getirmektedir.

Influencer, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi mal ve hizmet sunan kişilerin iş organizasyonuna dahil değildir. İşçiye nazaran influencer bağımsız

⁷⁹ Akipek Öcal, s. 700; Aydoğdu/Kahveci, s. 793; Eren, Özel, s. 720; Gümüş, Özel, s. 124; Yavuz, s. 1262; Zevkliler/Gökyayla, s. 634.

⁸⁰ Zevkliler/Gökyayla, s. 641.

⁸¹ Akipek Öcal, s. 704; Aydoğdu/Kahveci, s. 794; Eren, Özel, s. 731; Gümüş, Özel, s. 130; Tandoğan, s. 364; Yavuz, s. 1272; Zevkliler/Gökyayla, s. 637.

niteliktedir. Vekaletin bu özelliği sebebiyle de influencer vekil benzeri bir konuma sahiptir.

d. Vekalet Sözleşmesinde Ücret

Vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur değildir. Eğer kararlaştırılmışsa, ücretin para olarak belirlenmesi gerekmektedir. Vekaletin zorunlu unsur sayılmamasına ilişkin durum Roma Hukuku'na dayanmakla birlikte artık günümüzde vekalet sözleşmesinin kural olarak ücretli yapıldığının kabulü gerektiği söylenebilir. Zira vekalet ilişkisi gerektiren bir iş görme ediminin günümüzde ücretsiz olarak yapıldığına rastlamak pek mümkün görünmemektedir.

Influencer da bir iş görme edimi yerine getirmekte ve bunun karşılığında ücrete hak kazanmaktadır. Ücret ödeme biçimi çeşitli şekillerde kararlaştırılabilmekte, ayrıca ücret para olabileceği para dışında başka bir edim olarak da belirlenebilmektedir. Influencer sözleşmesinin, bir çeşit iş görme sözleşmesi olarak, vekalet sözleşmesinin özel bir türü kabul edilmesi mümkün görünmektedir.

4. Influencer Sözleşmesinin Genel Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Genel hizmet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 393 ve devamında düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmesi işçi ile işveren arasında yapılan, işçinin işverene bağımlı olduğu, belirli veya belirli olmayan süreyle yapılabilen, işverenin de işin karşılığında ücret ödediği sözleşmedir⁸².

Hizmet sözleşmesiyle bir işin görülmesi işçi tarafından üstlenilmektedir. Bu işin görülmesinde makine veya diğer teknik, teknolojik aletlerin kullanılması mümkündür⁸³. İşin görülmesi olumlu bir davranışla gerçekleştirilmelidir. Katlanma, kaçınma şeklinde gerçekleştirilen davranışların iş görme olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir⁸⁴. Influencerın yaptığı tanıtım faaliyetinin, hizmet sözleşmesindeki anlamıyla iş görme edimi kabul edilmesi mümkündür. Influencer, aktif bir davranışla, kamera, bilgisayar vb. araçlarla, kendi aktif davranışlarıyla iş gördüğü ifade edilebilir.

⁸² Ceylan, Ebru: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. Turgut Öz), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 399; Aydoğdu/Kahveci, s. 729; Eren, Özel, s. 545; Yavuz, s. 958; Zevkliler/Gökyayla, s. 448.

⁸³ Zevkliler/Gökyayla, s. 449.

⁸⁴ Eren, Özel, s. 547; Zevkliler/Gökyayla, s. 449.

Hizmet sözleşmesinde işçinin belirli ya da belirsiz süreyle bir iş görme borcu altına girmesi gerekmektedir. Bu iş görme belirli de belirsiz de olsa süreklilik taşıması gerekmektedir. Influencer sözleşme süresince belli ürünler hakkında belli aralıklarla, örneğin bir 'Reels'⁸⁵ veya durum ekleme yöntemleriyle paylaşımlarına devam etmektedir. Fakat bunların hizmet sözleşmesi çerçevesinde aranan süreklilik unsurunu tam karşılamadığı söylenebilir.

Hizmet sözleşmesinin tipik özelliği, onu diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayan en önemli unsur bağımlılıktır⁸⁶. Bağımlılık işçinin işverenin emrinde çalışması, işyerinin bir parçası haline gelmesi ve işyerindeki hiyerarşik düzenin bir parçası haline gelmesini ifade eder⁸⁷. Fenomen aracılığıyla pazarlamada genellikle bağımlılık unsurunun hiç bulunmadığı söylenebilir. Fakat influencer ile mal ve hizmet pazarlayanlar arasında hizmet sözleşmesi kurulması da mümkün olabilir.

5. Influencer Sözleşmesinin Sponsorluk Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Sponsorluk sözleşmesi TBK m. 27 çerçevesinde sözleşme özgürlüğü kapsamında yapılabilen tam iki tarafa borç yükleyen isimsiz bir sözleşmedir⁸⁸. Sponsorluk sözleşmesi kanunlarda doğrudan düzenlenmiş değildir. Bazı özel sponsorluklar bakımından özel düzenlemeler bulunmaktaysa da sponsorluk sözleşmesine ilişkin genel bir düzenleme yoktur.

Sponsorluk sözleşmesi çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır⁸⁹. Sponsorluk sözleşmesinin unsurları sponsorluğun bir konuya ve faaliyete ilişkin

⁸⁵ **Reels**: "Instagram tarafından 2019 yılında ortaya çıkarılan yeni bir video özelliğidir. Kullanıcıların diğer yayınlardan önceden var olan ses kliplerine ayarlanmış kısa videolar kaydetmesine odaklanmaktadır. Kullanıcılar bu özelliği kullanarak 30 saniyeye kadar video çekebilmektedir. 2021'de Instagram, Reels'te tam ekran reklamlar başlattı. Reklamlar normal Reels'lere benzer ve 30 saniyeye kadar yayınlanabilir. Hesap adının altındaki sponsorlu etiketi ile normal içerikten ayırt edilirler.", <https://tr.wikipedia.org/wiki/Instagram#Reels>, (Et. 23.12.2021).

⁸⁶ **Ceylan**, s. 401; **Eren**, Özel, s. 547; **Yavuz**, s. 962; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 454.

⁸⁷ **Eren**, Özel, s. 547; **Yavuz**, s. 974; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 454.

⁸⁸ **İmamoğlu**, Selma Hülya: Spor Sponsorluğuna İlişkin Hukuki Düzenleme Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, 2009, s. 69; **Kayapınar**, Hazal: Sponsorluk Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 50; **Baytan Avkovan**, s. 146.

⁸⁹ Gündoğdu'ya göre, "Hukukten her iki tarafa borç yükleyen, sponsorun desteklenene, onun spor, kültür veya sosyal alandaki faaliyetini gerçekleştirebilmesi için ihtiyaç duyduğu teşviki vermeyi taahhüt etmesi karşısında; desteklenenin, sponsorundan teşvik almak suretiyle yerine getirdiği faaliyeti icra ederken sponsorunu kamuoyunda olumlu

olması, destekleme ve tanıtım olarak ifade edilmektedir⁹⁰. Sponsorluk sözleşmesiyle, sponsor, desteklenenin toplum nezdinde sahip olduğu olumlu düşünceleri kullanarak, kendisi için olumlu bir imaj oluşturmayı hedefler⁹¹. Bununla birlikte influencer sözleşmelerinde esas amaç, influencerın tanıtım faaliyetini kullanarak, mal veya hizmet pazarlamak, bunların satışını gerçekleştirebilmektir. Sponsorluk sözleşmesinde de influencer sözleşmesinde olduğu gibi bir tanıtım faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Fakat influencer sözleşmesindeki gibi aktif ve hızlıca sonuca götüren bir tanıtım, bir yönlendirme söz konusu değildir. Influencer söz konusu ürünlerin doğrudan tanıtımını yaparak aktif bir davranışa yönlendirmektedir. Sponsorluk sözleşmesinde ise desteklenen, elde edeceği başarılarla, toplum nezdinde kazanacağı prestijle daha çok pasif olarak sponsorun imajına olumlu katkı yapmaktadır.

Sponsorlu içerik üretme yoluyla fenomen aracılığıyla pazarlama, fenomen aracılığıyla pazarlamanın türlerinden biri olduğu daha önce ifade edilmişti⁹². Her ne kadar sponsorluk sözleşmesi, influencer sözleşmesinden belli noktalarda ayrılrsa da uygulamada influencer sözleşmesinin sponsorluk alma şeklinde yapıldığı da görülmektedir⁹³. Influencerların sponsorluk alma yoluyla yaptıkları influencer sözleşmelerinde, sponsorluk bir unsur olmakla birlikte sözleşmenin geneli bakımından klasik sponsorluk sözleşmesi tiplerinden ayrıldığı söylenebilir.

C. Influencer Sözleşmesinin İsimli Sözleşme Olup Olmadığı

İsimli sözleşmeler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olan sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünün sonucu olarak ortaya çıkmış olan,

bir şekilde tanıtılarak, onun iletişim kurma amacına ulaşmasını sağlama borcu altına girdiği sözleşmedir.”, **Gündoğdu**, Fatih: Spor Sponsorluğu Sözleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2015, s. 47, 48; Baytan Avkovan’a göre, “*Sponsorun desteklenene finansal kaynak, maddi araç gereç ya da hizmet edimi sunmasına karşılık, desteklenenin teşvik aldığı faaliyeti yerine getirmeyi ve bu sayede sponsorun kamuoyu ile iletişimini sağlayarak iyi bir imaj bırakması ve tanıtım alanını genişletebilmesi için bazı haklarının kullanılmasını sponsora devretmeyi yükümlendiği bir sözleşmedir.*”, **Baytan Avkovan**, s. 143.

⁹⁰ **Kayapınar**, s. 55 vd; **Keskin**, s. 137.

⁹¹ **Canöz**, Kadir/**Kaya**, Kahraman Kağan/**Çerçi**, Ümmü Özlem: Bir Halkla İlişkiler Uygulaması Olarak Sponsorluğun Sözleşmesi ve Hukuki Dayanakları, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, S. 36, 2021, s. 18; **İmamoğlu**, s. 69; **Kayapınar**, s. 22.

⁹² Bkz. II. 2.

⁹³ Bkz. https://www.youtube.com/watch?v=x61BiO_38r0, Videonun 5. dakika 42. saniyesinde “Tam bu noktada videomuzun destekçisi GeForceNow’a da parantez açalım.” diyerek videonun sponsorunun tanıtımını yapmaktadır.

kanunda hiç belirlenmemiş öğelere sahip veya kanunlarda belirlenmiş olan bazı sözleşme tiplerinin unsurlarını barındıran sözleşmelerdir⁹⁴. İsimli sözleşmeler genellikle kendine özgü yapısı olan sözleşmeler (sui generis sözleşmeler), karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak tasnif edilmektedir⁹⁵.

1. Influencer Sözleşmesinin Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşme Olup Olmadığı

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kanunlarda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine ait öğeleri tümüyle veya bir bölümüyle içermeyen, kendine özgü birtakım öğeleri içeren sözleşmelerdir⁹⁶. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara hangi hükümlerin uygulanacağı belirli değildir. Bu tip sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle yazılı kaynaklar uygulanmalıdır. Sui generis sözleşmelere yazılı hukuk kuralları uygulanırken, kanunda düzenlenen sözleşmelerdeki benzer durumlar kıyas edilebilir; uygun hükümler yorum yapılarak uygulanabilir. Yazılı kaynaklarda kıyas veya yorum gibi yöntemlerle uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı takdirde örf adet kuralları uygulanmalıdır. Bunlar da bulunmadığı takdirde hakim hukuk kuralı koyarak sui generis sözleşmeden doğan uyuşmazlığı çözmelidir⁹⁷.

Influencer sözleşmesinin öğelerine bakıldığında bunların kanunda hiç veya kısmen düzenlenmeyen öğeler olduğu söylenemez. Nitekim influencer sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, sponsorluk sözleşmesi gibi kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin öğelerinden bazılarıyla aynı bazılarıyla da benzerlik göstermektedir. Bu sebeple influencer sözleşmesi sui generis bir sözleşme değildir.

2. Influencer Sözleşmesinin Karma Sözleşme Olup Olmadığı

Karma sözleşmeler, kanunlarda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine ait öğelerin kanunlarda öngörülmemiş şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmelerdir⁹⁸. Karma sözleşmeler, çift mahiyetli karma sözleşmeler,

⁹⁴ Aydoğdu/Kahveci, s. 22; Baytan Avkovan, s. 135, 136; Eren, Özel, s. 947; Zevkliler/Gökyayla, s. 10, 11.

⁹⁵ Aydoğdu/Kahveci, s. 23 vd.; Baytan Avkovan, s. 137 vd.; Eren, Özel, s. 952 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 12 vd.

⁹⁶ Aydoğdu/Kahveci, s. 23; Baytan Avkovan, s. 141; Eren, Özel, s. 963; Zevkliler/Gökyayla, s. 12.

⁹⁷ Aydoğdu/Kahveci, s. 23; Eren, Özel, s. 963; Zevkliler/Gökyayla, s. 12.

⁹⁸ Aydoğdu/Kahveci, s. 37; Eren, Özel, s. 953; Zevkliler/Gökyayla, s. 19.

kombine tipli karma sözleşmeler, eklemli karma sözleşmeler olarak tasnif edilmektedir. Çift mahiyetli sözleşmelerin tipik örneği olarak kapıcılık sözleşmesi gösterilebilir. Kapıcılık sözleşmesinde kapıcı apartmanın kapıcılık hizmetlerini yürütmekte bunun karşılığında ise kapıcı dairesinde oturma hakkını elde etmektedir. Bu sözleşmede kapıcılık hizmetleri olarak temizlik, bakım hizmetleri iş sözleşmesinin, kapıcı dairesinde oturma hakkı ise kira sözleşmesinin ögesidir. Bu ögeler bir araya gelerek kira ve iş sözleşmelerinden farklı karma bir sözleşme olan kapıcılık sözleşmesini meydana getirmektedir. Kombine tipli karma sözleşmelere ise pansiyon sözleşmesi örnek gösterilebilir. Karma sözleşmelerde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından soğurma, saf dışı bırakma, birleştirme, kıyas gibi yöntemler ortaya atılmıştır⁹⁹.

Influencer sözleşmesinde influencerın edimi bir iş görme edimidir. Bu iş görme ediminin eser sözleşmesi çerçevesinde mi yoksa vekalet sözleşmesi niteliğinde mi yoksa simsarlık sözleşmesi niteliğinde mi olduğu tartışılabilir. Fakat influencer her halükârda bir iş görme edimi yerine getirmekte ve karşılığında mal ve hizmet sunan kişiden ücret almaktadır. Bu anlamda influencer sözleşmesi, influencerın iş görme edimi eser olarak değerlendirilirse sözleşme bir tür eser sözleşmesi, vekalet olarak değerlendirilirse bir tür vekalet sözleşmesi, simsarlık faaliyeti olarak değerlendirilirse bir tür simsarlık sözleşmesi olmaktadır. Daha önce de değerlendirildiği üzere influencer sözleşmesi, simsarlık sözleşmesiyle büyük ölçüde örtüşmüş olması sebebiyle, influencer sözleşmesinin karma sözleşme değil simsarlık sözleşmesinin özel bir görünümüdür.

3. Influencer Sözleşmesinin Bileşik Sözleşme Olup Olmadığı

Bileşik sözleşme, kanunlarda öngörülmüş olan sözleşme tiplerinin öğelerinin değil de bütünüyle kendilerinin, aynı sözleşme içinde ve geçerlilikleri birbirine bağlı şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmelerdir¹⁰⁰. Bileşik sözleşmeler için tipik olarak bilgisayarla birlikte, yazılım sözleşmesi satılması veya bilgisayarla satılmasıyla birlikte bir abonelik sözleşmesi yapılması örnek olarak gösterilmektedir.

Influencer sözleşmesinde bileşik sözleşmelerde olduğu gibi iki ayrı sözleşme tipi bir araya getirilmiş değildir. Nitekim taraflardan biri sosyal medyada içerik üreterek pazarlama yapmakta yani iş görme edimi üstlen-

⁹⁹ Aydoğdu/Kahveci, s. 39; Zevkliler/Gökyayla, s. 21, 22.

¹⁰⁰ Aydoğdu/Kahveci, s. 40; Eren, Özel, s. 966; Zevkliler/Gökyayla, s. 22.

mekte, diğer taraf ise bunun karşılığında ücret ödemektedir. Dolayısıyla influencer sözleşmesi bileşik sözleşme değildir.

V. INFLUENCERİN FENOMEN ARACILIĞIYLA PAZARLAMADAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Influencerlar, kamuoyunda oluşturdukları güveni kullanarak ürün ve hizmetlerin tanıtımını yapmakta, bazı tavsiyeler vermekte, insanları yönlendirmektedirler. İnsanlar da bu kişilere güvendiği için tüketim ve satın alma alışkanlıkları şekillendirilmektedirler. Bunun sonucu olarak influencerlar ile kendilerine güvenen kişiler arasında bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu ilişki çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar sebebiyle tarafların bir sorumluluğunun doğup doğmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamanın Haksız Rekabet Teşkil Etmesi

Haksız rekabet 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 54 ve devamında düzenlenmiştir. Haksız rekabet rakipler, tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkilere etki eden, dürüstlük kurallarına uymayan davranış biçimi olarak tanımlanabilir¹⁰¹. TTK m. 54/II'de, “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar*”ın haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. TTK m. 55'te ise başkaca hangi durumların haksız rekabet teşkil edeceği daha detaylı olarak ifade edilmektedir. TTK m. 54 haksız rekabet hususunda genel bir ölçü verirken, TTK m. 55 ise örnek olarak haksız rekabet hallerini saymaktadır. Yani TTK m. 55'te sayılan hallerden biri veya bir benzeri bulunmuyorsa TTK m. 54/II'ye göre bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁰². TTK m. 54/I'de “*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*” denilmektedir. Bu çerçevede haksız rekabet kurallarının sadece rakipler arasındaki ilişkiyi değil bununla beraber ‘bütün katılanlar’ ifadesi sebebiyle tüketicileri de ilgilendirdiği söylenebilir¹⁰³.

TTK m. 55'e göre dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar haksız rekabet teşkil etmektedir.

¹⁰¹ **Türkdoğan**, Ahmet Furkan: Ticari İşletme Hukuku, (Ed. Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can, Esra Kaşak), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 169; **Arkan**, s. 353; **Poroy/Yasaman**, s. 377 vd.; **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan**, s. 550.

¹⁰² **Abbasoğlu**, s. 92.

¹⁰³ **Tekelioğlu**, s. 14.

Maddede haksız rekabet halleri örnek olarak sayılmaktadır. Bunlardan bazı-
larının fenomen aracılığıyla pazarlamayla ilişkilendirilmesi mümkündür.
Örneğin TTK m. 55/I-a-2“*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, mal-
ları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları satış kampanyalarının biçimi
ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak
veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*”; TTK m. 55/I-a-8
“*Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile
sınırlamak*”.

Türk Ticaret Kanunu m. 55/I-a-2’ye göre aldatıcı reklamlar haksız re-
kabet olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. Aldatıcılık yanlış veya eksik bilgi verme,
birden fazla anlama gelebilecek ifadelerle yer verme şeklinde gerçekleşe-
bilir¹⁰⁵. Yapılan tanıtım faaliyetinin ticari amaçlarla yapıldığının, tanıtımı
yapılan ürün veya hizmeti sunan kimseyle iş birliği içinde olunduğunun
açıkça belli olması gerekmektedir. Aksi halde bu durumun da haksız rekabet
teşkil etmesi mümkündür¹⁰⁶. Zira özellikle fenomen aracılığıyla pazarlamada
takipçilerin, influencerlara duydukları güven çerçevesinde, yaptığı tanıtım
faaliyetini, tamamen onun şahsi kanaati olarak değerlendirmesi, bizzat kendi
deneyimini objektif ve dürüst bir şekilde paylaştığını düşünmesi mümkün-
dür. Dolayısıyla bu tanıtımın aslında bir ticari amaçla yapıldığını bilmeyen
takipçi, influencerin tanıtımıyla aldanmış olmaktadır.

Haksız rekabete ilişkin TBK m. 57 hükmüne göre “*Gerçek olmayan
haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kural-
larına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan
veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son veril-
mesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.*” Bu-
rada haksız rekabet sonucu müşterileri azalan veya onları kaybetme riski ile
karşılaşan kişiden bahsedilmektedir. Bu sebeple influencer faaliyetleri çer-
çevesinde ürün veya hizmet alan kişinin bir zarar görmesi durumunda TBK
m. 57 anlamında haksız rekabete dayanmasının söz konusu olmayacağı söy-
lenebilir.

Türk Ticaret Kanunu m. 56’da haksız rekabet sebebiyle hukuki sorum-
luluk düzenlenmektedir. Maddede “*Haksız rekabet sebebiyle müşterileri,
kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri*

¹⁰⁴ **Abbasoğlu**, s. 96.

¹⁰⁵ **Pınar**, Hamdi: Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri, Marmara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 132;
Imrak, s. 136.

¹⁰⁶ **Abbasoğlu**, s. 96.

zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse”den bahsedilmektedir. Yani haksız rekabet sebebiyle ekonomik menfaatleri zarar gören kişinin, haksız rekabette bulunan kişiye karşı hukuki yollara başvurusu mümkündür. Fakat nihayetinde burada aleyhine başvurulacak olan kişi, haksız rekabeti fenomen aracılığıyla pazarlama yoluyla gerçekleştiren işletme olmaktadır. Bu çerçevede haksız rekabet hükümleri kapsamında influencerın sorumluluğuna başvurulamayacağı söylenebilir.

B. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamanın TKHK ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Kapsamında Aldatıcı Eylem Teşkil Etmesi

Influencerın, influencer sözleşmesi kapsamında içerik üreterek fenomen aracılığıyla pazarlama yapması, daha önce de ifade edildiği üzere, bir boyutuyla reklam niteliği taşımaktadır¹⁰⁷. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61’de yapılan ticari reklam tanımı influencerın yaptığı pazarlama faaliyeti ile tanım itibariyle örtüşmektedir. Bu anlamda influencer sosyal medya üzerinde fenomen aracılığıyla pazarlama yaparken ve mal ve hizmet pazarlayanlar influencera ürettikleri içerik hakkında talimat verirken, TKHK m. 61, m. 62 ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde ticari reklamlar için getirilmiş olan kısıtlamalara da uymak zorundadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61’de ticari reklamın ne şekilde yapılırsa hukuka uygun olacağı, hangi durumlarda hukuka aykırı olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde de detaylı olarak, reklamlara ilişkin temel ilkeler, reklamların ne şekilde yapılabileceği gibi hususlar düzenlenmiştir. Hükümlerin devamında haksız ticari uygulamalar ve aldatıcı eylemler de düzenlenmiştir.

Kanunkoyucu ispat külfetini reklam verenlere yüklemiştir. TKHK m. 61/6 ve yönetmelik m. 9’a göre reklam verenlerin ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede tüketicinin haksız ticari uygulama ve aldatıcı eylem sebebiyle zarara uğraması halinde bu zararın tazminini talep etmesi mümkündür. Tüketicinin haksız ticari uygulamanın ve aldatıcı eylemin yanlışlığını ispat etmesi gerekmemekte, ispat yükü reklam verenin üzerindedir. Fakat burada tüketici niteliğindeki takipçinin, sorumluluğuna başvuracağı kişi influencer olmayıp reklam veren mal ve hizmet sunan kişidir.

¹⁰⁷ Bkz. Bölüm III, A, 3.

C. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamanın Akdi Sorumluluğun İhlali Teşkil Etmesi

Sözleşmeden doğan sorumluluğun ihlal edilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Öncelikle taraflar arasında hukuki işleminden doğan bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Fenomen aracılığıyla pazarlamanın akdi sorumluluğu ihlal ettiğinden söz edebilmek için influencer ile takipçi arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır. Borç ilişkisi olmadan borçlunun borcunu ifa etmemesinden ve borca aykırı davrandığından söz etmek mümkün değildir. Sözleşmenin ihlalinden bir zarar doğmuş olmalıdır. Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Borçlunun sözleşmeyi ihlali onun kusurundan kaynaklanmalıdır. Nitekim TBK m. 112'ye göre *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

Fenomen aracılığıyla pazarlamada influencer ile takipçileri arasında bir hukuki işlemin varlığı söz konusu değildir. Influencer, mal ve hizmet sunan kişiyle arasındaki ilişkinin niteliğine göre bazı tanıtım faaliyetleri yerine getirmektedir. Influencer ile mal ve hizmet sunan kişiyle arasındaki ilişkinin çalışan-çalıştıran ilişkisi olması durumunda influencerın yardımcı kişi sayılması söz konusu olabilir. Böylece TBK m. 116'ya göre, influencerın davranışlarından dolayı işletmenin sorumluluğu ortaya çıkabilir. Bu durumda da takipçiler akdi ilişkiye dayanarak influencerın sorumluluğuna değil, yardımcı kişi durumundaki influencerın fiilinden dolayı sözleşmenin karşı tarafının sorumluluğuna başvurabilirler. Influencer ile işletme arasında adam çalıştıran ve yardımcı kişi ilişkisi olmaması durumunda da akdi ilişkiye dayanılarak, takipçilerin influencerın sorumluluğuna başvurması söz konusu olmamaktadır.

D. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamadan Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu

Influencerın fenomen aracılığıyla pazarlamadan doğan haksız fiil sorumluluğu incelenirken kusur sorumluluğuna göre bir değerlendirme yapılmaktadır. Çünkü influencerın takipçilerine karşı kusursuz sorumluluğunu doğuracak bir kusursuz sorumluluk hali bulunmamaktadır. Influencerın adam çalıştıranın sorumluluğu çerçevesinde yardımcı kişi sayılması durumunda ise sorumluluğun süjesi adam çalıştıranın kendisi olup bu husus çalışmanın konusu dışında kalmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 49/I'e göre *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gider-*

mekle yükümlüdür.” Hükme göre dar anlamda haksız fiilin (kusur sorumluluğunun) unsurları, fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır¹⁰⁸.

Fiil, davranış insanın bir şey yapmasına ya da yapmamasına ilişkin bilinçli iradesine dayanan hareket tarzıdır¹⁰⁹. Bu davranışın olumlu ya da olumsuz olması mümkündür. Olumlu davranış dış dünyada bir şey yapma, aktif olarak gerçekleştirilen bir eylemi ifade etmektedir. Olumsuz davranış ise yapılması gereken bir şeyin, o hususta hareketsiz kalınarak yapılmaması anlamına gelmektedir. Fenomen aracılığıyla pazarlamada influencerın yaptığı tavsiye ve yönlendirmenin haksız fiil anlamında bir davranış olduğu ifade edilebilir.

Haksız fiilden bahsedebilmek için olumlu veya olumsuz davranış neticesinde bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir¹¹⁰. Fenomen aracılığıyla pazarlamada da takipçilerin, aldıkları ürün veya hizmetin ayıplı çıkması durumunda zarara uğramaları mümkündür.

Haksız fiilde, davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir¹¹¹. “*Uygun illiyet bağı, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağ*”¹¹² olarak ifade edilmektedir. Influencerın tanıtım faaliyetleri ile bu faaliyetlerden dolayı bir ürün veya hizmet alan kişinin zarara uğraması arasında illiyet bağının kurulup

¹⁰⁸ **Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2021, s. 209; **Arsebük**, Esat: Borçlar Hukuku Birinci Cilt, 2. Baskı, Arkadaş Matbaası, Ankara 1942, s. 568; **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 571; **Uyumaz**, Alper: Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2023, s. 507; **Tuhr**, Andreas von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2, (Çev. Cevat Edege), Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 361 vd.; **Eren**, Genel, s. 594; **Gümüş**, Genel, s. 421; **Reisoğlu**, s. 163.

¹⁰⁹ **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, 17. Baskı, İstanbul 2022, 15; **Akıncı**, s. 209; **Gümüş**, Genel, s. 423; **Kılıçoğlu**, s. 364.

¹¹⁰ **Akıncı**, s. 210; **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, s. 311; **Gümüş**, Genel, s. 454; **Kılıçoğlu**, s. 390; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 42; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 572.

¹¹¹ **Akıncı**, s. 211; **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, s. 324; **Gümüş**, Genel, s. 423; **Kılıçoğlu**, s. 401; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 49; **Reisoğlu**, s. 175; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 573.

¹¹² **Eren**, Genel, s. 622.

kurulmadığının tespit edilmesi oldukça güçtür. Çünkü yalnızca bir tavsiye üzerine yapılan hukuki işlemde zarar görülmesinden dolayı, tavsiye verenin hukuki sorumluluğuna başvurmak söz konusu değildir. Fakat burada “influencer” olarak isimlendirilen kişiler zaten toplumu etkileme gücü bulunan, takipçileriyle arasında belli bir ilişki olan, takipçilerinin kendisinin sözüne, davranışlarına, tavsiyelerine uyduğunu bilen bir kişidir. Bu sebeple uygun illiyet bağının var olup olmadığı değerlendirilirken söz konusu tanıtım ve tavsiye faaliyetinin sıradan bir kimsenin laf arasında verdiği bir tavsiye olmadığı göz önünde bulundurulmalı ve illiyet bağının kurulup kurulmadığı bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Fenomen aracılığıyla pazarlamadan dolayı influencerin haksız fiil sorumluluğuna gidilecekse, influencerin zarar verici davranışının kusurlu olması gerekmektedir¹¹³. Yani influencer tanıtımını yaptığı ürün veya hizmetten dolayı takipçilerinin zarara uğrayacağını bilerek hareket etmeli veya en azından bunu öngörebilmesi gerekirken öngörmemiş olmalıdır.

Haksız fiil hükümleri çerçevesinde influencerin sorumluluğuna başvurabilmek için, influencerin davranışı hukuka aykırı olmalıdır¹¹⁴. “*Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış hukuka aykırı*”¹¹⁵ olarak ifade edilmektedir. Influencerin aldatıcı olarak yaptığı davranışın hukuka aykırı olduğunu ifade etmek mümkündür. Sonuç olarak influencerin faaliyetlerinden dolayı zarar gören takipçilerin, zor olsa da illiyet bağını ispat ederek, influencerin haksız fiil sorumluluğuna başvurmaları mümkündür.

E. Fenomen Aracılığıyla Pazarlamadan Doğan Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Toplumun ve teknolojinin hızla gelişmesi, değişmesi yeni sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bazı durumlarda bu sorunların çözümü klasik metotlara göre çözülememektedir. Bu gelişmelere paralel olarak hukukun da gelişmesi ve değişmesi, yeni problemlere yeni çözümler üretebilecek durumda olması gerekir. Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bu yeni sorumluluk türlerinden biridir.

¹¹³ Furrer/Muller- Chen/Çetiner, s. 364; Gümüş, Genel, s. 448; Kılıçoğlu, s. 407; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 58; Reisoğlu, s. 171; Uyumaz, s. 507.

¹¹⁴ Furrer/Muller- Chen/Çetiner, s. 340; Gümüş, Genel, s. 453; Kılıçoğlu, s. 367; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 16; Reisoğlu, s. 164; Uyumaz, s. 508.

¹¹⁵ Eren, Genel, s. 672.

Culpa in contrahendo sözleşme görüşmelerinin yapıldığı aşamada, görüşenler arasında meydana gelen sosyal bağlantının kurulmasıyla birlikte, taraflar arasında dürüstlük kuralına dayanan, koruma yükümlülüklerinin kusurlu olarak ihlali sonucu doğan tazminat sorumluluğudur¹¹⁶.

Culpa in contrahendo hukukumuzda ayrı bir kurum olarak açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte kanunda, uygulamada ve öğretide culpa in contrahendo olarak nitelendirilen durumlar bulunmaktadır. Örneğin kendi kusuruyla yanılan tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu, temsil olunanın temsilciye verdiği temsil belgesinin geri almamasından dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluk, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk, kanunda bulunan culpa in contrahendo sorumluluğu olarak kabul edilmektedir¹¹⁷. Bunlardan başka öğretide culpa in contrahendo sorumluluğu olarak kabul edilen haller de söz konusudur. Örnek olarak, görüşmeler sırasında kusurlu olarak yanlış bilgi verenin sorumluluğu, bir kimsenin yapmayı asla düşünmediği bir sözleşme hakkında kötünietli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırmaktan dolayı sorumluluğu, koruma yükümlülüklerinin ihlalden doğan görüşme sorumluluğu, gösterilebilir¹¹⁸.

Bir kimsenin yapmayı düşünmediği sözleşme hakkında kötünietli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırması hali için influencerın sorumluluğundan söz etmek güçtür. Zira influencerın tanıtım yaparken, takipçisiyle yapmayı düşündüğü bir sözleşmeden ve takipçisiyle böyle bir sözleşme yapma ümidi uyandırmasından bahsedilemez. Esasında takipçileriyle yapabileceği bir hukuki işlem de söz konusu değildir.

Influencerın davranışları kusurlu olarak yanlış bilgi ve öğüt vermeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilir ve sorumluluğu buna dayandırılabilir. Somut olayda özel olarak bir danışma/ bilgi verme sözleşmesi bulunmadığı veya mevcut bir sözleşme çerçevesinde bilgi verilmesi gereken hallerin bulunmadığı durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilmektedir¹¹⁹. Bilgi verenin bu bilgiyi verşi ve zarar görenin bu zararı arasında

¹¹⁶ **Gezder**, Ümit: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 144 vd.; **Yalman**, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 38 vd.; **Eren**, Genel, s. 1276; **Gümüş**, Genel, s. 641.

¹¹⁷ **Eren**, Genel, s. 1133 vd.; **Gezder**, s. 144 vd.; **Yalman**, s. 38 vd.

¹¹⁸ **Eren**, Genel, s. 1283 vd.; **Gezder**, s. 155 vd.; **Yalman**, s. 47 vd.

¹¹⁹ **Gezder**, s. 183.

uygun illiyet bağının varlığını ortaya koymak oldukça güçtür. Fakat bilgi/tavsiye veren kişi burada bir influencer/etkileyici/kanaat önderidir. Bu kişinin kendisinin sözlerine, tavsiyelerine, yönlendirmelerine takipçileri tarafından uyulabileceğini önceden tahmin etmesi mümkündür. Üstelik böyle bir imkâna sahip olduğundan dolayı kendisiyle influencer sözleşmesi yapılmaktadır. Influencerın verdiği bilgiden zarar gören kişilerin, influencerın kusurlu olması durumunda, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde influencera başvurması mümkündür.

SONUÇ

Sosyal medyada düzenli içerik paylaşan, toplumu etkileme kuvveti bulunan, takipçilerinin kendisinin fikir, görüş ve tavsiyelerine kıymet verdiği kişiler sosyal medya fenomeni olarak adlandırılmaktadır. Sosyal medya fenomenleri sosyal medya üzerinde içerik üretip pazarlama yaptıkları takdirde onlara influencer adı verilmektedir. Influencerların sosyal medya üzerinde yaptığı, tanıtım, yönlendirme, tavsiye, işletme için bağlantı paylaşımını içeren yeni nesil pazarlama yöntemine de fenomen aracılığıyla pazarlama adı verilmektedir.

Çalışmada sosyal medyada içerik paylaşımı yapan influencerın, bu faaliyetler kapsamında hukuki niteliğinin ne olduğu tartışılmıştır. Bu kapsamda influencerın tacir yardımcılardan ticari temsilci, ticari vekil, pazarlamacı, acente ve komisyoncu olmadığı ifade edilebilir. Zira ticari temsilci tacirin kendisiymiş gibi işletmeyle alakalı işleri yapmaya yetkilidir. Fakat influencerın böyle bir yetkisi yoktur. Ticari vekil işletmeyi yönetmekle görevlidir. Influencer ise işletmeyi yönetmez. Pazarlamacı tacire bağlı olarak çalışan, işyeri dışında gezici olarak çalışan tacir yardımcısıdır. Influencer işletmeye bağlı olarak çalışmaz; çalışma yöntemlerini kendisi belirler. Her ne kadar kavram fenomen aracılığıyla pazarlama olarak kullanılabilir, influencerın teknik anlamda pazarlamacı olmadığı söylenebilir. Acente sınırları belirli bir yer veya bölgede ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık eder veya tacir adına bunları yapar. Influencer da sözleşmelerin yapılmasına aracılık etmektedir. Fakat acente sınırları belirli bir alanda faaliyet gösterir. Influencer ise sınırsız bir alan olan sanal dünyada faaliyet göstermektedir. Bu bakımdan influencerın acente olmadığı söylenebilir. Komisyoncu kendi adına ve tacir hesabına kıymetli evrak ve taşınırı alım satımı yapan kişidir. Fakat influencer işletme adına bir hukuki işlem yapmamaktadır. Bu sebeple influencerın komisyoncu olmadığı ifade edilebilir. Simsar taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânını hazırlayan veya sözleşmenin kurulmasına aracılık eden ve sözleşmenin kurulması durumunda

ücrete hak kazanan kişidir. Influencer da işletme ile takipçileri arasında bir sözleşmenin kurulması imkânını sağlamakta, bağlantı adresi paylaşımı ile sözleşmenin kurulmasına aracılık etmektedir. Genellikle de söz konusu bağlantı kullanılarak yapılan alışveriş neticesinde ücrete hak kazanmaktadır. Bu bağlamda influencer hukuki nitelik olarak simsardır.

Influencer sözleşmesi, influencerın bir içerik üreterek takipçileri ile mal ve hizmet üreten kişiler arasında aracılık yaptığı, karşılığında ise mal ve hizmet üreten kişilerin ücret ödediği bir sözleşmedir. Influencer sözleşmesinde influencer, mal ve hizmet sunan kişilerle takipçileri arasında sözleşme kurulması veya kurulmasına uygun ortam hazırlanmasını sağlamayı, mal ve hizmet sunan kişiler de karşılığında ücret ödemeyi üstlenmektedir. Bu özellikleri çerçevesinde influencer sözleşmesi hukuki nitelik bakımından bir çeşit simsarlık sözleşmesidir.

Çalışmada influencerın yaptığı faaliyetler sebebiyle takipçilerine karşı nasıl bir sorumluluğunun doğabileceği incelenmiştir. Influencerın yaptığı faaliyetler neticesinde, haksız rekabet hükümlerince sorumluluğunun ortaya çıkmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Zira haksız rekabete ilişkin olarak TBK m. 57’de “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir*” denilmektedir. Burada haksız rekabet sonucu müşterileri azalan veya onları kaybetme riski ile karşılaşan bir kişi söz konusudur. TTK m. 56’da ise *Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse*”den bahsedilmektedir. Bu sebeple her iki hüküm çerçevesinde de influencerın sorumluluğu bakımından haksız rekabet hükümlerine başvurulamamaktadır.

Influencerın takipçilerine karşı olan sorumluluğunun akdi sorumluluk olmadığı söylenmelidir. Zira influencer, mal ve hizmet sunan kişilerle yaptığı influencer sözleşmesi kapsamında fenomen aracılığıyla pazarlama faaliyeti yapmaktadır. Bu sözleşmeden dolayı sorumluluğu mal ve hizmet sunan kişilere karşıdır. Takipçiler ile sözleşme kurulduğu takdirde bu sözleşmenin tarafları, takipçiler ile mal ve hizmet sunan kişilerdir. Dolayısıyla takipçiler bu sözleşmeden dolayı, doğrudan mal ve hizmet sunan kişilerin sorumluluğuna veya influencerın bir yardımcı kişi olarak, fiilinden dolayı mal ve hizmet sunanların kusursuz sorumluluğuna başvurabilmektedirler. Fakat çalışmada takipçilerin doğrudan influencerın sorumluluğuna başvurup başvuramayacakları değerlendirilmektedir. Influencer ile takipçileri arasında ise akdi

ilişki bulunmamaktadır. Bu sebeple takipçiler tarafından influencera akdi sorumluluk sebebiyle başvurulamayacaktır.

Influencerın faaliyetlerinin dar anlamda haksız fiil teşkil edebilmesi için, influencerın davranışlarının kusurlu olması, takipçilerin bir zarar görmesi ve bu ikisi arasında bir illiyet bağı olması gerekmektedir. Influencerın davranışları, haksız fiil anlamında bir davranış olarak kabul edilmiş olsa dahi zarar ile davranış arasında illiyet bağını kurmak kolay olmayabilir. Fakat buna rağmen influencerın davranışıyla takipçinin zararı arasında bir illiyet bağı kurulabiliyor ve influencerın kusuru ispat edilebiliyorsa, influencerın takipçilerine karşı haksız fiil sorumluluğu doğmaktadır. Takipçiler haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde influencera başvurabilir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunda arada bir hukuki işlem olmamasına rağmen, dürüstlük kuralından kaynaklanan, görüşenin diğer tarafa duyduğu güvenden ortaya çıkan hukuki ilişkiye aykırı bir hareket söz konusudur. Fenomen aracılığıyla pazarlamanın temeli ise influencer ile takipçileri arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır. Bu bakımdan influencerın kusurlu davranışından dolayı takipçilerin bir zarar görmesi durumunda, her ne kadar aralarında bir hukuki işlem bulunmasa da influencerın takipçilerine karşı, dürüstlük kuralı ve güven ilkesi çerçevesinde, culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA*

- Abbasoğlu**, Hayriye Dilara: Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2021.
- Akipek Öcal**, Şebnem: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. Turgut Öz), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Akkurt**, Sinan Sami: Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- Aktaş**, Aysel/Şener, Gül: “Nüfuz Pazarlamasında (Influencer Marketing) Mesaj Stratejileri”, Erciyes İletişim Dergisi, C. 6, S. 1, 2019, s. 399-422.
- Albayrak**, Serhan: Sosyal Etki Pazarlaması (Influencer Marketing) Bağlamında Instagram ve Youtube Influencerlarının (Fenomenlerinin) Gençlerin Marka Algısına Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Alıklıç**, İnanç/Özkan, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri Üzerine Bir Araştırma”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2018, s. 43-57.
- Alioğlu**, Nazan: “Duygusal Tatmin Aracı Olarak Sosyal Medya Kullanımı Üzerine Bir Alan Araştırması”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 9, S. 2, 2016, s. 1-27.
- Antalya**, Osman Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Appel**, Gil/Grewal, Lauren/Hadi, Rhonda/Stephen, Andrew T.: “The Future of Social Media in Marketing”, Journal of the Academy of Marketing Science, Vol. 48, 2020, p. 79-95.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 27. Baskı (26. Basıdan Tıpkı Basım), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2020.
- Arsebük**, Esat: Borçlar Hukuku Birinci Cilt, 2. Baskı, Arkadaş Matbaası, Ankara 1942.
- Aydoğdu**, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

* Dipnotlarda, aynı yazara ait eserler ile aynı soyadı taşıyan yazarlara ait eserleri ayırmak için kullanılan kısaltmalar ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Başlar, Gülşah:** “Yeni Medyanın Gelişimi ve Dijitalleşen Kapitalizm, XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri”, (ed. Mustafa Akgül vd.), C. 2, 2013, s. 823-832.
- Baytan Avkovan, Serenat:** “Influencer Sözleşmeleri, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri”, (ed. A. Hulki Cihan, Tuğçe Tuzcuoğlu), 1. Baskı, s. 75-150.
- Bayuk, M. Nedim/Aslan, Mustafa:** “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, S. 75, 2018, s. 173-185.
- Bilge, Necip:** Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1971, (Özel).
- Bilge, Fatih Furkan:** Sımsarlık Sözleşmesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Sımsarlık).
- Bingöl, K. Leyla:** “Influencer’ların Yaptıkları Reklam ve Tanıtımlardan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 178, 2021, s. 1074-1083.
- Bozer, Ali/Göle, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018.
- Canöz, Kadir/Kaya, Kahraman Kağan/Çerçi, Ümmü Özlem:** “Bir Halkla İlişkiler Uygulaması Olarak Sponsorluğun Sözleşmesi ve Hukuki Dayanakları”, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, S. 36, 2021, s. 15-28.
- Ceylan, Ebru:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. Turgut Öz), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Çalışkan, Mustafa/Mencik, Yunus:** “Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya”, Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, S. 50, 2015, s. 254-277.
- Çataloğlu, Burcu Bahar:** “Reklama Hukuki Açından Bir Bakış”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2020, s. 599-632.
- Çelik, Sabahattin:** “Sosyal Medyanın Pazarlama İletişimine Etkileri”, Erciyes İletişim Dergisi, C. 3, S. 3, 2014, s. 28-42.

- Ercan**, Cannur: “Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 46, 2021, s. 377-412.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Genel).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Özel).
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I m. 1-48, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Eyel**, Cafer Şafak/**Şen**, Beliz: “Influencer Pazarlama ve Tüketicilerin Influencer'lara Yönelik Tutumlarının Satın Alma Niyeti Üzerindeki Etkisi”, Atlas Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 5, 2020, s. 7-29.
- Eşitti**, Şakir/**Işık**, Mehmet: “Sosyal Medyanın Yabancı Turistlerin Türkiye'yi Tatil Destinasyonu Olarak Tercih Etmelerine Etkisi”, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, C. 1, S. 27, 2015, s. 11-33.
- Furrer**, Andreas/**Muller- Chen**, Markus/**Çetiner**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Gedik**, Yasemin: “Sosyal Medyada Yükselen Bir Trend: Influencer Pazarlama Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme”, Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 2, 2020, s. 362-385.
- Gezder**, Ümit: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Genel).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (Özel).
- Gündoğdu**, Fatih: Spor Sponsorluğu Sözleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2015, s. 45-70.
- Haenlein**, Michael/**Anadol**, Ertan/**Farnsworth**, Tyler/**Hugo**, Harry/**Hunichen**, Jess/**Welte**, Diana: “Navigating the New Era of Influencer Marketing: How to be Successful on Instagram, TikTok, & Co.”, California Management Review, Vol. 63, Issue 1, 2020, p. 5-25.
- Isosuo**, Heli: Social Media Influencer Marketing, JAMK University of Applied of Science, Bachelor's Thesis, Jyväskylä 2016.

- Imrak**, İsmet: Reklam Hukuku ve Aldatıcı/Yanıltıcı Reklamlar, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- İmamoğlu**, Selma Hülya: “Spor Sponsorluğuna İlişkin Hukuki Düzenleme Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, 2009, s. 63-94.
- Joshi**, Yatish/**Lim**, Weng Marc/**Jagani**, Khyati/**Kumar**, Satish: “Social Media Influencer Marketing: Foundations, Trends, and Ways Forward”, Electronic Commerce Research, 2023.
- Kapan**, Kaan/**Üncel**, Rumeysa: “Gelişen Web Teknolojilerinin (Web 1.0- Web 2.0- Web 3.0) Türkiye Turizmine Etkisi”, Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 3, 2020, s. 276-289.
- Kaplan**, Andreas M./**Haenlein**, Michael: “Users of the World Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, Business Horizons, V. 53, 2010, s. 59-68.
- Katı**, Zülal: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Kayapınar**, Hazal: Sponsorluk Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Keskin**, Ayşe Dilşad: “Influencer Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 129-147.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- Kıran**, Selçuk/**Yılmaz**, Cansu/**Emre**, İlkin Ecem: “Instagram’daki Influencer’ların Takipçiler Üzerindeki Etkisi”, Uluslararası Yönetim Bilişim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi, C. 3, S. 2, 2019, s. 100-111.
- Küçükaydın**, Halil Doğan: Ticari İşletme Hukuku, (Ed. Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can, Esra Kaşak), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Leung**, Fine F./**Gu**, Flora F./**Palmatier**, Robert W.: “Online Influencer Marketing”, Journal of the Academy of Marketing Science, Vol. 50, 2022, p. 226-251.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, (Cilt 1).

- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, (Cilt 2).
- Özdemir, Hayrunnisa:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. Turgut Öz), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023, (Özel).
- Özdemir, Hayrunnisa:** “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 61-90, (Aldatıcı Reklam).
- Özel, Merve:** Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Pınar, Hamdi:** “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 129-156.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Reisoğlu, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Sarıkoz, Ensar:** Etkileyici Pazarlamada Etkileyicinin ve Mesajlarının Özelliklerinin Satın Alma Niyetine Etkisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2020, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Solmaz, Başak/Tekin, Gökhan/Herzem, Züleyha/Demir, Muhammed:** “İnternet ve Sosyal Medya Kullanımı Üzerine Bir Uygulama”, Selçuk İletişim, C. 7, S. 4, 2013, s. 23-32.
- Sönmez, Deniz:** Simsarlık Sözleşmesinde Ücret, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Süslü, Bilal/Uluç, Güliz:** “Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 8, S. 17, 2016, s. 337-353.
- Şahin, Derya:** “Nüfuz Pazarlaması (Influencer Marketing): Youtuberlar Üzerine Bir Araştırma”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, S. 2, 2019, s. 47-57, (Nüfuz Pazarlaması).
- Şahin, Turan:** Uygulamada Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesi, 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul 2018, (Simsarlık).
- Şener, Oruç Hami:** Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

- Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tandoğdu**, Gökçe Naz: Sosyal Medya Etkileycisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Tekelioğlu**, Numan: “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2018, s. 1-34.
- Tuhr**, Andreas von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2, (Çev. Cevat Edege), Olgaç Matbaası, Ankara 1983.
- Türkdoğan**, Ahmet Furkan: Ticari İşletme Hukuku, (Ed. Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can, Esra Kaşak), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Uyumaz**, Alper: Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2023, s. 503-546.
- Üçyıldız**, Himmet: Sımsarlık Sözleşmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Yağcı**, Sibel: “Fenomen Pazarlama (Influencer Marketing)”: Dijital Pazarlamanın Kanaat Önderleri Üzerine Araştırma, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Yalman**, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Yegen**, Ceren: “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2013.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara 2021.

TÜRK VE ALMAN HUKUKLARINDA KIRAYA VERENİN REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1407424>

Arş. Gör. Gözdenur GÜLLÜ İMAMOĞLU*

Öz

Çatılı işyeri kirası ve ürün kirası bakımından kiraya verenin asli edim yükümlülüğü, kiralananın sözleşmenin amacına uygun olarak kullanılmaya elverişli bir biçimde teslimi ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurulmasıdır. Her ne kadar kanuni düzenlemeye sahip olmasa da, kiraya verenin bu yükümlülüğünü yerine getirirken rekabetten kaçınması gerektiği, hem Türk hem de Alman hukukunda kabul edilmektedir. Birden fazla taşınmazı olması hâlinde kiraya veren, kiraya verdiği taşınmaz dışındaki taşınmazlarda kiracıyla rekabet oluşturacak davranışlarda bulunmamalıdır. Kiraya veren diğer taşınmazlarını kiracıyla rekabet teşkil edecek davranışlarda bulunma ihtimali olan üçüncü kişilere de kiraya vermemelidir. Bu yükümlülüğün hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü, sözleşmenin doğasından kaynaklanabileceği gibi taraflarca da kararlaştırılabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı her somut olaya göre tarafların menfaati göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Ayrıca bu yükümlülüğün yer, zaman ve konu olarak sınırlandırılmış olması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Rekabet etmeme yükümlülüğü, Çatılı işyeri kirası, Ürün kirası, Ayıba karşı tekeffül, Yan yükümlülük

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Samsun (ggullu93@gmail.com) ORCID: 0000-0002-9771-5189 (Gönderim Tarihi: 20.12.2023-Kabul Tarihi: 23.01.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

LESSOR'S NON-COMPETITION OBLIGATION UNDER TURKISH AND GERMAN LAW

(Research Article)

Abstract

In terms of roofed workplace lease and usufructuary lease, the lessor's primary performance obligation is to deliver the leased premises in a manner suitable for use in accordance with the purpose of the contract and to keep it in this condition for the duration of the contract. Although there is not a legal regulation, it is accepted in both Turkish and German law that the lessor must refrain from competition while fulfilling this obligation. If the lessor owns more than one immovable property, he/she should not engage in behaviors that would constitute competition with the lessee in the other immovable properties than he/she leased. The lessor should not lease his/her other immovable properties to third parties who may engage in behaviors that may constitute competition with the lessee. There are various opinions in the doctrine regarding the legal nature of this obligation. The lessor's non-competition obligation may arise from the nature of the contract or may be agreed upon by the parties. The scope of the non-competition obligation should be determined according to each concrete case, considering the interests of the parties. In addition, this obligation must be limited in terms of place, time and subject.

Keywords

Non-competition obligation, Roofed workplace lease, Usufructuary lease, Warranty against defects, Ancillary liability

GİRİŞ

Kullandırma borcu doğuran kira sözleşmeleri, adi kira, konut ve çatılı işyeri kirası ve ürün kirası olarak tasnif edilmektedir. Bunlardan işyeri kirası ve ürün kirasında kiracı, kiralanan bir işletme faaliyeti yürütme ve bu faaliyetten kâr elde etmeyi amaçlamaktadır. Bunu gerçekleştirirken de rekabetten korunma, kiracı bakımından belirleyici olmasa da önemli bir rol oynar. Rekabet, aynı alanda faaliyet gösteren kişiler arasındaki daha iyiye ulaşma çabası olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğünden söz edebilmek için aynı alanda faaliyet gösteren iki işyeri veya işletmeden ve bunların fiziksel olarak yakınlığından bahsetmek gerekir. Bu çerçevede iki veya daha fazla taşınmaz bulunan bir kiraya verenin, kiracısı ile kendisi veya kiraya verenin birden fazla kiracısı arasında rekabet ihtimali ortaya çıkabilir. Kiraya verenin böyle bir rekabeti önlemesi gerektiğine ilişkin ne Alman hukukunda ne de Türk hukukunda yasal bir düzenleme bulunmaktadır. Bununla birlikte her iki hukuk öğretisinde de kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir.

Kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü bütün kira sözleşmeleri bakımından söz konusu değildir. Örneğin konut kirasında kiracının herhangi bir gelir elde etme faaliyeti olmadığından burada rekabet söz konusu olmadığı gibi kiracının rekabete karşı korunması ihtiyacı da bulunmamaktadır. Bu çalışmada, kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü daha ziyade işyeri kiraları bakımından ele alınmış olup gereken yerlerde ürün kirasına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Söz konusu yükümlülük ağırlıklı olarak Alman mahkeme kararları ve öğretisi temelinde Türk hukukuyla karşılaştırılmalı olarak ele alınmıştır.

I. KİRA SÖZLEŞMESİNDE REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kira sözleşmelerinde rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme Alman veya Türk hukukunda mevcut değildir. Bununla birlikte hem Alman hem de Türk hukuku öğretisinde, özel bir sözleşme gereksizden böyle bir yükümlülüğün kiraya veren bakımından söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹.

¹ **Arkan Serim**, Azra: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir Kitabevi, İstanbul 2010, s. 83; **Altaş**, Hüseyin: Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin, Ankara 2009, s. 184; **Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter**: Mietrecht Kommentar, 16. Auflage, C.H. Beck, München 2024, BGB § 535, N. 696; **Menn**, Isabelle: "Konkurrenzschutz in der Gewerberaummierte", NZM 2017, s. 689; **Staudinger/V Emmerich**: Kommentar zum

A. Yükümlülüğe Konu Olan Kira Sözleşmeleri

Rekabet etmeme yükümlülüğü bütün kira sözleşmeleri bakımından söz konusu değildir. Rekabet fikri, kiralanana gelen müşteriler için yarışma olgusuna dayanır. Rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedebilmek için de kiralananda müşteri teması bulunmalıdır. Müşteri temasının bulunmadığı, tarımsal taşınmaz ürün kirası veya konut kirası gibi kira sözleşmelerinde bu yasak söz konusu değildir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün varlığı için bir diğer önemli kıstas kira sözleşmesinin amacıdır. Kira sözleşmesi ticari olarak faaliyet göstermek için akdedilmişse rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilebilir. Burada tarafların anlaşmasından ziyade fiilî duruma bakılmaktadır². Örneğin kuaför olarak işletilmek üzere kiralanana bir taşınmaz daha sonra depo olarak kullanılmaya başlanmışsa rekabetten ve rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilemez. Ürün kirasında da müşteri temasının ve rekabet riskinin bulunduğu işletme kiralaları bakımından bu yükümlülük gündeme gelebilir³. Kiracının rekabetten korunma talebinin haklı görülebilmesi için, rekabet durumunun onun ticari faaliyetleri üzerinde etkisinin olması gerekir. Kiracının kendisine gelen müşterilerin ve dolayısıyla elde ettiği cironun azalma ihtimalinin bulunması durumunda rekabet riski de mevcuttur⁴. Bu nedenle kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü tüm kira sözleş-

BGB, De Gruyter, Berlin 2021, § 535, N. 23; **Staudinger/Schaub**: Kommentar zum BGB, De Gruyter, Berlin 2018, § 581, N. 220; **Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Eggersberger**: Geschäftsraummiete, C.H. Beck, München 2008, § 23, N. 135; **Bittner**, Mark: "Der Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht", Monatsschrift für deutsches Recht: MdR; Zeitschrift für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, 62, 21, 2008, s. 1201; **Gather**, Hans-Herbert: "Der Konkurrenzschutz bei der Geschäftsraummiete", Festschrift für Hanns Seuß zum 80. Geburtstag, Berlin 2007, s. 301; **Neuhaus**, Kai-Jochen: Handbuch der Geschäftsraummiete, Wolters Kluver, 2022, Kapitel 13, N. 1; **Sternel**, Friedemann: Mietrecht, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1998, N. II, 118; **Klein-Blenkers**: Nomos Kommentar, Hrsg. Dauner-Lieb/Langen, 4. Auflage, Nomos, Baden Baden 2021, § 578, N. 87; **Kraemer/Bub/Treier**: Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, C.H. Beck, München 1999, III. B, 1240.

² **Menn**, s. 689, 690.

³ **Soergel/Heintzmann**: BGB Kommentar, 13. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2007, § 581, N. 6; **Aker**, Halit: Ticari İşletme Kirası, Yetkin, Ankara 2012, s. 350; **Kern**, Christoph: Pachtrecht, Kommentar, Das gesamte Pachtrecht mit Nebengebieten, Berlin 2012, § 581, N. 140; **Staudinger/Schaub**, § 581, N. 220; **Oppenländer**, Frank: Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens, Stuttgart 1974, s. 275; **Strobel**, Lothar: Die Unternehmenspacht im deutschen, französischen und italienischen Recht, Dissertation, Bochum 1972, s. 26.

⁴ **Haug**, André: Miet- und Pachtvertragsrecht, 2. Auflage, Berlin 2002, N. 324.

melerinde değil, müşteri temasının bulunduğu, ticari amaçlı akdedilen çatılı işyeri kirası ve ürün kirası sözleşmeleri bakımından geçerlidir.

Çatılı işyeri kirası, ticari, sınai veya zirai bir faaliyetin gerçekleştirilmesi amacıyla üstü kapalı bir taşınmazın kullanımının, bir süreliğine belirli veya belirlenebilir bir bedel karşılığında kiracıya bırakılmasıyla meydana gelen sözleşmedir⁵. Ürün kirası ise, TBK m. 357'de tanımlanmış olup ürün getirmeye elverişli bir şey veya hakkın kullanım ve işletilmesinin bir bedel karşılığında kiracıya bırakılmasını ifade eder⁶. Ürün kirasının bir görünümü olan şirket kiralarında da rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Nitekim kiraya verenin, kiracının kullanımına ve işletmesine devrettikten sonra müşteri çevresi, ticari bilgi birikimi gibi unsurları, kendisinin kullanarak rekabet teşkil edici davranışlarda bulunması, sözleşmenin akdedilme amacına aykırılık teşkil eder⁷.

B. Kiraya Veren Açısından Rekabet Etmeme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Rekabet etmeme yükümlülüğü, kiraya verenin birden fazla taşınmazı bulunması hâlinde, bu taşınmazlardan birini kiralayan kiracı ile kiraya veren veya kiraya verenin diğer taşınmazlarını kiraya verdiği kiracılar arasında söz konusu olabilir. Birden fazla taşınmazın birinde kendisi faaliyet gösteren kiraya veren, kiraya vermiş olduğu diğer taşınmazında faaliyet gösteren kiracı ile rekabet teşkil eden davranışlardan kaçınmalıdır. Kiraya verenin sahip olduğu birden fazla taşınmazı kiraya vermesi durumunda ise rekabet tehlikesi, söz konusu kiracılar arasında söz konusu olabilir. Bu tehlikenin engellenmesi adına kiraya veren, kiraya verdiği taşınmazda faaliyet gösteren kiracının rakiplerine, diğer taşınmazını kiraya vermemek şeklinde hareket edebilir. İkinci olarak kiraya veren, sonradan akdedilen kira sözleşmesine rekabeti önlemeye yönelik hüküm koymak suretiyle rekabet tehlikesinin önüne geçebilir. Böyle bir hüküm konulmamış olsa dahi kiraya verenin sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü gereği, sonraki kiracının rekabet teşkil eden davranışlarda bulunması hâlinde somut olayın özelliklerine göre kiraya verenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bununla

⁵ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2020, N. 1340; Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt IV, Yetkin, Ankara 2023, m. 339, N. 7.

⁶ Arkan Serim, s. 2; Altaş, s. 73; Eren, N. 1452; Eren/Dönmez, m. 357, 358, 359, N. 1; Staudinger/Schaub, Vorbem. § 581, N. 1; Harke, Jan Dirk: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2023, § 581, N. 1.

⁷ Altaş, s. 185; Aker, s. 349.

birlikte rekabet tehlikesine maruz kalan kiracı buna ilişkin talebini üçüncü kişi kiracıya karşı değil kiraya verene karşı ileri sürebilir. Bu durum aşağıda rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali başlığı altında incelenmiştir.

Kiraya verenin rekabet tehlikesi oluşturan taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde, devralan üçüncü kişi artık rekabet etmemekle yükümlü değildir. Rekabet etmeme yükümlülüğü, aynı kiraya veren tarafından kiraya verilen iki veya daha fazla taşınmaz bakımından söz konusudur. Taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde bu üçüncü kişinin rekabet etmeme yükümlülüğünden sorumlu tutulması söz konusu olmaz. Ayrıca kiraya verenin, taşınmazın devredildiği üçüncü kişinin davranışlarından sorumlu tutulması da söz konusu değildir. Nitekim kiracının korunmaya değer menfaati kiralananın aynından değil, kiraya verenle ilişkisinden kaynaklanmaktadır⁸.

C. Rekabet Etmemeye Yükümlülüğünün Kaynağı

Kira sözleşmesinde rekabet etmeme yükümlülüğünün kaynağı açısından iki ihtimalden söz edilebilir. İlk olarak rekabet etmeme yükümlülüğü kira sözleşmesinin akdedilme amacıyla paralel olarak sözleşmenin doğasından kaynaklanabilir. Bunun dışında taraflar kira sözleşmesini akdederken bu sözleşmeyle birlikte veya ayrıca rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda sözleşmeden kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilir.

1. Sözleşmenin Doğasından Kaynaklanan Rekabet Etmemeye Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Çatılı işyeri kirası ve bazı ürün kirası sözleşmelerinde kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü, öğretide kabul edilen görüşe göre sözleşmeyle belirlenmemiş olsa dahi, sözleşmenin doğasından kaynaklandığı için mevcuttur. Nitekim bu sözleşmelerle kiralananın işyeri olarak kullanılarak veya işletilerek kâr elde edilmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesi için de kiraya veren, rekabetçi davranışlarda bulunmamak ve kiracının rakiplerine, maliki olduğu diğer taşınmazlarını kiraya vermekten kaçınmakla yükümlüdür. Buna ilişkin taraflar arasında bir anlaşma olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu yükümlülük bu tür sözleşmeler bakımından kira sözleşmesine mündemiç (içkin) (*Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz*) olarak bulunmaktadır⁹.

⁸ Sternel, N. II, 127.

⁹ Staudinger/V Emmerich, § 535, N. 23; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, § 535, N. 696; Staudinger/Schaub, § 581, N. 220; Bittner, s. 1201.

Sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün ön koşulu, belirli bir ticari amacın sözleşmenin parçası hâline gelmiş olmasıdır. Rekabeti engellemek için sözleşmeye açık bir hüküm konulmuşsa, sözleşmenin doğasında bulunan rekabete karşı korumanın asgari şartı sözleşmenin amacının gelir elde etmeye bağlı ticari kullanım olmasıdır. Taraflar bu amacı açıkça veya örtülü olarak belirlemiş olabilirler¹⁰. Bu bakımdan örneğin depo olarak kullanılmak amacıyla kiralanan bir taşınmazda kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Bununla birlikte restoran, spor salonu, berber, kafe gibi işletmeler bakımından kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü gündeme gelebilir.

b. Yükümlülüğün Hukuki Niteliği

Sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün hukuki niteliğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. Hâkim görüşe göre kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü, BGB § 535 ve TBK m. 301’de yer alan ve kiraya verenin asli edim yükümlülüğünü oluşturan, kiralanana sözleşmede belirlenen amaca uygun bir şekilde kullanıma elverişli bulundurma yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Kiraya veren, kiralanana kullanıma elverişli biçimde bulundurma asli edim yükümlülüğü çerçevesinde rekabet oluşturacak davranışlardan da kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali kiralananın kullanıma elverişli biçimde bulundurulmaması anlamına gelir¹¹. Federal Alman Mahkemesi kararları da sözleşmeyle belirlenmemiş olsa dahi, rekabet etmeme yükümlülüğünün BGB § 535’ten kaynaklı olarak bulunduğu yönündedir. Nitekim mahkeme önüne gelen bir olayda, belirli bir işletmenin faaliyet göstermesi için bir bina kiralanırken, açık bir sözleşme hükmü olmasa bile, binanın diğer odalarında veya kiraya verenin doğrudan bitişikteki arazisinde rakip bir işletmeye izin verilmemesinin, BGB § 535 uyarınca sözleşmeye dayalı kullanımın bir parçası olduğu yönünde karar vermiştir. Aynı karara göre, kiraya verenin kiracıyı rekabetten koruma yükümlülüğü, sözleşmede hüküm olmasa dahi, sözleşmeyle karşılaştırılan iş veya ticaretin yürütülmesine yönelik kullanımını engellememesinin, kiralananın sözleşmenin amacına uygun kullanımının bir parçası ol-

¹⁰ Neuhaus, Kapitel 13, N. 4.

¹¹ Staudinger/V Emmerich, § 535, N. 25; Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, Verlag Franz Vahlen, München 2023, § 22, 50; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, BGB § 535, N. 696; Esser, Josef/Weyers, Hans-Léo: Schuldrecht Band II Besonderer Teil, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1998, § 15, II; Gather, Hans-Herbert: “Konkurrenzschutz des Gewerbemieters: Ist vertraglicher Ausschluß möglich?”, Das Grundeigentum (1998), 4, s. 220; Neuhaus, Kapitel 13, N. 2.

duğu düşüncesine dayanmaktadır¹². Bunun sonucu olarak da Alman hukukunda hem ürün kirası hem de çatılı işyeri kirası bakımından hâkim görüş, rekabet etmeme yükümlülüğünün, kiralananın sözleşmenin amacına uygun biçimde bulundurma borcunu ihlal ettiği ve dolayısıyla BGB §§ 536'da yer alan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir. Bunun temeli, rekabet teşkil eden davranışların, kiralananın sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanımı üzerinde önemli bir etkiye sahip olması ve bu durumun kiralananda bir ayıp oluşturmasıdır¹³.

Kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir görüş bu yükümlülüğün ikincil nitelikte bir yan yükümlülük olduğu yönündedir. Kiralananın kullanımını doğrudan etkileyen eksiklikler ayıp olarak nitelendirilir. Oysa rekabet durumundan, kiralananın doğrudan etkilenmesi söz konusu değildir. Nitekim rekabet yaratıcı bir durum olsa dahi kiracı kiralanadaki faaliyetini yürütmeye devam edebilir ve sözleşmeyle kararlaştırılan amaç çerçevesinde kiralanayı kullanabilir. Rekabetin varlığı hâlinde ise elde etmeyi beklediği gelirden bir azalma meydana gelebilir. Bu durum kiralananın kullanımını doğrudan değil dolaylı olarak etkilemektedir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. Bu yükümlülük dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır ve yan yükümlülük niteliğindedir¹⁴. Alman hukukunda da bu görüşün benimsenmesi neticesinde, rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali hâlinde BGB § 280 uyarınca sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülüğün ihlali gerekçesiyle tazminat talebi söz konusu olur¹⁵.

Kanaatimizce kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğünün hukuki niteliği çatılı işyeri kirası ve ürün kirası bakımından farklılık arz eder. Bu durum bu iki sözleşmede kiraya verenin asli edim yükümlülüğünün farklılığından ileri gelir. Ürün kirasında TBK m. 360'a göre kiraya verenin asli edim yükümlülüğü, "*kiraya veren, birlikte kiralanmış taşınır şeyler varsa bunlar da içinde olmak üzere, kiralanayı, sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir durumda kiracıya teslim et-*

¹² BGH XII ZR 117/10, NJW 2013, 44 Rn. 40, www.beck-online.beck.de (ET: 12.12.2023)

¹³ Looschelders, § 22, 50; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, BGB § 535, N. 696; Gather, s. 309, 310; Stornel, N. II, 134; Kraemer/Bub/Treier, III.B, 1249.

¹⁴ Guhling, Hartmut/Günter, Peter/Menn, Isabelle: Gewerberaummierte, C.H. Beck, München 2019, § 535, N. 330 vd.; Özdemir, Hayrunnisa/Küçükçapraz, Serhat: "Kiraya Veren Ayıptan Doğan Sorumluluğu", TAAD, Yıl: 12, Sayı: 47, Temmuz 2021, s. 96; Altaş, s. 185; Kinne, Harald: "Konkurrenzschutz für Gewerberäume", Das Grundeigentum, (1996), 9, s. 566.

¹⁵ Menn, s. 693.

mek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür” şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere ürün kirasında kiraya verenin asli edim yükümlülüğü kiralananın kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde bulundurulmasıdır. Ürün kirasında kiraya verenin kiralananı hem kullanılmaya hem işletilmeye elverişli biçimde bulundurma yükümlülüğü kiracının rekabetten mutlak olarak korunması gerekliliğini de beraberinde getirir. Nitekim ürün kirasında kiracının kiralananı ürün elde etmesi sözleşmenin akdedilme amacını oluşturur. Kiraya verenin kiralananı ürün elde etmeye elverişli şekilde bulundurma yükümlülüğü asli niteliktedir. Dolayısıyla kiralananın işletilmesinin sekteye uğramasından ve işletilmesindeki eksikliklerden, kiraya verenin asli olarak sorumlu olduğu söylenebilir. Ayrıca ürün kirasında kiracı TBK m. 364’e göre kiralananı işletme yükümlülüğü altındadır. Kiralananın işletilmesi, kiralananı verim elde edilmesi ürün kirasında birincil önem taşır. Bu itibarla, rekabet etmeme yükümlülüğünün hukuki niteliği de ürün kirasında asli edim yükümlülüğü olarak değerlendirilmelidir. Çatılı işyeri kirasında ise kiraya verenin asli edim yükümlülüğü kiralananın kullanıma elverişli biçimde bulundurulmasından ibarettir. Bu tür kirada kiracı, bu işyerini kullanma hakkına sahip olmakla birlikte, kiracının işletme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak kiraya veren, kiracının kiralananı verim elde etmesine veya elde edeceği verim miktarına ilişkin bir taahhüdü bulunmadığı sürece elde edilecek verimden sorumlu değildir. Bu nedenle çatılı işyeri kiralalarında bu yükümlülük dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülük olarak değerlendirilmelidir.

2. Taraflarca Kararlaştırılan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün, sözleşmeyle belirlenmesi, sınırlandırılması ve hatta ortadan kaldırılması mümkündür. Bu durumda taraflarca kararlaştırılan rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilir. Kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü, kira sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşmede kararlaştırılabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin taraf belirlemesi yazılı veya sözlü bir şekilde yapılabilir. Böyle bir durumda ideal olan tarafların rekabet etmeme yükümlülüğünün yer ve konu bakımında kapsamını ve süresini de sözleşmede belirlemeleridir. Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca bu belirlemeyi kanuni sınırlar dâhilinde istedikleri gibi yapabilirler. Ancak bu belirleme özellikle kiraya verenin kişilik haklarını, ekonomik olarak hareket özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olmamalıdır. Kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülü-

ğünün taraflarca belirlenmesi hâlinde, yapılan bu belirleme öncelik taşır ve rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı bu çerçevede değerlendirilir¹⁶.

Alman hukukunda rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin taraf anlaşmasının genel işlem koşulu yoluyla da yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁷. Bu durum Türk hukukunda ayrıca incelenmelidir. Nitekim TBK m. 301'e göre "kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmamakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz." Rekabet etmeme yükümlülüğünü kiralananı elverişli bir şekilde bulundurma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak gören görüşe göre, Türk hukukunda çatılı işyeri kiralaları bakımından rekabet etmeme yükümlülüğünün bertaraf edilmesine ilişkin sözleşme yapılması mümkün değildir. Nitekim TBK m. 301'e göre kiralananı sözleşme süresince kullanıma elverişli bulundurma yükümlülüğü, çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez. Ancak kanaatimizce çatılı işyeri kiralalarında rekabet etmeme yükümlülüğü, bir yan yükümlülük olduğundan taraflarca bu yükümlülüğün ortadan kaldırılması da mümkün olmalıdır. Bu ortadan kaldırma genel işlem koşulu yoluyla da yapılabilir. Bununla birlikte ürün kirasında rekabet etmeme yükümlülüğü kanaatimizce kiraya verenin, kiralananı işletmeye elverişli şekilde bulundurma yükümlülüğünün bir görünümü ve asli edim yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bu nedenle, TBK m. 301'e göre ürün kirasında rekabet etmeme yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasına ilişkin taraf anlaşması, genel işlem koşulu yoluyla yapılamaz. Ürün kirasında, tarafların birlikte müzakere ederek rekabet etmeme yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmaları söz konusu olabilir.

Taraflar, sözleşmeyle kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğünü belirleyebilecekleri gibi sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünü dışlayıcı bir biçimde, herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmadığını da kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda

¹⁶ Staudinger/V Emmerich, § 535, N. 23; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, § 535, N. 707; Gather, s. 303; Neuhaus, Kapitel 13, N. 10; Klein-Blenkers, NK BGB, § 578, N. 88.

¹⁷ Neuhaus, Kapitel 13, N. 11; Menn, s. 692; Stornel, N. II, 133; Kraemer/Bub/Treier, III.B, 1254. Alman hukuku içtihatlarında da genel işlem koşuluyla getirilmiş rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin geçerli kabul edildiği görülmektedir. OLG Düsseldorf, Urteil vom 11-06-1992 - 10 U 165/91; KG, 11.04.2019 - 8 U 147/17. (www.dejure.org, Erişim Tarihi: 15.12.2023)

kiraya veren rekabet etmeme yükümlülüğünden sorumlu değildir. Uygulamada genellikle alışveriş merkezi kiralarında rekabet etmeme yükümlülüğünün bertaraf edilmesine yönelik sözleşme hükümleri bulunduğu görülmektedir¹⁸. Nitekim alışveriş merkezlerinde aynı bina içinde, aynı kiraya verene ait taşınmazların benzer işkolundaki kişilere kiralanması söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda kiraya verenin, sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünden sorumlu tutulması mümkünken sözleşme yoluyla bu ihtimal bertaraf edilmektedir. Nitekim rekabet etmeme yükümlülüğü, alışveriş merkezindeki taşınmazını kiraya verenin sözleşme özgürlüğünü hakkaniyete aykırı biçimde sınırlama tehlikesi barındırmaktadır. Bu nedenle alışveriş merkezleri bakımından rekabet etmeme yükümlülüğünün bertaraf edilmesine yönelik taraf anlaşması isabetlidir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün tamamen kaldırılması yerine belirli durumlarla sınırlandırılması da mümkündür. Örneğin kiraya verenin kiralananda gerçekleştirilen faaliyetlerin tümü bakımından değil, bir kısmı bakımından rekabet etmemekle yükümlü tutulması söz konusu olabilir¹⁹.

Tarafların rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini sözleşme süresinden kısa olarak belirlemeleri hâlinde kalan süre için sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün devreye gireceği söylenebilir²⁰. Ancak sözleşmeden, tarafların bu durumu açıkça ve özellikle belirledikleri anlaşılıyorsa kanaatimizce sürenin bitiminde rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilememesi gerekir.

II. REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE SINIRLANDIRILMASI

A. Kapsamı

Rekabet etmeme yükümlülüğünün taraflarca kararlaştırılması hâlinde bu yükümlülüğün kapsamı taraf anlaşmasına göre belirlenir. Taraflar bir rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırmış ancak sınırlarını belirlememişlerse veya rekabet etmeme yükümlülüğü taraflarca kararlaştırılmamış ve sözleşmenin doğasından ileri gelmekteyse, yükümlülüğün kapsamı somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Esasen kiraya verenin her türlü somut rekabete karşı kiracıyı koruma gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Bunun yerine, tarafların menfaatleri dikkate alınmalı, rekabeti engellemenin

¹⁸ Bittner, s. 1202; Neuhaus, Kapitel 13, N. 20.

¹⁹ Menn, s. 692.

²⁰ Menn, s. 692; Neuhaus, Kapitel 13, N. 10; Guhling/Günter/Menn, § 535, N. 388.

ne ölçüde gerekli olduğunun belirlenmesi için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun için de en önemli kriter kira sözleşmesinin akdedilme amacıdır. Ayrıca kiralananın konumu, karşılaştırılan kira bedeli gibi hususlar önem taşır²¹. Örneğin kira bedelinin piyasaya göre daha yüksek belirlendiği bir kira sözleşmesinde kiracının rekabete karşı daha fazla koruma talep etme hakkı olduğu söylenebilir²². Benzer şekilde kiralananın bir alışveriş bölgesinde yer alması ve çevresinde benzer iş kolunda faaliyet gösteren pek çok işyerinin bulunması hâlinde rekabet korumasının daha az olabileceği savunulabilir. Kiralananın alışveriş bölgesi gibi rekabetin yüksek olduğu bir yerde olması hâlinde kiracının rekabete katlanma yükümlülüğü artar. Buna karşılık tamamen konut amaçlı bir bölgede bulunan bir kiralanan bakımından kiracı daha fazla rekabet koruması talep edebilir²³.

Kira sözleşmesi akdedildiğinde hâlihazırda mevcut olan ve kiracı tarafından bilinen rekabet durumları rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değildir. Rekabet etmeme yükümlülüğü, ilk kiracı ile kiraya veren veya yeni bir üçüncü kiracı arasındaki ilişkide mevcuttur. Bununla birlikte önceden mevcut olmayan ancak daha sonra sözleşmeyi ihlal edecek şekilde, ilk kiracının faaliyet alanının genişletilmesi ve ikinci kiracının aleyhine rekabet teşkil edici davranışlar gösterilmesi rekabet kapsamında değerlendirilebilir²⁴. Örneğin aynı kiraya verene ait yan yana iki taşınmazdan birinin fitness salonu, diğerinin ise solaryum olarak işletilmek üzere kiraya verilmiş olması durumunda, arada bir rekabet etmeme yükümlülüğü olmadığı düşünülebilir. Ancak fitness salonunun daha sonra sauna ve solaryum hizmeti de sunmaya başlaması hâlinde burada rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlal edilmesi gündeme gelebilir. Bununla birlikte kiracının, fitness salonunun yanında sağlıklı yaşam hizmetleri kapsamında sauna ve solaryum açabilmesinin sözleşmenin amacına hizmet ettiği de savunulabilir. Somut olayın özellikleri, müşteri kitlesinin bu duruma tepkisi, elde edilen cirodaki azalma veya artma gibi hususlar göz önünde bulundurularak olay çözüme bağlanmalıdır²⁵.

²¹ Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, BGB § 535, N. 704, 705; Bittner, s. 1201; Gather, s. 302; Sternel, N. II, 120; Kraemer/Bub/Treier, III.B, 1240.

²² Kern, § 581, N. 136; Erman/Lützenkirchen: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: §§ 1-778, Ottoschmidt Verlag, Köln 2020, § 535, N. 50; Guhling/Günter/Menn, § 535, N. 348.

²³ Gather, s. 305; Bittner, s. 1202; Kinne, s. 566.

²⁴ Bittner, s. 1201; Haug, N. 328; Emmerich/Sonnenschein: Miete Handkommentar, 10. Auflage, De Gruyter, Berlin 2011, § 535, N. 11; Erman/Lützenkirchen, § 535, N. 50.

²⁵ Guhling/Günter/Menn, § 535, N. 342.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde Alman hukukunda kullanılan bir diğer kıstas ana ve tali mallar arasındaki ayırmadır²⁶. Buna göre bir taşınmaz belirli bir ana malın satışı için kiralanmışsa, kiraya verenin aynı bölgedeki diğer taşınmazını bu malları yalnızca tali olarak sunan üçüncü bir kişiye kiralaması engellenemez. Belirleyici faktör, tali ürünün işletmenin tarzını belirlememesidir. Ana ürün dükkânın tarzını belirleyen ve ona kendine özgü niteliğini veren üründür. Tali ürün, ana ürüne kıyasla satışlarının düşük olmasıyla karakterize edilir. Bu bakımdan örneğin bir kasabın yanına bir süpermarket açılması ve bu süpermarkette bir sosis reyonunun bulunması hâlinde rekabetten söz edilemez²⁷. Alman Federal Mahkemesinin bir kararında kiraya veren, bir taşınmazının iki odasından birini ekmek fırını, diğerini ise mandıra ve bakkal dükkânı olarak işletilmek üzere kiraya vermiştir. Her iki sözleşmede de rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Mandıra ve bakkal olarak işletilen dükkân, daha sonra ekmek satışına da başlamıştır. Mahkeme, ekmek satışının dükkânın elde ettiği cironun %5'ini oluşturduğu ve tali ürün olduğu gerekçesiyle bu durumun rekabet teşkil etmediğine ve kiraya verenin rekabetten sorumlu olmadığına karar vermiştir²⁸. Ayrıca kiraya verenin taşınmazını, yalnızca tali olarak ekmek satan bir işletmeye kiraya vermemesi gerektiğinin kabulü, ekonomik hayatta iş sektörleri giderek daha fazla birbiriyle örtüştüğünden taşınmazın kullanımının son derece kısıtlanmasına yol açar²⁹. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi başka bir kararında, bir yapı marketin, fayans mağazasıyla aynı ürün seçeneklerini sunması gerekçesiyle bu durumun rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı olduğu sonucuna varmıştır³⁰.

İşletme faaliyetinin rekabet oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirilebilecek bir diğer kıstas, işletmenin aynı müşteri kitlesine hitap edip

²⁶ **Bittner**, s. 1202; **Gather**, 1998 s. 221; **Kinne**, s. 566; **Gather**, s. 304; **Schmidt**, Horst A.: Die Geschäftsraummiete, August 1993, s. 14; **Wolf**, Eckhard/**Eckert**, Hans-Georg/**Ball**, Wolfgang: Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Köln 2004, N. 643; **Sternel**, N. II, 120; **Soergel/Heintzmann**, § 535, N. 74; **Erman/ Lützenkirchen**, § 535, N. 51.

²⁷ **Haug**, N. 325.

²⁸ Diğer bir kararında Federal Mahkeme, bir kafede bulunan alkollü içecek dolabının, yan taşınmazdaki pub bakımından rekabet tehlikesi oluşturmadığına karar vermiştir. Nitekim kafede bulunan alkol dolabı tali ürün niteliğindedir. BGH, 26.01.1955 - VI ZR 274/53. (www.dejure.org, Erişim Tarihi: 14.12.2023)

²⁹ BGH 08.01.1957 VIII ZR 225/56. (www.beck-online.beck.de, Erişim Tarihi: 14.12.2023)

³⁰ BGH ZMR 1968, 248. **Kraemer/Bub/Treier**, III.B, 1246.

etmemesidir. Alman Federal Mahkemesi, ortopedi alanında uzmanlaşmış bir tıbbi muayenehane ile travma cerrahisi alanında uzmanlaşmış bir tıbbi muayenehane arasında rekabet bulunabileceğine karar vermiştir³¹. Bununla birlikte bir yıldızlı otel ile beş yıldızlı otel bakımından bir rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilemez. Nitekim burada yalnızca gecelik fiyat dahi müşteri kitlesini farklılaştırmaktadır ve aynı müşteri kitlesine hitap edilmemektedir³². Buna karşılık başka bir kararda bir dondurmacının işletilmesine ilişkin kira sözleşmesinde, rekabete karşı korumanın kapsamına, giriş bölümünde kahve, kek, milkshake, krep, soğuk içecekler satılan bir Türk marketi dâhil edilmiştir ve bu durumun rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirileceğine hükmedilmiştir³³.

B. Sınırlandırılması

Rekabet etmeme yükümlülüğü, sırf taşınmazını veya bir hakkını kiraya vermesi nedeniyle kiraya verenin, benzer her türlü faaliyetten veya diğer bir taşınmazını benzer alanda çalışan bir üçüncü kişiye kiraya vermekten kaçınmasını gerektirmektedir. Bu durum esasen temelini Anayasa m. 48'de bulan sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil eder. Bu nedenle her somut olayda taraf menfaatleri göz önünde bulundurularak denge sağlanmak suretiyle bu yükümlülük sınırlandırılmalıdır. Nitekim bu yükümlülüğün mutlak olarak kabul edilmesi kiraya verenin ticari faaliyetlerini, ekonomik olarak kendini geliştirmesini kısıtlar.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşmeyle kararlaştırılması durumunda yükümlülüğün sınırları sözleşmeye bakılarak belirlenir. Sözleşmede rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülmüş ancak sınırları belirlenmemişse burada dürüstlük kuralı, somut olayın özellikleri ve taraf menfaatleri dikkate alınır. Rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşmenin doğasından kaynaklandığı durumlarda yine bu yasağın sınırları dürüstlük kuralı ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Örneğin kiracı, kiraya verenin rekabet teşkil eden davranışlarının farkında olmakla birlikte sözleşme ilişkisine sorunsuz bir şekilde devam etmekte, kira bedelini eksiksiz şekilde ifa etmekteyse artık rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlal edildiğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık yaratabilir. Ancak bu durum başlangıçta kiracının cirosunu etkilememekte fakat daha sonra rekabet dolayısıyla kiracının kiralanan

³¹ BGH XII ZR 117/10, NJW 2013. (www.bundesgerichtshof.de Erişim Tarihi: 14.12.2023)

³² Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Eggersberger, § 23, N. 135.

³³ OLG Koblenz, 18.04.2018, 5 U 1161/17. (www.dejure.org, Erişim Tarihi: 15.12.2023)

elde ettiği verim düşmekteyse bu durumda rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlal edildiği iddia edilebilir.

Rekabet etmeme yükümlülüğü öncelikle yer olarak sınırlandırılmalıdır. Sınırlama taraflarca sözleşmede kararlaştırılmışsa kiraya verenin kişilik haklarına aykırı olmayacak biçimde bu sınırlamanın kabul edilmesi gerekir. Ancak bu belirlemenin aşırı nitelikte olması durumunda somut olayın özelliklerine göre bu yasağın makul bir sınıra indirilmesi yerinde olur. Örneğin kiraya verenin bütün şehirdeki taşınmazlarını rekabet oluşturmayacak şekilde kullanması veya kiraya vermesini içeren bir rekabet etmeme yükümlülüğü uygun değildir ve mekânsal olarak sınırlandırılmaya muhtaçtır³⁴. Rekabet etmeme yükümlülüğünün yer olarak kapsamı genellikle aynı veya bitişikteki taşınmazla sınırlıdır³⁵. Nitekim Alman içtihatlarında kiraya verenin kiraya verdiği iki taşınmazı arasında 100 metre³⁶ ve 350 metre³⁷ bulunduğu durumlar, rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemiştir³⁸.

Rekabet etmeme yükümlülüğü süre bakımından da sınırlı olmalıdır. Yine sözleşmeyle kararlaştırıldığı durumda bu sınırlama dikkate alınmalıyken aşırı sınırlamanın makul düzeye çekilmesi gerekir.

Taraflarca aşırı nitelikteki bir rekabet etmeme yükümlülüğünün belirlenmiş olması hâlinde akla TBK m. 445 hükmü gelebilir. Bu hüküm hizmet sözleşmesinde işçi bakımından getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün sınırlandırılmasına ilişkindir. Söz konusu hüküm, kanun koyucunun işveren karşısında daha zayıf konumda gördüğü işçinin korunmasına yöneliktir. Sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindeki böyle bir hüküm, işçinin korunması düşüncesiyle kabul edilebilir. Ancak kiraya veren bakımından böyle bir koruma düşüncesi mevcut olmadığından TBK m. 445'in, kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğünde doğrudan uygulanması söz konusu olmaz.

³⁴ Wolf/Eckert/Ball, N. 647.

³⁵ Bittner, s. 1202; Gather, s. 304; Haug, N. 326; Sternel, N. II, 124; Emmerich/Sonnenschein, § 535, N. 12; Kern, § 581, N. 136; Guhling/Günter/Menn, § 535, N. 350; Kraemer/Bub/Treier, III.B, 1240.

³⁶ BGH, 24.04.1968- VIII ZR 120/67. (www.beck-online.beck.de, Erişim Tarihi: 17.12.2023)

³⁷ BGH 24.01.1979-VIII ZR 56/78. (www.beck-online.beck.de, Erişim Tarihi: 17.12.2023)

³⁸ Reich mahkemesi (Almanya İmparatorluk Mahkemesi) 1931 yılında vermiş olduğu bir kararda, kuyumcu dükkânı olarak işletilen bir kiralananın yanındaki taşınmazın bir üçüncü kişiye yine kuyumcu olarak kiralandığı olayda rekabetin varlığına hükmetmiştir. RGZ, 02.02.1931, 131, 274. (www.rgz.staatsbibliothek-berlin.de, Erişim Tarihi: 16.12.2023)

Bununla birlikte hükümde öngörülen; rekabet etmeme yükümlülüğünün kiraya verenin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermemesi ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamamasına ilişkin düzenleme taraflar açısından yol gösterici nitelik taşıyabilir.

TBK m. 445/II'de bulunan; aşırı nitelikte rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırılmış olması durumunda hâkimin bu yasağı sınırlayabileceğine ilişkin, hâkimin sözleşmeye müdahalesi anlamına gelen hükmün de yine aynı sebepten kira sözleşmesinde doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Taraflarca kiraya veren bakımından, yer, süre ve konu açısından aşırı sayılabilecek bir rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırılması hâlinde, somut olaya göre kiraya verenin kişilik haklarının zedelendiği veya ahlaka aykırı nitelikte bir sözleşme yapıldığı söylenebilir. Bu noktada akla TBK m. 27 hükmü gelebilir. Böyle bir durumda kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin sözleşmenin TBK m. 27/I uyarınca kesin hükümsüz sayılması, korunmak istenen menfaate aykırılık teşkil eder. Bu nedenle makul sınırı aşan rekabet etmeme yükümlülüğünün, sınırı aştığı ölçüde TBK m. 27/II yaptırımına tâbi olması gerekir. Diğer bir deyişle rekabet etmeme yükümlülüğünün aşırı nitelikte ve kiraya verenin kişilik haklarını zedeleyici biçimde olması hâlinde, rekabet etmeme yükümlülüğünün kesin hükümsüz sayılması değil, kişilik haklarını zedeleyici nitelikteki bölüm için kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması, diğer bölüm için rekabet etmeme yükümlülüğünün geçerli sayılması isabetli olur³⁹. Bu durum öğretide değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olarak adlandırılmaktadır. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin hükümsüz olan bölümünün yerine tarafların farazi iradelerinin geçmesi olarak tanımlanabilir⁴⁰. Kiraya verenin rekabet yükümlülüğünün taraflarca aşırı nitelikte belirlenmesi durumunda da TBK m. 27/II uyarınca aşırı olan kısmın geçersiz sayılması ve tarafların farazi iradelerine göre bir sınır belirlenmesi söz konusu olur.

³⁹ **Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2023, m. 27, N. 64 vd.; **Başpınar**, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1998, s. 157, 158; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin, Ankara 2019, p. 1021; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Turhan, Ankara 2018, s. 150.

⁴⁰ **Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 214; **Kaşak**, Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, Onikilevha, Ankara 2021, s. 433.

III. REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN SONUÇLARI

Taraflarca kararlaştırılmayan durumlarda rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlalinin neticesi bu borcun hukuki niteliği ile doğrudan bağlantılıdır. Yukarıda açıklandığı üzere kanaatimizce ürün kirasında sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü kiraya verenin asli edim yükümlülüğünün bir uzantısı iken çatılı işyeri kiralalarında bu borç yan yükümlülüktür. Dolayısıyla ürün kirasında rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımını ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulması olmalıdır. Ürün kirasında özel hüküm bulunmadığı takdirde kira sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağına ilişkin TBK m. 358 uyarınca bu durumda kira sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü düzenleyen TBK m. 305 ve devamı hükümleri devreye girer⁴¹. Buna göre ürün kirası sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmasa dahi kiraya verenin veya kiraya verenin diğer kiracılarının rekabet teşkil eden faaliyetler yürütmesi durumunda kiracı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Böyle bir durumda kiracının birtakım hakları ortaya çıkar. Öncelikle kiracı TBK m. 305'e göre ayıbın giderilmesini, diğer bir deyişle rekabet teşkil eden davranışların sona erdirilmesini talep edebilir. Bunun dışında kiracı kira bedelinin indirilmesini ve meydana gelen zararın giderilmesini de kiraya verenden isteyebilir. Rekabet teşkil eden davranışın, kiralananın sözleşmeyle kararlaştırılan kullanım amacına elverişliliği engellemesi veya önemli ölçüde zarar vermesi ve verilen sürede bu davranışın giderilmemesi hâllerinde kiracı sözleşmeyi feshedebilir.

Çatılı işyeri kiralaları bakımından ise kiraya verenin buna ilişkin ayrıca bir taahhüdü bulunmadığı durumda bizzat rekabet teşkil eden davranışlarda bulunması veya kiracı ile rekabet etme ihtimali bulunan üçüncü bir kişiye diğer bir taşınmazını kiraya vermesi hâllerinde kiracı, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuramaz⁴². Bununla birlikte Yargıtay bir kararında kiraya verenin bir diğer taşınmazını, kiracıya rakip olabilecek üçüncü bir kişiye kiraya vermesi hâlinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulacağından bahsetmektedir⁴³. Kanaatimizce bu karar isabetli değildir. Kiraya verenin

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çabri**, Sezer: Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2023, s. 29 vd.

⁴² **Özdemir/Küçükcapraz**, s. 96; **İnceoğlu**, Murat: Kira Hukuku (2 Cilt), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 133.

⁴³ Yarg. 6. HD., T. 24.06.2014, E. 2014/5432, K. 2014/8331 “*Hükme esas alınan 11.03.2008 başlangıç tarihli ve 3 yıl süreli sözleşme konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmede üniversite içinde bulunan fakültelere ait kan-*

ayrıca bir taahhüdü olmadığı durumda çatılı işyeri kirasında rekabet etmeme yükümlülüğünün kaynağı dürüstlük kuralıdır. Bu durumda kiracının bir zararı doğmuşsa kiraya verenin tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir. Rekabet teşkil eden davranışların sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getirmesi durumunda kiracı, TBK m. 331 uyarınca yasal fesih bildirim süresine uymak kaydıyla sözleşmeyi her zaman feshedebilir.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşmeyle belirlenmesi hâlinde bu yasağın ihlal edilmesi sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilir ve TBK m. 112 ve devamı hükümleri devreye girer. Rekabet etmeme yükümlülüğü, kiraya veren bakımından bir yapmama borcu niteliğinde olduğundan burada TBK m. 113/II hükmü uygulanır. Buna göre yapmama borcuna aykırı davranan kiraya veren, söz konusu davranıştan kaynaklanan zararı gidermekle yükümlüdür⁴⁴.

SONUÇ

Kira sözleşmeleri kanunda üç başlıkta düzenlenmiştir. Bunlardan çatılı işyeri kirası ile ürün kirası sözleşmesinin amacı kiralananda ticari faaliyet göstererek gelir elde edilmesidir. Bu faaliyeti gösterirken de müşteriyle temas geçilmektedir. Bu tür sözleşmelerde kiraya verenin aynı bölgede birden fazla taşınmazı bulunması hâlinde bu taşınmazlarda gerek kendisi gerek kiraya vereceği üçüncü kişiler, kiracıya karşı rekabet teşkil edecek davranışlardan kaçınmalıdır. Bu yükümlülük Türk hukukunda veya Alman hukukunda kanuni bir düzenlemeye sahip değildir. Bununla birlikte öğretide oy-

tinlerin ve kitap satış yerlerinin kiralandığı belirtilmiştir. Davacı (kiracı) bazı yerlerin kendisine kullandırılmadığını ve üniversitenin 3 şahıslara kitap yeri açtırdığından bahisle uğramış olduğu zararların tazminini istemiştir. Sözleşmede kiralanan kitap yerleri dışında başka kitap satış yeri açılmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kiraya veren kiralananı kira süresince kullanmaya elverişli bulundurmamak zorundadır. Eğer kiraya veren kiralananı kira sözleşmesinde belirtilen kullanma amacına elverişli bir şekilde bulundurmamışsa veya kullanılmasına engel olunmuş ise kiracının iki seçenlik hakkı vardır. TBK 305-306 maddelerine göre kiracının seçenlik hakları ayıbın giderilmesini istemek, ayıp giderilmediği takdirde kira bedelinden indirim yapılmasını ya da sözleşmeyi fesih edilmesini istemektir.” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11.12.2023)

⁴⁴ Almanya Federal Mahkemesinin bir kararına göre, çatılı işyeri kira sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet etmeme yükümlülüğü hükmünün kiraya veren tarafından ihlal edilmesi, BGB § 536 (1) cümle 1 uyarınca kiralanan mülkte bir kusur teşkil eder ve bu da kira bedelinin düşürülmesine yol açabilir. BGH, 10.10.2012- XII ZR 117/10. (www.dejure.org, Erişim Tarihi: 15.12.2023)

birliğiyle kabul edildiği üzere kiraya verenin sözleşmenin doğasından kaynaklanan bir rekabet etmeme yükümlülüğü söz konusudur.

Sözleşmenin doğasından kaynaklanan kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğünün kaynağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre rekabet etmeme yükümlülüğü, kiralananı sözleşmenin amacına uygun bir biçimde bulundurma yükümlülüğünden kaynaklanır. Diğer bir görüşe göre bu yükümlülük dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülüktür. Kanaatimizce kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğü, ürün kirasında kiralananın işletilmeye de elverişli bulundurulma yükümlülüğü bulunduğundan bir asli edim yükümlülüğü niteliğindedir; çatılı işyeri kirasında kiralananın yalnızca kullanıma elverişli bulundurulma yükümlülüğü söz konusu olduğundan yan yükümlülük düzeyindedir. Bu durum yükümlülüğün ihlalinin yaptırımını da belirir. Benimsediğimiz görüşe göre ürün kirasında rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulmasını gerektirirken çatılı işyeri kirasında kiraya verenin tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Bu durum, kiracı bakımından sözleşmenin devamını çekilmez hâle getiriyorsa sözleşmenin feshedilmesi de mümkündür.

Taraflar sözleşmeyle kiraya verenin rekabet etmeme yükümlülüğünü belirleyebilir, sınırlayabilir hatta ortadan kaldıracırlar. Böyle bir durumda sözleşme hükümleri, sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü karşısında öncelikli olarak uygulama alanı bulur. Rekabet etmeme yükümlülüğü sözlü veya yazılı bir biçimde kararlaştırılabilir. Genel işlem koşuluyla bu yükümlülüğün belirlenip belirlenemeyeceği hususu ise TBK m. 301 çerçevesinde ürün kirası ve çatılı işyeri kirası bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı sözleşme ile belirlenmiş olabilir. Sözleşmeyle belirlenmemişse tarafların menfaatleri göz önünde bulundurulmalı, somut olay bakımından en uygun kapsam tespit edilmelidir. Bu bakımdan kira bedeli, kiralananın bulunduğu bölge gibi kriterler kullanılabilir. Bunun dışında özellikle Alman hukukunda kabul edilen görüşe göre ana ürün-tali ürün ayrımı yapılmalıdır. Diğer bir deyişle bir kiralanda ana ürün olarak sunulan hizmetin diğer kiralanda tali olarak sunulması hâlinde rekabet etmeme yükümlülüğünden bahsedilmemelidir.

Rekabet etmeme yükümlülüğü bir yandan kiracıyı korurken diğer yandan da kiraya verenin Anayasa ile öngörölmüş olan sözleşme hakkını sınırlamaktadır. Bu bakımdan sınırsız bir rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırılması düşünülemez. Rekabet etmeme yükümlülüğü yer, süre ve konu bakımından sınırlandırılmalıdır. Bu noktada TBK m. 445 düzenlemesi akla

gelebilirse de bu düzenlemenin işçiyi korumak maksatlı öngörülmesi dolayısıyla kiraya veren için doğrudan uygulanması söz konusu olmamakla birlikte rekabet etmeme yükümlülüğünün sınırlandırılmasında taraflar açısından yol gösterici nitelikte olabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün kiraya verenin kişilik hakkını zedeleyici şekilde aşırı olması hâlinde TBK m. 27/II uyarınca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması ve yasağın makul sınırlara indirilmesi söz konusu olur.

KAYNAKÇA

- Aker**, Halit: Ticari İşletme Kirası, Yetkin, Ankara 2012.
- Altaş**, Hüseyin: Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin, Ankara 2009.
- Arkan Serim**, Azra: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir Kitabevi, İstanbul 2010.
- Başpınar**, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1998.
- Bittner**, Mark: “Der Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht”, Monatsschrift für deutsches Recht: MdR; Zeitschrift für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, 62(2008), 21, Seite 1201-1203.
- Bub**, Wolf-Rüdiger/**Treier**, Gerhard: Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, C.H. Beck, München 1999.
- Çabri**, Sezer: Kiraya Verenın Ayıptan Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2023.
- Emmerich/Sonnenschein**: Miete Handkommentar, 10. Auflage, De Gruyter, Berlin 2011.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2020.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin, Ankara 2019. (Eren, Genel)
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2023.
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt IV, Yetkin, Ankara 2023.
- Erman**, Walter (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: §§ 1-778, Ottoschmidt Verlag, Köln 2020.
- Esser**, Josef/**Weyers**, Hans-Leo: Schuldrecht Band II Besonderer Teil, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1998.
- Gather**, Hans-Herbert: “Konkurrenzschutz des Gewerbemieters : Ist vertraglicher Ausschluß möglich?”, Das Grundeigentum (1998), 4, Seite 220-221. (Gather, 1998)
- Gather**, Hans-Herbert: “Der Konkurrenzschutz bei der Geschäftsraummiete”, Festschrift für Hanns Seuß zum 80. Geburtstag, Berlin 2007, Seite, 301-310.
- Guhling**, Hartmut/**Günter**, Peter: Gewerberaummiete, C.H. Beck, München 2019.

- Harke**, Jan Dirk: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2023.
- Haug**, André: Miet- und Pachtvertragsrecht, 2. Auflage, Berlin 2002.
- İnceoğlu**, Murat: Kira Hukuku (2 Cilt), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Kern**, Christoph: Pachtrecht, Kommentar, Das gesamte Pachtrecht mit Nebengebieten, Berlin 2012.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Turhan, Ankara 2018.
- Kinne**, Harald: “Konkurrenzschutz für Gewerberäume”, Das Grundeigentum, (1996), 9, Seite. 566-570.
- Lindner-Figura/Oprée/Stellmann**: Geschäftsraummiete, C.H. Beck, München 2008.
- Looschelders**, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, Verlag Franz Vahlen, München 2023.
- Menn**, Isabelle: “Konkurrenzschutz in der Gewerberaummiete”, NZM 2017, s. 688-695.
- Neuhaus**, Kai-Jochen: Handbuch der Geschäftsraummiete, Wolters Kluver, 2022.
- Kaşak**, Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, Onikilevha, Ankara 2021.
- Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Klein-Blenkers**, Friederich: Nomos Kommentar, Hrsg. Dauner-Lieb/Langen, 4. Auflage, Nomos, Baden Baden 2021.
- Oppenländer**, Frank: Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens, Stuttgart 1974.
- Özdemir**, Hayrunnisa/**Küçükcapraz**, Serhat: “Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, TAAD, Yıl: 12, Sayı: 47 (Temmuz 2021), s. 85-118.
- Schmidt**, Horst A.: Die Geschäftsraummiete, August 1993.
- Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter**: Mietrecht Kommentar, 16. Auflage, C.H. Beck, München 2024.

Soergel/Heintzmann: BGB Kommentar, 13. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2007.

Staudinger/V Emmerich: Kommentar zum BGB, De Gruyter, Berlin 2021.

Staudinger/Schaub: Kommentar zum BGB, De Gruyter, Berlin 2018.

Sternel, Friedemann: Mietrecht, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1998.

Strobel, Lothar: Die Unternehmenspacht im deutschen, französischen und italienischen Recht, Dissertation, Bochum 1972.

Wolf, Eckhard/Eckert, Hans-Georg/Ball, Wolfgang: Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Köln 2004.

www.beck-online.beck.de

www.lexpera.com.tr

www.bundesgerichtshof.de

www.dejure.org

www.rgz.staatsbibliothek-berlin.de

**ANONİM ORTAKLIKLARDA
DANIŞMA OYLAMASINA SUNULACAK KONULARIN
GÜNDEMDE YER ALMASININ
GEREKLİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1438861>

Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU*

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda danışma oylaması düzenlenmemiştir. Türk öğretisinde kendine çok az yer bulan bu kavrama İsviçre öğretisinde daha fazla yer verilmiştir. Danışma oylamasıyla ilgili öğretilerdeki temel tartışmalardan biri, danışma oylamasına sunulacak konuların gündemde yer almasının gerekli olup olmadığı ile ilgilidir. Uygulamada karşılaşılabilen danışma oylaması kavramını öğretime tanıtmak ve danışma oylamaları hakkında gündeme bağlılık ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna yanıt aramak çalışmamızın temel amacıdır.

Anonim ortaklıklarda danışma oylamasına sunulacak konuların gündemde yer almasının gerekli olup olmadığı hakkında öğretilerdeki görüşler değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarına ve toplantı gündemine ilişkin genel düzenlemeler dikkate alınacaktır. Ayrıca anonim ortaklıkların temel yapısına ve anonim ortaklıklardaki temel pay sahipliği haklarına ilişkin düzenlemeler ve bu düzenlemelerin esasını oluşturan ilkeler göz önünde bulundurularak çalışmanın konusu olan mesele yanıtlanacaktır.

Danışma oylamasına sunulacak konunun gündemde yer almaması halinde, Türk Ticaret Kanunu'ndaki belirli şartların da gerçekleşmesi durumunda, bu oylama sonucundaki alınan karar, iptal yaptırımına tabi olabilir. Bu sebeple çalışmanın konusu olan meselenin çözüme kavuşturulması önem arz eder.

* Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Denizli (kaann89@gmail.com) ORCID: 0000-0001-8954-1855 (Gönderim Tarihi: 17.02.2024-Kabul Tarihi: 25.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Danışma oylaması, İstişari oylama, Genel kurul gündemi, Gündeme bağlılık ilkesi, Gündemde danışma oylaması maddesi

**THE ISSUE OF WHETHER IT IS NECESSARY TO INCLUDE
IN THE AGENDA THE ISSUES TO BE SUBMITTED
TO ADVISORY VOTE IN JOINT STOCK COMPANIES**

(Research Article)

Abstract

Turkish Commercial Code No. 6102 does not regulate advisory voting. This concept, which has very little place in Turkish doctrine, is given more space in Swiss doctrine. One of the main debates in the doctrine on advisory voting is whether it is necessary to include the issues to be submitted to advisory voting in the agenda. The main purpose of our study is to introduce the concept of advisory vote, which may be encountered in practice, to our doctrine and to seek an answer to the question of whether the principle of agenda adherence applies to advisory votes.

The opinions in the doctrine on whether it is necessary to include the issues to be submitted to advisory voting in joint stock companies in the agenda will be evaluated. While making this evaluation, general regulations regarding the general assembly meetings of joint stock companies and the meeting agenda will be taken into account. In addition, the question that is the subject of the study will be answered by taking into consideration the regulations regarding the basic structure of joint stock companies and the basic shareholding rights in joint stock companies and the principles that form the basis of these regulations.

If the issue to be submitted for advisory voting is not included in the agenda, and if certain conditions in the Turkish Commercial Code are met, the decision taken as a result of this voting may be subject to the sanction of cancellation. For this reason, it is important to resolve the issue that is the subject of the study.

Keywords

Consultative voting, Advisory voting, Agenda of the general assembly, Agenda adherence principle, Consultative vote item on the agenda

GİRİŞ

TTK m. 1527/5’de düzenlenen genel kurulun elektronik ortamda yapılması durumu dışında genel kurullar fiziken gerçekleştirilir¹. Buna göre genel kurulun karar alabilmesi, fiilen ortakların katılımıyla toplantı yapılmasına bağlıdır. Fiilen bir toplantı yapılmadan, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin genel kurul dışında verdikleri sözlü ve yazılı oylar ile karar alınması mümkün değildir². Danışma oylaması da belirli bir konuda pay sahiplerinin görüşlerini öğrenmek amacıyla genel kurulda yapılan oylamadır.

TTK m. 413/2’ye göre genel kurulda gündemde yer almayan konular müzakere edilemez ve karara bağlanamaz. Buna gündeme bağlılık ilkesi denir. Danışma oylamalarının özel niteliğinden dolayı genel kurul toplantı gündeminde bulunmasının gerekli olup olmadığına ilişkin İsviçre öğretisinde farklı görüşler bulunmaktadır. Zira danışma oylamalarının sonucuyla yönetim kurulu bağlı değildir.

Genel kurul toplantısına çağrıya ilişkin düzenlemeler, toplantı gündemi ile yakından ilgilidir. Zira TTK m. 413/1 uyarınca toplantı çağrısını yapan gündemi de belirler. Genel kurulu toplantıya kimlerin çağırabileceği TTK m. 410 vd. düzenlenmiştir. Esas olarak yönetim kurulu, azınlık ve mahkemenin izniyle tek bir pay sahibi toplantı çağrısı yapabilir. Çağrıyı yapanın belirli bir görevi yerine getirmek için genel kurulun toplanmasını sağlamaya çalıştığı durumda bu kişinin gündeme danışma oylamasını eklemesi pek olası değildir.

Uygulamada danışma oylamalarının gündem ile ilişkisi bakımından üç farklı durum ile karşılaşılabilir. İlk durumda, danışma oylaması maddesi gündemde açıkça yer alır. İkinci durumda, gündemdeki bir maddenin konusuyla bağlantılı bir konuda danışma oylaması yapılır. Son durumda ise danışma oylaması yapılacak konu, gündemde yer almaz ve mevcut gündem maddelerinin hiç birisiyle de ilgili değildir.

Çalışmamızda öncelikle gündem ve gündeme bağlılık ilkesi ile bu gündemi belirleme yetkisine sahip olmaları nedeniyle toplantı çağrısını yapacak olan kişiler hakkında bilgi verilecektir. Sonrasında danışma oylaması kavra-

¹ Ayrıca bkz.: RG., T. 29.08.2012, S. 28396, Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ.

² **Moroğlu**, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararma Etkisi ve Yargıtay Kararları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 43.

mından genel olarak bahsedilerek, danışma oylamasının gündemde bulunmasının gerekip gerekmediği İsviçre öğretisindeki görüşler ve çeşitli olasılıklar değerlendirilerek açıklanacaktır.

I. ANONİM ORTAKLIK GENEL KURUL TOPLANTILARINDA GÜNDEM VE GÜNDEME BAĞLILIK İLKESİ

Kanun koyucunun TTK m. 414 ile özel bir düzenleme getirerek genel kurulun toplantıya davetini şekle bağlamasının nedeni, pay sahiplerinin genel kurul toplantı ve gündeminden zamanında haberdar edilerek, çıkarlarını daha iyi koruyabilme olanağına sahip olabilmesidir. Buna göre genel kurula katılmak, oy ve söz haklarını kullanarak ortaklık hayatı bakımından çok önemli hukuki ve ekonomik sonuçları olan genel kurul kararları üzerinde etkili olmak ve yine ortaklığın gidişatı hakkında bilgi edinmek, temel pay sahipliği haklarındandır³. Pay sahibinin temel haklarından birisi olan oy hakkının sağlıklı bir şekilde kullanılması da, gündemin gereği gibi ilan edilmesine bağlıdır.

Gündem, genel kurul toplantısında ele alınacak konuların belirlenmesi ve sıralanması anlamına gelir⁴. Anonim ortaklıklarda gündem, TTK m. 413’de düzenlenmiştir. TTK m. 413/2’ye göre, gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz⁵. Gündeme bağlılık ilkesi, anonim ortaklık genel kurullarında ortakların oldu bittilerle karşılaşmaması için getirilmiştir⁷. Bu ilkenin temelinde ortakların genel kurulda

³ Moroğlu, s. 46, 47.

⁴ Barz, Carl Hans: Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band, 2. Halbband §§ 76-147, De Gruyter, Berlin-New York 1973, s. 1011.

⁵ Ancak kanun koyucu maddenin son cümlesinde kanuni istisnaları da saklı tutulduğunu belirtmiştir. Buna göre anonim ortaklık genel kurullarında gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir kural olmadığı söylenebilir. Bu kuralın kanundan kaynaklanan istisnaları vardır ve bunlar kanunun değişik yerlerinde düzenlenmiştir. Bunlardan başlıcaları: TTK m. 364, 413/3, 416, 437/2, 438/1’dir.

⁶ Yarg. 11. HD., T. 15.01.2017, E. 13236, K. 204, (Eriş, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. II (Madde 64-451), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017, s. 2154), kararına göre: “...anonim ortaklık genel kurulunda ilân edilen gündemde yazılı bulunan hususlar hakkında görüşme açılır ve karar verilebilir. Kural olarak gündemde bulunmayan konular genel kurulda görüşülemez ve karar alınamaz. Buna “gündemde bağlılık” ilkesi denilmektedir. Söz konusu ilke ile güdülen ana amaç, pay sahiplerinin gerek genel kurula katılma kararı verirken ve gerekse kurulda oy kullanırlarken hazırlıklı bulunmalarını sağlamak, onları oldu bittilere karşı korumaktır.”

⁷ Bozkurt Yaşar, Sevgi: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevden Alınması ve Seçimin Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 175, 2017, s. 3399; İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar,

konusulacak hususları önceden bilmeleri ve ona göre hazırlanmaları düşüncesi yatar⁸. Bu ilke aynı zamanda toplantıya katılmayan pay sahipleri için bir güvence oluşturur⁹. Çünkü “*Kararların etkisi*” başlıklı TTK m. 423/1’e göre “*Genel kurul tarafından verilen kararlar toplantıda hazır bulunmayan veya olumsuz oy veren pay sahipleri hakkında da geçerlidir*”¹⁰. Ayrıca anonim ortaklık genel kurul gündeminin, ortaklara genel bir fikir verecek şekilde açıklık ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerekir¹¹. Bu sebeple gündem maddelerinin çok soyut, genel veya belirsiz olarak da yer almaması gerekir¹². Buna göre pay sahipleri, toplantıya katılıp katılmamaya ilişkin kararlarını gündemin içeriğine göre verirler¹³.

Gündeme bağlılık ilkesi, ilk toplantının devamı¹⁴ niteliğindeki genel kurul toplantılarında da kendini gösterir ve ilk toplantının gündeminde yer almayan bir konu hakkında ikinci toplantıda da karar alınmaması gerekir¹⁵.

Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayıncılık, İstanbul 1989, s. 118; **Kalender**, Emre: “Anonim Şirket Toplantı Gündemindeki Bir Konunun Görüşülmemesi Mümkün Müdür?”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 2, S. 2, 2022, s. 531; **Şener**, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2022, s. 365.

⁸ **Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 174; **Kalender**, s. 531; **Şener**, Ortaklıklar, s. 484; **Teoman**, Ömer: Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Makale 38: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi”, C. I (1971-1982), Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 484, 485; **Türk**, Hikmet Sami: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil veya Seçimi”, Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1984, s. 180.

⁹ **Bozkurt Yaşar**, s. 3399; **Türk**, s. 180, 181.

¹⁰ Yarg. 11. HD., T. 11.06.1979, E. 2102, K. 3083, (**Eriş**, s. 2156), kararına göre “TTK’nin 369/son maddesine göre gündemde olmayan hususlar görüşülemez. Gündeme aykırı davranılması, binnetice gündemin gereği gibi ilân ve tebliğ edilmemiş olması halinde, bir ortağın muhalif kalma ve tutanağa geçirme kayıtlarına bağlı olmaksızın, dava açmak hakkı vardır.”.

¹¹ **Ansay**, s. 173; **von Steiger**, Fritz (Çeviren: Tahir Çağa): İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1968, s. 220.

¹² **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahvil-ler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 21.

¹³ **Arslanlı**, s. 22; **Ansay**, s. 174; **İmregün**, s. 118; **Teoman**, s. 485; **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Fünfte, vollständig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, kn. 165, s. 1081.

¹⁴ TTK m. 420/1 ve 421/1’e göre toplantının ertelenmesi halleri gibi. Bu hususta ayrıca bkz.: **Bozkurt Yaşar**, s. 3399, 3400.

¹⁵ **Bozkurt Yaşar**, s. 3399, 3400.

Ayrıca gündeme bağlılık ilkesi gereği gündemde yer almayan bir konu görüşülüp karara bağlanamayacağı gibi, gündemin görüşülmesinin zorunlu olması ilkesi gereğince gündemde yer alan bir konunun görüşme dışı bırakılması da mümkün değildir¹⁶.

Gündem maddelerinin anlaşılabilmesi bakımından ölçüt sıradan bir pay sahibidir. Buna göre gündem maddeleri sıradan bir pay sahibinin anlayabileceği şekilde yazılmalıdır¹⁷. Başka bir ifadeyle gündem maddeleri, somut olayda dürüstlük kuralına göre sıradan bir pay sahibinin anlam verebileceği şekilde oluşturulmalıdır¹⁸.

Ancak gündeme bağlılık ilkesinin önemli bir istisnası çağrısız genel kuruldur¹⁹. TTK m. 416'da yer alan bu düzenlemeye göre, "*Bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından birisi itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler.*". Devamında yer alan TTK m. 416/2'ye göre, "*Çağrısız toplanan*

¹⁶ **Memişoğlu**, Özgür: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi, Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları", Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 133, 2014, s. 71. Yarg. 11. HD., T. 13.3.2017, E. 2015/13438, K. 2017/1475, (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 14.02.2024), ise vermiş olduğu bir kararda toplantıya katılanların haklarına zarar verilmemesi ve kalan oylarlar oy çokluğu sağlanmasından bahisle gündemden madde çıkarılabileceğini ve bu durumda alınan kararın iptal edilemeyeceğini belirtmiştir: "gündemin ... ve 6 maddelerinin görüşülmemesi kararının, genel kurulda görüşülmesi ilan edilen bir gündemin gündemden çıkarılmasını engelleyen bir kanun hükmünün bulunmaması, gündemden madde çıkarmanın toplantıya katılanların haklarına zarar vermemesi nedeni ile ve kalan oylarla da oy çokluğu sağlandığından iptal talebinin reddi gerektiği...". *Kalender* ise gündemdeki bir konunun görüşülmemesi durumunun genel kurulda oy birliği ile alınacak bir kararla mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Bu görüş ve anılan kararın eleştirisi için bkz.: **Kalender**, s. 532.

¹⁷ **Handschin**, Lukas (**Tanner**, Brigitte): Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3., neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2018, Art. 700, kn. 22, s. 104; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter**, Rolf (**Dubs**, Dieter/**Truffer**, Roland): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, Art. 700, kn. 11, s. 945; **Böckli**, kn. 169, s. 1083; **Akbay**, Direnç: Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 81.

¹⁸ **Bianchi**, François: Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, Zürich 1982, s. 16; **Akbay**, s. 81.

¹⁹ Gündeme bağlılık ilkesinin diğer istisnaları hakkında bkz.: **Bozkurt Yaşar**, s. 3401; **Memişoğlu**, s. 76-95.

genel kurulda gündeme oy birliğiyle madde eklenebilir; aksine esas sözleşme hükmü geçerli olmaz.”. Görüldüğü üzere çağrısız genel kurulda herhangi bir ilan ve ortaklara bildirim yapılmaz ve böylece gündem de ilan edilmemiş olur²⁰. Ancak çağrısız genel kurulun bu şekilde toplanması ve geçerli bir şekilde karar alabilmesi için hiçbir pay sahibinin bu şekilde toplanılmasına ve karar alınmasına itiraz etmemesi gerekir²¹. Çağrısız genel kurul için öngörülen bu itiraz hakkı, esasen gündeme bağlılık ilkesinin uygulanmamasından dolayı kanun koyucunun durumu dengelemek amacıyla getirdiği çözümdür²².

II. ANONİM ORTAKLIK GENEL KURULU TOPLANTISININ GÜNDEMİNİN KİM TARAFINDAN BELİRLENDİĞİ

Anonim ortaklıkta genel kurulu toplantıya çağırılan kişiler aynı zamanda gündemi de belirlerler. Buna göre çağrının kimin tarafından yapıldığı hususu, gündemin kimin tarafından belirleneceği hususuyla doğrudan ilişkilidir. Bu sebeple bu konudan kısaca bahsedilmesinde yarar vardır.

Anonim ortaklıkta genel kurulun toplantıya çağırılması, ancak kendisine kanunen veya ortaklık esas sözleşmesiyle²³ yetki verilen organ ve kişiler

²⁰ Bu konuda bir kararında Yarg. 11. HD., T. 28.03.1974, E. 1974/ 645, K. 1974/1075, (<https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 14.02.2024), şöyle demektedir: “...Bütün pay sahiplerinin genel kurul toplantılarında hazır bulunması halinde gündeme bağlılık ilkesi uygulanmaz...”.

²¹ **Memişoğlu**, s. 91. Aynı yönde Yarg. 11. HD., T. 14.3.2023, E. 2021/6209, K. 2023/1553, (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 14.02.2024), şöyle demektedir: “...kanun koyucu çağrısız bir genel kurulun var sayılmasını, bütün pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunmaları ve pay sahiplerinin bu toplantı şekline itiraz etmemiş bulunmaları şartlarının gerçekleşmesi durumunda kabul etmektedir. Tek bir payın sahibi veya temsilcisi bulunmaz veya toplantıyı terk ederse ya da katılıp toplantı şekline itiraz ederse, genel kurul gidişatını etkileyebilecek durumda olup olmaması durumu değiştirmez...”.

²² **Şener**, Ortaklıklar, s. 484.

²³ Genel kurulu toplantıya çağırılmaya yetkili kişilerin kanunda belirtilenlerle sınırlı olduğu ve esas sözleşme ile bu durumun genişletilemeyeceğine yönelik öğretideki aksi yöndeki baskın görüş için bkz.: **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, kn. 13-18c, s. 312; **Karaege**, Özge: “Anonim Şirketlerde Tek Pay Sahibinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi (TTK m.410/II)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 4, 2015, s. 80; **Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, 1. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 813; **Ülkü**, Murat Fatih: “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması (Daveti)”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 577.

tarafından yapılabilir. Bunların dışında hiç kimsenin genel kurulu toplantıya çağırması mümkün değildir²⁴. Bu kapsamda genel kurulu toplantıya çağırma yetkili temel organ kuşkusuz yönetim kuruludur. Hatta mevzuatta yönetim kurulunun görev süresi dolmuş olsa bile genel kurulu toplantıya çağırabileceği düzenlenmiştir (TTK m. 410/1 ve BTY m. 9/1). Ayrıca belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa, genel kurulu toplantıya çağırabilmesi için TTK m. 390'a uygun olarak bir yönetim kurulu kararı alması gerekir. Görüldüğü üzere burada genel kurul toplantısının gündemi yönetim kurulu tarafından belirlenecektir. Bu durumda yönetim kurulunun gündeme rahatlıkla danışma oylaması maddesi ekleyebilmesi mümkündür.

Yönetim kurulunun yerine geçen, kayyımın veya ortaklığın iflası halinde iflas idaresinin de genel kurulu toplantıya çağırabilmesi mümkündür²⁵. Ayrıca anonim ortaklığın tasfiyesiyle ilgili konular için genel kurulu toplantıya çağırabilecek bir diğer organ, tasfiye memurlarıdır (TTK m. 410/1 ve BTY m. 9/6). Burada toplantı çağırısı yapan kişi veya organlar esasen belirli bir görevi yerine getirmek için genel kurulun toplanmasını sağlamaya çalışırlar. Bu yüzden buradaki toplantı gündemi söz konusu görevlere ilişkin olacaktır. Bu durumda gündeme danışma oylaması maddesi eklenmesi söz konusu olmaz.

Kanun koyucu belirli durumların söz konusu olduğu hallerde tek bir paya sahip ortaklara bile genel kurulu toplantıya çağırma hakkı tanımıştır²⁶. Bu durumlar, yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması olarak sayılmıştır. Ancak pay sahibinin çağırısı gerçekleştirilebilmesi için mahkemenin iznine de ihtiyacı vardır (TTK m. 410/2 ve ayrıca BTY m. 9/2). Buradaki düzenlemenin getiriliş amacından açıkça anlaşılabilceği üzere, genel kurulun toplanmasındaki amaç ortaklıktaki organ eksikliğinin veya organın normal olarak çalışabilmesindeki engelin ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle çağrı için mahkemeye başvuran pay sahibinin gündeme danışma oylaması eklemesi pek olası değildir.

Anonim ortaklıkta ayrıca kanun koyucu azınlık pay sahiplerine de genel kurulu toplantıya davet yetkisi tanımıştır (TTK m. 411, 412 ve ayrıca BTY m. 9/ 3 ve 5). Bu düzenlemede azınlık pay sahiplerinin toplantıya çağırının yanında ayrıca gündemi belirteceği veya genel kurul zaten toplanacaksa,

²⁴ Şener, Ortaklıklar, s. 462.

²⁵ Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 162; Şener, Ortaklıklar, s. 467; Karaege, s. 81.

²⁶ Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz.: Karaege, s. 82 vd.

karara bağlanmasını istedikleri konuların gündeme eklenmesini isteyebilecekleri açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda azınlık pay sahiplerinin toplantıya çağrının yanında gündemi belirlerken gündeme danışma oylaması maddesi ekleyebilmesi veya yönetim kurulu tarafından belirlenmiş mevcut toplantı gündemine danışma oylaması maddesi ekleme talebinde bulunması mümkündür.

Yukarıda da bahsedilen çağrısız genel kurulda, kanunda gündeme oybirliği ile madde eklenebileceği düzenlendiğinden, gündemin oybirliği ile tüm ortaklar tarafından belirleneceği anlaşılmaktadır (TTK m. 416/2). Bu durumda toplantı gündemi, toplantı sırasında oybirliği ile belirleneceğinden, bu yolla kolaylıkla danışma oylaması maddesi gündeme eklenip oylama yapılması mümkündür.

Son olarak TTK m. 339/2-h düzenlemesinde esas sözleşmede genel kurulun toplantıya nasıl çağrılacağına belirlenebileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre çağrıyı yapabilecek olanların esas sözleşmede belirtilmesi mümkün olabilir. Bunun kabulü halinde özellikle belirli pay sahiplerine toplantıya çağrı hakkı tanınabilir²⁷. Böyle bir durumda gündem, genel kurulu toplantıya çağırarak belirlendiğinden (TTK m. 413/1), bu pay sahiplerinin gündeme danışma oylaması ekleyebileceğinden kuşku duymamak gerekir.

III. ANONİM ORTAKLIK GENEL KURULU TOPLANTISININ GÜNDEMİNİN İÇERİĞİ

Danışma oylamasına sunulacak konuların genel kurulun toplantı gündeminde yer almasının gerekip gerekmediğinin tespiti için öncelikle gündemin içeriğini düzenleyen hükümlere bakılacaktır. Buna göre bu hükümlerde danışma oylamasına sunulacak konuların gündemde yer almasına engel olacak bir durumun olup olmadığı belirlenecektir.

Kanun koyucu olağan genel kurul toplantılarını düzenlerken, olağan genel kurul toplantılarındaki temel konulara, yani zorunlu gündem maddelerine de değinmiştir. Söz konusu TTK m. 409/1'e göre, "*Genel kurullar olağan ve olağanüstü toplanır. Olağan toplantı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır. Bu toplantılarda, organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, kârın kullanım şekline, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin müzakere yapılır, karar alınır.*". Açıkça an-

²⁷ Bu yönde bkz.: Şener, Ortaklıklar, s. 468.

laşıldığı üzere kanun koyucu, olağan genel kurulun zorunlu gündem maddelerini düzenlerken, bunları, sınırlandırıcı olarak saymamıştır. Ayrıca son olarak “*gerekli görülen diğer konular*” ifadesinden ortaklığın ihtiyacına göre çeşitli gündem maddelerinin yer alabileceği anlatılmak istenmiştir²⁸. Gerçekten de sayılan zorunlu gündem maddelerinin dışında kalan konuların da olağan genel kurul toplantısı gündemine konulmasının mümkün olduğu öğretide kabul edilmiştir²⁹.

Anonim ortaklıkta gündem hakkındaki bir diğer düzenleme de BTY m. 13’de yer alır. Bu düzenlemede olağan genel kurul toplantısının gündeminde bulunacak hususlar TTK m. 409/1’den daha detaylı olarak gösterilmiştir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde ne TTK’de ne de BTY’de danışma oylamasının yapılmasına engel oluşturabilecek bir düzenlemenin yer aldığı görülür. Mevzuatta gündeme ilişkin öngörülen düzenlemelerde, her ortaklığın kendine özgü çeşitli ihtiyaçları olabileceği düşünülerek isabetli bir şekilde gündemi belirleyenlere bir serbestlik tanınmıştır. Hem TTK m. 413/1’de hem de BTY m. 13/6’da genel kurulu toplantıya çağırınların aynı zamanda gündemi de belirleyeceğinin ifade edilmesi, tanınan bu serbestliği kanıtlar niteliktedir.

IV. DANIŞMA OYLAMASI KAVRAMI

Danışma oylaması, anonim ortaklık genel kurul toplantısında, mevcut pay sahiplerinin belirli bir konudaki görüşlerini öğrenmek için yapılan oylamadır³⁰. Türk öğretisinde kendine pek az yer bulan bu kavram, İsviçre öğre-

²⁸ Ancak BTY m. 13/2’de de isabetli olarak belirtildiği üzere, gündemde, “gerekli görülen diğer konular” gibi genel geçer ifadelerin kullanılmaması, bunların somutlaştırılması gerekir. Bu düzenlemeye göre: “*Lüzum görülen sair hususlar gündeme açıkça yazılmadık. Görüşülecek konu önceden tespit edilip gündeme yazılmadan, “lüzum görülecek sair hususlar” şeklinde bir gündem maddesi belirlenemez.*”

²⁹ **Arslanlı**, s. 13; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, n. 692b, s. 558.

³⁰ **Horber**, Felix: “Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft”, SJZ, 101, S. 5, 2005, s. 101; **Isler**, Martina: Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Dike Verlag, Zurich 2010, s. 37. Türk öğretisindeki tanımlar için bakınız: **Akbay**, s. 89; **Aksoyak**, Mustafa: Limited Ortaklıklarda Müdür Kararlarının Genel Kurul Onayına Sunulması, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 106; **Karakılıç**, Hasan: “Limited Ortaklıkta Müdürlerin Belirli Kararları ve Münferit Sorunları Genel Kurul Onayına Sunmaları (TTK m. 625/2 Üzerine Bir Değerlendirme)”, Türk Ticaret Kanununun 5. Yılı Sempozyumu, Ankara 2018, s. 477, dn. 57; **Kaşak**, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 341; **Kortunay**, Ayhan: Anonim Şirketlerde Yönetim

tisinde baskın olarak “*danışma oylaması/istişari oylama*” anlamına gelen “*Konsultativabstimmung*” şeklinde kullanılır³¹.

Danışma oylaması kavramı öğretilerde anonim ortaklık organları arasındaki yetki kayması halleri konusu kapsamında işlenmektedir³². Bu yetki kayması halleri³³ genellikle yönetimin yetki alanından genel kurulun yetki alanına doğru olduğu için “Organlar Arasındaki Yetki Kaymaları” başlığı yerine veya ilaveten “Yönetim Fonksiyonuna Genel Kurulun Müdahalesi” başlığının kullanıldığı da görülmüştür³⁴.

Danışma oylaması kavramı hakkında ne Türk hukukunda ne de İsviçre hukukunda³⁵ bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak hem Türk öğretisinde hem de İsviçre öğretisinde danışma oylamasının hukuka uygun olduğu, pay sahiplerinin görüşlerinin genel kurulda oylama yapılması yoluyla alınmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı kabul edilmektedir³⁶.

Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 145; Şener, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 668.

³¹ Horber, s. 101; Isler, s. 37; Honsell/Vogt/Watter, (Watter/Roth Pellanda), Art. 716b, kn. 11, s. 1106; Böckli, kn. 93-97, s. 1053-1055; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern 1996, kn. 73, s. 346.

³² Hukukumuzda anonim ortaklıktaki kanuni organların kendi aralarındaki ilişkileri hakkında eşitlik teorisi (organlar arasında işlevlerin ayrılığı ilkesini) benimsenmiştir. Bu durum TTK’de açıkça yer almasa da TTK’nin Gereğesinden anlaşılmaktadır (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96, s. 172, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.11.2023). Ayrıca bu teorinin katı bir şekilde benimsenmediği hem TTK’deki hükümlerden dolayı olarak hem de TTK’nin Gereğesindeki ifadelerden anlaşılmaktadır. Örneğin bknz.: TTK m. 366/1 ve TTK m. 374’ün gereğesi.

³³ Genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yetki kayması halleri öğretilerde genellikle şu ana başlıklar altında incelenmektedir: “Yönetim Yetkisinin Genel Kurula Devredilmesi”, “Yönetim Kurulu Kararlarının Genel Kurulun Onayına Sunulması” ve “Genel Kurulda Danışma Oylaması Yapılması”. Ayrıca “Yönetim Yetkisinin Genel Kurula Devredilmesi” başlığı altında “Yetki Delegasyonu”, “Karar Delegasyonu”, “Yetkinin Üstlenilmesi” ve “Yetkiye El Koyma” olarak alt başlıklar halinde sınıflandırılarak incelenmektedir (bknz.: Kortunay, s. 138 vd.; Ayrıca detaylı bilgi için bknz.: Kaşak, s. 154 vd.).

³⁴ Kortunay, s. 138.

³⁵ 01.01.2023 tarihinden itibaren yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu (OR) üzerindeki değişiklikler içerisinde OR Art. 735’de danışma oylaması kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu kavram incelediğimiz kavramdan farklı olup bir zorunluluk içermektedir.

³⁶ Türk öğretisi açısından bknz.: Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul Mart 2016, s. 449;

Danışma oylamalarının konusu hem genel kurulun hem de yönetim kurulunun yetki alanı hakkındaki konular için olabilir. Hatta hem genel kurulun hem de yönetim kurulunun devredilmez yetki alanındaki konular için dahi danışma oylaması yapılması mümkündür. Konu bakımından üst sınıır, en azından bir ortaklık meselesi ile bağlantıdır³⁷.

Yönetim kurulunun yetki alanı hakkındaki konular için de danışma oylamaları yapılabileceğinden, bu oylamaların, anonim ortaklıklar bakımından hukukumuzda kabul edilen organlar arası eşitlik ilkesinin yumuşatılması için getirilen çözümlerden biri olarak kabul edilmesi mümkündür³⁸. Yine genel kurulda bu şekilde oylamaların yapılarak pay sahiplerine danışılıyor olması, paydaşlar demokrasisi ve kurumsal yönetim anlayışının pekiştirilmesine yardımcı olabilir³⁹. Yönetim kurulunun karar alma sürecine pay sahiplerini de dahil etmesi yönetim kuruluna fayda sağlayabilir. Bu oylamalar, yönetim kurulu üyeleri arasındaki görüş ayrılıklarının giderilmesini sağlayabilir.

Danışma oylamalarında yönetim kurulu, danışma oylaması sonucu alınan karar ile bağlı olmaz. Zira danışma oylamalarının olağan genel kurul kararı (TTK m. 418) ile olan farkını bu bağlayıcı etkinin olmaması oluşturur. Başka bir ifadeyle danışma oylamaları da TTK m. 418 kapsamında alınmış bir genel kurul kararıdır. Ancak bu olağan genel kurul kararından farklı olarak bağlayıcı etkisi bulunmaz⁴⁰. Öte yandan İsviçre öğretisinde danışma oylaması sonucu alınan kararın, fiili etkilerinin bulunduğu belirtilmiş ve yönetim kurulunun sorumluluğuna etki edebileceği ifade edilmiştir⁴¹.

Kaşak, 341, 342; **Kortunay**, s. 146. İsviçre öğretisi bakımından bkz.: **Isler**, 37, 38; **Honsell/Vogt/Watter, (Watter/Roth Pellanda)**, Art. 716b, kn. 11, s. 1106; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, kn. 73, s. 346; **Fischer**, Marc Pascal: Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögensübertragung, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2007, s. 67; **Von Büren**, Roland/**Stoffel**, Walter A./**Weber**, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2011, kn. 483, s. 129; **Kunz**, Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Stämpfli Verlag, AG Bern 2001, kn. 131, s. 879.

³⁷ **Horber**, s. 102, 103; **Akbay**, s. 90.

³⁸ **Kaşak**, s. 340, 341.

³⁹ **Kortunay**, s. 145.

⁴⁰ **Isler**, s. 40; **Honsell/Vogt/Watter, (Dubs/Truffer)**, Art. 703, kn. 4b, s. 966. Ortaklık organları iradelerini karar dışında başka bir şekilde ifade edemeyeceklerinden, oylamanın konusu bir kararın varlığı açısından önemsizdir. Yani oylama bir danışma oylaması da olsa sonuç olarak karara yol açar (**Handschin (Tanner)**, Art. 703, kn. 9, s. 206).

⁴¹ Danışma oylaması sonucunda alınan kararın fiili etkileri için bkz.: **Isler**, s. 93 vd.

V. DANIŞMA OYLAMASINA SUNULACAK KONULARIN GÜNDEMDE YER ALMASININ GEREKİP GEREKMEDİĞİ HUSUSU

A. Uygulamada Karşılaşılabilecek Durumlar

Danışma oylamasına sunulacak konuların, anonim ortaklığın genel kurul toplantı gündeminde yer alıp almaması hakkında uygulamada şu üç durum ile karşılaşılabılır:

Birinci durumda, belirli bir konu hakkında danışma oylaması yapılacağına ilişkin bir madde, genel kurul toplantısının gündeminde açıkça yer alır.

İkinci durumda, genel kurul toplantısının gündeminde, belirli bir konu hakkında danışma oylaması yapılacağına ilişkin bir madde açıkça yer almasına rağmen, gündemde yer alan bir maddenin konusu ile doğrudan bağlantılı bir konuda danışma oylaması yapılır.

Üçüncü durumda, şu iki hal birlikte gerçekleşir. İlk olarak, belirli bir konu hakkında danışma oylaması yapılacağına ilişkin bir madde, genel kurul toplantısının gündeminde açıkça yer almaz. İkinci olarak ise hakkında danışma oylaması yapılacak konu, gündemde yer alan hiçbir maddenin konusu ile doğrudan bağlantılı değildir.

B. Öğretideki Gündemde Yer Almanın Gerekli Olmadığı Yönündeki Görüş

İsviçre öğretisindeki çoğunluk görüşüne göre, gündemde danışma oylaması yapılacağı yer almıyor ve danışma oylamasına sunulması istenen konu mevcut bir gündem maddesinin çerçevesinde gerçekleştirilemiyorsa bile danışma oylamalarına izin verilmelidir. Bir başka deyişle danışma oylamasının konusu, gündemdeki maddelerle ilgili veya ilgisiz bir konu olabilir⁴². Yönetim kurulunun danışma oylamasının sonucuyla bağlı olmaması, bu görüşün gerekçesini oluşturur. Buna göre bir karar alınmış olsa da bunun maddi bir önemi bulunmaz. Bu nedenle danışma oylaması ile sonuçlanan müzakerelerin, karar alınmaksızın yapılan müzakereler olarak değerlendirilmesi mümkündür. Genel kurulda, gündeme dahil olup olmadığına bakıl-

⁴² **Horber**, 103; **Roth Pellanda**, Katja: Organisation des Verwaltungsrates, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2007, kn. 526, s. 255; **Honsell/Vogt/Watter**, (**Dubs/Truffer**), Art. 703, kn. 4b, s. 966.

maksızın, her zaman her konuda karar alınmadan müzakerelerin yapılması mümkündür⁴³.

Ayrıca bu görüşteki *Horber*'e göre danışma oylaması, genel kurulun belirli bir konudaki görüşünün spontane ve durumsal bir resmini sunmayı hedefler. Danışma oylaması sonucunda ortaya çıkan kararın yasal olarak bağlayıcı bir etkisi olmadığından kimsenin bundan hak talep etmesi mümkün değildir. Oylamanın belirli bir gündem maddesiyle bağlantılı olması gerekmediğinden, genel kurul toplantısı sırasında herhangi bir zamanda oylamanın yapılması mümkündür. Toplantı başkanının oylama için uygun zamanı seçme konusunda büyük bir özgürlüğe sahip olduğu söylenebilir. Ancak kararın konusu herhangi bir gündem maddesiyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili değilse, danışma oylaması ya toplantının sonunda, yani genel kurul toplantısının kapanmasından hemen önce ya da gündemde bir “diğerleri, diğer meseleler, öneriler ve temenniler” maddesi varsa, bu gündem maddesi altında yapılmalıdır⁴⁴.

C. Öğretideki Gündemde Yer Almanın Gerekli Olduğu Yönündeki Görüş

Genel kurul toplantısı sırasında, gündemde yer almayan bir konu hakkında, pay sahiplerinin görüşlerini birleştirme ihtiyacı kendiliğinden ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda danışma oylaması yapılabilir ve buna izin verilmelidir. Ancak bu durum istisna olarak kalmalı, bağlayıcı kararlar için getirilen gündeme bağlılık ilkesi, danışma oylamaları için de geçerli olmalıdır⁴⁵.

Danışma oylaması sonucunun ciddiye alınması gereken fiili bir etkiye sahip olduğunun ve sorumluluk hukuku açısından önemli olduğunun kabul

⁴³ **Bertschinger**, Urs: “Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung”, Aktuelle juristische Praxis, S. 10, 2010, s. 905; **Honsell/Vogt/Watter, (Dubs/Truffer)**, Art. 700, kn. 21, s. 949. Alman hukukunda ise “karar almayı gerektirmeyen” müzakerelerin yapılması istense dahi bunun gündemde açıkça gösterilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım bulunmaktadır, bu hususta bknz.: **Barz**, s. 1011. Yine BTY m. 13/1-b’de de “yıllık faaliyet raporunun okunması ve müzakeresi” hususunun gündemde yer alması gerektiği belirtilmiştir. Hakkında karar alınması gerekmeyen sadece müzakerelerin yapıldığı bu konunun bile gündemde yer alması zorunlu iken sonucunda karar alınan danışma oylamalarının gündemde yer alması gerektiği evleviyetle kabul edilmelidir.

⁴⁴ **Horber**, s. 104, 107, 109; Gündemdeki “diğerleri, diğer meseleler, öneriler ve temenniler” maddesi için ayrıca bknz.: **Honsell/Vogt/Watter, (Dubs/Truffer)**, Art. 700, kn. 21, s. 950.

⁴⁵ **Isler**, s. 74, 75.

edilmesi halinde, bu konuların gündemde yer almasının gerekli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Pay sahiplerinin iradesinin doğru bir şekilde ifade edilmesi, yönetim kurulunun sonraki eylemleri için anlamlı bilgilerin elde edilmesi için gereklidir. Ayrıca konu hakkında yeterince bilgiye sahip olmayan ve hazırlık yapma olanağı verilmeyen pay sahipleri, sunulan öneriyi reddedebilirler. Öte yandan sorumluluk hukuku açısından danışma oylamalarının etkilere sahip olabileceği düşünüldüğünde⁴⁶, pay sahiplerinin önceden bilgilendirilmeleri konusunda meşru bir menfaatleri bulunur⁴⁷.

Danışma oylamalarının gündemde yer almasının gerekli olduğunu savunan *Isler*, bu görüşünü esasen danışma oylaması sonucunda alınan kararın belirli bir fiili etkiye sahip olmasına ve sorumluluk hukuku açısından önem kazanabilmesine dayandırır. Yazara göre danışma oylaması, gündeme uygun şekilde dahil edilmişse veya gündemdeki mevcut bir karar maddesi kapsamındaysa her zaman yapılabilir. Danışma oylamasının yapılmasıyla güdülen amaç ve kararın sonucuna bağlanan önem dikkate alınmalıdır. Eğer tek amaç, genel kuruldaki bir tartışma sırasında çeşitli pay sahibi görüşlerini bir araya getirerek çoğunluk durumu hakkında bilgi almak ise spontane bir danışma oylamasına müsaade edilebilir. Ancak her durumda bu tür gündemde yer almayan konular hakkında yapılan danışma oylamalarının iptal yaptırımına tabi olabileceği unutulmamalıdır⁴⁸.

D. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Açıklamalar

Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda bahsedilen uygulamada karşılaşılabilecek durumlardan ikinci durumun söz konusu olduğu hallerde, yani gündemdeki bir maddenin çerçevesinde gerçekleştirilen danışma oylamaları hakkında herhangi bir sorun yoktur. Örneğin anonim ortaklığın yönetim kurulunda görev süresi sona eren A'yı ilgilendiren⁴⁹ "görev süresi dolan yönetim kurulu üyelerinin seçimi" başlığı altında, görev süresi henüz dolmamış ancak gelecek olağan genel kurul toplantısında dolacak olan yönetim kurulu üyesi B hakkında yeniden seçilip seçilmeyeceğine ilişkin bir danışma oylaması yapılması mümkündür. Görüldüğü üzere burada gündem maddesi ile danışma oylaması konusu aynı olmamasına rağmen ikisi de yönetim kurulu üyelerinin yeniden seçilip seçilememesi ile ilgili olduğundan yani

⁴⁶ Danışma oylamasının sorumluluk açısından etkilerine ilişkin bkz.: **Tekinalp**, s. 307, kn. 13-12, dn. 6; **Isler**, s. 108 vd.

⁴⁷ **Isler**, s. 76; **Roth Pellanda**, kn. 525, s. 253, 254.

⁴⁸ **Isler**, s. 77.

⁴⁹ Belirtmek gerekir ki TTK m. 409/1'e göre organların seçimi, olağan genel kurulun zorunlu gündem maddelerinden biridir.

birbirleriyle doğrudan ilgili olmaları sebebiyle danışma oylaması yapılmasında bir sakınca bulunmaz.

Yapılması talep edilen danışma oylamasının konusunun mevcut bir gündem maddesi ile doğrudan ilgili olup olmadığının tespitine yorum yapılarak ulaşılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre yorumun değerlendirilmesi objektif bir pay sahibi figürü esas alınarak yapılmalıdır⁵⁰. Danışma oylamasının bağlayıcı olmayan etkisi düşünüldüğünde, gündeme bağlılık ilkesine ilişkin şartlar, olağan bir karar önergesine göre daha yumuşak uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle danışma oylaması yapılması istenen konunun mevcut gündem maddeleri ile bağlantılı olup olmadığı değerlendirilirken, olumlu yönde cömert bir standart uygulanmalı ve ilişkilendirme yapılabiliyorsa danışma oylaması yapılmasına izin verilmelidir⁵¹.

Ayrıca gündemde bir “diğerleri, diğer meseleler, öneriler ve temenniler” maddesi varsa danışma oylaması konusunun bu gündem maddesi ile bağlantılı olduğu kabul edilerek bu madde kapsamında danışma oylamasının yapılması mümkün değildir. Bu durum gündeme ilişkin maddelerin açık ve anlaşılır olması gerektiği koşuluna açıkça aykırılık oluşturur. Aksinin kabulü, bu gündem maddesinin altında her konunun oylanabileceği anlamına gelir ki bu durumun gündeme bağlılık ilkesi ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur. Sadece istisnai bir durum olan genel kurul toplantısı sırasında pay sahiplerinin görüşlerini birleştirme ihtiyacı ortaya çıkması halinde spontane olarak yapılan danışma oylamaları için konunun bu gündem maddesinin kapsamında olduğu kabul edilebilir⁵². Bu istisnai durum dışında böyle bir gündem maddesinin kapsamında danışma oylaması yapılamaz.

Daha önce bahsedildiği üzere danışma oylamalarının sonucu TTK m. 418 anlamında bir genel kurul kararı niteliğindedir. Bu sebeple genel kurulda danışma oylaması sonucunda alınan kararların, karar alınmadan yapılan müzakereler olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca danışma oylaması sonucunda alınan kararın maddi bir önemi bulunmadığına ilişkin görüşe de katılmak mümkün değildir. Danışma oylaması sonucunda alınan karar, önemli etkilerin ve sonuçların doğmasına sebep olabilir.

⁵⁰ **Isler**, s. 72. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Schott**, Bertrand: Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Dike Verlag AG, 2009, s. 157 vd. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere bir gündem maddesinin anlaşılması hakkındaki ölçüt de sıradan bir pay sahibi olarak kabul edilmektedir.

⁵¹ **Isler**, s. 72.

⁵² Yukarıda bahsedilen bu istisnai halde, gündem dışındaki bir konuda danışma oylaması yapılmasının izin verilmesi gerektiği yönündeki *Isler*'in görüşüne biz de katılıyoruz. Ancak yazarın da ifade ettiği gibi bu kararların iptal edilebilmesi mümkündür.

Gerçekten de danışma oylaması konusunun gündemde yer almıyor olmasına rağmen oylanması, danışma oylaması sonucunun, önemli fiili etkilere sahip olması ve sorumluluk hukuku açısından sonuçlar doğurabilmesi nedeniyle sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilir⁵³. Bu nedenle gündemde yer alan konular dışında danışma oylaması yapılması, oylama sonucunun iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmasına neden olabilir⁵⁴. Buna göre TTK m. 446/1-b’de gündemin gereği gibi ilan edilmemesi, iptal sebeplerinden biri olarak sayılmıştır. Ayrıca yukarıda da bahsedildiği üzere, TTK m. 413/2’ye göre, gündemde yer almayan konular hakkında karar alınması mümkün değildir. Danışma oylamaları sonucunda alınan karar, TTK m. 418 kapsamında bir genel kurur kararı olduğu için, TTK m. 413/2’de yer alan bu düzenleme danışma oylamaları için de geçerli olmalıdır.

Son olarak gündeme bağlılık ilkesinin ve buna ilişkin getirilmiş olan düzenlemelerin amaçlarından biri de pay sahiplerinin genel kurul toplantısında görüşülecek konulardan önceden haberdar olması ve onlara bu konulara ilişkin hazırlık yapabilme olanağı tanınmasıdır. Bu nedenle ister olağan genel kurul kararlarında isterse de danışma oylaması sonucu alınan kararlarda olsun, genel kurulun iradesinin sağlıklı bir şekilde yansıtılabilmesi için görüşülecek konuların gündemde yer alması (başka bir ifadeyle gündeme bağlılık ilkesine uyulması) şarttır. Öte yandan pay sahipleri gündeme bakarak toplantıya katılıp katılmayacaklarına karar vermektedir. Danışılacak konularda görüşünü belirtmek isteyen pay sahipleri gündeme bakarak toplantıya katılmaya karar verebilir. Ayrıca danışma oylamasının bir işlevi de ortakların o mesele hakkındaki nabzını yoklamaktır. Ortakların nabzını yoklamanın en verimli yolu, ortakları danışılacak konudan haberdar edip, onları genel kurulun katılımına teşvik etmektir.

⁵³ Danışma oylamalarının fiili etkileri için bkz.: **İsler**, s. 93 vd.

⁵⁴ Yarg. 11. HD., T. 20.10.2016, E. 2015/13826, K. 2016/8312, (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 14.02.2024), limited ortaklıklar için verilen karara göre: “...Ortaklar kurulunda görüşülecek hususları ifade eden gündem, çağrışı gerçekleştirecek organ veya kişiler tarafından belirlenir. Gündemde bulunmayan konuda karar alınması mümkün değildir. Yani, gündeme bağlılık ilkesi limited şirketler için de geçerlidir ve gündeme bağlılık ilkesine aykırılığın yaptırımı da kararın iptal edilmesidir. Davalı şirketin 20/07/2011 tarihli ortaklar kurulu toplantısında şirketin adresinin nakli hususu toplantı gündemine sonradan ilave edilmiş olup, gündemde yer almayan adres nakline ilişkin 4. maddeyle alınan kararın iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle bu maddenin iptali talebinin reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir...”.

SONUÇ

Danışma oylaması, genel kurulda pay sahiplerinin eğilimlerini ve görüşlerini öğrenmek amacıyla yapılan oylamadır. Danışma oylaması hukukumuzda düzenlenmemiş olmasına rağmen, öğretide hukuka uygun olduğu kabul edilir.

Gündeme bağlılık ilkesi anonim ortaklıktaki en önemli ilkelerden birisidir. Bu ilkeye göre gündemde olmayan konular hakkında karar alınmaz. Bu ilke pay sahiplerinin oldu bitti ile karşılaşmasını önlerken, aynı zamanda pay sahiplerinin toplantıya hazırlanma imkanını da sağlar. Ayrıca bu ilke, toplantıya katılmayan pay sahipleri için güvence oluşturur.

Danışma oylaması sonucunda alınan karar, TTK kapsamında alınmış bir olağan genel kurul kararıdır. Olağan genel kurul kararından farkı ise, bağlayıcı etkisinin olmamasıdır. İşte bu bağlayıcı etkisinin olmayışından dolayı İsviçre öğretisinde çoğu yazar, danışma oylamasının yapılabilmesi için gündemde yer almasının gerekli olmadığını savunmuştur.

Danışma oylaması sonucunda alınan kararın hem önemli fiili etkilere sahip olması ve sorumluluk hukuku açısından sonuçlar doğurabilmesi hem de anonim ortaklıktaki gündeme bağlılık ilkesi birlikte değerlendirildiğinde, anonim ortaklıklarda danışma oylamasına sunulacak konuların gündemde yer almasının gerekli olduğu ortaya çıkar. Ayrıca unutulmamalıdır ki gündemde yer almayan konular hakkında alınan kararlar her zaman iptal yaptırımına tabi olabilecektir. Bu sebeplerden dolayı anonim ortaklıklarda danışma oylamasına sunulacak konuların gündemde yer almasının gerekli olduğunu düşünüyor, öğretideki bu yönde yer alan görüşlere katılıyoruz.

KAYNAKÇA

- Akbay**, Direnç: Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Akdağ Güney**, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul Mart 2016.
- Aksoyak**, Mustafa: Limited Ortaklıklarda Müdür Kararlarının Genel Kurul Onayına Sunulması, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Barz**, Carl Hans: Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band, 2. Halbband §§ 76-147, De Gruyter, Berlin-New York 1973.
- Bertschinger**, Urs: “Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung”, Aktuelle juristische Praxis, S. 10, 2010, s. 901-907.
- Bianchi**, François: Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, Zürich 1982.
- Bozkurt Yaşar**, Sevgi: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevden Alınması ve Seçimin Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 175, 2017, s. 3393-3443.
- Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Fünfte, vollständig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022.
- Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, 1. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Eriş**, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. II (Madde 64-451), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ekim 2017.
- Fischer**, Marc Pascal: Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögensübertragung, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2007.
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern 1996.

- Handschin, Lukas (Tanner, Brigitte):** Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3., neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2018.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Herausgeber):** Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012 (Anılış: Honsell/Vogt/Watter (İlgili Bölümün Yazarı/Yazarları)).
- Horber, Felix:** “Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft”, SJZ, 101, S. 5, 2005, s. 101-109.
- Isler, Martina:** Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Dike Verlag, Zurich 2010.
- İmregün, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayıncılık, İstanbul 1989.
- Kalender, Emre:** “Anonim Şirket Toplantı Gündemindeki Bir Konunun Görüşülmemesi Mümkün Müdür?”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 2, S. 2, 2022, s. 527-542.
- Karaege, Özge:** “Anonim Şirketlerde Tek Pay Sahibinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi (TTK m.410/II)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 4, 2015, s. 71-127.
- Karakılıç, Hasan:** “Limited Ortaklıkta Müdürlerin Belirli Kararları ve Münferit Sorunları Genel Kurul Onayına Sunmaları (TTK m. 625/2 Üzerine Bir Değerlendirme)”, Türk Ticaret Kanununun 5. Yılı Sempozyumu, Ankara 2018, s. 463-482.
- Kaşak, Esra:** Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Kortunay, Ayhan:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Kunz, Peter V.:** Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001.
- Memişoğlu, Özgür:** “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi, Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları”, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 133, 2014, s. 45-105.
- Moroğlu, Erdoğan:** “Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararma Etkisi ve Yargıtay

Kararları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1991, s. 39-78.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Roth Pellanda, Katja: Organisation des Verwaltungsrates, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2007.

Schott, Bertrand: Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Dike Verlag AG, Zurich 2009.

Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, (Ortaklıklar).

Şener, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, (Limited).

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Teoman, Ömer: Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Makale 38: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi”, C. I (1971-1982), Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 473-487.

Türk, Hikmet Sami: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil veya Seçimi”, Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984, s. 177-222.

Ülkü, Murat Fatih: “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması (Daveti)”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 575-598.

von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2011.

von Steiger, Fritz (Çeviren: Tahir Çağa): İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1968.

KISALTMALAR

- Art.** : Artikel (madde)
bknz. : Bakınız.
BTY : Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik
C. : Cilt
dn. : Dipnot
E. : Esas Sayısı
HD. : Hukuk Dairesi
K. : Karar Sayısı
kn. : Kenar numarası
m. : Madde
n. : Paragraf Numarası
OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG. : Resmi Gazete
s. : Sayfa
S. : Sayı
SJZ : Schweizerische Juristen Zeitung (İsviçreli Hukukçular Gazetesi/Dergisi)
T. : Tarih
TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve Devamı
Yarg. : Yargıtay

SAĞLIK BAKANLIĞI BÜNYESİNDE KURULAN MESLEKİ SORUMLULUK KURULU'NUN GÖREVLERİ VE HUKUKİ YAPISI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1419443>

Av. Mehmet BEN*

Öz

27 Mayıs 2022 tarihli 31848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesi ile Mesleki Sorumluluk Kurulu, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur. Kurul'un mevzuat gereği iki önemli görevi bulunmaktadır. İlk görev sağlık personellerinin soruşturma iznine dairdir. Buna göre Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olan sağlık personeli hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görevli sağlık personelinin sağlık mesleğinin icrası kapsamında bulunan tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalarda soruşturma izni verme yetkisi Kurul'a aittir. İkinci görev ise idarenin sağlık hizmetlerindeki sorumluluğu nedeniyle idare mahkemesi kararı sonucunda ödediği tazminat miktarını, olayda ilgisi bulunan sağlık personeline rücu etmesine dairdir. İdarenin ödediği tazminatın söz konusu personele rücu edilip edilmeyeceğine veya edilecekse ne kadarlık kısmının rücu edileceğine Kurul karar vermektedir. Ancak bunun için ilgili personel hakkında aynı olayla ilgili görevi kötüye kullanma suçundan kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı bulunmalıdır. Böyle bir karar bulunmuyorsa Kurul'un rücuya dair bir inceleme yapması mümkün değildir. Çalışmada, hayatımıza nispeten yeni girmiş Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun görevleri ve yapısı ayrıntılı şekilde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Mesleki Sorumluluk Kurulu, Rücu, Soruşturma izni, Sağlık personeli, Sağlık Bakanlığı

* Sağlık Bakanlığı, Avukat, Ankara (mehmedben@gmail.com) ORCID: 0000-0002-4918-2146 (Gönderim Tarihi: 14.01.2024-Kabul Tarihi: 18.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

DUTIES AND LEGAL STRUCTURE OF THE PROFESSIONAL LIABILITY BOARD UNDER THE MINISTRY OF HEALTH

(Research Article)

Abstract

Professional Liability Board was established within the Ministry of Health with the 14th article of the Law No. 7406 on Amendments to the Turkish Penal Code and Certain Laws, published in the Official Gazette No. 31848 dated May 27, 2022. The Board has two important duty in accordance with the legislation. The first duty is regarding the investigation permission of medical personnel. The Board has the authority to grant investigation permission in investigations carried out by healthcare personnel working in public or private healthcare institutions and organizations and foundation universities due to medical procedures and practices within the scope of the practice of the healthcare profession. Health personnel who are subject to the investigation procedure in Article 53 of the Higher Education Law are excluded. The second duty is about the administration's recourse to the healthcare personnel involved in the incident for the amount of compensation paid as a result of the administrative court decision due to its responsibility in healthcare services. The Board decides whether the compensation paid by the administration will be recoured to the personnel in question or, if so, how much of it will be recoured. However, for this to happen, there must be a final criminal court decision against the relevant personnel for the crime of abuse of power regarding the same incident. If there is no such decision, it is not possible for the Board to review the recourse. In the study, the duties and structure of the Professional Responsibility Board, which has entered our lives relatively recently, will be examined in detail.

Keywords

Professional Liability Board, Recourse, Investigation permission, Health personnel, Ministry of Health

GİRİŞ

Sağlık hizmetleri konusunun insan hayatı oluşu nedeniyle oldukça kritik bir hizmet olarak karşımıza çıkmaktadır. Son zamanlarda sağlık hizmet sunumu nedeniyle artan davalar sağlık personelinin hizmet sunma kalitesini etkilemekte ve bunun sonucunda da defansif müdahaleler artmaktadır. Bu kapsamda hem sağlık hizmetinin sunumunu belirli standartlarda devam ettirmek hem de sağlık personeline davalardan korunma sağlanması açısından bazı önlemler alınmaktadır. Bizce bu önlemlerden biri kuşkusuz Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu'dur.

Mesleki Sorumluluk Kurulu, 27 Mayıs 2022 tarihli 31848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur. Kurul'un hem sağlık hizmetleri kapsamındaki işlem ve eylemlerden dolayı sağlık personeli hakkında başlanması istenen ceza soruşturmalarına izin verme hem de idarenin ödediği tazminatı zararı doğuran kusurlu personele rücu etmeye dair önemli görevleri bulunmaktadır. Bu kapsamda hem soruşturma izni hem rücu işlemleri daha objektif ve bir nebze de sağlık personelini koruyucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmada Kurul'un yapısı ve görevleri hakkında incelemelerde bulunulacaktır. Bu incelemeler sırasında, soruşturma izni ve rücu işlemlerinde Kurul öncesi ve sonrasındaki farklara değinilecektir. Aynı zamanda Kurul'un hukuki dayanağı olan mevzuat da incelenecek olup ideal hukuka erişmek adına eleştirilere yer verilecektir.

I. MESLEKİ SORUMLULUK KURULU'NUN HUKUKİ DAYANAĞI

7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 27 Mayıs 2022 tarihli 31848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹. İlgili Kanun'un 14. maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanun'a 18. Ek Madde eklenmiştir. Belirtilen Kanun maddeleri dayanağında Sağlık Bakanlığı bünyesinde Mesleki Sorumluluk Kurulu oluşturulmuştur.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 508. maddesine dayanılarak, Sağlık Bakanlığı tarafından "Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Öde-

¹ 31848 sayılı 27 Mayıs 2022 tarihli R.G.

nen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 1. maddesinde belirtildiği üzere Yönetmelik, Mesleki Sorumluluk Kurulu’nun çalışmasına dair usul ve esasları düzenlemek amacını barındırmaktadır. Bu çerçevede Mesleki Sorumluluk Kurulu’nun hem kanun hem yönetmelik olmak üzere hukuki dayanakları bulunduğundan bahsetmek mümkündür.

II. MESLEKİ SORUMLULUK KURULU’NUN TEŞKİLAT YAPISI

Mesleki Sorumluluk Kurulu, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek Madde 18’e göre ve Yönetmeliğin 5. maddesine göre yedi adet üyeden oluşmaktadır. Kurul’un başkanı Sağlık Bakanı tarafından belirlenen Bakan yardımcısıdır. Sağlık Bakanlığı teşkilatında yer alan Yönetim Hizmetleri Genel Müdürü veya yardımcısı, Hukuk Hizmetleri Genel Müdürü veya yardımcısı, Kamu Hastaneleri Genel Müdürü veya yardımcısı ve Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü veya yardımcısı Kurula üyedir. Bunların dışında ise yine Sağlık Bakanı tarafından belirlenen profesör hekim veya doçent hekim ünvanlı iki üye daha bulunmaktadır. Hekim iki üyeden biri dahili branşlardan diğeri ise cerrahi branşlardan olmak zorundadır. Hekim üyelerin görev süresi iki yıl olarak belirlenmiş olup süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Diğer üyelere dair ise bir görev süresi düzenlenmemiştir. Kurul’un iş yoğunluğuna ve gelen işlerin niteliğine göre Sağlık Bakanı’nın, başka bir Bakan yardımcısının başkanlığında yeni kurullar kurabilmesi mümkündür.

Mesleki Sorumluluk Kurulu’nun, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulması ve üyelerinin çoğunluğunun Bakanlıkta görev yapan genel müdürlerden veya yardımcılardan oluşması eleştiriye açık bir durumdur. Her ne kadar gerek soruşturma izni açısından gerekse rücu işlemleri açısından, sağlık hizmetlerinin yapısı gereği işin özüne ve doğasına hâkim kişiler bu kararları alacağı için böyle bir Kurul’un oluşturulmasının isabetli olduğunu düşünsek de, Kurul’un özerk bir yapıda olması gerektiğini ve üyelerinin bu alanlarda uzman hukukçulardan ve hekimlerinden oluşması gerektiğini savunmaktayız. Nitekim, zaten Sağlık Bakanlığı’na bağlı bir hastanede zarar gören bir kişinin, ilgililer hakkındaki soruşturma talebinin yine Bakanlık bünyesindeki bir Kurul tarafından değerlendirilmesi, Kurul üyeleri ne kadar bağımsız ve objektif olsa da, zarar görenler bakımından birtakım önyargılar barındıracağı şüphesizdir.

III. MESLEKİ SORUMLULUK KURULU'NUN ÇALIŞMA USULÜ

Mesleki Sorumluluk Kurulu, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek Madde 18'e göre ve Yönetmeliğin 5. maddesine göre ayda en az bir kez toplanmaktadır. Toplantı en az dört üyenin katılımı ile başlar ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır. Toplantılarda çekimser oy kullanılmaz. Görüşülen veya görüşülmesi muhtemel konular hakkında toplantılar dışında görüş bildirilmesi toplantı ve oylama gizliliği açısından yasaklanmıştır.

Mesleki Sorumluluk Kurulu toplantılarında gündem Başkan tarafından hak düşürücü süreler ve zamanasını süreleri göz önünde bulundurularak belirlenir. Gündem maddelerini değiştirmek veya benzer konuları bir arada görüşmek yetkisi Başkana aittir. Toplantı sonunda verilen kararlar ve gerekçeleri ile varsa karşı oylar ve gerekçeleri yazılı hale getirilip imza altına alınır.

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun sekreteryaya hizmetleri Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülür. Kurul ihtiyaç olması halinde en az üç kişiden oluşan ihtisas komisyonları kurabilir. İhtisas komisyon üyeleri Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından konunun uzmanı adaylar arasından teklif edilir ve Başkan tarafından seçilir.

IV. MESLEKİ SORUMLULUK KURULU'NUN GÖREVLERİ

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun ilgili mevzuat gereği iki temel görevinden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki sağlık mesleği mensuplarının tıbbi işlem ve uygulamaları nedeniyle ceza soruşturmalarına dair izin verilmesi görevidir. İkinci ise tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idari yargılama sonucunda idarenin ödediği tazminat miktarının ilgili sağlık personeline rücu edilmesi kararıdır.

A. Ceza Soruşturması İzni Görevleri

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek Madde 18'e göre ve Yönetmeliğin 6. maddesine göre Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun, Yükseköğretim Kanununun 53. maddesine yer alan soruşturma usulüne tabi olan sağlık personeli hariç olmak üzere, sağlık meslek mensuplarının tıbbi işlem ve uygulamaları hakkında soruşturma izni verme veya vermeme görevi bulunmaktadır. Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun görev yapısının daha iyi anlaşılması açısından öncelikle Kurul kurulmadan önceki dönemde soruşturma izni usulünün açıklanması daha isabetli olacaktır.

1. Mesleki Sorumluluk Kurulu Öncesi Ceza Soruşturması İzni

Sağlık personelinin tıbbi işlem ve uygulamaları hakkında soruşturma usulleri sağlık personelinin hangi kurumda görev yaptığına göre değişmekteydi.

a. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Sağlık Personeline Dair Ceza Soruşturması İzni

Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personeli uygulamada devlet hastaneleri, şehir hastaneleri, aile hekimlikleri, dispanser veya sağlık evleri gibi kurumlarda görev yapmaktadır². Bu personelin tıbbi işlem ve uygulamaları nedeniyle gerçekleştirilen ceza soruşturmaları açısından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulanmaktaydı³. Bu kurumların il veya ilçe merkezinde oluşuna göre soruşturma izni vermeye yetkili makam da değişmekteydi. İllerde görev yapan bir sağlık personeli açısından ceza soruşturma izni Vali tarafından, ilçelerde görev yapan bir sağlık personeli açısından ceza soruşturma izni Kaymakam tarafından verilmekteydi. Soruşturma izni verilip verilmemesi kararı için, soruşturma izni vermeye yetkili makamlar tarafından ön inceleme yapılmaktaydı⁴. Uygulamada genellikle ön inceleme görevleri illerde il sağlık müdürlükleri ve ilçelerde ilçe sağlık müdürlükleri aracılığıyla yapılmaktaydı. Ön inceleme/muhakkik olarak dosyaya atanan kişinin kurumlardan belge istemek ve tanık dinlemek de dâhil olmak üzere birçok yetkileri bulunmaktaydı⁵. Muhakkik, incelemesinin ardından rapor düzenlemekte ve karar merciiine sunmaktaydı. 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre, soruşturma izni verilmesi kararı durumunda sağlık personelinin, soruşturma izni verilmemesi kararı durumunda ise şikayetçinin kararın tebliğinden itibaren on gün itiraz süreleri bulunmaktaydı⁶.

² **Kaygusuz**, Serap: “7406 Sayılı Kanun’un Sağlık Çalışanları Bakımından Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 14, S. 53, Ankara 2023, s. 250.

³ Bahsedilen Kanun halen yürürlükte olup sağlık personeli açısından yalnızca tıbbi işlem ve tıbbi uygulamalar nedeniyle talep edilen ceza soruşturmaları bakımından uygulanmamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personelinin, örneğin rüşvet gibi, tıbbi işlem ve tıbbi uygulama ile ilgisi olmayan ceza soruşturmalarında halen uygulanmaktadır.

⁴ **Artukoğlu**, Yiğit: İnceleme ve Soruşturma Rehberi: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, s. 45.

⁵ **Çağlayan**, Ramazan: “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Bir Değerlendirme”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, C. 7, Erzincan 2003, s. 120.

⁶ 4483 sayılı Kanun’un 9. maddesi; “İtiraza, 3 üncü maddenin (e), (f), g (Cumhurbaşkanıca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesi, diğer-

b. Üniversite Hastanelerinde Görev Yapan Sağlık Personeline Dair Ceza Soruşturması İzni

Üniversite hastanelerinde görevli sağlık personeline ilişkin ceza soruşturması izni 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında yürütülmektedir. Bu durum Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun öncesinde ve sonrasında değişmemiştir. Nitekim Kanun'un Ek Madde 18'ine ve Yönetmeliğin 1. maddesine göre Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun soruşturma iznine dair görevlerinin dışında tutulmuştur.

Devlet üniversitesi hastaneleri dışında görev yapan tüm sağlık personelinin ceza soruşturması yönünden statüleri değişirken Devlet üniversitesi hastanelerinde görev yapan sağlık personelinin ceza soruşturması bakımından statüsünün aynı kalmasının nedeni ne olabilir? Bizce bu durumun iki nedeni bulunmaktadır. İlk olarak, üniversitelerin idari ve mali özerkliğinin gözetildiğini düşünmekteyiz. Nitekim, özerklik kavramının önemini vurgulayan bir Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere; “Özerklik, kişi ve kuruluşların kanunla belirlenen sınırlar içinde kalmak şartıyla kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda gerekli yetkiyle donatılması anlamına gelmektedir. Bu, aynı zamanda kurumların dış etkilere karşı korunmasını ifade eder. Kamu kuruluşlarına özerklik tanınmasının nedeni faaliyetlerini hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun bir şekilde sürdürmelerini güvence altına almaktır⁷.” Dolayısıyla, üniversitelerin özerkliği dikkate alınarak kamu yararı amacıyla Devlet üniversite hastanelerinde görevli sağlık personeline yönelik ceza soruşturma izninde bir değişikliğe gidilmemiş olması muhtemeldir. Bu durumun ikinci nedeninin ise ceza soruşturma izni veren makamdan kaynaklandığını düşünmekteyiz. Çünkü, Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde ceza soruşturma izni kararını bu amaçla oluşturulan kurulların vereceği belirtilmiştir⁸. Başka bir

leri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesi bakar. İtirazlar, öncelikle incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir.”
7 AYM., E. 2019/121, K. 2020/35, T. 25.06.2020, R.G., T. 19.08.2020-31218

8 Yükseköğretim Kanunu 53. madde, İlk soruşturma: Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır. Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır. (2) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına; a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2. Dairesi, b) Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş

ifadeyle soruşturma izni kararı, 4483 sayılı Kanun'da olduğu gibi tek kişinin (amirin) kararına bırakılmamış, bir kurul tarafından karar verilmesi düzenlenmiştir. Bizce bu sebeplerden dolayı ceza soruşturması yönünden üniversite hastanelerinde görev yapan sağlık personeli Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun görev alanına dahil edilmemiştir.

c. Özel Sağlık Kuruluşlarında Görev Yapan Sağlık Personeline Dair Soruşturma İzni

Özel sağlık kuruluşlarında görevli sağlık personeli özel hastane, özel poliklinik, vakıf üniversitesi hastaneleri, sağlık kabinleri veya özel muayenehane gibi idareye ait sağlık kurumlarının dışındaki yerlerde görev yapan sağlık personeli kapsamaktadır. Bu kişiler hakkında Mesleki Sorumluluk Kurulu öncesinde ceza soruşturmaları yönünden bir istisna bulunmamaktaydı. Başka bir ifadeyle, bu kişilerin tıbbi işlem veya müdahaleleri sonucunda neden oldukları durumlardan dolayı ceza soruşturması açılması bir makamın iznine tâbi değildi. Bu kapsamda bu kişiler hakkında tıbbi işlem veya uygulama nedeniyle bir şikâyet olduğu takdirde doğrudan Cumhuriyet başsavcılıklarına suç duyurusunda bulunulmakta ve savcılıklar tarafından genel hükümlere göre soruşturma işlemleri sonuçlanmaktaydı.

Belirtilen düzenlemeler neticesinde ceza soruşturmaları açısından, özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli de Anayasa'nın 128. maddesinde ve 657 sayılı DMK'nın 25. maddesinde düzenlenen ayrıcalıklara sahip olmuşlardır. Böylece haklarındaki suç isnat ve iftiralara karşı korunma hakkı kapsamında görevlerini daha güvenceli şekilde yerine getirmeleri sağlanmıştır.

2. Mesleki Sorumluluk Kurulu Sonrası Ceza Soruşturması İzni Verilmesi Usulü

a. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Sağlık Personeline Dair Ceza Soruşturması İzni

Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personelinin, tıbbi işlemi veya uygulaması nedeniyle ceza soruşturması muhatabı olması durumunda

genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul, (1) c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcılarını ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul, d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul, e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu, karar verir.

ceza soruşturma izni artık Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilmektedir. Bizce bu değişimin en önemli sebebi, daha önce bir kişiye (amire) bırakılan soruşturma izni yetkisinin artık bu işin uzmanı kişilerden oluşan Kurula devredilmesidir. Nitekim soruşturma açılma izninin kurullara değil de amirlere verilmesi durumu eleştiriye açık bir durum olarak görülmektedir⁹. Dolayısıyla bu değişikliğin isabetli bir değişiklik olduğundan bahsetmek mümkündür.

Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personelinin tam olarak kim olduğu ve hangi durumlardaki müdahalelerinin Kurul'un görev alanında olduğu konusu bazı tereddütler barındırmaktadır. Öncelikli olarak sağlık personeli kavramının kimleri kapsadığını belirlemek gerekirse;

- Sağlık Hizmetleri Kanunu Ek Madde 18'de kişi konusunda şu ifadelere yer verilmiştir; “kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları” olduğu belirtilmiştir.
- Yönetmelikte ise kişi konusuna ilk etapta; “sağlık meslek mensupları” şeklinde yer verilmiştir. Ardından Yönetmeliğin 4. maddesinde sağlık meslek mensupları tanımlanmış ve bu kişiler açısından Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelikte sayılan diğer sağlık meslek mensuplarına atıfta bulunulmuştur¹⁰.

Hukuki dayanaklar bir arada değerlendirildiğinde Kurul'un soruşturma izni verebilmesi ancak ilgili Yönetmelikte sayılan kişiler yönünden gündeme gelebilecektir. Bunların dışında kalan, örneğin hastane güvenlik görevlisi veya hastane aşçısı gibi kimseler sağlık meslek mensubu kişiler olarak sayılmadığı için soruşturmaları genel usullere dayalı olacaktır.

⁹ Çağlayan, s. 128.

¹⁰ 29007 sayılı 22 Mayıs 2014 tarihli R.G. “İlgili Yönetmeliğe göre sağlık meslek mensupları şunlardır; hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe, klinik psikolog, fizyoterapist, fizyoterapi teknikeri, odyolog, odyometri teknikeri, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, radyoterapi teknikeri, anestezi teknisyeni, anestezi teknisyeni, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi laboratuvar teknikeri, patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni, tıbbi protez ve ortez teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, perfüzyonist, eczane teknikeri, ergoterapist, ergoterapi teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, optisyen, acil tıp teknisyeni, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni. Bunların dışında diğer sağlık personelleri ise; psikolog, sosyal hizmet uzmanı, biyolog, çocuk gelişimcisi, tıbbi teknolog, sağlık idarecisi, çevre sağlığı teknisyeni, tıbbi sekreter ve biyomedikal cihaz teknikeridir.

Sağlık meslek mensubu kişiler hangi hareketlerinden dolayı soruşturma konusu edilirse Kurul'un görev alanındadır? Bu sorunun cevabı hem Kanun'da hem Yönetmelikte şu şekildedir: "sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar". Dolayısıyla, örneğin bir hekimin hastanın cüzdanını çalması durumunda soruşturma izni için Kurul kararı aranmayacak ve genel usullere göre soruşturma işlemleri devam edecektir.

b. Üniversite Hastanelerinde Görev Yapan Sağlık Personeline Dair Soruşturma İzni

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun oluşturulmuş olması Devlet üniversitesi hastanelerinde görevli sağlık personeli için ceza soruşturmalarının usulü açısından bir fark oluşturmamıştır. Bu kişiler halen Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen kurallar çerçevesinde soruşturma iznine tâbidir. Belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen üniversite hastaneleri, devlet üniversitelerinin hastaneleri olup vakıf üniversitelerinin hastanelerinde görevli sağlık personeli bakımından soruşturma izni meselesi aşağıda yer alan özel sağlık kuruluşlarında görevlilere dair soruşturma izni başlığı kapsamında incelenecektir.

c. Özel Sağlık Kuruluşlarında Görev Yapan Sağlık Personeline Dair Soruşturma İzni

Özel sağlık kuruluşlarında görevli sağlık personelinin hangi kurum ve kuruluşlarda görev yaptığından bahsetmiştik. Bu personeller yönünden ceza soruşturması için izin usulü, Mesleki Sorumluluk Kurulu ile tamamen yeni olarak hayatımıza girmiş bir usuldür. Nitekim kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personeli yönünden kaymakam veya valilerde olan soruşturma yetkisi Kurula devredilmiş, başka bir anlatımla izin veren makam değişmiş, Yükseköğretim Kanunu'na tâbi olan kişiler için soruşturma izni açısından durum değişmemiş, özel sağlık personeli yönünden ise tamamen yeni bir hukuki durum getirilmiştir. İnsan hayatını konu edinen sağlık hizmetlerinin sadece kamu kurum ve kuruluşlarında sunulmadığı düşünüldüğünde, özel kurum ve kuruluşlarda görev yapan sağlık personelinin de daha rahat bir ortamda tıbbi müdahalelerde bulunması bakımından ve ceza soruşturmaları açısından bir nebze daha korunaklı yapıya bürünmeleri açısından isabetli bir düzenleme olduğu söylenebilir¹¹. Fakat, Devlet ve vakıf üniversitesi hastanesinde görevli sağlık personeline ceza soruşturma izni yetkisinin Sağlık Bakanlığı'na bağlı Mesleki Sorumluluk Kurulu'nda olması yerine Yüksek-

¹¹ Aynı yönde bkz. **Kaygusuz**, s. 282.

öğretim Kurulu'na bağlı olarak kurulacak bir sorumluluk kurulunda olmasının veya Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun özerk bir yapıya kavuşturulmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Özel kurumlarda görevli sağlık personeli ile kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personelinin aynı soruşturma usulüne tâbi tutulmasının bir eşitsizlik yaratıp yaratmadığı tartışılabilir. Ancak Sağlık Hizmetleri Kanunu Ek Madde 12'ye göre özel sektörde veya kamu sektöründe görev yaptığı fark etmeksizin sağlık personeline işlenen bazı suçlardan dolayı verilecek cezaların artırımı olarak verileceği yönündeki düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda Mahkeme, sağlık personelinin özel veya kamuda yaptıkları işlerin karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer olduğuna, eşitlik ilkesi gereğince bu durumdakiler arasından bir kısmı lehine getirilen farklı düzenlemenin ayrıcalık tanınması niteliğinde olmaması için nesnel ve makul temele dayanması ve ölçülü olması gerektiğine, itiraz konusu düzenlemenin eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir¹². Dolayısıyla ceza soruşturması yönünden tüm sağlık personelinin aynı izin usulüne tâbi tutulması da eşitlik ilkesine aykırı bir durum olmayıp sağlık hizmetinin hassasiyeti ve önemi gereği düzenlemenin isabetli olduğunu bir kez daha belirtmek gerekmektedir.

3. Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun Soruşturma İzni Kararının Etkileri

Mesleki Sorumluluk Kurulu soruşturma için gerekli ön incelemeleri Yönetmeliğin 7. maddesine göre bizzat veya ön inceleme yapılan kişinin üstü konumundaki memur aracılığıyla yaptırabilir. Ayrıca özel sağlık kuruluşları veya vakıf üniversitesinde görevli sağlık personeli açısından ön inceleme, il sağlık müdürlüklerinde görevli daire başkanları veya daire başkan yardımcıları aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Kurul, yapılan ön inceleme sonucunda, ön inceleme raporunu karar verme açısından yeterli bulursa soruşturma açılması veya açılmaması yönünde gerekçeli bir karar verir. Kurul ön inceleme raporunu yetersiz bulursa, bizzat ön inceleme yapabileceği gibi aynı ön incelemeciden veya başka bir ön incelemeciden rapor isteyebilir.

Yönetmeliğin 9. maddesine göre Kurul, suçu öğrendiği tarihten itibaren ön inceleme süresi de dahil olmak üzere altmış gün içerisinde karar vermek zorundadır. Bu süre zorunlu hâllerde altmış gün daha uzatılabilir. Son günün resmî tatile gelmesi durumunda süre, ilk iş gününün mesai saati bitimine ka-

¹² AYM, T. 16.12.2021, E. 2021/122, K. 2021/92, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 29.12.2023)

dar uzamaktadır. Bu sürelerin tamamının tüketilmesi durumunda ne olacağı konusunda mevzuatta bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla bizce bu sürelerin tamamının tükenmesi durumunda doğrudan soruşturma izni verilmesi, belirsiz veya karışık bir durum doğma ihtimalini önlemek için, daha isabetli olacaktır.

Yönetmeliğin 10. maddesine göre, Kurul soruşturma iznine dair kararını ilgili sağlık personeline, şikâyet edene, müdürlüğe ve Cumhuriyet başsavcılığına bildirir. Soruşturma izni verildiği takdirde sağlık personeli, soruşturma izni verilmediği takdirde ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikâyetçi kararın tebliğinden itibaren on gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edebilirler. Bölge İdare Mahkemesi, soruşturma izninin reddine dair kararı kaldırabileceği gibi soruşturma izninin reddine yönelik itirazı reddedebilir. Fakat, itirazı değerlendirme görevinin Ankara Bölge İdare Mahkemesine verilmiş olması tartışmaya açık bir durum olup konusu tamamen ceza hukuku olan bir soruşturma iznine dair kararın, Bölge İdare Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi isabetli olmamıştır. Elbette idareye ait bir kurulun verdiği kararı Bölge Adliye Mahkemesinin incelenmesi de düşünülemezdi. Bu kapsamda sağlık ihtisas mahkemelerinin kurulması ve bu durumlarda itiraz mercii olması daha isabetli olacaktır¹³.

Belirtilmelidir ki, Cumhuriyet başsavcılığına verilen itiraz hakkı oldukça değerli olup Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun yalnızca sağlık personeli koruyucu kararlar alma ön yargısını kırdığını ve objektif kararlara yer verilmesi yönünde bir itiraz hakkı olduğundan bahsetmek mümkündür¹⁴.

B. Rücu Görevleri

Mesleki Sorumluluk Kurulu'na tanınan diğer önemli yetki rücu işlemlerine dair görevlerdir. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek Madde 18'e göre ve Yönetmeliğin 12. maddesine göre Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun, tıbbi işlem veya uygulama hatası nedeniyle idarece ödenen tazminatın ilgili personele rücu edilmesi konusunda görevleri bulunmaktadır. Bunları incele-

¹³ Mukayeseli hukukta bazı gelişmiş ülkelerde sağlık hizmetlerinin hukuksal boyutu ile ilgili sorunlar hakkında Sağlık Kamu Denetçiliği kurumları tarafından tavsiye kararları verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Avşar, Zakir/Avcı, Kadriye**: "Sağlık Ombudsmanı", Ombudsman Akademik Dergisi, S. 6, Ankara 2017, s. 149 vd.

¹⁴ Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun bürokratik ve merkezi yapı içinde bulunması nedeniyle, vereceği kararların tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüpheler de bulunmaktadır. Bkz. **Ersöy, L. Verda**: "Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk: 7406 Sayılı Yasa Malpraktis Açısından Neler Getirdi?", Türkiye Biyoetik Dergisi, S. 4, C. 8, Adana 2022, s. 169.

meden önce rücu kavramına ve Mesleki Sorumluluk Kurulu öncesi uygulamalara değinmek yerinde olacaktır.

1. Genel Olarak Rücu Kavramı

Rücu hakkı, başkasına ait borcu ifa eden kişinin, ifa ettiği borcu başkasından isteyebilmesi şeklinde veya birden fazla borçlunun mevcut olduğu durumda kendi payından fazlasını ifade bulunan borçlunun fazlaya dair kısmı diğer borçlulardan talep edebileceği bağımsız bir alacak hakkı olarak tanımlanabilir¹⁵. İdare hukuku alanında rücu uygulaması ise, idarenin sorumluluğunu doğuran fiil veya kusurda, kamu görevlisinin tamamen veya kısmen iştiraki ve ilgisi bulunması durumunda idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı kamu görevlisinin kusuru oranında kamu görevlisinden talep edebilmesidir¹⁶.

İdare ve kamu görevlisine rücu ilişkisinin temel dayanağı Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur. Anayasa'nın 129. maddesine göre; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi ise; "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... ..Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." şeklindedir.

Belirtilen Anayasal ve yasal dayanaklar çerçevesinde, idareye ait bir kamu kurumunda görev yapan kamu personeline görevinden kaynaklanan bir eyleminden dolayı doğrudan personel aleyhine dava açılmayacaktır. Bu durumun bazı sonuçları vardır¹⁷. İlk olarak, zarar gören kişi bakımından tazmin teminatı güvencesi sağlanmaktadır¹⁸. Başka bir deyişle, idarenin sun-

¹⁵ **Aşık Zerdali**, Sebanur: Mütessesil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 50.

¹⁶ **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1757; **Çınarlı**, Serkan/**Göncü Döner**, Munise Seray/**Azak**, Kerim: Kamu Görevlilerine Rücu Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 26.

¹⁷ **Badur**, Emel/**Us Doğan**, Eser: "Hekimin Rücu Tazminat Sorumluluğu Hakkında Güncel Gelişme ve Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 24, İzmir 2022, s. 593 vd.

¹⁸ **Dönmez**, Mert: "İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 27.

duğu kamu hizmetinden dolayı zarar görenin, idarenin kamu hizmetini sunan kişiye doğrudan tazminat davası açması durumunda zarar veren kamu personelinin maddi durumuna göre zararını tazmin ihtimali ortadan kalkmakta ve garanti bir tazmin yolu sağlanmış olmaktadır. Başka bir bakımdan rücu müessesesi ile amaçlanan bir diğer durum ise, hizmeti sunan kamu personelinin keyfi davranışlarının önüne geçmek ve kusurlu davranışlarından sorumlu olması sayesinde görevini daha dikkatle yapmasını sağlamaktır.

İdarenin ödediği tazminat miktarını kusuru bulunan personeline rücu etmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda ihtilaflar bulunmaktadır. Anayasa ve DMK’da belirtilen maddelerin lafzından hareketle doktrindeki bazı yazarlar ödenen tazminat tutarını idarenin kamu personeline rücu etmesinin zorunlu olduğu yönünde¹⁹, bazıları idarenin takdir yetkisinin bulunduğu yönünde ve bazıları ise idarenin yetkisinin bağlı yetki niteliğinde²⁰ olduğunu savunmaktadır²¹. Mesleki Sorumluluk Kurulu ile birlikte, idarenin ödediği zararı kamu personeline rücu etmesinin, zorunluluğu veya takdire bağlılığından öte olarak, ceza mahkemesi hükmü şartına bağlandığı görülmektedir. Hatta, Kanun’un lafzından hareketle rücu incelemesi için ceza mahkemesi kararının olması gerektiği, ceza mahkemesi kararı olsa bile ilgilinin kusur durumu gözetilmesi gerektiği için rücu etmenin zorunlu olmadığı anlaşılabilmektedir. Dolayısıyla rücu amacıyla yapılacak incelemenin “ceza mahkemesi kararı şartına” bağlanmak suretiyle bu tartışmalara yeni bir soluşun geleceğini söylemek mümkündür²².

¹⁹ **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 1183; **Atay**, Ender Ethem/**Odabaşı**, Hasan: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 109; **Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 409; **Badur/Us Doğan**, s. 593.

²⁰ **Akyılmaz**, Bahtiyar: “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1-2, C. 69, İstanbul 2011, s. 67.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güneş**, Mehmet/**Gündüz**, Mustafa: “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y. 4, S. 7, Ankara 2015, s. 11; Anayasa’daki ifadeler hakkında, kamu görevlilerine rücu anayasal bir sorumluluk olacak, seçilmişler ve ödevlilere rücu idarenin takdirinde olduğuna dair görüş için bkz. **Artantaş**, Onur Çağdaş: ““Rechtsstaat”, Hukuk Devleti ve Kamu Personeline Rücu’un Zorunluluğu”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı C.I, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 65, Ankara 2020, s. 165.

²² Bir üniversite idaresi tarafından, Mesleki Sorumluluk Kurulu’nun rücu incelemesi için ceza mahkemesi kararı bulunmadığından rücu incelemesi yapmaması kararına dair işlemin iptali için açılan davada verilen karar şu şekildedir: “..ilgili hakkında kesinleşmiş ceza mahkumiyeti kararı bulunmaması nedeniyle Kurul tarafından konunun Kurul

Rücu işlemleri için görevi kötüye kullanma şartı bulunan bir durum da CMK'nın 141/4. maddesinde hâkim ve savcı mesleğine yönelik düzenlenmiştir. Buna göre; "Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu eder." Bu düzenlemede de hâkimlere ve savcılara yönelik rücu mekanizmasının devreye girebilmesi için görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanma suçundan kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı bulunması gerektiği düşünülmektedir²³. Fakat bu düzenlemede, konumuzun aksine, kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa rücu etmenin zorunlu olduğu görülmektedir. Sağlık personeli açısından ise rücu mekanizmasının devreye girebilmesi için ceza mahkemesi kararı kendi başına yeterli değildir. Rücu etmek için ayrıca Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun kararı da gerekmektedir²⁴. Dolayısıyla sağlık personeline yönelik getirilen bu düzenlemelerin hâkim ve savcılara yönelik rücu düzenlemelerinden daha koruyucu olduğunu söylemek mümkündür.

Bizce, rücu mekanizmasının sağlık hizmetlerinde farklı değerlendirme gerektirdiği muhakkaktır. Dolayısıyla, rücu mekanizmasına sağlık personelinin ceza mahkemesi kararı ile kesinleşen suç olduğu takdirde başvuru-

gündemine alınmamasına dair kararın, niteliği itibarıyla kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem olduğu, dava dışı hekim hakkında kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı olması ve kanuna aykırı olduğu iddia edilen Yönetmelik hükmüne karşı herhangi bir davanın da açılmamış olması nedeniyle söz konusu Yönetmelik hükmünün uygulanabilir olduğunun görülmesi karşısında, davacının başvurusu üzerine davalı İdarece tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır." Ankara 4. İdare Mah., T. 13.11.2023, E. 2023/1205, K. 2023/2042, (uyap.com.tr, Erişim Tarihi: 09.02.2024)

²³ **Özalp**, Nabi: "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144), TBB Dergisi, S. 145, Ankara 2019, s. 151.

²⁴ Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun, sağlık personelinin görevini kötüye kullandığına dair kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunuyorsa, tazminata konu olaydaki kusur oranı gözetilerek rücu miktarına karar vermesinin hukuka uygun olduğunu düşünmekteyiz. Fakat rücu edilip edilmeyeceği noktasında Kurul'un takdir yetkisi bulunmadığını savunmaktayız. Çünkü ceza mahkemesi kararı bulunduğu takdirde sağlık personelinin kastı bulunduğu için kusuru da bulunmaktadır. Dolayısıyla kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunan sağlık personeline zararın rücu edilmemesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Fakat zararın ne kadarlık kısmının rücu edileceğine karar vermek Kurul'un yapacağı inceleme sonucunda belirlenmektedir. Çünkü, bazı durumlarda sağlık personelinin kusuru ve sağlık personelinden bağımsız olarak idarenin kusuru (örneğin organizasyona ait kusur) birlikte yer almaktadır. Bu durumlarda, tam yargı davası neticesinde idarenin ödediği miktarın tamamını rücu etmek isabetli değildir.

labilmesi düzenlenmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz²⁵. Görüşümüze göre, Kurul'un kesinleşen ceza mahkemesi kararı bulunduğu, kusur durumu gözetilerek rücu miktarına karar vermesi hukuka uygun olsa da Kurul'un rücu edip etmeme yönünde takdir yetkisi bulunmamakta olup bu yöndeki düzenleme Anayasa'nın 129. maddesine aykırıdır²⁶. Çünkü, ceza mahkemesi kararı neticesinde kişisel kusur tespit edilmesine rağmen rücu mekanizmasının işletilmemesi açıkça zararın idare üzerinde bırakılması anlamına gelmekte olup kamu yararına aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, Kurul'un rücu yönünde inceleme yapabilmesi için gereken suçun niteliğinin isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü TCK'nın 257/1. maddesinde görevi kötüye kullanma suçu; "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle" şeklinde düzenlenmişken TCK'nın 257/2. maddesinde "görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek" şeklinde düzenlenmiştir. Rücu incelemesi için Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda belirtilen "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle" ifadesi gözetildiğinde yalnızca TCK'nın 257/1. maddesi kapsamında suçtan hüküm giyildiği takdirde rücu incelemesi yapılabilecektir. Rücu incelemelerinde TCK 257/2. maddesinin hariç tutulmasının isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü sağlık personeline yönelik açılan ceza davalarında isnat edilen suç büyük oranda TCK 257/2. madde üzerindedir²⁷. Nitekim sağlık personelinin kasten hareket ederek görevinin gereklerine aykırı davranması ihtimali oldukça azdır. Ayrıca taksirle yaralama veya taksirle öldürme gibi

²⁵ Aynı yönde bkz. **Sağlam**, Harun: "Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2010, s. 50.

²⁶ **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 790; **Badur/Us Doğan**, s. 606

²⁷ "...Ölümler, geç müdahale arasında illiyet bağının kurulamaması halinde ise; acil hastaya zamanında müdahale edilmeyerek tıbbi yardımın geciktirilmesi suretiyle mağduriyete neden olunması sebebiyle TCK'nın 257/2 nci maddesiyle hüküm kurulması, Gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle beraat kararları verilmesi.." Yarg. 4. CD., T. 01.11.2012, E. 2011/4171, K. 2012/22296, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 10.02.2024); "...saniğin tıbbi standartlara aykırı davranışıyla ölüm arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı ancak saniğin ihmal göstererek görevinin gereklerini usulüne uygun bir şekilde yapmadığı anlaşılacakla, saniğin eyleminin ihmal sureti ile görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulü ile TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği kanaati ile bu madde uyarınca cezalandırılmasına.." Yarg. 12.CD., T. 11.05.2023, E. 2022/9679, K. 2023/1608, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 10.02.2024); Aynı yönde, Yarg. 12. CD., T. 29.09.2022, E. 2021/9436, K. 2022/6064, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 10.02.2024)

suçlardan hüküm giyen sağlık personeline yönelik rücu işlemleri Kanun lafzına göre mümkün değildir. Dolayısıyla rücu işlemlerine başlanması için gerekli suçun niteliğinin isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

2. Mesleki Sorumluluk Kurulu Öncesi Rücu İşlemleri

Mesleki Sorumluluk Kurulu öncesinde rücu işlemleri açısından idare, sağlık personeline bir yazı tebliğ etmek suretiyle ödediği tazminat miktarının ve varsa yargılamaya ait diğer giderlerin idareye ait banka hesap numarasına ödenmesini talep etmekteydi²⁸. Sağlık personelinin ilgili yazıyı tebliğ aldıktan sonra belirtilen tutarı kabul edip ödeme yapması veya talebi reddetmesi ihtimali bulunmaktaydı. Ayrıca gelen yazıyı varsa sigorta şirketine ihbar da etmeliydi²⁹. Sağlık personeline yapılan tebliğde genellikle idarenin ödediği tazminat miktarının tamamı yer almaktaydı. Oysa bazı durumlarda personelin kusuru diğer sağlık personeli ile müştereken ve müteselsilen olabileceği gibi bazı durumlarda ise idarenin de kusuru bulunabilmektedir. Bu sebeple, uygulamada son zamanlarda rücu miktarı yönünden incelemeler yapılmaktaydı ve personele yönelik varsa ceza davasında belirlenmiş sorumluluk oranı üzerinden, yoksa kamu zararı yönünden dosyaya atanmış incelemeci tarafından belirlenen sorumluluk oranı üzerinden rücu davaları açılmaktaydı.

Sağlık personeline karşı açılan rücu davaları genel hükümlere göre düzenlendiği için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yargı süreci işlemekteydi. Mahkeme konusunda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Yetkili mahkeme ise davanın açıldığı tarihteki davanın yerleşim yeri mahkemeleridir. Genel hükümler kapsamında dava yazılı yargılama usulüne göre görülmekteydi. Bazı durumlarda mahkemeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. ve 52. maddesi kapsamında tazminat miktarı ve ödenme usulü bakımından personel lehine karar vermektedir³⁰.

²⁸ Çınarlı/Göncü Döner/Azak, s. 45.

²⁹ Bu noktada belirtmelidir ki, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Ek 12. maddesine göre hem kamu hem de özel kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimlerin kendilerine yapılacak rüculara karşı mesleki mâlî sorumluluk sigortası yapmaları mecburidir.

³⁰ “..her bir davalı doktorun ayrı ayrı ne oranda kusurlu olduklarının saptanamayacağı hususu da belirlenmiş olduğundan, mahkemece davalılara düşen toplam kusur oranı 2/8 olarak kabul edilip, buna göre hesaplanacak olan tazminattan davalı doktorların çalışma koşulları ve diğer hususlar da gözetilerek olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 43-44. maddeleri uyarınca uygun bir miktarda hakkaniyet indirimi yapılarak tazminata karar verilmesi gerektiği hususlarına değinilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” Yarg. 4. HD., T. 16.06.2021, E. 2021/684, K. 2021/3161, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.12.2023)

Esasen dosyalara atanan incelemeci tarafından rücuya ve rücu oranına yönelik yapılan incelemeler günümüzde Mesleki Sorumluluk Kurulu ile benzerlik göstermektedir. Fakat, hizmet kusuru yönünden rücu işlemlerine yönelik yapılan incelemelerde doğrudan bir hukuki prosedürünün olmaması³¹ ve kişisel husumet gibi objektif olmayan kıstasların da devreye girebileceği göz önünde bulundurulduğunda işlevsiz kaldığı söylenebilir. Dolayısıyla Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun oluşturulmasının rücu incelemelerinin objektifliği bakımından eski usule nazaran daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

3. Mesleki Sorumluluk Kurulu Sonrası Rücu İşlemleri

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun hayatımıza girmesiyle birlikte artık sağlık personeline rücu işlemleri yepyeni ve eşi görülmemiş bir sistematige kavuşmuştur. Bu kapsamda, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek Madde 18; "Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verilir." şeklindedir.

Belirtilen maddenin rücu işlemleri bakımından kapsadığı kişiler, kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personelidir. Düzenlemelerin ilk halinde mevcut olsa da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı neticesinde, Devlet üniversitesinde görevli sağlık personeline yönelik rücu işlemleri açısından Mesleki Sorumluluk Kurulu yetkili değildir³².

³¹ Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik ve Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik bulunsa da sağlık hizmet kusuru rücuları açısından yetersiz ve eksik kalmaktadır.

³² "Devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık çalışanlarına, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle rücu edilmesine karar verme yetkisinin tek bir elden yürütülmesinin farklı ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilerek bu konuda uygulama birliğinin sağlanmasına hizmet edeceği açıktır. Bu bakımdan düzenlemenin kamu yararına yönelik meşru bir amacının bulunmadığı söylenemez. Bu hususlar gözetildiğinde, söz konusu amaca ulaşma bakımından, idari ve mali özerkliğe sahip üniversitelerin yerine geçerek bu kurumların bütçe hazırlama yetkisi üzerinde doğrudan etki doğurabilecek nitelikte karar alma yetkisine sahip bir Kurulun oluşturulması merkezi yönetimin vesayet yetkisinin

Nitekim, 21.02.2024 tarihinde yayımlanan Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesi ile 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesine, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "devlet üniversitelerinde" ibaresi korunarak ek cümle eklenmiştir³³. Buna göre; "Devlet üniversitelerinde görev yapanlar bakımından, ilgili üniversite tarafından Mesleki Sorumluluk Kurulu kararı ve varsa ilgili hakkında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığına dair kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı dikkate alınarak altı ay içinde nihai karar verilir." Böylece, Anayasa Mahkemesi kararı neticesinde Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının rücu işlemleri açısından Mesleki Sorumluluk Kurulu kararı bulunuyorsa üniversite idaresinin rücu kararı alabileceği belirtilmiştir. Bizce düzenleme isabetli olmuştur. Çünkü her şeyden önce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına tam olarak uyulmadığını düşünmekteyiz. Bu kapsamda, her ne kadar düzenlemede üniversite idaresi tarafından nihai kararın verileceği belirtilse de üniversite idaresinin rücu kararı verebilmesi için gerekli şart, somut olay ile ilgili Mesleki Sorumluluk Kurulu kararı bulunmasıdır. Dolayısıyla Sağlık Bakanlığı bünyesindeki Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun, Anayasa Mahkemesi kararındaki özerklik vurgularının aksine, Devlet üniversitesinde görev yapan sağlık personeli açısından rücu yetkisi dolaylı olarak devam etmektedir. Diğer bir sakınca ise, Kanun lafzındaki, "ilgili hakkında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığına dair kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı" ifadesinden önceki "ve varsa" ifadesi, Devlet üniversitesinde görev yapan sağlık personeli hakkındaki ceza mahkemesi kararının zorunlu bir unsur olmadığı anlamını vermektedir. Eğer ceza mahkemesi kararı şartı halen korunuyorsa bu durumun Yönetmelikte açık bir şekilde açıklanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bizce Devlet ve vakıf üniversite hastanelerinde görevli sağlık personeli açısından Yükseköğretim Kurulu'na tâbi, sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan zararlardaki rücu işlemlerine ve ceza soruşturma iznine dair hususları değerlendirmek üzere sorumluluk kurulunun oluşturulması isabetli olacaktır. Çünkü, Devlet ve vakıf üniversiteleri, sıkça vurgulandığı üzere

sınırlarıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla kuralın anılan amaca ulaşma bakımından elverişli olmadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, ek 18. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "...Devlet üniversitelerinde..." ibaresi yönünden Anayasa'nın 130. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." AYM., E. 2022/90, K. 2023/201, T. 30.11.2023, R.G., T. 02.02.2024-32448

³³ 32476 sayılı 1 Mart 2024 tarihli R.G.

özerk bir idari yapıya sahip olup başka bir kurum tarafından bu konularda karar alınması Türk idari teşkilat yapısını zedelemektedir. Ayrıca, Devlet ve vakıf üniversite hastanelerinde meydana gelen sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat davaları hizmet kusuru kapsamında idari yargıda görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay da bu kapsamda Devlet ve vakıf üniversitelerine yönelik açılan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarında idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir³⁴. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile Devlet üniversitesi ve vakıf üniversitesinde görev yapan sağlık personeli arasında bu konuda teknik olarak bir farklılık bulunmadığından kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaması gerektiği için ve uygulama birliği açısından YÖK'e bağlı bir sorumluluk kurulunun kurulması isabetli olacaktır. Başka bir çözüm ise, Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun Sağlık Bakanlığı bünyesinden çıkartılarak özerk ve kamu tüzel kişiliğine sahip olacak düzenlemelerin yapılmasıdır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, 1219 sayılı Kanun'un ek 12. maddesi gereğince yapılan zorunlu mesleki mâli sorumluluk sigortasıdır³⁵. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimler, diş hekimleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere zorunlu olarak mesleki mâli sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekmektedir. Aynı madde gereğince, ilgili sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından yarısı ise idare tarafından ödenmektedir³⁶. 3359 sayılı Kanun'un ilk halinde,

³⁴ “..Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir..” Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T. 05.11.2012, E. 2012/57, K. 2013/213, (kararlar.uyusmazlik.gov.tr, Erişim Tarihi: 27.12.2023). “..Bu haliyle kamu tüzel kişisi olarak kanunla kuruldukları ve kamu hizmeti sundukları tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin hastanelerinin, Devlet üniversiteleri hastanelerinden farklı tutulması hukuken olanaksızdır. Bu bağlamda, sağlık hizmetinin sunulmasından kaynaklanan zararların da, tazmin sorumluluğunun doğup doğmadığının, idari yargı yerince hizmet kusuru ilkesi kapsamında incelenerek karar verilmesi gerekir..” Yarg. HGK., T. 13.05.2015, E. 2014/13-566, K. 2015/1339, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 27.12.2023)

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkıdık**, Didem: “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 2016, s. 243 vd.

³⁶ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Ek 12. maddesi; “Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulu-

sigorta primlerinin yarısı idareler tarafından ödenmesine rağmen sigorta şirketlerine dair hüküm bulunmaması durumunu eksiklik olarak nitelendirmek mümkündür. Nitekim, 21.02.2024 tarihinde yayımlanan Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesi ile 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesine sigorta işlemlerine dair ek fıkra eklenmiştir. Buna göre; "İdare, kesinleşen mahkeme kararında hüküm altına alınan tazminatı ödedikten sonra hukuken sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle tazminatın ödenmesine sebep olan ve zorunlu meslekî malî sorumluluk sigortası bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile Devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensuplarının yerine geçer. Bu sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle her türlü kusuru ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek verdikleri zararlardan dolayı idare tarafından ödenen avukatlık vekâlet ücreti ve yargılama masrafları dâhil tazminat sağlık meslek mensubunun kusuru oranında ve sigorta teminatı dâhilinde tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu malî sorumluluk sigortası yaptırdığı sigorta şirketinden talep edilir." Buna göre, idarenin ödediği zarar yine idare tarafından sağlık mensubunun kusuru oranında ve sigorta teminatı dâhilinde sigorta şirketinden talep edilecektir. Fakat bizce düzenleme eksiklikler barındırmaktadır. Çünkü, rücu işlemlerinin aşağıda belirtilecek şartlara bağlanıldığı düşünüldüğünde, mesleki malî sigortaya idare tarafından ödenen primlerin iptal edilmesi, sigortanın tamamen isteğe bağlı olması veya mesleki sigortanın, hekim ile ilgili rücu şartlarına bağlı olmadan devreye girerek idarenin ödediği tazminatı karşılaması gibi durumların da belirtilmesi isabetli olurdu. Bu kapsamda, mesleki sigorta zorunluluğunun kaldırılması ve idarenin sigorta primlerinin yarısını ödeme desteğinin iptali gündeme gelebilir. Başka bir yönden ise, sigorta şirketlerine yönelik Yönetmelikte yer alacak özel bir düzenleme ile rücu işlemlerinde idarenin ödediği zararın, poliçeye ve somut olaya göre belirlenecek miktarının, hiçbir şarta bağlanmaksızın doğrudan sigorta şirketinden tahsil edilebilmesi yönünde bir açıklama yapılması da mümkündür.

Mesleki Sorumluluk Kurulu oluşturulduktan sonra hali hazırda mahkemelerde görülmekte olan davalar açısından Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda birtakım önlemler getirilmiştir. Kanun'un Geçici 13. maddesinde

nan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir."

belirtildiği üzere, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden davalar bakımından davacı idarelere iki aylık Mesleki Sorumluluk Kurulu'na başvuru süresi verilmiş, ardından Kurul'un vereceği karara göre yargılamaya devam edilmiş veya usulden reddedilmiştir. Aksi durumda ilerleyen ve bu kapsamda verilen hükümler Yargıtay tarafından bozulmuştur³⁷.

a. Rücu İşlemleri İçin Gerekli Şartlar

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun idarece ödenen tazminatı sağlık personeline rücu işlemlerine başlaması için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Mevzuat hükümleri göz önünde bulundurularak iki şartın bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu şartlar, idari yargı tarafından hizmet kusuru davası sonucunda idarenin tazminat ödemesi ve aynı olaydaki ilgili personelin görevi kötüye kullandığına dair kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararının bulunmasıdır.

aa. İdari Yargılama Neticesinde İdare Tarafından Tazminat Ödenmesi

Yönetmeliğin 12. maddesi; "...sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar sebebiyle idare aleyhine açılan davada mahkeme kararına göre idarece ödenen meblağ..." şeklindedir. Bu kapsamda, Mesleki Sorumluluk Kurulu açısından rücu müessesesinin devreye girebilmesi için öncelikli olarak belirli şartları taşıyan durumlarda idarece ödenen bir tazminat olmalıdır.

Danıştay, sağlık hizmetlerinde hizmet/kusur sorumluluğu hakkında, sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki eksiklikler veya aksaklıklar nedeniyle hizmetin gerektiği gibi yürütülmediği ve bu durumda da hizmet kusuru olduğu yorumunu yapmaktadır³⁸. Başka bir deyişle, sağlık hizmetinin planlanma ve sunulma aşamalarında, belirli standartlar çerçevesinde hareket

³⁷ "...Devlet Hastanesinde görev yapmakta iken yaptığı tıbbi müdahaleler nedeni ile davacı kurum tarafından kurumlarının zarara uğratıldığı iddiasıyla dava dışı hasta tarafından ... İdare Mahkemesinde açılan dava neticesinde hükmedilen paranın ... tarihinde zarar görene ödendiğini belirterek kurum tarafından ödenen ... TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyen yasal faizi ile tahsil edilmesi isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda mahkemece, ilgili mevzuat hükmü gereğince Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurusu için davacıya süre verilmesi; başvuru yapılmaması halinde ise davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir. Kararın bu nedenle bozulması gerekir.." Yarg. 4. HD., T. 07.06.2023, E. 2023/3926, K. 2023/7621, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 28.12.2023)

³⁸ Dan. 15. D., T. 01.10.2014, E. 2013/4477, K. 2014/6721, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 29.12.2023)

edilmediği durumlarda sağlık hizmet kusuru meydana gelebilmektedir³⁹. Bu kapsamda, Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun rücu konusundaki görevinin gündeme gelebilmesi için gerekli ilk şart, idarenin tıbbi işlem veya uygulamadan kaynaklanan bir zarardan dolayı tam yargı davası neticesinde tazminat ödemek zorunda kalmasıdır. Şayet sağlık personelinin, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptığı muayene, teşhis veya tedavi gibi tıbbi işlem veya uygulamaları dışında kalan eylemlerinden dolayı bir zarar meydana gelirse, örneğin sağlık personelinin protokol defterini yırtması gibi bir durumda, Mesleki Sorumluluk Kurulu rücu bakımından yetkili olmayacak ve mevcut uygulamaya devam edilecektir⁴⁰.

Bazı durumlarda idarenin kusuru olmasa da sorumluluğu bulunabilmekte ve idare tazminat ödemek zorunda kalabilmektedir. Bu tarz durumlarda kusur idareye atfedilemediği için idarenin hizmeti sunan sağlık personelinin evleviyetle sorumluluğu bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, sağlık personelinin rücu tazminat sorumluluğunun doğması için kusurlu bir davranışının bulunması önkoşuldur⁴¹. Dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu durumlarda rücuca dair bir husus da söz konusu değildir.

ab. Sağlık Personelinin Görevini Kötüye Kullandığına Dair Kesinleşmiş Ceza Mahkemesi Kararının Bulunması

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun rücu işlemleri açısından görevli olabilmesinin ikinci şartı, Yönetmeliğin 12. maddesinde de belirtildiği üzere, ilgili sağlık personelinin kasten görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmesi halidir.

Görevi kötüye kullanma suçunu incelemeyen önce değinmekte fayda gördüğümüz bir husus kusur kavramına yöneliktir. Bilindiği üzere hizmet

³⁹ **Ben**, Mehmet: "İdarenin Acil Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu", KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2023, s. 36.

⁴⁰ Sağlık Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünden gönderilen 26.07.2022 tarihli ve 170055774 sayılı Genel Yazı'nın 1. maddesinde, "Meslekî Sorumluluk Kurulu (Kurul) hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar nedeniyle açılan davalarda, ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına karar verecektir. Bu nedenle, sağlık meslek mensupları dışındaki görevlilerin işlem veya eylemleri nedeniyle yapılacak rücular ile sağlık meslek mensuplarının tıbbî işlem ve uygulamaları haricindeki fiillerinden kaynaklanan rücular Kurula intikal ettirilmeyecek, mevcut uygulamaya devam edilecektir..." kuralı öngörülmüştür.

⁴¹ **Badur/Us Doğan**, s. 587. (9. dipnot)

kusuru, hizmetin kuruluşu, teşkilatı veya işleyişi sırasında meydana gelen aksaklıklardan meydana gelen kusurlardaki idarenin sorumluluğu iken⁴² kişisel kusur idare hukukuna özgü bir kavram olup kişisel kusurun gündeme gelebilmesi için sağlık personelinin görevi içerisinde kusurlu bir davranışının bulunması gerekmektedir⁴³. Bu kapsamda konumuz açısından, kişisel kusuru bulunan ve ceza mahkemesi yargılaması kararı ile kesinleşen somut olayda idarenin sorumluluğuna dair durum bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir. Başka bir deyişle, tıbbi uygulamadan kaynaklanan kişisel kusurun ceza mahkemesi kararı ile kesinleştiği olaylarda, hizmet kusurunun devam edip etmediği sorusu gündeme gelebilir. Bazı durumlarda, sağlık personelinin tıbbi uygulamaları suç niteliğinde olsa da bu uygulamaları yürütülen idari faaliyetten ayırabilmek mümkün olamamakta ve hizmet kusuru ve kişisel kusur iç içe geçmektedir⁴⁴. Dolayısıyla rücu işlemleri için gerekli ceza mahkemesi kararı şartının, sorumluluğun tespiti açısından hukuka uygun bir koşul olduğunu söylemek mümkündür.

Türk Ceza Kanunu'nun "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" başlıklı 257. maddesi şu şekildedir; "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan veya kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Görevi kötüye kullanma suçu, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda görevi kötüye kullanma suçu ile kamu idaresinin dürüst ve etkin bir şekilde, hukuken belirlenmiş sınırlar çerçevesinde disiplinli bir şekilde işlemlerini sağlayarak toplumun kamu idaresine duyduğu güven ve inanç korunmaktadır⁴⁵.

Görevi kötüye kullanma suçu faile özgü suçlardandır. Bu kapsamda, konumuz açısından yalnızca hukuka uygun şekilde istihdam edilmiş sağlık

⁴² Sarıca, Ragıp: "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 4, C. 15, İstanbul 1949, s. 858.

⁴³ Akyılmaz, s. 70.

⁴⁴ Söyler, Yasin: "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 14, Ankara 2010, s. 565.

⁴⁵ Yokuş Sevük, Handan: "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 39, C. 23, Diyarbakır 2018, s. 261; Ağin, Serenay: Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 3.

personeli olan kişiler bu suçun faili olabilir. Bu kapsamda, kamu kurum ve kuruluşlarında veya Devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık personeli, kamu görevlisi olarak çalışmaları ve görevlerinin kaynağının kanun olması sebebiyle, tıbbi standartlarda sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünü yerine getirmedikleri takdirde görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına sebebiyet verebilirler⁴⁶. Ayrıca suçun oluşabilmesi için sağlık personelinin icrai veya ihmali hareketleri tek başına yeterli olmayıp ayrıca hastanın mağduriyeti oluşmak suretiyle zararının ortaya çıkması gerekmektedir⁴⁷.

Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından rücu işlemleri açısından değerlendirme yapılabilmesi için ilgili sağlık personelinin belirtilen koşullarda görevini kötüye kullandığına dair kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı bulunması gerekmektedir. İdarenin hizmet kusuru nedeniyle tazminat ödediği olayda, ilgili sağlık personeline ceza soruşturması veya kovuşturması hiç başlatılmamış ise veya ceza soruşturması neticesinde dosyanın işlemde kaldırılması kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ya da görevi kötüye kullanma dışında bir hüküm bulunuyor ise bu durumlarda izlenecek usul Sağlık Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün bir yazısında belirtilmiştir⁴⁸. Yazıya göre, ceza soruşturması veya kovuşturması devam ediyorsa ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının sonucunun beklenmesi gerekmektedir. Olayla ilgili hiç ceza soruşturması bulunmuyorsa, yapılan soruşturma neticesinde dosyanın işlemde kaldırılmasına veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiş ise ya da ceza mahkemesi kararında görevi kötüye kullanma dışında bir hüküm bulunuyor ise dosyanın kurum açısından işlemde kaldırılması gerekmektedir.

⁴⁶ **Badur/Us Doğan**, s. 604.

⁴⁷ **Hatipoğlu**, Gözde, Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu, Ankara 2021, Seçkin Yayıncılık, s. 118; **Ağın**, s. 19.

⁴⁸ Sağlık Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünden gönderilen 26.07.2022 tarihli ve 170055774 sayılı Genel Yazı'nın 5. maddesinde, "Kanunun Ek 18 inci ve Yönetmeliğin 6/b. Maddesine göre, kusur değerlendirmesi yapılabilmesi ve rücu edilip edilmeyeceğine karar verilebilmesi için sağlık meslek mensubunun görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararının bulunması zorunlu olup, bu karar bulunmadan Kurulca kusur değerlendirmesi yapılması ve karar verilmesi mümkün olmadığından, sağlık meslek mensubunun görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunup bulunmadığı araştırılacak; şayet böyle bir karar bulunmuyor ise usul ekonomisi ilkesi dikkate alınarak dosya Kurul'a gönderilmeksizin ve ayrıca 659 sayılı KHK'ya göre bir vazgeçme onayı alınmaksızın il sorumlu avukatının teklifi ve il sağlık müdürünün onayı ile bu durum tespit edilerek dosya saklıya kaldırılacaktır. Devam etmekte olan ceza soruşturması veya kovuşturması mevcut ise takip edilerek kesinleşmesi beklenecektir." kuralı öngörülmüştür.

Bu noktada ceza yargılaması neticesinde, sağlık personelinin başka bir suçtan hüküm giymesi durumu dikkat çekmektedir. Örnek olarak sağlık personeli hakkında, tıbbi müdahaleler neticesinde meydana gelen sonuca göre, bilinçli taksirle adam öldürme, basit taksirle adam öldürme, bilinçli taksirle yaralama, basit taksirle yaralama suçlarının oluştuğuna karar verilmesine uygulamada oldukça sık rastlanılmaktadır⁴⁹. Başka yönden ise, sağlık personelinin, özellikle hekimlerin, yetkisiz olarak yaptığı müdahaleler dikkat çekmektedir. Örneğin acil tıp uzmanı hekimin, uzmanlık alanı olmamasına rağmen diğer branşların yetki alanına giren müdahalelerde bulunması olabilir. Görevi kapsamına girmeyen bir alanda yapılan müdahaleler görevi kötüye kullanma suçu yerine TCK 262. maddesinde düzenlenen “kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi” kapsamında düşünülebilir. Bu çerçevede Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kamu görevlisinin o işe ilgili görevi ve yetkisi yoksa, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışının disiplin cezasını gerektirebilse de, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına, hukuken sahip olunmayan yetkinin kötüye de kullanılmasından söz edilemeyeceğine karar vermiştir⁵⁰.

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun rücu işlemleri açısından değerlendirme yapabilmesi için, Yönetmelikte sadece “görevi kötüye kullanma” suçunun belirlenmesi eleştiriye açık bir durumdur. Çünkü bu çerçevede, görevi kötüye kullanma suçu yerine, kasten öldürme veya taksirle öldürme gibi nispeten daha ağır neticeleri bulunan suçlardan hüküm giyen sağlık personeline karşı rücu durumu söz konusu olmayacaktır. Fakat bizce, tıbbi uygu-

⁴⁹ “..neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucunda meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu, bu itibarla taksirle öldürme suçundan cezalandırılması yerine beraatine karar verilmesinin hukuka aykırı olduğuna..” Yarg. 13. HD., T. 02.04.2015, E. 2014/40392, K. 2015/10447, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.01.2024) “..tedavi yönteminin değerlendirilmemesi ve yeni tetkiklerin yapılmaması nedeniyle, sanığın tecrübesine dayanarak zararlı bir sonucunda meydana gelmeyeceğine duyduğu güvenle kayıtsız kaldığı ve eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden basit taksirle öldürmeden sorumlu tutulması kanuna aykırı olup..” Yarg. 12. CD., T. 11.06.2013, E. 2013/11225, K. 2013/15909, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.01.2024). “..hekimin enjeksiyon sonrası katılanda ortaya çıkan şikayetlere yönelik tutumunun hastanın durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı ve sair yönlerden rapor aldirılarak sonucuna göre sorumlu olduklarının tespiti halinde eylemlerinin taksirli yaralama suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılması ve hukuki durumun buna göre takdir edilmesi gerektiği..” Yarg. 9. CD., T. 10.09.2020, E. 2020/1435, K. 2020/1016, (sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.01.2024)

⁵⁰ Yarg. CGK., T. 26.09.2017, E. 2017/16-956, K. 2017/370, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.01.2024)

lama nedeniyle ölüm veya yaralama sonuçlarının meydana gelmesi durumunda ve bu durumun ceza mahkemesi kararında tespit edilmesi halinde Kurul'un rücu incelemesi yapması gerekmektedir. Çünkü her ne kadar Yönetmelik maddesi; "kasten görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı" şeklindeyse de, Kanun maddesi; "ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek" şeklindedir. Dolayısıyla Kanun hükmü dikkate alınarak, görevi kötüye kullanma konusunda ceza mahkemesi kararlarının diğer suçları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Sonuç olarak Yönetmelikte, Kurul'un rücu incelemeleri açısından, sadece görevi kötüye kullanma suçunun belirlenmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

Sağlık personelinin görevi kötüye kullandığına dair kesinleşmiş mahkeme kararı bulunuyorsa, Yönetmeliğin 13. maddesinde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda gerekli incelemeler sağlık personelinin görev yaptığı idare tarafından yapılmaktadır. İdare, kesinleşmiş ceza mahkemesi kararını, varsa sağlık personelinin mesleki malî sorumluluk sigorta poliçesini ve eklerini, hizmet kusuru davasının personele ve sigorta şirketine ihbar edildiğine dair belgeleri ve düzenlediği tanzim raporunu incelemenin tamamlandığı günden itibaren yedi gün içerisinde Kurula intikal ettirir. Kurul sekreteryası evrakları şekli olarak inceler ve varsa eksikleri sunmak için idareye on gün süre verir. Kurul'un idarenin ödediği tazminat miktarının, sağlık personeline rücu edilip edilmemesine ve edilecekse ne kadarlık miktarın rücu edilmesine karar vermesi için süresi bir yıldır. Bir yıllık sürenin başlangıç tarihi, sağlık personeli hakkında verilen ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarihtir. Kurul tarafından verilen karar yedi gün içinde idareye tebliğ edilir ve belirlenen rücu miktarı genel hükümlere göre tahsil edilir.

SONUÇ

İnsan hayatını konu edinmiş sağlık hizmetlerinin, diğer kamu hizmetlerine nazaran daha ayrıcalıklı bir konumda bulunduğunu söylemek mümkündür. Hizmeti sunan sağlık personelinin, özel sektörde, üniversiteler bünyesinde veya kamuya ait kurum ve kuruluşlarda görev yaptığı fark etmeksizin hastaya sundukları tıbbi işlem veya müdahalelerinin hayati önemi bulunmaktadır. Hayati müdahalelerde bulunan sağlık personelinin cezai ve hukuki açılardan diğer sağlık personeline nazaran bir nebze daha korunaklı olması hastalar açısından da gereklidir. Çünkü sürekli dava ve ceza korkusu ile

yapılan tıbbi müdahaleler sağlık personelinin defansif müdahalelere itmekte ve bu nedenle de sağlık hizmetinin kalitesi olumsuz anlamda etkilenmektedir.

Sağlık personelinin aynı eylemleri bazen farklı hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Fakat, aynı veya benzer bir tıbbi uygulama nedeniyle özel hastanede görev yapan sağlık personeli ile devlet hastanesinde görev yapan sağlık personeli arasında cezai açıdan bir farklılık bulunmaması gerekmektedir. Bilindiği üzere devlet hastanesinde görev yapan sağlık personelinin soruşturulması açısından, soruşturma izni kararı gerekirken özel kurum ve kuruluşlarda görev yapan sağlık personeline dair böyle bir izin sistemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu işlemlerin bir standarda bağlanması gerekmektedir.

Belirtilen nedenler ve gereklilikler ışığında, Mesleki Sorumluluk Kurulu, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur. Kurul, sağlık personelinin cezai açıdan ve hukuki açıdan yargılanmalarına dair önemli görevlere sahiptir. Bu kapsamda, Yükseköğretim Kanunu'na tabi olanlar hariç olmak üzere diğer tüm sağlık personelinin tıbbi işlem veya uygulama nedeniyle yapılmak istenilen ceza soruşturmaları açısından soruşturma izinleri Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilmektedir. Bu sayede, sağlık personelinin cezai açıdan yargılanabilmesi için bir standardın oluşturulmak istenildiğinden bahsetmek mümkündür. Ayrıca daha önce cezai açıdan soruşturma iznine tabi olmayan sağlık personeline izin sisteminin getirilmiş olması ile bu personel açısından güvence sağlandığı da söylenebilir. Daha önce izin sistemine tabi olan personel açısından ise Kurul tarafından değerlendirme yapılmasının keyfiyeti önleme ve objektiflik açısından önemli olduğu söylenebilir.

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun diğer önemli görevi rücu işlemlerine dairdir. İdari yargı kararı sonucunda idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle ödenen tazminatın sağlık personeline rücu edilip edilmeyeceğine veya ne kadarlık kısmın rücu edileceğine Kurul karar vermektedir. Kurul'un bu kapsamda inceleme yapabilmesi için, Yönetmelik gereğince ilgili sağlık personelinin aynı olay ile ilgili ceza yargılaması neticesinde görevini kötüye kullanma suçundan hüküm giymesi gerekmektedir. Eğer böyle bir karar bulunmuyorsa Kurul tarafından rücuya dair bir inceleme yapılamamakta ve rücu imkânı ortadan kalkmaktadır. Rücu işlemleri açısından belirtilen ceza mahkemesi kararı şartı eleştiriye açık bir şarttır. Nitekim daha ağır sonuçları bulunan suçlardan hüküm giyen sağlık personeline rücu imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu yüzden suçun kapsamının genişletilmesi düşüncesindeyiz.

Her ne kadar Kanun'a eklenen fıkra ile mesleki sigortaların durumu düzenlense de daha detaylı bir düzenleme gerekmektedir. Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun rücu işlemlerinde görevli olmasının şartlara bağlandığı dikkate alındığında, zorunlu olarak mesleki sigorta yaptıran ve bu sigorta primlerinin yarısı idare tarafından ödenen kişilerin durumu düzenleme gerektirmektedir. Çözüm önerisi olarak, rücu işlemlerinin şarta bağlanması nedeniyle rücu sayılarının azalacağı düşünüldüğünde, mesleki sigorta zorunluluğunun kaldırılması ve idarenin sigorta primlerinin yarısını ödeme desteğinin iptali gündeme gelebilir. Başka bir yönden ise, sigorta şirketlerine yönelik Yönetmelikte yer alacak özel bir düzenleme ile rücu işlemlerinde idarenin ödediği zararın, poliçeye ve somut olaya göre belirlenecek miktarının, hiçbir şarta bağlanmaksızın doğrudan sigorta şirketinden tahsil edilebilmesi yönünde bir açıklama yapılması da mümkündür.

Son olarak Kurul'un rücu işlemlerine dair yalnızca kamu kurum ve kuruluşları kapsamındaki hastaneler bakımından yetkili olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, Devlet üniversite hastaneleri ve vakıf üniversiteleri hastaneleri açısından rücu işlemlerini yürütmek üzere ve ceza soruşturma izni işlemlerini değerlendirmek üzere YÖK'e bağlı bir sorumluluk kurulu oluşturulması gerektiğini veya Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun Sağlık Bakanlığı bünyesinden çıkartılarak özerk ve kamu tüzel kişiliğine sahip olacak düzenlemelerin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Ağın**, Serenay: Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Akyılmaz**, Bahtiyar: “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1-2, C. 69, İstanbul 2011, s. 61-78.
- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Artantaş**, Onur Çağdaş: ““Rechtsstaat”, Hukuk Devleti ve Kamu Personeline Rücu’un Zorunluluğu”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı C.I, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 65, Ankara 2020, s. 157-172.
- Artukoğlu**, Yiğit: İnceleme ve Soruşturma Rehberi: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin, Gazi Kitabevi, Ankara 2018.
- Aşık Zerdali**, Sebanur: Mütessesil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Atay**, Ender Ethem/**Odabaşı**, Hasan: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Ben**, Mehmet: “İdarenin Acil Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2023.
- Avşar**, Zakir/**Avcı**, Kadriye: “Sağlık Ombudsmanı”, Ombudsman Akademik Dergisi, S.6, Ankara 2017, s. 143-160.
- Badur**, Emel/**Us Doğan**, Eser: “Hekimin Rücu Tazminat Sorumluluğu Hakkında Güncel Gelişme ve Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 24, İzmir 2022, s. 581-618.
- Çağlayan**, Ramazan: “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, C. 7, Erzincan 2003, s.105-128.
- Çınarlı**, Serkan/**Göncü Döner**, Munise Seray/**Azak**, Kerim: Kamu Görevlilerine Rücu Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

- Dönmez, Mert:** “İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Ersoy, L. Verda:** “Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk: 7406 Sayılı Yasa Malpraktis Açısından Neler Getirdi?”, Türkiye Biyoetik Dergisi, S. 4, C. 8, Adana 2022, s.168-169.
- Gözler, Kemal:** İdare Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- Güneş, Mehmet/Gündüz, Mustafa:** “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme” Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 7, Y. 4, Ankara 2015, s. 7-19.
- Hatipoğlu, Gözde:** Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Kaygusuz, Serap:** “7406 Sayılı Kanun’un Sağlık Çalışanları Bakımından Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 53, Y. 14, Ankara 2023, s. 247-284.
- Onar, Sıddık Sami:** İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Özalp, Nabi:** “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144), TBB Dergisi, S. 145, Ankara 2019, s. 81-158.
- Özkıdık, Didem:** “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 2016, s. 243-268.
- Sağlam, Harun:** “Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2010.
- Sarıca, Ragıp:** “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, S. 4, İstanbul 1949, s. 858-895.
- Söyler, Yasin:** “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, Ankara 2010, s. 555-592.
- Yokuş Sevük, Handan:** “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 39, Diyarbakır 2018, s. 257-316.

BİR AYRIMCILIK TEMELİ OLARAK VATANDAŞLIĞIN İNSAN HAKLARI HUKUKU BAKIMINDAN GÖRÜNÜMLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1448645>

Av. Vahit Mert KÖRPE*

Öz

Uluslararası hukuk bakımından özellikle ırk temelli ayrımcılığın önlenmesi açısından en önemli insan hakları belgelerinden birisi olan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (ICERD) ırk ayrımcılığını “siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih” olarak belirtmiştir. Ancak bu genel tanım ele alındığında dahi uluslararası insan hakları hukuku ve bölgesel iç hukuk düzenlemeleri bakımından vatandaşlık kistasına göre yapılan ayrımlar istisna olarak değerlendirmiş ve vatandaşlık ve yabancılar ayrımı üzerinden yabancıların farklı bir düzenlemeye tabi tutulabilecekleri ve bu bakımdan yabancıların hak ve yetkilerine yönelik bir sınır getirilebileceği yargı kararlarında ve iç hukuk mevzuatında kabul edilmiştir. Bu çalışmamızda da bir ayırım temeli olarak vatandaşlık kavramının uluslararası ve bölgesel insan hakları hukuku mekanizmaları bakımından niteliği incelenip bu ayırımın olası sınırları ve etkilerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Ayrımcılık, Vatandaşlık, Ulusal köken, İnsan hakları, Etnik köken

* Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Avukat, İzmir Barosu, İzmir (mertkorpe@gmail.com) ORCID: 0000-0001-6374-3571 (Gönderim Tarihi: 07.03.2024-Kabul Tarihi: 16.05.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

CITIZENSHIP AS A BASIS OF DISCRIMINATION IN TERMS OF HUMAN RIGHTS LAW

(Research Article)

Abstract

The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), one of the most important human rights instruments in terms of international law in the prevention of racial discrimination defines racial discrimination as “any distinction, exclusion, restriction, or preference based on race, color, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment, or exercise of human rights and fundamental freedoms in any field of political, economic, social, cultural, or community life”. However, distinctions based on the criterion of citizenship have been considered as an exception according to international human rights law and domestic regulations. It has been accepted in judicial decisions and domestic law legislation that foreigners may be subjected to different regulations based on the distinction between citizenship and foreigners and that limits may be imposed on the rights and powers of foreigners in this respect. In this study, the nature of the concept of nationality as a basis of distinction in terms of international and regional human rights law mechanisms will be examined and the possible limits and effects of this distinction will be discussed.

Keywords

Discrimination, Citizenship, National origin, Human rights, Ethnic origin

GİRİŞ

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin (UDHR) deklare edildiği günden bu yana insan haklarının gelişimi ile paralel olarak ayrımcılıkla mücadele uluslararası ve uluslararası örgütlerin temel amaç ve hedeflerinden bir tanesi olmuştur¹. Bu kapsamda hukukun sahip olduğu en önemli vasıtalardan bir tanesi uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmaları olarak yer almaktadır. Nitekim günümüzde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinden (ICCPR) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına (CFR) dek genel yahut özel amaçlı tüm insan haklarına ilişkin belgelerde ayrımcılık yasağına ilişkin bir madde hükmü görülebilmektedir. ICERD de işte burada ırk ayrımcılığının tanımını üzerinden genel bir ayrımcılık yasağını düzenlemekte ve ayrımcılığın hangi şartlar altında meşru ve yine hangi şartlar altında hukuka aykırı olacağını Sözleşme organı olan Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi (CERD) rapor ve kararları ile birlikte açıklamaktadır.

Ancak genel ayrımcılık yasağının önemli bir istisnası özellikle vatandaşlığa yönelik ayrımcılık bakımından ortaya çıkmakta olup gerçekten de Sözleşme 1. maddesi bakımından ayrımcılık yasağı kapsamında bulunan ulusal köken kavramından farklı olarak 2. ve 3. fıkralarında bu genel yasağa son derece iki önemli istisna getirerek taraf devletlere vatandaş ile vatandaş olmayanlar arasında fark, dışlama, kısıtlama veyahut tercih getirmesine bir engel koymamaktadır. Yine aynı şekilde Sözleşme belirli bir ülke vatandaşlarına yönelik ayırım olacak şekilde yorumlanmamak kaydıyla mevcut Sözleşme hükümlerinin devletlerin vatandaşlığa alım yahut uyrukluğa ilişkin düzenlemeler bakımından cari olmayacağını belirtmektedir. Bu yönüyle vatandaşlık hususu en azından ayrımcılık için “meşru” bir sebep olarak anlaşılmaktadır. Ve fakat vatandaşlığın en az kendisi kadar tartışmalı olan ulusal köken tanımı ile olan bağlantısı ve nüansları burada asıl olarak genel kabullerle hareket edilmemesi gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla bir ayrımcılık temeli olarak vatandaşlık açısından öncelikle mevcut tanımdaki problemler ele anılmak suretiyle bu ayırma yönelik istisnalar uluslararası ve bölgesel hukuk ile yargısal kararlar ışığında incelenecektir.

¹ **Schwelb**, Egon: “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 15, Sayı 4, October 1966, s. 1057.

I. MEŞRU BİR AYRIMCILIK TEMELİ OLARAK VATANDAŞLIK

A. Vatandaşlığın Bir Ayrımcılık Temeli Olarak Geçerliliği

Uluslararası Adalet Divanı'nın (ICJ) ünlü Nottebohm kararında belirttiği ve doktrinde kabul edildiği şekliyle vatandaşlık bir kişinin bir devlet ile olan hukuki bağ ekseninde ortaya çıkan ve karşılıklı haklar ve sorumluluklar ile şekillenen varlık, çıkar ve duygu bağı olarak kabul edilmektedir². Nitekim Nottebohm kararından önce de özellikle 1930 tarihli Lahey Vatandaşlık Kanunlarının Çatışmasına İlişkin Bazı Sorunlara Dair Sözleşme vatandaşlığa yönelik tayin ve tanım hakkının devletlere ait olduğunu belirterek esas itibarıyla vatandaşlığın belirlenmesindeki asıl yetkinin devletlere ait olduğunu ifade etmektedir³. Bu yetki 1997 tarihli Avrupa Konseyi'nin Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 3. maddesi bakımından vatandaşlığa dair uluslararası sözleşmeler, uluslararası örf ve adet hukuku ile hukukun genel ilkelerine ilişkin düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla aynen kabul edilmiş olup vatandaşlık Nottebohm kararındaki standartlar ışığında kişinin etnik kökeninden bağımsız olarak devlet ile arasındaki hukuki bağ olarak tanımlanmıştır⁴.

Vatandaşlığın özellikle uluslararası hukuk bakımından hukuki bir bağ olarak açıklanmış olması kişinin yalnızca vatandaşı olduğu devletten talep edebileceği belirli haklara ve imtiyazlara da sahip olmasını gerektirmektedir. Bu itibarla vatandaşlığın esas itibarıyla vatandaş olmayanlar bakımından en önemli farkının bu himaye unsuru olduğu ifade edilebilir⁵. Nitekim mevcut himaye unsuru esas itibarıyla burada bir devletin vatandaşları ile yabancılar olarak kabul edilen ve mevcut devlet himayesinden yoksun bırakılanlar arasındaki ayrımın dayanağını da ortaya koymaktadır. Zira bir ülkenin vatandaşları aynı zamanda o ülkenin asli unsurlarından birisini teşkil ettiğinden

² ICJ, Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), 6 Nisan 1955, p. 23; **Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 66.

³ **League of Nations**: Convention On Certain Questions Relating To The Conflict Of Nationality Laws (Vatandaşlık Kanunları İhtilâfına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi, 1 Temmuz 1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır.), 12 April 1930.

⁴ **Council of Europe**: European Convention on Nationality (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır.), 6 November 1997; **Council of Europe**: Explanatory Report to the European Convention on Nationality, 6 November 1997, para. 22-23.

⁵ **Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 30. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 25.

vatandaşların yabancılardan bir dereceye kadar özellikle siyasi haklar bakımından münhasır yetkilere sahip olabilecekleri açıktır. Ancak günümüzde uluslararası insan hakları hukuku ile beraber vatandaşlık anlayışında giderek vatandaşlığın bir insan hakkı olarak algılanması, vatandaşlığa alım kriterleri ve vatandaşlıktan çıkarma benzeri durumlar yönünden devletlere daha fazla sorumluluk yüklenmesi ve yasaklar getirilmesi özellikle bu hakkın tamamen devletlerin tercihine bırakılmış bir tür imtiyaz olmadığını da göstermektedir⁶. Ancak her şeye rağmen yine de uygulama açısından vatandaşlık kavramı vatandaşların sahip oldukları hakların niteliği açısından önemini ve farkını sürdürmektedir.

Vatandaşlığın özünde yatan bu ayrım esas olarak vatandaşlığın bir ayrımcılık temeli olarak geçerliliğine yönelik temel soruların da kaynağını teşkil etmektedir. Zira bir vatandaşlık her şeyden önce vatandaşlığın varlığını kabul eden ve bu varlığın yabancı olarak kabul edilen vatandaş olmayanlardan ayrı olduğunu benimseyen bir farklılığın benimsenmesi ile sağlanmaktadır. Bir diğer deyişle bu husus vatandaşlığın *raison d'etre*'sini teşkil etmektedir. Vatandaşlık denilen statü esasında bu statü tarafından hali hazırda tanınan bir farklılık ve bir ayrımcılığı kapsayan ve bu ayrım üzerinden kendisini tanımlayan bir bağ olarak yer almaktadır⁷. Vatandaşlığın meşruiyetinden kasıt ise bu kavramın gerekli olup olmadığına yönelik politik ve felsefi tartışmalardan kavramın gerekliliğini kabul eden ancak bu kavramın sınırları üzerinden yapılan tartışmalara dek uzanmaktadır. Bu bakımdan Antik Yunan ve Roma döneminden beri içeriği ve boyutları üzerine tartışılan vatandaşlık kavramı özellikle küreselleşme ve göç hareketlerinin artışı ile

⁶ **Aybay**, Rona/**Özbek**, Nimet/**Ersen Perçin**, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019, s. 43-44; **Özkan**, Işıl: “Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş Bir Tipoloji mi?” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 2212; **Spiro**, Peter J: “A New International Law of Citizenship”, The American Journal of International Law, Cilt 105, Sayı 4, 2011, s. 718. Özellikle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 15. maddesi vatandaşlık hakkı ve kavramı açısından önemli bir yol gösterici ilke olmaya devam etmektedir. **United Nations**: Universal Declaration of Human Rights (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 10 Aralık 1948 tarihinde deklare edilmiştir, 6 Nisan 1949 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.) 10 December 1948.

⁷ **Vink**, Maarten: “Comparing Citizenship Regimes”, The Oxford Handbook of Citizenship, (Ed. Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad ve Maarten Vink), Oxford University Press, United States 2017, s. 221-222; **Wimmer**, Andreas: Ethnic Boundary Making Institutions, Power, Networks, Oxford University Press, United States 2013, s. 74.

giderek çok daha heterojen ve sınırları belirsiz bir hal almaya başlamıştır⁸. Küreselleşme ile beraber uluslarüstü bir sivil toplum kavramının ortaya çıkışı ile birlikte klasik bir topluluğa aidiyeti kapsayan vatandaşlık kavramının zemini tartışmaya açık hale gelmiş ve ulusötesi vatandaşlık benzeri buradaki belirsizliğe yönelik mevcut durumu açıklamaya çalışan yeni kavramlar ortaya çıkmıştır⁹. Bu durum özellikle Avrupa Birliği benzeri çoklu vatandaşlık modellerinin yer aldığı sistemler ile beraber düşünüldüğünde ulus devlet temelli vatandaşlık kavramının yerini artık daha çoğulcu bir dünya vatandaşlığının aldığını ifade etmek mümkündür.

Ancak her ne kadar vatandaşlığın artık günümüzde belirli haklar bakımından tek kıstas olarak ele alınamayacağı ve uluslararası koruma benzeri mekanizmaların özellikle vatandaşlığın sağladığı haklardan yararlanamayan kişiler bakımından bir dereceye kadar telafi edici olduğu ifade edilebilse dahi bu durum bilinen anlamda vatandaşlığın şu anki mevcudiyetini ve bu vatandaşlık üzerinden tanımlanan sistemin artık geçerliliğini yitirdiği anlamına gelmemektedir. Zira ne Avrupa Birliği benzeri bir “devletlerüstü” vatandaşlık sistemi kuran oluşumlar ne de uluslararası insan hakları hukuku ulus devlet sistemi içerisindeki mevcut vatandaşlık kavramını yadsımaktadır. Bilakis vatandaşlık hakkının bizatihi kendisi bir insan hakkı olarak tanınmakta ve yine Avrupa Birliği vatandaşlığının bir temeli olarak üye bir devletin vatandaşlığının önceliği zorunlu tutulmaktadır¹⁰. Bu bakımdan Hannah Arendt’in ifade ettiği ünlü haklara sahip olma hakkı, soyut bir ilke olmanın ötesinde esas olarak örgütlü bir organizasyona, bir vatandaşlığa dahil olma hakkını kapsamaktadır¹¹. olayısıyla mevcut durum içerisinde vatandaşlığın,

⁸ **Castles, Stephen/Davidson, Alastair**: Citizenship and Migration Globalisation and the Politics of Belonging, Routledge, United Kingdom 2000, s. 156. Burada özellikle Stoacı düşüncenin kozmopolit vatandaşlığa yönelik fikirleri önem taşımaktadır. **Uygun, Oktay**: Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 138.

⁹ **Bauböck, Rainer**: Transnational Citizenship Membership and Rights in International Migration, Edward Elgar Publishing, United Kingdom 1994, s. 20-21; **Diener, Alexander C.**: “Re-Scaling The Geography of Citizenship”, The Oxford Handbook of Citizenship, (Eds. Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad ve Maarten Vink), Oxford University Press, United States 2017, s. 49-50; **Benhabib, Seyla**: Ötekilerin Hakları Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar (çev. Berna Akkıyal), İletişim Yayınları, İstanbul 2006, s. 224-225.

¹⁰ Nitekim Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma’nın (TFEU) 20. maddesi Birlik vatandaşlığının ulusal vatandaşlığının bir ikamesi değil ancak üye devlet vatandaşlığına bağlı bir ek niteliği taşıdığını açıkça ifade etmiştir.

¹¹ **Arendt, Hannah**: The Origins of Totalitarianism, Harvest, United States 1976, s. 296-297; **Benhabib, s. 60.**

en azından bir devlet vatandaşlığının halen güncelliğini korumakta olduğunu belirtmemiz mümkündür. Vatandaşlığın bir ayrımcılık sebebi olarak meşruiyeti de vatandaşlık kavramının güncelliği açısından geçerli bir ayırım olmaya devam etmektedir.

Bu noktada mevcut olandan hareket eden bir geçerlilik bu geçerliliğin haklılığı noktasındaki tartışmaları ortadan kaldırmamaktadır. Zira bir kavramın mevcudiyeti ile o kavramın haklılığı birbirlerinden tamamen farklı şeylerdir. Vatandaşlığın bir ayrımcılık temeli olarak mevcudiyeti de vatandaşlık kavramının mevcut dünya düzeni içerisinde var olmasından kaynaklı olarak bu mevcudiyetinin bir sonucu olup bu sonucun tam olarak etik bir gerekçelendirmeyi kapsamadığını ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla vatandaşlığa ilişkin her ayırımın varlığı esas olarak bu ayırımın neden gerektiği meselesini de içermekte ve vatandaşlığın olmadığı bir alternatifin içerisinde esasen bir ayrımcılığın da gerçekten var olup olmadığını yahut bu ayırımın vatandaşlığın gerçekten ayrılmaz bir parçasını teşkil edip etmeyeceğini bizlere sormaktadır. Ancak mevzu hukuk bakımından bir şeyin yalnızca mevcut olduğunu açıklamak ve bu açıklama üzerinden verili bir sonucu kabul etmek en azından bu meşruiyet sorununun bir bakıma görünüşte de olsa bir çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır.

Sonuç olarak hukuk açıkça ulus devlet temelli bir vatandaşlığı vatandaşlığın ayrımcı boyutunu da bu vatandaşlığın bir sonucu olarak aynı şekilde tanımaktadır. Bu kabulün ötesinde yapılacak ayrımcılığın doğasına yahut vatandaşlığın gerçekten bu ayrımcılığı kapsayıp kapsamaması gerektiğine yönelik her türlü tartışma çalışmamızın konusundan bağımsız olarak hukuk felsefesinin ve sosyolojinin konusunu teşkil etmektedir.

B. Vatandaşlığın Ayrımcılık Temeli Vasfını Yitirdiği Durumlar

Yukarıda ifade ettiğimiz şekilde her ne kadar ayrımcılığın vatandaşlığın zorunlu bir sonucu olduğu ifade edilse de bu ayrımcılık temeli vasfının ortadan kalktığı yahut geçerliliğini yitirdiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Buradaki vatandaşlığın bir ayrımcılık temeli vasfını yitirdiği durumlar genel olarak mevcut vatandaşlar ile yabancılar arasındaki “makul” ve “meşru” kabul edilen ayrımcılık temelinin mevcut dikotomi dışında uygulama alanı bulamadığı halleri kapsamaktadır. Zira bir vatandaşlığın ayrımcılık temeli olarak geçerliliği yalnızca bu ayırım temelinde vatandaşın karşısında bir yabancı olduğu takdirde söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda vatandaşlığın bir ayırım sebebi olmadığı durumları bir ülkede yaşayan farklı etnik kökene sahip vatandaşlar arasında yapılan ayrımcılık, insan hakları açısından ayırım gözetilemeyecek yahut gözetilmemesi gereken durumlarda yapılan

ayrımcılık ile yabancılar arasında yapılan ayrımcılık olarak üç başlık içerisinde ifade etmek mümkündür.

1. Farklı Etnik Kökene Sahip Vatandaşlar Arasında Yapılan Ayrımcılık

Vatandaşlığın bir ayrımcılık kriteri olarak vasfını yitirdiği durumlardan ilki farklı etnik kökene sahip vatandaşlar arasında yapılan ayırım olarak ortaya çıkmaktadır. Bu husus özellikle belirli sosyal hakların kazanılması ya da elde edilmesi bakımından devletin sonradan vatandaşlık kazanan kişiler açısından dolaylı ayrımcılık olarak tabir edilen ve görünüşte adil ve fakat uygulama bakımından belirli gruplar yönünden ciddi adaletsizlikler yaratabildiği durumlarda söz konusu olabilmektedir¹². Bu bakımdan öncelikle etnik kökene dayalı ayrımcılığa ilişkin bu ayrımcılık temelinin uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde ne şekilde ele alındığı ana hatlarıyla incelenerek ardından bu ayrımcılığın vatandaşlar açısından görünümü ele alınacaktır.

Açık bir tanımı bulunmayan ve aslen muğlak bir tabir olarak etnik köken kavramına dayalı ayrımcılığın çok sayıda uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde açıkça yasaklanmış olduğu ifade edilebilir. Bu husus aşağıda daha ayrıntılı ifade edilecek olan ICERD'nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığının tanımı içerisinde ırk, renk, soy, ulusal ve etnik kökene dayalı her türlü ayırım olarak yer alırken ICCPR da 26. maddesinde ayrımcılık yasağı kapsamında devletlerin sorumluluğunu kanunlar vasıtasıyla yerine getirecek ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili bir koruma olarak belirtmiştir¹³. Ancak genel insan hakları belgeleri haricinde belirli gruplar açısından ayrımcılık yasağının ele alındığı belgelerde de etnik ayrımcılığa yönelik düzenlemeleri gözlemlemek mümkündür. Bu bakımdan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2.

¹² **European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe**: Handbook on European Non-Discrimination Law, 2018, s. 53; **Farcy**, Jean-Baptiste: "Equality in Immigration Law: An Impossible Quest?" Human Rights Law Review, Cilt 20, Sayı 4, 2020, s. 736.

¹³ **United Nations**: International Covenant on Civil and Political Rights (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 23 Eylül 2003 tarihinde taraf olmuştur), 19 December 1966; **United Nations**, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 16 Eylül 2002 tarihinde taraf olmuştur), 21 December 1965.

maddesi ile kadınlara yönelik ayrımcılığın her türü ile yasaklandığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesi nitekim burada örnek olarak verilebilir¹⁴.

Etnik kökene dayalı ayrımcılık uluslararası insan hakları belgelerinde olduğu kadar aynı zamanda bölgesel insan hakları belgelerinde de ayrıca korunmaktadır. Bu husus Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin haklara saygı yükümlülüğü başlığı altında genel ayrımcılık yasağı olarak 1. maddesinde yer alırken Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı'nın 2. maddesi içerisinde haklar ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılık yasağı olarak kabul edilmiştir¹⁵. Yine aynı şekilde etnik ayrımcılığın yasaklanması Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği gibi uluslararası ve uluslararası organizasyonların belgelerinde de açıkça yer almakta olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) hak ve özgürlüklerden yararlanma bağlamında ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. madde ile ayrımcılığın hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan objektif ve makul bir sebep haricinde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından yasaklandığı Ek 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesi burada örnek verilebilir¹⁶. Avrupa Birliği de nitekim Irk Eşitliği Direktifi ile belirli sosyal haklardan yararlanma bakımından ve CFR'nin 21. maddesi uyarınca etnik kökene dayalı ayrımcılığı herkes bakımından yasaklamaktadır¹⁷. Bu bakımdan etnik kökene

¹⁴ **United Nations:** Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 20 Aralık 1985 tarihinde taraf olmuştur), 18 Aralık 1979; **United Nations:** Convention on the Rights of the Child (Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 4 Nisan 1995 tarihinde taraf olmuştur), 20 November 1989.

¹⁵ **Organisation of African Unity:** African Charter on Human and Peoples' Rights (Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır), 27 June 1981; **Organisation of American States:** American Convention on Human Rights: "Pact of San José, Costa Rica" (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır), 22 November 1969.

¹⁶ **Council of Europe:** Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 18 Mayıs 1954 tarihinde taraf olmuştur), 04 November 1950.

¹⁷ **European Council:** Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, 29 June 2000; **European Union:** Charter of Fundamental Rights of the European Union (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 7 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır), 26 October 2012.

dayalı ayrımcılığın esas olarak vatandaşlık ayırımından bağımsız olarak herkes için geçerli bir yasak olduğu ifade edilmektedir¹⁸. Türk hukuku da yine 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesi yönünden herkesin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından eşit olduğunu belirterek bu kapsamda ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır¹⁹.

Bu noktada etnik kökene dayalı ayrımcılık kriterinin vatandaşlığa dayalı ayrımcılık temeli bakımından farkı burada uygulamada vatandaşlar ile yabancılar arasında yapılan olası bir farklı muameleden ziyade aynı statüyü haiz vatandaşlar arasında ortaya çıkan durumlar bakımından söz konusu olmaktadır. Etnik ayrımcılığa dayalı ayrımcılığı düzenleyen açıklayıcı raporların çoğu sözgelimi, AİHS'in 12 No'lu Ek Protokolü'nün açıklayıcı raporunda da belirtildiği üzere vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı bu kategoride görmemekte ve bunu meşru bir ayırım olarak ele almaktadır²⁰. 6701 Sayılı Kanun bakımından dahi 7. madde vatandaş olmayanların hukuki statülerinden kaynaklı farklı muamele ölçütlerini ayrımcılık iddiasının ileri sürülemediği bir hal olarak değerlendirerek bu kapsamda yapılacak bir ayrımcılığı meşru olarak kabul etmektedir. Bu nedenle etnik kökene dayalı ayrımcılık temeli burada asıl olarak aynı statüye tabi fakat farklı etnik kökene sahip kişiler ile farklı statüye tabi olanlar arasında etnik bir saik ile yapılan ayrımcılık uygulamalarını birlikte kapsamaktadır²¹.

Nitekim etnik kökene dayalı ayrımcılığın farklı etnik kökene sahip vatandaşlar bakımından bir ayrımcılık kriteri olarak ele alındığı durumları burada özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) açısından da gözlemleyebilmek mümkündür. Bu bağlamda AİHM'in özellikle birbirlerinden farklı zamanlarda almış olduğu önemli ve kritik kararlarında etnik ayrımcılığa dayalı vatandaşlık kriterini zaman içerisinde nasıl yorumladığı görülmektedir. Bunlardan ilk olarak Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik

¹⁸ **Migration Policy Group**: Handbook on the Racial Equality Directive, September 2020, p. 10.

¹⁹ 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Resmi Gazete No. 29690, 6 Nisan 2016.

²⁰ **Council of Europe**: Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 2000, para. 19.

²¹ **Friðriksdóttir**, Bjarney: What Happened to Equality? The Construction of the Right to Equal Treatment of Third-Country Nationals in European Union Law on Labour Migration, Brill-Nijhoff, Netherlands 2017, s. 47.

Krallık kararında Mahkeme aile birleşimi konusunda sonradan vatandaş olan Birleşik Krallık vatandaşları ile doğum ile vatandaş olan Birleşik Krallık vatandaşları arasında yapılan ayırım içeren düzenlemeyi ayırım konusunda doğumla vatandaşlık kazananlar ile sonradan vatandaşlığa geçenler arasında ayrımcılığa yönelik “ikna edici sosyal sebeplerin” mevcudiyeti karşısında İngiliz vatandaşlık düzenlemelerinin ölçülü olduğu gerekçesiyle 14. maddede aykırı görmemiştir²².

Ancak ilerleyen yıllarda Mahkeme bu alandaki görüşlerini değiştirerek Çeçen etnik kökeni nedeniyle ayrımcılığa uğradığını iddia eden başvurucuya yönelik olarak *Timishev v. Rusya* kararında özellikle ilgili olarak benzer durumda olan kişiler hakkında objektif ve makul bir sebep gösterilmeden yapılan ayrımcılığın 14. madde yönünden ihlal sebebi teşkil edeceğini ifade ederek ırk kavramı ile bağlantılı ve fakat yine farklı olarak etnisite kavramının ortak milliyet, kabile aidiyeti, dini inanç, paylaşılan dil veya kültürel ve geleneksel kökenler ve arka planlar tarafından işaretlenen toplumsal gruplar fikrinden kaynaklandığını belirtmiş ve somut olaydaki Rus makamları tarafından başvurucunun arabasını başvurucunun etnik kökeninden ötürü yoldayken çevirme şeklindeki mevcut muamelenin objektif bir gerekçe teşkil etmediğinden bahisle ayrımcılık teşkil ettiğine hükmetmiştir²³. Mahkemenin bu alanda vermiş olduğu en önemli kararlardan bir tanesi olan *Biao v. Danimarka* kararında ise AİHM, Danimarka’daki doğumdan itibaren vatandaşlar lehine ölçüsüz bir şekilde imtiyaz tanıyan ve sonradan Danimarka vatandaşlığı kazanan başvurucu açısından elverişsiz olan aile birleşimi düzenlemelerinin ölçüsüz bir şekilde farklı bir etnik kökene sahip Danimarka vatandaşları açısından ayrımcılık konusu teşkil ettiğini belirterek ihlal kararı vermiştir²⁴. Burada AİHM sonuç olarak vatandaşlar arası yapılan bir ayrımcılık temelinin makul ve haklı bir gerekçeye dayanması gerektiğini belirtmekte ve vatandaşlar arası yapılacak bir ayırımda vatandaşlığın kendisine bir ölçüt olarak dayanılamayacağını ifade etmektedir²⁵. Dolayısıyla ister doğuştan, isterse sonradan edinilen vatandaşlıklar açısından ortaya konulacak bir

²² AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandalı v. Birleşik Krallık* (9214/80)(9473/81) (9474/81), 28 Mayıs 1985, para. 88-89.

²³ AİHM, *Timishev v. Rusya* (55762/00) (55974/00), 13 Aralık 2005, para. 55-59. Nitekim mevcut etnisite kavramının belirli sabit bir tanımdan daha geniş bir şekilde değerlendirilmesi gerekliliği hakkında bkz. **Brubaker**, Rogers: *Ethnicity Without Groups*, Harvard University Press, United States 2004, s. 11.

²⁴ AİHM, *Biao v. Danimarka* (38590/10), 24 Mayıs 2016, para. 134-138.

²⁵ **de Vries**, Karin: “Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber’s Ruling in *Biao v. Denmark*”, *European Journal of Migration and Law*, Cilt 18, Sayı 4, 2016, s. 477-478; **Farcy**, s. 736-737.

ayırım bu ayırımı haklı çıkaracak objektif ve gerekli bir gerekçeye dayanmalıdır.

Farklı etnik kökene sahip vatandaşlar arasında yapılan ayrımcılık sonuç olarak meşru bir ayrımcılık kriteri olarak kabul edilmemektedir. Zira meşru bir ayırım kriteri olarak vatandaşlık unsurunda vatandaşlar arasında yapılan ayrımcı bir uygulama yalnızca vatandaşlığın edinilme şartları farklı olduğu gerekçesiyle mazur görülmemekte ve bu ayrımcılığın geçerli olabilmesi için objektif ve makul bir sebebe dayanılması gerekmektedir. Aksi takdirde mevcut bir ayırım etnik kökene dayalı ayrımcılık gerekçesiyle hukuka aykırı kabul edilecektir.

2. Ayırım Gözetilmemesi Gereken Haller Bakımından Ayrımcılık

Vatandaşlığın bir ayrımcılık kriteri olarak vasfını yitirdiği bir diğer durum özellikle ayırım gözetilmemesi gereken durumlarda vatandaşlık açısından yapılan ayrımlar bakımından söz konusu olmaktadır. Nitekim her ne kadar vatandaşlığa ilişkin meseleler bakımından genel ayrımcılık yasağının söz konusu olamayacağı ICERD’de yer alsa bile bu durum devletlerin belirli temel insan hakları bakımından sadece yabancı olmalarından ötürü ayrımcılık uygulayabileceği anlamına gelmemektedir. Bu husus ICERD’ün 5. maddesinde de ifade edilmiş olup bu maddede Sözleşmeye taraf devletlerin adil yargılanma hakkı, yaşama hakkı, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı benzeri haklardan yararlanmada herkesin kanun önünde eşitlik hakkını garanti altına alma yükümlülüğünü üstleneceği belirtilmiştir²⁶. Ancak buradaki ayrımcılık yasağı ICERD haricinde diğer temel insan hakları belgelerinde ve komite raporlarında da yer almaktadır. Bu kapsamda mevcut haklara yönelik ayrımcılık yasağı bakımından özellikle ICCPR ile Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin (ICESCR) Komitelerinin tavsiye kararlarını zikretmek mümkündür. Bu bakımdan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin 20 No’lu Tavsiye Kararı Sözleşmede tanımlanan haklara erişim noktasında vatandaşlık temelini bir engel teşkil etmemesi gerektiğini ve bu hakların yabancılar, vatansızlar ve mülteciler de dahil herkesi için şamil olduğunu belirtirken İnsan Hakları Komitesi 15 No’lu Genel Yorumu’nda yabancıların ICCPR içindeki konumunu detaylandırarak burada yer alan haklardan nasıl yararlanabileceğini ayrıntılı olarak açıklamıştır²⁷.

²⁶ Burada yer alan düzenlemelerin ICERD’ün 1. maddesinde ifade edilen “kamusal yaşamın herhangi bir alanında” tanınan ve uygulanan temel haklar ve özgürlükler tanımıyla çeliştiği konusunda bkz. **Schwelb**, s. 1004-1005.

²⁷ **Committee on Economic, Social and Cultural Rights**: General Comment No. 20 Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2, of the

CERD açısından vatandaşlar ile yabancılar arasında ayırım yapılamayacak durumlar XI No'lu Genel Tavsiye Kararı'nda da açıkça belirtilmiş olup Komite burada açıkça vatandaşlığa yönelik ayrımcılık düzenlemelerinin insan hakları belgelerinde ve özellikle UDHR, ICCPR ve ICESCR'da yer alan hakları ihlal edecek şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir²⁸. CERD buradaki tavsiyelerini XXX No'lu ünlü Yabancılara İlişkin Ayrımcılığa Yönelik Genel Tavsiye Kararı'nda çok daha ayrıntılı bir şekilde açıklayarak bu alandaki ayrımcılık yasağı açısından özellikle temel haklar ve hürriyetlerin de bu yasak kapsamında kaldığını belirtmiştir²⁹. Genel Tavsiye Kararı aynı zamanda bu hakların ötesinde devletlerin yetkisi içerisinde kabul edilen vatandaşlığa kabul ve sınır dışı benzeri uygulamalar bakımından da burada yer alan düzenlemelerin yabancılara yönelik ayrımcı olmayacak şekilde ele alınması gerektiğini açıklamıştır³⁰. Ancak uluslararası insan hakları belgeleri haricinde bölgesel insan hakları belgeleri bakımından da benzer düzenlemelerin yer aldığı gözlemlenebilmektedir. Bu bakımdan CFR'da yer alan yaşama hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı yahut mülkiyet hakkı benzeri temel hak kategorisine ait çoğu hakkın Birlik üyesi olsun olmasın herkes için tanınmış olduğunu belirtmek mümkündür³¹. Yine aynı şekilde AİHS bakımından da mevcut haklar Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca üye ülkede yaşayan herkes için tanınmakta olup 34. madde uyarınca herkes bu nedenle olası bir ihlal nedeniyle AİHM'e başvurabilmektedir³².

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2 June 2009, para. 30; **Human Rights Committee**: CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, para. 7.

²⁸ **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: General Recommendation XI on Non-Citizens, A/48/18, 1994, (General Recommendation XI); **Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights**: The Rights of Non-citizens, New York and Geneva 2006, p. 9.

²⁹ **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: General Recommendation XXX Discrimination against Non-citizens, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, 23 February-12 March 2004, para. 2, (General Recommendation XXX).

³⁰ General Recommendation XXX, para. 13-25. Karşıt ve alternatif bir değerlendirme bakımından bkz. **Worster**, William Thomas: "Discrimination on the Basis of Nationality Under the Convention on the Elimination of Racial Discrimination", *Pace International Law Review*, Cilt 35, Sayı 1, December 2022, s. 71-72.

³¹ **Friðriksdóttir**, s. 86; **Peers**, Steve: "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights." *European Journal of Migration and Law*, Cilt 3, Sayı 2, 2001, s. 146..

³² **Harris**, David/**O'Boyle**, Michael/**Bates**, Ed/**Buckley**, Carla: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan), Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021, s. 5.

Bu noktada özellikle ayırım gözetilmemesi gereken haller olarak devletlerin vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerine ve belirli sosyal haklara biraz daha ayrıntılı değinmek mümkündür. Özellikle yabancıların vatandaşlığa sahip olma hakkı ve devletlerin vatandaşlıktan çıkarma yetkisi bakımından ICERD ilk başta sanki devletler lehine bu yetkiyi tanıyor gibi anlaşılrsa da esas olarak Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca vatandaşlığa sahip olma hakkı ve bu hak ile bağlantılı olarak vatandaşlıktan keyfi çıkarılmaya yönelik düzenlemelerin devletler açısından ayrımcılık yasağı kapsamında kaldığı belirtilebilir³³. Bu nedenle devletlerin vatandaşlık mevzuatında düzenleme yapma yetkisi ile bu yetkinin kötüye kullanılması sonucunda belirli yabancı gruplarının yalnızca belirli bir milliyete yahut etnik kökene ait olduğu için vatandaşlığa alınmaması yahut vatandaşlıktan çıkartılması birbirlerinden tamamen farklı konular olup ikinci durumun tespiti halinde bu durum ayrımcılık yasağına aykırı sayılacaktır³⁴. Nitekim gerek UDHR'nin 15. maddesi gerekse Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme'nin 9. maddesi kimsenin ırkı, dini, siyasi yahut etnik bir sebepten dolayı vatandaşlıktan çıkarılamayacağını belirtmiştir³⁵.

Ayrımcılık yönünden ayırım gözetilmemesi gereken bir diğer husus ise özellikle çalışma hayatına yönelik haklar açısından çalışan yabancıların haklarını koruyan düzenlemeler ile ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda özellikle ICESCR'nin çalışma ve sendika kurma hakkına yönelik düzenlemeleri, Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün göçmen işçilerin daha adil ve eşit şartlarda çalışabilmelerini sağlama ve ayrımcılığın önlenmesi için yapmış olduğu 97 ve 143 No'lu Sözleşmeler örnek gösterilebilir³⁶. Nitekim 1951 Cenevre Sözleşmesi de taraf devletlerde

³³ **Schwelb**, s. 1007-1008; **Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights**, s. 21.

³⁴ Nitekim uluslararası hukuktaki açıkça yasaklayıcı düzenlemelere rağmen çoğu etnik azınlığın kendi ülkeleri tarafından farklı sebeplerle toplu olarak vatandaşlıktan çıkarıldığı yahut ciddi ayrımcılığa uğradıkları belirtilmektedir. **Foster**, Michelle/**Baker**, Timnah Rachel: "Racial Discrimination In Nationality Laws: A Doctrinal Blind Spot Of International Law?" Columbia Journal of Race and Law, Cilt 11, Sayı 1, January 2021, s. 94-96.

³⁵ **United Nations**: Convention on the Reduction of Statelessness (Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme, 13 Aralık 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır) 30 August 1961.

³⁶ **Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights**, s. 30; **International Labour Organisation**: Convention (No. 143) Concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of

yasal olarak ikamet eden mülteciler bakımından belirli temel sosyal hakların sağlanmasında vatandaşlar ile eşit muameleye tutulmaları gerektiğini 24. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Özellikle bu bakımdan 97 No'lu Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında sosyal güvenlik ve çalışma hayatına yönelik haklar açısından yasal ikamet eden göçmen işçiler için ortaya koyduğu vatandaşlar ile eşit muamele hakkı burada devletlerin yalnızca vatandaşlığı gerekçe göstererek bu konuda bir ayırım yapılmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bölgesel insan hakları belgeleri bakımından ise burada özellikle Avrupa Konseyi yönünden Revize Edilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan sosyal ve ekonomik haklara yönelik ayrımcılık yasağına ve eşit muamele görme hakkına değinmek mümkündür³⁷. Burada her ne kadar Şart Ek'inde mevcut hakların kanuni ikamet hakkına sahip Konsey üyesi vatandaşları için uygulanacağını belirtilmiş ise de Şart'ın izleme organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ECSR) FEANTSA v. Hollanda kararında bilhassa Şart içerisinde yer alan hakların özellikle kanuni ikamet hakkına sahip olmayan mülteci statüsündeki işçiler bakımından Şarttaki temel hakların yaşama ve

Migrant Workers (143 No'lu Kötü Koşullardaki Göçler ve Göçmen İşçilere Fırsat ve Muamele Eşitliğinin Teşvik Edilmesine İlişkin Sözleşme, 9 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır), 24 June 1975; **International Labour Organisation**: Migration for Employment Convention (İstihdam İçin Göç Sözleşmesi, 22 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye taraf bulunmamaktadır), 1949; **United Nations**: International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 27 Eylül 2004 tarihinde taraf olmuştur), 18 December 1990; **United Nations**: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 23 Eylül 2003 tarihinde taraf olmuştur), 16 December 1966. Bu bakımdan Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi 2. No'lu Genel Kararı uyarınca göçmen işçinin düzenli yahut düzensiz olup olmadığına bakmaksızın Sözleşme'nin Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertleri'nin İnsan Hakları başlıklı 3. Bölümü'ndeki haklardan yararlanmaları gerektiğini kabul etmektedir. **Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families**: General Comment No. 2, CMW/C/GC/2, 28 August 2013. Nitekim Sözleşmenin diğer Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinden farklı olarak imza ve onaylayan ülkelerin kayda değer azlığı ile Türkiye'nin bu Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan sayılı ülkelere biri olduğu düşünüldüğü takdirde bu açıdan mevcut düzenlemelerin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

³⁷ **Council of Europe**: European Social Charter (Revised) (Revize Edilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 27 Haziran 2007 tarihinde taraf olmuştur), 3 May 1996.

vücut bütünlüğü benzeri mutlak haklarını zedeleyici bir şekilde yorumlanmasından kaçınılması gerektiğini belirtmiştir³⁸. Burada Avrupa Konseyi üyesi devlet vatandaşı olan göçmen işçilerin haklarını korumak ve bu kişilerin buldukları ülkede ilgili ülkenin vatandaşları ile belirli sosyal haklar bakımından eşit muamele görmesini sağlamak için Göçmen İşçilerin Hukuki Durumu Hakkında Avrupa Sözleşmesi'ni de ayrıca zikretmek mümkündür³⁹.

Nitekim Avrupa Birliği bakımından da Birlik üyesi ülke vatandaşları ile Birlik üyesi olmayan üçüncü ülke vatandaşları uzun süreli ikamet etmeleri halinde belirli sosyal haklar bakımından ayrımcılığa karşı korunmuş durumdadırlar⁴⁰. Özellikle bu amaçla getirilen 2003/109 No'lu Uzun Süreli İkamet İznine Tabi Üçüncü Ülke Vatandaşları Hakkındaki Konsey Direktifi 11. madde bakımından ülke vatandaşları ile eşit muamele hakkının yer aldığı belirli sosyal hakları sıralayarak bu haklar açısından Birlik üyesi devletlerin bu belirli haklar bakımından vatandaşlık gerekçesiyle ayrımcılık uygulamayacağını belirtmektedir⁴¹. Ancak aşağıda yabancılar arasında yapılan ayrımcılığa ilişkin ilgili bölümde daha ayrıntılı inceleneceği üzere uzun süreli ikamet izni sahibi olmayan yabancılar bakımından bu kişilerin en azından Birlik hukuku bakımından ne derecede ayrımcılığa karşı korundukları tartışmaya açık bir konu olmaya devam etmektedir⁴².

Avrupa Birliği Adalet Divanı da (ABAD) özellikle sosyal haklar açısından vermiş olduğu kararlarla bu hakların kapsamını ve sınırlarını ortaya

³⁸ ECSR, European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Hollanda (86/2012), 2 Temmuz 2014, para. 58; **Council of Europe**: European Social Charter Appendix (Revised), 3 May 1996, p. 1; **Friðriksdóttir**, s. 79.

³⁹ **Council of Europe**: European Convention on the Legal Status of Migrant Workers (Göçmen İşçilerin Hukuki Durumuna İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 1 Mayıs 1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 19 Mayıs 1981 tarihinde taraf olmuştur), 24 November 1977.

⁴⁰ **European Commission/de Shutter**, Olivier: Links between Migration and Discrimination A Legal Analysis of the Situation in EU Member States, Luxembourg 2016, p. 44-45; **Brouwer**, Evelien/**de Vries**, Karin: "Third-Country Nationals and Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 TFEU in the Context of Article 14 ECHR and EU Migration Law: Time for a New Approach", Equality and Human Rights: Nothing but Trouble?, (Eds. M. Van den Brink, S. Burri, and J. Goldschmidt), Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht 2015, s. 136.

⁴¹ **European Council**: Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 Concerning the Status of Third-Country Nationals Who Are Long-term Residents, 25 November 2003.

⁴² **McCormack-George**, Dáire: "Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not?", European Journal of Migration and Law, Cilt 21, Sayı 1, 2019, s. 60; **Friðriksdóttir**, s. 84.

koymaktadır. Sözelimi Divan, Tümer kararında işverenin iflası durumunda işçilerin özlük haklarını korumak amacıyla getirilen Birlik düzenlemelerinin Üye ülke vatandaşları haricinde üçüncü ülke vatandaşlarına da şamil olacağına hükmetmiştir⁴³. Nitekim ABAD yine Servet Kamberaj kararında benzer olarak 2003/109 No'lu Direktifin eşit muameleye yönelik istisnaların dar yorumlanması gerektiğini ve somut olaydaki ev yardımının bir “temel fayda” olduğunu belirterek bu alanda üçüncü ülke vatandaşı aleyhine yapılacak herhangi bir kısıtlamanın CFR’ın sosyal güvenlik ve sosyal yardım hakkını düzenleyen 34. maddesine aykırı düşeceğini ifade etmiştir.⁴⁴

Birlik mevzuatı haricinde Avrupa Konseyi bakımından da AİHM’in konuya ilişkin görece az ancak önemli sayılabilecek kararları mevcuttur. Bu bakımdan Mahkeme ünlü Gaygusuz v. Avusturya kararında uzun süredir Avusturya’da ikamet eden ve işsizlik ödeneğinden Avusturya vatandaşı olmadığından dolayı yararlanamayan başvuru bakımından bu ödenekten yararlanamaması için objektif ve makul bir sebep bulunmadığı gerekçesiyle ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi bakımından ihlal kararı vermiştir⁴⁵. AİHM bu kararı ile birlikte özellikle Sözleşme sisteminde doğrudan yer almayan sosyal hakların da yaşayan sözleşme ilkesi ve etkin koruma prensipleri doğrultusunda dolaylı olarak korunması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁶. Dolaylı koruma kavramı bu bağlamda insan haklarının bir bütün olduğu ve birbirlerinden ayrı değerlendirilemeyeceği düşüncesinin bir sonucu olarak Sözleşmeciler devletlerin kimi durumlarda belirli haklar bakımından pozitif yükümlülükleri de olduğunu ve bunun sonucunda sosyal ve ekonomik yükümlülüklerin de bu kapsamda ele alınabileceğini ifade etmektedir⁴⁷. Özellikle AİHM’in Airey v. İrlanda ve Belçika Dil Davaları benzeri kararları ile birlikte erken dönemden itibaren geliştirdiği bu yaklaşım Sözleşmede yer

⁴³ ABAD, O. Tümer v. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (C-311/13), 5 Kasım 2014, para. 45-46.

⁴⁴ ABAD, Servet Kamberaj v. Istituto per l’Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) and Others (C-571/10), 24 Nisan 2012, para. 86-87.

⁴⁵ AİHM, Gaygusuz v. Avusturya (17371/90), 16 Eylül 1996, para. 50.

⁴⁶ **Dembour**, Marie-Benedicte: “Gaygusuz Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda”, Human Rights Law Review, Cilt 12, Sayı 4, December 2012, s. 692;

⁴⁷ **Brems**, Eva: “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, Exploring Social Rights Between Theory and Practice, (Eds. Daphne Barak-Erez ve Aeyal M. Gross) Hart Publishing, United Kingdom, 2007, s. 138-139; **Leijten**, Ingrid: Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, United Kingdom, 2018, s. 291.

alan hakların yalnızca sözde değil ve fakat aynı zamanda fiili olarak da hayata geçirilmesi amacını gütmekte ve bu sebeple gerektiği durumlarda sosyal hakların da Sözleşmedeki haklarla bağdaştığı ölçüde dolaylı olarak korunması sonucunu doğurmaktadır⁴⁸.

Gaygusuz kararının bu anlamda önemi özellikle AİHS açısından da sosyal haklar bakımından makul bir sebep olmadan vatandaşlık kıstasına dayalı bir ayrımcılık gerçekleştirilemeyeceği yönünden ortaya çıkmakta olup Mahkeme ilerleyen dönemlerde Fransız vatandaşı olmadığı için engelli yardımıyla yararlanamayan başvurucuya yönelik Koua Poirrez v. Fransa ile Litvanya vatandaşı olmadığı için emeklilik primlerinin sayılmasında kendisine ayrımcılık uygulanan başvurucuya ilişkin Andrejeva v. Litvanya kararlarıyla bu ilkeyi pekiştirmiştir⁴⁹. Benzer olarak Dhabhi v. İtalya kararı bakımından da uzun süredir İtalya’da yaşayan ve hatta dava sürecinde İtalyan vatandaşlığını edinen ve yalnızca Birlik üyesi bir ülkenin vatandaşı olmadığı için belirli sosyal haklardan yararlanamayan başvurucu hakkında ayrımcılık uygulanabilmesi için devletlerin oldukça ciddi gerekçeler ileri sürmesi gerektiğini ifade etmiş ve bu nedenle mevcut muamelenin özel ve aile hayatını düzenleyen 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁰.

Sonuç olarak uluslararası insan hakları hukuku ve belirli temel sosyal haklar açısından yabancıların haklarının bir dereceye kadar korunduğu durumlarda devletler bu mevcut hakların gözetilmesi ve korunmasından sorumludurlar. Her ne kadar yaşama hakkı yahut adil yargılanma hakkı benzeri temel haklar ve hürriyetler bakımından bu ilke daha belirgin olsa da özellikle yakın zamanlarda sosyal ve ekonomik haklar bakımından da yabancıların vatandaşlar ile aynı haklara sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada özellikle uluslararası insan hakları belgeleri daha genel ve ilkesel düzenlemeler ile konuya yaklaşırken bölgesel insan hakları belgeleri açısından ise iki farklı duruş sergilendiği gözlemlenmektedir. Bu bakımdan Avrupa Konseyi ve AİHM, vermiş olduğu çeşitli kararlarında Sözleşme’nin 14. maddesi ile Ek

⁴⁸ **Dembour**, s. 693; **Bayra**, Ersin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2023, s. 72-73; AİHM, Airey v. İrlanda (6289/73), 9 Ekim 1979, para. 27; AİHM, Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belçika (1474/62)(1677/62)(1691/62)(1769/63)(1994/63)(2126/64), 23 Haziran 1968, p. 27-28.

⁴⁹ **Dembour**, s. 704; AİHM, Koua Poirrez v. Fransa (40892/98), 30 Eylül 2003, para. 46-99; AİHM, Andrejeva v. Litvanya (55707/00), 18 Şubat 2009, para. 85-89.

⁵⁰ AİHM, Dhabhi v. İtalya (17120/09), 8 Nisan 2014, para. 53.

12 No'lu Protokol uyarınca ve özellikle uzun süreli ikamet izni sahibi yabancılar açısından uygulanacak sosyal haklara yönelik bir ayrımcılık sebebi için objektif ve haklı bir gerekçe ararken Avrupa Birliği ise Konsey direktifleri aracılığıyla bu açıdan üye devletlerin hangi haklar açısından ayırım getirip getiremeyeceğini sınırlamaktadır⁵¹. Nihayetinde ayırım gözetilmesi gereken haller bakımından kişisel haklar için daha genel ve katı bir yorumlama eğilimi gözlemlenirken sosyal haklar açısından ise özellikle Birlik hukuku belirli yabancı gruplarına yönelik daha esnek bir yaklaşım benimsenmektedir⁵². Ancak bu noktada dahi uzun süreli ikamet izni sahibi yabancıların kanuni düzenlemeler bakımından korunuyor olmaları bu kategoriye girmeyen yabancıların tamamen savunmasız oldukları anlamına gelmemekte olup belirli sosyal haklar bakımından vatandaşlar ile yabancıların eşit derecede korunmaları gerektiği ifade edilmelidir⁵³.

3. Yabancılar Arasında Yapılan Ayrımcılık

Vatandaşlığın bir ayrımcılık kriteri vasfını yitirdiği üçüncü ve son durum ise yabancılar arasında yapılan ayrımcılık uygulamaları bakımından karşımıza çıkmaktadır. Nitekim yabancılar ile vatandaşlar arasında yukarıdaki bölümlerde açıklanan temel haklar bakımından ayrımcılık yapılamayacağına yönelik Komitenin XI No'lu ve XXX No'lu Genel Tavsiye Kararları aynı şekilde Sözleşmeye taraf devletlerin belirli bir yabancı grubu lehine diğer yabancılar aleyhine ayrımcılık uygulayamayacağını ifade etmektedir⁵⁴. Nitekim mülteci hukuku bakımından da 1951 Cenevre Sözleşmesi 3. ve 7. maddeleri bakımından mülteciler arasında bir ayrımcılık yasağını öngörmekte olup devletlerin bu bakımdan mülteci statüsündeki yabancılara Sözleşmenin daha fazla avantaj sağladığı hak ve durumlar saklı kalmak kaydıyla diğer yabancılara uyguladığı muameleyi uygulamasını öngörmektedir⁵⁵.

⁵¹ **McCormack-George**, s. 67

⁵² **Brouwer/de Vries**, s. 144.

⁵³ **Brems**, s. 164.

⁵⁴ **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: General Recommendation XI, para. 1; **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**, General Recommendation XXX, para. 1.

⁵⁵ **United Nations**: 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme, 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye 30 Mart 1962 tarihinde taraf olmuştur), 18 July 1951; **Costello, Cathryn/Foster, Michelle**: "(Some) Refugees Welcome: When is Differentiating between Refugees Unlawful Discrimination?", *International Journal of Discrimination and the Law*, Cilt 22, Sayı 3, s. 258.

Ancak burada elbette ifade edilen ayrımcılık yasağı devletlerin birbirlerinin vatandaşlarına uygulamayı taahhüt ettiği en çok gözetilen ulus kaydı yahut vize serbestiyeti benzeri durumların ve yukarıda izah edilen ayırım gözetilemeyecek temel hak ve hürriyetlerin haricinde uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla ayırım uygulanmasını haklı gösteren bir durumun varlığı halinde bu noktada bir devlet farklı ülke vatandaşlarına farklı muamele gösterebilmektedir.

Yabancılar arasında uygulanan ayrımcılığın asıl tartışmalı olduğu nokta ise uygulamada Avrupa Birliği benzeri birbirlerinden farklı yabancı kategorilerinin kabul edildiği vatandaşlık sistemleri açısından söz konusu olmaktadır. Burada Birlik üye ülke vatandaşları ile Birlik üyesi olmayan üçüncü ülke vatandaşlığı arasında ayrıca bir Birlik vatandaşlığı sistemini geliştirdiği için bu üç kategori bakımından özellikle Birlik vatandaşları ile üçüncü ülke vatandaşları bakımından ne şekilde bir ayrımcılık uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan yabancılar arasında yapılan ayrımcılığın bu özel görünümü ve örneği biraz daha ayrıntılı incelenmeye değer bir konudur.

Bu bakımdan TFEU'nun 18. maddesi bakımından düzenlenen Birlik vatandaşlığı ve ayrımcılık yasağı Birlik üyeleri arasındaki ayrımcılık yasağına yönelik en temel düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada her ne kadar metnin lafzı itibariyle ayrımcılık düzenlemelerinin yalnızca Birlik üyelerine hasredileceği sonucu çıkmasa da Divan vermiş olduğu Vatsouras ve Koupatantze kararında anılan düzenlemenin Birlik üyesi olmayan üçüncü ülke vatandaşları bakımından cari olmayacağını belirtmiştir⁵⁶. Nitekim Divan Radia Hadj Ahmed kararında da yine 18. maddenin üçüncü ülke vatandaşlarına "olduğu haliyle" uygulanamayacağını belirterek bu bakımdan 18. maddenin uygulaması açısından mutlak bir engel bulunmadığını ve üçüncü ülke vatandaşlarının Birlik mevzuatı tarafından korunduğu durumlarda ayrımcılık yasağının kapsamına girebileceklerini ifade etmiştir⁵⁷. Divan haricinde AİHM'de çeşitli kararlarında Birlik üyeleri ile üçüncü ülke vatandaşları arasında yapılan ayırımın geçerli bir ayrımcılık sebebi olduğunu kabul etmekte olup Mahkeme bu hususu Birliğin sahip olduğu özel hukuk rejimi nedeniyle Birlik üyelerine yapılan özel muamelenin ayrımcılık için makul ve

⁵⁶ ABAD, Athanasios Vatsouras and Josif Koupatantze v. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900 (C-22/08) (C-23/08), 4 Haziran 2009, para. 52; **McCormack-George**, s. 58; **Friðriksdóttir**, s. 84.

⁵⁷ ABAD, Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS) v. Radia Hadj Ahmed (C-45/12), 13 Haziran 2013, para. 41; **Brouwer/de Vries**, s. 140-141.

objektif bir neden olduğunu Ponomyoyi v. Bulgaristan ile Moustaquim v. Belçika kararlarında açıkça belirtmiş bulunmaktadır⁵⁸.

TFEU'nun 18. maddesi haricinde Birlik vatandaşları ve üçüncü ülke vatandaşları arasındaki ayrımcılık uygulamalarına yönelik bir diğer önem taşıyan düzenleme yukarıda farklı etnik kökene dayalı vatandaşlar arasındaki ayrımcılık bahsinde değindiğimiz CFR'ın ayrımcılık yasağına yönelik 21. maddesi olarak yer almaktadır. Buradaki 21. maddenin 2. fıkrası kapsamında TFEU ile bağlantılı olarak yukarıda ifade ettiğimiz etnik ayrımcılığa dayalı genel ayrımcılık yasağının yanında aynı zamanda TFEU ile ilgili özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağı da ele alınmaktadır. Nitekim CFR bakımından burada yer alan vatandaşlığa ilişkin ayrımcılık kıstasının üçüncü ülke vatandaşları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı olmakla birlikte Divan almış olduğu Voigt kararında 21. maddeye ilişkin ayrımcılık yasağının 18. madde ile paralel bir şekilde okunması gerektiğine hükmetmiş ve bu kapsamda üçüncü ülke vatandaşlarının bu düzenlemeden yararlanamayacaklarına karar vermiştir⁵⁹.

Bu noktada her ne kadar Birlik uygulamalarının Birlik vatandaşları ile üçüncü ülke vatandaşları arasında yaptığı ayırım eleştiriye son derece açık ise de Birlik en azından yukarıda ifade edildiği üzere uzun süreli ikamet yabancıların belirli sosyal haklar açısından korunmalarını sağlamak için 2003/109 No'lu Konsey Direktifi ile bu kişilerin bir dereceye kadar korunmalarını sağlamıştır⁶⁰. Sonuç olarak Birlik mevzuatı kapsamında yabancılar arası yapılan ayrımcılık bakımından sistemin Vatandaşlar-Birlik üyesi yabancılar-Birlik üyesi olmayan uzun süreli ikamet iznine tabi üçüncü ülke vatandaşları ile belirli bir kategoriye girmeyen üçüncü ülke vatandaşları olarak dört aşamalı bir ayırım düzeyinde farklı muameleye tabi tutulduklarını belirtmek mümkündür⁶¹. Nitekim bu farklı muamele ölçütü aynı zamanda vatandaşlar ile yabancılar arasındaki klasik ayırım kriterleri haricinde çok daha kapsamlı ve karmaşık bir düzenlemenin de yabancılar bakımından yer alabileceğini özellikle farklı hukuk sistemleri bakımından göstermektedir.

Vatandaşlığın bir ayrımcılık vasfını yitirdiği durumlar yukarıda açıklandığı üzere esas olarak vatandaşlar arasında yapılan ayırım, yabancılar ara-

⁵⁸ AİHM, Ponomyoyi v. Bulgaristan 5335/05, 21 Haziran 2011, para. 54; AİHM, Moustaquim v. Belçika (12313/86), 18 Şubat 1991, para. 49.

⁵⁹ ABAD, Udo Voigt v. European Parliament (T-618/15), 20 Kasım 2017, para. 80-81; McCormack-George, s. 60; Friðriksdóttir, s. 86-87.

⁶⁰ Brouwer/de Vries, s. 136.

⁶¹ Friðriksdóttir, s. 330; Ellermann, Antje: "Discrimination in Migration and Citizenship", Journal of Ethnic and Migration Studies, Volume 46, Issue 12: Special Issue: Discrimination in Migration and Citizenship, 2020, s. 2469.

sında yapılan ayırım ve ayırım yapılmaması gereken temel ve belirli sosyal haklar bakımından yapılan ayırım olarak yer almaktadır. Nitekim burada şu hususu ifade etmek gerekmektedir: vatandaşlığın burada bir ayrımcılık kriteri vasfını yitirmesinin asıl sebebi bu şartlar bakımından ayırım yapılmamasına dair genel kabul ile beraber esasen özellikle vatandaşlar ile yabancılar arasında yapılan ayrımcılık için burada vatandaşlığın geçerli bir kıstas olmamasından kaynaklanmaktadır. Vatandaşlar arasında bu ayrımcılık kıstasının ortadan kalkmış olması esasen vatandaşlar arasında vatandaşlığa yönelik bir ayırımın konusuz kalmasından dolayı, yabancılar arasında ise vatandaşlık harici kriterlerin bu süreçte ayrımcılık bakımından devreye girmesinden kaynaklıdır. Bu bakımdan Avrupa Birliği önemli bir örnek teşkil etmekte olup Birliğin Birlik üyeleri ile Birlik vatandaşları arasındaki genel ayrımcılık yasağı yanında icat edilen Birlik vatandaşlığı kavramını bir ayrımcılık kıstası olarak ele alarak yapay bir vatandaşlık tanımı üzerinden bu ayrımcılığı gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır⁶². Bu itibarla vatandaşlık Birlik bakımından bir ayrımcılık sebebi olarak vasfını büyük ölçüde yitirmekle beraber Birlik vatandaşlığı üzerinden bu ayrımcılık yeniden kurgulanarak yabancılar arasında katmanlı bir ayırım hiyerarşisi yaratılmaktadır.

C. Türk Hukuku Bakımından Vatandaşlık Temelli Ayrımcılık

Uluslararası hukuk ve bölgesel hukuk sistemleri haricinde Türk hukuku bakımından da ayrımcılık yasağı ile bu yasağın sınırlamalarına yönelik düzenlemeler mevzuatta mevcuttur. 1982 Anayasası bakımından 10. maddede yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi bu kapsamda herkesin “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit*” olduğunu ifade etmek suretiyle bu konuda vatandaşlar ile yabancılar bakımından doğrudan bir ayırım gözetmemektedir⁶³. Buradaki ayırım Türk hukuku açısından eşitliğin konusu hakkın niteliğine göre değişebilmekte ve eşitlik ilkesine yönelik düzenlemeler çoğu durumda özellikle hakkın niteliği bakımından sınırlamalar yahut doğrudan engellerle karşı karşıya kalabilmektedir⁶⁴. Bu nedenle Türk hukukunda vatandaşlık temelli ayrımcılık hakkın sınırlandırılması bakımından yapılan ayırım ile hakkın içeriği bakımından yapılan ayırım yönünden iki şekilde değer-

⁶² Brouwer/de Vries, s. 124.

⁶³ Öden, Merih A.: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 315; Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 122.

⁶⁴ Can, Hacı: “Yabancıların Hukuki Durumları Bağlamında Ortaya Çıkan Anayasal Meseleler”, Anayasa Yargısı, Cilt 40, Sayı 2, 2023, s. 52-53.

lendirilebilmektedir. İlk durum özellikle Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan yabancılar bakımından temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi şeklinde ortaya çıkmakta olup ikinci ayırım ise vatandaşlar ile yabancılar bakımından AİHS'de yer alan ve siyasi etkinliklere yönelik kısıtlamaları içeren 16. maddesi ile bağlantılı olarak vatandaşlara münhasır yahut imtiyaz tanınan haklara yönelik düzenlemeleri kapsamaktadır.

Vatandaşlık temelli ayrımcılığın görünümülerinden ilki Anayasa'da tanımlanan belirli nitelikteki hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması yönünden söz konusu olmaktadır. Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan ve 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırılması rejimine kıyasla özel hüküm niteliğinde olan 16. madde temel hak ve hürriyetlerin yabancılar bakımından milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırabileceğini düzenlemektedir⁶⁵. Burada yer alan düzenlemenin nitelik doktrinindeki kimi yazarlar tarafından münhasıran yabancılar yönelik temel hak ve özgürlükleri kapsamakta olduğu ifade edilmiş olup vatandaşlar ile yabancılar arasında ayırım gözetmeyen temel bir hak veya özgürlüğe yönelik sınırlamalar bakımından da 13. maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁶⁶. Anayasa Mahkemesi (AYM) ise yabancılar açısından hangi anayasal dayanağın bir sınırlama sebebi olarak uygulanması gerektiği konusunda tutarlı bir içtihat geliştirmemiş olup somut olayın şartlarına göre 13. yahut 16. maddenin ele alınması gerektiğine hükmetmektedir. Sözgelimi Peri Kırık kararında sınır dışı edilmesi nedeniyle 20. maddede düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle bireysel başvuruda bulunan başvurucu açısından AYM 16. maddeye yönelik bir değerlendirme bile yapmadan ihlali 13. maddede yer alan genel sınırlama sebepleri açısından incelerken Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem kararında mütekabiliyet koşulunun gerçekleşmediği gerekçesiyle adli yardım talebinin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlali nedeniyle bireysel başvuruda bulunan başvurucuların talebini yalnızca 16. madde ile sınırlı olacak şekilde değerlendirmiştir⁶⁷. Daha yakın tarihli ve Peri Kırık

⁶⁵ **Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 294-295. Ancak burada 13. maddede sayılan sınırlama sebeplerine yönelik güvencelerin yabancılar bakımından da geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. **Eren**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 630.

⁶⁶ **Can**, s. 67-68.

⁶⁷ AYM, Peri Kırık, 2015/19795, 9 Ocak 2019, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 31/1/2019-30672, para. 37 vd; AYM, Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem, 2019/26339, 17 Mayıs 2023, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 8/11/2023-32363, para. 69.

kararıyla benzer olan M.E. ve Diğerleri kararında yine AYM uygunluk incelemesini 16. madde ile sınırlı tutmuştur⁶⁸. Dolayısıyla 16. maddede yer alan sınırlama rejimi münhasıran Türk vatandaşlarına hasredilen haklar haricinde yabancılar bakımından Anayasa’da yer alan özel sınırlama sebeplerinden bağımsız olarak temel hak ve hürriyetler milletlerarası hukuka uygun olma ve kanunla düzenlenme kaydıyla sınırlandırılabilir⁶⁹.

Vatandaşlık temelli ayrımcılığın bir diğer görünümü ise özellikle siyasi nitelikli haklarda söz konusu olan ve yalnızca ilgili ülkenin vatandaşlarının yararlanabileceği haklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Anayasanın siyasi haklar ve ödevler başlığı altında belirttiği dördüncü bölümünde yer alan siyasi parti kurma yahut kamu hizmetine girme benzeri haklardan niteliği itibarıyla yalnızca Türk vatandaşları yararlanabilmektedir⁷⁰. Siyasi haklar bakımından yabancılar getirilen kısıtlamalar nitekim AİHS’in 16. maddesinde de mevcut olup bu madde Sözleşme’nin 10. ve 11. maddelerini içeren ifade ile toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına yönelik düzenlemelerin yabancıların siyasal etkinliklerine ilişkin devlete getirilen bir kısıtlama olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. AİHM tarihinde oldukça nadir ve istisnai bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilen 16. maddenin artık neredeyse AİHM’in kimi kararlarında da ifade ettiği üzere terk edildiği belirtilmiştir⁷¹. Mahkemenin Avrupa Birliği vatandaşları bakımından da 16. maddenin uygulanamayacağını *Piermont v. Fransa* kararında ifade etmiş olması bu açıdan mevcut düzenlemenin 16. maddenin Birlik vatandaşlığı kavramı ile çelişmesi sonucunu doğurmuştur⁷². Ancak bu sınırlamalara ve özellikle ifade özgürlüğünün yorumlanması ile çelişen yönlerine rağmen 16. maddenin ayrımcılık

⁶⁸ AYM, M.E. ve Diğerleri (2020/18186), 24 Ocak 2024, para. 27.

⁶⁹ **Gözler**, s. 295. 2644 Sayılı Tapu Kanunu’nun 35. maddesi uyarınca yabancıların taşınmaz mülkiyetine yönelik sınırlamalar burada örnek gösterilebilir. **Eksi**, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 280.

⁷⁰ **Eren**, s. 629; **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 163.

⁷¹ **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 807; AİHM, *Perinçek v. İsviçre* (27510/08), 15 Ekim 2015, para. 120-121.

⁷² **Ziegler**, Reuven: “Political Rights of Aliens Articles 10, 11 and 16 of the ECHR and Article 3 of Additional Protocol I”, *Aliens before the European Court of Human Rights Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection* (Eds. David Moya and Georgios Milios), Brill Nijhoff, Netherlands, 2021, s. 178; AİHM, *Piermont v. Fransa* (15773/89)(15774/89), 27 Nisan 1995, para. 61-64.

yasağı ile bağlantılı siyasi haklar açısından makul bir düzenleme olmaya devam ettiğini belirtmek mümkündür⁷³. Bu nedenle 16. maddeye ilişkin yasağın son derece dar bir şekilde ve yalnızca siyasi hakları kapsayacak bir ayrımcılık temeli üzerinden yorumlamak kanaatimizce daha uygundur.

Yukarıda açıklanan hususlar ışığında AİHS’te yer alan yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlama rejiminin Türk hukukundaki 16. maddeye ilişkin düzenlemeden oldukça farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu farklılığın bir sebebi AİHS’in yapısı gereği bir anayasadan ziyade temel insan haklarını koruma amacı taşıyan bir sözleşme olmasıdır. Diğer sebebi ise Anayasanın 16. maddesinin AİHS’teki düzenlemeden farklı olarak muayyen bir temel hak ve hürriyet ile kendisini bağlı tutmamasından kaynaklıdır. Anayasanın 16. maddesi yabancılar için uluslararası hukuka uygun olması ve kanunla getirilmesi koşuluyla tüm temel hak ve hürriyetler bakımından uygulanabilecek bir hükümdür. Kaldı ki AİHS dahi 16. madde açısından siyasi hakların sınırlandırılmasında devletlere bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak Avrupa Birliği’nin gelişimi ve Birlik vatandaşlığı kavramı ile beraber özellikle Birlik üyesi yabancıların da CFR’nin 40. maddesinde yer aldığı üzere yerel yönetimlere katılma hakkı düşünüldüğünde bu düzenlemelerin geleceği de ciddi bir tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Ancak her şeye rağmen ülke vatandaşlarına tanınan bir çekirdek siyasi hak mekanizmasının varlığını da burada yine kabul etmek gerekmektedir⁷⁴.

II. ICERD SİSTEMİ BAKIMINDAN VATANDAŞLIK TEMELLİ AYRIMCILIK

A. ICERD Bakımından Ulusal Köken Kavramı ve Vatandaşlık

Birleşmiş Milletlerin temel insan hakları belgeleri içerisindeki en önemli uluslararası hukuk belgelerinden bir tanesi olan ICERD ve Sözleşme tarafından tesis edilen ICERD sistemi içerisinde Komite’nin genel tavsiye kararları ayrımcılığa yönelik standartların belirlenmesi ve Sözleşme’nin yorumlanmasında oldukça önemli bir rol oynamaktadır⁷⁵. Burada CERD yakın

⁷³ Ziegler, s. 179.

⁷⁴ Groenendijk, Kees: “Article 40 – Right to Vote and to Stand as a Candidate at Municipal Elections”, The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary, (Eds. Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner ve Angela Ward), Second Edition, Hart Publishing, United Kingdom, 2021, s. 1114.

⁷⁵ Diaconu, Ion: “ICERD: The Next Fifty Years”, Fifty Years of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (Eds. David Keane ve Annapurna Waughray), Manchester University Press, United Kingdom, 2017, s. 270

zamanda ortaya çıkan Katar ile Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) ve Suudi Arabistan örneklerinde olduğu üzere devletlerarası başvuru mekanizmaları aracılığıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklara Sözleşme'nin 11. maddesine dayanarak dostane çözüm aracılığı ile yorum getirebileceği gibi 9. madde uyarınca Sözleşmeye üye devletlerin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine düzenli olarak sunma yükümlülüğü altında buldukları raporlara dayalı sonuç gözlemleri ile yıllık raporların yanı sıra genel tavsiye kararları ile de Sözleşmede yer alan hükümlerin nasıl ele alınması gerektiğine yönelik yol gösterici bir rol izleyebilmektedir.⁷⁶

Burada ICERD'ün ırk ayrımcılığına yönelik genel yasaklayıcı tanımı her ne kadar genel bir ilkeye işaret ediyor olsa da ulusal köken ve vatandaşlık bakımından yapmış olduğu istisnalar dolayısıyla özellikle ulusal köken kavramı ve vatandaşlık ayrımı üzerinden son derece çetrefilli ve problemli bir mesele çıkarmaktadır.⁷⁷ Zira Sözleşme'nin 1. maddesinin 2. fıkrası Sözleşmenin taraf devletlerin vatandaşları ile yabancılar arasında getirdiği farklara, dışlamalara, kısıtlamalara veya tercihlere uygulanmayacağını belirtirken 3. fıkrası ise Sözleşme'de yer alan hiçbir hususun belirli bir ülke vatandaşlığına karşı ayırım gözetmemesi kaydıyla taraf devletlerin uyrukluk, vatandaşlık, vatandaşlığa kabul konularına ilişkin yasal düzenlemelerini etkileyecek şekilde yorumlanamayacağına yönelik bir istisna barındırmaktadır. Dolayısıyla buradaki temel sorun yasak kapsamındaki ulusal köken ile istisna kapsamındaki vatandaşlık kavramlarının nasıl yorumlanacağı üzerine ortaya çıkmaktadır.

Ulusal köken kavramı bakımından nitekim ICERD özellikle sözleşmenin hazırlandığı dönemde etkili olan sömürgeci karşıtı hareketler ile self-determinasyon hakkını özünde barındıran ve bu süreçte bağımsızlığını yeni elde etmiş genç devletlerin kendi vatandaşlarına yabancı emperyalist güçler karşısında imtiyaz ve yetki tanıma arzusu ile bu kavram ile bağlantılı herhangi ırk, renk, yahut etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağını bağdaştırmaya çalışmış ve ulusal köken kavramının genel ayrımcılık yasağının genel olarak dayattığı kurala yönelik yukarıda belirttiğimiz 2. ve 3. fıkralardaki istisnaları ortaya koymuştur.⁷⁸ Bu noktada genel olarak bir kişinin tarihi, kültürel ve

⁷⁶ Ancak yine de Komite'nin Sözleşmenin yorumlanması konusunda mutlak bir otoriteye sahip olmadığını da ifade etmek gerekmektedir. **Meron**, Theodor: "The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", The American Journal of International Law, Cilt 79, Sayı 2, April 1985, s. 285.

⁷⁷ **Worster**, s. 68-69.

⁷⁸ **Foster/Baker**, s. 111-112.

etnik geçmişi ile yakından bağlantılı olan ulusal köken kavramının muğlaklığı ve yaratabileceği olası sorunların temelinde vatandaşlığın hukuki tanımından farklı olarak etnik yahut sosyokültürel bir anlam taşıması ve bu nedenle somut bir tanım gerçekleştirilmesinin oldukça zor olduğuna yönelik beyanlar ICERD’ün *travaux préparatoires*’ında çeşitli ülke delegeleri tarafından da ifade edilmiş bulunmaktadır⁷⁹.

Ancak bir sorunun nedeni olarak mevcut kavramın belirsizliğini kabul etmek bir bakıma mevcut sorunların çözülmesinden ziyade bu sorunun çözümsüzlüğünü de itiraf etmek anlamına geleceğinden kavramlara yönelik soyut bir ayrımla bağlı kalmak yerine mevcut ayrımın uygulama üzerinden incelenmesi ve sınırlarının tespit edilmesi kanaatimizce daha uygun bir yöntem olarak kabul edilmelidir. Bu noktada 3. fıkrada yer alan ve doktrinde ulusal köken kavramıyla eş anlamlı kullanıldığı ifade edilen “*belirli bir ülke vatandaşlığına dayalı ayırım gözetilmemesi*” koşulu üzerinden yakın zamanlarda CERD’ün vermiş olduğu Katar v. BAE kararı ve XXX No’lu Genel Tavsiye kararı ile bağlantılı olarak bir değerlendirme yapmak bu yönde sergilenen meşru bir ayırım ile meşru olmayan ayrımın sınırlarını anlama konusunda Sözleşme metnine ilişkin herhangi bir soyut yorumdan çok daha açıklayıcı olacaktır⁸⁰. Bu husus aynı zamanda somut olay özelinde devletlerce vatandaşlığa dayalı ayrımcılık uygulamalarının nasıl meydana geldiğinin anlaşılması bakımından da önemli bir örnek teşkil etmektedir.

B. Vatandaşlığa Dayalı Ayrımcılığın Sınırları ve Ölçülülük Sorunu

Vatandaşlığın meşru bir ayrımcılık temeli olarak ICERD bakımından kabul edilmiş olması bu ayrımcılığın sınırlarına yönelik bir soruyu da beraberinde getirmektedir. Buradaki esas ifade edilmesi gereken husus ICERD’de kabul edilen vatandaşlık üzerinden yapılan bir ayrımcılığın hangi aşamada Sözleşmeye aykırı sayılacağı ve ICERD’in esasen devletlere burada meşru bir vatandaşlık üzerinden yapılan ayırmada herhangi bir ölçü ortaya koyup koymadığı meselelerini kapsamaktadır. Burada her ne kadar Sözleşme 1. maddenin 3. fıkrası bakımından devletlerin uyruklu, vatandaşlık ve va-

⁷⁹ **Schwelb**, s. 1007; **Asgharian**, Tina: “The Meaning and Scope of ‘National Origin’ in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, SSRN Electronic Journal, September 2020, <https://ssrn.com/abstract=3691607>, (Erişim tarihi 27.02.2023), s. 6.

⁸⁰ **Lerner**, Natan: The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Brill, Netherlands, 2015, s. 35. Mevcut kavramın ulusal köken yerine hukuki bir vatandaşlık tanımını içerdiği konusunda aksi görüş için bkz. **Schwelb**, s. 1009. Bu konudaki diğer tartışmalar için bkz. **Foster/Baker**, s. 104 vd.

tandaşlığa kabul konularına yönelik yasal düzenleme yapma hakkı bakımından belli bir ülke vatandaşlığına yönelik ayırım gözetme yasağı getirmiş olsa da 2. fıkra bakımından vatandaş ile vatandaş olmayanlar bakımından yer alan olası yapılacak bir ayırım yönünden Sözleşme'nin herkese uygulanacak olan 5. ve 6. maddelerde yer alan kanun önünde eşitlik ile tazminat hakkı haricinde herhangi belirli somut bir kısıtlama ortaya koymadığı ifade edilebilir⁸¹. Ancak bu konuyu iki fıkra arasında yapılacak bir ayırımdan ziyade genel olarak vatandaşlığa dayalı ayrımcılığın sınırları üzerinden ele almak kanaatimizce daha doğru görünmektedir.

Nitekim CERD bu konuyu XXX No'lu Tavsiye Kararı ile yakın tarihli vermiş olduğu Katar v. BAE ile ilgili devletlerarası başvuru mekanizmasında yapmış olduğu tespitlerinde ele almış bulunmaktadır. Vatandaş olmayan kişilere yönelik ayrımcılık açısından Komitenin genel tavsiye kararı olan XXX 'No'lu Tavsiye Kararı yedi farklı başlık halinde yabancılara yönelik uygulanan ayrımcılık standartlarını düzenleyerek özellikle 2. paragrafı bakımından vatandaşlar ile yabancılar arasında getirilen kabul edilen ayrımcılık temelinin özellikle UDHR, ICCPR ve ICESCR'da tanınan temel hak ve hürriyetlerden sapma doğuracak şekilde yorumlanamayacağını belirtmiş ve 6. ila 10. paragraflarında yabancıların hukuki statüleri ne olursa olsun bu yabancılar arasında ayırım gözetecek yasal düzenlemeler getirilmeyeceğini ve yine devletlerin göç politikalarının ırk, renk, soy yahut ulusal veya etnik köken bakımından ayrımcılık doğurmaması gerektiğini ifade etmiştir⁸². Her ne kadar mevcut tavsiye kararı devletler açısından bağlayıcı bir nitelik taşımasa da anılan karar burada ICERD'ün vatandaşlar ile yabancılara yönelik meşru ayrımcılık kriterleri açısından mutlak bir takdir yetkisi tanımadığını ortaya koyarak vatandaşlar ile yabancılar arasında uygulanacak olası bir ayrımcılığın bu mevcut kriterler ışığında ele alınması gerektiğini göstermektedir.

CERD'ün XXX No'lu tavsiye kararına yönelik genel açıklamaları nitekim Katar v. BAE ile ilgili devletlerarası başvuru mekanizmasında da somut olarak da ele alınmış olup CERD burada tavsiye kararında almış olduğu ilkeleri somut olay bazında da değerlendirme imkanı bulmuştur. Kısaca özetlenecek olursa Katar ile BAE arasındaki siyasi gerilimin sonucunda BAE'nin Katar vatandaşları ve şirketlerine yönelik almış olduğu geniş çaplı sınır dışı ve ülkeye giriş yasakları Katar'ın bu meseleyi Sözleşme'nin 22. ve

⁸¹ Worster, s. 70; Meron, s. 292; Lerner, s. 58.

⁸² Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXX, para. 2, 6-10.

11. maddeleri uyarınca ayrı ayrı ICJ ve CERD önüne getirmesi sonucunda hukuki bir boyut kazanmış ve CERD'e tarihinde ilk defa olmak üzere devletlerarası başvuru mekanizması sonucunda vatandaşlar ile yabancılar arasında uygulanan bir ayrımın doğasına yönelik somut bir tespit yapma imkânını kazandırmıştır⁸³. Burada çalışmamızın sınırları bakımından ICJ'in kararı ile CERD mekanizmasına yönelik Katar ile Suudi Arabistan arasındaki uyuşmazlığı da kapsayan ayrıntılı usuli süreç ile bu iki organın konuyu değerlendirmelerindeki farklılıklar ele alınmamakla beraber genel olarak CERD uyuşmazlığına yönelik yetki ile kabul edilebilirliğe ilişkin iki ayrı değerlendirme sonucunda konuyu çözmeye yetkili olduğuna karar vererek ardından aynı gün içinde Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca uyuşmazlığı çözmek üzere ad hoc bir uzlaşma komitesi kurulmasına karar vermiştir⁸⁴. Ancak konumuz açısından asıl önem taşıyan nokta CERD'ün kabul edilebilirliğe ilişkin değerlendirmesinde yapmış olduğu vatandaşlığa dayalı ayrımcılık bakımından söz konusu olup CERD kararın 55. ve 56. paragraflarında her ne kadar Sözleşme'nin 2. fıkrası açısından vatandaşlığın meşru bir ayrımcılık temeli olduğu ve bu yönüyle ulusal köken kavramından farklı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişse de bu durumun devletlere vatandaşlar ile yabancılar arasında tamamen keyfî bir ayrımcılığa izin verecek şekilde yorumlanmasının Sözleşmenin amacına bütünüyle aykırı olacağını kararın 58. paragrafı açısından belirtmiş ve 2. fıkradaki kriterlerin XXX No'lu Tavsiye Kararının 4. paragrafında yer alan standartlara uygun olarak meşru bir amaca yönelik, ölçülülük ilkesine uygun ve yabancıların temel haklarını ihlal etmeyecek boyutta ve belirli bir vatandaşlığı hedeflemeyecek şekilde 3. fıkradaki kriterlerin 2. fıkra bakımından da ele alınması gerekliliğinin altını çizmiştir⁸⁵.

⁸³ **Foster/Baker**, s. 114; **Ulfstein**, Geir: "Who is the Final Interpreter in Human Rights: The ICJ v CERD?", Blog of the Journal of International Law, 22 February 2021, <https://www.ejiltalk.org/who-is-the-final-interpreter-in-human-rights-the-icj-v-cerd/> (Erişim Tarihi 03.03.2023).

⁸⁴ **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: Interstate Communications Qatar v. Kingdom of Saudi Arabia and Qatar v. United Arab Emirates, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cerd/inter-state-communications> (Erişim tarihi 03.03.2023); **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: Decision on the Admissibility of the Inter-State Communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, CERD/C/99/4, 21 April 2020, para. 64-65 (Admissibility); **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: Decision on the Jurisdiction of the Committee in respect of the Inter-State Communication Submitted by Qatar against the United Arab Emirates, CERD/C/99/3, 18 June 2020, para. 60.

⁸⁵ **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**, Admissibility, para. 55-63; **Worster**, s. 48.

Sonuç olarak CERD almış olduğu XXX No'lu Tavsiye Kararı ile Katar ve BAE arasındaki uyumsuzluğa yönelik kabul edilebilirlik incelemesinde ICERD içerisinde yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık temelinin devletlere mutlak bir ayrımcılık yetkisi tanımadığına işaret etmekte ve buradaki mevcut yetkilerin Sözleşme'nin amacına aykırı olarak yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir⁸⁶. Nitekim gerçekten uluslararası hukuk bakımından vatandaşlık ve uyrukluğa yönelik münhasır olarak devletlerin sahip oldukları yetki, yalnızca yine bu yetkiye dayanılarak bütünüyle keyfi ve yabancıların temel haklarını dahi ihlal edecek derecede vatandaşlığa yönelik düzenlemeler yapılabileceği anlamına gelmemekte olup anılan ölçütlerin amaca dayalı, ölçülülük ilkesine bağlı ve Sözleşme'nin ırk ayrımcılığı tanımına ve dibacesindeki hedeflere uygun olarak yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır⁸⁷. Zira Sözleşme açısından da genel ve alelittlak bir ayrımcılık kabul edilmekte olup bu ayırım somut olay bakımından belirli bir yabancı statüsünü yahut grubunu hedeflediği takdirde Sözleşmeye aykırı sayılacaktır. Bir diğer ifade ile devletlerin vatandaşlar ile yabancılar arasında bu ayırımın bir sonucu olarak farklı muamele yapma yetkisi ICERD tarafından kabul edilmektedir, ancak ölçsüz olarak "belirli" bir yabancıyı, yabancı grubunu yahut statüsünü hedefleyecek şekilde makul bir neden gözetilmeden bu ayırımın yapılması Sözleşmeye aykırı sayılacaktır⁸⁸.

SONUÇ

Bir ayrımcılık kriteri olarak vatandaşlık kıstası vatandaşlık ve yabancılar arasındaki devletlerin yalnızca devlet olmalarından kaynaklı uyguladıkları ayırım ile yakından bağlantılı olup esasen bu ayırımın doğrudan bir sonucu olarak ifade edilmektedir. Ancak bu ayırımın zaman içerisinde uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku ile farklı veçheleriyle beraber sınırlandırılması ile birlikte ortaya çıkan ayırım yapılamayacak kriterler ve yine bu kıstasın farklı bölgesel hukuk sistemlerindeki mevcut dikotomiye aşan görünümüleri sonucunda vatandaşlık, salt bir ayrımcılık sebebi olmaktan çıkarak bu ayrımcılığı gerekçelendiren çeşitli kriterler ile beraber yorumlanması gereken bir unsur olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Nitekim gerek CERD gerekse AIHM, ayrımcılık yasağına yönelik düzenlemelerini yorum yoluyla geliştirmek suretiyle vatandaşlar ile yabancılar bakımından yapılacak her

⁸⁶ **Worster**, s. 79-80.

⁸⁷ **Committee on the Elimination of Racial Discrimination**, Admissibility, para. 63; **Asgharian**, s. 17.

⁸⁸ **Worster**, s. 70.

ayrımın objektif ve makul bir gerekçeye dayandırılmasını öngörmekte olup bu şartların sağlanmadığı bir durumu yalnızca vatandaşlık unsurunun mevcudiyeti gerekçesiyle kabul etmemektedir.

Bu çalışmamız bakımından vatandaşlık unsuru bir ayrımcılık kriteri olarak farklı görünüşleri ve istisnaları ile birlikte incelenmiş ve vatandaşlık ile yabancılar arasındaki farklılığın insan hakları hukuku açısından “eşyanın tabiatı gereği” kabul edilen meşruiyetinin esasen Avrupa Birliği örneğinde görüldüğü üzere esasen gerekli şartların mevcudiyeti halinde temelinden sorgulanabileceği ve vatandaşlık ile yabancılar arasındaki klasik ulus devlet sistemli ayrımın farklı uluslarüstü mekanizmalarda çok daha karmaşık ve tartışmalı bir görünüm elde edebileceği gözlemlenmiştir. Elbette burada evrensel, kozmopolitik veya bu ayrımın tamamen ortadan kalktığı bir düzenden söz etmek şu anda mümkün olmasa da vatandaşlığın bir bağ ve statü olarak mevcut sistemdeki imtiyazlarının sürekli olarak sorgulanması ve sınırlandırılması vatandaşlar ve yabancıların ötesinde denizenship olarak adlandırılan yerleşik yabancılar yahut Birlik vatandaşlığı gibi farklı ve alternatif statü modellerinin de değerlendirilebilmesine imkan tanımaktadır. Asıl konu ise mevcut statü ayrımını esas alan ICERD sisteminin yeni modeller için ne derece ölçü olmaya devam edeceği yönünden ortaya çıkmaktadır. Burada CERD, Katar ve BAE örneğinde görüldüğü üzere klasik vatandaş-yabancı ayrımı bakımından kendi kriterlerini somut olarak ortaya koyma imkanını elde etmiş ise de çoklu ayrımlara yönelik olarak temel haklar ekseninin ötesinde şayet izlenebilecekse nasıl bir yol ve yöntem izleneceği şimdilik belirsizdir. Ancak insan hakları hukukunun sürekli gelişen yapısı kanaatimizce ICERD içerisinde yer alan 1960'lara ait ırk ayrımcılığı tanımının yeniden yorumlanmasını gerektirmektedir. Vatandaş-yabancı ayrımının mevcut gerçeklik içerisinde yarattığı gerilimler bakımından sürekli, dinamik ve modern insan haklarının gereklerine cevap arayan bir ayrımcılık yorumunun mevcut sistemin haliyle kabul edilmesi ve mevcut sistem içerisinde çözüm aranmasından çok daha etkili bir yöntem olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Arendt**, Hannah: *The Origins of Totalitarianism*, Harvest, United States 1976.
- Asgharian**, Tina: “The Meaning and Scope of ‘National Origin’ in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *SSRN Electronic Journal*, September 2020, <https://ssrn.com/abstract=3691607>, (Erişim tarihi 27.02.2023).
- Atar**, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Aybay**, Rona/Özbek, Nimet/**Ersen Perçin**, Gizem: *Vatandaşlık Hukuku*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019.
- Bauböck**, Rainer: *Transnational Citizenship Membership and Rights in International Migration*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom 1994.
- Bayra**, Ersin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2023, s. 63-113.
- Benhabib**, Seyla: *Ötekilerin Hakları Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar* (çev. Berna Akkıyal), İletişim Yayınları, İstanbul 2006.
- Brems**, Eva: “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *Exploring Social Rights Between Theory and Practice*, (Eds. Daphne Barak-Erez ve Aeyal M. Gross) Hart Publishing, United Kingdom, 2007, s. 135-167.
- Brouwer**, Evelien/**de Vries**, Karin: “Third-Country Nationals and Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 TFEU in the Context of Article 14 ECHR and EU Migration Law: Time for a New Approach”, *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble?*, (Eds. M. Van den Brink, S. Burri, and J. Goldschmidt), Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht 2015, s. 123-146.
- Brubaker**, Rogers: *Ethnicity Without Groups*, Harvard University Press, United States 2004.
- Can**, Hacı: “Yabancıların Hukuki Durumları Bağlamında Ortaya Çıkan Anayasal Meseleler”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 40, Sayı 2, 2023, s. 25-85.

- Castles, Stephen/Davidson, Alastair:** *Citizenship and Migration Globalisation and the Politics of Belonging*, Routledge, United Kingdom 2000.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights:** General Comment No. 20 Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2 July 2009.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination:** General Recommendation XI on Non-Citizens, A/48/18, 1994.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination:** General Recommendation XXX Discrimination against Non-citizens, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, 23 February-12 March 2004.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination:** Interstate Communications Qatar v. Kingdom of Saudi Arabia and Qatar v. United Arab Emirates, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cerd/inter-state-communications> (Erişim tarihi 03.03.2023).
- Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families:** General Comment No. 2, CMW/C/GC/2, 28 August 2013.
- Costello, Cathryn/Foster, Michelle:** “(Some) Refugees Welcome: When is Differentiating between Refugees Unlawful Discrimination?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Cilt 22, Sayı 3, 2022, s. 244-280.
- Council of Europe:** *European Social Charter Appendix (Revised)*, 3 May 1996.
- Council of Europe:** *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*, 6 November 1997.
- Council of Europe:** *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 04 November 2000.
- de Vries, Karin:** “Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber’s Ruling in *Biao v. Denmark*”, *European Journal of Migration and Law*, Cilt 18, Sayı 4, 2016, s. 467-479.
- Dembour, Marie-Benedicte:** “Gaygusuz Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda”, *Human Rights Law Review*, Cilt 12, Sayı 4, December 2012, s. 689-721.

- Diaconu**, Ion: “ICERD: The Next Fifty Years”, Fifty Years of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (Eds. David Keane ve Annapurna Waughray), Manchester University Press, United Kingdom, 2017, s. 269-279.
- Diener**, Alexander C.: “Re-Scaling The Geography of Citizenship”, The Oxford Handbook of Citizenship, (Eds. Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad ve Maarten Vink), Oxford University Press, United States 2017, s. 36-59.
- Ekşi**, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Ellermann**, Antje: “Discrimination in Migration and Citizenship”, Journal of Ethnic and Migration Studies, Volume 46, Issue 12: Special Issue: Discrimination in Migration and Citizenship, 2020, s. 2463-2479.
- Eren**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- European Commission/de Shutter**, Olivier: Links between Migration and Discrimination A Legal Analysis of the Situation in EU Member States, Luxembourg 2016.
- European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe**: Handbook on European Non-Discrimination Law, 2018.
- Farcy**, Jean-Baptiste: “Equality in Immigration Law: An Impossible Quest?” Human Rights Law Review, Cilt 20, Sayı 4, 2020, s. 725-744.
- Foster**, Michelle/**Baker**, Timnah Rachel: “Racial Discrimination In Nationality Laws: A Doctrinal Blind Spot Of International Law?” Columbia Journal of Race and Law, Cilt. 11, Sayı 1, January 2021, s. 83-146.
- Friðriksdóttir**, Bjarney: What Happened to Equality? The Construction of the Right to Equal Treatment of Third-Country Nationals in European Union Law on Labour Migration, Brill-Nijhoff, Netherlands 2017.
- Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- Groenendijk**, Kees: “Article 40 – Right to Vote and to Stand as a Candidate at Municipal Elections”, The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary, (Eds. Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner ve Angela Ward), Second Edition, Hart Publishing, United Kingdom, 2021, s. 1113-1123.

- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan), Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021.
- Human Rights Committee:** CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986.
- Leijten, Ingrid:** Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, United Kingdom, 2018.
- Lerner, Natan:** The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Brill, Netherlands, 2015.
- McCormack-George, Dáire:** "Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not?", European Journal of Migration and Law, Cilt 21, Sayı 1, 2019, s. 53-82.
- Meron, Theodor:** "The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", The American Journal of International Law, Cilt 79, Sayı 2, April 1985, s. 283-318.
- Migration Policy Group:** Handbook on the Racial Equality Directive, September 2020.
- Nomer, Ergin:** Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 30. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights:** The Rights of Non-citizens, New York and Geneva 2006.
- Öden, Merih A.:** Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.
- Özkan, Işıl:** "Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş Bir Tipoloji mi?" D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 2205-2251.
- Pazarıcı, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Peers, Steve:** "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights." European Journal of Migration and Law, Cilt 3, Sayı 2, 2001, s. 141-169.
- Schwelb, Egon:** "The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", The International and Comparative Law Quarterly, Cilt 15, Sayı 4, October 1966, s. 996-1068.

- Spiro**, Peter J: “A New International Law of Citizenship”, The American Journal of International Law, Cilt 105, Sayı 4, 2011, s. 694-746.
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Ulfstein**, Geir: “Who is the Final Interpreter in Human Rights: The ICJ v CERD?”, Blog of the Journal of International Law, 22 February 2021, <https://www.ejiltalk.org/who-is-the-final-interpreter-in-human-rights-the-icj-v-cerd/> (Erişim Tarihi 03.03.2023).
- Uygun**, Oktay: Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Vink**, Maarten: “Comparing Citizenship Regimes”, The Oxford Handbook of Citizenship, (Eds. Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad ve Maarten Vink), Oxford University Press, United States 2017, s. 221-244.
- Wimmer**, Andreas: Ethnic Boundary Making Institutions, Power, Networks, Oxford University Press, United States 2013.
- Worster**, William Thomas: “Discrimination on the Basis of Nationality Under the Convention on the Elimination of Racial Discrimination”, Pace International Law Review, Cilt 35, Sayı 1, December 2022, s. 41-83.
- Ziegler**, Reuven: “Political Rights of Aliens Articles 10, 11 and 16 of the ECHR and Article 3 of Additional Protocol I”, Aliens before the European Court of Human Rights Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection (Eds. David Moya and Georgios Milios), Brill Nijhoff, Netherlands, 2021, s. 172-190.

Yargı ve Komite Kararları

- ABAD, Athanasios Vatsouras and Josif Koupatantze v. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900 (C-22/08) (C-23/08), 4 Haziran 2009.
- ABAD, O. Tümer v. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (C-311/13), 5 Kasım 2014.
- ABAD, Office national d’allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS) v. Radia Hadj Ahmed (C-45/12), 13 Haziran 2013.
- ABAD, Servet Kamberaj v. Istituto per l’Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) and Others (C-571/10), 24 Nisan 2012.
- ABAD, Udo Voigt v. European Parliament (T-618/15), 20 Kasım 2017.

AİHM, Abdulaziz, Cabales and Balkandalı v. Birleşik Krallık (9214/80) (9473/81)(9474/81), 28 Mayıs 1985.

AİHM, Airey v. İrlanda (6289/73), 9 Ekim 1979.

AİHM, Andrejeva v. Litvanya (55707/00), 18 Şubat 2009.

AİHM, Biao v. Danimarka (38590/10), 24 Mayıs 2016.

AİHM, Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belçika (1474/62)(1677/62) (1691/62)(1769/63)(1994/63)(2126/64), 23 Temmuz 1968.

AİHM, Dhabhi v. İtalya (17120/09), 8 Nisan 2014.

AİHM, Gaygusuz v. Avusturya (17371/90), 16 Eylül 1996.

AİHM, Koua Poirrez v. Fransa (40892/98), 30 Eylül 2003.

AİHM, Moustaquim v. Belçika (12313/86), 18 Şubat 1991.

AİHM, Perinçek v. İsviçra (27510/08), 15 Ekim 2015.

AİHM, Piermont v. Fransa (15773/89)(15774/89), 27 Nisan 1995.

AİHM, Ponomaryovi v. Bulgaristan 5335/05, 21 Haziran 2011.

AİHM, Timishev v. Rusya (55762/00) (55974/00), 13 Aralık 2005.

AYM, M.E. ve Diğerleri (2020/18186), 24 Ocak 2024.

AYM, Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem (2019/26339), 17 Mayıs 2023, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 8/11/2023-32363.

AYM, Peri Kırık (2015/19795), 9 Ocak 2019, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 31/1/2019-30672.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Decision on the Admissibility of the Inter-State Communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, CERD/C/99/4, 21 April 2020.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Decision on the Jurisdiction of the Committee in respect of the Inter-State Communication Submitted by Qatar against the United Arab Emirates, CERD/C/99/3, 18 June 2020.

ECSR, European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Hollanda (86/2012), 2 Temmuz 2014.

ICJ, Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), 6 Nisan 1955.